

جامعة مولود معمري - تيزي وزو

كلية الحقوق و العلوم السياسية

دور الضمانات البنكية في مجال التجارة الدولية (حالة الجزائر)

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم.
تخصص قانون.

تحت إشراف:

إعداد الطالبة:

الأستاذ الدكتور: سمار نصر الدين

مشطر ليلي

لجنة المناقشة:

- أ.د. عبيوط محند و اعلي، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... رئيسا.
أ.د. سمار نصر الدين، أستاذ، جامعة محمد الصديق بن يحيى، بجاية..... مشرفا ومقررا.
أ.د. أيمن منصور كمال، أستاذ، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية..... ممتحنا.
د. سعد الدين أمهد، أستاذ محاضر أ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... ممتحنا.
د. تدريست كريمة، أستاذة محاضرة أ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... ممتحنة.
د. محسالي عبد الكريم، أستاذ محاضر أ، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية..... ممتحنا

تاريخ المناقشة: 29 سبتمبر 2020



كلمة شكر

أتوجه بجزيل الشكر و التقدير إلى الأستاذ

الدكتور

«سهار نصر الدين»

الذي أشرف على إنجاز هذا العمل، و على كافة النصائح و التعليقات الموجهة من قبله.

شكرا جزيلًا.

كما أشكر كافة أعضاء لجنة المناقشة، كل باسمه على قبول مناقشة هذا البحث.

شكرا جزيلًا.

إهداء

إلى والدي منبع الحب و الحنان و سندي الكبير في الحياة .

إلى إختوتي خاصة محمد، نجيب، حسان ، مولود ،

و أختي الوحيدة «رحمة»، مع خالص محبتي و امتناني.

إلى عائلتي الصغيرة زوجي و فلذات كبدي «داليا» و «محمد إياد» .

إلى روح خالي محمد الذي طالما شجعني و افتخر بي .

إلى روح أب زوجي "منيع المختار".

إلى كل من ساندني من قريب أو بعيد و لو بكلمة تشجيع

إلى هؤلاء جميعا أهدي بحثي هذا مع خالص المحبة و التقدير.

مشطر ليلي

قائمة أهم المختصرات:

أولاً: باللغة العربية

دج: دينار جزائري.

ص: صفحة.

ف: فقرة.

ثانياً: باللغة الفرنسية

ABEF:	Association professionnelles des banques et des établissements financières.
AUS :	Acte uniforme portant organisation des sûretés.
Bull.Civ:	Bulletin Civil de la cour de cassation française.
Cass.Civ:	Chambre Civile de la cour de cassation française.
Cass.Com:	Chambre commerciale de la cour de cassation française.
CCI:	Chambre de commerce internationale.
CNUDCI:	Commission des nations-unies pour le droit du commerce international.
CREDOC:	Crédit documentaire.
CVIM:	Convention sur la vente internationale des marchandises.
DGC:	Direction générale des changes.
EDI:	Echange de données informatisées.
eUCP:	Supplement to the uniform Customs and practices for documentary credits for electronic presentation.
IBID:	Même ouvrage précédent.
IBIDEM:	Au même endroit.
LGDJ:	Librairie générale de droit et de jurisprudence.
LUFC:	Loi uniforme sur la formation du contrat.
LUVI:	Loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels.
N°:	Numéro.
Op.Cit:	Ouvrage précédemment Cité.
P:	Page.

REMDOC: Remise documentaire.

RUE: Règles uniformes relatives aux encaissements

RUGD: Règles uniformes des garanties sur demande .

RUU: Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires.

UNIDROIT: Institut international pour l'unification du droit privé.

Vol: Volume.

VUWLR: Victoria university of wellington law review.

مقدمة

إن التجارة الدولية هي تلك العمليات التي تعتمد على تبادل السلع أو الخدمات بين الدول، فهي تقوم بين أطراف دولية تفصل بينها حدود سياسية و موانع تداول و أنظمة و آليات اقتصادية مختلفة، مستهدفة تعزيز العلاقات فيما بينها، لذلك تعتبر التجارة الدولية بشقيها المتمثلين في الاستيراد و التصدير من بين أهم الوسائل التي تساهم في تحقيق الاستقرار الاقتصادي و تطويره، مما منحها مكانة هامة باعتبارها جوهر العلاقات التجارية و المحرك الأساسي للاقتصاد الدولي.

لقد بذلت مجهودات كبيرة على مر الأزمنة و العصور في سبيل تطوير و تنمية التجارة الدولية من خلال السعي إلى توسيع العلاقات و الروابط التجارية بين مختلف الدول، و هو ما أدى في الواقع إلى تشعب تلك العلاقات و تعقدها و زيادة المخاطر المرتبطة بها بسبب اختلاف الأعراف و القوانين بين الدول، يضاف إلى ذلك البعد الجغرافي الذي شكل عائقاً أمام تلبية المتعاملين الاقتصاديين لاحتياجاتهم التجارية، فلا إبرام أي عقد كان لا بد من تحمل مشقات و صعوبات عديدة للانتقال من بلد البائع إلى بلد المشتري، و لتوفير وسيلة لنقل البضاعة و ما ينتج عن ذلك من مصاريف و نفقات باهظة، مما ساهم في خلق مناخ لانعدام الثقة فيما بينهم.

و لمواجهة كافة هذه المشاكل تم التفكير في البحث عن حلول بديلة تكون ذات تأثير فعال في مضاعفة حجم المبادلات التجارية على المستوى الدولي و التي عجزت حتى الكفالة -كنظام تقليدي للتأمينات الشخصية و باعتبارها التزام من كفيل بتنفيذ التزام معين لمصلحة الدائن إذا لم يف به المدين نفسه- عن تحقيقها و مواكبة مستلزماتها نظراً لمساوئها العديدة، فالكفالة تقوم على أساس وجود إلتزام سابق بين الدئن و المدين يسمى بالالتزام الأصلي الذي يتعهد الكفيل بالوفاء به إذا لم ينفذه المدين نفسه مما ينتج عنه تبعية التزام ذلك الكفيل و ارتباطه بالعلاقات التعاقدية الأخرى الناشئة بين الأطراف، بالإضافة إلى إمكانية تمسكه بكافة الدفوع و الاحتجاجات تجاه الدائن سواء تلك

المرتبطة بعقد الكفالة أو العقد الأصلي بين المدين و الدائن، بما يعرض مصالح و حقوق هذا الأخير للخطر و لا يمنحه الضمان و الحماية الأكيدة المرجوة من قبله.

و على إثر ذلك لجأ المختصون إلى تبني فكرة تعزيز الإئتمان بين أطراف المعاملة التجارية الدولية و تجسيدها عمليا عن طريق تدخل البنك كطرف وسيط في العملية بما له من سمعة و ملاءة لمنح ذلك الإئتمان أي بوضع تقنيات بنكية تسمح بتحقيق الغرض الأسمى ألا و هو ضمان حقوق كل طرف على حدى.

لقد أوجد العرف البنكي تقنيات عدة اعتبر الإعتماد المستندي من أهمها، حيث لقي استخدامه استحسانا و قبولا من طرف التجار، و يراد به ذلك التعهد الصادر من البنك بناء على تعليمات المستورد بدفع مبلغ محدد أو قبول سحوبات زمنية بقيمة محددة خلال مدة معينة لفائدة المصدر، مقابل تسليم مستندات محددة مسبقا.

و قد اعتبر الإعتماد المستندي من عمليات الإئتمان ذات الأهمية الإقتصادية الكبيرة في إطار عمليات التجارة الدولية بالنظر إلى الدور الذي يؤديه حيث يبرز خصوصا في مجال البيوع الدولية التي تحيط بها مخاطر تتعلق بعدم تحصل البائع المصدر على أمواله، أو عدم وصول البضاعة المباعة و عدم استلامها من قبل المشتري المستورد في المكان و الزمان المحددين و بالمواصفات المتفق عليها، الأمر الذي استدعى من البنك تقديم تعهده بتسديد ثمن البضاعة للبائع الأجنبي إذا ما قام هذا الأخير بتجهيز البضاعة المطلوب تسليمها و إرفاقها بالمستندات المثبتة لها، بشكل يمكن المشتري من تسلمها. و تأكيدا لهذا الدور لم يعد البعد المكاني و المسافة الجغرافية تمثل إشكالا أمام تنفيذ و إتمام عملية التبادل التجاري لحلول المستندات محل البضاعة تتولى البنوك كوسيط معتمد ضمانها.

لقد عرف الإعتماد المستندي كتقنية بنكية مستخدمة في مجال التجارة الدولية انتشارا واسعا عكس النجاح الكبير الذي حققته البنوك في تكريس مثل هذه الوسيلة، غير أنها اصطدمت بالعديد من المشاكل

كتلك المرتبطة بتنازع القوانين، لذلك تولت غرفة التجارة الدولية صياغة قواعد تحدد كيفية إبرامه، العلاقات الناشئة عنه، و الإلتزامات الملقاة على عاتق أطرافه، بموجب القواعد و الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية و التي عرفت تعديلات عديدة آخرها سنة 2007، بغرض توحيد النظام القانوني المنظم لها و تكييفها مع مستجدات الحياة التجارية بصفة خاصة و الإقتصادية بصفة عامة، و ما شهده العالم من تطور هائل في مجال تكنولوجيايات الإعلام و الإتصال و تأثيرها الشديد في كافة المجالات.

الملاحظ في الواقع العملي أنه و بالرغم من المزايا التي يتمتع بها الإعتماد المستندي بأنواعه المختلفة و الضمانات التي يقدمها للأطراف المتدخلة في تنفيذه، و كذا أهميته الكبيرة في بعث و تعزيز الثقة فيما بينها، إلا أن سلبياته و خاصة المتعلقة بعدم القدرة على مواجهة المخاطر السياسية لأي دولة باستخدام الإعتماد، بالإضافة إلى إجراءاته الطويلة و تكاليفه الكثيرة، دفعت للإجتهد أكثر في سبيل تقديم تقنيات و تسهيلات تحتفظ بذات الخصائص الأساسية و لكن بفعالية و نجاعة أفضل تحقيقا لما يرتضيه أي متعامل اقتصادي دولي ألا و هو ضمان السير الحسن للمعاملات مع وسائل تغطية تكفل حمايته من أخطار محتملة الوقوع، و هو ما كرسته البنوك بواسطة ما تسمى بالضمانات المستقلة.

و بذلك تكون الضمانات المستقلة كآلية ائتمانية ابتدعها العرف البنكي و أيدها الفقه و القضاء بعيدا عن تدخل المشرع، قد نشأت عن الممارسة العملية تلبية لضرورات استلزمها التجارة الدولية تحقيقا للمصالح المختلفة للأطراف، بحيث يستفيد منها المدين لكونها تجنبه تقديم تأمين نقدي، كما يتحصل البنك مقابل إصدارها على العمولات المحددة، في حين تمثل تأمينا نقديا يضمن للمستفيد حماية حقوقه، لذلك فهي تشكل و بامتياز الصورة النموذجية للضمانات البنكية الدولية.

و بناء على ذلك يقصد بالضمانات البنكية الدولية التعهد الذي يلتزم بمقتضاه البنك و يسمى بالضامن، بناء على طلب عميله المدين و هو الأمر، بدفع مبلغ معين بمجرد الطلب أو بتقديم المستندات

اللازمة، لفائدة المستفيد، بدون أي يكون للبنك تأجيل الوفاء أو التمسك بأي دفع من الدفع و لأي سبب من الأسباب.

و منه تنعكس الأهمية الجوهرية لهذه الضمانات في اتساع و تنوع مجالات استعمالها في نطاق التجارة الدولية، حيث أصبحت تشمل عقود البيع، التشييد، التوريد، العقود الإلكترونية و غيرها من العقود، و ذلك بسبب المرونة التلقائية التي تطبع كفاءات وضعها موضع التطبيق، مما جعلها تتأقلم مع التحولات و التغيرات التي شهدتها الحياة الإقتصادية بشكل عام، و قد نتج عن هذه المرونة أنواعا و صورا متعددة للضمان البنكي الدولي لا حصر لها، تتنوع بحسب طبيعة المعاملات التي تقتضيها، إذ يعد الضمان بمجرد الطلب من أبرزها و أكثرها شيوعا.

تعتبر الضمانات البنكية الدولية عاملا وسيطا بين المستورد و المصدر من أجل تأمين الصلة و تحقيق التقارب بينهما بتوفير الثقة و الأمان لمعاملتهما، و يتجسد ذلك عندما يطلب المستورد المحلي من بنكه إصدار ضمان بنكي لصالح المصدر الأجنبي يتعهد بموجبه أن يدفع قيمة البضاعة عند تقديم المستندات المطابقة لشروط الإتفاق، و بدون إثارة أي احتجاج في مواجهته.

و يقدم هذا الضمان لأغراض مختلفة و في مجملها تبرز أهمية الوظيفة التي يؤديها، بحيث يحل محل التأمين النقدي الذي كان يجب تحويله إلى الخارج عند التعاقد حسب شروط العقد ضمنا لحقوق المتعاقد الأجنبي ثم إعادة تحويله عند انقضاء الإلتزام، و ما يستتبع ذلك من إجراءات و مصاريف و خسائر، ليكون بالتالي بمثابة إقراض للتوقيع، فالبنك يعير توقيعه ضمانا لا ئتمان أحد عملائه، الهدف منه إما الحصول على أجل للوفاء أو قبول طرف آخر التعاقد معه.

و على غرار الإعتماد المستندي، كانت أهمية تقنية الضمانات المستقلة و الإنتشار المتواتر لاستخدامها في العلاقات التجارية الدولية دافعا باعنا لغرفة التجارة الدولية لتوحيد الأحكام المنظمة لها من خلال القواعد الموحدة للضمانات المستقلة أو بمجرد الطلب انطلاقا من سنة 1991، و التي أدرجت

عليها تعديلات فيما بعد، وصولاً إلى آخر تعديل لها و الذي تم في سنة 2010، و هي قواعد لاقت قبولا واسعا من قبل المتعاملين الإقتصاديين يعكس تبني هذه التقنية عبر عديد الأنظمة القانونية الداخلية لكثير من الدول كفرنسا، سويسرا، ألمانيا.

أما فيما يتعلق بالجزائر و على الرغم من الخطوات التي قطعها المشرع في فترة الإصلاحات الإقتصادية و البنكية، إلا أن الضمانات البنكية الدولية بأنواعها المختلفة و خاصة منها الإعتماد المستندي و الضمان بمجرد الطلب كتقنيات بنكية هامة لتنظيم و تسوية المعاملات التجارية مع الخارج لم تحظ باهتمام كبير من قبله، و لم يحدد لها نظاما قانونيا خاصا يحدد كل جوانبها سواء النظرية منها بإبراز شروطها و المسؤوليات الناتجة عنها، أو العملية بتكريس المراحل و الخطوات العملية الواجب اتباعها عند تنفيذها، فيما عدا بعض النصوص القانونية التي أشارت إليها و مثاله قانون المالية التكميلي لسنة 2009 بالنسبة للإعتماد المستندي، و النظام الصادر عن بنك الجزائر سنة 1993 فيما يخص الضمان بمجرد الطلب، لذلك تلجأ البنوك إلى الأعراف و القواعد التجارية الدولية و كذا النصوص القانونية الداخلية المنظمة للتجارة الدولية، بصدد استخدام الضمانات البنكية في التجارة الدولية، و التي يستلزم المشرع التقيد بكافة المراحل المحددة لها بداية من إبرام العقد التجاري الدولي بين المصدر و المستورد و الإتفاق على كل تفاصيل العملية، وصولاً إلى طلب الضمان من طرف المستفيد تأميناً لاستيفاء حقوقه.

انطلاقاً مما سبق تتجلى أهمية هذا الموضوع من خلال الدور البارز الذي تؤديه الضمانات البنكية في مجال التجارة الدولية، و انتشار استعمالها على نطاق واسع، حيث تضمنتها عديد الدول ضمن نصوصها القانونية، نظراً لما أثبتته ممارستها في الحياة العملية من فعالية في توفير الحماية و الأمان بالنسبة للمتعاملين، مما يسمح بتوفير الظروف المساعدة على دعم و تشجيع الحركة التجارية من استيراد و تصدير، كما يشكل عاملاً محفزاً لتطوير النظام الإقتصادي ككل، و هو في الواقع أحد الأسباب

الموضوعية الدافعة لاختيار هذا الموضوع للدراسة و البحث، إضافة إلى اعتباره من المواضيع الحيوية لارتباطه بالمجال البنكي من جهة لكونها خدمة بنكية تؤديها البنوك لفائدة عملائها، و بالمجال التجاري من جهة أخرى فهي تقنيات حديثة لتسهيل عمليات التجارة الدولية، بموازاة الدوافع الذاتية المتعلقة أساسا بالرغبة في التوسع أكثر في موضوع الضمانات البنكية و ربطه بالتجارة الدولية، إضافة إلى الميول لدراسة التأمينات بصفة عامة و الضمانات المستقلة بصفة خاصة.

لذلك فإن اختيار هذا الموضوع و تناوله بالبحث و التحليل استهدف تبيان المفاهيم الأساسية و الأحكام القانونية للضمانات المستقلة وفقا للنصوص القانونية المحددة لها سواء داخليا أو دوليا، و توضيح كيفية وضع الضمان البنكي الدولي موضع التطبيق من الناحية العملية بالتطرق إلى المراحل التي يتم من خلالها تنفيذ أي معاملة تجارية على المستوى الدولي، مع الإحاطة بالمكانة التي يمثلها الضمان البنكي الدولي و دوره في توفير الحماية و التوازن بين المصالح المتباينة للأطراف المتعاقدة.

و عليه تتم هذه الدراسة بمعالجة الإشكالية المنطوية على ضابطين أساسيين:

- **الضابط الأول:** يبرز في أن الضمانات البنكية انطلاقا من تعريفها، و تحديد أنواعها، و العلاقات الناشئة بين أطرافها و التي تمثل البنوك دورا محوريا فيها، و ما تتميز به من استقلالية التزام البنك كطرف وسيط ضامن للعملية، مع عدم إمكانية الإحتجاج ضد المستفيد بأية دفعات أيا كانت بحسب الأصل، تمثل الثقة و الإطمئنان بالنسبة للمتعامل الإقتصادي.
- **الضابط الثاني:** يرتبط بمجال التجارة الدولية، حيث أن تعدد المبادلات التجارية بين دول مختلفة باختلاف أنظمتها السياسية و الإقتصادية و القانونية، تواجهه مخاطر سياسية، اقتصادية مالية كتغير الصرف، و قانونية كالتعارض و التناقض بين أحكامها، مما يؤدي بدوره إلى سوء فهم و منازعات بين المتعاملين، و هو ما يؤثر سلبا على درجة التعامل فيما بينهم.

و من هنا يمكن طرح التساؤل التالي: هل عكست النصوص القانونية الداخلية منها و الدولية

جوهرية الدور الذي تضطلع به الضمانات البنكية كتقنية لتعزيز و ترقية التجارة الدولية؟

إن التفصيل في دراسة موضوع البحث و الإجابة عن الإشكالية المطروحة يتم بالإعتماد على المنهج الوصفي التحليلي لمختلف النصوص القانونية الجزائرية المنظمة للضمانات البنكية و أحكام القواعد و الأصول الموحدة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية كإطار موحد لها، مع الإستعانة و اللجوء إلى بعض القوانين المقارنة لتوضيح المفاهيم أكثر كالقانون الفرنسي، بالإضافة إلى القضاء و الفقه الفرنسي خصوصا الذي تجدر الإشارة بصدده توظيفه لعديد الإصطلاحات تعبيراً عن الضمان البنكي، كالضمان بمجرد الطلب «Garantie sur demande» أو الضمان عند أول طلب «Garantie à première demande»، أو الضمان المستقل «Garantie autonome» أو «Garantie indépendante» أو الضمان الآلي «Garantie automatique» أو خطاب الضمان «Lettre de garantie»، و قد تم الإستقرار على استخدام مصطلح الضمانات البنكية الدولية تبياناً لدورها في مجال التجارة الدولية «Garanties bancaires internationales».

و كل ذلك من خلال الخطة المفصلة إلى بابين:

الباب الأول بعنوان الإطار القانوني للضمانات البنكية الدولية يتم من خلاله الإحاطة

بالجانب المفاهيمي للضمانات البنكية من تعاريف سواء فقهية و هي كثيرة و متقاربة في مجملها ، أو تشريعية و مثالها التشريع الفرنسي و الألماني مع الإشارة إلى أن العديد من التشريعات لم تعرف الضمانات البنكية الدولية ، يضاف إلى ذلك ما تضمنته القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب بصددها ، ليتم تحديد الشروط المتطلبة لانعقادها الشكلية منها متمثلة في الكتابة، و الموضوعية متجسدة في التراضي، المحل، السبب، مبلغ الضمان، مدته، القانون الواجب التطبيق و القضاء المختص (الفصل الأول)، فالضمان البنكي يعتمد على مبدئين أساسيين و هما الإستقلالية و عدم الاحتجاج بالدفع تجاه

المستفيد بالدفع ، مما جعله يتشابه مع عديد من المفاهيم القانونية و الذي يساهم التمييز فيما بينها بتحديد طبيعتها القانونية (الفصل الثاني).

أما الباب الثاني المعنون بالإطار العملي للضمانات البنكية الدولية في الجزائر فيتضمن تسليطا للضوء على المراحل العملية لتنفيذ العقد التجاري الدولي بداية بإبرامه و تضمينه ما تعرف بمصطلحات التجارة الدولية، ثم الإعلان عن العملية التجارية استيرادا كانت أو تصديرا لدى البنك المعتمد بغرض توطينها باتباع الإجراءات المحددة لها (الفصل الأول) ليتم الشروع في تنفيذ تلك المعاملة و تسويتها من خلال الآليات المعتمدة متمثلة في التحويل الحر و التحصيل المستندي، و الإعتماد المستندي الذي يعد الضمان الأكثر استخداما في الجزائر (الفصل الثاني).

الباب الأول

الإطار القانوني للضمانات البنكية في

مجال التجارة الدولية

الباب الأول: الإطار القانوني للضمانات البنكية في مجال التجارة الدولية

إن تطور نطاق المعاملات التجارية الدولية واكبه تطور في وظيفة البنوك في المجال الائتماني من خلال إقراض توقيعتها لضمان عملائها في علاقاتهم مع الغير، و ذلك عن طريق آلية جديدة تتميز بمرونتها و تلقائية وضعها موضع التنفيذ تعرف بالضمانات البنكية الدولية.

إن هذا النوع من الضمانات لم يلق الإهتمام فقط لدى المتعاملين التجاريين، و إنما كذلك غرفة التجارة الدولية التي حاولت وضع قواعد توحد آلية استخدامها على المستوى الدولي، و قد انعكس ذلك من خلال صياغة العديد من القواعد منها القواعد الموحدة للضمانات التعاقدية رقم 325 الصادرة سنة 1978، و القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب رقم 458 لسنة 1992 و التي عدلت سنة 2010 تحت رقم 758 و عرفت تطبيقا واسعا لدى المتعاملين، بالإضافة كذلك إلى الفقه و القضاء الذي اجتهد كل منهما في تفسيرها - باعتبار أن تشريعات أغلب الدول لم تتطرق لها بالتعريف و إنما اكتفت بالنص عليها- و ذلك سواء من حيث تكوينها أو التبيان للعلاقات الناشئة بين كافة أطرافها، و محاولة الإلمام بأنواعها من خلال التصنيفات المختلفة لها (الفصل الأول)، ثم تحديد أحكامها القانونية عن طريق تحديد طبيعتها القانونية انطلاقا من مميزاتها و بصورة تعكس خصوصيتها، و إعطائها تكييفا قانونيا واضحا، و كذا توضيح الأسباب المؤدية لانقضائها إما بالوفاء أو عدم الوفاء بقيمة الضمان (الفصل الثاني).

الفصل الأول: تحديد الضمانات البنكية الدولية

تعتبر الضمانات البنكية الدولية نتاجا خالصا للعلاقات التجارية الدولية حيث نشأت و تطورت في نطاقها بعيدا عن تدخل المشرع، و ذلك استجابة لضغط الحاجة العملية و رغبة المتعاملين في تكوين علاقات تمتاز بالثقة و الأمان.

فالضمانات البنكية بصفة عامة هي تعهد مكتوب يصدر من أحد البنوك بناء على طلب عميله، يلتزم بموجبه بأن يدفع لطرف ثالث و هو المستفيد مبلغا من النقود عند أول طلب أو طبقا للشكليات المحددة خلال أجل سريانه، رغم أية معارضة أو احتجاج من العميل.

لذلك فهي تحتل مكانة هامة باعتبارها إحدى وسائل الضمان المنتشرة في مجال التجارة الدولية، كما تؤدي دورا بارزا بفعل ما تحققه من مصالح لكافة الأطراف المتعاقدة، فالبنك يتحصل بموجبها على فوائد و عمولات، و العميل يظل محتفظا بنقوده مقابل تقديم الضمان إضافة إلى إبرامه للصفقة مع المستفيد الذي يكون مطمئنا إلى سمعة و ملاءة مصدر الضمان.

لقد كانت هذه الأهمية هي الدافع بالنسبة لعدد التشريعات الوطنية للنص على هذه الضمانات و تنظيم أحكامها، و أيضا بالنسبة للفقهاء للتوسع في دراستها و تفسيرها، إضافة إلى السعي الدائم لمحاولة خلق قواعد قانونية موحدة للتعامل بها على المستوى الدولي (المبحث الأول)، و نظرا لكونها من ابتكار الممارسة البنكية، فإنها توجد على أنواع عدة و تصنيفات مختلفة سواء من حيث شكلياتها أو طريقة إصدارها أو غرضها، مما قد يؤدي إلى ظهور أنواع أخرى بحسب ما تستدعي الحاجة لذلك (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تكوين الضمانات البنكية الدولية

تستند الضمانات البنكية الدولية في جوهرها كوسيلة ائتمانية إلى مجرد توقيع من البنك و هو الذي يعزز الثقة بين أطراف المعاملة التجارية الدولية، بالنظر إلى ما يتمتع به من شهرة و سمعة و مركز مالي.

لذلك فقد أولى الفقه و التشريع و القضاء لدول عدة و منها الجزائر اهتماما واضحا بهذه التقنية و إن تباينت فيما بينها من حيث درجة الاهتمام ، و اجتهدوا في تبيان معالمها من خلال تحديد المقصود بها و شروط تكوينها و كذا إبراز أهم الصفات المميزة لها (المطلب الأول)، مع التركيز كذلك على تحليل كافة العلاقات القانونية الناشئة عنها كعملية قانونية بما ينتج عنها من حقوق و التزامات متبادلة بين أطرافها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للضمانات البنكية الدولية

الضمان البنكي بصفة عامة هو وليد العرف المصرفي بعيدا عن تدخل المشرع نتيجة ضغط الحاجة العملية، و لذلك يعتبر تقنية حديثة النشأة حيث لازالت التشريعات في بعض الدول لا تفرق بينه و بين الكفالة العادية، المنظمة وفقا لأحكام القانون المدني، و كذلك الكفالة المصرفية¹، وذلك في إطار التعريف به (الفرع الأول)، واستعراض الخصائص المميزة له (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الضمانات البنكية الدولية

يقصد بالضمانات البنكية من جهة تلك الوسيلة التي من خلالها يمكن للمتعاملين تقديمها للحصول على قروض من البنك، و من جهة أخرى هي أداة إثبات حق البنك في الحصول على أمواله التي

¹ - سليمان رمضان محمد عمر، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009، ص 38.

أقرضها بالطريقة القانونية في حال عدم تسديد العملاء لديونهم، و نظرا لتزايد استخدامها على المستوى الدولي و حتى الداخلي لعدة دول، فقد كانت محل اهتمام من الفقه لتحديد المقصود بها ودراستها، كما أشارت إليها عديد التشريعات من خلال نصوصها، بالإضافة إلى الأحكام القضائية الصادرة بخصوصها (أولا)، و التي تضمنت في طياتها تحديدا للشروط الواجب استيفاءها لتكوين هذا النوع من الضمانات (ثانيا).

أولا : المقصود بالضمانات البنكية الدولية

يتحدد المراد بالضمانات البنكية الدولية بإعطاء تعريفها الفقهي، التشريعي، و القضائي.

أ- **التعريف الفقهي للضمانات البنكية الدولية:** تبعا لاجتهاد الفقه في تقديم تعريف واضح و دقيق للضمانات البنكية الدولية كآلية معتمدة في مجال التجارة الدولية تعددت و تنوعت هذه التعاريف، و إن جاءت في مجملها متشابهة، يذكر من بينها ما يلي:

1- الضمانات البنكية الدولية هي الإلتزامات التي يتعهد البنك بموجبها، في إطار الصفقات الخارجية المبرمة أو المزمع إبرامها لحساب مصدر، أن يسدد مبلغا معينا وفقا للشروط المحددة مسبقا لفائدة المستفيد، شركة أو إدارة أجنبية، و تمثل هذه الضمانات مساعدة غير مباشرة لخزينة الشركات بالتسريع في تحصيلاتها أو بالتأخير في مصروفاتها، و التسهيل في دخولها للأسواق الخارجية، كما تعتبر عادة ضرورية و لازمة في تشكيل علاقات تعاقدية دولية¹.

2- الضمان البنكي تعهد كتابي بات و نهائي صادر من بنك يسمى الضامن، بناء على طلب عميله المسمى بالأمر، يلتزم فيه لصالح هذا العميل في مواجهة شخص ثالث يعرف بالمستفيد، بأن يدفع إليه مبلغا معيناً أو قابلاً للتعيين بمجرد طلبه من المستفيد أو وفقاً للشكليات المتفق عليها ، وذلك

¹- GARSUAULT Philippe et PRIAMI Stéphane, Opérations bancaires à l'international, 2^{ème} édition, Revue banque éditions, Paris, 2015, p 167.

خلال المدة المحددة في الخطاب¹.

3- الضمان البنكي تعهد مكتوب يصدر عن البنك، المسمى بالضامن، بناء على طلب من شخص

و هو الأمر، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر، يسمى المستفيد، إذا طلب هذا الأخير

ذلك خلال المدة المعينة في الضمان، و دون الإعتداد بأية معارضة أو دفع².

4- الكفالة هي أساس الضمانات البنكية الدولية ولا تعتبر قرضاً حتى و لو درج الحديث عن موضوعها

ضمن فئة القرض بالتوقيع، و لكنها تشكل ذلك الضمان الممنوح لشركة مصدرة، و بذلك فالكفالة

هي الضمان الذي يغطي تنفيذ التزامات المكفول عنه المسمى بالمدين الأصلي، و المحرر من قبل

بنك أو شركة تأمين بناء على طلب المصدر و وفقاً لتعليماته لفائدة المستورد أخذاً بعين الاعتبار

مميزات المعاملة بين الطرفين و الخصوصية القانونية و التنظيمية سارية المفعول³.

5- الضمان البنكي تعهد نهائي يصدر من الضامن يكون غالباً بنكا بناء على طلب عميله الأمر، بدفع

مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين، بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك خلال مدة محددة، و دون أن يوقف

على شرط آخر⁴.

6- خطاب الضمان هو تعهد البنك فاتح خطاب الضمان أو مصدره بناء على طلب من العميل بأن يدفع

مبلغاً معيناً إلى طرف ثالث و هو المستفيد بمجرد الطلب، أو شريطة تقديم مستند معين صادر عن

المستفيد أو شخص آخر وارد في الخطاب يتضمن إخلال العميل بالتزاماته في مواجهة المستفيد⁵.

¹ - الشراوي محمود سمير، القانون التجاري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، مصر، 1984، ص 566.

² - العكيلي عزيز، شرح القانون التجاري: الأوراق التجارية و عمليات البنوك، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2007، ص 446 .

³ - SIMON Yves et MOREL Christophe, Finance internationale, 11^{ème} édition, Edition Economica, Paris, 2015, p 656.

⁴ - عوض علي جمال الدين، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المكتبة القانونية، مصر، 1993، ص 569.

⁵ - الصوص نداء محمد، مبادئ القانون التجاري، الطبعة الأولى، مكتبة المجتمع العربي للنشر و التوزيع و دار أجنادين للنشر و التوزيع، الأردن،

2007، ص 193 .

و يعرف الأستاذ SIMLER Philippe الضمان المستقل بأنه التزام بدفع مبلغ نقدي معين بناء على عقد أصلي و بغرض تنفيذه، و لكنه مستقل عنه و متميز بعدم إمكانية الإحتجاج بالدفع المتعلقة بذلك العقد الأصلي المضمون¹.

كما كيف الأستاذ BONNEAU Thierry الضمانات البنكية ضمن القروض بالتوقيع، هذه الأخيرة تشكل تعهدات مبرمة من قبل بنك لفائدة الغير بناء على طلب العميل، فالأساس فيها يكمن في إعاره البنك لتوقيعه، حيث لا تتضمن هذه القروض توفيراً فورياً أو مستقبلياً للأموال و لكن توفيراً محتملاً لها، حيث تنقسم إلى نوعين، الإعتمادات المستندية و الضمانات المستقلة².

يستخلص من هذه التعاريف أهم الملاحظات التالية:

- 1- الكثير من هذه التعاريف تتطابق في اعتبار أن عملية إصدار الضمان البنكي تجمع بين ثلاث أطراف و هم البنك مصدر الضمان، عميل البنك و هو الأمر و المستفيد الذي يصدر الضمان لمصلحته متضمناً دفع مبلغ نقدي معين.
- 2- أن إصدار الضمان يكون بمجرد طلب المستفيد ذلك أو وفقاً لشكليات معينة مما يعني وجود أنواع مختلفة للضمانات البنكية الدولية.
- 3- انقسام الفقه في استخدام المصطلحات الدالة على الضمانات البنكية الدولية، فالبعض يوظف مصطلح الكفالة اقتباساً عن الكفالة التقليدية مع اختلافهما في المفهوم و احتفاظ كل منهما بخصوصيته، في حين يستخدم البعض الآخر مصطلحات أخرى كخطاب الضمان المستقل، الضمان البنكي المستقل.

- 4- أن الأستاذ BONNEAU Thierry يدرج الضمان البنكي ضمن فئة القروض بالتوقيع، أين يقوم البنك بمنح الثقة لعميله في تعامله مع الغير، من خلال إعارته لتوقيعه، إضافة إلى تمييزه بين الضمان

¹ - SIMLER Philippe, Cautionnement et garanties autonomes, 3^{ème} édition, Editions litec, Paris, 2000, p 773.

² - BONNEAU Thierry, Droit bancaire, 9^{ème} édition, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2011, p 519.

البنكي و الإعتماد المستندي معتبرا أن هذا الأخير لا يعتبر ضمانا، مخالفا بذلك رأي الكثير من الفقهاء الذين يصنفونه ضمن الضمانات البنكية الدولية.

ب- التعريف التشريعي للضمانات البنكية الدولية: لم تتصد الكثير من تشريعات الدول إلى الضمانات البنكية الدولية بالتعريف نظرا لحدائتها إضافة إلى كونها نتاجا خالصا للمعاملات البنكية و التجارية الدولية، غير أن غرفة التجارة الدولية و تسهيلات لهذه المعاملات اجتهدت و لازلت مستمرة في سعيها إلى تأطير هذه التقنية و العمل على التعديل في النصوص المنظمة لها بما يتوافق و التطورات الإقتصادية الحاصلة في العالم من خلال إصدار قواعد موحدة تعتبر المرجع الأساسي بالنسبة لمختلف أحكامها.

ب-1- في التشريعات الداخلية للدول: لقد تبنت التشريعات الوطنية لدول عدة تقنية الضمان المستقل من خلال النص عليها أو تنظيم أحكامها، من بينها التشريع الفرنسي، الألماني و الجزائري، حيث سيتم التطرق إلى تحديد المقصود بالضمان البنكي المستقل وفقا لها و ذلك على سبيل الذكر لا الحصر.

1- في التشريع الفرنسي: يشكل التقنين المدني الفرنسي الأساس القانوني للضمانات المستقلة و ذلك بعد التكريس القانوني لها على إثر إقرار الأمر الصادر سنة 2006¹، و الذي بموجبه تم تعديل القانون المدني².

¹ - SOLTANI Mohammed, Effets des garanties autonomes et des garanties bancaires en droit Français et Iranien, Thèse de doctorat en droit privé, Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion, Université de Strasbourg, 2009, p 19.

² - ولذلك شكلت لجنة غرغالدي مكونة من أهل الاختصاص في المجال، حيث قدمت مشروعا يتضمن إدخال تعديلات على الجزء المتعلق بالتأمينات (Voir SIMLER Philippe, «Commentaire de l'ordonnance du 23 Mars 2006 relative aux sûretés: Avant-propos», Revue mensuelle Contrats-Concurrence-Consommation N° 6, lexis Nexis jurisclasser, Paris, Juin 2006, p17).

ولتكريس ذلك اعتمدت الحكومة على توصيات اللجنة و قامت بتعديل عميق للقانون المدني بالنسبة لمجال التأمينات بموجب الأمر رقم 2006-346 المؤرخ في 23 مارس 2006. الجريدة الرسمية لـ 24 مارس 2006، حيث خصص الكتاب الرابع منه للتأمينات، ضم الباب الأول: التأمينات الشخصية، و الباب الثاني: التأمينات العينية.

(Voir HERBET Jérôme et SABBAH Carole, «La réforme récente du code civil en matière de sûretés profitera-t-elle aux créanciers?», Revue de droit des affaires internationales, N° 6, Forum Européen de la communication, Paris, 2006, p 853).

ووفقا له الضمان المستقل هو تعهد يلتزم بموجبه الضامن، بالنظر إلى الإلتزام المكتتب من قبل الغير بدفع مبلغ نقدي معين بمجرد الطلب أو وفقا للشكليات المتفق عليها¹.
ما يلاحظ هنا:

1- 1- أن المشرع قد نص على هذا النوع من الضمانات ضمن التأمينات الشخصية إضافة إلى الكفالة و خطاب النوايا².

1- 2- أن المشرع يفترض لإصدار ضمان بنكي وجود التزام سابق مكتتب من الغير يسمى بالالتزام الأصلي.

1- 3- أن التزام الضامن تجاه الغير كأصل عام يأخذ بعين الإعتبار الإلتزام الأصلي من جهة، و من جهة أخرى لا يمكن لهذا الأخير أن يستغرق تعهد الضامن بحيث يصبح تابعا له و مؤثرا فيه وجودا و عدما³، هذا مع ترك المسألة للحرية التعاقدية للأطراف⁴.

4- عدم إلزامية وجود علاقة سابقة بين الضامن و الأمر باعتبار أن المشرع عبّر عنه بمصطلح الغير و ليس عميل البنك.

2- في التشريع الألماني: يعرف النظام القانوني الألماني شكلا هجينا أو مختلطا من التأمينات الشخصية يسمّى بالكفالة بمجرد الطلب "Cautionnement à première demande"، فالتشريع الألماني لم يقنن عقد الضمان و لكن مع ذلك لم تطرح مشروعيته أي جدل أو نقاش، حيث يجد هذا النوع من

¹ - Article 2321 alinéa 1 du code civil Français: «la garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues». Site: www.legifrance.gouv.Fr.

² - Article 2287-1 du code civil Français: «Les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garanties autonome et la lettre d'intention».

³ - حيث تم استبدال عبارة مع استغراقه للالتزام "en contemplation d'une obligation" بعبارة مع الأخذ في الاعتبار "En considération d'une obligation"

(Voir HOUTCIEFF Dimitri, «les sûretés personnelles», Revue mensuelle Contrats-Concurrence-Consommation, N° 6, lexis Nexis jurisclasseur, Paris, Juin 2006, p 20).

⁴ - Article 2321 alinéa 4 du code civil Français : «Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie».

الضمان أساسه في النظرية العامة للالتزام من خلال تطبيق مبدأ الحرية التعاقدية وفقا للمادة 305 من التقنين المدني الألماني، و بمقابل ذلك لم تمنع المرونة التي يتميز بها القانون الألماني من استقبال التناقض الصارم بين التأمينات التبعية و التأمينات المستقلة، فالتنازل المسبق عن كل الدفع المرتبطة بالعقد الأصلي لا يقف عائقا أمام صحة هذه الكفالة، كما أن منع إثارتها ضد المستفيد من شأنه أن يجعل من ذلك التأمين عقد ضمان¹.

بالرجوع إلى الواقع العملي فإنه و في كثير من الحالات يتم استخدام مصطلح الكفالة للدلالة على الضمان و هو ما قد يشكل صعوبات نظرية للقانون البنكي، كما قد يكون سببا في حدوث نزاعات كثيرة من الناحية العملية².

لقد أدى ظهور الضمان البنكي بمجرد الطلب Garantie à première demande إلى إعادة طرح مسألة تفسير نموذج الكفالة الألمانية بمجرد الطلب و خاصة على مستوى الفقه الفرنسي، فالبنك لا يستفيد من تنفيذ العقد الأصلي و توسطه لا ينشأ عن اتفاق مسبق مع المستفيد، و إنما تدخله يكون بناء على اتفاق سابق مع الأمر الذي يجب أن يقدم ضمانا لدائنه، فمصلحة البنك بذلك تتحدد بتحصيل العمولات³. انطلاقا من ذلك انقسم الفقه الفرنسي بين معارض و مؤيد لتقنية الكفالة بمجرد الطلب، فبالنسبة

للفقه المعارض الذي يتزعمه الفقيه SIMLER Philippe، تشكل الكفالة بمجرد الطلب وحشا قانونيا Monstre juridique⁴، ولا يمكن أن يكون لها محل في القانون الوضعي الفرنسي نظرا لأسباب عدة أهمها جوهرية الطابع التبعية الذي لا ينفصل أبدا عن مضمون الكفالة، لذلك فالإقرار بمثل هذا الشكل الهجين

¹ - ROSSI Tuto, La garantie bancaire à première demande: pratique des affaires, droit comparé, droit international privé, Méta-éditions, Lausanne, Suisse, 1990, p 110-111.

² - MOUMOUNI Charles, « Le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire à première demande », Revue juridique Thémis, N° 31, Faculté de droit, Université de Montréal, Québec, 1997, p 795.

³ - ROSSI Tuto, Op.Cit, p 112.

⁴ - BERNAT Cédric, « Les sûretés personnelles particulières au droit commercial international: la garantie à première demande, le cautionnement à première demande et la lettre de crédit stand-by », catégories droit commercial international, Droit des sûretés, publié le 9 Mars 2010, p 07, site: www.Cedricbernat.fr/2010/03/09/la-garantie-a-premiere-demande-ou-garantie-autonome/: la date d'entrée : 09/08/2017 a 13:00.

لن يكون نافعا أو ملائما بوجود أنواع مختلفة من الضمانات الوسيطة بين الكفالة التقليدية و صرامة الضمان بمجرد الطلب و التي تستجيب للاحتياجات المحددة، إضافة إلى ذلك فإنه ليس من المؤكد أن يكون شكلا قابلا للحياة و الاستمرارية في ظل ما أثاره من جدال و نقاشات¹.

أما الفقه المؤيد لفكرة تبني الكفالة بمجرد الطلب فيتزعمه الفقيه LEGEAIS Dominique حيث يقر بظهور كفالات خاصة متضمنة لشروط الوفاء بمجرد الطلب و ذلك في فرنسا، فعلى سبيل المثال في كفالات الصفقات العمومية يلتزم الكفيل بالدفع بناء على أمر من الإدارة بدون إمكانية تأجيل الوفاء أو إثارة احتجاجات لأي سبب كان إلى حين استيفاء مبلغ الضمان، كما أنه و بالنسبة لمستحقات الإدارة الجمركية و الجبائية يستطيع المدين الأصلي الحصول على آجال للوفاء بشرط تقديم كفالة متضمنة لشروط الدفع بمجرد الطلب، ففي هذا النوع من الضمان لا يكون المبلغ الذي يلتزم الضامن بدفعه محددًا مسبقًا، كما يخضع في جزء منه لنظام الكفالة، و بناء على ذلك يحث هذا الرأي المشرع الفرنسي على الإعراف بهذا الشكل الجديد من التأمينات الشخصية، و حصر إصدارها على مؤسسات القرض بحكم صورتها كضامن².

إنه و في ظل الإنقسام الذي يعرفه الفقه الفرنسي حول هذه المسألة، يبقى العرف و الممارسة العملية و خاصة التجارية الدولية منها هي الفيصل في تحديد مدى ملاءمة هذا النوع المختلط بين الكفالة التقليدية و الضمان بمجرد الطلب و إمكانية انتشار استعماله.

3- في التشريع الجزائري: لم يدرج المشرع الجزائري ضمن أحكام القانون المدني، رغم تعديله في 13 ماي سنة 2007، أي نص يتعلق بالضمان البنكي الدولي أو الضمان المستقل كتأمين شخصي، ليعتبر بذلك النص القانوني الوحيد الذي وظف من خلاله مصطلحي الضمان و الضمان المقابل بشكل مباشر

¹- SIMLER Philippe, cautionnement et garantie autonomes, Op.Cit, p 806.

²- BERNAT Cédric, Op.Cit, p 8-9.

و صريح هو النظام رقم 02-93 الصادر عن بنك الجزائر¹، و التعلية رقم 05-94 المطبقة له²، في حين اقتصر قانون النقد و القرض على اعتبار أن إصدار الضمان يشكل عملية قرض³، و هذه الأخيرة من العمليات المصرفية⁴ التي تقوم بها البنوك والمؤسسات المالية المؤهلة⁵.

بالرجوع إلى النظام رقم 02-93 يستخلص بأن الضمان البنكي في الجزائر يتخذ صورتين، صورة الضمان الصادر عن البنوك الوطاء المعتمدين بمقتضى معاملة منعقدة في الجزائر من قبل أشخاص غير مقيمين لمصلحة أشخاص مقيمين⁶، مع وجوب إخضاعه لتغطية مسبقة بموجب إصدار ضمان مقابل من قبل بنك أجنبي من الدرجة الأولى لفائدة البنك الوسيط المعتمد في الجزائر⁷، و صورة الضمان و الضمان المقابل الصادر بموجب التزامات مبرمة من قبل أشخاص مقيمين تجاه الخارج لفائدة غير المقيمين⁸.

¹ - نظام رقم 02-93 مؤرخ في 3 جانفي 1993، يتعلق بإصدار عقود الضمان و الضمان المقابل من قبل البنوك الوطاء المعتمدين، جريدة رسمية عدد 17، الصادرة في 14 مارس 1993.

² - Instruction N° 94-05 du 2 Février 1994, Portant modalités d'application du règlement N° 93-02 du 3 Janvier 1993 relatif à l'émission d'actes de garantie et de contre garantie par les banques intermédiaires agréées. Site : www.bank-of-algeria.dz.

³ - المادة 68 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد و القرض، جريدة رسمية عدد 52 الصادرة في 27 أوت 2003، معدل و متمم.

⁴ - حيث تنص المادة 66 من الأمر رقم 03-11، يتعلق بالنقد و القرض، معدل و متمم على ما يلي: «تتضمن العمليات المصرفية... و عمليات القرض...»، و المادة 2 من النظام رقم 03-11 المؤرخ في 8 أفريل 2013، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، جريدة رسمية عدد 29 الصادرة في 2 يونيو 2013، التي تنص على أنه: «تعتبر عمليات مصرفية كل العمليات التي تقوم بها البنوك و المؤسسات المالية في معاملاتها مع الزبائن كما هي محددة في المواد 66 إلى 69 من الأمر رقم 03-11...».

⁵ - إذ يؤكد المشرع أن البنوك هي المخولة فقط للقيام ببعض العمليات المصرفية من بينها إصدار الضمان (انظر المادة 70 من الأمر رقم 03-11، يتعلق بالنقد و القرض، معدل و متمم)، لكن و بمفهوم المخالفة للمادة 71 من الأمر رقم 03-11 يستخلص بأن المؤسسات المالية كذلك لها الحق في القيام بعمليات القرض، و بالتالي إصدار الضمان.

⁶ - المادة 1 من النظام رقم 02-93، يتعلق بإصدار عقود الضمان و الضمان المقابل من قبل البنوك الوطاء المعتمدين.

⁷ - المادة 3 / ف 2 من النظام رقم 02-93، يتعلق بإصدار عقود الضمان و الضمان المقابل من قبل البنوك الوطاء المعتمدين.

⁸ - المادة 1 من النظام رقم 02-93، يتعلق بإصدار عقود الضمان و الضمان المقابل من قبل البنوك الوطاء المعتمدين.

هذا وباستطاعة البنوك الوستاء المعتمدين إصدار كل من عقود الضمان و الضمان المقابل دون الحصول على ترخيص مسبق من بنك الجزائر¹، طالما يتم ذلك في إطار احترام التشريع و التنظيم الخاصين بالصرف و التجارة الدولية².

تطبيقا لما سبق يوضح المشرع أن الضمانات و الضمانات المقابلة الصادرة عن البنوك الوستاء المعتمدين تتعلق خاصة بتلك المتعلقة بالعروض أو التعهدات، بسداد التسبيقات، بحسن التنفيذ أو المطابقة بالإضافة إلى تلك المقدمة للإدارات الجبائية و الجمركية³.

ما يلاحظ من خلال مختلف النصوص المؤطرة لعمليات التجارة الدولية أن:

3-1- المشرع لم يوضح كيف تتم عملية إصدار الضمان و الضمان المقابل مكثفيا فقط بوضع إطار عام لها و دون تفصيل بشكل معمق في كل الجوانب المرتبطة بمضمون العقد، شروطه، التعليمات المتعلقة بطلب إصدار الضمان و كذا النزاعات المرتبطة به و سبل معالجتها.

3-2- التعليمات رقم 05-94 تحيل مسألة إزالة أي صعوبات في تطبيق الضمان أو الضمان المقابل إلى بنك الجزائر⁴.

¹ - و هو ما تضمنته كل من المادة 3/ف 1 من النظام رقم 02-93 يتعلق بإصدار عقود الضمان و الضمان المقابل من قبل البنوك الوستاء المعتمدين بنصها على ما يلي: «يمكن البنوك الوستاء المعتمدين أن تصدر دون ترخيص من بنك الجزائر، عقود الضمان لفائدة المقيمين بموجب الإلتزامات المتخذة بالجزائر من قبل غير المقيمين» و المادة 4/ف 1 من النظام رقم 02-93 حيث: «يمكن البنوك الوستاء المعتمدين، أن تصدر دون ترخيص من بنك الجزائر، عقود ضمان و ضمان مقابل لفائدة غير المقيمين بموجب الإلتزامات المتخذة من قبل المقيمين إزاء الخارج».

² - المادة 2 من النظام رقم 02-93، يتعلق بإصدار عقود الضمان و الضمان المقابل من قبل البنوك الوستاء المعتمدين.

Et l'article 3 de l'instruction N° 94-05, Portant modalités d'application du règlement N° 93-02.

³ - Article 2 de l'instruction N° 94-05: «Les actes de garantie et de contre garantie émis par les banques intermédiaires agréées au titre d'engagement contractuels concernant notamment les garanties et contre garanties :

- d'offres ou de soumissions ;
- de remboursements d'acomptes ou d'avances ;
- de bonne fin ou de conformité.

Ces actes de garantie et de contre garantie concernent également ceux donnés aux administrations fiscales ou douanières».

⁴ - Article 18 de l'instruction N° 94-05 : «la banque d'Algérie, (direction du contrôle des changes) peut être saisie pour tout difficulté d'application».

3-3- إصدار الضمان و الضمان المقابل يقتصر على المؤسسة المصرفية التي منحت صفة الوسيط المعتمد¹.

و يقصد بالوساطة البنكية مجموع الإجراءات و القواعد و المؤسسات التي تضبط العلاقات المالية في أي مجتمع، والتي تتجلى أهميتها من خلال التخفيف من تكلفة المعاملات بين الأطراف²، إضافة إلى تحقيق مبدأ المساواة في معالجة العملية محل التعامل³.

هذا و يمكن لكل بنك حاصل على ترخيص وفقا لقانون النقد و القرض أن يحصل على صفة وسيط معتمد من خلال اعتماد يسلمه محافظ بنك الجزائر، و الذي يكون محل نشر في الجريدة الرسمية و موضوع تبليغ إلى الطرف المعني، و في حال قيام هذا الأخير بممارسات مخالفة للقانون يكون للجنة المصرفية الحق في سحب الصفة منه⁴، لتكون بذلك البنوك الوسطاء المعتمدين هي كل مؤسسة مصرفية معتمدة من مجلس النقد و القرض كبنك أو مؤسسة مالية مؤهلة لممارسة التجارة الدولية، حيث تتحدد نشاطاتها بالترخيص و الاعتماد الممنوح لها باعتبار أن تدخلها للقيام بعمليات التجارة الدولية يتم إدراجه في الملف الذي يودع لدى مجلس النقد و القرض عند طلب الاعتماد⁵.

3-4- بالاستناد إلى المادة 2 من النظام رقم 01-07 يتحدد المقصود بالشخص المقيم و غير المقيم، فالشخص المقيم في الجزائر هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يوجد المركز الرئيسي لنشاطه الإقتصادي في الإقليم الجزائري، أما الشخص غير المقيم فهو الذي يتواجد المركز الرئيسي لنشاطه

¹ - حيث تنص المادة 7/ف 1 من النظام رقم 01-07 المؤرخ في 3 فيفري 2007، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، جريدة رسمية عدد 31، الصادرة في 13 ماي 2007، معدل و متمم: «يفوض مجلس النقد و القرض بتطبيق تنظيم الصرف إلى البنوك و المؤسسات المالية الوسطية المعتمدة، الوحيدة المؤهلة لمعالجة عمليات التجارة الخارجية و الصرف...».

² - العايب وليد و بوخاري لولو، اقتصاديات البنوك و التقنيات البنكية، الطبعة الأولى، مكتبة حسن العصرية، لبنان، 2013، ص 23-24.

³ - المادة 14 من النظام رقم 01-07، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

⁴ - وذلك ما تضمنته المواد 11-12-13-16 على التوالي من النظام رقم 01-07، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

⁵ - علودة نجمة دامية، دور المؤسسات المصرفية في التجارة الخارجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 10-11.

الإقتصادي خارج الجزائر.

ب-2- في القواعد الموحدة: إن أول محاولة لوضع قواعد موحدة متعلقة بالضمان بمجرد الطلب كان

سنة 1978 تحت عنوان القواعد الموحدة للضمانات التعاقدية رقم 325 les règles uniformes pour les

garanties contractuelle، هذه القواعد عرفت فشلا كبيرا باعتبار أنها لم تكن في مستوى الطموح العالمي

لذلك كانت محل إنكار من الجميع، ولإزالة أثر ذلك الفشل، استمرت اجتهادات غرفة التجارة الدولية

لسنوات عديدة وصولا إلى صياغة قواعد جديدة للضمانات بمجرد الطلب رقم 458 سنة 1992¹،

و التي عرفت بعض الصعوبات و الإضطرابات في تكريسها لتتم إعادة صياغتها و تنقيحها بما يتلاءم

و متطلبات النشاط المصرفي و تزايد الحاجة إلى مثل هذه الضمانات في العمل التجاري، لتصدر القواعد

الجديدة المعدلة تحت رقم 758 و تدخل حيز التنفيذ في 1 جويلية 2010، و قد جاءت في شكلها

و مضمونها بصورة مطورة محققة إجماعا كبيرا بما يسمح أن تكون لها فرصة للانتشار و التطبيق

الواسع²، إلى جانب ذلك في إفريقيا تم وضع النظام القانوني للضمان أو الضمان المقابل من خلال ما

تعرف بالقواعد الموحدة أوحادا المتعلقة بتنظيم التأمينات³.

ب-2-1- القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب: استنادا إلى المادة 1/ ف 1 من القواعد الموحدة

للضمانات التعاقدية RUGC رقم 325 لسنة 1978 يتحدد مجال تطبيقها في كل ضمان، كفالة، تأمين

أو التزام مماثل، مهما كانت تسميته أو وصفه، الذي يدل على خضوعه للقواعد الموحدة للضمانات

¹ - MATTOUT Jean-Pierre et PRUM André, «Sûretés et cautionnement: Les règles uniformes de la CCI pour les garanties sur demande», Revue banque et droit, N° 30, Paris, Juillet-Août , 1993, p3.

² - MATTOUT Jean-Pierre, « La révision des règles uniformes de la chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande (N° 758)», Chronique Banque, Recueil Dalloz, N°21, 3 Juin 2010, p1296-1297.

³ - OHADA: institution internationale crée par le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, signé à Port-Louis à Maurice le 17 octobre 1993, regroupe 17 pays membres, ce traité est entré en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1998. (voir OTOUMOU Jean-Clary, la lettre de garantie OHADA, Revue de droit des affaires internationales, N° 4, Forum Européen de la communication, Paris, 1999, p 453), il a été révisé le 17 Octobre 2008 à Québec-Canada lors d'une réunion des chefs d'états et gouvernement en marge d'un sommet de la francophonie (voir CARTRON Aude-Marie et MARTOR Boris, «Traité OHADA : 3 éclairages sur la révision du traité de l'OHADA», Cahiers de droit de l'entreprise, N° 1, Janvier-Février 2010 , p 31. Site www.ohada.com/content/newsletters/816/révision-traité.pdf).

التعاقدية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية تحت رقم 325، و يربط بذلك بين مختلف أطرافه إلا إذا وجد صراحة شرط مخالف في الضمان أو أي تعديل أدرج عليه¹، كما تضمنت توضيحا للمقصود بكل من ضمان التعهد، ضمان حسن التنفيذ و كذلك ضمان السداد².

في الواقع لم تحظ هذه القواعد بما تضمنته من نصوص بالإنتشار و لا حتى التطبيق، بل عرفت فشلا تاما، و قد برّر ذلك بعدم قابليتها أو قدرتها على الفصل بين الضمانات بمجرد الطلب و الإعتماد المستندي و الكفالة³.

و لمعالجة الموضوع أصدرت غرفة التجارة الدولية قواعد جديدة سنة 1991 تحت رقم 458، تسمى بالقواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب وهي مجموعة القواعد المعروفة جيدا لدى المتعاملين، و التي ساهمت بشكل كبير في تطوير الضمانات المستقلة و تنسيق الممارسة البنكية خاصة على المستوى الدولي⁴.

ووفقا لها يعرف الضمان بمجرد الطلب بأنه كل ضمان، التزام، أو أي تعهد بالدفع من قبل بنك،

شركة تأمين أو أي شخص طبيعي أو معنوي يدعى الضامن⁵.

لقد تم تعديل هذه القواعد سنة 2010 و صدرت تحت رقم 758 حيث تميزت بجودتها التحريرية، و

هو أمر هام بالنسبة لنص ذو صبغة قانونية و دولية، كما تستقي من الشكل العام للقواعد الموحد

للإعتمادات المستندية 600 حيث تضمنت المادة الأولى تحديدا لمصطلحات و مفاهيم معينة مرتبطة

¹- Article 1 alinéa 1 RUGC, publication N° 325, Chambre de commerce internationale, 1978.

²- Article 2 RUGC 325.

³- PIEDELIEVRE Stéphane, «Remarque sur les règles uniformes de la chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande», Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, 46(4), Dalloz, Paris, Octobre-Décembre, 1993, p 615.

⁴- LEVI Stéphane,« Bibliographie: Analyse d'ouvrage juridique (Guide to CCI uniform rules for demand guarantees-URDG 758 de AFFAKI Georges et GOODE Sir Roy)», Revue Banque et droit, N° 139, Paris, Septembre-Octobre 2011, p 61, site: Revue-banque.fr.date d'entrée : 20/08/2017 à 18 :00^h.

⁵- Article 2 alinéa a RUGD, publication N° 458, chambre de commerce internationale,1992: «aux fins des présentes règles, une garantie sur demande (ci-après dite "la garantie") désigne toute garantie, "bond" ou autre engagement de payer, quelle qu'en soit la dénomination ou la description, d'une banque, d'une compagnie d'assurance ou de toute autre personne physique ou morale (ci-après le "garant"),... ».

بالضمان، أما المادة الثانية فجاءت بعنوان مبادئ تفسيرية¹.

بناء على ذلك، من بين المفاهيم المحددة طبقاً لهذه القواعد يقصد بـ:

1- مقدم الطلب le demandeur: و هو يمثل الطرف المضمون، أين يكون التزامه الناتج عن العقد أو المعاملة الأصلية مكفولاً بالضمان.

إن مقدم الطلب قد يكون هو نفسه الأمر le donneur d'ordre، كما قد يكون شخصاً آخر.

2- المستفيد Bénéficiaire: يمثل الطرف الذي يصدر الضمان لمصلحته.

3- التصريح: la déclaration: وهي طلب إصدار الضمان.

4- طلب الوفاء: Demande de paiement: وثيقة موقعة من المستفيد طالبا الوفاء متضمنة من جملة أمور أخرى تصريحاً مدعماً للطلب.

5- الضمان بمجرد الطلب: أو الضمان الموقع بأية وسيلة متضمنة التزاماً مهماً كان اسمه أو وصفه يقضي بالوفاء بناء على طلب مناسب².

ب-2-2- القواعد الموحدة "أوحادا" المتعلقة بتنظيم التأمينات: لقد سعت منظمة أوحادا "OHADA" إلى توحيد قانون التأمينات عن طريق إصدار قواعد موحدة تتعلق بتنظيم التأمينات و التي تنظم العديد من الضمانات المفيدة لحماية الدائنين بغرض تأمين تنفيذ الإلتزامات المتعهد بها من قبل مدنيهم.

إن هذه القواعد تشكل جزءاً أساسياً من القانون الإتحادي لأوحادا في سياق تطوير مجال الأعمال من خلال اقتراح تأمينات حديثة و مشتركة للمستثمرين و لدائنيهم بما يسمح بتنفيذ مشاريعهم و تمويلها بكل سهولة³. و تتسابق لها مع القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب الصادرة عن غرفة التجارة الدولية تحت رقم 758 تم تعديل القواعد أوحادا المنظمة للتأمينات و إقرارها في 15 ديسمبر 2010 و نشرها في

¹- MATTOU Jean-Pierre, Op.Cit, p 1297.

²- Article 2 RUGD, publication N° 758, chambre de commerce internationale, 1^{ier} Juillet 2010.

³- MARTOR Boris, « Comparaison de deux sûretés personnelles: le cautionnement et la lettre de garantie », Jcp-cahiers de droit de l'entreprise, N° 5, Edition générale Lexis Nexis, Paris, 2004, p21.

الجريدة الرسمية للمنظمة في 15 فيفري 2011¹، و دخلت حيز التنفيذ في 16 ماي 2011.

تطبيقا لذلك و بالرجوع إلى القواعد الموحدة لـ 17 أفريل 1997 يعرف خطاب الضمان lettre de garantie بأنه اتفاق من خلاله يلتزم الضامن بناء على طلب أو وفقا لتعليمات الأمر، بدفع مبلغ محدد بمجرد طلب من المستفيد²، و يكون هذا الخطاب مستقلا بالنسبة لكافة الإتفاقات أو العقود أو الأعمال التي تشكل مصدرا للإلتزام الأصلي³.

أما وفقا للقواعد المعدلة لسنة 2010 فيقصد بالضمان المستقل ذلك الإلتزام الذي يتعهد بموجبه الضامن بناء على تعليمات الأمر و أخذا بعين الإعتبار الإلتزام المكتتب من قبله، بدفع مبلغ محدد لفائدة المستفيد بمجرد طلبه ذلك أو وفقا للشكليات المحددة⁴، و يتميز هذا الإلتزام باستقلاليته عن الإلتزام الأصلي للأمر⁵.

و الملاحظ هنا:

1- أن القواعد الموحدة لسنة 2010 تضمنت تغييرا في التسميات أو المصطلح المعبر عن الضمان من

خطاب الضمان "Lettre de garantie" إلى الضمان المستقل "Garantie autonome".

2- التعريف المنصوص عليه ضمن القواعد الموحدة لسنة 1997 يعتبر أكثر صرامة و تقييدا من

التعريف الجديد باعتبار أن الضمان يكون ملزما بالوفاء بمجرد طلب المستفيد ذلك، في حين أن

القواعد المعدلة منحت الحرية للمعاملات لتكيف تقنية الضمان طبقا لخصوصية كل معاملة مقرر⁶.

3- تم التأكيد على مبدأ استقلالية الضمان المستقل عن الإلتزام الأصلي الذي يكتبه الأمر، فالضامن لا

¹ - SAMB Moussa, « Commentaires introductifs: la révision des sûretés personnelles en droit OHADA », Revue de droit uniforme Africain- Actualité trimestrielle de droit et de jurisprudence, N° 05, 2011, p8. Site : biblio.ohada.org.

² - Article 28 Alinéa 1 AUS 1997.

³ - Article 29 Alinéa 2 AUS 1997.

⁴ - Article 39 Alinéa 1 AUS 2010.

⁵ - Article 40 Alinéa 2 AUS 2010.

⁶ - BRIZOUA-BI Michel, « Dossier: Le nouveau visage des sûretés personnelles dans l'espace OHADA », Revue Droit et patrimoine, N° 197, Edition Lamy, Paris, Novembre 2010, p 64.

يقوم بالوفاء بدين الأمر، و إنما يتعهد بصفة منفصلة و مستقلة تماما عن الدين الأصلي، و ما استخدام عبارة أخذنا بعين الاعتبار الالتزام الأصلي إلا تأكيدا على أن هذا النوع من الضمان يعتبر من التأمينات الشخصية، و لكن بمجرد إصدار الضمان تنقطع الصلة تماما بالعقد الأصلي¹.

ج- التعريف القضائي للضمانات البنكية الدولية: يرجع الفضل في تعريف الضمان المستقل إلى القضاء الفرنسي و تحديدا محكمة النقض، و قد كان ذلك بصدد قرار صادر بتاريخ 2 فيفري 1988²، و بموجب ذلك يشكل الضمان المستقل عقدا يتعهد بمقتضاه البنك بناء على طلب الأمر بالوفاء لمصلحة المستفيد بمبلغ محدد، بدون أن يكون الدفع مؤجلا، كما لا يحق له التمسك تجاهه بأية دفع كانت³.

كما عرفته محكمة التمييز العراقية بأنه تعهد نهائي من البنك بناء على طلب الأمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد طلب من المستفيد، و لا يجوز للبنك رفض الوفاء لأي سبب متعلق بعلاقته مع الأمر أو علاقة هذا الأخير مع المستفيد⁴.

أمّا محكمة النقض المصرية فقد تناولت الضمان في حكمها الصادر بتاريخ 27 ماي 1969 معتبرة أن خطاب الضمان و إن صدر تنفيذا للعقد المبرم بين البنك و المدين المتعامل معه، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان و بمجرد إصداره و وصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالبه به هذا الأخير

¹ - FOLI Léon Messanvi, «Présentation de l'acte uniforme portant organisation du droit des sûretés», p 9.
Site :www.ohada.com.

² - في نقضها لقرار صادر عن محكمة استئناف باريس في 20 جوان 1985 التي كيفت شرط التزام البنك بالدفع في حدود مبلغ الضمان، كل أو جزء من المبالغ المدبنة بما شركة الهندسة المدنية (SMGC)، لفائدة شركة الإسكان (Toit et joie) بدون أن يكون له تأجيل الوفاء، أو التمسك بدفوع أيا كانت، بأنه غامض و يجب تفسيره لمصلحة الأطراف المتعاقدة، و بذلك رفضت طلب شركة (T et j) بإلزام البنك بالوفاء، وهو ما اعتبره قضاة محكمة النقض خرقا للقانون باعتبار أن الضمان المكتتب من البنك ضمان مستقل تأسيسا على الشرط الوارد ضمنه.

(Voir Cass.Com, 2 Février 1988, N° 85-17276, Publie au bull).

³ - Constitue une garantie autonome interdisant au garant d'invoquer les exceptions qui appartiendrait au débiteur, Le contrat par lequel une banque s'engage à effectuer, sur la demande d'un donneur d'ordre, le paiement d'une somme à concurrence d'un montant convenu, sans que l'établissement financier puisse différer le paiement ou soulever une contestation pour quelque cause que ce soit». (Voir Cass.Com, 2Février 1988.)

⁴ - طراد كامل خير الله، خطابات الضمان و أهميتها في عقود المقاوالت و التجهيز الحكومية، مجلة كلية التراث الجامعة، عدد 19، المجلد 1، كلية التراث الجامعة، العراق، 2015، ص 100.

باعتباره حقا له يحكمه خطاب الضمان، مادام هو في حدود التزام البنك و يكون على المدين أي عميل البنك أن يبادر بالشكوى إلى القضاء إذا قدر بأنه غير مدين للمستفيد أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد¹.

بالنسبة للقضاء الجزائري، تعتبر الإجهادات الصادرة عنه في هذا المجال نادرة جدا، يذكر منها الحكم الصادر عن محكمة الجزائر بقسمها التجاري في 6 جويلية 1988، و ذلك بصدد نزاع متعلق بإمكانية تطبيق الشرط المتضمن في العقد الأصلي المبرم بين الشركة الفرنسية (SMIG-GALLIA) و الشركة الوطنية الجزائرية (SONATRAM)، و المتمثل في اللجوء إلى التحكيم في حال حدوث أي نزاع أثناء تنفيذ العقد، بالنسبة للضمان المقابل الصادر عن القرض الشعبي الفرنسي (C.C.F) لفائدة القرض الشعبي الجزائري (C.P.A)، علما بأن هذا الضمان قد نص على اختصاص القضاء الجزائري بالفصل في أي نزاع ناتج عن تنفيذه، و هو ما تمسك به البنك الجزائري عند مطالبته البنك الفرنسي بالوفاء². و هو ما أكده قضاة المحكمة حيث اعتبروا أن الشرط التحكيمي المنصوص عليه في العقد الأصلي لا يمتد أثره إلى الضمان المكتتب لكون هذا الأخير ذو طابع مستقل³.

الملاحظ هنا أن المحكمة تبنت الحل الذي أقره القضاء الفرنسي، الذي وفقا له لا يسري شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي على الضمانات، و لكن مثل هذا الإجهاد القضائي ليس له قيمة و لا ينطبق إلا فيما يتعلق بالضمانات المستقلة⁴.

¹ - أمقران راضية، خطابات الضمان المصرفية و موقف الشريعة الإسلامية منها، أطروحة دكتوراه في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014، ص 22.

² - BENMESSAOU D Sofiane, Les garanties des crédits bancaires: une étude comparée, Mémoire pour l'obtention du Magister en droit comparé des affaires, Faculté de droit, Université d'Oran, 2012-2013, p 110-111.

³ - BOUDIAF Ahmed Réda, « Les garanties à première demande en droit Algérien », Revue de la Cour Suprême, N° 2, Alger, 2005, p 172.

⁴ - GUESMI Ammar, « L'évolution des garanties bancaires en matière de commerce international dans la pratique des banques algérienne », Revue entreprise et commerce, N° 2, Edik éditions, 2006, p 58.

لقد تم استئناف هذا الحكم من قبل البنك الفرنسي أمام مجلس قضاء الجزائر مستندا إلى عدم تنظيم القانون الجزائري للضمان المستقل و مطالبها بتطبيق شرط التحكيم المتضمن في العقد الأصلي، و هو الطلب الذي أيده قضاة المجلس في القرار الصادر بتاريخ 28 جانفي 1991¹.

إنه و في غياب النقض في هذه القضية، لم يسمح هذا الأمر من معرفة اجتهاد المحكمة العليا بما كرس وضعا غامضا و مبهما في وجود اجتهادين قضائيين متناقضين تماما.
و عموما يلاحظ بأن قضاة الجزائر قد تجاهلوا مسألتين هامتين و هما:

1- الطبيعة الإقتصادية للضمانات، باعتبارها عامل توازن بين البائع و المشتري حيث تمنح هذا الأخير أمانا أكثر بدون أن يكون للضامن أن يثير تجاهه أية أسباب ترتبط بالعقد الأصلي.

2- مبدأ الحرية التعاقدية الذي كرسه المشرع²، و وفقا له يكون للمتعاقدين الحرية الكاملة لتحديد طبيعة و مدى التزاماتهم، بشرط احترام النظام العام و الآداب العامة.

و لحل أي تناقض من هذا النوع يرى الأستاذ MATTOU Jean-Pierre بصدد الطابع المستقل لأي ضمان أن الفهم الجيد للميكانيزمات التي يضعها هذا الضمان تقتضي دائما الأخذ في الاعتبار الأساس التاريخي التي ظهرت كبديل عنه : وديعة نقود أو سندات سهلة التداول و ليس كفالة³.

كما صدر كذلك قرار عن المحكمة العليا في 8 جويلية 2010 الذي استخدم مصطلح الكفالة البنكية تعبيرا عن الضمان المستقل، مؤكدا على أن المعاملة البنكية التي كانت على أساسها الكفالة لأول طلب تحكمها الأعراف الدولية و لا مجال لتطبيق المادة 646 و ما يليها من القانون المدني التي تتعلق بالكفالة الشخصية، التي تشترط أن يكون الكفيل موسرا و مقيما بالجزائر.

¹- BENMESSAOU Sofiane, Op.Cit, p 111.

²- المادة 106 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، معدل و متمم.

³- «La bonne compréhension des mécanismes que la garantie indépendante met en jeu nécessite de toujours garder à l'esprit ce à quoi elle s'est historiquement substituée: un dépôt en argent ou en titres aisément négociable et non pas un cautionnement» (Voir BOUDIAF Ahmed Réda, Op.Cit, p 171-172).

حيث تم تطبيق الأعراف الدولية على الكفالة البنكية لأول طلب بدلا من المادة 646 من القانون

المدني التي تخص الكفالات الشخصية¹.

ثانيا: شروط تكوين الضمانات البنكية الدولية

إن الضمانات البنكية الدولية و رغم تعددها و اختلافها، تلتقي مع بعضها في وجوب استيفائها لمجموعة من الشروط لتكوينها و سريانها، فالذكر الصريح و الواضح لهذه الشروط يساهم بشكل هام في تقادي ما قد ينشأ عن إغفال إحداها أو غموضها من منازعات بين الأطراف المتعاقدة، لذلك فباستقراءها يمكن إدراجها في صنفين: شروط شكلية و شروط موضوعية.

أ- **الشروط الشكلية: Conditions de formes**: تتمثل الشروط الشكلية التي درجت عليها المعاملات البنكية و نصت عليها الاتفاقات الدولية الخاصة بالضمانات المستقلة في شرط الكتابة.

في الواقع لا تخضع عقود الضمانات الدولية لأي شكلية خاصة، و لكن نظرا لاستخداماتها و أهميتها في المجال البنكي و على مستوى المعاملات التجارية الدولية تعتبر الكتابة أكثر من ضرورية.

أ-1- **شرط الكتابة طبقا للاتفاقيات الدولية**: تنص القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب رقم 458 على أن التعليمات المتضمنة إصدار الضمان و كذلك إدخال أي تعديلات على مضمونه و محتواه يجب أن يكون بشكل واضح و صريح²، كما تم النص كذلك على شرط الكتابة من خلال القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب رقم 758³، التي توسعت فيه باشتراط تقديم طلب للوفاء⁴

¹ - قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية و البحرية، ملف رقم 627056، مؤرخ في 2010/07/08، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص 251-256.

² - Article 3 RUGD 458: «Toute instruction visant l'émission d'une garantie et tout amendement à celle-ci,..., doivent être clairs et précis sans détail excessif.».

³ - Article 8 RUGD 758.

⁴ - Article 15-a RUGD 758.

Déclaration soutenant la ¹ Demande de paiement ، إضافة إلى تصريح مدعم و مرفق بهذا الطلب
demande de paiement ، و أن يكون هذا الأخير موقعا من قبل الطرف المعني ألا و هو المستفيد إضافة
إلى باقي المستندات المشترط تقديمها و المذكورة في الضمان .

هذا و قد عبرت القواعد الموحدة للضمانات التعاقدية R.U.G.C بصفة صريحة عن شرط الكتابة في
الضمان ، حيث يجب أن يقدم طلب الضمان مكتوبا و مرسلا عن طريق برقية أو تلغراف أو توكس على
أقصى حد خلال الأجل المنصوص عليه في الضمان أو المحدد طبقا لهذه القواعد².

و قد وضحت المادة 7 من اتفاقية فيينا للضمانات المستقلة و خطابات الإعتماد الشكل الذي يتخذه
الإلتزام بموجب الضمان المستقل أو خطاب الإعتماد³ ، و كذلك القواعد الموحدة للإعتمادات المستندية
رقم 600⁴.

و هو أيضا ما أكدته القواعد الموحدة أوحادا OHADA ، حيث أن الضمان أو الضمان المقابل
المستقل لا يفترض و إنما يجب أن يصدر مكتوبا متضمنا مجموعة من بيانات محددة تحت طائلة
البطلان⁵، كما تستلزم أن يكون طلب الوفاء بالضمان المستقل الصادر من المستفيد أو طلب الوفاء
بالضمان المقابل المستقل الصادر من الضامن، في صيغة مكتوبة، ومطابقا لبنود و شروط الضمان⁶.

¹- Article 2 RUGD 758: «dans ces règles :

-déclaration soutenant la demande: déclaration du bénéficiaire indiquant les obligations de la relation sous-jacente que le donneur d'ordre n'a pas remplis,....

-demande de paiement : document signé demandant un paiement,... ».

²- Article 8 alinéa 1, RUGC 325 : «une demande au titre d'une garantie doit être présentée au garant par écrit ou par câble, télégramme ou télex au plus tard à la date de validité indiquée dans la garantie ou prévue par les présentes règles».

³-Article 7 alinéa 2 du Convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, Vienne, Mai 1995: «un engagement peut être émis sous toute forme préservant un enregistrement complet du texte dudit engagement et permettant une authentification de sa source par des méthodes généralement acceptées ou selon une procédure convenue entre le garant, l'émetteur et le bénéficiaire».

⁴- Article 3 des R.U.U, Publication N° 600, chambre de commerce internationale, Révision 2007: «Aux fins des présentes règles: - un document peut être signé manuellement, par signature fac-similée, signature perforée, tampon, symbole ou toute moyen mécanique ou électronique d'authentification».

⁵- Article 41AUS 2010: «les garanties et contre-garantie autonomes ne se présument pas, elles doivent être constatées par un écrit,.... ».

⁶- Article 45 AUS 2010.

ما يستخلص من مختلف هذه القواعد أن استيفاء الضمان البنكي الدولي لشرط الكتابة يعتبر أكثر من مسألة مستحبة بالنسبة لأطراف العلاقة و إنما جعلتها وجوبية لتكوين الضمان المطلوب، و هو ما يؤكد أهمية الإلتزام به خاصة من الناحية العملية.

أ-2- شرط الكتابة طبقا للمعاملات البنكية: تطبيقا لما درجت عليه التعاملات البنكية فإنه عندما يتعلق الأمر بالضمانات الدولية يجب أن تصدر مستوفية لتحديد عملة الضمان و بأن مخاطر الصرف تقع على عاتق الأمر، و إذا كان الضمان مبررا "justifié" فيجب على الضامن التعداد الدقيق للمستندات الواجب تقديمها، بما يسمح بمقارنتها مع تلك المحددة في الضمان و ذلك عند تقديم المستفيد لطلب الوفاء¹. و تجدر الإشارة إلى أن القضاء و في مختلف أحكامه يدعم توفر شرط الكتابة في الضمان، و من أمثلة ذلك القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بغرفتها التجارية بتاريخ 21 جوان 1988، و القرار الصادر بتاريخ 10 جانفي 1995 و الذي نص على أن الإلتزام بموجب الضمان المتضمن دفع مبلغ نقدي يجب أن يذكر في عقد موقع من قبل من يكتب ذلك الضمان، مع الكتابة بخط اليد قيمة المبلغ بالحروف و الأرقام².

يلاحظ من خلال ذلك أن كلا من القضاء و المعاملات البنكية يدعم شرط الكتابة في تكوين الضمان، و هو في الواقع أمر منطقي باعتبار أنه و في إطار التجارة الدولية، يكون البنك هو "الضامن"، و هذا الأخير يتعامل بموجب العقود الإطار، و التي تكون مكتوبة.

ب-الشروط الموضوعية: **Conditions de fonds** : لتكوين و صحة الضمان الدولي يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط الموضوعية، التي تنقسم إلى شروط مشتركة بين مختلف الضمانات، و أخرى

¹- BENMESSAOU SOfiane, Op.Cit, p 89.

²- و ذلك تطبيقا لنص المادة 1326 من القانون المدني التي توجب، بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد، ذكر المبلغ المضمون بالأحرف و الأرقام، مع الإشارة إلى أن هذه المادة تقابلها المادة 1376 بموجب تعديل القانون المدني رقم 2016-131 المؤرخ في 10 فيفري 2016. (Voir Cass.Com, 21 Juin 1988, N° 86-10128, Publié au bull, et Cass.Com, 10 Janvier 1995, N° 93-10787, Publié au bull : « ... qu'une garantie à première demande, ... peut être jugé régulier en la forme, être revêtu, ... , non seulement de la signature du garant, mais également d'une indication manuscrite du montant de la somme ainsi garantie,... »

خاصة تتحدد بحسب اتفاق الأطراف بما يتوافق و طبيعة كل ضمان .

ب-1- الشروط الموضوعية المشتركة: تتمثل الشروط المشتركة أو العامة بين كافة الضمانات الدولية

في وجوب توفر تراضي، محل و سبب تطبيقا للقواعد العامة في التعاقد.

ب-1-1- التراضي: إن توافق إرادة الأطراف في الضمان و تطابقها يعد أمرا منطقيًا، ولا يطرح أي

إشكال باعتبار أن الضمانات البنكية الدولية تكتتب من طرف شخص مهني يكون بنكا أو مؤسسة مالية¹.

و بناء على ذلك يجب أن ينصب التراضي حول تسمية الضمان المطلوب إصداره²، مع الإشارة

إلى المعلومات المتعلقة بالعقد الأصلي بين الأمر و المستفيد³.

إضافة إلى ذلك يجب أن يحدد الضمان بدقة هوية أطرافه، و هم كل من الضامن، المستفيد، و

الأمر، حيث من النادر إن لم يكن من الإستحالة اكتتاب ضمان بدون أن يشار في مضمونه إلى أطراف

هذه العملية القانونية⁴.

فالضامن Le garant، و هو بنك الأمر إذا تعلق الأمر بالضمان و ضامن الضامن أو الضامن

المقابل أو الضامن المضاد Le contre-garant و هو بنك المستفيد إذا تعلق الأمر بالضامن المقابل⁵.

حيث يتعهد الضامن بالوفاء بمبلغ مالي، و ليس بتنفيذ التزامات المدين بموجب العقد الأصلي في حال

عجزه عن ذلك⁶.

والمستفيد: Le Bénéficiaire: يعتبر تحديد شخص المستفيد مسألة حساسة باعتبار ما يوفره

الضمان من تأمين لمصلحته، ما يدفع إلى التأكيد على طابعه الشخصي بحيث لا يجوز له تحويل حقه

¹ - SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, Droit civil: les sûretés-la publicité foncière, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1995, 202.

² - Article 41 AUS 2010: «- la dénomination de garantie ou de contre-garantie autonome ;..... »

³ - Article 8/d) RUGD 758: «Un numéro de référence ou d'autre information d'identification de la relation sous-jacente.» et l'article 41 AUS 2010: «...- la convention de base, l'acte ou le fait, en considération des quels la garantie ou la contre-garantie autonome est émise ;.... »

⁴ - PIEDELIEVRE Stéphane, Op.Cit, p 617.

⁵ - بوكونة نورة، تمويل التجارة الخارجية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية و العلوم التجارية و علوم التسيير، جامعة الجزائر3، 2011-2012، ص 222.

⁶ - TRARI TANI Mostépha et Autres, Droit commercial international, Berti éditions, Alger, 2007, p 202.

إلى الغير. ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك¹.

إذن فالمستفيد هو من يصدر الضمان تأميناً للوفاء بحقوقه بمجرد طلبه ذلك أو وفقاً للشكليات المتفق عليها.

و تجدر الإشارة إلى أنه قد يكون طرفاً في عقد آخر مختلف عن الضمان البنكي يسمى بالعقد الأصلي.

و الأمر: Le donneur d'ordre: و هو الطرف الذي يوجه تعليمات إلى الضامن لإصدار الضمان. إن الضامن و لكونه الطرف الملتزم في الضمان فيشترط أن يكون ذا أهلية و إرادة سليمة خالية من أي عيب من العيوب.

في الواقع لا تطرح مسألة توفر الأهلية أي إشكالية لأن الضامن في الضمان البنكي الدولي هو مؤسسة بنكية، فهي صاحبة الاختصاص للقيام بهذه العملية، و هو الأمر ذاته بالنسبة لسلامة الإرادة حيث يعتبر البنك شخصاً مهنيًا في مجال المعاملات البنكية الدولية لذلك لا يتصور أن يكون ضحية لوسائل احتيالية، أما فيما يخص الإكراه، فالضامن لا يثيره إلا إذا تعرض لضغوط اقتصادية، و لا يكون لذلك تأثير في صحة الضمان إلا إذا كُيف بغير الشرعي و كان يستهدف الحصول على منفعة مفرطة².

هذا، و يعتبر تحديد أطراف الضمان من بين البيانات التي يتم ذكرها في نص الضمان طبقاً للقواعد الموحدة للضمانات المستقلة³، و كذلك القواعد الموحدة "أوحادا"⁴.

و نظراً لأهمية الضمانات بالنسبة للبنوك الضامنة و لعملائها، فقد وضعت البنوك الجزائرية نموذجاً لنصوص هذه الضمانات يشمل العديد من البيانات من بينها: - تحديد طبيعة الضمان، و المعلومات المتعلقة بالأمر و المستفيد⁵.

¹- MATTOU Jean-Pierre, Droit bancaire international, 2^{ème} édition, la Revue Banque éditeur, Paris, 1996, p 156.

²- BENMESSAOUD Sofiane, Op.Cit, p 90.

³- Article 8 RUGD 758.

⁴- Article 41 AUS 2010.

⁵- بوكونة نورة، المرجع السابق، ص 157.

ب-1-2- **المحل:** تطبيقا للقواعد العامة المنظمة للعقود، يشترط أن يكون محل الضمان مشروعاً و معينا أو قابلاً للتعيين، و باعتبار أن الأمر يتعلق بالوفاء بمبلغ مالي فإن شرط المشروعية لا يطرح أبداً¹.

بذلك فالمحل في الضمان البنكي الدولي يتمثل في دفع ذلك المبلغ الذي يتعهد به البنك الضامن لفائدة المستفيد بالعملة المتفق عليها طبقاً لأحكام التعامل بالعملات الأجنبية لكل بلد، ليكون التزامه مستقلاً عن الإلتزام الأصلي للأمر².

كما تتحدد طبيعته بحسب كل نوع من أنواع الضمان و تبعاً لذلك يعتبر ضرورياً التعيين المسبق للمحل لدوره في تحديد نطاق الضمان و خاصة فيما يتعلق بالمبلغ³.

ب-1-3- **السبب:** تعتبر مسألة تحديد السبب في الضمان المستقل من المسائل التي أثارت الكثير من الجدل بين الفقهاء، خاصة و أن القواعد الموحدة للضمانات المستقلة رقم 458 كانت تشترط الذكر الصريح للمعاملة الأصلية معتبرة إياها سبب إصدار الضمان⁴، مما دفع إلى التساؤل حول إمكانية البحث عن سبب الضمان من خلال المعاملة التي يغطيها، لئتم التأكيد على أن مصطلح السبب الوارد من خلال تلك القواعد إنما يتعلق بالدافع إلى طلب إصدار الضمان كتصوير لدور المعاملة التجارية بين كل من الأمر و المستفيد في إصدار الضمان، ولا يراد به أن تكون هي ذاتها السبب في الضمان⁵.

و هو بالفعل ما استقرت عليه غرفة التجارة الدولية بتعديلها للقواعد الموحدة للضمانات المستقلة سنة 2010 التي نصت صراحة على أن الضمان بطبيعته مستقل عن العلاقة الأصلية، و أن أي إشارة إليها من خلاله فهو على سبيل التوضيح فقط، كما أن الضامن غير معني و لا مرتبط بكل ما يتعلق

¹- BENMESSAOUD Sofiane, Op.Cit, p 92.

²- ياملكي أكرم، الأوراق التجارية وفقاً لاتفاقيات جنيف الموحدة و العمليات المصرفية وفقاً للأعراف الدولية، الدار العلمية الدولية و مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2001، ص346.

³- BENMESSAOUD Sofiane, Op.Cit, p 91.

⁴- Article 3-d) RUGD 458: «la transaction de base, cause de l'émission de la garantie».

⁵- PIEDELIEVRE Stéphane, Op.Cit, p 617-618.

بهذه العلاقة و غير خاضع لها، والتزامه بالوفاء يكون بمقتضى العلاقة الرابطة بينه و بين المستفيد بعنوان الضمان¹.

كما يلزم مشرع "أوحادا"² الإشارة إلى الإتفاق الأصلي عقدا أو عملا، الذي من أجله أصدر الضمان، دون أن يكون لذلك أي تأثير حول استقلاليته بشرط ألا ينطوي مثل هذا الإرتباط على إلزامية قيام الضامن بالتقدير المسبق لشروط تنفيذ العقد الأصلي للبدء في تنفيذ الضمان، فبالنتيجة حتى و لو تم الرجوع إلى العلاقة الأصلية فلا ينبغي اعتبار الضمان تابعا لها و مرتبطا بتنفيذها³.

انطلاقا مما سبق يجب البحث عن سبب الضمان من خلال العرض الذي يستهدفه الأطراف، و الذي عادة ما يعبر عنه صراحة في العقد، حيث توجد عوامل عدة تفسر اللجوء إلى الضمان كالدوافع المالية، مساعدة المؤسسات على تنشيط السوق إلى غير ذلك من الأسباب.

بالتالي فسبب التزام الضامن في الضمان يكمن في الأسباب الدافعة و الباعثة إلى التعاقد⁴.

ب-2- الشروط الخاصة بالضمانات البنكية الدولية: تتعدد و تختلف الشروط الخاصة التي يجب إدراجها في العقد بحسب خصوصية كل نوع من أنواع الضمانات البنكية الدولية، لذلك يمكن تلخيص أهمها في:

ب-2-1- مبلغ الضمان: إن المبلغ الأقصى للضمان و عملة الوفاء يجب أن يكونا مذكورين و محددتين في العقد، فالمبلغ قد يتمثل في قيمة محددة أو نسبة مئوية من مبلغ العقد الأصلي، كما يمكن اشتراط، كما هو جاري العمل به بالنسبة لضمان الدفع المسبق و كذا ضمان حسن التنفيذ، تخفيض مبلغ الضمان جزئيا و تدريجيا بالموازاة مع التقدم الحاصل في إنجاز الأعمال، و هنا تجدر الإشارة إلى أنه و رغم وجود مثل هذا الترابط بين الضمان و العقد الأصلي من حيث المبلغ فلا تأثير لذلك في استقلالية الضمان

¹- Article 5 RUGD 758.

²- Article 41 AUS 2010.

³- MARTOR Boris, Op.Cit, p 26.

⁴- BENMESSAOUD Sofiane, Op.Cit, p 91.

باعتبار أن التخفيض لا يشكل سوى طريقة لحساب مبلغ الضمان¹.

و يعتبر ذكر المبلغ المحدد للوفاء بموجب الضمان و كذلك عملته من بين الشروط التي استلزمته القواعد الموحدة للضمانات المستقلة²، مع النص على إمكانية اشتغال الضمان على شرط تخفيض أو زيادة مبلغ الضمان في تواريخ محددة أو بناء على حدث معين، يؤدي طبقا لشروط الضمان إلى تغيير مبلغه³، و تؤكد على مسألة التخفيض من خلال المادة 25 منها، بحيث يمكن تخفيض مبلغ الضمان من كل مبلغ مدفوع بموجب الضمان أو ناتج عن تطبيق حكم المادة 13 منها أو مذكور في التبرئة الجزئية من المسؤولية الموقعة من المستفيد بمقتضى الضمان⁴.

و في هذا الصدد يرى الأستاذ VASSEUR Michel بأن البنك الضامن ملزم بمراجعة التخفيض

المحتمل للضمان و ذلك تحت طائلة رفض تعويضه من قبل البنك الضامن المقابل⁵.

كما اعتبرت القواعد الموحدة "أوحادا" ذكر المبلغ في العقد عنصرا جوهريا تحت طائلة البطلان⁶.

و قد تحدث المشرع الجزائري عن مبلغ الضمان من خلال النظام رقم 93-02 المتعلق بإصدار عقود

الضمان، حيث ألزم البنك الوسيط المعتمد بالترحيل إلى الوطن، المبلغ الإجمالي أو الجزئي الناتج عن

استعمال الضمان المقابل الصادر من بنك أجنبي، بموجب استعمال الضمان الصادر لفائدة المقيمين،

و يضيف إلى قيمة المبلغ كل الغرامات الناتجة عن التأخير و كل النفقات و المصاريف التي تحملها

البنك⁷، و هو ما تؤكد أيضا التعليمات رقم 94-05 المتضمن شكليات تطبيق النظام رقم 93-02⁸.

¹ - BONNEAU Thierry, Op.Cit, p 544.

² - Article 8/F RUGD 758.

³ - Article 13 RUGD 758.

⁴ - Article 25/a RUGD 758: «a- Le montant à payer en vertu de la garantie est réduit de tout montant :
i. payé en vertu de la garantie.
ii. résultant de l'application de l'article 13, ou
iii. indiqué dans la décharge de responsabilité partielle signée du bénéficiaire au titre de la garantie».

⁵ - MATTOU Jean-Pierre, Droit bancaire international, Op.Cit, p 158.

⁶ - Article 41 AUS 2010.

⁷ - المادة 5 من النظام رقم 93-02، المتعلق بإصدار عقود الضمان و الضمان المقابل من قبل البنوك و الوسطاء المعتمدين.

⁸ - Article 10 de l'instruction N° 94-05 portant modalités d'application du règlement N° 93-02.

أمّا بالنسبة لعملة الوفاء، فلا يمكن الوفاء بمبلغ الضمان إلا بالعملة المشترطة في العقد، لكن و مع ذلك تم القبول، بطريقة أثارت الكثير من الجدل، بفكرة أن الضمان المقابل المحدد بعملة قابلة للتحويل يمكن الوفاء بمبلغه طبقا لعملة مكان الدفع ما دام لم يتم استبعاد هذا المكان بصريح العبارة من خلال الضمان المقابل¹، و هو ما أكدته فيما بعد المادة 21 من القواعد الموحدة للضمانات المستقلة رقم 758.

و عموما لا يتصور أن يلتزم أي ضامن بموجب الضمان المستقل دون تحديد لمبلغه، و كذلك من النادر ألا تشير عقود الضمان إلى عملة الوفاء².

ب-2-2- مدة الضمان: يجب أن يتضمن عقد الضمان كذلك تحديدا لمدة سريان الضمان، هذه المدة قد تتمثل في تاريخ محدد، كما تحدد بطريقة مرنة إذا ما تم النص مثلا في الضمان على رقم التسبيقات كما في ضمان الدفع المسبق، على أنه يعتبر منقضا بصفة آلية إذا كانت قيمة الأعمال المنجزة تفوق قيمة التسبيق، و أبدت الشركة المستفيدة موافقتها على تلك الأعمال³.

بناء على ذلك فالمدة تتحدّد إمّا بتاريخ انقضاء الضمان أو بحدوث الفعل المؤدي إلى انقضائه، و هو ما قد يسمح بمواجهة سلوك بعض المستفيدين الذين يرفضون إدراج مثل هذا البيان في عقد الضمان⁴، و لكن بمقابل ذلك ربط المدة بالحدث المؤدي لاستحقاق الضمان لن يكون له معنى إلا إذا لم يكن يتسبب حدوثه في الجدل أو الاعتراض و أن الضامن متأكد من الحصول على المعرفة الشخصية و مثاله تحصيل خزينته لمستندات الشحن⁵.

¹- MATTOU Jean-Pierre, Droit bancaire international, Op.Cit, p 158.

²- PIEDELIEVRE Stéphane, Op.Cit, p 618.

³- TRIDI Amine, les garanties bancaires dans le commerce international, Thèse pour l'obtention du doctorat d'état en droit, U.F.R de sciences juridiques administratives et politiques, Université Paris, Nanterre, Janvier 1991, p 27.

⁴- PIEDELIEVRE Stéphane, Op.Cit, p 618.

⁵- MATTOU Jean-Pierre, Droit bancaire international, Op.Cit, p 159.

و تعتبر مدة الضمان من بين البيانات التي يجب أن يتضمنها عقد الضمان طبقا لكل من القواعد الموحدة للضمانات المستقلة¹، و كذلك القواعد الموحدة "أوحادا"²، كما استوجب النظام رقم 02-93 أن تحمل عقود الضمان تاريخا لبدائها، إضافة إلى تاريخ استحقاقها³.

الملاحظ هنا أن النظام رقم 02-93 يحدد حياة الضمان أي مدة سريانه بالفترة الزمنية الممتدة من تاريخ بداية تنفيذها إلى غاية حلول أجل استحقاقها، بمعنى أنها تقتضي منطقيا بعد انقضاء ذلك التاريخ، أضف إلى ذلك لم يتم التطرق أصلا لإمكانية فسح المجال للمطالبة بتمديد أجلها إذا ما استدعى الأمر ذلك، و هو ما تم تداركه فعلا بإصدار التعلية رقم 05-94 المحددة لشكليات تطبيق النظام رقم 93-02، و التي نصت صراحة على إمكانية تمديد أجل سريان الضمان⁴.

ب-2-3- القانون الواجب التطبيق: في الواقع تطرح مسألة تحديد القانون المطبق على العلاقات الناشئة في كافة المعاملات الدولية حيث يخضع هذا التحديد عادة للإختيار الحر من قبل الأطراف، سواء أكان قانون دولة المشتري، أو قانون دولة البائع أو حتى قانونا أجنبيا، كما قد يرتضي هؤلاء تطبيق أحكام الإتفاقية الدولية التي تنظم معاملاتهم⁵، و هو الأمر ذاته بالنسبة للضمانات البنكية الدولية و باعتبارها عقودا فإنها بحسب الأصل تخضع في ذلك لمبدأ الحرية التعاقدية، فلأطراف حرية اختيار القانون واجب التطبيق سواء بشكل صريح أو ضمني، و غالبا ما يتم إدراج شرط اختيار القانون في العقد و هو ما تأخذ به العديد من الدول من بينها فرنسا، و لكن هذا لا يمنع من فرض بعض الدول للقانون الذي له صلة بالعقد المراد تنظيمه⁶.

¹- Article 8 alinéa g) des RUGD 758.

²- Article 41 AUS 2010.

³- حيث تنص المادة 7 من النظام رقم 02-93 على أنه: «يجب أن تحمل عقود الضمان و الضمان المقابل، موضوع هذا النظام، تاريخ بدايتها و تاريخ استحقاقها».

⁴- Article 15 de l'instruction N° 94-05 portant modalité d'application de règlement N° 93-02.

⁵- GUYOMAR André et MORIN Etienne, Commerce international, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1998, p 68.

⁶- SOLTANI Mohammad, Op.Cit, p 25.

إنه و من الناحية العملية عادة ما يتم تحديد القانون واجب التطبيق بمكان المؤسسة البنكية الضامنة و هو ما يمكن من محاسبتها ضمن المعايير و القواعد التي تتحكم فيها، و خاصة فيما يتعلق بتقدير صلاحية الضمان و نطاقه بأقل تكلفة، بدون أن تكون هناك ضرورة للجوء إلى تطبيق قانون أجنبي عنها، و مع ذلك لا يمكن إلغاء دور المستفيد كذلك في اختيار القانون الذي يراد تكريسه حيث له أن يفرض قانون دولته باعتباره الأنسب بالنسبة له و أفضل من مواجهة نصوص قانون أجنبي يجهله و لا يتحكم به¹.

و بالرجوع إلى المادة 34 من القواعد الموحدة للضمانات المستقلة يطبق قانون مكان الضامن إذا تعلق الأمر بالضمان، و بمكان الضامن المقابل إذا تعلق الأمر بالضمان المقابل، ما لم يوجد شرط مخالف².

هذا و قد كرست محكمة النقض الفرنسية مبدأ تطبيق القانون المحدد من قبل أطراف المعاملة على التزاماتهم التعاقدية، و ذلك في قرار صادر عنها بتاريخ 25 جانفي 2000³، حيث نصت على أن العقد كله أو جزء منه يخضع للقانون المختار صراحة أو ضمنا من الأطراف⁴.

ب-2-4- القضاء المختص: إنه و فيما يتعلق بتحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاعات المتعلقة أو الناشئة عن الضمانات البنكية الدولية يرى الأستاذ MATTOU Jean-Pierre بوجود التمييز

¹ - AIT MOKHTAR Fatna-Zora, L'ambivalence de la garantie indépendante, Mémoire pour l'obtention du Magister en droit des affaires, Faculté de droit, Université Mouloud Mammeri de TIZI-OUZOU, 2005, p 41-42.

² - Article 34 RUGD 758: «Droit applicable.

a. Sauf disposition contraire de la garantie, la loi applicable est celle du lien de la branche de garant ou le bureau qui a émis la garantie.

b. Sauf disposition contraire dans le contre-garantie, la loi applicable est celle de l'emplacement de la succursale ou le bureau contre-garant qui émis la contre-garantie. ».

³ - فقد أقرت المحكمة بتطبيق القانون الجزائري على الضمانات المقابلة المستقلة بمجرد الطلب التي أصدرها البنك الوطني الفرنسي (BNP) لفائدة البنك الجزائري للتنمية (BAD) بناء على تعليمات الشركة الفرنسية (AGRO Alliance)، و التي تنص في مضمونها على خضوعها لأحكام القانون الجزائري في حال نشوء أي نزاع أثناء تنفيذها.

(Voir Cass.Civ1, 25 Janvier 2000, N° 98-17359, Publié au bull).

⁴ - «le contrat est régi par la loi choisie par les parties et que ce choix par lequel elles peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat, doit être expres ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstance de la cause» (Voir Cass.Civ1, N° 98-17359, précité).

بين مسألتين تتعلقان بنوعية الإجراءات أي بين التدابير التحفظية و الإجراءات الموضوعية، فتضمن عقد الضمان بندا لإسناد الإختصاص القضائي لا يمنع من اختصاص القضاء المحلي لاتخاذ كافة التدابير التحفظية المستهدفة لمنع الوفاء بالضمان، كما ينطبق الأمر نفسه حتى في وجود شرط التحكيم.

أما فيما يتعلق بالإجراءات الموضوعية فهي تندرج في نطاق اختصاص المحاكم المختارة من قبل الأطراف أو في حال غياب ذلك إلى تلك المختصة حسب قواعد الإجراءات و القانون الدولي الخاص¹.

هذا و قد اعتبرت القواعد الموحدة للضمانات المستقلة بأن مسألة اختيار القضاء المختص لفض النزاعات تستند إلى إرادة أطراف الضمان، و في حال عدم وجود ذلك يكون قضاء دولة الضامن هو المختص².

تجدر الإشارة إلى أنه و فيما يتعلق بشرطي تحديد القانون و القضاء المختص لم تدرجهما القواعد الموحدة "أوحادا" ضمن البيانات الجوهرية التي يجب ذكرها في العقد تحت طائلة البطلان، بما يفهم اعتبارهما ضمن البيانات الإختيارية و منطقيا تبقى خاضعة لاتفاق الأطراف.

أضف إلى ذلك و لتفادي أي صورة من صور النزاع سواء حول القانون المطبق أو القضاء المختص يفضل إدراج الأطراف لشرط صريح يتعلق بذلك، رغم أن الواقع العملي و خاصة فيما يتعلق بالمعاملات التجارية الدولية أثبت اختيار المتعاملين للجوء إلى التحكيم تقاديا للإجراءات الطويلة و المعقدة للقضاء التقليدي.

ب-2-5- شرط التحكيم: قد يلجأ البنك الضامن و المستفيد إلى الإتفاق على عرض المنازعات التي قد تنشأ فيما بينهما بخصوص الضمان المستقل على التحكيم، و ذلك بموجب شرط يتم إدراجه في الضمان نفسه كأحد بنوده، أو في عقد مستقل خاص باتفاق التحكيم، و إن كان الغالب هو اعتماد شرط التحكيم كأحد بنود العقد.

¹ - MATTOUT Jean-Pierre, Droit bancaire international, Op.Cit, p 166-167.

² - Article 35 RUGD 758.

و بناء على ذلك يتم إحالة أي نزاع بشأن هذا الضمان إلى هيئة التحكيم أو مسائل معينة متنازع عليها إذا اشترط التحكيم بشأنها فقط، كما قد يتم إدراج شرط التحكيم في الضمان المقابل، و عليه تعرض النزاعات التي تنشأ بين الضامن و الضامن المقابل على التحكيم، فالضامن لن يلجأ إلى أسلوب التحكيم إلا في حال نازعه الضامن المقابل بمطالبته برد قيمة ما وفاه لمصلحة المستفيد.

هذا و قد يكون شرط التحكيم مدرجا أيضا في العقد الأصلي بين الأمر و المستفيد، إلا أن ذلك لا يمنح الأمر الإمكانية للدخول كطرف في اتفاق التحكيم بين البنك الضامن و البنك الضامن المقابل و في ذلك تكريس لاستقلالية الضمان المستقل¹، و تطبيق لمبدأ نسبية أثر العقد².

الفرع الثاني: الخصائص المميزة للضمانات البنكية الدولية: الإستقلالية و عدم الإحتجاج بالدفع

إن فهم آلية الضمان البنكي تستدعي البحث عن مميزات الأساسية التي تمنح لها طابعا خاصا، و ذلك من خلال استعراض أهم خصائصها، فقد تعددت التصنيفات التي قدمت بشأن هذه الأخيرة من بينها تقسيمها إلى خصائص مشتركة بين جميع أنواع الضمانات و تتمثل أهمها في: الطابع الشخصي للضمان "intuitu personae" فاختيار الأطراف إنما يكون بناء على الإعتبار الشخصي، إذ يهتم كل طرف بالطرف الآخر المتعامل معه، بما يجعل التزام أي منهم غير قابل للتنازل عنه دون موافقة الطرف الآخر³، كما تتميز بكونها تعهد غير معلق على أي شرط⁴، أما المميزات الخاصة فتتمثل في كونها إما بمجرد الطلب أو مبررة أو مستندية، متجددة، زلقة "glissante" بالنسبة للضمانات التي ينخفض مبلغها

¹ - عطاى هاني، التحكيم في الضمانات المصرفية: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، مصر، 2017، ص 281، 290-291.

² - نسبية أثر العقد: و المقصود به أن أثر العقد يقتصر على طرفيه، فالمتعاقدان دون غيرهما يلتزمان بالعقد، أما الغير أي الذي لم يكن طرفا فيه فلا ينشأ ذلك العقد في ذمته التزاما، كما لا يكسبه حقا (انظر بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري: التصرف القانوني-العقد و الإرادة المنفردة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 204-205).

³ - TRARI TANI Mostépha et Autres, Op.Cit, p 203.

⁴ - بن شعبان حكيمة، الإعتماد المستندي و التجارة الخارجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 154.

بالموازاة مع التقدم في إنجاز الأعمال المطلوبة¹.

و الواقع أن هذه الخصائص و غيرها إنما تنعكس من خلال خاصيتين جوهريتين تتمثلان في
خاصية الإستقلالية (أولا)، و خاصية عدم الإحتجاج بالدفع (ثانيا).

أولا: استقلالية الضمانات البنكية الدولية: استقلالية الضمان عن العلاقة الأصلية

تتخذ خاصية الإستقلالية في الضمان البنكي عدة مظاهر تبرز أساسا من خلال استقلالية الضمان
و الضمان المقابل إن وجد عن العقد الأصلي أي عن العلاقة بين الأمر و المستفيد، و كذلك استقلالية
الضمان المقابل بالنسبة للضمان، كما تتأكد استقلالية الإلتزامات المكتتبه من الضامن و الضامن المقابل
بالنسبة لرسالة الأمر La lettre d'ordre الصادرة من الأمر².

أ- أساس استقلالية الضمانات البنكية الدولية: يقصد بالإستقلالية أن يكون الضامن مسؤولا بصفة
شخصية عن القيام بالوفاء ليس بدين الأمر و إنما بدين مستقل عنه³، فمحل التزامه يختلف تماما عن
الإلتزام الأصلي حتى و لو أخذ هذا الأخير بعين الإعتبار عند إصدار الضمان باعتباره ضامنا بالوفاء
بمبلغ نقدي محدد سواء بمجرد الطلب من المستفيد أو وفقا للشكليات المتفق عليها، و ليس بدفع دين
الأمر أو الحلول محله، فالبنك يتعهد بصفة شخصية، و التزامه أصلي بذاته، و غير تبعي، حيث يقوم
بالتنفيذ بدون الإثبات المسبق لعجز الأمر عن الوفاء⁴.

بناء على ذلك يتميز التزام الضامن بكونه يشكل تعهدا باتا غير معلق على أي قيد و هو ما يعبر
عنه بشرط الكفاية الذاتية، مما يمنح الضمان طابع الكفاية الذاتية حيث لا يحتاج تنفيذه إلى الإستعانة

¹ - TRARI TANI Mostépha et Autres, Op.Cit, p 206-207.

² - MATTOU Jean-Pierre et PRÛM André,« Commentaire: Banque-Banquier-garantie à première demande, Maître de l'ouvrage, Demande de prorogation, Banque garante, Demande de proroger ou payer à la banque contre garante, Interprétation, Simple demande de maintien des garanties», La semaine juridique, N° 10 Edition générale Lexis Nexis SA, Paris,7 Mars 1990, p 137.

³ - BORGA Nicolas, La qualification de garantie autonome, Mémoire D.E.A, droit privé fondamental, Université Jean Moulin Lyon3, France, 2000-2001, p 38.

⁴ - KLEIN-CORNEDE Joanne, La pratique des garanties bancaire dans les contrats internationaux, AFB diffusion éditeur, Paris, 1999, p 20.

بظروف أو وقائع خارجية أجنبية عنه¹، و ينتج عن ذلك أن التزام الضامن في الضمان يكون قطعيا لا رجعة فيه².

هذا، و قد تم الإقرار باستقلالية الضمان لأول مرة من خلال قرارين صادرين عن محكمة النقض بتاريخ 20 ديسمبر 1982³.

إن إضفاء طابع الإستقلالية بالنسبة للضمانات البنكية الدولية لا يتم بصورة تلقائية أو مفترضة و إنما تعتمد على جملة من الأسس من أهمها:

1- التسمية المستعملة: المقصود بذلك أن استعمال مصطلح ضمان أو كفالة لا يعد معيارا حاسما في تحديد طبيعة التزام الضامن أهو مستقل أو تابع، لذلك تصر البنوك الضامنة تجاه المصدرين على دقة و صرامة الضمان المستقل و خاصة بمجرد الطلب، لذلك يجب استخدام مصطلحات دقيقة و واضحة تسمح بتحديد ما إذا كان الإلتزام مستقلا⁴.

2- شرط "بمجرد الطلب": إن مجرد ذكر عبارة بمجرد الطلب لا يعتبر كافيا بذاته للجزم باستقلالية الضمان، فهو قد يعبر عن الإرادة المسبقة للأطراف لاستبعاد أية دفع مستخلصة من العقد الأصلي، و هو ما يشكل ضمانا غير تابع، كما يمكن كذلك لتوظيف شروط أخرى مخالفة إلى جانب هذا الشرط أن يجعل من التزام الضامن غير مستقل⁵.

3- الإشارة إلى العقد الأصلي: إن الإشارة في الضمان إلى العلاقة الأصلية لا تستلزم بالضرورة أن الإلتزام المكتتب تابع، كما لا تعني أيضا بأنه مستقل، إذ يجب تكييفها مع غيرها من البيانات الأخرى⁶.

¹ - طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، الدار العلمية الدولية و مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2001، ص 88-89.

² - عوض علي جمال الدين، المرجع السابق، ص 601.

³ - RANOUIL Véronique et CHABAS François, de droit civil: sûretés publicité Foncière, premier vol., Tome III, 6^{ème} édition, Edition Montchrestien, Paris, 1988, p 71.

⁴ - TRIDI Amine, Op.Cit, p 159-160.

⁵ - IBID, p 163-164.

⁶ - IBID, p 165.

4- المستندات: يرتبط هذا العنصر بما يسمى بالضمان المستندي¹، و تقديم هذه المستندات قد يتخذ إحدى الدلالات التالية:

4-1- إذا تمثلت المستندات في مجرد تصريح مكتوب يتقدم به المستفيد متضمنا ادعاءاته تجاه الأمر، و هو ما يدعم أكثر استقلالية هذا الضمان، فمن خلال قائمة الإدعاءات يستطيع الأمر بدوره إثبات غش المستفيد و بذلك المطالبة بحجز الضمان أو منع إصداره أصلا².

4-2- إذا اشترط تقديم شهادة من خبير غير محكم مرفقة بطلب الوفاء، فالضمان هنا يكون مستقلا، فالضامن يتأكد فقط من المطابقة الخارجية لهذه المستندات.

4-3- إذا تمثلت المستندات المشترطة في قرار تحكيم أو حكم لإثبات عدم تنفيذ الأمر لالتزاماته، فإن ذلك معناه جعل الضمان ذو طابع تبعية³.

ب- نتائج استقلالية الضمانات البنكية الدولية: يترتب على تميز الضمانات البنكية الدولية بخاصية الإستقلالية ما يلي:

1- استقلالية الضمان البنكي و الضمان المقابل عن العقد الأصلي: تعتبر النتيجة الأساسية لاستقلالية الضمان، حيث يترسم خط فاصل بين هذا الأخير و العقد الأصلي بموجبه يمنع على الأمر الاعتراض على طلبه أو تمديد أجله⁴.

إن أصالة التزام الضامن تقسر بأن مصيره غير مرتبط و لا متعلق بمصير الدين الأصلي، سواء من حيث سرياته، نطاقه، مدته، تنفيذه أو عدم تنفيذه، أو انقضائه، فكلا الإلتزامين منفصلين و مستقلين

¹ - الضمان المستندي: نوع من الضمانات البنكية الدولية حيث يكون المستفيد عند طلبه الوفاء من الضامن، ملزما بتقديم الوثائق المشترطة في الضمان التي تثبت سوء أو عدم تنفيذ أو تأخر العميل الأمر في أول التزاماته كالعقد الأصلي، الفواتير، الإندارات الموجهة إلى الأمر، إلى غير ذلك من المستندات، و هي متنوعة حسب كل حالة على حدى (انظر حاجي فطيمة، المدخل إلى تمويل التجارة الخارجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017، ص 111).

² - TRIDI Amine, Op.Cit, p 167-168.

³ - IBID, p 168.

⁴ - MATTOU Jean-Pierre et PRÛM André, Banque-Banquier-garantie à première demande, Op.Cit, p 137-138. 138.

تماما عن بعضهما البعض¹.

أمّا بالنسبة للضمان المقابل فهو كذلك يتميز باستقلاليته عن العلاقة الأصلية الرابطة بين الأمر و المستفيد، و هو ما يستلزم في حال طلب الإمتناع عن الوفاء الصادر عن الأمر، وجوب قيام الضامن المقابل بحسب الأصل بتنفيذ التزامه في الضمان و طبقا لما تعهد به².

2- استقلالية الضمان المقابل عن الضمان: للضمان المقابل أهمية كبيرة بالنسبة للضمان من الدرجة الأولى La garantie de première rang ، حيث يكون الضامن من الدرجة الأولى محميا من قبل البنك الضامن المقابل، بدون أن يستطيع هذا الأخير إثارة دفع ناتجة عن العقد الأصلي أو تلك المرتبطة بعلاقاته مع الأمر³.

و بناء على ذلك فمن غير المتصور أن تكون هذه الحماية أو التغطية مشروطة بحسن تنفيذ الإلتزام المطلوب، فوجود مثل هذا الشرط يعتبر غير مقبول مطلقا من قبل الضامن من الدرجة الأولى الذي يستهدف الوفاء لمصلحة المستفيد بدون الإحتجاج ضده بأية أسباب خارجة عن علاقاتهما، و لذلك فلن يقبل من جانبه أي تدخل من الضامن المقابل في هذه العلاقة أو الإعتراض على الشروط و الظروف التي ينوي خلالها تنفيذ التزامه، فالغرض من تكريس استقلالية الضمان المقابل هو منح الحرية الكاملة للضامن من الدرجة الأولى للوفاء بتعهداته، و وفقا لذلك يكون التزام الضامن المقابل منفصل عن شروط تنفيذ الضمان من الدرجة الأولى، لكن و مع ذلك لا يحق للضامن المطالبة بالوفاء بالضمان المقابل ما دام التزامه لم يسر بعد و المستفيد لم يطلب هذا الوفاء، فإنه و بحسب الأصل لا حاجة للضامن من الدرجة الأولى لمساهمة ضامنه المقابل، و إلا كيف ذلك على أنه طلب تعسفي يستهدف ممارسة ضغط

¹- SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, Op.Cit, p 196.

²- TRIDI Amine, Op.Cit, p 171.

³- MATTOU Jean-Pierre et PRÛM André,« Banque-Banquier-garantie à première demande» , Op.Cit, p 138.

غير شرعي على الضامن المقابل، و الذي يتعين عليه التصدي لها¹.

يضاف إلى ذلك أيضا أن المطالبة بتمديد أجل سريان الضمان من الدرجة الأولى لا يستلزم بمقابل

ذلك تمديد أجل الضمان المقابل².

لقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على استقلالية الضمان المقابل في قرار صادر عنها بتاريخ 5

فيفري 1985 بمناسبة نقض الحكم الصادر عن محكمة باريس في 2 جوان 1982³، بنصها على أن

الضمانات المقابلة و بالنظر لاستقلاليتها عن العقد المبرم مع رب العمل و كذلك عن الضمان بمجرد

الطلب المقدم لهذا الأخير من قبل البنك الضامن الأول، يجب أن تنفذ بمجرد إدلاء هذا الأخير بقيامه

بالوفاء⁴.

ثانيا: عدم الإحتجاج بالدفع

تطبيقا للصفة الأصلية للإلتزام بموجب الضمان المستقل، ينشأ التزام مباشر في ذمة البنك الضامن

تجاه المستفيد بالوفاء، كما يمنعه عن التمسك بالدفع المستمدة من علاقات أخرى كالعلاقة بينه و بين

الأمر أو بين هذا الأخير و المستفيد⁵، فالضامن لا يستطيع الإحتجاج ضد المستفيد الذي يطلب الوفاء

إلا بتلك الدفع المستخلصة من الضمان، كما ليس له أن يطالبه بتقديم تبريرات غير تلك الممكنة حسب

¹ - PRÛM André, De l'autonomie des contre-garanties à première demande, Mélanges AEDBF-France 1997 : Droit bancaire et financier, sous la direction de MATTOU Jean-Pierre et DE VAUPLANE Hubert, Banque éditeur, Paris, 2003, p 271-272.

² - TRIDI Amine, Op.Cit, p 172.

³ - لقد تمثلت أطراف النزاع في كل من الشركة الفرنسية "La société THOMSON-CSF"، البنك الفرنسي-الهولندي Paribas Banque، و البنكين الإيرانيين: البنك المركزي الإيراني "Banque Markazi"، و بنك طهران الذي سمي فيما بعد ب Banque Mellat، حيث اعترض الأمر و هي الشركة الفرنسية على طلب كل من البنك المركزي الإيراني و بنك طهران للضمانات المقدمة من بنك Paribas، داعية إياه بالإمتناع عن الوفاء، و هو ما اعتبرته محكمة باريس في حكمها بتاريخ 2 جوان 1982 طلبا مقبولا، في حين رفضته محكمة النقض مؤكدة على عدم أحقية الأمر في التدخل بشأن ضمانات دولية في إطار العلاقة الرابطة بين بنك Paribas و البنوك المستفيدة أي كل من بنك "Markazi" و بنك "Mellat" (Voir Cass.Com, 5 Février 1985, N° 82-15297, publié au bull.Civ).

⁴ - « ... Les contre-garanties devaient en raison de leur autonomie à l'égard du contrat passé avec le Maître de l'ouvrage comme à l'égard de la garantie à première demande donnée à ce dernier par la banque premier garant, être exécutées des l'avis donnée par cette dernière du paiement par elle effectué. » (Voir Cass.Com, 5 Février 1985, précité.).

⁵ - LEGEAS Dominique, Sûretés et garanties du crédit, L.G.D.J, Paris, 1996, p 165.

ما هو منصوص عليه ضمنه.

و معنى ذلك أن الضامن لا يملك إثارة أي سبب يرتبط بالعقد الأصلي كحجة لعدم قيامه بالوفاء، و مثاله: بطلان العقد الأصلي، فسخه، إنهاؤه، تنفيذه، عدم تنفيذه بسبب قوة قاهرة أو بسبب الدائن نفسه، انقضاؤه لأي سبب من أسباب الإنقضاء كالمقاصة، التجديد، إلى غير ذلك¹.

و قد نص المشرع الفرنسي صراحة على هذا المبدأ حيث منع على الضامن إثارة أية احتجاجات أو أسباب متعلقة بالإلتزام المضمون².

أ- أساس عدم إمكانية الإحتجاج بالدفع: ترتبط خاصية عدم إحتجاج الضامن بالدفع تجاه المستفيد بموجب الضمان المستقل بمسألتين و هما:

1- محل الإلتزام بالضمان كأساس لمبدأ عدم الإحتجاج بالدفع: فالضامن بدفعه للمبلغ المحدد في

الضمان يكون قد نفذ التزامه الخاص بعيدا عن دين المدين الأصلي، لذلك فإن مصير هذا الضمان لا يمكن بأية حال أن يتأثر بما قد يطراً على الإلتزام الأصلي من تغيرات أو تقلبات³.

