الأساس القانوني لخطابات الضمان المصرفية في القانونين المصري والليبي

إعداد

الدكتور / عوض رسلان سعد درمان

محاضر كلية القانون – جامعة طبرق

الدكتور / نصر جاب الله التهامي

عميد كلية القانون – جامعة طبرق

العدد الثالث عشر – يوليو – 2023 م

الملخص

لما كانت خطابات الضمان المصرفية من أهم صور الائتمان المصرفي ونظراً إلى ما لها من أهمية كآلية قانونية للتنمية وبديل أكثر يسر عند أطراف التعاقد من التأمين النقدي والعيني ولما لها من استقلالية وذاتيه وحيث أن النظريات القانونية المنصوص عليها القانون المدني لا تصلح لأن تكون أساساً قانونياً للضمانات المصرفية، اتضح ذلك كما جاء في القانون الليبي للنشاط التجاري رقم 23 لسنة 2010م وكذلك بالمقارنة مع القانون التجاري المصري الجديد رقم 17 لسنة 1999م، فإن الآراء الفقهية قد تعددت في تحديد الأساس القانوني لخطابات الضمان المصرفية، فقد عرضنا هذه الآراء جميعاً بالدراسة والبحث في مباحث مستقلة من الجوانب التي تظهر الرأي الأرجح منها من خلال دراسة جانب الاشتراط لمصلحة الغير والانابة في الوفاء وكذلك الإرادة المنفردة للأطراف وحالة عقد الكفالة وقد وصلنا للرأي الشامل والأرجح وهو اعتبارها ذات استقلالية وذاتية خاصة وهو ما جاء مفصلاً في بحثنا هذا.

Abstract :

Whereas bank letters of guarantee are one of the most important forms of bank credit and their importance as a legal mechanism for development and a more accessible alternative to the contracting parties than cash and in-kind insurance, and their independence and subjectivity, and since the legal theories stipulated in the Civil Code are not suitable to be a legal basis for bank guarantees, and this was evident in the Libyan Law for Commercial Activity No. 23 of 2010, as well as in comparison with the new Egyptian Commercial Law No. 17 of 1999, The jurisprudential opinions have varied in determining the legal basis for bank letters of guarantee, we have presented these opinions all study and research in independent investigations of the aspects that show the most likely opinion of them through the study of the aspect of the requirement for the interest of others and representation in fulfillment as well as the individual will of the parties and the status of the guarantee contract and we have reached the comprehensive and most likely opinion, which is considered independent and subjective in particular, which came detailed in our research this.

المقدمة

خطابات الضمان المصرفية من أهم صور الائتمان المصرفي وتعد آلية قانونية ناجحة للتنمية في أي مجتمع وقد تواتر العمل في الاوساط التجارية على قبول خطابات الضمان المصرفية كبديل للتأمين النقدي أو العيني وذلك لما تحققه من مزيا عديدة إذ توفر هذه الخطابات الضمانات التي يرتضيها المستفيدين من هذه الخطابات.

حيث تقوم خطابات الضمان المصرفية بدور مهم في مجال التجارة الدولية فلا يكاد يخلو عقد من عقود المناقصات والتوريدات إلا ونجد خطاب الضمان هو المحور الأساسي والجوهري في تنفيذ هذه العمليات، ولذلك فهي تقوم بدور مهم في الحياة الاقتصادية فهي تحل محل التأمين النقدي الذي كان من المفروض تقديمه في نطاق هذه العقود.

والمصرف مصدر خطاب الضمان كما هو الحال في الاعتماد المستندي يتعهد بصفة قاطعة ومستقلة ومباشره في مواجهه المستفيد بدفع قيمة خطاب الضمان دون قيد أو شرط ودون توقف على قبول أو معارضه العميل, لذلك يضمن المستفيد الحصول على قيمه خطاب الضمان دون أن يحتج عليه المصرف بأي دفوع ناشئة من علاقه المصرف بالعميل ، أو علاقه العميل بالمستفيد وقد تعددت الآراء بشأن بيان الأساس القانوني لخطابات الضمان ويرجع هذا التعدد إلى الاختلاف والأخلاف بين الفقه في هذا الشأن الى محاوله رد الأساس القانوني الى أحد النظريات التقليدية المنصوص عليها في القانون المدني .

ورأى راجح في الفقه والذي نؤيده الى أن خطابات الضمان تتصف بالاستقلالية والذاتية ولا تصلح النظريات التقليدية المنصوص عليها في القانون المدني كأساس قانوني لخطابات الضمان المصرفية. وقد أيد هذا الرأي قانون التجارة المصري الجديد رقم 27 لسنه 1999م وقانون النشاط التجاري الليبي الجديد رقم 23 لسنه 2010.

