جامعـــة 8 ماي 1945 قالمة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

تخصص قانون أعمال

مذكـــرة مكملة لمتطلبات نيـل شهادة الماستر في القانون

ضمانات تنفيذ عقود التجارة الدولية

إعـــداد الطالبتين:

- سهيلة بن دريس
- راضية دبابسية

تحت إشراف:

الأستاذ الدكتور: عصام نجاح

تشكيل لجنـة المناقشـــة

الرقم	الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
01	د. أمال بن صويلح	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر -أ-	رئيسا
02	أ. د. عصام نجاح	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ التعليم العالي	مشرفًا
03	د. وردة درارجة	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ مساعد	عضوا مناقشًا

السنـة الجامعيـة: 2023-2024

{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...}

سورة المائدة الآية: 01

شكر وعرفان

الشكر الأول لله العلي العظيم الذي منحنا الصبر والقوة ووفقنا لبذل مجهود علمي وإتمام هذا العمل.

كما نتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ الدكتور القدير " عصام نجاح" الذي أشرف على هذا العمل فكانت مرافقته لنا مستمرة ومحفزة، أفادنا خلالها بتوجيهات علمية قيمة ولم يبخل علينا بوقته ومجهوداته المتواصلة.

كما لا يفوتنا أن نشكر جميع الأساتذة الذين رافقونا خلال مشوارنا الدراسي الجامعي بطوريه.

كما لا ننسى أن نتقدم بالشكر لكل من ساعدنا من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا العمل العلمي.

والحمد لله حمدا كثيرا.

إهـــداء

"وآخرُ دعواهم انِ الحمدلله ربي العالمين"

من قال: "أنا لها نالها "

عظُم الفؤاد فهان الطريق فجاءت لذة الوصول... لتمحيَ مشقة الطريق .

الحمدُ لله الذي ما تيقنتُ بهِ خيرا و أملا إلا و أغرقني سروراً .

اهدي ثمرة جهدي المتواضع إلى:

أعز و أغلى إنسانة في حياتي، التي أنارت دربي بنصائحها، وكانت بحرا صافيا يجري بفيض الحب،

إلى من زينت حياتي بضياء البدر، و شموع الفرح، إلى من منحتني القوة والعزيمة لمواصلة

الدرب، و كانت سببا في مواصلة دراستي، إلى من علمتني الصبر و الاجتهاد،

إلى الغالية على قلبي امي حبيبتي (فضيلة)

إلى ضلعي الثابت و امانُ أيامي من شدتُ عضُدي بهم فكانوا ينابيع ارتوي بها إلى من وهبني

الله نعمة وجودهم في حياتي أختي و أخي "إيمان و إسكندر "

إلى من عملت معي بكد، بغية إنجاز هذا العمل ونحن نشق الطريق معاً نحو النجاح في مسيرتنا

العلمية، إلى رفيقة دربي "راضية "

إلى من قضيتُ معهم أحلى أيامي وأفضل سنيني في الجامعة،

إلى خيرة أيامي و صفوتها صديقاتي "سلافة، فريال، هبة الله، أميرة، جولان، ندى، نبال، مروى "...

إلى أستاذي الفاضل أعطيت فتسامى عطاؤك الاعلام حتى إصطفت عبارات الشكر أمام ذلك النهر

المتدفق من العطاء ولا نملك إلا أن نقول جزاك الله خيراً. " عصام نجاح "

إلى كل من قدم لي يد العون وكان له الفضل في إتمام هذا البحث المتواضع، سائلة المولى

عزّوجل أن يجزيَ الجميع خير الجزاء في الدنيا و الآخرة .

" سهيلة بن دريس"

إهداء

حلم الأمس... حقيقة اليوم... ذكرى الغد

الحمد لله الذي جاء علينا بنور العلم فأنعم علينا من فضله في إنجاز هذا العمل

أهدي ثمرة هذا المجهود إلى روح أبي الطاهرة رحمة الله عليه .

إلى أمي قرّة عيني حفظها الله حبًا في عطاءها وطمعا في رضاها، أدامها الله منارًا فوق رأسي.

إلى من كان لنا سندا في هذه الحياة ولعب دور الأب الثاني وسهر على تربيتنا وتكويننا "عمي عبد العزيز" حفظه الله ورعاه، ودون أن أنسى "عمي الحسين" نِعم العم الذي قدم لنا كامل ما في وسعه، أطلب له الشفاء والعافية دائما، وكذلك "عمي أحمد" رحمه الله .

إلى من وهبني الله نعمة وجودهم في حياتي مصدر سعادتي أخواي واخوتي: فوزية، نوارة، سليم، لجين، محمد أيوب.

إلى من كاتفتني ونحن نشق الطريق معًا نحو انجاز هذا العمل المتواضع صديقتي الغالية "سهيلة" أتمنى لها كل التوفيق في حياتها .

إلى رفيقات التخصص شريكات السكن الجامعي من عشت معهن أجمل اللحظات: سارة، شيماء، سلسبيل، زكية، ريان، شيماء، سلمى، نسرين، نادية، ملاك، نورة .

إلى صديقاتي في المتوسطة والثانوية حبيبات قلبي :جيهان، بشرى، رميساء، قمر، رجاء وابنتها (مسوكة) ،شهناز،،هاجر، حنان .

إلى أعز جاراتي: نهى، لبيبة، نسرين، نوال، صبرة، حنان، ايمان.

إلى كل من علمني حرفاً في كامل مشواري الدراسي

وإلى كل من أعطاني يد العون ولو بدعوة من قريب أو بعيد وساعدني في انجاز هذه المذكرة .إلى كل من نسيهم قلمي والقلب لاينساهم...إلى من لم تسعهم مذكرتي وفي الذاكرة سكانهم .

راضية

خطـــــــــة المذكرة

مقدمة

الفصل الأول: ضمانات التنفيذ المشتركة مع كل العقود

المبحث الأول: شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

المطلب الأول: مضمون شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

المبحث الثاني: التنازل عن الدين (حوالة الحق)

المطلب الأول: مفهوم حوالة الحق.

المطلب الثاني: آثار الحوالة.

الفصل الثاني: ضمانات التنفيذ التي تنفرد بها عقود التجارة الدولية.

المبحث الأول: الاعتماد المستندي.

المطلب الأول: مفهوم الاعتماد المستندي.

المطلب الثاني: الآثار القانونية للاعتماد المستندي

المبحث الثاني: خطاب الضمان (الضمانة المستقلة)

المطلب الأول: تحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان.

المطلب الثاني: تمييز خطاب الضمان عن بعض الأنظمة المشابهة له

الخاتمة

مقدمة

مقدمة

التجارة تشكل عمودا فقريا للاقتصاد العالمي حيث ومن دونها لم يكن هناك وجود لعلم الاقتصاد، فكلاهما يعتبران وجهان لعلمة واحدة، وتأثيرهما على العلاقات الدولية لا يمكن إنكاره، حيث تنقسم التجارة إلى داخلية وخارجية فالأولى تسري داخل حدود دولة معينة بينما الثانية تتجاوز هذه الحدود وتحدث بين دولتين أو أكثر وهذا ما يعرف بالتجارة الدولية.

والإنسان عرف التجارة منذ القدم وأدرك مدى أهميتها في تنمية وزيادة دخل الفرد والمجتمع. تطورت التجارة مع التطور المدني للمجتمعات عبر العصور حيث وصلت إلى مستوى يرتبط بمدى تقدم المجتمعات والارتقاء العلمي.

استفاد الانسان من عبور الحدود لتنمية التجارة الخارجية وزيادة البيع والتوزيع والربح وتنظيم قواعد التجارة بين المجتمعات باعتماده على العادات والأعراف التجارية الدولية، وبدون شك أن العقود الدولية تلعب دورا هاما ورئيسا في تعزيز التجارة الدولية، إذ تعتبر وسيلة هامة لتنميتها وتطويرها.

وعليه فإن عقود التجارة الدولية هي العقود التي تبرم بين الأطراف من دولة واحدة أو من دول مختلفة، لتنظيم وتحديد شروط الصفقات التجارية التي يعتزون ابرامها، حيث تهدف هذه العقود إلى إنشاء آثر قانوني واضح يضمن تنفيذ الالتزامات بين الأطراف بطريقة ملائمة وفعالة، بالإضافة إلى مساهمتها في زيادة مستوى الثقة بين الشركات والأفراد في السوق العالمية، وتحقيق الاستقرار والنمو الاقتصادي العام، فنجد هذه العقود تحتوي على جملة من الضمانات التي تحمي كل طرف في حالة عدم امتثال الطرف الآخر لالتزاماته وعليه فإن المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات منها الفرنسي والمصري سعى إلى تبني مثل هذه الضمانات التي تختلف باختلاف طبيعة العقد، فتم تنظيم بعضها في نصوص خاصة، بينما تم توزيع بعضها الآخر في مختلف القوانين واللوائح.

وهو ما سنتطرق إليه بشيء من التفصيل في موضوع دراستنا، حيث تتجلى أهميته في حماية حقوق الأطراف المتعاقدة وضمان تنفيذ الالتزامات المتفق عليها، مما يقلل من المخاطر التجارية ويقوي الثقة بين الشركاء التجاريين، هذه الضمانات تشجع على إقامة علاقات تجارية طويلة الأمد وتساهم في خلق بيئة تجارية آمنة وجاذبة للمستثمرين الأجانب، مما يؤدي إلى زيادة حجم رأس المال الخارجي.

بالإضافة إلى ذلك تساعد ضمانات تنفيذ العقد على تحقيق الاستقرار التجاري من خلال تقليل النزاعات وتوفير حلول فعالة وسريعة لها، كما تدعم نمو الاقتصاد الوطني بزيادة الإيرادات والتوافق مع المعايير الدولية، مما يقوي سمعة الدولة في المجتمع الدولي ويجعلها شريكا تجاريا موثوقا به.

ومن هذا المنطلق نبرز مجموعة من الأسباب التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع، ومنها الذاتية التي تتمثل في اهتمامنا الشخصي بفهم كيفية تطبيق القوانين والضمانات في حماية حقوق الأطراف في عقود التجارة الدولية، وكذلك رغبتنا في التعمق في مجال القانون التجاري الدولي، وتوسيع فهمنا للعلاقات التجارية الدولية، أما الأسباب العلمية فتكمن في دعم الأنشطة التجارية وتحفيز الاستثمار الأجنبي وكذلك التكامل الاقتصادي بين الدول بإقامة شركات تجارية أكثر استدامة وثقة.

وتتجلى الأهداف الرئيسية لهذه الدراسة في التعرف على ضمانات تنفيذ عقود التجارة الدولية التي تبناها المشرع الجزائري بهدف مساعدة المتعاملين في التجارة الدولية سواء في الجزائر أو خارجها ومن أجل الاستعمال الأفضل للضمانات البنكية بخصوص علاقاتهم في ميدان الأعمال، وكذلك تسهيل المفاهيم لدى المتعاملين لتمكينهم من تجنب الخلط بين الضمانات المشتركة بين كل العقود والضمانات التي تنفرد بها عقود التجارة الدولية، وتوضيح الطبيعة القانونية لكل ضمان والالتزامات الناتجة على أطراف العقد وكذا القانون الواجب التطبيق.

وأثناء الإطلاع على مختلف المراجع المتعلقة بموضوع دراستنا، سواء كانت قديمة أو حديثة، تبين أن الكتابات التي تناولت هذا الموضوع لم تكن مجتمعة في مذكرة واحدة، بل كانت عناصره متفرقة في أطروحات وكتب ومقالات عديدة دون تناولها بشكل موحد، ومن أقرب الدراسات إلى موضوعنا تناولنا مايلي:

السعيد شريك، خطاب الضمان والتجارة الخارجية، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه LMD في الحقوق، تخصص قانون أعمال، تحت إشراف بشير سليم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، حيث تتكون هذه الأطروحة من 351 صفحة، والتي تضمن جزء من موضوعنا المتمثل في ماهية خطاب الضمان.

أما فيما يخص الأطروحة التي تندرج تحت عنوان "الاعتماد المستندي آلية لتمويل التجارة الخارجية"، وهي أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، من إنجاز نبيل شرادي، تحت اشراف الدكتورة ليندة شامبي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2019-2020، حيث تتكون هذه الأطروحة من 317 صفحة، تم اختيارها نظرا لعلاقتها بالموضوع إذ تضمنت تقنية الاعتماد المستندي كضمانة من خلال التحدث عن ماهيته والأساس القانوني الذي يقوم عليه و كذا تمييزه عن بعض النظم المشابهة له.

غير أن موضوعنا جاء مختلف عن ما قبله من الدراسات، كونه تناول بشكل شامل أهم ضمانات تنفيذ العقود بما في ذلك الضمانات المشتركة التي تطبق على كافة العقود، والضمانات الخاصة بعقود التجارة الدولية.

من ابرز الصعوبات التي واجهتنا في هذا الموضوع هي غياب قانون موحد يحكم التجارة الدولية واختلاف الانظمة وهذا يستدعي اللجوء إلى استخدام العديد من الانظمة والقوانين المختلفة كالقانون المدني والتجاري، كذلك الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية فيينا لسنة 1980 والقواعد والأعراف الموحدة الصادرة عن غرفة التجارية الدولية لباريس لسنة 1993.

وتأسيسا على ما سبق، تبرز اشكالية البحث من خلال إثارة التساؤل التالي:

ما مدى فعالية ضمانات تنفيذ عقود التجارة الدولية التي تبناها المشرع الجزائري؟

وينبثق عن هذا الاشكال العديد من التساؤلات الفرعية منها:

- ماهي الضمانات المحددة التي تم تبنيها في القانون الجزائري لتنفيذ عقود التجارة الدولية؟
- كيف يتم التعامل مع العقود التي تحتوي على بنود تتعلق بالقوة القاهرة والتغيرات الطارئة على محل الحق؟
- ماهي التدابير الوقائية المتاحة للأطراف المتعاقدة لضمان تنفيذ العقود بشكل سلس؟
- ما هي أهم الآليات التي يمكن رصدها لضمان حسن تنفيذ عقد البع الدولي على ضوء تدخل البنوك في تنفيذه؟

وللإجابة على الإشكالية المذكورة أعلاه والتساؤلات الأخرى قمنا باتباع المنهج الوصفي من خلال سرد وشرح مختلف المصطلحات والمفاهيم التي تخدم موضوع بحثنا، وكذا المنهج التحليلي لتفكيك العناصر الجوهرية للموضوع، وكذا تحليل مختلف النصوص القانونية ذات الصلة، إلى جانب ذلك، الاعتماد على المنهج المقارن، وجسد ذلك عند مقارنة التشريع الجزائري ببعض القوانين في الأنظمة المقارنة، من أجل صياغة نتائج تخدم التشريع الوطني وتساهم في تطويره.

كما قمنا بتقسيم هذا البحث إلى فصلين، نتناول في الفصل الأول ضمانات التنفيذ المشتركة مع كل العقود، حيث قسمناه بدوره إلى مبحثين، خصصنا المبحث الأول إلى شرط الاحتفاظ بالملكية، أما المبحث الثاني نتناول فيه التنازل عن الدين (حوالة الحق). أما الفصل الثاني ندرس فيه ضمانات التنفيذ المشتركة مع كل الحقود، حيث قسمناه بدوره إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول الاعتماد المستندي أداة بنكية في تنشيط التجارة الخارجية، والمبحث الثاني نتناول فيه خطاب الضمان (الضمانة المستقلة)، مع الإشارة في آخر الفصل لوجود ضمانات أخرى.

الفصل الأول

ضمانات التنفيذ المشتركة مع كل العقود

الفصل الأول: ضمانات التنفيذ المشتركة مع كل العقود

يعد الضمان أداة قانونية أساسية وشرعية في المعاملات التجارية حيث أنه يوفر للأطراف المتعاقدة الثقة والائتمان عند ابرامهم للعقود، وكما أشرنا في مقدمة بحثنا أن- الضمانات تختلف باختلاف طبيعة العقد- وفي هذا الفصل سنعرض الضمانات الشائعة التي يمكن أن تطبق على معظم أنواع العقود وأهمها على الإطلاق شرط الاحتفاظ بالملكية في المبحث الأول والتنازل عن الدين (حوالة الحق) في المبحث الثاني.

المبحث الأول: شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

الأصل أن عقد البيع من العقود فورية التنفيذ، إذ يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية وتسديد الثمن عند ابرام العقد، إلا أن حاجة المعاملات يمكن أن تدفع بالمشتري إلى تأخير الوفاء ببعض أو كل الثمن، الأمر الذي يضفي على البيع صفة ائتمانية تحمل في طياتها مخاطر معينة بالنسبة لحق البائع في الثمن لذلك يشترط في اتفاقه مع المشتري أن يحتفظ بالملكية كضمانة[1]، وهو ما سنحاول دراسته في هذا المبحث من خلال التعرف على مضمون شرط الاحتفاظ بالملكية كمطلب أول، والآثار المترتبة على هذا الشرط كمطلب ثان.

المطلب الأول: مضمون شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

يحمل مبدأ حرية التعاقد في طياته الاعتراف للمتعاقدين بحرية ادراج الشروط التي يرونها مناسبة، ومنه كان شرط الاحتفاظ بالملكية من أهم هذه الشروط[2]، وبهذا الصدد يجب أولا أن نعرف هذا الشرط ومدى مشروعيته في الفرع الأول ثم نبرز التكييف القانوني له في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التعريف بشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

سنعرض في هذا الفرع المقصود بشرط الاحتفاظ بالملكية ومدى مشروعيته.

أولا: المقصود بشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

يقترن شرط الاحتفاظ بالملكية غالبا بالبيع بالتقسيط، حيث أن البائع يحتفظ بالملكية ضمانا لاستيفاء كامل الثمن المؤجل وطبقا للقواعد العامة فإنها تقضي بانتقال ملكية المبيع إلى المشتري، فينشئ البيع على ذمة البائع التزاما بنقل الملكية إلى المشتري حال ابرام العقد

[1]- محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 11.

[2]- فاتن سميش، مدى فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان في عقد الاعتماد الايجاري، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص 860.

وبقوة القانون هذا إذا كان البيع يرد على منقول معين بالذات[1]، وهو ما نصت عليه المادة 165 ق.م.ج[2]، أما إذا كان المنقول معين بالنوع فيعلق تنفيذ هذا الالتزام على الإقرار طبقا للمادة 166 ق .م وبالشهر بالنسبة للعقار وفقا لنص المادة 793 ق.م.

ويتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية بغض النظر عن تنفيذ المشتري التزامه بدفع الثمن، وبما أن نقل ملكية الشيء المبيع ليس من النظام العام يمكن للمتعاقدين الاتفاق على ارجاء نقل الملكية إلى أجل محدد فيكون مضمون هذا الاتفاق غالبا الإبقاء على الملكية للبائع وعدم انتقالها للمشتري إلى حين دفع كامل الثمن[3].

وهناك من عرف هذا الشرط بأنه: "اتفاق يقصد به توفير التأمين المناسب للبائع ليضمن له وفاء المشتري بالتزامه بدفع الثمن، فالبائع لا يريد أن يفقد ملكية الأشياء المبيعة قبل أن يقوم الطرف الآخر بتقديم المقابل الذي تعهد به فيضل المبيع بمقتضاه على ملك البائع حتى يتحقق هذا الشرط"[4].

يمكننا تعريف شرط الاحتفاظ بالملكية بأنه: "عبارة عن ميكانيزم اتفاقي يتم من خلاله تأخير انتقال الملكية إلى أن يتم الوفاء بكامل الثمن، وذلك من خلال توافق إرادتي البائع والمشتري على دمج هذا البند التعاقدي داخل وثيقة البيع الذي يتيح للبائع إمكانية استرجاع المبيع في حالة عدم وفاء المشتري بالتزامه"[5].

---

[1]- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 24.

[2]- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية ، العدد78، المؤرخ في 1975/09/30.

[3]- فاتن سميشي، مرجع سابق، ص 861.

[4]- كلثوم بن قراش، مدى فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان خاص في حماية الائتمان التجاري، مجلة البحوث القانونية والسياسية، مجلة دولية محكمة تصدرها جامعة مولاي طاهر، سعيدة، الجزائر، العدد 10، جوان 2018، ص 674.

[5]- محمد بوهاشم، طالب باحث دكتوراه، الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية في القانون العربي المقارن، جامعة محمد الخامس، الرباط ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، السويسي ، ص90

ثانيا: مدى مشروعية شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

لقد ثار في البداية خلاف حول مشروعية شرط الاحتفاظ بالملكية كونه ينطوي على تضليل يكون فيه الظاهر يخالف الواقع، حيث أن المشتري يحوز مالا لا يملكه وهذا يشكل اضرار للغير حسن النية[1]، ولعل الاعتراض الواضح على هذا الشرط أتى استنادا إلى الفقه الإسلامي. حيث أن البعض من هذا الفقه استنتج منافاة الشرط المذكور لمقتضى عقد البيع الذي يقضي بالزامية انتقال الملك من البائع إلى المشتري بمجرد انعقاده، وفي الحقيقة ان الفقه الإسلامي يميز بين أمرين الأول: إذا اشترط البائع عدم تصرف المشتري في المبيع مطلقا يعد تصرف مخالف لمقتضى العقد باجماع الفقهاء ويقع باطلا، أما في حالة اشتراط البائع عدم تصرف المشتري في المبيع حتى يسدد الثمن المؤجل فالقاعدة أنه إذا ورد هذا الشرط كضمان للوفاء بالثمن وقع صحيحا[2].

إلا أن هذا الجدل لم يعد له ما يبرره في ظل النص على هذا الشرط في بعض التشريعات حاسمة ما قد يثار من خلاف حول مشروعية هذا الشرط من عدمها

حيث بالرجوع إلى المادة 363 ق م ج نجد أن المشرع أقر صراحة بأنه يجوز للبائع أن يشترط أن نقل الملكية للمشتري يكون موقوفا على دفع الثمن كله حتى لو يتسلم المبيع[3].