إن الضامن أو الضامن المقابل و بحسب الأصل يتولى الدفع بدون مناقشة، حيث لا يستطيع تقدير الأساس الموضوعي السليم لطلب الضمان بحجة الفحص و التحقق من إخلال الأمر بالتزاماته التعاقدية، لكن و بمقابل ذلك يملك هذا الضامن، عند قيامه بالوفاء، ممارسة حقه في الرجوع الشخصي ضد الأمر بناء على العقد المبرم بينهما⁴.

2- السبب كأساس لمبدأ عدم الإحتجاج بالدفع: لقد أثارت مسألة الربط بين سبب الضمان و عدم

إمكان الضامن الإحتجاج بالدفع تجاه المستفيد الكثير من الجدل بين الفقهاء الذين انقسموا إلى اتجاهين:

¹- SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, Op.Cit, p 197.

²- Article 2321 alinéa 3 code civil Français: «Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie».

³- SAMAR Nasreddine, «Les garanties autonomes: une alternative au cautionnement», Revue des sciences sociales et humaines, N° 14, JMPEL Qods, Université de Batna, Algérie, Juin 2006, p 54.

⁴- RANOUIL Véronique et CHABAS François, Op.Cit , p 66.

2-1- الإلتزام الأول: بقيادة الأستاذين CABRILLAC Michel et MOULY Christian، وفقا لرأيهم

يعتبر الضمان المستقل تصرفا مجردا، و هذا الطابع هو الذي يفسر عدم تمكن الضامن من التمسك بمبرر انعدام سبب التزمه قبل الوفاء، فالتصرف منفصل عن سببه، لذلك فالضامن لا يستطيع الإلتزام إلى بطلان التزمه لانعدام السبب قبل قيامه بالوفاء بالضمان، ليحتفظ بعد تنفيذه للإلتزام بحقه في الرجوع ضد الأمر، الذي بدوره له الرجوع على المستفيد في حال اعتبر أن الوفاء غير مستحق لفائدة هذا الأخير¹.

2-2- الإلتزام الثاني: و هو الإلتزام الرافض لاعتبار الضمان المستقل تصرفا مجردا، و من المدافعين

عن هذا الرأي الأستاذ SIMLER Philippe، حيث يعتبر أن سبب الضمان يكمن في العقد الأصلي، فالضامن يلتزم بناء على طلب الأمر، حتى يتمكن هذا الأخير من الإستفادة من المزايا التي يمنحها الضمان، فأثناء تكوين الضمان يكون هناك بلا شك إشارة إلى العقد الأصلي، و هو ما يشكل السبب الموضوعي للإلتزام الضامن أي السبب المباشر و الثابت، مع الأخذ في الإعتبار أيضا السبب الشخصي غير المباشر للعقد الذي يكون مشتركا بين الأطراف أو على الأقل معروفا بالنسبة للطرف المتعاقد الآخر.

إنه و بالنسبة للبنك الضامن يكمن السبب في أدائه لوظيفته بشكل جيد، أما بالنسبة للمستفيد فهو يستهدف تأمين مصالحه.

و بناء على ذلك فالإقرار باستقلالية الضمان و ما ينتج عنها من عدم إمكانية إثارة الدفع لا تتعارض أبدا مع تحديد سبب الضمان².

¹ - BORGA Nicolas, Op.Cit, p 48.

² - SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, Op.Cit, p 204.

استخلاصا مما سبق يمكن القول بأنه من الناحية النظرية تعتبر فكرة السبب و إن اختلف بشأنها الفقهاء و تعددت آراؤهم، تبقى الأساس الوحيد الذي يعكس و يبرر خاصية عدم الإحتجاج بالدفع في الضمان المستقل¹.

ب- نتائج عدم الإحتجاج بالدفع: تكريسا لخاصية عدم إمكانية التمسك بالدفع من الضامن تجاه المستفيد، و التي تعتبر في الواقع تجسيدا ممتازا لمبدأ استقلالية الضمان البنكي، لا يستطيع البنك الضامن إثارة أية دفع مستخلصة من علاقته بالأمر، و لا تلك المرتبطة بالعقد الأصلي.

1- عدم إمكانية الإحتجاج بالدفع المتعلقة بالعلاقة الآمرة: أي تلك الناتجة أو المتضمنة في رسالة الأمر التي يطلب من خلالها الأمر بناء على تعليمات منه تدخل البنك لإصدار ضمان مستقل، بما يعني منطقيا أن كل ما يشوب هذه العلاقة من ظروف و مستجدات وما ينظمها من شروط لا تؤثر بشكل أو بآخر في العلاقة بين المستفيد و الضامن بموجب الضمان، التي تبقى سارية وفقا لما استقرت عليه إرادتهما الحرة و ارتضاه كلاهما.

و بالنتيجة لذلك لا يمكن للضامن التعديل في مضمون التزامه تجاه المستفيد دون موافقته، كما ليس له إبطال الضمان نتيجة لبطلان علاقته بالأمر، و لا التملص من تنفيذ تعهداته بسبب إفسار الأمر أو إخلاله بالتزاماته تجاهه².

2- عدم إمكانية الإحتجاج بالدفع المتعلقة بالعقد الأصلي: أي تلك الناتجة عن العلاقة بين الأمر و المستفيد، و هو تطبيق فعلي لمبدأ الإستقلالية، رغم ذلك فقد برز بعض التردد في آراء الفقه و القضاء حول مسألة مدى تأثير بطلان العقد الأصلي حول صحة الضمان³، ليستقر الأمر إلى الإجماع بأنه لا

¹- BORGA Nicolas, Op.Cit, p 50.

²- IBID, Op.Cit, p 51.

³- حيث أقرت محكمة باريس في حكمها الصادر بتاريخ 29 جانفي 1981 بأن إلغاء العقد الأصلي يؤدي حتما إلى إلغاء الضمان، في حين أكدت محكمة النقض بقرارها في 20 ديسمبر 1982 بأنه حتى و لو كان سبب التزام البنك هو العقد الأصلي الباطل، فالبنك هنا، و بفعل التزامه المستقل بالوفاء لا يستطيع التملص أو التخلي عن تنفيذه

(Voir Cass.Com, 20 Décembre 1982, N° 81-12579, Publié au bull.)

يمكن للضامن إثارة بطلان أو فسخ العقد الأصلي، و لا غيره من الدفوع الأخرى المرتبطة بهذا العقد لمنع تنفيذ الضمان، بل هو ملزم بتنفيذ التزامه وفقا لما هو منصوص عليه في الضمان¹.

إنه و تحديدا فيما يتعلق بالضمانات البنكية الدولية عادة ما يحاول الأمر الإعتراض على الوفاء من خلال البنك الضامن لصعوبة رجوعه مباشرة ضد المستفيد، و ذلك من خلال استخدامه لعدة وسائل كإثارة وجود أمر أو حكم قضائي للمطالبة بالإمتناع عن الدفع، أو محاولة فرض حجز تحفظي أو حتى طلب مصادرة الضمان، إلا أن القضاء أوقف كل هذه المحاولات من خلال الإقرار بأن منح الأمر تلك الإمكانية يتعارض مع تعهده بمنح المستفيد ضمانا مستقلا و بالتالي يتناقض مع طبيعة الضمان في حد ذاته².

إن المبدأ الأساسي لاستقلالية الضمان عن العقد الأساسي قد تم تكريسه من خلال القواعد الموحدة للضمانات المستقلة رقم 458 في مادتها الثانية بند "b"، كما نصت كذلك على استقلالية الضمان المقابل بالنسبة للعقد الأصلي و للضمان من الدرجة الأولى و ذلك في المادة الثانية بند "c"، لتضيف المادة 20 بند "b" أن سريان الضمان المقابل يستلزم إقرار الضامن كتابيا بتلقيه طلبا صحيحا للوفاء بالضمان مع ملاحظة بأنه لا يوجد سبب مستقل لسريان الضمان المقابل كما لا يمكن مقارنة استقلالية الضمان المقابل باستقلالية الضمان³.

و نظرا لأهمية هذه الخاصية و ما يترتب عنها منطقيا و آليا من عدم الإحتجاج بالدفوع فقد أكدت على مضمونه القواعد الموحدة للضمانات المعدلة سنة 2010 تحت رقم 758 و ذلك سواء بالنسبة للضمان⁴، أو الضمان المقابل⁵.

¹- SAINTOURENS Bernard et GATUMEL Denis, Droit du crédit-Droit du travail: Cours, Librairie Vuibert, Paris, 1996, p111.

²- JACQUET Jean-Michel et Autres, Droit du commerce international, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2010, p 162.

³- MATTOUT Jean-Pierre et PRÛM André, Op.Cit , p 4.

⁴- Article 5 alinéa a) RUGD 758: «Une garantie est par nature indépendante de la relation sous-jacente.... »

⁵- Article 5 alinéa b) RUGD 758: «Une contre-garantie est par sa nature indépendante de la garantie, la relation sous-jacente,... »

المطلب الثاني: التركيبة التعاقدية للضمانات البنكية الدولية

الضمان البنكي التزام من بنك يسمى الضامن بناء على طلب عميله الأمر لمصلحة شخص من الغير يسمى المستفيد، وبهذا المعنى فإن إصدار هذا الضمان، في إطار تسوية معاملة تجارية دولية، كعملية قانونية يتضمن أطرافاً ثلاث و هم الأمر، المستفيد، البنك الضامن إذا تعلق الأمر بالضمان بصورته البسيطة، ليضاف إليهم البنك الضامن المقابل في حال وجود ضمان مقابل و هو الغالب في التجارة الدولية، تنشأ فيما بينهم علاقات خاصة باعتبار أن كلا منها تتميز بالإستقلالية و هو انعكاس لاستقلالية تقنية الضمان في ذاته، و ما يترتب عن ذلك من التزامات على عاتق كل طرف (الفرع الأول)، لكن و رغم طابع الإستقلالية إلا أن ذلك لا يعد عائقاً أمام ممارسة ما يعرف بحق الرجوع سواء قبل الوفاء بالضمان أو بعده (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: العلاقات بين الأطراف المتدخلة في الضمان

تتجسد الصورة العملية للضمان البنكي في العلاقات التجارية الدولية في عرض المستورد لصفقة معينة كعرض بناء مصنع أو مجمع صناعي مثلاً، و للفوز بها تلجأ مؤسسة ما و هي في الغالب المصدر إلى تقديم ضمان مستقل لتنفيذ التزاماتها¹، و بذلك تنشأ بين الطرفين علاقة تسمى بالعلاقة الأصلية (أولاً)، و بالنتيجة لذلك و بناء على طلب المؤسسة أي الأمر يلتزم البنك و هو الضامن أو الضامن المقابل بالوفاء بالمبالغ المحددة لمصلحة المستفيد عند طلبه، و بدون الإحتجاج بعدم تنفيذ العقد الأصلي (ثانياً).

¹ - سعد نبيل ابراهيم ، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص و قانون الإلتزامات و قانون الأموال: دراسة مقارنة، منشأة المعارف، مصر، 2000، ص 131-132.

أولاً: العلاقة الأصلية بين الأمر و المستفيد

و تسمى كذلك بالعقد الأصلي أو عقد الأساس Le contrat de base، بموجبه تنشأ و في إطار صفقة دولية علاقة بين الأمر و المستفيد و بهذه الصفة هم متعاملو التجارة الدولية، الذين حدّدهم القانون في الأشخاص التالية:

1- الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الممارسين للنشاط الإقتصادي طبقاً للقانون.

2- الإدارات و الهيئات و مؤسسات الدولة¹.

و يفهم من ذلك أن أطراف العقد التجاري تتنوع بين أشخاص القانون الخاص من طبيعيين أو معنويين يمارسون النشاط الإقتصادي، و كذلك أشخاص القانون العام متمثلين في الهيئات و المؤسسات و الإدارات العمومية، و ذلك بمناسبة معاملة تجارية دولية خاصة أو في إطار إبرام صفقة عمومية. و هو من حيث طبيعته يختلف باختلاف نوع هذه العلاقة، فقد يتمثل في عقد توريد أو مقاوله أو أشغالا عامة، و يعتبر هو السبب في إصدار الضمان²، كما يتخذ طابعا تجاريا باعتباره يعكس معاملة تجارية على المستوى الدولي بين الطرفين.

أ- مضمون العلاقة الأصلية: يرتبط كل من الأمر و المستفيد بعلاقة في إطار التبادل التجاري فيما بينهما على المستوى الدولي، و هي ما يصطلح عليها بالعقد التجاري الدولي.

و يقصد به كل اتفاق بين شخصين أحدهما مقيم و الآخر غير مقيم يخضع لقانون الصرف و التحويل الخارجي، و بعبارة أخرى هو كل عقد منصب على معاملة أو معاملات تجارية موجهة لأن تتخطى حدود الدولة لتنتج آثارها في دولة أخرى³.

¹ - المادة 24 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

² - طليان محمد حسين صالح، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية في المناقصات و المزايدات: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، مصر، 2017، ص 110.

³ - تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص2.

و بذلك فهو يشكل الأداة الأساسية التي يتم من خلالها التبادل التجاري عبر الحدود، و في إطار تكريس مثل هذا التبادل لا يكون المتعاملون الإقتصاديون في منأى عن أي خطر محتمل قد يؤدي إلى تأخير أو المساس بالتنفيذ الكلي أو الجزئي للالتزامات التعاقدية من قبل كل طرف متعاقد، و لأجل تقادي مثل هذا الخطر لجأ متعاملو التجارة الدولية إلى وضع مجموعة من الضمانات المتنوعة بحسب طبيعة الصفقة المبرمة بين الأطراف.

1- الإلتزام بتقديم ضمان: لتكريس العقد التجاري يشترط أحد أطرافه تغطية المخاطر أو الصعوبات المحتملة أثناء تنفيذ مضمونه من خلال تقديم الطرف الآخر المتعاقد معه لضمان دولي.

و الصورة العملية لذلك أن يشترط المستورد المشتري على المصدر البائع تقديم ضمان في حال نشوء مشاكل أو صعوبات أثناء تنفيذ العقد، حيث يدفع المستورد مبلغا ماليا هاما على شكل تسبيق إلى المصدر كوسيلة لطمأنة هذا الأخير لجدية و فعلية التزاماته نظير تجسيد الصفقة، كما أن ذلك التسبيق يمنح المصدر الإمكانية للشروع في تنفيذ التزاماته، و بموجب الضمان الذي يضعه المصدر لفائدة المستورد، يحافظ هذا الأخير على حقه في استرداد التسبيق الذي دفعه في حال الإخلال بتنفيذ العقد¹.

إذن الضمانات البنكية المستقلة بمختلف أنواعها كضمان التعهد أو ردّ التسبيقات أو حسن التنفيذ، توضع قيد التنفيذ بالقياس إلى معاملة تجارية محددة، فالعلاقة التعاقدية الأصلية بين المستورد و المصدر لا يمكن أن تنشأ إلا بشرط تقديم ضمان، و عليه يتعهد المصدر البائع بتقديم ضمان بمقابل تكوين و إبرام العقد التجاري، ليكون بذلك هو السبب الموضوعي و الغرض المباشر لإصدار الضمان المستقل²، وبداهة في غياب الضمان لا وجود للعقد الأصلي و لا للإستثمار³.

¹- AIT-MOKHTAR Fatna-Zora, Op.Cit, p 14.

²- OTOUMOU Jean-Clary, Op.Cit, p 437.

³- AIT MOKHTAR Fatna-Zora, Op.Cit, p 15.

تطبيقاً لذلك يعتبر إصدار الضمان هو الإلتزام الأصلي للمصدر الذي يصبح أمراً لمصلحة المستورد و هو المستفيد من الضمان، و غالباً ما يبرز الضمان بنصه الكامل في مضمون العقد الأصلي، و ينتج عن ذلك أن عدم التنفيذ أو التنفيذ السيء من الأمر للإلتزامه بمنح ضمان بنكي يعادل عدم تنفيذه للعقد الأصلي.

و للحد من مخاطر ذلك، تعلق بعض العقود الأصلية سريانها على شرط واقف يتمثل في تحرير الضمان البنكي، و في المقابل عدم وضع هذا الأخير في أجل معين يمكن أن يكون شرطاً فاسخاً للعقد الأصلي، و في كل الأحوال يجب أن ينص صراحة على ذلك في العقد الأصلي¹.

بالتالي فالعقد الأصلي يتضمن تنظيمًا واضحًا و متكاملًا للعلاقة الرابطة بين الأمر و المستفيد، و من بين أهم عناصرها الإلتفاق على شرط التحكيم أي أن يتفق الأمر و المستفيد على إحالة جميع النزاعات التي قد تنور بينهما بمناسبة تنفيذ العقد إلى التحكيم للفصل فيها، فوجود هذا الشرط لا يقيد أبداً حق المستفيد في المطالبة بقيمة الضمان، كما لا يجوز الإحتجاج به في مواجهة أطراف الضمان و هم المستفيد و الضامن، فحق الأمر في التمسك بمثل هذا الشرط في مواجهة المستفيد يقتصر فقط على النزاعات الناشئة و التي تكون متعلقة بالعقد الأصلي ذاته²، كما يحدد بشكل صريح نوع الضمان المطلوب تقديمه و مدته و الهدف منه و كذا أية وثائق أو مستندات قد تستلزمها عملية الوفاء، أي كل ما يتعلق بشروط و محتوى الضمان المطلوب³.

¹ - LOGOZ François, La protection de l'exportateur face à l'appel abusif à une garantie bancaire, Librairie Droz, Genève, 1991, p 76-77.

² - جاسم أسيل باقر، «أثر التحكيم على خطاب الضمان: دراسة تحليلية»، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة بابل، العراق، 2013، ص 188-189.

³ - طليان مُجّد حسين صالح، المرجع السابق، ص 110.

يضاف إلى ذلك أن ملاءمة و خصوصية الضمان المقدم تتحدد وفقا لكل مرحلة من مراحل تنفيذ الإلتزام التعاقدى الأصلي، ليكون بذلك المستفيد محميا من كل المخاطر التجارية¹.

و تجدر الإشارة إلى أن المادة 26 من النظام رقم 07-01 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة قد أدرجت في مضمونها أهم المسائل التي يجب أن يشير إليها العقد التجاري من بينها ذكر أسماء و عناوين الأطراف المتعاقدة، و تحديد بلد المنشأ و المقصد للسلع و الخدمات و كذا طبيعتها، و شروط العقد الخاصة بالتكفل بالمخاطر الناتجة عن تنفيذه و كفاءات التسديد إلى غير ذلك من البيانات، و التي تم ذكرها على سبيل المثال لا الحصر، و بالتالي يمكن إدراج كافة المعلومات و البيانات و الشروط التي تتفق و طبيعة العلاقة التعاقدية بما يجعل الإلتزامات الناتجة في ذمة كل طرف واضحة و محددة تقاديا لأية نزاعات محتملة.

2- اختيار البنك الضامن: لضمان التنفيذ الحسن للعقد الأصلي يشترط المستفيد تقديم ضمان بنكي مستقل ضد الأخطار المحتملة التي قد تتولد عن مثل هذا الإلتزام.

فالبنك المتدخل بصفته ضامنا يساهم في طمأنة المستفيد حول المركز و القوة المالية للضامن كما يمنحه إمكانية التعويض في حال إخلال الأمر بالتزاماته التعاقدية.

هذا، و تمثل الضمانات بمختلف أشكالها جزء هاما من العمليات الإئتمانية للبنوك في مجال التجارة الدولية، فالبنك بتدخله يكون قد تعهد بتوقيعه، و بعبارة أخرى يتعهد بمصداقيته و سمعته و مكانته على المستوى الدولي مما يساهم في طمأنة و تعزيز ثقة المستثمرين و المتعاملين التجاريين.

¹ - حيث تعدد المخاطر في مجال المعاملات التجارية الدولية، فمنها ما هو ناتج عن المعاملة ذاتها أو متعلق بمحيطها الخارجي أي يمكن أن يكون الخطر سياسيا، اقتصاديا أو قانونيا أو تكنولوجيا أو ماليا، (انظر شلالى رشيد، تسيير المخاطر المالية في التجارة الخارجية الجزائرية، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في العلوم التجارية، تخصص إدارة العمليات التجارية، كلية العلوم الاقتصادية و العلوم التجارية و علوم التسيير، جامعة الجزائر 3، 2010-2011، ص 79).

ففي مجال العلاقات التجارية الدولية الخاصة يشترط المشرع بأن الضمانات المقدمة لفائدة المستفيد الجزائري يجب أن تصدر عن بنك وسيط معتمد¹، له موطن في الجزائر، و من البديهي أيضا في حال تقديم ضمان مقابل أن يكون البنك الضامن من الدرجة الأولى هو بنك وسيط معتمد محلي².

كما يستلزم القانون كذلك و في إطار صفة عمومية تقديم البنك للضمان عندما يكون المستفيد هو متعامل أو متعهد جزائري من القطاع العام، فالبنك هنا يجب أن يكون بنكا خاضعا للقانون الجزائري أي وسيط معتمد في حال الضمان، و عند إصدار ضمان مقابل يكون من قبل بنك أجنبي من الدرجة الأولى³. و في كافة الأحوال تكون المصلحة المتعاقدة⁴ ملزمة بالعمل على إيجاد الضمانات الضرورية التي تسمح باختيار أحسن المتعاملين المتعاقدين و توفير أفضل الظروف للتنفيذ الجيد للصفقة⁵.

ما يلاحظ هنا في الحالتين، أن المشرع يميز فيما بينهما، من خلال جعله مسألة تقديم الضمانات المستقلة في إطار معاملة تجارية دولية خاصة أمرا اختياريا بالنسبة للبنوك باستخدامه لمصطلح "يمكن"، في حين جعله إلزاميا و وجوبيا على البنوك في حال تمثل الأمر بصفقة عمومية بتوظيفه لمصطلح "يجب"، لكن الواقع و الممارسة أثبتت أن اللجوء إلى الضمان أصبح أمرا واقعا و تلقائيا في إطار الممارسات التجارية الدولية نظرا لدوره و أهميته بالنسبة لكافة أطرافه.

إضافة إلى ما سبق، يبقى العقد التجاري أو العقد الأصلي بين الأمر و المستفيد بما يتضمنه من شروط و أحكام مستقلة تماما عن العلاقات الناشئة عن الضمان المستقل.

¹ - المادة 11 من النظام رقم 07-01، المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

² - المادة 3 من النظام رقم 93-02، المتعلق بإصدار عقود الضمان و الضمان المقابل.

³ - المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

⁴ - يقصد بالمصلحة المتعاقدة كل من الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية مموله كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو جماعاتها المحلية. (انظر المادة 6 من قانون تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام).

⁵ - المادة 124 من قانون تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

ب- **تأثير العقد الأصلي على الضمان:** الأصل أن العقد الأصلي مستقل عن عقد الضمان، و تطبيقاً لذلك فأي تغييرات يدخلها الأطراف على اتفاقهم الأصلي، أو أي مسألة تطرأ فتمس بوجوده كبطلانه أو انقضائه لأي سبب من الأسباب، لن تكون له نتائج مؤثرة على عقد الضمان ذاته.

1- تعديل العقد الأصلي: قد تدفع الظروف بأطراف العلاقة التعاقدية التجارية إلى إدراج تعديلات على ما تم الإتفاق عليه، و غالباً ما تمس هذه التعديلات بمدة العقد أو مضمونه، مما يطرح مسألة إمكانية تأثير ذلك على الضمان و تكييفه مع ما استحدث.

إن البنك عندما يتدخل لضمان عملية تجارية فإن ذلك يتم بناء على تعليمات و شروط عميله الأمر، الذي بدوره يلتزم وفقاً لما تم الإتفاق عليه مع المتعامل معه المستفيد، على هذا الأساس غالباً ما يطالب المستفيد بتمديد ضمانه بالمقابل للتعديل الذي مس علاقته الأصلية بالأمر من خلال التمديد في مدتها أو فحواها.

في الواقع إن مسألة التمديد في الضمان كنتيجة للتمديد في العقد الأصلي يبقى الفصل فيها للبنك الضامن باعتباره هو الملتزم في الضمان، إضافة إلى أن التزامه ذاك و تكريماً لمبدأ الإستقلالية يبقى مستقلاً عن كل ما يتعلق بصله الأمر بالمستفيد، بعبارة أخرى لا يمكن الإحتجاج تجاه الضامن بتعديل العقد الأصلي بحسب المبدأ، إلا إذا ارتضى ذلك صراحة، و هو ما أقرته محكمة باريس بشكل حازم في قرار صادر عنها بتاريخ 1 أكتوبر 1986، حيث اعتبرت أنه و بالنظر إلى الطابع المستقل للضمان بالنسبة للعقد الأصلي، فإن أي تعديل يطرأ عليه أثناء مرحلة تنفيذه، لا يمكن الأخذ به أثناء سريان الضمان، ما لم يتفق أطراف الضمان على خلاف ذلك صراحة¹.

¹ - TRIDI Amine, Op.Cit, p 244.

و في هذه الحالة يمكن تصور ثلاث حالات:

1-1- أن عقد الضمان لا يتضمن أي مرجعية لمضمون العقد الأصلي، ففي هذه الحالة يبقى الضمان

ساريا رغم التعديلات التي مست العلاقة الأصلية.

1-2- أن يتضمن عقد الضمان في نصه على شرط "التعديل أو الدفع" "modifier ou payer" و هنا

يبرز تأثير العقد الأصلي على الضمان باعتبار أنه في حال رفض الضامن إدخال التعديل على

نص الضمان وفقا للتعديلات التي مست العقد الأصلي، يصبح طلب الضمان فوريا و الوفاء حالاً.

1-3- أن الضمان لم يعد يتوافق مع متطلبات التغطية المطلوبة للعقد الأصلي في حال إدراج تعديلات

و تغييرات عميقة على مضمون هذا الأخير، كأن يتفق أطراف العلاقة الأصلية على عقد جديد لا

يتناسب مع العقد الأول، ففي هذه الحالة و تطبيقاً لمبدأي إستقلالية الضمان، و عدم إمكانية

الإحتجاج بالدفع لا يكون لهذه التعديلات مهما بلغت درجتها أي أثر على الضمان المقدم، و ما

على الأطراف سوى الإتفاق على تقديم ضمان جديد يتناسب مع متطلبات العقد الجديد¹.

2- التنازل عن العقد الأصلي: Cession du contrat de base: من الخصائص المميزة للضمان

المستقل أنه شخصي للمستفيد، أي أن البنك الذي يصدره يتعهد بالوفاء لشخص معين و هو الطرف

المتعاقد مع العميل الأمر، أي الأطراف التي يتعامل معها البنك تكون محددة بذاتها و هي كل من العميل

الذي بناء على أمره يصدر البنك الضمان، و الشخص الذي يكون هذا الأخير لمصلحته و لسبب محدد

و هو تغطية العقد الأصلي.

و بالنتيجة لهذه الخاصية لا يجوز للمستفيد التنازل عن الضمان للغير حتى و لو بالتبعية لتنازله

عن العقد الأصلي إلا بموافقة البنك².

¹ - TRIDI Amine, Op.Cit, p 245.

² - البارودي علي، العقود و عمليات البنوك التجارية وفقا لأحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2001، ص 417-418.

و بذلك في حال موافقة البنك يبقى الضمان ساريا بنفس شروطه، أمّا إذا رفض ذلك فيعتبر

الضمان لاغيا و منقزيا قبل حلول أجله¹.

3- بطلان العقد الأصلي: بالنسبة لتأثير بطلان العقد الأصلي على صحة الضمان و سريانه، يجب

التمييز بين حالتين:

3-1- حالة البطلان المطلق للعقد الأصلي: بحسب المبدأ: الضمان مستقل عن العقد الأصلي، لذلك

فبطلان أو انعدام هذا الأخير لا يجب أن يؤثر في صحة الضمان و نفاذه، و لكن هذا المبدأ لا يطبق

على إطلاقه، و إنما ينبغي تقييده أو حصر مداه و ذلك في حال الطعن في صحة العقد الأصلي لمخالفته

للنظام العام و الآداب العامة، مما يستتبع منطقيا و خاصة من جانب المستفيد الطعن كذلك في صحة

الضمان الصادر لتغطية ذلك العقد المعيب، حيث يعتبر سبب الضمان بالنتيجة لذلك معيبا أي سببا غير

مشروع و هو يؤدي في النهاية إلى البطلان المطلق للضمان ذاته².

3-2- حالة البطلان النسبي للعقد الأصلي: و كذلك في حال فسخه أو إلغائه، فهنا الضمان المستقل

يبقى محتفظا بوجوده و سريانه، و ما على العميل الأمر سوى تحمل المخاطر الناتجة عن ذلك بصفة

شخصية باعتبارها تتعلق بمصالحه الخاصة و لا تمس بالمصلحة العامة، و نتيجة لذلك فقابلية العقد

الأصلي للإبطال لا تؤثر لها على صحة عقد الضمان، باعتباره لا يمس بالنظام العام أو الآداب

العامة³.

و تجدر الإشارة إلى أن القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب قد أكدت بشكل قاطع و تام على

انفصال الضمان عن العلاقة الأصلية و عدم تأثره بأي مسألة تتعلق بها، كما أن أي إشارة في عقد

¹ - TRIDI Amine, Op.Cit, p 243.

² - حيث يفترض بأن كل التزام له سبب مشروع، و إذا ثبتت عدم مشروعيته أو مخالفته للنظام العام و الآداب العامة يكون باطلا مطلقا أي منعدم قانونا (انظر المواد 97-98 من القانون المدني).

³ - TRIDI Amine, Op.Cit, p 242.

الضمان إلى تلك العلاقة لن يغير من طبيعته المستقلة¹.

ثانياً: العلاقات الناشئة عن الضمان

تنشأ عن الضمان المستقل ثلاث علاقات قانونية تجمع بين كل من الأمر و البنك الضامن، و بينه و بين المستفيد في حال الضمان بصورته البسيطة، مع نشوء علاقة بين البنك الضامن و البنك الضامن المقابل إذا تعلق الأمر بالضمان المقابل.

أ- **العلاقة بين الأمر و البنك الضامن:** يرتبط الأمر بالبنك من خلال عقد يسمى بعقد إصدار الضمان أو كذلك بعقد الإعتماد بالضمان، و هو عقد يسبق إصدار الضمان، حيث يتقدم العميل بطلب إلى بنكه بغرض إصدار ضمان لفائدة المستفيد مع بيان شروطه، و باتفاق الطرفين يعطي البنك موافقته على الضمان طبقاً للتعليمات و الشروط التي يحددها العميل².

1- مضمون العلاقة بين الأمر و البنك الضامن: إن العرض الذي يتقدم به العميل الأمر إلى البنك و المتضمن إصدار ضمان لفائدة مستفيد يشكل إيجاباً، و بموافقة البنك على تلبية طلب عميله يقترن القبول بالإيجاب لينشأ عقد فيما بينهما، و بذلك فالعلاقة الرابطة بين كلا الطرفين تكيف بأنها علاقة تعاقدية.

1-1 - انعقاد اتفاق القرض: Convention de crédit: إن الإتفاق الذي يصدر الضمان بناء عليه

يعتبر عقدا رضائياً يتضمن كافة الشروط المنظمة للعلاقة بين العميل الأمر و البنك الذي يصبح ضامناً، و تتمثل أهم هذه الشروط في:

1- أسماء أطراف التعاقد.

¹ - Article 5 RUGD 758.

² - الجبر مُجد حسن، العقود و عمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، النشر العلمي و المطابع لجامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 1997، ص 324-325.

2- إسم المستفيد من الضمان.

3- مبلغ الضمان.

4- التعهد بدفع قيمة الضمان إما بمجرد الطلب أو طبقاً للشكليات المحددة و المتفق عليها دون الحاجة إلى الحصول على رضا العميل.

و قد جرى العرف المصرفي على تحرير هذا الإتفاق وفقاً لنموذج معد مسبقاً من قبل البنك، حيث تحدد فيه المصروفات و العمولة التي يلتزم بها العميل لفائدة البنك¹.

إذن فالعقد المبرم بين البنك ضامناً كان أو ضامناً مقابلاً و الأمر يتم بناء على تعليمات واضحة و محددة من هذا الأخير في مقابل رضا البنك الذي لا يعد وجوبياً، بمعنى أن للبنك مطلق الحرية في القبول أو الرفض، و بموافقته يكون قد التزم تجاه الأمر بصورة مزدوجة من خلال التعهد بتقديم دعمه خلال عملية الضمان من جهة، و تقديم وعد بالالتزام لمصلحة المستفيد في عقد الضمان من جهة ثانية، و هي في الواقع تمثل مجموع خدمات يقدمها البنك للأمر و التي قد يطالب، و هو الغالب، نظيرها تقديم الأمر لتأمينات تضمن للبنك الحصول على التعويض أو المقابل في شكل عمولة متناسبة مع مبلغ الضمان و مدته².

و تجب الإشارة في هذا الصدد إلى أنه يتعين على البنك قبل منح موافقته لإصدار الضمان أن يعد دراسة كافية و شاملة عن العميل و إمكانياته المالية و الفنية للتأكد من قدراته على تنفيذ العمليات التي أصدر الضمان من أجلها و كذا مقدار التسهيلات التي سيحتاجها العميل لتمويل تلك العمليات و مدى استعداد البنك لتقديمها³.

¹ - قرمان عبد الرحمن السيد، العقود التجارية و عمليات البنوك طبقاً للأنظمة القانونية بالمملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، مكتبة الشقري، المملكة العربية السعودية، 2010، ص 384-385.

² - BONNEAU Thierry, Op.Cit, p 540.

³ - آيت وازو زابينة، مسؤولية البنك المركزي في مواجهة الأخطار المصرفية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 91.

و في تكييفه للعلاقة القانونية بين الأمر و البنك يعتبر الأستاذ BONNEAU Thierry أنه بالنظر إليها من جهة الأمر، هي وعد بقرض بالتوقيع "une promesse de crédit par signature" بموجبه يتعهد البنك بأجر، أن يضع أموالا لفائدة المستفيد إذا توفرت شروط ذلك.

1-2- تقديم طلب كتابي: Une demande écrite: لقد جرى العرف على تحرير طلب كتابي من الأمر موجه لبنكك يتضمن منح أو إصدار ضمان بنكي مستقل، و يكمن الغرض من ذلك إعداد و تحديد نص الضمان المطلوب إصداره، و الترخيص للضامن في حال قيامه بالوفاء، بالرجوع على الأمر، إضافة إلى تنبيه الأمر إلى فحوى و مضمون الإلتزام الذي يطلب من البنك اكتتابه.

و مع ذلك يبقى الضامن محافظا على حقه في التعويض عن قرضه بالتوقيع و الذي يكون قد وفاه لمصلحة المستفيد، حتى في غياب الطلب المحرر كتابيا، فإثبات ذلك يمكن أن يتم عادة من خلال العمولة التي يوفيقها الأمر للبنك بدون أي اعتراض على ذلك¹.

وفقا لما سبق تقوم العلاقة بين الأمر و البنك على الإعتبار الشخصي، إذ تلعب شخصية العميل الأمر دورا بارزا في تحديد البنك لموقفه إما بالموافقة أو الرفض، و نتيجة لذلك يتضح في حال رضا البنك بالعقد، ما إذا كان سيشتد على العميل تقديم غطاء للضمان من عدمه و كذا تحديد مقداره².

2- الإلتزامات الناشئة بين أطراف العلاقة: تنشأ عن العقد المبرم بين الأمر و البنك التزمات متبادلة بين الطرفين.

1-2- التزمات البنك: تتمثل التزمات البنك تجاه العميل الأمر في:

التزمه باعلام الأمر، بالإضافة إلى رد قيمة غطاء الضمان في حال توفر أسباب ذلك.

¹ - MATTOU Jean-Pierre, Droit bancaire international, Op.Cit, p 170-171.

² - حيث يمكن للبنك أن يطلب من العميل أن يقدم تأمينا مقابل إصدار الضمان، متمثلا في شكل تقديم لصكوك أو بضائع أو حتى تنازل منه عن حقه في مواجهة المستفيد، و ذلك احتياطا من البنك لاحتمالية قيامه بالدفع إذا ما طلب المستفيد ذلك خلال المدة المحددة، كما تتحدد قيمة ذلك الغطاء تبعا لطبيعة العلاقة بين الطرفين و درجة الثقة التي يتمتع بها العميل لدى بنكه (انظر قرمان عبد الرحمن السيد، المرجع السابق، ص 385).

2-1-1-التزام البنك بإعلام الأمر: يلتزم البنك تجاه الأمر أو في حال إصدار ضمان مقابل تجاه

الضامن المقابل الذي يلتزم بدوره تجاه الأمر بإخطاره، دون التقيد في ذلك بمهلة معينة، بكل طلب متضمن الوفاء بالضمان أو التمديد في مدته¹.

إذن يندرج ضمن واجبات البنك إعلام الأمر بعد فحص شروط طلب الضمان بقيامه بالتنفيذ الفعلي له، إذ يتحمل هذا العبء لسببين، فمن جهة بسبب العلاقات التي تربطه بعمله، و من جهة أخرى لتمكين هذا الأخير من التدخل لدى المستفيد أو تحضير وسائل الدفاع الممكنة.

إن الإخلال بمثل هذا الإلتزام يولد مسؤولية البنك تجاه الأمر، و خاصة إذا تبين فيما بعد بأنه قد حرمه من حقه في تقديم طعن ممكن².

و في إطار تجسيد هذا الإلتزام يتولى البنك الضامن حسب القواعد الموحدة "أوحادا" بإرسال نسخة من الطلب المقدم من المستفيد و من كل المستندات المرفقة به إلى الأمر، و في حال الضمان المقابل إلى الضامن المقابل، ليتولى بدوره نقلها و إرسالها إلى الأمر³.

كما يجب على الضامن أو الضامن المقابل أن يرسل إشعارا إلى الأمر بكل تخفيض في مبلغ الضمان، أو بكل فعل أو حدث ينتج عنه انقضاء الضمان⁴.

هذا و يعتبر التزام البنك تجاه عميله بالإعلام من الإلتزامات الملقة على عاتق البنوك في إطار تقديم الخدمة و ذلك ما أكدت عليه المادة 5 من النظام رقم 01-13⁵، حيث يكون البنك ملزما بإبلاغ و إعلام الزبون بالشروط البنكية أي بكل التعريفات و العمولات التي يطبقها على العمليات البنكية، إضافة إلى تحديد كافة الإلتزامات المتبادلة و الناتجة عن العلاقة بينه أي البنك و الزبون أو العميل.

¹ - Article 16 RUGD 758.

² - KLEIN-CORNEDE Joanne, Op.Cit, p 75.

³ - Article 46 Alinéa 2 AUS 2010: «Le garant doit transmettre une copie de la demande du bénéficiaire et tous documents accompagnant celle-ci au donneur d'ordre, en cas de contre-garantie, au contre-garant, à charge pour ce dernier de les transmettre au donneur d'ordre».

⁴ - Article 46 Alinéa 3 AUS 2010 : «Le garant doit aviser le donneur d'ordre..., de toute réduction du montant de la garantie et de tout acte ou événement mettant fin à celle-ci... ».

⁵ - النظام رقم 01-13 مؤرخ في 8 أبريل 2013، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية.

2-1-2- التزام البنك برد قيمة غطاء الضمان إلى الأمر: في حال انقضاء أجل الضمان دون مطالبة

المستفيد الوفاء به، أو عند امتناع البنك عن الوفاء نظرا للطلب التعسفي بذلك من المستفيد، يلتزم البنك بإعادة الغطاء الذي دفعه الأمر كتأمين للبنك، و بناء عليه تبرأ ذمة كلا الطرفين¹.

2-2- التزامات الأمر: تتجسد التزامات الأمر بموجب العقد فيما يلي:

سداد قيمة ما وفاه البنك باعتباره ضامنا، وكذا التقييد بعدم التمسك بأية دفع لعرقلة عملية الوفاء.

2-2-1- التزام الأمر بالسداد لفائدة البنك: طبقا للعقد المبرم بينهما، و بمجرد موافقة البنك على

إصدار الضمان، يلتزم الأمر بما يلي:

1- رد المبالغ التي أداها البنك الضامن للمستفيد وفاء بقيمة الضمان، و يتم ذلك وفقا للشروط المحددة

في اتفاق القرض أو ما يسمى كذلك بعقد الإعتماد بالضمان المبرم بينهما، و في حال تعسف البنك

في استعمال حقه في المطالبة برد قيمة الضمان، يمكن للأمر المطالبة بالتعويض عن الضرر

الحاصل.

2- دفع عمولة للبنك: حيث يلتزم الأمر بدفع عمولة عن مبلغ الضمان و مدته، تضاف إليها الفوائد

المنصوص عليها كمستحقات لفائدة البنك، و كذلك تقديم غطاء للضمان قد يكون نقديا أو عبارة عن

أوراق مالية².

2-2-2- التزام الأمر بعدم إثارة أي دفع متعلق بالضمان: يلتزم الأمر في مواجهة البنك الضامن بعدم

الإحتجاج أو الإعتراض على عملية الوفاء بقيمة الضمان لأي سبب مرتبط بعلاقته مع المستفيد، أو لكون

طلب هذا الأخير جاء بنية الغش أو التعسف لكن و مع ذلك إن استطاع الأمر إثبات وجود تواطؤ بين

المستفيد و البنك، فله الحق في التمسك بهذا الدفع في مواجهته³.

¹ - أمقران راضية، المرجع السابق، ص 99-100.

² - كروم السالك، النظام القانوني للضمانات البنكية المستقلة، مجلة القانون و الأعمال، العدد 17، جامعة الحسن الأول، المغرب، مارس 2017، ص 93.

³ - أمقران راضية، المرجع السابق، ص 96.

ب- العلاقة بين البنك الضامن و المستفيد: إن العلاقة الناشئة بين البنك و المستفيد يحكمها عقد

الضمان المبرم بينهما¹، و هي علاقة تتميز بالإستقلالية و الانفصال سواء عن علاقة المستفيد بالأمر أو علاقة هذا الأخير بالبنك.

1- مضمون العلاقة بين البنك الضامن و المستفيد: تتجسد الصلة بين كل من البنك و المستفيد من خلال العناصر التالية:

1-1- إبرام عقد الضمان: يحكم العلاقة بين البنك و المستفيد الضمان الذي يصدره البنك بناء على تعليمات من الأمر ليووجهه إلى المستفيد، يتعهد بموجبه بدفع المبلغ المحدد أو القابل للتحديد بذكر الحد الأقصى الذي يلتزم به البنك بمجرد الطلب أو طبقا للشكليات المتفق عليها و لو اعترض الأمر على ذلك.

فأساس هذه العلاقة و مصدرها هو ذلك الضمان الذي يصدره البنك و تتحدد من خلاله حقوق المستفيد بناء على الشروط الواردة في مضمونه، و التي يجب على المستفيد التقيد بها بموازاة ذلك و إلا امتنع البنك عن الوفاء²، و لذلك يجب أن تكون هذه الشروط واضحة و صريحة و معبرة عن إستقلالية الضمان، فالضامن لا يلتزم بدين المدين الأصلي أي الأمر، و إنما بالتزام جديد مستقل تماما عنه.

و تكريسا لذلك ينبغي أن يحتوي نص الضمان المبرم بين البنك و المستفيد على أهم البيانات

التالية:

¹ - لقد ثار جدل فقهي حول تكييف العلاقة بين البنك و المستفيد، حيث اعتبر البعض بأنها علاقة ناتجة عن عقد ملزم لجانب واحد، و أن التزام البنك تجدد أساسه في هذا الإتفاق و هو ما أيدته بعض أحكام القضاء الفرنسي و كذا محكمة النقض المصرية، في حين يتبنى البعض الآخر فكرة أن التزام البنك تجاه المستفيد هو التزام بإرادة منفردة، و بصفته أصيلا و ليس نائبا عن العميل، و هو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم صادر عنها في 20 جويلية 1963، و كذلك محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 18 فيفري 1992. (انظر كروم السالك، المرجع السابق، ص 94-95).

² - الجير مُجَّد حسن، المرجع السابق، ص 326-327.

1- تحديد كل من الأمر و المستفيد و الضامن باعتبار أن التزام الضامن شخصي و لا يمكنه التنازل عنه للغير إلا إذا تم الإتفاق على خلاف ذلك¹.

2- محل أو موضوع الضمان، و الذي وفقا له يتحدد نوعه كحسن التنفيذ، ردّ التسبيقات إلى غير ذلك، مع الإشارة إلى العقد الأصلي الذي وضع الضمان للوفاء به.

3- مبلغ الضمان و عملة الوفاء به².

4- اعتبار الضمان باتا و نهائيا لا رجعة فيه من يوم إصداره، و يعد ساريا من ذلك الحين، مع إمكانية إدراج شرط يتعلق بإرجاء سريانه إلى تاريخ لاحق أو مرتبط بحدث خاص محدد في الضمان.

5- مدة صلاحية الضمان أو تاريخ سريانه، و الذي يكون محددًا بتاريخ انقضائه أو قابلا للتحديد بذكر الفعل المؤدي إلى انقضائه.

6- شروط طلب الضمان و التي يجب أن تعكس الطابع المستقل له، كما أن طبيعة الطلب ترتبط بنوع الضمان في حد ذاته.

إن مختلف هذه العناصر أو البيانات نصت عليها بالتفصيل المادة 8 من القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب، و من الضروري أن ترد مطابقة لتعليمات الأمر لكون نص الضمان بما يتضمنه هو فقط العنصر المعترف و الذي يؤخذ بعين الإعتبار أثناء طلب الوفاء³.

1-2- طلب الضمان: يتم طلب الضمان من قبل المستفيد، و فعليا يطالب هذا الأخير من الضامن بأن يدفع له المبلغ المحدد في الضمان. و بحسب الأصل يكون طلب المستفيد تقديريا.

إن طلب الضمان لا يخضع لشكلية إلزامية، و إنما يجب أن يكون موافقا للشروط الصارمة المحددة في مضمونه، و يبدو جيا مثلا عن طريق إرسال مجرد توكس أو فاكس من المستفيد أو وكيله يعبر من

¹- Article 33 RUGD 758.

²- Article 21 RUGD 758.

³- BONNEAU Thierry, Op.Cit, p 545.

خلاله عن إرادته الباتة و القاطعة التي لا لبس فيها.

في حال كون طلب المستفيد نظاميا أي مطابقا لشروط الضمان ينشأ التزام فوري في ذمة الضامن بالدفع في الأجل المحدد أو في أجل معقول دون إمكانية الاعتراض على ذلك إلا في حال الطلب التعسفي، حيث يعتبر السبب الوحيد الذي يؤدي إلى فشل الطلب، و مثاله عندما يبزر الطلب باعتبارات سياسية أجنبية عن كل عدم تنفيذ الأمر لالتزاماته، أو كذلك عندما يطلب الضمان بموجب عقد آخر غير ذلك الوارد في عقد الضمان.

إن الغش أو التدليس أي إدراك المستفيد بأنه لا يملك الحق في طلب الضمان ينشأ عادة بالرجوع إلى الوضع القانوني الأساسي فهو الذي يسمح بتقدير حسن أو سوء نية المستفيد¹.

إذن فالوسيلة المناسبة لإعاقه الحق في طلب الضمان دون المساس بجوهره تتمثل في إثارة الطابع التعسفي أو التدليسي و الذي يشترط ليس فقط أن يكون ظاهرا و بارزا و إنما أكثر من ذلك ثاقبا للأعين²، بما لا يدع مجالا للشك حوله، و بالتالي يشكل دليلا ماديا و ملموسا سواء بالنسبة للأمر لمنع الوفاء بالضمان³، أو للضامن حتى يمتنع فعلا عن تنفيذ التزامه.

إن مجرد تقديم طلب مكتوب يعتبر كافيا لجعل الضامن ملزما بالدفع، إلا أن طبيعة الضمان قد تستلزم أن يرد هذا الطلب مبررا أو مرفقا بمستندات معينة و ذلك في الواقع لا يعد مساسا باستقلالية الضامن.

1-2-1- تقديم طلب مكتوب: غالبية أنواع الضمانات لا تشترط لسريانها سوى تقديم طلب من قبل

المستفيد يكون مكتوبا، و موقعا منه أو من ممثله، و ذلك حتى يكون مطابقا من حيث شكله.

¹- RACINE Jean-Baptiste et SIIRIAINEN Fabrice, Droit du commerce international, Dalloz, Paris, 2007, p 291.

²- HOUTCIEF Dimitri, Op.Cit, p 21.

³- Article 47 Alinéa 1 AUS 2010: «Le donneur d'ordre ne peut faire défense de payer au garant que si la demande de paiement du bénéficiaire est manifestement abusive ou frauduleuse... »

في حال عدم وجود اتفاق مخالف، يتم إرسال الطلب في الغالب عن طريق التلكس أو البرقيات حيث تعتبر أكثر الوسائل استعمالاً في مجال التجارة الدولية، فالقيمة الثبوتية لتلك الرسائل لا تدع مجالاً للشك لدى المتعاملين التجاريين، كما يمكن أيضاً إذا ارتضى الضامن ذلك أن يتم الطلب عن طريق الهاتف، أو شفاهة أو بالفاكس، و إن كانت هذه الوسائل تحتوي مضاراً أو مساوئ بالنسبة للمستفيد حيث لا تسمح له بإقامة الدليل على طلبه بالوفاء خلال الآجال المحددة، كما لا يعرض كذلك الضامن لخطر عدم إمكانية إثبات السريان المنتظم للضمان في مواجهة الأمر¹.

لقد اشترطت القواعد الموحدة "أوحاداً" أن يكون طلب الوفاء بالضمان من قبل المستفيد مكتوباً و مرفقاً بالمستندات أو الوثائق المحددة في العقد، كما يجب أن يشير إلى النقائص المنسوبة أو المسجلة ضد الأمر أثناء تنفيذ التزاماته و التي بناء عليها اكتتاب الضمان².

كما حددت القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب بأنه يمكن للمستفيد تقديم طلب الوفاء من الوقت الذي يتم فيه إصدار الضمان أو لاحقاً عند حصول الطرف المؤدي لإصداره³، و يجب طبقاً للمادة 8 من هذه القواعد أن يقدم الطلب أو أي مستند آخر مذكور في عقد الضمان مكتوباً إما تقليدياً أي عن طريق الدعامة الورقية en papier و/أو إلكترونياً.

1-2-2- تقديم طلب مبرر: تطبيقاً لمبدأ استقلالية الضمان فإن أي تبرير لطلب الوفاء بهذا الأخير من قبل المستفيد ليست الغاية منه إثبات شرعية و صحة طلبه، و إنما لتأسيس مسؤوليته إذا ما ثبت بعد عملية الوفاء بأن الطلب كان فيه غش أو تدليس واضح.

و تتحدد طبيعة التبرير بحسب الضمان المراد إصداره، كما يمكن أن يتجسد من خلال اشتراط تقديم بعض المستندات طبقاً لما تم الإتفاق عليه في العقد، و من أمثلتها إشارة المستفيد أثناء طلبه الوفاء إلى

¹- PRÛM André, Les garanties à première demande : essai sur l'autonomie, Editions litec, Paris, 1994, p 185-186.

²- Article 45 Alinéa 1 AUS 2010.

³- Article 4 RUGD 758.

إخلال الأمر بالتزاماته دون أن يكون ملزماً بتحديد طبيعة الإخلال¹، هذا وقد أقرت القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب بأنه في حال عدم اتفاق الأطراف على استبعاده صراحة، يجب أن يكون طلب الوفاء مدعماً، بالإضافة إلى المستندات الخاصة المحددة في الضمان، بتصريح يوضح الإلتزامات التي أخل أو قصر الأمر في تنفيذها بموجب العقد الأصلي².

قد يكون المستفيد ملزماً بتدعيم طلبه بمجموعة من الوثائق تتحدد بحسب موضوع أو محل التغطية و مثاله تقديم وثائق خبرة، أو مستندات النقل أو أية وثيقة أخرى مثبتة لوجود الخطر المشمول بالضمان أو تؤكد وقوعه فعلاً.

إن تبرير المستفيد لطلب الوفاء من خلال اشتراط تقديم مستندات معينة يتميز في حقيقته بطابعه الشكلي، فهو وإن كان من جهة قد يعبر عن صحة و دقة الطلب، فهو لا يوجه مطلقاً لإثبات تقصير الأمر تجاه التزاماته بموجب العقد الأصلي و ذلك تكريساً لاستقلالية العلاقات بموجب الضمان عن بعضها البعض³.

يمكن أن يطالب المستفيد بالوفاء الجزئي فيسمى الطلب عندئذ بالطلب الجزئي Une demande partielle، كما قد يقدم طلبات متعددة Demandes multiples بشرط ألا يكون ذلك ممنوعاً بمقتضى عبارة صريحة في العقد، و في هذه الحالة لن يقبل إلا طلب واحد فقط مستهدفاً إما الوفاء بكامل أو بجزء من مبلغ الضمان⁴.

2- التزامات البنك الضامن تجاه المستفيد: يلتزم البنك الضامن في مواجهة المستفيد بمجموعة من الواجبات يمكن إجمالها في التزامه بالفحص، إلى جانب القيام بالوفاء.

¹- PRÛM André, Les garanties à première demande, Op.Cit, p 188-189.

²- Article 15 RUGD 758.

³- PRÛM André, Les garanties à première demande, Op.Cit, p 190-192.

⁴- Article 17 RUGD 758.

2-1- الإلتزام بالفحص: بعد استلامه لطلب الوفاء من المستفيد يقوم البنك بإجراء رقابة شكلية عليه من

خلال التأكد من توفر كافة الشروط الشكلية للطلب و خاصة فيما يتعلق بالمسائل التالية:

1- تقديم الطلب خلال مدة سريان الضمان.

2- التأكد من الإلتزام بالمستندات المحددة في الضمان و مراقبة مطابقتها الظاهرة.

3- أن مبلغ الوفاء المطلوب يتوافق مع مبلغ الضمان، مع الأخذ في الإعتبار ألا يتجاوز حدود المتبقي

من مبلغ الضمان عند تقديم الطلب و ذلك بعد التخفيض المحتمل في حال تضمين العقد لشروط

التخفيض التدريجي للمبلغ¹.

4- أن الضمان لم يسقط.

5- تجسيدا للطابع الشخصي للضمان، يتم التأكد من أن الطلب قد صدر من المستفيد نفسه وليس من

الشخص المحال له حق المستفيد أو أحد دائنيه.

إن مثل هذا الإلتزام لا يمتد إلى إلزامية فحص مدى تأسيس تبريرات المستفيد أو مضمون مستنداته،

و إنما المراقبة الظاهرية لمطابقتها لما تم اشتراطه في الضمان².

و لهذا وضعت القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب معايير محددة لفحص طلب الوفاء

و المستندات المطلوب تقديمها بما يسمح للبنك من معرفة ما يمكن أو يجب القيام به انطلاقا من ذلك

الوقت³.

يجب على الضامن أن يقوم بالرقابة الشكلية في آجال مقبولة، حددتها المادة 20 من القواعد

الموحدة للضمانات بمجرد الطلب ب 5 أيام مفتوحة تسري ابتداء من تقديم المستفيد للطلب لإعلان رأيه

إمّا بقبول الوفاء إذا كان الطلب مطابقا في شروطه لما نص عليه في الضمان أو بالرفض إذا لم يكن

¹- KLEIN-CORNEDE Joanne, Op.Cit, p 75.

²- MATTOUT Jean-Pierre, Droit bancaire international, Op.Cit, p 178.

³- Article 19 RUGD 758.

مطابقاً¹.

الملاحظ هنا أن المادة 20 من القواعد رقم 758 قد حددت بشكل صريح و قاطع المدة الممنوحة للبنك الضامن من أجل فحص و دراسة الطلب لإعلان رأيه، و في ذلك تقييد لسلطة البنك حتى لا يتعسف في ذلك، إضافة إلى حثه على تشريف التزامه و سمعته من خلال أخذ الطلب بجدية و الإسراع في الإجراءات وفقاً لما تتطلبه المعاملات التجارية، مقارنة بالمادة 10 من القواعد رقم 458 التي تمنح سلطة تقديرية للبنك في فحص طلب المستفيد حيث يلتزم بالقيام بذلك في آجال معقولة دون تحديدها بدقة².

فإذا كان الطلب مطابقاً يلتزم البنك الضامن بالوفاء وجوباً³، أما إذا قدر هذا الأخير عدم مطابقته فيجب أن يعلم المستفيد بذلك محددًا أسباب الرفض⁴، و ذلك لمنحه إمكانية رفع قدر الإمكان حالة عدم المطابقة قبل انقضاء أجل الضمان، و في حال إخلال البنك بهذا الإلتزام تنشأ مسؤوليته عن تعويض المستفيد بمبلغ مساوي لقيمة الضمان⁵، مع الإشارة إلى أن القواعد الموحدة للإعتمادات المستندية تمنح الإمكانية بالنسبة للبنك، في حال عدم المطابقة، لرفض الطلب أو المساومة لإزالة عدم التطابق، دون إلزامه بضرورة إخطار المستفيد بالأسباب المحددة للرفض⁶.

2-2- الإلتزام بالوفاء : إن التزام البنك بالوفاء لفائدة المستفيد هو التزام نهائي بمجرد وصوله إلى علم المستفيد، و مستقل عن علاقته بالعميل و علاقة هذا الأخير بالمستفيد، إذ ليس له رفض دفع المبلغ بحجة عدم قيام العميل بتقديم غطاء للضمان، أو بسبب فسخ العقد الأصلي أو بأي دفع آخر أجنبي عن الضمان ذاته، كما أنه ذو طابع شخصي بحيث لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الناشئ بموجب

¹-Et l'Article 14 RUU 600.

²- Article 10 Alinéa a) RUGD 458: «Le garant aura un délai raisonnable pour examiner une demande au titre d'une garantie pour déclarer s'il doit payer ou rejeter la demande».

³- Article 20 Alinéa b) des RUGD 758 et l'article 15 des RUU 600.

⁴- Article 24 des RUGD 758.

⁵- PRÛM André, Les garanties à première demande, Op.Cit, p 193.

⁶- Article 19 RUU 600.

الضمان للغير دون رضا البنك بذلك، و لا يمكن لدائنيه توقيع الحجز على مبلغ الوفاء لدى البنك فهو حق شخصي للمستفيد متروك لتقديره، و ليس لهم حق استعماله بدلا عنه أو إجباره على ذلك¹.

2-2-1- الوفاء طبقا لشروط الضمان: يكون الوفاء بالضمان إلزاميا من الوقت الذي يوضع فيه بصفة منتظمة من قبل المستفيد بغض النظر عن حالة دائنيته تجاه الأمر و اعتراضات هذا الأخير عليه، فالوفاء ينبغي أن يتم طبقا و فقط للشروط المحددة في الضمان، بمقتضاها لا تبرأ ذمة البنك إلا باستيفاء المستفيد لكامل المبلغ المحدد، فيكون التزامه هنا هو التزام بتحقيق نتيجة، حيث يعد مخلا به إذا لم يكن دائنه أي المستفيد راضيا بتلك النتيجة².

و بموجب ذلك لا يجوز للعميل الأمر في حال نشوء نزاع بينه و بين المستفيد أن يحجز على مبلغ الضمان تحت يد البنك تدعيما للثقة في الضمان و تمكينا له من أداء وظيفته كوسيلة ائتمانية تقدمها البنوك، كما لا يحق لهذا الأخير أن يجري مقاصة بين مبلغ الضمان و حقه في ذمة المستفيد ما لم يطلب هو ذلك³.

2-2-2- الوفاء في المكان المحدد: يتم الوفاء لدى الفرع أو مكتب الضامن المصدر للضمان، أو في أي مكان آخر محدد في نص الضمان، و هو يمثل مكان الوفاء به⁴.

2-2-3- الوفاء بالعملة المحددة: يتولى البنك الوفاء بالعملة المحددة في الضمان، و إذا تعذر عليه ذلك لأسباب خارجة عن إرادته كأن يكون الدفع بتلك العملة مخالف للتشريع و التنظيم الساري المفعول في مكان الوفاء، يلتزم عندئذ بالوفاء بالعملة السارية في مكان الوفاء حتى و لو أدرج شرط في الضمان يمنع الوفاء بمبلغه بغير العملة المحددة فيه.

و في حال ما إذا لم يتم الوفاء عند حلول الأجل، يستطيع المستفيد المطالبة بالوفاء طبقا لسعر

¹ - الجير محمد حسن، المرجع السابق، ص 327-328.

² - PRÛM André, Les garanties à première demande, Op.Cit, p 196.

³ - الجير محمد حسن، المرجع السابق، ص 328-329.

⁴ - Article 20 Alinéa c) RUGD 758.

الصرف الساري عند حلول الأجل أو في الوقت الذي تم فيه الوفاء فعلاً¹.

ج- العلاقة بين البنك الضامن و البنك الضامن المقابل: يعتبر اللجوء إلى طلب تدخل بنك آخر في عملية الضمان يسمى بالضامن المقابل هي الصورة الأكثر استعمالاً في مجال التجارة الدولية، لتنشأ بالتالي علاقة بنكية بامتياز أي علاقة قانونية بين بنك أول و هو الضامن و بنك ثان و هو الضامن المقابل بموجب عقد الضمان المقابل.

1- مضمون العلاقة بين البنك الضامن و البنك الضامن المقابل: تجمع عملية إصدار ضمان مقابل بين 4 أطراف و هم: الأمر المصدر، المستفيد المستورد، الضامن الأول و هو بنك المستفيد، الضامن الثاني أو الضامن المقابل و هو بنك الأمر، تنشأ فيما بينهم أربع علاقات تعاقدية مختلفة تخضع في أحكامها لنفس الأحكام المنظمة للعلاقات الناشئة في إطار الضمان المباشر²، أمّا بالنسبة لبنك الأمر و بنك المستفيد فتنشأ بينهما علاقة جديدة وظيفتها هي توفير الحماية التامة للضامن من الدرجة الأولى خلال قيامه بالوفاء لمصلحة المستفيد بصفة شخصية و مباشرة بناء على طلب الضامن المقابل و تحت تغطيته، و باعتبارها صلة بين مهنيين فالأكيد أن تحرير الضمان المقابل يكون بعبارات و شروط صريحة و واضحة متضمنة خاصة العمولة المستحقة للضامن من الدرجة الأولى، و تحديد مبلغ و مدة ضمانه، و من الناحية العملية يتم ذلك عن طريق التراسل بين البنوك وفقاً للوسائل و الطرق المعتمدة في ذلك³.

إن استخدام الضمان المقابل في مجال المعاملات التجارية الدولية يرتكز على تركيبات تعاقدية مختلفة من حيث بساطتها و تعقيدها.

فالتركيبات الأصلية تعتمد على تدخل المتعاقدين في الصفقة الأصلية و بنكين بطريقتين مختلفتين

اعتماداً على نوع الضمان ما إذا كان بمجرد الطلب أو عبارة عن خطاب اعتماد Stand-by.

¹- Article 21 RUGD 758.

²- LOGOZ François, Op.Cit, p 120-121.

³- PRÛM André, De l'autonomie des contre-garanties à première demande, Op.Cit, p 263.

ففي النوع الأول، تتميز العملية بتحمل التزامات متتالية من البنك المحلي لفائدة المستفيد و بنك المصدر لفائدة الأول أي البنك المحلي، بحيث لا يكون البنك الضامن المقابل في علاقة مباشرة مع المستفيد المستورد الأجنبي.

أمّا بالنسبة للنوع الثاني من الضمانات المستقلة، فهي تخضع في كثير من أحكامها للقواعد المنظمة للإعتماد المستندي، حيث تركز العملية على تقنية التأكيد أو المصادقة Le mécanisme de la confirmation فكل بنك يلتزم كضامن مباشر لمصلحة المستفيد، فبنك المصدر ملتزم بصفته البنك المرسل Banque émettrice بتعويض البنك المحلي بصفته البنك المعزز أو المصدّق Banque confirmatrice عن المبالغ التي يمكن أن يدفعها للمستفيد¹.

في حين تستلزم التركيبة الأكثر تعقيدا تدخلا من بنوك أخرى، فأهمية مبلغ الضمانات المطلوبة من قبل المستورد المستفيد أو ضرورة احترام نسب مالية معينة، بداية تدفع بنك المصدر إلى التوجه لبنوك أخرى بغرض تشكيل مجموعة بنكية تتقاسم المخاطر و الفوائد المرتبطة بالإلتزام بموجب الضمان المقابل، ثم بعد ذلك قد يحصل و أن لا يستطيع البنك الإستجابة لشروط العملية كأن يكون بنك المصدر لم يستفد من الإعتماد من السلطات المحلية، ففي هذه الحالة يلجأ البنك المعني إلى بنك آخر لتكليفه بإصدار الضمان من الدرجة الأولى أو الضمان المقابل نيابة عنه، بشكل يعبر عن إضافة حلقة أو حلقات أخرى إلى العملية مما يؤدي إلى خلق سلسلة من الضمانات المتقابلة².

1-1- خصائص الضمان المقابل: يتميز الضمان المقابل بخصائص عدة من أهمها تمتعه بطابع

الإستقلالية.

¹- HOUIN-BRESSAND Caroline, «Les contre-garanties des sûretés bancaires», Revue de droit bancaire et financier, N° 1, Paris, Janvier 2009, p 65.

²- IBIDEM.

1-1-1-1- خاصة الإستقلالية: إن طلب تدخل الضامن المقابل من قبل الضامن يتم مباشرة و فوراً بعد طلب الضامن من المستفيد، و ذلك بصفة مستقلة عن العلاقات الأخرى الناشئة بموجب الضمان سواء بالنسبة للعقد الأصلي بين الأمر و المستفيد، أو حتى عن الضمان من الدرجة الأولى، و نتيجة لذلك لا يستطيع الضامن المقابل إثارة أية دفعات تجاه الضامن باستثناء وجوب امتناعه عن الدفع عندما يكون طلب الضامن تعسفياً أو تدليسياً بصورة ظاهرة، و ذلك يفترض حصول توافق بين الضامن و المستفيد، إذ يطالب الضامن المقابل بتنفيذ الضمان في حين أن طلب الوفاء من المستفيد كان غير مؤسس¹.

إذن و بموجب الضمان المقابل يكون الضامن من الدرجة الأولى في علاقة مع الضامن المقابل الذي يتصرف هنا كالأمر بناء على طلب عميله، هذا الأخير ليست له علاقة مع الضامن، أمّا المستفيد فلا يتعامل إلا مع الضامن من الدرجة الأولى بدون أن تكون له علاقة مع الضامن المقابل، لذلك يعتبر أمراً غير منطقياً نقل القواعد المنظمة للضمان لتطبيقها على الضامن المقابل، و هو ما كرسه الإجتهد القضائي الفرنسي حيث يشكل الضامن المقابل ضماناً مستقلاً عن العقد الأصلي و عن الإلتزامات الأخرى المكتتبه²، و في هذا الإطار انتقدت محكمة النقض الفرنسية قراراً صادراً عن محكمة استئناف متضمناً إعفاء الضامنين المقابلين باعتبار أن الضامن من الدرجة الأولى لم يعد سارياً، حيث قدرت بأن مضمون القرار فيه اعتداء و مساس واضح باستقلالية الضامن المقابل عن الضامن³.

و يترتب على استقلالية الضامن المقابل أن:

1- بطلان الضامن ليس له تأثير على الضامن المقابل.

2- من حيث الشروط: يمكن أن يكون محل الضامن المقابل أكثر امتداداً من الضامن، كما أن استحقاقه غير مرتبط بآجال الضامن أو العقد الأصلي.

¹- LEGEAIS Dominique, Op.Cit, p 169-170.

²- BONNEAU Thierry, Op.Cit, p 549.

³- MATTOU Jean-Pierre, Droit bancaire international, Op.Cit, p 175.

3- طلب الضمان المقابل يخضع للشروط والشكليات المحددة ضمنه و لا تنطبق عليه تلك المتعلقة بطلب الضمان.

4- الدفع الفعلي للمبلغ المطلوب الوفاء به يتحدد بناء على ما تم الإتفاق عليه في الضمان المقابل¹.

1-1-2- الضمان المقابل علاقة ثقة: تتأسس العلاقة بين الضامن و الضامن المقابل على الثقة المتبادلة بينهما، و التي في إطارها يتم اكتتاب الضمان المقابل.

إن عقد الضمان المقابل يفترض بأن يثق الضامن المقابل بمراسله و هو الضامن الذي يلتزم منه تنفيذ الإلتزام، هذا الأخير يجب أن يصدر ضمانا مطابقا لما هو مطلوب، فضلا عن احترامه الدقيق للشروط المحددة عند استعماله بدون أن يكون للضامن المقابل التدخل في علاقة الضامن بالمستفيد.

إن الضامن و بشكل لا يقبل الجدل بقبوله العقد المقترح عليه يتحمل خطرا إزاء الضامن المقابل، فهذا الأخير يدعوه للتدخل كوسيط تجاه المستفيد الذي لا يرتضي ضمانا مباشرا و يظل رغم ذلك ملتزما بصفة شخصية تجاهه و لا يستطيع الإفلات من واجب الوفاء المطلوب منه، و هو لا ينفذ ذلك إلا بشرط الإعتماد على الحماية و التغطية الموعود بها من قبل الضامن المقابل².

1-1-3- الضمان المقابل عقد ملزم لجانبين: باتفاق كل من الضامن و الضامن المقابل ينعقد العقد بينهما يكون ملزما لكلا الطرفين، فالضامن يلتزم بإصدار الضمان و الوفاء بقيمته لمصلحة المستفيد النهائي أي تقديم خدمة للضامن المقابل نظير تعهد هذا الأخير بتشريف هذه الخدمة و بالتالي التعزيز من سمعته و شهرته من خلال الوفاء بالعمولة المقررة لفائدة الضامن.

و بذلك يبدو الإختلاف الجوهرى بين الضمان المقابل و الضمان المباشر الصادر لفائدة المستفيد باعتباره عقدا ملزما لطرف واحد و هو الضامن الذي يتحمل بمقتضى ذلك الضمان مجموعة من الأعباء

¹ - BONNEAU Thierry, Op.Cit, p 550.

² - PRÛM André, De l'autonomie des contre-garanties à première demande, Op.Cit, p 267-268.

و الإلتزامات متعهدا بأدائها متى طلب المستفيد ذلك¹.

2- الإلتزامات الناشئة عن العلاقة بين الضامن الضامن المقابل: تنشأ التتزامات متبادلة بين طرفي

العلاقة في الضمان المقابل.

فالضامن المقابل يأخذ صفة الأمر و بصورة مشابهة للضمان المباشر يلتزم الضامن من الدرجة

الأولى بالتقيد بتعليمات و أوامر الضامن المقابل عند تحريره للضمان المراد إصداره.

عند تلقيه لطلب الوفاء من المستفيد، يلتزم الضامن و بعناية تامة بفحص مدى توفر الشروط

الشكلية المحددة في الضمان، فإذا كانت مطابقة يلتزم بالوفاء بالضمان، و بمقابل ذلك يجب أن يتمتع

عن الدفع إذا توافرت أسباب ذلك كأن تكون المتطلبات الشكلية غير مكتملة، أو إذا كان الإخلال المدعى

به غير مشمول بالضمان، أو إذا كان طلب الوفاء فيه غش أو تدليس، و في هذه الحالة عند حلول أجله

يكون على الضامن أن يرد خطاب الضمان المقابل².

بالنسبة للضامن المقابل تتميز التتزاماته بموجب الضمان المقابل بطابعها المالي متمثلة في دفع

العمولة المحددة و المتفق عليها لمصلحة الضامن من الدرجة الأولى و تسديد التكاليف المتكبدة في سبيل

تنفيذ العقد، و في حدوده عادة ما يختار الضامن المطالبة بتلك النفقات عن طريق طلب بسيط للضامن

المقابل تقاديا لواجب إقامة الدليل على كافة مصاريفه، مع الإشارة هنا إلى أنه يعد أمرا نادرا قيام الضامن

بالوفاء بالضمان قبل حصوله على تسديد للضمان المقابل.

كما يلتزم كذلك تجاه الأمر بنقل تعليماته إلى الضامن من الدرجة الأولى تحت طائلة قيام مسؤوليته

عن الإخلال بذلك، إضافة إلى رقابة مطابقة طلب الضمان المقابل للشروط المحددة فيه.

في حال عدم المطابقة الشكلية للطلب أو جاء هذا الأخير تعسفا أو تدليسا يجب عليه الإمتناع عن

دفع الضمان المقابل تحت طائلة فقدان حقه في مطالبة الأمر بتسديد نفقاته، و يعتبر إثبات التعسف هنا

¹- PRÛM André, De l'autonomie des contre-garanties à première demande, Op.Cit, p 266-267.

²- LOGOZ François, Op.Cit, p 126.

أكثر صرامة حيث يستلزم الأمر أن يتم تقديم طلب تعسفي للوفاء و إقامة الحجة على تواطؤ الضامن في ذلك¹.

و بالرجوع إلى التشريع الجزائري يلتزم البنك الوسيط المعتمد عند استعمال الضمان لفائدة المقيمين، بالترحيل إلى الوطن كل أو جزء من المبلغ الناتج عن استعمال الضمان المقابل الصادر من بنك أجنبي مع إضافة عند اللزوم غرامات التأخير و النفقات و المصاريف التي تحملها البنك².

كما يمنح استعمال الضمان المقابل الصادر عن البنك الوسيط المعتمد لفائدة غير المقيم الحق في تحويل كل أو جزء من المبلغ المضمون بمقتضى الضمان المقابل بإضافة النفقات المستحقة للبنوك الأجنبية التي قامت بتغطية التزامات المقيمين³.

هذا، و يكون المقيمون المعنيون باستعمال الضمان و الضمان المقابل الصادر لصالح غير المقيمين، ملزمين وجوبا بتقديم التوضيحات و التفسيرات المتعلقة بإخلالهم بالتزاماتهم إضافة إلى الشروحات الموضحة للأسباب التقنية لاستعمال الضمان، و ذلك في مواجهة البنك الوسيط المعتمد في أجل لا يتعدى 30 يوما⁴.

الفرع الثاني: ممارسة حق الرجوع بموجب الضمان البنكي: حق الأطراف في ممارسة الرجوع بعد

الوفاء

إن الوفاء بالضمان يفسح المجال لممارسة ما يسمى بالحق في الرجوع طبقا للغاية التأمينية للضمان البنكي المستقل.

¹ - LOGOZ François, Op.Cit, p 126-127

² - المادة 5 من النظام رقم 93-02، يتعلق بإصدار عقود الضمان و الضمان المقابل.

³ - المادة 6 من النظام رقم 93-02، يتعلق بإصدار عقود الضمان و الضمان المقابل.

⁴ - Article 14 d'instruction N° 94-05, Portant modalités d'application du règlement N° 93-02.

تتجلى هذه الممارسة من خلال ثبوت حق الضامن أو الضامن المقابل في حال الضمان غير المباشر في الرجوع سواء ضد الأمر أو ضد المستفيد (أولاً)، و حق الأمر في الرجوع ضد المستفيد أو ضد الضامن أو الضامن المقابل (ثانياً).

أولاً: ممارسة الضامن أو الضامن المقابل لحق الرجوع

يتخذ حق الضامن أو الضامن المقابل في الرجوع بعد الوفاء بمبلغ الضمان صورتين:

أ- رجوع الضامن أو الضامن المقابل ضد الأمر: و في ذلك تطبيق للقواعد العامة المتعلقة بالكفالة التقليدية،¹ و التي تقضي بأنه للكفيل الذي وفى الدين أن يحل محل الدائن في كل ما له من حقوق تجاه المدين²، و هو أيضا ما كرسته القواعد الموحدة "أوحادا" بنصها على أن قيام الضامن أو الضامن المقابل بالوفاء بشكل مطابق لشروط الضمان أو الضامن المقابل المستقل يمنحه نفس الدفع التي يملك الكفيل إثارتها ضد المدين³.

فالبندك الضامن بقيامه بالوفاء بالضمان يكون في الواقع قد ساهم في تسوية دين الأمر، و بالتالي يعتبر أمرا طبيعيا منحه الحق في الرجوع ضد ذلك الأمر من أجل استرداد أمواله، و هو يشكل في حقيقته رجوع حلول⁴ من جهة و من جهة ثانية رجوعا شخصيا ضد الأمر باعتباره المدين النهائي في الضمان، كل ذلك بشرط أن يكون الوفاء فعالا و مفيدا أي مطابقا تماما للشروط التعاقدية⁵.

¹ - الكفالة لغة تعني الإلتزام و يقال كَفَلَهُ أي ضمّه، و يراد بها اصطلاحا انضمام ذمة مالية أخرى في ضمان تنفيذ الإلتزام الأصلي. (انظر أبو السعود رمضان، التأمينات الشخصية و العينية، منشأة المعارف، مصر، 1995، ص 28، 30).

² - المادة 671 من القانون المدني.

³ - Article 48 AUS 2010: «Le garant ou contre-garant qui a fait conformément aux termes de la garantie ou la contre-garantie autonome dispose des mêmes recours que la caution contre le donneur d'ordre».

⁴ - و يسمى بالحلل القانوني حيث يعتبر عملية مركبة من شقين، الأول يتضمن قيام شخص غير المدين الأصلي بالوفاء للدائن، و الثاني يتمثل في نقل حق الدائن إلى الغير الموفي بالدين، و الذي بموجبه يحل محل الدائن في الرجوع على المدين (انظر الذنون حسن علي و الرحو محمد سعيد، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام-أحكام الإلتزام: دراسة مقارنة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر و التوزيع، الأردن، 2004، ص 51).

⁵ - NEVRY Roger, «La garantie autonome à première demande: Droit OHADA, Droit Français», RDAI/IBLJ, N° 3, 2007, p 326.

في حال الجمع بين الضمان و الضمان المقابل، فإن طريقة ممارسة هذا الحق قد أحدثت جدلا بين الفقه و انقسم نتيجة لذلك إلى رأيين، الأول تبناه الأستاذ "STOUFFLET Jean"، و وفقا له فإن حق الرجوع يكون للضامن المقابل ضد الأمر نظرا لعدم وجود علاقة قانونية بين الضامن من الدرجة الأولى و الأمر، أما الرأي الثاني فيتزعمه الأستاذان "SIMLER Philippe" و "DELEBECQUE Philippe" و يعتبر هذا الرأي بأن حق الرجوع هنا يمكن ممارسته مباشرة من قبل الضامن من الدرجة الأولى، فالضامن المكتتب من هذا الأخير ينشأ أخذا بعين الإعتبار العقد الأصلي، و إن لم توجد صلة تعاقدية مباشرة بين كلا الطرفين فذلك لا يمنع من اعتبار الضامن من الدرجة الأولى هو ضامن للأمر و ما تدخل الضامن المقابل إلا على سبيل الوساطة في الضمان و التزامه فيه يعد من حيث التسلسل الزمني ثانويا¹.

و من الناحية العملية نظرا لقيام الضامن المقابل بضمان الضامن بصفة مقابلة فإن الرجوع بعد الوفاء ضد الأمر يتم مباشرة من قبل الضامن المقابل بشرط إثبات أن الضامن قد طلب الوفاء²، و هو أمر يعتبر منطقيا.

إن رجوع الضامن أو الضامن المقابل ضد الأمر يتضمن مطالبته بالمبالغ المدفوعة لفائدة المستفيد يضاف إليها الفوائد الناتجة عنها و كذا النفقات و التكاليف المتكبدة³، و يتم ذلك من خلال آليتين تتمثلان إما في الحسم التلقائي من حساب الأمر، حيث يتولى البنك تحصيل حقوقه عن طريق خصم قيمتها من حساب العميل الأمر، و إذا كان حسابه مدينا أي خصومه أكبر من أصوله، فيتم قيد تلك المبالغ ضمن الخصوم لتضاف إلى ديون الأمر⁴، أو بالمطالبة بالإسترداد مباشرة من الأمر نفسه في حال عدم كفاية

¹- SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, Op.Cit, p 215.

²- AIT MOKHTAR Fatna-Zora, Op.Cit, p 28.

³- SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, Op.Cit, p 216.

⁴- SAMAR Nasreddine, Op.Cit, p 61.

الحسم التلقائي أو لاستحالة القيام بذلك بشرط تعقد الضامن بتنفيذ الضمان كما يجب¹.

و بالعكس لذلك، يفقد البنك الضامن حقه في الرجوع على الأمر و يكون مدينا له بالتعويض عن الضرر إذا تبين بأنه قيامه بدفع غير مبرر لمصلحة المستفيد متجاهلا شروط الضمان، أو يوافق على طلب تعسفي لذلك الضمان ففي هذه الحالة يكون مرتكبا لخطأ ينشئ مسؤوليته².

ب- رجوع الضامن أو الضامن المقابل ضد المستفيد: إن هذه الصورة من ممارسة حق الرجوع تعتبر نادرة جدا، حيث يمكن تصور ذلك في حالة خاصة تتمثل في قيام البنك الضامن بالدفع بناء على مطالبة تعسفية بشكل جلي، و نتيجة لذلك يفقد حقه في الإسترداد من الأمر، فلا يظل أمامه إلا أن يحاول إعادة أمواله من المستفيد بمطالبته بردها³، و يتم ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة أو دعوى المسؤولية التقصيرية⁴، و هي كذلك الدعوى التي يستطيع بواسطتها الضامن المقابل الرجوع ضد المستفيد بسبب عدم وجود صلة أو رابطة بين الطرفين⁵.

ثانيا: ممارسة الأمر لحق الرجوع

إن الأمر و بعد قيام البنك بالوفاء بالضمان يستطيع تكريس حقه في الرجوع بعد الوفاء إذا اعتبر بأن هذا الأخير لم يكن مؤسسا، و ذلك من خلال رفع دعوى موضوعية ضد المستفيد المشتري أو حتى ضد الضامن إن توافرت شروط ذلك، و لكن يفضل الأمر المصدر عموما اتخاذ إجراءات استباقية و قائية الغرض منها إعاقة أو منع عملية الوفاء.

أ- رجوع الأمر لمنع الوفاء بالضمان: يملك الأمر في سبيل تحقيق المنع من الوفاء بقيمة الضمان العديد من الوسائل منها:

¹ - AIT MOKHTAR Fatna-Zora, Op.Cit, p 30.

² - KLEIN-CORNEDE Joanne, Op.Cit, p 80-81.

³ - IBID, p 81.

⁴ - RACINE Jean-Baptiste et SIIRIAINEN Fabrice, Op.Cit, p 292.

⁵ - SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, Op.Cit, p 217.

1- الدعوى الإستعجالية: حيث يطلب الأمر من القاضي الإستعجالي منع الوفاء مستندا إلى الغش أو التدليس الظاهر، و إذا ذلك ثبت يصدر القاضي قراره بمنع البنك من الدفع و من الخصم من حساب الأمر.

و عادة ما يحتمي البنك خلف قرار المنع الصادر عن قاضي الإستعجال في انتظار الفصل في الموضوع، كما تطلب بعض البنوك الأجنبية تقاديا لهذا المشكل بأن تشير الضمانات المقابلة التي تستفيد منها إلى التزام البنك بالدفع بصرف النظر عن الدعوى المرفوعة من الأمر لمنع الوفاء. لكن و بمقابل ذلك لا يوجد ما يمنع البنك من استئناف قرار القاضي بالمنع أو من تشريف توقيعه بأمواله الخاصة حتى قبل أن يصدر قاضي الإستعجال قراره، مما يعني أن البنك هنا يخاطر بفقدان حقه في الرجوع ضد عميله إذا أثبت فيما بعد قاضي الموضوع الفاصل في النزاع التجاري صحة و تأسيس ادعاءات الأمر¹.

2- الحجز التحفظي: يقصد به بصفة عامة وضع أموال المدين المنقولة المادية منها و العقارية تحت سلطة القضاء، لمنعه من التصرف فيها². و يؤدي الحجز التحفظي وظيفة احتياطية وقائية تتمثل في المحافظة على أموال المدين و منعه من التصرف فيها حماية لحقوق الدائن³.

إن الأساس المنطقي لتطبيق هذا الإجراء في مجال الضمانات البنكية يتطلب أن يكون الأمر المصدر هو نفسه دائنا للمستفيد المشتري حتى يستطيع طلب توقيع حجز على مبلغ الضمان المستحق للمستفيد لدى البنك الضامن⁴.

¹- KLEIN-CORNEDE Joanne, Op.Cit, p 78.

²- المادة 646 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جريدة رسمية عدد 21، الصادرة في 23 أفريل 2008.

³- خليل أحمد، أصول التنفيذ الجبري، الدار الجامعية للطباعة و النشر، لبنان، 2000، ص 241.

⁴- سعد نبيل ابراهيم، المرجع السابق، ص 144.

و يشترط لإمكانية الحجز على الضمان ما يلي:

- 1- أن يكون استعمال الضمان من قبل المستفيد قد تم فعلا.
- 2- وجوب أن يكون البنك قد أعذر للوفاء بمبلغ الضمان.
- 3- أن يكون الشخص الذي يطالب بتوقيع الحجز دائئا للمدين، حيث يعتبر الأمر المصدر دائئا للمستفيد المشتري، سواء لاعتباره بأن طلب هذا الأخير للضمان لم يكن مؤسسا، أو بالنظر إلى المبالغ المتبقية المستحقة لفائدته بعنوان الصفقة المبرمة بينهما.
- 4- أن يكون حق الدائن لدى المدين مؤكدا و مستحقا¹.

بالنسبة للضمانات البنكية الدولية لا يملك الضامن المقابل أي دين إلا تجاه الضامن من الدرجة الأولى، كما لا يملك الأمر أي حق في ذمة هذا الأخير، ففي أحسن الأحوال يكون له حق تجاه المستفيد، و لهذه الأسباب لا يحق للأمر إجراء الحجز التحفظي لدى الضامن المقابل باعتباره غير مدين للمستفيد من الضمان².

لقد طرحت مسألة الإعراف للأمر بالحق في طلب الحجز التحفظي بشأن الضمانات البنكية المستقلة جدلا بين الفقهاء، كما تشكل تجسيده من الناحية العملية العديد من الصعوبات ترتبط في مجملها بعدم توفر شروط الحجز، و الأهم منها يتعلق بالطبيعة الخاصة للضمانات المستقلة، حيث أن التماس الأمر تطبيق هذا الإجراء يعبر عن تراجع عن التزامه بتقديم ضمان مستقل، منفصل تماما عن العقد الأصلي بينه و بين المستفيد، و إخلاله بالتعليمات و التوجيهات النهائية و الباتة الموجهة منه إلى البنك، و بموجبها يتنازل عن إثارة أية دفوع مرتبطة بالتزامه الأصلي و منها ضمنيا الحجز على الضمان³.

¹- KLEIN-CORNEDE Joanne, Op.Cit, p 79.

²- MATTOUT Jean-Pierre, Droit bancaire international, Op.Cit, p 186.

³- SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, Op.Cit, p 211.

و هو الأمر الذي أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر عنها في 12 ديسمبر 1984 حيث أقرت بموجبه رفع اليد عن الحجز الذي أوقعه الأمر على كل المبالغ التي قد يستلزم من الضامن المقابل دفعها تنفيذًا لالتزاماته بموجب الضمان المقابل، معتبرة بأن هذا الأخير لا يشكل كفالة و لا إنابة و إنما ضمانا مستقلا سواء بالنسبة للضمان من الدرجة الأولى أو بالنسبة للعقد الأصلي¹.

3- الحراسة: يراد بها إيداع شيء متنازع فيه من طرف شخص أو عدة أشخاص بين أيدي شخص آخر يلتزم بإعادته بعد فض المنازعة إلى صاحب الحق، و يجوز للقاضي الأمر بالحراسة لأسباب عدة منها أن تكون لصاحب المصلحة في منقول أسباب معقولة يخشى معها وجود خطر عاجل من بقاء المال تحت يد حائزه².

إن الغرض من هذا الإجراء هو الإقرار بالتزام البنك بالوفاء مع تجنب الوقف الفوري للأموال و جعل ذلك البنك حارسا عليها، فقاضي الإستعجال يستطيع، في حال الإستعجال، الحكم بتدابير احتياطية مستهدفا تجنب و تفادي وقوع ضرر وشيك في حال حدوث نزاع بين الأطراف. و تجد هذه التدابير مبرراتها في مجال الضمانات من خلال إمكانية تكبد الأمر المصدر لخسارة مالية جسيمة إذا تم تسديد الضمان، و لم يستطع لاحقا، في حال الإعتراف بحقه، الحصول على تنفيذ لهذا الحكم في بلد المشتري.

إن الوضع تحت الحراسة ليس له أثر إبرائي من الإلتزام بالضمان، فهو في جوهره يشكل وسيلة للرفض المؤقت للوفاء، كما أنه في الواقع يعتبر إجراء مهجورا فيما يخص الضمانات البنكية³.

¹ - و قد أيدت في ذلك حكم محكمة استئناف "أورليان" المتضمن رفع اليد عن الحجز الذي أوقعه الأمر و هو شركة فرنسية بين أيدي الضامن المقابل و هو البنك الفرنسي أي الصندوق الوطني للقرض الزراعي لمبلغ الضمان المودع لحسابه و المدفوع من الضامن من الدرجة الأولى و هو البنك الوطني

العربي لفائدة المستفيد و هو شركة سعودية. (Voir Cass.Com, 12 Décembre 1984, N° 83-15389, publié au bull.)

² - المواد 602-603 من القانون المدني.

³ - KLEIN-CORNEDE Joanne, Op.Cit, p 80.

ب- رجوع الأمر بعد الوفاء: بعد الوفاء يستطيع الأمر الرجوع سواء ضد المستفيد، أو كذلك ضد الضامن أو الضامن المقابل.

1- رجوع الأمر ضد المستفيد: إذا قام الضامن بالوفاء بقيمة الضمان لمصلحة المستفيد، و قدّر الأمر بأن طلب الوفاء في كله أو بعضه غير مؤسس، و بذلك يكون المستفيد قد تحصل على وفاء غير مستحق ولا مبرر، ففي هذه الحالة يحق له الرجوع ضد هذا الأخير بمبرر إعادة غير المستحق، و يجد ذلك أساسه في العقد الأصلي المبرم بينهما¹.

و يستطيع الأمر ممارسة هذا الحق برفع دعوى قضائية موضوعية ضد المستفيد، و هنا سيتعين على المحكمة أن تبدي قرارها حول مسألة مدى تقصير الأمر في تنفيذ التزاماته و حقه المحتمل في استرداد مبلغ استعمال الضمان، إذا ثبت فعلا بأن طلب هذا الأخير قد تم بشكل خاطئ².

تعتبر ممارسة حق الرجوع من الأمر ضد المستفيد نادرة على مستوى التجارة الدولية و خاصة إذا كان المستفيد شخصا أجنبيا.

كما أن تنفيذ هذه الممارسة من الناحية العملية يعد صعبا باعتبار أنه من الصعب الحصول على حكم قضائي أو قرار تحكيمي بإدانة المستفيد و إلزامه برد ما استوفاه دون وجه حق³.

و تجدر الإشارة إلى أنه في حال اكتتاب الأمر لتأمين ضد خطر الطلب التعسفي للضمان، و بعد الوفاء به، يستطيع الرجوع ضد شركة التأمين لتعويضه عن المبالغ المدفوعة للمستفيد و الذي رفض إعادتها.

أمّا في حال عدم اكتتابه لأي تأمين يغطي الضمان، فليس للأمر سوى الرجوع مباشرة ضد المستفيد⁴.

¹- KLEIN-CORNEDE Joanne, Op.Cit, p 80.

²- IBID, p 81.

³- LEGEAIS Dominique, Op.Cit, p 170.

⁴- KLEIN-CORNEDE Joanne, Op.Cit, p 81.

2- رجوع الأمر ضد الضامن أو الضامن المقابل: يستطيع الأمر الرجوع ضد الضامن أو الضامن

المقابل في حال الضمان المقابل إذا ما قام البنك بخصم مبلغ الوفاء من حسابه بعد أدائه لمصلحة

المستفيد و ذلك في الحالات التالية:

1- إذا ثبت الوفاء بالضمان في حين كان يجب الإمتناع عن ذلك بسبب انقضائه.

2- إذا أساء البنك تطبيق تعليمات الأمر بصدد إصدار الضمان.

3- إذا ثبت الطابع التعسفي أو التدليسي لطلب الضمان، و في هذا الإطار يستلزم الأمر إثبات أن

الطلب الصادر من المستفيد قد تضمن حيلة تدليسية أو تم بشكل تعسفي ظاهر للأعين، و ليس فقط

الإكتفاء بإقامة الدليل على عدم تأسيس ذلك الطلب¹.

إنه وفي مجال المعاملات التجارية الدولية يكون الرجوع المحتمل للأمر عموماً موجه ضد الضامن

المقابل بسبب صعوبة رفع دعوى ضد الضامن من الدرجة الأولى عندما يكون أجنبياً، لكن قد يقوم البنك

الضامن المقابل بتنفيذ التزامه بشكل منتظم جاهلاً الطابع التعسفي لطلب الضمان المقابل، فهنا لا يوجد

ما يمنع من الرجوع ضد الضامن من الدرجة الأولى، و للوهلة الأولى و في ظل غياب علاقة تعاقدية بين

الطرفين قد تجد هذه الممارسة مصدرها من خلال المسؤولية التقصيرية، و لكن في الواقع التزام الضامن

بالوفاء إنما يتم بناء على طلب الضامن المقابل أخذاً في الاعتبار دين الأمر، لذلك فالصلة بين هذا

الأخير و الضامن من الدرجة الأولى و إن كانت غير مباشرة فيمكن مع ذلك اعتبارها ذات طبيعة تعاقدية

تؤسس لأي رجوع محتمل من الأمر ضد ذلك الضامن².

ما يلاحظ بشأن ممارسة الأمر لحق الرجوع سواء قبل الوفاء أو بعده، أن الغرض الجوهرى منه إما

إعاقه الوفاء بمبلغ الضمان مطلقاً أو المطالبة بالإسترداد في حال الدفع الفعلي له، لذلك فقد أتاحت له

القواعد العامة العديد من الإجراءات و الوسائل لتحقيق ذلك، غير أنها اصطدمت بخصوصية الضمان

¹- SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, Op.Cit, p 217.

²- SIMLER Philippe, Cautionnement et garanties autonomes, Op.Cit, p 909.

البنكي المستقل، و نتيجة لذلك فقد أقر الإجتهد القضائي بفعالية وسيلة واحدة في التجسيد الفعلي للغرض المقصود، تتمثل في إثبات الطابع التعسفي أو التدليسي الظاهر لطلب الضمان، و هو أيضا ما أكدته الممارسة العملية.

المبحث الثاني: أنواع الضمانات البنكية الدولية

يستهدف الضمان البنكي زرع الثقة و الإئتمان بين المتعاملين، و تكريسا لذلك فقد عرفت المعاملات التجارية الداخلية منها و خاصة الدولية عدة أنواع من الضمانات التي يحتاجها العملاء لتسيير أعمالهم لا يمكن حصرها في أصناف محددة، لذلك اجتهد الفقه في محاولة لإدراجها ضمن تصنيفات معينة اختلفت هي الأخرى و تعددت بحسب الزاوية التي يصنف من خلالها الضمان، و من أمثلتها الضمان بمجرد الطلب، الضمان المستندي، الضمان من الدرجة الأولى، الضمان المقابل، خطاب الإعتماد، الضمان الجمركي، الضمان الملاحى إلى غير ذلك من الضمانات الأخرى.

و نظرا لاستحالة حصرها يتم تقسيم أهم هذه الأنواع و أكثرها انتشارا و استخداما في مجال التجارة الدولية إلى فئتين أساسيتين: الفئة الأولى تضم أهم التصنيفات العامة للضمانات البنكية الدولية (المطلب الأول)، في حين تتضمن الفئة الثانية أهم التقسيمات الخاصة للضمانات البنكية الدولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التصنيفات العامة للضمانات البنكية الدولية

تتعدد التصنيفات المقدمة بصدد الضمانات البنكية، و ذلك بفعل الأشكال المختلفة التي تتخذها، حيث يتم تقسيمها إلى ضمانات مشروطة و ضمانات غير مشروطة من خلال صيغتها، و من حيث كيفية إصدارها إلى ضمانات مباشرة و غير مباشرة، و بالنظر إلى موضوعها تصنف إلى ضمانات تصدر لفائدة المستورد، و ضمانات تصدر لصالح المصدر، و هو ما يعكس تنوعها في مجال الممارسة التجارية الدولية و اجتهد الفقه في محاولة للإلمام بكافة هذه الأنواع، لذلك سيتم التركيز على أهمها

و أكثرها شيوعا من الناحية العملية، و هي تلك التي تنقسم بحسب شكلياتها (**الفرع الأول**)، و بحسب موضوعها أو محل الإلتزام المضمون (**الفرع الثاني**)، و وفقا للكيفية التي يتم عن طريقها إصدار الضمان (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول: تصنيف الضمانات البنكية من حيث شكليات الإستعمال

استنادا إلى شروط إعمالها أو شكلياتها تصنف الضمانات البنكية إلى صنفين: ضمانات غير مشروطة أو كما تعرف بالضمانات بمجرد الطلب (**أولا**)، و الضمانات المشروطة أو كما تسمى بالضمانات المستندية (**ثانيا**).

أولا: الضمان بمجرد الطلب: **La garantie à première demande**

إن المصطلحات المستخدمة للتعبير عن هذا النوع من الضمانات عديدة، فمن الفقه من يعبر عنه بالضمان الآلي "Garantie automatique" كالفقيه POULLET Yves، الضمان غير المشروط¹ "Garantie inconditionnelle"، الضمان غير المستندي، الضمان عند أول طلب "A première demande"، بمجرد الطلب "Sur simple demande" حيث تعتبر الأكثر تداولاً و إجماعاً سواء من قبل الفقه أو القضاء²، كما تولت القواعد الموحدة للضمانات المستقلة تحديد المقصود به³.

ينقسم الضمان بمجرد الطلب إلى نوعين:

أ- **الضمان بمجرد الطلب البسيط Garantie à première demande simple**: يقصد به ذلك العقد الذي يتعهد بموجبه بنك أو مؤسسة مالية، بطلب من العميل الأمر المصدر، بالوفاء لمصلحة شخص

¹ - يسمى بغير المشروط لكونه يصدر خاليا من أي شرط مؤثر في طبيعته القانونية، أي لا يتوقف نفاذه على إرادة البنك أو العميل ، بحيث يتعهد البنك بالوفاء عند أول طلب من المستفيد (انظر طليان مُجدّ حسين صالح، المرجع السابق، ص 46).

² - BANIHACHEMI Seyed-Moslem, La garantie à première demande dans les contrats internationaux, Thèse de doctorat en droit international, Faculté de droit et sciences économique, Université de Montpellier 1, 1988, p 6.

³ - Article 2 RUGD 758.

آخر يسمى المستفيد المستورد، بمبلغ محدد في الضمان بناء على طلب بسيط منه، و بشكل غير مشروط.

ما يميز هذا النوع أن المستفيد لا يكون ملزماً بإثبات عدم التنفيذ أو التنفيذ السيء من الأمر للعقد التجاري الذي أصدر الضمان لأجله، كما يحق له مطالبة الضامن بتنفيذ التزامه بدون تبرير الأسس الموضوعية لطلبه، و يكون مستقلاً في ذلك عن كل الاعتراضات التي قد يقدمها الأمر و حتى الضامن أو أي شخص آخر، فالأمر يتوقف هنا على إرادته في طلب الضمان، و ما على الضامن سوى التنفيذ. و مع ذلك قد يكون المستفيد و لأجل سريان الضمان ملزماً بإعلام الضامن بالملاحظات، البيانات و الإنتقادات التي يسجلها ضد الأمر، و لكنها تبقى مجرد تعداد أو سرد لقائمة اعتراضات خفيفة بدون أن يكون ملزماً بتقديم تبريرات لذلك¹.

و تستخدم في هذا النوع من الضمانات صيغ معينة دالة على طبيعته منها النص: بأن يدفع البنك لدى أول طلب، التعهد بالوفاء لدى أول طلب و دون التمسك بأي دفع من عقد الأساس أياً كان، أو لدى الطلب دون تبرير صحته و دون حاجة إلى إعدار أو إجراء إداري أو قضائي أو إثبات من أي نوع، و بغض النظر عن صحة و آثار عقد الأساس².

و بالتالي فالضمان بمجرد الطلب يمنح بواسطة بنك بناء على طلب عميله، و يمكّن المستفيد من اقتضاء التنفيذ بمجرد الطلب أي بطريقة آلية و غير مشروطة دون أن يقدم أي مبرر أو سبب ليؤسس عليه طلبه، مهما كانت احتجاجات و اعتراضات الأمر المبنية على العقد الأصلي المبرم بينه و بين المستفيد³.

¹ - BANIACHEMI Seyed-Moslem, Op.Cit, p 7.

² - طليان محمد حسين صالح، المرجع السابق، ص46.

³ - جادر غني ريسان، « الضمان بمجرد الطلب»، مجلة العلوم الاقتصادية، العدد25، المجلد7، جامعة بغداد، العراق، نوفمبر 2009، ص113.

ب- الضمان بمجرد الطلب المبرر *Garantie à première demande justifiée* : لقد نشأ هذا النوع من الضمانات في إطار النظام الإنجلوساكسوني، و المقصود به وجوب إفصاح المستفيد عند طلبه للضمان عن الأسباب المبررة لذلك بدون أن يكون ملزماً بإثبات صحتها أو دقتها و لا حتى شرعية طلبه للضمان¹.

إذن فالمستفيد مطالب بإبداء سبب أو أسباب معينة كعدم تنفيذ العقد الأصلي أو التنفيذ المعيب له و ذلك في شكل تصريح يقدم للضامن، دون أن يكون لهذا الأخير سلطة تقييم مدى صحة إدعاءات المستفيد، مع الإشارة إلى أن التبرير هنا ليس له تأثير على الضمان في كونه و بشكل مطلق ضمناً مستقلاً، فهو مجرد تبرير شكلي لبيان أسباب المطالبة بالوفاء بقيمة الضمان².

إن الفرق الجوهرى بين الضمان بمجرد الطلب البسيط و الضمان بمجرد الطلب المبرر يكمن في أنه ووفقاً لهذا الأخير يمثل الإلتزام الشكلي بذكر دوافع طلب الضمان رادعاً بالنسبة للمستفيد في حال ما إذا تقدم بطلب غير مؤسس مما يترتب عنه من سهولة في إقرار مسؤوليته إذا ما ثبتت فيما بعد عدم صحة الإدعاءات المقدمة من قبله³.

لقد سلم القضاء الفرنسى في العديد من أحكامه بالضمان بمجرد الطلب المبرر، حيث قضت محكمة النقض في قرار لها بتاريخ 19 فيفري 1991، بأن الإشارة المتعلقة بقابلية الضمان المقابل للتنفيذ في حال عدم استيفاء الشروط و البنود المقررة في عقد الضمان، لن يكون لها كأثر منع الوفاء بمجرد الطلب بقطع النظر عن احتجاجات البائع، و إنما هدفها فقط هو إلزام المستفيد بتبرير طلبه للضمان من خلال الإستناد إلى عدم تنفيذ الطرف المتعاقد معه لالتزاماته⁴.

¹- SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, Op.Cit, p 190-191.

²- RACINE Jean-Baptiste et SIIRIAINEN Fabrice, Op.Cit, p 286-287.

³- SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, Op.Cit, p 191.

⁴- Cass.Com, 19 Février 1991, N° 89-13838, Non publié au bull.

إنه و على المستوى الدولي يرجع الفضل في ظهور صورة الضمان بمجرد الطلب إلى المعاملات التجارية الدولية تحت ضغط من المستوردين، و قد تبناه نظام الأعمال و كذا بعض الأنظمة المقارنة كألمانيا و سويسرا، أما في فرنسا فلم يتم إدراجه ضمن نظامها القانوني إلا في سنة 1982 من خلال قرارين صادرين عن محكمة النقض بتاريخ 20 ديسمبر، لذلك فهما يعدان الأساس المكرس لوجود و فعالية هذا النوع من الضمانات¹.

ثانيا: الضمان المستندي: *Garantie documentaire*

إذا كان الأصل يتمثل في لجوء الأطراف إلى الضمان بمجرد الطلب، فلا يوجد ما يمنع من اتفاهم على تقييد المستفيد بمجموعة من المستندات مخصصة لئس لإثبات و إنما فقط لتأسيس طلبه، و بمقابل ذلك يلتزم البنك الضامن قبل قيامه بالوفاء بالتحقق من التطابق الظاهر و الواضح للمستندات المقدمة عند طلب الضمان مع ما كان مطلوباً وفقاً لشروط هذا الأخير، و من أمثلتها:

1- تصريح بسيط مكتوب من قبل المستفيد يوضح من خلاله إخلال الأمر بالتزاماته.

2- بيان تفصيلي من المستفيد يتضمن توضيحاً حول طبيعة الإختلالات و العيوب الملاحظة.

3- تقارير خبراء، شهادات، التي تثبت مثلاً سوء استخدام المعدات، أو عدم تحقيق نتيجة معينة.

4- قرار تحكيمي أو قضائي نهائي مثبتاً لعجز الأمر².

إنه و في حال تقديم تصريح بسيط من المستفيد عند طلبه الضمان، فهذا الأخير و إن كان مستندياً فهو كذلك يعادل الضمان بمجرد الطلب، فالبنك لا يفحص سوى المطابقة الظاهرية للتصريح، أما إذا تعلق الأمر بتصريح مفصل مقدم فهو يكتف بطلب مبرر و لكنه يتعلق فقط بتدعيم المستفيد لطلبه محدداً طبيعة النقائص المسجلة من قبله، كما يسمح فيما بعد للأمر بتصحيح أخطائه أو نفي كافة تلك الحجج

¹ - TRIDI Amine, Op.Cit, p 61.

² - KLEIN-CORNEDE Joanne, Op.Cit, p 20.

أو الإدعاءات أمام القضاء بغية إبراز الطابع التعسفي لذلك إن اقتضى الأمر ذلك.

و في الواقع تعتبر القرارات التحكيمية أو القضائية ضد الأمر و المثبتة لعجزه و تقصيره، الوثائق الوحيدة التي تمكن فعلا من استبعاد فكرة لجوء المستفيد إلى طلب غير مشروع أو تدليسي للضمان باعتبارها قرارات صادرة عن جهات رسمية و محايدة¹.

لقد أثار الضمان المستندي جدلا و نقاشا حول مدى تأثير فكرة اشتراط تقديم المستندات على استقلاليته، فهناك من اعتبره مجرد كفالة و ليس صورة من صور الضمان باعتبار أن التزام البنك مرتبط بالتزام العميل الأمر و تابع له²، في حين يدافع رأي آخر من الفقه على رأسهم الأستاذ "SIMLER Philippe" عن كونه ضمانا مستقلا، حيث لا يمكن طلب تبريرات أخرى غير تلك المحددة بموجب الضمان كما لا يمكن التمسك بأي دفع مرتبط بالعقد الأصلي، بالإضافة إلى أن الشرط المرتبط به طلب الضمان يحد كثيرا، بالنظر إلى طبيعة و مضمون المستندات المطلوبة، من خطر تقديم طلب غير مبرر للوفاء³.

و بذلك فالضمان المستندي هو عقد مستقل غير مشروط عندما ينحصر دور المستند المطلوب في تبيان فعل معين كعدم تنفيذ التزام، بدون وجوب الإثبات الفعلي لذلك الإخلال، و لا إظهار مسؤولية الأمر، أي أنه بذلك يظل محافظا على طابعه الإستقلالي، و بالعكس من ذلك، إذا اشترط تقديم مستند مثبت بشكل قاطع و مقنع العجز و الإخلال الفعلي للأمر بالتزاماته، يتحول العقد بصورة ضمنية إلى عقد تابع للعقد الأصلي، و هنا لا يمكن الحديث عن ضمان مستندي و إنما كفالة مستترة.

تجدر الإشارة إلى أنه و من حيث الجوهر تعتبر الضمانات المستندية أيضا مستحقة الدفع بمجرد الطلب عندما لا يشكك اشتراط تقديم المستفيد للمستندات في قيام البنك الضامن بالتنفيذ الفوري و بدون

¹ - KLEIN-CORNEDE Joanne, Op.Cit, p 20-21.

² - طليان محمد حسين صالح، المرجع السابق، ص 47-48.

³ - SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, Op.Cit, p 191.

أي احتجاج لالتزامه بالوفاء بمجرد تلقيه لتلك المستندات¹.

الفرع الثاني: تصنيف الضمانات البنكية من حيث محل الإلتزام المضمون

تقسم الضمانات البنكية المستقلة بالنظر إلى موضوع أو محل الإلتزام المضمون إلى ضمانات صادرة لمصلحة المستورد و هي على أنواع عدة سيتم التركيز على أهمها و أكثرها استخداما كضمان التعهد، ضمان حسن التنفيذ، و ضمان ردّ التسبيقات (أولا)، و كذلك ضمانات صادرة لمصلحة المصدر تتمثل أساسا في ضمان الوفاء، و خطاب الإعتماد أو رسالة القرض (ثانيا).

أولا: الضمانات البنكية الصادرة لفائدة المستورد

تمكن هذه الضمانات المستورد من التأكد من حسن سيرورة العمليات التجارية، حيث تتضمن أهم الأنواع التالية:

أ- **ضمان التعهد Garantie de soumission** : و يسمى كذلك بالضمان الإبتدائي أو ضمان العطاء أو ضمان العرض Garantie d'offre، حيث يصدر بناء على طلب عميل البنك لفائدة جهة تعلن عن مناقصة² عامة أو محلية، باعتبار أن من شروط قبول العطاء في المناقصة ضرورة اقترانه بضمان جدية المشترك، و تحدد قيمته بمبلغ معين من قيمة العطاء، لمدة قصيرة لا تتجاوز أشهرا معدودة، لينتهي إذا لم يرسو المزداد على مقدم الضمان³، و منطقيا كذلك بتمام التعاقد بين الأطراف أي بإبرام الصفقة⁴.

إن قيام مقدم العطاء بتقديم هذا النوع من الضمانات يشكل إعلانا من جانبه عن جديته في الدخول في المناقصة و العمل على تنفيذها بحسب شروط الإتفاق مع الجهة المستفيدة، فالغرض الأساسي هنا هو

¹ - KLEIN-CORNEDE Joanne, Op.Cit, p 21.

² - المناقصة دعوة للتعاقد تعلنها الإدارة المتعاقدة وفقا لأشكال و شروط محددة، و يقع الإختيار على أفضل عرض طبقا للشروط التقنية و المالية المقررة لإبرام العقد (انظر عشي علاء الدين، مدخل للقانون الإداري، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص300).

³ - العكيلي عزيز، المرجع السابق، ص454.

⁴ - SAMAR Nasreddine, Op.Cit, p 50.

ضمان عدم تراجعهم و الإطمئنان إلى إتمامه لعملية التعاقد و عدم العدول عنها، فإذا لم ترسو عليه المناقصة له استرداد الضمان، و إن رست عليه و امتنع عن توقيع العقد أو لم يقدم الضمانات المطلوبة يكون من حق الجهة صاحبة المناقصة أن تصدر قيمة الضمان¹.

و تجدر الإشارة هنا إلى أنه و قبل تقديم ضمان تعهد أو بالموازاة معه، تقوم البنوك بإعداد نوعين من رسائل الإلتزام و هي إما وعد بتقديم ضمان تعهد في حال تأهيل المورد للتعهد، أو وعد بتقديم ضمان حسن تنفيذ إذا تم اختيار المورد كمتعاقدا، و هذه الإلتزامات تشكل في حقيقتها ضمانات قبل تعاقدية باعتبار أن العقد لم يبرم بعد أثناء وضعها، و بموازاة ذلك و بغرض حماية البنوك الضامنة من خطر إعسار الأمر في حال وضع الضمان تضع شركات التأمين المتخصصة في مجال التجارة الدولية بوليصة أو ضمان تأمين لفائدتها و مثالها الشركة الجزائرية للتأمين و ضمان الصادرات CAGEX².

و طبقا للقانون الجزائري يكون المتعهد في صفقة عمومية للأشغال التي يتعدى مبلغها حدود 1 مليار دينار جزائري و صفقة لوازم يفوق مبلغها 300 مليون دينار جزائري ملزما بتقديم كفالة تعهد تفوق 1% من مبلغ العرض، و يجب النص على ذلك في دفتر الشروط الخاص بالصفقة.

تصدر كفالة التعهد من بنك خاضع للقانون الجزائري إذا كان المتعهد مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري، أما بالنسبة للمتعهد الأجنبي فإن الكفالة هنا يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى³، و يتحدد نموذج كفالة التعهد بقرار صادر عن الوزير المكلف بالمالية⁴.

¹ - طليان محمد جسين صالح، المرجع السابق، ص70-71.

² - MARTINI Hubert, Exportateurs technique de sécurisation financière des exportations, Edition ITcis, Alger, 2010, p 127-128.

³ - المادة 125 من قانون تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

⁴ - كان ذلك في الملحق الرابع من القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015 يحدد نماذج التصريح بالنزاهة و التصريح بالترشح و التصريح بالإكتتاب و رسالة التعهد و التصريح بالمناول، جريدة رسمية عدد 17 الصادرة في 16 مارس 2016.

2- تبيان المرحلتين التاليتين بشكل أساسي و هما: التسليم المؤقت و التسليم النهائي في حال زوال الضمان بصورة نهائية و عدم تعويضه بضمان آخر .

3- إمكانية استمرارية الضمان لفترة أطول من مدة العقد .

4- يمكن إسناد مهمة التصديق على النتائج الحسنة المحققة في المراحل الحاسمة و الحساسة من العقد إلى الغير .

5- يختلف مبلغ هذا الضمان من دولة إلى أخرى، فهو عادة يتحدد ما بين 5% إلى 10% من قيمة العقد، كما يمكن أن يمتد أكثر من ذلك¹.

ووفقا لقانون الصفقات العمومية يقصد بضمانات حسن التنفيذ و منها المقدمة من المتعاملين المتعاقدين الأجانب تلك الضمانات النقدية المغطاة بموجب كفالة مصرفية صادرة عن بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى².

هذا و يمكن إعفاء المتعامل من تقديم هذا الضمان إذا لم تتعد مدة تنفيذ الصفقة أجل 3 أشهر³.

ج- ضمان ردّ التسبيقات **Garantie de restitution d'acompte** : التسبيق هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، و بدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة⁴.

لقد أجاز القانون للجهات المختصة أن تصرف دفعات مقدمة أو تسبيقات لمن رسا عليه العطاء من المتعهدين إذا كانت موارده المالية لا تسمح له بإنجاز ما هو مطلوب منه، في مقابل تقديمه لضمان بنكي لرد تلك المبالغ في المدة المحددة، و يشترط فيه أن يتساوى مبلغه مع قيمة الدفعات المقدمة، بدون أي قيد أو شرط يفرغه من مضمونه⁵.

¹- DELACOLLETTE Jean, Les contrats de commerce internationaux, 3^{ème} édition, De Boeck et larcier s.a, Bruxelles, 1996, p 155.

²- المادة 128 من قانون تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

³- المادة 130 ف 3 من قانون تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

⁴- المادة 109 من قانون تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

⁵- طليان محمد حسين صالح، المرجع السابق، ص 98.

إن هذا الضمان يسمح للمستورد المشتري باسترجاع الدفعات التي يكون قد قدمها للمورد إذا لم يتم بتنفيذ العقد بشروطه حيث يشكل مبلغها نسبة مئوية معينة من قيمة العقد، و تسري صلاحية الضمان عند استلام المورد للدفعات إلى غاية توريد البضاعة لصالح المستورد¹.

و حرصا من البنوك مصدرة الضمان على أموالها فإنها تطلب من عميلها التنازل لمصلحتها عن العملية المغطاة بالضمان حتى تضمن وصول الدفعات المقدمة إليها لتراقب عملية صرفها و للتأكد من قيام العميل باستخدامها في الوجه المخصص لها، و لمتابعة تخفيض قيمة الضمان بحسب سير العمل².

هذا و لا يتم دفع التسبيقات إلا بالنسبة للصفقات العمومية للأشغال أو اللوازم التي يتجاوز مبلغها حدود 12 مليون دينار جزائري، و 6 ملايين دينار بالنسبة للخدمات أو الدراسات، و كذلك إذا قدم المتعامل كفالة بإرجاع التسبيقات بقيمة معادلة لهذه الأخيرة، تكون صادرة عن بنك خاضع للقانون الجزائري إذا كان المتعهد جزائريا، أو أجنبيا بشرط أن يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى في هذه الحالة³.

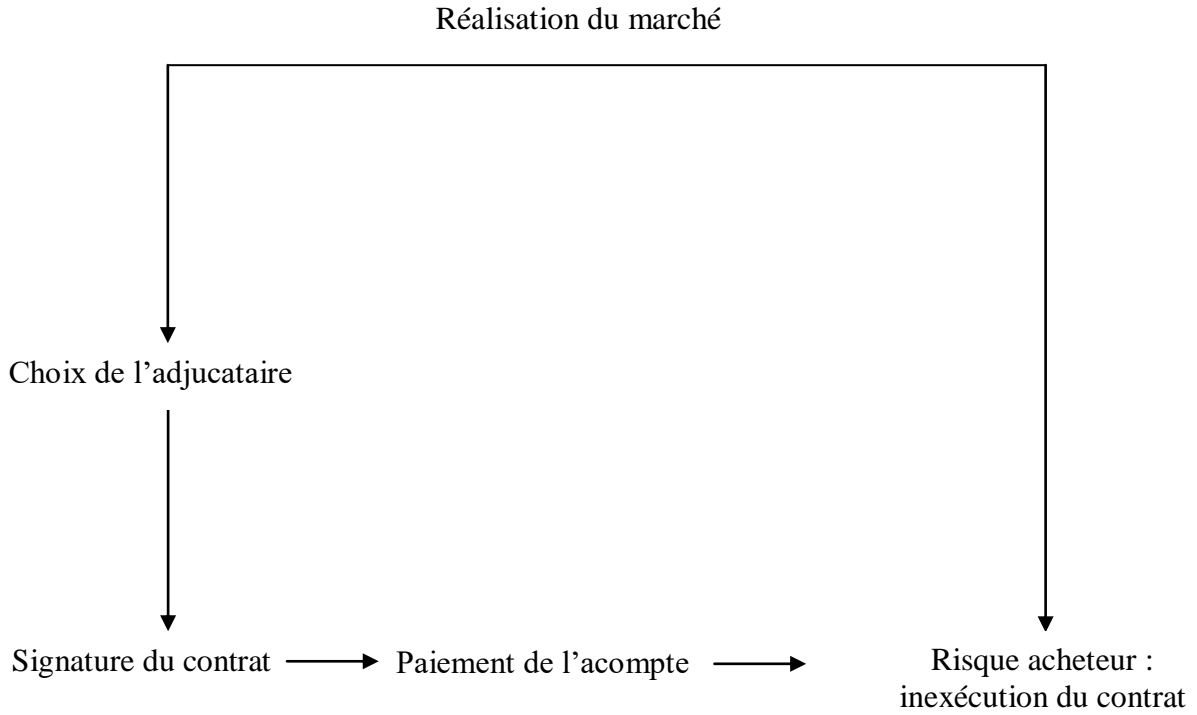
و يوضح نص المادة 108 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام بأن أي دفع محتمل للتسبيقات بعنوان الصفقة لا يرتب آثارا مخففة لمسؤولية المتعامل المتعاقد فيما يتعلق بالتجسيد التام و التنفيذ الكلي و المطابق و بحسن نية للخدمات المنصوص عليها في العقد.

و بذلك فضمان رد التسبيقات يشكل تأمينا للمستورد، بموجب يلتزم البنك بالتعويض الكلي أو الجزئي للتسبيق المدفوع في حال عدم وفاء المورد بكل أو جزء من التزاماته، فهو بالتالي يمثل ضمانا للتعويض و ليس تعويضا عن ضرر.

¹ - العايب وليد و بوخاري لولو، المرجع السابق، ص 280.

² - طليان محمد حسين صالح، المرجع السابق، ص 99.

³ - المادة 110 من قانون تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.



**Figure 2 : Garantie de restitution
d'acompte -garantie a demander
avant le paiement de l'acompte**

و بالنسبة لمبلغ الضمان تحدده المادة 133 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام بالتفصيل حيث يحدد بنسبة تتراوح بين 5% و 10% من مبلغ الصفقة تبعا لدرجة أهمية الخدمات الواجب تنفيذها و طبيعتها، و يمكن استبدال هذا الضمان عندما يكون مطلوبا و كذلك في حال الاستلام المؤقت للصفقة، باقتطاع عن حسن التنفيذ، قيمته تساوي قيمة الضمان، على أن يسترجع في مدة شهر ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة، كما تتحول كفالة حسن التنفيذ عند التسليم المؤقت للصفقة إلى كفالة ضمان عندما تنص الصفقة على أجل للضمان¹.

¹ - المادة 131 من قانون تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

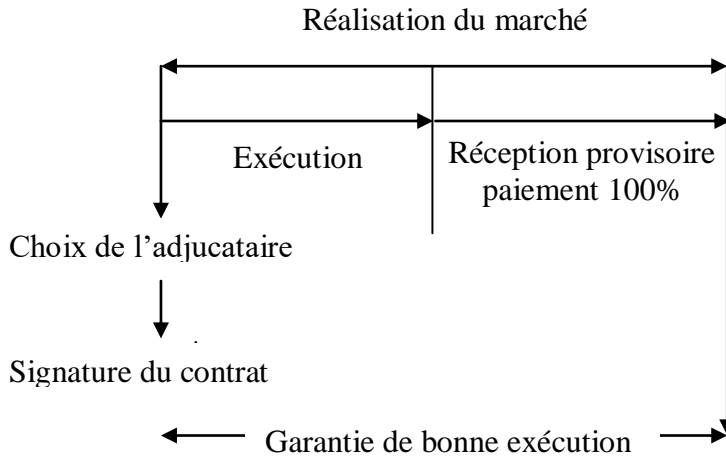


Figure 3: Garantie de bonne exécution

ثانيا: الضمانات البنكية الصادرة لفائدة المصدر

يستطيع المصدر أن يطلب من زبونه تقديم ضمانات لمصلحته، و ذلك بغرض تغطية المخاطر التي قد يتعرض لها، و تتمثل أهمها في:

أ- **ضمان الدفع Garantie de paiement** : قد يطلب المصدر من المستورد تأجيل دفع مبلغ الصفقة لتاريخ لاحق أو دفعه بأقساط منتظمة مقابل تقديم هذا الأخير لضمان دفع تقاديا لعجزه عن السداد، و يتم ذلك بتعهد بنك المستورد بتسديد قيمة الصفقة في آجال استحقاقها إذا ما عجز عميله عن ذلك. و يسري مفعوله إلى حين التأكد من تسديد المبلغ المطلوب.