ونعرض هذه الآراء وفقا للتقسيم الاتي: –

1- الاشتراط لمصلحه الغير.
2- الأنابه في الوفاء.
3- الإرادة المنفردة.
4- عقد الكفالة.

مشكلة البحث:

تحديد صلاحية النظريات التقليدية المنصوص عليها في القانون المدني كأساس قانوني لخطابات الضمان المصرفية أو إيجاد بديل عنها باعتبارها تتصف بالذاتية والاستقلالية.

منهجية البحث:

للوصول إلى النتائج التي نطمع للوصول إليها من هذا البحث في موضوع الضمانات المصرفية اتبعنا المنهج الوصفي والمقارن وهو الأجدر دون غيره من المناهج لوصولنا إلى النتائج التي هي غاية بحثنا.

أهداف البحث:

يهدف بحثنا إلى العديد من الغايات والاهداف ذات الاهمية ومنها:

1. تعزيز الضمانات المصرفية كآلية ناجحة للتنمية.
2. توضيح استقلالية وذاتية الضمانات المصرفية عن كل النظريات التقليدية المنصوص عليها في القانون المدني.
3. المقارنة بين قانون النشاط التجاري الليبي رقم 23 سنة 2010م والقانون التجاري المصري الجديد.

الوصول النتائج البحثية لموضوع بحثنا عرض العمل بالتقسيم في اربعة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: الاشتراط لمصلحة الغير.

المبحث الثاني: الانابة في الوفاء.

المبحث الثالث: الإرادة المنفردة.

المبحث الرابع: عقد الكفالة.

المبحث الأول

الاشتراط لمصلحه الغير

نعرض فيما يلي أحكام نظريه الاشتراط لمصلحه الغير كما نصت عليها القواعد العامة في القانون المدني، ثم نبين مدى صلاحيه هذه النظرية كأساس قانونية لخطابات الضمان المصرفية.

المطلب الأول

التعريف بالاشتراط لمصلحه الغير

الاشتراط لمصلحه الغير عقد يشترط فيه أحد المتعاقدين ويسمى المشترط على المتعاقد الأخر ويسمى المتعهد فائدة أو منفعة لمصلحه شخص ثالث ليس طرفا في العقد يسمى المستفيد أو المنتفع، بحيث ينشأ من هذا العقد حق مباشر للمنتفع قبل المتعهد.

وأبرز التطبيقات لهذا العقد: عقد التأمين على الحياه لمصلحه مستفيد غير المؤمن على حياته، كما إذا أمن شخص على حياته لصالح زوجته أو لصالح أولاده أو التأمين على الأشياء لصالح ذي المصلحة أو لمصلحه من سيكون مالكا، كتأمين صاحب المخزن على البضائع التي تودع في المخازن لمصلحه أصحابها، ولا يقتصر الاشتراط لمصلحه الغير على عقد التأمين ففي عقد البيع قد يشترط البائع على المشترى. أن يؤدى الثمن الى شخص ثالث.

ويتميز عقد الاشتراط لمصلحه الغير بأن المشترط يتعاقد بأسمة لا باسم المنتفع وأن هذا التعاقد يشترط للمنتفع حقا ينشأ له من ذلك العقد مباشره [1].

المطلب الثاني

شروط الاشتراط لمصلحه الغير

يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحه الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبيه (م154 مدني مصري – 156 مدني ليبي)، يؤخذ من هذا النص أنه يجب توافر عدة شروط لصحة عقد الاشتراط لمصلحة الغير: –

1–أن يتعاقد المشترط بأسمة لا باسم المنتفع (المستفيد) .

يجب في الاشتراط لمصلحة الغير أن يتعاقد المشترط باسمه شخصياً لا باسم المنتفع، لأنه لو تعاقد باسم المنتفع فإما أن تكون له صفة النيابة عنه، وإما ألا تكون للمشترط صفة النيابة عن المنتفع فلا يكون للعقد أثر بالنسبة للمتعاقد وبالنسبة للغير، لانعدام صفة العاقد في تمثيل الغير وبهذا يتميز الاشتراط لمصلحة الغير عن التعاقد بطريق النيابة كما يتميز عن الفضولي.

2– إنصراف إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع (المستفيد) .