ويستمر شرط الاحتفاظ بالملكية في القوانين المعاصرة نظرا لما يحققه من مصالح اقتصادية مشروعة هذا من جهة ومن جهة أخرى عدم مخالفته للنظام العام، وذلك أنه من المقرر إمكانية الاتفاق على تعليق انتقال الملكية على شرط معين أو تأجيل هذا الانتقال أجل محدد، إذ أن تحديد وقت انتقال الملكية بالعقد أمر لا علاقة له بالنظام العام[4].

---

[1]- فاتن سميشي، مرجع سابق، ص 861.

[2]- عادل أحمد الجسمي، مدى ملاءمة شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، قسم القانون الخاص، أبريل 2018، ص 24.

[3]- فاتن سميشي، مرجع سابق، ص 86.

[4]- محمد حسين منصور، مرجع سابق. ص 28.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

تعددت الاتجاهات وتضاربت الأقوال بخصوص التكييف القانوني لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ويعود السبب في ذلك إلى رغبة كل فريق في ادماج الشرط المذكور داخل إطار محدود لأحد الأنظمة القانونية المتعارف عليها دون الأخذ بعين الاعتبار تعدد وتباين صور العملية الناجمة عن طبيعة المعاملات التجارية وما تتميز به من سرعة وما تقضيه من تجاوب كامل مع مبدأ الحرية التعاقدية. هذا التباين يتمحور حول فكرتي الشرط والأجل ولعل من المناسب في هذا الشأن التعرض للاتجاهات الفقهية المختلفة ومن ثم تناوله وفق التشريع الجزائري.

أولا: الاتجاهات الفقهية بشأن تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

تختلف النظريات التي قيلت حول شرط الاحتفاظ بملكية المبيع باختلاف فقهاء القانون والمختصين في العقود فمنهم من يرى شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط واقف وفريق آخر يرى بأنه بيع معلق على شرط فاسخ[1]، وهناك جانب آخر يصنف هذا الشرط على أنه ضمان لحق البائع في الثمن وسنعرض كل هذه النظريات كما يلي:

1/ نظرية الشرط الواقف:

المقصود بهذه النظرية أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط واقف يتمثل في وفاء المشتري بالثمن، أي يظل البائع مالكا للشيء المبيع ولا تنتقل الملكية للمشتري إلا بعد سداد هذا الأخير لكامل الثمن[2]، في الآجال المحددة وانتقال الملكية هنا

[1]- طلال محمد كاضم الزهيري، الطبيعة القانونية وآثار شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع، مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية، المجلد 05، العدد 2، فيفري 2024، ص 608.

[2]- محمد حسين منصور، مرجع سابق. ص 295.

يكـون بـأثر رجعـي حيـث أنـه إذا تخلـف الشـرط نتيجـة تـأخر المشـتري عـن دفـع الـثمن فـإن الملكية التي كانت معلقة على شرط واقف تزول لعدم تحقق هذا الشرط[1].

2/ نظرية الشرط الفاسخ:

مفـاد هـذه النظريـة هـو أن البيـع مـع الاحتفـاظ بالملكيـة بيـع معلـق علـى شـرط فاسـخ المتمثـل فـي عـدم الوفـاء بـالثمن فـي الآجـال المتفـق عليهـا فـي العقـود، إذ تنقـل ملكيـة البضـاعة طبقـا للقواعـد العامـة إلـى المشـتري معلقـة علـى شـرط فاسـخ منـذ انعقـاد البيـع ومـؤدى ذلـك هـو أن الملكيـة تنتقـل إلـى المشـتري ثـم تعـود إلـى البـائع مـن جديـد، يعنـي أن حـق المشـتري فـي الملكيـة مهـدد بـالزوال إذا لـم يقـم بتسـديد الـثمن فـي الميعـاد المحـدد ويـزول هـذا الشـرط بقـوة القـانون وبـأثر رجعي[2].

3/ شرط الاحتفاظ بالملكية ضمان لحق البائع في الثمن:

يعتبـر شـرط الاحتفـاظ بالملكيـة ضـمان قـانوني معتبـر (مهـم)، حيـث إعتمـد عليـه جانـب مـن الفقـه القـانوني اعتبـروه يـؤدي وظيفـة أساسـية لحمايـة حـق البـائع فـي سـداد كامـل الـثمن مـن المشتري وانقسم أصحاب هذه النظرية إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول:

اعتبـر شـرط الاحتفـاظ بالملكيـة ضـمانا اتفاقيـا ومفـاده الاعتمـاد علـى الأسـاس التعاقـدي ومصدره إرادة المتعاقدين بالاتفاق على تسديد المشتري للثمن بالتقسيط.

الاتجاه الثاني:

اعتبـر انصـار هـذا الاتجـاه أن فكـرة الضـمان تعبـر عـن وظيفـة اقتصـادية أكثـر منهـا قانونيـة وتوظيـف الملكيـة فـي مجـال المعـاملات الماليـة لنـوع مـن الضـمان، فهـو يعـد ضـمانا

[1]- طلال محمد كاضم الزهيري، مرجع سابق. ص 609.

[2]- محمد بوهاشم، مرجع سابق. ص 93.

عينيا لأنه يرد على حق عيني أصلي ألا وهو حق الملكية وهو ذو طابع إرادي يخضع لاتفاق الأطراف لإنشائه وهو الرأي الراجح[1].

ثانيا: التكييف التشريعي لشرط الاحتفاظ بالملكية

بالنسبة للمشرع الجزائري نص صراحة على أن نقل الملكية يكون موقوفا على استيفاء الثمن كله، ولو تم تسليم المبيع وهو ما نصت عليه المادة 363[2] ق م ج في الفقرة الأولى.

ويستمر شرط الاحتفاظ بالملكية في القوانين المعاصرة نظرا لما يحققه من مصالح اقتصادية مشروعة هذا من جهة ومن جهة أخرى عدم مخالفته للنظام العام، ذلك أنه من المقرر إمكانية الاتفاق على تعليق انتقال الملكية على شرط معين أو تأجيل هذا الاتفاق لأجل محدد، إذ أن تحديد وقت انتقال الملكية بالعقد أمر لا علاقة له بالنظام العام[3].

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

إذا كان شرط الاحتفاظ بالملكية كبند من بنود العقد فإنه سيختلف لا محالة في آثاره عن العقد البسيط وبالتالي ستختلف أيضا العلاقة التعاقدية بين الأطراف المتعاقدة، وهذه العلاقة إما يقوم الأطراف بتناولها عن طريق التنظيم ويتم ذلك بواسطة الاتفاق المنظم بينهما، وإما أن يغفلوا عن هذا التنظيم ويتركونه للقواعد العامة، وهذا يستوجب علينا دراسة آثار شرط الاحتفاظ بالملكية فيما بين الأطراف (الفرع الأول)، ومن ثم التطرق إليه بالنسبة للدائنين (الفرع الثاني) [4].

---

[1]- طلال محمد كاضم الزهيري، مرجع سابق. ص 609.

[2]- المادة 363: "إذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع".

[3]- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 28.

[4]- الزموري العنيد، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مقال منشور على موقع منتديات ستار تايمز https : www.startimes.com، ساعة 14:05.

الفرع الأول: آثار شرط الاحتفاظ بالملكية فيما بين الأطراف على سبيل الضمان

سنتطرق في هذا الفرع إلى أثر الشرط على نقل ملكية المبيع ثم أثره على تبعة هلاك المبيع

أولا: أثر وجود شرط الاحتفاظ بالملكية على نقل ملكية المبيع

لمعرفة أثر شرط الاحتفاظ بالملكية بين البائع والمشتري فيما يتعلق بنقل الملكية ينبغي التمييز بين وضع المسألة من الناحية النظرية ووضعها من الناحية العملية.

1/ من الناحية النظرية

تبقى ملكية المبيع تحت يد البائع ولا تنتقل إلى المشتري إلا بعد سداد كامل الثمن ويكون للبائع في هذه الفترة سلطة استعمال المبيع واستغلاله وكذا التصرف فيه، فإذا قام مثلا ببيعه مع الاحتفاظ بملكيته يعتبر تصرف صحيح ولا يحق للمشتري الأول استرداد المبيع من المتصرف إليه الثاني لأن الملكية لم تنعقد بعد للأول ولعل الإلتزامات التي تقع على عاتق البائع وتعد في نفس الوقت حقوقا للمشتري تتمثل في وجوب تسليم المبيع له بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد وتصرفاته في هذا الصدد تكون محكومة بذلك القيد [1].

2/ من الناحية العملية:

تتجه إرادة الأطراف صراحة إلى تنظيم العلاقة فيما بينهم في حالة البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية بالطريقة التي تحقق الغاية من البيع وتتناسب مع مصلحة المشتري وضمان حق البائع بحيث يتم ادارج بعض الشروط التكميلية لشرط الاحتفاظ بالملكية لتحديد آثاره ونطاق أعماله وتلك الشروط تتمثل أحيانا في إعطاء المشتري حق استعمال المبيع أو استغلاله بالإضافة إلى أنه يمكن تحويل مادته أو ادماجه ضمن مواد أخرى [2] واستهلاك المبيع كالمواد الأولية والتصرف فيه إلى الغير حسن

[1]– محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 113–114.

[2]–عادل أحمد الجسمي، مرجع سابق، ص 73.

النية، وهنا يصطدم بواقع انتقال الملكية إلى شخص لا تربطه أي رابطة قانونية وهذا يؤدي إلى تعقيد الوضع [1].

ثانيا: أثر شرط الاحتفاظ بالملكية على تبعة هلاك المبيع

بداية نشير إلى تعريف الهلاك فقد حاول بعض فقهاء القانون أن يضعو تعريفا له فقالو بأن: "الهلاك هو تلف أو فقد مال معين لمقوماته الأساسية كلها أو بعضها بحيث يتعذر الغرض المقصود منه كليا أو جزئيا لسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي أو حادث مادي أو معنوي بفعل فاعل مما يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا"

والمشرع الجزائري اتبع أحكام القواعد العامة فجعل الهلاك يقع على البائع قبل التسليم وذلك طبقا للقاعدة التي تقضي أنه في العقود الملزمة لجانبين يتحمل المدين تبعة الهلاك حتى ولو كان ذلك راجعا لسبب لا يد للبائع فيه [2].

وهذا ما نصت عليه المادة 369 من قانون.م.ج [3]

وفي حالة هلاك المبيع هلاكا جزئيا ولا يزال في حيازة البائع فإنه يقع على هذا الأخير وفي هذه الحالة يكون المشتري اما أن يطلب إنقاص الثمن فيتعادل التزامه بالثمن بما تبقى من المبيع أو أن يطلب فسخ العقد من القضاء إذا كان هذا الهلاك الجزئي جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد ما تم البيع [4] وهو ما نجده في نص 370 ق.م.ج [5].

---

[1]–سعيد بومنان، شرط الاحتفاظ بالملكية، مقال منشور في موقع منتدى زدني علما القانوني، https://zidni3ilma.arabepro.com ، ساعة 12:00.

[2]–خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الجزء الرابع، الطبعة الرابعة، 2005، ص 142.

[3]–المادة 369 ق م ج "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن الا اذا وقع الهلاك بعد اعذار المشتري بتسليم المبيع".

[4]–خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص 143.

[5]–المادة 370 ق م ج "إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف إصابة جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع، وأما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن".

الفرع الثاني: آثار شرط الاحتفاظ بالملكية بالنسبة للغير

يمتد شرط الاحتفاظ بالملكية ليتعدى الأطراف إلى الغير الخارج عن العلاقة التعاقدية سواء كان هذا الغير دائنا للمشتري المفلس أو متصرفا إليه في المبيع ذاته كما أن هذا الشرط يمكن أن ينتقل إلى الغير على سبيل الضمان، وسنوضح ذلك بإيجاز في العناصر التالية:

أولا: حجية شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين

إذا كان المشرع الجزائري منح للبائع إمكانية استعمال الملكية كوسيلة لضمان حقه في الوفاء بالثمن في حالة ما إذا تخلف المشتري عن الوفاء به من خلال دعوى الاسترداد، غير أن السؤال الذي يطرح على المشرع الجزائري خاصة في ظل غياب نظام قانوني محكم لهذا الشرط الا وهو: ما مدى فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية في حالة وقف المشتري عن الدفع وصدور حكم بشهر إفلاسه؟ [1].

للاجابة على هذه الإشكالية لابد من الرجوع إلى نصي المادتين 299 و 307 من الامر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم فبدراسة مضمون نص المادة 307 منه[2]. نجد أن المشرع الجزائري منع البائع من التمسك بحقه في الامتياز والفسخ وكذا الاسترداد المحول له وفقا للمادة 997 من القانون المدني، إلا في حدود الأحكام المنصوص عليها في المادتين 308 و 309 فقرة 1 [3] ومنه فإن المنع الذي ورد في نص م 307 يخص امتياز بائع بالمنقول الذي لم يشترط الاحتفاظ بالملكية، والذي يؤكد هذا المعنى هو نص المادة 299 التي تنص على: "لا يجوز في مواجهة جماعة الدائنين مباشرة الإمتياز وحق الاسترداد الذين تقررهما (م 993) من القانون المدني لمصلحة البائعين لأموال منقولة".

وكنتيجة المنع الوارد في نص م 307 هو تحصيل حاصل ورد في نص م 299 بمعنى أنه يتعلق بامتياز بائع المنقول الذي نصت عليه م 997 وما يليها من ق.م.ج دون امتياز البائع المحتفظ بملكية المنقول.

---

[1]-كلثوم بن قراش، مرجع سابق، ص 693.

[2]-المادة 307: نصت على "لا تجوز ممارسة حق الإمتياز ودعوى الفسخ وحق الاسترداد القائم لصالح بائع الأموال المنقولة ضد جماعة الدائنين الا في حدود الأحكام التالية".

[3]-نصت على: "يجوز إسترداد البضائع المرسلة إلى المدين مادام التسليم لم يتحقق في مخازنه".

بالإضافة الا ان قواعد الإفلاس هي مجموعة من القواعد الاستثنائية التي تتعلق بالنظام العام وينبغي للمشرع تنظيمها بقواعد صارمة لا يجوز الإتفاق على تجاوزها، ولا يترك للإختلاف في فهمها بين الفقهاء والقضاة [1].

ثانيا: حجية انتقال الملكية بالنسبة للغير

في الممتلكات المحددة بذاتها تنتقل الملكية للغير فور إبرام عقد البيع، ولكن يمكن للبائع بعد ذلك بيع الممتلكات للآخرين[2]، وهو ما جاء في نص المادة 165 ق.م.ج: "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات بملكية الملتزم".

أما بالنسبة للمتلكات المعينة بنوعها، فيجب إجراء عملية الإفراز لتحديد الممتلكات المحددة بذاتها حيث تنص المادة 166 ق.م.ج على أنه: "إذا ورد الإلتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد إستئذان القاضي، كما يجوز أن يطالب بقيمة الشيء من غير الإخلال بحقه في التعويض "[3].

هذا بالنسبة لانتقال الملكية في المنقول، أما بخصوص العقار فإن الملكية لا تنتقل إلا بعد إتخاذ إجراءات التسجيل المنصوص عليها في القانون (المادة 793 ق م ج) [4].

وتكمن ضرورة إجراءات الشهر والتسجيل في إنتقال ملكية العقارات والحقوق العينية الأخرى في إيجاد شيء من العلنية لضمان ثقة المتعاقدين وتسهيل تداول العقارات وتشجيع الإئتمان العقاري[5].

---

[1]–كلثوم بن قراش، مرجع سابق، ص 695.

[2]–خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص 112.

[3]–المادتين 165 و 166 من ق.م.ج، السالف الذكر.

[4]–المادة 793 ق.م.ج تنص على: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

[5]–خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص 114.

ثالثا: انتقال الإستفادة بشرط الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

يمكن أن يحتاج كل من البائع والمشتري إلى الإئتمان وبالتالي السؤال الذي يطرح نفسه هل يستطيع أي منهما أن ينقل إلى (البنك) على سبيل الضمان شرط الإحتفاظ بالملكية والوسائل الفنية المتاحة لتحقيق ذلك تكون إما عن طريق حوالة الحق في الثمن أو الحلول الإتفاقي سنحاول دراسة كل منهما على النحو التالي [1]:

1- حوالة الحق في الثمن:

تتمثل حوالة الحق في إتفاق الدائن مع أجنبي على أن يحيل له حقه الموجود في ذمة مدين معين والحوالة تتم دون حاجة إلى إرضاء المدين غير أنها لا تصبح نافذة قبل المدين أو الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها ويجب لنفاذ الحوالة قبل الغير أن يكون قبول المدين لها ثابت التاريخ [2].

2- الحلول الإتفاقي:

استقر الفقه في الوقت الحاضر على أنه للسماح بإنتقال الإستفادة بشرط الإحتفاظ بالملكية إلى الغير لا يستلزم بالضرورة اعتباره تأمينا عينيا بالمعنى الدقيق بل يكفي فقط أن يعتبر كضمان تبعي على غرار دعوى الفسخ، بمعنى وسيلة مبرمجة أساسا لضمان الوفاء بالحق بالإضافة إلى أن السماح بهذا النوع من الإنتقال يستجيب لإعتبارات عملية، إذ أنه يسمح للبائع بتداول حقه وبصفة خاصة بنقله إلى المؤسسة المانحة للإئتمان، وهذا الإنتقال سمحت به القوانين الأجنبية وأقرته أغلبية الفقه [3].

---

[1]-نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 56-57.

[2]-محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 259. (حوالة الحق سيتم التوسع فيها في المبحث الثاني).

[3]-عادل أحمد الجسمي، مرجع سابق، ص 92.

المبحث الثاني: التنازل عن الدين (حوالة الحق)

ان حوالة الحق نشأت كوسيلة قانونية كي تنظم انتقال الالتزام في جانبه الإيجابي الذي يتمثل في تحويل الحق الشخصي من دائن إلى آخر، وعليه سنقتصر في دراستنا لهذا المبحث على مفهوم حوالة الحق (المطلب الأول) والآثار الناجمة عنها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم حوالة الحق.

سنعرض في هذا المطلب المقصود بحوالة الحق (الفرع الاول)، ثم التطرق إلى أهم شروط انعقاد الحوالة (الفرع الثاني)، وكذا شروط نفاذها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المقصود بحوالة الحق.

سنتطرق إلى تعريف حوالة الحق و أهميتها العملية كعنصر أول، ثم خصائص حوالة الحق كعنصر ثانٍ، و أخيرا تمييز حوالة الحق عن بعض الانظمة المشابهة لها.

أولا: تعريف حوالة الحق وأهميتها العملية

حوالة الحق إتفاق (بمعنى عقد) يقوم الدائن (المحيل) من خلاله بنقل ما لديه من حق تجاه مدينه (المحال عليه) إلى شخص آخر لكي يصبح دائنا مكانه (المحال له) [1].

وتجدر الإشارة أنه في حوالة الحق لا يسري الانتقال إلا على دين يكون للدائن نظير مدينه، أي على حق شخصي للدائن، ذلك لأن أحكام حوالة الحق لا تقع على انتقال الحقوق العينية ولا على المجموعات [2].

ومن خلال ما سبق يمكن أن نبين مدى ما تحققه حوالة الحق من أهمية لكل من الدائن الأصلي والدائن الجديد.

- **فبالنسبة للمحيل:** الحوالة يمكن أن تلبي إحتياجات المحيل للنقود بسرعة كذلك تستخدم لسداد الديون أو التخلص من المدينين المماطلين وغالبا ما تكون تكلفة الحوالة أقل من قيمة الحق الأصلية.

---

[1]–عبد الرزاق دربال، الوجيز في أحكام الإلتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، ص 64.

[2]–عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، الكتاب الثالث، أحكام الإلتزام، الإسكندرية، ص 599.

- **وبالنسبة للمحال له:** قد يستخدم الحوالة كوسيلة للمضاربة، إذ يشتري الحقوق بسعر أقل من القيمة الاسمية ويأمل في استيفائها بالكامل من المدين، كما يمكن أن يستخدم الحوالة لتوظيف أمواله من خلال شراء حقوق ديون مؤجلة تحمل فوائد مرتفعة وتكون مضمونة بتأمينات جدية[1].

ثانيا: خصائص حوالة الحق

تتميز حوالة الحق بمجموعة من الخصائص، تتمثل على الخصوص في: أنها عقد رضائي كعنصر أول، وهي عقد منجز حال حياة المتعاقدين كعنصر ثاني، وأن موضوعها الحق الشخصي عنصر ثالث، وأنه يترتب عنها نقل الحق بجميع مقوماته وخصائصه كعنصر رابع.

1/ حوالة الحق عقد رضائي:

حوالة الحق تعد عقداً رضائياً، مما يعني أنه يكفي لانعقادها توافق الارادة بين الطرفين، أي إقتران الايجاب بالقبول. هذا التراضي وحده يكون العقد دون الحاجة إلى إجراءات شكلية أخرى. ومعظم العقود في القانون المدني رضائية، مثل عقود البيع والايجار، حيث يتم إبرامها بمجرد توافق الاطراف على الشروط. يتم إبرام عقد الحوالة بين المحيل والمحال له، وهما الطرفان الاساسيان في العملية. إذ ينعقد وينتج آثاره القانونية بمجرد توافق إرادتهما[2].

2/ حوالة الحق عقد منجز حال حياة المتعاقدين:

حوالة الحق هي عقد منجز يتم تنفيذه خلال حياة طرفيه، فلا يجوز تأجيله إلى ما بعد وفاة المحيل إذا كان التصرف بمقابل فإن تأجيله إلى ما بعد الموت يعد تصرفا في تركة مستقبلية، مما يجعله عرضة للبطلان بموجب القانون. وهذا ما نصت عليه 92 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري[3].

---

[1]–نبيل ابراهيم سعد و محمد حسين منصور، أحكام الإلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص295.

[2]– يوسف بوشاشي، حوالة الحق في القانون المدني الجزائري، (دراسة المقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الماجيستير، جامعة الجزائر، 1989، ص 52.

[3]– المادة 92: " ... التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، ...".