و لوضع هذا النوع من الضمانات قيد التنفيذ يستلزم الأمر تقديم المصدر لمستندات أو وثائق مثبتة لعدم تمكن المستورد من الوفاء و الدفع، و أخرى موضحة لتنفيذه كافة التزاماته المتعهد بها تجاه المستورد، مع العلم بأن قيمة الضمان تغطي مبلغ الصفقة بأكمله¹.

بالتالي فـضمان الدفع يؤمن الوفاء بالتوريدات أو الخدمات المقدمة، فالمستورد يعطي أمرا لبنكه لإصدار ضمان بمجرد الطلب لفائدة المصدر في حال عدم تحصل هذا الأخير على مقابل آدائه، إذ

¹ - بوكونة نورة، المرجع السابق، ص 173.

يعتبر استخدامه شائعاً في عمليات شراء مستندات التصدير Opération de forfaitage، حيث تفرض البنوك و المؤسسات المالية الحصول على الديون أو المستحقات على الأجنبي إذا لم يشترط أن يكون الضمان بمجرد الطلب، و بموازاة ذلك يوفر هذا النوع من الضمانات حماية أقل، إذ أن مجرد ادعاء أو طلب مكتوب من المصدر تكفي للدفع له، فالمستورد يكون أمام خطر إلزامية الدفع حتى و لو كانت البضاعة المرسلة غير مطابقة لما تم الإتفاق عليه في العقد، و من فقدانه إذا كان قد وفى بقيمة تلك البضاعة¹.

ب- **خطاب الإعتماد Lettre de crédit stand-by** : و يسمى كذلك برسالة القرض كترجمة حرفية للتسمية باللغة الأجنبية.

لقد تطور هذا الضمان على شكل "Stand-by letters of credit" ، و يكثر استعماله في البلدان المنشئة له كالولايات المتحدة الأمريكية، إذ يعتبر ناتجا خالصا للبنوك الأمريكية، و ذلك في سبيل استبعاد التنظيم الذي يمنعها من إصدار كفالات بنكية تقليدية و البحث عن وسيلة بديلة، لذلك قررت استخدام الشكل الخارجي للإعتماد المستندي² مع تعديل في روحه أي مضمونه و أسسه لوضع ضمانات كيفت ب Stand-by، فهي من ضمانات التعويض و الدفع التي لا تسري إلا في حال عدم تنفيذ الإلتزامات المغطاة³.

و بالنسبة للنظام القانوني الفرنسي، يعتبر القرار الصادر عن محكمة استئناف فرساي في 24 ماي 1991 قرارا مرجعيا، باعتباره أول قرار قضائي صادر في فرنسا يستعرض تحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة لخطاب الإعتماد Stand-by، حيث كيفه بالضمان البنكي المستقل المصدر في شكل اعتماد

¹ - ROSSI Tuto, Op.Cit, p 95-96.

² - يقصد بالإعتماد المستندي تلك العملية التي يقبل بموجبها بنك المستورد أن يحل محل المستورد في الإلتزام بتسديد وارداته لصالح المصدر الأجنبي عن طريق البنك الذي يمثله، مقابل استلام الوثائق التي تدل على أن المصدر قد قام فعلا بإرسال البضاعة المتعاقد عليها. (أنظر لطرش الطاهر، تقنيات البنوك، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 117).

³ - KLEIN-CORNEDE Joanne, Op.Cit, p 22.

مستندي، ذو طبيعة مستندية، يتضمن التزاما بنكيا مستقلا و غير مشروط بدفع مبلغ معين خلال مدة محددة، في حال عدم الوفاء أو عدم تنفيذ الإلتزامات المحددة في العقد الأصلي، مقابل التزام المستفيد بتقديم المستندات المطلوبة¹.

و بناء على ذلك يقصد بخطاب الإعتماد التزام بنك يسمى بالبنك المصدر بناء على تعليمات من الأمر بدفع مبلغ معين، مقابل تسليم المستفيد لمستندات مطابقة ظاهريا لما تم اشتراطه في الخطاب². و بالنظر إلى طبيعته يصنف ضمن الضمانات بمجرد الطلب المستندية، أين يلتزم بموجبها البنك بصفة نهائية و قاطعة بالدفع للمستفيد بناء على تقديمه للمستندات المطابقة و المثبتة لعدم تنفيذ المستورد المشتري لالتزاماته التعاقدية³، بغرض تأسيس طلبه للوفاء، فقد تتمثل هذه المستندات في تصريح بسيط من المستفيد يؤكد خلاله إخلال المشتري، كما يمكن تدعيمها بوثائق أخرى خاصة، و يكون البنك في كل الأحوال ملزما برقابة المطابقة الظاهرية للمستندات مقارنة بتلك المحددة في العقد، يضاف إلى ذلك أن الخطاب عادة ما يتضمن تاريخا لانقضائه، فإذا لم يكن محل طلب للوفاء، أو طلب للتمديد قبل حلول الأجل، فإنه ينقضي بصفة آلية في أجله⁴.

و يصدر البنك الخطاب وفقا لعدة طرق أهمها:

1- خطاب الإعتماد المباشر Stand-by directe ، و يجمع بين 3 أطراف و هم الأمر أي المستورد،

مصدر الخطاب أي بنك الأمر، المستفيد أي المصدر.

2- خطاب الإعتماد المبلّغ Stand-by notifiée ، و الذي يتضمن تدخلا من طرف رابع و هو البنك

المبلّغ La banque notificatrice ، مع الإشارة إلى أنه يمكن لهذا الأخير أيضا بناء على طلب البنك

المصدر أن يقوم بتأييد الخطاب.

¹- DE BOTTINI Renaud et CAPRIOLI Eric A.,« Banque-Banquier-opérations de banque. Crédit documentaire. lettre de crédit "stand-by"», La semaine juridique, N° 44, Edition générale, Paris, 28 octobre 1992, p 119.

²- ANGLADE Jean-Laurent, Droit et pratique de la lettre de crédit stand-by, Litec édition, Paris, 2000, p 11.

³- GARSUAULT Philippe et PRIAMI Stéphane, Op.Cit, p 172-173.

⁴- KLEIN-CORNEDE Joanne, Op.Cit, p 22-23.

3- خطاب الإعتماد غير المباشر Stand-by indirecte ، و فيه يصبح المستفيد أيضا آخر جهة مصدرة للخطاب¹.

و يخضع هذا النوع من الضمانات في تنظيمه للقواعد الموحدة للإعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية²، أو الممارسات الدولية لخطابات الإعتماد³، أما بالنسبة لاتفاقية الأمم المتحدة للضمانات المستقلة، و خطابات الإعتماد المبرمة في نيويورك في 11 ديسمبر 1995، و التي دخلت حيز التنفيذ في 1 جانفي 2000، فإنه و باستثناء الولايات المتحدة الأمريكية لم تصادق عليها غالبية الدول المتطورة كفرنسا⁴.

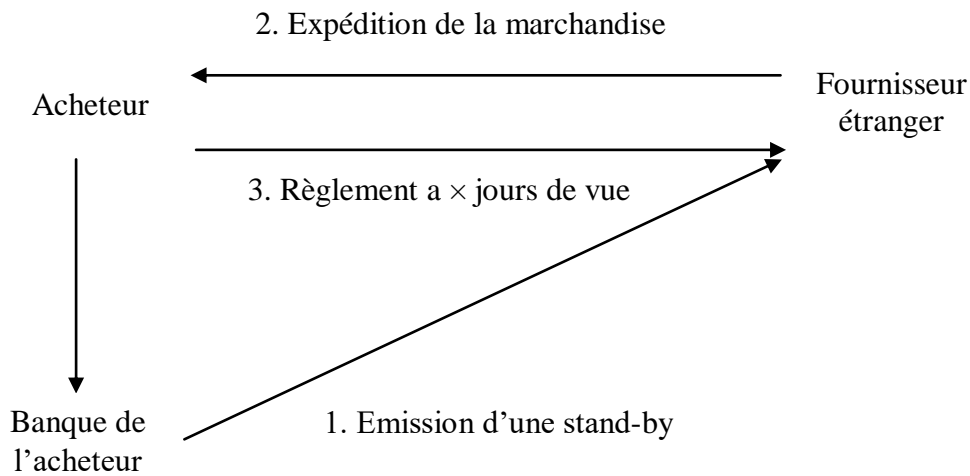


Figure 4: Lettre de crédit Stand-by

¹- GARSUAULT Philippe et PRIAMI Stéphane, Op.Cit, p 173-174.

²- Article 1 RUU 600.

³- Les règles et pratiques internationales relatives aux stand-by, publication ICC N° 590,1998. (RPIS 98)

⁴- ANGLADE Jean-Laurent, Op.Cit, p 11.

الفرع الثالث: تصنيف الضمانات البنكية الدولية من حيث طريقة إصدارها

الضمانات البنكية وفقا للكيفية التي تصدر بموجبها تصنف إلى صنفين، الأول منهما يتعلق بما تسمى بالضمانات المباشرة في حال إصدارها من بنك المصدر لفائدة المستورد (أولا)، أما الثاني فيتمثل في الضمانات غير المباشرة أو كما تسمى بالضمانات المقابلة (ثانيا).

أولا: الضمان المباشر Garantie directe

و يسمى كذلك بالضمان من الدرجة الأولى. Garantie de premier rang.

و يكون الضمان مباشرا عندما يكون البنك الذي يخاطبه المصدر هو نفسه مصدر الضمان لمصلحة المستفيد المشتري الأجنبي.

عندما يقدر المستورد بأن المصدر لم يوف بكافة التزاماته التعاقدية، يستطيع رفع أو سحب الضمان، إضافة إلى ذلك إذا كان طلب الوفاء مقدما طبقا للشكليات المشترطة في العقد، يكون البنك أمام إلزامية التنفيذ¹.

فالضمان المباشر بهذه الصورة يتدرج في إطار علاقة ثلاثية الأطراف تجمع بين كل من المدين الأمر، البنك الضامن، الدائن المستفيد².

و بالتالي فهو كضمان بنكي يتخذ الشكل المباشر عندما يطلب الأمر من بنكه الضامن عن طريق رسالة أمر Lettre d'ordre إصدار ضمان لفائدة المستفيد، ليقوم البنك الضامن بتحرير ضمان و إرساله مباشرة إلى المستفيد، و هنا يكون الأمر هو المستورد و المستفيد هو المصدر و هذه هي الصورة البسيطة للضمان المباشر، أما الصورة المركبة له فتتضمن تدخلا من بنك ثان و هو بنك المستفيد. حيث يطلب البنك الضامن من البنك المحلي للمستفيد و الذي يسمى بالبنك المبلغ التدخل بإرسال التزام البنك الضامن

¹ - SIMON Yves et MOREL Christophe, Op.Cit, 2015, p 657

² - SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, Op.Cit, p 192.

إلى المستفيد مؤكدا له بشكل واضح صحة العقد، مع بقاء دور البنك المبلغ مقتصرًا فقط على التبليغ دون تحمل أي التزام¹.

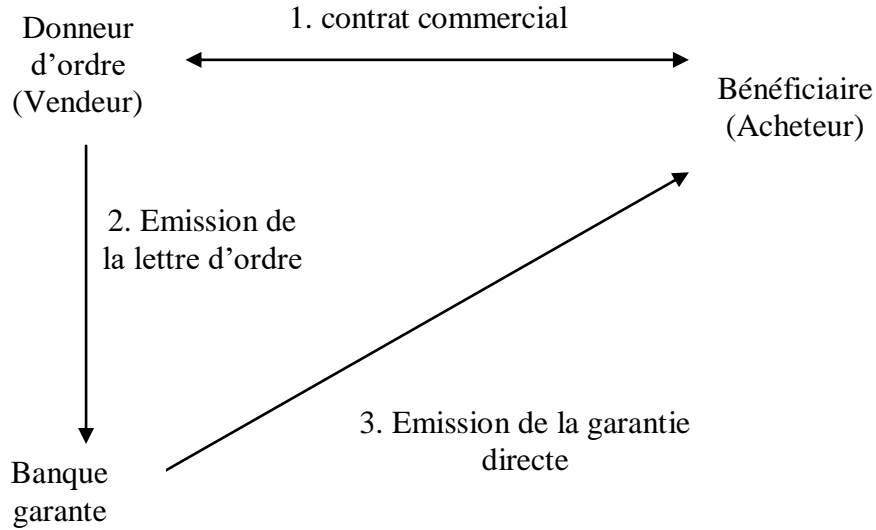


Figure 5: Garantie directe

ثانياً: الضمان غير المباشر Garantie indirecte

و يصطلح عليه بالضمان المقابل أو المضاد أو ضمان الضمان Contre-garantie، و هي الصورة التي يأخذها الضمان المستقل غالباً في مجال المعاملات التجارية الدولية أين يكون التعامل فيما يتعلق بإصداره فيما بين البنوك، و نتيجة لذلك يكون هناك نوعين من الضمانات: ضمان مباشر و هو من الدرجة الأولى و ضمان غير مباشر و هو الضمان المقابل.

يكون الضمان غير مباشر عندما يوكل البنك إلى مراسل له متمركز في دولة المستورد مهمة إصدار هذا الضمان، و الأكيد أن البنك المحلي للمستورد لن يقبل ذلك إلا إذا تم ضمانه بالمقابل من طرف بنك المصدر و ذلك في حال التزامه بدفع مبلغ الضمان.

¹ - بوكونة نورة، المرجع السابق، ص 155.

إن الضمان المشترط من المستورد يكون عادة غير مباشر، إذ يفضل الحصول على ضمان من بنك دولته، أي التزام من بنك يعرفه و يثق به.

عندما يكون الضمان بهذه الصورة فإن البنك المراسل هو من يلتزم بالوفاء للمستفيد، و لكنه يعوض بعد ذلك بفضل الضمان المقابل التي يملكه تجاه بنك المصدر¹.

و بهذا الصدد يتصرف البنك بناء على تعليمات من الأمر المصدر حيث يطلب تدخل بنك محلي للمستورد من خلال ضمان مقابل، ليكون بنك المصدر هو الضامن المقابل Le contre-garant، و بنك المستورد هو البنك الضامن Le garant، و تعطى تلك التعليمات فيما بين البنكين بعدة طرق منها التلكس، شبكة سويفت²، ليقوم البنك الضامن بإصدار الضمان لفائدة المستفيد، ثم الرجوع بعد ذلك على البنك الضامن المقابل طبقا لبنود و شروط الضمان المقابل.

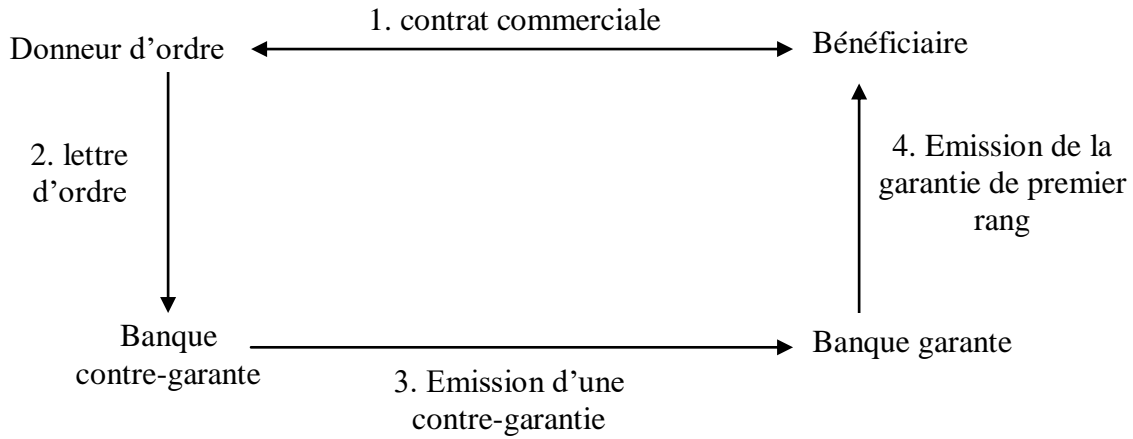


Figure 6: Garantie indirecte

¹ - SIMON Yves et MOREL Christophe, Op.Cit, p 657.

² - شبكة أو نظام سويفت سمي كذلك للدلالة على جمعية اتصالات التراسل المالي بين بنوك العالم، و يعتبر الدفع عن طريق هذه الشبكة وسيلة حديثة للدفع في التجارة الخارجية، و ذلك عن بعد باستخدام الحاسوب الآلي، و قد انضمت الجزائر إلى هذا النظام سنة 1991 (أنظر علودة نجمة دامية، المرجع السابق، ص 71).

المطلب الثاني: التصنيفات الخاصة للضمانات البنكية الدولية

تتخذ الضمانات الدولية بعض الأشكال و التصنيفات الخاصة و التي تستلزمها المعاملات التجارية الدولية كالضمانات الجمركية التي تشترط مصلحة الجمارك على أصحاب البضاعة¹ المستوردة تقديمها ضمانا لما يستحق عليها من رسوم و ضرائب لفائدة الخزينة العمومية، و هي في الواقع على أنواع عدة، إضافة إلى تلك الضمانات التي تتخذ شكلا معينا بالنظر إلى مكان تواجد البنك مصدرها.

لذلك يمكن تصنيف الأشكال الخاصة من الضمانات البنكية الدولية إلى صنفين، ضمانات بنكية من حيث غرضها (الفرع الأول)، و ضمانات من حيث موطن البنك مصدرها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تصنيف الضمانات البنكية من حيث الغرض

استنادا إلى الهدف المبتغى منها، توجد الضمانات البنكية على نوعين: ضمانات جمركية تقدم لمصلحة الجمارك للإستفادة من الأنظمة الجمركية و ما تتيحه من تسهيلات (أولا)، و ضمانات ملاحية و هي تلك التي تصدر لمصلحة الوكيل الملاحى كوسيلة لتجنب ما قد يتحمله المستورد من أعباء إضافية نتيجة انتظاره لوصول مستندات شحن لاستلام بضاعته (ثانيا).

أولا: الضمان الجمركي

إن الإستيراد يؤدي عادة إلى دفع الحقوق الجمركية، فالهيئات الجبائية في دولة المستورد تجد الغالب في قوانينها الوطنية الحق في متابعة المستورد لاستيفاء تلك الحقوق في حال تقصير أو عجز الناقل، المرسل أو المصدر، و هو الخطر الذي تتم تغطيته من خلال هذا النوع من الضمانات².

¹ - البضاعة هي كل منتج و شيء قابل للتداول و التملك سواء كان تجاريا أو غير تجاري و ذلك حسب تعريف المادة 5 فقرة ج من القانون رقم 79-07 المؤرخ في 21 يوليو 1979، يتضمن قانون الجمارك، المعدل و المتمم بالقانون رقم 17-04 المؤرخ في 16 فيفري 2017، جريدة رسمية عدد 11، الصادرة في 19 فيفري 2017.

² - TRARI TANI Mostépha et Autres, Op.Cit, p 209.

و قد عبر المشرع عن ذلك في المادة 117 من قانون الجمارك باشتراطه زيادة على التصريح المفصل بالبضاعة أو البضائع¹، وجوب تقديم كفالة ضمانا للوفاء في الآجال المحددة بالبضاعة الموضوعة تحت نظام جمركي اقتصادي أي للنظام الذي يسمح و يمكّن من تخزين البضائع و تحويلها و استعمالها أو نقلها كنظام المستودعات الجمركية، نظام نقل البضائع على طول الساحل²، مع خضوع هذه الكفالة لاعتماد قابض الجمارك، كما توضح المادة 119 بأن الهدف من الكفالة هو ضمان مبلغ الحقوق و الرسوم و تحصيل كافة الغرامات المحتملة الناتجة عن الإخلال بالالتزامات المكتتبه و المتعهد بها.

و يتخذ الضمان الجمركي عدة أشكال، تتنوع بحسب العمليات المالية أو الأنظمة التي يستهدف عن طريقها توفير أكبر سيولة نقدية ممكنة، و الحفاظ على الرسوم و الضرائب المستحقة، إضافة إلى الزيادة في حجم العمليات التجارية، و تكمن أهم هذه الأنواع فيما يلي:

أ- **ضمان الإيداع: Garantie de dépôt**: تلجأ مصلحة الجمارك إلى إلزام صاحب بضاعة بتقديم ضمان بنكي يكفل ما يستحق على بضاعته من رسوم إيداع عن المدة الزمنية التي يحتتمل أن تظل فيها داخل المستودعات و ذلك نظرا للفارق الزمني الذي قد تستغرقه بعض البضائع بين وصولها ثم إعادة تصديرها بعد ذلك إلى وجهة معينة³.

و يعبر القانون عن هذا النوع من الأنظمة الجمركية بعبارة المستودع الجمركي، و هو النظام الذي يتم وفقا له تخزين البضاعة في المحلات المعتمدة من قبل إدارة الجمارك مع وقف لكافة الحقوق و الرسوم و تدابير الحظر الإقتصادية، كل ذلك تحت المراقبة الجمركية⁴، طبقا للمادة 129 من قانون الجمارك⁵.

¹ - المادة 61 من قانون الجمارك.

² - المادة 75 مكرر 1 من قانون الجمارك.

³ - طلبان مُجّد حسين صالح، المرجع السابق، ص 53.

⁴ - يقصد بالمراقبة حسب مفهوم قانون الجمارك كل التدابير المتخذة لضمان مراعاة و احترام القوانين و التنظيمات المعمول بها، و التي تتولى و تتكفل الإدارة الجمركية بتطبيقها (انظر المادة 4 من قانون الجمارك).

⁵ - و التي تم تعديلها بموجب القانون رقم 98-10 المؤرخ في 22 أوت 1998 المعدل و المتمم للقانون رقم 79-07 المتضمن قانون الجمارك، جريدة رسمية عدد 61 الصادرة في 23 أوت 1998، معدل و متمم.

و تتمثل البضائع المقبولة في نظام الإيداع حسب المادة 129 مكرر 1 من قانون الجمارك في:

- 1- البضائع المستوردة أو الموضوعة في نظام جمركي آخر.
- 2- البضائع و الأكياس و الحاويات المتأتية من السوق الداخلية و التي يستهدف استخدامها في معالجة البضائع المستوردة أو الموضوعة في نظام جمركي آخر.
- 3- البضاعة الآتية من السوق المحلية و الموجهة للتصدير، و التي يتم تعيين قائمة بها بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية و وزراء القطاعات المعنية.
- 4- البضاعة المستوردة من طرف متعامل غير مقيم، و الموجهة للوضع تحت الأنظمة الجمركية المرخص بها.

و قد حددت مهلة سنة واحدة كمدة زمنية مقررة لمكوث البضاعة في المستودع¹، مع إمكانية تمديدتها من طرف إدارة الجمارك بشرط أن تكون حالتها جيدة و الظروف أو الأسباب التي تستدعي ذلك².

و منطقياً عند إعادة شحن البضاعة للخارج ينتهي الغرض من الضمان المقدم لتتم إعادته إلى البنك المصدر، و بافتراض عدم التزام العميل صاحب البضاعة بإعادة شحنها تتم مصادرة قيمة الضمان، كما لا يمنح التصريح اللازم لعرض بضاعته للبيع بالداخل³.

ب- **ضمان السماح المؤقت Garantie d'admission temporaire** : يقصد به ذلك الضمان المقدم لمصلحة الجمارك يتضمن قيمة الضرائب و الرسوم المستحقة على البضائع المستوردة، و الغاية من ذلك هو السماح المؤقت بدخولها إلى البلاد بقصد إعادة تصديرها فيما بعد.

بعبارة أخرى وفقاً لنظام السماح المؤقت يتم الترخيص لمواد أولية بدخول البلاد بهدف تصنيعها

¹ - المادة 132 من قانون الجمارك.

² - المادة 133 / ف 2 من قانون الجمارك.

³ - طليان محمد حسين صالح، المرجع السابق، ص 53.

أو دخول الأصناف المستوردة لإصلاحها أو تكملة صنعها أو حتى بعض الآلات أو الممتلكات الشخصية المخصصة للإستخدام الشخصي من قبل أجنب بصفة مؤقتة أين يتم إعفاؤها من الرسوم الجمركية المستحقة عليها في مقابل تقديم ضمان بنكي لفائدة إدارة الجمارك بقيمة تلك الرسوم¹.

و قد حددت المادة 171 مكرر من قانون الجمارك بأنه و باستثناء تلك المنصوص عليها في المادة 171 منه توضع المنتجات المستوردة عند دخولها المصنع الخاضع للمراقبة الجمركية إما تحت نظام العرض للإستهلاك أي أن يتم توجيهها للإستهلاك المحلي، أو تحت نظام القبول المؤقت، و إعماله يسمح بالقبول في الإقليم الجمركي لتلك البضائع المستوردة لغرض معين و المخصصة لإعادة تصديرها خلال مدة محددة مع وقف الحقوق و الرسوم المستحقة، و ذلك إما على حالتها دون أن تطرأ عليها أية تغييرات أو من أجل تحسين صنعها أي تعرضها للتحويل أو التصنيع أو المعالجة الإضافية أو التصليح². أمّا فيما يتعلق بالمدة التي تظل فيها البضائع تحت نظام السماح المؤقت، فيتم تحديدها في الترخيص بالقبول المؤقت الذي تقدمه إدارة الجمارك لصاحب هذه البضائع و ذلك بحسب المدة اللازمة للقيام بالعمليات التي استوردت من أجلها، مع منح إدارة الجمارك إمكانية تمديد المدة بناء على طلب بذلك من المستفيد و لأسباب منطقية و مقبولة³.

و بذلك تعتبر عملية إعادة تصدير البضائع Réexportation بعد تنفيذ العقد وجوبية و إلا ترتب على الإخلال بها أن تصبح الرسوم و الحقوق المقررة مستحقة الأداء، ف ضمان السماح المؤقت يطلب من قبل المؤسسات الأجنبية، و يمنح وفقاً لنموذج جمركي مناسب⁴.

¹ - طليان مُجدّ حسين صالح، المرجع السابق، ص 54.

² - و هو ما تضمنه نص المادة 174 من قانون الجمارك، مع ملاحظة أن المشرع يوظف مصطلح القبول المؤقت و هو ذاته في مفهومه و معناه المصطلح الذي درج الفقه على استخدامه ألا و هو السماح المؤقت.

³ - المادة 177 من قانون الجمارك.

⁴ - HOUCI Fatima, Les opérations du commerce extérieur : environnement international et financement-pratique du crédit documentaire par la BDL, Mémoire pour l'obtention du Magister en Sciences Economiques, Option Monnaie-Finance-Banque, Faculté des Sciences Economique, commerciales et de la gestion, Université Mouloud Mammeri, TIZI OUZOU, Sans mentionner l'année, p 105.

و يستهدف نظام السماح المؤقت بالنسبة للمستوردين توفيراً للضرائب و الرسوم عن المواد المستوردة و التي كانوا سيدفعونها، و بالتالي يمكنهم ذلك من استثمار تلك المبالغ في الصناعة حتى تتم إجراءات تحويل المواد الأولية و إعادة تصديرها إلى الخارج، ثم استرداد الضريبة الجمركية عنها، كما يرمي إلى تشجيع التصدير و التجارة الخارجية¹.

ج- ضمان تيسير التخليص على البضائع: Garantie d'enlèvement en douane : تنص المادة 109 من قانون الجمارك على أنه لا يجوز لإدارة الجمارك أن تمنح رخصة لرفع البضائع إلا بعد الدفع المسبق للحقوق و الرسوم المستحقة أو إيداعها أو ضمانها.

و يفهم من ذلك أنه يمكن لصاحب البضاعة بغية منحه رخصة لرفعها دون انتظار تحديد الرسوم و الضرائب الواجبة و الغرامات المحتملة، أن يقدم ضماناً مصرفياً يكفل سداً لهذه المبالغ، ليتم الإفراج عنها من قبل إدارة الجمارك و خاصة إذا كانت تلك البضاعة لا تتحمل البقاء لفترة طويلة في المنطقة الجمركية.

و بالتالي فـضمان تيسير التخليص على البضاعة يخصص لضمان كل من مبلغ الحقوق و الرسوم و الغرامات الناتجة عن عدم احترام الإلتزامات المكتتبة²، لتقوم إدارة الجمارك بعد التأكد من احترام الإلتزامات المكتتبة و في أجل لا يتعدى شهرين، بتسليم سند إبراء لصاحب البضاعة كما تمنح حسب الحاجة إما رفع اليد عن الضمان أي إعادة الضمان للبنك أو القيام بإرجاع الحقوق و الرسوم المودعة³. إن هذا النظام يحقق في الواقع فائدة كبيرة للمستورد حيث يساهم في التخفيض من الرسوم المستحقة للمستودعات الجمركية في حال إطالة مدة مكوث البضاعة بها، كما يساعده على تلبية احتياجات عملائه

¹ - طليان محمد حسين صالح، المرجع السابق، ص 54.

² - المادة 119 من قانون الجمارك.

³ - المادة 121 / ف 1 من قانون الجمارك.

من البضائع في مواعيدها المحددة دون انتظار تقدير قيمة الرسوم الواجب دفعها¹.

ثانياً: الضمان الملاحي

يقع على المصدر البائع عبء إعداد البضاعة استعداداً لإرسالها إلى المستورد المشتري و تسليمه إياها، و في سبيل ذلك يسعى جاهداً لاتخاذ كافة الإجراءات الخاصة بتسليمها إلى الناقل و إتمام كل المستندات اللازمة تقادياً لأية مشاكل، و التي تتعلق خصوصاً بإرسال البضاعة بدون مستندات شحنها مما يلحق أضراراً بالمستورد الذي يحرم تبعاً لذلك من استلامها فور وصولها مما يعرضها لاحتمالات تغير الأسعار في السوق، و احتمال ارتباطه بمواعيد محددة مع عملائه لتسليمها أو ضياع فرص استعمالها، إضافة إلى تحمله أعباء إضافية نتيجة تخزينها لفترة طويلة في المنطقة الجمركية²، و تقادياً لكل هذه العوائق يلجأ المستورد أو المرسل إليه إلى استصدار ضمان مصرفي و تقديمه إلى الوكيل الملاحي أي وكيل شركة الملاحة للميناء، يتضمن التزام البنك بتسليم سند الشحن³ عند وصوله إلى المستورد مباشرة إلى شركة الملاحة، مع التعهد بدفع التعويضات المحتملة ضد الناقل في حال تسليمه للبضاعة لغير الحامل الشرعي للسند⁴، ليقوم بناء على ذلك الوكيل بمنحه إذناً بالتسليم، و يعاد الضمان بعد وصول بوليصة أو وثيقة الشحن و تقديمها للوكيل، مع الإشارة إلى أن البنك لا يحصل على عمولة إصدار الضمان بل فقط على رسم الطابع⁵.

و في هذا الإطار يجب التفرقة بين حالتين:

¹ - طليان مُجدّ حسين صالح، المرجع السابق، ص 56.

² - أمقران راضية، المرجع السابق، ص 62.

³ - وثيقة أو سند الشحن البحري Le connaissance هو تلك الوثيقة التي يصدرها الناقل البحري إلى الشاحن عند استلام البضاعة منه بناء على طلبه، و تزداد أهميتها عند اختلاف الشخص المرسل للبضاعة أي الشاحن عن الشخص الذي يتسلمها من الناقل أي المرسل إليه. (انظر بسعيد مراد، عقد النقل البحري للبضائع وفقاً للقانون البحري الجزائري و الإتفاقيات الدولية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص 38).

⁴ - و تكون مسؤولية البنك في هذه الحالة بالتضامن مع مسؤولية المرسل إليه (انظر طليان مُجدّ حسين صالح، المرجع السابق، ص 50).

⁵ - الأشهب نوال عبد الكريم، التجارة الدولية، دار المنهل للطباعة و النشر، لبنان، 2015، ص 181.

- 1- الحالة الأولى:** و هي أن يكون البنك مصدر الضمان الملاحى قد قام بفتح اعتماد مستندي للعميل المستورد، فهنا البنك لا يطلب غطاء نقديا للضمان، و إنما يحصل على إقرار منه أي من العميل على قيامه بخصم المبلغ من حسابه أو من أية أموال أخرى له لدى البنك إذا قام هذا الأخير بسداده.
- 2- الحالة الثانية:** إذا لم يفتح البنك اعتمادا مستنديا، فإنه يشترط على العميل إيداع غطاء نقدي كامل للضمان قبل إصداره¹.

إن الضمان الملاحى قد لا يتضمن تحديدا لقيمة أو مبلغ معين، كما لا يتحدد بمدة معينة، و في هذه الحالة يعتبر بمثابة إقرار بالتعويض يقدمه المستفيد المرسله إليه البضائع إلى الوكيل الملاحى في حال وصولها بدون سند أو بوليصة الشحن، و تجسد رغبته في تسلمها من الشركة الملاحية².

الفرع الثاني: تصنيف الضمانات البنكية من حيث موطن البنك

تنقسم الضمانات البنكية بالنظر إلى موطن البنك مصدرها إلى صنفين، فقد تصدر عن بنك محلي بناء على طلب عميله المحلي فتسمى عندئذ بالضمانات البنكية الداخلية أو كما تعرف كذلك بالمحلية (أولا)، أما إذا كانت صادرة عن بنك محلي بناء على طلب بنك أو فرع خارجي و على مسؤوليته الكاملة فهي تجسد صورة الضمانات البنكية الخارجية أو الأجنبية (ثانيا).

أولا: الضمان البنكي المحلي

يقصد بالضمان البنكي المحلي ذلك الذي يصدر عن بنك محلي بناء على طلب العميل المحلي أو داخل إقليم الدولة لصالح المستفيد منها المقيم داخل البلاد التي يوجد فيها موطن البنك³.

¹ - طليان محمد حسين صالح، المرجع السابق، ص 51.

² - حمدي عبد العظيم، دراسات في الإقتصاد الإسلامي: خطاب الضمان في البنوك الإسلامية، المجلد 13، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، مصر، 1996، ص 21.

³ - العكيلي عزيز، المرجع السابق، ص 453.

تتعدد و تختلف أنواع الضمان البنكي المحلي حسب النشاطات المتعددة، و منها ضمانات الصفقات العمومية كالضمان الإبتدائي، الضمان النهائي أو ضمان حسن التنفيذ، ضمان ردّ التسبيقات، الضمانات الجمركية بمختلف أشكالها كضمان الإيداع، ضمان السماح المؤقت، ضمان التخليص على البضاعة، و الضمانات الملاحية في غياب سند الشحن إلى غير ذلك من التصنيفات.

ثانيا: الضمان البنكي الأجنبي

الضمان البنكي الأجنبي هو الذي يصدر بناء على طلب عميل غير مقيم لمصلحة مستفيد مقيم¹، أو بطلب من عميل مقيم لفائدة مستفيد غير مقيم².

لذلك و اعتمادا على مكان تواجد المستفيد يتخذ هذا الضمان صورتان، صورة الضمان لمصلحة المستفيد المقيم، و الضمان لمصلحة المستفيد غير المقيم.

أ- الضمان البنكي لمصلحة مستفيد مقيم: و هو الضمان الذي يصدره البنك بناء على طلب عميله الأجنبي المقيم في الخارج لصالح مستفيد مقيم داخل الدولة، و ذلك في مجال المناقصات و المزايدات. و نظرا لكون العميل شخصا أجنبيا مقيما في الخارج، فالبديهي أن يلجأ إلى بنكه طالبا منه إصدار ضمان لفائدة المستفيد المقيم، و لكن بمقابل ذلك هذا الأخير يجهل ذلك البنك و كيفية التعامل معه مما قد ينتج حالة من التردد و انعدام للثقة، و لذلك يتم اللجوء:

1- إما لإصدار ضمان من البنك الأجنبي و إرساله إلى البنك المحلي الذي يتعامل معه ليتولى تسليمه إلى المستفيد، و يتم ذلك في حال اشتراط هذا الأخير على العميل الأجنبي أن يكون الضمان صادرا عن البنك المحلي حتى تسهل عليه عملية استيفاء قيمة الضمان.

¹ - يقصد بالشخص المقيم في الجزائر حسب الفقرة 1 من المادة 125 من قانون النقد و القرض، كل شخص طبيعي أو معنوي يتواجد المركز الرئيسي لنشاطه الإقتصادي في الجزائر.

² - ووفقا للفقرة 2 من المادة 125 من قانون النقد و القرض الشخص غير المقيم هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقع المركز الرئيسي لنشاطه الإقتصادي خارج الإقليم الجزائري.

2- أو أن يطلب البنك الأجنبي من البنك المحلي إصدار الضمان نيابة عنه و بناء على طلب العميل لفائدة المستفيد المقيم، بمقابل التزام البنك الأجنبي تجاه البنك المحلي بتحمل كافة النفقات التي يتحملها

هذا الأخير نتيجة إصداره للضمان و بمجرد الطلب و ذلك من خلال إصداره للضمان المقابل¹.

و طبقا للمادة 3 من النظام رقم 02-93 المتعلق بإصدار عقود الضمان و الضمان المقابل، يستطيع البنك المحلي الوسيط المعتمد أن يصدر ضمانا بناء على طلب عميل غير مقيم لفائدة مستفيد مقيم بموجب الإلتزامات المتخذة في الجزائر، دون الحاجة في ذلك إلى ترخيص من بنك الجزائر.

أمّا إذا كان إصدار الضمان من بنك محلي بناء على طلب بنك أجنبي لمصلحة مستفيد مقيم، فيشترط أن يكون بنكا أجنبيا من الدرجة الأولى، و أن يتعهد بموجب ضمان مقابل يصدره لفائدة البنك المحلي الوسيط².

ب- الضمان البنكي لمصلحة مستفيد غير مقيم: يقصد به تقديم ضمان لشخص طبيعي أو معنوي أجنبي طبقا للشروط و المواصفات المتفق عليها و خلال المدة المحددة.

و يشترط لذلك:

1- الحصول على موافقة الإدارة العامة للنقد باعتباره يمثل التزاما قد ينشأ عنه تحويل عملات أجنبية

للخارج أي أنها تتعلق بمسائل الصرف والتي يجب إخضاعها للرقابة.

2- إبلاغ المستفيد الأجنبي بهذا الضمان عن طريق إحدى البنوك الخارجية في بلده، و في هذه الحالة

إما أن يضيف البنك الأجنبي تعزيره على الضمان و يتقاضى عنه عمولة إصدار طبقا للأسعار

السائدة لديه، أو أن يكتفي البنك المحلي بتكليف البنك الأجنبي بإصدار الضمان طبقا للشروط

المتفق عليها مع العميل المقيم.

¹ - أمقران راضية، المرجع السابق، ص 65.

² - فإصدار ضمان لفائدة المقيم بموجب التزامات مكتتبه في الجزائر من قبل غير مقيم، يجب أن تتم تغطيته من خلال ضمان مقابل يصدره بنك أجنبي من الدرجة الأولى لفائدة بنك وسيط معتمد.

(Voir L'article 4 de l'instruction N° 94-05, Portant modalités d'application du règlement N° 93-02.)

فيكون هذا الضمان ملزما للبنك الأجنبي و يسمى في هذه الحالة بالضمان المقابل¹.

و بموجبه يستطيع ممارسة حقه في الرجوع على البنك المحلي بعد قيامه بالوفاء بقيمة الضمان و قد فتحت المادة 4 من النظام رقم 93-02 المتعلق بإصدار عقود الضمان و الضمان المقابل المجال للبنك الوسيط المعتمد المحلي لكي يصدر، و بدون الحاجة إلى الحصول على ترخيص من بنك الجزائر، عقود الضمان و الضمان المقابل لمصلحة غير المقيم بناء على الإلتزامات المكتتبه من العميل المقيم تجاهه.

و الملاحظ هنا أنه و بالنسبة للإلتزامات المكتتبه من عميل محلي مقيم تجاه شخص غير مقيم، يكون إصدار الضمان بموجبها مقترنا وجوبا بضمان مقابل يصدره البنك المحلي لفائدة البنك الأجنبي، و هو ما يشكل نشوء علاقة قانونية بين بنكين، البنك المحلي و هو الضامن المقابل، و البنك الأجنبي و هو المستفيد غير المباشر و أيضا الضامن لمصلحة المستفيد الأجنبي غير المقيم.

هذا، و يشترط القانون على البنوك الوسيطة المعتمدة في مجال إصدار الضمان أو الضمان المقابل سواء لمصلحة مستفيد مقيم أو غير مقيم، أن تقدم تقريرا في أجل 40 يوما ابتداء من تاريخ سريان عقود الضمان أو الضمان المقابل، يتعلق بسريان هذه العملية، إلى بنك الجزائر و تحديدا إدارة مراقبة الصرف، و يجب أن يتضمن هذا التقرير كافة البيانات و المعلومات المتعلقة بالأطراف المعنية بالعملية، طبيعة الإلتزامات المضمونة، شروط سريان و استخدام الضمان و كافة النتائج الأخرى المحتملة لطلب و تطبيق محتوى الضمان².

و من خلال ذلك تبرز أهمية الدور الذي تؤديه الضمانات البنكية الأجنبية في مجال التجارة الدولية حيث تساهم في تسهيل تبادل البضائع و السلع و الخدمات و تنفيذ التعهدات و الإلتزامات الدولية المبرمة بين الأطراف بمناسبة تعاملاتهم المشتركة.

¹ - الأشهب نوال عبد الكريم، المرجع السابق، ص 182-183.

² - Articles 16-17 de l'instruction N° 94-05, portant modalités d'application du règlement N° 93-02.

أضف إلى كل ما سبق فإن هذا الصنف من الضمانات يوفر نوعاً من الأمان لكل من المصدر والمستورد¹.

خلاصة الفصل الأول:

لقد اجتهد الفقه في تحديد مفهوم واضح للضمانات البنكية الدولية، لذلك تعددت التعريفات المقدمة بصدها و التي إن اختلفت في الصياغة إلا أنها اتفقت في جوهرها على أن الضمان البنكي الدولي هو تعهد بات يلتزم من خلاله شخص يسمى الضامن، بناء على تعليمات صادرة من شخص آخر يسمى الأمر، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين لفائدة شخص يعرف بالمستفيد بمجرد طلبه ذلك، أو بموجب شكايات معينة.

كما نصت عديد التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي و الألماني و مثلها التشريع الجزائري، و لو بشكل متفاوت، على هذا النوع من الضمانات ضمن منظومتها القانونية، مما يؤكد أهميتها خاصة في ظل ما تتميز به من خصائص تتجسد من خلال الإستقلالية أي استقلالية التزام الضامن عن بقية العلاقات التعاقدية الأخرى بين الأطراف المتدخلة، وما ينتج عنه من عدم إمكانية الإحتجاج بالدفع أو الأسباب غير المرتبطة بالضمان في ذاته ضد المستفيد عند طلبه الوفاء.

إن الضمان البنكي الدولي كتقنية من ابتكار العرف المصرفي انتشرت في مجال التجارة الدولية مما عكس تنوعها و تعدد أشكالها و التي يعتبر الضمان بمجرد الطلب من أكثرها شيوعاً و انتشاراً.

¹ - طليان محمد حسين صالح، المرجع السابق، ص 63.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

لقد أثارت مسألة تحديد الطبيعة القانونية للضمان البنكي الدولي اهتمام الفقه، لذلك انصبت دراسته على محاولة إعطاء تكييف واضح و دقيق له.

و على إثر ذلك تنوعت و تعددت التفسيرات المقدمة من قبل الفقهاء اعتمادا على أسس مختلفة، و التي تجسدت من خلال المقاربات المتعددة مستهدفة إدراج هذه التقنية بما تتميز به من خصائص، كرس مرونيتها و فعاليتها على مستوى التجارة الدولية، ضمن إحدى المفاهيم القانونية السائدة من أهمها الكفالة باعتبارها من أقدم الآليات التأمينية المنظمة في القواعد العامة (المبحث الأول)، كما انعكس ذلك أيضا من خلال تبيان الأسباب المؤدية لزوال التزام الضامن تجاه المستفيد، و توضيح مدى خضوع هذا الضمان في انقضائه لذات الأسباب العامة لانقضاء الإلتزام (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للضمانات البنكية الدولية

في الواقع قد لا يثير موضوع تحديد الطبيعة القانونية للضمانات البنكية و إعطائها التكييف الدقيق اهتمام المتعاملين في مجال التجارة الخارجية الدولية من الناحية العملية، إلا أن ذلك لا يقف حاجزا أمام دراستها و توضيحها على الأقل من الناحية النظرية لكونها قد شكلت محورا لعديد الآراء التي تربطها في كل مرة بتقنية معينة من التقنيات المكرسة في القوانين الداخلية بفعل التشابه فيما بينها، و نظرا لتعددتها يستحيل ذكرها جميعا، فيتم التركيز على بعضها فقط بغرض التمييز بينها و بين الضمان المستقل مع تحديد أسس ذلك (المطلب الأول)، مع إعطائها التكييف القانوني المناسب فتكييف أطراف المعاملة للعقد ليس بالضرورة هو الصحيح و المعبر عن إرادتهم الحقيقية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تمييز الضمانات البنكية الدولية عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة

تعتبر الضمانات البنكية الدولية وسيلة ائتمانية نظرا لما تحققه من ثقة وطمأنينة بالنسبة لأطرافها، و ينعكس ذلك من خلال ما تتميز به من خصائص تتمثل أهمها في استقلالية محل التزام الضامن إضافة إلى عدم إمكانية احتجازه بالدفع، و هو ما يؤكد على خصوصيتها بمقارنتها مع الكفالة البنكية باعتبارها من أبرز صور الضمان البنكي (الفرع الأول)، إضافة إلى عقود أخرى و التي قد تتشابه كثيرا معها كالتعهد عن الغير، الإنابة، و تأمين القرض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تمييز الضمان البنكي الدولي عن الكفالة البنكية

تتضمن الكفالة البنكية تدخلا من البنك لضمان عميله بما نشأ في ذمته من ديون لدى الغير، و باعتبارها من التأمينات الشخصية فهي تخضع في أساسها للأحكام الواردة في التقنين المدني، و هو ما يعزز نقاط التشابه بينها و بين الضمان المستقل (أولا)، و لا يفي بموازاة ذلك اختلافهما، فالضمان المستقل في أساسه وسيلة بديلة للكفالة (ثانيا).

أولا: أوجه التشابه البنكي بين الضمان البنكي الدولي و الكفالة البنكية: التداخل بين الضمان

البنكي و الكفالة البنكية

الكفالة البنكية هي عملية مصرفية و بمفهوم المادة 68 من قانون النقد و القرض تعتبر من بين أنواع عمليات القرض¹، حيث يقوم البنك بدور الكفيل لضمان تنفيذ التزامات لصالح الدائن بالتعهد له بالوفاء بالدين الذي يشغل ذمة العميل المدين إذا لم يوف به بنفسه.

¹ - حيث تنص المادة 68 من الأمر رقم 03-11، يتعلق بالنقد و القرض، معدل و متمم: « يشكل عملية قرض، في مفهوم هذا الأمر، كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع...أو الكفالة...».

و على ذلك تكون هذه الكفالة محض تطبيق للكفالة الشخصية في القواعد العامة مع خضوعها لبعض القواعد و الأعراف الخاصة بالممارسة البنكية¹.

تتأسس الكفالة بوجه عام على فكرة انضمام ذمة أو ذمم أخرى إلى ذمة المدين بحيث يستطيع الدائن التنفيذ عليها جميعا أو على أي منها لاستيفاء حقه².

لتكون بذلك الكفالة البنكية عقدا بمقتضاه يكفل البنك تنفيذ الإلتزام بأن يتعهد للدائن بالوفاء بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه مقابل أجر³.

و لأنها من عقود الضمان الشخصي تتشابه الكفالة البنكية مع الضمان المستقل في مسائل عدة منها:

أ- من حيث الوظيفة الائتمانية: يشترك كل من الكفالة البنكية و الضمان المستقل في كونها من أبرز صور الإئتمان المصرفي، فبموجب الكفالة يضم شخص ذمته المالية إلى ذمة المدين الأصلي لتقوية ضمان الدائن من أجل استيفاء حقه، ليكون له مدينان، مدين أصلي و مدين احتياطي و هو الكفيل⁴، و بذلك فالكفالة تتركز في جوهرها على التزام أصلي و تستهدف الوفاء به أيا كان مصدره⁵، ليكون غرضها الأساسي هو ضمان الإلتزامات المكتتبه⁶.

و بهذا تكشف العلاقات التعاقدية عن قوتين مختلفتين:

فمن جهة الدائن يستهدف تعزيز حقه باللجوء إلى تأمين فعال إعمالا لمبدأ "إذا كان خطر الإعسار

¹ - دويدار هاني، القانون التجاري: العقود التجارية-العمليات المصرفية-الأوراق التجارية-الإفلاس، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 422.

² - شحاتة صلاح ابراهيم، ضوابط منح الإئتمان المصرفي من منظور قانوني و مصرفي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص 327.

³ - عطاوي هاني، المرجع السابق، ص 87.

⁴ - العاقب عيسى، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، 1986، ص 1.

⁵ - و هو ما يستخلص من نص المادة 644 من القانون المدني المحددة للمقصود بالكفالة، حيث يتدخل الكفيل ضمانا للوفاء بالإلتزام الأصلي في ذمة المدين إذا لم يوف به بنفسه.

⁶ - VASSEUR Michel, Droit et économie bancaire : les opérations de banque, fascicule 3, Les cours de droit, Paris, 1988-1989, p 1175.

غير متجنب فهو مقسم"، و من جهة ثانية الكفيل الذي يتدخل لمساعدة المدين¹، مما يمكنه من الحصول على النقود أو على آجال لسداد ديونه، و الغالب أن المدين عميل البنك هو الذي يطالبه بالتدخل في علاقاته مع الدائن تقوية لائتمانه².

و بموازاة ذلك يشكل الضمان المستقل أداة ائتمان بنكي يقدمه عميل البنك المصدر إلى المستفيد عوضاً عن تقديم ائتمان نقدي، و من خلاله يسعى البنك لتحقيق مرونة أكبر في التعامل إضافة إلى تسهيل قيام المصدر أو المستورد لمبادلاته التجارية الدولية بصورة سهلة و سريعة و مؤمنة³.

بذلك تتوحد الغاية من الكفالة البنكية و الضمان المستقل متمثلة في تقوية مركز الائتمان للعميل المدين تجاه الغير المتعامل معه حتى يتمكن من التعاقد أو إبرام الصفقات التي يرغب فيها ذلك العميل، فتدخل الكفيل أو الضامن يساهم في تعزيز موقف العميل من ناحية⁴، و تأمين حق المستفيد بما لذلك الكفيل أو الضامن من ملاءة و شهرة من ناحية أخرى.

ب- من حيث الأطراف المتدخلة: تشكل الكفالة البنكية كما الضمان المستقل كعملية قانونية علاقة ثلاثية الأطراف، فالكفالة تضم كلا من المدين المكفول، الدائن، البنك الكفيل الذي يتدخل ضماناً للوفاء بالدين الأصلي، في حين يجمع الضمان المستقل بين الأمر و هو الذي يتقدم للبنك بطلب إصدار الضمان، المستفيد و هو الذي يصدر الضمان لمصلحته، البنك مصدر الضمان بناء على طلب العميل⁵، و البنك هنا قد يكون ضامناً أو ضامناً مقابلاً.

¹- HABBASSI-MEBARKIA Samira, La protection de la caution, Thèse de doctorat en droit privé, Université de Valenciennes et du Hainaut Cambrésis, Valenciennes, 2016, p 12.

²- دويدار هاني، المرجع السابق، ص 423.

³- شلال رشيد، المرجع السابق، ص 56.

⁴- باوني مجّد، الضوابط الشرعية للأعمال المصرفية المعاصرة: دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة في الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2001-2002، ص 113.

⁵- الطيب علي مجّد أحمد، الأحكام القانونية لخطاب الضمان المصرفي: دراسة قانونية مقارنة، بحث تكميلى مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية كلية القانون، جامعة النيلين، السودان، 2016، ص 15-16.

ج- من حيث الطابع الشخصي: فالكفالة البنكية تقوم على الإعتبار الشخصي أي شخص المدين المكفول و الذي يعد سببا في إبرام عقد الكفالة بين البنك و الدائن، حيث يتولى البنك التحري عنه من حيث ملاءته و وضعه المالي، فالكفالة لن تمنح إلا على أساس الثقة بين البنك و عميله¹.
كما أن الضمان المستقل هو تعهد شخصي من البنك بالوفاء لمصلحة المستفيد، مما ينتج عنه عدم إمكانية تحويله أو تظهيره أو التنازل عنه للغير، كما لا يجوز لدائني المستفيد الحجز على حقه في الضمان².

لقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على هذا الطابع بالنص في قرارها الصادر بتاريخ 31 جانفي 2017 على أنه في حال عدم وجود اتفاق مخالف، فالضمان المستقل الذي لا يتبع الإلتزام المضمون، لا تتم إحالته في حال تقسيم المؤسسة المستفيدة من الضمان، حتى و لو انتقلت جميع ممتلكات هذه المؤسسة إلى مؤسسة جديدة، مع الإشارة هنا إلى أن الفقه يعتبر بأنه في هذه الحالة تبقى قاعدة عدم انتقال أو إحالة الضمان غير قابلة للتطبيق³.

د- من حيث الطبيعة التجارية: الكفالة في أصلها عمل مدني حتى و لو كان الدين تجاريا و الكفيل تاجرا و ذلك ما أقرته المادة 651 في فقرتها الأولى من القانون المدني، فطبيعتها لا تتأثر بطبيعة الدين و لا بصفة الكفيل.

إلا أنه استثناء على هذه القاعدة و باعتبار الكفالة البنكية عملية قرض حسب المادة 68 من قانون

النقد و القرض، و هي بذاتها عملية مصرفية⁴.

¹ جبار رقية، النظام القانوني للعمليات البنكية الدولية: الإعتماد المستندي و الكفالة البنكية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2017، ص 162.

² هناوي وائل نورس، دور الكفالات المصرفية في عملية المبادلات التجارية الخارجية و تنفيذ المشاريع الإقتصادية: دراسة تطبيقية على المصرف التجاري السوري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في العلوم المالية و المصرفية، كلية الإقتصاد، جامعة دمشق، سوريا، 2016، ص 25.

³ DE MONTAIGNE Maureen, «Quand la garantie autonome se heurte au principe de transmission universelle du patrimoine : Entretien avec MARPEAU Benoît», Hebdo-Affaires-Société et groupement, Wolters Kluwer, France, 21 Février 2017, p 1-2. Site: www.dpjparis.com.

⁴ - المادة 66 من الأمر رقم 03-11، يتعلق بالنقد و القرض، معدل و متمم.

و بذلك تعتبر الكفالة البنكية عملا تجاريا بحسب الموضوع¹ طبقا للمادة 2 الفقرة 13 من القانون التجاري².

ولكون الضمان المستقل من العمليات المصرفية فهو أيضا كيف ضمن الأعمال التجارية.

هـ - من حيث الإلزام: تعتبر الكفالة بطبيعتها عقدا ملزما لجانب واحد، حيث يكون الكفيل فقط هو المدين بالإلتزام، أما الدائن فلا يتحمل أي التزام في مواجهته فيما عدا التزاما سلبيا بعدم تعريض حقه في الرجوع على المدين الأصلي للخطر³.

كما يتميز الضمان المستقل بكونه عقدا ملزما لجانب واحد أي أن الطرف الوحيد المتحمل للإلتزام بموجبه هو البنك الضامن بالرغم من أن بعض الفقه يعتبره التزاما بإرادة منفردة⁴، فالضمان يتضمن التزاما من مكتتبه أي الضامن بدفع مبلغ معين لدائن شخص آخر و هو العميل، بمجرد طلبه لذلك، حيث يكون الضامن ملزما بتطبيق محتوى الإتفاق بينه و بين الدائن المستفيد⁵.

إنه و رغم التشابه الموجود بين الكفالة البنكية و الضمان المستقل و التداخل بينهما من حيث عديد النقاط و المسائل من أهمها الوظيفة الائتمانية التي تؤديها كل تقنية منهما، إضافة إلى طابعهما التجاري و الشخصي، إلا أنه يجب عدم الخلط بينهما لاختلافهما جوهريا عن بعضهما البعض سواء من حيث مضمونهما أو الخصائص و المبادئ المميزة لكليهما.

¹ - يعتبر العمل تجاريا بحسب موضوعه اعتمادا على المعيار الموضوعي المحدد لنطاق القانون التجاري و الذي وفقه تتحدد الصفة التجارية للعمل بالنظر إلى طبيعته و ليس لصفة القائم به (انظر البسيوني مُجد عبد الغفار و آخرون، القانون التجاري: دراسة موجزة في الأعمال التجارية-الأوراق التجارية-الشركات التجارية، الجامعة العمالية، مصر، 2009، ص 26).

² - حيث تنص على ما يلي: «يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه: - كل عملية مصرفية...» (أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، جريدة رسمية عدد 101، الصادرة في 19 ديسمبر 1975، معدل و متمم).

³ - RANOUIL Véronique et CHABAS François, Leçons de droit civil : sûretés-publicité foncière, Tome 3, Premier Vol., 6^{ème} édition, Edition Montchrestien, Paris, 1988, p 20.

⁴ - شلغوم رحيمة، ضمانات القرض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008، ص 55.

⁵ - BIHR Philippe, Droit civil général, 15^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2004, p 240-241.

ثانيا: أوجه الإختلاف بين الضمان البنكي الدولي و الكفالة البنكية: استقلالية الضمان

البنكي و تبعية الكفالة البنكية

تختلف الكفالة البنكية و الضمان المستقل في نقاط عدة أهمها:

أ- من حيث المحل: للكفالة نفس محل التزام المدين الأصلي، حيث يتعهد الكفيل للدائن بالوفاء بنفس الإلتزام الملقى على عاتق المدين إذا لم ينفذه بنفسه، و بالتالي فهو يلتزم بدفع دين الغير أي المدين الأصلي و تنفيذ التزامه¹.

و بالنسبة لهذا الإلتزام المكفول غالبا ما يكون مبلغا من النقود، كما قد يتمثل في إعطاء شيء غير النقود، أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل، ليكون الكفيل ملتزما شخصيا بالوفاء به².
بينما يشكل محلا في الضمان المستقل ذلك التعهد بدفع مبلغ من المال عند مطالبة المستفيد بذلك، ليكون التزام البنك الضامن في مواجهته التزاما شخصيا و مباشرا و مختلفا عن العقد المبرم بين المدين العميل و المستفيد³.

و ينتج عن ذلك حيابة المستفيد لحقين مختلفين، مستقلين عن بعضهما، فمن جهة حقه الناتج عن تنفيذ الإلتزامات المستمدة من العقد الأصلي في مواجهة الأمر، و من جهة ثانية حقه المتعلق بدفع مبلغ من النقود بمجرد توجيهه طلبا بذلك في مواجهة الضامن⁴.

إذن فالإختلاف الأساسي بين الكفالة البنكية و الضمان المستقل بالنظر إلى المحل يكمن في كون الكفيل ينفذ ما لم ينفذه المدين، في حين يعوض الضامن المستفيد عن الإخلال المنسوب إلى الأمر⁵.

¹- TRIDI Amine, Op.Cit, p 197.

²- الموسى محمد بن إبراهيم، نظرية الضمان الشخصي: الكفالة، الجزء الأول، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1991، ص 147.

³- التلاحمة خالد إبراهيم، الوجيز في القانون التجاري، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر و التوزيع، الأردن، 2006، ص 301.

⁴- LOGOZ François, Op.Cit, p 62.

⁵- TRIDI Amine, Op.Cit, p 198.

ب- من حيث خاصية التبعية و الإستقلالية: من خصائص الكفالة البنكية أنها عقد تابع، فالدين الذي يكفله الكفيل ليس دينه الشخصي و إنما دين المدين، و بالنتيجة لذلك يبرز الطابع التبعي لالتزام الكفيل من جانبين:

1- الجانب الأول: بالنسبة إلى الدين الأصلي المكفول: حيث يتأثر التزام الكفيل بما يؤثر في الدين الأصلي و مثاله أن تكون الكفالة باطلة إذا كان الدين المكفول باطلا، و هو ما أكدته المادة 648 من القانون المدني بنصها على أنه: «لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الإلتزام المكفول صحيحا».

و بذلك فالكفالة تتبع الدين المكفول في وجوده، صحته و انقضائه كما تنقيد بحدوده و شروطه¹.

2- الجانب الثاني: بالنسبة إلى المدين الأصلي: و تأكيدا على الطابع الإحتياطي لالتزامه يحوز الكفيل إثارة ثلاث دفعات تتمثل في:

1-2- الدفع بالتجريد: و بموجبه يستطيع الكفيل التمسك في مواجهة الدائن بالتنفيذ على أموال المدين أولا، إلا إذا اشترطت الكفالة التضامن بين المدين و الكفيل ففي هذه الحالة يحرم هذا الأخير من إثارة هذا الدفع².

2-2- الدفع بالتقسيم: و ذلك في حال تعدد الكفلاء، يستطيع الكفيل الذي طالبه الدائن بالوفاء أن يتمسك تجاهه بتقسيم الدين عليهم جميعا.

2-3- الدفع ببراءة الذمة: حيث يتمسك الكفيل تجاه الدائن بأنه حرّ من أي التزام إذا ما تسبب هذا الأخير بفعله في المساس بفعالية رجوع الكفيل بالحلول ضد المدين الأصلي، و مثاله: إضاعة الدائن نتيجة إهماله و تقصيره للتأمين المخصص كضمان للدين، و الذي كان للكفيل الإستفادة منه في رجوعه ضد المدين يترتب عنه براءة ذمة الكفيل بالتبعية لذلك³.

¹ - سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، دار الأمل للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2001، ص 18.

² - المادة 665 من القانون المدني.

³ - MESTRE Jacques et JAUFFRET Alfred, Droit commercial, 21^{ème} édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1993, p 447.

أما في الضمان المستقل فالضامن لا يتعهد للمستفيد بالوفاء بالتزام الغير و إنما بالوفاء بالتزام يقع على عاتقه هو، و بهذا لا يكون في علاقة تبعية لأي التزام آخر¹، وهو ما يؤكد على الطابع الإستقلالي للضمان البنكي و خاصة بالنظر إلى العقد التجاري الأصلي.

و من الناحية العملية تتجسد هذه الإستقلالية في مستويات مختلفة، ففي بعض الحالات يتعهد البنك الضامن بالدفع للمستفيد بشرط تقديمه للمستندات المثبتة لإخلال الأمر بالتزاماته، أما في أغلب الحالات تكون مساحة الإستقلالية أكبر حيث يلتزم البنك الضامن بالدفع بمجرد تقديم طلبا بذلك.

و تكمن الغاية الأساسية من تكريس هذه الإستقلالية هو رغبة المستفيد في الحصول على ضمان فعال يكفل له عدم تأخير عملية الوفاء لأي سبب كان².

ج- من حيث إمكانية الإحتجاج بالدفع: يترتب عن الصفة التبعية للكفالة البنكية أن الدائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل و مطالبته بالتنفيذ إلا في حال عدم تنفيذ المدين الأصلي بالتزاماته، و أكثر من ذلك يكون للكفيل التمسك تجاه الدائن بجميع الأوجه المرتبطة بعلاقته بالمدين و هو ما لا يمكن تصوره بالنسبة للضامن المستقل حيث لا يكون المستفيد ملزما بإثبات وجود التزام في ذمة الأمر، و لا إفلاسه³.

و نتيجة لهذا الإختلاف لا يستطيع الضامن الذي يطالبه المستفيد بالوفاء التمسك تجاهه بأي دفع مرتبط بعلاقة هذا الأخير و الأمر و في ذلك تأكيد لاستقلالية الضمان البنكي⁴، فمبدأ عدم الإحتجاج بالدفع ما هو إلا نتيجة منطقية و ترجمة فعلية لاستقلالية ذلك الضامن أين يكون الضامن محروما من إثارة الدفع تجاه المستفيد فيما عدا حالة الغش الظاهر أو التعسف في الحق أثناء تنفيذ الضمان و هو ما

¹ - جادر غني ريسان، المرجع السابق، ص 120.

² - ANCEL Pascal, « Cautionnement et autres garanties personnelles: état du droit Français», Rapport de recherche, Université Jean Monnet, Saint-Etienne et Ministère de la justice, Juin 1993, p 110.

³ - HANNANI Mahomed, «Les garanties contractuelles dans les transactions internationales comportant la fourniture de biens ou de services», Les cahiers de droit, N° 3, Faculté de droit, Université Laval, Québec, 1985, p 665.

⁴ - DE MONTAIGNE Maureen, Op.Cit, p 3.

يمنح مزيدا من الأمان لفائدة الدائن¹.

لقد ناقشت العديد من القرارات القضائية الفرنسية مسألة تحديد الطبيعة القانونية للضمان المستقل و تمييزه عن الكفالة التقليدية باعتماد ما يسمى بمعيار المحل، و هو ما كرسته محكمة النقض في قرارها المؤرخ في 5 أكتوبر 2010²، و بتحليل مضمونه يستخلص التأكيد على الإختلاف التقليدي و كذلك الحساس بين الضمان المستقل و الكفالة.

وهو أيضا ما عكسته المحكمة العليا في قرارها الصادر سنة 2010، حيث أقرت مبدأ عدم الخلط بين الكفالة البنكية المشروطة الدفع عند أول طلب و غير القابلة للطعن، و غير الموقوفة على أي شرط، إذ تخضع في أحكامها للأعراف الدولية، و بين الكفالة الشخصية الخاضعة لنص المادة 646 من القانون المدني و ما يليها³.

وبذلك فالضمان يكون مستقلا عندما يتحدد محل التزام الضامن بشكل مستقل و منفصل عن محل التزام المدين الأمر، بغض النظر في النهاية عما إذا تبين نوع من التطابق بين هذين الإلتزامين، فمن الوقت الذي يعين فيه المحل بدون الرجوع إلى الإلتزام الأصلي يظل الضمان محافظا على طبيعته.

لكن و رغم ذلك يبقى هذا المعيار غير كاف بشكل حاسم و لوحده لتكييف الضمان أكان مستقلا أو مجرد كفالة، لذلك ينبغي دمج مع معيار آخر لتحديد الطبيعة القانونية بدقة، و هو ما انعكس من خلال استناد القضاة إلى الشكليات التي تم وفقها طلب الضمان و على وجه الخصوص اشتغال العقد على شرط الوفاء بمجرد الطلب و عليه يمنع الضامن من تأجيل الوفاء و إثارة أية اعتراضات⁴.

¹ - KETTANI Mehdi, « Présentation générale des garanties bancaires conventionnelles usuelles du crédit », DLA Piper, 2017, p 5. site: <https://www.dLapiper.com>.

² - Cass.Com, 5 Octobre 2010, N° 09-14673, Non publié au bull.

³ - قرار المحكمة العليا، مؤرخ في 2010/07/08، مجلة المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 251، 256.

⁴ - GUILLET Christophe, « Le critère de distinction du cautionnement et de la garantie autonome », La semaine juridique notariale et immobilière, N° 23, Lexis Nexis, Paris, 10 Juin 2011. Site : www.LexisNexis.Fr.

الفرع الثاني: تمييز الضمان البنكي الدولي عن بعض العقود المشابهة

إضافة إلى الكفالة يتميز الضمان البنكي الدولي بالنظر إلى خصائصه المميزة عن العديد من العقود المشابهة له كلّ من زاوية معينة، و هي في الواقع كثيرة و متنوعة يستحيل ذكرها جميعا، لذلك يتم تبيان البعض منها على سبيل المثال لا الحصر متمثلة في التعهد عن الغير (أولا)، الإنابة الناقصة (ثانيا)، تأمين القرض (ثالثا).

أولا: تمييز الضمان البنكي الدولي عن التعهد عن الغير

التعهد عن الغير La promesse de porte fort، هو عقد يتعهد بموجبه شخص يسمى المتعهد نحو من يتعاقد معه و يسمى بالمتعهد له، بأن يجعل شخصا ثالثا و هو الغير، يلتزم له بأمر معين كالقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل¹، و من صوره أن يلتزم شخص بأن يجعل شخصا آخر يقوم بإبرام عقد فيكون بذلك التزاما بالقيام بعمل معه يبقى للغير الحرية في القبول أو الرفض².

و الضمان المستقل هو ذلك العقد الذي ينشأ في ذمة البنك الضامن التزاما بدفع مبلغ من المال لمصلحة المستفيد بدون إثارة أي احتجاجات في مواجهته³.

انطلاقا من ذلك يتم التمييز و التفرقة بين الضمان المستقل و التعهد عن الغير لتوضيح معالم كل تقنية على حدى.

أ- أوجه التشابه بين الضمان البنكي الدولي و التعهد عن الغير: تتمثل نقاط التشابه بين كل من الضمان المستقل و التعهد عن الغير فيما يلي:

¹ - الزين مُجّد، النظرية العامة للإلتزامات: العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة الوفاء، تونس، 1997، ص 368.

² - علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام: مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 90.

³ - PICOD Yves, Leçons de droit civil : sûretés et publicité foncière, 7^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 1999, p 109.

1- من حيث كونها من عقود الضمان: باعتبار أن التعهد عن الغير يعني تعهد شخص لآخر بأن يحمل شخصا ثالثا على قبول الإلتزام بأمر معين، فإن ما ينتج عن ذلك من أثر ينصرف تحديدا إلى المتعهد لأنه يتعاقد باسمه و على مسؤوليته¹، و ليس باسم الغير المتعهد عنه، فإرادته تتجه إلى إلزام نفسه شخصا بضمان موافقة الغير أي يأخذ على عاتقه مسألة الحصول على هذه الموافقة²، مما يجعل التزامه أصليا في مواجهة المستفيد، فإما أن يفي بهذا الإلتزام فتنتفي مسؤوليته أو يكون مخالفا فيلتزم عندئذ بالتعويض عما لحق ذلك المستفيد من ضرر و ذلك باعتباره مدينا أصليا³.

إن قيام مسؤولية المتعهد عن تعويض المستفيد المتعهد له ليس سببه هو عدم تنفيذ الإلتزام، و إنما لكون ذلك يشكل أثرا مباشرا لتعهدده، و لاعتباره ضامنا لقبول الغير، و لأنه التزم بصفته متعهدا، مع ضرورة التمييز بين التعهد عن الغير الذي يعد في ذاته واضحا و بسيطا، و الإلتزام بالتعويض الذي يعتبر نتيجة و أثرا لذلك التعهد⁴، و هو ما يجعل هذا النوع من العقود من الضمانات التعويضية تجسيدا لمسؤولية المتعهد عن تعويض المستفيد⁵.

و تأكيدا لهذه الخاصية يجمع الفقه الحديث على اعتبار التزام المتعهد التزاما بالضمان، فالمتعاقد مع المتعهد أي المتعهد له يكون مؤمنا من خطر رفض الغير أو عدم قبوله للتعهد، و من أمثله الفقه الألماني الذي يجمع طائفة من العقود تحت تصنيف عقود الضمان، و هي تلك التي تستهدف ضمان رفض الغير و من خلالها يضمن الملتزم تحقيق نتيجة معينة، تمييزا لها عن عقود الضمان التابعة للإلتزام

¹ - كلوب إياد إبراهيم مُجَد، الإشتراط لمصلحة الغير، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2014، ص 14-15.

² - زاوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، رسالة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق و العلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 1992، ص 162.

³ - باقي و داد، الكفالة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق ببودواو، جامعة بومرداس، 2009، ص 22.

⁴ - NETTER Emmanuel, Les garanties indemnitaires, Thèse en vue de l'obtention du doctorat en droit privé, mention droit des affaires, Université de Strasbourg, 2010, p 178.

⁵ - PIEDELIEVRE Stéphane et PUTMAN Emmanuel, Droit bancaire, éditions economica, Paris, 2011, p 695.

أصلي كالكفالة، كما أنه و في هذا النوع من الإلتزام يدفع المدين لفائدة المتعهد له تعويضاً عن الضرر الذي يلحق به جراء رفض الغير حتى و لو كان عدم تحقق النتيجة بسبب قوة قاهرة¹.

و بموازاة ذلك يعتبر الضمان المستقل من التأمينات الشخصية التي تؤمن للدائن ضماناً خارجياً عن علاقة الإلتزام التي تربطه بالمدين، يكمن محله في التزم الضامن بدفع مبلغ معين للدائن المستفيد بمجرد طلبه ذلك².

2- من حيث الإلزام: يعتبر التعهد عن الغير عقداً ملزماً لجانب واحد فهو لا يلزم إلا صاحبه أي المتعهد، مضمونه جلب توقيع أو قبول الغير أي أن يجعله مديناً، و بذلك فالمتعهد يلزم نفسه بهذا التعهد بحيث لا يمكن قانوناً إلزام شخص آخر بعقد لم يكن طرفاً فيه³.

في حين تبقى لهذا الغير مطلق الحرية في قبول التعهد أو رفضه، و على هذا الأساس يكون المتعهد ملتزماً بتحقيق النتيجة المتعهد بها و ليس فقط بذل العناية للحصول عليها، و إلا نشأت مسؤوليته عن ذلك⁴.

و باعتباره كذلك فإن المشاكل المحتملة المتعلقة بأهلية التعاقد لا تتعلق إلا بالمتعهد فقط لكونه الطرف الوحيد الملزم، فأهلية الغير للتعاقد ليس لها أي تأثير على صحة عقد التعهد⁵، و مثله الضمان المستقل يعتبر عقداً ملزماً لطرف واحد و هو الضامن حيث يحدد العقد التزامات البنك الضامن المتمثلة خصوصاً في الوفاء بمبلغ محدد لمصلحة المستفيد، بمقابل حصوله على الأجر و الذي غالباً ما يتحمله المدين الأمر، في حين أن المستفيد لا يتحمل في الغالب أي التزم، و حتى و إن حمل بمجموعة من

¹ - زاوي فريدة، المرجع السابق، ص 169-170، و هو أيضاً ما يستخلص من المادة 144 من القانون المدني التي أوجبت على المتعهد تعويض من تعاقد معه في حال رفض الغير للإلتزام.

² - BIHR Philippe, Op.Cit, p 244.

³ - موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني: دراسة مقارنة، الجزء 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 347.

⁴ - HADAD Sabrina, « présentation de la promesse de porte fort », Article juridique, publié le 1 Septembre 2015. Site : <https://www.Legavox.Fr>.

⁵ - TAVENIER Tschanz, Les garanties personnelles en droit suisse, Generale Corporate, Genève, 2010, p 8.

الإلتزامات بناء على الإتفاق أو بموجب القانون أو بحكم من القاضي فذلك لا يغير من طبيعته كعقد ملزم لطرف واحد باعتبار أن هذه الإلتزامات لا تعتبر سببا للضمان¹.

3- من حيث الأطراف المتدخلة: يتضمن نظام التعهد عن الغير كعملية قانونية ثلاثة أطراف و هم المتعهد، المتعهد له و المتعهد عنه، فعند إبرام التعهد عن الغير كمرحلة أولى تنشأ علاقة قانونية بين المتعهد و المتعهد له، أما المرحلة الثانية فتبدأ من لحظة قبول الغير المتعهد عنه لذلك التعهد، فتتولد علاقة قانونية جديدة طرفاها هما المتعهد له و المتعهد عنه، مع ملاحظة اشتراك كلتا المرحلتين في طرف واحد ألا و هو المتعهد له باعتباره المستفيد من العملية، و عليه انطلاقا من تلك اللحظة تنتفي مسؤولية المتعهد بغض النظر عن مدى تنفيذ أو عدم تنفيذ الغير للإلتزاماته فهو ليس ضامنا لذلك التنفيذ².

و يبدو من هذه العملية وجود عقدين متعاقبين زمنيا، مختلفتين من حيث الأطراف و الإلتزامات فالعقد الأول ينشأ التزاما بعمل في ذمة المتعهد، أما العقد الثاني فينشأ التزاما في ذمة الغير محلّه هو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل، و يتم هذا العقد من وقت صدور القبول من الغير، و ليس للقبول أثر رجعي إلا إذا قصد ذلك صراحة أو ضمنا³، إلا أن النظرية الحديثة في الفقه تعتبر بوجود عقد واحد فقط، و ما موافقة الغير إلا إقرار لذلك العقد، فالتعهد عن الغير عقد نهائي ينقصه إقرار الغير ليكون نافذا في مواجهته⁴.

¹- BOURASSIN Manuella, «garantie personnelles entre droit commercial et protection des consommateurs», XIXe Congrès international de droit comparé, Vienne, Juillet 2014, p 7.

²- حمداوي نورة، الطبيعة القانونية للتعهد عن الغير في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص 39-40.

³- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الإلتزام بوجه عام-مصادر الإلتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بدون سنة نشر، ص 559-560.

⁴- فالإقرار لا يسري بأثر رجعي إلا إذا نص المقر على ذلك صراحة أو ضمنا، كما أن اعتبار الموافقة قبولا تعني بأن العقد ينعقد من اقتران القبول بالإيجاب و لا يمكن أن يكون له أثر رجعي، و القول بعكس ذلك يؤدي إلى سريان آثار العقد إلى ما قبل وجوده أصلا. (انظر زاوي فريدة، المرجع السابق، ص 172).

كما يتضح من خلال آلية تنفيذ الضمان المستقل أن هناك ثلاث أطراف تتدخل في هذه العملية وهي البنك مصدر الضمان الذي يتعهد بدفع مبلغ معين بموجب الضمان، العميل الأمر و الذي يتقدم إلى البنك طالبا إصدار ضمان، المستفيد و هو الجهة التي يصدر الضمان لصالحها¹.

4- من حيث الإستقلالية: يشترك كل من الضمان المستقل و التعهد عن الغير في هذه النقطة الجوهرية، لكونها من أهم الخصائص المميزة لكلا النظامين.

يعتبر التعهد عن الغير عقدا مستقلا يتضمن التزاما بعمل محله الحصول على قبول الغير بالعقد أين يحمل عدم التنفيذ مبدأ حق المستفيد في التعويض، و في هذا الصدد كان القضاء الفرنسي في مرحلة سابقة لا يقيم تمييزا من حيث الطبيعة بين ما يسمى بالتعهد عن الغير التقليدي و التعهد عن الغير بالتنفيذ Promesse de porte fort d'exécution فحتى هذا الأخير يعد مستقلا، و عند عدم التنفيذ ينشأ التزام المتعهد بالتعويض، إلا أن الأمر اختلف فيما بعد حيث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في 13 ديسمبر 2005 بأنه في التعهد عن الغير بالتنفيذ يكون المتعهد ملتزما بتنفيذ التزام الغير إذا لم يف به هو بنفسه، مما يجعله التزاما تبعا و ليس مستقلا²، و هذا ما يبدو ظاهريا فقط فالقرار في حقيقته قد أكد على الطابع المستقل للتعهد، فالالتزام المتعهد ليس تابعا كالتزام الكفيل و في الوقت ذاته لا يعد التزاما مجردا بشكل تام من خلال تأثر التزام المتعهد بالتزام الغير³.

و قد أقر قرار الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية في 16 أبريل 2015⁴ بشكل صريح و قاطع هذه الخاصية، فالمتعهد في هذه القضية و هو الإبن الذي تعهد بتنفيذ الإلتزامات المكتتبه في العقد عن الغير و هي أمه عديمة الأهلية بسبب المرض لمصلحة المؤسسة المتخصصة و من ضمنها

¹ - بن حبيب عبد الرزاق و خالد خديجة، أساسيات العمل المصرفي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص 87.

² - MEUKE Bérenger Y., « La promesse de porte fort en droit Malien : une obligation pourant en dissimuler une autre », Jurisinfo, N° Décembre 2010, p 27.

³ - BONDERO Bruno, L'obligation du porte-fort, Recueil Dalloz, 2014, p 1185.

⁴ - Cass.Civ 1, 16 Avril 2015, N° 14-13694, Publié au bull 2015 : « La promesse de porte-fort est un engagement personnel autonome d'une personne qui promet à son cocontractant d'obtenir l'engagement d'un tiers à son égard ».

دفع مستحقات الإقامة في تلك المؤسسة، مما دفع إلى التساؤل حول طبيعة التزامه هنا هل هو التزام مستقل أم تابع، ليتم التأكيد على استقلالية التعهد عن الغير حتى ولو كان في هذه الحالة تعهدا بالتنفيذ¹، و ينتج عن ذلك أن بطلان التزام الغير ليس له أثر على صحة التزام المتعهد الذي يبقى ساريا، ليكون بالتالي للمؤسسة مطالبته بالتعويض و ليس بالوفاء²، يضاف إلى ذلك أن التزام المتعهد يقوم بصفة أصلية و ليس له الحق في الدفع بالرجوع على المتعهد عنه أولا³.

كما يعتبر التعهد المقدم من قبل الضامن بالدفع إلى الدائن مبلغا معيناً بطريقة غير مشروطة و فورية و بناء على مجرد طلب، ضمانا مستقلا له طابع الآلية Automatique، فهو مستحق مهما كان الذي يحدث، و بناء عليه لا يستطيع الضامن الإحتجاج ضد الدائن بالدفع التي كان له التمسك بها تجاه المدين الأصلي⁴، و بموازاة ذلك ينبغي أن يشرف التزامه بغض النظر عن أي نزاع محتمل له صلة بالعقد الأصلي مباشرة بعد تقديم المستفيد طلبا بالوفاء، و من حيث التنفيذ فمجرد هذا الطلب بدون حتى نموذج لأي تبرير يجسد بشكل تام استقلالية الضمان، دون أن يتعدى ذلك الحدود المرسومة في القانون، ليكون بفعل ذلك طلب المستفيد غير فعال إذا شكل تعسفا في استعمال الحق من طرف هذا الأخير⁵.

إنه و رغم التقاطع بين الضمان المستقل و التعهد عن الغير في عديد المسائل إلا أن الإختلاف بينهما يبقى موجودا و فعليا، فالتعهد عن الغير و إن كان من عقود الضمان، يتميز باستقلالية التزام المتعهد فهو لا يعد أبدا ضمانا بنكيا مستقلا.

ب- أوجه الإختلاف بين الضمان البنكي الدولي و التعهد عن الغير: لقد انقسم الفقه بشأن مسألة الربط و التفرقة بين التعهد عن الغير و الضمان المستقل، حيث يربط الفقه التقليدي في سويسرا الضمان البنكي

¹ - ALLOUIS Anne-Sophie, «Contrats-responsabilité : petite mise au point sur la promesse de porte-fort», La Revue, N° 211, Paris, Juin 2015, p 13-14.

² - VIBERT Olivier, «L'affirmation de l'autonomie de la promesse de porte-fort», Publié le 17 Juillet 2015. Site : <https://www.Village-Justice.com>.

³ - زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 167.

⁴ - HESS-FALLON Brigitte et SIMON Anne-Marie, Droit civil, 5^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1999, p 343-344.

⁵ - THEVENOZ Luc, «Les garanties indépendantes devant les tribunaux Suisse», Journée de droit bancaire et financier», Université de Genève, 1994, p 179.

المستقل بالتعهد عن الغير، على أساس أن هذا الشكل القانوني منصوص عليه ضمن الأحكام العامة للإلتزامات و يجب أن يفسر ضمنها، و بالنتيجة لذلك فالتعهد عن الغير يستطيع كذلك ضمان تنفيذ أداء معين على غرار الضمان.

في حين يعارض الفقه الحديث هذه الرؤية معتبرا بأن التعهد عن الغير هو عقد ضمان شخصي من بين أنواع أخرى يجوز للأطراف إبرامها، كما أنه يعد أمرا مثيرا للجدل أن يشكل هذا العقد أساسا قانونيا صالحا لجميع الضمانات البنكية، و هو أيضا ما يجمع عليه الفقه في فرنسا، فالمتعهد يلتزم بالحصول على التزام من الغير و ليس بضمان تنفيذه¹.

انعكاسا لذلك يعتبر معيار محل الإلتزام هو الفيصل في التفرقة بين الضمان المستقل و التعهد عن الغير، و يبدو ذلك جليا من خلال:

- ب-1- أن المتعهد بمقتضى التعهد عن الغير يلتزم بالحصول على التزام من الغير أي قبوله بالتعاقد.
- ب-2- أن المتعهد لا يضمن تنفيذ الغير لالتزاماته التعاقدية في حال قبوله للتعهد.
- ب-3- قيام المسؤولية التعاقدية للمتعهد إذا رفض الغير التعهد و له الحرية في ذلك، حيث تتجسد في التزامه بتعويض المتعاقد معه أي المتعهد له عن الضرر الحاصل، مع الإشارة إلى أنه بإمكان المتعهد التخلص من دفع التعويض من خلال قيامه شخصيا بتنفيذ ما التزم به².

أمّا بالنسبة للضمان المستقل، فمحل التزام الضامن يكمن في دفع ذلك المبلغ المحدد أو المقابل للتحديد بموجب العقد بناء على تعليمات من عميله الأمر لفائدة المستفيد بمجرد طلبه ذلك أو باتباع الشكليات المتفق عليها، و بناء عليه:

- 1- يلتزم الضامن بالوفاء بمبلغ من المال و ليس بالقيام بعمل متمثل في أخذ موافقة أو قبول الغير بإبرام عقد كما هو الحال في التعهد عن الغير.

¹ - LOGOZ François, Op.Cit, p 69-70.

² - المادة 144/ ف1 من القانون المدني.

2- قيام الضامن بالوفاء يعتمد على تقديم طلب بذلك من المستفيد باعتباره صاحب الحق و من له مصلحة في ذلك، و هو ما لا يتوفر في التعهد عن الغير.

3- في حال عدم قيام الضامن بالتزامه يتولى دفع مبلغ جزافي لمصلحة المستفيد بدون أن يتناسب بالضرورة مع الضرر المحتمل وقوعه بالنسبة لهذا الأخير، و ذلك على عكس المتعهد الذي يلتزم بدفع تعويض متناسب مع الخسارة الحاصلة أي مع الضرر الواقع، و هو ما يؤكد بلا شك عدم الترابط بين كلتا التقنيتين¹.

ثانيا: تمييز الضمان البنكي الدولي عن الإنابة الناقصة

الإنابة الناقصة نظام قانوني تقليدي يرجع أصله إلى القانون الروماني، و قد تعددت التعاريف الفقهية التي قدمت بصدها منها أن الإنابة الناقصة تكون عندما يقوم المنيب بدعوة المناب ليلتزم مباشرة نحو المناب لديه دون أن تكون العلاقات السابقة بين الأطراف سببا في هذه العملية، و بذلك يكون للمناب لديه مدينين بدلا من مدين واحد²، و قد تم النص على هذا النظام القانوني ضمن الأحكام العامة للإلتزام و تحديدا في الجزء المخصص لانقضاء الإلتزام³.

إنه و عند استخدام الإنابة الناقصة كوسيلة تأمين فهي تبدو كما يسميها الأستاذ SIMLER Philippe كالتوأم غير المتماثل "fausse jumelle" للضمان المستقل، لذلك يتم التمييز بينهما.

أ- أوجه التشابه بين الضمان المستقل و الإنابة الناقصة: يتشارك الضمان المستقل و الإنابة الناقصة فيما يلي:

¹ - LOGOZ François, Op.Cit, p 70-71.

² - لشهب نادية ليلي، انقضاء الإلتزام بالإنابة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016-2017، ص 42-43.

³ - حيث تنص المادة 294/ ف1 من القانون المدني على ما يلي: «تم الإنابة إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين».

1- من حيث أداء دور التأمين الشخصي: تؤدي الإنابة الناقصة دور التأمين الشخصي فتكيف كأداة ضمان من خلال وجود ذمتين ماليتين ضمانا للوفاء لمصلحة الدائن، فهذا الأخير له مدينين بدلا عن مدين واحد¹، و هو ما يعكس بشكل جيد مفهوم التأمين الشخصي القائم على انضمام ذمة الغير إلى ذمة المدين للوفاء بالالتزام أي لضمان حق الدائن المستفيد ضد مخاطر إفلاس أو إعسار ذلك المدين.

هذا وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على عدم أهمية مسألة ما إذا كان أم لا المناب مدينا تجاه المدين المنيب²، و هو أيضا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 294 الفقرة الثانية من القانون المدني³. و هو أيضا الدور الذي يضطلع به الضمان المستقل باعتباره من التأمينات الشخصية المستحدثة لتعزيز الأمان و الضمان لفائدة الدائن، فهو التأمين الشخصي غير التبعية الملائم لضمان عمليات التجارة الدولية أين يؤدي البنك دور الضامن، الأمر الذي يبحث عنه الدائن دائما لكونه يوفر له حماية أكبر⁴.

2- من حيث الأطراف المتدخلة: تتمثل أطراف الإنابة في كل من المدين و يسمى المنيب Délégrant، أي الطرف الذي ينيب شخصا أجنبيا ليفي الدين إلى الدائن، و المناب Délégué أي الشخص الذي ينيبه المدين، و المناب لديه Délégataire الذي يوفي إليه المناب، و الغالب هنا في هذه العلاقات أن يكون المنيب مدينا للمناب لديه، كما قد يكون دائما للمناب⁵، فيرتضي هنا الأخير الإنابة المطلوبة منه ليقضي من خلالها على هذا الدين، و يترتب على كون الإنابة ناقصة أن المناب لديه الدائن لا يبرئ ذمة مدينه المنيب، و إنما يقبل بالمناب مدينا جديدا فعوضا عن مدين يكون له اثنتين⁶، كلاهما ملتزمين برابطتين

¹ - لشهب نادية ليلي، المرجع السابق، ص 84.

² - Elle a considéré : « qu'il importait peu que le délégué ait été ou non, débiteur à l'égard du délégant après avoir retenu...., que le délégué s'était engagé en toute connaissance de cause à l'égard du délégataire. » (Voir Cass.Com, 21 Juin 1994, N° 91-19281, Publié au bull IV).

³ - إذ تنص على أنه: « لا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين و الغير. »

⁴ - PIEDELIEVRE Stéphane, Droit des sûretés, Editions ellipses, Paris, 2008, p 13.

⁵ - الشريف أحمد، عقد التوريد: دراسة في القانون المقارن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص 322.

⁶ - بن ددوش نضرة، انقضاء الإلتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، 2010-2011، ص 10-11.

مختلفتين أمام الدائن في كل أو جزء من الدين، و لهذا الأخير مطالبة أي منهما بالوفاء دون التقيد بترتيب معين.

و على ذلك يعتبر بعض الفقه على غرار الأستاذ AYNES Laurent بأن الإنابة الناقصة هي أساس الضمان المستقل كنوع من الربط بينهما، و تبرز فكرة هذا الرأي من خلال أن البنك الضامن عندما يصدر الضمان يكون نائبا عن عميله الأمر، فهذا الأخير عند مطالبته من قبل المستفيد بتقديم تأمين نقدي لضمان جدية و حسن تنفيذ الإلتزامات، و بدلا من ذلك يتفق مع المستفيد على إنابة مدين آخر و هو البنك ليلتزم إلى جانبه بالوفاء بالإلتزام، و يقبل المستفيد يتم عقد الإنابة و ينشأ التزام البنك الضامن تجاه الدائن.

و نتيجة لذلك تنشأ علاقات متعددة بين كل من العميل الأمر، البنك الضامن و المستفيد، ليكون العميل هو المنيب، المستفيد هو المناب لديه، البنك هو المناب، حيث تنشأ علاقة بين العميل و المستفيد و يبقى بموجبها العميل مدينا إلى حين أن يوفي دينه أو يقوم المناب بالوفاء لتبراً ذمته نحو المستفيد، و علاقة بين البنك و العميل أي بين المنيب و المناب، و علاقة بين البنك و المستفيد حيث يكون البنك هو المناب أي المدين الجديد الذي يستطيع المستفيد الرجوع عليه بالوفاء¹.

3- من حيث الإستقلالية: بموجب عقد الإنابة يلتزم المناب بدفع دين الغير التزاما أصليا لا تابعا، و لا يستطيع عندئذ الإحتجاج بالدفع التي يحتج بها المنيب على المناب لديه²، فمتى التزم المناب أمام الدائن بوفاء الدين، كان التزامه أصليا و مباشرا و مستقلا عن التزام المدين الأصلي و هذه هي الإنابة الناقصة³.

¹ - أمقران راضية، المرجع السابق، ص 72-73.

² - السنهوري عبد الرزاق أجمد، الوسيط في شرح القانون المدني: التأمينات الشخصية و العينية، الجزء 10، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص 21.

³ - الشامسي جاسم علي سالم، «كفالة الرخصة التجارية و خطاب الضمان المصرفي و تطبيقاته و مدى توافقه مع الحدود الشرعية»، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 16، دبي، الإمارات العربية المتحدة، من 9 إلى 14 أفريل 2005، ص 32.

و باعتبارها أداة ضمان فإن كلاً من المنيب و المناب ملتزم تجاه المناب لديه بالتزامين مستقلين عن بعضهما البعض، و عن هذه الإستقلالية يتولد مبدأ عدم إمكانية الإحتجاج بالدفع، و يرجع السبب في ذلك إلى عاملين: الأول يتعلق بكون التزام المناب جديد و أصلي فيكون حق دائنية المناب لديه ناشئ عن التعهد الصادر من المناب نحوه¹، و الثاني يكمن في أن المناب لديه شخص أجنبي عن العلاقة بين المنيب و المناب، فلا يوجد ما يستدعي تأثره بها².

و نتيجة لذلك يمنع على المناب الإحتجاج ضد المناب لديه ببطلان التزامه تجاه المنيب لعدم مشروعية المحل أو السبب، أو بقبليته للإبطال أو بانقضائه لأي سبب من أسباب الإنقضاء، و هو ما نصت عليه المادة 296 من القانون المدني³، و الملاحظ هنا أن المشرع كرس استقلالية عقد الإنابة بصورة ضمنية من خلال عدم تأثر التزام المناب تجاه المناب لديه بما قد يشوب علاقته بالمنيب، و في هذا المبدأ ضمان لاستقرار المعاملات، و بموازاة ذلك لم يجعل مبدأ عدم الإحتجاج بالدفع من النظام العام، حيث أقر بإمكانية اتفاق الأطراف على خلافه، و بالتالي فهو حق مقرر لمصلحة المناب لديه يجوز له التنازل عنه.

أمّا فيما يخص إثارة المناب تجاه المناب لديه للدفع المرتبطة بالعلاقة بين هذا الأخير و المنيب، يجب التمييز بين صنفين من الإنابة الناقصة، فإذا كانت الإنابة الناقصة غير مؤكدة Délégation incertaine يستلزم على المناب الوفاء بما كان يجب على المدين الأصلي المنيب الوفاء به، ليستطيع الإفادة من الدفع المستخلصة من العلاقة الأصلية بين الدائن و المدين، لكن إذا تعلق الأمر بإنابة مؤكدة

¹ - الشنطي ريم عدنان عبد الرحمن، الإنابة في الوفاء: دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري و القانون المدني الأردني و مشروع القانون المدني الفلسطيني، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية بنابلس، فلسطين، 2007، ص 112-113.

² - ROLLAND Louise, «Les tiers: ces acteurs de la dynamique juridique dans le code civil du Québec», Revue juridique Thémis, N° 40, éditions Thémis, Québec, 2006, p 32.

³ - حيث: «يكون التزام المناب تجاه المناب لديه صحيحاً و لو كان التزامه تجاه المنيب باطلاً أو كان خاضعاً لدفع من الدفع، ما لم يرجع المناب على المنيب، و ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك».

Délégation certaine، فإن المناب يكون ضامنا يلتزم بالوفاء بدون الرجوع إلى دين المدين المنيب، و في هذه الحالة بالذات يكون المناب مقيدا باحترام مبدأ عدم الإحتجاج بالدفع¹، مع الإشارة إلى عدم انطباق هذا المبدأ بالنسبة للمناب لديه سيء النية، أي إذا كان يعلم بالعيوب التي تلحق التزام المناب في مواجهته و خاصة إذا ما ثبت وجود تواطؤ على الغش من قبله².

و تعتبر خاصية الإستقلالية من أهم النقاط الرابطة بين الإنابة الناقصة و الضمان المستقل أين يكون التزام الضامن فيها أصليا و مستقلا، فاستحقاق التزامه لا يعتمد على استحقاق التزام الأمر، فهو منفصل عنه تماما و يتحدد مباشرة في علاقاته مع الدائن المستفيد³، و هذا الإستقلال يؤدي إلى نفس النتيجة كما في الإنابة الناقصة يكون الضامن ممنوعا من الدفع في مواجهة الدائن المستفيد بأي من الدفع التي كان من الممكن أن يدفع بها المدين الأمر في مواجهة المستفيد⁴.

و على الرغم من ذلك، و من التقارب الكبير بين الضمان المستقل و الإنابة الناقصة إلا أنه يجب الإقرار بالإختلاف الموجود بينهما من حيث جوهرهما.

ب- أوجه الإختلاف بين الضمان المستقل و الإنابة الناقصة: ينبغي عدم الخلط بين كلتا التقنيتين وذلك للأسباب التالية:

1- في الإنابة الناقصة يكون للمستفيد مدينان و هما المنيب و المناب، كلاهما ملتزم تجاهه بصفة أصلية و مباشرة، في حين أن المستفيد بموجب الضمان المستقل لديه مدين واحد فقط ألا و هو الضامن الذي يلتزم بدفع مبلغ الضمان طبقا لما تم الإتفاق عليه في العقد.

¹ - BORGA Nicolas, Op.Cit, p 97.

- و مع ذلك هناك من الفقه من يرى بوجوب استفادة المناب من وسائل الدفاع التي يكون للمنيب استخدامها تجاه المناب لديه و مثاله التمسك

بعدم وجود دين المنيب عند إبرام عقد الإنابة. (Voir HANNANI Mahomed, Op.Cit, p 662-663)

² - لشهب نادية ليلي، المرجع السابق، ص 86.

³ - سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص 128.

⁴ - جادر غني ريسان، المرجع السابق، ص 120.

2- تطبيق مبدأ عدم الإحتجاج بالدفع يكون في الإنابة الناقصة بأقل صرامة عن تطبيقه في مجال الضمانات المستقلة، فالأمر لا يمكنه الإعتراض على تنفيذ الضامن للإلتزام، أما في الإنابة الناقصة فيمكن للمناب ذلك في حال وجود الإتفاق على ذلك باعتباره مبدأ ليس من النظام العام مثلما كرسته العبارة الأخيرة من المادة 296 من القانون المدني: «...و ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك».

و هو أيضا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية بغرفتها التجارية في قرارها الصادر في 25 فيفري 1992¹، و غرفتها المدنية الأولى بتاريخ 17 مارس 1992².

3- في الإنابة الناقصة يستطيع المناب الإمتناع عن الوفاء في حال وجود غش أو تعسف من المناب لديه، و الملاحظ هنا مجرد إدعاء المناب بذلك يعد كافيا حيث لا يشترط أن يكون غشا أو تعسفا ظاهرا، و يكون له إثبات ذلك بكل الطرق، على العكس بالنسبة للضامن المستقل أين تتم عرقلة عملية الوفاء من قبل الضامن بشرط توفر الغش أو التعسف الظاهر من الدائن³.

و تجدر الإشارة إلى أن الإنابة بصفة عامة و طبقا للنظرية العامة للإلتزامات و العقود تعد من الأسباب المؤدية لانقضاء الإلتزام بما يعادل الوفاء و هذا جوهر وظيفتها، في حين يبقى الضامن المستقل آلية من آليات الضمان على مستوى المعاملات التجارية الدولية.

ثالثا: تمييز الضمان البنكي الدولي عن تأمين القرض

في مجال التجارة الدولية حيث تكتسي عملية التصدير أخطارا ذات طابع خاص باعتبار أن الأسواق تكون في حالة منافسة شديدة، و غالبا ما تكون غير معروفة من طرف المصدرين خاصة

¹ - « qu'en cas de délégation de paiement imparfaite, le délégué ne peut, sauf clause contraire, opposer au délégataire les exceptions dont le délégant pouvait se prévaloir à l'égard de celui-ci. » (Voir Cass.Com, 25 Février 1992, N° 90-12863, Non publié au bull).

² - « Sauf convention contraire, le délégué est seulement obligé au paiement de la dette du délégant envers le délégataire, et se trouve déchargé de son obligation lorsque la créance de ce dernier est atteinte par la description. » (Voir Cass.Civ.1, 17 Mars 1992, N° 90-15707, Publié au bull 1992) .

³ - BORGA Nicolas, Op.Cit, p 99.

الجزائريين إضافة إلى الأخطار المتعلقة بالمشتري الأجنبي تحديدا تلك المرتبطة بالظروف و الحالة السياسية في بلده و كذا حالة القوة القاهرة أو الكوارث الطبيعية، تم إيجاد تقنية كفيلة بتغطية هذه الصعوبات تسمى بتأمين القرض¹ L'assurance crédit، و الذي يعتبر تأمين القرض عند التصدير من بين أنواعه².

لقد تعددت التعاريف المقدمة لتحديد المقصود بتأمين القرض منها أنه ذلك العقد الذي بواسطته يتحصل الدائن من المؤمن في مقابل دفعه لأقساط، على ضمان أخطار القرض، و تبعا لكل حالة، ضد خطر إعسار مدينه أو مدينه، أو بكل بساطة ضد عدم الدفع عند الإستحقاق³. و لكون آلية تأمين القرض وجدت لتغطية خطر عدم السداد، فهي تعتبر شكلا من أشكال الضمان، لذلك يتم تمييزها عن الضمان المستقل.

أ- **أوجه التشابه بين الضمان البنكي الدولي و تأمين القرض:** يشترك الضمان المستقل و تأمين القرض في المسائل التالية:

- 1- كلاهما ذو طبيعة تعاقدية: يعتبر تأمين القرض عقدا من عقود التأمين.
- 2- وقد أشارت إلى تحديد هذه الطبيعة المادة الأولى من الأمر رقم 96-06 المتعلق بتأمين القرض عند التصدير حيث تنص على ما يلي: « يضمن تأمين القرض عند التصدير وفق الشروط المنصوص عليها في هذا الأمر و في عقد التأمين، تحصيل المستحقات المرتبطة بعمليات التصدير، من الأخطار التجارية، و الأخطار السياسية، و أخطار عدم التحويل، و أخطار

¹ فضيل نورة، النظام القانوني للتأمين على القرض في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص 77.

² حيث يعتبر الأمر رقم 96-06 المؤرخ في 10 جانفي 1996، يتعلق بتأمين القرض عند التصدير، جريدة رسمية عدد 3، الصادرة في 14 جانفي 1996، أول نص قانوني ينظم هذا النوع من العقود، ثم تلاه المرسوم التنفيذي رقم 96-235 المؤرخ في 2 يوليو 1996، يحدد شروط تسيير الأخطار المغطاة بتأمين القرض عند التصدير و كفاءاته، جريدة رسمية عدد 41 الصادرة في 3 يوليو 1996، و الذي بمقتضى نص المادة 2 منه قد كلفت الشركة الجزائرية لتأمين و ضمان الصادرات بتسيير تأمين القرض عند التصدير.

³ - شلغوم رحيمة، المرجع السابق، ص 122-123.

الكوارث»¹، بالتالي فالمشرع كيف تأمين القرض عند التصدير ضمن عقود التأمين لكونه يشتمل على كافة عناصر التأمين المحددة قانونا، إضافة إلى استهدافه تغطية جملة من المخاطر أهمها الخطر التجاري أي عدم القدرة المالية المؤقتة أو النهائية للمشتري عن دفع المبادلات التي التزم بتسديدها في الآجال المتفق عليها².

كما يعتبر الضمان المستقل ذو طبيعة تعاقدية يستهدف من خلالها الضامن دفع مبلغ معين لفائدة المستفيد طبقا لما هو محدد في العقد ذاته.

2- كلاهما يعتبر من الضمانات الشخصية: فتأمين القرض يعد من الضمانات الشخصية المنتشرة في المجال العملي، و قد ظهرت هذه التقنية بداية في مجال التجارة الخارجية لتتطور تدريجيا في مجال التجارة الداخلية لما لها من أهمية في تطوير الإقتصاد بصفة عامة³، و بالنسبة للتشريع الجزائري يعتبر من الضمانات المستحدثة بموجب الأمر رقم 96-06.

أما بالنسبة للضمان المستقل فهو من الضمانات الشخصية الحديثة أو هو أداة ائتمان مصرفي يقدمه عميل البنك مصدر الضمان إلى المستفيد كبديل عن تقديم ائتمان نقدي⁴.

3- من حيث أطراف العقد: يتشكل عقد تأمين القرض عند التصدير من المؤمن أي شركة التأمين و يقصد بها شركات التأمين و إعادة التأمين التي تمارس اكتتابا و تنفيذ عقود التأمين كما هو محدد قانونا، و المؤمن له و هو من يتعاقد مع شركة بغية تأمين نفسه من مخاطر معينة، و يجمع عادة بين صفات ثلاث فهو الطرف المتعاقد مع المؤمن و الذي يتحمل الإلتزامات الناشئة عن العقد إلى جانب الإلتزامات المؤمن و يسمى بطالب التأمين، و هو الشخص المهدد بالخطر المؤمن ضده ليسمى

¹ - كما تحدد المادة 2 من الأمر رقم 96-06 بأن الشروط العامة في العقد النموذجي لتأمين القرض عند التصدير تخضع لموافقة وزير المالية.

² - عشاري أسماء، النظام القانوني للشركة الجزائرية لتأمين و ضمان الصادرات و آثارها على التجارة الخارجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر 1، 2014-2015، ص 53، 51.

³ - أمقران راضية، المرجع السابق، ص 46.

⁴ - عطاي هاني، المرجع السابق، ص 64.

بالمؤمن له، و هو من يتقاضى مبلغ التأمين المستحق عند وقوع الخطر من شركة التأمين فيكون عندئذ هو المستفيد¹، و هو ما يقابله في الضمان المستقل كلا من الضامن أي الطرف الملزم بدفع مبلغ الضمان، و المستفيد الذي يصدر الضمان لمصلحته.

4- من حيث الإستقلالية: إن المؤمن في عقد تأمين القرض كالضامن في الضمان المستقل يكون التزامه مستقلا عن التزام المدين الأصلي².

لكن و رغم ذلك يبقى كلاهما مختلف عن الآخر.

ب- أوجه الإختلاف بين الضمان البنكي الدولي و تأمين القرض: تتلخص أهم الفوارق بينهما فيما يلي:

1- من حيث محل الإلتزام: يكمن محل التزام المؤمن في تأمين القرض في تعويض المؤمن له عن الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ الإلتزام، أي عدم الوفاء بالدين في الأجل المحدد، و ذلك في مقابل حصوله على القسط المحدد في العقد³، أمّا في الضمان المستقل فمحل التزام الضامن يكمن في الوفاء بمبلغ الضمان بمجرد صدور طلب بذلك من المستفيد، بغض النظر عن تنفيذ أو عدم تنفيذ الأمر لالتزامه بموجب العقد الأصلي.

2- من حيث طبيعة العقد: عقد تأمين القرض من العقود الملزمة لجانبين حيث يتحمل طرفيها التزامات متبادلة أهمها التزام المؤمن له بدفع الأقساط، و التزام المؤمن بالتعويض في حال تحقق الخطر المؤمن ضده⁴، في حين يكيف الضمان المستقل من العقود الملزمة لجانب واحد ألا و هو الضامن، دون أن يلتزم المستفيد بأي شيء في مقابل ذلك، فالضامن مقرر حماية لحقوقه.

¹ - لعوج أرزقي، عقد تأمين القرض عند التصدير وفق القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر، 2007-2008، ص 21، 29.

² - أمقران راضية، المرجع السابق، ص 46.

³ - LEBLOND Nicolas, «Réflexions sur la nature juridique des assurances du crédit : assurance-emprunteurs et assurance-crédit», Gazette du palais, édition spécial, Lextenso éditions, Juillet 2010, p 11.

⁴ - LEBLOND Nicolas, Op.Cit, p 13.

3- من حيث الإحتجاج بالدفع: في عقد تأمين القرض يستطيع المؤمن التمسك بالدفع الناشئة عن علاقته التعاقدية مع المؤمن له كزيادة الخطر بفعله مثلا، و ذلك لرفض دفع التعويض، و هو ما لا ينطبق بالنسبة للضمان المستقل حيث لا يمكن للضامن التمسك بالدفع المرتبطة بالعقد الأصلي¹. يستخلص مما سبق أن الضمان المستقل لا يجد أساسه في الكفالة، أو التعهد عن الغير أو الإنابة الناقصة أو حتى تأمين القرض، بالنظر إلى الإختلاف الجوهرى فيما بينها و إن وجدت بعض مناطق الإلتقاء و التشابه، و بالتالى لا يمكن تكييف الضمان المستقل بأي من هذه التقنيات، و هو ما يؤكد أيضا على خصوصيته كآلية مستحدثة في مجال المعاملات التجارية الدولية.

المطلب الثاني: التكييف القانوني للضمانات البنكية الدولية

في ظل فشل المقاربات التي تمت بين الضمان البنكي الدولي و بعض الأنظمة القانونية كمحاولة لتحديد طبيعته القانونية بالرجوع في أغلب الحالات إلى النظريات التقليدية المعروفة في القانون المدني، و التي أثبتت عجزها عن تقديم تفسير محدد لطبيعة التزام الضامن في هذا الضمان، واصل الفقه اجتهاداته و دراساته في سبيل ذلك اعتمادا على أسس خاصة بالضمان في ذاته باعتباره وسيلة من ابتكار الممارسة البنكية، فكان البحث في تكييفه انطلاقا من كونه تصرفا مجردا أو سببيا (الفرع الأول)، وصولا إلى نتيجة فحواها أن استقلالية التزام الضامن و ما يترتب عنها من عدم إمكانية الإحتجاج بالدفع يعبر عن طبيعته الخاصة (الفرع الثاني).

¹ - أمقران راضية، المرجع السابق، ص 47.

الفرع الأول: التكييف القانوني للضمان البنكي الدولي على أساس كونه تصرفا مجردا أو سببيا

لقد اختلف الفقه في تكييف الضمان المستقل استنادا إلى سببه، و انقسم على إثر ذلك إلى اتجاهين، كل بحسب مبرراته، فالأول تنزعه المدرسة البلجيكية و الألمانية التي تعتبر الضمان المستقل تصرفا قانونيا مجردا من السبب (أولا)، أمّا الثاني فتتبناه المدرسة الفرنسية و السويسرية التي تكيفه بالتصرف القانوني السببي (ثانيا).

أولا: الضمان البنكي الدولي تصرف قانوني مجرد¹ Un acte abstrait

يوجد في الفقه من يتبنى فكرة الإلتزام المجرد للضمان في الضمان المستقل، من بينه الفقه البلجيكي و جانب من الفقه الألماني².

ففي بلجيكا يعتبر الفقه بأن الضمان المستقل تصرف مجرد، و لكنهم انقسموا فيما بينهم حول تفسير فكرة التجريد.

و قد انعكس ذلك من خلال خلط الغالبية بين التصرف المجرد و التصرف منعدم السبب " Sans cause"، مما دفع إلى طرح مسألة الخيار بين التصرف المجرد و التصرف السببي الذي أدى بهم إلى الوصول إلى تبيان أن التصرف السببي هو تحديدا التصرف الذي له سبب³.

¹ - تعود الجذور التاريخية لفكرة التجريد إلى القانون الروماني القديم، فالأصل هو تجريد الإلتزام من السبب و تطهيره من الدفع، فالسبب يكمن في الشكل المرسوم للتصرف الذي بذاته يعد مفرا للإلتزام دون البحث في أي شروط لقيامه و في ذلك استقرارا للمعاملات (انظر نصار سعد و نصار نجلاء، الضمانات البنكية في التجارة الدولية في كتابين: خطاب الضمان البنكي و خطاب الإعتقاد المستندي بالضمان في التجارة الدولية-دراسة مقارنة، دار ممفيس للطباعة، مصر، 1997، ص 21-22).

² - من بينهم الأستاذ VON WESTPHALEN Friedrich Graf، الذي يعتبر بأن الضمان المستقل ذو طبيعة مجردة، وبذلك فالضامن لا يمكن أن يثير اعتراضات متعلقة بالعقد الأصلي، مع الإشارة إلى أن جانب آخر من الفقه الألماني من بينهم الأستاذ MULBERT Peter O، يؤكد على الطابع السببي للضمان المستقل، فوظيفته التأمينية تعتبر إحدى النقاط الأساسية التي يتميز بها

(Voir LOGOZ François, Op.Cit, p 60)

³ - BORGA Nicolas, Op.Cit, p 21.

عموما بالنسبة للفقهاء المتبنين للتجريد يشكل الضمان المستقل تصرفا مجردا منفصلا عن العلاقة القانونية للتغطية و عن العقد الأصلي¹، و يعرفه الأستاذان RIPERT Georges و BOULANGER Jean بأنه التصرف الذي يكفي بذاته، دون أن يكون ضروريا البحث عن السبب، و بالتالي فلا يمكن إلغاؤه بإثبات انعدام سببه².

أ- الضمان البنكي الدولي تصرف مجرد ذو طبيعة خاصة: لم يعترف القضاء البلجيكي في السابق بمثل هذا التكييف، و قد عبرت عن ذلك المحكمة التجارية لبروكسل في حكم لها بتاريخ 7 أوت 1979، حيث رفضت الإعراف بالضمان المستقل أو التلقائي "Automatique" بحجة أن القانون وحده من يقر بصلاحيته التصرفات المجردة، غير أن الفقه رفض الأخذ بالتفسير الصارم و المقيد للحكم الصادر، متمسكين بما تسمى بنظرية التصرف المجرد، و مؤداها أن الضمان المستقل ذو طبيعة تجريدية، صلاحيته تتركز على مبدأ سلطان الإرادة L'autonomie de la volonté³، و هو ما يسمح للأطراف بالإكتتاب لآلية تفرضها الإحتياجات العملية، إضافة إلى أن موضوع السبب بذاته لا يمس بالنظام العام، لذلك فإن مبدأ سلطان الإرادة يصرح لإنشاء التزامات مجردة جديدة غير معروفة في القانون الوضعي، بالتالي فالأمر هنا يتعلق بتصرف مجرد ذو طبيعة خاصة يعتمد على مبدأ الحرية التعاقدية⁴.

ب- الطبيعة التجريدية للضمان البنكي الدولي يبررها مبدأ عدم الإحتجاج بالدفع: إنَّ الطابع المجرد للالتزام البنك يبرر بشكل عام من خلال اعتبار بأن التأمين الذي يوفره الضمان المستقل لا يمكن أن يتأتى في مجال المعاملات الدولية إلا إذا كان التزام البنك غير مشروط أي منفصل عن تقلبات العقد الأصلي.

¹ - من المدافعين عن هذه الفكرة الأستاذ VAN OMMESLAGHE Pierre.

² - BORGA Nicolas, Op.Cit, p 18.

³ - لقد قدمت العديد من التعريفات لتحديد المقصود بهذا المبدأ، و قد اتفقت في مجملها على أن سلطان الإرادة يعتمد على أن الإرادة وحدها كافية لإنشاء التصرف و اشتراط ما تشاء من شروط و تحديد الإلتزامات المترتبة و تعديل الآثار الناتجة، و حتى إنهاء ذلك التصرف، كل في حدود النظام العام و الآداب (انظر دبابش عبد الرؤوف و دغيش حملاوي، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة و القانون، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 44، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جوان 2016، ص 259).

⁴ - POULLET Yves, Etude de droit comparé : La garantie automatique dans le commerce international, Vol. 2, Thèse présentée pour l'obtention du doctorat en droit, Faculté de droit, Université Cath Louvain, Belgique, 1980-1981, p 93- 95.

و بعبارة أخرى فالطبيعة التجريدية لالتزام البنك تفسر استقلالية الضمان بالنسبة للعقود الأصلية، و ينتج عنها عدم احتجاج الضامن ضد المستفيد بالدفع المستخلصة من العلاقات بين هذا الأخير و الأمر سواء تعلق منها بوجود، صلاحية، تنفيذ أو زوال هذه العلاقات، و تلك الناتجة عن علاقاته أي الضامن بالأمر.

إن تكريس هذه الطبيعة يعد ضروريا لأداء الضمان لوظيفته التلقائية بشكل مستقل و مختلف تماما عن بقية العلاقات الأخرى¹، لذلك يعتبر الأستاذ RIEGE Alfred بأن التصرف المجرد ليس منعما من السبب، و إنما فقط منفصل عنه، بذلك فهذا التصرف هو في البداية تصرف سببي، و الأمر يتعلق بعدم إثارة المدين قبل الوفاء لمسألة انعدام السبب، فدور التصرف المجرد يكمن في تأمين و ضمان سرعة المعاملات من خلال التوضيح مؤقتا بمتطلبات حماية المدين.

و تجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض البلجيكية لا تكيف الضمان المستقل على أنه تصرف مجرد²، أي أنها اتخذت موقفا مخالفا لما استقر عليه الفقه.

بناء لما سبق تعتبر هذه النظرية تجريد الإلتزام من السبب سمة أساسية في الضمان البنكي المستقل، و تجعل منه نظاما خاصا متميزا، بحيث يكون أكثر ملاءمة لأداء وظيفته في التجارة الدولية و تطهره من الدفع خاصة تلك المتعلقة بالبحث وراء السبب، و بذلك فهي تساعد على استقراره و الإطمئنان له و تزيد من فعاليته³.

و في تعليقه على نظرية تكيف الضمان المستقل بكونه تصرفا مجردا، يعتبر الأستاذ POULLET

Yves بأنها غير مجدية لعدة مبررات من أهمها:

1- أن الطبيعة التجريدية للضمان المستقل تختلط مع طابعه غير التبعي.

¹ - POULLET Yves, Op.Cit, p 96- 98.

² - BORGA Nicolas, Op.Cit, p 20, 22.

³ - نصار سعد و نصار نجلاء، المرجع السابق، ص 27.

2- أن الطبيعة التجريدية للضمان المستقل تقتصر على ترجمة مبدأ عدم الإحتجاج بالدفع.

3- أن هذه الطبيعة لا تفسر حدود تجريد التزام الضامن¹.

ثانيا: الضمان البنكي الدولي تصرف قانوني سببي *Un acte causé*

يؤكد غالبية الفقه من أهمه الفقه السويسري و الفرنسي على أن الضمان المستقل تصرف سببي يجد سببه في الوظيفة الإقتصادية للتأمين الذي يؤديه، رافضين الرأي القائل بتجريد هذا النوع من الضمانات.

و حسب الأستاذان RIPERT Georges و BOULANGER Jean يجب أن يفهم السبب على أنه الدافع الحاسم الذي يسند للإرادة وفقا لتقييم الخدمات المقدمة أثناء تنفيذ العقد².

ففي أغلب العقود الرابط الذي يجمع بين الإلتزام و السبب يعتبر في الوقت ذاته ثابتا و غير قابل للتحطيم أو الكسر و هو ما يعبر عن السبب القطعي أو الجازم³.

فبالنسبة للفقه السويسري من أمثاله الأستاذ DOHM Jurgen، يعتبر الضمان المستقل تصرفا سببيا، حيث أن التجريد الوحيد يكمن في الإثبات، بمعنى أنه يرجع إلى الضامن الإثبات عند الإقتضاء بأن الضمان غير منفذ، و أن الطلب كان تعسفيا.

و في فرنسا يأخذ غالبية الفقه بهذه النظرية على غرار الأستاذ STOUFFLET Jean الذي يرى بأن الضمان يجد سببه في العقد الأصلي، أي في العلاقة التجارية بين الأمر و المستفيد⁴.

و يعتبر الأستاذ SIMLER Phillipe بأن الأمر لا يتعلق بتصرف مجرد و إنما بتصرف سببي

¹ - POULLET Yves, Op.Cit, p 99.

² - «Le motif déterminant que l'on attribue à la volonté d'après l'analyse des prestations fournies en exécution du contrat.» (Voir POULIQUEN Christelle, «Le rôle de la volonté en matière de qualification des contrats», Revue Juridique de l'Ouest, N° 4, Institut de l'Ouest : Droit et Europe, Université de Rennes, France, 2000, p 421.

³ - IBID, p 420.

⁴ - LOGOZ François, Op.Cit, p 58-59.

خاضع للقواعد المشتركة، حتى و إن كان الطابع المستقل للضمان يقلص بشكل محسوس من دور السبب¹.

في الواقع لقد أثارت الضمانات المستقلة عند ظهورها في فرنسا، تساؤلات لدى الفقهاء حول صلاحيتها، و فيما إذا كانت تشكل التزامات بدون سبب و هو ما يعتبر خرقا للقانون الذي يشترط بأن يكون لكل عقد سبب، و ذلك باعتبار أن الضامن يمكن أن يكون ملزما بالدفع حتى و لو لم يكن الأمر مدينا بشيء، لتتم الإجابة عن ذلك من خلال التأكيد على أن التزام الضامن لا يكون من دون سبب، و لكن هذا الأخير يكمن في العقد التجاري الأصلي المبرم بين المستفيد من الضمان و الأمر، فببساطة التزام الضامن يعتبر بصفة مؤقتة منفصلا عن سببه لتعزيز الصرامة في تنفيذه، ليرز من جديد في حال ممارسة الرجوع ضد المستفيد².