يجب أن تتجه نية المشترط والمتعهد الى إنشاء حق في ذمه المنتفع مباشرة إلى إكساب المنتفع حقا بمجرد الاتفاق على ذلك، دون أن يمر هذا الحق بذمة المشترط. فالحق المباشر الذي ينشأ من الاشتراط لمصلحة الغير للمنتفع (المستفيد) ينشأ مباشرة من العقد الذي تم بين المشترط والمتعهد دون أن يشترط هو أو يمثل فيه.

3- وجود مصلحه شخصيه للمشترط:

لا يكفي أن تتجه إرادة المتعاقدين الى إنشاء حق مباشر للمنتفع (المستفيد) بل يلزم أن تكون للمشترط في ذلك مصلحة شخصية مادية كانت أو معنوية، ويجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة.

أما إذا كانت المصلحة غير مشروعة فإن عقد الاشتراط لمصلحة الغير يكون باطلا بطلانا مطلقا لعدم مشروعية الباعث عليه. ولا يتصور أن يقدم المشترط على الاشتراط لمصلحة الغير دون أن تكون له مصلحة ولو أدبية في ذلك الاشتراط. وإذا توهم المشترط بأن له مصلحة وأتضح له بعد ذلك ان هذه المصلحة ليس لها وجود، كأن يشترط لشخص يعتقد أنه تربطه به صلة قرابة، ثم يتضح أن هذه الرابطة غير موجوده فيكون الاشتراط في هذه الحالة باطلا بطلانا مطلقا لتخلف شرط المصلحة الذى يتطلبه القانون (م 154 مدنى مصري م 156 مدنى ليبي). ويجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع (المستفيد) شخصاً مستقلاً أو جهة.

المطلب الثالث

آثار الاشتراط لمصلحة الغير

الاشتراط لمصلحة الغير ثنائي في تكوينه فهو ينعقد باتفاق المشترط والمتعهد، ولكنه ثلاثي في آثاره، فهو ينشئ علاقات بين المشترط والمتعهد، وبين المنتفع والمتعهد، وبين المشترط والمنتفع:

1- علاقة المشترط بالمتعهد:

المشترط والمتعهد هما الطرفان اللذان أبرما العقد الذي تضمن الاشتراط لمصلحة الغير فالعلاقة بينهما يحكمها هذا العقد، وتنصرف إليهما جميع أثاره عدا الحق المشترط لمصلحة الغير.

ففي عقد التأمين لصالح الزوجة أو الأولاد يلتزم المؤمن له أن يدفع للمؤمن أقساط التأمين المتفق عليها، ويلتزم المؤمن بدفع مبلغ التامين للمستفيد عن تحقق الخطر المؤمن منه، وفى عقد البيع مع اشتراط دفع الثمن لشخص من الغير يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه للمشترى مقابل التزام هذا الاخير بدفع الثمن للشخص المشترط لمصلحته، وفي حالة إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه يستطيع الطرف الأخر أن يجبره قانونا على التنفيذ أو يطالبه بالتعويض أو فسخ العقد.. وذلك وفقا للقواعد العامة، ويجوز للمشترط أن يطالب المتعهد بالوفاء بالتزامه لصالح الغير، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك.

وتكون مطالبة المشترط للمتعهد بالوفاء للمنتفع بدعوى مباشرة يرفعها المشترط باسمة شخصيا لا باسم الغير، ويجوز للمشترط في حالة إخلال المتعهد بالتزامه نحو الغير أن يطالب ذلك المتعهد بتعويض الضرر الذي أصابه شخصيا من عدم الوفاء إذ المفروض أنه للمشترط مصلحة شخصية في الوفاء للمنتفع بالإضافة الى

التعويض الذي يستحقه المنتفع بسبب عدم الوفاء له، كما يجوز للمشترط أن يطالب بفسخ العقد أو يدفع بعدم التنفيذ.

2- علاقة المنتفع بالمتعهد:

ينشأ من عقد الاشتراط حق مباشر للمنتفع في ذمة المتعهد، أي دون أن يمر بذمة المشترط، ويملك المنتفع هذا الحق الذاتي لنفسه لا نائبا عن المشترط فيستطيع أن يطالب المتعهد مباشرة بتنفيذ هذا الحق، ويجوز له عند إخلال المتعهد بتنفيذ التزامه أن يطالبه بالتعويض عن الأضرار الناشئة من عدم الوفاء، وينشأ هذ الحق للمنتفع بمجرد عقد الاشتراط لمصلحة الغير دون حاجة إلى قبول يصدر من المنتفع للمشارطة، ويترتب على كون حق المنتفع قبل المتعهد ذاتي ومباشر أنه لا يجوز لدائني المشترط أن يحجزوا عليه، ولا يحسب ضمن تركه المشترط عند موته.