3/ حوالة الحق موضوعها الحق الشخصي:

موضوع حوالة الحق يتعلق بالحق الشخصي. هذا الحق ينتقل بالحوالة من الدائن الأصلي إلى الدائن الجديد، حيث يكون دائنا في ذمة المدين المحال عليه. الاستخلافات التي لا تتعلق بالحقوق الشخصية لا تخضع لقواعد الحوالة التي نص عليها المشرع في باب الالتزامات. فمثلا الحقوق العينية لها قواعد خاصة تحكم انتقالها، والتي وضعها المشرع بشكل مستقل[1].

4/ عقد الحوالة ينقل الحق بجميع مقوماته وخصائصه:

كما ينتقل الحق مع جميع ضماناته، فإذا كان الحق المحال مضمونا برهن رسمي أو بحق امتياز أو بكفالة، فإن هذه الضمانات تبقى سارية وتنتقل إلى الدائن الجديد لضمان الوفاء بالحق المحال[2].

عندما يتوقع الدائن صعوبة في استرداد دينه فقد يقبل بتحويل حقه مع التنازل عن جز منه لتسهيل العملية، وهذا يؤدي إلى حوالة حقوقية مضاربة حيث يتم دفع مبلغ أقل من القيمة الاجمالية للدين[3].

ثالثا: تمييز حوالة الحق عن بعض الأنظمة المشابهة لها

رغم التشابه الكبير بين حوالة الحق وبعض الأنظمة في أحكامها وقواعدها، إذ أن هذا التشابه لا يلغي وجود بعض الفوارق، والتي سنقوم بذكرها فيما يلي:

1/ حوالة الحق وحوالة الدين:

تعرف حوالة الدين بأنها: "اتفاق يتم بموجبه انتقال الدين من المدين الأصلي إلى شخص آخر يتحمل عبئ سداد هذا الدين للدائن". يتضح من هذا التعريف أن حوالة الدين تمثل تغييرا في الالتزام، حيث ينتقل العبء المادي المترتب في ذمة المدين الأصلي إلى المدين الجديد، بدلا من نقل حق مترتب في ذمة الآخر كما هو الحال في حوالة الحق.

---

[1]– يوسف بوشاشي، مرجع سابق، ص 53.

[2]– مرجع نفسه.

[3]– محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام (النظرية العامة للالتزام)، دراسة مقارنة في القوانين العربية، طبعة جديدة، دار الهدى، الجزائر، ص 262.

وعليه تختلف حوالة الدين عن حوالة الحق في عدة أوجه نذكر منها:

أن حوالة الدين تتعلق بانتقال الالتزام من وجهه الايجاب كحق[1].

حوالة الدين تتم باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل الدين، أما حوالة الحق فتتيح للدائن تحويل حقه إلى شخص آخر ما لم يمنع ذلك بنص قانوني أو اتفاق بين الطرفين أو طبيعة الالتزام، يمكن تنفيذ الحوالة دون الحاجة إلى موافقة المدين[2].

2/ حوالة الحق والتجديد:

التجديد يشير إلى اتفاق على استبدال التزام قائم بالتزام جديد يختلف عنه في احد جوانبه الجوهرية. يمكن للطرفين في التجديد أن يتفقا على استبدال الالتزام الأصلي بالتزام جديد يختلف عنه في جوانب موضوعية أو شخصية، ويتم معاملة الأمور كما لو أن الدين الأصلي قد تم الوفاء به حتى وإن لم يتم ذلك في الواقع بل تم استبداله بدين آخر[3].

ومنه يختلف التجديد بالتعبير عن حوالة الحق في أن التجديد يترتب عليه انتهاء حق الدائن الأصلي وينشئ حق جديد للدائن، مستقل عن الحق السابق، وبالتالي لا يستفيد الدائن الجديد من الضمانات والامتيازات التي كانت للدائن الأصلي. بينما في حوالة الحق ينتقل الحق بكامل خصائصه وتوابعه من المحيل إلى المحال له.

كما يختلف التجديد عن حوالة الحق في أنه يتطلب إتفاق المدين الاصلي و الدائن الاصلي والدائن الجديد، بينما في حوالة الحق يكفي رضا الدائن الاصلي والدائن الجديد دون الحاجة لرضا المدين المحال عليه.[4]

الفرع الثاني: شروط انعقاد الحوالة.

يجب أن يتفق المتعاقدان على الشروط اللازمة لانعقاد الحوالة، ويكون رضاهما خاليا من العيوب، ويتوافر فيهما الأهلية اللازمة للتصرف المراد تحقيقه بالحوالة.

---

[1]– رمضان أبو سعود، مرجع سابق، ص 154.

[2]– المادة 255 ق.م.ج، سالف الذكر.

[3]– يوسف بوشاشي، مرجع سابق، ص 61.

[4]–مرجع نفسه، ص 64.

أولا: الحوالة إتفاق بين المحيل والمحال له.

تعتبر حوالة الحق عقدا رضائيا بحيث يكفي لانعقادها صحيحة أن يتوافر فيها رضا الدائن الأصلي (المحيل)، والدائن الجديد (المحال إليه) وعليه لا يشترط أن تنعقد في شكل خاص، أما المحال عليه أي المدين فلا يضار من تغير الدائن بالنسبة إليه وبالتالي لا حاجة لرضاه كي تنعقد الحوالة [1]، وهو ما نصت عليه المادة 239 من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون أو إتفاق المتعاقدين، أو طبيعة الإلتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين" [2]. كما أن حوالة الحق تنقل الإلتزام الثابت من الدائن الأصلي إلى دائن آخر، دون إنشاء إلتزام جديد، ويبقى الإلتزام بعد الحوالة محكوما بنفس القوانين التي نشأت تحتها، ما لم يصدر قانون يغير هذه الأحكام [3].

ثانيا: محل حوالة الحق

الأصل في الحق الشخصي أنه قابل للتحويل مهما كان محله وسينوى في ذلك أن يكون الحق منجزا أو معلقا على شرط أو مرتبط بأجل أو يكون حقا مستقبلا [4]، إلا أن الأصل ترد عليه عدة استثناءات (م 239 ق.م.ج).

الإستثناء الأول:

إذا كان هناك نص في القانون يمنع حوالة بعض الحقوق، مثل الحقوق غير القابلة للحجز(م 240 ق.م.ج) [5]، مثل دين النفقة، فإن الحوالة تمنع فقط في الجزء الذي لا يمكن حجزه، وتظل مسموحة في الأجزاء الأخرى من الحق.

---

[1]–دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 64.

[2]–المادة 239 من الأمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني، سالف الذكر.

[3]–المستشار أنور طلبة، انتقال وانقضاء الحقوق والالتزامات، المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة، الإسكندرية، سنة 2006، ص 7.

[4]–المستشار معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، 1998، ص 96.

[5]–المادة 240 ق.م.ج "لا تجوز حوالة الحق إلا إذا كان الحق قابلا للحجز".

الإستثناء الثاني:

الإتفاق بين الدائن والمدين على منع تحويل الحق، كمثال إذا اشترط المؤجر على المستأجر عدم نزول الإيجار للغير وتوافقت مصلحة السكك الحديدية وهيئات انتقل العام على هذا الأمر.

الاستثناء الثالث:

إذا كانت طبيعة الحق تتطلب عدم جواز حوالته، مثل في حالات الحقوق المتصلة بشخص دائن كالنفقة والتعويض عن الضرر الأدبي، فلا يجوز تحويلها بشكل منفصل عن الحق الأصلي [1].

الفرع الثالث: شروط نفاذ الحوالة.

رغم أن حوالة الحق لا تحتاج في انعقادها إلى رضا المحال عليه (أي المدين) بها إلا أنها تحتاج إلى قبوله من أجل أن تكون نافذة قبله أو قبل غيره.

أولا: نفاذ الحوالة قبل المدين.

المقصود بنفاذ الحوالة قبل المدين هي أن يلتزم بالوفاء إلى الدائن الجديد بدل الدائن الأصلي، ويشترط في هذا النفاذ قبول المدين للحوالة أو اعلانه بها [2].

فبالنسبة لقبول المدين للحوالة فيجب أن يوافق صراحة أو ضمنا عليها، ويجب أن يكون على علم كامل بالتغيير الذي حدث في الحق، والقبول لا يحتاج إلى شكل محدد ويمكن أن يتم بأي وسيلة مناسبة، وفي حالة النزاع يتم تطبيق القواعد العامة للاثبات.

والطريق الثاني لنفاذ الحوالة في حق المدين هو اعلانه بها من الدائن الأصلي، أو الدائن الجديد، ويكون الاعلان رسميا على يد محضر ويكفي أن يشير إلى وقوع الحوالة وأهم شروطها الأساسية، دون الحاجة لذكر نص الحوالة بشكل كامل [3].

---

[1]–رمضان أبو السعود، أحكام الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 377–378.

[2]–عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص 64.

[3]– رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 397–378.

ثانيا: نفاذ الحوالة قبل الغير

تنفذ الحوالة في حق الغير بنفس الإجراءات التي تنفذ بها في حق المدين، بمعنى إعلان المدين بالحوالة أو قبولها لكن يشترط أن يكون قبول المدين ثابتا تاريخيا لمنع التواطئ بتغيير التواريخ. لا يكفي الاعلان بكتاب مسجل ويكون الإعلان عادة بناءا على طلب المحال له، وتقع مسؤولية الاعلان على من لديه المصلحة مثل المحال له، ما لم يتم الإتفاق على خلاف ذلك ويمكن توجيه الإعلان في أي وقت ولكن التأخير يؤدي إلى تأخير نفاذ الحوالة [1] وهذا ما نصت عليه م 241 ق.م.ج [2].

ثالثا: إجراءات أخرى لنفاذ الحوالة

رغم أن القاعدة العامة تنص على أن نفاذ الحوالة يتم عبر قبول المدين أو إعلامه إلا أن بعض القوانين تفرض إستثناءات على هذه القاعدة نجملها فيما يلي:

1- يعد قانون تنظيم الشهر العقاري من المادة 11 مثالا على ذلك، حيث يتطلب تسجيل حوالة الأجرة المعجلة التي تزيد عن ثلاث سنوات لتصبح نافذة في حق الغير وعندما يحول مالك العقار مستحقاته المستقبلية من الأجرة يصبح التسجيل العقاري ضروريا لنفاذ الحوالة، وإلا فإنها لن تكون نافذة لما يتجاوز ثلاث سنوات من الأجرة أمام أي شخص لديه حقوق عينية على العقار مثل المشترين والدائنين المرتهنين [3].

2- ان حوالة الحق الثابتة تختلف باختلاف نوع السند، ففي السند الاسمي كالأسهم والسندات الحكومية، تصبح الحوالة نافذة بتسجيلها في دفتر خاص يحتفظ به المحال عليه، أما في السند لإذن كالكمبيالة والشيك، تكون الحوالة نافذة بمجرد التظهير بتوقيع صاحب السند عليه، أما في السندات لحاملها مثل الكمبيالات والشيكات، فتكون الحوالة نافذة بمجرد التسليم المادي للسند [4].

---

[1]- عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص611.

[2]-المادة 241 ق.م.ج "لا يحتج بالحوالة قبل المدين، أو قبل الغير الا إذا رضي بها المدين أو أخبر بها بعقد غير قضائي، غير أن قبول المدين لا يجعلها نافذة قبل الغير إلا إذا كان هذا القبول ثابت التاريخ".

[3]-رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 383.

[4]- نبيل ابراهيم سعد، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 301.

المطلب الثاني: آثار الحوالة.

لدراسة آثار الحوالة يجب علينا أن نفرق بين العلاقات التي تربط بين أطرافها (الفرع الأول)، وكذا العلاقات التي تربط بين أطرافها والغير (الفرع الثاني).

الفرع الاول: العلاقة بين طرفيها

سنتطرق في هذا الفرع إلى علاقة المحال له بالمحيل كعنصر أول وكذا علاقة المحال له بالمحال عليه كعنصر ثان.

أولا: علاقة المحال له بالمحيل.

تعبر حوالة الحق عن إتفاق بين المحيل والمحال له على أن يقوم الأول بتحويل حقه الذي يقع على ذمة المحال عليه إلى الثاني (دائن جديد) إذ أن هذا الحق ينتقل إلى المحال له بنفس صفاته وبنفس ضماناته[1].

1/ إلتزام المحيل بالتسليم

ينتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بمجرد انعقاد الحوالة بينهما أي حتى قبل أن تكون نافذة في حق المدين وفي حق الغير بالإعلان أو القبول ودون حاجة إلى أي إجراء آخر، وينتقل الحق بصفته وتوابعه إلى المحال له وكذا بما عليه من دفوع حيث ينبغي في هذا الانتقال أن يلتزم المحيل تسليم المحال له سند هذا الحق الذي غالبا ما تدون فيه الحوالة فيكون المستند لصدورها وتستند الحق المحال به في وقت واحد وكذا يقوم بتسليم الوسائل التي تؤدي إلى إثباته [2].

وأن يتجنب القيام بأي عمل قد يضر بالمحال له، فلا يجوز له استيفاء حقه من المحال عليه، ولا يجوز له أيضا رهن حقه لأنه أصبح ملكا للمحال له[3] .

---

[1]–عدنان طه الدوري، أحكام الإلتزام والإثبات في القانون المدني الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، 1995، ص 147.

[2]–عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان– الطبعة الثالثة الجديدة 1998، ص 343–394.

[3]– العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 530.

إضا امتنع المحيل عن تسليم المستندات المثبتة للحق المحال به، لا يحق للمحال له الرجوع على المحيل بالضمان، إلا إذا أدى ذلك إلى استحالة استيفاء الحق المحال به من المدين المحال عليه، أو إذا شكل ذلك عقبة تمنع المحال له من الحصول على حقه. في هذه الحالة، يكون المحيل مسؤولا عن الضمان إذا كان الامتناع بفعله الشخصي[1].

بالنسبة للمدين المحال عليه، فإن الحق لا ينتقل إليه إلا من وقت نفاذ الحوالة في مواجهته، أي من وقت قبوله لها أو إعلامه بها. إذا قام المدين المحال عليه بالوفاء بالدين للمدين الأصلي قبل قبوله الحوالة أو علمه بها، فإن هذا الوفاء يكون صحيحا ومبرئا لذمته، ولا يحق للمحال له الرجوع عليه. أما إذا قام المدين المحال عليه بالوفاء بالدين للمحيل الدائن الأصلي بعد قبول الحوالة أو علمه بها، فإن هذا الوفاء يكون غير صحيح و يلتزم مرة أخرى للمحال له. يصاحب الحق المحال به دعاوى بعضها تؤكد و بعضها تنفيه. فالدعاوى التي تؤكد الحق تنتقل معه إلى المحال له بإعتبارها من توابعه، بينما الدعاوى التي تنفي الحق و تتنافى معه لاتعتبر من توابعه، ولا تنتقل إلا باتفاق خاص بين المحيل و المحال له[2]

2/ الإلتزام بالضمان.

بالنسبة لهذا الضمان سنقدم شرحا لنطاقه ثم سنناقش حقوق المحال له عند رجوعه بموجب الضمان على المحيل.

أ- ضمان المحيل لأفعاله الشخصية:

المحيل مسؤول عن أفعاله الشخصية بدون استثناء وممنوع من التلاعب بحقوق المحال له ويعتبر أي اتفاق يحاول استبعاد هذه المسؤولية باطلا.

---

[1]- أنور العمروسي، حوالة الحق وحوالة الدين، في القانون المدني، معلق على النصوص في الفقه وقضاء النقض، ط 1، مكتبة دار الفكر العربي، 2003، ص 35.

[2]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والارادة المنفردة، ط 4، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص 380.

1/ الضمان في شأن الحوالة بعوض:

نفرق في هذا الصدد بين الضمان القانوني والضمان الإتفاقي

- **فبالنسبة للضمان القانوني:** نجد أنه يتعلق بصحة الحق المحال به وتوابعه وضماناته واذا ثبت عدم صحة الحق أو انقضاؤه بسبب العمل الشخصي للمحيل يتحمل هذا الأخير المسؤولية.
- أما بخصوص **الضمان الإتفاقي:** وبما أن أحكام النظام القانوني ليست من النظام العام فيمكن تخفيف أو تشديد الضمان وفقا للاتفاق بين الأطراف ويكون المحيل مسؤول عن أفعاله الشخصية دون إعفائه، كما يمكن شرط الضمان يسار المدين [1]. (المادة 245 ق.م.ج) [2].

2/ الضمان في شأن الحوالة بغير عوض:

بدراسة مضمون المادة 2/244 [3] ق.م.ج

نجد أن المشرع ينص على عدم ضمان المحيل بغير عوض، ولكن مع ذلك يجب الرجوع إلى القواعد العامة في ضمان عقود التبرع (المادة 494) [4] من القانون المصري ينص على أنه إذا كانت الحوالة هبة محضة دون عوض واستحق الحق المحال به غير موجودا اصلا فلا يجب الضمان على الموهوب له ما لم يكن هناك غش أو اختبار للحق [5].

هذا فيما يخص الضمان القانوني

أما بالنسبة للضمان الإتفاقي فإنه يمكن التوافق على تعديل شروطه وفي حالة استحقاق الحق أو انعدامه يكون للمحال له الحق في المطالبة بتعويض عادل حتى لو كان المحيل غير مدرك لاستحقاق

---

[1]–رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 388، 389.

[2]–المادة 245 ق.م.ج "لا يضمن المحيل يسار المدين الا اذا وجد إتفاق خاص بهذا الضمان واذا ضمن المحيل يسار المدين فلا ينصرف هذا الضمان الآلي يسار المدين وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك".

[3]–**المادة** 244 ق.م.ج" إذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يكون المحيل ضامنا لوجود الحق".

[4]– المادة 494 من القانون المدني المصري الصادر في 16 يوليو 1948، المعدل والمتمم، التي تنص على أنه: "إذا استحق الشيء الموهوب حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى".

[5]–نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص 306.

الحق أو انعدامه، شريطة أن يكون المحيل قد علم بإنعدام الحق أو استحقاقه وقام بتعمد إخفاء ذلك عن المحال له [1].

ب-ما يرجع به المحال له على المحيل:

المبدأ العام هو أن المحال عليه يجب أن يسترد ما دفعه للمحيل، بالإضافة إلى الفوائد والمصروفات، ولكن إذا وقع أقل من قيمة الدين الاصلي، فيجب عليه أن يسترد فقط ما دفعه فعلا بالإضافة إلى الفوائد والمصروفات.

هذا يهدف إلى منع الإستغلال والمرابحة [2]وهذا ما نصت عليه المادة 310 ق.م مصري [3].

ثانيا: علاقة المحال له بالمحال عليه.

علاقة المحال له بالمحال عليه تختلف باختلاف نفاذ الحوالة، حيث يكون للدائن الجديد قبل نفاذها علاقة دائنية مستقبلية، ولكن بعد نفاذ الحوالة يصبح المحال له هو الدائن الوحيد وسنرى ذلك بشيء من التفصيل.

1/ قبل نفاذ الحوالة

فقبل أن تصبح الحوالة نافذة وقبل إعلانها للمدين أو قبولها منه يكون المحيل الدائن الوحيد للمدين مما يمنحه حقوقا محددة في المبلغ المستحق، بما في ذلك الطلب منه بسداد الدين أو حتى اعفاءه منه، ويمكنه التصرف في حقه بالطريقة التي يجدها مناسبة، بينما يكون المحال له (الدائن الجديد) محدود في الدائنية قبل نفاذ الحوالة، إذ يقتصر دوره غالبا على إتخاذ اجراءات تحفظية دون اجراءات تنفيذية [4].

---

[1]-رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 391.

[2]-نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص 307.

[3]-المادة 310 من القانون المدني المصري "إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقا للمادتين السابقتين فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولو وجد إتفاق يقضي بغير ذلك".

[4]-عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص 70.

وهو ما نصت عليه المادة 242 ق.م.ج حيث جاء فيها: "يجوز للدائن المحال له قبل إعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ كل الإجراءات التحفظية ليحافظ بها على الحق المنتقل إليه" [1].

2/ بعد نفاذ الحوالة

عند إعلان الحوالة أو قبولها تصبح نافذة في حق المحال عليه ويتم نقل الحقوق والالتزامات من المحيل إلى المحال له بالحالة التي كانت عليها وقت الحوالة مما يسمح بالمحال عليه التمسك بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها قبل الحوالة بما في ذلك الدفوع المتعلقة بعقد الحوالة [2]، حيث جاء في المادة 248 ق.م.ج "يتمسك المدين قبل المحال له بالدفوع التي يعترض بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة" [3].

الفرع الثاني: العلاقة بين الأطراف والغير

نتناول في هذا الفرع العلاقة بين المحيل والمحال عليه كعنصر أول وبين المحيل له والغير كعنصر ثان.

أولا: العلاقة بين المحيل والمحال عليه.

هذه العلاقة تحمل العديد من المشاكل الأساسية، حيث لم يعد العقد الأصلي الذي تم توقيعه بينهما يحكم هذه العلاقة بشكل كامل بعد تغيرات في العقود.

وهذه العلاقة تختلف باختلاف ما إذا كان المحال عليه قد أبرء ذمته للمحيل أم لا. في بعض الحالات، قد تعتبر موافقة المحال عليه على الحوالة شرطا لإبراء ذمة المحيل، لكن في بعض الأحيان يكون من الضروري أن يقرر المحال عليه بشكل صريح أنه أبرء ذمته وتتداخل قوانين الفقه الفرنسي مع هذه المسألة، حيث كانت هناك تغيرات في مواقف القضاء بشأن إلزام المحال عليه بالتزاماته اتجاه المحيل[4].

---

[1]–المادة 242 ق.م.ج.

[2]–عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 526.

[3]– المادة 248 ق.م.ج.

[4]–ياسمين عباس إسماعيل، الآثار القانونية لحوالة العقد، مجلة الباحث الأكاديمي في العلوم القانونية والسياسية، المركز الجامعي، أفلو، الأغواط، المجلد السادس، العدد الأول، مارس 2023، ص 20–21.