أ- الطبيعة السببية لالتزام الضامن في الضمان البنكي الدولي: في إطار تطبيق نظرية السبب تم الإهتمام بالسبب الموضوعي Cause objective كشرط لصلاحية الإتفاقات طبقا للقانون، و باعتبار الضمان المستقل عقدا ملزما لجانب واحد يشمل دفع مبلغ من النقود، فإن تعيين السبب هنا يصبح أمرا صعبا، لذلك يجب أن يتم ذلك خارج العقد ذاته³.

إنه و رغم الإتفاق على المبدأ إلا أن تكريسه قسم الفقه إلى رأيين متعارضين:

أ-1- بالنسبة للرأي الأول⁴: يتمثل السبب في تلك الأسس و الدوافع الباعثة إلى التعاقد، فالسبب في التزام الضامن يمكن إيجاده في العلاقة التعاقدية بين الضامن و الأمر بغية الحصول على العمولات المستحقة له في ذمة الأخير.

لقد انتقد هذا المفهوم لسببين:

¹- BORGA Nicolas, Op.Cit, p 19.

²- ANCEL Pascal, Op.Cit, p 111.

³- BORGA Nicolas, Op.Cit, p 22.

⁴- من المدافعين عن هذا الرأي الأستاذ VAN OMMESLAGHE Pierre.

1- أنه لا يسمح مطلقاً بتمييز الضمان المستقل عن الكفالة.

2- أنه لا يتوافق مع أي مفهوم للسبب حسب القواعد العامة، فالمفاهيم الذاتية للسبب تتفق على حصر

السبب في دائرة الدوافع المتعلقة بالمجال التعاقدية، و لكن وفقاً لها وظيفة أي تأمين شخصي و منها

الضمان المستقل تحول دون إدخال أي دوافع مستخلصة من العلاقات بين الأمر و الضامن¹.

أ-2- الرأي الثاني: و هو الرأي الغالب²، بالنسبة إليه الوظيفة التأمينية للضمان المستقل تعني بأن

يتأسس استناداً إلى العقد الأصلي، فالضامن إذا التزم تجاه المستفيد فإن ذلك حتى يرتضي هذا الأخير

للأمر المنفعة المشتركة في إنشاء الضمان و مثالها إبرام صفقة، دفع تسبيق، قبول تعهد، إلى غير ذلك³.

إن التزام الضامن المتوافق مع متطلبات المستورد و بناء على طلب المصدر يجد سببه في تنفيذ

الشرط الموضوع عند توقيع العملية الإقتصادية المعنية بين الطرفين أي المصدر الأمر و المستورد

المستفيد، و هو ما يمثل السبب الموضوعي الخارجي، و كذلك في إرادة البنك في تقديم المساعدة لتجسيد

العملية التجارية الدولية و هو السبب الشخصي الداخلي⁴.

إن تكريس الطبيعة السببية للضمان المستقل يعتمد على ترابط مجموعة لإنشاء العملية التي تؤدي

إلى إصداره، لذلك لا يمكن فصل هذا الضمان عن العلاقات التعاقدية الأصلية ما بين الأطراف التي

يرتكز عليها باعتبار أن وظيفته هي المساعدة في تحقيق التوازن التعاقدية المنشأ عن طريق العملية

التجارية المضمونة⁵.

في النهاية لا يهم إن كان سبب التزام الضامن يكمن ضمن العلاقات بين الأمر و المستفيد، أو

حتى بين الضامن و الأمر، فنتيجة للطبيعة ذاتها للضمان المستقل لا يستطيع الضامن الإفلات من تنفيذ

¹- POULLET Yves, Op.Cit, p 112,114.

²- من فقهاء هذا الرأي الأستاذان GAVALDA Christian و STOUFFLET Jean.

³- BORGA Nicolas, Op.Cit, p 23.

⁴- POULLET Yves, Op.Cit, p 123-124.

⁵- IBID, p 127.

التزامه بحجة عيب مؤثر في العقد الأصلي، و بالتالي عيب في سبب التزامه شخصيا¹.

ب- النتائج المترتبة عن الطبيعة السببية للضمان البنكي الدولي: يترتب عن الإقرار بهذه الطبيعة أهم

النتائج التالية:

1- صلاحية الضمان المستقل: إن صلاحية الضمان المستقل تعتمد أساسا على طبيعته السببية،

فالالتزام بدون سبب أو بسبب خاطئ أو غير مشروع لا يكون له أي أثر، كما أنه إذا أدت دراسة و تقييم

الضمان إلى اعتباره بدون سبب أي منفصل عن سببه، فإن صلاحيته بذلك تكون مهددة لا محالة.

إن عقد الضمان يشير إلى العملية الإقتصادية التي يستهدف تأمين حسن تنفيذها، و لكن ذلك ليس

من شأنه عرقلة مسألة الإعراف بالضمان و الإقرار بصلاحيته².

2- تأكيد الطابع المستقل للضمان: لقد تم التساؤل حول إمكانية ربط الطابع السببي أو المجرى للالتزام

الضامن بتبعيته أو استقلاله عن العقد الأصلي، ليرز الفقه الفرنسي على غرار الأستاذ VASSEUR

Michel بأن التزام الضامن يمكن أن يكون سببيا و ليس مجردا و في الوقت ذاته مستقلا عن العقد

الأصلي و غير تابع له.

فإذا كان السبب القانوني للالتزام الضامن يكمن فقط في إبرام و توقيع العقد الأصلي و ليس في

تنفيذه، فإن الصلة بين الضمان و هذا العقد تظل مستمرة، غير أنه لا يوجد أي رابط أو صلة بين

الضمان و الإلتزامات الملقاة على عاتق الأمر المصدر بموجب العملية التجارية الأصلية³.

الفرع الثاني: التكييف القانوني للضمان البنكي الدولي على أساس عقد ذو طبيعة خاصة

يتميز التزام الضامن في الضمان المستقل بخصائص مميزة له تتجسد تحديدا في استقلاله عن أي

علاقة قانونية أخرى سواء بين الضامن و الأمر، أو بين الأمر و المستفيد، و عدم إمكانية إثارة أية دفع

¹- BORGA Nicolas, Op.Cit, p 26.

²- POULLET Yves, Op.Cit, p 130.

³- IBID, p 131.

أجنبية عن الضمان تجاه ذلك المستفيد، و هو ما دفع بالفقه إلى الإعتماد على ذلك كأساس لتكييف الضمان و تحديد طبيعته القانونية، و لكنه انقسم كلّ بحسب الزاوية التي تفسر من خلالها تلك الخصائص، فمنه من أولها على أنها تعبر عن التزام بإرادة منفردة من الضامن، في حين اعتبرها البعض الآخر مميزات لعلاقة تعاقدية بين البنك الضامن و المستفيد من الضمان (أولاً)، مع التأكيد على خصوصيته مقارنة بالأنظمة القانونية المشابهة له و المعروفة في القواعد العامة (ثانياً).

أولاً: الضمان البنكي ذو طبيعة تعاقدية

لم يجمع الفقه فيما يتعلق بمسألة تكييف الضمان البنكي الدولي و انقسم على إثر ذلك إلى رأيين متعارضين تماماً، حيث اعتمد الرأي الأول فكرة الإلتزام بإرادة منفردة كأساس للضمان المستقل، في حين اعتبر أنصار الرأي الثاني بأن الضمان المستقل يشكل علاقة تعاقدية و ليس مجرد التزام بإرادة منفردة. أ- التزام الضامن في الضمان المستقل بالتزام بإرادة منفردة: العمل القانوني الإفرادي هو ذلك الذي يصدر عن إرادة منفردة تنتج أثراً قانونياً بذاتها غير متوقف على تدخل إرادة أخرى، و هو بطبيعته يتضمن تقديم مصلحة فردية.

لقد اعتمد الفقه الألماني الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام، و أيده بعض الفقه الفرنسي في اعتبارها استثناء يقرره القانون¹.

أ-1- مضمون نظرية الإلتزام بإرادة منفردة كأساس للضمان المستقل: تطبيقاً لهذه النظرية في مجال الضمان المستقل، يتجه بعض الفقه العربي و مثاله الأستاذة القليوبي سميحة إلى تأسيس التزام البنك في الضمان على إرادته المنفردة المعلن عنها عند إصداره لصالح المستفيد، و يمر الضمان في ذلك بمرحلتين مستقلتين عن بعضهما من حيث الطبيعة القانونية و الآثار المترتبة عنهما.

¹ - العبدلاوي إدريس العلوي، شرح القانون المدني: النظرية العامة للإلتزام-الإرادة المنفردة- الإثراء بلا سبب-المسؤولية التقصيرية-القانون، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، 2000، ص 13، 16.

فالمرحلة الأولى هي الإتفاق على إصدار الضمان: و تتم بعقد مبرم بين الأمر و البنك، بموجبه تتحدد التزامات كل طرف و منها إصدار الضمان وفقا لشروط معينة و خلال مدة معينة أو قابلة للتعيين يتم الإتفاق عليها.

ثم مرحلة إصدار الضمان حيث تتم بتصرف انفرادي من البنك يلتزم بمقتضاه تجاه المستفيد دون تدخل لإرادة هذا الأخير في إنشائه أي دون الحاجة إلى قبوله فله فقط أن يقبل بالضمان دون اعتراض أو يرفضه، و بناء على ذلك ينشأ التزام البنك مستقلا استقلالا نهائيا و قطعيا عن العلاقات الناشئة بين العميل و المستفيد أو بين العميل و البنك¹.

وفقا لأنصار نظرية الإلتزام بإرادة منفردة كأساس للضمان المستقل تترتب أهم النتائج التالية:

- 1- لا يشترط لإنشاء الضمان صدور قبول صريح من المستفيد، بل يكفي فقط أن يكون عالما به.
- 2- بإصدار الضمان ووصوله إلى علم المستفيد يصبح التزام البنك باتا و نهائيا، و ذلك حتى يكون الضمان صالحا لتأدية وظيفته باعتباره بديلا عن التأمين النقدي الذي يجب على العميل دفعه للمستفيد، مما يترتب عنه عدم جواز العدول عن هذا الإلتزام أو تعديل شروطه إلا بموافقة المستفيد².
- 3- التزام البنك في الضمان يكون بصفته أصيلا و ليس نائبا عن العميل، لذلك لا أثر للدفع التي يملك العميل الأمر إثارته تجاه البنك على التزام هذا الأخير تجاه المستفيد³.

هذا و يقر أغلب الفقهاء القائلين بهذه النظرية، بأن النص القانوني هو الذي يحدد أركان و أحكام الإلتزام الناشئ بإرادة منفردة، في حين يرجع البعض الآخر أساسه إلى العرف، فبحسب رأيهم يمكن اتخاذ العرف التجاري إلى جانب إرادة البنك كمبرر لالتزام الأخير في الضمان المستقل⁴.

¹ - طليان محمد حسين صالح، المرجع السابق، ص 314، 316.

² - قرمان عبد الرحمن السيد، المرجع السابق، ص 388.

³ - أمقران راضية، المرجع السابق، ص 83.

⁴ - طليان محمد حسين صالح، المرجع السابق، ص 317.

لقد أيد القضاء المصري في العديد من أحكامه فكرة تكييف الضمان المستقل على أساس الإرادة المنفردة حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم صادر عنها بتاريخ 9 جانفي 1990 بما يلي:

« يتميز التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان قبل المستفيد بأنه التزام ناشئ عن إرادته المنفردة، فهو أمر مستقل عن علاقة العميل بالمستفيد أو علاقة البنك بالعميل...»¹.

كما يفضل الفقه الغالب في بلجيكا الأخذ بنظرية الإلتزام بإرادة منفردة في تكييفه للإلتزام البنك في الضمان المستقل، و من أمثله الأستاذ VAN OMMESLAGHE Pierre.²

أ-2- الإنتقادات الموجهة لنظرية الإرادة المنفردة كأساس للضمان المستقل: لقد عارض جانب كبير في الفقه و خاصة في فرنسا فكرة الإلتزام بإرادة منفردة كمصدر للإلتزام في القواعد العامة و ذلك للأسباب التالية:

1- أن التسليم بوجود إرادة المدين الملتزم وحدها لا معنى له إذا لم ينشأ حقا لفائدة شخص آخر يكون دائئا به و لذلك يشترط رضاه، و هذا في الواقع تعبير عن توافق إرادتين.

2- التسليم بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الإلتزام يستوجب التسليم أيضا بقدرتها المنفردة على إنهائه، و بذلك لا يثبت أي التزام بها.

3- ربط الآثار القانونية بالإرادة لوحدها معناه أن ما ينتج عن التصرفات القانونية هو فقط من صنع الإرادة المنفردة لكل طرف، مع أن هذه الآثار لا تنتج في الواقع إلا من تفاعل الإرادات المشتركة للأطراف³.

و في مجال الضمان المستقل تمثلت أبرز الإنتقادات فيما يلي:

¹ - طليان محمد حسين صالح، المرجع السابق، ص 319.

² - MOUMOUNI Charles, Op.Cit, p 797.

³ - العبدلاوي إدريس العلوي، المرجع السابق، ص 18.

أ-2-1- إن اعتبار التزام البنك التزاماً بإرادة منفردة يؤدي إلى تفكيك العلاقات المترتبة عن الضمان كعملية قانونية، فتعهد البنك هو قبول للإيجاب الصادر من العميل الأمر المتضمن إصدار الضمان

لفائدة المستفيد، و بالتالي فتعده ناشئ عن تصرفات قانونية أخرى لا يمكن تجاهلها أو إلغاؤها¹.

أ-2-2- عجز هذه النظرية عن تقديم تفسيرات واضحة لالتزام العميل الأمر بتغطية التزامات البنك الضامن الناتجة عن إرادته المنفردة كدفع غطاء الضمان، و العمولات و الفوائد التي يتكبدها البنك

في إطار إصداره للضمان².

أ-2-3- الأصل في الإلتزام بإرادة منفردة أن يصدر عن إرادة صاحبه فقط بدون تدخل أي إرادة أخرى إلا أن ذلك لا ينطبق في الحقيقة بالنسبة للضمان المستقل لكون إرادة البنك لا تتحكم لوحدها في

إنشائه فعلى الأقل هناك إرادة العميل الذي يطلب من البنك ذلك لإنشاء حق للمستفيد³.

بناء على هذه الإعتبارات يستخلص بأن نظرية الإرادة المنفردة تظل عاجزة عن تفسير أساس

الإلتزام في الضمان المستقل.

ب- العقد كأساس لالتزام الضامن في الضمان المستقل: يرفض الفقه في فرنسا مبدأ الإلتزام بإرادة

منفردة كقاعدة عامة معتبرا بأن العقد هو المصدر الأصلي للإلتزامات الإرادية، فالإرادة المنفردة لوحدها لا

تكفي لإنشاء التزام في ذمة صاحبها إذ يجب أن تقترن بإرادة أخرى، لينشأ عقد بموجب توافق الإرادتين⁴.

و هو الأمر ذاته بالنسبة للضمان المستقل حيث يكيف أغلب الفقه السويسري، الألماني و الفرنسي

الضمان المستقل على أنه عقد ملزم لجانب واحد و هو البنك الضامن⁵.

¹ - أمقران راضية، المرجع السابق، ص 83-84.

² - طليان محمد حسين صالح، المرجع السابق، ص 318.

³ - أمقران راضية، المرجع السابق، ص 84.

⁴ - العبدلاوي إدريس العلوي، المرجع السابق، ص 18-19.

⁵ - ففي سويسرا يوجد الأستاذ DOHM Jurgen، و في ألمانيا الأستاذ VON WESTPHALEN Friedrich Graf، و في فرنسا الأستاذ

VASSEUR Michel، و هم من المدافعين عن فكرة العقد كأساس لالتزام البنك في الضمان المستقل.

(Voir MOUMOUNI Charles, Op.Cit, p 797.)

إن إنشاء الإتفاق يتطلب رضا المستفيد و الذي لا يشترط أن يتخذ شكلا خاصا¹، بل قد يستخلص ضمنيا من سكوته أثناء استلامه للإشعار بالضمان، و هو أمر يبدو مطابقا للواقع، حيث لا يتصور بأن يتم القبول مسبقا أثناء تفاوض الأطراف في العقد التجاري أي الأمر و المستفيد حول نص الضمان، و بأن تكوين هذا العقد يتم فور إرسال الضمان، و هو ما يعني طرح مسألتين:

الأولى تتمثل في أن قبول المستفيد لا يمكن أن يتحقق إلا بعد استلامه للإشعار بالضمان، في حين تتجسد الثانية في تفسير عدم رفض المستفيد للضمان خلال آجال قصيرة، أو سلوكه على أنه قبول منه لذلك الضمان.

و بموازاة ذلك يحمي البنك نفسه من أي احتمال أو خطر للتراجع عن الضمان أو طلب لتعديله من قبل العميل الأمر من خلال تأكيده في مواجهة هذا الأخير بقطعية التزامه².

إن محل التزام الضامن المتمثل في دفع مبلغ من النقود يعتمد أساسا على الرضا المتبادل بين الضامن و المستفيد، فمبلغ الضمان و كفاءته من حيث المدة و الإستعمال يتم تحديده عن طريق الخطاب الذي يوجهه البنك إلى المستفيد تحقيقا لمطالب هذا الأخير³.

انطلاقا مما سبق يلاحظ بأن نظرية العقد هي الأقرب إلى الواقع في تفسير أحكام الضمان المستقل و تحديد أساس التزام البنك الضامن تجاه المستفيد، شروطه و ما يترتب عنه من آثار قانونية.

و في تعليقه على مسألة التكييف يرى الأستاذ علم الدين محي الدين اسماعيل أن المطلوب في تكييف عملية الضمان هو القدرة على تفسير جميع الآثار الناتجة عن إصداره، دون الحاجة إلى الإفتراض

¹ - فالعقد هو نتاج اتفاق الإرادات و ليس عن إرادة منفردة، لذلك يجب أن تلتقي إرادتان حرتان مع بعضهما البعض لتكوين العقد الذي يستلزم أن ينتج آثارا قانونية، و بالتالي فالعقد تصرف إرادي و ممارسة للحرية، و في نفس الوقت تخلي إرادي عن تلك الحرية.

(Voir GHESTIN Jacques, « Le contrat en tant qu'échange économique », Revue d'économie industrielle, N° 92, Editions De Boeck supérieur, France, 2^{ieme} et 3^{ieme} trimestres 2000, p 85.)

² - POULLET Yves, Op.Cit, p 119-120.

³ - سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص 138-139.

أو محاولة إدخال نظم قانونية مخالفة لما استقر عليه العرف المصرفي باعتبار الفرق الشاسع بين مهمة الفقيه و وظيفة المشرع¹.

ثانيا: الضمان البنكي الدولي ذو طبيعة تعاقدية خاصة

لقد استقر الفقه و القضاء الحديث على أن الضمان المستقل عقد غير مسمى ذو طبيعة خاصة "Un contrat innommé et suis generis"².

أ- فكرة العقد غير المسمى **Contrat innommé**: إذا أراد رجل القانون تسمية عقد معين و لم يندرج لا في إطار التكييف الموحد و لا التوزيعي، فما عليه إلا الإقرار بكونه عقدا غير مسمى، و يكون في الواقع اللجوء إلى ذلك بدافع اليأس من الوصول إلى اعتباره عقدا مسمى أو عقدا مختلطا³.

كما يجب على القاضي في بعض الحالات أن يفسر عقودا لا تصنف ضمن القوالب المحددة مسبقا من قبل المشرع و ذلك عند التزام الأطراف وفقا لشروط و في ظروف لم ينظمها القانون، و على إثر ذلك يوصف العقد غير المسمى بأنه شكل تعاقدى جديد⁴.

و بصفة عامة يكيف أي فعل أو تصرف على أنه غير مسمى و ذو طبيعة خاصة "Suis generis" عندما لا يدخل ذلك الفعل أو التصرف ضمن التصنيفات المفاهيمية النظرية المكونة سابقا⁵.

و يقصد بالعقد غير المسمى حسب الفقه الحديث ذلك العقد الذي لم ينظمه المشرع تنظيما خاصا

¹ - أمقران راضية، المرجع السابق، ص 85.

² - سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص 142.

³ - و حسب فلسفة بعض الفقه فإن قانون العقود يظهر كمجال مفتوح لمخيلة الأفراد و المؤسسات الذين لهم سلطة تقديرية واسعة لتشكيل الإتفاقات المناسبة لهم حسب احتياجاتهم الخاصة، فهم غير مجبرين على الإندماج ضمن إحدى القوالب المحددة مسبقا من قبل القانون، و هذه هي الحرية التعاقدية، و لذلك يمكن القول بأنه يحق للأفراد، بشرط احترام مبدأ النظام العام، الخروج عن القواعد المنظمة للعقود.

(Voir MONEBOULOU MINKADA Hervé Magloire, « La question de la définition du contrat en droit privé: essai d'une théorie institutionnelle », Revue Juridical tribune, N° 1, Vol. 4, Académie d'études économiques, Bucarest, Juin 2014, p 96).

⁴ - FRECHETTE Pascal, «La qualification des contrats : aspects pratiques», Les cahiers de droit , N° 2, Vol.51, Faculté de droit de l'université Laval, Québec, Juin 2010, p 401-402, 407.

⁵ - MOUMOUNI Charles, Op.Cit, p 798.

و لم يسمه باسم خاص حتى و لو أطلقت عليه تسمية معينة في الحياة العملية¹ بل ترك الأمر فيها إلى القواعد العامة للإلتزام، و إلى جهد الفقه و القضاء ليعمل كل منهما على تطبيق تلك القواعد بما يتفق و الإرادة المشتركة للأطراف المتعاقدة.

و طبقا لهذا التكييف يعكس العقد غير المسمى ثلاث صفات أساسية، الأولى تتمثل في طابعه الإحتياطي *Caractère subsidiaire* ، باعتبار أن اللجوء إلى إعطاء مثل هكذا تكييف لأي عقد من العقود لا يتم إلا في حال استحالة تضمينه أو إدراجه في إحدى الأصناف القانونية المعروفة و المحددة مسبقا، أما الصفة الثانية فتتجسد في طابعه النسبي *Caractère relatif* باعتبار أنه لا يتحدد إلا بالنسبة للعقد المسمى، فإذا كانت الأنماط المحددة للعقود المسماة ضيقة و مقيدة، فهنا و بحكم الواقع تبرز ضرورة خلق أطر غير مسماة²، في حين ينعكس طابعه المؤقت أو الإنتقالي *Caractère transitoire* انطلاقا من فكرة أنه و بحسب الأصل لم يتم تصوير الفئات القانونية بشكل محدود، لذلك فبمجرد أن يحدد النظام القانوني للعقد غير المسمى بشكل كاف، فإن هذا الأخير يصبح بذاته عقدا مسمى.

و يشترط للإعتراف و الإقرار بهذا التكييف أن يكون العقد أصيلا أي جديدا بالنسبة للتصنيفات المسبقة المعترف بها من المشرع أو المكروسة من قبل القضاء³.

ب- الإقرار بخصوصية عقد الضمان البنكي الدولي: إن الضمان المستقل من الضمانات التعاقدية التي تنفرد بخصائصها المميزة لها عن التقنيات القانونية المعروفة و خاصة الكفالة و هو ما أدى إلى اعتبارها تقنية ذات طبيعة خاصة " *Institution suis generis* " أوجدتها الممارسة التجارية الدولية⁴.

¹ - و ذلك على عكس المفهوم السائد في القانون الروماني الذي يجعل من العقد غير المسمى ذلك الذي لم تتبع فيه شكلية معينة، و بالتالي لا ينعقد و لا يرتب أي التزام إلا بعد تنفيذ أحد الطرفين لما اتفق عليه (انظر سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع: دراسة مقارنة و مدعمة باجتهادات قضائية و فقهية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2012، ص 14).

² - BORGA Nicolas, Op.Cit, p 31-32.

³ - IBID, p 32.

⁴ - HANNANI Mahomed, OP.Cit, p 668-669.

إنه و انطلاقا من كون الضمان المستقل تعهدا بدفع مبلغ معين، أخذ بعين الإعتبار العقد الأصلي لضمان تنفيذه، و لكن مؤسسا لالتزام مستقل و متميزا بعدم الإحتجاج بالدفع المتعلقة بذلك العقد، فإن أصالة مثل هذا الإتفاق تكمن في استقلالية التزام الضامن بالوفاء بموجب الضمان لفائدة المستفيد، إضافة إلى عدم تأثره بما قد يصيب العقد الأصلي و يؤثر في وجوده أو صحته¹.

في نفس الإطار تصنف الأستاذة ROCHFELD Judith الضمان المستقل ضمن العقود الثقيلة "Contrats lourds"، و المراد بها تلك العقود غير النموذجية "Atypiques" التي أعدها المتعاقدون تلبية للإحتياجات الخاصة و التي لم يستوعبها أي نوع من النماذج التعاقدية المعروفة، لذلك فالعقود الثقيلة تتوافق مع العقود غير المسماة المستحدثة و التي تمثل ما تسمى بالعقود ذات الطبيعة الخاصة أو بمواصفات خاصة تنعكس من خلالها أصالة الضمان المستقل، و التي يؤسسها بعض الفقه² بناء على فكرة السبب غير النموذجي "Cause atypique"، في حين يرجعها البعض الآخر³ إلى محل العقد أي الإلتزام الأساسي و الأصلي الذي ينشأ في ذمة الضامن بموجب هذا العقد⁴.

إذن فقد أجمع غالبية الفقه على الإعتراف بالضمان المستقل كعقد ذو طبيعة خاصة أو عقد غير مسمى لا يندرج ضمن أي من الأطر أو القوالب القانونية التقليدية، و الذي يستهدف تأمين و تعزيز المعاملات التجارية الدولية⁵.

¹- HENRY Xavier, La technique des qualifications contractuelles, Thèse pour l'obtention du doctorat d'état en droit privé, Tome 1, Faculté de droit, Sciences économiques et gestion, Université de Nancy II, 1992, p 1124-1125.

²- من بينهم الأستاذة ROCHFELD Judith.

³- من المدافعين عن هذه الفكرة الأستاذ GHESTIN Jacques.

⁴- BORGA Nicolas, Op.Cit, p 33,36.

⁵- MOUMOUNI Charles, Op.Cit, p 798.

المبحث الثاني: انقضاء الضمانات البنكية الدولية

إن التزام الضامن بمقتضى الضمان المستقل يتسم بالإستقلالية، و التي تبرز كذلك من خلال الأخذ بالأسباب المؤدية لانتهاه و زوال هذا الإلتزام، بمعنى أنه لا يمكن تصور حالات لانقضائه بصفة تبعية لانقضاء الإلتزام الأصلي، فهذا الأخير ليس له أي تأثير على استمرارية التزام الضامن. لذلك فإن أسباب انقضاء الضمان المستقل لا تخرج عن الإطار العام لانقضاء الإلتزام في قواعد القانون المدني، و المتمثلة إما في الوفاء بقيمة الضمان أي قيام الضامن بتنفيذ الإلتزام (المطلب الأول)، أو بعدم الوفاء (المطلب الثاني).

المطلب الأول: انقضاء الضمانات البنكية الدولية بالوفاء

الأصل في أي التزام أن يقوم المدين بتنفيذه عن طريق الوفاء، لذلك فهذه العملية تتضمن الطريق الطبيعي و المنطقي لتكريس أي التزام، كما تشكل في الوقت ذاته سببا لإنهائه، و الوفاء قانونا هو تنفيذ الإلتزام سواء بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل، و أن يكون لهذا العمل قيمة مالية¹ (الفرع الأول)، و قد يتم هذا الوفاء بقيام الملتزم بأداء ما عليه بما يقوم مقام الوفاء عن طريق الوفاء بمقابل أو التجديد أو المقاصة أو اتحاد الذمة و التي تمثل بذاتها أسبابا لانقضاء الإلتزام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الوفاء: الطريق الطبيعي لانقضاء التزام الضامن

إن الوفاء بالضمان المستقل يتم بتقديم المستفيد طلبا بذلك إلى الضامن في الأجال القانونية طبقا للشروط المحددة في العقد تكريسا لمبدأ حسن النية و الثقة المتبادلة بين الطرفين، و بذلك تنتهي العلاقة القانونية بينهما (أولا)، و حتى يتحقق ذلك يجب أن تستوفي عملية الوفاء شروطا معينة يترتب عنها

¹ - بن ددوش نضرة، المرجع السابق، ص 2

اعتبار الوفاء مناسباً و مفيداً (ثانياً).

أولاً: مضمون الوفاء كسبب لانقضاء الإلتزام

يحدث الوفاء بالضمان المستقل عندما يطلب المستفيد من البنك الضامن، خلال مدة سريانه، دفع المبلغ المحدد أو جزء منه، و يلتزم البنك بالدفع بمجرد الطلب دون أن يكون له حق مناقشة المستفيد في ذلك.¹

إذا اقتصر طلب المستفيد على دفع جزء من قيمة الضمان و طلب في الوقت نفسه إلغاء الضمان فإن التزام الضامن ينقضي بالتبعية لذلك.

أمّا إذا تمثّل طلبه في استيفاء جزء من المبلغ دون إرفاق ذلك بإلغاء الضمان، فإن حقه يظل سارياً بالنسبة للجزء المتبقي، باعتبار أن التنازل عن الحق لا يفترض، ويشترط في هذه الحالة ألا تزيد المطالبات الجزئية في مجموعها عن قيمة الضمان²، وذلك ما نصت عليه المادة 44 من القواعد الموحدة "أوحاداً"³، كما وضحت القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب أن الوفاء بكامل مبلغ الضمان يعتبر سبباً مؤدياً لانقضاء الضمان المستقل⁴، كما تضمنت كذلك إمكانية تقديم طلب جزئي بالوفاء⁵.

لا يجب على البنك الحصول على موافقة العميل الأمر عند قيامه بالوفاء لمصلحة المستفيد⁶، فالبنك ملزم بالدفع بمجرد الطلب أو وفقاً للشكليات المتفق عليها كأن يكون طلب الوفاء مشروطاً بتقديم مستندات معينة، فعلى المستفيد التقيد بذلك و إلا كان للبنك عدم الإستجابة لطلبه⁷.

¹ - الجير مُجّد حسن، المرجع السابق، ص 329.

² - طليان مُجّد حسين صالح، المرجع السابق، ص 260.

³ - Article 44 alinéa 1 AUS 2010 : « Le garant ou le contre-garant ne sont obligés qu'à concurrence de la somme stipulée dans la garantie ou la contre-garantie autonome sous déduction des paiements antérieurs faits respectivement par le garant ou le contre-garant conformément aux termes de leur engagement».

⁴ - Article 25 alinéa a) i- RUGD 758 : « Le montant à payer en vertu de la garantie est réduit de tout montant : i- payé en vertu de la garantie. »

⁵ - Article 17 RUGD 758.

⁶ - قرمان عبد الرحمان السيد، المرجع السابق، ص 395.

⁷ - NEVREY Roger, Op.Cit, p 323.

هذا و يتم الوفاء بموجب شيك مصرفي يصدر لصالح الجهة المستفيدة أو بحوالة إلى حسابها مع طلب إعادة الضمان لاتخاذ الإجراءات اللازمة لإلغائه من سجلات البنك، و لا تبرأ ذمة هذا الأخير إلا إذا قبض المستفيد القيمة نقداً أو تم قيدها فعلا في حسابه¹.

و فيما يتعلق بالضمان المقابل، فهذه التقنية تفرض أن يتولى الضامن من الدرجة الأولى التحقق من أن طلب الوفاء الصادر من المستفيد قد جاء مطابقاً لشروط عقد الضمان، بدون أن يكون للضامن المقابل التأكد من جدية الفحص الذي قام به الضامن.

و تطبيقاً لمبدأ استقلالية الضمان المقابل عن الضامن من الدرجة الأولى، و في حال عدم وجود اتفاق مخالف صريح، يلتزم الضامن المقابل بالوفاء لمصلحة الضامن من الدرجة الأولى بدون أن يكون له الحق في مطالبته بتقديم أي تبرير مهما كان، و خاصة فيما يتعلق بقيام الضامن بالوفاء للمستفيد أو بالظروف المحيطة به، رغم أن بعض المحاكم في فرنسا تشترط مثل هذا التبرير في حال ما إذا التزم الضامن المقابل بموجب عقد الضمان المقابل بتعويض "Rembourser" الضامن و ليس بالدفع²، و بالتالي فإذا وفى الضامن المبلغ للمستفيد طبقاً لشروط الضمان، و نفذ الضامن المقابل التزامه بالدفع أو بالتعويض، بحسب ما تم الإتفاق عليه في الضمان المقابل، لمصلحة الضامن من، ينقضي الضمان و كذلك الضمان المقابل.

ثانياً: شروط الوفاء

إن الوفاء و لكي يكيف بأنه مبرراً لذمة الضامن يجب أن تتوفر لذلك مجموعة من الشروط يمكن تلخيصها فيما يلي:

¹ - طليان محمد حسين صالح، المرجع السابق، ص 261.

² - KLEIN-CORNEDE Joanne, Op.Cit, p 93.

أ- الشروط الواجب توافرها قبل الوفاء: إن تنفيذ الضمان المستقل لا يتم بصفة آلية، و إنما يتحقق من خلال:

1- تقديم طلب الوفاء من قبل المستفيد: فقيام البنك بالدفع يعتمد على توجيه المستفيد طلبا باتا و قاطعا بذلك، و الذي يجب أن يكون مستوفيا بشكل صارم للشروط و الشكليات المتفق عليها بين الطرفين و المحددة في العقد ذاته، و إلا اعتبر طلبه غير مطابق، و كان للضامن بالتالي رفضه¹.

2- احترام الأجل المحدد في العقد لتقديم الطلب: فاستقلالية الضمان ترفض أي اشتراط لمدة غير محددة، باعتبار أن الحرية التقديرية للفسخ بإرادة منفردة تحرم هذا الإلتزام من طابعه الجدي، لذلك يجب أن يشتمل الضمان المستقل دائما على حد "Un terme"، بأن يكتتب لمدة معينة أو لتاريخ محدد أو نادرا يرتبط بفعل معين كالإستلام النهائي للأعمال في ضمان حسن التنفيذ، و بالتبعية لذلك فإن وصول الأجل لنهايته يؤدي إلى انقضاء أي التزام و استحالة تقديم أي مطالبة بعد ذلك²، و تطبيقا لذلك حتى يتم الوفاء يجب أن يقدم المستفيد طلب الوفاء خلال أجل سريان الضمان.

3- فحص الطلب من قبل البنك خلال المدة المحددة³: و ذلك لمراقبة مدى مطابقته لبنود العقد، و في حال استلزام تقديم مستندات معينة يتم التأكد من استيفائها لكافة الشروط، ليعطي بعدها البنك رأيه، فإذا تم رفض الطلب يكون ملزما بإعلام المستفيد بذلك مباشرة و بدون التقيد بأجل محدد و لكن على أقصى تقدير قبل نهاية اليوم الخامس المفتوح⁴.

أما إذا تم التأكد من مطابقة الطلب و المستندات يكون البنك ملزما بالدفع⁵، ليقوم بإعلام الأمر بذلك، دون أن يكون ملزما بالأخذ برأيه إلا في حالة ثبوت الطابع التعسفي أو التدليسي الظاهر لطلب

¹- Article 24 RUGD 758.

²- SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, Op.Cit, p 218.

³- Article 20 RUGD 758.

⁴- Article 24 RUGD 758.

⁵- Article 20 alinéa b RUGD 758 : « Lorsque le garant détermine qu'une demande est conforme, il doit payer. »

الوفاء من المستفيد مدعما عند اللزوم بحكم قضائي يمنعه صراحة من القيام بالوفاء، ففي هذه الحالة يكون له الإمتناع عن ذلك¹.

ب- **الشروط الواجب توافرها عند الوفاء** : بعد تقديم طلب الوفاء من المستفيد يجب أن يتم الوفاء ليستفيد بعد ذلك الضامن من حقه في الرجوع، و لذلك يجب أن تتوفر عند قيام هذا الأخير بدفع قيمة الضمان الشروط التالية:

1- يشترط أن يتم الوفاء لمصلحة المستفيد، فإن تم لغيره يظل حقه قائما و التزام البنك ساريا²، لذلك يكون هذا الأخير ملزما بالتأكد من الصلة القانونية للشخص الذي يطالب بالوفاء بالضمان، فإذا أوفى لغير المستفيد يلتزم بالوفاء مرة أخرى لفائدته ثم يرجع على من استوفى قيمة الضمان بغير وجه حق³، كما يصح الوفاء لوكيل المستفيد المأذون على النحو الواجب أي بموجب وكالة خاصة و قد أكدت محكمة النقض الفرنسية على ذلك في قرارها الصادر في 21 جوان 1988 حيث اعتبرت أن طلب المنع من الدفع الموجه إلى الضامن قد جاء مؤسسا تبعا لتقديم طلب الوفاء من قبل محامي البنك المستفيد بدون أن يكون حائزا على وكالة خاصة للقيام بذلك⁴.

2- أن يتم الوفاء في المكان المحدد في عقد الضمان كمكان للوفاء "Lieu de paiement"، فتحديد هذا المكان يكتسي أهمية بالغة في الواقع، فانطلاقا منه يتم تقدير ما إذا كان المدين متأخرا في تنفيذ التزامه أو ممتنعا عنه، كما تتحدد وفقه العملة التي سيتم الدفع بها وفقا لما تنص عليه قوانين الصرف في ذلك المكان، و أيا كان فإن الدائن في كافة الأحوال يستهدف التخلص من أعباء سعر الصرف لذلك فهو سيحدد المكان الذي يحقق له ذلك⁵.

¹ - PRÛM André, Les garanties à première demande : Essai sur l'autonomie, Op.Cit, p 220.

² - و ذلك ما يستخلص من المادتين 267 و 268 من القانون المدني.

³ - الطيب علي محمد أحمد، المرجع السابق، ص 105.

⁴ - Cass.Com, 21 Juin 1988, N° 86-16210, publié au bull.

⁵ - الذنون حسين علي و الرحو محمد سعيد، المرجع السابق ، ص 22.

لقد حددت القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب أن الوفاء يتم لدى فرع أو مكتب الضامن الذي أصدر الضمان أو الضمان المقابل، أو في أي مكان محدد في عقد الضمان أو الضمان المقابل باعتباره مكانا للوفاء¹.

3- أن يتم الوفاء بالعملة المحددة: يجب على الضامن أن يوفي قيمة الضمان بالعملة المحددة في العقد²، كما ينبغي عليه إن استلزم الأمر ذلك أن يطلب الحصول على الترخيصات الضرورية و المناسبة لتنفيذ النظام في الخارج.

و قد أقرت محكمة استئناف لوكسمبورغ في بلجيكا بأنه حتى و لو اشترط الضمان بعملة أجنبية، فالمدين غير ملزم بعملة أخرى غير تلك السارية قانونا في مكان الوفاء، و طالما أن الضمان دولي، فإن شرط الوفاء بعملة أجنبية en devise يعتبر قانونيا و مشروعاً، كما يمكن فتح المجال للخيار بين عدة عملات³، و مع ذلك تجدر الإشارة إلى أنه من الناحية الواقعية الجهات القضائية الفرنسية و كذلك الأجنبية، التي يطلب أمامها تنفيذ العقد، تبقى في الغالب مترددة في الإقرار باختصاص قانون الصرف الأجنبي خارج إقليم الدولة التي أصدرته⁴.

الفرع الثاني: انقضاء الضمان البنكي الدولي بما يعادل الوفاء

إن تنفيذ الإلتزام قد يتم بصورة أخرى غير الوفاء، تنعكس من خلال القيام بما يعادل هذا الوفاء أي ما يقوم مقامه، و بالرجوع إلى القواعد العامة توجد حالات محددة تجسد ذلك متمثلة في الوفاء بمقابل⁵، التجديد⁶، المقاصة⁷، اتحاد الذمة⁸.

¹- Article 20 alinéa c) RUGD 758.

²- Article 21 RUGD 758.

³- SIMLER Philippe, Cautionnement et garanties autonomes, Op.Cit, p 873-874.

⁴- PRÛM André, Les garanties à première demande : Essai sur l'autonomie, Op.Cit, p 221.

⁵- المادة 285 من القانون المدني.

⁶- المادة 287 من القانون المدني.

⁷- المادة 297 من القانون المدني.

⁸- المادة 304 من القانون المدني.

فبالنسبة للوفاء بمقابل لا يمكن تصوره بالنسبة للضمان المستقل، باعتبار أن هذا الأخير إنما يصدر لغرض محدد و لا يحق للمستفيد المطالبة بقيمة الضمان عن غرض غير ذلك المخصص له¹، كما يضيف الأستاذ "SIMLER Philippe" بأن كلا من التجديد و اتحاد الذمة و المقاصة كأسباب لانقضاء الإلتزام تعتبر أقل احتمالا و قبولا خاصة في مجال المعاملات الدولية، لذلك سيتم التركيز على المقاصة كسبب مؤدي إلى زوال الإلتزام (أولا) نظرا لما أثارته مسألة إجرائه بالنسبة للضمان المستقل من جدل و اختلاف فقها و قضاء (ثانيا).

أولا: تعريف المقاصة La compensation

المقاصة هي سبب من الأسباب المؤدية لانقضاء الإلتزام بما يقوم مقام الوفاء .

أ- تحديد المقصود بالمقاصة: تعرف المقاصة بأنها عملية تجارية من خلالها يلتزم البائع بالقيام، في بلد عميله بمشتريات، تحويلات، خدمات أو أية معاملة أخرى مقابل عملية بيع لا يمكن أن تتحقق إلا بهذا الشرط².

و استنادا إلى القواعد العامة يراد بالمقاصة أن تجتمع في طرفي المعاملة صفتي الدائن و المدين

معا، فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما من خلال التقاص بينهما³.

و للمقاصة من الناحية العملية أهمية تتلخص في:

- 1- أن الغرض منها هو تسهيل عملية الوفاء .
- 2- تعتبر بمثابة ضمان لكل طرف من الأطراف يجنبه مزاحمة باقي دائني الطرف الآخر فيما إذا اضطر

¹ - ياملكي أكرم، المرجع السابق ، ص 346.

² - GUYOMAR André et MORIN Etienne, Op.Cit, p 210.

³ - فحسب المادة 297 من القانون المدني: «للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه و ما هو مستحق له تجاهه و لو اختلف سبب الدينين...»، و الملاحظ هنا أن المادة لا تتضمن تعريفا للمقاصة، و إنما تصور الحالة التي يمكن خلالها إجراء هذه العملية بأن يكون كل من طرفي الإلتزام دائنا و مدينا في نفس الوقت حتى و لو لم يتحد سبب كلا الدينين.

إلى الوفاء ثم الرجوع بما له على مدينه، و بهذه الصفة تكون المقاصة من الحالات النادرة التي يتمتع فيها الدائن العادي بامتياز فعلي لباقي دائني مدينه¹.

3- تعتبر سببا من أسباب انقضاء الإلتزام، فهي كثيرة الوقوع في العمل و خاصة في المعاملات التجارية و مثاله ما تقوم به غرف المقاصة من تسوية العمليات بين البنوك.

و المقاصة على أنواع ثلاثة فقد تكون قانونية تقع بحكم القانون إذا توفرت شروطها، أو قضائية تقع بحكم من القضاء الذي يستكمل أحد الشروط الناقصة في المقاصة القانونية، أو اختيارية و هي تتم بإرادة أحد الطرفين أو كلاهما².

ب- المقاصة طريقة خاصة لانقضاء الإلتزام: إن وصف المقاصة بأنها أداة وفاء تتصف بالآلية و الإجبارية لا يعكس حقيقتها، فهي تعتبر طريقة خاصة لانقضاء الإلتزام، و يبرز ذلك من خلال تعلقها برابطة إلزامية مزدوجة و متقابلة لا تخص سوى بعض الإلتزامات بإعطاء، و عن طريق طابعها الإرادي أي ضرورة التمسك بإجرائها من قبل الطرف الذي له مصلحة في ذلك و هو ما كرسته المادة 300 في فقرتها الأولى من القانون المدني³، مع إمكانية التنازل عنها حيث أقر القضاء الفرنسي إمكانية التنازل عن آثار المقاصة، و في حال حدوث ذلك يعود الدينان إلى الوجود⁴.

و لإجراء المقاصة القانونية يجب أن تتوفر الشروط التالية:

- 1- التقابل بين الدينين: يجب أن يكون هناك دينان متقابلان، الدائن في كل منهما مدين في الآخر.
- 2- التماثل في محل كل من الدينين: بأن يكونا نقودا أو مثليات متحدة في النوع و الجودة.
- 3- صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضائيا: أي أن يكون كل من الدينين مدنيا صحيحا و قائما لم

¹ - بن ددوش نضرة، المرجع السابق، ص 11.

² - تناغو سمير عبد السيد، أحكام الإلتزام و الإثبات، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009، ص 419.

³ - التي تنص على ما يلي: «لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، و لا يجوز التنازل عنها قبل ثبوت الحق فيها.»

⁴ - قادري عبد المجيد، «الطبيعة القانونية للمقاصة»، مجلة التواصل في العلوم الإنسانية و الإجتماعية، العدد 32، جامعة باجي مختار، عنابة، ديسمبر 2012، ص 144 - 146.

ينقض، فلا تصح المقاصة بين دين مدني و آخر طبيعي.

4- خلو الدينين من النزاع: فإذا نازع أحد الأطراف في وجود أحد الدينين نزاعا جديا، فلا يكون هذا الدين صالحا للمقاصة¹.

5- أن يكون كلا الدينين مستحق الأداء، فلا تتم المقاصة بين دين مؤجل و آخر معجل².

6- قابلية كل من الدينين للحجز: فلا تقع المقاصة إذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز عليه³.
و بتمام هذه الشروط تتم المقاصة و يترتب عنها انقضاء الإلتزامين بقدر الأقل منهما.

ثانيا: المقاصة و الضمان البنكي الدولي

لقد طرحت مسألة المقاصة في الضمان المستقل جدلا على مستوى الفقه و القضاء، نتج عنه رأيين متعارضين، رأي مقر بإمكانية إجراء المقاصة بصدد هذا النوع من الضمانات، و رأي ثان مناقض له يرفض الفكرة تماما.

أ- الإتجاه المؤيد للمقاصة في الضمان المستقل: من بين الفقهاء الذين تبنوا هذا الرأي الأستاذ PIEDELIEVRE Stéphane، الذي يرى بأنه طبقا للقواعد العامة للإلتزامات قد ينقضى الإلتزام المكتتب من الضامن أو الضامن المقابل عن طريق المقاصة، و هي ليست من الأسباب التي تثير إشكالا من الناحية العملية⁴.

كما سارت محكمة استئناف نيم "Nîmes" في فرنسا على نفس الإتجاه في قرار صادر عنها بتاريخ 29 جانفي 1998، حيث تتلخص وقائع هذه القضية فيما يلي: حيث أنه و بناء على صفقات مبرمة بين كل من شركة "Sert Garbaix" (المسماة في النص بالشركة) و شركة "Oyak-Renault"، و التي تنص

¹ - تناغو سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص 420-421.

² - الذنون حسن علي و الرحو محمد سعيد، المرجع السابق، ص 57.

³ - سعد نبيل ابراهيم، النظرية العامة للإلتزام: أحكام الإلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 405.

⁴ - PIEDELIEVRE Stéphane، «Remarques sur les règles uniformes de la C.C.I relatives aux garanties sur demande»، Op.Cit, p 628.

على دفع تسبيق على طلب لمعدات، لذلك تحصلت الشركة من هذه الأخيرة على مبالغ تم ضمان سدادها المحتمل عن طريق ضمان بمجرد الطلب مكتتب من قبل بنك "Iktsat Bankasi"، و بناء على طلب الشركة أصدر بنك "La société générale" ضمنا مقابل للبنك الضامن، و لكن الشركة وضعت تحت المراقبة القضائية، ليقوم البنك الضامن المقابل أي "La société générale" بمقتضى طلب للضامن المقابل بالتصريح بدائنيته و أجرى مقاصة بين حقه ذاك و المبلغ المتبقي من سعر الصفقات التي تحصلت عليها الشركة فيما بعد في حسابها لدى البنك الضامن المقابل، و بناء على ذلك طالب المفوض بتنفيذ الخطة و ممثل الدائنين بسداد المبلغ المحجوز من قبل البنك الضامن المقابل.

لتقرر المحكمة رفض هذا الطلب و الإقرار بصحة المقاصة التي أجراها بنك "La société générale" مؤسسة ذلك على أن إبرام تلك الصفقات ما كان ليتم لولا إصدار الضامن المقابل من قبل البنك المعني، و بأن الترابط يمكن اعتباره قائما بمجرد أن تتولد التزامات عن عقود مختلفة و لكن توحيدها إرادة الأطراف في عملية اقتصادية شاملة و غير قابلة للتجزئة¹.

و الملاحظ هنا أن المحكمة أسست حكمها على فكرة الترابط أو الإرتباط "La connexité" بين الإلتزامات المتقابلة، و يقصد به تلك الديون المتأتية من عملية واحدة أو تجد مصدرها في نفس العقد أو تكون ناتجة عن نفس العلاقة التبادلية، كما توسع القضاء الفرنسي في هذا المفهوم من خلال الإقرار بوجود الإرتباط بين دين ناتج عن العقد و التعويضات المستحقة لعدم تنفيذ العقد أو لسوء تنفيذه، كما قبلت كذلك بعض القرارات القضائية بوجود الإرتباط بين ديون ناتجة مباشرة أو بصورة غير مباشرة عن عقود مختلفة²، و هو فعلا ما عكسته المحكمة في نص الحكم الصادر عنها.

¹ - لقد تم استخراج مضمون هذا القرار من خلال نص القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 6 مارس 2001 بغرفتها التجارية، و التي نقضت حكم محكمة استئناف "نيم".

² - قادري عبد المجيد، المرجع السابق، ص 147.

لقد ساد هذا الإتجاه فترة من الزمن، إلا أنه أصبح محدودا مقارنة بالرأي السائد و الراض لفكرة المقاصة بشأن الضمان المستقل.

ب- الإتجاه الراض للمقاصة في الضمان المستقل: بالنسبة لهذا الرأي لا يجوز للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد، عند طلبه الوفاء بقيمة الضمان، بالمقاصة بين المبلغ المطلوب للمستفيد و دين مستحق تجاه عميله الأمر تأسيسا على مبدأ استقلالية الضمان عن علاقة البنك الضامن بالأمر¹.

كما لا يجوز للبنك التمسك بالمقاصة بين مبلغ الضمان و ما قد يكون له من دين في ذمة المستفيد، ما لم يطلب هذا الأخير الوفاء بالمبلغ عن طريق قيده في حسابه لدى البنك، ففي هذه الحالة لا يوجد ما يمنع من إجراء المقاصة بين الدينين عن طريق القيام بإجراء قيد عكسي في الحساب².

و مبرر هذا المنع يكمن في:

1- أن قيمة الضمان قبل المطالبة به أو تحقق شروطه تعتبر دينا غير مستحق الأداء، و بالتالي تنفي

شروط المقاصة في هذه الحالة.

2- أن مبلغ الضمان بعد المطالبة به لا يكون ملكا للمستفيد، و إنما يسترد صفته الأصلية باعتباره تأمينا نقديا مقدما من العميل لفائدته، و بهذه الصفة يكون للمستفيد استيفاء حقه الناتج عن علاقته مع العميل، مع رد الباقي إليه و ليس للبنك³.

و في هذا الصدد يعتبر الأستاذ "VASSEUR Michel" بأن الضمان المستقل هو البديل عن وديعة النقود، و بأن المستفيد يجب أن يوضع على اعتبار أن الضمان لمصلحته، في حالة مماثلة.

و على عكس بعض الآراء التي تبدو متساهلة نوعا ما باعتمادها للمقاصة في الضمان المستقل في

حال قيد المبلغ في حساب المستفيد و توفر شروط المقاصة و تمسك المستفيد بها، يبدو الأستاذ

¹ - قرمان عبد الرحمان السيد، المرجع السابق، ص 391.

² - الجير محمد حسن، المرجع السابق، ص 329.

³ - قرمان عبد الرحمان السيد، المرجع السابق، ص 392.

"VASSEUR" أكثر تشددا إذ يعتبر بأنه حتى و لو توافرت شروط المقاصة القانونية، فإنه على الرغم من ذلك ، يكون أمرا غير منصف أن يكون البنك ملزما بالقيام بتسوية ضمان لمصلحة مستفيد هو بالنسبة له مدينا¹.

و قد جاءت قرارات محكمة النقض الفرنسية داعمة لهذا الرأي، حيث انعكس ذلك من خلال القرار الصادر عنها في 6 مارس 2001، و التي نقضت بموجبه حكما سابقا صادرا عن محكمة استئناف "نيم" معتبرة إياه بأنه جاء خارقا للقانون على أساس أن استقلالية الضمان المقابل تقصي أي ارتباط بين الإلتزامات²، و هو تأكيد على عدم إمكانية المقاصة في الضمان المقابل المستقل.

و هو أيضا ما أكدته بالنسبة للمقاصة في الضمان المستقل في قرار لها بتاريخ 19 ديسمبر 2006، حيث اعتبرت أن الطابع المستقل للضمان يستبعد الإرتباط بين دين الضامن في مواجهة المدين، و أي دين لهذا الأخير تجاه الضامن، و بذلك تكون تلك الوسيلة غير منفذة و غير فعالة³.

إن الوصول إلى هذه النتيجة يجد أساسه في خصوصية الضمان و طابعه المستقل الذي يمنع أي ارتباط بين الإلتزامات، غير أن هذا الحل يناقش من زاويتين:

1- فمن جهة استقلالية الضمان لا تجعل منه عقدا مجردا و إنما يجد سببه في الإلتزام الأساسي للضامن، و مجرد الإحالة إلى العقد الأصلي لا يعتبر مساسا بهذه الإستقلالية و هو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في عديد قراراتها، فالضمان يكتتب ضمن مجموعة تعاقدية واحدة خدمة بصفة عامة لعلاقات الأعمال بين الأطراف، و بالتالي فلا حاجة للخروج عن الإجتهد التقليدي لمحكمة النقض في مجال الإرتباط.

1- DE VAUPLANE Hubert et DAIGRE Jean-Jacques, Droit bancaire et financier : Mélange AEDBF-France III, Revue Banque éditeur, Paris, 2009 , p 28.
2- Cass.Com,6 Mars 2001, N° 98-15239, Publié au bull 2001 : « ...Le caractère autonome de la contre-garantie à première demande excluait la connexité,... ».
3- Cass.Com,19 Décembre 2006, N° 05-13461, Publié au bull 2006 : «Le caractère autonome d'une garantie exclut la connexité entre la créance du garant à l'encontre du débiteur et toute créance de celui-ci à l'encontre du garant, que le moyen est inopérant,... ».

2- و من جهة أخرى ما يترتب عن استقلالية الضمان هو منع مصدر الضمان من التمسك تجاه المستفيد بالدفع الملازمة للعقد الأصلي، و في هذه الحالة يتم الوفاء بالضمان للمستفيد، و المقاصة تتم في العلاقات بين البنك و الأمر، لذلك فالمسألة لا تتعلق بالإحتجاج بالدفع ضد المستفيد. لكن و مع ذلك تبقى قرارات محكمة النقض بخصوص هذه المسألة تشكل مرجعا، مما يخفض من إمكانية المقاصة و يجعل مركز البنك هشا، لذلك على هذا الأخير أخذ تأمينات كافية و مناسبة كالرهن على الرصيد مثلا لمعالجة غياب المقاصة¹.

المطلب الثاني: انقضاء الضمانات البنكية الدولية بعدم الوفاء

على غرار الوفاء أو بما يعادل الوفاء، ينقضي الإلتزام طبقا للقواعد العامة بعدم الوفاء به، و ذلك لأسباب معينة تتمثل في إبراء المستفيد الدائن لذمة مدينه، أو لعدم إمكانية مطالبة هذا الأخير بالتنفيذ لاستحالة ذلك بالنسبة إليه لسبب أجنبي عن إرادته، أو لمضي فترة زمنية دون المطالبة بذلك التنفيذ أي ما يسمى بالتقادم (الفرع الأول)، كما يعتبر انتهاء الأجل من أسباب الإنقضاء ذات الأهمية بصدد الضمان البنكي الدولي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء الضمانات البنكية الدولية بعدم الوفاء: الإبراء و استحالة

تنفيذ الإلتزام

يراد بالأسباب العامة لانقضاء التزام الضامن تلك الحالات المنصوص عليها في النظرية العامة للإلتزامات و العقود في القانون المدني، و التي تتعلق بالتقادم²، هذا الأخير يقوم على فكرة أساسية مفادها استقرار المعاملات، فالحق الذي يسكت عنه صاحبه و لا يطالب به مدة من الزمن لا يكون له المطالبة

¹ - DE VAUPLANE Hubert et DAIGRE Jean-Jacques, Op.Cit, p 28-29.

² - المواد 308 و ما بعدها من القانون المدني.

باستيفائه بعد انقضاء تلك المدة أو إلى أجل غير محدد، فسكوت الدائن عن حقه وكيف إمّا بكونه قد استوفى حقه أو تنازل عنه للمدين أو أنه شخص مهمل فتكون رعاية حق المدين أولى¹، و باعتبار أن هذا الأمر بعيد الإحتمال بالنسبة للضمان المستقل يتم التركيز على السببين الآخرين و هما الإبراء (أولاً)، و استحالة التنفيذ (ثانياً).

أولاً: الإبراء

طبقاً للمادة 305 من القانون المدني فإن الإلتزام ينقضي إذا برأ الدائن ذمة مدينه اختياريًا، و يتم هذا الإبراء بمجرد وصوله إلى علم المدين و قبله هذا الأخير.

و بذلك يتضح بأن:

- 1- الإبراء تصرف تبرعي يتنازل بموجبه الدائن عن حقه في مواجهة المدين بدون مقابل.
- 2- الإبراء تصرف إرادي صادر من طرف واحد ألا و هو الدائن، إذ لا ينتج أثره إلا من الوقت الذي يقترن فيه بعلم من وجه إليه أي المدين.
- 3- الإبراء كي يكون صحيحا يجب أن يقبله المدين و إلا كان باطلا.
- 4- الإبراء سبب لانقضاء الإلتزام و هو الأثر الهام الذي يترتب عنه و ذلك دون استيفاء الدائن لحقه أو ما يقابل هذا الحق².

أ- الإبراء بتنازل المستفيد عن حقه: و في هذه الحالة يفرق الفقه من حيث أثر هذا الإبراء بين حالة الضمان المشروط و غير المشروط، فإذا كان الضمان مشروطا بحدوث إخلال من العميل بالترامه نحو

¹ - تناغو سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص 434-435، و ينبغي الإشارة هنا إلى أن بعض الفقه و بشأن مسألة التقادم يفرق بين ما إذا كان الضمان محدد المدة فالتقادم لا يطرح بشأنه لأن الإلتزام في هذه الحالة ينقضي بالوفاء أو بانتهاء المدة، أما إذا كان غير محدد المدة فهنا تثار مسألة التقادم (انظر طليان محمد حسين صالح، المرجع السابق، ص 264-265)، حيث يعتبر الأستاذ عوض علي جمال الدين بأنه إذا استعمل المستفيد حقه في المطالبة بالضمان في الأجل المقرر له، فلا يسقط حقه إلا بمضي 15 سنة من تاريخ المطالبة بغض النظر ما إذا كان الضمان محدد أو غير محدد المدة (انظر عوض علي جمال الدين، المرجع السابق، ص 97).

² - تناغو سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص من 430 إلى 432.

المستفيد، ففي هذه الحالة يكون للإبراء الصادر من المستفيد إلى العميل، أثراً منهياً للالتزام البنك في الضمان، أما إذا كان الضمان غير مشروط فالالتزام البنك لا يتأثر بالإبراء إلا إذا تضمن هذا الأخير النص على تنازل المستفيد عن حقه في الضمان¹.

ما يلاحظ هنا هو وجود الربط بين علاقة المستفيد بالعميل و علاقته بالضمان من خلال الإقرار بانقضاء التزام هذا الأخير بالتبعية لانقضاء التزام العميل في مواجهة المستفيد بالإبراء و هو ما يتعارض بشكل تام مع مبدأ استقلالية الضمان، لذلك فالإبراء المؤثر في التزام الضامن تجاه المستفيد هو ذلك المتضمن إخلاء هذا الأخير لذمة البنك من التزامه في الضمان المستقل.

ب- الإبراء بإعادة الضمان المستقل إلى البنك قبل انتهاء مدته: إعادة المستفيد للضمان إلى البنك قبل أن تنتهي مدته تعبر عن إبراء لذمة هذا الأخير من التزامه، و يحدث ذلك في الغالب عندما يوفي العميل بالتزاماته تجاه المستفيد، فلا يبقى بالتالي لهذا الأخير أي حق في قيمة الضمان، ليقوم بإرجاعه إلى البنك قبل انقضاء أجله².

كما قد يحدث و أن يتفق العميل الأمر و المستفيد على إنهاء العلاقة بين البنك و المستفيد أي إنهاء الضمان عندما يقدم العميل ضماناً آخر معادلاً لقيمة الضمان، فيستتبع ذلك إعادته إلى البنك و زوال الإلتزام³.

و في نفس الإطار تحدثت القواعد الموحدة "أوحادا" عن الإبراء كسبب مؤدي لانقضاء الضمان

أو الضمان المقابل المستقل من خلال صورتين:

1- إما بتقديم المستفيد للمستندات الخاصة المبرئة لذمة الضامن أو الضامن المقابل، و المذكورة في عقد

¹ - سليمان رمضان مُجد عمر، المرجع السابق، ص 307.

² - الكيلاني محمود، الموسوعة التجارية و المصرفية: عمليات البنوك، المجلد الرابع، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2008، ص 408.

³ - الطيب علي مُجد أحمد، المرجع السابق، ص 108.

الضمان أو الضمان المقابل.

2- أو بتصريح مكتوب من المستفيد يفيد بإبراء أو تحرير الضامن من التزامه بموجب الضمان المستقل،

أو بتصريح مكتوب من الضامن مبرراً للضامن المقابل من التزامه في الضمان المقابل المستقل¹.

كما توضح القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب أنه و بغض النظر عما إذا تمت إعادة

الضمان إلى الضامن أم لا، فإن التزامه ينقضي بتقديم المستفيد لتصريح موقع منه يعفي بمقتضاه

الضامن من التزاماته بموجب الضمان².

ثانياً: استحالة التنفيذ

يقصد باستحالة التنفيذ أن يثبت المدين أن الوفاء بالالتزام أصبح مستحيلًا عليه لسبب أجنبي عن

إرادته³.

أ- شروط استحالة التنفيذ: طبقاً للقواعد العامة يشترط لاعتبار استحالة التنفيذ سبباً من أسباب انقضاء

الالتزام ما يلي:

1- أن يكون الالتزام قد نشأ ممكناً.

2- أن يصبح التنفيذ بعد نشأته مستحيلًا.

3- أن ترجع استحالة التنفيذ إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، أمّا إذا نشأت بخطئه، فالالتزام لا

ينقضي، و السبب الأجنبي هو القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ الغير و يقع عبء إثبات

ذلك السبب على المدين⁴.

و في هذا الصدد يميز بعض الفقه بين صورة الضمان المشروط، و فيه ينقضي التزام البنك

¹ - Article 49 AUS 2010.

² - Article 25 RUGD 758.

³ - المادة 307 من القانون المدني.

⁴ - تناغو سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص 432-433.

باستحالة تنفيذ التزام العميل لأن الشرط المعلق عليه الضمان أصبح غير ممكن التحقق للسبب الأجنبي، و صورة الضمان غير المشروط و هنا لا يتأثر التزام البنك لاستحالة تنفيذ العميل لالتزامه و لو بسبب أجنبي¹.

ب- القوة القاهرة كسبب لاستحالة التنفيذ: تعرف القوة القاهرة بأنها كل فعل لا شأن لإرادة المدين فيه، و لا يمكن توقعه و لا منعه، و يصبح معه تنفيذ الإلتزام مستحيلا، و من أمثلته الزلزال، قيام حرب يبنى عليه دفع المسؤولية عن المدين، و يشترط لذلك أن تحدث القوة القاهرة في الفترة اللاحقة على إبرام العقد أي أثناء تنفيذه، فالمتفق عليه فقها و قضاء أنها لا ترتب أي أثر قانوني على الإلتزام التعاقدية إن حدثت قبل إبرام العقد أو أثناءه أو بعد تنفيذه².

وبالإستناد إلى القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب يقصد بالقوة القاهرة، أفعال القدر، أعمال شغب، الإضطرابات أو الصراعات الأهلية، الأعمال الإرهابية، أو أي ظرف خارج عن إرادة الضامن أو الضامن المقابل يوقف نشاطه فيما يتعلق بعقود الضمان و الضامن المقابل³.

و يترتب على ذلك، أنه إذا كان الضمان ينقضي في المدة أو أثناء الوفاء الذي عرقل بسبب القوة القاهرة ما يلي:

1- تمديد الضمان أو الضامن المقابل لمدة 30 يوما ابتداء من التاريخ الذي كان من المفروض أن ينقضي فيه الضمان، و على الضامن بمجرد أن تسمح له الظروف إعلام الأمر بذلك، و في حال الضامن المقابل يقع عبء الإعلام على الضامن المقابل.

2- إيقاف العمل بالأجال المحددة لفحص طلب الضمان و الذي لم يتم بعد، قبل حدوث القوة القاهرة إلى

¹ - سليمان رمضان مُجد عمر، المرجع السابق، ص 309.

² - الديب هبة مُجد محمود، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية: دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، رسالة مقدمة للحصول على درجة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر بغزة، فلسطين، 2012، ص 50-51.

³ - Article 26 alinéa a) RUGD 758.

حين استعادة الضامن لنشاطه فيما يتعلق بالضمان.

3- إذا تم تقديم طلب للوفاء بالضمان و كان مطابقا و لم يتم الوفاء به بسبب القوة القاهرة يتم تسديده

عند نهاية الظروف الحاصلة حتى و إن كانت صلاحية الضمان قد انتهت، و للضامن الحق في

طلب الضمان المقابل خلال 30 يوما بعد نهاية القوة القاهرة حتى و لو كان قد انقضى أجله.

4- ما تم إقراره بالنسبة للضمان يعتمد كذلك بالنسبة للضمان المقابل في حال حدوث قوة القاهرة استحالة

معها تنفيذ الإلتزام¹.

5- لا يتحمل الضامن أو الضامن المقابل أي مسؤولية عن النتائج المترتبة عن القوة القاهرة².

ما يستخلص من ذلك أن القوة القاهرة بالنسبة للضمان المستقل، و إن كانت مرادفة لاستحالة تنفيذ

البنك الضامن لالتزاماته، إلا أن ما يترتب عنها هو التوقف المؤقت لتكريس تلك الإلتزامات إلى حين زوال

الظروف أو الحادث الحاصل ليستأنف التنفيذ مرة أخرى مع تمديد للأجل المقررة، و بالتالي فهي لا تعتبر

في جوهرها سببا لانقضاء الإلتزام في الضمان المستقل و إبراء لذمة البنك الضامن تجاه المستفيد.

الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء الضمانات البنكية الدولية: انقضاء الأجل أو طلب

التمديد

يكمن السبب الخاص لانقضاء الضمان البنكي الدولي في انتهاء أجل سريانه دون أن ترد مطالبة

من المستفيد إلى البنك تتضمن دفع قيمته، مما يترتب عنه انقضاء أي التزام لهذا الأخير نحوه، و أي

طلب للضمان بعد ذلك التاريخ يعتبر مستحيلا (أولا)، لكن هذه القاعدة قد يرد عليها استثناء يتعلق بالحالة

التي يطلب فيها المستفيد تمديد أجل الضمان و بالتالي التمديد في مدة التزام البنك الضامن في الضمان

المستقل (ثانيا).

¹- Article 26 alinéa b) et c) RUGD 758.

²- Article 26 alinéa e) RUGD 758.

أولاً: انقضاء الضمان البنكي الدولي بانتهاج الأجل

إذا لم يقدم المستفيد طلباً بدفع قيمة الضمان خلال مدة سريانه إلى البنك الضامن، تبرأ ذمته أي البنك بالتبعية لذلك.

و تطبيقاً لذلك يميز الفقه بين حالتين:

أ- إذا كان الضمان محدد المدة و هو الغالب: يجب أن تتم المطالبة خلال المدة المحددة، فإن تأخر المستفيد إلى غاية انتهائها دون أن يصل البنك أي طلب منه بالدفع، مما ينتج عنه انتفاء مسؤولية البنك و سقوط التزامه تجاه المستفيد.

و الواجب هنا أن تتم المطالبة خلال مدة سريان الضمان المحددة، أما الوفاء الفعلي به فقد يتم بعد ذلك بفترة زمنية¹.

و الواقع أن البنوك تحرص دائماً على ذكر تاريخ انتهاء أجل الضمان مع التأكيد على أن أية مطالبة ترد إليها بعد هذا التاريخ تكون عديمة الأثر.

فإذا انقضى الضمان بهذه الصورة يرسل البنك خطاباً إلى المستفيد يشير فيه بأن التزامه قد انقضى، و بالتالي فقد أجرى إلغائه من سجلاته، مع طلب استرداد أصل الضمان و ما لحقه من تجديدات إن وجدت أي تجديد لمدة سريانه، مع الإشارة إلى أن إلغاء الضمان من سجلات البنك لا يتوقف على رد أصله لكونه أصبح معدوماً، و لكن البنك يطلب ذلك لاستيفاء إجراءاته².

ب- إذا كان الضمان غير محدد المدة: إذا كان الضمان مقرر المدة غير محددة فإن التزام البنك يظل سارياً و لكن يجوز له إنهاءه في أي وقت بشرط أن يتم إنذار العميل و المستفيد بذلك مسبقاً و لفترة كافية

¹ - قرمان عبد الرحمان السيد، المرجع السابق، ص 396-397.

² - سليمان رمضان محمد عمر، المرجع السابق، ص 302.

حتى لا يكون هناك إنهاء للضمان بشكل تعسفي¹، وإن كانت هذه الحالة غير متوقعة و متصورة بالنسبة للضمان البنكي الدولي و المعاملات التجارية الدولية.

لقد اعتبرت القواعد الموحدة للضمانات المستقلة أن انتهاء أجل الضمان من الأسباب المؤدية إلى انتهاء التزام الضامن في الضمان²، كما فصلت في ذلك على النحو التالي:

1- إذا لم يكن للضمان أو الضمان المقابل تاريخا للإنقضاء أو سببا مؤديا للإنقضاء، فإن الضمان لا يظل ساريا لأمد غير محدود، و إنما تنتهي مدته في ظرف 3 سنوات ابتداء من تاريخ إصداره، و بالنسبة للضمان المقابل ينقضي بعد 30 يوما من انقضاء الضمان³.

2- إذا صادف تاريخ انقضاء الضمان يوما غير مفتوح في مكان تقديم طلب الوفاء، فإن ذلك التاريخ يتمدد إلى أول يوم مفتوح حسب نفس المكان⁴.

3- عند انتهاء الضمان لانقضاء أجله، يكون الضامن ملزما بإخطار الأمر بذلك، و في حال الضمان المقابل، على الضامن إعلام الضامن المقابل بذلك، ليتولى بدوره إخطار و إعلام الأمر بذلك⁵.

من الناحية العملية تشترط العديد من البنوك الأجنبية بأن تظل الضمانات المقابلة التي تستفيد منها سارية المفعول إلى غاية رفع حجز المستفيد عنها Mainlevée أو إعادة العقد من قبله، و ذلك بصرف النظر عن أي تاريخ للإنقضاء المدرج في التزاماتهم، و في هذا الصدد، أوضحت المحاكم الفرنسية بأنه و تطبيقا لاستقلالية الضمان من الدرجة الأولى و الضمان المقابل فإن هذا الأخير يمكن و بصورة صحيحة أن يظل ساريا حتى و لو انقضى الضمان من الدرجة الأولى⁶.

¹ - أمقران راضية، المرجع السابق، ص 145.

² - Article 25 alinéa b) RUGD 758.

³ - Article 25 alinéa c) RUGD 758.

⁴ - Article 25 alinéa d) RUGD 758.

⁵ - Article 25 alinéa e) RUGD 758.

⁶ - KLEIN-CORNEDE Joanne, Op.Cit, p 94.

ثانيا: تمديد أجل الضمان La prorogation du délai

الأصل أن التزام الضامن يسقط بانتهاء مدة الضمان، و لكن استثناء يجوز تمديد هذه المدة قبل انتهائها بموجب اتفاق بين المستفيد و الأمر، لمتطلبات تنفيذ العملية المضمونة فيلجأ الأمر إلى البنك طالبا مد أجل الضمان¹.

كما يمكن للمستفيد تقديم هذا الطلب، و لكن جرى العمل على أنه، و تجنباً لرفض البنك، يلجأ إلى اعتماد ما تسمى بصيغة مدد أو ادفع "Proroger ou Payer"، فإذا رفض البنك ذلك يجد نفسه ملزماً بالوفاء إلى المستفيد².

و يعتبر رضا كل من الأمر و الضامن ضروريا بالنسبة لمسألة التمديد، فالأمر هو من يوجه تعليماته للبنك لإصدار الضمان لفائدة المستفيد، لذلك فإن أي تمديد للأجل دون رضاه سيحرم البنك من الرجوع عليه بعد الوفاء، كما أن قبول البنك الضامن بالتمديد يعتبر أمراً منطقياً لكونه طرفاً في عقد الضمان، و هو الملتزم بالدفع³.

يمكن اعتبار أن استعمال و تنفيذ الضمان مرتبط بالقرار المسبق بعدم تمديد أجله، حيث لا يوجد منطقياً أي فرق بين طلب التمديد أو الدفع "Proroger ou Payer" و طلب الدفع أو التمديد "Payer ou Proroger"، و الأكيد هنا أنه و في مصلحة الأمر، غالباً ما يتم اختيار التمديد عند التسوية الفورية للضمان، و لكن مع ذلك، و إن كانت هذه الإمكانية مقبولة من المستفيد، و الذي يحق له في الوقت نفسه الحصول على الوفاء، فإنه لا يوجد ما يقيد حق و التزام الضامن في اختيار إحدى الوسيلتين إما قبول التمديد أو القيام بالدفع.

¹ - الشامسي جاسم علي جاسم، المرجع السابق، ص 19.

² - جبار رقية، المرجع السابق، ص 265.

³ - PIEDELIEVRE Stéphane, «Remarques sur les règles uniformes de la C.C.I relatives aux garanties sur demande», Op.Cit, p 629.

كما أنه و باعتبار تكريس القضاء لمبدأ عدم جواز الإمتناع عن الوفاء إلا في حالة التعسف أو الغش الظاهر، فالتسلسل المنطقي يفرض كذلك احتمالية الغش أو التدليس الظاهر، و كذلك التواطؤ في حال الضمان المقابل، بالنسبة لطلب التمديد.

فالتמיד المتكرر للإلتزام يتضمن بذاته استمرارا و تمديدا لمخاطر كبيرة تتعلق برسوم و تكاليف بنكية خارج إطار ميزانية الأمر و كذلك البنك، كما قد يمارس هذا الطلب بدون حق من خلال التعسف في استغلال الوضع المهيمن الذي تكون عليه حالة المستفيد من الضمان المستقل، لذلك فالرقابة القضائية يمكن بالتأكيد أن تتحقق من طلبات التمديد التعسفية أو التدليسية¹.

أمّا إذا تعلق الأمر بالضمان المقابل، فقد اعتبر القضاء الفرنسي بأن طلب التمديد الموجه من المستفيد إلى البنك الضامن من الدرجة الأولى، و الطلب بالوفاء أو التمديد المقدم من هذا الأخير إلى الضامن المقابل لا يعني بأنه طلب للوفاء، لذلك كيف بأن هذا القرار يحد من فكرة استقلالية الضمان بالنسبة للضمان المقابل².

بالرجوع إلى القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب و تحديدا المادة 23 منها، فقد وضعت أحكاما مفصلة لمسألة التمديد على النحو التالي:

1- إذا ما تلقى الضامن طلبا لتمديد أجل الضمان، يمكنه إيقاف عملية الوفاء لمدة 30 يوما ابتداء من تاريخ تسلمه للطلب.

2- بعد إيقاف عملية الوفاء يقدم الضامن طلبا مطابقا إلى الضامن المقابل لتمديد أجل انقضاء الضمان المقابل.

¹- MATTOU Jean-Pierre et PRÛM André, « Banque-Banquier : Garantie à première demande, Maître de l'ouvrage, Demande de prorogation, Banque garante. Demande de proroger ou payer à la banque contre garante. Interprétation, Simple demande de maintien des garanties», La semaine juridique entreprise et affaires, N° 48, Lexis Nexis SA, Paris, 30 Novembre 1989, p 4.

²- MATTOU Jean-Pierre, Droit bancaire international, Op.Cit, p 175.

3- يمكن للضامن المقابل إيقاف عملية الوفاء لأجل لا يتعدى المدة التي تم فيها إيقاف الوفاء بالضامن، على الأقل ب 4 أيام.

4- يلتزم الضامن، بدون أجل، بإعلام الأمر بالتمديد، و في حال الضامن المقابل بإعلام الضامن المقابل، الذي بدوره يخطر الأمر بذلك.

5- يعتبر طلب الوفاء مسحوباً إذا تم التمديد خلال الآجال المحددة في الفقرات السابقة من هذه المادة، أما إذا لم يمنح أي أجل لذلك فإن الوفاء بالضامن يكون واجباً دون إلزامية تقديم طلب جديد بذلك.

6- للضامن أو الضامن المقابل الحق في رفض التمديد حتى و لو تلقى أوامر من عميله الأمر بمد أجل الضامن، و في هذه الحالة عليه القيام بالوفاء.

7- على الضامن أو الضامن المقابل إعلام الطرف الذي وجه إليه تعليمات بالتمديد، بقراره المتضمن إما القبول أو الرفض.

8- لا يتحمل كل من الضامن أو الضامن المقابل أية مسؤولية عن إيقاف الوفاء بناء على طلب التمديد طبقاً للقواعد المحددة في هذه المادة.

إنه و حتى في حال غياب شرط الوفاء أو التمديد، المستفيد يطلب تمديد صلاحية الضامن تحت التهديد بطلب الوفاء في حال الرفض.

عموماً يفضل الأمر التمديد على الدفع، ففي الحالة الأولى يجب أن يستمر في سداد عمولات البنك في حين أنه في الثانية مبلغ الضامن يكتب مباشرة في مديونيته.

و في الواقع غالباً ما يعتبر شرط التمديد أو الدفع مصدراً للنزاعات القضائية بين الأطراف في

الضامن¹.

¹ - ROSSI Tuto, Op.Cit, p 74.

و من أهم الآثار المترتبة على انقضاء الضمان المستقل، حق البنك في الرجوع على عميله، في حال الوفاء، بالمبلغ الذي دفعه مضاف إليه الفوائد و المصاريف و العمولة المستحقة له، و إذا كان للعميل حساب جاري يقوم البنك بقيد المبالغ المدفوعة في الجانب المدين من حسابه، تأسيساً على العقد المبرم بينهما¹، كما يضاف الإحتياطي النقدي المودع في حساب احتياطي خطاب الضمان إلى حساب العميل، بعد خصم العمولات المستحقة في ذمة العميل و لم يتم تحصيلها لعدم وجود رصيد كاف في حسابه و ذلك بعد إخطاره بذلك²، أما إذا انقضى الضمان دون الوفاء بقيمته للمستفيد، فإن ذمة البنك تبرأ من ذلك، و يلتزم بإعادة الغطاء الذي قدمه العميل لضمان إصدار الضمان³.

خلاصة الفصل الثاني:

لقد اختلف الفقه و القضاء في تكييف الضمان البنكي الدولي منقسمين على إثر ذلك إلى رأيين، الرأي الأول يعتبر بأن الإرادة المنفردة هي أساس التزام الضامن أي أن تعهده في الضمان يتأسس على إرادته المنفردة المعلن عنها لصالح المستفيد،، في حين أسنده الرأي الثاني إلى نظرية العقد، فالبنك وفقاً له يتعهد تجاه المستفيد بناء على العلاقة التعاقدية فيما بينهما، إلا أن أنصار هذه النظرية لم يجمعوا حول فكرة محددة تفسر من خلالها تلك العلاقة، حيث اعتبرها البعض عقد كفالة، و غيرها البعض الآخر بناء على نظرية الإنابة، و غيرهما من الأنظمة القانونية التي ثبتت عدم صلاحيتها لتفسير خصوصية الضمان، ليجمع أغلب الفقه على كونه عقدا ذو طبيعة خاصة يتميز باستقلاله سواء من حيث وجوده، صحته أو حتى انقضائه طبقاً للقواعد العامة سواء بالوفاء أي بوفاء الضامن بقيمة الضمان لفائدة

¹ - و ليس على أساس فكرة الحلول باعتبار أن البنك يفي بدينه هو و ليس بدين العميل الأمر (انظر طليان مُجّد حسين صالح، المرجع السابق، ص 267-268).

² - أمقران راضية، المرجع السابق، ص 147.

³ - طليان مُجّد حسين صالح، المرجع السابق، ص 268.

المستفيد، كطريق طبيعي لانقضاء أي التزام، أو عكس ذلك بعدم الوفاء كالإبراء من خلال تنازل المستفيد عن حقه، أو بانقضاء أجل الضمان.

بالتالي فالضمان البنكي الدولي ذو طبيعة تعاقدية ، له خصائص تميزه عما يشابهه من أنظمة قانونية بما يجعله عقدا غير مسمى.

خلاصة الباب الأول:

إن الضمانات البنكية الدولية كتأمين من التأمينات الشخصية استحدثتها العمل و العرف المصرفي، و انتشرت في مجال التجارة الدولية، ونصت عليها عديد الدول ضمن قوانينها الداخلية على غرار التشريع الجزائري، كما اجتهدت غرفة التجارة الدولية في سبيل توحيد قواعدها و تقليل النزاعات بين أطرافها من أهمها القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب، التي أدرجت عليها تعديلات متتالية مواكبة للتغيرات والتطورات الحاصلة كان آخرها تعديل سنة 2010 تحت رقم 758، تمثل تعهدات من البنك بدفع مبلغ معين لفائدة المستفيد بمجرد الطلب أو وفقا للشكليات المتفق عليها.

إنه و بالنظر إلى الفوائد التي تحققها الضمانات لكافة الأطراف سواء البنك الذي يتحصل على عمولات محددة، أو الأمر الذي يجنبه تقديم تأمين نقدي و كذا حصوله على الصفقة التي كان يبتغيها، أو المستفيد الذي يحصل على الضمان مطمئنا لسمعة و ملاءة الضامن، بالإضافة إلى المرونة التلقائية التي تميز تنفيذها فقد اتسع نطاق استخدامها و تنوعت أشكالها تطبيقا لمبدأ الحرية التعاقدية و تماشيا مع متطلبات الحياة الإقتصادية بصفة عامة يذكر من أمثلتها الضمان المباشر و غير المباشر، الضمان بمجرد الطلب و الضمان المستندي إلى غير ذلك.

إن الضمانات المستقلة بما تتسم به من استقلالية التزام الضامن و عدم تأثره بما يشوب العلاقات الناشئة بين الأطراف أي بين كل من الأمر و المستفيد أو الأمر و الضامن ذاته، إضافة إلى عدم

الإحتجاج بالدفع تجاه المستفيد ، فيما عدا حالة الغش و التدليس الظاهر الذي يعكس سوء نية هذا الأخير، جعل منها عقدا غير نموذجي ذو طبيعة خاصة، إذ لا تندرج ضمن المفاهيم القانونية التقليدية في القواعد العامة كالكفالة البنكية و التعهد عن الغير و إن تداخلت معها في بعض أحكامها، وفي ذلك تأكيد على طبيعتها القانونية الخاصة.

و هو ما يشجع المتعاملين التجاريين لاشتراط مثل هذه الضمانات بصدد إبرام و تنفيذ العقود التجارية تجسيدا للمعاملات فيما بينهم و تعزيزا لها.

الباب الثاني

الإطار العملي للضمانات البنكية الدولية

في الجزائر

الباب الثاني: الإطار العملي للضمانات البنكية الدولية في الجزائر

تترجم كل عملية تجارية دولية من خلال إبرام عقد يتضمن اتفاق الأطراف على صفقة معينة، يقتضي إتمامها محاولة الحفاظ على المصالح المختلفة و تحقيق التوازن بينها، و كذا تجنب عديد الصعوبات التي قد تواجهها كالتناقضات المحتملة بين القوانين المنظمة للعقد أو سوء النية بين المتعاقدين، و ذلك بالحرص على تحرير العقد بقدر من العناية و الدقة مع التحكم في جوانبه الأساسية و خاصة ما تعلق منها بمصطلحات التجارة الدولية المستخدمة في توزيع مخاطر و تكاليف نقل البضاعة محل التعامل، إضافة إلى قائمة الوثائق اللازمة لتنفيذ كل طرف لالتزاماته بصدد استيراد أو تصدير سلع أو خدمات (الفصل الأول)، لذلك وضعت البنوك تسهيلا لها مجموعة من التقنيات تشكل ضمانات بنكية توفر أكبر قدر من الأمن كما تعزز الثقة المتبادلة بين المتعاملين تنحصر في ثلاث تقنيات ألا وهي التحويل الحر الذي يعتمد على وجود ثقة تامة بين المصدر و المستورد، و التحصيل أو التسليم المستندي المستخدم في المعاملات بين أطراف بينهم ثقة محدودة، و الاعتماد المستندي الذي يعتبر من أهم هذه التقنيات و أكثرها استخداما في الجزائر (الفصل الثاني).

الفصل الأول: الآليات العملية لتكريس المعاملات التجارية الدولية

تنشأ مبادلات السلع و الخدمات من و إلى الخارج بإبرام عقد تجاري يجسد علاقة تجارية واضحة و دقيقة بين متعاملين اقتصاديين أجنبيين أو أكثر، تسمح لكل منهم بالسيطرة على جوانبها المختلفة القانونية منها و المالية، التجارية و التقنية، لذلك يجب أن تستوفي، بغرض تكريسها في الواقع، كافة العناصر الأساسية لتحديد حقوق و التزامات كل طرف، و تجنباً لأية اختلافات و نزاعات قد تنشأ فيما بينهم انطلاقاً من إدراج مصطلحات معينة خاصة بالتجارة الدولية، وصولاً إلى تعيين البنك القائم بمراقبة و تسيير ملف العملية التجارية الدولية (المبحث الأول)، هذه الأخيرة ليست في منأى عن مختلف المخاطر التي قد تواجهها¹، و هو الدافع لإنشاء تقنيات بنكية ساعد تطورها في ضمان حقوق كل من المصدر و المستورد و توفير الثقة و الأمان في تنفيذ و إتمام المعاملة فيما بينهما (المبحث الثاني).

المبحث الأول: العناصر الأساسية للمعاملات التجارية الدولية

معاملات التجارة الدولية هي تلك المبادلات للسلع و الخدمات ينظمها ما يسمى بالعقد التجاري الدولي، حيث يشكل الأساس في بنيان أي علاقة تجارية على المستوى الدولي بما يتضمنه من شروط و ما تنشأ عنه من التزامات متبادلة بين أطرافه (المطلب الأول)، و بما يستلزم تنفيذه من استيفاء إجراء التوطين البنكي، و التحكم في مفاهيمه باعتباره عنصراً أولياً في كل معاملة كمبدأ عام، يتطلب إتمامه تقديم مختلف الوثائق و المستندات التي يحددها القانون (المطلب الثاني).

¹ - و التي تعرف بمخاطر التجارة الدولية تنشأ خصوصاً لاعتبار الفاصل المكاني بين أطراف المعاملة التجارية الأمر الذي يحول دون تنفيذ الإلتزامات المترتبة عنها بدون صعوبات و مثالها التراجع عن تنفيذ العقد قبل تسليم البضاعة أو حتى بعد ذلك كعدم دفع المشتري لثمنها، إضافة إلى كافة المخاطر السياسية أو المالية التي ترافق عادة العقود التجارية الدولية (انظر سعود عويد عبد، «الحماية القانونية للإعتماد المستندي من الغش التجاري»، مجلة كلية الحقوق، العدد 1، المجلد 18، جامعة النهرين، العراق، جانفي 2016، ص 284).

المطلب الأول: إبرام عقد التجارة الدولية: استيفاء للشروط و تنظيم للأحكام وفقا لقواعد

الإنكوترمز

يعرف العقد بكونه تطابق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، يتمثل في إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل¹.

فبموازاة ما يتمتع به العقد كنظام قانوني في القانون الداخلي تتزايد أهميته و ضرورته في القانون الدولي و تحديدا المجال التجاري الدولي بفعل اتساع نطاق المبادلات التجارية عبر الحدود التي تتم في إطار ما يسمى بعقود التجارة الدولية.

إن عقد التجارة الدولية كغيره من العقود يستلزم لتكوينه توفر الشروط و العناصر الضرورية حتى يكون مرتبا لآثاره من خلال الإلتزامات المتقابلة للأطراف المتعاقدة (الفرع الأول)، و التي تساهم قواعد الإنكوترمز في تحديدها بدقة تفاديا لنشوء نزاعات و سوء فهم فيما بينهم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إعداد عقد التجارة الدولية

يعتبر عقد التجارة الدولية أداة أساسية لتسيير المعاملات التجارية على المستوى الدولي، فهو من أهم وسائل المبادلات الإقتصادية و الخدماتية و المعلوماتية عبر مختلف الحدود الإقليمية ينعكس عبر عديد الصور و الأشكال التي يتخذها و لا حصر لها، لذلك لطالما كان محل اهتمام من خلال محاولة إعطائه مفهوما واضحا يحدد معالمه بدقة، سواء من قبل الفقه أو بما تضمنته مختلف الإتفاقيات الدولية ذات الصلة بالتجارة الدولية (أولا)، لتتضح على إثر ذلك الصورة التي يمكن أن يتخذها العقد التجاري الدولي من الناحية العملية (ثانيا).

¹ - المادة 54 من القانون المدني.

أولاً: التعريف بعقد التجارة الدولية Le contrat de commerce international

يُصطلح عليه بالعقد الدولي Le contrat international، حيث تتجسد المبادلات بين المتعاملين في مجال التجارة الدولية من خلال إنشاء علاقة أو علاقات تعاقدية فيما بينهم تكون منظمة قانوناً باستيفاء هذه العلاقة لصيغها الشكلية منها و الموضوعية مع تحديد الإلتزامات المترتبة في ذمة كل طرف من الأطراف.

أ- المقصود بعقد التجارة الدولية: في الواقع لا يوجد تعريف محدد لعقد التجارة الدولية، إذ لم يقدم مدلول واضح حول مفهومه في إطار قانون التجارة الدولية خصوصاً، و قد عزز ذلك أن بعض الإتفاقيات الدولية في هذا المجال لا تتضمن تعريفاً لهذا العقد، و إنما تكتفي فقط بالإشارة إلى حالات تطبيق الإتفاقية، أو باستخدام مصطلح «الدولية» في إطار تحديد نطاق تطبيق تلك الإتفاقية¹.

رغم صعوبة ذلك، إلا أن الفقهاء اجتهدوا في محاولة تقريب معنى عقد التجارة الدولية أو العقد الدولي و خاصة بالنسبة للمتعاملين على المستوى التجاري الدولي.

أ-1- التعاريف الفقهية لعقد التجارة الدولية: من بين التعاريف المقدمة بشأن عقد التجارة الدولية يذكر ما يلي:

1- عقد التجارة الدولية حسب الأستاذ "سعد الله عمر" هو مجموعة التصرفات القانونية الإتفاقية، التي تجري بين أطراف متصلة بالقانون الخاص لإجراء معاملات تجارية دولية بينهم، و بهذا الوصف فهو مصطلح يتعلق بعقد دولي ينظم عمليات البيع الدولي أي البيع و الشراء و مثاله بيع سلعة أو خدمات أو منتجات².

2- وفقاً للأستاذ "محمد نصر محمد" يقصد بالعقد الدولي ذلك العقد الذي يستمد صفته تلك من طبيعة

¹ - سعد الله عمر، قانون التجارة الدولية: النظرية المعاصرة، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2016، ص 224-225.

² - المرجع نفسه، ص 225.

العلاقة التي يحكمها، و يتخذ عادة شكل شروط عامة¹ أو عقد نموذجي²، و بناء عليه فإن الشكل النموذجي للعقد و إن كان من خصائص العقد الدولي، فهو ليس من مستلزماته³.

3- العقد الدولي هو عقد يتعلق بقانون عدة دول أو حتى القانون الدولي أو العابر للحدود الوطنية، و للإقرار بدولية العقد يمكن الإعتماد على معيارين و هما: معيار جغرافي وفيه يكون العقد دوليا إذا كان من الممكن أن يؤدي إلى ظاهرة انحسار و تدفق السلع و رؤوس الأموال عبر الحدود، و معيار اقتصادي بموجبه يجب أن يتعلق بمصالح و فوائد التجارة الدولية⁴.

4- عقد التجارة الدولية هو تلك العلاقة التعاقدية ذات العنصر الأجنبي التي تتضمن القيام بمعاملات تجارية على الصعيد الدولي، بما يجعلها خاضعة للقانون الدولي الخاص بموجب الإتفاق الذي يبرمه الأطراف تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة، ووفقا لقواعد و أعراف التجارة الدولية⁵.

5- العقود الدولية تعد أداة لتسيير التجارة الدولية و وسيلة للمبادلات الإقتصادية عبر الحدود، حيث تؤثر هذه العقود من الناحية الإقتصادية على اقتصاد الدول باعتبار أنها تستدعي انتقالا للقيم و الثروات و الخدمات عبر الحدود⁶.

¹ - الشروط العامة التي يشير إليها العقد الدولي بشأن التعامل بسلعة معينة هي مجموع البنود أو القواعد العامة التي يستعين بها المتعاقدون و يضمنونها في عقودهم، ليتم تكملتها بالمسائل التفصيلية الأخرى المرتبطة بالعقد كميعاد التسليم أو المكان إلى غير ذلك. (انظر نجّـد نصر نجّـد، الوسيط في عقد التجارة الدولية، دار الكتب العلمية، لبنان، 2013، ص 105).

² - العقد النموذجي في مجال التجارة الدولية عبارة عن مجموعة من الشروط النموذجية في صيغة مكتوبة يتفق عليها تجار سلعة معينة في منطقة جغرافية معينة، و يلتزمون بإرادتهم الحرة بتطبيقها فيما يبرمونه من صفقات متعلقة بتلك السلعة، و تحرر هذه الشروط عادة في نماذج مختلفة يراعى فيها ظروف المتعاملين في منطقة معينة، و يرجع لهؤلاء اختيار النموذج الملائم لهم، و من أمثلتها: عقود نموذجية لبيع القمح، عقود نموذجية وفقا لظروف النقل. (انظر رؤوف نغم حنا، «العقود النموذجية للجنة الإقتصادية الأوروبية»، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد 6، المجلد 14، العراق، يونيو 2007، ص 328).

³ - نجّـد نصر نجّـد، المرجع السابق، ص 106.

⁴ - LARPVANICHAR Ratchaneekorn, Les contrats internationaux : étude comparative franco-thaïlandaise, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit, discipline droit international privé, Université du droit et santé, Lille 2, France, 2012, p 26-27.

⁵ - شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر
بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008-2009، ص 1.

⁶ - ذكرى نجّـد حسين و استبرق نجّـد حمزة، «التزامات أطراف التفاوض في عقود التجارة الدولية»، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد 2، المجلد 6، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بابل، العراق، 2014، ص 284.

6- لا يختلف عقد التجارة الدولية عن أي عقد عادي، فهو يفترض تبادلاً للإرادة بين أطرافه بغية تحقيق

عملية تجارية محددة، لذلك فخصوصيته تكمن في طابعه الدولي¹.

ما يستخلص من مختلف هذه التعاريف:

- أن الفقهاء و في إطار تحديد المقصود بعقد التجارة الدولية يستندون إلى مسألتين أساسيتين و هما

قواعد التجارة الدولية و المجهودات المبذولة في سبيل توحيدها باعتبارها النظام القانوني المؤطر لهذا

النوع من العقود، إضافة إلى إضفاء صفة الدولية على العقد انطلاقاً من طبيعة العلاقة التي ينظمها.

و لقد تبنى الأستاذ "الشرقاوي محمود سمير" هذه الفكرة من خلال اعتباره بأن وجود قواعد موحدة

للتعاقد تتبعها مختلف الدول في معاملاتها يعد من أهم صور توحيد قانون التجارة الدولية²، فالمعاملات

التجارية الدولية تتجه إلى خلق شكل نموذجي للعقد الدولي، يتخذ هذا الأخير إما صورة عقد يتضمن

صيغة معينة لشرط من الشروط العامة أو بالإشارة إليها، أو شكل عقد من العقود النموذجية، ليستمد

طابعه الدولي من طبيعة العلاقة التي ينظمها بغض النظر عن جنسية المتعاقدين³.

- أن جميع أشكال التواجد في الخارج أو على المستوى الدولي يترجم عادة من خلال إنشاء علاقات

تعاقدية بين المتعاملين، لذلك يجب دراسة هذا العقد بشكل جيد بغية تفادي عديد العقبات أو

المصاعب التي قد تضعها التشريعات الوطنية أو الناتجة عن سوء نية الطرف الآخر أو حتى عن

مجرد صدفة مؤسفة⁴.

- أن المفهوم القانوني لعقد التجارة الدولية ينصرف إلى اعتبار العقد بتلك الصفة عند تضمينه عنصراً

¹ - TRARI TANI Mostépha et Autres, Op.Cit, p 137.

² - يراد بقانون التجارة الدولية مجموعة القواعد القانونية التي تسري على العلاقات التجارية المتصلة بالقانون الخاص، و التي تتم بين دولتين أو أكثر، أو هو تلك القواعد و المبادئ العامة السائدة في المجتمع الدولي للتجار، و التي تتحدد باستمرار من خلال الهيئات و المنظمات و الإتفاقيات و المعاهدات الدولية المنظمة للعلاقات القانونية الخاضعة للقانون الخاص. (انظر محمود عصام حنفي، قانون التجارة الدولية، جامعة بنها، مصر، بدون سنة نشر، ص 3-4).

³ - الشرقاوي محمود سمير، العقود التجارية الدولية: دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، مصر، 1992، ص 15-16.

⁴ - GUYOMAR André et MORIN Etienne, Op.Cit, p 68.

أجنيبا «Un élément d'extranéité»، فهو الذي يدل على وجود نقطة أو علاقة اتصال، على الأقل بين دولتين، و من أمثله الموطن أو مقر الإقامة، مكان التنفيذ، مكان التسليم، إلى غير ذلك من العناصر المحددة لدولية العقد التجاري.

و هو التعريف الذي تبناه الأستاذ "BATIFFOL Henri" لتحديد المقصود بالعقد الدولي، فاحتواؤه على عنصر أجنبي سواء كان شخصيا كاختلاف الجنسية أو موضوعيا يتعلق بموضوع العقد، يجعله متصلا بأكثر من نظام قانوني واحد، بما يضيف عليه صفة الدولية¹.

- أن عقد التجارة الدولية على غرار أي عقد عادي يستلزم لانعقاده تطابق إرادة الأطراف، ابتداء بتقديم عرض «Une offre» و قبوله من الطرف الآخر، و أن يتمتع كل الأطراف بالأهلية القانونية، مع تحديد محل و مضمون المعاملة و شكليات تنفيذها، و النتائج المترتبة عن ذلك، فعقود التجارة الدولية عادة ما تكون تبادلية تحدد الإلتزامات المتبادلة الملقاة على عاتق الأطراف المتعاقدة².

أ-2- تعريف الإتفاقيات الدولية لعقد التجارة الدولية: تتعدد الإتفاقيات الدولية المبرمة في مجال التجارة الدولية، و التي تعد بذاتها مصادر يستمد منها قانون التجارة الدولية شرعيته، منها اتفاقية لاهاي بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، مبادئ العقود التجارية الدولية ل UNIDROIT³.

¹ - شويرب خالد، المرجع السابق، ص 15.

² - GARSUAULT Philippe et PRIAMI Stéphane, Op.Cit, p 44.

³ - UNIDROIT: هو المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في روما، و يختصر عادة بمعهد روما، أنشأ سنة 1926، يجتهد في إعداد قوانين موحدة لمسائل ذات أولوية ضمن مسائل القانون الخاص، و خصوصا المتعلقة منها بالتجارة الدولية (انظر سعد الله عمر، المرجع السابق، ص 181-182).

أ-2-1- اتفاقيتي لاهاي 1964 بشأن البيع الدولي للبضائع¹: بالرجوع إلى الإتفاقيتين يستخلص بأن كلاتهما لم تعرف العقد الدولي، و إنما وضعت ضوابط لتحديد دولية عقد البيع باعتبارها لا تتعلق إلا بالبيع الدولي للبضائع انطلاقاً من التسمية التي أطلقت عليها، سواء بالنسبة للإتفاقية المتعلقة بتكوين عقود البيع الدولي للبضائع²، أو تلك المتضمنة للقانون الموحد للبيع الدولي للبضائع³.

وبالتالي فقانون لاهاي الموحد قد وضع نوعين من الضوابط كمعيار لدولية عقد البيع، الأول شخصي يتعلق بالأشخاص الأطراف في العقد من خلال اختلاف أماكن عملهم أي أن يقع مكان عمل كل طرف من أطراف عقد البيع في إقليم دولة متعاقدة مختلفة، و إذا لم يكن لأحد الأطراف مكان عمل تكون العبرة بمحل الإقامة المعتاد، بغض النظر عن جنسية أي منهم، أمّا الضابط الثاني فهو موضوعي يرتبط بعقد البيع ذاته من حيث ظروف إبرامه و تنفيذه و محله، أي احتواء البيع على عنصر خارجي يتمثل إما في وقوع البيع على سلع تكون عند أو بعد إبرام عقد البيع محلاً للنقل من دولة إلى أخرى، أو بصور الإيجاب و القبول في دولتين مختلفتين، أو في تسليم الشيء المبيع في دولة غير تلك التي صدر فيها الإيجاب و القبول⁴.

¹ - لقد تم إبرام اتفاقيتين دوليتين متعلقتين بالبيع الدولي للبضائع على إثر انعقاد مؤتمر بمدينة لاهاي برعاية الحكومة الهولندية في أبريل 1964 شاركت فيه 28 دولة، و هما إتفاقية لاهاي 1964 بشأن تكوين عقود البيع الدولي للبضائع L.U.F.C، و إتفاقية لاهاي 1964 بشأن القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع L.U.V.I، و قد بدأ سريانها في سنة 1972 (انظر أبو العينين أحمد هاني مُجّد السيد، الفحص و الإخطار الواجب على المشتري في إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، 2005، ص 5-6).

² - المادة 3 من إتفاقية لاهاي 1964 بشأن تكوين عقد البيع الدولي للبضائع:
<https://www.unidroit.org/instrument/international-sales-ULFC-1964>.

³ - المادة 3 من إتفاقية لاهاي 1964 بشأن القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع:
<https://www.unidroit.org/instrument/international-sales-ULIS-1964>.

⁴ - شتوح العياشي، «نظرة قانون لاهاي الموحد لمعيار دولية عقد البيع»، مجلة العلوم الإجتماعية، العدد 19، جامعة مُجّد لين دباغين، سطيف، 2014، ص 313-315.

أ-2-2- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع فيينا 1980¹: إن اتفاقية فيينا، مثلما تدل عليها تسميتها، تطبق فقط على البيع إذ لا تشمل كل أنواع عقود التجارة الدولية، و بالتالي فالمقصود منها أن تحكم نوعا واحدا فقط من العقود الأكثر استخداما في التجارة الدولية ألا و هو البيع الدولي².

بالرجوع إلى المادة الأولى من الاتفاقية يلاحظ بأنها حددت نطاق تطبيقها بعقود بيع البضائع المبرمة بين أطراف توجد مراكز أعمالهم في دول مختلفة بشرط أن تكون هذه الدول متعاقدة أو يترتب على تطبيق قواعد القانون الخاص، تكريس قانون دولة متعاقدة³.

و بذلك فإن اتفاقية فيينا اعتمدت معيارا واحدا محددا لدولية عقد البيع و هو المعيار الجغرافي أي البلد الذي يوجد فيه أطراف العقد بدون الأخذ في الإعتبار جنسية الأطراف، و ينتج عن ذلك أن عقد البيع بين شركتين من جنسيتين مختلفتين يقع مقرها في إقليم نفس الدولة المتعاقدة لا يندرج ضمن إطار تطبيق الاتفاقية، بمعنى آخر لا يكون عقدا دوليا⁴.

انطلاقا من ذلك و وفقا للاتفاقية العقد الدولي لا يتحدد بحركة انحسار و تدفق القيم أو البضائع عبر الحدود، و لا بكونه ماسا بمصالح التجارة الدولية، كما لا يتعلق بجنسية الأطراف، و لا بصفته المدنية أو التجارية أو بمدنية أو تجارية العقد ذاته، و إنما بوجود أن يشكل صلة بين دولتين متعاقدين

¹ - تسمى كذلك باتفاقية فيينا 1980 كما تختصر ب CVIM، تم إبرامها بتاريخ 11 أبريل 1980، فهي بمثابة عمل توفيقى « une œuvre compromis»، لكونها أول أداة قانونية عالمية موجهة لتنظيم العقد الأكثر شيوعا في مجال العلاقات الإقتصادية الدولية. فمنذ دخولها حيز التنفيذ في جانفي 1988، حققت نجاحا فعليا و كبيرا، لذلك اعتبرت نموذجا حقيقيا للقواعد المطبقة على مجموعة عقود التجارة الدولية (Voir VIEILLARD Guillaume, La contribution de la commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNDICI) à l'harmonisation et l'uniformisation du droit commercial international, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit privé, UFR, Droit et Sciences économique et politique, Université de Bourgogne, Dyon, France, 2014, p 355-356.)

² - FERRARI Franco, « Interprétation uniforme de la convention de Vienne de 1980 sur la vente international », Revue international de droit comparé, N° 4, Vol.48, Octobre-Novembre 1996, p 825.

³ - المادة 1/ف1 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع فيينا 1980.

⁴ - NGUYEN Minh Hang, La convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises et le droit Vietnamien de la vente, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit privé, spécialité droit des affaires internationales, Université François-Rabelais de Tours, France, 2009, p 3-4.

أو على الأقل أن تؤدي قواعد التنازع إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة¹.

أ-2-3- مبادئ العقود التجارية الدولية²: و تسمى كذلك بمبادئ اليونيدروا: Les principes

d'Unidroit أو المبادئ Les principes .

تستهدف هذه المبادئ منذ إصدارها سنة 1994 وضع مجموعة من القواعد لاستخدامها في جميع أنحاء العالم مهما كانت العادات القانونية و الشروط الاقتصادية و السياسية للدول أين سيتم تطبيقها، فهي تعكس المفاهيم الموجودة في أغلب الأنظمة القانونية، كما تقترح أهم و أفضل الحلول للصعوبات المرتبطة بعقد التجارة الدولية، كما أنها تحاول بطريقة متعمدة تجنب استخدام مصطلحات خاصة بنظام قانوني معين، و هذه مزايا تتمتع بها هذه القواعد بما يجعلها جذابة من الناحية العملية³.

و رغم أن مبادئ عقود التجارة الدولية ليست من عمل جهاز له سلطة تشريعية مما يحرمها من القوة الإلزامية في التطبيق التي يعطيها التكريس التشريعي، إلا أنها تنطبق كقاعدة معيارية سواء بصورة مباشرة عند اختيار الأطراف المتعاقدة تطبيقها، أو غير مباشرة في حال إخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون أو كما تعرف ب «Lexmercatoria»⁴، و هو ما يكسبها في الواقع طابعا إلزاميا حسب ما استقر

¹ - YESSAD Houria, Le contrat de vente internationale de marchandises, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit, Faculté de droit, Université Mouloud Mammeri de TIZI OUZOU, 2008, p 50.

² - هي مجموعة المبادئ التي تنظم العقود الدولية و تحديدا عقود التجارة الدولية صادرة عن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص سنة 1994 كنتاج للمجهودات المبذولة لإنشاء مقاربة بين مختلف القواعد الوطنية المنظمة للعقود بغية الوصول إلى إرساء قواعد موحدة تكون مقبولة دوليا، و قد تم إصدار الصيغة الثانية منها سنة 2004 حيث ضمت 10 فصول و 185 مادة، كما صدرت الصيغة الثالثة سنة 2010 ضمت 11 فصلا و 211 مادة. (انظر بن عثمان فريدة، «تفسير عقود التجارة الدولية وفقا للقواعد الدولية»، مجلة دفاتر السياسة و القانون، العدد 15، جامعة قاصدي مرباح بورقلة، جوان 2016، ص 641-642).

³ - TRAHAN Anne-Marie, «Les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international», Revue juridique Themis, N° 36, Université de Montréal, Québec, 2002, p 629.

⁴ - يعبر عن «La Lex mercatoria» بمجموعة المعايير المتضمنة للمبادئ العامة، التقنيات المهنية، العقود النموذجية، القرارات التحكيمية التي يتم تقديمها عن طريق المنظمات المهنية، من قبل التجار و الممولين الدوليين أي المتعاملين الدوليين للاستجابة للإحتياجات الخاصة للتجارة الدولية، كما يعتبرها الأستاذ KASSIS Antoine حادثة مسار عرضية في تاريخ نظرية القانون، ففي الحقيقة القانونية لا يوجد لا القانون الوطني، و لا القانون العابر للحدود الوطنية، إلا إذا فهم هذا الأخير كأساس مشترك للقوانين الوطنية.

(Voir BEGUIN Jacques, « Le développement de la lex mercatoria menace t-il l'ordre juridique international ? », Revue de droit de McGill, vol.30, Québec, 1985, p 478,480.)

عليه العديد من الفقهاء و ما كرسته العديد من المحاكم التحكيمية¹.

إن المبادئ تضع قواعد عامة مصممة أساسا لعقود التجارة الدولية و مع ذلك فهي لم تقدم معايير محددة بشكل صريح لتحديد مدى تجارية و دولية العقد ليكون خاضعا لأحكامها، لذلك فإن معيار تجارية العقد وفقا لها يتحدد من خلال إبرام الأطراف لعقد يتعلق إمّا بتجارتهم أو له صلة بمهنتهم، و ذلك بغرض تمييزه عن ما يسمى بعقود الإستهلاك التي تعد خارجة عن مجال تطبيق هذه المبادئ، كما ينبغي في الوقت ذاته أخذ مفهوم العقد التجاري بأوسع معانيه الممكنة ليشمل ليس فقط العمليات التجارية للتوريد أو تبادل السلع أو الخدمات و إنّما كذلك أنواعا أخرى من العمليات الإقتصادية مثل عقود الإستثمار، عقود الإمتياز إلى غير ذلك².

أمّا بخصوص دولية العقد فتوجد العديد من الضوابط التي يمكن الإستناد إليها كمركز الأعمال أو الإقامة المعتادة للأطراف في دول مختلفة، أو من خلال معيار أكثر عمومية كأن يكون للعقد صلة بأكثر من دولة، أو له تأثير في مصالح التجارة الدولية، و هو ما اعتمده المبادئ في مضمونها بصورة ضمنية، و نتيجة لذلك يجب تطبيق هذه المعايير بمعناها الواسع بغرض استبعاد فقط العقود التي لا تتضمن في الواقع عنصرا دوليا، أي العقود التي ليست لها صلة إلا بدولة واحدة فقط³.

و بالنتيجة لذلك فمتى استوفى العقد طابعه التجاري الدولي و استقرت الأطراف المتعاقدة على إخضاعه لمبادئ عقود التجارة الدولية إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، أو كان ذلك بحكم من المحكمة التحكيمية التي تستند كثيرا إليها بعكس القضائية التي غالبا ما تفضل تطبيق القوانين الوطنية أو الإتفاقيات الدولية للقانون المادي الموحد، فإن هذه المبادئ تجد مجالا للتطبيق⁴.

¹- CHARPENTIER Elise, « Les principes d'Unidroit : une codification de la lex mercatoria ? », Les Cahiers de droit, N° 1-2, Vol.46, Mars-Juin 2005, p 198 et suivantes.

²- Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international 2010, Publié par l'institut international pour l'unification du droit privé, Rome, 2011, p 2-3.

³- IBID, p 2.

⁴- DARANKOUM Emmanuel S., «L'application des principes d'Unidroit par les arbitres internationaux et par les juges étatique», Revue juridique Themis, N° 36, Université de Montréal, Québec, 2002, p 427,433.

الملاحظ من خلال مختلف هذه الإتفاقيات و إن تعلقت بشكل مباشر أو غير مباشر بعقود التجارة الدولية إلا أنها لم تتضمن تحديدا واضحا و صريحا للمقصود بهذه العقود، في حين اتجهت في مجملها إلى تبيان نطاق تطبيقها، مع التفصيل أكثر في الأحكام المتعلقة بها كإبرام العقد، تنفيذه، الإلتزامات المترتبة، إلى غير ذلك.

أ-3- **التعريف التشريعي لعقد التجارة الدولية:** رغم تنظيم العديد من التشريعات الوطنية لمسائل ذات صلة بالتجارة الدولية و من أهمها التحكيم التجاري الدولي، إلا أنها لم تتضمن تحديدا صريحا للمقصود بعقد التجارة الدولية، لذلك يتم استخلاص ذلك من خلال مضمون تلك النصوص القانونية، من بينها التشريع الفرنسي و كذا الجزائري.

أ-3-1- **التشريع الفرنسي:** استنادا إلى قانون الإجراءات المدنية¹ يمكن الجزم بأن المشرع الفرنسي اعتمد رأي بعض الفقه الفرنسي الذي تبنى المعيار الإقتصادي كمعيار دولية العقد.

ووفقا لهذا المعيار يكون العقد دوليا عندما يتصل بمصالح التجارة الدولية، أي أن ينطوي العقد على رابطة تتجاوز حدود الإقتصاد الداخلي لدولة معينة بأن تتضمن حركة ذهاب و إياب للأموال عبر الحدود الإقليمية، و ذلك يعد كافيا بدون الإستعانة بعناصر أخرى في العقد كجنسية الأطراف أو محل إقامتهم، و هو ما يعطي ذلك العقد محتوى اقتصادي واقعي².

لقد كرس هذا المعيار وجوده قضائيا من خلال الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية، و التي لا يوجد لها مقابل في القضاء الجزائري، و أشهر حكم صدر سنة 1927 فيما يعرف بنظرية مايتير "MATTER" و هو المدعي العام الذي أقر بأن العقد يكون دوليا بتوفير المد و الجزر بين

¹ - Article 1504 du code de procédure civile français : « Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international. » site : www.legifrance.gouv.fr.

² - بلاق مجّد، قواعد النزاع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة ليل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2010-2011، ص 16.

الحدود أين يكون هناك تبادل للقيم بين الحدود¹.

و رغم المزايا التي يتمتع بها المعيار الإقتصادي الذي تبناه المشرع الفرنسي إلا أنه كان محل انتقادات عديدة على اعتبار أنه لا يتلاءم مع التوسع في طوائف جديدة من العقود و لن يصلح لمواجهتها، لذلك اتجه الفقه و كذلك القضاء الحديث إلى الجمع و التوفيق بين المعيارين القانوني و الإقتصادي ليكون نتيجة لذلك العقد التجاري دوليا عند اتصاله بأكثر من نظام قانوني و محققا، في نفس الوقت، لمصالح التجارة الدولية².

أ-3-2- التشريع الجزائري: لا يوجد أي تعريف للعقد التجاري الدولي في القانون الجزائري، إلا أنه بالمقابل يمكن استخلاص معايير تحديد دولية العقد من خلال المرسوم التشريعي رقم 93-09 المتعلق بالتحكيم الدولي³، و قياسا عليه يكون العقد دوليا إذا كان ينطوي على مصالح التجارة الدولية و في ذلك تكريس للمعيار الإقتصادي الفرنسي لدولية العقد الذي يعد غير كاف لوحده بالنسبة للقانون الجزائري، إذ يستلزم الأمر الإستناد إلى معيار ثان يتمثل في وجوب أن يقع موطن أو مقر أحد الطرفين على الأقل خارج حدود الإقليم⁴.

و بصور القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁵، يكون المشرع قد عدل عن رؤيته السابقة بالجمع بين المعيارين الإقتصادي و القانوني لتحديد مسألة دولية التحكيم من خلال الإقتصار على ضابط واحد يتمثل في ارتباط النزاعات بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل

¹ - شويرب خالد، المرجع السابق، ص 19.

² - بلاق مجّد، المرجع السابق، ص 17-18.

³ - حيث تنص المادة 458 مكرر من المرسوم التشريعي رقم 93-09، مؤرخ في 25 أبريل 1993، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، يعدل و يتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966، جريدة رسمية عدد 27، الصادرة في 27 أبريل 1993 (ملغى) على ما يلي: «يعتبر دوليا، بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية، و الذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج.»

⁴ - TRARI TANI Mostépha, Op.Cit, p 137.

⁵ - المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: «يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل.»

ليكتسب التحكيم التجاري طابعه الدولي، و استنادا إليه يكون العقد التجاري دوليا، و هو ما يعد متوافقا في مضمونه مع الفكرة الحديثة لمفهوم عقود التجارة الدولية¹.

كما أشار النظام رقم 01-07 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج في سياق تحديده لمضمون العقد أن عمليات التجارة الخارجية تتمثل في المعاملات الخاصة بالسلع و الخدمات التي يحكمها العقد التجاري².

و نظرا لارتباط عقد التجارة الدولية بنظرية العقد، تجدر الإشارة إلى أن مصادر قانون العقود ذات طبيعة داخلية، باستثناء المجال البحري، فالجزائر لم تصادق لا على اتفاقية لاهاي لسنة 1955 المتعلقة بالقانون المطبق على البيوع الدولية للأموال المنقولة المادية، و لا على اتفاقية فيينا 1980 المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع، في حين انضمت إلى اتفاقيات أخرى من أمثلتها اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الإعراف بقرارات التحكيم الأجنبية و نفاذها³.

من خلال ما سبق، يعتبر عقدا تجاريا دوليا كل عقد ينطوي على نقل البضائع أو الخدمات عبر الحدود التي تتضمن أنظمة قانونية مختلفة.

و لتشكيله يجب أن يستوفي هذا العقد مجموعة من الشروط الضرورية.

ب- شروط تكوين عقد التجارة الدولية: يخضع هذا العقد للقواعد المعتادة في تكوين و تنفيذ العقود المحددة في النصوص العامة و المكرسة عن طريق الأحكام القضائية، فهو عقد مثل غيره، و لكن تجب الإشارة إلى انفصاله عن جوانب معينة من القواعد المعتادة ليفسح المجال لمبدأ الحرية التعاقدية⁴.

¹ - بلاق مجّد، المرجع السابق، ص 19-20.

² - المادة 25 من النظام رقم 01-07، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

³ - YESSAD Houria, Op.Cit, p 45-46.

⁴ - و الذي ينتج عنه تعدد الصور التي يتخذها عقد التجارة الدولية كعقد البيع، الوكالة، النقل، العقد الإلكتروني إلى غير ذلك من الأنواع، و التي من خلال مضمونها و شروطها تتميز بخصوصيات يجب أن تكون مقترنة بقواعد مشتركة.

(Voir JACQUET Jean-Michel et Autres, Op.Cit, p 199-200). et l'Article 1-1 des principes d'Unidroit 2010 : « Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en fixer le contenu. ».

و تطبيقا للقواعد العامة في العقد تنقسم هذه الشروط إلى شروط جوهرية و شروط صحة العقد.

ب-1- الشروط الجوهرية للعقد التجاري الدولي: و هي الأركان التي يبني عليها العقد، يمكن تصنيفها

إلى شروط موضوعية و أخرى شكلية.

ب-1-1- الشروط الموضوعية: تتمثل في التراضي، المحل و السبب.

1- التراضي: ينعقد العقد بمجرد تبادل أطرافه التعبير عن إرادتهم، و يتم ذلك في العقود الدولية عبر

مراحل من المفاوضات و عقود المرحلة التمهيديّة أو المؤقتة و بعض العقود التكميلية المساعدة¹، ليستقر

الأمر على تقديم عرض من طرف و يعبر عنه بالإيجاب يرافقه قبول من الطرف الآخر.

1-1- الإيجاب L'offre: يعتبر كذلك أي عرض مقدم بغرض إبرام العقد إذا كان موجها إلى شخص

أو عدة أشخاص معينين²، و مستوفيا لشروطه المتمثلة في:

1-1-1- أن يكون عرضا محددًا بشكل كاف: أي تعيين البضاعة، كميتها، ثمنها و أي بيان آخر يسمح

بهذا التحديد.

1-1-2- أن يكون عرضا باتا: أي أن يتبين نية الموجب في الإلتزام به و إتمام العقد في حال صدور

القبول.

1-1-3- ألا يكون عرضا موجها إلى أشخاص غير معينين و إلا اعتبر مجرد دعوة للتعاقد، ما لم يكن

القصد الصريح قد اتجه إلى خلاف ذلك³.

¹ - منصور مجّد حسين، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص 89.

² - Article 2-1-2 des principes d'Unidroit 2010 : « Une proposition de conclure un contrat constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. ».

³ - المادة 14 من اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع.

ينتج الإيجاب أثره بوصوله إلى علم الموجب أو المخاطب به، و لا يستطيع الرجوع فيه¹ إلا:

1- إذا تم سحب الإيجاب و وصل ذلك إلى المخاطب قبل أو في وقت وصول الإيجاب².

2- إذا وصل الرجوع عن الإيجاب إلى علم المخاطب قبل إرساله للقبول³.