أ- الطبيعة القانونية لعلاقة المشترط بالمنتفع

الاشتراط لمصلحة الغير لا ينشئ بذاته أي التزام على عائق المشترط لصالح المنتفع لكن الغالب أن هناك علاقة ما بين المشترط والمنتفع بموجبها يلتزم المتعهد للمنتفع. وهذه العلاقة التي تقوم بين المشترط والمنتفع قد يكون أساسها التبرع أو المعاوضة، وفى جميع الحالات يجب أن تطبق القواعد العامة من حيث شروط الأهلية وصحة التراضي، والمحل والسبب.

ب- حق المشترط في نقض الاشتراط

يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته في الاستفادة منها، ولا يترتب على نفض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك.

وللمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة. (م 155 مدني مصري – م 157 مدني ليبي) ويستفاد من هذا النص أن حق المنتفع وإن كان ينشأ له من عقد الاشتراط مباشره دون توقف على قبوله، إلا أنه حق قابل للنقض من جانب المشترط إلى أن يعلن المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط. وحق نقض المشارطة حق متصل بشخص المشترط فلا يجوز لدائنيه استعماله نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة، ولا ينتقل إلى ورثته بعد وفاته.

ويكون استعمال المشترط لحقه في نقض المشارطة بالتعبير عن الإرادة الصريح، أو الضمني ويترتب على نقض المشارطة زوال حق المنتفع بأثر رجعى وكأنه لم يكن، كما يجوز الاتفاق صراحة أو ضمنا على براءة ذمة المتعهد عند نقض المشارطة.

ج- قبول المنتفع الاستفادة من الاشتراط:

يسقط حق المشترط في نقض الاشتراط بقبول المنتفع الاستفادة منه. والقبول الصادر من المنتفع هو تعبير عن الإرادة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، ولكي يسقط هذا التعبير حق المشترط في نقض المشارطة يجب إعلانه إلى المتعهد أو المشترط، ولا يشترط أن يعلن إليهما معا.

ويجوز للمنتفع أن يرفض الاشتراط، ويترتب على الرفض نفس الآثار التي تترتب على نقض المشترط للاشتراط، والرفض هو تعبير عن الإرادة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنياً [2].

وذهب رأى في الفقه الى أن الأساس القانوني للعلاقة بين المصرف والمستفيد الناشئة من خطاب الضمان تقوم على أساس الاشتراط لمصلحة الغير.

أوجه الشبه والاختلاف بين خطاب الضمان والاشتراط لمصلحة الغير :

تشتبه خطابات الضمان مع الاشتراط لمصلحة الغير فيما يلي: -

1. خطابات الضمان والاشتراط لمصلحة الغير عقد ثنائي في انعقاده وثلاثي في آثاره حيث أن خطاب الضمان ينشأ باتفاق بين العميل والمصرف، وبمقتضى هذا الخطاب ينشأ للمستفيد حق مباشر قبل المصرف بمجرد إخطار المستفيد بخطاب الضمان الذي فتح لصالحه.
2. يتفق الاشتراط لمصلحه الغير وخطاب الضمان من حيث شروط كلاً منهما، فيجب أن يكون العقد بين العميل والمصرف، وينشأ من هذا العقد المبرم بين العميل والمصرف حق مباشر للمستفيد، وهو ليس طرفا في هذا العقد، وللعميل مصلحة من إصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد حيث إن خطاب الضمان يعفيه من تقديم الغطاء النقدي.
3. ينشأ من خطاب الضمان والاشتراط لمصلحة الغير ثلاث علاقات هي علاقة بين المصرف والعميل (المتعهد والمشترط)، وعلاقة بين العميل والمستفيد (المشترط والمستفيد) وعلاقة بين المصرف والمستفيد (المتعهد والمستفيد).

أوجه الاختلاف بين الاشتراط لمصلحة الغير وخطاب الضمان:

1- في الاشتراط لمصلحة الغير يستطيع المشترط أن بنقض تعيين المستفيد بأن يعين بدلا منه مستفيداً آخر أو يعين نفسه مستفيداً من الاشتراط، وإذا عين المشترط نفسه مستفيداً من الاشتراط فإننا نكون بصدد عقد ثنائي في انعقاده وثنائي في آثاره، ولا يتحقق فيه فكره الاشتراط لمصلحة الغير.