ثانيا: علاقة المحيل له بالغير

علاقة المحال له بالغير تتعلق بتحديد ما إذا كان المحال عليه يعد أجنبيا عن الحوالة قبل اعلانها أو قبولها، مما يشمل محال له ثان لذات الحق محل الحوالة ودائني المحيل، ويمكن أن يثير هذا مشكلة تسمى تزاحم الحوالات والحجوز.

1/ التزاحم بين المحال له وبين محال له آخر.

في حالة وجود تزاحم بين المحال له ومحال له آخر، حيث يتم تحويل الحق مرتين، يفضل الحق الذي تم تحويله واعلانه أو قبوله أولا (م 249 ق.م.ج) [1]. ويحدد ذلك بتاريخ الاعلان عنه أو قبوله من المحال عليه، بدلا من تاريخ صدور الحوالة وذلك لتجنب الاشتباك في الحقوق وضمان النزاهة في المعاملات المالية [2].

2/ تزاحم المحال له مع دائن حاجز

تزاحم محال له مع دائن حاجز يحدث عندما تصدر حوالة ويتم حجزها قبل أن تصبح نافذة، حيث يحجز من أحد دائني المحيل الحق المرتبط بالحوالة ثم يتم حجز آخر من دائن آخر للمحيل، في هذه الحالة يحدث تزاحم بين المحال له والدائن الحاجز الأول والثاني إذا تم إصدار الحوالة أولا ولم تصبح نافذة إلا بعد الحجز الأول، فإن الحوالة تعتبر حجزا ثاني المادة 250 ق.م.ج فقرة 1 [3].

---

[1]–م 249: "في حالة وقوع خلاف بين عدة حوالات تخص حقا واحدا فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير".

[2]–عبد القادر الفار، أحكام الإلتزام (آثار الحق في القانون المدني)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1430هـ، 2009م، ص 222.

[3]–م 250/1 "إذا احتجز ما تحت يد المحال عليه قبل نفاذ الحوالة في حق الغير كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر".

ويتم تقسيم الحق بين المحال له والدائن الحاجز الأول، إذا حدث الحجز الثاني بعد صدور الحوالة وتصبح نافذة 250/2 [1]، يفترض أن يكون الحجز الثاني باطلا ولكن المشرع يعتبر أن الدائن الحاجز الثاني يمكنه المنافسة مع الدائن الحاجز الأول لضمان حقوقه" [2]

[1]– 2/250ق.م.ج'' :وفي هذه الحالة إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير، فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء، على أن يأخذ من حصة الحاجز المتأخر المبلغ الضروري لتكملة قيمة الحوالة لصالح المحال له".

[2]–عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص 70.

خلاصة الفصل الأول:

خصصنا هذا الفصل لدراسة ضمانات التنفيذ المشتركة مع كل العقود، والتي تتمثل في "شرط الاحتفاظ بالملكية"، الذي يدرج في العقود التجارية، خاصة في عقود البيع، ينص على ان ملكية البضاعة المباعة لا تنتقل إلى المشتري إلا بعد سداد كامل ثمنها. كما أن هذا الشرط يساعد البائع في الحفاظ على حقوقه وضمان استلام ثمن البضاعة كاملا قبل فقدان السيطرة عليها. وفي حالة تعسر المشتري على دفع كامل الثمن، يمكن للبائع استعادة البضاعة دون الحاجة إلى اجراءات قانونية معقدة.

أما بخصوص الضمان الثاني "التنازل عن الدين" (حوالة الحق) فهو عملية قانونية يتم من خلالها نقل حق معين من طرف (المحال) إلى طرف آخر (المحال له). فيصبح هذا الأخير الدائن الجديد ويحق له مطالبة المدين بدفع الدين.

الفصل الثاني

ضمانات التنفيذ التي تنفرد بها عقود التجارة الدولية

الفصل الثاني: ضمانات التنفيذ التي تنفرد بها عقود التجارة الدولية.

في عقد البيع الدولي، المستورد والمصدر يعتبران طرفان متباعدان ولا يعلم كل منهما المركز المالي للآخر. فالبائع المصدر يرغب في تصدير بضاعته مع ضمان استلام قمتها، وفي المقابل يرغب المشتري المستورد في استيراد هذه البضاعة، فكان لابد من ايجاد تقنيات مضمونة تحقق مطالب كل من الطرفين. وهو ما سنحاول عرضه في هذا الفصل، إذ تتمثل هذه التقنيات في الاعتماد المستندي (المبحث الأول)، وخطاب الضمان "الضمانة المستقلة" في (المبحث الثاني)، مع الإشارة في آخر الفصل إلى وجود ضمانات أخرى.

المبحث الأول: الاعتماد المستندي

الاعتماد المستندي يعد أهم وسائل الدفع في التجارة الدولية، حيث يوفر آلية آمنة لتبادل الأموال والضمانات بين الأطراف المتعاملة. فهو ما جعل أغلب الدول تعتمده في معاملاتها التجارية الخارجية من بينهم المشرع الجزائري. وعلى هذا الأساس سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الاعتماد المستندي (المطلب الأول) والآثار القانونية الناتجة عنه (المطلب الثاني) [1].

المطلب الأول: مفهوم الاعتماد المستندي.

سنتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم الاعتماد المستندي في الفرع الأول، وتجديد طبيعته القانونية في الفرع الثاني. وأبرز أنواعه في الفرع الثالث.

الفرع الأول: مفهوم الاعتماد المستندي.

سنقوم بتقسيم هذا الفرع إلى ثلاثة عناصر حيث سنتناول في العنصر الأول: تعريف الاعتماد المستندي وفي العنصر الثاني خصائص الاعتماد المستندي والتكييف القانوني له في العنصر الثالث.

أولا: تعريف الاعتماد المستندي:

تعددت تعاريف الاعتماد المستندي نظرًا لكثرة صورهِ وأشكالهِ، مما صعب وضع تعريف موحد وشامل لهُ، لذلك سنحاول فيما يلي: الإحاطة بأبرز وأهم تعاريفهِ.

1- تعريف الاعتماد المستندي في الفقه:

يتفق أغلب الفقهاء على اعتبار الاعتماد المستندي تعهد صادر من البنك بناءًا على طلب عميله لصالح شخص ثالث يسمى المستفيد، فيعرفه: "الأستاذ حسن دياب" أنه: "تصرف قانوني يتعهد البنك المنشئ بمقتضاه بأن يدفع لطرف ثالث يدعى المستفيد أو لأمره مبلغا من المال وفقا لتعليمات عميلهِ، أو يتعهد بدفع قيمة الكمبيالة أو الكمبيالات التي يسحبها المستفيد أو يقبلها أو يتداولها مباشرة، أو يفوض أي بنك آخر القيام بذلك لقاء مستندات معينة تتطابق مع الشروط والأوصاف التي تم الاتفاق عليها مسبقاً" [2].

---

[1]- صبرينة عصام، الاعتماد المستندي آلية جديدة للرقابة على التجارة الخارجية في التشريع الجزائري، مجلة افاق للعلوم، المجلد 05، العدد 03، 2020، ص315.

[2]- نقلا عن عبد الرزاق بضليس، الاعتماد المستندي والتزام البنك بفحص المستندات في ظل أحدث النشرات الصادرة عن الغرفة التجارية الدولية، الطبعة الأولى، النشر مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018، ص14.

وعرّفه الفقيه علي البارودي أنه: "تعهد صادر من البنك بناءًا على طلب العميل (الآمر) أو (المعطي الأمر) لصالح الغير المصدر ويسمى (المستفيد)، يلتزم البنك بمقتضاه بدفع أو قبول كمبيالات مسحوبة عليه من هذا المستفيد، وذلك بشروط معينة واردة في هذا التعهد ومضمون برهن حيازي على المستندات الممثلة للبضائع المصدرة" [1].

2-التعريف التشريعي:

عرفت الأصول والأعراف الموحدة رقم 500 الاعتماد المستندي في المادة 2 أنه: "أية ترتيبات مهما يكن اسمها أو صفتها تتعهد البنوك فاتحة الاعتماد بمقتضاه بالأصالة عن نفسها أو بناءً على طلب أو بموجب تعليمة من عملائها طالبي الاعتمادات بأنَّ:

أ: تدفع إلى أو لأمر طرف ثالث (المستفيد) أو تقبل أو تدفع فيه الكمبيالات المسحوبة من المستفيد.

ب- أن تفوض مصرفًا آخر بأن يدفع أو يقبل قيمة الكمبيالات، وذلك مقابل مستندات الشحن يشترط أن تكون مطابقة تمامًا لنصوص الاعتماد المستندي وشروطه [2].

وقد تم تعديل تعريف الاعتماد المستندي في النشرة 600 من المادة 2 على النحو التالي "أي ترتيب مهما كان اسمهُ أو وصفه ويكون غير قابل للنقض وبالتالي يشكل تعهد محدد من المصرف المصدر للوفاء بتقديم مطابق" [3].

---

[1]-نقلا عن سماح يوسف إسماعيل السعيد، العلاقة التعاقدية بين أطراف عقد الاعتماد المستندي، أطروحة استكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2007، ص15.

* استمرت التعديلات والتغييرات على أصول وأعراف الاعتمادات المستندية للفترة مابين 1947 و حتى عام 1963 عندما تم توقيع اتفاقية مكسيكو في نيسان 1963 المتعلقة بالأعراف والاصول الموحدة للعتمادات المستندية، كما جرى عدد من التعديلات على الأعراف والأصول الخاصة بالاعتمادات المستندية خلال عام 1975، اضافة إلى التعديلات التي أجريت عام 1983 والتي نشرت بالنشرة المصرفية المرقمة (400)، وعام 1993 بالنشرة (500)، وحتى عام 2007 حيث صدرت النشرة (600).

[2]- المادة 2 من القواعد والأعراف الموحدة رقم 500 ، الصادرة عن الغرفة التجارية الدولية بتاريخ 1993.

[3]- المادة 2 من القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية رقم 600، الصادرة عن الغرفة التجارية الدولية الصادرة بتاريخ 2007.

وفي التشريعات المقارنة عرفه القانون التجاري المصري في الفقرة 2 من المادة 341 منه بأنه "عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه ويسمى الآمر: لصالح شخص آخر ويسمى المستفيد. بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل" [1].

بينما أخذ به المشرع الجزائري تحت تسمية الائتمان المستندي باعتباره الوسيلة الإجبارية لدفع مقابل الواردات في التجارة الخارجية، وهو ما أكدته المادة 69 من القانون رقم 09-01 بنصها على أنه: "يتم دفع مقابل الواردات إجباريًا فقط بواسطة الائتمان المستندي" [2].

3-التعريف القضائي:

إنتهج القضاء مسار الفقهاء وشراح القانون التجاري في أهم سماة عقد الاعتماد المستندي، والمتصفح للأحكام القضائية في هذا الموضوع حيث صدرت أحكام قضائية بخصوص مسائل الاعتماد، ركز بعضها على جانب معين من تعريفه لهذا العقد مبتعدًا عن الشمولية، ولذلك لإبراز المبدأ الأساسي الذي يقوم عليه عقد الاعتماد وهو إستقلال العلاقات التعاقدية عن بعضها وهو ما يتوافق مع تعريف محكمة النقض السورية إذ جاء في إحدى أحكام رسائل الاعتماد، الاعتماد المستندي ينشئ علاقة مباشرة بين المصرف والمستفيد، حيث يتعين على المصرف دفع قيمته أو قبول الأوراق المحررة بواسطة طرف آخر، دون إمكانية الرجوع عن إلتزامه [3].

ثانيًا: خصائص الاعتماد المستندي.

يتميز الاعتماد المستندي بجملة من الخصائص تميزهُ عن غيرهِ من العقود التجارية الأخرى سنذكر أبرزها فيما يلي:

1- **عقد الاعتماد المستندي من العقود المستمرة:** يتميز عقد الاعتماد المستندي بكونه عقدًا مستمرًا، حيث لا ينفذ فورًا بل يتطلب وقتًا لتنفيذ إلتزامات البائع والمشتري في عقد البيع الدولي الذي أنشئ الاعتماد من أجله، ويمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليه [4].

---

[1]-قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، الجريدة الرسمية، العدد (19) مكررًا الصادر في 1999/5/17.

[2]-الأمر رقم 09-01 مؤرخ في 29 رجب عام 1430 الموافق 22 يوليو سنة 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، ص15.

[3]-سماح يوسف إسماعيل السعيد، مرجع سابق، ص13.

[4]-دور قانون الإرادة في عقد الاعتماد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، سنة التاسعة، 2017، ص 385

2- **الاعتماد المستندي أداة ضمان في التجارة الخارجية:** يعدّ الاعتماد المستندي أهم أداة للضمان لأنّه لم ينشأ لنظام قانوني له أصول قانونية بل أنه نشأ كنظام مصرفي غايته تسوية عقود البيع الدولية وكذلك توفير الأمن والثقة لكل من البائع (المصدر) والمشتري (المستورد)[1].

3- **عقد الاعتماد المستندي من عقود المعارضة:** وَعليه فإنَّ هذا العقد يرتب إلتزامات على عاتق كل طرف من أطرافه إذ يلتزم البنك المنشئ للاعتماد بفتح هذا الأخير والعمل على تنفيذه لمصلحة البائع. وَنظير ذلك يلتزم الآمر المشتري برد المبلغ المدفوع لصالحه من الاعتماد مع المصاريف الإضافية وَ العمولة التي يستحقها المصرف حتى في حالة عدم إستعمال المستفيد الاعتماد [2].

4- **خاصية قصر التعامل على المستندات:** البيع الدولي يتم بين شخصين يفصل بينهما مسافات بعيدة ولا يمكن لهما تسليم المبيع ودفع الثمن مباشرة. بل لابد أن يتم ذلك عن طريق تسليم المستندات التي تتمثل عادة في سند الشحن و الفاتورة التجارية ووثيقة التأمين وكل من هذه المستندات يتعين بها طرفي العقد لتنفيذ التزاماتهم المتبادلة [3]، وهناك إشارة مهمة لهذه الخاصية في القواعد والأعراف الموحدة الدولية للاعتمادات المستندية المادة 5 منها إذ تنص على أنه "تتعامل البنوك المعنية بعمليات الاعتماد المستندي بمستندات ولا تتعامل ببضائع و/أو خدمات و/أو غير ذلك" [4].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للاعتماد المستندي

الاعتماد المستندي يشكل إلتزامًا للبنك في مقابل الحصول على وثائق معينة من المستفيد، دون وجود علاقة قانونية مباشرة بين البنك والمستفيد. هذه المسألة أثارت جدلًا واسعًا في الفقه

---

[1]-طارق بودينار، الاعتماد المستندي ودوره في التجارة الدولية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد الثاني، 2022/09/15، ص877.

[2]-عثمان تكروري، الاعتماد المستندي، 24-09-2020، من موقع http://www.othman.ps ساعة 11:42.

[3]-أمين خالدي، النظام القانوني للاعتمادات المستندية التجارية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة، قسم القانون الخاص، فرع قانون الأعمال، جويلية 2010، ص22.

[4]- المادة 5 من القواعد والأعراف الدولية الموحدة للإعتمادات المستندية، رقم 600، السالفة الذكر.

القانوني، حيث تنوعت النظريات المقدمة لفهم الطبيعة القانونية للعقد، وسنتناول هذه النظريات بإختصار على النحو التالي:

1- نظرية الكفالة :

في القانون المدني الجزائري عرف المشرع الكفالة في المادة 644 منه بأنها: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ إلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفِ به المدين نفسه" [1].

وحسب هذا الرأي، ومن منطلق المادة 644 أعلاه يعدّ البنك فاتح الاعتماد لصالح العميل المستورد كفيلا بدفع قيمة البضاعة المستوردة لفائدة المستفيد المصدر [2].

تعرضت هذه الفكرة إلى انتقادات عديدة ويكمن هذا الانتقاد في أن الكفالة عقد تابع للالتزام الأصلي موضوع الكفالة، أما الاعتماد المستندي فهو عقد مستقل عن عقد البيع موضوع فتح الاعتماد[3].

2- نظرية الإنابة:

يقترح إستخدامها كأساس لإلتزام البنك في عقد الاعتماد المستندي. حيث يعتبر المشتري دائنا ومدينًا في العقد، ويتحمل البنك دور المناب، يتناول النقد الفكرة من جانبين رئيسيين: الأول ينتقدها بسبب إفتراض وحدوية الدين بين المشتري والبنك بينما يشير الجانب الثاني إلى عدم قدرة البنك على مطالبة المشتري بالدفوع قبل البائع، مع الإشارة إلى رفض القضاء المصري لهذه الفكرة [4].

3- نظرية الإرادة المنفردة:

وهناك من نادى من الفقهاء بتفسير الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد، على أساس أنه وعد بجائزة أو على أساس أنه إيجاب ملزم [5]. حيث يتعهد كل من الطرفين مستقلا بتنفيذ عمل معين أنه إذا نفذ

---

[1]-المادة 644 من القانون المدني الجزائري، سالف الذكر.

[2]-بشير دهانة، التنظيم القانوني للاعتماد المستندي في التشريع الجزائري، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 07، العدد 04، 2022/12/21، ص105.

[3]-سهام صديق، النظام القانوني للاعتماد المستندي كآلية لتسوية ثمن عقود التجارة الدولية، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، المجلد 06، العدد 01، أكتوبر 2019، ص123.

[4]-علي الأمير ابراهيم، إلتزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتمادات المستندية في عقود التجارة الدولية ومسؤوليته، دار النهضة العربية 32 شارع عبد الحق ثروت، القاهرة، 2004، ص34.

[5]-حسين مشاقي، العلاقة التعاقدية بين أطراف عقد الإعتماد المستندي، أطروحة الماجستير في القانون، ص66.

الشخص عملا محددّا يسمى في الاعتماد تقديم المستندات وفي الوعد بجائزة العمل الذي تستحق به الجائزة [1].

وما أُعيبَ على هذه النظرية أنّه في الوعد بالجائزة موجه لعامة الناس على خلاف خطاب الاعتماد موجب بشخص محدد وهو المستفيد من قيمة الاعتماد، ومن الجهة الأخرى على أساس الإيجاب بالملزم إذ أن تقديم مستندات غير متطابقة لشروط الاعتماد يعتبر إيجاب جزئي بل أكثر من ذلك، ويبقى الاعتماد ساري حتى مدة صلاحيتهِ [2].

4- نظرية الاشتراط لمصلحة الغير:

نصت المادة 116 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشرطها لمصلحة الغير، إذ كان لهُ لتنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية" [3]. فالاشتراط لمصلحة الغير هو اتفاق بين الطرفين من جهة والمتعاهد من جهة أخرى [4].

ويكون هذا الاشتراط ضمنيا لمصلحة الغير، يعني (المستفيد) بأن يرفع لهُ المتعهد أي (البنك) مبلغ الاعتماد بناءً على تعليمات المشترط (العميل الآمر) [5].

تعرضت فكرة الاشتراط لمصلحة الغير إلى العديد من الانتقادات من بينها:

- يجوز للمتعهد بالاشتراط لمصلحة الغير أن يتمسك في مواجهة المنتفع بجميع الدفوع التي تنشأ عن عقد الاشتراط المبرم بين كل من المتعهد المشترط ومن بينهما بطلان العقد الأصلي أو فسخهِ على خلاف ذلك هذهِ الأثار لا يجوز قانونًا بينهما في الاعتماد المستندي، حيث أن التزام المصرف يعد مستقلا عن كل هذه العيوب والدفوع [6].

في الأخير نستخلص أن تحديد التكييف القانوني للاعتماد المستندي خلق صعوبة، وهذا أدى ظهور اتجاه آخر حديث يرى أن الاعتماد المستندي في الواقع العملي ما هو إلَّا عملية بنكية تمتاز

---

[1]-سهام صديق، مرجع سابق، ص124.

[2]-حسين مشاقي، المرجع نفسه، ص66.

[3]-المادة 116 من القانون المدني الجزائري، سالف الذكر.

[4]-بشير دهانة، مرجع سابق، ص105.

[5]-شكيب كلوج، النظام القانوني للاعتماد المستندي، كتاب منشور على الموقع الإلكتروني للمعلوماتية www.almerja.com، الساعة 13:24.

[6]-بشير دهانة، مرجع سابق، ص106.

بخصائص تجعلها تتفرد عن غيرها من العقود أو التصرفات القانونية من خلال فعالية وشجاعة الاعتماد المستندي في التجارة الخارجية، ويكون ذلك بضبطهِ للواردات ومحاربتهِ لتهريب العملة الصعبة [1].

الفرع الثالث: أنواع الاعتماد المستندي.

تعددت أشكال الاعتمادات المستندية وتختلف باختلاف الزاوية التي ينظر إليها وتظهر من خلال اتفاق الأطراف في عقد فتح الاعتماد والهدف منه، وسنتناولها باختصار هي:

1- الاعتماد المستندي القطعي أو غير القابل للإلغاء :والذي ينقسم إلى مؤيد وغير مؤيد.

2- الاعتماد المستندي غير القطعي أي قابل للإلغاء :ويطلق عليهما تسمية الاعتمادات التجارية[2]

أولا: الاعتماد المستندي القطعي أو غير القابل للإلغاء.

ويدعى أيضا الاعتماد النهائي أو البات، وهو الذي لا يجوز إلغاؤه أو تعديله إلا باتفاق جميع أطرافه، كما أنه منفصل عن عقد البيع المبرم بين البائع والمشتري، ويُعد هذا الاعتماد الأكثر شيوعًا واستعمالًا في الميدان العملي (تمويل التجارة الخارجية)، كما يقدمه من ضمانات وثقة وتتجلى أهميتهُ في إيجاد الاستقرار في التعامل والتبادل التجاري [3].

ويتقسم هذا النوع بدورهِ إلى:

1- **اعتماد مستندي قطعي مؤيد:** يقوم البنك فاتح الاعتماد بتعيين البنك في بلد المستفيد كي يبلغه بفتح الاعتماد ويطلب تأكيدهُ ويكون ذلك بتقديم ضمانات إضافية للمستفيد بأن يدفع لهُ بمجرد تقديم مستندات الشحن أو قبوله كمبيالة مرتبطة بهذه المستندات، أو الالتزام بدفع قيمة هذه الكمبيالات مع وجوب الالتزام الحرفي بشروط الاعتماد المستندي[4].