لذلك يجب على أطراف عقد التجارة الدولية الحرص على التحديد الواضح للإيجاب و بيان

شروطه الجوهرية و صفته الملزمة، و عما إذا كانت بقية الشروط تعد أساسية للإنعقاد أم ثانوية يتم

تكملتها لاحقاً⁴.

1-2- **القبول L'acceptation**: هو التعبير الصادر عن الشخص الذي وجه إليه الإيجاب معلنا من

خلاله عن رضاه بالعرض المقدم له دون تعديل فيه، و كما قد يصدر بصورة صريحة بتعبير محدد يدل

عليه، قد يكون بصورة ضمنية باتخاذ الموجب له سلوكا يعبر عن موافقته على الإيجاب الموجه إليه⁵.

بالتالي يعتبر قبولاً أي بيان أو تصرف صادر عن المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب، بما معناه

أن التصرف السلبي أو السكوت و عدم القيام بأي تصرف لا يعتبر قبولاً⁶، و هو ما أكدته المادة 2 من

القانون الموحد لاتفاقية لاهاي 1964 بشأن تكوين عقد البيع الدولي حيث اعتبرت بأن كل شرط يرد في

الإيجاب يجعل من السكوت قبولاً يعد باطلاً⁷.

¹ - يعتبر التعبير عن الإرادة سواء كان إيجاباً أو قبولاً قد وصل إلى علم الطرف الموجه إليه عندما يتم إبلاغه شفويًا أو يتسلمه شخصياً بأية وسيلة أخرى أو تم التسليم في مقر عمله أو في عنوانه البريدي، أو في مكان إقامته المعتاد إذا لم يكن له مكان عمل أو عنوان بريدي (انظر المادة 24 من اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع)، و تنص المادة 16/ف2 من اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع على أنه: «و مع ذلك لا يجوز الرجوع عن الإيجاب:

أ- إذا تبين منه أنه لا رجوع عنه، سواء بذكر فترة محددة للقبول أو بطريقة أخرى.

ب- إذا كان من المعقول للمخاطب أن يعتبر أن الإيجاب لا رجوع عنه و تصرف على هذا الأساس.»

² - المادة 15 من اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع.

³ - المادة 16/ف1 من اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع.

⁴ - منصور مُجَّد حسين، المرجع السابق، ص 92-93.

⁵ - مُجَّد نصر مُجَّد، المرجع السابق، ص 74.

⁶ - و هو ما أقرته المادة 18/ف1 من اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع.

⁷ - مُجَّد نصر مُجَّد، المرجع السابق، ص 74.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تطرق لمسألة السكوت كتعبير عن الإرادة في القواعد العامة للعقد، حيث يعتبر قبولاً إذا كان سكوتاً ملائماً و ذلك في حالتين: إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين الطرفين المتعاملين، أو كان ذلك الإيجاب في مصلحة من وجه إليه¹.

لقد فصلت اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع في أحكام القبول على النحو التالي:

1- مطابقة القبول للإيجاب: أي ألا يتضمن القبول أية إضافات أو تعديلات أو تحديدات لمضمون

الإيجاب و إلا اعتبر رفضاً له متضمناً إيجاباً جديداً، و ذلك حسب الفقرة 1 من المادة 19 منها.

2- تضمين القبول لعناصر إضافية أو مختلفة: و في هذه الحالة:

1-2- وفقاً للفقرة 2 من المادة 19: إذا لم تؤدي هذه العناصر إلى تغيير جوهري في الإيجاب و لم

يعترض الموجب على ذلك شفاهة و بإرسال إخطار بذلك، يعتبر التعبير الصادر عن المخاطب

قبولاً ينعقد به العقد.

2-2- إذا شملت هذه العناصر مسائل محددة تتعلق بالثمن، التسديد، نوعية أو مكان موعد تسليم

البضائع، مسؤولية أحد الأطراف، تسوية المنازعات، فهو يعتبر تغييراً أساسياً معه القبول يفسر

على أنه رفض للإيجاب، ليصبح هو بذاته إيجاباً جديداً، و ذلك ما حددته الفقرة 3 من المادة 19.

2-3- يحدث القبول أثره من وقت وصوله إلى علم الموجب خلال المدة المحددة أو في مدة معقولة، مع

الأخذ في الاعتبار ظروف المعاملة و سرعة وسائل الإتصال المستخدمة، طبقاً لما نصت عليه

الفقرة 2 من المادة 18².

¹ - المادة 68/ف 2 من القانون المدني.

² - و هو الأمر ذاته بالنسبة لعقد التجارة الإلكترونية الذي يعرف بكونه ذلك الإتفاق الذي يتم عبر شبكة الإنترنت بخصوص موضوع التجارة الإلكترونية، و بالتالي فهو لا يخرج في مفهومه عن الإطار العام لأي عقد تحدد فيه حقوق و التزامات أطرافه، مع تميزه عن غيره بإبرامه بوسائل إلكترونية، فالإيجاب و القبول يصدران إلكترونياً، فينعقد العقد عند تلاقيهما. (انظر سعد الله عمر، المرجع السابق، ص 256-257).

2- المحل: يقصد بمحل العقد العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها، و هو يتحدد بموضوع الإلتزامات الرئيسية التي تتحقق بها العملية المقصودة، و يشترط فيه بأن يكون موجودا و ليس مستحيلا في ذاته، أن يكون معينا بذاته و مطابقا للمواصفات المتفق عليها، و أن يكون مشروعا أي غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة¹.

الملاحظ أن مختلف الإتفاقيات الدولية المتعلقة بعقود التجارة الدولية لم تتطرق بشكل صريح لمحل العقد، و إنما يستخلص من خلال الإشارة إلى موضوع العقد و مثاله البضائع، نقل التكنولوجيا، إلى غير ذلك.

و على عكس ما هو مقرر في القواعد العامة، فإن وجود أحد الأطراف أمام استحالة تنفيذ العقد، و مثاله هلاك السلع المباعة المحددة في عقد البيع أثناء إبرامه ليس له تأثير في صلاحية العقد. و هو الأمر ذاته إذا لم يستطع أحد الأطراف التصرف في الأموال التي تشكل محلا للعقد، و ذلك وفقا لما قرره مبادئ العقود التجارية الدولية لسنة 2010².

3- السبب: يراد بسبب العقد الدافع الباعث إلى التعاقد، أي الباعث الرئيسي الذي جعل المتعاقد يقدم على إبرام العقد، لذلك يشترط أن يكون موجودا و مشروعا³.

و بالرجوع إلى مبادئ العقود التجارية الدولية لسنة 2010، يستخلص بأنها تستبعد شرط توفر السبب لأجل انعقاد العقد، فإرادة الأطراف وحدها تعد كافية لذلك⁴، و هو في الواقع يطرح التساؤل حول الآثار المترتبة عن عدم مشروعية السبب، و هو ما لم تتطرق إليه.

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 138-139.

² - Article 3-1.3 des principes d'Unidroit 2010.

³ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 156، 166، 167.

⁴ - Article 3.1.2 des principes d'Unidroit 2010 : « pour conclure, ..., un contrat..., il suffit de l'accord des parties et de lui seul. »

ب-1-2- الشروط الشكلية: باعتبار أن العقد الدولي يتعلق بمعاملات تجارية بما تتطلبه من سرعة و ما تعرفه من تغيرات و تطورات، فإن الشكلية غير مشترطة لانعقاد العقد، و هو ما كرسته مبادئ العقود التجارية الدولية لسنة 2010، حيث قضت بأن العقد التجاري الدولي لا يخضع في إبرامه، تعديله أو إنهائه لأية شروط شكلية فإرادة الأطراف لوحدها تعد كافية لتحقيق ذلك، و هو في الواقع انعكاس لمضمون العلاقات التجارية الدولية التي، و على إثر تطور وسائل الإتصال، أصبحت تتم بطرق سريعة جدا و بأساليب مختلفة و متنوعة كالبريد الإلكتروني، الإنترنت، Télécopies إضافة إلى الأساليب التقليدية كالدمامة الورقية.

و يقصد بالكتابة كل محور مكتوب صادر عن المتعاقدين، على أن المقصود بالكتابة في مجال التجارة الدولية و وفقا للفقهاء الحديث يتعداه إلى أي محور يثبت إرساله من أحد الطرفين إلى الآخر و لو لم يكن موقعا بخط الطرف الصادر عنه ذلك المحرر¹.

كما يمتد أثر ذلك إلى الإثبات، حيث يمكن إثبات العقد بأية وسيلة إثبات بما في ذلك شهادة الشهود².

و هو ما تضمنته أيضا اتفاقية فيينا 1980، التي لم تخضع عقد البيع الدولي لأية شكلية معينة لانعقاده و كذلك لإثباته³.

و ذلك يعتبر متوافقا مع ما تقضي به بعض الأنظمة القانونية الوطنية من تكريس لمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية كقاعدة عامة⁴، حيث يجوز إثبات المعاملة التجارية بكافة طرق الإثبات، كما يجوز إثبات عكس ما اشتمل عليه دليل كتابي أو ما يجاوزه بكل الطرق، و ذلك يجد تبريره في طبيعة

¹ - محمد نصر محمد، المرجع السابق، ص 100.

² - Article 1.2 des principes d'Unidroit 2010 : « Ces principes n'imposent pas que le contrat, ..., soit conclu ou constaté sous forme particulière. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins. »

³ - المادة 11 من اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع.

⁴ - المادة 30 من القانون التجاري.

المعاملة و ما تستلزمه من سرعة في إتمامها¹.

ب-2- شروط صحة العقد التجاري الدولي: طبقا للنظرية العامة للعقد، ينعقد العقد صحيحا مرتبا آثاره

القانونية إذا استوفى أركانه و شروط صحته، فإن اختلفت هذه الأخيرة يصبح العقد قابلا للإبطال.

لقد كرست الإتفاقيات الدولية و المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية اهتمامها بمسألة التراضي،

حيث أخذت بعيوب الإرادة كأسباب مؤثرة في صحة العقد، و التي تتمثل في الغلط، التدليس، الغبن.

ب-2-1- الغلط L'erreur: هو اعتقاد غير الواقع من قبل المتعاقد حال تكوين إرادته، و قد يقع الغلط

على واقعة ليسمى بالغلط في الواقع Erreur de fait، و قد ينصب على واقعة قانونية ليسمى بالغلط في

القانون Erreur de droit².

و في مجال المعاملات التجارية الدولية يراد بالغلط الإعتقاد الخاطئ المتعلق بواقع هذه المعاملات

أو عدم الإحاطة الكافية بالقواعد المنظمة لها³.

ب-2-2- التدليس Le dol: استعمال طرق احتيالية من شأنها أن تخدع المدلس عليه و تدفعه إلى

التعاقد، و هو ما يفرض توفر عنصرين، عنصر مادي يتمثل في استعمال حيل، و عنصر شخصي

يتجسد في أن تكون تلك الحيل هي الدافع إلى التعاقد⁴.

و قد حددت مبادئ العقود التجارية الدولية لسنة 2010 المقصود بالتدليس كسبب لإبطال العقد في

استعمال وسائل احتيالية مؤثرة في إرادة أحد أطراف العقد التجاري من قبل الطرف الآخر المتعاقد خلافا

لمقتضيات حسن النية في المجال التجاري⁵.

¹ - مخلوف حنان عبد العزيز، العقود الدولية، جامعة بنها، مصر، 2010، ص 35.

² - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 100.

³ - Article 3.2.1 des principes d'Unidroit 2010.

⁴ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 60-61.

⁵ - Article 3.2.5 des principes d'Unidroit 2010.

ب-2-3- الإكراه **La contrainte**: الإكراه في حقيقته القانونية ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد، و هو لا يتحقق إلا بالتهديد أو القهر الذي ينتج عنه الخوف الشديد الذي يحمل المكره على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياراً فيعيب رضاه¹.

لقد أقرت مبادئ العقود التجارية الدولية لسنة 2010 الإكراه كعيب للإرادة، حيث اعتبرته ذلك التهديد الجدي و الخطير و غير المبرر الممارس من أحد الأطراف تجاه الطرف الثاني لحمله على التعاقد².

ب-2-4- الغبن **Avantage excessif**: يراد به اختلال التوازن الإقتصادي في عقد معاوضة نتيجة عدم التعادل بين الإلتزامات المتقابلة بين الأطراف المتعاقدة³.

إذن فللإرادة دور هام في إبرام عقد التجارة الدولية و تحديد مضمونه و ما يترتب عنه من آثار بشرط التقيد بالنظام العام الدولي⁴.

ثانياً: البنية العملية لعقد التجارة الدولية

تعتبر صياغة العقد المبرم بين أطراف المعاملة التجارية و إفراغ مضمونه في شكل كتابي بمثابة دليل عملي لهم بغض النظر عن الكتابة المعتمدة أكانت تقليدية أم إلكترونية فكلتاهما تتشابهان في

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 115.

² - Article 3.2.6 des principes d'Unidroit 2010.

³ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 126.

et l'Article 3.2.7 des principes d'Unidroit 2010.

⁴ - يقصد بالنظام العام مجموع المصالح الأساسية للمجتمع، و التي لا يتصور بقاء الجماعة بدونها سواء كانت أسساً سياسية، اقتصادية أو اجتماعية (انظر منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص 127)، و هو ما تنص عليه المادة 2 من الأمر رقم 03-04، مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع و تصديرها، جريدة رسمية عدد 43، الصادرة في 20 يوليو 2003، معدل و متمم حيث: «تستثنى من مجال تطبيق هذا الأمر عمليات استيراد و تصدير المنتوجات التي تحل بالأمن و بالنظام العام و بالأخلاق.»

أحكامهما العامة باستثناء اختلاف وسيلة تداولهما¹.

و تقتضي الصياغة الجيدة القدرة على تكريس إرادة الأطراف بأسلوب واضح و صحيح، يعتمد على اختيار ألفاظ مناسبة، مع الإبتعاد عن العبارات الفضفاضة، و ذلك لتجنب النزاعات فيما بينهم و حتمية اللجوء إلى وسائل لتسويتها².

لقد عملت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة منذ 1981 على إعداد دليل قانوني لصياغة عقود التجارة الدولية، ليتم ذلك سنة 1987 و تم نشره في نيويورك سنة 1988³. و بناء عليه يتكون العقد من جزئين، الجزء الشكلي و الجزء الموضوعي.

أ- البنية الشكلية لعقد التجارة الدولية: أي العناصر التي يجب أن يتضمنها هذا النوع من العقود ليتخذ شكله الظاهري، و يجري العمل في مجال التجارة الدولية على تضمين العقد ثلاث أجزاء تتمثل في:

أ-1- **الديباجة Le préambule**: أو المقدمة و تكتب بعد دراسة كل كلمة فيها، حيث تشكل موضوع المفاوضات بين الأطراف لشعورهم بضرورة وجودها في العقد دون أن تشكل بندا من بنوده، رغم أن الإتجاه الحديث عند القانونيين يسير نحو إدراج مادة في بداية العقد تنص على اعتبار المقدمة جزء لا يتجزأ من العقد بالنص على أنه: تعتبر المقدمة المدرجة أعلاه جزء لا يتجزأ من العقد و بندا من بنوده⁴.

و تتكون المقدمة من العناصر التالية:

1- من حيث الشكل: يستهل الأطراف العقد بتحديد هويتهم من خلال التعريف بأنفسهم و بممثلهم الموقعين و صلاحياتهم في ذلك، إضافة إلى صفاتهم و اختصاصاتهم.

¹ يقصد بالكتابة الإلكترونية مجموعة الأحرف أو الأرقام أو الرموز التي تشكل محرراً إلكترونياً، يتضمن بيانات محددة عن معاملات بين الأطراف و يتم تبادلها بينهم بوسيلة من وسائل الإتصال الحديثة. (انظر كوسام أمينة، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري و زراعي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2015-2016، ص 21-22).

² العبارات الفضفاضة هي تلك الذي يؤدي استخدامها إلى جهالة الإلتزام الملقى على عاتق طرف من أطراف العقد. (انظر الحموري طارق، «قراءة مبسطة في عقود التجارة الدولية»، ندوة صياغة و إبرام عقود التجارة الدولية، مصر، أيام 25-29 ديسمبر 2007، ص 8-9).

³ - المرجع نفسه، ص 6.

⁴ - سعد الله عمر، المرجع السابق، ص 243، 247.

لتبدأ فقرات المقدمة غالباً ب «حيث أن» أو «بما أن» و تنتهي بجملة وصل بين المضمون و مواد العقد و مثاله عبارة: « بناء عليه تم الإتفاق على ما يلي...»¹.

أما من حيث حجمها، فذلك يختلف بحسب طبيعة العقد و الظروف المحيطة به و الأسلوب المعتمد من طرف القانونيين المشرفين على صياغتها.

2- من حيث المضمون: تتباين العقود التجارية الدولية من حيث مضمون مقدماتها، غير أنها غالباً ما تحتوي على العناصر العامة Eléments généraux المتمثلة في:

- 1- ملخص عن المشروع.
- 2- تحديد الأهداف المبتغاة من العقد.
- 3- بيان الظروف السابقة لتوقيع العقد: أي توضيح مختلف المراحل التي مروا بها خلال المفاوضات و أهم النقاط التي أثّرت خلالها².
- 4- تعريف محدد للمصطلحات التجارية التي يتكرر استعمالها في العقد تفادياً للخلاف بين المتعاقدين حول تفسيرها خاصة في حال انتمائهم إلى نظم قانونية متباينة فيما بينها³.
- 5- تحديد الرابطة بين أطراف العقد المركب: في حال تشكل عقد التجارة الدولية من عقود ثانوية مرتبطة فيما بينها بصدد مشروع واحد، تتضمن المقدمة توضيحاً لذلك، إما بصورة صريحة كالنص مثلاً على أفضلية العقد الأساسي عند وجود تناقض بين بنوده و بنود العقد الجزئي، أو بصورة ضمنية كأن يتم النص على أن العقد قد أبرم وفقاً للعقد الأساسي السابق بين الطرفين بتاريخ كذا، و هنا يجب الأخذ بهذا الأخير لتفسير و تطبيق العقد الحالي⁴.

¹ - سعد الله عمر، المرجع السابق، ص 243، 246.

² - المرجع نفسه، ص 244.

³ - محمد نصر مجّاد، المرجع السابق، ص 111.

⁴ - سعد الله عمر، المرجع السابق، ص 246.

أ-2- أحكام العقد **Les dispositions du contrats**: تسمى بمتن العقد، و هو الجزء الرئيسي في العقد

حيث يضم شروطه و بنوده المحددة لحقوق و التزامات الأطراف المتعاقدة و القانون الواجب التطبيق

إضافة إلى القضاء المختص بنظر النزاع¹.

أ-3- الملاحق **Les annexes**: تعتبر جزء متمم للعقد، تتضمن بعض المسائل الفنية و الأحكام

التفصيلية المتعلقة بموضوع العقد كالرسومات و التصميمات، و يتولى الفنيون عادة إعداد هذه الوثائق

و ذلك للحرص على عدم وجود تناقض بين مضمون العقد و الملاحق تقاديا للنزاعات².

ب- البنية الموضوعية لعقد التجارة الدولية: تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة يتمتع الأشخاص بحرية تنظيم

عقودهم و تحديد مضمونها بما يحقق مصالحهم، لذلك تختلف عقود التجارة الدولية فيما بينها باختلاف

موضوعها.

تتكون البنية الموضوعية للعقد أو كما يسمى بالمتن من مجموعة من المواد أو البنود تتطوي على

توضيح لعناصر متعددة يمكن إجمالها على النحو التالي:

ب-1- العناصر التقنية و التجارية **Eléments techniques et commerciaux**: تتمثل في:

1- طبيعة المنتج: من حيث الصنف، الصفات، الخصائص، درجة الجودة، التكوين، إلى غير ذلك .

2- طبيعة التعبئة و التغليف: إذا كانت البضاعة مما يجب تغليفها، فيستلزم أن ينص العقد على طريقة

التغليف، نوع الأغلفة، و الطرف المتحمل لنفقات التغليف³.

3- آجال التنفيذ و طريقة التعامل مع غرامات التأخير: حيث يتم الإتفاق على تحديد المهلة المتطلبة

لتنفيذ العقد، مع تحديد الجزاءات المترتبة عن مخالفة شروط التنفيذ أو التأخر في ذلك كالتعويض،

¹ - جواد مُجَد علي، العقود الدولية: مفاوضاتها-إبرامها-تنفيذها، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2010، ص 45-46.

² - طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص 74.

³ - مُجَد نصر مُجَد، المرجع السابق، ص 112.

الغرامة، استبدال البضاعة، إصلاحها، و غيرها من الجزاءات التأخيرية¹.

4- نظام المراقبة و فحص المطابقة: ينص العقد على حق المشتري في فحص البضاعة و المدة التي يتم فيها ذلك، و حقه في إخطار البائع في حال عدم مطابقتها لما هو متفق عليه و الأجل المحدد لذلك، إضافة إلى تحديد المهل الخاصة برفع الدعاوى أو توجيه المطالبات لما يحدث من مخالفات لشروط العقد².

5- شروط تعديل العقد: حيث يتم تحديد الظروف و الشروط التي يتم وفقها إدخال تعديلات على العقد المبرم إن اقتضت الضرورة ذلك، و كفيات أعمالها ذلك تقاديا للنزاعات.

ب-2- العناصر المالية **Eléments financiers**: تتلخص في المسائل التالية:

1- الكمية و السعر و المبلغ الإجمالي ثابتا أو قابلا لإعادة النظر مع تبيان نموذج المراجعة في الحالة الأخيرة، إضافة إلى التكاليف المدرجة في السعر: فالعقد ينص على دفع السعر أو الوفاء بالثمن، و طريقة السداد، كما قد يتم الإتفاق على حق البائع في زيادة الثمن أثناء مرحلة تنفيذ العقد مع توضيح كيفية احتساب الزيادة³، يضاف إلى ذلك غالبا ما يتم تحديد عملة الفوترة و الوفاء.

2- الضمانات البنكية التي يجب تقديمها: و هي متنوعة تعتمد على ما يريده المتعاقد، فمن مصلحة المستورد مثلا أن يفرض على المورد ما يضمن قيامه بالتنفيذ وفقا لما تضمنه العقد⁴.

3- البيانات الضريبية و الجمركية إضافة إلى حقوق و ضرائب دولة المشتري تقع على عاتق هذا الأخير⁵.

ب-3 العناصر القانونية **Eléments juridiques**: تتعلق تحديدا بتنفيذ العقد، حيث تتمثل في:

¹ - الشرفاوي محمود سمير، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص 23.

² - سعد الله عمر، المرجع السابق، ص 248.

³ - سعد الله عمر، المرجع السابق، ص 248.

⁴ - الحموري طارق، المرجع السابق، ص 12.

⁵ - GARSUAULT Philippe et PRIAMI Stéphane, Op.Cit, p 49.

- 1- تاريخ بدأ نفاذ العقد إن كان مختلفا عن وقت توقيع العقد.
- 2- سرية المعلومات المتبادلة بين الأطراف، و منع أحدهم من منافسة الآخر إن كان موضوع العقد يتطلب ذلك¹.
و يعرف هذا العنصر بشرط السرية، حيث يستهدف ضمان السرية حول المعلومات التي تم الكشف عنها و تداولها أثناء مرحلة المفاوضات أو خلال التعاقد، و هنا على الأطراف تحديد محل الإلتزام بالسرية و الأطراف المعنيين بذلك إضافة إلى مدة سريان هذا الشرط².
- 3- شروط نقل المخاطر و الممتلكات، إضافة إلى البيانات المتعلقة بتسليم البضاعة كتحديد زمن و مكان التسليم الذي يختلف بحسب أداة النقل و نوع العملية التجارية، مع تبيان الطرف الذي يتحمل تبعه هلاك البضاعة³.
و يعبر عن هذه الشروط بشرط المخاطر المشتركة Clause de risque partagé، بموجبه يتحمل كل طرف في العقد مخاطر الصرف، و مثاله أن ينص العقد على تقاسم المصدر و المستورد لجزء من تغير الأسعار الحاصل في الفترة بين تاريخ الفوترة و تاريخ الوفاء⁴.
- 4- القانون الواجب التطبيق على العقد: يعبر عنه بشرط اختيار القانون المطبق و ذلك تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة، حيث يتمتع الأطراف بدرجة هامة من الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، إذ يمكنهم الإختيار بين خيارات مختلفة من بينها القواعد الموحدة في الإتفاقيات الدولية، كل ذلك بغرض التقليل قدر الإمكان من الشكوك المرتبطة بعلاقتهم التعاقدية⁵.

¹ - الحموري طارق، المرجع السابق، ص 13.

² - TRARI TANI Mostépha et Autres, Op.Cit, p 159.

³ - الشرفاوي محمود سمير، العقود التجارية الدولية ، المرجع السابق، ص 22.

⁴ - MAHARI Karim et Autres, Le petit guide des contrats internationaux, Entreprise europe network, France, 2013, p 11. Site : www.een-France.Fr.

⁵ - GAGNE Luc, Les contrats commerciaux internationaux et les systèmes de droit civil et de common law, Revue générale de droit, N° 1, Vol.32 , Faculté de droit, Université d'Ottawa, Canada, 2002, p 55.

لذلك غالبا ما يحتكم المتعاملون في إطار التجارة الدولية إلى القواعد الموضوعية الناشئة في نطاق المعاملات التجارية، نظرا لما تتمتع به من وضوح بالإضافة إلى إحاطتهم المسبقة بأحكامها باعتبار طبيعتها الدولية، فهي مستمدة من الأعراف و العادات التجارية الدولية المنبثقة من الواقع¹.

في حال عدم اختيار القانون الواجب التطبيق، فإن القاضي سيعتمد على الإتفاقيات الدولية بغرض تحديد القانون الذي سيطبق، و في ذلك تكريس لما تعرف بقواعد تنازع القوانين².

مع الإشارة هنا إلى أن المشرع الجزائري كرس معيار القانون المختار من الأطراف المتعاقدة مع اشتراط صلته الفعلية و الحقيقية بهم أو بموضوع العقد المبرم بينهم³.

5- شرط التحكيم: حيث يتضمن عقد التجارة الدولية بندا يتعلق بكيفية حل المنازعات الناشئة عنه، و من أكثر ما ينص عليه هذا البند هو اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، كما يتم اعتماد الصياغة المرنة في بعض الأحيان عند تحرير الشرط و مثاله استخدام عبارة: « يخضع التحكيم لقواعد غرفة التجارة الدولية»، و معنى ذلك أن المتعاقدين قد اتفقوا على ترك المسائل التفصيلية لما هو منصوص عليه في نظام الغرفة كمكان إجراء التحكيم، عدد المحكمين، إلى غير ذلك⁴.

6- شرط القوة القاهرة: من خلاله يمكن تحديد الظروف التي يكون خلالها الطرف المتعاقد معفى من التزاماته لاستحالة تنفيذها، كما يستهدف مثل هذا الشرط تحديد مصير العلاقة التعاقدية عند حدوث مثل تلك الظروف.

إذن فإن تحديد الظروف المنشئة للقوة القاهرة تكتسي أهمية بالغة، فحدوثها يسمح للطرف المتضرر

¹ - بلول أعمر، إشكاليات التنفيذ على الضمانات البنكية: دراسة مقارنة في القانون الجزائري و الفرنسي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 04 مارس 2018، ص 138.

² - MAHARI Karim et Autres, Op.Cit, p 7.

³ - المادة 18 من القانون المدني.

⁴ - الحموري طارق، المرجع السابق، ص 12-13.

إثارة الإستفادة من الإعفاء، و بالتالي تؤدي إلى التكيف شبه الآلي للعقد¹.

7- شرط الإلغاء: ويتم إيراد مثل هذا الشرط لمعالجة حالة التنفيذ السيء أو عدم تنفيذ العقد.

يمكن إلغاء العقد، بفعل أخطاء المورد، من قبل المشتري بدون إعدار مسبق في الحالات التالية:

1- عندما لا يوفي المورد بالتزاماته خلال الفترة التعاقدية.

2- عندما يكون المورد قد استعمل وسائل احتيالية بصدد صفقته، و خاصة فيما يتعلق بالخداع حول

طبيعته، نوعية و كمية البضاعة و كذلك أساليب الصنع.

و في حال ذلك لا يتم اتخاذ أي قرار إلا بعد منح مهلة للمورد لإبداء ملاحظاته، و أثناءه يستطيع

المشتري أن يحدد له أجلا انطلاقا منه لن يتم قبول أي تسليم للبضاعة².

لقد عرفت مجمل هذه الشروط انتشارا و تعميما في استعمالها عبر الحدود، حيث تعتبر ملائمة

هذه الممارسات التعاقدية لاحتياجات التجارة الدولية سببا في نجاحها، إذ أنها تنتقل من عقد لآخر في

أشكال موحدة الغرض منها معالجة حالات عدم كفاية القوانين الوطنية و عدم تكيفها مع ضرورات التجارة

الدولية³.

إضافة إلى ما سبق تعتبر قواعد الإنكوترمز من العناصر التي يجب أن يتضمنها عقد التجارة

الدولية، و التي تستهدف تحديد مسألة توزيع المخاطر و التكاليف المرتبطة بتسليم البضاعة.

¹ - يقصد بالقوة القاهرة في مفهومها التقليدي كل الأحداث الخارجة عن إرادة الأطراف، غير المتوقعة، لا يمكن تجنبها، و التي تحدث بعد سريان العقد
معرقة التنفيذ الكلي أو الجزئي للإلتزامات الناتجة عن ذلك العقد.

(Voir MOISAN Pierre, «Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision», Les cahiers de droit, N° 2, Vol.35, Faculté de droit, Université Laval, Québec, 1994, p 310-311.)

² - GARSUAULT Philippe et PRIAMI Stéphane, Op.Cit, p 48.

³ - LOQUIN Eric, «Règles matérielles du commerce international et droit économique», Revue internationale de droit économique, N° 1, Tome 24, Faculté de droit, Dijon, France, 2010, p 84.

الفرع الثاني: الإنكوترمز و الإلتزامات التعاقدية في عقد التجارة الدولية: تحديد للحقوق و تبادل

للأعباء بين أطراف العقد

نظرا لتزايد العلاقات و المعاملات التجارية عبر الحدود ازدادت الحاجة إلى وجود مصطلحات تجارية موحدة، لذلك و سعيا منها لتجنب ما قد ينشأ من نزاعات أو يحدث من لبس أو سوء فهم في تفسير بعض نصوص العقود عند إبرامها، بادرت غرفة التجارة الدولية إلى وضع قواعد لأنماط المصطلحات المستخدمة في التجارة الدولية و تفسير معناها بشكل واضح و محدد سميت بقواعد الإنكوترمز (أولا)، بحيث جعلت كل مصطلح منها يتضمن مجموعة من الحقوق و الإلتزامات التي تنظم العلاقة القانونية بين الأطراف المتعاقدة بما يكفل تحقيق الكثير من الإستقرار في المعاملات و تفادي العديد من الخلافات حول تفسير مضمون العقود المبرمة (ثانيا).

أولا: مدلول قواعد الإنكوترمز: الإنكوترمز قواعد عرفية إرادية التطبيق

لقد تركت الأنظمة العربية الوطنية و منها الجزائر¹، تنظيم بعض أحكام العقود التجارية الدولية للأعراف الدولية التي يحددها المتعاقدون في الشروط العامة لتلك العقود كما هو الشأن بالنسبة لما تعرف بقواعد الإنكوترمز، فهذه الأخيرة ذات نشأة عرفية، باعتبارها عادات رضائية تحيل المتعاقدين إلى أعراف البلد الوطني و تحدد التزاماتهم بموجب عقد التجارة الدولية².

أ- المقصود بقواعد الإنكوترمز³: لقد ظهرت الإنكوترمز عندما قامت غرفة التجارة الدولية بإعادة إعداد

¹ - و ذلك بنص المادة 27 من النظام رقم 07-01، المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج، معدل و متمم على حرية الأطراف في الإستناد إلى المصطلحات التجارية في عقودهم التجارية الدولية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

² - عبد الهادي زبيدة، «القواعد المادية لمنازعات عقود التجارة الدولية في الأنظمة العربية في إطار الإتفاقيات الدولية: دراسة مقارنة»، المجلة العربية للعلوم و نشر الأبحاث، العدد 2، المجلد 3، مؤسسة المجلة العربية للعلوم و نشر الأبحاث، فلسطين، مارس 2017، ص 158، 160.

³ - Incoterms : est la contraction de trois mots anglo-saxons « International Commercial Terms », Voulant dire en langue Française « Termes commerciaux internationaux », Les Français ont trouvé à l'acronyme Incoterms un substitut d'acronyme « CIV » signifiant « conditions internationales de vente » (Voir KSOURI Idir, Les opérations de commerce international, Berti éditions, Alger, 2014, p 93.)

القواعد التي كانت موحدة سابقا و التي كيفها الفقه على أنها عملية لتقنين الأعراف الدولية، فإعادة إعداد و تجميع للمصطلحات التجارية تعد مرحلة مثبتة لمدى تطور الممارسات التجارية الدولية¹.

و على إثر ذلك اجتهد الفقهاء في تحديد مفهومها مستخدمين عدة مصطلحات للتعبير عن مدلولها يذكر منها مصطلحات التجارة الدولية، الأعراف التجارية الدولية، الصيغ التجارية الدولية، حيث تعتبر الدراسة التي قدمها الأستاذ "JOLIVET Emmanuel" في مؤلفه « Les incoterms : étude d'une norme du commerce international » مرجعا هاما و أساسيا في فهم هذه المصطلحات بالنظر إلى ما تتضمنه من دراسة قانونية نظرية و تطبيقية لقواعد الإنكوترمز².

بذلك يقصد بالإنكوترمز تلك البنود الموحدة المعترف بها من قبل المتعاملين في التجارة الدولية، و التي تسمح بتبادل التكاليف و المخاطر بشكل واضح بين المشتري و البائع عند إبرام و تنفيذ عقد البيع الدولي³.

و يعرفها الأستاذ HUET Jérôme على أنها مفردات من المصطلحات التجارية الموحدة المعدة لمبيعات البضائع المرفقة بالنقل، حيث تقدم الخيارات الممكنة في شكل مختصرات موجزة، يرتبط كل منها بتعريف للمهام المنوطة بكل طرف من الأطراف، التزاماتهم، أعبائهم وخاصة ما يتعلق بتحديد مكان التسليم، توفير الشحن و التأمين إلى غير ذلك⁴.

كما ينصرف المراد بمصطلحات التجارة الدولية إلى مجموع الصيغ القانونية التجارية المعروفة على الصعيد الدولي، التي تحدد ماهية التزامات طرفي عقد البيع الدولي، و خاصة فيما يتعلق بنقل البضاعة

¹ - بن عثمان فريدة، النظام القانوني للصيغ التجارية الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، 2016-2017، ص 107.

² - MERCADEL Barthélémy, « Note bibliographique sur l'ouvrage d'Emmanuel JOLIVET, Les incoterms : étude d'une norme du commerce international », Revue internationale de droit comparé, N° 2, Vol.56, Société de législation comparée, Paris, 2004, p 524.

³ - HADDAD S., Les incoterms : international commercial terms, Pages bleues éditions, Alger, 2009, p 8.

⁴ - HUET Jérôme, « Introduction au droit de la vente internationale de marchandises », VUWLR, N° 26, Nouvelle-Zélande, 1996, p 7-8. Site : <https://www.victoria.ac.nz.date> d'entrée : 10/02/2018.

و التأمين عليها و تخليص ثمنها و التعامل بشأنها في الجمارك، إضافة إلى استخدامها في حال نشوب أي نزاع تجاري¹.

و ترجع نشأة قواعد الإنكوترمز إلى سنة 1936 من قبل غرفة التجارة الدولية، و ذلك تحقيقاً لهدفين: من جهة معالجة نقص المعلومات الكافية لدى المصدرين و المستوردين، و من جهة أخرى توحيد الممارسات في مجال التجارة الدولية للبضائع في إطار عقود نقلها، فالفوائد المتوقعة من مثل هذا الابتكار تكمن في تجنب النزاعات التعاقدية بين الأطراف.

لقد اشترطت غرفة التجارة الدولية، عند إنشائها لهذه القواعد، على الأطراف الراغبة في التعامل بشروط هذه القواعد أن تطلب الموافقة الصريحة من الطرف الآخر².

انطلاقاً من سنة 1936 أدرجت عدة تعديلات شبه منتظمة من حيث فترتها الزمنية على قواعد الإنكوترمز و ذلك خلال سنوات 1953، 1967، 1976، 1980، 2000، ثم 2010.

فبموجب تعديل سنة 1953 تمت إضافة مصطلحين تجاريين و هما «Free on Rail» FOR و «Free on truck» FOT³، في حين تم سحب مصطلح «Free» من القائمة سنة 1967، ليضاف مصطلح جديد خاص بالنقل الجوي سنة 1976 يعرف ب «FOB Airport»، كما عرف تعديل سنة 1980 بروز مصطلحي «CIP» و «CTP»، ليتم الإستغناء عن مصطلحات «FOT» و «FOR» سنة 1990⁴.

و قد شهد تعديل هذه السنة اعتماد مسألة الإنتقال من الوثائق الورقية إلى الإتصالات الإلكترونية

¹ - سعد الله عمر، المرجع السابق، ص 196.

² - « Il est recommandé à celle des parties qui désire traiter aux conditions de ces règles de demander le consentement exprès de l'autre partie » (Voir TOGNEY Marie-Laure, Dans quelle mesure les incoterms pourraient constituer un espace de négociations commerciales favorisant la performance à l'international des PME manufacturières exportatrices Québécoises hors Aléna sur le long terme ?, Mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en administration des affaires, Université du Québec, Montréal, 2012, p 81.)

³ - RAMBERG Jan, «Incoterms 2010», Penn state international law Review, N° 3, Vol.29, Penn state University, United States, 2011, p 416.

⁴ - TOGNEY Marie-Laure, Op.Cit, p 81.

حيث أضيف كشرط ضمن التزامات البائع و ذلك في حال اتفاق الأطراف على اعتماد الوسائل الإلكترونية¹، و تم إضافة نوع جديد من المصطلحات و هو FCA أي التسليم للناقل، أمّا في سنة 2000 فقد تم تعديل قائمة المصطلحات مجدداً و ذلك بموجب النشرة رقم 2560²، حيث استقر الأمر على اعتماد 13 مصطلحاً ضمن القائمة، ليتقلص العدد إلى 11 مصطلحاً بموجب تعديل سنة 2010³ و الذي دخل حيز التنفيذ في 1 جانفي 2011، مما يعكس مدى الانتشار الواسع و الإعتراف و كذا الأهمية التي أضحت تتمتع بها هذه المصطلحات عبر الحدود⁴.

من خلال ما سبق تعتبر الإنكوترمز مجموع المصطلحات التجارية الموحدة و المفهومة عبر كل دول العالم، تستهدف تحديد و توزيع الإلتزامات المتبادلة بين أطراف عقد التجارة الدولية، تجنباً لأية نزاعات.

ب- الطبيعة القانونية لقواعد الإنكوترمز: يقصد بذلك تحديد مدى إلزامية هذه القواعد بالنسبة لأطراف عقد التجارة الدولية.

لقد اتفق الفقه على أن قواعد الإنكوترمز لا تعد ملزمة بذاتها بالنسبة للأطراف المتعاقدة على عكس النصوص التشريعية و الإتفاقيات الدولية التي تلزم الدول المنضمة إليها، إذ يمكن للمتعاقدين الأخذ بتلك المصطلحات كما هي أو بإدخال تعديلات عليها يتم الإتفاق عليها فيما بينهم⁵.

و عبر الأستاذ "HEUZE Vincent" عن ذلك في سياق تعريفه للإنكوترمز من خلال الإشارة إلى

أنه يعد كافياً إحالة الأطراف إليها لتحديد التزاماتهم بشكل صريح مع إمكانية إدخال أية تعديلات أو

¹ - RAMBERG Jan, Op.Cit, p 417-418.

² - طرابلسي أحمد أسامة، عقد البيع فوب « Free on bord »، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2013-2014، ص 3.

³ - و ذلك بموجب النشرة رقم 715.

⁴ - شبة سفيان، عقد البيع الدولي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2011-2012، ص 226.

⁵ - سعد الله عمر، المرجع السابق، ص 198.

إضافات ضرورية بشرط الإتفاق على ذلك صراحة¹.

و في نفس الإطار أثار الكثير من الفقه مسألة أساسية تتمثل في أن استعمال الأطراف المتعاقدة لمصطلحات التجارة الدولية لا يكفي بالضرورة على أنه أخذ بالتفسير الذي وضعتة غرفة التجارة الدولية نظرا لانتشار العديد من المصطلحات ذات الإستعمال الواسع، يضاف إلى ذلك اختلاف تفسير الإلتزامات عن كل مصطلح من طبعة لأخرى باعتبارها قد عرفت عدة تعديلات، مما قد يخلق نوعا من اللبس لدى المتعاملين، و لإزالة كل ذلك اتجهت غرفة التجارة الدولية إلى نصح كافة المتعاقدين التجاريين الدوليين إلى النص صراحة على الأخذ بالتفسير الصادر عنها و تحديد الطبعة التي يقصدون تطبيق مصطلحاتها².

و من هنا فالواضح أن هذه القواعد لا تعتبر بذاتها تنظيما دوليا للبيع الدولية، إنما هي مجرد قواعد اختيارية تستمد قوتها من إرادة الأطراف إذا تم تضمينها في عقودهم، و طالما كانت الإرادة هي الفيصل في تطبيق أو عدم تطبيق قواعد الإنكوترمز، فلا يوجد، بالتالي، ما يمنع الأطراف من التعديل في مضمون هذه الأخيرة عند الأخذ بها³.

ثانيا: تحديد الإلتزامات التعاقدية وفقا لقواعد الإنكوترمز 2010

بالرجوع إلى طبعة سنة 2000 من الإنكوترمز، تم تقسيم هذه الأخيرة إلى 4 مجموعات، في كل منها يشير الحرف الأول إلى وظيفة معينة، أما الحرفين الآخرين فيحددان المدى النهائي للمصطلح، مستهدفة في مجملها تحديد التزامات البائع و المشتري فيما يتعلق بتسليم البضائع، نقل المخاطر و توزيع

¹ - بن عثمان فريدة، النظام القانوني للصيغ التجارية الدولية، المرجع السابق، ص 117.

² - شبة سفيان، المرجع السابق، ص 233.

³ - ملش فاروق، قواعد غرفة التجارة الدولية بشأن استخدام مصطلحات التجارة المحلية و الدولية 2010، منشأة الشهابي للطباعة و النشر، مصر،

2011، ص 14-15.

الأعباء و التكاليف¹.

لقد أدخلت إنكوترمز 2010 بعض التعديلات على طبعة 2000، و لكن تضمنت خصوصا تأكيدات هامة في مجال النقل من حيث السلامة و الأمن أثناء التخليص الجمركي، و التأمين و الإتصالات الإلكترونية، و قد تم توضيح الإلتزامات فيما يخص الشحن و التفريغ و التخليص الجمركي من أجل الزيادة في الشفافية أثناء التعامل سواء بالنسبة للبائع أو المشتري، كل ذلك من خلال الإستقرار على قائمة تحتوي 11 مصطلحا يساهم في تقسيم المسؤوليات و الأعباء المتبادلة بين أطراف عقد التجارة الدولية².

تختص بعض مصطلحات التجارة الدولية فقط بالنقل البحري و النهري الداخلي، في حين يتعلق الباقي بجميع وسائط النقل الذي يضم العديد من طرق النقل كالبر و بالسكك الحديدية أو البحر، لذلك فإن استخدام هذه المصطلحات يعتبر سهلا و لا يحتاج إلى معرفة جوهرية مسبقة، بل يكفي فقط الإلمام بطريقة النقل المستعملة في نشاط ملموس³، ليتحدد بناء عليه المصطلح الخاص بالعملية و بالتبعية لذلك تتضح الإلتزامات الملقاة على عاتق أطراف العقد.

أ- الإلتزامات التعاقدية وفقا لقواعد الإنكوترمز الخاصة بجميع وسائط النقل: حيث تتحدد التزامات أطراف عقد التجارة الدولية وفقا لها مهما كانت طريقة النقل المختارة لتسليم البضائع من مؤسسة البائع إلى المشتري، بحرية، جوية أو برية، و ذلك على النحو التالي:

EXW -1⁴: تسليم في المصنع.

¹- HELOU Antoine, Les incoterms de la chambre de commerce internationale et les termes de vente du code de commerce uniforme (UCC-A2) : étude et analyse, Mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en droit, Université du Québec, Montréal, 2006, p 21.

²- و مع ذلك فإن الإستناد إلى مصطلح تجاري معين لا يعد كافيا لتحديد مدى اكتمال العلاقات القانونية بين أطراف العقد فمسائل عديدة مرتبطة بهذا الأخير تقع خارج مجال تلك المصطلحات و تخضع بالمقابل لقواعد القانون الدولي، و مثالها قطع العلاقة التعاقدية و ما يترتب عنها من نتائج، مسألة ملكية البضائع (Voir GARSUAULT Philippe et PRIAMI Stéphane, Op.Cit, p 50-51).

³- HAMMERLE Markus, Incoterms 2010 : Règles du jeu internationales pour la livraison de marchandises à l'étranger, Postfinance SA et Swiss export, Swiss, 2013, p 8.

⁴- EXW : Ex works (A l'usine).

1-1- و بموجبه يلتزم البائع بتسليم البضاعة للمشتري في الأماكن التابعة له أي البائع و مثاله

المصنع، المخزن، الورشة، بدون أن يقوم بإبرام عقد نقل أو تأمين أو شحن للبضاعة.

1-2- تكون البضاعة تحت حماية البائع و يتحمل كافة الأخطار المتعلقة بها إلى حين تسليمها إلى

المشتري في المكان و الزمان المتفق عليهما.

1-3- بالنسبة للمشتري يلتزم بإبرام عقد النقل و التأمين و تخليص البضاعة من كل الرسوم أو

الضرائب و مصاريف الشحن و التفريغ، إضافة إلى تحمل المخاطر المرتبطة بنقل البضاعة

من مقر البائع إلى الأماكن الخاصة به¹.

2- FCA²: التسليم خالص للناقل.

2-1- و هنا يلتزم البائع بتسليم البضاعة جاهزة للتصدير على مسؤولية الناقل الذي يختاره

المشتري، و يتم التسليم في المكان المتفق عليه³.

2-2- أمّا المشتري فيلتزم بدفع نفقات الشحن، و يتحمل جميع التكاليف و المخاطر المتعلقة بنقل

البضائع من محلات البائع إلى محلاته الخاصة⁴.

3- CPT⁵: أجور النقل مدفوعة في مكان الوصول المعين، و وفقا له.

3-1- يلتزم البائع بتسليم البضاعة إلى الناقل المعين بمعرفته.

3-2- يتولى البائع دفع تكاليف نقل السلعة إلى مكان الوصول المحدد.

3-3- يقوم البائع بتخليص كافة إجراءات الجمركة على البضاعة لتصديرها.

3-4- في حين يلتزم المشتري بتحمل المخاطر المرتبطة بالبضاعة بعد تسليمها في المكان المحدد⁶.

¹ - طرابلسي أحمد أسامة، المرجع السابق، ص 38.

² - FCA : Free Carrier (Franco transport).

³ - بن شعبان حكيم، المرجع السابق، ص 39.

⁴ - KSOURI Idir, Op.Cit, p 95.

⁵ - CPT : Carriage Paid to (port payé jusqu'à).

⁶ - طرابلسي أحمد أسامة، المرجع السابق، ص 32-33.

4- CIP¹: أجور النقل و التأمين مدفوعة في مكان الوصول المعين.

طبقا لهذا المصطلح يقوم البائع بتسليم البضاعة و دفع أجرة النقل بالإضافة إلى التأمين على البضاعة².

و ينتقل عبء تحمل الأخطار التي تقع على البضاعة إلى ذمة المشتري من الوقت الذي يتم فيه تسليمها إلى الناقل³.

5- DAT⁴: التسليم في محطة نهائية.

في حال استعمال هذا المصطلح فإن البائع يلتزم بتسليم البضاعة في بلد المشتري، بحيث يتحمل كافة المصاريف و مخاطر نقل و هلاك تلك البضاعة قبل وصولها.

و بالتالي فإن التسليم لا يتم إلا بوصول البضاعة إلى المحطة النهائية التي يحددها المشتري⁵.

و انطلاقا من ذلك الوقت يتولى المشتري مسؤولية جمركة البضائع و تحمل تكاليف و مخاطر هلاكها أو ضياعها⁶.

6- DAP⁷: التسليم في المكان.

يكون البائع ملزما بتسليم البضاعة في المحلات التي يحددها المشتري و غالبا ما تكون محلاته هو، كما يتحمل كل المصاريف الناتجة عن النقل و المخاطر إلى حين التسليم⁸.

لتنقل انطلاقا من ذلك مسؤولية كافة التكاليف و المخاطر المتعلقة بالبضاعة إلى المشتري⁹.

¹- CIP : Carriage and Insurance Paid to (Port payé, assurance comprise, jusqu'à).

²- بن شعبان حكيمه، المرجع السابق، ص 40.

³- طرابلسي أحمد أسامة، المرجع السابق، ص 33.

⁴- DAT : Delivered At Terminal (Rendu au terminal convenu).

⁵- شبة سفيان، المرجع السابق، ص 237.

⁶- KSOURI Idir, Op.Cit, p 96.

⁷- DAP : Delivered At Place (Rendu au lieu de destination convenu).

⁸- شبة سفيان، المرجع السابق، ص 237.

⁹- KSOURI Idir, Op.Cit, p 96.

7- DDP¹: التسليم مع دفع الرسوم

يعتبر البائع قد أوفى بالتزاماته عندما يقوم بتخليص كل الحقوق الجمركية الناتجة عن عملية التصدير و كذلك الإستيراد، بالإضافة إلى تسليم البضاعة و دفع حقوق نقلها لفائدة الناقل المعين من قبله، و بمقابل ذلك يتحمل المشتري جميع التكاليف و المخاطر المرتبطة بضياح أو هلاك البضائع من وقت تسليمها في المكان المحدد².

ب- الإلتزامات التعاقدية وفقا لقواعد الإنكوترمز الخاصة بالنقل البحري و النقل عبر الممرات الملاحية الداخلية: حيث تتجسد التزامات أطراف العقد طبقا لمصطلحات التجارة الدولية كآتي:

1- FAS³: خالص إلى جانب السفينة.

يلتزم البائع بتسليم البضاعة للناقل بجانب السفينة، فهو ليس مسؤولا عن تحميلها على متن السفينة، و لا عن المخاطر التي تنتج عن ذلك⁴.

في حين يتحمل المشتري التكاليف و المخاطر المرتبطة بتسليم البضاعة وفقا للشروط المحددة⁵.

2- FOB⁶: خالص على ظهر السفينة.

يكون البائع قد أوفى بالتزامه بتسليم البضاعة عندما يقوم بتحميلها على ظهر السفينة التي عينها المشتري، بمجرد عبور البضاعة لحاجز السفينة في ميناء الشحن.

أمّا المشتري فيصبح مسؤولا عن كل المخاطر و المصاريف من لحظة عبور البضاعة لحاجز

السفينة⁷.

¹- DDP : Delivered Duty Paid (Rendu droit acquités, lieu de destination convenu).

²- KSOURI Idir, Op.Cit, p 96.

³- FAS : Free Alongside Ship (franco le long du navire).

⁴- شبة سفيان، المرجع السابق، ص 238.

⁵- KSOURI Idir, Op.Cit, p 97.

⁶- FOB : Free On Bord (Franco à bord).

⁷- بن شعبان حكيمة، المرجع السابق، ص 39.

و تجدر الإشارة إلى أن مثل هذا المصطلح يصلح للإستعمال في عمليات نقل البضائع غير

المعبئة في حاويات أين تنقل من دون حزم أو رزم، و قد تشمل حمولة سفينة كاملة¹.

3- CFR²: ثمن البضاعة و مصاريف النقل.

يلتزم طبقا له البائع بتسليم البضاعة على ظهر السفينة في ميناء الشحن المحدد، و يعتبر قد تم

بعبور البضاعة لحاجز السفينة.

و تنتقل المخاطر بعد ذلك إلى ذمة المشتري من وقت عبور البضاعة لحاجز السفينة³.

4- CIF⁴: ثمن البضاعة و التأمين و مصاريف النقل.

وفقا لهذا المصطلح يلتزم البائع بوضع البضاعة لدى الناقل و تحمل مصاريف عملية النقل، كما

يضاف إلى ذلك وجوب إبرامه لعقد التأمين على تلك البضاعة مع تحمل جميع تكاليفه⁵.

الملاحظ بالنسبة للمصطلحات من الصنف "c" أن البائع يكون ملزما بإبرام عقد لنقل البضاعة،

بالإضافة إلى تنظيم مسألة تغطية التأمين في بعض الأحيان، إلى غاية الوجهة المحددة في العقد.

إن نقل المخاطر و تحويلها من البائع إلى المشتري يتم أثناء تسليم البضاعة إلى الناقل كما هو

الحال بالنسبة للمصطلحات من الصنف "F"، فالبيوع طبقا لهذا النوع من مصطلحات التجارة الدولية، هي

بيوع عند الإنطلاق «Vente au départ»⁶.

انطلاقا مما سبق تتحدد التزامات المصدر أي البائع و المستورد أي المشتري بحسب نوع العقد

المبرم بينهما و التي تتجلى أساسا في التزام المصدر بتقديم البضاعة، تغليفها، شحنها و تسليمها في

المكان أو الميناء المتفق عليه و القيام بالتعاقد مع شركة التأمين و النقل إن كان الطرف الملزم بذلك،

¹ - بن شعبان حكيمة، المرجع السابق، ص 238.

² - CFR : Cost and Freight (Coûts et Fret).

³ - طرابلسي أحمد أسامة، المرجع السابق، ص 32.

⁴ - CIF : Cost Insurance and Freight (Coût assurance et fret).

⁵ - شبة سفيان، المرجع السابق، ص 238.

⁶ - LOMBARDINI Carlo, Droit et pratique du crédit documentaire, 2^{ème} édition, Helbing Lichtenhahn, Bale, Genève, Munich, 200, p 252.

إضافة إلى تحمل المخاطر المرتبطة بتلف و ضياع البضاعة، في حين يتولى المستورد على الخصوص القيام بدفع ثمن البضاعة و استلامها من المكان المتفق عليه و تحمل المخاطر انطلاقا من وقت سريان التزامه¹.

و الملاحظ في هذا الصدد أن كلا الطرفين يكون ملزما بالقيام بكافة الإجراءات القانونية الضرورية، مع تقديم المستندات و الوثائق اللازمة لإتمام المعاملة التجارية الدولية المبرمة بينهما و البدء في تنفيذها.

المطلب الثاني: الوسائل التقنية لتنفيذ المعاملات التجارية الدولية

يشترط من الناحية القانونية و كذلك العملية بعد الإتفاق على كافة المسائل و الشروط الجوهرية المرتبطة بالعقد التجاري المبرم بين المصدر و المستورد، التقيد بجميع المراحل و الخطوات المحددة في سبيل استيفاء كل طرف لحقوقه، و يتجسد ذلك من خلال القيام بتعيين بنك معتمد تمهيدا للشرع في تنفيذ بنود العقد، ليقوم بتوطينه (الفرع الأول)، معتمدا على الوثائق و المستندات اللازمة لذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التوطين البنكي للمعاملات التجارية الدولية

التوطين البنكي هو إعلان لعملية الإستيراد أو التصدير بهدف تسجيلها و متابعتها حتى استيفاء الدفع أو التحصيل بعد تنفيذ مضمون العقد².

¹ - بونحاس عادل، دور الإعتماد المستندي في ضبط التجارة الخارجية: دراسة حالة الجزائر (2002-2010)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص اقتصاد التنمية، كلية العلوم الاقتصادية و التجارة و علوم التسيير، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2013-2014، ص 99-100.

² - ZOURDANI Safia, Le financement des opérations du commerce extérieur en Algérie : cas de la BNA, Mémoire en vue de l'obtention du Magister en sciences économiques, Option Monnaie-Finance-Banque, Faculté des sciences économiques, commerciales et des sciences de gestion, Université Mouloud MAMMERI ,TIZI OUZOU, 2012, p 71.

كما يراد به قيام المتعامل الإقتصادي¹ بتسجيل عملية التجارة للإستيراد أو التصدير لدى البنك أو المؤسسة المالية المعتمدة، لذلك فهو يجسد أول اتصال للبنك أو المؤسسة المالية بنشاط التجارة الدولية من خلال قيام أي متعامل اقتصادي بما يسمى بتوطين عملياته التجارية².

و هو يمثل أيضا الإجراءات الإدارية التي تتجسد في تحديد المعاملات التجارية عن طريق تسجيلها من أجل متابعتها المادية فيما يتعلق بالأحكام التنظيمية للتجارة الدولية.

إن المبدأ العام للمتابعة يقتضي أن يكون كل تدفق مالي مأذون به و الذي يتحقق بنقل البضائع، متوافقا مع التدفق المالي الذي يتم في إطار التقيد الصارم بأحكام التحويلات و تحركات رأس المال³.

و على ذلك فإن التوطين هو إجراء أولي عند كل تحويل و كل تخليص جمركي (أولا)، يستدعي تنفيذه اتباع مراحل و إجراءات سواء عند الإستيراد أو التصدير (ثانيا).

أولا: التوطين البنكي كإجراء أولي في المعاملات التجارية الدولية

لقد نظم المشرع عملية التوطين البنكي⁴ بموجب النظام رقم 07-01 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج، و جعلها إلزامية بالنسبة لكل عملية تجارية تتعلق باستيراد أو تصدير

¹ - لقد تم تحديد شروط منح صفة المتعامل الإقتصادي و الإجراءات الواجبة لحصوله على الإعتماد بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 12-93 مؤرخ في 1 مارس 2012، يحدد شروط و كفاءات الإستفادة من صفة المتعامل الإقتصادي المعتمد لدى الجمارك، جريدة رسمية عدد 14، الصادرة في 7 مارس 2012، و الذي تضمن التفصيل أكثر في معايير المتعامل الإقتصادي المنصوص عليها في الأمر رقم 03-04، يتعلق بالقواعد المطبقة على عمليات استيراد البضائع و تصديرها، معدل و متمم.

² - عودة نجمة دامية، المرجع السابق، ص 25-26.

³ - CHERIGUI Chahrazed, Le financement du commerce extérieur par les banques Algériennes, Mémoire de Magister en droit bancaire et financier, Faculté de droit, Université d'Oran, 2013-2014, p 101.

⁴ - و ذلك بإصدار عديد الأنظمة المكرسة لهذه العملية منها: النظام رقم 91-03 المؤرخ في 20 فيفري 1991، يتعلق بشروط القيام بعمليات استيراد سلع للجزائر و تمويلها، جريدة رسمية عدد 23، الصادرة في 25 مارس 1992، و النظام رقم 91-12 مؤرخ في 14 أوت 1991، يتعلق بتوطين الواردات، جريدة رسمية عدد 28، الصادرة في 15 أبريل 1992، و النظام رقم 91-13 مؤرخ في 14 أوت 1991، يتعلق بالتوطين و التسوية المالية للصادرات غير المحروقات، جريدة رسمية عدد 30، الصادرة في 22 أبريل 1992، و التي تم إلغاؤها بالنظام رقم 07-01 يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم، إضافة إلى التعليمات و المذكرات الصادرة عن بنك الجزائر و الموجهة إلى البنوك و المتعلقة بالتوطين البنكي.

للسلع و الخدمات و هو الأصل، إلا أنه بموازاة ذلك استثنى بعض العمليات من مثل هذا الإجراء.

أ- إجبارية التوطين في الصادرات و الواردات: الأصل أن أول عملية يقوم بها البنك في كافة المعاملات التجارية الدولية الخاصة بالإستيراد أو التصدير هي التوطين، حيث يعتبر إلزاميا يستهدف تحديد مكان تنفيذ العقد من خلال وضع ختم أو رقم على فاتورة أو عقد معين من قبل البنك، و بالتالي اختيار هذا الأخير لتولي سير عملية الإستيراد أو التصدير أي لإتمام الصفقة التجارية.

لذلك يعد هذا الإجراء معيارا هاما لمراقبة المبادلات التجارية الدولية من قبل بنك الجزائر¹، يستلزم تجسيده توفر مجموعة من الشروط.

أ-1- شروط التوطين البنكي: تتمثل الشروط الواجب توفرها لإجراء توطين بنكي لعملية تجارية دولية فيما يلي:

1- اكتساب صفة المتعامل الإقتصادي المعتمد: فكل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطا اقتصاديا طبقا لما ينص عليه القانون يستطيع القيام بمبادلة تجارية دولية عن طريق استيراد أو تصدير سلع أو خدمات²، بشرط أن يكون مكتسبا لصفة المتعامل الإقتصادي، بالإضافة إلى حصوله على الإعتماد لدى مصلحة الجمارك بغرض الإستفادة من التدابير التسهيلية في إطار إنجازه للمعاملة.

1-1- شروط منح صفة المتعامل الإقتصادي: حددتها المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 12-93،

يحدد شروط و كفاءات الإستفادة من صفة المتعامل الإقتصادي، و يمكن تلخيصها في النقاط التالية:

¹ - المادة 29 من النظام رقم 07-01 المعدلة بالنظام رقم 17-02 المؤرخ في 25 سبتمبر 2017 تتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، جريدة رسمية عدد 56، الصادرة في 28 سبتمبر 2017.

² - المادة 4 من الأمر رقم 03-04، تتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع و تصديرها، كما يمكن للأشخاص الطبيعيين و الجمعيات المؤسسة قانونا، و ذلك لاستعمالهم الشخصي أو طبقا لقوانينهم الأساسية استيراد سلعة أو خدمة ذات طابع غير تجاري، اكتساب صفة متعامل تجاري دولي و يخضعون لنفس الإلتزامات المنصوص عليها، و ذلك وفقا للمادة 82 من النظام رقم 07-01، يحدد القواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

- 1- الإقامة في الجزائر: و يقصد بذلك أن يتواجد المركز الرئيسي للنشاط الإقتصادي في الجزائر¹.
- 2- عدم تسجيل سوابق ضد الشخص أو ممثليه القانونيين أو إدارته المسيرة أو شركائه الرئيسيين، مع الهيئات المعنية بتأطير التجارة الدولية و مثالها الجمارك، و ذلك خلال 3 سنوات الأخيرة المنقضية عند توجيه طلب الإستفادة من صفة المتعامل الإقتصادي المعتمد.
- 3- عدم الوقوع في حالة إفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح، و عدم اتخاذ الإجراءات المتعلقة بإعلان هذه الحالات، و التمتع بالملاءة المالية خلال 3 سنوات الأخيرة. إضافة إلى ذلك يمكن أيضا لمستوردي البضائع الموجهة لإعادة بيعها على حالها الإستفادة من صفة متعامل اقتصادي معتمد ضمن نفس الشروط بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية و وزير التجارة.

1-2- إجراءات الحصول على الإعتماد: يجب على كل متعامل اقتصادي يستهدف الحصول على اعتماد لدى مصلحة الجمارك أن يتبع الإجراءات التالية²:

- 1- تقديم طلب لدى المكتب الجمركي المختص الذي يتبع له النشاط الإقتصادي الرئيسي.
- 2- اكتتاب و استيفاء الشروط المتضمنة في دفتر الشروط النموذجي للمتعاملين الإقتصاديين المعتمدين³، و الإجابة بشكل دقيق و واضح على استمارة الأسئلة المتعلقة بالعملية⁴.
- 3- تقديم مجموعة من الوثائق أو على الأقل نسخة منها حسب الحالة، تتمثل في: العقد التأسيسي

¹ - المادة 2/ف 1 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم: «يعتبر بمفهوم هذا النظام:- أشخاص مقيمون في الجزائر الأشخاص الطبيعيين و المعنويين الذين يتواجد المركز الرئيسي لنشاطهم الإقتصادي في الجزائر».

² - المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 12-93، يحدد شروط و كفاءات الإستفادة من صفة المتعامل الإقتصادي المعتمد.

³ - طبقا للمادة 1 من الملحق الأول المتعلق بدفتر الشروط النموذجي للمتعاملين الإقتصاديين المعتمدين المرافق للمرسوم التنفيذي رقم 12-93: «يهدف دفتر الشروط هذا إلى تحديد الإلتزامات و الواجبات التي يجب أن يتقيد بها المتعاملون الإقتصاديون، للإستفادة من التسهيلات لجمركة بضائعهم».

⁴ - حيث تم إصدار نموذج عن استمارة الأسئلة ضمن الملحق الثاني المرافق للمرسوم التنفيذي رقم 12-93.

بالنسبة للأشخاص المعنوية، مستخرج من السجل التجاري، بطاقة التعريف الجبائي، و كل وثيقة
ضرورية للقيام بعملية التدقيق التي تتولاها إدارة الجمارك¹.

و يتم منح الصفة بمقرر صادر عن المدير العام للجمارك، لمدة 3 سنوات مع إمكانية تجديدها
لنفس المدة بطلب من المتعامل، و بالنتيجة يستفيد هذا الأخير من التسهيلات في إطار جمركة البضائع
وفقا لما يحدده القانون².

ليتعهد المتعامل الإقتصادي على مسؤوليته باستخدام التسهيلات المتحصل عليها و فقط لفائدة
عمليات استيراد أو تصدير بضائعه، و الإمتناع عن استعمالها للعمليات التجارية الخارجية المتعلقة
بالغير³.

2- ألا يكون نشاط الإستيراد أو التصدير للسلع أو الخدمات الذي يمارسه المتعامل الإقتصادي معفى
من التوطين البنكي: فالأصل أن تخضع كل عملية تجارية دولية لإلزامية التوطين لدى بنك معين، حيث
أن التوطين يسبق كل تحويل أو ترحيل للأموال، للإلتزامات و كل تخليص جمركي للبضائع⁴، بما يؤكد
على أنه يعتبر كذلك إجراء أوليا يسبق مرحلة الجمركة و كذا تحويل الإلتزامات أو الأموال المرتبطة
بالنشاط.

إلا أنه و استثناء توجد بعض الواردات و الصادرات تم إعفاؤها من نطاق التوطين البنكي و ذلك
بموجب نص صريح في القانون.

¹ - حيث يمكن لإدارة الجمارك رفض الطلب شكلا و عليها إبلاغ المعني بذلك خلا شهر من إيداع الملف، و إلا اعتبر مقبولا، كما لها قبول الطلب، و
على إثر ذلك تتولى القيام بعملية التدقيق خلال 6 أشهر كأقصى حدّ فإذا كانت العملية إيجابية بمنح المتعامل الإعتماد، و ذلك ما تضمنته المادتان
5 و 6 من المرسوم التنفيذي رقم 12-93.

² - المادة 3، 7، 8 من المرسوم التنفيذي رقم 12-93، يحدد شروط و كفاءات الإستفادة من صفة المتعامل الإقتصادي المعتمد.

³ - المادة 10 من الملحق الأول المتعلق بدفتر الشروط النموذجي للمتعاملين الإقتصاديين المعتمدين، المرافق للمرسوم التنفيذي رقم 12-93.

⁴ - المادة 29/ف 2 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

3- أن يتم التوطين لدى وسيط معتمد¹: أي أن يختار البنك أو المؤسسة المالية المكتسبة لصفة الوسيط المعتمد من قبل بنك الجزائر للقيام بعمليات التجارة الدولية، و ذلك لتوطين مبادلاته بين الداخل و الخارج، باعتبارهما يمثلان الجهة الوحيدة المؤهلة لتولي هذه المسألة وفقا لما ينص عليه القانون²، و يسمى في هذه الحالة بالبنك فاتح التوطين أو البنك الموطن «Banque Domiciliataire».

تجدر الإشارة إلى أن كافة هذه الشروط تعتبر أساسية للتوطين البنكي، إلا أنها ليست حصرية، باعتبار أن المشرع فتح المجال لبنك الجزائر لإمكانية إضافة شرط أو شروط أخرى و له السلطة التقديرية في ذلك طبقا لما يراه ضروريا و مناسبا، و ذلك ما نصت عليه الفقرة الثالثة المضافة إلى المادة 29 من النظام رقم 01-07 على إثر تعديلها بالنظام رقم 02-17، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج³.

و هو في الواقع أمر إيجابي يبرز من خلال تكريس التدخل المباشر من بنك الجزائر، إن استلزمت المسألة ذلك، لفرض شروط إضافية مواكبة لمتطلبات عملية التجارة الدولية، إضافة إلى تعزيز رقابته على المتعاملين في إطار ممارستهم لنشاطهم.

أ- 2- مبادئ التوطين البنكي: تقوم عملية التوطين على مبدئين و هما:

1- بالنسبة للبنك فاتح التوطين: يعتمد التوطين على جمع الوثائق اللازمة لإعداد ملف للسماح بحركة السلع أو الخدمات من خلال دخولها و خروجها بالشكل الأمثل، و بالتالي تحصيل ثمنها بطريقة مضمونة.

¹ - يمكن اعتباره وسيطا معتمدا أي بنك أو مؤسسة مالية معتمدة من قبل بنك الجزائر طبقا للقانون، بالتالي فصفة الوسيط المعتمد تنتج عن اعتماد خاص من بنك الجزائر بناء على طلب من بنك أو مؤسسة مالية. (Voir MANSOURI Mansour, Système et pratiques bancaire en Algérie, Editions Houma, 2005, p 95.).

² - المواد 7، 11 من النظام رقم 01-07، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

³ - المادة 29/ف 3 من النظام رقم 02-17، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة: «يمكن لبنك الجزائر أن يضع أي شرط يراه مناسبا».

2- بالنسبة للمتعامل التجاري مستوردا أو مصدرا: يرتبط التوطين بتحديد البنك قبل الشروع في إتمام

العملية التجارية و جمركة البضائع، مع الإلتزام بجميع الإجراءات البنكية اللازمة¹.

ب- الإغفاء من التوطين البنكي: الإستثناء: بالرغم من إلزامية التوطين كإجراء أولي عند كل عملية

تجارية دولية، إلا أن البعض من هذه المعاملات تكون مستثناة إما بصفة تامة أو بجعل التوطين غير ملزم بالنسبة لفئة منها.

ب-1- الإغفاء التام من التوطين البنكي: تتمثل العمليات التجارية الدولية المعفاة من إجراء التوطين في²:

1- الواردات أو الصادرات بدون تسديد³، التي يقوم بها المسافرون لاستعمالاتهم الشخصية طبقا لأحكام

قوانين المالية، و يقصد بها الأشياء و الأمتعة الشخصية أي الأغراض الجديدة أو المستعملة التي

يمكن أن يحتاجها المسافر⁴ في حدود المعقول، لاستعماله الشخصي خلال سفره بسبب ظروف

السفر، إضافة إلى البضائع التي يستقدمها المسافرون و المخصصة للاستعمال الشخصي أو

العائلي⁵.

2- الواردات بدون تسديد و التي يقوم بها المواطنون المسجلون لدى الممثلات الدبلوماسية و القنصلية

الجزائرية في الخارج عند عودتهم النهائية إلى الجزائر طبقا لأحكام قوانين المالية⁶.

¹ - بونحاس عادل، المرجع السابق، ص 108.

² - و قد نصت عليها المادة 33 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

³ - يراد بالتسديدات الخاصة بالمعاملات الدولية تلك المنجزة بموجب عمليات التجارة الدولية المتعلقة بالسلع و الخدمات، (انظر المادة 4/ف 1 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم).

⁴ - و يقصد بالمسافر كل شخص يدخل الإقليم الجمركي أو يخرج منه، ذلك ما نصت عليه المادة 5 من قانون الجمارك.

⁵ - المادة 199 مكرر من قانون الجمارك.

⁶ - المادة 202 من قانون الجمارك.

3- الواردات بدون تسديد التي يقوم بها الأعوان الدبلوماسيون و القنصليون و ما شابههم، و كذا أعوان

ممثلات الشركات و المؤسسات العمومية في الخارج عند عودتهم إلى الجزائر.

4- الواردات أو الصادرات التي تقل قيمتها عن مبلغ 100 ألف دج بقيمة "فوب".

5- الواردات أو الصادرات من العينات، الهبات، السلع المستلمة في حال تفعيل الضمان¹.

6- الواردات من السلع المحققة في إطار نظام الوقف الجمركي.

ب-2- **عدم إلزامية التوطين البنكي:** يكون التوطين البنكي غير إجباريا أو لازما بالنسبة لعقود

الصادرات التالية²:

1- الصادرات المؤقتة، باستثناء الحالات التي تنتج عنها تسديد أداء الخدمات عن طريق ترحيل العملات

الأجنبية.

2- الصادرات مقابل السداد بقيمة تقل أو تساوي ما يعادل مبلغ 100 ألف دج، التي تتجز عن طريق

بريد الجزائر.

يترتب على ما سبق أنه و سواء تعلق الأمر بالعمليات المعفاة تماما من التوطين أو تلك التي لا

يعتبر هذا الأخير ملزما بالنسبة إليها، يجب أن يدون على التصريحات المقدمة لدى مصلحة الجمارك

المتعلقة بتلك الصادرات أو الواردات، عبارة «صادرات أو واردات لم توطن مصرفيا»³.

¹ - المادة 213 من قانون الجمارك.

² - المادة 58 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملية الصعبة، معدل و متمم.

³ - المادة 33/ف 7 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملية الصعبة، معدل و متمم.

ثانيا: الإجراءات العملية للتوطين البنكي للصادرات و الواردات: من فتح ملف التوطين البنكي

إلى التصفية

تمر عملية التوطين البنكي للتصدير و كذلك للإستيراد بمراحل محددة، تستلزم اتباع خطوات معينة، بغرض ضمان سيرورتها بالشكل الأمثل.

أ- الإجراءات العملية للتوطين البنكي للصادرات: التوطين البنكي للصادرات إجراء أولي في بداية كل تنفيذ مادي أو مالي للمعاملات التجارية مع الخارج، شريطة أن يتم ذلك في إطار الأحكام المنظمة للتجارة الدولية و أنظمة الصرف حيث تخضع الصادرات من السلع عند البيع النهائي أو عند الإيداع¹، و الصادرات من الخدمات إلى إجبارية القيام بتوطينها بنكيا، كما ينطبق نفس الحكم إذا تعلق الأمر بعقود تصدير الخدمات، تحصيل، و ترحيل نواتجها²، و تستثني من ذلك الصادرات من المنتجات الطازجة، القابلة للتلف و تلك الخطيرة، حيث يمكن توطينها بنكيا في أجل 5 أيام الموالية لتاريخ الإرسال و التصريح لدى الجمارك³.

و ليتم ذلك يجب استيفاء المراحل المحددة في النظام 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على

المعاملات الجارية مع الخارج.

أ-1- فتح ملف التوطين البنكي: يتم فتح ملف توطين خاص بعملية تجارية للتصدير⁴ من خلال تقدم

¹ - يقصد بالصادرات عند الإيداع Exportations en consignation: صادرات الفواكه و الخضار المبيعة من قبل المودع عنده أو المرسل إليه

الأجنبي بسعر محدد من قبل المصدر يتم فرضه. (Voir GIDE LOYRETTE Nouel Algérie, Le contrôle des changes algériens, Berti éditions, Alger, 2011, p 66).

و يتم البيع بالإيداع تحت غطاء تصريح جمركي غير مكتمل مصحوب بفاتورة غير موطنة، و بالتزام غير مكفول بتشكيل فاتورة موطنة في أجل

أقصاه 5 أيام عمل التي تلي الإرسال. (Voir CHERIGUI Chahrazed, OP.Cit, p 104)

² - المادة 56، 57 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملية الصعبة، معدل و متمم.

³ - المادة 60 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملية الصعبة، معدل و متمم.

⁴ - و ذلك خارج قطاع المحروقات سواء بالنسبة للسلع أو الخدمات، باعتبار أن التوطين البنكي و ترحيل ناتج الصادرات من المحروقات و المنتجات

المنجمية تبقى خاضعة لتنظيم خاص (انظر المادة 59 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملية الصعبة، معدل و متمم).

المصدر بطلب بذلك لدى الوكالة البنكية المعتمدة ليكون ملتزما أمامها بالقيام بكافة الإجراءات البنكية المتعلقة بالعملية المعنية¹، بالإضافة إلى العقد التجاري الذي يربطه بالمستورد الأجنبي أو أية وثيقة مثبتة لذلك كالفاتورة الشكلية، المراسلات المتبادلة بين الطرفين المتضمنة لكل المعلومات اللازمة للتأكد من هوية الأطراف المتعاملة² و طبيعة المعاملة التجارية إلى غير ذلك³.

و يشترط أن يتوفر العقد التجاري أو أية وثيقة مقدمة على المعلومات الأساسية المحددة لهوية الأطراف بذكر الأسماء أو اسم الشركة و العناوين، البضائع بتحديد طبيعتها، الكمية، سعر الوحدة، السعر الإجمالي، عملة الفوترة و عملة الوفاء، قواعد الإنكوترمز المختارة من قبل المصدر و المستورد، شروط و شكليات الوفاء بالثمن التعاقدية، القضاء المختص في حال حدوث نزاع، آجال التسليم، إلى غير ذلك من البيانات الضرورية⁴.

هذا، و يلتزم المصدر بتمكين الوسيط المعتمد من نسخة أصلية و نسختين طبق الأصل من العقد التجاري أو أية وثيقة أخرى تحل محله أو أي مستند مشروط تقديمه⁵، ليتولى الوسيط المعتمد التأكد من قانونية العملية المعنية بالنظر إلى التشريع و التنظيم الساريين، و المساحة المالية للزبون⁶، بما معناه إمكانية رفض التوطين لعدم الملاءة المالية للزبون طالب التوطين، و لهذا الأخير الحق في الطعن لدى اللجنة المصرفية، وفقا لما أقرته المادة 35 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على

¹ - المادة 30/ف2 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

² - « Il est fait obligation aux banques et établissements financiers intermédiaires agréés de s'assurer que l'identification de l'opérateur du commerce extérieur comprenne le nouvel identifiant fiscal (N.I.F.),... Ce nouvel identifiant fiscal est à reprendre sur tous les documents du dossier de domiciliation de l'opération....comme pour toute déclaration d'ouverture, de suivi, de contrôle et d'apurement du dossier» (Note N° 2008-47 du 25 Décembre 2008, aux banques et établissements financiers agréés. Site : www.bank-of-algeria.dz)

³ - المادة 32 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

⁴ - KSOURI Idir, Les régimes douaniers, Berti éditions, Alger, 2014, p 41.

⁵ - GIDE LOYRETTE Nouel Algérie, Op.Cit, p 66.

⁶ - اللجنة المصرفية هي الهيئة المكلفة برقابة مدى احترام و تطبيق البنوك و المؤسسات المالية للأحكام التشريعية و التنظيمية التي تخضع لها، و تكون هذه هذه الرقابة مستندية و في عين المكان. (Voir MANSOURI Mansour, Op.Cit, p 72-73 و المادتان 105 و 108 من الأمر رقم 03-11، يتعلق بالنقد و القرض، معدل و متمم).

المعاملات الجارية مع الخارج.

و في ظل توفر الشروط القانونية يتم فتح ملف التوطين من خلال المرور بخطوتين:

أ-1-1- الخطوة الأولى: خلالها يتم تسجيل الملف تحت رقم خاص يتضمن 21 رمزا مشكلا من 16 رقما و 5 حروف من أمثلتها: رمز الولاية: أي تحديد الموقع الجغرافي للوكالة البنكية الموطنة، رقم الإعتماد الخاص بالبنك، السنة و الثلاثي المعني الذي تتم فيه العملية، و الرقم المحدد لطبيعة عملية التصدير.

مع التمييز هنا بين نوعين من الصادرات، فإذا كانت الصادرات قصيرة الأجل «CT»¹ يجب أن يتم الدفع في الأجل المحدد ب 360 يوما، و هو أقصى حد يمكن للمصدر أن يمنحه لزيونه الأجنبي²، أما بالنسبة للصادرات طويلة الأجل «LT»³ فإن الدفع يتم في أجل يتجاوز 360 يوما و ذلك بالنسبة للسلع الإستهلاكية المعمرة Les biens de consommation durable أو سلع التجهيز Biens d'équipements⁴. أما إذا تراوح الأجل الممنوح من المصدر للزيون غير المقيم للتسديد بين 180 و 360 يوما أو أكثر فإن عملية التصدير يجب أن تكون مدعومة مسبقا بتأمين على القرض لعملية التصدير يكتب لدى الهيئة المختصة بهذا المجال، و في هذه الحالة يمكن لذلك المصدر الحصول من البنك على تسبيقات بالدينار على إيرادات التصدير⁵.

¹ - CT : exportation à court terme.

² - المادة 61/ف 2 من النظام رقم 04-16، مؤرخ في 17 نوفمبر 2016 يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، يعدل و يتم الأمر رقم 01-07، جريدة رسمية عدد. 72 الصادرة في 13 ديسمبر 2016، معدل و متمم.

³ - LT : exportation à long terme.

⁴ - المادة 61/ف 5 من النظام رقم 04-16، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

⁵ - المادة 61/ف 6، 7 من النظام رقم 04-16، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

و في كل الأحوال يجب أن يتم ترحيل ناتج التصدير في يوم التسديد¹، على أن يتم تبرير أي تأخير في الدفع و الترحيل، و تقع مسؤولية التقيد بهذه المسألة على عاتق المصدر، في حين يلتزم الوسيط المعتمد بالتصريح لدى بنك الجزائر بأي تأخير في عملية التسديد أو الترحيل².

أ-1-2- الخطوة الثانية: حيث و عقب التدقيق من طرف البنك الوسيط في تطابق الوثيقة الأصلية

و النسخ المقدمة، ترد نسخة إلى المصدر تحمل رقم ملف التوطين و ختم البنك و توقيعه³.

أ-2- تسيير ملف التوطين البنكي: يتم تسيير ملف التوطين لعملية التصدير من خلال إعداد بطاقة

مراقبة Fiche de contrôle من طرف الوكالة البنكية الوطنية، حيث يلتزم الوسيط المعتمد بإرسال

التصريحات الشهرية بفتح و تصفية ملفات التوطين للصادرات من السلع و الخدمات إلى بنك الجزائر،

و تحديدا المديرية العامة للصرف، وفقا للنمط المحدد من قبله⁴.

و بناء على ذلك تتشكل 3 وثائق، تتمثل في الوثيقة التجارية Le document commercial أي

الفاتورة النهائية الموطنة الممنوحة للمصدر حتى يستطيع الحصول على التصريح الجمركي اللازم لإتمام

العملية، و الوثيقة الجمركية Le document douanier، حيث تتم المراقبة المالية للصادرات من طرف

مصالح الجمارك⁵، هذه الأخيرة تلتزم بإفادة البنك الوسيط المعتمد من الوثائق التالية: بالتصريح الجمركي

¹ - المادة 61/ف4 من النظام رقم 04-16، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم، فالمصدر يلتزم بتسديد مبلغ التصدير كمرحلة أولية قبل القيام بترحيل ناتج التصدير، و هو إجراء مهم باعتباره دليلا مثبتا لآجال الترحيل، و مدى القابلية للترحيل من عدمها. (انظر علودة نجمة دامية، المرجع السابق، ص 34).

² - تخص إلزامية الترحيل المبلغ المسجل في الفاتورة، و مبلغ المصاريف الإضافية التعاقدية عندما لا تدرج في سعر البيع، كما يتضمن المبلغ الخاضع لهذه الإلزامية كل تعويض أو عقوبة تعاقدية محتملة. (انظر المواد 65-66 من النظام رقم 01-07، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم).

³ - المادة 62/ف2 من النظام رقم 01-07، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

⁴ - Article 2 et 3 d'instruction N° 07-03 du 1 Mai 2007, relative à la procédure de déclaration et de suivi des dossiers de domiciliation des transactions courantes avec l'étranger. Site : www.bank-of-algeria.dz.

⁵ - و يتعين هنا على المصدر أن يشير في التصريح الجمركي إلى مراجع التوطين المصرفي للصادرات. (انظر المادة 63 من النظام رقم 01-07، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم)، كما تتم هذه الرقابة من قبل البنك المتلقي للأموال و عند الإقتضاء من قبل إدارة البريد إذا تم الدفع عن طريق الحوالات أو التحويلات البريدية الدولية. (Voir TEFALI Benyounès,

«نسخة البنك»، طبقا لحكم المادة 64 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج، أو الوثيقة المعادلة للوثيقة الجمركية¹، و الوثائق التصحيحية المتعلقة بالتصدير، و التي تثبت أي تعديل في الملف²، بالإضافة إلى المستندات المتعلقة بإعادة استيراد السلع، بالإضافة إلى ذلك يلتزم البنك الذي قام بالعملية المالية مع الخارج و رحل الأموال الناتجة، أن يمكن البنك الموطن لعملية التصدير من إشعار بترحيل تلك الأموال و نسخة من الفاتورة النهائية³.

و بتمام ذلك يتحصل الزبون على نسخة تصريحية «Exemplaire déclarant»، لتتشكل ما تسمى بالوثيقة المالية Le document financier و التي تتعلق بالتسوية المالية للعملية، حيث تكون البنوك و المؤسسات المالية الوسيطة المعتمدة هي المؤهلة قانونا لتنفيذ التحويلات و الترحيلات المتعلقة بالسلع و الخدمات الموطنة مسبقا لدى شبابيكها و ذلك لحساب زبائنها، بالإضافة إلى المصالح المالية لبريد الجزائر بالنسبة للعمليات المؤهلة للقيام بها، فمن جهة يلتزم المصدر بترحيل الإيرادات الناتجة عن عقد التصدير في الأجل القانونية المحددة، و من جهة أخرى يتولى الوسيط المعتمد الموطن مراقبة هذه العملية على أساس الوثائق المرسله إليه من طرف المصدر و المصالح الجمركية⁴، و بمجرد تحقيق الترحيل يضع الوسيط المعتمد تحت تصرف المصدر الحصة بالعملة الصعبة التي تعود إليه و يتم إيداعها في حسابه بالعملة الصعبة، مقابل القيمة بالدينار لرصيد الإيرادات الناتجة عن التصدير⁵.

¹ - تجدر الإشارة إلى أنه و خلال مرحلة المراقبة، في حال عدم وجود الوثيقة الجمركية «نسخة البنك» يجب على الوسيط المعتمد المطالبة بالحصول عليها لدى مكتب الجمارك المعني، حيث يقدم المعلومات الضرورية لتعريف التصريح و كذا المراجع التي تم تبليغها من طرف المتعامل (انظر المادة 54/ف 1 و 2 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم).

² - فكل تعديل في العقد الموطن يجب أن يدرج في وثيقة تعديلية يجب توطينها بنفس الشروط المطبقة على العقد الأساسي، و ذلك حسب مقتضى المادة 34 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

³ - TEFALI Benyounès, Op.Cit, p 114.

⁴ - المادة 37، 61، 69 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

⁵ - أما إيرادات الصادرات غير الموطنة و تلك التي تم ترحيلها بعد الأجل القانونية لا تعطي الحق لصاحبها في الإستفادة من الحصة بالعملة الأجنبية (انظر المادة 67 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم).

أما فيما يتعلق بصادرات الإيداع، فتسديدها يكون مستحقا حسب المبيعات المحققة من قبل المودع عنده أو الوكيل بالعمولة، مع وجوب إتمام الترحيلات في الآجال القانونية ابتداء من تاريخ البيع¹، و عند ذلك يتحصل البنك الوسيط على وثيقة الإقتطاع بالعملة الصعبة، من قبل الهيئة المستقبلية للعملة الأجنبية².

أ-3- **تصفية ملف التوطين البنكي:** حيث تسمح هذه المرحلة بالتأكد من مدى انتظام و مطابقة ملف التوطين للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بهما، و هو الإجراء النهائي في توطين الصادرات، يتم بمراقبة الوسيط المعتمد لكل الوثائق المقدمة، و ذلك خلال الآجال القانونية المحددة، مع الإشارة إلى أن هذه المرحلة قد تتخذ شكلين إما تصفية للملف أو تسوية له³.

تتم التصفية على أساس الوثائق التالية⁴:

1- نسخة البنك من التصريح الجمركي فيما يتعلق بالسلع التي ترسلها المصالح الجمركية.

2- المستندات المثبتة لعملية الترحيل أي ترحيل ناتج التصدير نحو الخارج.

3- الإستمارة الإحصائية المرسلة إلى بنك الجزائر المثبتة لصحة العملية.

أ-3-1- **في حال صحة الملف:** يقوم الوسيط المعتمد بتصفية ملف التوطين البنكي للصادرات مقيدا في ذلك بوجوب انجاز العملية خلال الثلاثي، أي 3 أشهر، الذي يلي الأجل القانوني للترحيل، إضافة إلى الإلتزام باستحقاقات تسديد و ترحيل العمليات المعنية⁵، و عند التأكد من صحة الملف و استيفائه لكل الشروط تتم تصفيته و ترسل نسخة من الملف مع عرض حال لنتائج التصفية إلى بنك الجزائر في

¹ - و ذلك حسب المادة 68 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

² - بونحاس نبيل، المرجع السابق، ص 112.

³ - علودة نجمة دامية، المرجع السابق، ص 35-36، و المادة 39 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

⁴ - المادة 71 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

⁵ - المادة 72 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

غضون الشهر الموالي للثلاثي المعني¹.

أ-3-2- في حال عدم اكتمال الملف: عند انقضاء الثلاثي الذي يتم فيه تصفية الملف، و يتحقق الوسيط المعتمد الموطن من وجود نقائص بالملف، يقوم بتوجيه الملاحظات اللازمة إلى المصدر بغرض تسوية الملف باستكمال النقائص الموجودة فيه أو بتسوية النقائص المسجلة في الترحيل²، وذلك ضمانا لصحته و تمهيدا لتصفيته.

و في إطار ذلك يستفيد المصدر من أجل إضافي يقدر ب 30 يوما لتسوية ملفه، ليتولى الوسيط المعتمد إرسال نسخة منه بعد انتهاء الأجل إلى بنك الجزائر حتى و لو لم تتم تسويته³، و في الحالة الأخيرة يرسل الملف و هو غير مصفى.

ب- الإجراءات العملية للتوطين البنكي للواردات: توطين الواردات هو إعطاء موطن للسلع أو الخدمات المستوردة لدى البنك أو المؤسسة المالية الوسيطة المعتمدة المختارة من قبل المستورد باتباع الإجراءات المحددة لذلك⁴، و هي ذاتها المتبعة في توطين الصادرات بحيث تتجسد من خلال المراحل الثلاث و هي: فتح ملف للتوطين، ثم تليها مرحلة تسيير الملف، لتختتم العملية بتصفية الملف.

لذلك و أثناء كل مرحلة يتم التركيز على القواعد الخاصة بالواردات من السلع و الخدمات.

ب-1- فتح ملف التوطين البنكي⁵: بعد تقديم المستورد لطلب خاص لتوطين عملية استيراد، مرفقا

¹ - المواد 73/ف أ-ج، و 74 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

² - المادة 73/ف ب من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

³ - المادة 73/ف ج من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

⁴ - علودة نجمة دامية، المرجع السابق، ص 38.

⁵ - تجدر الإشارة إلى أنه في ظل النظام رقم 91-12، يتعلق بتوطين الواردات (ملغى) يعتبر إجراء توطين الإستيراد بهذه الصفة مجرد شكلية إدارية تمثل

دعما تقنيا لمراقبة الصرف و التجارة الخارجية التي يمارسها النظام البنكي و كذا مصلحة الجمارك، و بالتالي فهذا الإجراء في حد ذاته لا يشكل التزاما من جانب البنك تجاه شركائه الخارجيين، إذ لا يمكن إثارته إلا في الحالات المحددة. (Voir Alinéa 2 et 4 de la Note N° 95-03 du

15 Février 1995, aux banques commerciales intermédiaires agréées. Site : www.bank-of-algeria.dz).

بالمستندات المتعلقة بالعملية¹ طبقا للمادة 32 من النظام رقم 01-07، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج، يتولى الوسيط المعتمد عملية التوطين من خلال فتح ملف بذلك يسمح له بمتابعة عملية الإستيراد²، حيث يقع على عاتقه عبء التأكد من قانونية العملية المراد توطينها استنادا إلى التشريع و التنظيم المعمول بهما، بالإضافة إلى المساحة المالية للمستورد، لذلك فإن هذا العبء يشكل التزاما و دورا مهما يضطلع به الوسيط المعتمد³.

عند توفر الشروط القانونية يتم فتح ملف التوطين الخاص بالإستيراد من خلال:

ب-1-1- تسجيل الملف تحت رقم خاص، مشكلا من 21 رقما، موزعا حسب ترتيب معين، تتضمن في مجملها كافة البيانات المتعلقة بالبنك الوسيط المعتمد، و طبيعة العقد التجاري و السنة الموافقة لعملية التوطين، إلى غير ذلك من البيانات الأساسية⁴.

ب-1-2- بعد التأكد من صحة ودقة المستندات أو الوثائق المقدمة، يسلم الوسيط المعتمد إلى المستورد المقيم نسخة من العقد التجاري متضمنا تأشيرة التوطين البنكي، حيث توضع هذه التأشيرة على كل الفواتير التي لها علاقة بالعقد، و هو ما يسمح بإتمام العمليات التالية⁵:

1- الشروع في إجراء التخليص الجمركي للبضائع.

2- ضمان وفاء السندات المقبولة أو المكتتبه من طرف المستورد المقيم.

3- تنفيذ التسديدات بالدينار و التحويلات بالعملة الأجنبية.

¹- Alinéa 2 de la Note N° 2000-40 du 30 Mai 2000, aux banques et établissements financiers intermédiaires agréés, site : www.bank-of-algeria.dz.

²- المادة 41/ف 1 من النظام رقم 01-07، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

³- Alinéa 3 et 4 de la Note N° 03/DGC/2015 du 12 Février 2015, aux banques et établissements financiers intermédiaires agréés, site : www.bank-of-algeria.dz.

⁴- Note N° 2000-53 du 27 Novembre 2000, aux banques et établissements financiers intermédiaires agréés. Site : www.bank-of-algeria.dz.

⁵- و ذلك ما نصت عليه المادة 41 من النظام رقم 01-07، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

4- القيام عند حلول أجل التوطين بإعداد عرض حال لتصفية ملف التوطين الذي يجب أن يرسل إلى بنك الجزائر .

ب-2- تسيير ملف التوطين البنكي: و هنا يقوم الوسيط المعتمد بجمع كل الوثائق المكونة لملف التوطين و المرتبطة بالإعداد المادي و المالي لعملية الإستيراد، من أجل متابعة الملف و اتخاذ الإجراءات اللازمة في حال وجود نقص في الوثائق المطلوبة أو عدم صحة إحدى المعلومات الواردة¹.

و خلال هذه المرحلة لا يمكن القيام بأية تسوية أو التزام مالي وارد في العقد التجاري إلا بشرط

حيازة الوسيط المعتمد للوثائق التالية²:

1- الفواتير النهائية.

2- وثائق الإرسال أو وثيقة جمركية «للعرض على الإستهلاك» الخاصة بالسلع المستوردة.

3- شهادات الخدمة المنجزة إذا تعلق الأمر باستيراد الخدمات.

كما يلتزم كذلك الوسيط، عندما يكون الإستيراد موضوع تمويل خارجي، بالتأكد عند قيامه بالتوطين من تطابق التمويل و الشروط المرتبطة به مع الكيفيات المحددة من بنك الجزائر، طبقا لما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 47 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج.

تحدد الوثائق التي يعتمد عليها الوسيط المعتمد أثناء مراقبة ملفات التوطين و التحويل بحسب

طبيعة الشيء المستورد أكان سلعة أو خدمة³.

¹ - علودة نجمة دامية، المرجع السابق، ص 39-40.

² - المادة 43 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

³ - المادة 52 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

و تتم عملية مراقبة ملف التوطين البنكي و التحويل¹ الخاص بعملية الإستيراد خلال الآجال المحددة كالآتي:

- بالنسبة للعقود التجارية ذات التسوية الفورية: يجب أن تنتهي العملية في مهلة أقصاها 3 أشهر الموالية للتسوية المالية للعملية التجارية.

- بالنسبة للعقود التجارية ذات التسوية المؤجلة: يجب أن تتم العملية في أجل لا يتجاوز 30 يوما الموالية للتسوية الأخيرة للعملية التجارية².

- بالنسبة لعملية استيراد سلع موجهة للبيع على حالها: يجب أن يتم التوطين خلال 30 يوما على الأقل قبل شحن السلع، حيث يستلزم ذلك تشكيل مؤونة من طرف المستورد لدى البنك الموطن، مع وجوب أن يعادل مبلغ المؤونة على الأقل 120% من قيمة عملية الإستيراد³.

ما يلاحظ هنا أن العملية تتضمن إجراءات أساسيين: الأول يتعلق بالزامية توطين كل الواردات من السلع الموجهة للبيع على حالها، بما يعني الإشعار المسبق عن كل عملية للإستيراد الموجهة نحو المجال الجمركي الوطني، و الثاني يفرض على المستورد تقديم ضمان بتغطية مالية لدى البنك الموطن لقيمة عملية الإستيراد بنسبة 120% لمدة 30 يوما على الأقل قبل إرسال السلع و البضائع.

هذا و يمكن للوسيط المعتمد الموطن الشروع في دفع التسبيقات في حدود معينة بغرض استيراد

السلع و الخدمات في حال ورود بند في العقد التجاري متعلق بذلك بشرط تقديم ضمان إرجاع التسبيق

¹ - و في إطار ذلك، يجب على البنك الوسيط المعتمد أن يرسل إلى المديرية العامة للصراف بنك الجزائر في أجل أقصاه 15 يوما ابتداء من الشهر الموالي للشهر المرجع، على حامل إلكتروني و ورقي جدولا ملخصا للتحويلات المنفذة في إطار عمليات الإستيراد، مفصلة حسب نمط الدفع و محررا طبقا للنموذج المحدد مسبقا (انظر المادة 4 من التعليمية رقم 02-15 مؤرخة في 22 جويلية 2015، تحدد مستوى الإلتزامات الخارجية للبنوك و المؤسسات المالية. (Site : www.bank-of-algeria.dz)

² - المادة 53 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.
³ - المواد من 2 إلى 4 من التعليمية رقم 05-2017 المؤرخة في 22 أكتوبر 2017، المحددة للشروط الخاصة المتعلقة بتوطين عمليات استيراد السلع الموجهة للبيع على حالها. (Voir Site : www.bank-of-algeria.dz)

بقيمة مساوية، على أن يتم تسليمه من طرف بنك من الصف الأول¹.

ب-3- تصفية ملف التوطين البنكي: إن إجراءات تصفية ملف التوطين للواردات تحددها المادة 55 من

النظام رقم 01-07، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج.

ب-3-1- إذا كان الملف مستوفيا لكافة الشروط القانونية و مطابقا للأحكام التنظيمية تتم تصفيته²،

و ترسل نسخة منه إلى بنك الجزائر.

ب-3-2- إذا كان الملف غير مستوفي للشروط: أي إذا تمت ملاحظة وجود نقائص أو تسجيل زيادة

في التسديد، يتم إرسال الملاحظات الضرورية المتعلقة بذلك للمستورد المقيم ليقوم باستدراكها و تسوية

ملفه، على أن ترسل نسخة من الملف إلى بنك الجزائر بعد الأجل الإضافي المقدر ب 30 يوما في حال

عدم التسوية أو إذا فاقت الزيادة في التسديد ما يعادل 100 ألف دج.

إضافة إلى ما سبق تجدر الإشارة إلى أن فتح ملف التوطين البنكي لعملية استيراد أو تصدير لا

يمكن أن يتم إلا أمام شبك موطن واحد و وحيد للبنك أو المؤسسة المالية الوسيطة المعتمدة³.

كما أن تحويلات الأموال مهما كانت طبيعتها و التي تتم لفائدة الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين

غير المقيمين في الجزائر يجب أن تكون محل تصريح مسبق لدى المصالح الجبائية المختصة، حيث

يتعين تقديم شهادة المعالجة الجبائية لتلك المبالغ إلى المصريح في أجل أقصاه 7 أيام، و يجب كذلك على

البنك أن يلزم عميله بتقديم هذه الشهادة تدعيما لطلب التحويل على أن تعفى من ذلك المبالغ المدفوعة

كأجور لعمليات الإستيراد الخاضعة لرسم التوطين البنكي⁴.

¹ - المادة 50 من النظام رقم 01-07، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

² - المادة 40 من النظام رقم 01-07، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم، و

الملاحظ هنا أن المادة لم تحدد الأجل التي يتم خلالها تصفية الملف، بما يفيد إمكانية ارتباط الأجل بالعملية المعنية في حد ذاتها.

³ - Note N° 2001-06 du 26 Février 2001, aux banques et établissements financiers intermédiaires agréés. Site : www.bank-of-algeria.dz.

⁴ - المادة 10 من القانون رقم 21-08، مؤرخ في 30 ديسمبر 2008، يتضمن قانون المالية لسنة 2009، جريدة رسمية عدد 74، الصادرة في 31 ديسمبر 2008.

و في نفس الإطار يتم التأكيد على أهمية و إلزامية رقم التعريف الجبائي في عملية التوطين، إذ لا يمكن لهذه الأخيرة أن تتم إلا على أساس رقم التعريف الجبائي الممنوح من طرف الإدارة الضريبية¹. و يلتزم شباك الوسيط المعتمد المؤهل بمسك فهرس الملفات الموطنة، مرقما و مؤشرا عليه من طرف الشخص المؤهل لذلك، مع الإحتفاظ بتلك الملفات و ملفات التحويل و جميع الوثائق المثبتة للعملية التجارية لمدة 5 سنوات على الأقل اعتبارا من تاريخ تسويتها أو تنفيذها²، على أن يضمن بنك الجزائر الرقابة البعدية تماشيا مع قابلية التحويل الحالية للعملة الوطنية بعد تصفية ملفات التوطين للتحويل أو للترحيل من قبل الوسطاء المعتمدين³.

كما يجب الإشارة إلى أن بنك الجزائر قد فرض إجراءات رقابية إضافية على عمليات التجارة الدولية تتمثل في إخضاع العقود النهائية لتوطين عمليات استيراد أو تصدير السلع أو الخدمات لما يسمى بإجراء التوطين الإلكتروني المسبق Pré-domiciliation électronique⁴.

إن الإجراءات العملية للتوطين البنكي لعمليات التصدير أو الإستيراد تعكس مدى أهمية و ضرورة مثل هذا الإجراء لتفعيل التجارة الدولية من خلال ممارسة الرقابة القانونية و المالية على العملية المعنية و خاصة فيما يتعلق بالتأكد من صحة و قانونية الوثائق و المستندات المقدمة من المتعامل في سبيل إجراء العملية.

¹ - المادة 36 من الأمر رقم 01-09 مؤرخ في 22 يوليو 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، جريدة رسمية عدد 44، الصادرة في 26 يوليو 2009.

² - المادة 31، 84 من النظام رقم 01-07، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

³ - Note N° 03/DGC/2015, aux banques et établissement financiers intermédiaires agréés.

⁴ - و ذلك ابتداء من تاريخ 15 مارس 2016، من خلال تكوين قاعدة إلكترونية مركزية خاصة بالمتعامل الإقتصادي الخاضع للقانون الجزائري لدى كل بنك موطن وسيط معتمد، و يندرج ذلك في إطار تحسين جهاز المراقبة و التسجيل الإداري لمعالجة عمليات التجارة الدولية. (Voir la Note N° 17/2016/DGC du 13 Mars 2016, aux banques intermédiaire agréés).

الفرع الثاني: المستندات المستخدمة في المعاملات التجارية الدولية: الأساس المستند إليه في

التسوية المالية و القانونية للمعاملة التجارية

إن عمليات الإستيراد و التصدير يجب أن تشتمل على وسائل خاصة بها في سبيل التكريس القانوني و الفعلي لمراحلها المختلفة من أهمها استخدام مجموعة من المستندات لإتمام تلك العمليات، باعتبارها الأساس المستند إليه في التسوية القانونية و المالية قبل التسليم الفعلي للبضاعة، كما تعكس رغبة أطراف المعاملة في تنفيذ العقد.

و نظرا لأهمية مثل هذه المستندات يمكن تصنيفها إلى تلك الأساسية في كل عملية تجارية دولية (أولا)، و أخرى إضافة تتباين من حيث ضرورتها بحسب طبيعة العملية المعنية (ثانيا).

أولا: المستندات الأساسية في المعاملات التجارية الدولية

تتعدد و تتنوع الوثائق التي يجب على المتعامل الإقتصادي تقديمها في سبيل إتمام و تسوية أية معاملة في مجال التجارة الدولية، بحيث يمكن تقسيمها إلى صنفين: مستندات تجارية تتجسد من خلال وثائق متنوعة ذات طابع تجاري، و مستندات غير تجارية تتعلق بمجالات أخرى لها صلة بالتجارة الدولية.

أ- **المستندات التجارية:** هي أساسا الوثائق المثبتة للأسعار Documents des prix، تتمثل مجملها فيما يلي:

أ-1- **الفاتورة الشكلية Facture Pro-Forma:** وثيقة يقوم بتحريها البائع، بحيث تسمح بمعرفة شروط عرض البيع، من خلال اشتغالها على عديد البيانات، فبالإضافة إلى تحديد البضاعة، تتضمن سعر الوحدة، الكمية، السعر الإجمالي، طرق التسديد، فضلا عن آجال صلاحية العرض، و بناء على ذلك

يمكن للمشتري التأكيد على العرض المقدم¹، كما يستعملها عموماً من أجل إجراءات التوطين البنكي². بموجب القانون الدولي و حين لا تكون المعاملة محلاً لعقد تجاري أو أمر شراء من جانب المشتري، تعتبر الفاتورة الشكلية كعرض للبيع، و في هذه الحالة تكون ملزمة فقط لمصدرها، لتصبح في الواقع عقداً حقيقياً عندما يبدي المشتري موافقته بأية وسيلة مكتوبة معترف بها قانوناً كالبرقية، التلکس، إلى غير ذلك³.

أ-2- الفاتورة النهائية **Facture définitive**: كما تسمى بالفاتورة التجارية و هي الوثيقة المحاسبية التي من خلالها يطلب البائع من المشتري دفع المبلغ المستحق نظير السلع أو الخدمات المقدمة⁴.

تعتبر هذه الفاتورة وثيقة ضرورية و مهمة في كل الصفقات التجارية، ترفق مع البضاعة أثناء اجتيازها للحدود، و يجب أن تتوفر على مجموعة من البيانات كأسماء و عناوين المتعاقدين، شروط العقد، مصدر و وجهة البضاعة، إلى غير ذلك من المعلومات الأساسية التي تخص العملية التجارية⁵.

أ-3- الفاتورة القنصلية **Facture consulaire**: هي فاتورة يعدها البائع و تؤشر عليها قنصلية بلد المستورد، فهي دليل على أن المورد مثبت في المنطقة الإقليمية الخاضعة لرقابة القنصلية، فضلاً عن أن الأسعار المفوترة هي الأسعار المطبقة في سوق بلد المورد⁶.

تحتوي هذه الوثيقة على بيانات تتعلق باسم و جنسية الناقل، ميناء الشحن، ميناء الوجهة، كما

تسمح خصوصاً لجمارك ميناء بلد المستورد من تحديد الرسوم الجمركية المفروضة على البضاعة⁷.

¹ - العايب وليد و بوخاري لولو، المرجع السابق، ص 183-184.

² - بوطالب هدى، المرجع السابق، ص 80، و ذلك ما نصت عليه المادة 32 من النظام 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

³ - TEFALI Benyounès, Op.Cit, p 116.

⁴ - IBID, p 117.

⁵ - العايب وليد و بوخاري لولو، المرجع السابق، ص 184.

⁶ - بوطالب هدى، المرجع السابق، ص 81.

⁷ - العايب وليد و بوخاري لولو، المرجع السابق، ص 184.

أ-4- الفاتورة الجمركية **Facture douanière**: هي فاتورة معدة وفقا لنموذج خاص، تكون موقعة من طرف البائع المصدر و طرف شاهد وفقا للمعايير التي تقتضيها الدوائر الجمركية في بلد المستورد، تتضمن الإشارات الرئيسية للفاتورة التجارية، كما تثبت أصل البضاعة¹.

ب- المستندات غير التجارية: و هي مجموع الوثائق التي لها علاقة بمجال النقل، التأمين و المجال الجمركي، تتجسد على النحو التالي:

ب-1- المستندات المثبتة للنقل **Document de transport**: وفقا لما تم الإتفاق عليه مع المشتري في العقد التجاري، يقوم المصدر بشحن البضاعة إما عن طريق البحر، الجو أو البر، لذلك تكتسي وثائق النقل أهمية كبيرة في مجال التجارة الدولية باعتبارها تظهر الوسيلة المستخدمة في شحن البضاعة، بالإضافة إلى إثباتها لحق ملكية هذه الأخيرة و حيازتها.

ب-1-1- وثيقة الشحن البحري² **Le connaissance maritime**: و هي وثيقة تعدها شركة الشحن أو أي منظمة مختصة في نقل البضائع من ميناء الشحن إلى ميناء المقصد³، بحيث تثبت بأنه قد تم شحن البضاعة و بوجوب نقلها في أفضل الظروف و ضمن الأجال المحددة.

تعتبر وثيقة الشحن البحري الوثيقة الرئيسية من بين وثائق النقل المستخدمة في الجزائر⁴، و تؤدي

ثلاث وظائف، فهي سند للنقل **Un titre de transport**⁵، و سند للملكية **Un titre de propriété** أي وثيقة

¹ - KSOURI Idir, Les opérations de commerce international, Op.Cit, p 24.

² - و تسمى بالإنجليزية **Bill of lading**، و يعبر عنها اختصارا ب: B-L

³ - Article L 5422-3 du code des transports Français. Site : <https://www.legifrance.gouv.fr>. « Le transporteur ou son représentant délivre au chargeur, sur sa demande, un écrit dénommé connaissance.

Ce document vaut présomption, sauf preuve contraire, de la réception par le transporteur des marchandises telles qu'elles y sont décrites,.... ».

⁴ - و يستخلص ذلك من خلال نص المادة 2 من الأمر رقم 03-04، يتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع و تصديرها، معدل معدل و متمم على ما يلي: «تنجز عمليات استيراد المنتوجات و تصديرها بحرية،...»، بما معناه أن وسيلة النقل المعتمدة في الجزائر لعملية استيراد أو تصدير البضائع، يجب أن تكون بحرية، و بالتالي فالوثائق المثبتة لها تكون متوافقة مع نوع الوسيلة المستعملة.

⁵ - أي عقد النقل بين المكلف و هو المصدر أو وكيله و الناقل، بموجبه يلتزم هذا الأخير بتحمل عبء نقل البضاعة من مكان إلى آخر.

(Voir Attijariwafa Bank, Guide du commerce extérieur, Attijariwafa bank entreprise, Maroc, 2010, p 14.

Site : www.attijariwafabank.com/documents/awb_guide_commerce_exterieur.pdf.)

لتملك البضاعة، و كذلك إيصال للسفر Un récépissé de voyage يثبت استلام البضاعة من قبل الناقل تمهيدا لشحنها¹.

1- أشكال وثيقة الشحن البحري: يمكن أن تتخذ هذه الوثيقة صوراً عدة ، تختلف باختلاف استعمالاتها، فقد تكون اسمية ، أو لحاملها أو لأمر فلان .

1-1- وثيقة الشحن الإسمية: أي لشخص مسمى A personne dénommée²، و هو الوحيد المؤهل لاستلام و حيازة البضاعة، فهذه الوثيقة تتميز بعدم قابليتها للتداول عن طريق التظهير³، و تسمى كذلك ببوليصة الشحن المباشرة، فالناقل لا يتم عملية التسليم إلا بإظهار أصل وثيقة الشحن، و تثور مسؤوليته إذا ما سلم البضاعة بدونها مقابل تسلمه لخطاب الضمان⁴ الصادر عن البنك.

1-2- وثيقة الشحن للحامل Au porteur⁵: يتم تداولها بالمناولة العادية أي من اليد إلى اليد⁶، و حامل أصل الوثيقة يكون صاحب الحقوق التي يمنحها السند⁷.

¹- ZOURDANI Safia, Op.Cit, p 68.

²- المادة 543 مكرر 10/ف 1 من القانون التجاري: «سند النقل الصادر لشخص مسمى هو سند اسمي، و تسلم البضاعة للشخص المعين».

³- التظهير هو إجراء مبسط يتم بكتابة معينة توضع على ظهر السند التجاري، فيكون نافذاً في حق الجميع دون حاجة إلى قبول المحال عليه أو إعلانه إليه (انظر فتاك علي، مبسوط القانون التجاري الجزائري في الأوراق التجارية: السفتجة، الجزء الأول، ابن خلدون للنشر و التوزيع، الجزائر، 2004، ص 57).

⁴- يعتبر خطاب الضمان وسيلة حامية بالنسبة للناقل من المسؤولية عن البضاعة غير المطابقة، كما يعد في الوقت نفسه وثيقة من الوثائق المستخدمة في النقل، حيث اعتبره التشريع الفرنسي اتفاقاً يضمن الشاحن بمقتضاه للناقل التعويض عن الأضرار الناتجة عن إصدار سند شحن خال من أي تحفظ على البيانات الواردة فيه. (انظر نبات خديجة، مسؤولية الناقل البحري للبضائع في ظل قواعد روتردام-اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً: دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص العقود و المسؤولية، كلية الحقوق بودواو، جامعة محمد بوقرة بومرداس، 2012-2013، ص 17-18).

Et l'article L 5422-5 alinéa 1 et 2 du code des transports français : « Le chargeur est garant de l'exactitude des mentions relatives à la marchandise inscrites sur le connaissement conformément à ses déclarations. Toute inexactitude commise par lui engage sa responsabilité à l'égard du transporteur ».Site :

www.legifrance.gouv.fr.

⁵- طبقاً للمادة 543 مكرر 8/ف 1 من القانون التجاري: «يصح سند النقل باعتباره وثيقة تمثل ملكية البضائع، سنداً تجارياً عندما يصدر و/أو يظهر للحامل...».

⁶- و حسب المادة 543 مكرر 12 من القانون التجاري يكون سند النقل الصادر للحامل قابلاً للتداول عن طريق التظهير على بياض، و يكون التظهير على هذه الصورة عندما تنعدم الإشارة مطلقاً إلى شخص المظهر إليه في صيغة التظهير (انظر فتاك علي، المرجع السابق، ص 58).

⁷- بسعيد مراد، المرجع السابق، ص 74.

1-3- وثيقة الشحن لأمر A ordre¹: هي الوثيقة الأكثر استعمالاً، حيث يكفي عبارة «لأمر» أمام اسم

المرسل إليه لكي يتم تداولها عن طريق التظهير².

تعتبر وثيقة الشحن لأمر أداة هامة و ضرورية في عدد من عمليات التجارة الدولية لأنها تتضمن

سلسلة من التظهيرات، تجعل من المرسل إليه مالكا للبضاعة، و يكون له الحق في استلامها³.

2- بيانات وثيقة الشحن البحري: تحتوي وثيقة الشحن على بيانات إلزامية، لا تمنع في الواقع من

إمكانية إضافة بيانات أخرى في الوثيقة، و نظراً لتعددتها يمكن تلخيص أهمها في البيانات التالية:

1-2- هوية الأطراف: حيث يلتزم الناقل أو من يمثله بعد استلامه للبضائع و بناء على طلب الشاحن،

بتمكينه من وثيقة الشحن تتضمن قيوداً بهوية الأطراف⁴.

2-2- وصف و تعيين البضائع: أي البيانات التي تسمح بالتحقق من البضائع و مواصفاتها، و يتحمل

الشاحن المسؤولية في حال التصريح الكاذب بشأنها⁵.

2-3- عناصر الرحلة البحرية⁶: تتضمن العناصر المكونة للرحلة البحرية التعريف بالسفينة⁷ بذكر

اسمها، بالإضافة إلى تحديد أجرة الحمولة الواجب دفعها⁸.

¹ - المادة 543 مكرر 8/ف 1 من القانون التجاري: «يصح سند النقل باعتباره وثيقة تمثل ملكية البضائع، سندا تجارياً عندما يصدر و/أو يظهر... أو لأمر».

² - حيث يكون سند النقل المتضمن شرط لأمر، قابلاً للتداول بالتظهير من الشخص الذي صدر لأمره، و هو ما أقرته المادة 543 مكرر 11 من القانون التجاري.

³ - بسعيد مراد، المرجع السابق، ص 73.

⁴ - المادة 748 من الأمر رقم 76-80 مؤرخ في 23 أكتوبر 1976، يتضمن القانون البحري، جريدة رسمية عدد 29، الصادرة في 10 أبريل 1977، معدل و متمم.

⁵ - المادة 752-753 من القانون البحري.

⁶ - المادة 748 من القانون البحري: «...بوثيقة شحن تتضمن... و عناصر الرحلة الواجب إتمامها...».

⁷ - المادة 13 من القانون البحري: «تعتبر سفينة في عرف هذا القانون كل عمارة بحرية أو آلية عائمة تقوم بالملاحة البحرية، أو بوسيلتها الخاصة و إما عن طريق قطرها بسفينة أخرى أو مخصصة لمثل هذه الملاحة.»

⁸ - حيث اعتبرتها المادة 748 من القانون البحري من البيانات الواجب ذكرها في وثيقة الشحن.

إن وثيقة الشحن عادة ما تتضمن عبارة «Clean on board»¹ بمعنى أنها نظيفة من دون أي تحفظ أو ملاحظة تتعلق بحالة البضاعة أو بتعبئتها، فدواعي الإستخدام والحكمة غالباً ما تدفع المتعاملين إلى طلب وثيقة شحن بهذه الصيغة².

ب-1-2- وثيقة الشحن الجوي **Lettre de transport aérien**³: وتسمى كذلك برسالة النقل الجوي

وفقاً للعبارة المدرجة في المادة 139 من القانون الجوي⁴، بحيث يعدها المرسل و يقبلها الناقل الجوي.

تعتبر هذه الوثيقة بمثابة عقد نقل و وصل باستلام و شحن البضاعة، تصدرها شركات الطيران

أو وكلائها المعتمدين، و هي في الوقت ذاته لا تعد وثيقة تملك لتلك البضاعة⁵.

و فضلاً عن ذلك فهي تؤدي عدة وظائف، فمن جهة تعد مذكرة تعليمات للناقل، حيث من

الضروري أن يقبل هذا الأخير بمحتواها، و من جهة ثانية تعتبر مذكرة تعليمات بالنسبة للمرسل إليه،

بشرط أن تنشأ عن المرسل⁶، أضف إلى ذلك أن لها قوة ثبوتية تجاه كل من الناقل، المرسل و المرسل

إليه⁷، و معنى ذلك أن رسالة النقل الجوي بما تشتمل عليه من بيانات و خاصة المتعلقة منها بتحديد وزن

وزن البضاعة، حجمها، تغليفها، كميتها و حالتها، و كذا عدد الطرود، تشكل دليلاً على إبرام عقد النقل و

إتمام عملية تسليم البضاعة من قبل الناقل، و لا تعد حجة ضد هذا الأخير إلا بعد تأكده من كافة تلك

المعلومات بحضور المرسل⁸.

¹ - أي باللغة الفرنسية «Net à bord».

² - Attijariwafa Bank, Op.Cit, p 15.

³ - يعبر عنها اختصاراً ب LTA، و باللغة الإنجليزية Airway Bill.

⁴ - الصادر بموجب القانون رقم 98-06 مؤرخ في 27 يونيو 1998، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، جريدة رسمية عدد 48، الصادرة في 28 يونيو 1998، معدل و متمم.

⁵ - العايب وليد و بوخاري لولو، المرجع السابق، ص 195.

⁶ - حيث يكون المرسل مسؤولاً عن صحة البيانات و التصريحات الخاصة بالبضائع أو المواد التي يسجلها في رسالة النقل الجوي. (انظر المادة 140 من من قانون الطيران المدني).

⁷ - KSOURI Idir, Les opérations de commerce international, Op.Cit, p 63.

⁸ - المادة 141 من قانون الطيران المدني.

يتم تداول هذه الوثيقة عن طريق أمر التحويل المصرفي «Bon de cession bancaire» الصادر

عن البنك باسم شركة الطيران يمثل تفويضا بمنح البضاعة إلى زبونه¹.

ب-1-3- وثائق النقل البري: تتضمن الأنواع التالية:

رسالة النقل البري، إضافة إلى وصولات الشحن بالسكك الحديدية .

1- رسالة النقل البري **Lettre de transport routier**²: تصدر عن شركات تمتلك سيارات شاحنة أو

عن تلك المرخصة بأعمال الشحن البري، حيث تعتبر وصلا باستلام البضاعة و عقدا للنقل و وثيقة تملك

يمكن تداولها عن طريق التظهير³.

فعلى غرار وثيقة الشحن البحري، يجب أن تتضمن هذه الوثيقة العديد من المعلومات و خاصة تلك

المحددة للبضاعة، وزنها، تعبئتها، أسماء و عناوين المرسل، الناقل، المرسل إليه، المكان المحدد لاستلام

البضاعة إلى غير ذلك من البيانات اللازمة⁴.

2- وصولات الشحن بالسكك الحديدية **Lettre de voiture ferroviaire**⁵: و هو يشكل إيصالا باستلام

باستلام البضاعة عن طريق السكة الحديدية، يصدر عن المرسل و شركة النقل إلى شخص مسمى،

وبذلك فهو يشكل دليلا على استلام تلك البضاعة⁶.

ب-1-4- وصولات الشحن بواسطة البريد **Récépissé postal**: لإرسال الطرود الصغيرة، يمكن

للمصدر أن يلجأ إلى:

1- الخدمات البريدية التي تصدر إيصالا أو شهادة الشحن، بحيث تعتبر وصلا باستلام البضاعة.