أما في خطاب الضمان فلا يستطيع العميل نقض تعيين المستفيد، ولا يستطيع ان يعين نفسه مستفيدا من خطاب الضمان، فلابد ان يصدر خطاب الضمان لصالح مستفيد غير العميل.

2- في الاشتراط لمصلحة الغير يستطيع المتعهد أن يدفع في مواجهة المستفيد عند الرجوع عليه بالدفوع التي تكون للمتعهد في مواجهة المشترط، كدفع ببطلان المشارطة أو انقضائها لأي سبب، كما يستطيع المتعهد أن يدفع رجوع المستفيد عليه بالدفوع التي تكون للمشترط في مواجهة المستفيد، كانتقاء مصلحة المشترط من المشارطة أو عدم مشروعيتها أو بطلان العلاقة بين المشترط والمستفيد أو الغلط في شخصية المستفيد.

أما في خطاب الضمان فيمتنع على المصرف أن يدفع في مواجهة المستفيد عند الرجوع عليه للحصول على قيمة خطاب الضمان بأي دفع يكون ناشئا بين العميل والمستفيد وقد نص على ذلك صراحة قانون التجارة المصري رقم (17) لسنه 1999م، وقانون النشاط التجاري الليبي رقم (23) لسنه 2010م.

نخلص مما سبق إلى أن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير لا تصلح كأساس قانوني لخطاب الضمان، أي العلاقة المباشرة بين المستفيد والمصرف الناشئة من خطاب الضمان [3].

المبحث الثاني

الإنابة في الوفاء

المطلب الأول

التعريف بالإنابة في الوفاء

الإنابة: عمل قانوني يحصل به المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم وفاء الدين مكانه، والإنابة تقتضي وجود أطراف ثلاثة هم المنيب (المدين) والمناب لديه (الدائن) والمناب (الذي أرتضى وفاء الدين مكان المدين)، والمنيب مدينا للمناب لديه، لذلك فهو ينيب المناب في القيام بوفاء هذا الدين مكانه، والغالب أيضا أن يكون المناب مدينا للمنيب لذلك اختاره ليقوم بوفاء دينه للمناب لديه فيتخلص المناب بهذا الوفاء من الدين الذي في ذمته للمنيب.

ولم يشترط القانون أن يكون المناب لديه طرفا في الاتفاق الذي يتم بين المنيب والمناب كما لم يشترط لقبول المناب لديه شكلاً خاصاً ولا وقتاً معيناً بل يكفي لقيام الإنابة بالنسبة إلى المناب لديه أن يقبلها مادام لم يحصل العدول عنها من طرفه [4] .

المطلب الثاني

أنواع الإنابة

1- الإنابة الكاملة:

إذا كان المنيب مدينا للمناب لديه ولم يكن المناب مدينا للمنيب أو كان مدينا له واتفق الثلاثة على تجديدا دين المنيب للمناب لديه عن طريق تغيير المدين بأن يقبل المناب أن يكون مدينا للمناب لديه مكان المنيب سميت الإنابة في هذه الحالة إنابة كاملة لأنها تتضمن تجديداً للالتزام بتغيير المدين، وقد تنطوي الإنابة الكاملة فوق ذلك على تجديد آخر بتغيير الدائن إذا كان المناب مدينا للمنيب وجدد هو الآخر دينه نحو المناب لديه بتغيير المدين ويكون المناب قد جدد دينه نحو المنيب الدائن.

2- الإنابة القاصرة:

إذا لم تتضمن الإنابة تجديداً بتغيير المدين بل بقي المدين مدينا للمناب لديه الى جانب المناب وصار للمناب لديه مدينان هما المنيب والمناب بدلا من مدين واحد هو المنيب سميت الإنابة في هذه الحالة بالإنابة القاصرة وهي قاصرة إذ هي لم تبرئ ذمة المنيب نحو المناب لديه على حين الإنابة الكاملة يترتب عليها براءة ذمة المنيب من الدين عن طريق تجديد الالتزام بتغيير المدين [5].

المطلب الثالث

آثار الإنابة

الفرع الاول

اثار الإنابة الكاملة

إذا اتفق الأطراف في الإنابة على أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاما جديداً كانت هذه الإنابة تجديدا للالتزام بتغيير المدين، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه على أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحا، وإلا يكون المناب معسراً وقت الإنابة (م 360 مدنى مصري – 347 مدنى ليبي)، ويكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا ، أو كان هذا الالتزام خاضعا لدفع من الدفوع ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب كل هذا مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك (م 361 مدنى مصري – 348 مدنى ليبي) ويترتب على الإنابة علاقات مختلفة.