---

[1]-بشير دهانة، مرجع سابق، ص107.

[2]-صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، 1419هـ، 1998م، ص261.

[3]-نبيل شرادي، الاعتماد المستندي آلية لتمويل التجارة الخارجية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2019-2020، ص76.

[4]-سهام صديق، مرجع سابق، ص122.

2- **اعتماد مستندي قطعي غير مؤيد:** حيث يقوم البنك المراسل في بلد المستفيد بدور الوسيط بين البنك الفاتح للاعتماد والمستفيد لإبلاغ الأخير بشروط عقد الاعتماد المستندي المفتوح لصالحهِ فينحصر دور البنك المراسل على التبليغ والأخطار دون الالتزام بالدفع أو تداول المستندات [1].

ثانيا: الاعتماد المستندي غير القطعي أي قابل للإسناد:

هذا النوع يسمى أيضًا بالاعتماد المستندي القابل للنقض، معنى ذلك أنه يمكن لجميع الأطراف تعديل أو إلغاء شروطه في كل وقت دون إشعار مسبق للمستفيد (البائع)، رغم ذلك فإنه يشترط من البنك عند القيام بعملية الإلغاء إخطار عميله بذلك خلال فترة قبل النقض معبرًا عن نيتهِ في ذلك، ولا يلزم في عملية الإلغاء أن تكون بصفة كلية، حيث يمكن أن يكون تعديل أو إلغاء أو نقض للاعتماد جزئيًا، إضافة إلى أنه لا يشترط أن يكون هذا الإلغاء بناءًا على طلب البنك بل يمكن أن يكون بناءًا على طلب العميل [2].

وما تجدر الإشارة إليه أن هذا النوع تم التخلي عن العمل به وهذا وفقًا للنشرة رقم 600 للأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية.

المطلب الثاني: الآثار القانونية للاعتماد المستندي

المركز القانوني للبنك في الاعتماد المستندي اختلف باختلاف العلاقة التي ترتبط بأطراف هذه العملية إذ تتدخل حقوق والتزامات كل من هذه الأطراف نظرا للعلاقات التعاقدية المكونة له (الفرع الأول) والضمانات الناجمة عنه (الفرع الثاني) وهو ما سنتطرق إليه في هذا المطلب.

الفرع الأول: العلاقة التعاقدية بين أطراف الاعتماد المستندي

العلاقة التعاقدية الناشئة عن عقد الاعتماد المستندي بين كل طرف وآخر تتميز بالاستقلالية عن العلاقات بين الأطراف الأخرى وهي كالآتي: علاقة المشتري والبائع (عقد الأساس) وتليها علاقة العميل الآمر بالبنك (عقد فتح الاعتماد) ثم علاقة البنك والمستفيد (خطاب الاعتماد) وأخيرا علاقة

---

[1]-المرجع نفسه، ص122.

[2]-نبيل شرادي، مرجع سابق، ص75.

البنك المصدر والبنوك الوسيطة وتترتب على هذه العلاقات التزامات في ذمة كل طرف وسنحاول شرح كل عنصر من هذه العناصر على النحو التالي [1]:

أولا: العلاقة بين المستورد (المشتري) والمصدر (البائع):

كل اعتماد مستندي مفتوح ما هو إلا نتيجة لعلاقة تعاقدية سابقة تجمع بين البائع (المستفيد) والمشتري (العميل) وتتكرس هذه العلاقة في عقد البيع الدولي الذي يدعى "عقد الأساس" فهو منطلق كل عملية اعتماد مستندي حيث يتم التفاوض بين كل طرف حول كافة التفاصيل المتعلقة بتغير الالتزامات وسنتناول هذه الأخيرة باختصار على النحو التالي:

1- التزامات المشتري (الآمر)

يترتب على العميل الآمر اتجاه المستفيد الالتزامات التالية:

أ-**الالتزام بدفع الثمن:** يقع على ذمة المستورد اتجاه البائع الالتزام بدفع الثمن من خلال التزامه بفتح الاعتماد المستندي وفقا للشروط المتفق عليها فإذا تم الاتفاق على البنك في عقد البيع فإن المشتري يلتزم بفتح الاعتماد لدى هذا البنك، أما إذا لم يتم تحديد بنك معين فيجوز للعميل فتح الاعتماد لدى أي مصرف آخر يريده أن يكون أكثر ملاءمة ومعروف [2].

أ-**1 حديد الثمن:**بالرجوع للقواعد العامة نجد أن المادة 356 في فقرتها الأولى من ق.م.ج نصت على أنه يمكن تحديد الثمن وفقا لمعايير وأسس تحدد ثمن البيع لاحقا كون الثمن هو محل التزام بالنسبة للمشتري الذي يشترط فيه أن يكون معينا أو قابلا للتعيين، وإذا اتفق الطرفان على عدم تحديد الثمن يكون الرجوع هنا بسعر السوق كأساس وهو ما ورد في نص المادة 356 فقرة 2 ق.م.ج، ويمكن أيضا الاعتماد على السعر المتداول في التجارة أو على السعر المعتاد التعامل به بينهما مثل ما جاء في نص المادة 357 [3] ق.م.ج.

---

[1]- عبد العزيز بضليس، مرجع سابق، ص 18-19.

[2]- عبد الرزاق حسن مظهر، العلاقة التعاقدية بين أطراف عقد الاعتماد المستندي (دراسة مقارنة)، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، قسم القانون، جامعة شندي، 1440هـ، 2018م، ص 64.

[3]- المادة 357: "إذا لم يحدد المتعاقدان ثمن البيع فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من أن المتعاقدان نويا الاعتماد على السعر المتداول في التجارة، أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما".

* اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع (اتفاقية البيع أو اتفاقية فيينا) تاريخ الاعتماد: 11 أبريل 1980، بدء السريان: 1 يناير 1988: وهي معاهدة بشأن قانون المبيعات الدولية الموحدة، اعتبارا من سبتمبر 2014،

أما بالنسبة لاتفاقية فيينا سنة 1980 فالأساس أن يكون تحديد الثمن صراحة أو ضمنا في عقد البيع الدولي للبضائع المبرم بين طرفيه لأن في هذا العقد هو محل تعاقد بالنسبة للبائع وهذا طبقا لنص المادة 14 الفقرة الأولى من إتفاقية فيينا 1980 التي تنص على: ".... ويكون العرض محددا بشكل كاف إذا عين البضائع وتضمن صراحة أو ضمنا تحديدا للكمية والثمن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدهما ...."

أ-2 مكان دفع الثمن: بالرجوع للمادة 387 [1] ق.م.ج نجد أن مكان دفع الثمن هو نفسه مكان تسليم البضاعة المباعة، ما لم يقضي العرف التجاري أو الاتفاق بين الأطراف على خلاف ذلك أما بالنسبة لعقد البيع الدولي يلتزم المشتري بدفع ثمن البضاعة محل التعاقد في المكان المتفق عليه وقت التعاقد بوجه عام، أما في حالة عدم الاتفاق بين الأطراف على المكان فيلتزم المشتري بدفع الثمن في المكان الذي يعمل فيه البائع ويقصد بمكان البائع هذا المكان الذي تم فيه الاتفاق على إبرام العقد.

أ-3وقت الوفاء بالثمن: تكون للأطراف الحرية في تحديد وقت أو زمان الوفاء بالثمن، وإذا لم يكن هناك اتفاق فمن خلال العرف التجاري المعمول به، وفي حالة لم يكن فهو الوقت المستحق الذي يقع فيه زمان تسليم البضاعة المباعة أو المبيع المادة 388 [2] ق.م.ج ونفس الشيء بالنسبة لعقد البيع الدولي إذ أنه يلتزم المشتري المستورد بالميعاد المتفق عليه والمحدد في العقد أو الذي يمكن تحديده استنادا إلى العقد أو أحكام اتفاقية فيينا لسنة 1980 [3].

تم التصديق عليها من قبل 83 دولة تمثل نسبة كبيرة من التجارة العالمية مما يجعلها واحدة من القوانين الدولية الموحدة الأكثر نجاحا. الغرض من اتفاقية البيع هو توفير نظام حديث وموحد ومنصف بشأن إبرام عقود البيع الدولي للبضائع وتساهم الإتفاقية اسهاما كبيرا في إضفاء طابع التعيين على عمليات التبادل التجاري وخفض تكاليف المعاملات.

[1]- م 387: "يدفع ثمن المبيع من مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك فإذا لم يكن ثمن المبيع مستحقا وقت تسلم المبيع وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن للمشتري وقت استحقاقه الثمن"

[2]- 388: "يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك ....."

[3]- بشير دهانة، مرجع سابق، ص 45.

ب-الالتزام باستلام البضاعة:

التزام المستورد باستلام البضاعة يدخل في محتواه جميع الأعمال المتوقعة منه بصورة معقولة لتمكين البائع من التسليم بالإضافة لقيامه بعملية استلام البضائع. لهذا الغرض إن كان عقد البيع الدولي يلزم المشتري المستورد حضور عمليات الوزن والفرز كان لزاما عليه الحضور هو أو وكيله وهذا المقصود من نص المادة 60 من اتفاقية فيينا [1].

المادة 60 يتضمن التزام المشتري بالاستلام بما يلي:

- القيام بجميع الأعمال التي يمكن توقعها منه بصورة معقولة لتمكين البائع من القيام بالتسليم.
- استلام البضائع.

2- التزامات البائع:

استنادًا لاتفاقية فيينا لسنة 1980 كونها الأرضية القانونية المتعلقة بعقد البيع الدولي فقد جددت الفصل الثاني منها على أساس التزامات البائع والتي تشمل بالخصوص مايلي:

أ- الالتزام بنقل الملكية:

الالتزام بنقل الملكية في عقد البيع الدولي ولكونه يبرم بين طرفين من دولتين مختلفتين، بالإضافة للبعد المكاني بينهما وخصوصية هذا العقد فإنّ هذا الالتزام يصبح نافذًا بمجرد التعاقد وبحكم القانون وهذا هو جوهر عقد البيع الدولي للبضائع والالتزام بنقل الملكية هو امتداد للالتزام بالتسليم [2].

ب-الالتزام بتسليم البضاعة:

لم تضع اتفاقية فيينا لسنة 1980 لهذا الالتزام تعريفًا واضحًا إلاَّ أنَّها حرصت على النص المقصود منه في مواضع متفرقة منها، إذ نجدها أحيانًا تنص على معنى وضع البضاعة تحت تصرف المشتري [3] وأحيانًا أخرى نجد معنى الحيازة الفعلية للبضاعة أي نقلها وإيصالها للمشتري [4].

---

[1]-المادة 60 من اتفاقية فيينا: "يتضمن التزام المشتري بالاستلام بمايلي:

أ :القيام بجميع الأعمال التي يمكن توقعها منه بصورة معقولة لتمكين البائع من القيام بالتسليم و

ب:استلام البضائع

[2]-بشير دهانة، مرجع سابق، ص72.

[3]-م 31 فقرة (ج): "...يلتزم البائع بوضع تحت تصرف المشتري...."

[4]-م 31 فقرة (أ): "توصيل البضائع إلى أول ناقل لإيصالها إلى المشتري..."

ت-الالتزام بتسليم المستندات:

حسب اتفاقية فيينا لسنة 1980 بعد الالتزام بتسليم المستندات والوثائق المعمرة عن البضاعة المباعة من أهم الالتزامات الضرورية والأساسية وأنَّ أساس تقنية الاعتماد المستندي قائمة على المستندات أو التعامل بها.

ونجد هذه الاتفاقية تؤكد في المادة 34 منها على هذا الالتزام حيث نصت: "إذا كان البائع ملزمًا بتسليم المستندات المتعلقة بالبضائع فإنَّ عليه أن يوفي بهذا الالتزام في الزمان والمكان المعينين في العقد وعلى النحو الذي يقتضيه...." [1].

يفهم من مضمون هذه المادة أنَّ البائع المستفيد لا يمكنه أن يتخلص من التزامه هذا (تسليم المستندات) للمشتري إلَّا إذا تم استلامها من هذا الأخير بصورة وعليه وفي المكان والزمان المتفق عليه.

ث- التزام البائع بالمطابقة وضمان عدم التعرض والاستحقاق.

1/ بالنسبة للالتزام بالمطابقة:

يجعل البائع المصدر ملزمًا بتسليم البضاعة للمشتري مطابقة لما اتفقا عليه في العقد من حيث كميتهاو نوعيتها و أوصافها وكذلك التغليف والتعبئة وهو ما نصت عليه المادة 35 فقرة أولى [2] من اتفاقية فيينا لسنة.1980

2/ وأمَّا الالتزام بضمان عدم التعرض والاستحقاق:

فأساسه فكرة ضمان البائع المصدر من تمكين المشتري المستورد من حيازة المبيع والانتفاع به بصورة كاملة من غير معارضة مادية تؤثر على الاستفادة منها أو ادعاء للغير بحق عليه.

ونص المشرع الجزائري أنّ البائع ملزم بتقديم البضائع للمشتري خالية من أي حق أو عبء أو ادعاء يتعلق بهذه البضائع [3].

وهو ما نصت عليه أيضا اتفاقية فيينا في المادة 41 فقرة أولى [4].

---

[1]-إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، السالفة الذكر

[2]- م 35 فقرة أولى: "على البائع أن يسلم بضائع تكون كميتها ونوعيتها و أوصافها وكذلك تغليفها أو تعبئتها مطابقة لأحكام العقد...".

[3]- المواد من 371 إلى 378 من الأمر رقم: 75-58 المتضمن القانون المدني المعدّل والمتمم.

[4]- م 41: "على البائع أن يسلم بضائع خالصة من أي حق أو ادعاء للغير..."

ثانيا: علاقة المشتري (الآمر) والبنك (المصرف).

العلاقة الناشئة بين المستورد (العميل) والمصرف فإنّها محكومة بعقد فتح الاعتماد المستندي المبرم بين الطرفين وعليه تترتب بموجب هذا العقد التزامات متقابلة سنتطرق لها كالآتي:

1- التزامات المصرف (اتجاه العميل)

تتدخل التزامات البنك في علاقته مع العميل بالخصوص فيما يلي:

أ- الالتزام بفتح الاعتماد وإخطار المستفيد:

وهو الالتزام الأول الذي يقع في ذمة البنك حيث يقوم البنك حينها بتبليغ المستفيد بفتح الاعتماد لصالحه وذلك من خلال الخطاب يتعهد فيه بأن يضع تحت تصرفه (البائع) اعتمادا مفتوحًا في حدود مبلغ معين على أن يودع سند السحب المستندي المسحوب عليه أو يقبله بحسب الأحوال إذا كان في حدود المبلغ المفتوح به الاعتماد وحسب الشروط المنصوص عليها في الخطاب من طرف العميل الآمر [1] . وإتباع البنك لتعليمات هذا الأخير (العميل) في كل خطواته عرفيًا، دون الرجوع إلى عقد البيع الدولي [2].

ب-الالتزام بفحص المستندات:

يعدّ هذا الالتزام رئيسي بالنسبة للبنك يتجسد الفحص على أساس معيار المستوى الدولي للممارسة المصرفية إذ عليه التأكد من مطابقة المستندات لشروط خطاب الاعتماد دون اعتبار لشروط عقد البيع، كما يحق للبنك الامتناع على سداد قيمته المستندات إذا كانت غير مطابقة للمستندات المطلوبة في خطاب الاعتماد من قبل العميل ولو كانت تتفق مع أهداف عقد البيع [3].

---

[1]- بورزامي رمزي، الآثار القانونية للاعتماد المستندي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، جامعة سطيف،-02-كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2013-2014، ص 60.

[2]- جاء في م 04 من النشرة 600 أن: "الاعتماد بطبيعته عملية مستقلة عن عقد البيع أو غيره من العقود التي قد تستند إليها المصارف بأي حال غير معينة أو ملزمة بمثل ذلك العقد، حتى لو تضمن الاعتماد أي إشارة بأي شكل إلى ذلك العقد".

[3]- علي الأمير ابراهيم، مرجع سابق، ص403.

ونظرًا للدور الحيوي الذي تلعبه البنوك في التحقق من مدى مطابقة المستندات لشروط خطاب الاعتماد. فقد أولت غرفة التجارة الدولية اهتمامًا كبيرًا بهذا الالتزام وذلك خلال تضمين العديد من المواد المتعلقة به في نشراتها، وخاصة النشرة رقم 600 لسنة 2007 [1].

ت- الالتزام بنقل المستندات للعميل.

يلتزم البنك بتسليم المستندات للآمر بعد فحصها والتأكد من صحتها ومطابقتها للشروط وهذا يتم وفقًا للمعايير الدولية والإجراءات المصدقية المعتمدة. فيسارع البنك في إخطار الآمر بأي وسيلة على وصول المستندات ومطابقتها لما تم الاتفاق عليه وهذا ما جاء في نص المادة 16 فقرة (د) من النشرة 600 [2] وبعد التسليم فإنَّ المستورد يتخذ إحدى الموقفين.

- استلام المستندات: عندما يقوم المصرف للعميل المستندات المطلوبة يقوم هذا الأخير (العميل) بالتأكد من مطابقتها لتعليماته ويستلمها حتى يمكن له تلقي البضاعة ولا يكون ذلك إلا بعد أن يرد للبنك قيمة الاعتماد المدفوع [3].
- رفض المستندات: أمَّا في حالة ما إذا وجد العميل المشتري المستندات ليست مطابقة أو غير سليمة أو تكون ناقصة فله الحق برفض استلامها وتقع المسؤولية على المصرف [4].

2- إلتزامات العميل المشتري إتجاه البنك المنشئ

تتجلى إلتزامات الأمر على النحو التالي:

أ- الالتزام بدفع قيمة الاعتماد وتلقي المستندات:

من إلتزامات العميل المهمة هي تلقي المستندات التي لا تعبر عن البضاعة سواء منها المشحونة والمعدة للشخص من البنك ويجب عليه أن لا يرفضها إذا كانت مطابقة ومستوفية لشروطه وحتى

---

[1]- المواد من 14 إلى 35 من النشرة 600 لسنة 2007.

[2]- المادة 16 الفقرة (د) من النشرة 600: "يجب أن يرسل الاشعار المذكور في الفقرة (ج) من المادة 16 بوسائل الاتصال عن بعد أو أن تعذر ذلك بوسائل سريعة أخرى".

[3]-بورزامي رمزي، مرجع سابق، ص 69.

[4]-نور رمضان، بحث قانوني كبير حول الاعتماد المستندي، 2012، من الموقع الإلكتروني: (https: H.WWW.mohamah.net) على الساعة 00:28.

يتلقى العميل المستندات المطلوبة يلتزم أولا بتسديد كل ما دفعه البنك للمستفيد بعد تنفيذ الاعتماد وذلك إما نقدا أو عن طريق قيد هذه المبالغ في حسابه الجاري [1]. ويتم تسديد الواردات بالعملة الأجنبية [2].

ب-الالتزام بدفع العمولة والمصاريف الإضافية:

حيث يلتزم العميل الآمر فضلا عن دفع العمولة بدفع المصروفات التي ينفقها البنك في سبيل تنفيذ الاعتماد، مثل الضرائب والرسوم ومصاريف المراسلات والبرقيات .... إلخ، ويمكن أن تسدد هذه المصروفات مع مبلغ الاعتماد عند وفائه للبنك، وقد يتقاضاها البنك مقدما مع العمولة المستحقة عند فتح الاعتماد [3]، كما أشارت المادة 37 من القواعد والأعراف الدولية الموحدة على هذا الالتزام فيما يخص تنفيذ الاعتماد بين البنوك حيث نصت: "إن البنك الذي يعطي تعليمات لبنك آخر لأداء خدمة يكون مسؤولا عن أجور وعمولات ومصاريف ذلك البنك المتعلقة بتنفيذ التعليمات.

وإذا نص الاعتماد على أن تلك الأجور سوف تكون على حساب المستفيد ولم يمكن تحصيلها أو اقتطاعها من المستحقات، فإن البنك مصدر الاعتماد يبقى ملزما بدفع الأجور ....." [4].

ت-التزام المستورد الآمر بالإبقاء على أوامره:

يقع هذا الالتزام على العميل الآمر ومفاده هو الإبقاء على جميع الأوامر والتعليمات بعقد البيع الدولي دون أي تغيير والتي تم الإتفاق عليها من قبل في عقد الأساس بين البائع المستفيد والمشتري المستورد، ليمتد هذا الالتزام ويصبح في مواجهة العميل الآمر للبنك فاتح الاعتماد وهذا يساهم ويساعد على التقليل من المنازعات، فرغم أن العلاقات التعاقدية مستقلة بين جميع أطراف الاعتماد إلا أن هذا ما يجعلها مكملة لبعضها البعض إذ أن هذه العلاقات ظهرت من خلال ترتيبات متسلسلة لآلية الاعتماد المستندي [5].

---

[1]- بشير دهانة، العلاقة القانونية بين أطراف الاعتماد المستندي، أطروحة مقدمة لاستكمال شهادة الدكتوراه، جامعة الشهيد محمد لخضر الوادي، كلية الحقوق أو العلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص القانون الاقتصادي، 2021-2022، ص 213.

[2]- المادة 46 من النظام 07-01 والتي جاء فيها: "تنجز التحويلات بالعملة الأجنبية في إطار احترام التشريع والتنظيم المعمول بهما وفقا للبنود التعاقدية وتطابقا مع الأصول والأعراف الدولية".

[3]- بورزامي رمزي، مرجع سابق، ص 36.

[4]- القواعد والأعراف الدولية الموحدة، مرجع سابق.

[5]-بشير دهانة، مرجع سابق، ص214.

ثالثا: علاقة المصرف والمستفيد.