2- خدمات شركات البريد السريع: بسبب السرعة و الفعالية في الأداء و الخدمة، بحيث تصدر وثيقة

¹ - ZOURDANI Safia, Op.Cit, p 68.

² - يعبر عنها اختصارا ب LTR، كما تعرف كذلك بوصولات الشحن بالسيارات **Lettre de voiture** و بالإنجليزية «Truck way bill».

³ - العايب وليد و بوخاري لولو، المرجع السابق، ص 195-196.

⁴ - KSOURI Idir, Les opérations de commerce international, Op.Cit, p 28.

⁵ - تسمى أيضا ب **Duplicata de lettre de voiture international**، و تختصر ب **DLVI**، و يعبر عنها بالإنجليزية ب «Rail way bill».

⁶ - العايب وليد و بوخاري لولو، المرجع السابق، ص 196.

تثبت استلامها للبضائع بغرض توصيلها¹.

ب-1-5 وثيقة الشحن المختلط Document de transport combiné: يتم اللجوء إليها في حال

استخدام عدة طرق للنقل من أجل تسليم البضاعة، إذ تصدر عن متعهد النقل المختلط بموجبها يشهد بأن تلك البضاعة في حالة جيدة، و تتميز هذه الوثيقة بعدم اشتغالها على بيانات ميناء الشحن و ميناء الوصول، بل يتم الإكتفاء بذكر مكان الإستلام².

ب-2 وثائق التأمين Documents d'assurance: إن اكتتاب تأمين لدى شركة تأمين معتمدة يعتبر

ضروريا لتغطية المخاطر التي قد تلحق بالبضاعة أثناء نقلها، فوجودها يسمح بضمان تعويض المشتري في حال تحقق تلك المخاطر المحددة ضمن الشروط المنصوص عليها في عقد التأمين.

فتأمين البضائع المنقولة عبر الطرق البرية أو السكك الحديدية يغطي الأضرار و الخسائر المادية

التي قد تلحق بالبضائع أثناء عملية نقلها، و كذلك خلال شحنها و تفرغها إن استلزم الأمر ذلك³.

كما يستهدف عقد التأمين البحري ضمان الأخطار المتعلقة بأية عملية نقل بحري⁴، و ذلك ما لم

تكن تلك البضائع المستوردة بحرا أو جوا معفية أصلا من إلزامية التأمين لدى شركة تأمين معتمدة في الجزائر⁵.

تتخذ وثائق التأمين عدة أشكال يذكر منها:

1- بوليصة التأمين Police d'assurance: هي عقد ينظم العلاقة بين المؤمن و المؤمن له، و تتضمن

¹ - Attijariawafa Bank, Op.Cit, p 17.

² - العايب وليد و بوخاري لولو، المرجع السابق، ص 194.

³ - المادة 55 من الأمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالتأمينات، جريدة رسمية عدد 13، الصادرة في 8 مارس 1995، معدل و متمم.

⁴ - المادة 92 من قانون التأمينات.

⁵ - حيث تم تحديد قائمة بمهذ البضائع و كذا معدات التجهيز باعتبارها مستثناة من إلزامية إبرام عقد تأمين بشأنها. (انظر المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 95-412 مؤرخ في 9 ديسمبر 1995، يحدد البضائع و معدات التجهيز التي تستورد عن طريق البحر و الجو و تعفى من إلزامية التأمين لدى شركة تأمين معتمدة في الجزائر، جريدة رسمية عدد 76، الصادرة في 10 ديسمبر 1995).

عدة بيانات منها: ذكر الأخطار المؤمن عليها و الإستثناءات المحتملة، التزامات المؤمن له، و المؤمن، إلى غير ذلك.

و قد نصت المادة 139 من قانون التأمينات على نوعين من وثائق التأمين يمكن بواسطتها ضمان البضاعة ضد الأخطار المحتملة و هما: وثيقة تأمين سفيرية *Police au voyage*، تكون صالحة لرحلة واحدة، و وثيقة تأمين مفتوحة أو كما تسمى بالعائمة *Police flottante*، تطبق في حال نقل البضائع على عدة دفعات خلال فترة محددة¹.

2- شهادة التأمين *Certificat d'assurance*: هي شهادة محررة من طرف المؤمن تثبت وجود عقد تأمين يغطي أخطارا محددة بالنسبة للبضائع المذكورة.

3- ملحق الوثيقة *L'avenant*: تتضمن هذه الوثيقة إدخال تعديلات أو إضافات على بوليصة التأمين².

ب-3- المستندات الجمركية *Documents douaniers*: تتمثل في التصريحات الجمركية المحددة من قبل إدارة الجمارك بدولة المستورد، تكون معدة في نماذج خاصة.

تتضمن هذه الوثائق معلومات مختلفة خصوصا منها المتعلقة بتحديد التعريفات الجمركية، تاريخ الجمركة، قيمة البضاعة المجرمة³.

و التصريح الجمركي على نوعين:

1- التصريح الموجز *Déclaration sommaire*: وثيقة موقعة من الناقل أو ممثله يتقدم بها على مستوى

مكتب الجمارك المختص في إطار ممارسة هذا الأخير للرقابة الجمركية، و يتم ذلك بإدخال مضمون تلك

¹ - العايب وليد و بوخاري لولو، المرجع السابق، ص 191.

² - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

³ - ZOURDANI Safia, Op.Cit, p 70.

الوثيقة من البيانات ضمن النظام الآلي للمعلومات و الإدارة¹، بغرض السماح بتفريغ البضاعة².

2- التصريح المفصل Déclaration détail: وثيقة محررة وفقا لأشكال المنصوص عليها قانونا، يحدد

من خلالها المصرح النظام الجمركي المراد تحديده للبضاعة مع تقديم العناصر المطلوبة لتطبيق نظام

الحقوق و الرسوم طبقا لمستلزمات المراقبة الجمركية³.

ثانيا: المستندات الإضافية في المعاملات التجارية الدولية

إضافة إلى الوثائق الأساسية في أية معاملة تجارية دولية، توجد وثائق أخرى تعتبر ضرورية لبعض

أنواع الإستيراد، و نظرا لتنوعها يمكن تعداد البعض منها كالتالي:

أ- المستندات الإدارية: بالرجوع إلى تعليمة موجهة إلى البنوك بتاريخ 26 ديسمبر 2017⁴، أصبحت

هذه الأخيرة من خلال مصالحها المختصة ملزمة بالسهر على مراقبة وجوب استيفاء ملفات التوطين

البنكي لعمليات استيراد السلع و المنتجات للمستندات الآتي ذكرها:

أ1- شهادة الصحة النباتية Certificat phytosanitaire: أو الشهادة البيطرية التي تصدر عن

المصالح المؤهلة لوزارة الفلاحة و التنمية الريفية و الصيد البحري، و ذلك بخصوص استيراد مواد معينة

حصرا⁵.

إن مثل هذه الشهادة تعد إثباتا حول الطبيعة الصحية للمنتجات ذات المنشأ الحيواني، المعدة

للإستهلاك أو للتربية.

¹- SIGAD : Systèmes d'information et de gestion automatisée des douanes.

²- KSOURI Idir, Les régimes douaniers, Op.Cit, p 22.

و قد تطرق المشرع إلى هذا النوع من الوثائق في عدة مواد من أمثلتها: المواد 54، 57، 61 مكرر، 63 من القانون رقم 79-07، المعدلة بالقانون رقم 17-04 مؤرخ في 16 فيفري 2017، يتضمن قانون الجمارك، جريدة رسمية عدد 11، الصادرة في 19 فيفري 2017.

³- المادة 75 من قانون الجمارك.

⁴- Note de l'ABEF N° 834-2017 du 28 Novembre 2017, aux banques et établissements financiers concernant la rationalisation des importations, adressée le 26 Décembre 2017, N° Ref. 947/2017.

⁵- تتمثل في: الموز، القمح، لحوم البقر، الأسماك ماعدا السردين، الشعير، النوم.

أ-2- **تصريح تقني مسبق Autorisation technique préalable**: صادر عن مصالح وزارة التجارة

يتعلق باستيراد مواد التجميل و النظافة الجسدية و المواد السامة أو تلك التي تشكل خطرا خاصا.

أ-3- **شهادة التداول الحر للسلعة المستوردة في بلد المنشأ أو المصدر Certificat de libre**

circulation dans le pays d'origine ou de provenance: و هي وثيقة رسمية معدة من طرف هيئة

مخولة بذلك في بلد المنشأ أو المصدر، تثبت أن البضائع المعنية المستوردة تسوق فعلا و بكل حرية

على مستوى إقليمها و في ذلك تكريس لمتطلبات حماية أمن و صحة المستهلك¹.

تجدر الإشارة إلى أن فرض تقديم هذه الشهادة ضمن وثائق التوطين البنكي يقتصر تطبيقه على

المواد المستوردة الموجهة لإعادة بيعها على حالها².

ب- **مستندات أخرى Autres documents**: من بين أنواع هذه المستندات، يمكن ذكر أهم الوثائق التالية:

ب-1- **شهادة المطابقة Certificat de conformité**: وثيقة إدارية محررة من قبل أجهزة الرقابة

المختصة، تتضمن مجموعة من البيانات الخاصة بالبضاعة كالإسم، النوع، الكمية، اسم المصدر أي

صاحب البضاعة، عنوانه، فهي تسمح للمستورد من التأكد من تلك البضاعة و مطابقتها لنفس

¹ - حيث تنص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 12-203، مؤرخ في 6 ماي 2012، يتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتجات، جريدة رسمية عدد 28، الصادرة في 9 ماي 2012، على ما يلي: «لا يمكن أن توضع المنتجات غير المسوقة في بلدها الأصلي، بسبب عدم مطابقتها لمتطلبات الأمن، في السوق الوطنية.

يجب أن تستجيب المنتجات المستوردة غير المحمية بتنظيم وطني في مجال متطلبات الأمن، لمتطلبات الأمن المعمول بها في بلدها الأصلي أو بلد المصدر».

² - في حين تستثني من إلزامية تقديم هذه الوثيقة بشأنها، المواد الخاضعة للتصريح التقني للإستيراد الصادر عن الإدارات و الهيئات العمومية المختصة. (Voir la correspondance de l'ABEF N° 74/DG/2018, aux banques et établissements financiers concernant l'attestation de libre commercialisation dans le pays d'origine et/ou de provenance des produits exportés vers l'Algérie, adressée le 07 Février 2018.) و من بين هذه المواد الصيدلانية التي يخضع استيرادها للتصريح المسبق من وزارة الصحة حيث

تعفى من تكوين وثيقة التسويق أو التداول الحر بشأنها في بلد المنشأ أو المصدر. (Voir le communiqué du Ministre du commerce, relative aux mécanismes d'encadrement des opérations d'importation de marchandises, Le 01 Mars 2018. Site : <https://www.commerce.gov.dz>.)

المواصفات المطلوبة، كما لها دور في منع تسرب المواد المهربة أو الممنوعة داخل التراب الوطني¹.

ب-2- قائمة التعبئة **Liste de colisage**: قائمة تتضمن أرقام الطرود المشحونة، و كافة البيانات التفصيلية المحددة لها، و تبرز أهميتها بالنسبة للشاحنين عندما يتم شحن طرود متشابهة لمستوردين مختلفين حيث تسهل عليهم عملية الفرز و التسليم، كما تسمح بإبراز مدى تطابق البضاعة مع المواصفات المتفق عليها².

ب-3- شهادة التفتيش **Certificat d'inspection**: و هي وثيقة تصدر عن شركات خاصة أو خبراء أو وكلاء جمارك معينين، الغرض منها مراقبة نوعية البضاعة حسب العينة المأخوذة أو التي تم رقابة وزنها للتأكد من صحة المعلومات الوارد ذكرها في الفاتورة التجارية³.

المبحث الثاني: الآليات المعتمدة في الجزائر لتسوية معاملات التجارة الدولية

في الواقع تتعدد الوسائل المستخدمة في دفع مقابل العمليات التجارية الدولية تسوية لحقوق أطرافها، و هو الأمر بالنسبة للجزائر حيث يتم اعتماد ثلاث طرق أساسية للدفع و هي التحويل الحر (المطلب الأول)، و التحصيل المستندي (المطلب الثاني) ، و الإعتماد المستندي⁴، إذ يتباين التكريس العملي لكل تقنية بحسب اتفاق الأطراف المتعاقدة و درجة الثقة المتبادلة فيما بينها و كذا عنصر الأمان و الضمان الذي توفره، إضافة إلى ما تستلزمه النصوص القانونية من شروط و ما تفرضه من قيود.

¹ - المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 16-299 مؤرخ في 23 نوفمبر 2016، يحدد شروط و كفاءات استعمال الأشياء و اللوازم الموجهة لملازمة المواد الغذائية و كذا مستحضرات تنظيف هذه اللوازم، جريدة رسمية عدد 69، الصادرة في 6 ديسمبر 2016، «يلزم.مصنعو و مستوردو الأشياء و اللوازم بتقديم شهادة مطابقة مسلمة من طرف هيئة معتمدة تثبت مطابقتها للمتطلبات المنصوص عليها...».

² - العايب وليد و بوخاري لولو، المرجع السابق، ص 189.

³ - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

⁴ - بالنسبة لتقنية الإعتماد المستندي و نظرا لخصائصها إضافة إلى اعتبارها أهم تقنية معتمدة في الجزائر كأداة للدفع و كذلك للضمان في المعاملات التجارية الدولية يتم إفراد جزء خاص بما لدراستها بالتفصيل (في الفصل الثاني)، و الإكتفاء في هذا الجزء بالتركيز على الآليتين الأخيرتين.

المطلب الأول: التحويل الحر كآلية لتسوية معاملات التجارة الدولية

التحويل الحر آلية بنكية تقوم على أساس فكرة القيد المزدوج في الجانب المدين من حساب مصدر أمر التحويل و هو الأمر، إلى الجانب الدائن من حساب من يتم التحويل لفائدته و هو المستفيد، تتم بموجبه تسوية حقوق الأطراف في العقد التجاري الدولي (الفرع الأول)، مما يسمح بانتقال المبلغ أو المبالغ المحددة القائمة في حساب الأمر إلى حساب المستفيد من خلال استيفاء جميع المراحل و الخطوات العملية لتحقيق ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإطار العام لتقنية التحويل الحر

التحويل البنكي Transfert bancaire بمفهومه العام هو عملية نقل النقود أو أرصدة الحسابات من حساب إلى حساب آخر، أو من بنك إلى بنك آخر¹. و بتواجد البنكين المتدخلين في العملية بدولتين مختلفتين يكون التحويل دولياً أو عبر الحدود، يتم استخدامه في مجال التجارة الدولية (أولاً)، من خلال عدة طرق تعكس تنوعه و تطوره مواكبة لما تعرفه التجارة من سرعة و تجديد (ثانياً).

أولاً: آلية التحويل الحر: الثقة التامة بين أطراف المعاملة

إنه و في ظل وجود الثقة التامة و الكاملة بين كل من المشتري و البائع، يتم الإبتعاد عن أية شكليات في القيام و إتمام معاملاتهم التجارية و ذلك من خلال اعتماد تقنية التحويل الحر Transfert libre.

¹ - بن حبيب عبد الرزاق و خالد خديجة، المرجع السابق، ص 156.

أ- **تحديد المقصود بالتحويل الحر:** باعتباره من أنظمة الدفع المعتمدة في تسوية المعاملات التجارية على المستوى الدولي، فقد اجتهد الفقه في تحديد معالمه من خلال التعريف به مع تقدير فعاليته بإبراز أهم المزايا التي يتمتع بها، و بموازاة ذلك أهم المساوئ المسجلة ضده.

انطلاقاً من ذلك يسمى التحويل الحر كذلك بالتحويل البنكي الدولي *Virement bancaire international*، يقصد به ذلك الأمر الصادر من المستورد الأمر إلى بنكه يتضمن الخصم من حسابه إلى حساب المصدر¹.

كما يعرف بأنه إعطاء لأمر من قبل المستورد إلى بنكه لتحويل مبلغ معين لصالح المصدر المستفيد عن طريق بنك هذا الأخير أي البنك الأجنبي².

إن التحويل الحر يعتمد على رضا البائع المصدر إرسال بضاعته و التخلي عن ملكيتها بدون أي ضمان في المقابل باستثناء كلمة أو وعد مدينه المشتري المستورد، فالتسديد وفقاً لذلك غير مشروط بتسليم مستندات معينة إلى البنك تثبت وفاء المصدر بالتزاماته المتعلقة بالحزمة الوثائقية الضرورية عند دخول البضاعة إلى بلد المشتري³.

تتميز هذه الطريقة في الدفع بمرونتها الشديدة، فهي دفع بسيط من بنك إلى بنك حيث لا يتطلب أي شرط شكلي لإصدار أمر التحويل خاصة في ظل تواجد اتصال مباشر بين البنوك *Banques en lignes*، و بمجرد تمام ذلك يصبح التحويل قطعياً لا رجعة فيه إلا إذا قدر البنك المصدر *Banque émettrice* وجود خطأ في المعاملة⁴، و قد تم تعزيز صفة الأمان فيه باستخدام نظام سويفت كما أنه غير قابل للتظهير أو التداول، إذ يسمح بتغطية المعاملات التجارية بتحويل الأموال من حساب إلى آخر دون استخدام للنقود، لذا فهو عملية كتابة قيود محاسبية فقط، لذلك فهو غير مكلف على أقل تقدير بالنسبة

¹- SIMON Yves et MOREL Christophe, Op.Cit, p 641.

²- ناصر سليمان، التقنيات البنكية و عمليات الإئتمان، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص 133.

³- CHERIGUI Chahrazed, Op.Cit, p 169.

⁴- SION Michel, Gérer la trésorerie et la relation bancaire, 5^{ème} édition, Dunod, Paris, 2011, p 58.

للمبالغ الكبيرة فالتكاليف الثابتة تفرض على التحويلات الصغيرة القيمة، مع الإشارة إلى أنه في أوروبا ابتداء من تاريخ 1 أوت 2014 أصبحت تكلفة التحويل البنكي موحدة بالنسبة لجميع المعاملات مهما كان مبلغها، و بغض النظر عن بلد المستفيد بشرط أن يكون منضما إلى المنظمة الموحدة للوفاء باليورو SEPA¹.

لكن و بمقابل ذلك لهذه التقنية عدة مساوئ يمكن إجمالها في الآتي:

1- أمر التحويل يبادر به المشتري المستورد فقط.

2- لا يحتوي على أي ضمان لتسليم البضاعة المنصوص عليها في العقد، لذلك يجب أن تخصص هذه التقنية للعمليات التجارية المتكررة و الجديرة بالثقة.

كما يستلزم الأمر القيام بالمراقبة و الفحص الجيد للقنوات البنكية المستخدمة لتحويل الأموال في حال عدم امتلاك المستفيد لحساب أحد البنوك المراسلة، و إنّما لدى بنك آخر، بما يفرض المرور عبر بنك أو عدة بنوك للتسجيل في حسابه الدائن، و من جهة أخرى يجب على البنوك التعزيز من درجة التأني و الحذر لخطر ورود أوامر مزورة²، و هو كذلك لا يشكل ضمانا للدفع، إلا إذا تم قبل إرسال البضاعة.

انطلاقا مما سبق يتضح أنه و بدون التزامات و وسائل من بنوك أخرى يقتصر دور بنك المستورد فقط على تنفيذ أمر التحويل الصادر عن هذا الأخير مدعما بالمستندات المثبتة للإستعمال المقدمة من قبل عميله.

و تعتبر هذه العملية الأكثر استخداما و شيوعا لدى المتعاملين في التجارة الدولية و خصوصا بالنسبة للعمليات المتكررة بفعل المزايا الكثيرة التي تتمتع بها تحديدا لدى الدول التي لا تفرض قيودا على

¹- SEPA: Single Euro payments Area. (Voir SIMON Yves et MOREL Christophe, Op.Cit, P 641)

²- GARSUAULT Philippe et PRIAMI Stéphane, Op.Cit, p 98-99.

المعاملات التجارية الدولية¹.

ب- الإطار القانوني للتحويل الحر: بالرجوع إلى بعض القوانين المقارنة² منها الفرنسي، يعتبر التحويل البنكي مجرد دفع من بنك بدون شكليات مشترطة لتوجيه الأمر بالتحويل باستثناء وجوب تحديد بيان التعريف البنكي للمستفيد RIB³ و الذي كان مشكلا من 23 حرفا ليتم تعويضه بما يسمى بالرمز البنكي الدولي BIC⁴ و الذي يعرف كذلك برمز سويفت Code Swift⁵، و كذلك برقم الحساب البنكي الدولي IBAN⁶، الذي يعتبر معيارا دوليا لتحديد الحسابات البنكية كبديل لمفتاح RIB في فرنسا و ذلك في سنة 2011⁷.

وفقا لذلك لا تثير إجراءات الإستخدام أية صعوبة خاصة، إنما استكمالاً لما سبق يعد من الضروري معرفة التوطين الصحيح للوفاء، و بالنسبة للمصدر فلن يتم إعلامه من قبل البنك إلا عند التأكد من الإلتزام الجيد لعملية التحويل.

علاوة على ذلك و تقاديا لأي تأخر يجب على المستورد إخطار المصدر بقيامه بالوفاء من خلال إفادته بنموذج عن التعليمات الموجهة إلى البنك⁸.

¹ - ناصر سليمان، المرجع السابق، ص 133.

² - يعرف التحويل البنكي في القانون التجاري الموحد الأمريكي بأنه مجموعة الخطوات التي تبدأ بأمر التحويل الصادر عن المصدر بهدف الدفع للمستفيد، و يشمل ذلك أي أمر صادر عن بنك الأمر أو بنك وسيط يهدف إلى تنفيذ ذلك الأمر بالتحويل (انظر قدة حبيبة، «مفهوم عملية التحويل المصرفي و طبيعتها القانونية»، مجلة دفاتر السياسة و القانون، العدد 10، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، جانفي 2014، ص 31).

³ - RIB : Relevé d'Identité Bancaire (ou l'identifiant national).

لقد ساد العمل بهذا الرمز في أوروبا إل غاية 31 جويلية 2014 (Voir SIMON Yves et MOREL Christophe, Op.Cit, p 642).

⁴ - BIC : Bank Identifier Code. (Code d'identifiant international bancaire)

⁵ - حيث يوجد نوعين من هذا الرمز «BIC 8» مكون من 8 حروف يمثل الرمز التعريفي للبنك و «BIC 11» مكون من 11 حرفا يمثل الرمز التعريفي للبنك متبوعا برمز الفرع أو الوكالة البنكية الموطنة. (Voir SION Michel, Op.Cit, p 60)

⁶ - IBAN : International Bank Account Number (Numéro de compte bancaire international).

⁷ - و يتكون من 27 خاصية تتوزع إلى حرفين أوليين يمثلان رمز الدولة (FR كرمز لفرنسا) متبوعا برمزتين يمثلان مفتاح التحكم clé de contrôle ليتبع ب 23 عدد يعكس رمز الحساب البنكي، مع الإشارة هنا إلى أن العدد الأقصى للرموز الذي يتضمنها مفتاح IBAN هو 34، يختلف توظيفه من دولة إلى أخرى. (Voir SION Michel, Op.Cit, p 60)

⁸ - SIMON Yves et MOREL Christophe, Op.Cit, p 642.

ب-1- القانون النموذجي ل CNUDCI¹ حول التحويلات الدولية: الصادر سنة 1994، بموجبه يعبر

مصطلح تحويل عن سلسلة العمليات التي تبتدى بأمر الدفع الصادر عن الأمر يتم تنفيذه بغرض توفير الأموال للمستفيد².

كما يشمل هذا القانون كل تحويل يتم بين بنك مرسل و بنك مستقبل يوجدان في دول مختلفة، بناء على أمر الدفع الذي يقصد به كافة التعليمات غير المشروطة بأي شكل كانت صادرة عن مرسل موجهة إلى بنك مستقبل، تتضمن وضع مبلغ مالي معين أو قابل للتعيين لفائدة المستفيد³.

هذا و يؤكد القانون النموذجي للتحويلات الدولية من خلال نصوصه على الطبيعة القاطعة للتحويل الدولي باعتبار أن أمر الدفع يكون غير قابلا للإلغاء من طرف المرسل Expéditeur إلا في حالات استثنائية منها أن يستقبل الأمر من طرف بنك مستقبل Banque réceptrice آخر غير بنك المستفيد⁴.

و في حال عدم إتمام عملية التحويل الدولي، يكون بنك الأمر ملزما بإعادة كل مبلغ تم دفعه من قبل هذا الأخير بالإضافة إلى ما ينتج عنه من قواعد تحتسب من يوم الدفع إلى غاية يوم التعويض⁵.

الملاحظ هنا أن التحويل الدولي للأموال وفقا لهذا القانون يركز أساسا على أمر الدفع الذي يصدره الأمر من خلال بنكه و الذي يسمى بالبنك المرسل يتضمن نقل مبلغ من النقود لمصلحة المستفيد و الذي يستقبله عن طريق بنكه المسمى طبقا لهذه العلاقة بالبنك المرسل.

أضف إلى ذلك يعتبر هذا القانون بما يحتويه من أحكام الإطار القانوني الموحد لعمليات التحويل على المستوى الدولي بالنظر إلى تنظيمه لها من كافة الجوانب.

¹- CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International.

و هي الهيئة القانونية لمنظمة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي، تم تأسيسها في 17 ديسمبر 1966، مهمتها مساعدة المجتمع

الدولي على توحيد القوانين في مجال التجارة الدولية، و تسمى باللغة الإنجليزية UNCITRAL: United Nations Commission

International Trade Law (انظر شبة سفيان، المرجع السابق، ص 3).

²- Article 2 alinéa a) de la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux 1994.

³- Article premier et 2 alinéa b) de la loi type 1994.

⁴- Article 12 de la loi type 1994.

⁵- Article 14 de la loi type 1994.

ب-2- التحويل الحر في القانون الجزائري: لقد أطر المشرع عملية التحويل البنكي من خلال مختلف

النصوص القانونية و التنظيمية ذات الصلة بالتجارة الدولية سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو

الأسلوب التقني المستعمل وذلك حسب المادة 69 من قانون النقد و القرض.

ومنه يمكن للمؤسسات المنتجة أن تلجأ إلى استخدام أسلوب التحويل الحر لواردات المواد الداخلة

في الصنع و قطع الغيار و التجهيزات الجديدة المساعدة على رفع إنتاجية تلك المؤسسات بشرط استجابة

الواردات بصورة حصرية لمتطلبات الإنتاج، و ألا تتجاوز قيمة الطلبات السنوية المحققة مبلغ 4 ملايين

دج بالنسبة لنفس المؤسسة، كل ذلك مع وجوب التزام هذه المؤسسات بعملية التوطين البنكي¹.

و في هذا الصدد يمكن إثارة أهم الملاحظات التالية:

1- أن النص على طريقة التحويل الحر لتسوية الواردات قد تم على أساس كونه استثناء تستطيع

مؤسسات معينة اعتماده، و ما يعزز ذلك اقتضاره بالنسبة للمؤسسات المنتجة فيما يتعلق بالمواد

الضرورية للرفع من إنتاجيتها، إضافة إلى تحديد مبلغ أقصى لمجموع قيمة طلباتها و المحدد ب 4

ملايين دج، علاوة على توظيف المشرع لمصطلح «هذا استثناء» في المادة 69 بفقرتها الخامسة

المعدلة بقانون المالية التكميلي 2011.

2- أن إضافة هذه الطريقة قد تم من خلال قانون المالية التكميلي 2011 الذي عدل مضمون المادة 69

من قانون المالية التكميلي 2009².

3- استمرار سريان إمكانية استخدام تقنية التحويل الحر بالنسبة لتلك المؤسسات، باعتبار عدم المساس

¹ - المادة 23 من القانون رقم 11-11 مؤرخ في 18 يوليو 2011، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، جريدة رسمية عدد 40، الصادرة في 20 يوليو 2011.

² - أمر رقم 01-09 مؤرخ في 22 يوليو 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، جريدة رسمية عدد 44، الصادرة في 26 يوليو 2009.

بمضمونه من خلال قانون المالية 2014، الذي تضمن تعديلا آخر للمادة 69¹.

4- إلا أنه و تكريسا فعليا لمبدأ حرية التجارة تم إلغاء مضمون المادة 69 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009، و كافة ما أدرج عليها من تعديلات، و بالتالي إزالة كافة الشروط و القيود المدرجة من خلالها، بما يفسح المجال لحرية الأطراف المتعاملة إلى اعتماد تقنية التحويل الحر لتسوية معاملاتها التجارية الدولية².

أما إذا تمثلت العملية في تحويل للعملات الأجنبية نحو الخارج بغرض تسديد واردات تساوي أو تتجاوز قيمتها ما يعادل 100 ألف دج، فيستلزم أن تنفذ عن طريق البنك الوسيط المعتمد بناء على أمر صادر من المتعامل، الذي يقوم بقيد الجانب المدين للحساب بالعملة الصعبة³.

و على إثر ذلك يكون الأمر بالتحويل غير قابل للرجوع فيه و العدول عنه ابتداء من تاريخ الإقتراع من حساب الأمر بالتحويل، ليعد التحويل نهائيا ابتداء من تاريخ دخول المبلغ المحول إلى حساب المستفيد⁴.

و رغبة منها في عصرنة تقنية التحويل الحر و مواكبة للتطورات الحاصلة في مجال التجارة الدولية اعتمدت الجزائر أسلوب التحويل عن طريق سويقت ابتداء من 31 ديسمبر 1991، و ذلك بطريقة تدريجية، ففي البداية تم الإبقاء على التحويل بالتكس إلى حين التأقلم مع مقتضيات النظام الحديث حيث اقتصر استخدامه على بنك الجزائر و البنك الخارجي الجزائري، ليتوسع فيما بعد إلى معظم البنوك،

¹ - المادة 81 من القانون رقم 08-13 مؤرخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، جريدة رسمية عدد 68، الصادرة في 31 ديسمبر 2013.

² - المادة 111 من القانون رقم 16-14 مؤرخ في 28 ديسمبر 2016، يتضمن قانون المالية لسنة 2017، جريدة رسمية عدد 77، الصادرة في 29 ديسمبر 2016.

³ - المادة 49 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

⁴ - المادة 543 مكرر 20 من القانون التجاري .

لتصبح كافة المعاملات الدولية تتم بواسطة السويقت¹، مما يفسح المجال لإمكانية استغلال آلية التحويل الإلكتروني للأموال للقيام بأعمال غير مشروعة كتمويل الإرهاب أو تبييض تلك الأموال، و تجنباً لذلك تكون كافة البنوك و المؤسسات المالية أمام إلزامية إجراء تحقيق دقيق حول هوية و عناوين الأمر و المستفيد في إطار عملية التحويل الإلكتروني أياً كانت الوسيلة المعتمدة و منها السويقت²، كما يجب أن يحوز مسيرو نظام الدفع و المتعاملون المباشرون و غير المباشرون، على جهاز آلي لاكتشاف و معرفة الزبائن و العمليات أي الأشخاص أو الهيئات المسجلين لدى أولئك المسيرين في قوائم معدة مسبقاً³.

و تأكيداً لذلك فإذا شابت أية عملية شبهة عدم المشروعية كآلاً تستند إلى مبرر اقتصادي أو إذا تمت في ظروف معقدة غير عادلة أو أن يفوق مبلغها حداً معيناً يتمثل في 1000 دولار/أورو أو ما يعادله بعملة أخرى⁴، يتعين في هذه الحالة على الخاضعين⁵ للإستعلام عن مصدر الأموال و وجهتها و محل العملية و هوية المتعاملين الإقتصاديين⁶.

تجدر ملاحظة أن المشرع و بموجب القانون رقم 05-01، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال، كان يسند مهمة الإستعلام و التأكد من هوية المتعاملين الإقتصاديين إلى البنوك و المؤسسات المالية أو

¹ - زروني مصطفى و حنك سعيدة، «دوافع استعمال شبكة سويقت «SWIFT» في المعاملات الدولية»، مجلة الإحصاء و الإقتصاد التطبيقي، العدد 20، المدرسة الوطنية العليا للإحصاء و الإقتصاد التطبيقي، 2013، ص 147. متوفر على الموقع: www.enssea.net/enssa/majalat/2008pdf.

² - و ذلك ما نصت عليه المادة 16 من النظام رقم 05-05 مؤرخ في 15 ديسمبر 2005، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتها، جريدة رسمية عدد 26، الصادرة في 23 أفريل 2006. (ملغى)

³ - المادة 17 من النظام رقم 12-03 مؤرخ في 28 نوفمبر 2012، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتها، جريدة رسمية عدد 12، الصادرة في 27 فيفري 2013.

⁴ - Lignes directrices relatives aux virements électroniques, Réf./DGIG/N° 1610/2015, Le 23 Décembre 2015. Site: <http://www.bank-of-algeria.dz>, p 3.

⁵ - الخاضعون هم المؤسسات المالية، أي كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس لأغراض تجارية نشاطاً أو أكثر من النشاطات المذكورة، و المؤسسات و المهن غير المالية، أي كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطات غير التي تمارسها المؤسسات المالية كالمهن الحرة المنظمة و مثالها الوكلاء الجمركيين، الملزمة بالقيام بالإخطار بالشبهة. (انظر المادة 4 من الأمر رقم 12-02 مؤرخ في 13 فيفري 2012، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتها، جريدة رسمية عدد 8، الصادرة في 15 فيفري 2012، معدل و متمم).

⁶ - المادة 6 من الأمر رقم 12-02، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتها، معدل و متمم.

المؤسسات المالية المشابهة الأخرى¹، إلا أنه لم يحدد ما المقصود بالمؤسسات المالية المشابهة مما ترك نوعاً من الغموض بشأنها، ليستدرك ذلك بتعديل هذا الحكم في الأمر رقم 02-12، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال.

من خلال ما سبق تتجلى مدى أهمية تقنية التحويل الحر لتسوية المعاملات التجارية الدولية، و بموازاة ذلك إمكانية استغلالها بطريقة غير قانونية، لذلك اتخذت مجمل التدابير المنصوص عليها قانوناً و تنظيمياً كسبيل لتعزيز مسألة مراقبة و تتبع مسار الأموال و التأكد من شفافية مصدرها.

ثانياً: أنواع التحويل الحر

يتخذ التحويل الحر كوسيلة لتسوية المعاملات التجارية الدولية في إطار التحويل السريع لمبالغ مالية معتبرة، ثلاث صور تتجسد إما من خلال البريد، أو عن طريق التلكس، أو شبكة سويفت. بالتمتع في الأنواع الثلاث يمكن تصنيفها إلى صنفين، الأنواع التقليدية للتحويل الحر، و النوع الحديث للتحويل الحر.

أ- الأنواع التقليدية للتحويل الحر: تتضمن كلا من: التحويل الذي يتم بالبريد، و التحويل عن طريق التلكس.

1- التحويل عن طريق البريد: **Transfert par courrier**: وفقاً لهذا النوع يتم التحويل من الحساب البريدي للأمر إلى الحساب البريدي للمستفيد.

تتميز هذه الطريقة ببساطتها، غير أنه و نظراً لكون إجراءات الدفع وفقاً لها عادة ما تكون طويلة

¹ - المادة 10 من القانون رقم 05-01 مؤرخ في 6 فيفري 2005، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتهم، جريدة رسمية عدد 11، الصادرة في 9 فيفري 2005، معدل و متمم.

نسبيا و بطيئة في الوقت ذاته، تم التخلي عنها¹، ليبقى استخدامها مقتصرًا على الأشخاص العاديين و بصدد مبالغ متواضعة².

الملاحظ هنا أن هذه العملية تتميز ببساطة إجراءاتها و انخفاض تكاليفها، إلا أن لها عيوب عدة أهمها التعرض للسرقة، التزوير و إمكانية كشف معلوماتها.

2- التحويل عن طريق التلكس: Transfert par télex: يشبه هذا النوع طريقة التحويل الدولي البريدي، إلا أنه أسرع منه كما يتميز بنوع من الأمان، حيث يقوم الأمر بإرسال برقية أو تلكس مستخدما الشفرة حتى يتم الدفع للمستفيد في أسرع وقت ممكن³.

يتميز هذا النوع بالسرعة في التحويل و البساطة في الإستعمال و أكثر ضمانا، إلا أن مساوئه تكمن في إمكانية الوقوع في الخطأ نظرا لاستخدام الوثائق، أو في رقم التلكس، أو في إرسال البيانات، كما يعتبر كذلك طريقة مكلفة أكثر.

ب- النوع الحديث للتحويل الحر: المقصود بذلك ما يعرف بالتحويل الدولي عن طريق شبكة سويفت «SWIFT»⁴، و هو عبارة عن تحويل يتم عن طريق شبكة عالمية خاصة للاتصالات بين الإدارات مسيرة بالإعلام الآلي، و قد اعتمده البنوك لإجراء عملية التحويل.

يسمح التحويل الدولي «سويفت» للبايع من فحص و التحقق من خلال بنكه عن الملاءة المالية للزبون المشتري و مدى صحة إدعاءاته، ل يتم مباشرة و في الحال قيد المبلغ المطلوب في حسابه الدائن⁵.

¹ - بوخلخال عبد الرحيم و شرقي مُجد الأمين، «إشكالية هيمنة قروض التجارة الخارجية على قروض الإستثمار: دراسة حالة بنك التنمية المحلية BDL»، كلية العلوم الإقتصادية و التجارية و علوم التسيير، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 22 ديسمبر، 2013، ص6. متوفر على الموقع: <https://dspace.univ-ouargla.dz/gspui/bistream/123456789/3366/1/17.pdf>.

² - SIMON Yves et MOREL Christophe, Op.Cit, p 642.

³ - العايب وليد و بوخاري لولو، المرجع السابق، ص 199.

⁴ - SWIFT: Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication.

⁵ - KSOURI Idir, Les opération de commerce international, Op.Cit, p 35.

ب-1- المقصود بنظام سويفت: سويفت عبارة عن شركة أو جمعية تعاونية من القانون الخاص لبلجيكا، هدفها ليس تحقيق الربح و إنما تأمين سير شبكة دولية للاتصالات الإلكترونية ما بين ممثلي الأسواق المالية و توفير وسيلة مضمونة آليا لتسوية المدفوعات عن طريق إدخال مقاييس موحدة في المعاملات المصرفية الدولية¹.

تم تأسيس هذا النظام في بروكسل ببلجيكا سنة 1973 من قبل 23 بنك ل 13 دولة أوروبية

و كندا و الولايات المتحدة الأمريكية².

تعتبر سويفت شبكة دولية خاصة للإستخدام الحصري للبنوك، رغم بحثها عن تنويع خدماتها حتى لا تظل مقتصرة على أوامر الدفع الصادرة عن أعضائها، فالمؤسسات تبقى غير قادرة على الولوج إلى هذا النظام إلا من خلال بنوكها فقط³.

إن أغلب التحويلات الدولية حاليا تتم من خلال شبكة سويفت، و سبب ذلك راجع لما لها من عديد الميزات التي تجعل منه أسلوبا مفضلا على باقي الأنواع الأخرى.

ب-2- مميزات نظام سويفت: يتميز نظام سويفت بعدة خصائص أدت إلى انتشار استخدامه دوليا يمكن إجمال أهمها فيما يلي:

1- الأمان و الضمان: يتصف نظام سويفت بالأمان نظرا لكون الرسائل المتبادلة مشفرة بواسطة

الكمبيوتر، و هو ما ساهم في جعله نظاما بديلا في الواقع للتلكس و البريد، و بالضمان من خلال تطوير

¹ - زروني مصطفى و حنك سعيدة، المرجع السابق، ص 141.

² - فسنة 1999 أكثر من 7000 مؤسسة مالية تابعة ل 190 دولة، تبادلت فيما بينها 1 مليار رسالة مالية عن طريق هذه الشبكة الآلية الدولية، كما توظف هذه الأخير أكثر من 1000 شخص في مقرها الإجتماعي في بروكسل و في مركزي المعالجة بكل من الولايات المتحدة الأمريكية و هولندا، و بمرور السنوات أصبح يربط بين أكثر من 7500 مستخدم ل 200 دولة إذ يضمن تبادل ما مقداره 2 مليار رسالة سنويا، خاصة فيما يتعلق بالتحويلات الدولية. (Voir SION Michel, Op.Cit, p 59).

³ - MOUMOUNI Charles, Droit et pratiques du paiement électronique des ventes internationales, Thèse présentée pour l'obtention du doctorat en droit, Tome 1, Faculté de droit, Université Laval, Québec, 2001, p 83.

الأجهزة المعتمد عليها في تنفيذ برامج متطورة لكشف الأخطاء و إجراء التصحيحات و ذلك بشكل منتظم¹.

3- السرعة و الفعالية: إذ لا توجد عوائق لإيصال الرسائل حتى و لو كانت الخطوط مشغولة، و هو أمر مهم خاصة بصدد العمليات الطارئة و المبالغ الهامة، كما أن مستعملي سويفت يتلقون الخدمة طيلة 24 ساعة و خلال 7 أيام، حيث تستقبل الرسالة و تخزن في آلات مركز سويفت حتى تستقبل من قبل البنك المستقبل أثناء أيام و ساعات عمله.

3- الأرشيفات: تمكن عملية الحفظ من إيجاد أثر لكل الرسائل المحولة عن طريق هذه الشبكة، و من التحصل على نسخة عند الضرورة، فالرسائل تحفظ في الأشرطة المغناطيسية في مخازن مؤسسة سويفت².

4- التطور: حيث تم إحداث ما يعرف بنظام SWIFT NET الذي يستعمل نظام شبكة الإنترنت، و تم الإعتماد التام عليه ابتداء من سنة 2005³، لذلك يكمن مفتاح نجاحه في تكامل ثلاث ميزات، فهو أداة اتصال حديث يتوافق و احتياجات العمل المصرفي، كما يستخدم لغة موحدة و مقاييس خاصة للمراسلات، إضافة إلى كونه مجهزا ببرامج لتصحيح الأخطاء⁴.

على الرغم من تمتع نظام سويفت بأهم هذه الخصائص، غير أن ذلك لا يعني خلوه من بعض المساوئ و السلبيات من بينها وجود خطر الصرف في حال التحويل بالعملة الصعبة، و عدم وجود إشعار يدل على إرسال البضاعة لذلك يضطر المتعاملون إلى مراقبة العملية، كما أنه لا يضمن الحد

¹- ABADIE Laurence et MERCIER-SUISSA Catherine, Finance international: Marchés des échanges et gestion des risques financiers, Armand colin éditions, Paris, 2011, p 256.

²- زروني مصطفى و حنك سعيدة، المرجع السابق، ص 150.

³- شلال رشيد، المرجع السابق، ص 37.

⁴- زروني مصطفى و حنك سعيدة، المرجع السابق، ص 142.

التام من مخاطر عدم السداد، و لا يعتمد على أية وثائق و لا يتحصل المصدر على المعلومات من البنك إلا بعد تمام العملية¹.

تجدر الإشارة إلى أنه في حال عدم انضمام أحد البنوك إلى نظام سويفت، يتم اعتماد مجرد تحويل تلغرافي بسيط، يكون تاريخه عشوائي غير منتظم حتى المرسل لا يتحكم فيه، و عندما لا توجد علاقات مباشرة بين البنوك المرسلة و المستفيد، يمر الدفع عبر أحد أو العديد من البنوك المرسلة، مما ينتج عنه احتمال تأخر عملية نقل الأموال، على عكس التحويل عن طريق نظام سويفت إذ لا يوجد ما يسمى بالبنك المرسل، فالشبكة ذاتها تضمن خلق علاقات مباشرة بين الأطراف المنضمة إليها².

الفرع الثاني: سيرورة عملية التحويل الحر

يتم استخدام التحويل الحر كطريقة لتسوية معاملة استيراد لسلع أو خدمات موطنة مسبقا، و بتقديم المستندات المطلوبة المتمثلة في تعهد الإستيراد موقعا من قبل المستورد، و الفاتورة النهائية الموطنة، إضافة إلى الوثيقة الجمركية «نسخة البنك»، يتم تنفيذ عملية التحويل، حيث تنشأ بناء على ذلك علاقات بين أطرافها (أولا)، يساهم كل منهم في إتمام كافة مراحلها من الناحية العملية (ثانيا).

أولا: العلاقات الناشئة عن التحويل الحر

يجمع نظام التحويل الحر أو التحويل الدولي عن طريق سويفت بين أربعة أطراف وهم الأمر «Donneur d'ordre»، المستفيد «Bénéficiaire»، البنك المرسل «Banque Expéditrice»، البنك المستقبل «Banque Réceptrice»، تنشأ فيما بينهم في إطار تسوية معاملة تجارية دولية.

¹ - ABADIE Laurence et MERCIER-SUISSA Catherine, Op.Cit, p 256.

² - SION Michel, Op.Cit, p 59.

أ- العلاقة بين الأمر و البنك المرسل و البنك المستقبل: حسب المادة 2 من القانون النموذجي للتحويلات الدولية لسنة 1994، الأمر هو مصدر أول أمر دفع في عملية التحويل¹، و الذي يتم توجيهه إلى ما يسمى بالبنك المرسل، الملتزم بتنفيذه من خلال ربط علاقة مباشرة مع ما يعرف بالبنك المستقبل أو المتلقي².

أ-1- العلاقة بين الأمر و البنك المرسل: بإصداره للأمر بالدفع تنشأ علاقة قانونية بين كل من الأمر و بنكه متلقي ذلك الأمر.

لقد ثار جدل كبير حول إعطاء تكييف حول الطبيعة القانونية للعلاقة الناشئة بين الأمر و البنك المرسل، لتجمع أغلبية المحاكم الأمريكية في منتصف سنة 1970 على اعتبارها علاقة وكالة، فيكون الأمر هو الموكل و البنك المرسل هو الوكيل³.

في حين لم يتضمن القانون النموذجي للتحويلات الدولية لسنة 1994 أية إشارة صريحة إلى ذلك مفصلاً أكثر في الإلتزامات و المسؤوليات المترتبة على عاتق الأطراف المتدخلين في العملية، حيث يلتزم الأمر بالتخلي بحسن النية و بمبادئ الحرص و العناية عند إصداره لأمر التحويل، في مقابل التزام البنك المرسل خصوصاً بتنفيذ ذلك الأمر و القيام بالدفع إلى البنك المستقبل⁴، كما يتحمل المسؤولية الناتجة في حال وجود خطأ أو عند تعديل مضمون الأمر و كان غير مطابق لما استقبله البنك المستقبل تأسيساً على فكرة الخدمة التي يؤديها لمصلحة الأمر⁵.

¹ - Article 2 alinéa c) de la loi type 1994: «Le terme «donneur d'ordre» désigne l'émetteur du premier ordre de paiement dans un virement».

² - Article 2 alinéa f) de la loi type 1994: «Le terme «banque réceptrice» désigne toute banque qui reçoit un ordre de paiement».

³ - L'HEUREUX Nicole, «L'harmonisation du droit dans les transferts de fonds internationaux par télécommunications interbancaires», Les cahiers de droit, , N° 4 , Vol 32, Faculté de droit, Université Laval, Québec, 1991, p 956.

⁴ - Article 5 alinéa 6 de la loi type 1994.

⁵ - L'HEUREUX Nicole, Op.Cit, p 958.

أ-2- **العلاقة بين الأمر و البنك المستقبل:** تعتبر العلاقة بين البنك المستقبل و الأمر من نفس طبيعة العلاقة بين هذا الأخير و البنك المرسل¹، غير أن البنك المستقبل ليس هو بنك الأمر لذلك فالعلاقة بينهما تبرز كنتيجة لبعض الظروف المتمثلة أساسا في فشل البنك في إكمال عملية التحويل بشكل صحيح، حيث يستطيع الأمر إثارة مسؤولية البنك المستقبل عن الضرر المترتب عن ذلك الفشل تأسيسا على الخطأ، أو عدم التنفيذ أو الإهمال².

ب- **العلاقة بين البنك المرسل و البنك المستقبل:** تخضع لأحكام القوانين المنظمة للعلاقات ما بين البنوك Interbancaire، و باعتبار أن الجزائر تعتمد أسلوب التحويل الحر عن طريق السويفت، فإن قواعد هذا الأخير تسند المسؤولية لكل طرف على النحو التالي:

1- بالنسبة للبنك المرسل: يكون مسؤولا عن مسائل كثيرة منها: عدم تأكيد سويفت لرسالة التحويل، قيام

البنك بإدخال رسالة بشكل غير صحيح، أو إذا تضمنت الرسالة عنوانا خاطئا أو مزيفا.

2- بالنسبة للبنك المستقبل: تنشأ مسؤوليته عن عدة أمور منها: فشله في تنفيذ تعليمات الدفع في التاريخ المشار إليه في الرسالة أو في توفيق الرسائل التي تصل بشكل مناسب وفقا لأرقام التسلسل أو في إتباع الممارسة البنكية العادية³.

ج- العلاقة بين المستفيد و البنك المستقبل: لا يلتزم البنك المستقبل تجاه المستفيد بالوفاء بالمبلغ

المطلوب بصفة تلقائية، بل يتم ذلك من وقت قبوله لأمر الدفع، و على إثر ذلك تنتقل ملكية تلك الأموال فعليا، فلا يستطيع الأمر و لا البنك المرسل المطالبة بأي حقوق فيها، و لكن على البنك المستقبل التزام

¹- MOUMOUNI Charles, Op.Cit, p 426.

²- L'HEUREUX Nicole, Op.Cit, p 958-959.

³- كما تثار مسؤولية سويفت في حالات عدة من أمثلتها: فشله في تنفيذ رسالة الدفع، و كذلك الفشل في إخطار الأعضاء المنخرطين في الشبكة عن خلل في النظام. (Voir L'HEUREUX Nicole, Op.Cit, p 963).

بالدفع للمستفيد المعين بالذات¹، و ذلك وفقا لمضمون الأمر بالدفع و كذا القانون المنظم للعلاقة فيما بينهما².

ما لم ينص على خلاف ذلك، يكون البنك المستقبل ملزما، خلال التاريخ المحدد في إطار تنفيذ الأمر بالدفع، تقديم إشعار إلى المستفيد الذي لا يملك حسابا لديه، لإعلام هذا الأخير باحتفاظ ذلك البنك بالأموال تحت تصرفه إذا كانت لديه معلومات كافية لإعطاء مثل هذا الرأي³.

ثانيا: المعالجة العملية للتحويل الحر

إن العلاقات الناشئة بين مختلف الأطراف المتدخلة في تسوية المعاملة التجارية الدولية عن طريق تقنية التحويل الحر بما تتضمنه من التزامات متبادلة و مسؤوليات مترتبة، تعكس مساهمة كل طرف من الناحية العملية في تنفيذ عملية التحويل الحر للأموال، و يتم ذلك باستيفاء عنصرين أساسيين و هما:

إصدار أمر التحويل الحر ثم مباشرة عملية تنفيذ التحويل .

أ- إصدار أمر التحويل: إن تنفيذ العقد التجاري يقتضي بداية إرسال البضاعة و المستندات المتعلقة بها من قبل البائع المصدر مباشرة إلى عنوان المشتري المستفيد، ليستتبعه إصدار أمر من المشتري بتسوية المعاملة عن طريق آلية التحويل الحر لفائدة البائع⁴.

و باعتبار أن تنفيذ أمر التحويل يتم من خلال تدخل بنك الأمر أي البنك المرسل، الذي يتولى، عند استلامه للمستندات المطلوبة، إجراء التحقق الدقيق للتأكد من مطابقتها، و من كون عملية التحويل الإلكتروني من و إلى الخارج مرفقة بالبيانات الإلزامية التالية:

¹- MOUMOUNI Charles, Op.Cit, p 427.

²- Article 10 alinéa 1 de la loi type 1994.

³- Article 10 alinéa 5 de la loi type 1994.

⁴- Attijariwafa bank, Op.Cit, p 29.

أ-1- إذا كانت قيمة التحويل الإلكتروني تتجاوز حدّ 1000 دولار أو 1000 أورو أو ما يعادلها بعملة أخرى، يجب أن يتوفر بالنسبة للأمر: اسمه و لقبه و عنوانه و رقم بطاقة تعريفه، رقم التعريف الخاص به كعميل أو تاريخ و مكان الإزدياد، و كذا رقم حسابه المستخدم في تنفيذ العملية، و فيما يتعلق بالمستفيد: اسمه و لقبه و رقم حسابه المستخدم في تنفيذ العملية.

أ-2- إذا كانت قيمة التحويل الإلكتروني عبر الحدود تساوي أو أقل من 1000 دولار أو 1000 أورو أو ما يعادلها بعملة أخرى، فيستلزم توفر: اسم و لقب الأمر، اسم و لقب المستفيد، و رقم الحساب أو الرقم المرجعي الوحيد Numéro de référence unique للعملية¹.

تجدر الإشارة إلى أنه غير مسموح للمؤسسات المالية الناشطة في الجزائر بتنفيذ التحويلات الإلكترونية غير المتضمنة للمعلومات الواجبة حول الأمر و المستفيد، على أن يلتزم بنك الأمر بحفظ هذه الأخيرة لمدة 5 سنوات على الأقل².

إضافة إلى ما سبق يشترط أن يحتوي أمر التحويل الصادر عن الأمر و الذي يتولى بنكه إرساله إلى البنك المستقبل على: الأمر الذي يوجهه صاحب الحساب إلى ماسك الحساب لتحويل الأموال، و بيان الحساب الذي يتم الخصم منه، و بيان الحساب الذي يتم إليه الخصم و صاحبه، إضافة إلى تاريخ التنفيذ و توقيع الأمر بالتحويل³، كما يجب أن يرفق بالوثائق المتمثلة في: تعهد الإستيراد L'engagement d'importation موقع من المستورد، الوثيقة الجمركية «نسخة البنك»، الفاتورة النهائية الموطنة.

حيث تشكل هذه الوثائق الدليل على أن الأمر يتعلق فعلا بالتحويل الحر⁴.

ب- **تنفيذ عملية التحويل الحر**: يتم ذلك بتسوية الدفع من خلال تسجيل العملية في الدليل المعد لهذا الغرض، و إعطاء أمر التحويل رقما مرجعيا، لتليها عملية تمرير القيود المحاسبية بين الحساب المدين

¹ - La Note du 23 Décembre 2015 sur les virements électroniques, p 3.

² - La Note du 23 Décembre 2015 sur les virements électroniques, p 4.

³ - المادة 543 مكرر 19 من القانون التجاري.

⁴ - CHERIGUI Chahrazed, Op.Cit, p 170.

للأمر لدى بنكه إلى الحساب الدائن لدى بنك المستفيد، و الذي يتضمن التسوية مع خصم العمولات مرورا بالمراحل التالية:

1- القيد بالخصم: و هي عملية محاسبية يقوم من خلالها بنك الأمر بخصم قيمة نقدية بالعملة الوطنية أي بالدينار الجزائري مع الأخذ في الإعتبار مخاطر الصرف، بتغطية من بنك الجزائر الذي يتولى تزويد حساب بنك الأمر بالعملة الصعبة الأجنبية لكون المبلغ المحول لفائدة المستفيد يجب أن يتم بالعملة الأجنبية En devise.

و على إثر ذلك يوجه أمر داخلي بالتحويل إلى بنك المستفيد من قبل المديرية المركزية للخارج Direction centrale de l'étranger و تحديدا مصلحة التحويل Le service de transfert، حيث يتم تحويل المبلغ المقصود بالعملة الأجنبية إلى حساب المستفيد باستخدام شبكة سويفت¹.

2- القيد بالإضافة: يقوم بنك المستفيد بإدخال القيمة النقدية المحولة بتسجيلها في حساب الدائن للمستفيد، لتحقيق فعلا عملية التحويل.

و استكمالاً للإجراءات البنكية يتم إخطار بنك الأمر و هو البنك الموطن بالإتمام النهائي للتحويل و المبلغ الحقيقي المحول، مرفقا بالصيغة الإحصائية المفصلة²، إضافة إلى كافة الوثائق المرتبطة بالعملية، ليتولى البنك إتمام كافة المسائل المحاسبية³.

المطلب الثاني: التحصيل المستندي كآلية لتسوية معاملات التجارة الدولية

التحصيل أو التسليم المستندي تقنية تستخدم بشكل رئيسي في المعاملات بين الأطراف ذوي العلاقات التجارية القوية القائمة على الثقة المتبادلة و لكنها محدودة، باعتبار أن هذه التقنية تقوم أساسا

¹ - IBID, p 171.

² - الصيغة الإحصائية و تسمى ب La formule statistique 4: هي صيغة يعدها البنك الذي يتولى تنفيذ أمر التحويل الصادر عن عميله، تستخدم لشراء العملة الأجنبية لدى بنك الجزائر.

³ - CHERIGUI Chahrazed, Op.Cit, p 171.

على مبدأ تسليم المستندات الضرورية مقابل تحصيل مبلغ العملية التجارية الدولية (الفرع الأول)، و ذلك باتباع أطرافها لكافة الخطوات المحددة لسيرورة عملية التحصيل المستندي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عموميات حول التحصيل المستندي

يعد التحصيل المستندي REMDOC¹، من بين أهم التقنيات المستخدمة في تسوية المعاملات التجارية الدولية لما لها من مزايا عدة بالنسبة لأطرافها، فهي تتميز بقلة تكاليفها و بساطة إجراءاتها، مما يفسر الإهتمام بها و تطيرها بنصوص قانونية سواء وطنية أو دولية (أولاً)، كما أن إتمام العملية يرتكز على اتفاق أولئك الأطراف أي كلا من البائع المصدر و المشتري المستورد على اعتماد طريقة معينة في ذلك و هو ما يعكس التنوع الذي يطبع هذه التقنية (ثانياً).

أولاً: آلية التحصيل المستندي: الثقة المتبادلة و المحدودة بين أطراف المعاملة

لقد تعددت التعاريف المقدمة بصدد تحديد المقصود بآلية التحصيل المستندي من فقهية و قانونية، مستهدفة في مجملها توضيح معالمه الأساسية، مع تبيان أهم الخصائص المميزة له.

أ- تعريف التحصيل المستندي: إن نشوء علاقات تجارية بين مصدر و مستورد و استمرارها و تكرارها عادة ما يترتب عنه وجود درجة من الثقة، تدفعهما إلى استعمال تقنية تمتاز بالمرونة تعرف بالتحصيل المستندي.

أ-1- التعريف الفقهي للتحصيل المستندي: من بين التعاريف التي قدمها الفقه للتحصيل المستندي يذكر ما يلي:

¹ - REMDOC: Remise Documentaire ou Encaissement Documentaire.

1- هو تلك التقنية التي تستند إلى مصداقية و موثوقية الشبكة المصرفية، حيث تستخدم في المعاملات

ذات القيمة المالية المتواضعة، و غالبا ما يتم ذلك في إطار أولى المبادلات بين شركاء جدد¹.

2- هو آلية يقوم بموجبها المصدر بإصدار كمبيالة² و إعطاء كل المستندات إلى البنك الذي يمثلها، حيث

يقوم هذا الأخير بإجراءات تسليم المستندات إلى المستورد أو البنك الذي يمثلها مقابل تسليم مبلغ

الصفقة أو قبول الكمبيالة³.

3- التحصيل المستندي هو قيام المصرف باستلام المستندات، التي تثبت ملكية البضاعة، من البائع ثم

إرسالها إلى فرعه أو مراسله في جهة وصول البضاعة لمطالبة المشتري بقيمتها، ثم تسليمه

المستندات بعد سداد تلك القيمة ليتسنى له استلام البضاعة من ناقلها بموجب تلك المستندات⁴.

و بذلك فآلية التحصيل المستندي تعتمد على تدخل كل من: الأمر أي البائع المصدر Le donneur

d'ordre: و هو الطرف المنشئ للعملية حيث يقوم بإعداد المستندات الضرورية و يسلمها إلى البنك الذي

يتعامل معه مرفقا إياها بأمر التحصيل، و البنك المحول أي البنك المرسل للمستندات La banque

remettante: و هو بنك المصدر يتسلم من هذا الأخير المستندات ليرسلها إلى البنك الذي سيتولى عملية

التحصيل وفقا للتعليمات الصادرة إليه⁵.

¹- MONOD Didier-Pierre, Moyens et Techniques de paiement internationaux: import-export, Editions Eska, Paris, 1993, p 57.

²- تسمى في بعض البلدان العربية كالجائز بالسفتجة، كما شاع استعمالها في فرنسا تحت اسم «Traite»، و هي ورقة تجارية محررة وفقا للشكل القانوني، بأمر بمقتضاها شخص يسمى الساحب Tireur، شخصا آخر يسمى المسحوب عليه Tiré، بأن يدفع لشخص ثالث و هو المستفيد Bénéficiaire، أو لشخص يعينه هذا الأخير، مبلغا معينا في وقت محدد أو بمجرد الإطلاع. (انظر راشد راشد، الأوراق التجارية-الإفلاس و التسوية القضائية في القانون الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 4، و المواد 389 و ما يليها من القانون التجاري)

³- لطرش الطاهر، المرجع السابق، ص 119-120.

⁴- الأمين محمد الحسن صالح، الخدمات المصرفية غير الإستثمارية و حكمها في الشريعة الإسلامية، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه، فرع الفقه و الأصول، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1987، ص 480.

⁵- بن حبيب عبد الرزاق و خالد خديجة، المرجع السابق، ص 140.

و تنتفي مسؤوليته عن أي تأخر في تقديم المستندات أو ضياعها، أو تقصير البنك المكلف بالتحصيل أو أخطائه¹، البنك المحصل أي البنك القائم بالتحصيل La banque présentatrice: و هو الذي يقوم بتحصيل قيمة المستندات المقدمة إلى المشتري نقداً أو مقابل سندات مسحوبة عليه وفقاً للتعليمات الصادرة إليه من البنك المحول، و المستفيد أي المشتري المستورد Le tiré: و هو من يتسلم المستندات للتحصيل أو السفحة لتوقيعها².

الملاحظ هنا أن تدخل البنوك أي البنك المحول و البنك المحصل، إنما يتم تنفيذاً لتعليمات الأمر المصدر و ذلك بصفته مجرد وكلاء.

أ-2- **التعريف القانوني للتحصيل المستندي:** إن ظهور تقنية التحصيل المستندي و انتشار استعمالها في العلاقات التجارية الدولية أنشأ الحاجة إلى توحيد قواعدها و أحكامها، مما دفع بغرفة التجارة الدولية إلى تكوين و نشر مجموع هذه القواعد تحت تسمية القواعد الموحدة للتحصيلات، التي يرجع آخر تعديل لها إلى سنة 1995، و هو أيضاً ما عكسه المشرع الجزائري من خلال النص على إمكانية التعامل بهذه التقنية بموجب النصوص القانونية المنظمة للتجارة الدولية.

أ-2-1- **القواعد الموحدة المتعلقة بالتحصيلات الصادرة عن غرفة التجارة الدولية RUE 522:**³ لقد اهتمت غرفة التجارة الدولية بوضع قواعد موحدة خاصة بالتحصيل التجاري الدولي مستهدفة تنظيم العملية، تحديد شروطها و الإلتزامات و المسؤوليات المترتبة، إضافة إلى حقوق كل من البائع و المشتري و كذا الدقة في إجراءات المطالبة، مما يسمح بتقادي العديد من المنازعات بين الأطراف⁴.

¹ - بن شعبان حكيمة، المرجع السابق، ص 147.

² - بن حبيب عبد الرزاق و خالدي خديجة، المرجع السابق، ص 140.

³ - RUE 522: Règles de CCI Uniformes relatives aux Encaissements, brochure N° 522, Publié en 1995.

⁴ - لقد تم إصدار القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية المتعلقة بالتحصيلات لأول مرة سنة 1956، ليتم تعديلها سنة 1967، ثم سنة 1978، و

آخرها تم نشرها في جويلية 1995 بالمشرة رقم 522، و دخلت حيز التطبيق في 1 جانفي 1996، و تجدر الإشارة إلى أن هذه القواعد و رغم أهميتها تبقى مسألة إلزاميتها مرتبطة بعدم اتفاق الأطراف المعنية على خلاف أحكامها أو عدم تناقضها مع القوانين الوطنية للدول.

(Voir L'article 1 des RUE 522)

بالرجوع إلى مضمون هذه القواعد يقصد بالتحصيل تعامل البنوك بالمستندات المحددة بناء على تعليمات تلقفتها تحقيقاً لأغراض معينة تتمثل إما في استيفاء الدفع أو الحصول على القبول، أو لتسليم تلك المستندات مقابل الدفع أو القبول أو لتسليمها نظير تحقيق شروط أخرى¹.

و وفقاً لها يكون التحصيل مستندياً إذا تم تحصيل أو تسليم مستندات مالية مرفقة بمستندات تجارية أو إذا تم تسليم المستندات التجارية فقط دون المالية².

مما يعني بأن تسليم المستندات ذات الطبيعة التجارية هو المعيار الفاصل في اعتبار التحصيل مستندياً.

في حين يتمثل أطراف التحصيل في كل من الساحب، البنك المرسل، البنك المقدم و المسحوب عليه، إضافة إلى البنك المحصل و هو أي بنك آخر غير البنك المرسل يكون له دور في عملية التحصيل³، بما معناه أن هذا الأخير قد يكون هو ذاته البنك المقدم أي المكلف بتقديم مستندات التحصيل إلى المسحوب عليه المستفيد، كما قد يكون بنكا آخر وسيطاً بين البنكين، و يتضح ذلك جلياً من المادة 5 من القواعد الموحدة للتحصيلات رقم 522.

أ-2-2- التحصيل المستندي في القانون الجزائري: لقد عالج المشرع الجزائري تقنية التحصيل المستندي من خلال النصوص التشريعية و التنظيمية المختلفة يمكن إبرازها على النحو التالي:

1- قانون النقد و القرض: لم يتضمن هذا القانون النص صراحة على التحصيل المستندي، و إنما يستخلص ذلك ضمن المفهوم العام لمقتضى المادة 69 منه⁴، باعتباره وسيلة دفع أي تلك الأداة التي تمكن كل شخص من تحويل الأموال المقصودة.

¹- Article 2 alinéa a) des RUE 522.

²- Article 2 alinéa d) des RUE 522.

³- Article 3 des RUE 522.

⁴- حيث تنص على ما يلي: «تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل».

2- النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم: لم ينص بشكل صريح على التحصيل المستندي، و إنما أشار في المادة 18 منه إلى ما تعتبر وسائل للدفع في مفهومه، فأية أداة دفع مقومة بالعملة الأجنبية تكون قابلة للتحويل بصفة حرة مهما كانت الأداة المستعملة في ذلك تعد وسيلة للدفع.

3- قوانين المالية: تم إدراج آلية التسليم المستندي صراحة من خلال قانون المالية لسنة 2011 في المادة 23 منه¹، و الملاحظ من خلال هذا التعديل أن فتح المجال لاستخدام هذه التقنية كان مقتصرًا على المؤسسات المنتجة للسلع و الخدمات و ذلك لتسوية واردات التجهيز و المواد الداخلة في الصنع و المواد الأخرى المستخدمة في الإنتاج، إضافة إلى المواد الإستراتيجية ذات الطابع الإستعجالي. ليتم تعديلها أي المادة 69 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 مرة أخرى بموجب قانون المالية لسنة 2014، و الذي من خلاله تم توسيع و تيسير مجال استخدام التقنية لتكون وسيلة يمكن اعتمادها كذلك لدفع مقابل الواردات الموجهة للبيع على حالها².

و بصدر قانون المالية لسنة 2017³، تم إلغاء المادة 69 بكافة تعديلاتها المتتالية، ليصبح نتيجة لذلك لجوء الأطراف إلى استعمال التسليم المستندي كأداة لتسوية المعاملة التجارية الدولية فيما بينهم غير مرتبط بقيود مفروضة قانونًا.

و تجدر الإشارة هنا إلى أن المحكمة العليا قد أقرت بموجب قرار صادر عنها سنة 2006 مبدأ

خضوع العمل بصيغة التسليم المستندي للقواعد و العادات المألوفة الصادرة عن الغرفة التجارية

¹ - المادة 23 من قانون المالية التكميلي لسنة 2011 المعدلة و المتممة لأحكام المادة 69 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009، و تحديدا الفقرة الثانية من هذه الأخيرة.

² - في الواقع كان الدافع من إقرار مثل هذا التعديل هو تكبد شركات الإستيراد الجزائرية لأضرار و خسائر عديدة نتيجة للتطبيق الصارم للمادة 69 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009، و التي لم تكن تتضمن أي هامش لحماية المستورد من إمكانية لجوء المصدرين الأجانب للتلاعب بنوعية و قيمة السلع، لذلك تم تكريس هذا التعديل بمقتضى المادة 81 من قانون المالية لسنة 2014.

³ - المادة 111 من قانون المالية لسنة 2017: «تلغى أحكام المادة 69 من الأمر رقم 09-01 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 المعدلة و المتممة».

الدولية، الخاصة بالوفاء بالديون الناتجة عن المبادلات التجارية الدولية¹.

ب- **خصائص التحصيل المستندي:** تتمثل أهم الخصائص المميزة للتحصيل المستندي في كونه تقنية

ذات استعمال دولي ، كما أنها تصدر عن البنك خدمة للعميل .

ب-1- **التحصيل المستندي تقنية دولية مقننة:** فهي تستخدم لتسوية معاملات التجارة الدولية، و قد

نظمت أحكامها غرفة التجارة الدولية بموجب القواعد الموحدة المتعلقة بالتحصيلات لسنة 1995، تطبيقها

يخضع لإرادة و اتفاق الأطراف المتعاملة.

ب-2- **التحصيل المستندي عملية مصرفية:** التحصيل المستندي تقنية دفع، و وضع هذه الأخيرة تحت

تصرف الزبائن و إدارتها يشكل في ذاته عملية مصرفية تنفرد بها البنوك دون غيرها من المؤسسات

المالية²، لذلك يتعين عليها بحسب الأصل تنفيذ أوامر عملائها و بذل الجهد الكافي لإتمام عملية

التحصيل، غير أنها بالمقابل ليست مسؤولة في حال فشلها في ذلك³.

و بالتالي فإن البنك يقدمها كخدمة لعملائه باعتباره وكيلا عنهم في العملية، حيث يتجلى دوره من

خلال تحديد مسؤوليته في تنفيذ التعليمات المتلقاة من موكله، و فحص المستندات المتلقاة و الواردة من

الأطراف المدرجة في أمر التحصيل، مع الإشارة، بدون تأخير، إلى أي مستند ناقص، و عند استخدام

صيغة التسوية بالقبول و الدفع، يكون البنك المحصل متعهدا بدفع المبلغ المستحق على عميله العاجز

عن الوفاء به، أما في حال قيام المصدر بإرسال البضاعة مباشرة إلى عنوان ذلك البنك دون الحصول

مسبقا على موافقته، فهذا الأخير لن يكون مسؤولا عن تسليمها، ليتحملها بالتالي المرسل مع كافة الأعباء

¹ - و ذلك بصدد نزاع قائم بين بنك التنمية المحلية و الشركة ذات المسؤولية المحدودة بروليكسيم «Prolexim» و من معها، حيث تم التأكيد على

اختلاف تقنية التسليم المستندي عن الإعتماد المستندي، و أقرت بمخالفة بنك التنمية المحلية لتعليمات بنك المورد بخصوص شروط السداد. (انظر

قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية و البحرية، ملف رقم 357395، مؤرخ في 2006/01/04، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، المؤسسة الوطنية

للإتصال و النشر و الإشهار، الجزائر، 2006، ص 328-329).

² - المواد 66 و 70 من الأمر رقم 03-11، يتضمن قانون النقد و القرض، معدل و متمم.

³ - بن حبيب عبد الرزاق و خالدي خديجة، المرجع السابق، ص 139.

و المخاطر الناجمة عن ذلك¹.

ثانيا: أنواع التحصيل المستندي

يكون التحصيل حسب القواعد المتعلقة بالتحصيلات رقم 522 على نوعين، ما يسمى بالتحصيل النظيف أو المجرد و الذي يطلق عليه الفقه مصطلح التحصيل البسيط Remise simple²، و هو يعني تحصيل مستندات مالية غير مرفقة بمستندات تجارية³، و التحصيل المستندي الذي يقوم على أساس تقديم المستندات التجارية⁴.

إن التحصيل المستندي أمر يصدر من البائع المصدر إلى بنكه يتضمن تحصيل مبلغ معين من المشتري المستورد، مقابل تسليمه المستندات اللازمة، حيث يتم التسديد إما نقدا أو مقابل توقيع المشتري على السفتجة، و بذلك تتخذ هذه التقنية ثلاث أشكال مختلفة:

أ- التحصيل المستندي مقابل الدفع (D/P)⁵: في هذه الحالة يتولى البنك المحصل تسليم المستندات الضرورية إلى المشتري المستورد، مقابل قيام هذا الأخير بالتسديد الفعلي و الفوري نقدا لمبلغ البضاعة⁶، ما لم يكن قانونه الوطني يمنع ذلك.

في الواقع توفر هذه التقنية ضمانا جيدا للمصدر، الذي يبقى مع ذلك معرضا لخطر رفض المستندات و البضاعة من قبل المشتري⁷.

ب- التحصيل المستندي مقابل القبول (D/A)⁸: و هنا يمكن للمشتري أن يستلم المستندات و لكن بعد

¹ - CHERIGUI Chahrazed, Op.Cit, p 177-178.

² - بموجب التحصيل البسيط يقوم المصدر الساحب بإصدار سفتجة تثبت حقه تجاه المدين المسحوب عليه، بمقتضاها يعطي تعليمات لهذا الأخير من أجل الدفع لدى الإطلاع أو في تاريخ لاحق، و هو بذلك لا يتضمن أي ضمان للدفع كما أنه ثقيل نسبيا في التعامل به.

(Voir GARSUAULT Philippe et PRIAMI Stéphane, Op.Cit, p 114)

³ - Article 2 alinéa c) des RUE 522.

⁴ - Article 2 alinéa d) des RUE 522.

⁵ - D/P: La remise des Documents contre Paiement.

⁶ - العايب وليد و بوخاري لولو، المرجع السابق، ص 207.

⁷ - CHERIGUI Chahrazed, Op.Cit, p 174.

⁸ - D/A: La remise des Documents contre Acceptation.

قبوله للسفتجة المسحوبة عليه، و على إثر ذلك يستطيع الإستفادة من مهلة للتسديد¹.

و يتصور في هذه الحالة أن تكون البضاعة في حيازة المشتري قبل الأجل الفعلي للدفع، و هو ما يسمح له بالتصرف فيها بإعادة بيعها للحصول على المبالغ اللازمة لتسوية قيمة السفتجة، مع تحمل البائع بموازاة ذلك لخطر عدم الدفع عند حلول أجل الإستحقاق، و للحماية ضد ذلك يمكنه مطالبة البنك المكلف بالتحصيل أو بنك آخر بضمان تلك السفتجة².

ج- التحصيل المستندي مقابل توقيع المشتري على رسالة التزام (D/L)³: في هذه الحالة يقوم البنك المحصل بتسليم المستندات إلى المشتري مقابل رسالة التزام محدد مضمونها من قبل البنك المحول أو الأمر، بموجبها يلتزم ذلك المشتري بدفع المبلغ المحدد في تاريخ محدد، و لتفادي أي خطأ في تفسير محتوى هذه الرسالة يفضل طلب نموذج لها من البنك المحول، و الذي يجب على البنك المحصل تقديمه للقبول من قبل المشتري.

تجدر الإشارة إلى أن هذه الصيغة نادرة الحدوث، كما أنها غير مطبقة من قبل البنوك الجزائرية⁴.

الفرع الثاني: مراحل سير التحصيل المستندي

التحصيل المستندي عملية يتولى خلالها البنك، تحت تعليمات زبونه، بتحصيل مبلغ البضاعة من المستورد الأجنبي مقابل تسليمه المستندات، فيكون التسديد إما بالدفع نقدا أو بقبول سند معين. و لتجسيد ذلك من الناحية العملية يتم اتباع مجموعة مراحل و خطوات تحدد سيرورة استخدام مثل هذه الآلية ابتداء من إبرام الصفقة التجارية بين البائع المصدر و المشتري المستورد و إصدار تعليمات للتحصيل (أولا)، وصولا إلى مرحلة الدفع (ثانيا).

¹ - لطرش الطاهر، المرجع السابق، ص 120.

² - بن بريكة فريال، مكانة الإعتماد المستندي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2016-2017، ص 136.

³ - D/L: La remise des Documents contre une Lettre d'engagement.

⁴ - CHERIGUI Chahrazed, Op.Cit, p 175.

أولاً: مرحلة إصدار أمر التحصيل: خطوات إعداد المستندات و توجيه أمر التحصيل

تتجسد مرحلة إصدار أمر التحصيل من خلال اتباع الخطوات المحددة فيما يلي:

أ- **الخطوة الأولى:** إعداد المستندات الضرورية: بعد إبرام العقد التجاري بين الطرفين و الإتفاق على جميع تفاصيله و خاصة ما يتعلق منها بطريقة الدفع، يلتزم المصدر بتحضير المستندات المرتبطة بالعملية تمهيدا لشحن البضاعة و إرسالها.

و تكون تلك المستندات على نوعين:

1- مستندات مالية: Documents Financiers: تعني السفاتج «Lettres de change»، الشيكات «Chèques»¹، سندات لأمر «Billet à ordre»²، أو أي وسيلة أخرى مماثلة تستخدم للحصول على تسديد مالي أو دفع نقدي³.

2- مستندات تجارية: Documents commerciaux: تشمل الفواتير و وثيقة الشحن، شهادات الوزن، شهادة التأمين، شهادة المنشأ للبضاعة، الشهادة الصحية التي تثبت سلامة البضاعة و اتفاق مواصفاتها مع ما هو وارد في العقد التجاري⁴، بالإضافة إلى أي مستندات مشابهة أو مستندات أخرى مهما كانت غير المستندات المالية⁵.

¹ - الشيك: أمر مكتوب على وثيقة من شخص يسمى الساحب إلى شخص يسمى المسحوب عليه و هو شخص معنوي يتمثل في البنك، بدفع مبلغ من المال فوراً أو عند الإطلاع إلى شخص ثالث يسمى المستفيد، و قد يكون اسم هذا الأخير مدرجا في الوثيقة، أو غير معروف إذا كانت محررة لحاملها (انظر ناصر سليمان، المرجع السابق، ص 37-38، و المواد 472 و ما يليها من القانون التجاري).

² - السند لأمر: محرر مكتوب وفقا لأوضاع شكلية قانونية، يتضمن تعهدا من طرف محرره، بدفع مبلغ معين بمجرد الإطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين لأمر شخص آخر هو المستفيد. (انظر فوضيل نادية، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، الطبعة 11، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 8، و المواد 465 و ما يليها من القانون التجاري).

³ - العايب وليد و بوخاري لولو، المرجع السابق، ص 203.

Et l'article 2 alinéa b-1) des RUE 522.

⁴ - الأمين محمد الحسن صالح، المرجع السابق، ص 481.

⁵ - Article 2 alinéa b-2) des RUE 522.

يعتبر هذا النوع من المستندات الأساس في أي تحصيل مستندي، و ذلك ما أكد عليه بنك الجزائر من خلال عديد المذكرات التي أصدرها بهذا الخصوص و الموجهة إلى البنوك و المؤسسات المالية المعتمدة سواء تعلق الواردات بالمواد الزراعية الغذائية¹، أو المواد الصيدلانية²، أو البيطرية³، بحيث تلتزم تلك البنوك بالتأكد من تقديم تلك المستندات و مراقبتها و إلا ترتب عنها رفض إتمام عملية التحصيل المستندي⁴.

ب- الخطوة الثانية: توجيه أمر التحصيل *Ordre d'encaissement*⁵: يتولى المصدر إرسال كافة المستندات إلى البنك المحول مقترنة بأمر التحصيل متضمنا كافة التعليمات و البيانات المتعلقة بالعملية بشكل واضح و دقيق، تتلخص أهمها في كافة المعلومات المتعلقة بالأمر و المستفيد و البنك المحصل، إضافة إلى التفاصيل اللازمة عن البنك الذي ورد منه التحصيل، و المبالغ و الرسوم و الفوائد المطلوب تحصيلها، و طريقة الدفع، و كذا قائمة المستندات مع تحديد الفترة الزمنية المحددة لأي إجراء يمكن

¹ - حيث تتمثل المستندات اللازمة في: شهادة الصحة بالنسبة لكل منتج زراعي-غذائي، و شهادة مراقبة نوعية البضاعة و شهادة المنشأ للمواد المستوردة.

(Voir La Note N° 16/DGC/2009 du 16 Février 2009 aux Banques et Etablissements financiers intermédiaires agréés, Portant contrôle des importations de biens réglées par «crédit documentaire» ou par «remise documentaire». Site: www.bank-of-algeria.dz)

مع إلغاء إلزامية شهادة الصحة عندما يتعلق الأمر بمواد مستوردة موجهة للتحويل عن طريق المعالجة الحرارية أو الحفظ مستثنية أي خطر لانتشار الكائنات الحية الضارة.

(Voir La Note N° 21/DGC/2009 du 1^{er} Mars 2009 aux Banques et Etablissements financiers intermédiaires agréés, Portant complément de la Note N°16/DGC/2009. Site: www.bank-of-algeria.dz)

² - و بصدد هذه المواد يمكن تعويض شهادة مراقبة النوعية بشهادة التحليل.

(Voir La Note N° 52/DGC/BA/2009 du 29 Mars 2009 aux Banques et Etablissements financiers agréés, Portant contrôle de la qualité des produits pharmaceutiques importés par remise documentaire et crédit documentaire. Site: www.bank-of-algeria.dz)

³ - المواد 5 و 6 من المرسوم التنفيذي رقم 09-102 مؤرخ في 10 مارس 2009، يحدد الإجراءات المطبقة عند استيراد و تصدير الأدوية ذات الإستعمال البيطري، جريدة رسمية عدد 16، الصادرة في 15 مارس 2009.

Et la Note N° 56/DGC/BA/2009 du 2 Avril 2009 aux banques et établissements financiers agréés, Portant la note N° 16/DGC/BA/09 complément relatif aux importations de médicaments à usage vétérinaire. Site: www.bank-of-algeria.dz.

⁴ - Note de service N° 14/09 du 23 Février 2009, Portant contrôle des importations des biens réglés par «crédit documentaire» ou par «remise documentaire». Site: www.Universal-transit.com/IMG/pdf/Note_DE_SERVICE_Procedure_Remise_DOC_et_CREDOC.pdf.

⁵ - Appelé également: Lettre d'instruction.

للمستفيد أن يتخذه خلالها¹.

و على إثر ذلك يتولى البنك استلام الوثائق المدرجة في أمر التحويل و فحص مدى توافرها، ليقوم بإرسالها بدوره إلى البنك المراسل له في بلد المشتري و الذي غالبا ما يكون هو ذاته بنك هذا الأخير².

ثانيا: مرحلة التحصيل: خطوات استلام أمر التحصيل و تسوية قيمة البضاعة

تتجسد مرحلة التحصيل من خلال تلقي البنك المحصل للمستندات المرسله من البنك المحول، ليقدمها إلى المشتري بغرض تحصيل قيمتها.

و بالتالي فإن هذه المرحلة تتضمن الخطوات التالية:

أ- **الخطوة الأولى:** إثبات المستندات: يقصد بها استلام البنك المكلف بالتحصيل لأمر التحصيل و كذلك المستندات الضرورية من البنك المحول.

و هنا تجدر الإشارة إلى أن البنك المكلف بالتحصيل هو ذلك الذي تمت تسميته في أمر التحصيل، بحيث قد يكون هو نفسه بنك المستفيد، كما قد يكون بنكا آخر وسيط³.

و بعد التأكد من مطابقة المستندات للشروط، يقوم البنك المحصل بإشعار المشتري بوصولها و ذلك على العنوان الكامل المذكور في الأمر، مع عدم مسؤوليته عن أي خطأ فيما يتعلق بذلك العنوان، بمقابل إمكانية تحققه من العنوان الصحيح⁴.

ب- **الخطوة الثانية:** التسوية: تنفيذا لتعليمات التحصيل يقوم البنك المحصل بتقديم المستندات إلى المشتري، ليتولى هذا الأخير تسوية قيمة البضاعة المستوردة وفقا للطريقة المتفق عليها، أي إما بالدفع فورا للقيمة نقدا، أو بقبول الورقة التجارية المسحوبة عليه.

¹- Article 4 et 5 alinéa b) des RUE 522.

²- MONOD Didier-Pierre, Op.Cit, p 58-59.

³- Article 5 des RUE 522.

⁴- Article 4 alinéa c) des RUE 522.

بعد ذلك يقوم البنك المحصل بإرسال تلك المبالغ أو الورقة التجارية المقبولة إلى البنك المحول¹، كما له الإحتفاظ بها على سبيل الأمانة إلى حين حلول أجل الإستحقاق، و عندئذ يحصلها من المشتري ثم يحولها إلى بنك المصدر لتسجيلها لديه.

و بالرجوع إلى البنك المحول فإنه و لإتمام العملية يتولى إضافة المبالغ المحصلة إلى رصيد عميله الأمر، أو منحه الورقة التجارية المقبولة، كما له أن يتولى خصم قيمتها بناء على طلب العميل².

عموما تتحصر مسؤولية البنوك المتدخلة في عملية التحصيل المستندي في الإلتزام بالحياد التام، مع القيام بمعالجة تلك العملية بسرعة و عناية، و في ذلك التزام بمبدأ حسن النية³.

و فيما يلي مخطط توضيحي يلخص مراحل سيرورة التحصيل المستندي:

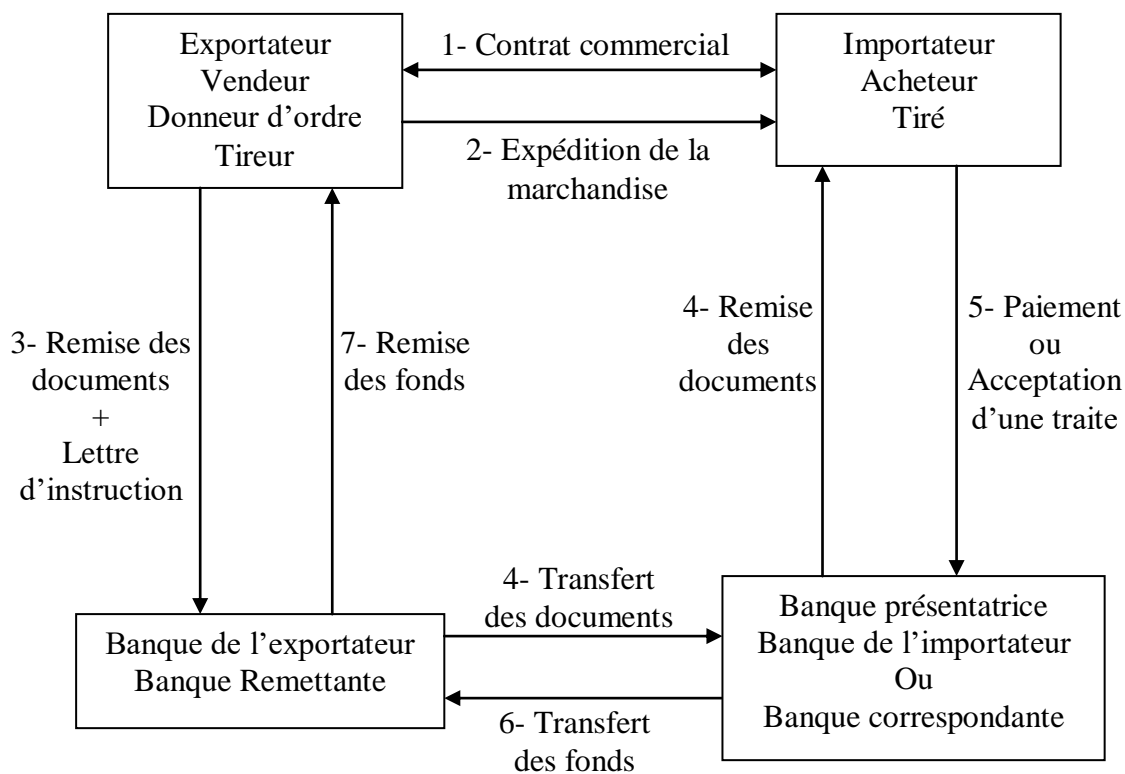


Figure 7: Le déroulement d'une Remise documentaire

¹- Article 16 des RUE 522.

²- MONOD Didier-Pierre, Op.Cit, p 59.

³- Article 9 des RUE 522.

تجدر الإشارة إلى أنه و برغم المزايا التي توفرها تقنية التحصيل المستندي من السهولة و البساطة في إجراءاتها و قلة تكاليفها إضافة إلى المرونة و السرعة في التنفيذ، إلا أن ذلك لا ينفى عنها بعض المخاطر أو المساوئ أهمها استمرارية خطر عدم الدفع حتى في حال قبول المستورد للسفتجة المسحوبة عليه لوفائها لاحقا، بحيث يمكن له بعد استلام البضاعة أن يمتنع عن تسديد ثمنها عند حلول الأجل¹، لذلك غالبا ما يكون المصدر مطالبا باشتراط قبول سفتجة مع ضمانها احتياطيا من قبل بنك المستورد.

خلاصة الفصل الأول:

إن تنفيذ أي معاملة تجارية دولية بالشكل الصحيح يستلزم احترام أطرافها لكافة الإجراءات القانونية المفروضة، و التي تتجسد عمليا من خلال تطبيق مبدأ التوطين البنكي المسبق، حيث يتولى بنك وسيط معتمد فتح ملف، يتضمن كافة الوثائق المثبتة للعملية، باسم المتعامل الإقتصادي و يعطيه رقما مميزا يمكّنه من تسيير الملف، تعزيزا للرقابة البنكية على عمليات التجارة الدولية و تأكيدا على توفير ضمانات فعالة لتسوية حقوق الأطراف المتعاملة، لذلك تم اعتماد كل من تقنيتي التحويل الحر و التحصيل المستندي باعتبارهما من أحدث التقنيات و أكثرها سرعة و مرونة مما يؤكد مدى أهميتها، فالتحويل الحر هو ذلك الأمر الصادر من الأمر المستورد إلى بنكه يتضمن الخصم من حسابه إلى حساب المصدر، في حين يعتبر التحصيل المستندي هو تلك العملية التي يتولى بموجبها بنك يدعى البنك المحول، بناء على تعليمات من عميله المصدر، تحصيل مبلغ العملية من خلا وساطة بنك آخر و هو البنك المكلف بالتحصيل، لدى المستورد مقابل تسليم المستندات، لكن و رغم المزايا التي توفرها كلتا الآليتين، إلا أنهما لا تمنحان أية ضمانات للوفاء، بمعنى أن خطر عدم الدفع يبقى قائما باستخدام هاتين التقنيتين، بشكل يدفع المتعاملين إلى اللجوء لتقنية توفر لهم الضمان الفعلي تتمثل فيما يسمى بالإعتماد المستندي.

¹ - بن شعبان حكيمة، المرجع السابق، ص 148-149.

الفصل الثاني: الإعتماد المستندي كتقنية بنكية لضمان المعاملات التجارية الدولية

إن تطور مجال التجارة الدولية و توسع العلاقات التجارية بين مختلف الدول أدى إلى تعقدها و ازدياد مخاطرها بفعل اختلاف الأعراف و النصوص القانونية فيما بينها، مما عزز انعدام الثقة بين المتعاملين الإقتصاديين، و لمواجهة ذلك وضعت البنوك تحت تصرفهم تقنية تعرف بالإعتماد المستندي تساهم في ضمان السير الحسن و التنفيذ الجيد للمعاملات التجارية، كما توفر الحماية اللازمة ضد الأخطار محتملة الوقوع، نظرا لما تتمتع به من ميزات و خصائص تكفل ذلك **(المبحث الأول)**، و هو ما يعزز دورها الهام في خدمة التجارة على المستوى الدولي و تسهيل العلاقات بين أطرافها، و لتجسيد ذلك يجب عليهم استيفاء جميع المراحل العملية بكل متطلباتها و التي يفرضها استخدام الإعتماد المستندي **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول: تقديم عام حول الإعتماد المستندي

الإعتماد المستندي نظام قانوني أوجدته الحاجة العملية لتسوية عقود البيع الدولية و توفير الأمن و الثقة المتبادلة و التوفيق بين المصالح المتباينة لمصدر و مستورد تابعين لدولتين مختلفتين، مما قد ينتج عنه اختلاف بين الأعراف و القوانين المنظمة له، لذلك اتجهت غرفة التجارة الدولية إلى محاولة تجميع هذه القواعد و التوحيد بينها و قد تم ذلك بإصدار قواعد موحدة تسهل طرق التعامل به **(المطلب الأول)**، باعتباره يتخذ في الواقع صورا و أشكالاً مختلفة تعكس مدى تعدده و تنوعه **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: الإعتماد المستندي كضمان لإنشاء علاقة ثقة بين أطراف المعاملة

الإعتماد المستندي تقنية تستخدم لإتمام و تسوية المعاملات المتعلقة بالتجارة الدولية تستهدف إنشاء علاقة قوية بين بائع لا يرغب في شحن البضاعة ما لم يقبض ثمنها و مشتري لا يريد دفع قيمة

تلك البضاعة ما لم يستلمها، و ذلك عن طريق تدخل بنك وسيط في العملية بما يمنح ثقة أكبر لكليهما
(الفرع الأول)، فالإعتماد المستندي أداة مصممة لحماية و ضمان حقوقهما نظرا لما يتميز به من
خصائص تتركز ذلك فعلا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الإعتماد المستندي

إن التجارة الدولية و برغم كل المزايا التي توفرها و دورها الهام بالنسبة لاقتصاد الدول، إلا أنها في
حالات كثيرة قد تؤدي إلى حدوث نزاعات بسبب إخلال أحد الأطراف بواجباته الشيء الذي يلحق الضرر
بالطرف الآخر المتعامل معه، لذلك برزت ضرورة إيجاد تقنية تمكن من مواجهة هذه السلبيات، و تسمح
بالتشجيع أكثر على تسوية المعاملة التجارية فيما بينهم فكان اللجوء إلى الإعتماد المستندي (أولا)،
و الذي تم تأطيره بقواعد قانونية سواء على المستوى الدولي أو الوطني (ثانيا).

أولا: مضمون الإعتماد المستندي

إن أول من عرف صورة الإعتماد المستندي هي البلدان الإنجلوسكسونية، حيث اضطرتها الحاجة
الملحة لتسوية بيوعها البحرية، نظرا للمخاوف التي كانت تعترى كلا من البائع و المشتري بشأن استلام
البضاعة و قبض ثمنها، إلى التفكير في تأمين هذه التجارة و منح الثقة لكليهما فكان الإعتماد المستندي
هو الكفيل بذلك.

كما نشأ في الولايات المتحدة الأمريكية في أوائل القرن 18 في صورة ضمان يصدره تاجر إلى آخر
لتشجيعه على إعادة بيع البضاعة بالأجل إلى تاجر ثالث، لينتشر بعد ذلك في جميع أنحاء العالم¹.

¹ - سعدي عبد الحليم، الإعتماد المستندي: نظام قانوني خاص، بحث لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة،
2000-2001، ص 9.

أ- المقصود بالإعتماد المستندي: الإعتماد في معناه العام يقصد به الثقة، و هو في صورته البسيطة تعهد صادر من بنك بأن يضع تحت تصرف العميل مبلغا معيناً خلال مدة متفق عليها، ليقوم العميل بسحب ذلك المبلغ نقداً أو عن طريق شيكات أو كمبيالات مسحوبة على البنك، كما له عدم سحب المبلغ مطلقاً إذ له الحرية التامة في ذلك¹.

أ-1- معنى الإعتماد المستندي: CREDOC²، لقد جاءت تسمية الإعتماد المستندي من ارتباط تسليم البضاعة تنفيذاً لعقد بيع دولي بتقديم المستندات الممثلة لتلك البضاعة، في حين يرجع البعض الآخر تسميته كذلك لكونه يتضمن رهناً على البضاعة الممثلة في مستنداتها³.

انطلاقاً من ذلك و توضيحاً لإطاره المفاهيمي قدمت عدة تعاريف فقهية يذكر منها ما يلي:

أ-1-1- الإعتماد المستندي أداة هامة لتسوية البيوع الدولية و تمويلها، تبدو أهميته بوجه خاص في البيوع البحرية حيث يكون البائع دائناً بالثمن بمجرد شحن البضاعة، ليتم سحب كمبيالة بذلك الثمن على المشتري و ترفق بها المستندات المثبتة للبضاعة، ليقوم بخصمها لدى أحد البنوك و الحصول بالتالي على قيمتها، و بذلك يكون للبنك رهن على البضاعة عن طريق حيازة المستندات الممثلة لها⁴.

أ-1-2- يعرفه الأستاذ عوض علي جمال الدين بأنه ذلك الإعتماد الذي يفتح البنك بناء على طلب شخص يسمى الأمر أياً كانت طريقة تنفيذه، أي سواء بقبول الكمبيالات أو بالوفاء لصالح عميل لهذا الأمر، و مضمون بحيازة المستندات الممثلة لبضاعة في الطريق أو معدة للإرسال⁵.

أ-1-3- الإعتماد المستندي عملية مركبة تتشكل، من جهة، عن طريق فتح اعتماد ممنوح من قبل بنك إلى عميله يسمى «الأمر» و هو الطرف المدين بمبلغ مالي بموجب عقد تجاري دولي يشار إليه عادة

¹ - علي الدين محي الدين اسماعيل، الإعتمادات المستندية، الطبعة الأولى، المعهد العلمي للفكر الإسلامي، القاهرة، مصر، 1996، ص 14.

² - CREDOC: Crédit Documentaire.

³ - قسوري فهيمة، « دور الإعتماد المستندي في تسوية ثمن عقود التجارة الدولية»، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 2، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، جوان 2014، ص 147.

⁴ - طه مصطفى كمال، النظرية العامة للقانون التجاري و البحري: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 343.

⁵ - علم الدين محي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص 15.

بالعقد الأساس أو العقد الأصلي، و من جهة أخرى، من خلال التزام بإرادة منفردة من ذلك البنكي بالقيام بالوفاء لفائدة شخص آخر يسمى «المستفيد» و هو الطرف الدائن بذلك المبلغ بموجب العقد الأصلي،

مقابل تسليم المستندات المنصوص عليها في ذلك العقد، شريطة احترام شروط و أحكام الإعتماد بدقة¹.

أ-1-4- الإعتماد المستندي أداة لتسوية ثمن البضاعة بين بائع مصدر و مشتري مستورد، حيث يكلف

هذا الأخير البنك للقيام بدفع مبلغ معين للبائع مقابل تسليم المستندات المثبتة لتنفيذ البائع لالتزاماته².

أ-1-5- الإعتماد المستندي حسب الأستاذ "STOUFFLET Jean" هو تلك العملية التي يتدخل من

خلالها البنكي بغرض التسوية المالية لبيع تجاري، غالبا ما يكون دوليا، يتعهد من خلالها بالدفع للبائع

مقابل تسليم مستندات معينة، و التي عادة ما تؤمن له رهنا على البضاعة محل المعاملة³.

من خلال ما سبق تستخلص أهم النقاط التالية:

1- أن الإعتماد المستندي تقنية للدفع تسمح، عن طريق الشبكة البنكية، بتأمين المعاملات التجارية

الدولية من خلال تلبية المتطلبات الأساسية للمتعاملين الإقتصاديين: فبالنسبة للبائع المصدر: ضمان

الدفع إذا امتثل للأحكام و الشروط المحددة في الإعتماد المستندي و مثاله تقديم المستندات

الضرورية، احترام الآجال المحددة، أمّا بالنسبة للمشتري المستورد: فيسمح له بالتأكد من تسليمه، في

الآجال المتفق عليها، المنتجات المطابقة من حيث الكمية و النوعية لما هو مشروط في العقد المبرم.

2- الإعتماد المستندي و من خلال تسميته يعتبر تقنية بنكية تعتمد على تقديم مجموع المستندات المثبتة

للعملية التجارية بغرض تسوية مقابلها، تتجسد أساسا في مستندات النقل معدة من قبل الناقل، تقارير

¹ - TARARI TANI Mostépha et Autres, Op.Cit, p 190-191.

² - RAKOTONANAHARY Salohy Miadana, La fraude et la dématérialisation du crédit documentaire, Mémoire présenté pour l'obtention du grade de maîtrise en droit des affaires, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, Québec, 2005, p 6.

³ - HADJ MBAREK Haroun, La dématérialisation des opérations de crédits documentaires international, Mémoire présenté pour l'obtention du grade de maître en droit, Faculté des études supérieures, Université Laval, Québec, 2002, p 7-8.

الخبرة، شهادة المنشأ، مستندات التأمين إلى غير ذلك من الوثائق الضرورية، و التي تثبت إرسال بضاعة مطابقة لتلك المطلوبة، وفقا لشروط النقل المتفق عليها بين الأطراف¹.

و بذلك فالإعتماد المستندي نظام يقوم على أساس تلك المستندات التي تلعب دورا هاما في تنفيذ المبادلات التجارية الدولية، حيث تتم ممارسة الرقابة على مدى تنفيذ البائع لالتزاماته من خلال فحص البنك للوثائق التي يقدمها لتقرير مطابقتها و احترامها لشروط المشتري، ليتولى على إثر ذلك دفع قيمة الإعتماد لفائدة المستفيد².

3- من حيث المصطلحات: ما يلاحظ بالنسبة للإعتماد المستندي استخدام الفقه و أهل الإختصاص لمصطلحات معينة على سبيل الترادف تعبيراً عنه، يستلزم الأمر توضيح معناها فمصطلح «Accréditif» يراد به ذلك الخطاب Lettre أو سند Document موجه من بنك بناء على تعليمات عميله إلى أحد فروعه أو بنك آخر مراسل له، هذا الأخير يقوم بإصدار خطاب اعتماد لفائدة المستفيد، بموجبه يستطيع هذا الأخير الحصول على الأموال أو فتح اعتماد لدى ذلك البنك. فهذا الخطاب يستخدم في القيام بتحويلات الأموال، حيث يمكن للعميل من تسليم الأموال في دولة أخرى أو الدفع لفائدة شخص يوجد مقره في هذه الدولة³.

و بالنسبة لمصطلح L/C⁴، أي خطاب الإعتماد و هو خطاب صادر عن بنك بناء على أوامر عميله لفائدة شخص طبيعي أو معنوي، و بالتالي فهو موجه إلى بائع مستفيد من الإعتماد و الذي بمجرد استلامه له يسعى لتنفيذ الأعباء و الخدمات المحددة في ذلك الخطاب للحصول بمقابل ذلك، و بدون

¹- TRARI TANI Mostépha et Autres, Op.Cit, p 191.

²- بـضـلـيـس عبد العزيز، « معيار فحص البنك للمستندات في ظل القواعد و الأعراف الدولية الموحدة للإعتمادات المستندية»، المجلة المصرية للدراسات القانونية و الاقتصادية، العدد 9، الجزء الأول، مصر، يوليو 2017، ص 416. متوفرة على الموقع الإلكتروني: www.ejles.com

³- ÇAKIROGLU Ibrahim S., Les opérations bancaire du commerce international: Crédit Documentaire, J. Delmas et C^{ie}, Paris, 1983, p 9.

⁴- L/C: Lettre de crédit.

تأخير، على الوفاء المناسب، الأمر الذي يستهدف خطاب الإعتماد ضمان تحقيقه، ليتم استخدامه في الممارسة العملية لعمليات الإعتماد المستندي.

و تجدر الإشارة إلى أنه و برغم هذا الإختلاف بين كلا المصطلحين، فأهمية ذلك تبدو ضئيلة من الناحية العملية حيث غالبا ما يتم الخلط بين هذين الشكلين من الإعتماد تحت تسمية واحدة¹.

أ-2- العناصر الأساسية للإعتماد المستندي: يجب أن يتضمن الإعتماد المستندي مجموعة من العناصر تجعله واضحا و دقيقا، مما يساهم في تسهيل عملية تنفيذه و تجنب أية صعوبات و عوائق أثناء ذلك، تتمثل أهمها فيما يلي²:

1- المبلغ: يجب تحديده بشكل يسمح بالوفاء بقيمة البضائع وفقا للشروط التعاقدية بين الأطراف، و مثاله إذا كان لأحد الأطراف في العقد التجاري الحرية أو السلطة التقديرية لتقديم أو طلب نسبة معينة أكثر أو أقل من الكمية المتوقعة من البضائع، فيجب أن يأخذ مبلغ الإعتماد المستندي ذلك التقدير في الحسبان.

2- تاريخ صلاحية التداول: يقصد بذلك التاريخ المصرح به للسماح للبنك المصدر بالقيام بالدفع.

3- مكان صلاحية الإعتماد المستندي: باعتبار أن تحديد هذا المكان يساهم في تبيان طريقة تنفيذ الإعتماد المستندي في حد ذاته، و مثاله بالنسبة لاعتماد صالح في "ليون" يقوم البنك الفرنسي بالدفع مباشرة بمجرد تقديم المستندات في نفس المكان، في حين بالنسبة لاعتماد صالح في "سنغافورة"، البنك الفرنسي لن يتولى تسويته إلا بوصول المستندات إلى سنغافورة و يتم الإقرار بمطابقتها من قبل البنك المصدر.

¹- ÇAKIROGLU Ibrahim S., Op.Cit, p 9.

²- AUBRY Jacques et MACQUET-LEHMANN Michel, Techniques logistiques et financières du commerce international, Les éditions d'organisation, Paris, 1990, p 160.

4- المستندات المشترطة للتداول: و هي الوثائق المحددة في العقد التجاري، بحيث يستلزم تعدادها

و ذكرها بعناية تامة، تفاديا لأية صعوبات عند تداول الإعتماد المستندي.

5- الوصف الدقيق للبضاعة و تحديد فترة الشحن أو الإرسال: إذ يجب أن يتضمن خطاب الإعتماد

وصفا دقيقا لكمية البضاعة، و بشكل مطابق لما هو مدرج في المستندات المقدمة من قبل المستفيد¹.

ب- الأطراف المكونة للإعتماد المستندي: بصورته البسيطة يتضمن الإعتماد المستندي تدخلا لأطراف

ثلاث و هم الأمر و المستفيد بالإضافة إلى البنك، لتشكل عملية ثلاثية الأطراف، إلا أنه قد تتوسع هذه

العلاقات بتدخل طرف رابع في حال عدم توافق الطرفين أي الأمر و المستفيد حول نفس البنك بما يدفع

إلى لجوء كل طرف إلى بنكه الخاص².

1- الأمر: Le donneur d'ordre: و هو المشتري المستورد يمثل ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي

الأمر للبنك بفتح اعتماد مستندي لصالح شخص آخر، و يتمتع البنك في هذه الحالة بمطلق الحرية في

الإستجابة من عدمها لمثل هذا الطلب دون أن تثار ضده أية مسؤولية عن ذلك، مع وجوب تبرير قراره

في حال الرفض كانه عدم الثقة في شخص الأمر لمنحه الإئتمان أو عدم ملاءته المالية بما يمنع الزيادة

في أعبائها، أما إذا كان قراره إيجابيا فعليه الإلتزام بالتعليمات الصادرة إليه من عميله الأمر³.

2- البنك فاتح الإعتماد: La banque émettrice: يقصد به البنك الذي يقدم إليه المشتري الأمر طلب

فتح الإعتماد، ليقوم بدراسة الطلب و في حال الموافقة عليه و قبول المشتري لشروط ذلك البنك، يتم فتح

الإعتماد و يرسل إما مباشرة إلى المستفيد إذا كان اعتمادا بسيطا، أو إلى أحد البنوك المراسلة له في بلد

¹ - إبراهيم مروان و الجزائري هشام، «دور البنوك التجارية في الحد من عمليات الإحتيال في الإعتمادات المستندية»، أبحاث اليرموك: سلسلة العلوم الإنسانية و الإجتماعية، العدد 4، المجلد 23، منشورات اليرموك، العراق، ديسمبر 2007، ص 1218.

² - RAKOTONANAHARY Salohy Miadana, Op.Cit, p 7-8.

³ - رمضان عماد مجّد، «نحو التزام البنك بفحص المستندات في الإعتماد المستندي في ضوء قانون التجارة البحري و المصري و النشرة 600 لسنة 2007 الصادرة عن غرفة باريس»، المجلة المصرية للدراسات القانونية و الإقتصادية، العدد 4، مصر، مارس 2015، ص 61: متوفرة على الموقع الإلكتروني: www.ejles.com

البائع في حال ما إذا كان اعتمادا مركبا¹.

3- المستفيد : Bénéficiaire : أي البائع المصدر، و غالبا ما يكون شخصا طبيعيا أو معنويا أجنبيا، يبرم عقد الإعتماد المستندي باسمه مباشرة أو باسم أحد البنوك العاملة في بلده، و يستفيد بذلك البائع من هذا الإعتماد عن طريق الخطاب الذي يوجهه له البنك فاتح الإعتماد لإخطاره بتمام العملية، طالبا موافقته على الشروط الواردة فيه و إبداء تحفظاته أو تعديلاته عليه إن وجدت خلال مدة محددة، ليتمكن بعد ذلك أن يقبض قيمة الإعتماد أو أن يسحب كمبيالة مستندية على بنك آخر يسمى البنك المراسل، و ذلك في حال موافقته².

4- البنك المراسل: La banque notificatrice: و هو بنك بلد المستفيد، يتولى إبلاغ هذا الأخير بخطاب الإعتماد الوارد إليه من البنك المصدر له، فدوره هنا يقتصر على إبلاغ المستفيد بدون أي التزام، فيما عدا التحقق من الصحة الظاهرية لذلك الإعتماد³.

و إذا أضاف البنك المراسل تعزيزه إلى الإعتماد يصبح في الوقت ذاته بنكا معززا أو مؤكدا «Banque confiante»، فالغالب أن يكون البنك المراسل هو نفسه بنكا معززا، يراد به البنك الذي يضيف تعزيزه على الإعتماد بناء على طلب البنك المصدر، ليشكل بذلك تعهدا قطعيا من البنك حماية لحقوق المصدر⁴.

من خلال ما سبق يمكن القول بأن الأطراف المتدخلة في الإعتماد المستندي تتخذ محورين أساسيين، من جهة أطراف العقد الأصلي أي العقد التجاري الدولي و هما البائع المستفيد و المشتري الأمر، و من جهة ثانية البنوك التي تضطلع بدور جوهري في إصدار و تسهيل عملية الإعتماد

¹ - العايب وليد و بوخاري لولو، المرجع السابق، ص 228.

² - قسوري فهيمة، «دور الإعتماد المستندي في تسوية ثمن عقود التجارة الدولية»، المرجع السابق، ص 150.

³ - RACINE Jean-Baptiste et SIIRIAINEN Fabrice, Op.Cit, p 301.

⁴ - معزي صونية، «الغش و أثره على الإلتزام المصرفي المستقل في عقد الإعتماد المستندي في القانون الجزائري»، مجلة المفكر، العدد 10، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، جانفي 2014، ص 398.

المستندي، كل ذلك في ظل احترام القواعد و النصوص المنظمة له.

ثانيا: الإطار القانوني للإعتماد المستندي

تتم المبادلات التجارية الدولية بين تجار من بلاد مختلفة يفصل بينهم ذلك البعد المكاني الذي خلق نوعا من انعدام للثقة فيما بينهم، أنتجت بدورها العديد من الإشكالات القانونية و العملية، ازدادت تعقيدا بتطور و تشعب العلاقات على المستوى الدولي، فكان اللجوء إلى الإعتماد المستندي كأداة توفيقية بين تلك العلاقات، لكن و رغم ذلك فقد رتب تطبيقه صعوبات جمة نظرا للإختلاف بين النصوص المنظمة لأحكامه من دولة لأخرى، مما دفع إلى العمل على توحيد قواعده على المستوى الدولي.

أ- القواعد و الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية: R.U.U.¹: يرجع ظهور الإعتمادات المستندية إلى الممارسة العملية من خلال تدخل البنوك في عمليات التبادل التجاري الدولي بواسطة هذا النوع من الإعتمادات، و بدأت على إثر ذلك تظهر قواعد منظمة لها باجتهاد أهل الإختصاص من بنوك و رجال الصناعة و التجارة لإعطاء تفسير موحد لشروطها و أحكامها²، فكان نتاج ذلك أول تدوين لقواعد الإعتماد المستندي من خلال مؤتمر فيينا سنة 1933 الذي وضع القواعد و الأصول الموحدة الأصلية للإعتمادات المستندية و التي أدخلت عليها العديد من التعديلات تعكس مواكبتها للتطور الحاصل في التجارة الدولية عموما و في مجالات النقل و تكنولوجيا الإتصالات خصوصا³، كان آخرها تعديل ديسمبر

¹ - R.U.U: Règles et Usances Uniformes de L'ICC Relatives aux Crédits Documentaires.

و يعبر عنها كذلك اختصارا ب «UCP» أي باللغة الإنجليزية: Uniform Customs and Practice for Documentary Credits² - فقد تم إعداد أول لائحة موحدة للإعتمادات المستندية وافق عليها مؤتمر أمستردام سنة 1929، لكنها لم تلق الإجماع، حيث لم تطبق إلا في فرنسا و بلجيكا، و أبدت العديد من الدول اعتراضات على تطبيقها، الأمر الذي دفع إلى إنشاء لجنة مصرفية للإعتمادات المستندية لفحص تلك اللائحة و دراسة التحفظات الواردة عليها، و ذلك في مؤتمر واشنطن المنعقد سنة 1931. (انظر علم الدين محي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص 12)

³ - HADJ MBAREK Haroun, Op.Cit, p 8.

2006 و الذي دخل حيز التنفيذ في 1 جويلية 2007¹ بموجب النشرة رقم 600 الصادرة عن غرفة التجارة الدولية في باريس.

ما تجب الإشارة إليه في هذا الصدد، أن هذه القواعد و برغم أهميتها في تأطير استخدام تقنية الإعتماد المستندي و تحديد معالمه، غير أنها لا تتضمن صفة الإلزام في تطبيقها إلا إذا لم ينص في الإعتماد على ما يخالفها، فهي تعد مكملة لإرادة المتعاقدين فيما لم يتفقوا عليه بشرط الإشارة إلى ذلك في العقد المبرم بين البنك و العميل و كذلك في خطاب الإعتماد².

و بالرجوع إلى مضمون هذه القواعد يقصد بالإعتماد المستندي أي ترتيب مهما كانت تسميته

أو وصفه غير قابل للنقض، و الذي يشكل تعهدا باتا من البنك المصدر للوفاء بتقديم مطابق³.

الملاحظ بالنسبة لهذه القواعد أنها و بالرغم من عدم التفصيل في إعطاء تعريف للإعتماد

المستندي، إلا أنه و بمقابل ذلك تضمنت تحديدا لكافة المصطلحات التي قد يستلزمها استخدام مثل هذه التقنية، و مثاله⁴:

- 1- الأمر: و يقصد به الطرف الذي يطلب إصدار الإعتماد.
- 2- المستفيد: و هو الطرف الذي يصدر الإعتماد المستندي لصالحه.
- 3- البنك المصدر: أي البنك الذي يصدر الإعتماد بناء على طلب الأمر أو بالأصالة عن نفسه.
- 4- البنك المبلغ: الذي يتولى الإعتماد بناء على طلب البنك المصدر.

¹ - فقبل ذلك كان أول تعديل لتلك القواعد في مؤتمر لشبونة 1951، ثم سنة 1962 بموجب النشرة رقم 222، ثم تلتها النشرة رقم 290 لسنة 1974، لتليها النشرة رقم 400 لسنة 1983، ثم عدلت كذلك سنة 1993 بمقتضى النشرة رقم 500. (انظر بيطار وصفي، مصارف و أوراق الشركة العصرية، لبنان، 2003، ص 196).

² - علم الدين محي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص 13.

Et l'article 1 des RUU 600.

³ - Article 2 des RUU 600.

⁴ - Article 2 des RUU 600.

5- البنك المعزز: و هو الذي يضيف تأكيده على الإعتماد بناء على تصريح أو طلب من البنك المصدر.

إن اعتماد هذا الأسلوب في إدراج هذه القواعد ذو أهمية كبيرة، باعتباره ساهم في توضيح المعاني و التوحيد في تفسيراتها، إضافة إلى تجنب التكرار في شرحها عند كل استخدام لها، و هو ما أدى في الواقع إلى نجاحها و انتشار العمل بها على نطاق واسع.

ب- **التشريع الجزائري:** لم يعرف المشرع الجزائري تقنية الإعتماد المستندي رغم أهميتها الكبيرة في مجال التجارة الدولية، كما لم يخصصها بنظام قانوني واضح المعالم، مما جعل البنوك الجزائرية تعتمد القواعد و الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية كأساس قانوني لها¹، على عكس العيد من الوسائل و التقنيات الأخرى و التي لا يقل الإعتماد المستندي أهميتها عنها، مكتفيا بالإشارة إليه سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة من خلال بعض النصوص التشريعية و التنظيمية ذات الصلة بالمجال.

باستقراء مختلف هذه النصوص يلاحظ بأن النص على الإعتماد المستندي قد مرّ بثلاث مراحل أساسية، يمكن تفصيلها على النحو التالي:

ب-1 **مرحلة الإقرار بإجبارية الإعتماد المستندي لتسوية الواردات:** في بداية هذه المرحلة لم يقر المشرع بالإعتماد المستندي كآلية بنكية لتنظيم المعاملات مع الخارج، و إنّما يستخلص ذلك بصورة غير مباشرة انطلاقا من قانون النقد و القرض لسنة 1990، و الذي عكس فترة الإصطلاحات التي شهدتها الجزائر في تلك الفترة مكرسة مبدأ حرية التجارة و الصناعة، حيث اعتبر الإعتماد المستندي من وسائل الدفع².

¹ - قسوري فهيمة، «دور الإعتماد المستندي في تسوية ثمن عقود التجارة الدولية»، المرجع السابق، ص 153.

² - المادة 113 من القانون رقم 90-10 مؤرخ في 14 أبريل 1990، يتعلق بالنقد و القرض، جريدة رسمية عدد 16، الصادرة في 18 أبريل 1990 (ملغى): «تعتبر من وسائل الدفع جميع الوسائل التي تمكن من تحويل أموال مهما كان الشكل أو الأسلوب التقني المستعمل»، و بالتالي فالإعتماد المستندي من هذه الوسائل لكونه يسمح بتحويل الأموال المطلوبة.

و قد اعتمد المشرع نفس الأسلوب عند نصه على وسائل الدفع بصفة عامة من خلال قانون النقد و القرض لسنة 2003¹، فكانت بذلك الإشارة الصريحة لهذه التقنية بإصدار النظام رقم 07-01 معبرا عنه بمصطلح خطاب الإعتماد Lettre de crédit²، ليرز بشكل أكثر وضوحا في قانون المالية التكميلي لسنة 2009 و ذلك بفرض إجبارية التعامل بالإعتماد كوسيلة وحيدة لتسوية الواردات³، و في ذلك لسياسة التحرير المالي المتبعة في الجزائر كسبيل لتطوير التجارة⁴، و مخالفة للأصل القائم على حرية الأطراف في اختيار الوسيلة التي يتم التعامل بها، و يمكن إرجاع أهم الأسباب المؤدية لذلك إلى ما يلي:

1- تكريس الرقابة البنكية على رؤوس الأموال المتعامل بها في التجارة الدولية من العملة الصعبة، عن طريق فرض توطينها أمام البنك أو المؤسسة المالية المعتمدة.

2- التأكد من خضوع المستورد للإجراءات الجمركية و الضريبية المفروضة⁵.

3- وجود العديد من الشكاوى ضد الجزائر، لدى المحاكم الأجنبية نتيجة التلاعب بالسجلات التجارية الخاصة بعمليات الإستيراد و نتيجة لاستعمال التحويل الحر مما سهل عملية الغش في النوعية و القيمة.

¹ - حيث تنص المادة 69 من الأمر رقم 03-11، يتعلق بالنقد و القرض، معدل و متمم على أنه: «تعتبر وسائل دفع كل الادوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل».

² - المادة 18 من النظام رقم 07-01، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم: «تشكل وسائل الدفع في مفهوم المادة 17 أعلاه:....-خطابات الإعتماد،...».

³ - المادة 69/ف 1 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009: «يتم دفع مقابل الواردات إجباريا فقط بواسطة الإئتمان المستندي»، فالمشرع استخدم مصطلح الإئتمان تعبيرا عن الإعتماد المستندي.

⁴ - يقصد بالتحرير المالي: تبني مبادئ جديدة تتعلق بتفعيل دور البنوك و التقليل من القيود المفروضة عليها في إطار اعتماد سياسة التوجه نحو اقتصاد السوق و مثالها التحرير التدريجي لمعدلات الفائدة، إعادة الإعتبار للسياسة النقدية، إلى غير ذلك. (انظر بلغنامي نبيلة و سحنون جمال الدين، «التحرير المالي و انعكاساته على تقنيات تمويل التجارة الخارجية في الجزائر»، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 17، جامعة حسنية بن بوعلي الشلف، السداسي الثاني 2017، ص 321).

⁵ - حجارة ربيحة، «وضع قطاع التجارة الخارجية في الجزائر، تراجع في التحرير أم ضبط للقطاع»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 2، المجلد 14، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2016، ص 353.

4- ارتفاع معدل الواردات بدون رقابة فعالة، وكذا الخسائر المتكبدة بفعل التضخم في قيمة الفواتير و التهرب الضريبي، فكان السبيل لحماية نشاط التصدير و الإستيراد هو فرض تقنية الإعتماد المستندي بفعل دوره الفعال في تحقيق ذلك¹.