1- العلاقة بين المنيب والمناب لديه:

الإنابة الكاملة يترتب عليها تجديد الالتزام بتغيير المدين، والتجديد يترتب عليه انقضاء الالتزام القديم فتبرأ ذمة المنيب، ويشترط لانقضاء التزام المنيب قبل المناب لديه أن ينشأ التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً، ويشترط كذلك إلا يكون المناب وقت الإنابة معسراً.

2- العلاقة بين المنيب والمناب:

قد يكون المناب مدينا للمنيب فيفي دينه للمناب لديه بدلا من وفائه للمنيب، وقد يكون متبرعا، وإذا لم يكن المناب مدينا للمنيب، ولم يكن متبرعا جاز له الرجوع على المنيب بما أداه للمناب لديه، ويكون ذلك على أساس الحق الشخصي، أو على أساس الحلول.

3- العلاقة بين المناب لديه والمناب:

يترتب على الإنابة الكاملة تجديد الالتزام بتغيير المدين فيصبح المناب هو المدين بالالتزام الجديد في مواجهة المناب لديه، وتبرأ ذمة المدين الأصلي (المنيب) بانقضاء التزامه بالتجديد، ومن ثم يكون من حق المناب لديه الرجوع على المناب بهذا الالتزام الجديد، ولا يستطيع المناب أن يحتج على المناب لديه بالدفوع التي كانت للمنيب قبل المناب لديه الناشئة من الالتزام الذي انقضى بالتجديد.

الفرع الثاني

آثار الإنابة القاصرة

ومع ذلك لا يفترض التجديد في الإنابة، فإذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد الى جانب الالتزام الاول (م 360(2) مدني مصري – م 347 (2) مدني ليبي) فالتجديد في الإنابة لا يفترض فإذا لم يشترط أو قام شك في اشتراطه فسر ذلك على أن إرادة الأطراف لم تتجه إلى التجديد بل قصدوا أن يضيف المناب لديه الى مدينه الأصلي مديناً جديداً هو المناب إلى ومن ثم فإن الإنابة القاصرة لا يترتب عليها براءة ذمة المنيب بحيث يجوز للمناب لديه الرجوع على أيهما بالدين وتبرأ ذمتهما إذا أدى أحدهما الدين للمناب لديه، ويظل الالتزام القديم كما هو بكامل صفاته وتأميناته ودفوعه فيستطيع المناب أن يحتج على المناب لديه بالدفوع الناشئة من هذا الالتزام [6] .

أوجه الشبه بين خطاب الضمان والإنابة القاصرة:

1. في الإنابة القاصرة يظل المنيب مدينا للمناب لديه الى جانب المناب، فإذا دفع أحدهما الدين للمناب لديه برئت ذمة الآخر من الدين، ولا يستطيع المناب لديه الرجوع عليه بشيء، أيضا في خطابات الضمان إذا وفي المصرف للمستفيد بقيمه الخطاب برئت ذمة المصرف والعميل في مواجهة المستفيد إذ أن المصرف والعميل كلاهما ملتزم بالوفاء بقيمه الخطاب للمستفيد.

2. في الإنابة يكون للمناب لديه الرجوع على المنيب أو المناب أيهما شاء دون أن يلتزم ترتيباً معيناً.

3. في الإنابة إذا لم يكن المناب مدينا للمنيب أو متبرعا بما دفعه للمناب لديه فإنه يستطيع الرجوع على المنيب على أساس الحق الشخصي، أو الحلول القانوني.

4. في الإنابة يجب أن يكون التزام المناب في مواجهة المناب لديه بالوفاء صحيحا، ولا يتأثر هذا الالتزام الصحيح بالتزام المنيب في مواجهه المناب ولو كان باطلا أو قابلا للأبطال أيضا في خطابات الضمان يلتزم المصرف في مواجهه المستفيد دفع قيمة خطاب الضمان، ولا يتأثر هذا الالتزام بالعلاقة بين المصرف والعميل.

أوجه الاختلاف بين الإنابة وخطابات الضمان:

في الإنابة يستطيع المناب أن يدفع في مواجهه المناب لديه بالدفوع التي تكون للمنيب في مواجهة المناب لديه، فالإنابة القاصرة لا تطهر الدفوع، أما في خطابات الضمان فإن المصرف لا يستطيع أن يدفع في مواجهة المستفيد في خطاب الضمان بالدفوع الناشئة من العلاقة بين المستفيد والعميل، والدفوع الناشئة من العلاقة بين المصرف والعميل. وقد نص على ذلك صراحة قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999م، وقانون النشاط التجاري الليبي الجديد رقم (23) لسنة 2010م.