إن العلاقة الناشئة بين البنك المنشئ والبائع أساسها خطاب الاعتماد المستندي وهو مستند بنكي آخر ويعرف على أنه الصك الذي يقوم بإصداره استجابة لطلب عميله المشتري ويقوم بإرساله إلى المستفيد ويتضمن هنا الخطاب تعهدا من البنك على أن يدفع قيمة الاعتماد في حدود مبلغ معين ولا يكون ذلك إلا بعد قيام المستفيد بتسليم المستندات المطلوبة في هذا الخطاب خلال أجل معين [1].

وعليه سنتطرق لإلتزمات لكل من هذين الطرفين كالآتي:

1- إلتزامات البنك في علاقاته مع البائع المستفيد:

تختلف إلتزامات المصرف إتجاه البائع بإختلاف نوع الاعتماد إذا كان قابلا للإلغاء أو كان قطعي.

أ- الالتزام القابل للإلغاء أو غير القطعي:

هنا يكون البنك الفاتح للإعتماد غير البات لا يرتبط بشكل قطعي اتجاه المستفيد وذلك يرجع سبب في أن العلاقة القانونية محصورة بين البنك و المستورد الآمر وهي علاقة وكيل بموكل. إذ لايمكن للمستفيد إجبار المصرف على تنفيذ التزامه الصادر عن هذه العلاقة تجاه العميل [2].

ب- الالتزام البات أو غير القابل للرجوع:

في الاعتماد القطعي يكون التزام البنك اتجاه المستفيد نهائي إذ يلتزم بإرسال خطاب الاعتماد للمستفيد ويبلغه فيه بفتح الاعتماد ويكون ذلك مقابل تقديم مستندات معينة قبل هذا الأخير (البائع) وهي تمثل البضائع محل المعاملة التجارية بين المستورد والمصدر فالبنك يقوم حينئذ بوفاء قيمة الاعتماد بموجبها لا بموجب البضائع وهو الالتزام الثاني للمصرف شرط أن تكون هذه المستندات مطابقة ومماثلة للمستندات المحددة في خطاب الاعتماد [3].

2- التزام البائع في علاقته مع البنك المنشئ للاعتماد:

يلتزم البائع بعد استلام خطاب الاعتماد بتنفيذ كل الشروط الواردة فيه ويلتزم خاصة بتنظيم المستندات المطلوبة وتقديمها إلى المصرف خلال مدة سريان خطاب الاعتماد أما إذا لم تكن هناك مدة محددة فيه فيكون التسليم خلال أجل معقول وتخضع هذه المدة للسلطة التقديرية للمحكم [4].

---

[1]-بضليس عبد العزيز، مرجع سابق، ص.25

[2]-نور رمضان، مرجع سابق.

[3]-بورزامي رمزي، مرجع سابق، ص94.

[4]-مظهر عبد الرزاق حسين، مرجع سابق، ص 94.

رابعا: تدخل البنوك الوسيطة في تنفيذ الاعتماد.

من خلال ما تطرقنا إليه سابقا نستنتج أنه يمكن أن يتم تنفيذ الاعتماد المستندي بتدخل بنك واحد فقط وهو البنك المنشئ للاعتماد الذي يقوم بنفسه بتبليغ خطاب الاعتماد إلى المستفيد وكذلك تنفيذه دون الاستعانة بأي بنك آخر لكن غالبا يكون الواقع على خلاف ذلك [1] ولا ينفذ الاعتماد من جانب البنك المصدر فقط بل لابد من تدخل بنوك أخرى في تنفيذه ويرجع سبب ذلك أن فتح الاعتماد غالبا ما يتم من قبل المستورد الآمر في بلد ويتم تنفيذه في بنك آخر متواجد في بلد المستفيد [2]. وتنص المادة 7 من القواعد والأعراف الموحدة فقرة "أ" على أنه: "قد يبلغ الاعتماد المستندي للمستفيد من خلال بنك آخر البنك مبلغ الاعتماد بدون مستورد يطلبه ولكن إذا اختار هذا البنك إبلاغ الاعتماد فإنه يكون مسؤولا عن بذل عناية معقولة" [3].

وباتساع مجال التجارة الدولية أصبح لكل بنك محلي مجموعة من البنوك الوسيطة التي يتعامل معها على مستوى دولي. ويتم اللجوء إلى خدمات هذه البنوك (الوسيطة) إمَّا بمبادرة من البنك المصرف أو بطلب من المصدر فيشترط أن ينفذ الاعتماد من قبل بنك وسيط بتواجد في بلده و الهدف من ذلك تفادي إجراءات التنقل وكذا منح ضمان أكبر له [4].

أمَّا بخصوص علاقة البنك المبلغ بالبنك المصدر أو الفاتح فقد تعددت آراء الفقه بصدد تكييف هذه العلاقة فاتجه فريق من الفقه إلى اعتبارها عقد مقاولة وترتيبا على ذلك فإن هذا التكييف من شأنه إيجاد مجموعة من الحقوق التي يمتاز بها البنك المبلغ في مواجهة البنك الفاتح وفي المقابل تقع عليه مجموعة من الالتزامات التي يتحملها اتجاه البنك الفاتح [5].

1/ حقوق البنك المبلغ في مواجهة البنك الفاتح: أ/ يحق للبنك المبلغ استخدام بنك مبلغ ثانٍ لتبليغ الاعتماد المادة "9ج" من النشرة رقم 600 [6] وهذا الحق يمكن سلبه من البنك في الحالات التي

---

[1]–بضليس عبد العزيز، مرجع سابق، ص31.

[2]–علي الأمير ابراهيم، مرجع سابق، ص113.

[3]–القواعد والأعراف الدولية الموحدة، سالفة الذكر.

[4]–بضليس عبد العزيز، مرجع سابق، ص31.

[5]–عبد الله محمد اللوزي، المسؤولية المدنية للبنك فاتح الاعتماد المستندي، رسالة ماجيستر مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص جامعة الشرق الأوسط، 2014، ص59.

[6]–م (9ج): "يمكن للمصرف المبلغ أن يستخدم خدمات مصرف آخر (المصرف المبلغ الثاني) لتبليغ الاعتماد أو أي تعديل للمستفيد...".

ينص فيها صراحة في العقد المبرم بين البنكين على عدم السماح للبنك المبلغ بتكليف بنك مبلغ آخر لتبليغ الاعتماد و/أو تعديلاته.

ب/ عندما يتم تبليغ الاعتماد من قبل بنك مبلغ فإنه لا يجوز إجراء تبليغ أي تعديل على بنود هذا الاعتماد إلا من قبل ذات البنك المبلغ بالاستعانة ببنك مبلغ ثانٍ لتبليغ الاعتماد، وهذا ما نصت عليه المادة (9/د) من النشرة 600 [1].

ج/ ومن حقوق البنك المبلغ أيضا عدم تحمل أي مسؤولية، نتيجة انقطاع أعماله وعدم تمكنه من إجراء التبليغ بسبب القوة القاهرة، وهذا ما جاء في المادة (36) من النشرة 600 التي تنص: "لا يتحمل المصرف أي التزام أو مسؤولية عن النتائج الناجمة عن انقطاع أعماله بسبب القضاء والقدر وأعمال الشغب أو الاضطرابات المدنية أو التمرد أو الحروب أو أعمال الإرهاب أو أي اضطرابات أو علاقات تعجيزية أو أي أسباب أخرى خارجة عن سيطرته..." [2] وهذا الإعفاء في حقيقة الأمر تطبيق مباشر لقواعد المسؤولية العقدية، حيث أنه من المقرر أن الضرر إذا ما نشأ عن سبب أجنبي فلا يسأل المدين عنه، إذ تنتفي العلاقة السببية بين الظل والضرر [3].

2/ التزامات البنك المبلغ في مواجهة البنك الفاتح: وفي المقابل يتحمل البنك المبلغ مجموعة التزامات اتجاه البنك الفاتح:

أ/ الالتزام بتبليغ الاعتماد و/أو التعديلات المتعلقة به على النحو المقرر في الاتفاق المبرم مع البنك الفاتح، هذا الالتزام يصدر من وجود ايفاء كل طرف بما عليه، وأكدت على هذا الواجب المادة (9/أ) من النشرة 600 والتي جاء فيها: "يمكن تبليغ اعتماد ما وأي تعديل للمستفيد من خلال مصرف مبلغ، يقوم البنك المبلغ غير المعزز بتبليغ الاعتماد وأي تعديل دون أي تعهد من قبله بالوفاء أو التداول [4].

وعليه فإن البنك المبلغ إذا أخل بهذا الالتزام دون مبرر يتعرض للمسائلة من قبل البنك الفاتح وفقا لقواعد المسؤولية العقدية.

---

[1]–حيث جاء فيها: "على المصرف الذي يستخدم خدمات مصرف مبلغ أو مصرف مبلغ ثانٍ لتبليغ اعتماد استخدام نفس المصرف لتبليغ أي تعديل على ذلك الاعتماد".

[2]–القواعد والأعراف الموحدة، سالف الذكر.

[3]–عبد الله محمد اللوزي، مرجع سابق، ص61.

[4]– القواعد والأعراف الموحدة، سالف الذكر.

ب/ التزام البنك بالتحقق من الصحة الظاهرية للاعتماد أو التعديل قبل تبليغه، كذلك يجب عليه التأكد من أن تبليغه عبارة عن مرآة تعكس شروط وأزمة الاعتماد أو التعديل الذي يبلغه وهذا وفقا لما جاء في المادة (9/د) من النشرة رقم 600 [1].

جـ/ من التزامات البنك المبلغ أيضا اعلام البنك الذي استلم منه التعديل بأي اشعار رفض أو قبول من قبل المستفيد وهذا ما جاء في المادة (10/د) [2].

الفرع الثاني: ضمانات العلاقة التعاقدية

بغرض تعزيز الثقة والاستقرار في العلاقات التعاقدية، وضمان تنفيذ التزاماته بموثوقية، يسعى البنك إلى الحصول على ضمانات كافية من الأطراف قبل الشروع في تنفيذ التزاماته.

وهذه الضمانات تأتي على صورتين، سنقوم بدراستها كالآتي:

أولا: الرهن الحيازي:

البنك يحتفظ بمستندات البضاعة حتى يتم سداد مبلغ الاعتماد من المشتري، وإذا لم يتم السداد يصبح البنك مالكا للبضاعة وله الحق في التنفيذ عليها واسترداد حقوقه، مع بقاء العميل مدينا بالفارق الذي لم يغطيه ثمن البضاعة، البنك لا يكتفي بحجز المستندات، بل يسعى للحصول على حق الرهن على البضاعة من خلال المستندات، ما لم يكن الضمان الناشئ من حيازتها ضعيفا، مع الشروط الجوهرية للاتفاق مع الرهن بين البنك والعميل وحيازة المستندات [3].

1- الاتفاق على الرهن بين البنك والعميل:

يتم تحديد هذا الاتفاق سواء بشكل صريح أو ضمنيا، استنادا إلى الظروف أو العادات المتبعة، وعند وصول البضاعة يكون للبنك الحق في التصرف فيها، سواء بيعها لتسوية المبالغ المستحقة أو استرداد قيمة التأمين في حالة الخسارة أو التلف [4].

---

[1]- المادة (9/ب) نصت على: "تبليغ الاعتماد أو التعديل يعتبر المصرف المبلغ مقتنع بالصحة الظاهرية للاعتماد أو التعديل وأن ذلك التبليغ يعكس بشكل دقيق شروط وأزمة الاعتماد أو التعديل المستلمة".

[2]- م (10/د): "على المصرف الذي يقوم بتبليغ تعديل ما اعلام المصرف الذي استلم منه ذلك التعديل بأي إشعار قبول أو رفض".

[3]- صباح شويط، خصوصية الضمان في مجال الاعتماد المستندي، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 07، العدد 02، كلية الحقوق- جامعة جيجل، الجزائر، 2022/12/31، ص 352.

[4]- مرجع نفسه، ص 353.

2- تلقي البنك مستندا:

وهو مستند الشحن الذي يعتبر وثيقة مهمة في عمليات الشحن التجارة الدولية، يعمل سند الشحن كإثبات على ملكية البضائع، ويمنح الحائز القانوني للسند حقوقا في التصرف في البضائع وفق الشروط المنصوص عليها في الوثيقة [1].

وتتمثل هذه الشروط في:

أ- ضرورة تحديد البضائع بتفاصيل دقيقة لتمكين تنفيذ الرهن والبيع بنجاح، بضمان التحقق من الوزن والكمية وتمييزها عن البضائع الأخرى.

ب-في الحيازة الرمزية للمستند حيازة المستند تكفي لضمان حيازة البضائع، والسند الأصلي أو حامله مسؤول عن ذلك، مما يمنح صاحب المستند حق التصرف في البضائع والمطالبة بها.

ت-بعد توفر الشروط المناسبة، يصبح المستفيد في الاعتماد المستندي مالكا للمستندات بشكل قانوني، ويمكن استبدال سند الشحن بمستندات أخرى مثل: سند الشحن لأجل الشحن وسند الشحن المباشر، بشرط أن يتم الاتفاق عليها في عقد الاعتماد المستندي ويصرح بها العامل ضمن شروط العقد [2].

ثانيا: غطاء الاعتماد المستندي

هو ضمان يطلبه البنك من العميل لضمان حصوله على مبلغ الاعتماد المستندي، في حال تأخر العميل في تسديد المبلغ وعدم قدرته على ذلك، يكون الضمان الأصلي غالبا هو البضاعة وبالتالي يطلب من العميل الآمر تقديم غطاء للاعتماد المستندي لمواجهة أي ظروف غير متوقعة [3].

1- مقدار الغطاء وأنواعه:

تحدد مقدار الغطاء بالاعتماد على مخاطر القرض، والضمانات المقدمة، وقدرة العميل على السداد، واستقرار قيمة البضائع المرهونة، سواء كان الغطاء كليا أو جزئيا لضمان حماية المصرف من إفلاس العميل، أو تأخره في السداد أو في حالة الوفاء بالأجل.

بالإستناد إلى المعلومات السابقة، يمكن تجسيد غطاء الاعتماد المستندي بالعديد من الأنواع، ومنها:

---

[1]- حسين مشاقي، مرجع سابق، ص 71.

[2]- نيفين كامل عليان، محمد علي جرادات، النظام القانوني للعلاقات التعاقدية في الاعتماد المستندي، مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، المجلد العاشر، العدد الثاني، حزيران 2023، ص 233-234.

[3]- صباح شويط، مرجع سابق، ص 350.

أ- الغطاء النقدي أو التأمين النقدي: العميل يدفع مبلغا نقديا للمصرف لتأمين قيمة الاعتماد، ويخصم هذا المبلغ من حساب العميل ويجمد كضمان في حساب احتياطي لدى المصرف.

ب-وقد يكون غطاء الاعتماد أورق مالية تسمى "إيداعات الضمان" وتستخدم لمنح المصرف للعميل أجلا للوفاء، حيث تعتبر حماية بين المصرف وتحتفظ بها كضمان [1].

ت-الاعتماد قد يتمثل في "وديعة آجلة"، حيث يقوم العميل برهن الوديعة على الرغم من أن البنك ليس مالكا للوديعة، بل يمتلك رهنا تاما عليها.

ث- البنك يمكن أن يستخدم سند إذني كغطاء للاعتماد، حيث يتعهد الآمر بدفع قيمته، لكن يعيب هذا النوع بتكلفة رسوم الدمغة وتظهير العميل، وعادة يحتفظ البنك بالأموال في حساب احتياطي [2].

ج- ويمكن للبنك قبول ضمان آخر كغطاء الاعتماد، وهو بضائع مملوكة للآمر في مخازن البنك.

ح- يمكن للآمر تقديم ضمانات مع فتح الاعتماد وقد يطلب منه توفير ضمانة إضافية إذا تراجعت قيمة البضاعة بشكل كبير وهذا الشرط يعرف بالضمانة للإعتماد المفتوح.

خ- البنك قد يصدر خطابا لصالح البنك المرسل للإعتماد، أو مستندا آخر مثل الاعتماد المستندي الظهير، حيث يطلب من المستفيد في الخطاب طلب فتح الاعتماد ظهير معاون، وبذلك يكون الاعتماد الأصلي غطاء للإعتماد الظهير [3].

---

[1]- نيفين كامل عليان، محمد علي جرادات، مرجع سابق، ص 234.

[2]- حسين مشاقى، مرجع سابق، ص 79.

[3]- صباح شويط، مرجع سابق، ص 351.

المبحث الثاني: خطاب الضمان (الضمانة المستقلة)

إن خطاب الضمان أصبح شرطا أساسيا في العقود الدولية لمواجهة احتياجات المعاملات التجارية المتزايدة وللتعامل مع المخاطر التي قد تنجم عنها. يتمثل دور خطاب الضمان في توفير ضمانات مالية للأطراف المشاركة، سواء كانت جهات عامة أو خاصة، حيث يطلب منها تقديم ضمان من بنك مقبول يعتبر قانونيا بمثابة ضمان لتعهداتها قبل وأثناء تنفيذ العقد وتكميل إلتزاماتها وفقا للشروط والطرق المتفق عليها في العقد. وللوقوف على مفهوم خطاب الضمان يظهر من المناسب التطرق إلى مفهومه وأنواعه في (المطلب الأول)، وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له في (المطلب الثاني) [1].

المطلب الأول: تحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان.

سنتناول في هذا المطلب تعريف خطاب الضمان في (الفرع الأول)، وسنتعرض إلى مختلف أنواع خطاب الضمان في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم خطاب الضمان

لبيان مفهوم خطاب الضمان نتطرق لتعريفه أولا ثم سنناقش أهميته ثانيا وسنستعرض الخصائص التي يمتاز بها ثالثا.

أولا: تعريف خطاب الضمان

وردت عدة تعريفات لخطاب الضمان من الناحية القانونية، سواء بين الفقهاء أو من خلال قرارات القضاء، وسننظم هذه التعاريف من خلال القوانين والتشريعات، نأتي على ذكر أهمها:

1- **التعريف الفقهي:**

اختلف الفقهاء في تحديد المقصود بخطابات الضمان.

وقد عرّف بعض الفقه بأنهُ: "صك يصدر من البنك بناء على طلب عميله اللآمر، يتعهد فيه بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين خلال مدة محددة إلى المستفيد دون قيد أو شرط". وعرّفه البعض الآخر بأنه: "تعهد مكتوب يصدره البنك بناءً على طلب العميل لصالح طرف ثالث (المستفيد)،

[1]- السعيد شريك، خطاب الضمان والتجارة الخارجية، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة، الحاج لخضر كلية الحقوق والعلوم السياسية، باتنة، 2019/2018، ص 17.

يلتزم فيه البنك بدفع مبلغ معين عند أول طلب من المستفيد، سواء كان مجردا أو مبررا، دون معارضة وفقا للشروط المحددة.

ويعرّفه البعض الآخر: "تصرف قانوني يرد بإرادة منفردة، يُوجههُ البنك للمستفيد بناءً على طلب العميل، يتعهد فيه البنك بدفع مبلغ معين للمستفيد في المدة المحددة دون تداوله، بموافقة المستفيد ودون معارضة"[1].

وعرّف محمود الكيلاني خطاب الضمان بأنه: "علاقة قانونية بين البنك والمستفيد يترتب عليها إلتزامات على عاتق البنك بدفع مبلغ من النقود عند أول طلب من المستفيد من الخطاب خلال مدة محدودة"[2].

2- التعريف القضائي:

لم يعرف القضاء الجزائري موضوع خطاب الضمان وإنما تناوله بشكل عرضي في قرار للمحكمة العليا، وحاول تمييزه عن الكفالة الشخصية حيث جاء فيه أنه: "لا ينبغي الخلط بين الكفالة البنكية، الداخلة في المعاملات المصرفية العالمية، الخاضعة للأعراف الدولية، وبين الكفالة الشخصية الخاضعة للقانون المدني؛ الكفالة البنكية مشروطة الدفع عند أول طلب، وغير قابلة للطعن، وغير موقوفة بأي شرط يشترط؛ يشترط في الكفالة الشخصية، أن يكون الكفيل موسرا ومقيما بالجزائر"[3].

كما تم تعريفه في قرار محكمة النقض المصرية في الطعن رقم: 1189 لسنة 49 قانونية لجلسة 1984/02/13 بأنه: "من مقتضى خطاب الضمان أن يلتزم البنك وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بأداء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير فور طلبه، باعتباره حقا يحكمه خطاب الضمان، طالما كان هذا الأداء في حدود التزام البنك المبين منه"[4].

---

[1]- بدر سعد العتيبي، التنظيم القانوني لخطابات الضمان في مجال المناقصات العامة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 02، الكويت، 30 شوال- ذو القعدة 1441هـ- يونيو 2020م، ص 92، 93.

[2]- نور الدين يوسفي، النظام القانوني لخطاب الضمان المصرفي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 05، العدد 03، الجزائر (بسكرة)، سنة 2018، ص 362.

[3]- قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم: 627056 بتاريخ 08 جويلية 2010، منشور مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2012، ص 251 وما بعدها.

[4]- نقلا عن مختار رزايقية، ضمانات تنفيذ عقد البيع الدولي للبضائع، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 26-06-2021، ص 279.

كما عرفته المحكمة الإدارية العليا في مصر على أنه: "تعهد يلتزم البنك بموجبه بناء على أمر عميله بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين للمستفيد بمجرد طلب الأخير له خلال مدة معينة"[1].

3- **التعريف التشريعي:**

في الجزائر ورغم انتشار التعامل بخطاب الضمان بين البنوك غير أنه لم يحضى بتنظيم خاص على عكس تشريعات الكثير من الدول، فالقانون التجاري الجزائري الذي سمح في مادته 624 لمجلس الإدارة في شركة المساهمة أن يأذن لرئيسه أو للمدير العام بإصدار الضمانات باسم الشركة غير أنه لم ينظمها، كما أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وبالرغم من تضمنه العديد من الضمانات التي تتعلق بتسهيل تنفيذ الصفقات العمومية الدولية في جملة من المواد، بينما تختلف صيغتها تارة بلفظ الكفالة وتارة أخرى بلفظ الضمان، يعني أنه لم يتناول بشكل صريح مصطلح "خطاب الضمان" المعروف لدى الدول العربية [2].