لقد أثارت هذه المسألة ردود فعل كثيرة في مجال الأعمال و خاصة من قبل مؤسسات الإستيراد، معتبرة بأن إجبارية تسوية معاملاتها بالإعتماد المستندي فقط تسبب في تجميد مبالغ مالية هامة بفعل إجراءاته الطويلة مما ألحق بها أضرارا كثيرة².

ب-2- مرحلة التخفيف من قيد إجبارية الإعتماد المستندي لتسوية الواردات: و قد تم ذلك انطلاقا من صدور قانون المالية التكميلي لسنة 2010³، الذي أبقى على نفس المبدأ أو القيد، و لكن مع التخفيف من حدته بإدراج استثناءات عليه تتعلق أساسا بإعفاء الواردات من المواد الداخلة في الصنع و قطع الغيار⁴، بالإضافة إلى الواردات المتعلقة بالخدمات من إلزامية التعامل بالإعتماد المستندي بشأنها⁵.

و قد تم التخفيف أكثر و فتح المجال لاعتماد تقنيات أخرى في المعاملات التجارية الدولية من خلال كل من قانون المالية التكميلي لسنة 2011⁶، و قانون المالية لسنة 2014 الذي منح المتعاملين الخيار بين تقنيتي الإعتماد المستندي أو التسليم المستندي⁷.

¹ - بلغنامي وسيلة و سحنون جمال الدين، المرجع السابق، ص 325.

² - حجارة ربيحة، المرجع السابق، ص 353.

³ - أمر رقم 01-10 مؤرخ في 26 أوت 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، جريدة رسمية عدد 49، الصادرة في 29 أوت 2010.

⁴ - و ذلك بشرط أن تستجيب هذه الواردات بصورة حصرية لمتطلبات الإنتاج، و ألا تتجاوز قيمة الطلبات المجمعة 2 مليون دج بالنسبة لنفس المؤسسة. (انظر المادة 69/2 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 المعدلة بالمادة 44 من قانون المالية التكميلي لسنة 2010)

⁵ - المادة 69/5 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 المعدلة بالمادة 44 من قانون المالية التكميلي لسنة 2010.

⁶ - المادة 23 من قانون المالية التكميلي لسنة 2011، التي أبقى على الإعتماد المستندي كأصل في دفع مقابل الواردات، أما التحويل الحر أو التسليم المستندي على سبيل الإستثناء.

⁷ - المادة 81 من قانون المالية لسنة 2014، بموجبها يمكن دفع مقابل الواردات إما بواسطة الإئتمان المستندي أو التسليم المستندي.

ب-3- مرحلة إلغاء قيد إجبارية الإعتماد المستندي لتسوية الواردات: و قد تكرست هذه المرحلة من خلال قانون المالية لسنة 2017، حيث تم إلغاء مسألة فرض استخدام تقنية معينة لتسوية المبادلات التجارية الدولية¹.

و يمكن تبرير ذلك بالتكريس الفعلي لمبدأ حرية التجارة حيث للأطراف الحرية في اعتماد تقنية بنكية معينة لتسوية و ضمان معاملاتهم بدون قيد أو شرط، من جهة، و من جهة ثانية، الإبقاء على عديد الإجراءات المفروضة و التي تكرر مبدأ الرقابة البنكية و الجمركية على تلك المعاملات كإلزامية التوطين البنكي المسبق، فرض ما يسمى برخص التصدير و الإستيراد²، إضافة إلى تحديد قائمة واسعة بالممنوعات من الإستيراد و ذلك انعكاسا للأزمة الإقتصادية التي عرفتها الجزائر خلال هذه المرحلة .
تجدر الإشارة إلى أنه توجد كذلك العديد من المذكرات الصادرة عن بنك الجزائر و الموجهة إلى البنوك و المؤسسات المالية المعتمدة التي تضمنت اعتماد تقنية الإعتماد المستندي بحيث تستند إليها البنوك أثناء ممارستها العملية³.

أما قضائيا فقد اعتبر قضاة المحكمة العليا بأن الإعتماد المستندي أو كما سمي بالقرض المستندي هو وسيلة لدفع ثمن بضاعة منقولة أو معدة للنقل من طرف بنك الزبون المستورد لها، للبائع مقابل تسليم مستندات تمثل تنفيذ هذا الأخير لالتزاماته .

و عليه فهو عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه و هو الأمر، لصالح المستفيد بضمان مستندات تمثل هذه البضاعة، و يلتزم بذلك بتنفيذ شروط الوفاء و القبول و الخصم المتفق عليها في العقد.

¹ - المادة 111 من قانون المالية لسنة 2017.

² - رخص الإستيراد و التصدير هي كل إجراء إداري يفرض كشرط مسبق لتقديم وثائق لجمركة البضائع زيادة على تلك المخصصة لأغراض الجمركة. و الإجراء الإداري يراد به التصريح الذي تصدره الإدارة المختصة، يسمح بموجبه باستيراد كميات محددة من بضائع و سلع. (انظر حجار ربيحة، المرجع السابق، ص 351-352)

³ - Par exemple: La Note n° 16/DGC/2009 du 16 Février 2009, portant contrôle des importations de biens réglées par «crédit documentaire» ou par «remise documentaire».

من خلال كل ما سبق يمكن القول بأن التعاريف المقدمة للإعتماد المستندي و إن تعددت و تنوعت في مضمونها، إلا أنها تتفق في مجملها على تحديد الأطراف المتدخلة في العملية بالإضافة إلى الإشارة إلى أهم الخصائص المميزة له عن باقي التقنيات البنكية الأخرى في مجال التجارة الدولية.

الفرع الثاني: خصائص الإعتماد المستندي

بعد تعريف الإعتماد المستندي بكونه التزام البنك، بناء على طلب العميل الأمر، بالقيام بالدفع إلى المستفيد، أو قبول ورقة تجارية مسحوبة عليه من قبل هذا الأخير، مقابل تسليم المستندات الممثلة للبضاعة طبقا للشروط المتفق عليها في العقد، يستخلص تميز هذا النوع من الإلتزامات بعدة خصائص عامة تجعل منه عقدا رضائيا يتم بمجرد توافق إرادة الأمر و البنك المصدر، ينشئ التزامات متقابلة فيما بينهما، و هو من عقود المعاوضة يتحصل بمقتضاه البنك على عمولة فتح الإعتماد، بالإضافة إلى أنه من عقود التجارة الدولية إذ يستخدم كأداة للتمويل يتحصل من خلالها الأطراف على بعض التسهيلات لتنفيذ المعاملة التجارية، و كأداة للدفع لتسوية لمقابل تلك المعاملة.

علاوة على ذلك يتمتع الإعتماد المستندي بصفات خاصة تعكس جوهره و أساسه، بحيث يتميز عن غيره من التقنيات البنكية المستخدمة في مجال التجارة الدولية، تتمثل في خاصيتي الضمان (أولا)، و الإستقلالية (ثانيا).

أولا: خاصية الضمان: مبدأي الإعتبار الشخصي و المطابقة الظاهرية للمستندات

يعتبر الإعتماد المستندي من أبرز وسائل تنفيذ عقود التجارة الدولية، حيث يساهم بصورة أساسية في توفير الضمان لأطرافه، من خلال الثقة و الإطمئنان في الحصول على البضائع و قبض الثمن مما

يؤدي إلى إتمام الصفقة بين متعاملينها¹.

تتجلى ميزة الضمان في الإعتماد المستندي من خلال كل من مبدأ الإعتبار الشخصي و مبدأ المطابقة الظاهرية للمستندات.

أ- **الإعتماد المستندي يقوم على الإعتبار الشخصي:** فالإعتماد المستندي من عقود الضمان التي تتأسس على إنشاء علاقة بين البنك المصدر و العميل الأمر مبنية على الإعتبار الشخصي، فمنح البنك الإئتمان للعميل دليل على منحه إياه للثقة و الأمان تبعاً لما وجد فيه من صفات تتعلق بالأمانة و السمعة التجارية و الكفاءة و حسن إدارة الأعمال التجارية، إضافة إلى ملاءته المالية أي قدرته على سداد مبلغ الإئتمان، و هي مؤشرات تعزز من مقدار الثقة المتبادلة بين الطرفين.

و على ذلك فإن العقد يكون قابلاً للإبطال إذا وقع البنك في غلط في شخص العميل أو في صفة من صفاته الجوهرية طبقاً للقواعد العامة في بعض القوانين، كما ينقضي بوفاء العميل².

ب- **الإعتماد المستندي يقوم على المطابقة الظاهرية للمستندات:** يتضمن هذا المبدأ في ذاته مسألتين هامتين و هما: التعامل بالمستندات و مطابقتها.

ب-1 **مبدأ التعامل بالمستندات:** يرتبط الإعتماد المستندي دائماً بتسليم المستندات طبقاً لما هو مشروط في العقد أو في خطاب الإعتماد، بحيث يلتزم البنك بعدم نقل الأموال إلاً مقابل تسليم المستندات الممثلة للبضاعة، و عليه الحرص على التنفيذ الصارم لذلك³.

و بالتالي فالإعتماد المستندي تقنية تفرض التعامل بالمستندات و ليس البضائع أو الخدمات، و هذا مما يدخل في عملية الضمان لصالح المستفيد لاستيفاء حقه، و لتحقيق استقرار التزام البنك و عدم تأثره

¹ - البيضاوي فراس كريم و عبد العظيم علي عبد الحسين، «دور قانون الإرادة في عقد الإعتماد المستندي الدولي: دراسة مقارنة»، مجلة المحقق الحلبي

للعلوم القانونية و السياسية، العدد 2، المجلد 9، كلية الحقوق بابل، العراق، 2017، ص 385-386.

² - البيضاوي فراس و عبد العظيم علي عبد الحسين، المرجع السابق، ص 384.

³ - TRIDI Amine, Op.Cit, p 204.

بما يشوب علاقته بالعميل أو ما يطرأ على صلة هذا الأخير بالمستفيد¹.

لقد أكدت القواعد و الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية رقم 600 على هذا المقتضى من

خلال منح الأساس للمستندات دون البضائع أو الخدمات أو أي أداء، قد تتعلق بها المستندات².

ب-2- مبدأ مطابقة المستندات: تطبيقاً لهذا المبدأ، فإن الحكم على مدى تنفيذ المستفيد لشروط الإعتماد

تعتمد على الإشارة للمستندات المقدمة فقط، دون التعمق في فحصها و التدقيق في صحتها، فإذا كانت

تبدو في ظاهرها مطابقة للشروط، يكون البنك ملزماً بالوفاء³، أما إذا كانت غير مطابقة، فالبنك غير ملزم

بالتنفيذ⁴.

و على ذلك فالمقصود بمطابقة الوثائق هو النظر الدقيق فيها للتأكد من سلامتها، بحيث يكون

البنك ملزماً في ذلك ببذل عناية الرجل الحريص المتخصص، في حين يراد بالظاهرية أو الشكلية تقييد

البنك بالعبارات المتضمنة في تلك المستندات دون اللجوء إلى عناصر خارجية للبحث عن سبب لرفضها،

و يترتب عن ذلك عدم مسؤولية البنك عن تزويرها إلا إذا كان ظاهراً و واضحاً⁵، و هو ما نصت عليه

المادة 14 من القواعد و الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية رقم 600، إذ يكون للبنك مدة 5 أيام

ابتداءً من يوم تقديم المستندات لتحديد مطابقتها.

تبرز الفائدة العملية المترتبة على تكريس هذا المبدأ في تعزيز حماية البنك و جعله أكثر اطمئناناً

على استرداد ما دفعه، كما تمكنه من اتخاذ قراره بالمطابقة بسرعة و نفقات أقل من خلال المقارنة

الظاهرية التي تسمح له برفض الوثائق غير المطابقة، مما ينتج عنه انخفاض في نسبة المخاطر التي قد

¹ - جبار رقية، المرجع السابق، ص 31.

² - Article 5 des RUU 600: «Les banques ont à considérer des documents à l'exclusion des marchandises, services ou prestations, auxquels les documents peuvent se rapporter».

³ - Article 15 des RUU 600.

⁴ - Article 16 des RUU 600.

⁵ - بعناش ليلي، أثر الغش في عقد الأساس على تنفيذ الإعتماد المستندي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخص قانون الأعمال،

كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2013-2014، ص ب-ج.

تواجه البنك، و ذلك يجعله على استعداد لإصدار اعتمادات مقابل عمولة بسيطة، و في ذلك تشجيع

للمتعاملين لاستخدام الإعتماد المستندي في تعاملاتهم التجارية الدولية¹.

يترتب على ما سبق أن الإعتماد المستندي يستهدف تأمين التجارة الدولية سواء بالنسبة للبنك

أو المصدر البائع أو المستورد المشتري.

1- فالضمانات التي يقدمها الإعتماد المستندي للبنك تتمثل في الغطاء الذي يتحصل عليه من الأمر نقدا

أو عينا، و يحتفظ بحيازته إلى حين تمام العملية تأميناً له لاسترداد ما يدفعه للمستفيد، و قد يكون

الغطاء جزئياً أي يغطي الأمر جزء من قيمة البضاعة و يظل الباقي دون تغطية، كما يكون كلياً إذا

قدم الأمر تغطية لكل قيمة الإعتماد، بالإضافة إلى الرهن الحيازي على البضاعة الممثلة بالمستندات

و ذلك تجنباً للخسائر التي قد يتعرض لها في حال عدم تقديم الأمر لغطاء كامل مع امتناعه عن

دفع حق البنك بعد وفائه للمستفيد، و بذلك يكون دائماً مرتبها للبضاعة محل المستندات التي

يحوزها².

2- بالنسبة للبائع: فهو يكتسب ضماناً للوفاء بخدماته من قبل بنك المشتري، الذي يلتزم في مواجهته،

بحسب الأصل، بعدم الإحتجاج ضده بأية دفع مرتبطة بالعلاقات القانونية الأخرى.

3- و بالنسبة للمشتري: يعد الإعتماد المستندي أداة تعمل على تحسين ائتمانه في المعاملات الدولية،

فالبائع لن يعول بالفعل على الملاءة المالية للمشتري و إنما على تلك المتعلقة ببنكه³.

¹ - عواد حازم. ربحي و آخرون، مبادئ القانون التجاري، دار يافا العلمية للنشر و التوزيع، الأردن، 2006، ص 324-325.

² - جبار رقية، المرجع السابق، ص 29-30.

³ - CORNELIS Ludo, «Une chaîne de contrats et d'obligations dénommée crédit documentaire», Cahiers AEDBF/EVBFR: crédit documentaire, N° 22, Sous direction de: FERON Benoît et Autres, Intersentia et Anthemis éditions, Belgique, 2010, p 12.

ثانيا: خاصية الإستقلالية: مبدأ استقلال التزام البنك عن العقد التجاري بين المصدرو المستورد

يقصد باستقلال الإعتماد المستندي أن التزام البنك بدفع مبلغه يتوقف فقط على تنفيذ المستفيد

لشروط ذلك الإعتماد بغض النظر عن تنفيذ أو عدم تنفيذ العقد التجاري بينه و بين الأمر¹.

فرغم أن العقد التجاري هو الأساس و الأصل لإصدار الإعتماد المستندي، إلا أنهما منفصلان عن

بعضهما البعض، بحيث يبرم الإعتماد و ينفذ و ينتهي العمل به بكل استقلالية².

أ-مضمون خاصية الإستقلالية: استنادا إلى القواعد و الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية رقم 600،

يعد الإعتماد بطبيعته عملية مستقلة عن عقد البيع أو غيره من العقود التي قد يستند إليها، فالبنوك ليست

معنية أو ملزمة بأي حال من الأحوال بذلك العقد حتى و لو اشتمل الإعتماد على الإشارة إليه.

و بناء عليه فتعهد البنك بموجب الإعتماد لا يكون خاضعا لأي ادعاءات أو حجج صادرة من

الأمر، ناتجة عن علاقته بالمستفيد أو بالبنك المصدر، كما لا يحق للمستفيد الإنتفاع كذلك من العلاقات

الرابطة بين البنوك أو بين البنك و الأمر³.

كما أكدت محكمة النقض المصرية في حكم صادر عنها سنة 1984 على تكريس هذا المبدأ إذ

اعتبرت بأن التزام البنك بالوفاء بقيمة الإعتماد من يوم تثبيته هو التزام مستقل عن العقد القائم بين البائع

و المشتري على الصفة، ومعنى ذلك أن البنك غير ملزم بالوفاء بقيمته إلا إذا نفذ المستفيد شروط فتح

الإعتماد⁴.

انطلاقا من ذلك فإن الكفاءة الإقتصادية للإعتماد المستندي تتأتى من استقلالية التزام البنك عن

العلاقات التعاقدية التي تربط البائع المستفيد بالمشتري الأمر .

¹ - عواد حازم رجي و آخرون، المرجع السابق، ص 324.

² - بن بريكة فريال، المرجع السابق، ص 7.

³ - Article 4 des RUU 600.

⁴ - السعيد سماح يوسف اسماعيل، العلاقة التعاقدية بين أطراف عقد الإعتماد المستندي، أطروحة مقدمة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2007، ص 44.

كما تنتج هذه الإستقلالية من الناحية التقنية عدم الإحتجاج، في سياق العلاقة القانونية الرابطة بين البنك و البائع المستفيد، بالدفع المستمدة من العلاقة القائمة بين البنك و المشتري.

و هو ما يؤدي في الواقع إلى أن تقدير مسألة تنفيذ البنك لالتزاماته يتم فقط من خلال مراعاة شروطها، و التي تتضمن ربط وفاء البنك بمبلغ الإعتماد بتقديم مستندات مطابقة لتلك المشترطة من قبل الأطراف المتعاقدة و ذلك خلال مهلة محددة¹، بمعنى أن التزام البنك يبدأ بفتحته للإعتماد بناء على طلب العميل الأمر أي المستورد تبعا لاتفاقه مع المصدر، ليعتدها إلى دفع قيمة ذلك الإعتماد نيابة عن العميل، بشرط تقديم المصدر للمستندات المطابقة، و كل ذلك يتم بعيدا عن مضمون و شروط العقد التجاري الدولي بين المصدر و المستورد².

تبرز أهمية مبدأ استقلالية الإعتماد المستندي في تعدد جهات نظر الشراح و الفقه في تيرير و تفسير طبيعته من خلال ربطه بعديد النظريات التقليدية في القانون المدني كنظرية الوكالة، الكفالة، الإشتراط لمصلحة الغير، الإنابة و غيرها، و هي نظريات كلها متقاربة³، بحيث لم تسلم من النقد، لذلك اتجه الرأي الراجح إلى اعتبار التزام البنك مجردا يستند إلى العرف المصرفي، و نتيجة لذلك يؤدي تكريس هذا المبدأ إلى تحقيق ثلاث وظائف رئيسية:

1- وظيفة الدفع الآمن: تقوم على الحد من المخاطر المحتملة عن العقد الأصلي، و ذلك من خلال تقسيم مسؤوليات كل طرف، فالبائع يحصل على الثمن و يعوض البنك عن ذلك من العميل، بغض النظر عن أية منازعات بين أطراف ذلك العقد.

¹- DOISE Dominique, «La révision 2007 de règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 600)», Revue de droit des affaires internationales, N° 1, LGDJ, Paris, 2007, p 107.

²- بونحاس نبيل، المرجع السابق، ص 22.

³- باوني مجّد، «العمل المصرفي و حكمه الشرعي: بحث مقارنة في الفقه و القانون»، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 19، منشورات جامعة منتوري قسنطينة، جوان 2003، ص 197.

2- الوظيفة التجارية: من خلال فحص المطابقة الشكلية للمستندات و تحويل البنك للمبلغ على أساس ذلك، مع ضمان حصوله على ما دفعه للمستفيد من قبل العميل الأمر .

3- الوظيفة المالية: تتمثل في حماية أطراف خطاب الإعتماد من أي تدخل يحول دون تعويضهم من قبل البنك بعد الدفع للمستفيد¹.

ب- الغش كاستثناء عن مبدأ الإستقلالية: الغش هو عدم صدق مستند أيا كان السبب، أو المتسبب فيه، و لا عبرة في ذلك إلا بالواقع، و تبسيطا أكثر لمعناه اعتبر الغش في الإعتماد المستندي هو الإخلال الفاحش من المستفيد، و هو الغالب، بالتزامه بموجب الإعتماد².

و هو قد يتخذ عدة أشكال، فعندما يكون المستند ذاته غير صحيح فهو غش مادي Fraude matérielle و مثاله أن يكون مزورا أو تم تقديمه ممن لا يملك السلطة في ذلك بنية الإضرار أو غالبا للحصول على مصلحة غير مشروعة، كما قد يكون غشا حكما Fraude intellectuelle إذا كانت بيانات المستفيد خاطئة، فقد اعتبر القضاء الفرنسي³ بأن المستفيد ارتكب غشا بتقديم مستندات يعلم بأن بعضها في الأصل خاطئ، و البعض الآخر فاقد لأية قيمة.

إن هذا النوع من الغش يتميز بصعوبة تحديده باعتباره يفرض في الغالب الأخذ بعين الإعتبار كلا من العقد التجاري و البضاعة⁴.

لقد تناول القانون التجاري الأمريكي الموحد الغش كسبب من أسباب المعارضة في تنفيذ الإعتماد المستندي، بحيث يمكن للبنك الإمتناع عن الوفاء و إثارة مسألة الغش إذا كان ظاهرا في المستندات، كما

¹ - فولي راوي مُجد عبد الفتاح، «أثر الغش في التزام البنك في الإعتماد المستندي: دراسة مقارنة»، مجلة الفكر الشرطي، العدد 88، المجلد 23، مركز بحوث الشرطة، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2014، ص 255-256. متوفر على الموقع الإلكتروني: <https://platform.almanhal.com/Reader/Article/40935>.

² - أزاد شكور صالح، «الغش في الإعتمادات المستندية و أثره على التزام البنك: دراسة مقارنة»، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية، العدد 4، المجلد 2، جامعة كركوك، العراق، 2013، ص 202.

³ - Cass.Com, 6 Mai 1969, N° 156, publié au bull.

⁴ - DOISE Dominique, « Les fraudes et dérives du crédit documentaire : crédit documentaire », Cahiers AEDBF/EVBFR, sous direction de FERON Benoît et Autres, Intersentia et Anthémis éditions, Belgique, 2010, p 56.

فسح المجال للعميل الأمر من أجل الحصول على أمر قضائي بمنع البنك من الوفاء بقيمة الإعتماد في حال وجود غش من المستفيد في العقد الأصلي¹.

و لتحديد معيار الغش في الإعتماد المستندي أخذ بعض الفقه بضرورة توفر مؤشرات جديدة و متناسقة تسمح بالشك في صحة و صدق المستندات المقدمة من المستفيد، و مع ذلك فمجرد وجود خطر الغش من هذا الأخير لا يعد كافيا، بل يجب على المشتري تقديم إثبات غير قابل للجدل على أن الوثائق المقدمة تحتوي بيانات خاطئة، و بالتالي فاليقين بالغش في الإعتماد هو وحده الكفيل بمنع إتمام عملية الوفاء².

و يترتب على الغش كاستثناء مانع لتنفيذ الإعتماد المستندي، بشرط تقدير ذلك بالرجوع إلى شروط الإعتماد ذاته، الآثار التالية:

1- في حال اكتشاف الغش قبل الوفاء بالإعتماد المستندي: يمكن في هذه الحالة اتخاذ كافة التدابير الإحتياطية لوقف عملية الوفاء، و حق الأمر في إثارة الغش في المستندات قبل تنفيذ الإعتماد بغرض عرقلة، غير مشروط بأن يكون قابلا لاكتشافه من قبل البنك المصدر بمقتضى الفحص الشكلي لتلك المستندات.

و إذا اقتنع البنك بتوافر الغش، فله رفض الدفع، حتى في غياب التدابير الإحتياطية.

2- في حال اكتشاف الغش بعد الوفاء بالإعتماد المستندي: فالمحتال هنا هو من يتحمل النتائج المترتبة على ممارسة ذلك الغش، و هو أمر نادر الوقوع في الممارسة العملية، إذ غالبا ما يكشف الغش بعد انقضاء الإعتماد أي زوال المبالغ المدفوعة بموجب هذا الأخير.

¹ - الزعي أكرم إبراهيم حمدان، مسؤولية المصرف المصدر في الإعتماد المستندي: دراسة مقارنة وفقا لأحكام النشرة 500، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة و النشر، الأردن، 2000، ص 137.

² - DE BOTTINI Renaud et CAPRIOLI Eric A. , Op.Cit, p 122.

و معالجة للمسألة، يجب تحمل النتائج المالية للغش من قبل البنك الوسيط، أو من قبل البنك المصدر أو كذلك من الأمر إذا كان متمتعاً بالملاءة المالية¹، فالبنك الوسيط الذي نفذ الإعتماد المستندي له الحق في الرجوع بالإسترداد، على البنك المصدر بشرط أن يكون اكتشاف الغش لاحقاً على تنفيذ الإعتماد، كما أن المستفيد يمنح الحق للبنك في ممارسة حق الرجوع ضده بالتعويض²

تجدر الإشارة إلى أن القواعد و الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية رقم 600 لم تنص صراحة على الغش في الإعتماد المستندي و مدى تأثيره على مبدأ استقلاليته، و إنما يستخلص ذلك بصورة غير مباشرة من خلال العديد من موادها و مثاله المادة 5، 7، 9، 14، و المادة 34 منه التي تقابل المادة 15 من القواعد و الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية رقم 500 التي نصت عليه بشكل صريح³.

من خلال ما سبق يستخلص بأن مبدأ استقلالية الإعتماد المستندي بما يترتب عنه من نتائج يكتسي أهمية كبيرة في تفعيل و تعزيز دوره كتقنية بنكية توفر التأمين و الضمان لمعاملي التجارة الدولية.

المطلب الثاني: أنواع الإعتماد المستندي

إن الإعتماد المستندي كنظام أوجدته الحاجة العملية لتسوية العقود التجارية الدولية و توفير الثقة و الأمان بين أطرافها، قد عرف انتشاراً واسعاً على المستوى الدولي ليصبح من أهم و أكثر التقنيات البنكية استخداماً من قبل المتعاملين الإقتصاديين نظراً لدوره الهام في توفير الضمان بالنسبة لهم بصفة خاصة و في خدمة التجارة الدولية بصفة عامة، هذه الأخيرة تشهد تطورات سريعة و مستمرة و اكبتها التطوير في الإعتماد المستندي ذاته، فبالإضافة إلى الأشكال الكثيرة التي يتخذها و التي ساد العمل بها،

¹- DOISE Dominique, « Les fraudes et dérives du crédit documentaire », Op.Cit, p 56-58.

²- PAPAMATTHAIIOU Anna-Georgia, La fraude dans le crédit documentaire, Thèse en vue de l'obtention du DEA en droit des affaires, Université Robert Schuman, Strasbourg, 2004, p 65, 71.

³- Article 15 des Règles et Usances Uniformes relatives aux crédits documentaire, Publication CCI N° 500, Révision 1993: «Les banques n'assument aucun engagement ni responsabilité quant à la forme, la suffisance, l'exactitude, l'authenticité, la falsification ou l'effet juridique du/des documents,.....».

أصبح تنفيذ الإعتماد يتم وفقا لدعامة إلكترونية، و هو ما عكسته غرفة التجارة الدولية بإصدارها لملحق القواعد و الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية للتقديم الإلكتروني رقم 600¹.

على أساس ذلك يصنف الإعتماد المستندي إلى اعتماد تقليدي (الفرع الأول)، و اعتماد الكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإعتمادات المستندية التقليدية

يتخذ الإعتماد المستندي بصورته الكلاسيكية عدة صور تعكس كل منها الزاوية التي يصنف من خلالها كل نوع، و نظرا لاستحالة حصرها، يمكن التركيز على أهمها و أكثرها شيوعا في مجال التجارة الدولية.

لذلك يتم تقسيم الإعتماد المستندي إلى تصنيفات عامة (أولا) و أخرى خاصة (ثانيا).

أولا: التقسيمات العامة للإعتماد المستندي

تلبية للإحتياجات الخاصة للمتعاملين التجاريين الدوليين و تحقيقا للتوازن بين مصالحهم المتباينة، أوجد العرف أنواعا عدة للإعتمادات المستندية اجتهد الفقه في تصنيفها وفقا لأسس و معايير متنوعة.

أ-أنواع الإعتماد المستندي من حيث قوة التزام البنك: بالنظر إلى صفة البنك المتدخل و قوة التزامه، و درجة الأمان الذي يوفره، يصنف الإعتماد المستندي إلى نوعين و هما:

أ-1- من حيث قوة التزام البنك المصدر أو فاتح الإعتماد: على هذا الأساس يوجد الإعتماد المستندي على نوعين: اعتماد مستندي قابل للإلغاء و اعتماد مستندي غير قابل للإلغاء.

¹ - و هو ملحق يكمل القواعد و الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية رقم 600 لسنة 2007، و ذلك لينال مع تقديم السجلات الإلكترونية لوحدها أو مرفقة مع المستندات الورقية، و يعبر عنه اختصارا ب «UCP 600».

(Voir l'article e 1 des suppléments aux règles et usances uniformes aux crédits documentaire pour la présentation électronique, publication n° 600, version 1.1).

1- الإعتماد المستندي القابل للإلغاء :Crédit documentaire révocable: يعبر عنه كذلك بالقابل

للنقض، و هو الإعتماد الذي يجوز فيه للبنك المصدر الرجوع عنه أو تعديل أحكامه في أي وقت سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب العميل الأمر.

فهذا النوع يمنح البنك المصدر صلاحية التعديل أو الإلغاء بإرادته المنفردة، في أي وقت و دون إشعار مسبق للمستفيد¹، و ذلك لا يعني بأن البنك لا يكون ملتزما بصفة شخصية و مباشرة تجاه هذا الأخير، و إنما له الحق في العدول عن الإلتزام، دون أن يستطيع أي من العميل الأمر، و لا البائع المستفيد إثارة مسؤوليته².

يتميز الإعتماد المستندي القابل للإلغاء بمنحه ميزات كبيرة للمستورد تتجسد من خلال إمكانية التراجع في التزامه، أو التغيير من شروط ذلك الإعتماد أو بإدخال شروط جديدة دون الحاجة و الضرورة لإعلام المستفيد المصدر بذلك³.

إن تنفيذ الإعتماد المستندي القابل للإلغاء ينشئ علاقات متبادلة بين أطرافه المتمثلة في:

- 1-1- **المشتري:** يوجه أمرا لبنكه من أجل فتح اعتماد مستندي لصالح المستفيد البائع.
- 1-2- **البنك المصدر:** يقوم بإصدار الإعتماد المستندي، و بالدفع إذا كانت المستندات مطابقة.
- 1-3- **البنك المبلغ:** يتولى إعلام المستفيد بالعملية، كما يفحص المستندات المثبتة للبضاعة و يرسلها إلى البنك المصدر، و بمجرد استلامه لمبلغ تلك البضاعة يرسله إلى المستفيد.
- 1-4- **البائع:** يقوم بإرسال البضاعة المتفق عليها، و تمكين البنك المبلغ من المستندات اللازمة، كما يتحصل على قيمة البضاعة المباعة⁴.

¹ - بورزام رمزي، الآثار القانونية للإعتماد المستندي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سطيف 2، 2013-2014، ص 19.

² - دويدار هاني محمد، مبادئ القانون التجاري: دراسة في قانون المشرع الرأسمالي، المرجع السابق، ص 384.

³ - العايب وليد و بوخاري لولو، المرجع السابق، ص 222.

⁴ - MONOD Didier-Pierre, Op.Cit, p 73.

لقد نصت القواعد و الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية رقم 500 على هذا النوع من الإعتمادات¹، و الملاحظ بأن تعديلها لسنة 2007 قد ألغى فكرة الإعتماد القابل للإلغاء تماما²، و في ذلك انعكاس للممارسة الواقعية، حيث لم يعرف هذا النوع من الإعتماد قبولا أو انتشارا لكونه لا يوفر لأطرافه و خاصة المصدرين أية حماية أو أمان و هو ما يناقض خاصية الضمان في الإعتماد المستندي.

2- الإعتماد المستندي غير القابل للإلغاء: Crédit documentaire irrévocable: و يسمى كذلك بالإعتماد القطعي أو غير القابل للنقض، يصدره البنك بناء على طلب عميله يتضمن تعهدا نهائيا و باتا منه لصالح المستفيد منه، بحيث لا يجوز له الرجوع فيه أو تعديله أو إلغاؤه إلا باتفاق إرادة المتعاملين أي كلا من العميل الأمر و المستفيد.

و على الرغم من قطعية التزام البنك بموجب هذا النوع، إلا أن له رفض الدفع أو القبول أو الخصم في حال: عدم وفاء البائع المستفيد بالتزاماته وفقا لخطاب الإعتماد، أو غش البائع، أو وقوع البنك و المستفيد في خطأ مشترك³.

تتمثل الأطراف المتدخلة في هذا النوع من الإعتماد في:

2-1- المشتري: و هو من يقوم بفتح اعتماد مستندي لدى بنك يقع غالبا في بلد المستورد، و قد يكون عليه تقديم إيداع مسبق عند فتح الإعتماد، و يمكن لبنكه تمكينه مباشرة من المستندات مع منحه أجلا للدفع.

¹ - Article 6 alinéa b) des RUU 500: «Tout crédit doit conséquemment indiquer clairement s'il est révocable ou irrévocable.»، et l'article 8 alinéa a) des RUU 500: «Un crédit révocable peut être amendé ou annulé par la banque émettrice à tout moment et sans que le bénéficiaire en soit averti ou préalable.»

² - Article 3 des RUU 600.

³ - الملاعي إيناس جواد حسن، آلية التعامل بالإعتمادات المستندية لدى المصارف الإسلامية، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2014-2015، ص 29.

2-2- البنك المصدر: يصدر الإعتماد المستندي وفقا لاحتياجات المشتري، و هو الذي يلتزم بالدفع إذا كانت المستندات مطابقة.

2-3- البنك المبلغ: يتولى تبليغ المستفيد بفتح اعتماد مستندي لمصلحته، فهو الذي يفحص مطابقة المستندات ليرسلها إلى ذلك المستفيد للالتزام بشروطها، كما أنه المكلف بإرسال المبلغ المدفوع المحول من البنك المصدر.

و تجدر الإشارة هنا إلى أن هذا البنك لا يتحمل أي التزام بالدفع.

2-4- البائع: يجب أن يرسل البضاعة و أن يوفي بجميع الشروط المنصوص عليها في الإعتماد¹.

يتميز هذا النوع من الإعتماد بأنه لا يسمح للبنك المصدر بحرية تعديل مضمونه دون موافقة باقي أطرافه، فهو يظل ملتزما بتنفيذ الشروط الواردة في الإعتماد، و هو ما يسمح بتوفير ضمانا أكبر لأولئك الأطراف، و ذلك في الواقع ما دعم انتشاره بشكل واسع في الممارسة².

و هي الصورة الأساسية التي يتخذها أي اعتماد مستندي بموجب القواعد و الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية رقم 600³.

أ-2- من حيث قوة التزام البنك المراسل: بالنظر إلى تأكيد البنك المراسل للإعتماد المستندي من عدمه، يقسم هذا الأخير إلى نوعين: اعتماد مستندي معزز و اعتماد مستندي غير معزز.

1- الإعتماد المستندي المعزز: : يعرف أيضا بالإعتماد المؤكّد، و التعزيز أو التأكيد تعهد محدد من البنك المعزز بالإضافة إلى تعهد البنك المصدر، للوفاء أو تداول تقديم مطابق⁴.

ينشأ هذا النوع بقيام البنك المصدر بإصدار اعتماد غير قابل للإلغاء لصالح المستفيد، و يطلب

¹ - MONOD Didier-Pierre, Op.Cit, p 74-75.

² - البيضاني فراس كريم و عبد العظيم علي عبد الحسين، المرجع السابق، ص 388.

³ - Article 3 des RUU 600: «...Un crédit est irrévocable même s'il n'ya aucune indication à cet effet...»

⁴ - Article 2 des RUU 600.

من البنك المراسل في بلد هذا الأخير بأن يتعهد له بدفع قيمة الإعتماد، لىسمى البنك المراسل في هذه الحالة بالبنك المعزز، و عادة ما يلجأ المستفيد إلى الإعتماد المعزز عند تعرض بلد المستورد إلى أزمة سياسية أو اقتصادية أو غيرها¹.

انطلاقاً من ذلك تتجسد أطراف هذا النوع من الإعتمادات في:

1-1- المشتري: هو الذي يفتح الإعتماد المستندي لدى البنك الذي يقع غالباً في بلد المستورد أو المعاملة، و يمكن للبنك أن يمنحه المستندات اللازمة مباشرة مع تمكينه من أجل للدفع.

1-2- البنك المصدر: هو الذي يصدر الإعتماد وفقاً لمتطلبات المشتري، كما يلتزم بالدفع في حال مطابقة المستندات.

1-3- البنك المعزز: يقع في بلد البائع، حيث يقوم بإبلاغ هذا الأخير بفتح اعتماد مستندي لمصلحته، و يلتزم بدفع مبلغ الإعتماد إذا كانت المستندات مطابقة، كما يرسل النسخة الأصلية للإعتماد إلى المصدر حتى يتقيد بالشروط المحددة، مع فحص مطابقة المستندات.

1-4- البائع: يلتزم بإرسال البضاعة وفقاً لشروط الإعتماد، و في حال عدم الإتفاق أو حصول خلاف يجب أن يطلب إدخال التعديلات الضرورية قبل إرساله لتلك البضاعة، و هو يمثل الطرف المستفيد بحيث يقوم بتحصيل مبلغ الإعتماد².

فالبنك المصدر لا يطلب تأييد الإعتماد من البنك المراسل إلا عندما يكون ذلك من اشتراط المصدر على التاجر المستورد، و بموازاة ذلك يقوم البنك المراسل بتنفيذ ذلك عندما تتوفر ثقته التامة بالبنك المصدر مقابل عمولة متفق عليها.

يتميز الإعتماد العزز بوجود تعهدين نهائيين و لا رجوع فيهما من بنكين البنك المصدر و البنك

¹ - نوري أمال محمد، «إجراءات الإعتمادات المستندية في العراق بين الحقيقة و الرؤى: مدخل نظري»، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، العدد 29، جامعة بغداد، 2012، ص 275.

² - MONOD Didier-Pierre, Op.Cit, p 77.

المراسل في بلد المستفيد، و هو ما يشكل مزيدا من الإطمئنان و الثقة بالنسبة للمستفيد و يمكنه من الإستفادة من ضمانات أكبر لاستيفاء حقه¹.

2- الإعتماد المستندي غير المعزز: Crédit documentaire non confirmé: يتميز هذا النوع بأن البنك المرسل لا يضيف تعهده إلى تعهد البنك المصدر، فدوره في هذه الحالة هو الوساطة بين هذا الأخير و المستفيد، فلا مسؤولية عليه عند إخلال أحد الأطراف بشرط من شروط الإعتماد باعتباره ليس بنكا معززا.

من ميزاته الأساسية اعتماده بالدرجة الأولى على الثقة المتبادلة بين البائع و المشتري و سبق التعامل فيما بينهما².

يجسد الإعتماد المستندي غير المعزز الصورة الأصلية لأي اعتماد مستندي غير قابل للإلغاء، يجمع بين البائع و المشتري و البنك المصدر و البنك المبلغ الذي يتولى دور الوسيط بين البنك المصدر و المستفيد البائع من خلال تبليغه بالإعتماد أو بأي تعديل تم إدراجه، دون أن يتحمل أي تعهد بالوفاء أو بالتداول³.

إن عدم إضافة البنك المرسل لتعزيه على الإعتماد لا ينقص من أهميته القانونية و الإقتصادية، فهو من الأنواع الشائعة الإستخدام في المعاملات التجارية الدولية، يختار الأطراف اللجوء إليها عادة لأسباب اقتصادية، فهو لا يتطلب تكاليف أو أعباء إضافية كعمولات لمصلحة البنك المؤيد⁴ كما هو الحال في الإعتماد المعزز.

ب- أنواع الإعتماد المستندي من حيث الشكل: تتجلى هذه الصورة في التقسيم عندما يحتاج البائع إلى دفع مبالغ إلى المنتجين أو الموردين ليشتري البضائع التي سي شحنها لإرسالها إلى الأمر المشتري، فيكون

¹ - العايب وليد و بوخاري لولو، المرجع السابق، ص 223.

² - نوري أمال مجّد، المرجع السابق، ص 271.

³ - Article 9 des RUU 600.

⁴ - البيضاني فراس كريم و عبد العظيم علي عبد الحسين، المرجع السابق، ص 390.

الإعتماد في هذه الحالة إما قابلاً للتحويل أو غير قابل للتحويل.

ب-1- الإعتماد المستندي القابل للتحويل¹: **Crédit documentaire transférable**: هو اعتماد غير

قابل للإلغاء، ينص على حق المستفيد في تحويل الإعتماد كلياً أو جزء منه إلى مستفيد آخر، و يقبل فيه البنك المراسل بناء على طلب البنك المصدر المستندات المقدمة من المستفيد الثاني، و لإتمام ذلك يشترط موافقة الأطراف المتعاقدة على ذلك²، أي حتى يستطيع المصدر المستفيد تحويل الإعتماد لصالح مستفيد آخر يشترط موافقة الأمر، البنك المصدر و المستفيد الأصلي ذاته، و النص صراحة على التحويل .

يتم اللجوء غالباً إلى هذا الإعتماد عندما يكون المستفيد الأول وسيطاً أو وكيلاً للمستورد في بلد التصدير، فيقوم بتحويل الإعتماد إلى المصدرين الفعليين للبضاعة مقابل عمولة معينة أو للإستفادة من فروق الأسعار، فيصدر بذلك اعتماد جديد لصالح المستفيد الثاني بموجبه تحول قيمة البضاعة إليه مع حصول المستفيد الأصلي على الفرق³.

تجب الإشارة إلى أنه إذا اشترط تحويل الإعتماد، كان للمستفيد القيام بذلك مرة واحدة فقط إلا إذا اتفق على خلاف ذلك صراحة⁴.

و قد يتم تحويل الإعتماد مع تغيير في المستندات، بحيث يقوم المستفيد الأول باستبدال المستندات المقدمة منه بتلك المتعلقة بالمستفيد الثاني، و يمكن للبنك المحول أن يعرض على البنك المصدر، أو هذا الأخير إذا كان هو ذاته البنك المحول، على الأمر مستندات المستفيد الثاني في مكان تلك التي تم استبدالها من طرف المستفيد الأول و ذلك في حال عدم تقديم الأخير للمستندات أصلاً، أو عند تقديمه

¹ - Article 38 des RUU 600.

² - نوري أمال مُجّد، المرجع السابق، ص 275.

³ - العايب وليد و بوخاري لولو، المرجع السابق، ص 226.

⁴ - الفقي مُجّد السيد، مبادئ القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص 391.

فاتورة غير منتظمة تولد مخالفات غير موجودة في المستندات المقدمة من قبل المستفيد الثاني¹.

ب-2 الإعتماد المستندي غير القابل للتحويل: **Crédit documentaire non transférable**: يعرف

كذلك بالإعتماد الظهير أو الإعتماد مقابل الإعتماد «adossé» ou «bak to bak» Crédit، يتم اللجوء إليه عندما يكون الإعتماد غير قابل للتحويل و المستفيد ليس منتجا للبضاعة المتفق عليها أو أنها غير متوفرة لديه بالكامل من حيث نوعها و كميتها. مما يضطر المستفيد إلى شرائها من طرف آخر، و بناء عليه يقوم بفتح اعتماد مستندي آخر يستند إلى الإعتماد الأصلي من حيث القوة بينه و بين التاجر المستفيد الجديد الذي يزوده بالبضاعة، على أن تكون مدة الإعتماد الثاني أقصر من مدة الإعتماد الأول و أقل قيمة منه، بشرط أن يتضمن كافة شروطه و أحكامه².

إن الأصل في الإعتماد أنه غير قابل للتحويل إلا إذا نص فيه على خلاف ذلك³.

ج- أنواع الإعتماد المستندي من حيث طريقة الدفع: يصنف الإعتماد المستندي من حيث كفاءات تنفيذه إلى 4 أنواع و هي:

ج-1- اعتماد الدفع عند الإطلاع: **Crédit documentaire réalisable à vue**: يراد به الإعتماد الذي يتعهد بموجبه البنك بدفع قيمته للمستفيد عند تقديم المستندات المطلوبة⁴.

إن البنك الذي يتولى ضمان عملية الدفع بمجرد الإطلاع بعد فحص المستندات المقدمة و التأكد من مطابقتها هو البنك المبلغ أو المعزز⁵.

فإذا كان البنك المبلغ موكلا بدفع قيمة المستندات، في هذه الحالة يتولى مطابقتها و يقوم بالوفاء لفائدة المصدر.

¹- DOISE Dominique, Op.Cit, p 122-123.

²- بورزام رمزي، المرجع السابق، ص 26-27.

³- و ذلك ما يستخلص من مضمون المادة 38 من القواعد و الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية رقم 600. (Voir l'article 38 alinéa b) des RUU 600)

⁴- الصوص نداء محمد، المرجع السابق، ص 188.

⁵- BOUALI Fadia, OP.Cit, p 123.

أما إذا لم يحز على هذه الوكالة أو التفويض، فيكتفي هنا بمراقبة مطابقة المستندات و يقوم بتداولها.

يمكن للبنك منح المصدر تسبيقاً أو دفعة مسبقة في انتظار التحصيل النهائي للأموال من البنك المصدر¹، و يتم الأمر بهذه الصورة في حال الإعتماد المستندي غير المعزز أين يتولى البنك المبلغ مسؤولية الدفع.

أما إذا كان الإعتماد المستندي معززاً فإن البنك المسؤول عن إتمام العملية هو البنك المعزز باتباع نفس الخطوات، حيث يقوم البنك المعزز بالدفع لفائدة المصدر على أن تسترد ما دفعته من البنك المصدر².

ج-2- اعتماد الدفع بالقبول: **Crédit documentaire réalisable par acceptable**: اعتماد القبول هو قيام المستفيد بسحب سند على البنك عند اطلاعه على المستندات المتفق عليها، ليكون السند مستحق الأداء بعد فترة زمنية متفق عليها³.

يتم هذا النوع من الإعتمادات عند توفر الثقة و الإطمئنان بين المصدر و المستورد، بحيث لا يتم دفع قيمة الإعتماد بمجرد تقديم مستندات مطابقة، و إنما يحرر المصدر سفتجة بثمن البضائع المصدرة قد تكون مستحقة الدفع في تاريخ لاحق وفقاً للإتفاق بين الأطراف، فيتم قبولها و تسديد قيمتها عند حلول أجل الإستحقاق⁴.

كما يستطيع البائع المصدر عند قبول السفتجة خصم قيمتها لدى بنكه في حال عدم الإتفاق على تاريخ لاحق للإستحقاق.

¹ - MONOD Didier-Pierre, OP.Cit, p 79.

² - IBID, p 81.

³ - الصوص نداء مجّد، المرجع السابق، ص 188.

⁴ - نوري أمال مجّد، المرجع السابق، ص 272.

مع الإشارة إلى أن السفتجة تكون مسحوبة على البنك الذي يقبل بذلك، و هو قد يكون البنك المصدر أو البنك المعزز في حال الإعتماد المعزز¹.

ج-3- اعتماد الوفاء المؤجل: Crédit documentaire réalisable à paiement différé: يتم ذلك بتعهد البنك بوفاء قيمة الإعتماد بعد فترة محددة من تاريخ استلام المستندات من المستفيد، فيتسلم المشتري تلك المستندات و بموجبها البضاعة، و يتولى بعد ذلك القيام ببيعها و تزويد البنك بالمبلغ المطلوب قبل التاريخ المحدد للوفاء².

هذا النوع من الإعتماد يسمح للبنك بالدفع لفائدة المستفيد في أجل لاحق على تقديم المستندات، و غالبا ما يتم تحديد هذا الأجل انطلاقا من تاريخ معين مثاله ابتداء من تقديم المستندات أو إرسال البضاعة.

يمكن أن يرفق هذا الإعتماد بدفع مسبق من قبل البنك المبلغ أو المعزز الذي يمنح تسبيقا بالأموال لمصلحة المستفيد³.

ج-4- اعتماد الدفع بالتداول: Crédit documentaire réalisable par négociation: إذا لم يكن للبنك المبلغ سلطة الدفع بمجرد الإطلاع، فإن له القيام بذلك عن طريق التداول، إذ يشتري المستندات من المستفيد ثم يعيد بيعها إلى البنك المصدر، مقابل اقتطاع العمولة و حساب الفوائد بقدر عدد الأيام المستغرقة لإرسال المستندات إلى البنك المصدر و رجوع الأموال، و هي تعتبر بمثابة تعويضات لفائدة البنك المبلغ⁴.

و يسمى هذا الإعتماد كذلك بالإعتماد القابل للخصم فهو يتم بسحب سفتجة على المستورد، بعد

¹- MONOD Didier-Pierre, Op.Cit., p 82.

²- الصوص نداء نُجْد، المرجع السابق، ص 188.

³- DELACOLLETTE Jean, Les contrats de commerce internationaux, 3^{ième} édition, De Boeck et larcier sa, Belgique, 1996, OP.Cit, p 44.

⁴- MONOD Didier-Pierre, OP.Cit., p 87-88.

قبولها منه يقوم البنك بشرائها من المصدر، و يكون له حق في الرجوع عليه إذا لم يحصل على قيمة الورقة التجارية من البنك المصدر¹.

و لكن إذا تم تعزيز الإعتماد المستندي الصادر، فإن التداول في هذه الحالة يمارس دون الحق في الرجوع على المصدر البائع².

تأسيسا على طريقة التنفيذ، يجب أن يتضمن الإعتماد بيانا لنوعه فيما إذا كان متاحا بالإطلاع أو بالدفع الآجل، أو بالقبول، أو بالتداول³.

ثانيا: التقسيمات الخاصة للإعتماد المستندي

انعكاسا للمتطلبات المتنوعة اللازمة لتسوية المعاملات التجارية الدولية، وضعت البنوك تحت تصرف أطراف العقد التجاري اعتمادات مستندية خاصة.

بالنظر إلى الصفات الدقيقة التي تتضمنها، أو الظروف التي تعقد فيها أو الصورة التي تتخذها، بحيث تم تكييفها بما يلبي الإحتياجات الضرورية للأطراف.

و على أساس ذلك يتخذ الإعتماد المستندي عدة أشكال و تطبيقات خاصة، يتم تعداد البعض منها على سبيل الذكر لا الحصر.

أ- الإعتماد المستندي الدائري أو المتجدد⁴: «Crédit revolving <renouvelable>: يستخدم الإعتماد الدائري لشراء كميات كبيرة من السلع على فترات طويلة كأن يعطى لمدة سنة و يتجدد شهريا⁵.

¹ - بوطالب هدى، المرجع السابق، ص 91.

² - Article 8 alinéa A-ii) des RUU 600.

³ - Article 6 alinéa b) des RUU 600: «Un crédit doit indiquer s'il est réalisable par paiement à vue, paiement différé, acceptation ou négociation».

⁴ - يسمى كذلك بالإعتماد الدائم Crédit permanent.

⁵ - ناصر سليمان، المرجع السابق، ص 128.

يتيح هذا النوع من الإعتمادات نوعا من المرونة في التعاملات التجارية بين المصدرين و المستوردين خصوصا إذا توفرت احتمالية شحن كميات أخرى من نفس البضاعة على شحنات منتظمة في المستقبل، و يمكن تجديد الإعتماد استنادا إلى الفترات الزمنية أو حتى قيمة البضاعة¹.
تكريسا له يجب على الأمر عند فتح الإعتماد إعلام بنكه عن رغبته في إصدار اعتماد متجدد، و تبقى للبنك إمكانية رفض ذلك، مع ملاحظة بأنه اعتماد لا يتخذ شكلا خاصا و إنما اعتمادا مستنديا عاديا يتضمن خصوصية مصطلح متجدد، تتم كتابته كاملا في جميع المستندات المستعملة.

من مزايا الإعتماد المتجدد أو الدائري:

1- عملية سهلة من حيث إجراءاتها.

2- يمكن اللجوء إليه حتى و لو كانت المبالغ المستحقة زهيدة.

3- قلة تكاليفه مقارنة بأنواع أخرى من الإعتمادات بصدد نفس المعاملة التجارية.

4- يعتبر أداة جيدة لتسلسل فترات تسليم البضاعة².

ب- الإعتماد المستندي للدفعات المقدمة أو اعتماد الشرط الأحمر: «Crédit «Red Clause» ou à

clause rouge: يتم التعامل بهذا النوع من الإعتمادات في بعض الصفقات التجارية الدولية ذات القيمة الكبيرة، أو في حال استيراد بضائع يستلزم تصنيعها فترات طويلة يحتاج خلالها المستفيد إلى قدر من السيولة النقدية التي تعينه على الوفاء بالتزاماته.

و قد سمي باعتماد الشرط الأحمر لكون مقدار الدفعة أو الدفعات المقدمة عادة ما يكتب باللون

الأحمر بغرض لفت الإنتباه إلى الطبيعة الخاصة لهذا الشرط³، و في الوقت ذاته إلى طبيعة الإعتماد.

¹ - كتوش عاشور و قورين حاج قويدر، «دور الإعتماد المستندي في تمويل التجارة الخارجية: حالة مؤسسة SNVI»، الملتقى الدولي حول سياسات التمويل و أثرها على الإقتصاديات و المؤسسات النامية، جامعة بسكرة، أيام 21-22 نوفمبر 2006، ص 9.

² - MONOD Didier-Pierre, OP.Cit, p 93-95.

³ - بونحاس عادل، المرجع السابق، ص 15.

يتأسس هذا الإعتماد على قيام البنك المبلغ أو المعزز بناء على طلب البنك المصدر بتقديم دفعات للمستفيد قبل تسليم المستندات، كما يمكن كذلك تقديم هذه الدفعات من قبل المشتري الأمر نفسه عن طريق بنكه، مقابل ضمان بالدفعة المقدمة يقدمه المستفيد تأكيدا لحق البنك في حال فشله، أي المستفيد، في شحن البضاعة المتفق عليها¹.

بعبارة أخرى ينشأ هذا الإعتماد متضمنا شرطا خاصا يسمح للبنك المبلغ أو المعزز بتمكين المستفيد من دفعات مسبقة قبل تسليمه للمستندات الضرورية.

إن إدراج مثل هذا الشرط و تحديد صياغته يتم من قبل البنك المصدر بناء على طلب و تعليمات عميله الأمر، بما يجعل إعتماد الشرط الأحمر أداة للتمويل لفائدة البائع قبل التسليم.

و عند قيام المستفيد بالوفاء بشروط الإعتماد و في الأجل المحددة يتم خصم قيمة الدفعة المقدمة مع الفوائد المترتبة عليها من القيمة الإجمالية للإعتماد، فيما يسدد الباقي من قبل البنك المبلغ أو المعزز².

الفرع الثاني: الإعتماد المستندي الإلكتروني

يعرف الإعتماد المستندي بشكل عام بأنه المعاملة التي يقبل من خلالها البنك بناء على طلب المشتري، بوضع الأموال تحت تصرف البائع مقابل تسليم المستندات المثبتة للتنفيذ الصحيح للعقد التجاري الدولي.

و من المتعارف عليه أن هذه الوثائق و المستندات تركز على دعامة ورقية، كما أن تسليمها يتم يدويا، غير أن ظهور التكنولوجيا و ما و اكبتها من عصرة لوسائل الإتصال و نقل المعلومات كان له التأثير الواضح على التجارة الدولية عموما و تقنية الإعتماد المستندي خصوصا، تجلى ذلك بالآجواء

¹ - الملاعي إيناس جواد حسن، المرجع السابق، ص 32.

² - بونحاس عادل، المرجع السابق، ص 15.

التدرجي إلى نزع الطابع المادي له، ليتم إقرار ما يسمى بالإعتماد المستندي الإلكتروني¹ (أولاً)، الذي يعتمد على مقومات معينة تحدد معالمه الأساسية (ثانياً).

أولاً: المقصود بالإعتماد المستندي الإلكتروني

نتيجة لازدياد احتياجات التجارة الدولية و ما تتطلبه من سرعة في إنجاز المعاملات التجارية و دقة في تنفيذها، حرصت البنوك و المؤسسات المالية المعتمدة على التطوير في استخدام تقنية الإعتماد المستندي تعزيزاً للضمانات التي يوفرها للمتعاملين الإقتصاديين، بما يسمح بتصحيح الكثير من الأخطاء الشائعة أثناء تحرير مضمونه، إضافة إلى تجنب المساوئ و الإشكالات المرتبطة بإرسال الوثائق و التحقق اليدوي من مطابقتها، من خلال اعتماد الدعامة الإلكترونية عوضاً عن الورقية ليكون بذلك الإعتماد المستندي إلكترونياً.

أ- ظهور الإعتماد المستندي الإلكتروني: إن الأصل في بروز هذا النوع من الإعتمادات يرجع إلى الممارسة العملية التي صادفت العديد من المشاكل المرتبطة باستخدام الإعتماد التقليدي بفعل بعض المساوئ التي يتصف بها كتكاليفه الباهظة و طول إجراءاته لكونه لا يتعلق فقط بالمؤسسات البنكية و إنّما بمصالح و إدارات أخرى كالجمارك، إضافة إلى كثرة الشكليات المتبعة في إنجازها و التي لا تتلاءم و السرعة في السوق التجارية الدولية²، فكان لزاماً البحث عن بديل مناسب يمكّن من تفادي كافة العقبات و غيرها، بما يساهم في تعزيز فكرة الضمان لفائدة المتعاملين الإقتصاديين عن طريق الحفاظ على الإطار العام لنفس التقنية ألا و هي الإعتماد المستندي مع التحديث في مضمونه ليصبح إلكترونياً، و قد تبنت غرفة التجارة الدولية هذه الآلية و عملت على تأطيرها قانوناً من خلال القواعد المنظمة لهذا النوع من الإعتمادات.

¹ - Crédit documentaire informatisé ou électronique.

² - بن بركة فريال، المرجع السابق، ص 116-118.

أ-1- الإعتماد المستندي الإلكتروني كبديل عن الإعتماد المستندي التقليدي: لم يعط الفقه تعريفا

واضحا و صريحا للإعتماد المستندي الإلكتروني، و إنما يوضحون أكثر مبررات العصرية في آلياته.

فبالنظر إلى المشاكل التي نشأت عن طريق الإعتماد المستندي التقليدي، أوجد الممارسون تقنية

أخرى بديلة من شأنها أن تكون أداة حقيقية للضمان و الوفاء، بالإستجابة بشكل تام و جيد للسرعة في

إرسال الإعتماد و السماح بالدفع الفوري و الأمن للمستفيد.

إنه عبارة عن اعتماد إلكتروني جديد يركز على نفس الأساس الذي يقوم عليه أي اعتماد مستندي

تقليدي ألا و هو مبدأ مطابقة المستندات لشروط الإعتماد، إلا أن المستندات في هذا النوع تكون مجردة

من أية دعامة ورقية، فهي غير مادية و غير ملموسة، إنها مقدمة في شكل إلكتروني¹.

بذلك يمكن تعريف الإعتماد المستندي الإلكتروني على أنه تقنية أوجدتها الممارسة البنكية، يتم من

خلالها دفع الأموال المستحقة لفائدة المستفيد في عملية تجارية دولية، مقابل تقديم المستندات الضرورية

في شكل إلكتروني.

فهذه المستندات أو الوثائق هي الرابط الأساس مع العقد التجاري الدولي، و لإضفاء الصبغة

الإلكترونية على الإعتماد، تكزن موجودة و لكنها غير مادية بل كتابات إلكترونية.

أ-2- التأطير القانوني للإعتماد المستندي الإلكتروني: يعتبر ملحق القواعد و الأصول الموحدة

للإعتمادات المستندية للتقديم الإلكتروني الإطار المحدد لتنظيم هذا الإعتماد من الناحية القانونية.

لقد تم إصدار هذا الملحق من قبل غرفة التجارة الدولية في نوفمبر 2006، و دخل حيز التنفيذ في

سنة 2007، كمكمل للقواعد الموحدة للإعتمادات المستندية، النشرة 600، الإصدار 1.1 و مرتبط بها،

¹- AZIZI Leila, Pratique du crédit et problèmes légaux de l'échange de données informatisées: le cas du crédit documentaire dématérialisé, Mémoire présenté pour l'obtention du grade de maître en droit, Faculté de droit, Université Laval, Canada, 1999, p 23.

و هو مشكل من 12 مادة تتعلق بتقديم المستندات المشترطة عن طريق التكنولوجيا الإلكترونية¹.

من خلال صياغة القواعد و الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية رقم 600 أوضحت اللجان الوطنية التابعة لغرفة التجارة الدولية أنه و بسبب الإستخدام المحدود للقواعد المتعلقة بالتقديم الإلكتروني للإعتماد المستندي تحت إصدار 0.1، كان لزاما اللجوء إلى صياغة نسخة أخرى جديدة مكملة للنسخة السابقة، لذلك أعيد إصداره تحت رقم 1.1، بعد إتمام عملية التحديث و التحيين، حتى تعكس تلك القواعد المتغيرات التي طرأت على القواعد و الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية، و خاصة فيما يتعلق بالمصطلحات و أسلوب التقديم².

إن تطبيق أحكام هذا الملحق يخضع لإرادة أطراف المعاملة التجارية عندما يتم النص في الإعتماد على ذلك، و بالتبعية خاضعا للقواعد و الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية³، مع وجوب تحديد رقم نسخته، و في حال عدم تبيان ذلك يكون الإعتماد خاضعا للنسخة سارية المفعول عند إصداره⁴.

الملاحظ من خلال قواعد هذا الملحق أنها لا تتضمن تعريفا أو تحديدا للمقصود بالإعتماد المستندي الإلكتروني، و إنما تتعلق بتبيان مفاهيم المصطلحات المستخدمة في إتمام العملية، و ما يرتبط بها من أحكام خاصة بمسألة التقديم الإلكتروني.

ب- تقييم الإعتماد الإلكتروني: يتميز الإعتماد في صورته الحديثة المعتمدة على الحاسوب الآلي و شبكة الإنترنت بمزايا عدة تسمح بتكريسه كبديل فعلي و فعال للإعتماد التقليدي، غير أنه و بموازاة ذلك لا يخلو من بعض الصعوبات و المشاكل.

¹ - BELFIUS banque et assurances, Les crédits et encaissements documentaires: des instruments de paiement pour vos opérations commerciales internationales, Belfius banque sa, Bruxelles, 2013, p 7. Site internet: https://www.belfius.be/corporate/fr/media/brochure/20documentaire_2015_fr_de_f_tcm_28_40357.pdf, date d'entrée: 20/02/2018.

² - L'introduction des eUCP 600 (1.1).

³ - Article e 1 alinéa b) et l'article e 2 alinéa a) des eUCP 600 (1.1).

⁴ - Article e 1 alinéa c) des eUCP 600 (1.1): «...- un crédit doit indiquer la version applicable de l'eUCP s'il ne fait pas, il est soumis à la version en vigueur à la date où le crédit est émis,... ».

ب-1- مزايا الإعتماد المستندي الإلكتروني: يمكن تلخيص أهم الفوائد التي يتيحها استخدام هذا النوع

من الإعتمادات في النقاط التالية:

- 1- السرعة في إنجاز العمليات التجارية.
- 2- موثوقية الأمن في المعاملات التجارية الدولية¹.
- 3- التخفيض من الوثائق الورقية التي تعد مكلفة جدا.
- 4- الزيادة في الكفاءة.
- 5- خفض تكاليف معالجة ملف الإعتماد.
- 6- تجنب مضاعفة و تكرار الأخطاء المرتكبة عند كتابة الإعتماد المستندي².

إن مثل هذه المزايا كانت الدافع الباعث للبنوك و المؤسسات المالية للسعي أكثر فأكثر إلى تحسين الشكل التجاري و التكنولوجي و كذلك جودة الخدمات التي تقدمها لعملائها في مجال الإعتماد المستندي³.

ب-2- عيوب الإعتماد المستندي الإلكتروني: رغم المزايا التي يحققها الإعتماد المستندي الإلكتروني،

إلا أنه في الواقع يواجه عدة مشاكل من حيث الأمن التقني و خاصة القانوني تتلخص فيما يلي:

1- السرعة في التطور الحاصل بالنسبة للنظام الآلي تمكن ليس فقط المستفيد من الولوج إليه، و إنما تقسح المجال كذلك لأي شخص كان بغرض التعديل في البيانات أو المعطيات المتعلقة بالعملية التجارية الدولية، أو لتحويل الأموال بطريقة غير مشروعة.

2- الرسائل الإلكترونية كالسفحة و سندات الشحن البحرية التي يعتمد عليها الإعتماد المستندي

الإلكتروني كبديل عن الوثائق ذات الدعامة الورقية، تكون على أشربة مغناطيسية غير معروفة

¹- RAKOTONANAHARY Salohy Miadana, Op.Cit, p 23.

²- AZIZI Leila, Op.Cit, p 23.

³- RAKOTONANAHARY Salohy Miadana, Op.Cit, p 23.

بالنسبة للقوانين الرسمية السائدة، مما يترتب عليه إلغاء الإعتمادات المستندية التي يمكن تنفيذها عن

طريق القبول أو التداول لعدم إمكانية تجسيدها من خلال نظام التبادل الإلكتروني للمعلومات¹.

3- إحصائية الغش في الإعتماد الإلكتروني: بحيث يحتفظ بنفس مفهوم الغش في الإعتماد التقليدي،

و لكن تكريسه يكون محدودا مقارنة به، فيمكن تجسيد هذا النوع من الإحتيال بدخول الشخص إلى

نظام آلي ليس ملكا له، إلا أن ذلك يبقى صعبا من الناحية العملية باعتباره نظاما مؤمنا و معقدا

للتلاعب فيه، يصعب من قدرة المحتال على الدخول إليه بسهولة².

ثانيا: أسس الإعتماد المستندي الإلكتروني

لقد وجدت القواعد و الأصول الموحدة الإلكترونية لتكريس فهم و استيعاب أفضل و موسع للقواعد

الموحدة، من خلال المفاهيم المقررة من جهة، و لضبط الشروط المرتبطة بالتقديم الإلكتروني، الفحص

الظاهري للمستندات و رفض تقديمها من طرف البنوك من جهة أخرى³.

اعتمادا على ذلك، و بالإضافة إلى ما كرسته الممارسة العملية من إجراءات، يقوم الإعتماد

الإلكتروني على أساسين هامين: المستندات الإلكترونية، و التحويل الإلكتروني للمعلومات.

أ- المستندات الإلكترونية: إذا كانت الإعتمادات المستندية تعتمد في الأساس على المستندات الورقية

التقليدية، فإن التطور التكنولوجي الهائل قد أدى إلى دخول الحسابات على الخط، بحيث أصبحت مربوطة

بشبكة المعلومات، كان برنامج الحاسوب الآلي هو المحرك الأساسي للثورة المعلوماتية الحاصلة في

جميع المجالات.

¹ - AZIZI Leila, Op.Cit, p 23-24.

² - RAKOTONANAHARY Salohy Miadana, Op.Cit, p 28.

³ - سعدي عبد الحليم، «الأرضية القانونية للإعتماد المستندي الإلكتروني»، مجلة المفكر، العدد 09، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد

خيضر بسكرة، ماي 2013، ص 98.

بالرجوع إلى القواعد و الأصول الموحدة رقم 500، يلاحظ عدم نصها على ما يسمى بالمستندات الإلكترونية و خاصة سندات الشحن باعتبارها من أكثر الوثائق استهدافا في عمليات الإحتيال و الغش المستندي، مع العلم بأن الكثير من الإجراءات المتعلقة بهذا الإعتماد تتم بشكل إلكتروني دون الإستناد إلى الأسلوب الورقي المعتاد و مثاله إصدار الإعتماد و تعزيره¹.

لكن و بمقابل ذلك نصت في بعض موادها على إمكانية استخدام الأسلوب الحديث في الإعتماد المستندي، إذ تحدثت المادة 11 في فقرتها (أ-1) عن استعمال وسائل الإتصال عن بعد، كما تضمنت المادة 20 الفقرة (ب) قبول المستندات الصادرة عن طريق وسائل تقنية حديثة و اعتبارها وثائقا أصلية بشرط التأشير عليها، بالإضافة إلى الإقرار بأن المستندات الموقعة الكترونيا تكون أيضا مقبولة².

و كنتيجة لذلك لم تعد الصلاحية القانونية للمستندات الإلكترونية، على الأقل تلك المشكلة في إطار الإعتماد المستندي، موضع أي شك أو ريب³.

و قد تعزز هذا الأمر بإصدار القواعد و الأصول الموحدة رقم 600 التي نصت في مادتها الثالثة (3) على جواز توقيع أي مستند بالطريقة الإلكترونية، كما تحدثت المادة 11 عن الإعتمادات و التعديلات⁴ المرسلة بوسائل الإتصال عن بعد، غير أن استخدام مصطلح المستند الإلكتروني بصورة مباشرة و صريحة قد تم من خلال ملحق القواعد و الأصول الموحدة الإلكترونية في إصدارها رقم (1.1)، فالمادة الثالثة منه وسّعت في مفهوم مصطلح المستند، بحيث أصبح يضم مفهوم التقديم الإلكتروني، و هذا بغرض رفع أي لبس أو سوء فهم لذات المصطلح في مضمون القواعد و الأصول الموحدة رقم 600،

¹ - الإبراهيم مروان و الجزائري هاشم، المرجع السابق، ص 1216-1217.

² - Article 20 alinéa b-ii) des RUU 500: «...un crédit peut être signé à la main, comporter une signature par fac-similé, perforation, timbre ou symbole, ou par toute autre mécanique ou électronique d'authentification».

³ - MOUMOUNI Charles, Droit et pratique du paiement électronique des ventes internationales, Op.Cit, p 458.

⁴ - يقصد بالتعديل أي تغيير يتم في مضمون و أحكام الإعتماد المستندي و مثاله تواريخ الشحن، شروط التسليم، مواصفات البضاعة إلى غير ذلك من البيانات، و الذي يستلزم الموافقة عليه من قبل كل من البنك المصدر، البنك المعزز في حال الإعتماد المعزز، و المستفيد. (انظر بونحاس نبيل، المرجع السابق، ص 26)

(et l'article 10 des RUU 600).

مع الإشارة كذلك إلى مكان تقديم المستندات إلكترونياً يصبح مماثلاً لذلك الذي يتم في العنوان البريدي الإلكتروني.

أما فيما يتعلق بالشكل الذي يتخذه النموذج الإلكتروني، فالأصل هو ذلك الذي يحدده خطاب الإعتماد، فإن لم يتم ذلك يمكن اعتماد أي شكل آخر¹.

تطبيقاً لما سبق، يقصد بالمصطلحات التالية في الإعتماد المستندي الإلكتروني ما يلي:

1- المستند: و هو السجل الإلكتروني².

2- السجل الإلكتروني: يتضمن البيانات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية، وكذلك تلك التي يمكن توثيقها من حيث ظاهر هوية مرسلها و مصدر محتوياتها و بقائها كاملة و غير معدلة، و يمكن فحصها لمراقبة مطابقتها مع شروط و أحكام الملحق³.

3- التوقيع الإلكتروني: أي بيانات المعالجة المرفقة بالسجل الإلكتروني، منفذة أو متبناة من قبل شخص ما للتعريف به، و لتبيان توثيقه من قبله⁴.

و بذلك فالمستندات الإلكترونية تتألف من مستندات منفصلة عن الدعامة الورقية، و بالتالي في إطار الإعتماد المستندي يطلب المستورد من بنكه إصدار خطاب اعتماد بما يتوافق مع مستلزمات و شروط ملحق القواعد الموحدة الإلكترونية، و يتيح المجال لإمكانية تقديم جميع الوثائق المطلوبة في شكل إلكتروني من قبل المصدر⁵.

ب- التحويل الإلكتروني للمعلومات: تستخدم البنوك فيما بينها نظام سويفت في مجال تبادل المعلومات، بحيث يكون ملزماً بنظام تشفير يصعب على الغير اختراقه أو استعماله، و يعتبر هذا النظام هو المفضل بالنسبة للبنوك فيما يتعلق بالإعتماد المستندي، و هو الأمر كذلك بالنسبة للجزائر، نظراً للميزات التي

¹ - سعدي عبد الحليم، «الأرضية القانونية للإعتماد المستندي الإلكتروني»، المرجع السابق، ص 98.

² - Article e 3 alinéa a.ii) des eUCP 600 (1.1).

³ - Article e 3 alinéa b.i) des eUCP 600 (1.1).

⁴ - Article e 3 alinéa b.ii) des eUCP 600 (1.1).

⁵ - RAKOTONANAHARY Salohy Miadana, Op.Cit, p 23.

يحققها و تحديدا توحيد و تطويره للغة اتصال موحدة بين البنوك بتوحيد رسائل الكترونية نموذجية، و هو ما من شأنه التقليل بنسبة كبيرة من الأخطاء المرتكبة و بالتالي ضمان معالجة بنكية آلية للمعلومات المتعلقة بالعملية التجارية الدولية.

إن نظام سويفت يقوم على مجموعة هائلة من الرسائل الإلكترونية الموحدة في نماذج متنوعة يضم الإعتماد المستندي 15 رسالة نموذجية منها¹.

غير أن التركيبة المعقدة للإعتماد المستندي و تدخل أطرافا أخرى غير البنوك في العملية، مع ظهور نظام عالمي جد متطور في نطاق التجارة الدولية يتمثل في نظام التبادل الإلكتروني للمعلومات «EDI»² المعتمد من طرف الأمم المتحدة تحت صيغة «Edi Fact» أي التبادل الإلكتروني للمعلومات في مجال الإدارة، التجارة، النقل، و هو الأمر الذي دفع بمجلس إدارة شركة سويفت سنة 1990 إلى عقد اجتماع، تبنى من خلاله الأطراف جميع الإجراءات الخاصة بتوحيد المستندات و الرسائل التي يتضمنها النظام الجديد، و إدخالها في شبكتها، مما جعل الإعتماد المستندي كنتيجة لذلك في قلب العمليات الإلكترونية³.

يقصد بنظام التبادل الإلكتروني للمعلومات ذلك النظام الذي يسمح بنقل البيانات من جهاز حاسوب إلى جهاز آخر عبر شبكة عامة أو خاصة⁴.

و في معناه الواسع ينطوي هذا النظام على جميع أنواع تبادل البيانات إلكترونيا، و بحسب الممارسة العملية السائدة، فإن التبادلات تشمل بالدرجة الأولى الوثائق التجارية، و بذلك يشكل نظام التبادل

¹ - سعدي عبد الحليم، «الأرضية القانونية للإعتماد المستندي الإلكتروني»، المرجع السابق، ص 90-91.

² - EDI: Electronic Data Interchange

و باللغة الفرنسية Echange de Données Informatisé

³ - سعدي عبد الحليم، «الأرضية القانونية للإعتماد المستندي الإلكتروني»، المرجع السابق، ص 93.

⁴ - إبراهيم مروان و الجزائري هاشم، المرجع السابق، ص 1217.

الإلكتروني للمعلومات تطبيقا لتكنولوجيا المعلومات و الإتصالات، يسمح بتبادل النماذج التجارية المقدمة في شكل موحد بين أجهزة الحاسوب الآلي للشركاء التجاريين.

كما يمكن تعريفه على أنه إرسال عبر الحاسوب الآلي، و تبادل إلكتروني للمعلومات المهيكلة، فيما بين الأنظمة الآلية المستقلة للمعلومات¹.

و وفقا لهذا النظام تسمح شبكات إرسال الرسائل الموحدة بمعالجة بيانات المعاملات التجارية و التحقق منها، فتقيم البنوك الوثائق المتعلقة بالإعتماد على الشبكات الإلكترونية المتخصصة مع الأخذ في الإعتبار تنوعها، مكان إنشائها، الملفات و صلاحية الشهادات².

و ما يمكن قوله كنتيجة أن التطور التكنولوجي لوسائل الإتصال، و ظهور ما يسمى بالإعتماد المستندي الإلكتروني و برغم مزاياه و فوائده بالنسبة للتجارة الدولية، إلا أن ذلك لا يمنع من إمكانية ارتفاع نسبة الخطر المتعلق بالإستلام، سواء استلام غير مطابق، أو عدم الإستلام مطلقا بقصد الغش أو حتى بغير قصد، و ذلك من شأنه التقليل من الثقة المتبادلة بين المتعاملين التجاريين، و تعزيز الشك فيما بينهم³.

و لتجنب هذه الأمور أو على الأقل التخفيف من حدتها، قد يكون الحل الأمثل في وضع اتفاقيات دولية تتضمن معالجات و حلول من الناحية القانونية لعدد الصعوبات التي تثيرها القوانين الوطنية، و محاولة تكييف أحكامها مع التقنيات الإلكترونية الجديدة⁴.

¹- DUSSAULT François-René, « L'utilisation de l'échange de documents informatisés pour le crédit documentaire: l'apport du projet de la commission des Nations Unies pour le droit commercial international », Les cahiers de droit, N° 3, Vol.36, Faculté de droit, Université Laval, Québec,, 1995, p 649.

²- MBAREK Haroun Hady, Op.Cit, p 145.

³- BACCAR Jamel, « L'insécurité du crédit documentaire et la réparation du préjudice de l'importateur », Revue de droit bancaire et financier, N° 4, étude 26, Lexis Nexis, Paris, Juillet 2011, p 24.

⁴- RAKOTONANAHARY Salohy Miadana, Op.Cit, p 19.

المبحث الثاني: وصف عملية استخدام الإعتماد المستندي

الإعتماد المستندي تقنية بنكية أوجدتها الممارسة العملية و تبنتها غرفة التجارة الدولية، من خلال القواعد و الأصول الموحدة المنظمة لأحكامها في إطار المبادلات التجارية الدولية بين مصدر و مستورد تتعدم بينهما الثقة المتبادلة، فمن جهة المصدر لن يوافق على تسليم البضاعة دون أي يكون ضامنا تمكينه من ثمنها للقيام بإرسالها، و من جهة ثانية لن يرضى المستورد بدفع الثمن إلا إذا كان متأكدا من حصوله على المستندات الضرورية التي تمكنه من استلام البضاعة وفقا لطلبه، و لتكريس ذلك تضع البنوك و المؤسسات المالية تحت تصرف كلا الطرفين مثل هذه التقنية بمختلف أنواعها، بالنظر إلى خصائصها المميزة التي تجعل منها أداة فعالة لمستعملها.

و بذلك فاستخدام الإعتماد المستندي في التجارة الدولية يخضع لإجراءات محددة توضح كافة المراحل التي يمر بها، تتجلى بداية من إصداره (المطلب الأول)، وصولا إلى تنفيذه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مرحلة إصدار الإعتماد المستندي

يستلزم الإعتماد المستندي لإصداره وجود عقد تجاري يجسد علاقة تجارية ناشئة بين مصدر و مستورد، أين يتم تحديد جميع جوانبها القانونية من شروط و آثار و مسؤوليات، بالإضافة إلى الإتفاق حول تسويتها ماليا عن طريق آلية الإعتماد المستندي، التي تضمن لكل طرف تحقيق غايته، فالمصدر المستفيد يستوفي ثمن بضاعته، و المستورد الأمر يتحصل على تلك البضاعة وفقا لطلبه.

تجسيدا لذلك تمر عملية إصدار هذا الإعتماد بمرحلتين أساسيتين و هما مرحلة ما قبل فتح الإعتماد (الفرع الأول)، و مرحلة ثانية تبدأ بطلب فتح اعتماد مستندي لفائدة المصدر المستفيد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المرحلة التمهيدية لفتح الإعتماد المستندي: مرحلة ما قبل فتح الإعتماد

يتضمن الإعتماد المستندي علاقات متعددة الأطراف أساس نشأتها هي تلك الصلة بين البائع و المشتري، يتم من خلالها الإتفاق على جميع المسائل التفصيلية المرتبطة بالعملية التجارية انطلاقا من إبرامها إلى تسوية آثارها، و يتجسد ذلك عن طريق إبرام ما يسمى بالعقد التجاري الدولي الذي ينتج عنه التزام على عاتق المشتري بفتح اعتماد مستندي لصالح البائع بناء على الإتفاق فيما بينهما.

تأسيسا على ذلك يعبر العقد التجاري عن المرحلة التمهيدية التي تسبق عادة اللجوء إلى التكريس العملي لتقنية الإعتماد و هو ما يعكس العلاقة الوثيقة بين هذا الإعتماد و ذلك العقد (أولا)، لكون الأخير هو المحدد لما يسمى بشرط فتح الإعتماد (ثانيا).

أولا: علاقة العقد التجاري بالإعتماد المستندي

إن أساس العلاقة القانونية بين المصدر و المستورد هو العقد التجاري الدولي، الذي غالبا ما يتخذ شكل عقد بيع يتم من خلاله التبادل التجاري بينهما، بحيث يشترط فيه المصدر و هو البائع على المستورد و هو المشتري دفع مقابل العملية باستخدام الإعتماد المستندي.

أ- ضوابط العلاقة بين المصدر و المستورد في العقد التجاري الدولي: قبل أن يتقدم المستورد للبنك الذي يتعامل معه لطلب فتح اعتماد مستندي يجب أن يحدد الطرف المتعامل معه و هو المصدر الذي سيستورد منه البضاعة المطلوبة مستعملا في ذلك تقنية الإعتماد و محددًا لكل الشروط و المعلومات المرتبطة بالعملية من أمثلتها: نوعية البضاعة، مواصفاتها، كميتها، أسعارها، شروط التسليم، المستندات المفترض تقديمها، فترة شحن تلك البضاعة، صلاحية الإعتماد، إلى غير ذلك من البيانات اللازمة¹.

¹ - شحاتة صلاح إبراهيم، ضوابط منح الإئتمان المصرفي من منظور قانوني و مصرفي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص 356-357.

تتم بلورة هذا الإتفاق من خلال العقد التجاري المبرم بين الطرفين في صورة عقد بيع، ينشأ عنه التزام على عاتق المشتري بفتح الإعتماد لصالح البائع متى تم الإتفاق بينهما.

و نتيجة لذلك يجب أن يفتح الإعتماد وفقا للشروط المحددة في عقد البيع، فإذا عين فيه البنك الذي يمنح الإعتماد، فلا يجوز للمشتري فتحه في بنك آخر، كذلك إذا نص العقد على مدة لفتح الإعتماد، فعلى المشتري القيام بذلك خلال تلك المدة و إلا ترتبت مسؤوليته تجاه البائع الذي يجوز له المطالبة بفسخ العقد للإخلال بالتزام تعاقدى مع التعويض إن كان له مقتضى¹.

بمقابل ذلك إذا لم يتضمن العقد تعيينا للبنك فاتح الإعتماد للمشتري حرية الإختيار في هذه الحالة، و بعد ذلك يتم الإتفاق على الطريقة التي يعتمد عليها أثناء تنفيذ الإعتماد المستندي سواء بالدفع نقدا بمجرد الإطلاع، أو بالدفع المؤجل أو بالقبول أي بقبول سفتجة مسحوبة على البنك، أو بالتداول².

إنه و بالرجوع إلى القانون الجزائري، و بعد تكريسه لنظرية إجبارية التعامل بالإعتماد المستندي في عمليات الإستيراد، و ذلك من سنة 2009 بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009 إلى غاية صدور قانون المالية لسنة 2017، فإن أغلب الإعتمادات المفتوحة على مستوى البنوك الجزائرية تتطوي على شرط وجود عقد بيع دولي، و هو الأساس الممهد لإصدار الإعتماد المستندي.

لكن و رغم ذلك تجب الإشارة إلى أن الإلتزامات الناشئة عن عقد البيع تختلف تماما عن الإلتزامات المترتبة على أطراف الإعتماد المستندي بالنظر لمبدأ الإستقلال التام بينهما.

فقدرة الإعتماد على أداء وظيفته الإئتمانية مرتبط باستقلاله عن العقد الأصلي، فلا يجوز السماح للبنك بالتدخل في المفاوضات بين البائع و المشتري حول البضاعة المرسلة مثلا، و إن حدث ذلك يكون مساسا بمبدأ استقلالية الإعتماد المستندي³.

¹ - الجير مُجّد حسن، المرجع السابق، ص 316.

² - قسوري فهيمة، النظام القانوني للإلتزامات في الإعتماد المستندي، المرجع السابق، ص 50.

³ - بعناش ليلي، المرجع السابق، ص 46.

ب- الإلتزامات الناشئة عن العقد التجاري الدولي بالنسبة للإعتماد المستندي: بإبرام العقد التجاري

الدولي بين البائع و المشتري تنشأ التزامات عديدة و متنوعة، يمكن تحديد تلك المتعلقة بالإعتماد

المستندي فيما يلي:

1- بالنسبة للمشتري: تطبيقاً لمبدأ تنفيذ العقد بحسن نية طبقاً لما اشتمل عليه من بنود و شروط¹، يلتزم

المشتري بتنفيذ التزامه باختيار بنك يتمتع بسمعة جيدة، و ائتمان قوي لضمان تجسيد تعهداته بالكيفية

اللازمة قانوناً.

غير أن المشتري لا يعد ضامناً لملاءة البنك على الدوام، فالالتزامه هذا ينتهي بمجرد قبول البنك

بفتح الإعتماد و إخطار البائع بذلك.

كما يجب عليه القيام بتوجيه طلب فتح الإعتماد في الأجل المحدد و المنفق عليه في العقد

الأصلي، أو في تاريخ لا يتجاوز فيه بدأ البائع تنفيذ التزامه بشحن البضاعة تطبيقاً للرأي الراجح الذي

يقضي بأن يلتزم المشتري بفتح الإعتماد و إخطار البائع في موعد أقصاه اليوم المحدد لبدأ مرحلة الشحن

المنصوص عليها في العقد، ما لم يتم الإتفاق على خلاف ذلك².

و تأكيداً لما سبق يكون المشتري مسؤولاً إذا لم يتخذ في الوقت المناسب الخطوات اللازمة للإتفاق

مع البنك على فتح الإعتماد لمصلحة البائع³.

أما إذا أخل المشتري بأحد التزاماته أو تأخر في تنفيذها، جاز للبائع طلب فسخ العقد، و له

الإختيار في الإستمرار في تنفيذ العقد رغم ذلك على أن يعود عليه أي المشتري مباشرة بالثمن لأن شرط

فتح الإعتماد مقرر لفائدة البائع، كما يمكن لهذا الأخير الإمتناع عن إتمام عملية شحن البضاعة إلى

حين أن يصل إليه خطاب الإعتماد الذي يؤكد تقيد المشتري بما تم الإتفاق عليه، و بموازاة ذلك لا يحق

¹ - المادة 107/ف1 من القانون المدني: «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بحسن نية».

² - قسوري فهيمة، النظام القانوني للإلتزامات في الإعتماد المستندي، المرجع السابق، ص 50.

³ - البارودي علي، المرجع السابق، ص 400.

للمشتري طلب العقد لعدم تنفيذ البائع التزامه بإرسال و تسليم البضاعة طالما لم يصله خطاب الإعتماد بعد¹.

2- بالنسبة للبائع: يتعهد البائع المصدر بمقتضى العقد الأصلي باتخاذ كافة التدابير و الترتيبات الخاصة بنقل البضاعة و شحنها وفقا لما تم الإتفاق عليه، و تجميع كل الوثائق و المستندات المتعلقة بذلك من أمثلتها الفاتورة التجارية، شهادات التأمين، سندات الشحن، وثائق النقل، إلى غير ذلك من أنواع المستندات الضرورية، و ذلك من أجل تقديمها للبنك بغرض الحصول على الثمن المتفق عليه².

يحق للمشتري بناء على ذلك المطالبة بفسخ العقد و التعويض إذا لحقه ضرر جراء إخلال البائع بالتزاماته كما في حال عدم مطابقة البضاعة لتلك المتفق عليها، فله في سبيل ذلك الرجوع على الناقل بالتعويض عن الإخلال بواجب تسليم البضاعة و هو الغالب في عقود البيع الدولية المرتبطة بعقد نقل بحري أو جوي، فالمشتري لا يلجأ إلى الدعوى مباشرة ضد البائع إلا إذا كان حائزا لخطاب ضمان مع الناقل يثبت الحالة الحقيقية للبضاعة و عدم تطابقها مع ما هو منصوص عليه في سند الشحن، و له كذلك الرجوع على الناقل إن أراد ذلك³.

ثانيا: شرط فتح الإعتماد المستندي

إن اللجوء إلى استخدام الإعتماد المستندي يتم بشكل ملموس عن طريق إدراج ما يسمى بشرط فتح الإعتماد المستندي ضمن بنود العقد التجاري الدولي، و الذي يعرف كذلك بشرط التسوية عن طريق الإعتماد المستندي.

¹ - قسوري فهيمة، النظام القانوني للإلتزامات في الإعتماد المستندي، المرجع السابق، ص 50-51.

² - بوطالب هدى، المرجع السابق، ص 79.

³ - قسوري فهيمة، النظام القانوني للإلتزامات في الإعتماد المستندي، المرجع السابق، ص 51.

يعرف شرط فتح الإعتماد المستندي بأنه اتفاق يشكل جزء من العقد التجاري، مبرم بين المصدر و المستورد، بموجبه يتم التراضي على تسوية معاملاتهم بواسطة الإعتماد المستندي، بحيث يحدد كافة خصائص و شروط الإئتمان المطلوب.

لذلك يجب على الأطراف المتعاقدة الحرص على صياغة هذا البند الحساس بكل عناية و بدون تسرع تجنباً لمخاطر سوء الفهم و النزاعات المكلفة، فالشرط ضعيف الصياغة يشكل بذرة للنزاع و الإحتجاج¹.

إن وجود مثل هذا الشرط يفرض على المستورد التزاماً بفتح الإعتماد، و يشكل بالنسبة للمصدر ضماناً للدفع، بدونه لن ينفذ العقد².

و معنى ذلك أن المستورد وفقاً لهذا الشرط لا يملك حرية الإختيار بخصوص مسألة طلب فتح الإعتماد، باعتباره ملزماً بتحقيق نتيجة.

فشرط الفتح يعتبر شرطاً حساساً Clause sensible نظراً لأن الإلتزام الناشئ عنه يكون خاضعاً لأجال محددة و واضحة، بحيث يجب تنفيذه في التاريخ و الوقت المعين، و لا يستطيع المستورد بالتالي تأجيله باعتبار ما لهذا الشرط من أهمية كبيرة في هذا الصدد³.

إذن فتاريخ فتح الإعتماد يعد إشارة خاصة و حساسة، يمكن أن تكون مصدراً لعدد النزاعات إذا لم تضبط بدقة، لذلك يفضل إما وضع تاريخ محدد أو ربطه بحدوث شروط معينة، و تطبيقاً لذلك في حال الإخلال بفتح الإعتماد في الأجال المحددة تنشأ مسؤولية المستورد عن ذلك⁴.

¹- BACCAR Jamel, « La clause d'ouverture du crédit documentaire: une clause sensible », Revue de droit bancaire et financier, N° 6, étude 28, Lexis Nexis, Paris, Novembre 2008, p 68.

²- NOMMICK Catherine, « Comment bien gérer l'ouverture d'un crédoc », Revue Le Moci, N° 1844, Paris, 11 Juin 2009, p 43. Site internet: https://www.soulier-avocats.com/upload/documents/Soulier_article_MOCI_CN_Juin_2009.pdf. Date d'entrée 10/03/2018.:

³- BACCAR Jamel, « La clause d'ouverture du crédit documentaire », Op.Cit, p 69.

⁴- NOMMICK Catherine, Op.Cit, p 43.

إن شرط فتح الإعتماد المستندي يطرح مسألة التفسير بحسب ما إذا كان يحتوي على ذكر صريح لتاريخ فتحه من عدمه.

أ- في حال الذكر الصريح لتاريخ فتح الإعتماد: و هي حالة تنطوي بذاتها على صورتين:
الذكر الصحيح للتاريخ المحدد، و الذكر الصريح لتاريخ غير محدد.

1- الذكر الصريح المحدد: إن شرط الفتح الذي يشير صراحة و بدقة إلى أجل فتح الإعتماد لا يطرح أي إشكال بصدده تفسيره، فهو يدل بشكل واضح على تاريخ محدد متفق عليه بين الأطراف.

و بموازاة ذلك لا يوجد ما يمنع تعليق هذا التاريخ بشرط أو شروط معينة كشرط تقديم المستفيد لضمان حسن التنفيذ، و هو ما يسمح بتفادي كافة المشاكل المحتملة¹.

2- الذكر الصريح غير المحدد: إن الشرط الذي ينص صراحة على فتح الإعتماد المستندي و لكن من غير تحديد دقيق لتاريخه يمثل شرطا حساسا قد يؤدي إلى اختلاف وجهات النظر بصدده و مثاله إدراج شرط بفتح الإعتماد في أقرب الآجال، فمن المرجح أن يتسبب ذلك في حدوث سوء فهم و نزاعات بين الأطراف بالنظر إلى غموض العبارة و عدم تحديدها.

تبعاً لذلك سيجد مفسرو هذا النوع من الشروط صعوبة في التوافق الصارم مع محتواها غير المحدد، بحيث ستكون كافة الحلول المعتمد في غالبها ذاتية و متباعدة، تركز على الظروف المصاحبة لإدراج الشرط بغرض استخراج النية و القصد المشترك للأطراف بطريقة واضحة لحد ما، و مثاله افتراض نية التزامهم ضمن نفس شروط العمليات التجارية السابقة بينهما².

ب- في حالة غياب الذكر الصريح لتاريخ فتح الإعتماد: في هذه الحالة تنشأ مشاكل و صعوبات جدية في تفسير هذه المسألة، و بالتالي الإستقرار على تاريخ واضح لفتح الإعتماد، فالإتجاه هنا يكون في الإمتثال للإرادة المشتركة الضمنية للأطراف.

¹ - BACCAR Jamel, « La clause d'ouverture du crédit documentaire », Op.Cit, p 70.

² - IBID, p 71.

لقد اختلفت الآراء المقدمة لهذه المسألة و تعارضت فيما بينها يذكر منها على سبيل المثال اعتبار بأن تاريخ فتح الإعتماد يبدأ بمجرد إبرام العقد الأصلي أو وجوب إنشاء الإعتماد في أجل معقول يتم تكييفه بحسب خصوصية كل حالة، أو ربط هذا التاريخ بتاريخ تنفيذ البائع لالتزامه بغرض تجنب الأمر دفع عمولات بنكية إضافية إلى غير ذلك من التفسيرات.

و يمكن القول هنا بأن الرأي الراجح يجمع على وجوب فتح الإعتماد من الوقت الذي يشرع فيه البائع في تنفيذ العقد، و يعتبرونها قاعدة واجبة التطبيق بشكل صارم¹.

من خلال ما سبق، يلتزم المستورد بمقتضى شروط العقد التجاري الدولي بفتح الإعتماد المستندي لمصلحة المصدر، سواء كان الشرط المتضمن لذلك واردا بصورة صريحة أو مستخلاصا بشكل ضمني.

الفرع الثاني: مرحلة فتح الإعتماد المستندي: تقديم طلب فتح الإعتماد و تبليغ المصدر

بإبرام العقد التجاري بين البائع و المشتري و الإحاطة بجميع جوانبه القانونية، و خاصة منها الإتفاق على تكريس الإعتماد المستندي كوسيلة لتسوية المبادلات التجارية الدولية بينهما، ينتج التزام أساسي على عاتق المشتري بالتجسيد الفعلي لعملية استخدام مثل هذه التقنية و إلا ترتبت مسؤوليته التعاقدية عن الإخلال بتنفيذ التزامه، فيتم ذلك عمليا من خلال توجيه طلب إلى البنك يتضمن فتح اعتماد لصالح البائع، تترتب عنه نشوء علاقة قانونية بين المشتري و البنك (أولا)، ليتولى هذا الأخير كخطوة تالية التبليغ بفتح الإعتماد المستندي (ثانيا).

أولا: مرحلة تقديم طلب فتح الإعتماد المستندي

يرتكز التعامل البنكي بالإعتماد المستندي على قيام المستورد بعد إتمام اتفائه مع المصدر على جميع المسائل الجوهرية المرتبطة بالعملية التجارية، على تنفيذ تعهده بفتح الإعتماد انطلاقا من توجيهه

¹ - BACCAR Jamel, « La clause d'ouverture du crédit documentaire », Op.Cit, p 71-72.

طلبا بذلك إلى البنك الذي يتعامل معه، ليترتب عنه نشوء علاقة قانونية بين الطرفين أي المستورد و البنك.

أ- **تعليمات بفتح الإعتماد المستندي:** ينشأ فتح الإعتماد المستندي بناء على طلب من المستورد، موجه إلى بنكه، و هو طلب يتضمن كافة التوضيحات المتعلقة بالعملية، إضافة إلى التعهد البات غير الرجعي بالسداد للبنك أو الإذن بالخصم الفوري من المبلغ المعين¹.

أ-1- **مضمون طلب فتح الإعتماد المستندي:** يجب أن يستوفي طلب المستورد بفتح الإعتماد أهم البيانات التالية:

1- إسم البنك أو الوكالة البنكية.

2- إسم المستورد و كل المعلومات المحددة له².

3- إسم البنك المرسل في الخارج.

4- إسم المصدر المستفيد و كل بياناته.

5- رقم الفاتورة و تاريخها.

6- نوع الإعتماد المطلوب فتحه و مدة صلاحيته

7- قيمة أو مبلغ الإعتماد، و طريقة الدفع التي يتم بها، إذ يجب أن تكون هذه القيمة ثابتة بالأحرف

و الأرقام، و يمكن بالمقابل أن تحدد على وجه التقريب كأن يوضع رقم مصحوبا بكلمة «حوالي»³،

و قد أكدت القواعد و الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية رقم 600 على السماح بتفاوت لا

يتجاوز 10% زيادة أو نقصانا عن المبلغ المحدد في العقد التجاري⁴.

¹- ÇAKIROGLU Ibrahim S., Op.Cit, p 10.

²- مع التوضيح فيما إذا كان التصرف أي شراء البضاعة يتم لحسابه الخاص، فيلتزم بذكر اسمه الخاص أو ذلك المتعلق بشركته، أمّا في حال التصرف لحساب الغير فيجب على المستورد أن يعبر عن ذلك و مثاله استخدام عبارة: «بأمر صادر مني و لحساب الغير». (Voir GARSUAULT Philippe et PRIAMI Stéphane, Op.Cit, p 149).

³- جبار رقية، المرجع السابق، ص 99.

⁴- Article 30 alinéa a) des RUU 600.

8- التحديد الواضح و الدقيق للوثائق و المستندات المثبتة للبضاعة، و التي يجب الحصول عليها، و المتمثلة أساسا في الفاتورة التجارية و المستندات المثبتة للنقل من أهمها سندات الشحن البحرية، إضافة إلى وثائق أخرى لها علاقة بالعملية التجارية كشهادة المنشأ، و وثائق التأمين إلى غير ذلك¹.

9- تعيين ميناء الإرسال و ميناء الوصول.

10- توقيع المستورد على الطلب².

تجدر الإشارة إلى أن هذه البيانات يتم إدراجها ضمن استمارة معدة لهذا الغرض، تقدم إلى المستورد من طرف البنك، و هي عبارة عن نماذج مطبوعة مخصصة للإعتماد المستندي³، و ذلك التزاما بالدقة و الوضوح بخصوص المعلومات المتعلقة بالإعتماد المستندي و تقاديا لأي شك أو لبس.

و يمكن للمستورد طلب إرسال تعليماته و أوامره بخصوص الإعتماد عن طريق التلكس أو السويفت، مع العلم بأن فتح الإعتماد أصبح عمليا يتم باستخدام شبكة سويفت⁴، لما لها من مزايا عديدة، و هو الأمر بالنسبة للبنوك الجزائرية.

عادة ما يرفق المستورد طلبه هذا بفاتورة شكلية كمستند مبدئي، أو عقد البيع المثبت للتبادل التجاري بينه و بين المصدر المستفيد من الإعتماد، و في ذلك استيفاء أيضا لطلب التوطين لدى ذات البنك باعتباره إجراء مسبق و إلزامي لإتمام عملية التبادل، فالمستورد من جهته يعبر عن اختياره لبنك محدد كمكان لتنفيذ العقد الأصلي بناء على اتفاقه على ذلك مع المصدر، و البنك من جهة أخرى يعطي العميل رقما محددًا لملفه⁵، يسمح له بتسييره و مراقبة كافة مراحل العملية التجارية الدولية.

¹- GARSUAULT Philippe et PRIAMI Stéphane, Op.Cit, p 152-153.

²- بوطالب هدى، المرجع السابق، ص 84.

³- بن شعبان حكيم، المرجع السابق، ص 92.

⁴- GARSUAULT Philippe et PRIAMI Stéphane, Op.Cit, p 149.

⁵- قسوري فهيمة، النظام القانوني للإلتزامات في الإعتماد المستندي، المرجع السابق، ص 59.

إن قبول البنك لطلب فتح الإعتماد لا يعتبر آليا أو إجباريا بالنسبة له، لذلك فمن الضروري أن يكون المستورد عالما برأي البنك أي قبوله للطلب، باعتبار أنه في حال ردّه السلبي أو رفض الطلب، يكون لزاما على ذلك المستورد القيام بالتعديل في المضمون، أو تجديد طلبه لدى بنك آخر¹.

أ-2- **تغطية و تكاليف الإعتماد:** يجب على العميل المستورد في إطار عملية فتح الإعتماد أن يضع غطاء للإعتماد تحت تصرف البنك كضمان لفائدة هذا الأخير.

إن تحديد نسبة التغطية المقدمة بالنسبة للمبلغ الإجمالي للعملية المقصودة، يتم بالإتفاق المشترك بين الأطراف المعنية، و هو في المقام الأول يعكس ثقة البنك في عميله المستورد.

من الناحية العملية تتراوح نسب و معدلات التغطية في الإعتماد المستندي، الأكثر استخداما، ما بين 20% و 35%، فهي ترتبط غالبا بالمخاطر المتعلقة بالعملة التجارية و كذا طبيعة تعهد البنوك في الإعتماد، هذا الأخير و نظرا لكونه خدمة بنكية فإنه يستلزم تحمل المستورد تكاليفه، لذلك يجب و منذ البداية معرفة العمولة أو العمولات التي يجب أن يؤديها لفائدة البنك، سواء أكان مصدرا للإعتماد حيث يتحصل على عمولة فتح الإعتماد، أو مبلغا معززا، فكل منهم له عمولته على التبليغ بالنسبة للبنك المبلغ، و نظير التعزيز فيما يتعلق بالبنك المعزز، إضافة إلى عمولة الدفع عند تنفيذ الإعتماد في مرحلة لاحقة².

و بقبول البنك فتح الإعتماد وفقا للأمر المتضمن ذلك الصادر عن المستورد تنشأ علاقة قانونية بين الطرفين يكون المستورد أمرا و البنك فاتحا للإعتماد.

ب- **الإلتزامات المترتبة على فتح الإعتماد المستندي:** تتحد الصلة القائمة بين البنك فاتح الإعتماد و المستورد بموجب ما يسمى بعقد فتح الإعتماد، و باعتباره عقدا مستقلا عن العقد الأصلي بين الأمر

¹ - ÇAKIROGLU Ibrahim S., Op.Cit, p 10.

² - IBID, p 10-11.

و المصدر، فإن مخالفة مضمونه لمحتوى العقد الأصلي تجعل البنك ملتزماً به، و ليس بما ورد ضمن العقد الأصلي.

و بناء على عقد فتح الإعتماد المستندي تترتب الإلتزامات التالية:

ب-1- التزامات المستورد الأمر تجاه البنك: يمكن إجمالها فيما يلي:

1- الوفاء بالعمولة التي يحددها البنك لقبول فتح الإعتماد، فتكون مستحقة بمجرد إتمام عملية الفتح.

يراعى في تقدير هذه العمولة مختلف المخاطر التي يتعرض لها البنك خلال مراحل فتح الإعتماد، تنفيذها و مدى مسؤوليته عن ذلك.

و تكون العمولة من حق البنك و لو لم ينفذ الإعتماد طالما كان ذلك بسبب أجنبي عنه كرفض المستفيد للإعتماد أو امتناعه عن تقديم المستندات، أو طلب العميل الأمر إلغاء الإعتماد بإرادته إذا كان قابلاً للإلغاء، كما تظل تلك العمولة سارية كحق للبنك و لو تمت تغطية الإعتماد بشكل كلي من طرف العميل¹.

2- الوفاء بقيمة الإعتماد عندما يطالبه البنك بذلك في حدود ما نص عليه خطاب الإعتماد.

3- رد كافة المصاريف التي ينفقها البنك في سبيل تكريس استخدام آلية الإعتماد المستندي².

فعلاوة على العمولة، يلتزم العميل بدفع المصروفات التي ينفقها البنك في تنفيذ الإعتماد كالضرائب

و الرسوم و مصاريف المراسلات كمصاريف التلكس، أو الفاكس، إلى غير ذلك، و قد تسدد هذه المبالغ

مع العمولة عند فتح الإعتماد، كما قد تدفع مع مبلغ الإعتماد عند الوفاء به لصالح البنك³.

¹ - بورزام رمزي، المرجع السابق، ص 34.

² - علودة نجمة دامية، المرجع السابق، ص 83-84.

³ - بورزام رمزي، المرجع السابق، ص 36.

Et l'article 37 alinéa d) des RUU 600: «Le donneur d'ordre devra assumer toutes les obligations et responsabilités découlant des lois et usages dans les pays étrangers et devra verser aux banques les indemnités pouvant en résulter».

ب-2- التزامات البنك فاتح الإعتماد تجاه المستورد الأمر: تتمثل أهم التزامات البنك فاتح الإعتماد

بمقتضى علاقته القانونية مع الأمر في اتباع الخطوات التالية:

1- القيام بالإجراءات الأولية الضرورية للإستعلام حول الوضعية المالية و السمعة التجارية للمستورد، خاصة إذا كانت تمثل أول معاملة فيما بينهما، فهذه التحقيقات تعد هامة قبل فتح الإعتماد لفائدة المصدر الأجنبي بالنظر إلى أهمية المبادلة التجارية و حجمها و ما يترتب عنها من آثار، كما للبنك كذلك التحقق من المصدر و البنك الذي يتعامل معه¹.

2- مراجعة طلب فتح الإعتماد من الناحية الشكلية للتحقق من استيفائه لكافة البيانات اللازمة، و مراقبة الوثائق المرفقة بالطلب للتأكد من بيانات طلب الفتح بالكامل و عدم وجود إضافات أو تعديلات عليها، و التي يجب أن تكون موقعة من العميل المستورد مع ضرورة كتابة وصف البضاعة باللغة الأجنبية حتى لا يتحمل البنك أي خطأ ناتج عن الترجمة، يضاف إلى ذلك كل الموافقات و الإقرارات الخاصة بعملية الإستيراد²، و التي تسمى برخصة الإستيراد Licence d'importation، لأنه بناء عليها يسمح للبنك بتحويل المبالغ اللازمة للعملة الأجنبية المطلوبة من أجل تنفيذ الإعتماد³.

3- فتح اعتماد مستندي لصالح المصدر المستفيد وفقا للشروط المتفق عليها، و في هذا الصدد على البنك أن يضع في الإعتبار ضرورة أن تكون القواعد و الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية و مصطلحات التجارة الدولية «الإنكوترمز» هي المرجع الأساسي و الجوهري في تكوين الإعتماد و تحديد عناصره، و بالتالي فلا يجوز للبنك على سبيل المثال القيام بفتح اعتماد مستندي على أساس المصطلح التجاري سيف «CIF» بينما يتضمن الإعتماد شحن جوي، لكون ذلك المصطلح يستخدم فقط عندما يتفق الأطراف على الشحن البحري من خلال عبور البضائع حاجز السفينة، أي الحاجز

¹ - بن شعبان حكيمة، المرجع السابق، ص 93.

² - شحاتة صلاح إبراهيم، المرجع السابق، ص 357-358.

³ - بن شعبان حكيمة، المرجع السابق، ص 92.

الذي يمثل النقطة الجغرافية التي تنتقل فيها الإلتزامات و المسؤوليات من البائع المصدر إلى المشتري المستورد في حال الشحن البحري¹.

4- في الواقع لا يوجد التزام قانوني على عاتق البنك فاتح الإعتماد بإعلام عميله الأمر، إعلام يتضمن في طياته إفادته بكافة المعلومات اللازمة و أيضا تحذيره و تنبيهه إلى المخاطر الكامنة في فتح الإعتماد المستندي، و الملاحظ هنا أن القواعد و الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية رقم 600 لم تتطرق إلى هذه المسألة.

و كنتيجة لذلك يجب على المستورد و المستفيد في الإعتماد المستندي مضاعفة درجة الحرص و اليقظة أثناء مرحلة التفاوض على العقد التجاري و خلال فتح الإعتماد، فكل عدم تحديد في إطار تحرير شروط تنفيذه سيكون مصدرا لصعوبات قد تبرر للبنك رفض تشريف التزامه بالوفاء².

5- النقيذ بتعليمات الأمر حرفيا، و لا تنتهي مسؤوليته خلال هذه المرحلة إلا بإرسال ما يسمى بخطاب الإعتماد المستندي فعليا إلى المستفيد³.

ثانيا: مرحلة تبليغ الإعتماد المستندي

يقوم بنك الأمر بعد قبوله فتح الإعتماد و اتخاذه كافة الإجراءات العملية المجسدة لذلك، بتبليغ المصدر بالإعتماد ليكون هو المستفيد منه، و يتم ذلك عن طريق إرسال خطاب الإعتماد المستندي *Lettre de crédit*، لتنشأ على إثر ذلك علاقة قانونية بين كلا الطرفين، أي البنك المصدر للإعتماد و المستفيد.

¹ - ترك محمد عبد الفتاح، عقود البيع البحرية الدولية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007، ص 425.

² - NOMMICK Catherine, Op.Cit, p 43.

³ - بن شعبان حكيمة، المرجع السابق، ص 93.

أ- إرسال خطاب الإعتماد إلى المستفيد: إن إرسال خطاب الإعتماد لتبليغ المستفيد بإصدار الإعتماد قد يتم من البنك المصدر أي بنك الأمر إلى المستفيد مباشرة متضمنا الإخطار بحقوق و التزامات طرفيه، إلا أنه غالبا ما لا تتم العملية بهذه الصورة المبسطة، و إنما يلجأ البنك إلى الإستعانة ببنك آخر أو ببنك تابع له في بلد البائع المستفيد لإبلاغه بذلك و يسمى عندئذ بالبنك المراسل المبلغ¹.

و بموجب ذلك تتم عملية الإرسال بأسلوبين، إما مباشرة أو بطريقة غير مباشرة.

أ-1- الأسلوب المباشر في الإرسال: يتم من خلال تبليغ خطاب الإعتماد بكل عناصره و شروطه مباشرة من البنك فاتح الإعتماد إلى المستفيد منه دون وساطة أي بنك آخر في إتمام هذا الإجراء، و هو أسلوب نادر التطبيق في الممارسة العملية².

أ-2- الأسلوب غير المباشر في الإرسال: و هو أسلوب يتضمن تدخلا من بنك آخر بغرض تبليغ الإعتماد المستندي للمستفيد إلى جانب البنك فاتح الإعتماد.

1- صفة البنك المتدخل في تبليغ الإعتماد: يتوقف مركز البنك الذي يتولى تبليغ المستفيد بالإعتماد على الصفة و الدور المؤدى من قبله.

1-1- بنك مبلغ: حيث يخوله البنك فاتح الإعتماد دور الوسيط في تبليغ المستفيد بفتح الإعتماد لمصلحته، و تقتصر مسؤوليته في هذه الحالة على تنفيذ التعليمات المقدمة له فقط³.

1-2- بنك مبلغ معزز: و في هذه الحالة يضيف البنك الوسيط تأييده على الإعتماد، ليكون تعهده إلى جانب تعهد بنك الأمر بسداد قيمة المستندات و تنفيذ الإعتماد طبقا للشروط الواردة في خطاب الإعتماد⁴.

و أيا كان الأسلوب المعتمد في الإرسال، يجب أن يتضمن الخطاب المرسل الإشارة إلى عديد البيانات منها إسم المستورد و المصدر المستفيد، المبلغ الإجمالي، تاريخ و صلاحية الإعتماد، طريقة

¹ - العايب وليد و بوخاري لولو، المرجع السابق، ص 230-231.

² - بورزام رمزي، المرجع السابق، ص 91.

³ - Article 9 des RUU 600.

⁴ - نوري أمال مجّد، المرجع السابق، ص 279.

تنفيذه، الذكر الكامل للمستندات، البضائع محل المعاملة، تاريخ و طريقة إرسالها، مع تحديد صفة البنك الوسيط أكان مبلغا أو معززا¹.

2- معايير اختيار البنك المبلغ: يتم عادة اختيار البنك المبلغ في بلد المصدر المستفيد بناء على أسس تتمثل في:

1-2- وجود علاقة تعامل و اتفاقيات لتنفيذ العملية.

2-2- وجود اتفاقيات لتبادل رسائل موثقة بين البنك مصدر الإعتماد و البنك المبلغ مثل اتفاقية الأرقام السرية لرسائل التلكس المتبادلة أو اتفاقية رسائل سويفت.

3-2- وجود معلومات كافية يختار على أساسها بنك الأمر بنكا مبلغا يحتسب عمولات تبليغ و دفع مناسبة.

2-4- وجود ثقة متبادلة في التعامل ليوافق البنك المبلغ على تعزيز الإعتماد إن طلب منه ذلك.

و تجدر الإشارة إلى أنه في حال عدم وجود حساب للبنك المصدر لدى البنك المبلغ، فإن البنك المصدر يختار بنكا يقبل بتغطية قيمة الإعتماد يسمى بالبنك المغطي عن طريق رسالة تتضمن تفويضه بذلك مقابل تقديم المستندات، و بناء على ذلك يتم تبليغ رسالة التغطية بواسطة السويفت باستعمال رسالة رقم MT 740 لإصدار رسالة تغطية، أو رسالة MT 407 لتعديلها، مع العلم بأن الرسالة رقم MT 700 تستعمل لإصدار الإعتماد المستندي، و هي عبارة عن سلسلة من الحقول يتم تعبئتها لتتضمن جميع الشروط والمعلومات المطلوبة من فاتح الإعتماد².

انطلاقا مما سبق، و بقيام البنك بتبليغ المستفيد بإصدار الإعتماد وفقا للأسلوب المختار، يتأكد حق المستفيد خلاله بنشوء علاقة تربط بين هذا الأخير و البنك المبلغ.

¹ - ÇAKIROGLU Ibrahim S., Op.Cit, p 12.

² - جبار رقية، المرجع السابق، ص 102-103.

ب- الإلتزامات الناشئة عن تبليغ الإعتماد المستندي: تنشأ عن تبليغ الإعتماد التزمات متقابلة بين كل من المستفيد و البنك، يكون مصدرها الشروط المدرجة في خطاب الإعتماد.

ب-1- التزمات المستفيد تجاه البنك: تتلخص التزمات البائع المستفيد في ضرورة تقديم المستندات الدالة على البضاعة، و مطابقتها للشروط التي وردت في خطاب الإعتماد¹، و ذلك في الآجال المحددة.

1- تسليم المستندات المحددة في خطاب الإعتماد: إن حصول المستفيد على حقه المباشر في الإعتماد في مواجهة البنك يعتمد على تنفيذ التزامه بتسليم المستندات اللازمة المثبتة للبضاعة، فإذا لم يتم بالتنفيذ كأن يقدم مستندات مخالفة أو ناقصة أو كانت غير مطابقة، جاز للبنك الإمتناع عن تنفيذ التزامه بدفع قيمة الإعتماد مع إعادة تلك المستندات إلى المستفيد.

فبافتراض تقديم المستفيد لمستندات غير مطابقة لما تم تحديده في الخطاب، و نظرا لعدم دقة البنك في فحصها قبلها من المستفيد و دفع قيمتها، و خلال تسليمها إلى الأمر اكتشف مسألة عدم مطابقتها، يكون له في هذه الحالة الإمتناع عن استلامها من البنك، أو بدلا عن ذلك القيام باستلامها ثم الرجوع على البنك بالتعويض عن الأضرار الناتجة من جراء ذلك.

و بموازاة ذلك ينشأ للبنك حق الرجوع على المستفيد بما دفعه إلى العميل الأمر نتيجة قبول المستندات غير المطابقة، و ذلك عندما يحصل البنك على إقرار من المستفيد بتعويضه عن ذلك، كما قد يشترط عليه تقديم ضمان معين لتنفيذ مثل هذا الإقرار².

2- تقديم المستندات المطابقة للبنك في المهلة المحددة: حيث يجب أن يحتوي الإعتماد على تحديد لمدة سريانه³.

¹ - الفقي مُجّد السيد، المرجع السابق، ص 392.

² - قرمان عبد الرحمن السيد، المرجع السابق، ص 439-441.

³ - Article 6 alinéa d-i) des RUU 600: «Un crédit doit indiquer une date limité de validité pour la présentation, une date limité de validité stipulée pour honorer ou négocier sera réputée être une date limité pour la présentation».

و خلال هذه المدة يلتزم المستفيد بتقديم كافة المستندات اللازمة للبنك من أجل تمكين العميل الأمر من استلام البضاعة.

قد يثور الإشكال هنا إذا لم يتم النص في خطاب الإعتماد على تاريخ صلاحية الإعتماد و المدة المحددة للمستفيد من أجل تنفيذ التزامه بتسليم المستندات، فالقواعد و الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية رقم 600 لم تنص على هذه الحالة، مكتفية بوجود ذكر تاريخ الصلاحية دون اقتراح حل في حال المخالفة، مع التأكيد بالمقابل على أن البنوك غير ملزمة بقبول مستندات تقدم خارج المهلة المحددة¹.

تدعيما لما سبق، يجب على المستفيد التقيد بكافة الشروط المتضمنة في خطاب الإعتماد، فإذا كانت غير مطابقة لتلك الواردة في العقد الأصلي بينه و بين المستورد، عليه مراسلة هذا الأخير مباشرة بغرض التعديل في تلك الشروط، فإذا ارتضى المستورد ذلك يجب الحصول كذلك على قبول البنوك المعنية.

و في هذه الحالة يقدم طلبا بتلك التعديلات إلى بنكه، الذي بدوره يلتزم بإرساله إلى البنك المبلغ².

ب-2- التزامات البنك تجاه المستفيد: يعتبر التزام البنك باتا و نهائيا بمجرد وصول خطاب الإعتماد إلى علم المستفيد، فلا يجوز له الإمتناع عن تنفيذ الإعتماد لأسباب تتعلق بالعقد الأصلي، أو التمسك في مواجهة المستفيد بدفوع مستمدة منه تكريسا لمبدأ استقلالية علاقة البنك و المستفيد عن العقد الأصلي بين هذا الأخير و الأمر³.

¹ - بورزام رمزي، المرجع السابق، ص 114-115

Et l'article 33 des RUU 600: «Une banque n'a aucune obligation d'accepter une présentation en dehors des heures d'ouverture de ses guichets».

² - ÇAKIROGLU Ibrahim S., Op.Cit, p 12.

³ - قرمان عبد الرحمن السيد، المرجع السابق، ص 437-438.

و بناء عليه يلتزم البنك في مواجهة المستفيد بإرسال خطاب الإعتماد في الوقت المحدد في الإتفاق، مع تحمل البنك لأية مسؤولية جراء التأخير في ذلك خاصة إذا ترتب عنه أضرار تقتضي التعويض.

و نظرا لأهمية هذه المسألة فعلى البنك توخي الحرص أثناء إرسال الخطاب، إذ يجب عليه التأكد من وصول الخطاب إلى علم المستفيد ضمن الشروط المحددة و في المدة المعينة.

و تكريسا لذلك يلتزم البنك بالقيام بإرسال مطابق، و المقصود بذلك أمرين، الأول ضرورة تقييد البنك الصارم بتعليمات عميله الأمر أثناء إرساله لخطاب الإعتماد، لذلك عليه تجنب فتح اعتماد بشروط موسعة كالإلتزام بدفع مبلغ أكبر من المبلغ المحدد، أو لمدة أطول، و إلا نتجت مسؤوليته في حال المخالفة، أما الأمر الثاني فيتعلق بوجوب احترام البنك سواء كان مبلغا أو معززا للتاريخ أو الأجل المحدد للإرسال وفقا لنفس الشروط المحددة في عقد فتح الإعتماد.

كما يجب على البنك التصرف و تكريس التزامه في مواجهة المستفيد بسرعة و بدون تأخير، ففرصه الشديد على ذلك يلغي أي فرصة للإهمال أو التقصير¹.

بالإضافة إلى التزامه بالوفاء بقيمة المستندات التي يقدمها المستفيد و التي تمثل العلاقة بينه و بين الأمر بموجب العقد التجاري الدولي²، و في ذلك تنفيذ للإعتماد المستندي.

المطلب الثاني: مرحلة تنفيذ الإعتماد المستندي

تعتمد مرحلة تنفيذ الإعتماد المستندي على احترام كل من البائع المستفيد و البنك المرسل لالتزاماته و تجسيدها باتباع كل الخطوات المكرسة للعملية، انطلاقا من تسليم المستفيد للمستندات الضرورية المحددة في خطاب الإعتماد المبلغ له و إرساله للبضاعة وفقا للشروط المنصوص عليها، وصولا إلى

¹ - BACCAR Jamel, « La responsabilité du banquier lors de la transmission d'un accréditif », Revue de droit bancaire et financier, N° 5, étude 24, Lexis Nexis Sa, Paris, Septembre 2010, p 37-39.

² - بورزام رمزي، المرجع السابق، ص 93-94.