نخلص مما سبق إلى القول بأنه:

بالرغم من أوجه الشبه العديدة بين الإنابة القاصرة وخطابات الضمان والتي سبق ذكر بعضها فإن الإنابة القاصرة لا تصلح كأساس قانوني للعلاقة بين المستفيد والمصرف الناشئة من خطابات الضمان، لأن التزام المصرف تجاه المستفيد مستقل ومجرد، ومباشر فيلتزم المصرف تجاه المستفيد دفع قيمة خطاب الضمان دون توقف على أي معارضة من العميل، ولا يستطيع المصرف أن يتمسك في مواجهه المستفيد من خطاب الضمان بالدفوع التي تكون له (المصرف) في مواجهة العميل، والدفوع التي تكون للعميل في مواجهة المستفيد[7] .

المبحث الثالث

الإرادة المنفردة

نعرض فيما يلي أحكام الإرادة المنفردة كمصدر استثنائي من مصادر الالتزام، وذلك كما ورد في القواعد العامة في القانون المدني، ثم نبين مدى صلاحيتها كأساس قانونية لعلاقة المصرف بالمستفيد الناشئة من خطاب الضمان.

المطلب الأول

التعريف بالإرادة المنفردة

اعتقد الفقه الى حد قريب أن العقد هو المصدر الوحيد للالتزام الإرادي وقد كان هذا النظر يتفق مع تصور الالتزام بأنه رابطة قانونية بين شخصين، فيجب بالبداهة توافر إرادتين متطابقين لنشوئه، وهذا هو العقد. غير أنه في عام 1874م قرر رأى أحد شراح القانون النمساوي وهو " سيجل " وجوب الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بجانب العقد. وقد لاقت دعوته قبولا لدى واضعي القانون الألماني الصادر عام 1900م فقرر للإرادة المنفردة مكانا بجانب العقد وإن لم يأخذ بها كمصدر عام للالتزام، وقد ترتب على ذلك انتشار هذه النظرية في دول كثيره. وقد أخذت بهذه النظرية بعض التقنيات الحديثة كتقنين الالتزامات السويسري، وتقنين الالتزامات البولوني والتقنين المدني الإيطالي، والتقنين المدني المصري، والتقنين المدني الليبي وكثير من التقنيات العربية.

غير أن جميع هذه التقنيات سارت على نفس التقنين الألماني في الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر استثنائي للالتزام الإرادي لا كمصدر عام له، كما هو الشأن بالنسبة إلى العقد وقد نصت المادة 165 من التقنين المدني الليبي على ذلك فقررت: –

1- إذ نص القانون على أن تكون الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام سرى عليه ما يسرى على العقد من أحكام إلا إذا كانت هذه الاحكام يقتضيها تعدد الإرادة أو كانت تتعارض مع نص القانون.

2- وتسري بوجه عام أحكام العقد على الإرادة المنفردة باعتبارها تصرفا قانونيا يرتب إنشاء الالتزام [8].

الإرادة المنفردة تختلف عن العقد الملزم لجانب واحد:

العقد الملزم لجانب واحد هو تصرف قانوني ينشأ بتقابل إرادتين متطابقتين، وينشأ منه التزام في ذمة أحد المتعاقدين فقط، ولذا فهو ثنائي من حيث انعقاده، وأحادي من حيث آثاره.

أما الإرادة المنفردة فهي تصرف قانوني يرتب التزاما في ذمه شخص بالإرادة المنفردة لهذا الشخص.

والتصرف بالإرادة المنفردة لا يهدف الى التوفيق بين مصالح متعارضة، بل لا توجد إلا مصلحه المدين وحده التي يستهدفها من وراء التزامه [9] .

المطلب الثاني

شروط الالتزام بالإرادة المنفردة

1- أن تكون الإرادة باتة:

- يجب أن تكون الإرادة باتة أي حاسمة لا يجوز الرجوع فيها حتى ينشأ منها الالتزام المقصود منها.
- أما اذ لم تكن الارادة باتة فإنه لا ينشأ منها التزام.

2- أن تكون الإرادة صحيحة:

يجب أن تكون الإرادة صحيحة أي: صادرة من شخص يتمتع بالأهلية المدنية الكاملة، وأن تكون هذه الارادة خاليه من عيوب الارادة وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال أما إذا كانت الارادة صادره من شخص لا يتمتع بالأهلية المدنية الكاملة أو كان واقعا في غلط أو التدليس أو إكراه أو الاستغلال فإن الارادة تكون قابلة للإبطال.