إلا أن الأمر 03-11 المتعلق بالنقض والقرض المعدل والمتمم أشار إليه في المادة 68 من فقرتها الأولى أنه: "يشكل عملية قرض، في مفهوم هذا الأمر، كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، ويأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان" [3]

كما نظمه المشرع الفرنسي عند تعديله للقانون المدني بموجب الأمر رقم 346-2006 المؤرخ في 23 مارس 2006 من خلال المادة 2321 منه وأطلق عليه اسم "الضمانة المستقلة" وبهذا النص أصبح عقدا مسمى في القانون الفرنسي وتم تعريفه بأنه: "تعهد يلتزم بموجبه الضامن، بناءً على التزام صادر من طرف الغير، بأن يدفع مبلغ نقدي سواء لدى أول طلب أو تبعا لكيفيات متفقا عليها" [4].

ثانيا: أهمية خطاب الضمان

---

[1]- حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في الطعن رقم 1933 للسنة القضائية 31 بجلسة 1990/01/09 الدائرة الثالثة.

[2]- السعيد شريك، مرجع سابق، ص 24.

[3]- الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003 يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، ص 11 (الكتاب الخامس، الباب الأول).

[4]- نقلا عن شريك سعيد، مرجع سابق، ص 23.

تظهر أهمية خطابات الضمان بوضوح من خلال دورها الأساسي في العلاقات التجارية والمالية. يتم استخدامها كبديل عن النقود عندما يحتاج الشخص إلى تقديم ضمان مالي للطرف الآخر، وهذا يتم عبر البنوك التي تصدر الخطابات بناءً على عقود الاعتماد، يكون المستفيد من هذه الخطابات هو الشخص الذي يستلمها، وهذا يؤمن له الثقة في تنفيذ الالتزامات المالية بشكل جيد، وبالتالي، تعتبر خطابات الضمان وسيلة فعالة لحماية الأطراف في العلاقات القانونية والمالية، وتظهر أهميتها في تعزيز الثقة وتحقيق التزامات الشرعية والمالية بين الأطراف [1].

ثالثا: خصائص خطاب الضمان

توصل الفقه والقضاء إلى مجموعة من الخصائص التي تميز خطابات الضمان، ومن أهم هذه الخصائص استقلالية خطاب الضمان (أولا)، وأن الالتزام في خطاب الضمان موضوعه الوفاء بمبلغ من النقود خلال مدة محددة (ثانيا)، وأن خطاب الضمان يتمتع بالكفاية الذاتية (ثالثا).

1/ استقلالية خطاب الضمان: يتم فهم الاستقلالية في خاصية الضمان بأن التزام المصرف في الضمان هو مستقل تماما عن علاقته بالعميل أو بالمستفيد. عندما يصدر المصرف خطاب الضمان، فإنه لا يتحمل مسؤولية تنفيذ إلتزامات العميل تجاه الدائن، ولا يلتزم بتنفيذ ما وعد به العميل أو بسداد أي ديون مستحقة عليه، إلا في حالة وجود شروط خاصة تنص على ذلك، في حالة عدم وجود هذه الشروط، يعتبر التزام المصرف مجرد كفالة عادية تخضع للقوانين المدنية [2].

2/ الالتزام في خطاب الضمان موضوعه الوفاء بمبلغ من النقود خلال مدة محددة: محل الالتزام في خطاب الضمان هو مبلغ نقدي سواء كان الضامن بنكا أو شركة تأمين، وهو أمر طبيعي ما دام أن الخطاب يحل محل التأمين النقدي، ويكون هذا المبلغ إما معينا أو قابلا للتعيين أما من حيث مدة الدفع فيتميز خطاب الضمان بالفورية إذ تعد خاصية ملازمة له بحيث يجب على البنك الوفاء دون

---

[1]– زكريا بدر ومحمد بيومي، ماهية وأطراف خطابات الضمان المصرفية وإجراءات وشروط إصداره، مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، ص 3617.

[2]– راضية أمقران، خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2014/2013، ص 28.

مناقشة إلا في حالة ما إذا كان الخطاب مشروطا، كما أن التاريخ المحدد في الخطاب لا يعد أجلا لاستحقاقه بل الحد الأقصى لسريانه، معنى ذلك أن البنك يلتزم بالوفاء خلال تلك المدة المحددة [1].

3/ الكفاية الذاتية: إن خطاب الضمان الصادر عن البنوك أو المصارف بناء على طلب زبائنها لصالح شخص المستفيد، يعتبر تعهدا مستقلا من البنك، ويعد التزاما في مواجهة المستفيد، لا يتوقف التزام البنك بالوفاء بمبلغ الضمان على عنصر خارجي، بل يتم الوفاء وفقا للشروط المحددة في الخطاب، إذا كان التزام البنك مرتبطا بحدوث حدث خارجي بمضمون الخطاب، فقد يفقد الخطاب دوره الائتماني [2].

وعليه نستنتج أن خطاب الضمان هو تصرف قانوني ذو طبيعة تعاقدية منتج لآثار قانونية بشكل مستقل عن العقود الدولية للتجارة.

الفرع الثاني: أنواع خطاب الضمان

تختلف أنواع خطابات الضمان حسب الغرض والالتزام المضمون، وتتطور مع تقدم صناعة الخدمات المصرفية، مما يؤدي إلى إضافة أنواع جديدة من خطابات الضمان حسب الحاجة.

وأهم خطابات الضمان هي كالآتي:

1- خطابات الضمان المشروط وغير المشروط:

أ-**الضمان المشروط:** يرتبط بعجز العميل عن الدفع أو عدم الوفاء بالالتزامات، ويتطلب من المستفيد تقديم مستندات تثبت العجز والتقصير لاستحقاق قيمة الضمان.

ب-الضمان غير المشروط: يعتبر ضمانا مطلقا، حيث يستحق المستفيد الحصول على قيمة الضمان فور تقديمه للمصرف دون الحاجة لتقديم أي مستندات إضافية [3].

2- خطابات الضمان المحلية:

---

[1]- فاطنة بن بابوش، الكفالة البنكية كأداة للضمان في عمليات الائتمان في ظل التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلاني اليابس، سيدي بلعباس، 2018-2019، ص 178-188.

[2]- نور الدين يوسفي، مرجع سابق، ص 364.

[3]- سعد عبد محمد، مشروعية خطابات الضمان في المصارف الاسلامية حالة تطبيقية في العراق، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، بغداد، 2014، ص 291.

خطابات الضمان المحلية المصدرة لضمان القدرة على المشاركة في المناقصات والمزايدات العامة، وتتخذ هذه الخطابات أحد الصور التالية:

أ-الصورة الأولى: خطاب الضمان الإبتدائي:

هو تعهد يُقدمهُ العميل للجهة المستفيدة، يضمن فيه دفع مبلغ معين من المال بنسبة محددة من قيمة الصفقة المتنافس عليها، مع العرض المقدم، يهدف الخطاب إلى التحقق من مركز العميل المالي وجدية عرضه، وينتهي بعد إعلان نتيجة المناقصة، حيث يعتبر ضمانا للجهة المستفيدة في حال عدم إتمام التعاقد من قبل العميل المختار [1].

ب- الصورة الثانية: خطاب الضمان النهائي:

هو التعهد بدفع مبلغ من النقود يعادل نسبة أكبر من قيمة العملية المتفق عليها، ويصدر للجهة المستفيدة لضمان تنفيذ العمل بالشكل المطلوب، يقوي هذا الخطاب مركز العميل المالي ويلزمه بالوفاء بإلتزاماته، مما يضمن حسن تنفيذ المشروع. يختلف عن خطاب الضمان الابتدائي في أنه يصدر بعد توقيع العقد النهائي [2]

ت-الصورة الثالثة: خطاب ضمان الأشياء المعطاة للمقاول:

أي طلب من المقاول تقديم خطاب ضمان الأشياء المعطاة من جانب الجهة المانحة للمشروع، والتي قد تشمل أدوات ومعدات تساعد في إنجاز العمل، وذلك لضمان إعادتها بحالتها بعد الإنتهاء من المشروع.

ث-الصورة الرابعة: خطاب الضمان التمويلي:

يطلب من المقاول تقديم خطابات ضمان المبالغ المالية، وذلك لضمان تقديم التسويات المالية المطلوبة للجهة المستفيدة، بهدف مساعدته في إتمام المشروع [3].

---

[1]- فاطنة بن بابوش، مرجع سابق، ص 197.

[2]- إبراهيم عماري، خطابات الضمان في المصارف الإسلامية وأهميتها في تيسير المعاملات المالية، مجلة الحضارة الاسلامية، العدد 19، شلف، 2013، ص 402-403.

[3]- محمد زكرياء يوسفي وسمير شيهاني، خطابات الضمان المصرفية بين النظرية والتطبيق لدى البنوك الاسلامية، معارف، المجلد 18، العدد 1، الجزائر، 2023، ص 260.

ج-الصورة الخامسة: خطاب الضمان الجمركي:

تعتبر الرسوم الجمركية موردا من موارد الدولة، وهي لا تستحق حتى يصل البضائع إلى أرصفة المنطقة الجمركية، وتخرج منها إلى الأسواق المحلية، وهذا ما يعرف بالضمان الجمركي.

تتم إصدار خطابات الضمان الجمركي لضمان حقوق الخزينة العامة من رسوم السلع المستوردة أو المصدرة لرفع اليد منها [1].

حيث نصت المادة 106 الفقرة الثانية من قانون الجمارك على: "..... غير أنه يمكن لإدارة الجمارك أن تطالب بإيداع المبلغ الذي يمثل الحقوق والرسوم أو تقديم ضمان كاف تأمينا لأداء الدفع الكامل لهذه الحقوق والرسوم عند رفع اليد" [2].

المطلب الثاني: تمييز خطاب الضمان عن بعض الأنظمة المشابهة له:

مع الإعتبار لأهمية خطاب الضمان في العمليات المصرفية الحديثة، سنقوم بتسليط الضوء على أوجه الشبه والإختلاف بين خطاب الضمان والكفالة المصرفية في (الفرع الأول)، وبين خطاب الضمان والاعتماد المستندي في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تمييز خطاب الضمان عن الكفالة المصرفية:

نصت المادة 644 من القانون المدني الجزائري أن: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ إلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

إن أهم ما يميز خطاب الضمان عن الكفالة المصرفية يمكن حصره في نقاط أساسية:

أ- من حيث أوجه التشابه:

---

[1]- فاطنة بن بابوش، مرجع سابق، ص 203-204.

[2]- قانون رقم: 79-07 المؤرخ في: 21-07-1979، ج ر العدد: 31 المؤرخة في: 24-07-1979 المتضمن قانون الجمارك، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 98-10 المؤرخ في: 22-08-1998، ج ر العدد: 61 المؤرخة في: 23-08-1998، والقانون رقم 17-04 المؤرخ في: 16-02-2017، ج ر العدد: 11 المؤرخة في: 19-02-2017.

- في خطاب الضمان الملتزم هو (البنك)، وفي الكفالة الملتزمة (الكفيل).
- ينشأ تعاقد بين ثلاثة أطراف في خطاب الضمان، وهم العميل، والمصرف، والمستفيد، وفي الكفالة، المدين، والدائن، والكفيل.
- يتعهد كل منها بدفع مبلغ معين من النقود لشخص ثالث [1].

ب-من حيث أوجه الإختلاف:

- في الكفالة المصرفية، يتحمل البنك إلتزاما تبعيا للعميل، حيث يكون مرتبطا بإلتزام العميل ولا يمكنه الوفاء بالمبلغ المتعهد به إذا لم يوف العميل بإلتزامه. بالمقابل، في خطاب الضمان، يكون البنك ملتزما أصليا ومستقلا عن علاقة العميل بالمستفيد، حيث يجب عليه تسديد قيمة الخطاب عند المطالبة به دون الحاجة للرجوع إلى العميل [2].
- في خطاب الضمان هناك عقدان بين (العميل والمستفيد) وبين (العميل والمصرف)، بينما في الكفالة المصرفية، يتم تأسيس عقد واحد بين (الكفيل والدائن).
- في الكفالة المصرفية يتعين على الدائن الإنتظار حتى يتم رجوع الدين إلى المدين المكفول قبل مطالبة الكفيل، أما في خطاب الضمان، فالمصرف لا يستطيع الدفع قبل إستيفاء الدين من العميل أولا.
- مبلغ خطاب الضمان يمكن أن يكون أكبر من المبلغ المستحق للمستفيد، بينما في الكفالة المصرفية لا يمكن تجاوز مبلغ المدين [3].

الفرع الثاني: تمييز خطاب الضمان عن الاعتماد المستندي

أ- من حيث أوجه التشابه:

- كل من الاعتماد المستندي وخطاب الضمان تقنيات ناشئة تهدف إلى سد فجوة عدم الثقة بين الأطراف وتتعلق بعلاقة قانونية ثلاثية بين البنك الضامن، والعميل، والمستفيد.

---

[1]- كامل خير الله طراد، خطابات الضمان وأهميتها في عقود المقاولات والتجهيز الحكومية، مجلة كلية التراث الجامعة، العدد 19، ص 90.

[2]- حليمة حوالف، خطاب الضمان الملاحي البنكي، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد 11، الجزائر، 22 أكتوبر 2018، ص 494.

[3]- كامل خير الله طراد، مرجع سابق، ص 90.

- التزام البنك الضمان في كلتا الحالتين يكون مستقيلا عن العقد الأساسي، حيث يظل التزامه قائما حتى في حالة إبطال العقد النهائي، ويتمثل دور البنك في تأكيد الدفع والمراقبة في كل من خطاب الضمان والاعتمادات المستندية.
- يحدد نطاق التزام البنك في كل منهما بموجب الاعتماد، دون الحاجة إلى النظر إلى عقد البيع الدولي أو غيره من الوثائق الأساسية [1].

ب-من حيث أوجه الإختلاف:

رغم أن خطاب الضمان يقوم بتحقيق نفس الغرض الذي يحققه الاعتماد المستندي إلا أن هناك اختلافات جوهرية بينهما:

- إستقلالية الاعتماد المستندي عن العقد الأصلي نسبية لأنه لا يتفاعل إلا إذا تم تنفيذ هذا الأخير (العقد الأصلي) وهو شحن البضاعة، بينما الضمانة المستقلة استقلاليتها مطلقة عن العقد الأصلي [2].
- في الاعتماد المستندي البنك يدفع المبالغ النقدية بعد تقديم المستندات المطلوبة، أما في خطاب الضمان البنك قد لا يدفع أي مبالغ للمستفيد إذا لم يطلبه.
- في الاعتماد المستندي المستفيد يمكنه قبول الاعتماد، رفضه، أو تحويله لغيره بدون تدخل من البنك، بينما في خطاب الضمان المستفيد لا يمكنه التنازل عن حقه إلا بموافقة البنك.
- إن الاعتماد المستندي يتطلب تقديم مستندات صحيحة من المستفيد قبل الدفع، لكن في خطاب الضمان لا يتطلب تقديم مستندات صحيحة، ويعتبر ثقة واطمئنان للمستفيد في الدين[3].

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى وجود آليات أخرى مرتبطة بالقروض والتأمينات، التي يستفيد منها البائع لتسهيل التصدير إلى الخارج. يمكن ضمان تنفيذ العقد عبر قروض قصيرة، متوسطة او طويلة الأمد، بالإضافة إلى إمكانية التأمين على هذه القروض لدى مؤسسات متخصصة مثل

---

[1]- بدر سعد العتيبي، مرجع سابق، ص 105، 106.

[2]- عصام نجاح، عقود التجارة الدولية، محاضرات سنة أولى ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قانون أعمال، 2023-2024.

[3]- أمين خالدي، مرجع سابق، ص 54.

كوفاس (COFAS)، تضمن هذه المؤسسات أخطار القروض الخارجية مثل ارتفاع أسعار المواد الأولية وتقلبات أسعار الصرف.

خلاصة الفصل الثاني:

لقد تطرقنا في هذا الفصل إلى الضمانات ذات الطبيعة التعاقدية، التي تتمثل في الاعتماد المستندي وخطاب الضمان، حيث يعتبر الأول أداة مالية في التجارة الدولية، تضمن للمورد الحصول على الدفع عند تقديم مستندات شحن البضاعة، مما يقلل من مخاطر التجارة الدولية للطرفين. والثاني يوفر حماية إضافية في العقود من خلال تعهد البنك بدفع مبلغ محدد في حال عدم التزام العميل، مما يوفر أمانا إضافية للطرفين في التعاملات التجارية والمشاريع.

بالإضافة إلى هاتين الضمانتين، هناك ضمانات ناتجة عن آليات أخرى، وتكمن في القروض، وهي مبالغ مالية تعطى بشرط سدادها مع فوائد، وأيضا التأمينات التي تقدم حماية مالية ضد المخاطر غير المتوقعة مع دفع أقساط دورية.

الخاتمة

الخاتمة

بعد دراسة هذا الموضوع، نخلص إلى أن ضمانات تنفيذ عقود التجارة الدولية تهدف إلى حماية حقوق الأطراف المتعاقدة وضمان تنفيذ الالتزامات المتفق عليها. تشمل هذه الضمانات توضيح شروط العقد بشكل دقيق لتفادي أي لبس، ووضع آليات فعالة لحل النزاعات التي قد تنشأ بين الأطراف. وتقديم تعويضات مناسبة في حالة الفشل في الوفاء بالالتزامات التعاقدية.

ويمكن أن نستنتج بعض النتائج والمقترحات كما يلي:

أولا: النتائج

- ✓ غالبا ما يتعلق شرط بالاحتفاظ بالملكية بالبيع بالتقسيط، حيث يؤجل نقل الملكية للمشتري حتى يتم دفع البيع بالكامل، مما يضمن حقوق البائع. وعلى الرغم من الجدل السابق بشأن مشروعيته، إلا ان بعض التشريعات بما في ذلك التشريع الجزائري الذي تدخل وقام بتقنينه وأقر صراحة انه يجوز للبائع أن يشترط نقل الملكية موقوفا على دفع الثمن كله حتى لو لم يتم تسليم المبيع.
- ✓ إذا كان الاحتفاظ بالملكية شرطا في العقد تتغير العلاقة التعاقدية بين الأطراف ويمكن تنظيم هذه العلاقة بالاتفاق، حيث تبقى ملكية المبيع في يد البائع إلى غاية دفع كامل الثمن. ومن التزامات البائع وجوب تسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد، هذا ويمكن أن تنتقل الملكية للغير حسن النية على سبيل الضمان.
- ✓ لم يعرف المشرع الجزائري حوالة الحق، ولم يختلف في إنجازاته لها كبقية القوانين المقارنة، قد نص عليها من خلال الباب الرابع تحت عنوان انتقال الالتزام من الفصل الأول من المادة 239 إلى غاية المادة 250.
- ✓ المحل قد يكون محل الحق حفا شخصيا، وقد تكون حقا عينيا.

- ✓ عند انعقاد حوالة الحق. تنشأ أربع علاقات قانونية: بين المحيل والمحال له، المحيل والمحال عليه، المحال له والمحال عليه، والمحال له والغير. تترتب عن هذه العلاقات آثار قانونية والتزامات منذ لحظة ابرام عقد الحوالة ونفاذها.
- ✓ يعتبر الاعتماد المستندي من بين التقنيات البنكية ومن بين اهم المصادر التي توفر للبنوك التمويل الآمن. فهو يعمل على توفير الثقة باعتباره وسيلة دفع وضمان أمنة وفعالة. فالمشرع الجزائري لم ينظم الاعتماد المستندي في قانون خاص به، وبالتالي فهو يخضع للقانون المدني، تتخذ هذه التقنية (الاعتماد المستندي) عدة انواع من بينها عقد الاعتماد القابل للإلغاء أو غير القابل للإلغاء.
- ✓ يعتبر عقد الاعتماد المستندي وكغيره من العقود عقد رضائي، بالإضافة إلى انه نوع من عقود المعاوضة، تنتج عنه حقوق والتزامات متبادلة بين أطرافه، يقدم العميل الآمر طلب فتح الاعتماد (المستورد) مع المستندات الخاصة بالبضاعة محل الاعتماد إلى البنك فاتح الاعتماد لكي يتأكد من صحتها، ثم يدفع مبلغ الاعتماد ويعيد له المستورد قيمة ما دفعه في الأجل المتفق عليه.
- ✓ يعد خطاب الضمان من ضروريات الاقتصاد والتجارة الدولية. فهو يجعل التعاملات مؤمنة ويعمل على توفير الثقة والاطمئنان اللازمين بين الأطراف. ورغم أهميته الكبيرة إلا أن المشرع الجزائري وعلى غرار الكثير من الدول لم يقم بوضع قواعد خاصة بتنظيمه تاركا المجال للعرف المصرفي وأحكام القانون المدني، مع الإشارة إليه في بعض النصوص دون تناوله كمصطلح بشكل صريح.
- ✓ رغم ما يتميز به خطاب الضمان من موثوقية عالية وقبول دولي إلا ان الغموض القانوني قد يؤدي إلى شكوك في فهمه واستخدامه في بعض الأنظمة والعمليات المصرفية، ولتمييز خطاب الضمان عن غيره من العمليات المصرفية والأنظمة التي قد تشتبه به فإنه يظهر من المناسب مقارنته بكل من الكفالة والاعتماد المستندي.

وتأسيسا على ما سبق يمكن القول أن المشرع قد وفق إلى حد ما في تبني ضمانات معروفة على المستوى الدولي لأجل تنفيذ عقود تجارية دولية من شأنها تنشيط التجارة الدولية. ولكن يستدعي الأمر الاستمرار في تكييف المنظومة القانونية الوطنية مع خصوصية العقد الدولي لتكون تلك الضمانات أكثر فعالية، ولما لا تبني ضمانات أخرى معروفة على المستوى الدولي تضمن تنفيذ عادلا للعقد الدولي، ويمكن أن يتم الأمر بالانضمام لاتفاقيات دولية في هذا المجال.