تسوية قيمة ذلك الإعتماد من قبل البنك المنفذ (الفرع الأول)، مما يؤدي إلى نشوء حق هذا الأخير في ممارسة حق الرجوع بعد الوفاء بناء على العلاقات القانونية بين الأطراف المتدخلة في الإعتماد المستندي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الوفاء بقيمة الإعتماد المستندي

يقوم المستفيد، و بعد استلامه لخطاب الإعتماد و التأكد من استيفائه للشروط المتفق عليها مع الأمر بموجب العقد التجاري، بشحن و إرسال البضاعة المحددة و تسليم المستندات و الوثائق المثبتة لها إلى البنك المرسل مبلغا كان أو معززا (أولا)، الذي يتولى بدوره مراقبة مطابقة تلك المستندات و القيام بدفع قيمتها تنفيذا للإعتماد المستندي (ثانيا).

أولاً: التزامات المستفيد

يلتزم المستفيد، بعد إخطاره مباشرة من قبل البنك المصدر أو من خلال بنك مرسل، بفتح اعتماد مستندي لفائدته، بتنفيذ ما ورد فيه وفقا للشروط المحددة، حيث يتولى شحن البضاعة بقصد إرسالها إلى المستورد الأمر و تمكينه من المستندات المثبتة لها.

أ- شحن البضاعة: إذا تأكد المستفيد من مطابقة شروط خطاب الإعتماد، فإنه يكون ملزما بتنفيذ هذا الأخير طبقا لما اتفق عليه، إذ يتولى إرسال البضاعة المحددة عن طريق شحنها، مع الحرص على التقيد بتفاصيل العقد المبرم بينه و بين المستورد فيما يتعلق بمواصفات تلك البضاعة، كميتها، نوعيتها، طريقة الشحن المعتمدة، إلى غير ذلك من الوثائق¹.

إن إرسال المستفيد للبضاعة لا يكون فقط تنفيذا لعقد الإعتماد، بل هو كذلك التزام على عاتقه بمقتضى العقد الأصلي بينه و بين المستورد، و ما يستتبعه من إبرام لعقد النقل و التأمين على تلك

¹ - نوري أمال مجّد ، المرجع السابق، ص 280.

البضاعة إن كان هو الملتزم بذلك¹، أي بمعنى آخر تحضير المستندات اللازمة.

ب- تسليم المستندات المثبتة للبضاعة: بمجرد وصول خطاب الإعتماد إلى المستفيد المصدر، يتقيد هذا الأخير بتنفيذ كل ما ورد فيه، من خلال القيام بإرسال البضاعة المطلوبة و تقديم المستندات الممثلة لها وفقا للشروط المحددة و خلال مدة سريان الإعتماد، بالإضافة إلى إرسال المستندات الناقصة في حال وجود ذلك².

و بالنتيجة لذلك يكون المصدر ملزما بتقديم مستنداته للبنك المكلف بالتنفيذ، و على هذا الأخير أن يقوم بملاحظة الشروط العامة لتلك المستندات³.

ب-1- أنواع المستندات: مطلوب نوعان من الوثائق وفقا لخطاب الإعتماد:

1- المستندات المتعلقة بالبضاعة: أي تلك التي تثبت البضاعة التي تم شحنها، و هي في الواقع تتخذ أشكالاً عدة مثالها الفاتورة التجارية، شهادة المنشأ، الفاتورة الشكلية، شهادة التفتيش التي يطلبها المستورد و التي تثبت بأن البضاعة قد تمت تعبئتها و تسليمها إلى الناقل لإرسالها.

2- السندات الصادرة عن الناقل: و هي التي تضمن أن البضائع تم إرسالها وفقا للمسار المطلوب، و مثالها سندات الشحن⁴، التي تعتبر الأساس لكل اعتماد مستندي بحيث تمثل حيازة البضاعة و تمكن المستورد من استلامها، كما تثبت تنفيذ المصدر لالتزاماته وفقا لما تم تحديده.

و قد تضمنت القواعد و الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية توضيحا لأهم أنواع سندات الشحن، بالإضافة إلى شروطها و البيانات التي يجب أن تستوفىها كاسم الناقل و توقيعه⁵، وسيلة شحن

¹ - بن شعبان حكيمة، المرجع السابق، ص 108.

² - المرجع نفسه، ص 109.

³ - نوري أمال مجهد، المرجع السابق، ص 280.

⁴ - SION Michel, Op.Cit, p 74.

⁵ - Article 20 alinéa a-i) des RUU 600: «Un connaissance quelle que soit sa dénomination, doit présenter l'apparence: - D'indiquer le non du transporteur et doit etre signé...».

البضاعة¹، المسار الذي تتخذه هذه البضاعة أي ميناء الشحن و ميناء التفريغ²، بالإضافة إلى شروط و أحكام عملية النقل³.

ب-2- شروط تقديم المستندات: تنفيذا لالتزامه بتقديم المستندات يتعين على المستفيد مراعاة شرطين أساسيين و هما:

1- التقديم المطابق: المقصود بذلك أن تكون المستندات المقدمة مطابقة لما تم اشتراطه في خطاب الإعتماد و غير متناقضة في مضمونها.

لذلك و حتى تكون تلك المستندات مقبولة من قبل البنك يجب أن تكون متوافقة مع كل ما طلبه المستورد الأمر، خاصة فيما يتعلق بنوع البضاعة، جودتها، كميتها و سعرها⁴.

2- التقديم في الآجال المحددة: حيث يلتزم المستفيد بتسليم الوثائق اللازمة في المهلة المحددة في خطاب الإعتماد، و إذا لم يتضمن هذا الأخير تاريخا لبدء سريان تلك المدة، فيعد تاريخ إصدار البنك للإعتماد هو تاريخ بدء سريانها⁵.

تطبيقا لذلك يجب أن يتم التقديم من قبل المستفيد أو من ينوب عنه أثناء سريان مدته، و في كافة الأحوال قبل انتهاء الآجال المحددة للتقديم⁶، فكل اعتماد يستلزم تضمينه تاريخا لانتهاء التقديم، بحيث يعتبر الأجل المحدد للوفاء أو لتداول الإعتماد هو ذاته تاريخ انتهاء مهلة التقديم⁷.

¹ - Article 20 alinéa a-ii) des RUU 600: «D'indiquer que les marchandises ont été mise à bord sur un navire dénommé au port de chargement mentionné dans le crédit....».

² - Article 20 alinéa a-iii) des RUU 600: «D'indiquer l'expédition depuis le port de chargement jusqu'au port de déchargement mentionnés dans le crédit....».

³ - Article 20 alinéa a-v) des RUU 600: «De contenir les termes et conditions du transport ou faire référence à une autre source contenant les termes et conditions du transport....».

⁴ - بن شعبان حكيمة، المرجع السابق، ص 109.

⁵ - بورزام رمزي، المرجع السابق، ص 113-114.

⁶ - Article 20 alinéa e) des RUU 600: «...une présentation par le bénéficiaire ou pour le compte du bénéficiaire doit être effectuée au plus tard à la date limite de validité».

⁷ - Article 6 alinéa d-i) des RUU 600: «un crédit doit indiquer une date limite de validité pour la présentation, une date limite de validité stipulée pour honorer ou négocier sera réputée être une date limite pour la présentation».

و فيما يتعلق بالتقديم الذي يحتوي على سندات الشحن، فقد حددت القواعد و الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية رقم 600 في المادة 14 الفقرة (ج)، وجوب إتمامه من طرف المستفيد أو من ينوب عنه خلال مدة أقصاها 21 يوما بعد تاريخ الشحن، على ألا يتجاوز في كل الأحوال تاريخ انتهاء الإعتماد.

مع الإشارة إلى أنه في حال تمديد آجال التقديم فلن يتم بالمقابل تمديد آخر يوم محدد لشحن البضاعة¹.

و إذا صادف آخر يوم للتقديم يوما يكون فيه البنك الذي يتم التقديم على مستواه مغلقا لأسباب غير متعلقة بمقتضيات القوة القاهرة²، فإن أجل التقديم يمدد إلى أول يوم مصرفي³ لاحق.

و في هذه الحالة يلتزم البنك الذي تم التقديم لديه بتزويد البنك المصدر أو المصدر المعزز ببيان يوضح بأن التقديم قد تم في حدود آجال التمديد⁴، و هو في الواقع إثبات على أن تقديم المستفيد لمستنداته قد تم في المدة المحددة بموجب التمديد.

ما يلاحظ بالنسبة للقواعد الموحدة للإعتمادات المستندية رقم 600، أنها اشترطت وجوب النص في الإعتماد على تاريخ الصلاحية لتقديم المستندات، من دون اقتراح حل أو معالجة لحالة عدم ذكر ذلك التاريخ و كيفية تقديره على عكس القواعد و الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية رقم 500⁵.

إن عدم احترام المصدر المستفيد لآجال تسليم المستندات يؤدي إلى بطلان خطاب الإعتماد⁶.
بناء على ما سبق تتلخص التزامات المستفيد تنفيذا للإعتماد المستندي في تقديم المستندات الدالة على البضاعة و مطابقتها للشروط التي نص عليها خطاب الإعتماد.

¹- Article 29 alinéa c) des RUU 600.

²- Article 36 des RUU 600.

³- اليوم المصرفي هو اليوم الذي يكون فيه البنك مفتوحا بشكل عادي، و يمكن خلاله تنفيذ أي تصرف مفروض بموجب نصوص القواعد و الأصول

الموحدة للإعتمادات المستندية. (Voir l'article 2 alinéa 3 des RUU 600)

⁴- Article 29 alinéa a,b) des RUU 600.

⁵- Articles 42 et 43 des RUU 600.

⁶- SION Michel, Op.Cit, p 74.

ثانيا: التزامات البنك

تنفيذا لالتزاماته تجاه المستفيد في إطار مرحلة استخدام الإعتماد المستندي، يتولى البنك الوسيط تسليم المستندات المقدمة له و التحقق من سلامتها و مطابقتها لتعليمات الأمر، بحيث تنور مسؤوليته تجاه هذا الأخير في حال عدم تسلمه المستندات أو إهماله في التحقق من مطابقتها للشروط و المواصفات المحددة، بالإضافة إلى وضع مبلغ الإعتماد تحت تصرف المصدر المستفيد¹.

هذا و تختلف التزامات البنك في ذات الخصوص تبعا لنوع الإعتماد، فإذا كان الإعتماد قابلا للإلغاء يقوم البنك فقط بتنفيذ التعليمات الموجهة إليه من الأمر، فإن تضمنت رفض المستندات فما عليه سوى عدم قبولها حتى و لو كانت مطابقة لشروط الإعتماد و إلا تحمل المسؤولية الناجمة عن ذلك، في حين يكون التزام البنك باتا و نهائيا تجاه المستفيد بغض النظر عن أية أمور قد تطرأ بين أطراف العلاقات التعاقدية الأخرى في الإعتماد، و ذلك إذا كان اعتمادا غير قابل للإلغاء².

أ- **فحص و تدقيق المستندات:** تعد مرحلة فحص و مراقبة المستندات من بين أهم و أدق الإجراءات التي يمر بها الإعتماد المستندي، و هو ما يستوجب حرصا من البنك على بذل العناية المطلوبة لدى قيامه بالفحص بأسرع وقت ممكن، في سبيل التأكد من مطابقتها الظاهرية لشروط الإعتماد³، فالبنك يتولى استلام و فحص المستندات المطلوبة من المستفيد بموجب خطاب الإعتماد و لا شأن له بالبضاعة المرسلة⁴.

أ- **1 خطوات فحص المستندات:** نظرا لأهمية مرحلة فحص و تدقيق المستندات، تعمل البنوك على مراعاة الخطوات التالية:

¹ - الفقي محمد السيد و الغرياني المعتصم بالله، أساسيات القانون التجاري و البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009، ص 224.

² - السعيد سماح يوسف اسماعيل، المرجع السابق، ص 124.

³ - نوري أمال محمد، المرجع السابق، ص 281.

⁴ - Article 5 des RUU 600: «Les banques sont à considérer des documents à l'exclusion des marchandises, services ou prestations auxquels les documents peuvent se rapporter».

1- تحديد أولويات الفحص: حيث ترد إلى البنك مجموعة متنوعة من المستندات، كما قد يتسلم البعض منها في نفس اليوم المصادف لتاريخ انقضاء أجل الإعتماد، في حين يقدم البعض الآخر بعد مضي مدة من تاريخ شحن البضاعة، أو قد تكون البضاعة المرسله من الأنواع القابلة للتلف السريع، مما يستدعي منح الأولوية لمستنداتها عند الفحص.

لذلك يجب على البنك عند التدقيق القيام بفرز المستندات لترتيب أولوية فحصها¹.

2- المطابقة المبدئية للمستندات: يتضمن هذا النوع من الفحص التأكد من المسائل الآتية ذكرها و المتمثلة في²:

1-2- سريان الإعتماد و عدم انقضاء مدته.

2-2- أن مبلغ الإعتماد يسمح بدفع قيمة المستندات المقدمة.

3-2- تجانس المستندات و مطابقتها، من حيث النوع و العدد المطلوب من كل مستند، لشروط الإعتماد.

4-2- أن قيمة السحب المرفق بالمستندات تعادل ثمن البضاعة المشحونة فعلا، و ذلك في حال ما إذا كان الإعتماد يسمح بتجزئة شحن البضاعة.

5-2- أن سندات الشحن نظيفة و لا تحمل أية تحفظات³.

3- المطابقة النهائية للمستندات: أي الفحص التام لكل مستند للتحقق من استيفائه لكافة المعلومات، و عدم التعارض مع بيانات المستندات الأخرى، و توافقها مع بيانات و شروط الإعتماد المستندي.

¹ - نوري أمال مجّد ، المرجع السابق، ص 282-283.

² - المرجع نفسه، ص 283.

³ - سند الشحن النظيف هو الذي لا يتضمن شروطا مضافة أو إفادة صريحة عن وجود عيب في البضاعة المشحونة أو تعبئتها. (انظر بورزام رمزي،

المرجع السابق، ص 108)

و نظرا لأهميتها يشترط أن تكون تلك المستندات سليمة، أي لا يظهر منها سوى ما يعكس حالة البضاعة و إلا اعتبرت وثائق غير نظيفة و بالتالي يكون على البنك رفضها¹.

أ-2- معيار مطابقة المستندات: يعتمد معيار المطابقة على قيام البنك بالتدقيق في المستندات المنصوص عليها لرقابة مطابقتها الظاهرية لشروط الإعتماد، و هي رقابة شكلية تركز على معيار وحيد لتقدير المطابقة الظاهرية للمستندات المقدمة من طرف المستفيد ألا و هو خطاب الإعتماد بغض النظر عما إذا كانت البضاعة معيبة، أو الوثائق المذكورة في خطاب الإعتماد لا تتطابق مع تلك المنصوص عليها في عقد فتح الإعتماد المبرم بين الأمر و البنك المصدر.

أضف إلى ذلك أن القواعد و الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية رقم 600 قد نصت في المادة 14 فقرة ب منها على مدة أقصاها 5 أيام مصرفية التالية لتقديم المستندات، كأجال محددة ممنوحة للبنك لرقابة المطابقة².

و على إثر هذه العملية يملك البنك أحد الخيارين:

- 1- تنفيذ الإعتماد في حال المطابقة الشكلية للمستندات وفقا لما اشترط في الخطاب.
- 2- عدم تنفيذ الإعتماد: إذا كانت المستندات المقدمة غير مطابقة ظاهريا، حيث يقوم البنك في هذه الحالة بإخطار المستفيد بالرفض مع تبيان أسباب ذلك.

مع الإشارة إلى أن عدم المطابقة لا يستتبعه بالضرورة الرفض النهائي لتنفيذ الإعتماد، باعتبار وجود إمكانية لتصحيح تلك المستندات بشرط أن يتم ذلك قبل تاريخ انقضاء الإعتماد، كما أنه في حال عدم المطابقة البسيطة يمكن للبنك تنفيذ الإعتماد بتحفظ، و معنى ذلك أن التنفيذ لن يصبح نهائيا إلا إذا صادق عليه الأمر³.

¹ - نوري أمال مُجّد ، المرجع السابق، ص 283.

² - BONNEAU Thierry, Op.Cit, p 529.

³ -IBID, p 529-530.

ب- دفع مقابل المستندات: بعد إتمام عملية الفحص و التدقيق و التأكد من المطابقة الظاهرية

للمستندات، يترتب على البنك دفع قيمتها لفائدة المستفيد بحسب طريقة الدفع المتفق عليها¹.

ب-1- التزام البنك بالدفع بحسب طريقة التنفيذ: يتجسد هذا الإلتزام كالتالي:

1- في حال الدفع بالإطلاع: حيث يوفي البنك قيمة الإعتماد مباشرة بعد تسلمه للمستندات و التحقق

منها، بعد اتخاذ جملة من الإجراءات تتمثل أهمها في إرفاق المستندات في الملف الخاص بالإعتماد و

تسجيل قيمة تلك المستندات في حساب جاري مدين مستندي² و إعداد مسحوبات قيود استلام المستندات

و تسديدها³.

2- في حال الدفع المؤجل: و هنا يلتزم البنك بالدفع في تاريخ لاحق محدد في خطاب الإعتماد و بذلك

فالإعتماد لا ينفذ عند تسليم المستندات و إنما عند حلول أجل الوفاء .

إن هذه الطريقة المحددة للتنفيذ تقضي في الواقع إلى عدم استلام المستفيد للمبلغ المحدد إلا بعد

تسلم الأمر للبضاعة⁴.

3- في حال الدفع بالقبول: أي تسليم المستندات مقابل القبول، و هي عبارة يقصد بها في لغة

المؤسسات البنكية أن مسلم هذه المستندات و هو المصدر المستفيد يسلمها للمرسل إليه مقابل أي سند

يضمن له أداء مقابل البضاعة المرسلة⁵.

من خلال هذا النوع من الدفع يمنح البنك ائمانا لعميله حين لا يكون المستورد الأمر قادرا على

دفع قيمة البضاعة للمستفيد، دون أن يكون بنك الأمر ملزما بتقديم رسالة ضمان خاص، و هو المبدأ

¹ - Article 2 des RUU 600.

² - الحساب المدين المستندي: حساب وسيط حقيقي يمثل الفرق بين الإعتماد المستندي بالكامل و قيمة التأمينات النقدية المحتجزة، أي بمعنى آخر هو عبارة عن تسهيلات بنكية يتم منحها للعميل المستورد بضامته الواردة للمدة الممتدة من تقديم المستندات إلى تاريخ تسديدها من طرف المستورد. (انظر نوري أمال مجد ، المرجع السابق، ص 284)

³ - جبار رقية، المرجع السابق، ص 120.

⁴ - BONNEAU Thierry, Op.Cit, p 531.

⁵ - قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية و البحرية، ملف رقم 381872، مؤرخ في 2007/07/04، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، المؤسسة الوطنية للإتصال و النشر و الإشهار، الجزائر، 2007، ص 297.

الذي كرسته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 04 جويلية 2007 بخصوص قضية القرض الشعبي الجزائري ضد المؤسسة الصناعية "فورماتي" و من معها، بحيث لا يلزم القانون و لا الأعراف البنك الممون بتحرير رسالة ضمان في حال استيراد بضائع عن طريق تسليم مستندات مقابل القبول¹.
تنفيذا للإعتماد المستندي يقوم البنك المصدر أو المعزز بقبول و دفع السفاتج المستندية المسحوبة من طرف المصدر المستفيد سواء على البنك المصدر أو المعزز، خلال آجال الوفاء الممنوحة للمصدر المشتري².

4- في حال الدفع بالتداول: بموجب هذه الطريقة يقدم المستفيد المستندات مرفقة بسفتجة لدى الإطلاع أو لأجل مسحوبة من طرفه، ليتولى البنك المصدر أو المعزز عملية التنفيذ من خلال خصم هذا السند، مع عدم رجوع البنك المكلف بالتنفيذ في هذه الحالة على المستفيد حسن النية إذا تخلف المسحوب عليه عن وفاء قيمة السفتجة³.

ب-2- إجراءات مكملة لعملية الدفع: بعد دفع قيمة الإعتماد يتولى البنك المراسل إرسال المستندات المثبتة للبضاعة إلى البنك فاتح الإعتماد⁴، الذي يلتزم بفحص مطابقة تلك المستندات في المدة المحددة، و عند التأكد منها، يقوم برفعها و تسديد قيمتها لفائدة البنك المعزز وفقا لطريقة الدفع المحددة و المتفق عليها⁵، و بالتبعية لذلك تمكين المستورد المشتري من المستندات و الوثائق المسلمة، و التي من خلال تسليمها للناقل يستطيع الحصول على البضاعة المرسله إليه⁶، فعلى البنك إشعار الأمر بوضع المستندات المستندات تحت تصرفه مقابل سداد قيمتها، و إذا تأخر العميل في ذلك، فإن البنك غير مسؤول عن دفع قيمة الأضرار الناتجة عن هذا التأخر، كما أن تنفيذ البنك لالتزامه بتسليم المستندات للأمر مرتبط بتكريس

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ 2007/07/04، مجلة المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 293.

² - GARSUAULT Philippe et PRIAMI Stéphane, Op.Cit, p 121.

³ - جبار رقية، المرجع السابق، ص 122.

⁴ - Article 15 alinéa b,c) des RUU 600.

⁵ - CHERIGUI Chahrazed, Op.Cit, p 203-204.

⁶ - شحاتة صلاح ابراهيم، المرجع السابق، ص 364.

هذا الأخير لالتزامه بالوفاء بقيمة الإعتماد، و أي إخلال منه يمنح البنك الحق في حبس المستندات إلى حين اقتضاء قيمتها¹.

الفرع الثاني: ممارسة حق الرجوع بعد الوفاء بقيمة الإعتماد المستندي

تملك الأطراف المتدخلة في تنفيذ الإعتماد المستندي، و تحديدا البنوك ممارسة ما يسمى بالرجوع، و ذلك على إثر دفع قيمة الإعتماد للمستفيد منه و إرسال المستندات إلى الأمر .
إن حق الرجوع بعد الوفاء بالإعتماد المستندي يثبت حسب الممارسة العملية للبنك مصدر الإعتماد في مواجهة المتعاملين معه سواء تعلق الأمر بالأمر المستورد أو المصدر المستفيد أو البنك الوسيط (أولا)، كما يتقرر لمصلحة هذا الأخير باعتباره منفذا للإعتماد و ذلك ضد كل من الأمر أو المستفيد أو حتى البنك مصدر الإعتماد المستندي (ثانيا).

أولا: ممارسة حق الرجوع من البنك مصدر الإعتماد المستندي

الإعتماد المستندي بطبيعته عملية مستقلة عن العقد الأصلي أو أي عقد من العقود التي يستند إليها، فالبنك غير معني و لا ملزم بها، و نتيجة لذلك فتعهدده بالوفاء أو التداول أو بأداء أي التزام تنفيذا للإعتماد يكون منفصلا عن علاقاته بالأمر أو المستفيد².
و تكريسا لذلك فإن أساس منح البنك المصدر إمكانية الرجوع بعد الوفاء على الأمر أو المستفيد حتى البنك منفذ الإعتماد هو الإعتماد المستندي ذاته.

¹ - السعيد سماح يوسف اسماعيل، المرجع السابق، ص 115-116.

² - Article 4 des RUU 600.

أ- رجوع البنك المصدر ضد الأمر: يكون للبنك المصدر حق الرجوع ضد الأمر المصدر بما أنه قد سدد لمصلحته دفعة مقدمة من الأموال، و مع ذلك فحق البنك في تسديد ما دفعه لمصلحة المستفيد يرتبط بتسليم العميل الأمر المستندات المشترطة من طرفه بمقتضى خطاب الإعتماد.

و بعبارة أخرى حتى يستوفي البنك حقه في مواجهة الأمر يجب عليه التقيد بتعليمات هذا الأخير في تنفيذ الإعتماد، إضافة إلى الحرص و بذل العناية اللازمة في فحص و تدقيق المستندات و مطابقتها الظاهرية لشروط الإعتماد.

و يكون للبنك الحق في التعويض ضد الأمر حتى و لو كانت المستندات المقدمة غير قانونية فهو لا يتحمل أية مسؤولية ناتجة عن الشكل أو الكفاية أو الدقة أو الصحة أو الزيف أو الأثر القانوني لأي مستند، و لا عن وصف أو كمية أو نوعية أو جودة البضاعة¹

كما لا يتأثر حقه كذلك بوجود دعوى من الأمر ضد المستفيد إلا في حال وجود تزوير أو غش ظاهر².

تجدر الإشارة إلى أن البنك مصدر الإعتماد يبقى المدين الوحيد تجاه المصدر البائع و ذلك بعد سحب البنك لقيمة البضاعة من حساب المستورد الأمر، إذ يعتبر هذا الأخير قد وفى الإعتماد و لا يكون للبنك بالتالي الرجوع ضده بالتسديد في هذه الحالة³.

ب- رجوع البنك المصدر ضد المستفيد: للبنك ممارسة حق الرجوع ضد المستفيد في حالتين:

في حال ما تسمى بالتسوية المشروطة ، و حالة عدم سلامة المستندات

ب-1- في حال التسوية المشروطة: فإذا سلم المستفيد مستندات غير مطابقة بصفة بسيطة، فهذا الأخير غالبا ما يعرض على البنك تعهدا بإرجاع قيمة الإعتماد إذا تم رفض تلك المستندات من قبل

¹ - Article 34 des RUU 600.

² - بن بريكة فريال، المرجع السابق، ص 98.

³ - قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2007/06/06، مجلة المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 315.

الأمر المستفيد، كضمان نظير قبول المستندات من البنك و دفع قيمتها، و حتى ينتج هذا التعهد أثره يقدم المستفيد ضمانا بنكيا، بناء عليه يقبل البنك التسوية شريطة رجوعه على المستفيد باسترداد مبلغ الإعتماد¹.

ب-2- في حال عدم سلامة المستندات: يمكن للبنك الرجوع ضد المستفيد إذا كانت المستندات المقدمة من هذا الأخير و رغم مطابقتها الظاهرية تتطوي على تزوير أو غش منه.

فبالنسبة للتزوير، يجوز للبنك الرجوع على المستفيد بمبلغ الإعتماد في هذه الحالة، و لكن بشرط أن يكون التزوير بصورة متقنة لا يمكن كشفه إلا باستخدام تقنيات خاصة.

أمّا بالنسبة للغش، فيشترط أن يثبت البنك وجود غش من المستفيد للإحتجاج به و المطالبة باسترداد مبلغ الإعتماد المدفوع له².

ج- رجوع البنك المصدر ضد البنك المنفذ للإعتماد: يتمتع البنك المصدر بحق استرداد المبالغ التي

دفعت في حال قبول البنك المكلف بالتنفيذ مستندات تبين فيما بعد عدم مطابقتها لشروط الإعتماد³.

ثانيا: ممارسة حق الرجوع من البنك المنفذ للإعتماد المستندي

لقد اتفق غالبية الفقه على اعتبار علاقة البنك المصدر و البنك الوسيط المكلف بتنفيذ الإعتماد علاقة وكالة على أساس طبيعة التزام البنك المنفذ، بحيث يتولى دفع قيمة الإعتماد لفائدة المستفيد بناء على تعليمات البنك المصدر، مما ينتج عنه واجب هذا الأخير في تعويض البنك المنفذ عما أداه شريطة مطابقة المستندات المقدمة من المستفيد لشروط الإعتماد.

¹ - بورزام رمزي، المرجع السابق، ص 116-117.

² - المرجع نفسه، ص 120، 123.

³ - جبار رقية، المرجع السابق، ص 127.

يضاف إلى ذلك ان البنك المنفذ لا يكون مسؤولاً أمام الأمر عن أي خطأ يرتبط بالتنفيذ فيما عدا حالة تعيينه من قبل ذلك الأمر أو إصداره أمراً إلى البنك من أجل تعيينه¹.

انطلاقاً مما سبق، و تنفيذاً للاعتماد المستندي يكون للبنك المكلف بالتنفيذ ممارسة حق الرجوع بعد الوفاء ضد كل من الأمر، المستفيد، و البنك المصدر.

أ- رجوع البنك منفذ الإعتماد ضد الأمر: لا يملك البنك المنفذ الرجوع ضد الأمر باستثناء الحالة التي يتصرف فيها باعتباره الأمر لحساب الأمر أي وكيلاً عنه².

ب- رجوع البنك منفذ الإعتماد ضد المستفيد: إن التزام البنك المكلف بالتنفيذ لفائدة المستفيد يكون باتاً و نهائياً إذا كان اعتماداً معززا و كانت المستندات المقدمة مطابقة.

أمّا إذا تم الوفاء بقيمة الإعتماد مع عدم مطابقة المستندات، فلن يكون هناك تعويض للبنك المنفذ³.

و عند الدفع للمستفيد على أساس سفتجة مسحوبة على البنك المصدر، يبقى حق رجوع البنك المنفذ قائماً، و هو الأمر كذلك إذا تم خصم قيمة السفتجة فلبنك ممارسة الرجوع ضد المستفيد على أساس الحامل حسن النية⁴.

ج- رجوع البنك منفذ الإعتماد ضد البنك المصدر: للبنك المنفذ الرجوع تجاه البنك المصدر بحق التسديد بشرط قيامه بتقديم مستندات مطابقة و إرسالها إلى البنك المصدر الذي لم يبد أي تحفظ عليها⁵، و تكون تعويضات التأخر ضد البنك المصدر بمجرد الطلب الأول للتعويض⁶.

¹ - السعيد سماح يوسف اسماعيل، المرجع السابق، ص 132.

² - جبار رقية، المرجع السابق، ص 127.

³ - بن بريكة فريال، المرجع السابق، ص 98.

⁴ - جبار رقية، المرجع السابق، ص 127.

⁵ - المرجع نفسه، ص 128.

⁶ - بن بريكة فريال، المرجع السابق، ص 98.

إن قيام كا من البنك المصدر و البنك المرسل بترتيبات التغطية بينهما تؤدي بالنتيجة إلى تصفية العلاقات التعاقدية بين الأطراف المتدخلة في الإعتماد المستندي بصورة نهائية.

خلاصة الفصل الثاني:

يعد الإعتماد المستندي من أهم التقنيات التي تقدمها البنوك كخدمات بنكية، فهو أساس تمويل و ضمان الحركة التجارية على المستوى الدولي بصفة عامة ، و الجزائر بصفة خاصة. يقصد بالإعتماد المستندي تلك العملية التي يتعهد بموجبها البنك بناء على تعليمات المستورد الأمر بتسديد مبلغ معين في أجل محدد لفائدة المصدر المستفيد، مقابل تسليم مستندات مطابقة و مثبتة لقيمة البضاعة.

والإعتماد المستندي على أنواع عدة تعكس تعدد معايير تصنيفه و من أمثلتها الإعتماد المستندي القابل و غير القابل للإلغاء، الإعتماد المعزز و غير المعزز إلى غير ذلك، كما واكب التطور الحاصل في التكنولوجيا عموما ليميز ما يسمى بالإعتماد المستندي الإلكتروني الذي يركز على الدعامة الإلكترونية عوضا عن الورقية كسبيل للتعزيز في الضمان الذي يوفره لمعامله.

و تكريسا لذلك يمر استخدامه في مجال التجارة الدولية بعدة مراحل تتضمن التقيد بإجراءات محددة، انطلاقا من إبرام عقد فتح الإعتماد المستندي بين البنك المصدر و الأمر من خلال تقديم طلب فتح الإعتماد و تبليغه للمصدر المستفيد، إلى غاية تنفيذه طبقا للشروط المنصوص عليها تسوية لحقوق أطرافه.

خلاصة الباب الثاني:

تمر المعاملة التجارية الدولية في تنفيذها بمراحل مختلفة تتضمن عدة خطوات عملية، نقطة انطلاقها تجسد من خلال إبرام عقد تجاري دولي بين المصدر و المستورد أين يتم الإتفاق على كافة تفاصيله و جوانبه الجوهرية وفقا لما تقتضيه النصوص القانونية الداخلية و الدولية خاصة منها ما تسمى بقواعد الإنكوترمز و المراد بها تلك القواعد أو البنود الموحدة المعترف بها من قبل المتعاملين في التجارة الدولية، غايتها السماح بتبادل التكاليف و الأعباء بشكل واضح بين البائع و المشتري عند إبرام و تنفيذ العقد الدولي، ليتم بعد ذلك إخضاعه لإجراء التوطين لدى بنك وسيط معتمد استنادا إلى المستندات الضرورية الواجب تقديمها لإتمام العملية، و هي متنوعة كالفاتورة النهائية و وثيقة الشحن البحري التي تعد من وثائق النقل الرئيسية المستخدمة في الجزائر.

و باعتبار البعد المكاني بين أطراف العقد و اختلاف درجة الثقة السائدة بينهم، إضافة إلى احتمالية التعرض لمخاطر عديدة تم إيجاد آليات تمنح ضمانات كافية للمتعاملين، فكان كل من التحويل الحر و التحصيل المستندي و الإعتماد المستندي هي الخيارات الممنوحة طبقا للقانون الجزائري مع الأفضلية لتقنية الإعتماد المستندي من الناحية العملية بالنظر إلى ما يوفره من ضمانات سواء بالنسبة للمصدر أو المستورد أو البنوك و ذلك تأسيسا على ما يتصف به من خصائص تتلخص في خاصيتي الضمان أي نشوء علاقة بين البنك المصدر و العميل الأمر على الإعتبار الشخصي إضافة إلى مطابقة المستندات للشروط المحددة المتفق عليها، و الإستقلالية بمعنى أن تعهد البنك لا يكون خاضعا لأي ادعاءات أو حجج صادرة من الأمر تكون ناتجة عن علاقته بالمستفيد أو بالبنك المصدر، كما لا يحق للمستفيد الإنتفاع من العلاقات الرابطة بين البنوك أو بين البنك و الأمر.

الختامة

الضمان البنكي الدولي أو كما يعرف بالضمان البنكي المستقل يشكل تعهدا يلتزم بمقتضاه البنك بناء على طلب المدين الأمر بدفع مبلغ معين، بمجرد الطلب أو مقابل مستندات صادرة عن طرف ثان و هو المستفيد، خلال مدة معينة لفائدة هذا الأخير .

فالضمان المستقل بأنواعه المختلفة عرف انتشارا واسعا على المستوى الدولي برغم حداثة كنه نظام قانوني مقارنة بنظام الكفالة.

إن الحاجة إلى هذا الضمان تنشأ بمناسبة التزام ملقى على عاتق المدين العميل ضمانا للوفاء لمصلحة طرف آخر كي يمنحه أجلا للوفاء أو يرتضي التعاقد معه أو غير ذلك، فيلجأ المدين إلى البنك طالبا إصدار ضمان للمستفيد وفقا للشروط المتفق عليها، ليتم ذلك بإعلان البنك تعهده و التزامه قانونا بتسديد المبلغ المحدد بالطريقة المحددة.

انطلاقا من ذلك يكتسي الضمان البنكي بصفة عامة أهمية بالغة في الحياة الإقتصادية كونه من وسائل الإئتمان التي تساعد على تنشيط الإقتصاد، و تبعث الثقة بين المتعاملين و تشجع المبادلات التجارية فيما بينهم، و ينعكس كل ذلك من خلال مزاياه المختلفة التي تستجيب بفعالية كبيرة لتأكيد استيفاء الدائن المستفيد لحقوقه في حال إخلال المدين أو سوء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية.

تبرز هذه المزايا بالنسبة للمدين الأمر في كون الضمان تقنية بديلة عن التأمينات النقدية التي لا تتماشى و متطلبات التجارة عموما و التجارة الدولية خصوصا، بسبب تجميدها و عدم إمكانية استثمارها و الإنتفاع بها، فكان تدخل البنك ، بما له من سمعة و ملاءة مالية و بما يمنحه من تسهيلات ائتمانية، إضافة إلى خصوصية التزامه المتميز بالقطعية و الإستقلالية، أفضل ضمان له، أما بالنسبة للبنك ذاته فأصدار الضمان يعد خدمة يقدمها لعملائه تعود عليه بمنافع كثيرة كونها مصدرا لأرباحه تتمثل فيما يتقاضاه من عمولات و فوائد، كما لا يتحمل أي خسارة في حال دفعه لمبلغ الضمان باعتبار ما يحتفظ به

من غطاء و ضمانات كافية من العميل تكفل له استرداد قيمة ما يدفعه لمصلحة المستفيد، الذي بدوره يكون متأكدا من الحصول على حقوقه بيسر و سهولة.

و بذلك فالضمان البنكي يؤدي دورا هاما جدا في تأمين المبادلات التجارية الدولية للسلع أو الخدمات، فظهوره في مجال التجارة الدولية كان استجابة لمتطلبات المرونة فيه، و بالنسبة للجزائر فقد نص عليه و بشكل صريح النظام رقم 93-02 الصادر سنة 1993 المحدد لشروط إصدار الضمان و الضمان المقابل المنعقد في إطار الإلتزامات المتخذة وفقا للتشريع و التنظيم المتعلقين بالتجارة الدولية و الصرف الساري المفعول، إذ يتجسد استخدامها في الواقع العملي بإبرام عقد تجاري يتضمن اتفاقا بين مصدر و مستورد بصدد مبادلة تجارية على المستوى الدولي، يتطلب إتمامها وجوب توفر عناصرها الأساسية و خاصة ما تعلق منها بتكوين المستندات اللازمة و الضرورية لإجراء التوطين البنكي باعتباره إجراء مسبقا مفروضا على كافة العمليات المرتبطة بالتجارة الدولية كأصل عام إلا ما استثني بنص القانون، الغرض منه ممارسة الدولة لرقابتها على الصرف بتفويض من بنك الجزائر، بالإضافة إلى تحديد نوع الضمانات المطلوب تقديمها بحسب طبيعة الصفقة المبرمة و ما يحيطها من مخاطر يستلزم تغطيتها، لتتم تسويتها باللجوء إلى التقنيات الثلاث التي تعرفها الممارسة البنكية في الجزائر ألا و هي التحويل الحر في حال وجود ثقة مطلقة بين الأطراف، أو التحصيل المستندي إذا كانت تلك الثقة محدودة، أو الإعتماد المستندي إذا انعدمت الثقة فيما بينهم، فهي تقنيات دفع و ضمان في الوقت ذاته بالنظر إلى ما تنتجه من أمان و طمأنينة بين أطرافها.

و تأكيدا لما سبق تم التوصل إلى أهم النتائج التالية:

- الضمانات البنكية الدولية تستعمل كتقنيات دفع في العمليات التجارية الدولية، من خلال منح تعويضات نقدية من طرف البنوك الضامنة بناء على طلب العميل الأمر لصالح المستفيد في حال الإخلال بالإلتزامات التعاقدية أو سوء تنفيذها.

- للضمانات البنكية الدولية دورا فعالا في حماية و ضمان حقوق الأطراف المتدخلة، يتجسد من خلال تغطية مختلف المخاطر الناتجة عن أي معاملة تجارية دولية بتدخل البنك الذي يقدم تعهده، القاطع و غير الرجعي، لفائدة المستفيد بالوفاء بمجرد طلب هذا الأخير أو بمقابل تسليم مستندات معينة، و هو ما يعزز الثقة بين المتعاملين الإقتصاديين.
- استخدام المشرع الجزائري في كثير من المواضع مصطلح الكفالة البنكية تعبيرا عن الضمان المستقل، مما أدى بالكثير إلى الخلط فيما بينهما بإعطائهما نفس المفهوم، في حين أن الواقع عكس ذلك باعتبار أن الضمان البنكي من أهم ميزاته الإستقلالية التي تمنح المستفيد أكبر قدر من الحماية، على عكس الكفالة البنكية الخاضعة في أصلها لأحكام الكفالة التقليدية وفقا للتقنين المدني، المتسمة بخاصية التبعية التي لا يتوافق و الطبيعة التطورية للتجارة الدولية.
- تعد خطابات الضمان المستقلة، أو كما تعرف اصطلاحا بعقود الضمان و الضمان المقابل، من صميم الممارسة البنكية تضمنها النظام رقم 02-93، و التعلية رقم 02-95 المطبقة له الصادرة عن بنك الجزائر، و من خلال التسمية يلاحظ الإستقرار على تكييفها العقدي الذي يستلزم لانعقاده توفر أركان و شروط صحته مع بعض الخصوصية باعتباره خدمة بنكية.
- تكريس معيار الإقامة دون الجنسية، فالأجنبي وفقا للنظام رقم 02-93 هو الشخص غير المقيم، فالضمان يصدر من قبل البنوك الوسيطة المعتمدة لفائدة المقيمين بموجب التزامات مأخوذة في الجزائر من قبل غير مقيمين، و الضمان المقابل يصدر لصالح غير المقيم بموجب التزامات مأخوذة من قبل المقيم تجاه الخارج.
- التعلية رقم 04-95 المطبقة للنظام رقم 02-93 بالإضافة إلى إصدارها سنتين كاملتين بعد إصدار النظام، و هو ما لا يتماشى و طبيعة التجارة عموما التي تقتضي الحركية و السرعة

- و التطور الدائم، فهي لم تتضمن أحكاما تفصيلية توضح الإطار العام لتكريس هذا النوع من الضمانات في التجارة الدولية و خاصة من حيث مراحل، كفاءات و إجراءات إصدارها.
- البنوك الجزائرية لا تتعامل بكثرة بخطابات الضمان المستقل، كما لا توليها اهتماما كبيرا كونها تلجأ إلى التأمين لتجنب مخاطر التجارة الدولية، بعكس الإعتماد المستندي الذي كرسه الواقع العملي في الجزائر من أكثر التقنيات المستخدمة لضمان المعاملات التجارية الدولية، فهو يشكل تأمينا للبائع المصدر للحصول على ثمن البضاعة في نطاق ائتمان من البنك يضمن له حقوقه مقابل تسليم مستندات مطابقة، كما يضمن عدم تجميد جزء من أموال المشتري في الفترة ما بين إرسال مبلغ البضاعة إلى البائع إذا اضطر إلى الدفع مسبقا و تسلمه للمستندات التي تمكنه من الحصول على البضاعة، فالبنك لا يتولى الدفع إلا بعد استلامه لتلك المستندات المطابقة لشروط الإعتماد.
- استقلالية العلاقات التعاقدية بين المتدخلين في الإعتماد المستندي تمنح الطمأنينة و الثقة لهم بفضل الضمانات التي يقدمها البنك لهم و حماية كل طرف من سوء نية الطرف الآخر، و كذا سوء مخاطر العوامل الخارجية.
- رغم المزايا العديدة التي يوفرها الإعتماد المستندي بأنواعه المختلفة و خاصة الإعتماد المستندي غير القابل للإلغاء، إلا أن له جوانبا سلبية مؤثرة في درجة الضمان التي تمنحها كخطر السرقة و تعرض البضاعة للتلف و مشاكل أخرى ترتبط بمسألة النقل.
- إلغاء إجبارية التعامل بالتقنيات الثلاث المنصوص عليها في المادة 69 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 المعدلة و المتممة، متمثلة في التحويل الحر، التحصيل المستندي، الإعتماد المستندي و ذلك بمقتضى قانون المالية لسنة 2017، و هو ما يفتح المجال واسعا أمام

المتعاملين لاستعمال أنواع أخرى من الضمانات البنكية كالضمان بمجرد الطلب بفعل المزايا التي يوفرها لكل من المصدر و المستورد.

من خلال هذه النتائج يتم تقديم أهم الإقتراحات الآتي ذكرها:

- نظرا لانتشار استخدام تقنية الإعتماد المستندي من قبل المتعاملين الإقتصاديين الجزائريين، فعلى هؤلاء القيام بدراسة جيدة لآلياته و إجراءات تنفيذه.
- على أي متعامل اقتصادي سواء كان مصدرا أو مستوردا اختيار الإعتماد المستندي المناسب حتى يضمن أقل التكاليف و أقل المخاطر في ظل السرعة في التنفيذ.
- العمل أكثر على عصنة الخدمات البنكية في مجال الضمانات البنكية بالإعتماد التام على التكنولوجيا و المعلوماتية و تأمينها بصورة فعالة تماشيا مع ما عرفته المعاملات التجارية الدولية من تطور سريع و مستمر، بالإضافة إلى التقليل من قيمة العمولات المرتفعة المرهقة للمتعاملين الجزائريين لفائدة البنوك و المتعاملين الأجانب.
- العمل على تطوير و تسهيل التعامل بالضمانات البنكية لدولية من خلال إيجاد نوع من الإنسجام بين الإطار القانوني الداخلي و القواعد و الأصول الموحدة المنظمة لكل نوع من تلك الضمانات تقاديا للتعارض بين أحكامها، و تجنبنا لما قد ينشأ عن ذلك من مشاكل و نزاعات، مما يسمح بتوفير أفضل الظروف للتنفيذ الجيد للمبادلة التجارية.
- توفير أكثر حرية و سهولة في منح الضمانات البنكية الدولية بمختلف أنواعها، و تشجيع المتعاملين الجزائريين على استخدامها بصدد عقود التجارة الدولية المبرمة من قبلهم، و خاصة فيما يتعلق بخطابات الضمان المستقل التي تعد أفضل تقنية بنكية أثبتت نجاعتها على المستوى الدولي، فحتى و إن لم تشكل تغطية تامة لكل المخاطر و خصوصا السياسية منها، غير أنها

تساهم على الأقل في التقليل منها بصفة فعالة، بما يسمح بتكريس الثقة و الأمان لكافة الأطراف،
مما ينعكس إيجابا على تطوير و ترقية التجارة الدولية.

قائمة المراجع

أولاً - باللغة العربية:

أ - الكتب:

1. الأشهب نوال عبد الكريم، التجارة الدولية، دار المنهل للطباعة و النشر، لبنان، 2015.
2. البارودي علي، العقود و عمليات البنوك التجارية وفقا لأحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2001.
3. البسيوني محمد عبد الغفار و آخرون، القانون التجاري: دراسة موجزة في الأعمال التجارية-الأوراق التجارية-الشركات التجارية، الجامعة العمالية، مصر، 2009.
4. التلاحمة خالد إبراهيم، الوجيز في القانون التجاري، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر و التوزيع، الأردن، 2006.
5. الجبر محمد حسن، العقود و عمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، النشر العلمي و المطابع لجامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 1997.
6. الذنون حسن علي و الرحو محمد سعيد، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام. أحكام الإلتزام: دراسة مقارنة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر و التوزيع، الأردن، 2004.
7. الزعبي أكرم إبراهيم حمدان، مسؤولية المصرف المصدر في الإعتماد المستندي: دراسة مقارنة وفقا لأحكام النشرة 500، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة و النشر، الأردن، 2000.
8. الزين محمد، النظرية العامة للإلتزامات: العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة الوفاء، تونس، 1997.
9. السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الإلتزام بوجه عام - مصادر الإلتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بدون سنة نشر.

10. السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني: التأمينات الشخصية و العينية، الجزء 10، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر .
11. الشراوي محمود سمير، القانون التجاري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، مصر، 1984.
12. الشراوي محمود سمير، العقود التجارية الدولية: دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، مصر، 1992.
13. الصوص نداء محمد، مبادئ القانون التجاري، الطبعة الأولى، مكتبة المجتمع العربي للنشر والتوزيع و دار أجنادين للنشر و التوزيع، الأردن، 2007.
14. العايب وليد و بوخاري لحو، اقتصاديات البنوك و التقنيات البنكية، الطبعة الأولى، مكتبة حسن العصرية، لبنان، 2013.
15. العبدلاوي إدريس العلوي، شرح القانون المدني: النظرية العامة للإلتزام-الإرادة المنفردة- الإثراء بلا سبب-المسؤولية التقصيرية-القانون، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، 2000.
16. العكلي عزيز، شرح القانون التجاري: الأوراق التجارية و عمليات البنوك، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2007.
17. الفقي محمد السيد، مبادئ القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
18. الفقي محمد السيد و الغرياني المعتصم بالله، أساسيات القانون التجاري و البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009.
19. الكيلاني محمود، الموسوعة التجارية و المصرفية: عمليات البنوك، المجلد الرابع، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2008.
20. موسى محمد بن إبراهيم، نظرية الضمان الشخصي: الكفالة، الجزء الأول، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1991.

21. أبو السعود رمضان، التأمينات الشخصية و العينية، منشأة المعارف، مصر، 1995.
22. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري: التصرف القانوني-العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
23. بن حبيب عبد الرزاق و خالدي خديجة، أساسيات العمل المصرفي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
24. بيطار وصفي، مصارف و أوراق ، الشركة العصرية، لبنان، 2003.
25. ترك محمد عبد الفتاح، عقود البيع البحرية الدولية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007.
26. تناغو سمير عبد السيد، أحكام الإلتزام و الإثبات، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009.
27. حاجي فطيمة، المدخل إلى تمويل التجارة الخارجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017.
28. حمدي عبد العظيم، دراسات في الإقتصاد الإسلامي: خطاب الضمان في البنوك الإسلامية، المجلد 13، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، مصر، 1996.
29. جواد محمد علي، العقود الدولية: مفاوضاتها-إبرامها-تنفيذها، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2010.
30. خليل أحمد، أصول التنفيذ الجبري، الدار الجامعية للطباعة و النشر، لبنان، 2000.
31. دويدار هاني، القانون التجاري: العقود التجارية-العمليات المصرفية-الأوراق التجارية-الإفلاس، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.

32. راشد راشد، الأوراق التجارية-الإفلاس و التسوية القضائية في القانون الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
33. سعد الله عمر، قانون التجارة الدولية: النظرية المعاصرة، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2016.
34. سعد نبيل ابراهيم ، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص و قانون الإلتزامات و قانون الأموال: دراسة مقارنة، منشأة المعارف، مصر، 2000.
35. سعد نبيل ابراهيم، النظرية العامة للإلتزام: أحكام الإلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2003.
36. سليمان رمضان محمد عمر، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009.
37. سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، دار الأمل للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2001.
38. سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع: دراسة مقارنة و مدعمة باجتهادات قضائية و فقهية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2012.
39. شحاتة صلاح ابراهيم، ضوابط منح الإئتمان المصرفي من منظور قانوني و مصرفي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2009.
40. طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، الدار العلمية الدولية و مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2001.
41. طليان محمد حسن صالح، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، مصر، 2017.

42. طه مصطفى كمال، النظرية العامة للقانون التجاري و البحري: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
43. عشي علاء الدين، مدخل للقانون الإداري، دار الهدى، الجزائر، 2012.
44. عطاي هاني، التحكيم في الضمانات المصرفية: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، مصر، 2017.
45. علي الدين محي الدين اسماعيل، الإعتمادات المستندية، الطبعة الأولى، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، مصر، 1996.
46. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام: مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
47. عواد حازم ربحي و آخرون، مبادئ القانون التجاري، دار يافا العلمية للنشر و التوزيع، الأردن، 2006.
48. عوض علي جمال الدين، عمليات البنوك من الوجة القانونية، المكتبة القانونية، مصر، 1993.
49. فتاك علي، مبسوط القانون التجاري الجزائري في الأوراق التجارية: السفتجة، الجزء الأول، ابن خلدون للنشر و التوزيع، الجزائر، 2004.
50. فوضيل نادية، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، الطبعة 11، دار هومة، الجزائر، 2006.
51. قرمان عبد الرحمن السيد، العقود التجارية و عمليات البنوك طبقا للأنظمة القانونية بالمملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، مكتبة الشقري، المملكة العربية السعودية، 2010.
52. لطرش الطاهر، تقنيات البنوك، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
53. محمد نصر محمد، الوسيط في عقد التجارة الدولية، دار الكتب العلمية، لبنان، 2013.
54. محمود عصام حنفي، قانون التجارة الدولية، جامعة بنها، مصر، بدون سنة نشر.

55. مخلوف حنان عبد العزيز، العقود الدولية، جامعة بنها، مصر 2010.
56. ملش فاروق، قواعد غرفة التجارة الدولية بشأن استخدام مصطلحات التجارة المحلية و الدولية
2010، منشأة الشنهاجي للطباعة و النشر، مصر، 2011.
57. موريس نحلة، الكامل في شرح القانون المدني: دراسة مقارنة، الجزء الثالث، منشورات الحلبي
الحقوقية، لبنان، 2007.
58. ناصر سليمان، التقنيات البنكية و عمليات الإئتمان، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية،
الجزائر، 2015.
59. نصار سعد و نصار نجلاء، الضمانات البنكية في التجارة الدولية في كتابين: خطاب الضمان
البنكي و خطاب الإعتماد المستندي بالضمان في التجارة الدولية: دراسة مقارنة، دار ممفيس
للطباعة، مصر، 1997.
60. ياملكي أكرم، الأوراق التجارية وفقا لاتفاقيات جنيف الموحدة و العمليات المصرفية وفقا للأعراف
الدولية، الدار العلمية الدولية و مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2001.

ب- الرسائل و المنكرات الجامعية:

ب-1- رسائل الدكتوراه:

1. الأمين محمد الحسن صالح، الخدمات المصرفية غير الإستثمارية و حكمها في الشريعة الإسلامية،
رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه، فرع الفقه و الأصول، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، جامعة
أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1987.
2. الشريف أحمد، عقد التوريد: دراسة في القانون المقارن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون
الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.

3. أبو العينين أحمد هاني محمد السيد، الفحص و الإخطار الواجب على المشتري في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، 2005.
4. أمقران راضية، خطابات الضمان المصرفية و موقف الشريعة الإسلامية منها، أطروحة دكتوراه في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014.
5. آيت وازو زابينة، مسؤولية البنك المركزي في مواجهة الأخطار المصرفية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
6. باوني محمد، الضوابط الشرعية للأعمال المصرفية المعاصرة: دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة في الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2001-2002.
7. بسعيد مراد، عقد النقل البحري للبضائع وفقا للقانون البحري الجزائري و الإتفاقيات الدولية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.
8. بعناش ليلي، أثر الغش في عقد الأساس على تنفيذ الإعتماد المستندي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2013-2014.
9. بلول امير، إشكاليات التنفيذ على الضمانات البنكية: دراسة مقارنة في القانون الجزائري و الفرنسي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، مارس 2018.

10. بن ددوش نضرة، انقضاء الإلتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، 2010-2011.
11. بن عثمان فريدة، النظام القانوني للصيغ التجارية الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017.
12. جبار رقية، النظام القانوني للعمليات البنكية الدولية: الإعتماد المستندي و الكفالة البنكية ، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، 2017 .
13. زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، رسالة لنيل دكتوراه دولة في القانون الخاص، معهد الحقوق و العلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 1992.
14. شبة سفيان ، عقد البيع الدولي ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012 .
15. شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008-2009.
16. كوسام أمينة، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري و زراعي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2015-2016.
17. معاشو عمار، الضمانات في العقود الإقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي و العلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 1999.

ب-2- مذكرات الماجستير:

1. الديب هبة محمد محمود، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية: دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، رسالة مقدمة للحصول على درجة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر بغزة، فلسطين، 2012.
2. السعيد سماح يوسف اسماعيل، العلاقة التعاقدية بين أطراف عقد الإعتماد المستندي، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية بنابلس، فلسطين، 2007.
3. الشنطي ريم عدنان عبد الرحمن، الإنابة في الوفاء: دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري و القانون المدني الأردني و مشروع القانون المدني الفلسطيني، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية بنابلس، فلسطين، 2007.
4. الطيب علي محمد أحمد، الأحكام القانونية لخطاب الضمان المصرفي: دراسة قانونية مقارنة، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية القانون، جامعة النيلين، السودان، 2016.
5. العاقب عيسى، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، 1986.
6. الملاعبى إيناس جواد حسن، آلية التعامل بالإعتمادات المستندية لدى المصارف الإسلامية، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2014-2015.
7. باقي وداد، الكفالة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق ببوداوا، جامعة بومرداس، 2009.

8. بلاق محمد، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2010-2011.
9. بن بريكة فريال، مكانة الإعتماد المستندي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2016-2017.
10. بن شعبان حكيم، الإعتماد المستندي و التجارة الخارجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.
11. بورزام رمزي، الآثار القانونية للإعتماد المستندي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سطيف 2، 2013-2014.
12. بوكونة نورة، تمويل التجارة الخارجية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإقتصادية، كلية العلوم الإقتصادية و العلوم التجارية و علوم التسيير، جامعة الجزائر 3، 2011-2012.
13. بونحاس عادل، دور الإعتماد المستندي في ضبط التجارة الخارجية: دراسة حالة الجزائر (2002-2010)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإقتصادية، تخصص اقتصاد التنمية، كلية العلوم الإقتصادية و التجارة و علوم التسيير، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2013-2014.
14. تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.

15. حمداوي نورة، الطبيعة القانونية للتعهد عن الغير في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر، 2001-2002.
16. سعدي عبد الحليم، الإعتماد المستندي: نظام قانوني خاص، بحث لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2000-2001.
17. شلال رشيد، تسيير المخاطر المالية في التجارة الخارجية الجزائرية، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في العلوم التجارية، تخصص إدارة العمليات التجارية، كلية العلوم الإقتصادية و العلوم التجارية و علوم التسيير، جامعة الجزائر 3، 2010-2011.
18. شلغوم رحيمة، ضمانات القرض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008.
19. طرابلسي أحمد أسامة، عقد البيع فوب «Free on bord»، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر 1، 2013-2014.
20. عشاري أسماء، النظام القانوني للشركة الجزائرية لتأمين و ضمان الصادرات و آثارها على التجارة الخارجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر 1، 2014-2015.
21. علودة نجمة دامية، دور المؤسسات المصرفية في التجارة الخارجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.
22. فضيل نورة، النظام القانوني للتأمين على القرض في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006.

23. كلوب إياد إبراهيم محمد، الإشرط لمصلحة الغير، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق،

جامعة الأزهر بغزة، فلسطين، 2014.

24. لشهب نادية ليلي، انقضاء الإلتزام بالإنابة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود

و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016-2017.

25. لعوج أرزقي، عقد تأمين القرض عند التصدير وفق القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة

الماجستير، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر، 2007-2008.

26. نبات خديجة، مسؤولية الناقل البحري للبضائع في ظل قواعد روتردام-اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة

بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا: دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة

الماجستير في الحقوق، تخصص العقود و المسؤولية، كلية الحقوق ببودواو، جامعة امجد بوقرة

بومرداس، 2012-2013.

27. هناوي وائل نورس، دور الكفالات المصرفية في عملية المبادلات التجارية الخارجية و تنفيذ المشاريع

الإقتصادية: دراسة تطبيقية على المصرف التجاري السوري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في

العلوم المالية و المصرفية، كلية الإقتصاد، جامعة دمشق، سوريا، 2016.

ج- المقالات:

1. الإبراهيم مروان و الجزائري هاشم، « دور البنوك التجارية في الحد من عمليات الإحتيال في

الإعتمادات المستندية»، أبحاث اليرموك: سلسلة العلوم الإنسانية و الإجتماعية، العدد 4، المجلد

23، منشورات اليرموك، العراق، ديسمبر 2007.

2. البيضاني فراس كريم و عبد العظيم على عبد الحسين، « دور قانون الإرادة في عقد الإعتدال المستندي الدولي: دراسة مقارنة»، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد 2، المجلد 9، كلية الحقوق بابل، العراق، 2017.
3. الحموري طارق، « قراءة مبسطة في عقود التجارة الدولية، ندوة صياغة و إبرام عقود التجارة الدولية»، شرم الشيخ، مصر، أيام 25-29 ديسمبر 2007.
4. الشامسي جاسم علي سالم، « كفالة الرخصة التجارية و خطاب الضمان المصرفي و تطبيقاته و مدى توافقه مع الحدود الشرعية»، مقال ملقى في إطار مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 16، دبي، الإمارات العربية المتحدة، من 9 إلى 14 أبريل 2005.
5. أزيد شكور صالح، « الغش في الإعتمادات المستندية و أثره على التزام البنك: دراسة مقارنة»، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية، العدد 4، المجلد 2، جامعة كركوك، العراق، 2013.
6. باوني محمد، « العمل المصرفي و حكمه الشرعي: بحث مقارنة في الفقه و القانون»، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 19، منشورات جامعة منتوري، قسنطينة، جوان 2003.
7. بضليس عبد العزيز، « معيار فحص البنك للمستندات في ظل القواعد و الأعراف الدولية الموحدة للإعتمادات المستندية»، المجلة المصرية للدراسات القانونية و الإقتصادية، العدد 9، الجزء الأول، مصر، يوليو 2017، متوفر على الموقع الإلكتروني: www.ejles.com
8. بلغنامي نبيلة و سحنون جمال الدين، « التحرير المالي و انعكاساته على تقنيات تمويل التجارة الخارجية في الجزائر»، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 17، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، السداسي الثاني 2017.
9. بن عثمان فريدة، « تفسير عقود التجارة الدولية وفقا للقواعد الدولية»، مجلة دفاتر السياسة و القانون، العدد 15، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، جوان 2016.

10. بوخلخال عبد الرحيم و شربي محمد الأمين، « إشكالية هيمنة قروض التجارة الخارجية على قروض الإستثمار: دراسة حالة بنك التنمية المحلية BDL»، كلية العلوم الإقتصادية و التجارية و علوم التسيير، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 22 ديسمبر 2013، متوفر على الموقع الإلكتروني: https://dspace.univ_ouargla.dz/jspui/bistream/123456789/3366/17.pdf
11. جادر غني ريسان، « الضمان بمجرد الطلب»، مجلة العلوم الإقتصادية، العدد 25، المجلد 7، جامعة بغداد، العراق، نوفمبر 2009 .
12. جاسم أسيل باقر، « أثر التحكيم على خطاب الضمان: دراسة تحليلية»، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة بابل، 2013.
13. حجارة ربيحة، « وضع قطاع التجارة الخارجية في الجزائر، تراجع في التحرير أم ضبط للقطاع»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 2، المجلد 14، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2016.
14. دبابش عبد الرؤوف و دغيش حملاوي، « مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة و القانون»، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 44، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جوان 2016.
15. زكري محمد حسين و استبرق محمد حمزة، « التزامات أطراف التفاوض في عقود التجارة الدولية»، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد 2، المجلد 6، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بابل، العراق، 2014.
16. رؤوف نغم حنا، « العقود النموذجية للجنة الإقتصادية الأوروبية»، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد 6، المجلد 14، العراق، يونيو 2007.
17. رمضان عماد محمد، « نحو التزام البنك بفحص المستندات في الإعتماد المستندي في ضوء قانون التجارة البحريني و المصري و النشرة 600 لسنة 2007 الصادرة عن غرفة باريس»، المجلة

المصرية للدراسات القانونية و الاقتصادية، العدد 4، مصر، مارس 2015، متوفر على الموقع

الإلكتروني: www.ejles.com

18. زروني مصطفى و حنك سعيدة، « دوافع استعمال شبكة سويفت «SWIFT» في المعاملات

الدولية»، مجلة الإحصاء و الإقتصاد التطبيقي، العدد 20، المدرسة الوطنية العليا للإحصاء

و الإقتصاد التطبيقي، 2013، متوفر على الموقع: www.enssea.net/enssa/majalat/2008pdf

19. سعدي عبد الحليم، «الأرضية القانونية للإعتماد المستندي الإلكتروني»، مجلة المفكر، العدد 09،

كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ماي 2013.

20. سعود عويد عبد، «الحماية القانونية للإعتماد المستندي من الغش التجاري»، مجلة كلية

الحقوق، العدد 1، المجلد 18، جامعة النهرين، بغداد، العراق، جانفي 2016.

21. شتواح العياشي، «نظرة قانون لاهاي الموحد لمعيار دولية عقد البيع»، مجلة العلوم الإجتماعية،

العدد 19، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، ديسمبر 2014.

22. طراد كامل خير الله، «خطابات الضمان و أهميتها في عقود المقاولات و التجهيز الحكومية»،

مجلة كلية التراث الجامعة، العدد 19، المجلد 1، كلية التراث الجامعة، العراق، 2015 .

23. عبد الهادي زبيدة، «القواعد المادية لمنازعات عقود التجارة الدولية في الأنظمة العربية في إطار

الإتفاقيات الدولية: دراسة مقارنة»، المجلة العربية للعلوم و نشر الأبحاث، العدد 2، المجلد 3،

مؤسسة المجلة العربية للعلوم و نشر الأبحاث، فلسطين، مارس 2017.

24. فولى راوي محمد عبد الفتاح، «أثر الغش في التزام البنك في الإعتماد المستندي: دراسة مقارنة»،

مجلة الفكر الشرطي، العدد 88، المجلد 23، مركز بحوث الشرطة، الشارقة، الإمارات العربية

المتحدة، 2014، متوفر على الموقع الإلكتروني:

<https://platform.almanhal.com/Reader/Article/40935>

25. قادري عبد المجيد، «الطبيعة القانونية للمقاصة»، مجلة التواصل في العلوم الإنسانية و
الإجتماعية، العدد 32، جامعة باجي مختار، عنابة، ديسمبر 2012.
26. قدة حبيبة، «مفهوم عملية التحويل المصرفي و طبيعتها القانونية»، مجلة دفاتر السياسة و
القانون، العدد 10، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، جانفي 2014.
27. قسوري فهيمة، «دور الإعتماد المستندي في تسوية ثمن عقود التجارة الدولية»، مجلة الباحث
للدراستات الأكاديمية، العدد الثاني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة،
جوان 2014.
28. كتوش عاشور و قورين حاج قويدر، «دور الإعتماد المستندي في تمويل التجارة الخارجية: حالة
مؤسسة SNVI»، الملتقى الدولي حول سياسات التمويل و أثرها على الإقتصاديات و المؤسسات
النامية، جامعة بسكرة، أيام 21-22 نوفمبر 2006.
29. كروم السالك، «النظام القانوني للضمانات البنكية المستقلة»، مجلة القانون و الأعمال، العدد 17
جامعة الحسن الأول، المغرب، مارس 2017.
30. معزي صونية، «الغش و أثره على الإلتزام المصرفي المستقل في عقد الإعتماد المستندي في
القانون الجزائري»، مجلة المفكر، العدد 10، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر،
بسكرة، جانفي 2014.
31. نوري أمال محمد، «إجراءات الإعتمادات المستندية في العراق بين الحقيقة و الرؤى: مدخل نظري»،
مجلة كلية بغداد للعلوم الإقتصادية، العدد 29، جامعة بغداد، العراق، 2012.

د- النصوص القانونية:

د-1- النصوص التشريعية:

1. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، معدل و متمم.
2. أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، جريدة رسمية عدد 101، الصادرة في 19 ديسمبر 1975، معدل و متمم.
3. أمر رقم 76-80 مؤرخ في 23 أكتوبر 1976، يتضمن القانون البحري، جريدة رسمية عدد 29، الصادرة في 10 أبريل 1977، معدل و متمم.
4. قانون رقم 79-07 مؤرخ في 21 يوليو 1979، يتضمن قانون الجمارك، جريدة رسمية عدد 30، الصادرة في 24 يوليو 1979، معدل و متمم .
5. قانون رقم 90-10 مؤرخ في 14 أبريل 1990، يتعلق بالنقد و القرض، جريدة رسمية عدد 16، الصادرة في 18 أبريل 1990 (ملغى).
6. مرسوم تشريعي رقم 93-09، مؤرخ في 25 أبريل 1993، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966، جريدة رسمية عدد 27، الصادرة في 27 أبريل 1993 (ملغى).
7. أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالتأمينات، جريدة رسمية عدد 13، الصادرة في 8 مارس 1995، معدل و متمم.
8. أمر رقم 96-06 مؤرخ في 10 جانفي 1996، يتعلق بتأمين القرض عند التصدير، جريدة رسمية عدد 3، الصادرة في 14 جانفي 1996.

9. قانون رقم 98-06 مؤرخ في 27 يونيو 1998، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، جريدة رسمية عدد 48، الصادرة في 28 يونيو 1998، معدل و متمم.
10. قانون رقم 98-10 مؤرخ في 22 أوت 1998، يتضمن تعديل قانون الجمارك، جريدة رسمية عدد 61، الصادرة في 23 أوت 1998، معدل و متمم.
11. أمر رقم 03-04، مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع و تصديرها، جريدة رسمية عدد 43، الصادرة في 20 يوليو 2003، معدل و متمم.
12. أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد و القرض، جريدة رسمية عدد 52 الصادرة في 27 أوت 2003، معدل و متمم.
13. قانون رقم 05-01 مؤرخ في 6 فيفري 2005، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافئتهما، جريدة رسمية عدد 11، الصادرة في 9 فيفري 2005، معدل و متمم.
14. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جريدة رسمية عدد 21، الصادرة في 23 أفريل 2008.
15. قانون رقم 08-21، مؤرخ في 30 ديسمبر 2008، يتضمن قانون المالية لسنة 2009، جريدة رسمية عدد 74، الصادرة في 31 ديسمبر 2008.
16. أمر رقم 09-01 مؤرخ في 22 يوليو 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، جريدة رسمية عدد 44، الصادرة في 26 يوليو 2009.
17. أمر رقم 10-01 مؤرخ في 26 أوت 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، جريدة رسمية عدد 49، الصادرة في 29 أوت 2010.
18. قانون رقم 11-11 مؤرخ في 18 يوليو 2011، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، جريدة رسمية عدد 40، الصادرة في 20 يوليو 2011.

19. أمر رقم 02-12 مؤرخ في 13 فيفري 2012، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتهما، جريدة رسمية عدد 8، الصادرة في 15 فيفري 2012، معدل و متمم.
20. قانون رقم 08-13 مؤرخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، جريدة رسمية عدد 68، الصادرة في 31 ديسمبر 2013.
21. قانون رقم 14-16 مؤرخ في 28 ديسمبر 2016، يتضمن قانون المالية لسنة 2017، جريدة رسمية عدد 77، الصادرة في 29 ديسمبر 2016.
22. قانون رقم 04-17 مؤرخ في 16 فيفري 2017، يتضمن تعديل قانون الجمارك، جريدة رسمية عدد 11، الصادرة في 19 فيفري 2017.

د-2- النصوص التنظيمية:

1. مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.
2. مرسوم تنفيذي رقم 95-412 مؤرخ في 9 ديسمبر 1995، يحدد البضائع و معدات التجهيز التي تستورد عن طريق البحر و الجو و تعفى من إلزامية التأمين لدى شركة تأمين معتمدة في الجزائر، جريدة رسمية عدد 76، الصادرة في 10 ديسمبر 1995.
3. مرسوم تنفيذي رقم 96-235 مؤرخ في 2 يوليو 1996، يحدد شروط تسيير الأخطار المغطاة بتأمين القرض عند التصدير و كفاءاته، جريدة رسمية عدد 41، الصادرة في 3 يوليو 1996.
4. مرسوم تنفيذي رقم 09-102 مؤرخ في 10 مارس 2009، يحدد الإجراءات المطبقة عند استيراد و تصدير الأدوية ذات الإستعمال البيطري، جريدة رسمية عدد 16، الصادرة في 15 مارس 2009.

5. مرسوم تنفيذي رقم 12-93 مؤرخ في 1 مارس 2012، يحدد شروط و كفاءات الإستفادة من صفة المتعامل الإقتصادي المعتمد لدى الجمارك، جريدة رسمية عدد 14، الصادرة في 7 مارس 2012.
6. مرسوم تنفيذي رقم 12-203، مؤرخ في 6 ماي 2012، يتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات، جريدة رسمية عدد 28، الصادرة في 9 ماي 2012.
7. مرسوم تنفيذي رقم 16-299 مؤرخ في 23 نوفمبر 2016، يحدد شروط و كفاءات استعمال الأشياء و اللوازم الموجهة لملامسة المواد الغذائية و كذا مستحضرات تنظيف هذه اللوازم، جريدة رسمية عدد 69، الصادرة في 6 ديسمبر 2016.
8. قرار مؤرخ في 19 ديسمبر 2015، يحدد نماذج التصريح بالنزاهة و التصريح بالترشح و التصريح بالإكتتاب و رسالة التعهد و التصريح بالمناول، جريدة رسمية عدد 17، الصادرة في 16 مارس 2016.
9. نظام رقم 91-03 مؤرخ في 20 فيفري 1991، يتعلق بشروط القيام بعمليات استيراد سلع للجزائر وتمويلها، جريدة رسمية عدد 23، الصادرة في 25 مارس 1992 (ملغى).
10. نظام رقم 91-12 مؤرخ في 14 أوت 1991، يتعلق بتوطين الواردات، جريدة رسمية عدد 28 الصادرة في 15 أفريل 1992 (ملغى).
11. نظام رقم 91-13 مؤرخ في 14 أوت 1991، يتعلق بالتوطين و التسوية المالية للصادرات غير المحروقات، جريدة رسمية عدد 30، الصادرة في 22 أفريل 1992 (ملغى).
12. نظام رقم 93-02 مؤرخ في 3 جانفي 1993، يتعلق بإصدار عقود الضمان و الضمان المقابل من قبل البنوك الوستاء المعتمدين، جريدة رسمية عدد 17، الصادرة في 14 مارس 1993.
13. نظام رقم 05-05 مؤرخ في 15 ديسمبر 2005، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتهما، جريدة رسمية عدد 26، الصادرة في 23 أفريل 2006 (ملغى).

14. نظام رقم 01-07 مؤرخ في 3 فيفري 2007، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، جريدة رسمية عدد 31، الصادرة في 13 ماي 2007، معدل ومتمم.

15. نظام رقم 03-12 مؤرخ في 28 نوفمبر 2012، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتهما، جريدة رسمية عدد 12، الصادرة في 27 فيفري 2013.

16. نظام رقم 01-13 مؤرخ في 8 أبريل 2013، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، جريدة رسمية عدد 29، الصادرة في 2 يونيو 2013.

17. نظام رقم 04-16، مؤرخ في 17 نوفمبر 2016، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، جريدة رسمية عدد 72، الصادرة في 13 ديسمبر 2016، معدل و متمم.

18. نظام رقم 02-17 مؤرخ في 25 سبتمبر 2017، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، جريدة رسمية عدد 56، الصادرة في 28 سبتمبر 2017.

19. تعليمية رقم 02-15 مؤرخة في 22 جويلية 2015، تحدد مستوى الإلتزامات الخارجية للبنوك و

المؤسسات المالية. Site: www.bank-of-algeria.dz

20. تعليمية رقم 05-2017 مؤرخة في 22 أكتوبر 2017، المحددة للشروط الخاصة المتعلقة بتوطين

عمليات استيراد السلع الموجهة للبيع على حالها. Site : www.bank-of-algeria.dz

د-3- الإتفاقيات الدولية:

1. اتفاقية لاهاي 1964 بشأن تكوين عقود البيع الدولي للبضائع L.U.F.C.

Site: <https://www.unidroit.org/instrument/international-sales-ULFC-1964>.

2. اتفاقية لاهاي 1964 بشأن القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع L.U.V.I.

Site: <https://www.unidroit.org/instrument/international-sales-ULIS-1964>.

3. اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع.

هـ - القرارات القضائية:

1. قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية و البحرية، ملف 357395، مؤرخ في 04/01/2006، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، المؤسسة الوطنية للإتصال و النشر و الإشهار، الجزائر، 2006.
2. قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية و البحرية، ملف 400293، مؤرخ في 06/06/2007، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، المؤسسة الوطنية للإتصال و النشر و الإشهار، الجزائر، 2007.
3. قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية و البحرية، ملف رقم 381872، مؤرخ في 04/07/2007، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، المؤسسة الوطنية للإتصال و النشر و الإشهار، الجزائر، 2007.
4. قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية و البحرية، ملف 627056، مؤرخ في 08/07/2010، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، المؤسسة الوطنية للإتصال و النشر و الإشهار، الجزائر، 2012.

ثانيا: باللغة الأجنبية

A- OUVRAGES:

1. ABADIE Laurence et MERCIER-SUISSA Catherine, Finance international: Marchés des échanges et gestion des risques financiers, Armand colin éditions, Paris, 2011.
2. ANGLADE Jean-Laurent, Droit et pratique de la lettre de crédit stand-by, Litec édition, Paris, 2000.
3. AUBRY Jacques et MACQUET-LEHMANN Michel, Techniques logistiques et financières du commerce international, Les éditions d'organisation, Paris, 1990.
4. BIHR Philippe, Droit civil général, 15^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2004.
5. BONNEAU Thierry, Droit bancaire, 11^{ème} édition, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2015.
6. ÇAKIROGLU Ibrahim S., Les opérations bancaire du commerce international: Crédit Documentaire, J. Delmas et C^{ie}, Paris, 1983.

7. DELACOLLETTE Jean, Les contrats de commerce internationaux, 3^{ème} édition, De Boeck et larcier s.a, Bruxelles, 1996.
8. DEVAUPLANE Hubert et DAIGRE Jean-Jacques, Droit bancaire et financier : Mélange AEDBF-France III, Revue Banque éditeur, Paris, 2009.
9. GARSUAULT Philippe, PRIAMI Stéphane, Opération bancaires à l'international, 2^{ème} édition, Revue banque éditions, Paris, 2015.
10. GUYOMAR André et MORIN Etienne, Commerce international, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1998.
11. HADDAD S., Les incoterms : international commercial terms, Pages bleues éditions, Alger, 2009.
12. HESS-FALLON Brigitte et SIMON Anne-Marie, Droit civil, 5^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1999.
13. JACQUET Jean-Michel et DELEBECQUE Philippe et CORNELOUP Sabine, Droit du commerce international, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2010.
14. KLEIN-CORNEDE Joanne, La pratique des garanties bancaire dans les contrats internationaux, AFB diffusion éditeur, Paris, 1999.
15. KSOURI Idir, Les régimes douaniers, Berti éditions, Alger, 2014.
16. KSOURI Idir, Les opérations de commerce international, Berti éditions, Alger, 2014.
17. LEGEAIS Dominique, sûretés et garanties du crédit, L.G.D.J, Paris, 1996.
18. LOGOZ François, La protection de l'exportateur face à l'appel abusif à une garantie bancaire, Librairie Droz, Genève, 1991.
19. LOMBARDINI Carlo, Droit et pratique du crédit documentaire, 2^{ème} édition ,Helbing et Lichtenhahn , Bale- Geneve- Munich , 2000.
20. LOYRETTE Nouel Algérie, Le contrôle des changes algériens, Berti éditions, Alger, 2011.
21. MANSOURI Mansour, Système et pratiques bancaires en Algérie, Edition Houma,2005.
22. MARTINI Hubert, Exportateurs technique de sécurisation financière des exportations, Edition ITcis, Alger, 2010.
23. MATTOUT Jean-Pierre, Droit bancaire international, 2^{ème} édition, la Revue Banque éditeur, Paris, 1996.
24. MESTRE Jacques et JAUFFRET Alfred, Droit commercial, 21^{ème} édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1993.

25. MONOD Didier-Pierre, Moyens et Techniques de paiement internationaux: import-export, Editions Eska, Paris, 1993.
26. PIEDELIEVRE Stéphane, Droit des sûretés, Editions èllipses, Paris, 2008.
27. PIEDELIEVRE Stéphane et PUTMAN Emmanuel, Droit bancaire, éditions economica, Paris, 2011.
28. PICOD Yves, Leçons de droit civil : sûretés et publicité foncière, 7^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 1999.
29. PRÛM André, Les garanties à première demande : essai sur l'autonomie ,Editions Litec, Paris, 1994.
30. PRÛM André, De l'autonomie des contre-garanties à première demande, Mélanges AEDBF-France 1997 : Droit bancaire et financier, sous la direction de MATTOUT Jean-Pierre et DE VAUPLANE Hubert, Banque éditeur, Paris, 2003.
31. RACINE Jean-Baptiste et SIIRIAINEN Fabrice, Droit du commerce international, Dalloz, Paris, 2007.
32. RANOUIL Véronique et CHABAS François, Leçons de droit civil : sûretés-publicité foncière, Tome 3, Première Vol., 6^{ème} édition, Edition Montchrestien, Paris, 1988.
33. ROSSI Tuto, La garantie bancaire à première demande: pratique des affaires, droit comparé, droit international privé, Méta-éditions, Lausanne, Suisse, 1990.
34. SAINTOURENS Bernard et GATUMEL Denis, Droit du crédit-Droit du travail: Cours, Librairie Vuibert, Paris, 1996.
35. SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, Droit civil: les sûretés-la publicité foncière, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1995.
36. SIMLER Philippe, Cautionnement et garanties autonomes, 3^{ème} édition, éditions litec, Paris, 2000.
37. SIMON Yves et MOREL Christoph, Finance internationale, 11^{ème} édition, Edition Economica, Paris, 2015.
38. SION Michel, Gérer la trésorerie et la relation bancaire, 5^{ème} édition, Dunod, Paris, 2011.
39. TAVENIER Tschanz, Les garanties personnelles en droit suisse, Générale Corporate, Genève, 2010.
40. TRARI TANI Mostépha et Autres, Droit commercial international : conforme aux conventions internationales ratifiées par l'Algérie, Berti éditions, Alger, 2007.

B – THESES ET MEMOIRES UNIVERSITAIRES :**B – 1- THESES DE DOCTORAT:**

1. BANIHACHEMI Seyed-Moslem, La garantie à première demande dans les contrats internationaux, Thèse de Doctorat en droit international, Faculté de droit et sciences économique, Université de Montpellier 1, 1988.
2. HABBASSI-MEBARKIA Samira, La protection de la caution, Thèse de Doctorat en droit privé, Université de Valenciennes et du Hainaut Cambresis, Valenciennes, 2016.
3. HENRY Xavier, La technique des qualifications contractuelles, Thèse pour l'obtention du doctorat d'état en droit privé, Tome 1, Faculté de droit, Sciences économiques et gestion, Université de Nancy II, 1992.
4. MOUMOUNI Charles, Droit et pratiques du paiement électronique des ventes internationales, Thèse présentée pour l'obtention du doctorat en droit, Tome 1, Faculté de droit, Université Laval, Québec, 2001.
5. NETTER Emmanuel, Les garanties indemnitaires, Thèse en vue de l'obtention du doctorat en droit privé, mention droit des affaires, Université de Strasbourg, 2010.
6. NGUYEN Minh Hang, La convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises et le droit Vietnamien de la vente, Thèse pour l'obtention du Doctorat en droit privé, spécialité droit des affaires internationales, Université François-Rabelais de Tours, France, 2009.
7. POULLET Yves, Etude de droit comparé : La garantie automatique dans le commerce international, Volume 2, Thèse présentée pour l'obtention du Doctorat en droit, Faculté de droit, Université Cath Louvain, Belgique, 1980-1981.
8. SOLTANI Mohammed, Effets des garanties autonomes et des garanties bancaires en droit Français et Iranien, Thèse de Doctorat en droit privé, Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion, Université de Strasbourg, 2009.
9. TRIDI Amine, les garanties bancaires dans le commerce international, Thèse pour l'obtention du Doctorat d'état en droit, U.F.R de sciences juridiques administratives et politiques, Université Paris, Nanterre, Janvier 1991.
10. VIEILLARD Guillaume, La contribution de la commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNDCI) à l'harmonisation et l'uniformisation du droit commercial international, Thèse pour l'obtention du Doctorat en droit privé, UFR, Droit et Sciences économique et politique, Université de Bourgogne, Dijon, France, 2014.

11. YESSAD Houria, Le contrat de vente internationale de marchandises, Thèse pour l'obtention du Doctorat en droit, Faculté de droit, Université Mouloud Mammeri de TIZI-OUZOU, 2008.

B-2- MEMOIRES :

1. AIT MOKHTAR Fatna-Zora, L'ambivalence de la garantie indépendante, Mémoire pour l'obtention du Magister en droit des affaires, Faculté de droit, Université Mouloud Mammeri de TIZI-OUZOU, 2005.
2. AZIZI Leila, Pratique du crédit et problèmes légaux de l'échange de données informatisées: le cas du crédit documentaire dématérialisé, Mémoire présenté pour l'obtention du grade de maître en droit, Faculté de droit, Université Laval, Canada, 1999.
3. BENMESSAOUD Sofiane, Les garanties des crédits bancaires: une étude comparée, Mémoire pour l'obtention du Magister en droit comparé des affaires, Faculté de droit, Université d'Oran, 2012-2013.
4. BORGA Nicolas, La qualification de garantie autonome, Mémoire D.E.A, droit privé fondamental, Université Jean Moulin Lyon3, France, 2000-2001.
5. CHERIGUI Chahrazed, Le financement du commerce extérieur par les banques Algériennes, Mémoire de Magister en droit bancaire et financier, Faculté de droit, Université d'Oran, 2013-2014.
6. HADJ MBAREK Haroun, La dématérialisation des opérations de crédits documentaires international, Mémoire présenté pour l'obtention du grade de Maître en droit, Faculté des études supérieures, Université Laval, Québec, 2002.
7. HELOU Antoine, Les incoterms de la chambre de commerce internationale et les termes de vente du code de commerce uniforme (UCC-A2) : étude et analyse, Mémoire présenté comme exigence partielle de la Maîtrise en droit, Université du Québec, Montréal, 2006.
8. HOUCHI Fatima, Les opérations du commerce extérieur : environnement international et financement-pratique du crédit documentaire par la BDL, Mémoire pour l'obtention du Magister en Sciences Economiques, Option Monnaie-Finance-Banque, Faculté des Sciences Economique, commerciales et de la gestion, Université Mouloud Mammeri, TIZI OUZOU, Sans mentionner l'année.
9. PAPAMATTHAIU Anna-Georgia, La fraude dans le crédit documentaire, Thèse en vue de l'obtention du DEA en droit des affaires, Université Robert Schuman, Strasbourg, 2004.

10. RAKOTONANAHARY Salohy Miadana, La fraude et la dématérialisation du crédit documentaire, Mémoire présenté pour l'obtention du grade de Maîtrise en droit des affaires, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, Québec, 2005.
11. TOGNEY Marie-Laure, Dans quelle mesure les incoterms pourraient constituer un espace de négociations commerciales favorisant la performance à l'international des PME manufacturières exportatrices Québécoises hors Aléna sur le long terme ?, Mémoire présenté comme exigence partielle de la Maîtrise en administration des affaires, Université du Québec, Montréal, 2012.
12. ZOURDANI Safia, Le financement des opérations du commerce extérieur en Algérie : cas de la BNA, Mémoire en vue de l'obtention du Magister en sciences économiques, Option Monnaie-Finance-Banque, Faculté des sciences économiques, commerciales et des sciences de gestion, Université Mouloud MAMMERI de TIZI OUZOU, 2012.

C-ARTICLES:

1. ALLOUIS Anne-Sophie, «Contrats-responsabilité : petite mise au point sur la promesse de porte-fort», La Revue, N° 211, Paris, Juin 2015.
2. ANCEL Pascal, «Cautionnement et autres garanties personnelles: état du droit Français», Rapport de recherche, Université Jean Monnet, Saint-Etienne et Ministère de la justice, Juin 1996.
3. BACCAR Jamel, «La clause d'ouverture du crédit documentaire: une clause sensible», Revue de droit bancaire et financier, N° 6, étude 28, Lexis Nexis, Paris, Novembre 2008.
4. BACCAR Jamel, «La responsabilité du banquier lors de la transmission d'un accreditif», Revue de droit bancaire et financier, N° 5, Etude 24, Lexis Nexis Sa, Paris, Septembre 2010.
5. BACCAR Jamel, «L'insécurité du crédit documentaire et la réparation du préjudice de l'importateur», Revue de droit bancaire et financier, N° 4, étude 26, Lexis Nexis, Paris, Juillet 2011.
6. BEGUIN Jacques, «Le développement de la lex mercatoria menace t-il l'ordre juridique international ?», Revue de droit de McGill, vol.30, Québec, 1985.
7. BERNAT Cédric, «Les sûretés personnelles particulières au droit commercial international: la garantie à première demande, le cautionnement à première demande et la lettre de crédit stand-by, catégories droit commercial international, Droit des sûretés»,

- Publié le 9 Mars 2010. Site: www.Cedricbernat.fr/2010/03/09/la-garantie-a-premiere-demande-ou-garantie-autonome/: la date d'entrée : 09/08/2017 a 13 :00.
8. BONDERO Bruno, «L'obligation du porte-fort», Recueil Dalloz, 2014.
 9. BOUDIAF Ahmed Réda, «Les garanties à première demande en droit Algérien», Revue de la Cour Suprême, N° 2, Alger, 2005.
 10. BOURASSIN Manuella, «Garantie personnelles entre droit commercial et protection des consommateurs», XIXe Congrès international de droit comparé, Vienne, Juillet 2014.
 11. BRIZOUA-BI Michel, «Dossier: Le nouveau visage des sûretés personnelles dans l'espace OHADA», Revue Droit et patrimoine, N° 197, Edition Lamy, France, Novembre 2010.
 12. CHARPENTIER Elise, «Les principes d'Unidroit : une codification de la lex mercatoria?», Les Cahiers de droit, N° 1-2, Vol.46, Mars-Juin, 2005.
 13. CARTRON Aude-Marie et MARTOR Boris, «Traité OHADA : 3 éclairages sur la révision du traité de l'OHADA», Cahiers de droit de l'entreprise, N° 1, Janvier-Février 2010. Site [www.ohada.com/content/newsletters/816/révision-traité . pdf](http://www.ohada.com/content/newsletters/816/révision-traité.pdf).
 14. CORNELIS Ludo, «Une chaîne de contrats et d'obligations dénommée crédit documentaire», Cahiers AEDBF/EVBFR: crédit documentaire, N° 22, Sous direction de: FERON Benoît et Autres, Intersentia et Anthemis éditions, Belgique, 2010.
 15. DARANKOUM Emmanuel S., «L'application des principes d'Unidroit par les arbitres internationaux et par les juges étatique», Revue juridique Themis, N° 36, Université de Montréal, Québec, 2002. .
 16. DE BOTTINI Renaud et CAPRIOLI Eric A., «Banque-Banquier-opérations de banque. Crédit documentaire. lettre de crédit "stand-by"», La semaine juridique, N° 44, Edition générale, Lexis Nexis SA, Paris, 28 octobre 1992.
 17. DE MONTAIGNE Maureen, «Quand la garantie autonome se heurte au principe de transmission universelle du patrimoine: Entretien avec MARPEAU Benoît», Hebdo Affaires-Société et groupement, Wolters Kluwer, France, 21 Février 2017. Site: www.dpjaparis.com.
 18. DOISE Dominique, «La révision 2007 des règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 600)», Revue de droit des affaires internationales, N° 1, LGDJ, Paris, 2007.

19. DOISE Dominique, «Les fraudes et dérives du crédit documentaire: crédit documentaire», Cahiers AEDBF/EVBFR, sous direction de FERON Benoît et Autres, Intersentia et Anthenis éditions, Belgique, 2010.
20. DUSSAULT François-René, «L'utilisation de l'échange de documents informatisés pour le crédit documentaire: l'apport du projet de la commission des Nations Unies pour le droit commercial international», Les cahiers de droit, N° 3, Vol.36, Faculté de droit, Université Laval, Québec, 1995.
21. FERRARI Franco, «Interprétation uniforme de la convention de Vienne de 1980 sur la vente international», Revue international de droit comparé, N° 4, Vol.48, Octobre-Novembre 1996.
22. FOLI Léon Messauvi, «Présentation de l'acte uniforme portant organisation du droit des sûretés». Site :www.ohada.com.
23. FRECHETTE Pascal, «La qualification des contrats : aspects pratiques», Les cahiers de droit, N° 2, Vol. 51, Faculté de droit de l'université Laval, Québec, Juin 2010.
24. GAGNE Luc, «Les contrats commerciaux internationaux et les systèmes de droit civil et de common law», Revue générale de droit, N° 1, Vol. 32, Faculté de droit, Université d'Ottawa, Canada, 2002.
25. HADAD Sabrine, «présentation de la promesse de porte fort», Article juridique , publié le 1 Septembre 2015. Site : <https://www.Legavox.Fr>.
26. HAMMERLE Markus, «Incoterms 2010: Règles du jeu internationales pour la livraison de marchandises à l'étranger», Postfinance SA et Swiss export, Swiss, 2013.
27. HANNANI Mahomed, «Les garanties contractuelles dans les transactions internationales comportant la fourniture de biens ou de services», Les cahiers de droit, N° 3, Faculté de droit, Université Laval, Québec, 1985.
28. HERBET Jérôme et SABBAH Carole, «La réforme récente du code civil en matière de sûretés profitera t-elle aux créanciers?», Revue de droit des affaires internationales, N° 6, Forum Européen de la communication, Paris, 2006.
29. HOUTCIEFF Dimitri, «les sûretés personnelles», Revue mensuelle Contrats-Concurrence-Consommation, N° 6, Lexis Nexis jurisclasseur, Paris, Juin 2006.
30. HOUIN-BRESSAND Caroline, «Les contre-garanties des sûretés bancaires», Revue de droit bancaire et financier, N° 1, Janvier 2009.

31. HUET Jérôme, «Introduction au droit de la vente internationale de marchandises», VUWLR, N° 26, Nouvelle-Zélande, 1996. Site : <https://www.victoria.ac.nz.date> d'entrée : 13/09/2017 a 17:00h.
32. JUILLET Christophe, «Le critère de distinction du cautionnement et de la garantie autonome», La semaine juridique Notariale et immobilière, N° 23, Lexis Nexis, Paris, 10 Juin 2011. Site: www.LexisNexis.Fr.
33. KETTANI Mehdi, «Présentation générale des garanties bancaires conventionnelles usuelles du crédit», DLA Piper, 2017. Site: <https://www.dLapiper.com>.
34. L'HEUREUX Nicole, «L'harmonisation du droit dans les transferts de fonds internationaux par télécommunications interbancaires», Les cahiers de droit, N° 4, Vol. 32, Faculté de droit, Université Laval, Québec, 1991.
35. LEBLOND Nicolas, «Réflexions sur la nature juridique des assurances du crédit: assurance-emprunteurs et assurance-crédit», Gazette du palais, édition spécial, Lextenso éditions, Juillet 2010.
36. LEVI Stéphane, «Bibliographie: Analyse d'ouvrage juridique (Guide to CCI uniform rules for demand guarantees-URDG 758 de AFFAKI Georges et GOODE Sir Roy)», Revue Banque et droit, N° 139, Paris, Septembre-Octobre 2011. Site: Revue-banque.fr.date d'entré : 20/08/2017 à 18:00h.
37. LOQUIN Eric, «Règles matérielles du commerce international et droit économique», Revue internationale de droit économique, N° 1, Tome 24, Faculté de droit, Dijon, France, 2010.
38. MAHARI Karim et Autres, «Le petit guide des contrats internationaux, Entreprise europe network», France, 2013. Site : www.een-France.Fr.
39. MARTOR Boris, «Comparaison de deux sûretés personnelles: le cautionnement et la lettre de garantie», Jcp-cahiers de droit de l'entreprise, N° 5, Edition générale Lexis Nexis, Paris, 2004.
40. MATTOUT Jean-Pierre et PRÛM André, «Banque-Banquier: Garantie à première demande. Maître de l'ouvrage. Demande de prorogation. Banque garante. Demande de proroger ou payer à la banque contre garante. Interprétation. Simple demande de maintien des garanties», La semaine juridique entreprise et affaires, N° 48, Lexis Nexis SA, Paris, 30 Novembre 1989.
41. MATTOUT Jean-Pierre et PRÛM André, «Commentaire: Banque-Banquier-garantie à première demande. Maître de l'ouvrage. Demande de prorogation. Banque garante.

-
- Demande de proroger ou payer à la banque contre garante. Interprétation. Simple demande de maintien des garanties», *La semaine juridique*, N° 10, Edition générale Lexis Nexis SA, Paris, 7 Mars 1990.
42. MATTOUT Jean-Pierre et PRÛM André, «Sûretés et cautionnement: Les règles uniforme de la CCI pour les garanties sur demande», *Revue Banque et droit*, N° 30, Juillet-Août, Paris, 1993.
43. MATTOUT Jean-Pierre, «La révision des règles uniformes de la chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande (N° 758)», *Chronique Banque*, Recueil Dalloz, N° 21, 3 Juin 2010.
44. MERCADEL Barthélémy, «Note bibliographique sur l'ouvrage d'Emmanuel JOLIVET, Les incoterms: étude d'une norme du commerce international», *Revue internationale de droit comparé*, N° 2, Vol. 56, Société de législation comparée, Paris, 2004.
45. MEUKE Bérenger Y., «La promesse de porte fort en droit Malien : une obligation pourant en dissimuler une autre», *Jurisinfo*, N° Décembre 2010.
46. MOISAN Pierre, «Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision», *Les cahiers de droit*, N° 2, Vol. 35, Faculté de droit, Université Laval, Québec, 1994.
47. MONEBOULOU MINKADA Hervé Magloire, «La question de la définition du contrat en droit privé: essai d'une théorie institutionnelle», *Revue Juridical tribune*, N°1, Vol. 4, Académie d'études économiques, Bucarest, Juin 2014.
48. MOUMOUNI Charles, «Le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire à première demande», *Revue juridique Thémis*, N° 31, Faculté de droit, Université de Montréal, Québec, 1997.
49. NEVRY Roger, «La garantie autonome à première demande: Droit OHADA, Droit Français», *RDAI/IBLJ*, 2007.
50. NOMMICK Catherine, «Comment bien gérer l'ouverture d'un crédoc», *Revue Le Moci*, N° 1844, Paris, 11 Juin 2009. Site internet:
https://www.soulieravocats.com/upload/documents/Soulier_article_MOCI_CN_Juin_2009.pdf, Date d'entré 10/03/2018.
51. OTOUMOU Jean-Clary, «la lettre de garantie OHADA», *Revue de droit des affaires internationales*, N° 4, Forum Européen de la communication, Paris, 1999.

52. PIEDELIEVRE Stéphane, «Remarque sur les règles uniformes de la chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande», Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, 46(4), Dalloz, Paris, Octobre-Décembre 1993.
53. POULIQUEN Christelle, «Le role de la volonté en matière de qualification des contrats», Revue Juridique de l'Ouest, N° 4, Institut de l'Ouest : Droit et Europe, Université de Rennes, France, 2000.
54. RAMBERG Jan, «Incoterms 2010», Penn state international law Review, N° 3, Vol. 29, Penn state University, United States, 2011.
55. ROLLAND Louise, «Les tiers: ces acteurs de la dynamique juridique dans le code civil du Québec», Revue juridique Thémis, N° 40, éditions Thémis, Québec, 2006.
56. SAMAR Nasreddine, «Les garanties autonomes: une alternative au cautionnement», Revue des sciences sociales et humaines, N°14, JMPEL Qods, Université de Batna, Algérie, Juin 2006.
57. SAMB Moussa, «Commentaires introductifs: la révision des sûretés personnelles en droit OHADA», Revue de droit uniforme Africain- Actualité trimestrielle de droit et de jurisprudence, N° 05, 2011. Site:biblio.ohada.org.
58. SIMLER Philippe, «Commentaire de l'ordonnance du 23 Mars 2006 relative aux sûretés», Contrats-Concurrence-Consommation», Revue mensuelle Contrats-Concurrence-Consommation, N° 6, Lexis Nexis jurisclasser Paris, Juin 2006.
59. THEVENOZ Luc, «Les garanties indépendantes devant les tribunaux Suisse», Journée de droit bancaire et financier, Université de Genève, 1994.
60. TRAHAN Anne-Marie, «Les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international», Revue juridique Themis, N° 36, Université de Montréal, Québec, 2002.
61. VIBERT Olivier, «L'affirmation de l'autonomie de la promesse de porte-fort», Publié le 17 Juillet 2015. Site : <https://www.Village-Justice.com>.

D- GUIDES :

1. Attijariwafa Bank, Guide du commerce extérieur, Attijariwafa bank entreprise, Maroc, 2010. Site : www.attijariwafabank.com/documents/awb_guide_commerce_exterieur.pdf.
2. BELFIUS banque et assurances, Les crédits et encaissements documentaires: des instruments de paiement pour vos opérations commerciales internationales, Belfius

banque sa, Bruxelles, 2013. Site : https://www.belfius.be/corporate/fr/media/brochure/20documentaire_2015_fr_de_f_tcm_28_40357.pdf, date d'entrée: 20/02/2018.

3. MAHARI Karim et Autres, Le petit guide des contrats internationaux, Entreprise europe network, France, 2013. Site : www.een-France.Fr

D- TEXTES JURIDIQUES :

D-1- TEXTES LEGISLATIFS :

1. code civil Français. Site: www.legifrance.gouv.Fr.
2. code des transports Français. Site : www.legifrance.gouv.Fr.
3. code de procédure civile Français. Site: www.legifrance.gouv.Fr.

D-2- TEXTES REGLEMENTAIRES :

1. Instruction N° 94-05 du 2 Février 1994, Portant modalités d'application du règlement N° 93-02 du 3 Janvier 1993 relatif a l'émission d'actes de garantie et de contre garantie par les banques intermédiaires agréés. Site : www.bank-of-algeria.dz.
2. Instruction N° 07-03 du 1 Mai 2007, relative à la procédure de déclaration et de suivi des dossiers de domiciliation des transactions courantes avec l'étranger. Site: www.bank-of-algeria.dz.
3. Note N° 95-03 du 15 Février 1995, aux banques commerciales intermédiaires agréés, relative a la domiciliation des importations. Site : www.bank-of-algeria.dz
4. Note N° 2000-40 du 31 Mai 2000, aux banques et établissements financiers intermédiaires agréés, relative a la domiciliation d'importation de services initiée exclusivement par les compagnies aériennes nationales. Site: www.bank-of-algeria.dz.
5. Note N° 2000-53 du 27 Novembre 2000, aux banques et établissements financiers intermédiaires agréés, portant les correctifs nécessaires au dispositions des circulaires n 43 et 43 bis, relatives a la codification de la domiciliation bancaire a l'importation. Site : www.bank-of-algeria.dz.
6. Note N° 2001-06 du 26 Février 2001, aux banques et établissements financiers intermédiaires agréés, relative a la domiciliation. Site: www.bank-of-algeria.dz

7. Note N° 2008-47 du 25 Décembre 2008, aux banques et établissements financiers agréés, portant identification des opérateurs du commerce extérieur. Site : www.bank-of-algeria.dz)
8. Note N° 16/DGC/2009 du 16 Février 2009 aux Banques et Etablissements financiers intermédiaires agréés, Portant contrôle des importations de biens réglées par «crédit documentaire» ou par «remise documentaire». Site: www.bank-of-algeria.dz.
9. Note de service N° 14/09 du 23 Février 2009, Portant contrôle des importations des biens réglés par «crédit documentaire» ou par «remise documentaire». Site www.Universal-transit.com/IMG/pdf/Note_DE_SERVICE_Procedure_Remise_DOC_et_CREDOC.
10. Note N° 21/DGC/2009 du 1^{er} Mars 2009 aux Banques et Etablissements financiers intermédiaires agréés, Portant complément de la Note N°16/DGC/2009. Site: www.bank-of-algeria.dz.
11. Note N° 52/DGC/BA/2009 du 29 Mars 2009 aux Banques et Etablissements financiers agréés, Portant contrôle de la qualité des produits pharmaceutiques importés par remise documentaire et crédit documentaire. Site: www.bank-of-algeria.dz)
12. Note N° 56/DGC/BA/2009 du 2 Avril 2009 aux banques et établissements financiers agréés, complément de la Note N° 16/DGC/BA/09 relatif aux importations de médicaments à usage vétérinaire. Site: www.bank-of-algeria.dz.
13. Note N° 03/DGC/2015 du 12 Février 2015, aux banques et établissements financiers intermédiaires agréés, relative a la domiciliation. Site : www.bank-of-algeria.dz.
14. Note de l'ABEF N° 834-2017 du 28 Novembre 2017, aux banques et établissements financiers, concernant la rationalisation des importations, adressée le 26 Décembre 2017, N° Ref. 947/2017.
15. Lignes directrices relatives aux virements électroniques, Réf./DGIG/N° 1610/2015, Le 23 Décembre 2015, site: <http://www.bank-of-algeria.dz>.
16. Correspondance de l'ABEF N° 74/DG/2018, aux banques et établissements financiers, concernant l'attestation de libre commercialisation dans le pays d'origine et/ou de provenance des produits exportés vers l'Algérie, adressée le 07 Février 2018.
17. Communiqué du Ministre du commerce, relative aux mécanismes d'encadrement des opérations d'importation de marchandises, Le 01 Mars 2018. Site : <https://www.commerce.gov.dz>.

E- DOCUMENTS :

1. RUGC, Publication N° 325, Chambre de commerce internationale, 1978.
2. RUGD, Publication N° 458, Chambre de commerce internationale, 1992.
3. Règles et Usances Uniformes de la CCI relatives aux crédits documentaire, Publication N° 500, Révision 1993.
4. Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, 1994.
5. Règles de CCI Uniformes relatives aux Encaissements, Brochure N° 522, Publié en 1995.
6. Convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, Vienne, Mai 1995.
7. Actes Uniformes Portant Organisation des Sûretés OHADA, Publié en 1997.
8. Les règles et pratiques internationales relatives aux stand-by, Publication ICC, N° 590, 1998. (RPIS 98)
9. Règles et Usances uniforme relative aux crédit documentaire, Publication ICC, N° 600, Révision 2007.
10. Supplément aux règles et usances uniformes aux crédits documentaire pour la présentation électroniques, Publication N° 600, version 1.1.
11. Actes Uniformes portant Organisation des Sûretés OHADA, 2010.
12. Règles Uniformes des Garanties Sur Demande, Publication ICC, N° 758, 1^{ier} Juillet 2010.
13. Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international 2010, Publié par l'institut international pour l'unification du droit privé, Rome, 2011.

F- JURISPRUDENCE :

1. Cass.Com, 6 Mai 1969, N° 156, Publié au bull. Site: www.legifrance.gouv.fr.
2. Cass.Com, 20 Décembre 1982, N° 81-12579, Publié au bull. Site: www.legifrance.gouv.fr.
3. Cass.Com, 12 Décembre 1984, N° 83-15389, Publié au bull. Site: www.legifrance.gouv.fr.
4. Cass.Com, 5 Février 1985, N° 82-15297, Publié au bull.Civ. Site: www.legifrance.gouv.fr.
5. Cass.Com, 2 Février 1988, N° 85-17276, Publie au bull. Site: www.legifrance.gouv.fr.
6. Cass.Com, 21 Juin 1988, N° 86-10128, Publié au bull. Site: www.legifrance.gouv.fr.

7. Cass.Com, 19 Février 1991, N° 89-13838, Non publié au bull. Site:
www.legifrance.gouv.fr.
8. Cass.Com, 25 Février 1992, N° 90-12863, Non publié. Site: www.legifrance.gouv.fr.
9. Cass.Civ 1, 17 Mars 1992, N° 90-15707, Publié au bull 1992. Site:
www.legifrance.gouv.fr.
10. Cass.Com, 21 Juin 1994, N° 91-19281, Publié au bull.Civ. Site: www.legifrance.gouv.fr.
11. Cass.Com, 10 janvier 1995, N° 93-10787, Publié au bull. Site: www.legifrance.gouv.fr.
12. Cass.Civ1, 25 Janvier 2000, N° 98-17359, Publié au bull. Site: www.legifrance.gouv.fr.
13. Cass.Com, 6 Mars 2001, N° 98-15239, Publié au bull 2001. Site:
www.legifrance.gouv.fr.
14. Cass.Com, 19 Décembre 2006, N° 05-13461, Publié au bull 2006. Site:
www.legifrance.gouv.fr.
15. Cass.Com, 5 Octobre 2010, N° 09-14673, Non publié au bull. Site :
<https://www.legifrance.gouv.fr>.
16. Cass.Civ 1, 16 Avril 2015, N° 14-13694, Publié au bull 2015. Site:
www.legifrance.gouv.fr.

الفهرس

2.....:مقدمة

11.....الباب الأول: الإطار القانوني للضمانات البنكية في مجال التجارة الدولية.

12.....الفصل الأول: تحديد الضمانات البنكية الدولية.

13.....المبحث الأول: تكوين الضمانات البنكية الدولية.

13.....المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للضمانات البنكية الدولية.

13.....الفرع الأول: تعريف الضمانات البنكية الدولية.

14.....أولا : المقصود بالضمانات البنكية الدولية.

31.....ثانيا: شروط تكوين الضمانات البنكية الدولية.

43.....الفرع الثاني: الخصائص المميزة للضمانات البنكية الدولية: الإستقلالية وعدم الإحتجاج بالدفع.

44.....أولا: استقلالية الضمانات البنكية الدولية: استقلالية الضمان عن العلاقة الأصلية.

48.....ثانيا: عدم الإحتجاج بالدفع.

53.....المطلب الثاني: التركيبة التعاقدية للضمانات البنكية الدولية.

53.....الفرع الأول: العلاقات بين الأطراف المتدخلة في الضمان.

54.....أولا: العلاقة الأصلية بين الأمر و المستفيد.

62.....ثانيا: العلاقات الناشئة عن الضمان.

الفرع الثاني: ممارسة حق الرجوع بموجب الضمان البنكي: حق الأطراف في ممارسة الرجوع

80.....بعد الوفاء.

81.....أولا: ممارسة الضامن أو الضامن المقابل لحق الرجوع.

83.....ثانيا: ممارسة الأمر لحق الرجوع.

89.....	المبحث الثاني: أنواع الضمانات البنكية الدولية.....
89.....	المطلب الأول: التصنيفات العامة للضمانات البنكية الدولية.....
90.....	الفرع الأول: تصنيف الضمانات البنكية من حيث شكلها الإستعمال.....
90.....	أولاً: الضمان بمجرد الطلب.....
93.....	ثانياً: الضمان المستندي.....
95.....	الفرع الثاني: تصنيف الضمانات البنكية من حيث محل الإلتزام المضمون.....
95.....	أولاً: الضمانات البنكية الصادرة لفائدة المستورد.....
101.....	ثانياً: الضمانات البنكية الصادرة لفائدة المصدر.....
105.....	الفرع الثالث: تصنيف الضمانات البنكية الدولية من حيث طريقة إصدارها.....
105.....	أولاً: الضمان المباشر.....
106.....	ثانياً: الضمان غير المباشر.....
108.....	المطلب الثاني: التصنيفات الخاصة للضمانات البنكية الدولية.....
108.....	الفرع الأول: تصنيف الضمانات البنكية من حيث الغرض.....
108.....	أولاً: الضمان الجمركي.....
113.....	ثانياً: الضمان الملاحي.....
114.....	الفرع الثاني: تصنيف الضمانات البنكية من حيث موطن البنك.....
114.....	أولاً: الضمان البنكي المحلي.....
115.....	ثانياً: الضمان البنكي الأجنبي.....
118.....	خلاصة الفصل الأول:.....

- 119 الفصل الثاني: الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية.
- 119 المبحث الأول: الطبيعة القانونية للضمانات البنكية الدولية.
- 120 المطلب الأول: تمييز الضمانات البنكية الدولية عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة.
- 120 الفرع الأول: تمييز الضمان البنكي الدولي عن الكفالة البنكية.
- أولاً: أوجه التشابه البنكي بين الضمان البنكي الدولي و الكفالة البنكية: التداخل بين الضمان البنكي
- 120 و الكفالة البنكية.
- ثانياً: أوجه الإختلاف بين الضمان البنكي الدولي و الكفالة البنكية: استقلالية الضمان البنكي و تبعية
- 125..... الكفالة البنكية.
- 129 الفرع الثاني: تمييز الضمان البنكي الدولي عن بعض العقود المشابهة.
- 129 أولاً: تمييز الضمان البنكي الدولي عن التعهد عن الغير.
- 136 ثانياً: تمييز الضمان البنكي الدولي عن الإنابة الناقصة.
- 141 ثالثاً: تمييز الضمان البنكي الدولي عن تأمين القرض.
- 145 المطلب الثاني: التكييف القانوني للضمانات البنكية الدولية.
- 146 الفرع الأول: التكييف القانوني للضمان البنكي الدولي على أساس كونه تصرفاً مجرداً أو سببياً.
- 146 أولاً: الضمان البنكي الدولي تصرف قانوني مجرد.
- 149 ثانياً: الضمان البنكي الدولي تصرف قانوني سببي.
- 152 الفرع الثاني: التكييف القانوني للضمان البنكي الدولي على أساس عقد ذو طبيعة خاصة.
- 153 أولاً: الضمان البنكي ذو طبيعة تعاقدية.
- 158 ثانياً: الضمان البنكي الدولي ذو طبيعة تعاقدية خاصة.
- 161 المبحث الثاني: انقضاء الضمانات البنكية الدولية.

161	المطلب الأول: انقضاء الضمانات البنكية الدولية بالوفاء
161	الفرع الأول: الوفاء: الطريق الطبيعي لانقضاء التزام الضامن
162	أولا: مضمون الوفاء كسبب لانقضاء الإلتزام
163	ثانيا: شروط الوفاء
166	الفرع الثاني: انقضاء الضمان البنكي الدولي بما يعادل الوفاء
167	أولا: تعريف المقاصة.....
169	ثانيا: المقاصة و الضمان البنكي الدولي.....
173	المطلب الثاني: انقضاء الضمانات البنكية الدولية بعدم الوفاء
	الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء الضمانات البنكية الدولية بعدم الوفاء: الإبراء و استحالة تنفيذ الإلتزام.....
173	الإلتزام.....
174	أولا: الإبراء
176	ثانيا: استحالة التنفيذ
178	الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء الضمانات البنكية الدولية: انقضاء الأجل أو طلب التمديد .
179	أولا: انقضاء الضمان البنكي الدولي بانتهاء الأجل
181	ثانيا: تمديد أجل الضمان
184	خلاصة الفصل الثاني.....
185	خلاصة الباب الأول
188	الباب الثاني: الإطار العملي للضمانات البنكية الدولية في الجزائر

- 189 الفصل الأول: الآليات العملية لتكريس المعاملات التجارية الدولية
- 189 المبحث الأول: العناصر الأساسية للمعاملات التجارية الدولية
- 190 المطلب الأول: إبرام عقد التجارة الدولية: استيفاء للشروط و تنظيم للأحكام وفقا لقواعد الإنكوترمز ..
- 190 الفرع الأول: إعداد عقد التجارة الدولية
- 191 أولا: التعريف بعقد التجارة الدولية
- 208 ثانيا: البنية العملية لعقد التجارة الدولية
- الفرع الثاني: الإنكوترمز و الإلتزامات التعاقدية في عقد التجارة الدولية: تحديد للحقوق و تبادل للأعباء
- 216 بين أطراف العقد
- 216 أولا: مدلول قواعد الإنكوترمز: الإنكوترمز قواعد عرفية إرادية التطبيق
- 220 ثانيا: تحديد الإلتزامات التعاقدية وفقا لقواعد الإنكوترمز 2010
- 226 المطلب الثاني: الوسائل التقنية لتنفيذ المعاملات التجارية الدولية
- 226 الفرع الأول: التوطين البنكي للمعاملات التجارية الدولية
- 227 أولا: التوطين البنكي كإجراء أولي في المعاملات التجارية الدولية
- ثانيا: الإجراءات العملية للتوطين البنكي للصادرات و الواردات: من فتح ملف التوطين البنكي إلى
- 234 التصفية
- الفرع الثاني: المستندات المستخدمة في المعاملات التجارية الدولية: الأساس المستند إليه في التسوية
- 246 المالية و القانونية للمعاملة التجارية
- 246 أولا: المستندات الأساسية في المعاملات التجارية الدولية
- 255 ثانيا: المستندات الإضافية في المعاملات التجارية الدولية

- 257المبحث الثاني: الآليات المعتمدة في الجزائر لتسوية معاملات التجارة الدولية.....
- 258المطلب الأول: التحويل الحر كآلية لتسوية معاملات التجارة الدولية
- 258الفرع الأول: الإطار العام لتقنية التحويل الحر
- 258أولا: آلية التحويل الحر: الثقة التامة بين أطراف المعاملة
- 266ثانيا: أنواع التحويل الحر
- 270الفرع الثاني: سيرورة عملية التحويل الحر
- 270أولا: العلاقات الناشئة عن التحويل الحر
- 273ثانيا: المعالجة العملية للتحويل الحر
- 275المطلب الثاني: التحصيل المستندي كآلية لتسوية معاملات التجارة الدولية
- 276الفرع الأول: عموميات حول التحصيل المستندي
- 276أولا: آلية التحصيل المستندي: الثقة المتبادلة و المحدودة بين أطراف المعاملة.....
- 282ثانيا: أنواع التحصيل المستندي
- 283الفرع الثاني: مراحل سير التحصيل المستندي
- 284أولا: مرحلة إصدار أمر التحصيل: خطوات إعداد المستندات و توجيه أمر التحصيل
- 286ثانيا: مرحلة التحصيل: خطوات استلام أمر التحصيل و تسوية قيمة البضاعة
- 288خلاصة الفصل الأول
- 289الفصل الثاني: الإعتماد المستندي كتقنية بنكية لضمان المعاملات التجارية الدولية
- 289المبحث الأول: تقديم عام حول الإعتماد المستندي
- 289المطلب الأول: الإعتماد المستندي كضمان لإنشاء علاقة ثقة بين أطراف المعاملة

- 290 الفرع الأول: تعريف الإعتماد المستندي
- 290 أولاً: مضمون الإعتماد المستندي
- 297 ثانياً: الإطار القانوني للإعتماد المستندي
- 303 الفرع الثاني: خصائص الإعتماد المستندي
- 303 أولاً: خاصية الضمان: مبدأي الإعتبار الشخصي و المطابقة الظاهرية للمستندات
- 307 ثانياً: خاصية الإستقلالية: مبدأ استقلال التزام البنك عن العقد التجاري بين المصدرو المستورد
- 311 المطلب الثاني: أنواع الإعتماد المستندي
- 312 الفرع الأول: الإعتمادات المستندية التقليدية
- 312 أولاً: التقسيمات العامة للإعتماد المستندي
- 322 ثانياً: التقسيمات الخاصة للإعتماد المستندي
- 324 الفرع الثاني: الإعتماد المستندي الإلكتروني
- 325 أولاً: المقصود بالإعتماد المستندي الإلكتروني
- 329 ثانياً: أسس الإعتماد المستندي الإلكتروني
- 334 المبحث الثاني: وصف عملية استخدام الإعتماد المستندي
- 334 المطلب الأول: مرحلة إصدار الإعتماد المستندي
- 335 الفرع الأول: المرحلة التمهيديّة لفتح الإعتماد المستندي: مرحلة ما قبل فتح الإعتماد
- 335 أولاً: علاقة العقد التجاري بالإعتماد المستندي
- 338 ثانياً: شرط فتح الإعتماد المستندي
- 341 الفرع الثاني: مرحلة فتح الإعتماد المستندي: تقديم طلب فتح الإعتماد و تبليغ المصدر

341	أولاً: مرحلة تقديم طلب فتح الإعتماد المستندي
347	ثانياً: مرحلة تبليغ الإعتماد المستندي
352	المطلب الثاني: مرحلة تنفيذ الإعتماد المستندي
353	الفرع الأول: الوفاء بقيمة الإعتماد المستندي
353	أولاً: التزامات المستفيد
357	ثانياً: التزامات البنك
362	الفرع الثاني: ممارسة حق الرجوع بعد الوفاء بقيمة الإعتماد المستندي
362	أولاً: ممارسة حق الرجوع من البنك مصدر الإعتماد المستندي
364	ثانياً: ممارسة حق الرجوع من البنك المنفذ للإعتماد المستندي
366	خلاصة الفصل الثاني
367	خلاصة الباب الثاني
369	الخاتمة
376	قائمة المراجع
413	الفهرس

الملخص

المخلص:

تتضمن التجارة الدولية عددا من المخاطر كسوء تنفيذ أو عدم تنفيذ العقود التجارية الدولية، لذلك من الضروري تأمين جميع الأطراف المتدخلة فيها سواء أكانوا متعاملين تجاريين أو ناقلين أو شركات تأمين أو بنوك، و نظرا للصعوبة التي تثيرها ممارسة حق الرجوع بالنسبة لهذا النوع من المعاملات، فإن الأطراف المعنية تستهدف منذ البداية الحصول على ما تسمى بالضمانات البنكية المستقلة من بينها الضمان بمجرد الطلب، فهو يجسد الخطوة الأولى نحو تبادل تجاري آمن، بحيث يساهم بشكل فعال في تحقيق الضمان الفعلي و الحماية المرجوة بفعل خصائصه الجوهرية المتجسدة أساسا في استقلاله التام عن العقد التجاري الدولي. لقد عرفت الجزائر هذا النوع من الضمانات من الناحية القانونية، غير أن الممارسة العملية له كانت في نطاق محدود جدا، على عكس تقنية الإعتامد المستندي التي تعد من أكثر التقنيات البنكية المستخدمة لتسوية المبادلات التجارية الدولية، يبرز دورها و أهميتها الكبيرة من خلال كفالة مصالح كافة الأطراف من مستوردين و مصدريين و بنوك.

Résumé:

Le commerce international comporte un nombre de risques, tels que la mauvaise exécution ou le non exécution des contrats de commerce international. Par conséquent, il est nécessaire d'accorder une assurance à tous les intervenants à ces contrats, qu'ils soient des opérateurs commerciaux, des transporteurs, des compagnies d'assurances ou banques, et vu la difficulté que soulève l'exercice du droit de retour relativement à ce type de transactions, les parties concernées visent dès le début à obtenir ce que l'on appelle des «garanties bancaires indépendantes ou autonomes», telles que «la garantie bancaire à première demande» qui matérialise le premier pas vers un échange commercial sûr qui contribue efficacement à réaliser la garantie effective et la protection souhaitée à ses caractéristiques essentielles dont principalement son autonomie complète par rapport au contrat commercial international.

L'Algérie a connu ce genre de garanties du point de vue législatif, mais sur le plan pratique, l'application demeure très limitée. A l'inverse de la technique du crédit documentaire qui est l'une des techniques bancaires les plus utilisées pour la régularisation des échanges commerciaux internationaux, le rôle et la grande importance de la garantie bancaire à première demande se met en évidence à travers la garantie des intérêts de toutes les parties: importateurs, exportateurs et banques.