ثانيا: المقترحات

- ✓ تنظيم شرط الاحتفاظ بالملكية تنظيما محكما ليحقق الاهداف المرجوة، كتنظيم وسائل الشهر والعلانية لحماية الغير منها.
- ✓ لتوفيق بين مصلحة المشتري في استغلال المبيع والتمتع به ومصلحة البائع في ضمان استيفاء حقه في التاريخ المتفق عليه.
- ✓ من الاحسن توثيق حوالة الحق لذى جهة قانونية مختصة لضمان قانونية العقد وسهولة التنفيذ في حالة حدوث نزاع.
- ✓ يفضل اخطار المحال عليه بحوالة الحق لضمان علمه بالتغيير في الدائن، ولتجنب أي دفوعات خاطئة للمحيل بعد الحوالة.
- ✓ اعداد مجموعة من القوانين التي تنظم الاعتماد المستندي، يهدف دعمه كأداة رئيسية في تنشيط التجارة الخارجية، بالإضافة إلى وضع نصوص قانونية خاصة تبين حقوق والتزامات الأطراف المتعاملة بهذه التقنية.
- ✓ تحسين دور وفعالية الاعتماد المستندي، وذلك من خلال تطبيق إيجابياته والاستفادة من التجارب الناجحة، و تلقي الخبرات اللازمة التي تتناسب و التغيرات الحاصلة في العالم.
- ✓ يستحسن أن تقوم البنوك الجزائرية بتقديم النصيحة لعملائها حول استخدام تقنية خطاب الضمان في إبرام صفقاتهم الدولية وتعريفهم بتقنياته وأحكامه ومزاياه.

- ✓ تغيير تسمية الكفالة في القوانين المتعلقة بالجمارك والصفقات العمومية واستخدام مصطلح "خطاب الضمان"، لتجنب النزاعات في التعاملات الدولية.

وفي الأخير يبقى هذا العمل جهد بشري يحتمل الخطأ والصواب. وكما قال العماد الاصفهاني: "إنِي رأيتُ أنه ما كتب أحدهم في يومه كتابا إلا قال في غده، لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد ذلك لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك ذاك لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر".

وتبقى أفاق البحث في مثل هذه الموضوعات مفتوحة ورحبة للباحثين والمهتمين، وعلى سبيل المثال:

دراسة ضمانات التنفيذ في التشريعات المقارنة.

التوسع في الضمانة المستقلة كآلية مستحدثة.

تم بحمد الله

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: المصادر

1-الاتفاقيات الدولية:

1- القواعد والأعراف الموحدة رقم 500 ، الصادرة عن الغرفة التجارية الدولية بتاريخ 1993.
2- القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية رقم 600، الصادرة عن الغرفة التجارية الدولية الصادرة بتاريخ 2007.

2-القوانين

الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد78، المؤرخ في 1975/09/30.
الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم.

الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003 يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، ص 11 (الكتاب الخامس، الباب الأول).

3-الأوامر

قانون رقم: 79-07 المؤرخ في: 21-07-1979، ج ر العدد: 31 المؤرخة في: 24-07-1979 المتضمن قانون الجمارك، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 98-10 المؤرخ في: 22-08-1998، ج ر العدد: 61 المؤرخة في: 23-08-1998، والقانون رقم 17-04 المؤرخ في: 16-02-2017، ج ر العدد: 11 المؤرخة في: 19-02-2017.
الأمر رقم 09-01 مؤرخ في 29 رجب عام 1430 الموافق 22 يوليو سنة 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44.

قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، الجريدة الرسمية، العدد (19) مكررًا الصادر في 1999/5/17.

ثانيا: المراجع.

-باللغة العربية

1-الكتب

1- أنور العمروسي، حوالة الحق وحوالة الدين، في القانون المدني، معلق على النصوص في الفقه وقضاء النقض، ط 1، مكتبة دار الفكر العربي، 2003.
2- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الجزء الرابع، الطبعة الرابعة، 2005.
3- رمضان أبو السعود، أحكام الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
4- صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، 1419هـ، 1998.
5- عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، الكتاب الثالث، أحكام الإلتزام، الإسكندرية.
6- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان- الطبعة الثالثة الجديدة 1998.
7- عبد الرزاق بضليس، الاعتماد المستندي والتزام البنك بفحص المستندات في ظل أحدث النشرات الصادرة عن الغرفة التجارية الدولية، الطبعة الأولى، النشر مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية.
8- عبد الرزاق دربال، الوجيز في أحكام الإلتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة.
9- عبد القادر الفار، أحكام الإلتزام (آثار الحق في القانون المدني)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1430هـ، 2009م
10- عدنان طه الدوري، أحكام الإلتزام والإثبات في القانون المدني الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، 1995.
11- العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2013

12- علي الأمير ابراهيم، إلتزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتمادات المستندية في عقود التجارة الدولية ومسؤوليته، دار النهضة العربية 32 شارع عبد الحق ثروت، القاهرة، 2004.

13- محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

14- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والارادة المنفردة، ط 4، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009.

15- محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام (النظرية العامة للالتزام)، دراسة مقارنة في القوانين العربية، طبعة جديدة، دار الهدى، الجزائر.

16- المستشار معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، 1998.

17- نبيل ابراهيم سعد و محمد حسين منصور، أحكام الإلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.

2- الأطروحات والمذكرات

أ- أطروحات الدكتوراه

1- بشير دهانة، العلاقة القانونية بين أطراف الاعتماد المستندي، أطروحة مقدمة لاستكمال شهادة الدكتوراه، جامعة الشهيد محمد لخضر الوادي، كلية الحقوق أو العلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص القانون الاقتصادي، 2021-2022.

2- راضية أمقران، خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2014/2013.

3- السعيد شريك، خطاب الضمان والتجارة الخارجية، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة، الحاج لخضر كلية الحقوق والعلوم السياسية، باتنة، 2019/2018.

4- عادل أحمد الجسمي، مدى ملاءمة شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، قسم القانون الخاص، أبريل 2018.

5- فاطنة بن بابوش، الكفالة البنكية كأداة للضمان في عمليات الائتمان في ظل التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلاني اليابس، سيدي بلعباس، 2018-2019.

6- محمد بوهاشم، طالب باحث دكتوراه، الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية في القانون العربي المقارن، جامعة محمد الخامس، الرباط ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، السويسي

7- مختار رزايقية، ضمانات تنفيذ عقد البيع الدولي للبضائع، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 26-06-2021.

8- نبيل شرادي، الاعتماد المستندي آلية لتمويل التجارة الخارجية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2019-2020.

ب- رسائل ومذكرات الماجستير

1- أمين خالدي، النظام القانوني للاعتمادات المستندية التجارية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة، قسم القانون الخاص، فرع قانون الأعمال، جويلية 2010.

2- بورزامي رمزي، الآثار القانونية للاعتماد المستندي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، جامعة سطيف،-02-كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2013-2014.

3- حسين مشاقي، العلاقة التعاقدية بين أطراف عقد الإعتماد المستندي، أطروحة الماجستير في القانون.

4- سماح يوسف إسماعيل السعيد، العلاقة التعاقدية بين أطراف عقد الاعتماد المستندي، أطروحة استكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2007.

5- عبد الرزاق حسن مظهر، العلاقة التعاقدية بين أطراف عقد الاعتماد المستندي (دراسة مقارنة)، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، قسم القانون، جامعة شندي، 1440هـ، 2018م

6- عبد الله محمد اللوزي، المسؤولية المدنية للبنك فاتح الاعتماد المستندي، رسالة ماجيستر مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص جامعة الشرق الأوسط، 2014.

7- يوسف بوشاشي، حوالة الحق في القانون المدني الجزائري، (دراسة المقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الماجيستير، جامعة الجزائر، 1989.

3- المقالات

1. إبراهيم عماري، خطابات الضمان في المصارف الإسلامية وأهميتها في تيسير المعاملات المالية، مجلة الحضارة الاسلامية، العدد 19، شلف، 2013.
2. بدر سعد العتيبي، التنظيم القانوني لخطابات الضمان في مجال المناقصات العامة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 02، الكويت، 30 شوال- ذو القعدة 1441هـ- يونيو 2020.
3. بشير دهانة، التنظيم القانوني للاعتماد المستندي في التشريع الجزائري، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 07، العدد 04، 2022/12/21.
4. حليمة حوالف، خطاب الضمان الملاحي البنكي، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد 11، الجزائر، 22 أكتوبر.
5. زكريا بدر ومحمد بيومي، ماهية وأطراف خطابات الضمان المصرفية وإجراءات وشروط إصداره، مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية.
6. سعد عبد محمد، مشروعية خطابات الضمان في المصارف الاسلامية حالة تطبيقية في العراق، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، بغداد، 2014.
7. سهام صديق، النظام القانوني للاعتماد المستندي كآلية لتسوية ثمن عقود التجارة الدولية، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، المجلد 06، العدد 01، أكتوبر 2019.
8. صباح شويط، خصوصية الضمان في مجال الاعتماد المستندي، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 07، العدد 02، كلية الحقوق- جامعة جيجل، الجزائر، 2022/12/31.
9. صبرينة عصام، الاعتماد المستندي آلية جديدة للرقابة على التجارة الخارجية في التشريع الجزائري، مجلة افاق للعلوم، المجلد 05، العدد 03، 2020.
10. طارق بودينار، الاعتماد المستندي ودوره في التجارة الدولية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد الثاني، 2022/09/15.
11. طلال محمد كاضم الزهيري، الطبيعة القانونية وآثار شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع، مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية، المجلد 05، العدد 2، فيفري 2024.
12. فاتن سميش، مدى فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان في عقد الاعتماد الايجاري، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021.

13. كامل خير الله طراد، خطابات الضمان وأهميتها في عقود المقاولات والتجهيز الحكومية، مجلة كلية التراث الجامعة، العدد 19.
14. كلثوم بن قراش، مدى فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان خاص في حماية الائتمان التجاري، مجلة البحوث القانونية والسياسية، مجلة دولية محكمة تصدرها جامعة مولاي طاهر، سعيدة، الجزائر، العدد 10، جوان 2018.
15. محمد زكرياء يوسفي وسمير شيهاني، خطابات الضمان المصرفية بين النظرية والتطبيق لدى البنوك الاسلامية، معارف، المجلد 18، العدد 1، الجزائر، 2023.
16. المستشار أنور طلبة، انتقال وانقضاء الحقوق والالتزامات، المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة، الإسكندرية، سنة 2006.
17. نور الدين يوسفي، النظام القانوني لخطاب الضمان المصرفي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 05، العدد 03، الجزائر (بسكرة)، سنة 2018.
18. نيفين كامل عليان، محمد علي جرادات، النظام القانوني للعلاقات التعاقدية في الاعتماد المستندي، مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، المجلد العاشر، العدد الثاني، حزيران 2023.
19. ياسمين عباس إسماعيل، الآثار القانونية لحوالة العقد، مجلة الباحث الأكاديمي في العلوم القانونية والسياسية، المركز الجامعي، أفلو، الأغواط، المجلد السادس، العدد الأول، مارس 2023.

4- الأحكام والقرارات القضائية

1- قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم: 627056 بتاريخ 08 جويلية 2010، منشور مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2012.
2- حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم 1933 للسنة القضائية 31 بجلسة 1990/01/09 الدائرة الثالثة.

5- مقالات منشورة على مواقع إلكترونية

1- الزموري العنيد، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مقال منشور على موقع منتديات ستار تايمز **https : www.startimes.com.**

2- سعيد بومنان، شرط الاحتفاظ بالملكية، مقال منشور في موقع منتدى زدني علما القانوني، https://zidni3ilma.arabepro.com.

3- شكيب كلوج، النظام القانوني للاعتماد المستندي، كتاب منشور على الموقع الإلكتروني للمعلوماتية www.almerja.com.

4- عثمان تكروري، الاعتماد المستندي، 24-09-2020، من موقع http://www.othman.ps.

5- نور رمضان، بحث قانوني كبير حول الاعتماد المستندي، 2012، من الموقع الإلكتروني: https: www.mohamah.net).

محاضرات ومطبوعات بيداغوجية:

1- عصام نجاح، عقود التجارة الدولية، محاضرات سنة أولى ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قانون أعمال، 2023-2024.

الفهرس

فهرس المحتويات:

العنوان	الصفحة
مقدمة	01
الفصل الأول ضمانات التنفيذ المشتركة مع كل العقود	08
المبحث الأول: شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان	09
المطلب الأول: مضمون شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان	09
الفرع الأول: التعريف بشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان	09
أولا: المقصود بشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان	09
ثانيا: مدى مشروعية شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان	11
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان	12
أولا: الاتجاهات الفقهية بشأن تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان	12
1- نظرية الشرط الواقف	12
2- نظرية الشرط الفاسخ	13
3- شرط الاحتفاظ بالملكية ضمان لحق البائع في الثمن	13
ثانيا: التكييف التشريعي لشرط الاحتفاظ بالملكية	14
المطلب الثاني: الآثار المترتبة على شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان	14
الفرع الأول: آثار شرط الاحتفاظ بالملكية فيما بين الأطراف على سبيل الضمان	15
أولا: أثر وجود شرط الاحتفاظ بالملكية على نقل ملكية المبيع	15
1- من الناحية النظرية	15
2-من الناحية العملية	1
ثانيا: أثر شرط الاحتفاظ بالملكية على تبعة هلاك المبيع	16
الفرع الثاني: آثار شرط الاحتفاظ بالملكية بالنسبة للغير	17
أولا: حجية شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين	17

ثانيا: حجية انتقال الملكية بالنسبة للغير	18
ثالثا: انتقال الإستفادة بشرط الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان	19
1-حوالة الحق في الثمن	19
2-الحلول الاتفاقي	19
المبحث الثاني: التنازل عن الدين (حوالة الحق)	20
المطلب الأول: مفهوم حوالة الحق.	20
الفرع الأول: المقصود بحوالة الحق.	20
أولا: تعريف حوالة الحق وأهميتها العملية	20
ثانيا: خصائص حوالة الحق	21
1-حوالة الحق عقد رضائي	21
2-حوالة الحق عقد منجز حال حياة المتعاقدين	21
3-حوالة الحق موضوعها الحق الشخصي	22
4-عقد الحوالة ينقل الحق بجميع مقوماته وخصائصه	22
ثالثا: تمييز حوالة الحق عن بعض الأنظمة المشابهة لها	22
1-حوالة الحق وحوالة الدين	22
2-حوالة الحق والتجديد	23
الفرع الثاني: شروط انعقاد الحوالة.	23
أولا: الحوالة إتفاق بين المحيل والمحال له.	24
ثانيا: محل حوالة الحق	24
الفرع الثالث: شروط نفاذ الحوالة.	25
أولا: نفاذ الحوالة قبل المدين.	25
ثانيا: نفاذ الحوالة قبل الغير.	26

المطلب الثاني: آثار الحوالة.	27
الفرع الاول: العلاقة بين طرفيها	27
أولا: علاقة المحال له بالمحيل.	27
1-التزام المحيل بالتسليم	27
2-الالتزام بالضمان	28
ثانيا: علاقة المحال له بالمحال عليه.	30
1-قبل نفاذ الحوالة	30
2-بعد نفاذ الحوالة	31
الفرع الثاني: العلاقة بين الأطراف والغير	31
أولا: العلاقة بين المحيل والمحال عليه.	31
ثانيا: علاقة المحيل له بالغير	32
1-التزاحم بين المحال له وبين محال له آخر	32
2-تزاحم المحال له مع دائن حاجز	32
خلاصة الفصل الأول:	34
الفصل الثاني: ضمانات التنفيذ التي تنفرد بها عقود التجارة الدولية.	36
المبحث الأول: الاعتماد المستندي.	37
المطلب الأول: مفهوم الاعتماد المستندي.	37
الفرع الأول: مفهوم الاعتماد المستندي.	37
أولا: تعريف الاعتماد المستندي:	37
1-تعريف الاعتماد المستندي في الفقه	37
2-التعريف التشريعي	38
3-التعريف القضائي	39
ثانيًا: خصائص الاعتماد المستندي.	38
1-عقد الاعتماد المستندي من العقود المستمرة	39
2-الاعتماد المستندي اداة ضمان في التجارة الخارجية	40

3-عقد الاعتماد المستندي من عقود المعاوضة	40
4-خاصية قصر التعامل على المستندات	40
الفرع الثاني: الطبيعة، القانونية للاعتماد المستندي.	40
1-نظرية الكفالة	41
2-نظرية الانابة	41
3-نظرية الارادة المنفردة	41
4- نظرية الاشتراط لمصلحة الغير	42
الفرع الثالث: أنواع الاعتماد المستندي.	43
أولا: الاعتماد المستندي القطعي أو غير القابل للإلغاء.	43
1-اعتماد مستندي قطعي مؤيد	43
2-اعتماد مستندي قطعي غير مؤيد	44
ثانيا: الاعتماد المستندي غير القطعي أي قابل للإسناد:	44
المطلب الثاني: الآثار القانونية للاعتماد المستندي	44
الفرع الأول: العلاقة التعاقدية بين أطراف الاعتماد المستندي	44
أولا: العلاقة بين المستورد (المشتري) والمصدر (البائع):	45
1-التزمات المشتري (الآمر)	45
2- التزمات البائع	47
ثانيا: علاقة المشتري (الآمر) والبنك (المصرف).	49
1-التزمات المصرف (اتجاه العميل)	49
2-التزامات العميل المشتري اتجاه البنك المنشئ	50
ثالثا: علاقة المصرف والمستفيد.	52
1-التزامات البنك في علاقاته مع البائع المستفيد	52
2-التزام البائع في علاقته مع البنك المنشئ للاعتماد	52
رابعا: تدخل البنوك الوسيطة في تنفيذ الاعتماد.	53
1- حقوق البنك المبلغ في مواجهة البنك الفاتح	53
2-التزامات البنك المبلغ في مواجهة البنك الفاتح	54
الفرع الثاني: ضمانات العلاقة التعاقدية	55
أولا: الرهن الحيازي	55

1-الاتفاق على الرهن بين البنك والعميل	55
2-تلقي البنك مستندا	56
ثانيا: غطاء الاعتماد المستندي	56
المبحث الثاني: خطاب الضمان (الضمانة المستقلة)	58
المطلب الأول: تحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان.	58
الفرع الأول: مفهوم خطاب الضمان	58
أولا: تعريف خطاب الضمان	58
1-التعريف الفقهي	58
2- التعريف القضائي	59
3- التعريف التشريعي	60
ثانيا: أهمية خطاب الضمان	61
ثالثا: خصائص خطاب الضمان:	62
1-استقلالية خطاب الضمان	62
2-الالتزام في خطاب الضمان موضوعه الوفاء بمبلغ من النقود خلال مدة محددة	62
3-الكفاية الذاتية	62
الفرع الثاني: أنواع خطاب الضمان	63
1-خطابات الضمان المشروطة وغير المشروطة	63
2-خطابات الضمان المحلية	63
المطلب الثاني: تمييز خطاب الضمان عن بعض الأنظمة المشابهة له:	65
الفرع الأول: تمييز خطاب الضمان عن الكفالة المصرفية:	65
الفرع الثاني: تمييز خطاب الضمان عن الاعتماد المستندي	66
خلاصة الفصل الثاني:	68
الخاتمـــــــــــــة.	70
قائمة المصادر والمراجع	75
الفهـــــــــــــرس	83

الملخص:

تمثل الضمانات المشتركة في العقود مجموعة من التدابير والاجراءات التي تهدف إلى حماية حقوق الأطراف المتعاقدة وضمان الوفاء بالالتزامات المتفق عليها. تتضمن هذه الضمانات عادة شرط الاحتفاظ بالملكية الذي يحمي البائع في حالة عدم دفع الثمن، وحوالة الحق، التي تتيح للدائن نقل حقوقه إلى طرف آخر.

ونظرا لتسارع التجارة العالمية، زادت الحاجة إلى وسائل ائتمانية جديدة تتناسب مع هذه الطفرة. استجابت البنوك لهذه الحاجة من خلال تقديم خدمات مصرفية ملائمة للعلاقات الاقتصادية الدولية، من بين هذه الضمانات الاعتماد المستندي وخطاب الضمان (ضمانة مستقلة) التي توفر ضمانا لتنفيذ الالتزامات التعاقدية بين الأطراف وتحميهم من المخاطر، بالإضافة إلى وجود ضمانات أخرى كالتأمينات والقروض.

الكلمات المفتاحية: العقود الدولية، الضمان، البنوك، العلاقات التعاقدية، التجارة.

Résumé :

Les garanties communes dans les contrats représentent un ensemble de mesures et de procédures visant à protéger les droits des parties contractantes et à garantir le respect des obligations convenues. Ces garanties comportent généralement une clause de réserve de propriété, qui protège le vendeur en cas de non-paiement du prix, et une cession de droit, qui permet au créancier de transférer ses droits à un tiers.

En raison de l'accélération du commerce mondial, le besoin de nouvelles méthodes de crédit pour répondre à ce boom s'est accru. Les banques ont répondu à ce besoin en fournissant des services bancaires adaptés aux relations économiques internationales. Parmi ces garanties figurent le crédit documentaire et la lettre de garantie (garantie indépendante), qui garantissent l'exécution des obligations contractuelles entre les parties et les protègent des risques, en plus de la présence d'autres garanties telles que des assurances et des prêts.

Mots clés : Contrats internationaux, garantie, banques, relations contractuelles.

Abstract:

Common guarantees in contracts represent a set of measures and procedures aimed at protecting the rights of contracting parties and ensuring the fulfillment of agreed upon obligations. These guarantees usually include a retention of title clause, which protects the seller in the event of non-payment of the price, and an assignment of right, which allows the creditor to transfer his rights to another party.

Due to the acceleration of global trade, the need for new credit methods to match this boom has increased. Banks responded to this need by providing banking services appropriate to international economic relations. Among these guarantees are documentary credit and a letter of guarantee (an independent guarantee), which provide a guarantee for the implementation of contractual obligations between parties and protect them from risks, in addition to the presence of other guarantees such as insurances and loans.

Keywords: International contracts, guarantee, banks, contractual relations, commerce.