3- ان تكون لمن صدرت منه الإرادة مصلحة في الالتزام

يجب ان تكون للشخص الذي صدرت منه الإرادة مصلحة في الالتزام سواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية ويجب أن تكون هذه المصلحة محققه ومشروعة أي لا تخالف النظام العام او الآداب، ولا تخالف نص آمر.

مدى صلاحية الإرادة المنفردة كأساس قانوني للعلاقة بين المستفيد والمصرف الناشئة من خطاب الضمان:

ذهب جانب كبير من الفقه [10] الى أن الأساس القانوني للعلاقة الناشئة بين المصرف والمستفيد أساسها القانوني نظريه الارادة المنفردة حيث أن هذه العلاقة تنشأ بين المستفيد والمصرف بوصول خطاب الضمان الى

المستفيد ووفقا للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني فإن التعبير عن الإرادة ينتج أثره باتصاله بعلم من وجه اليه (المستفيد) ويعتبر وصول التعبير إلى المستفيد قرينه قانونيه بسيطة على العلم به وتترتب الآثار القانونية على خطاب الضمان بالنسبة إلى المصرف والمستفيد دون حاجه الى قبول المستفيد وهذا هو شأن الإرادة المنفردة.

والمستفيد ليس طرفا في العلاقة بين العميل والمصرف (مصدر خطاب الضمان) كما أن المصرف ليس طرفا في العلاقة بين العميل (الآمر) والمستفيد من خطاب الضمان والأصل هو نسبيه أثار العقود ، فالعقود يترتب عليها آثار في ذمه المتعاقدين ولا تتعدى هذه الآثار إلى الغير إلا في حالات استثنائية واذا كان خطاب الضمان الذى يرسله المصرف للمستفيد ويتعهد بموجبه يدفع قيمه الخطاب للمستفيد في الأجل المتفق عليه دون قيد أو شرط ودون توقف على معارضه العميل أو موافقته على ذلك يستقل عند العلاقة بين العميل والمصرف والعلاقة بين العميل والمستفيد إلا أن العلاقة بين العميل والمستفيد هي سبب إصدار خطاب الضمان، أي: الباعث الدافع الى إصدار خطاب الضمان.

التمييز بين الإرادة المنفردة وخطابات الضمان:

الإرادة المنفردة كمصدر من مصادر التزام تنشئ التزاماً في ذمة المدين لصالح الدائن ويكون مصدر هذا الالتزام إرادة المدين المنفردة ، دون أن تكون لها علاقه بعقود أو تصرفات أخرى سابقة عليها مثل التزام الواعد بالجائزة (المدين) في الوعد بجائزة الموجهة للجمهور والإيجاب الملزم أما في خطابات الضمان فإن خطاب الضمان الذى يرسله المصرف للمستفيد فهو يعد تنفيذاً للعقد الذى أبرم بين المصرف والعميل ، وليس مصدره إرادة المصرف المنفردة كما هو المعنى المعروف قانونا للإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الإلتزام فلا يتصور أن يقوم المصرف بإصدار خطاب ضمان و إرساله للمستفيد من تلقاء نفسه بل لابد أن يكون خطاب الضمان الذى ارسله المصرف للمستفيد بناء على تعليمات العميل (الآمر) للمصرف, وفقا للشروط المتفق عليها بين العميل والمصرف – لذلك لا تصلح نظريه الإرادة المنفردة كأساس قانوني للعلاقة بين المصرف والمستفيد الناشئة من خطاب الضمان [11] .

المبحث الرابع

عقد الكفالة

إن الاساس القانوني للعلاقة بين المستفيد والمصرف الناشئة من خطاب الضمان، تقوم على أساس من الكفالة ووفقا لهذا الرأي فالمصرف يعد كفيلا للعميل في تنفيذ التزاماته تجاه المستفيد.

ونتناول فيما يلي أحكام الكفالة المدنية، والكفالة التجارية ونبين مدى صلاحيه الكفالة كأساس قانوني تقوم عليه العلاقة بين المصرف والمستفيد الناشئة من خطاب الضمان.

المطلب الأول

الكفالة المدنية

التعريف بالكفالة: الكفالة عقد بموجبه يتعهد شخص يسمى الكفيل بأن يفي بالدين للدائن إذا لم يف به المدين نفسه والكفالة تفترض وجود مدين ودائن والتزام يستحق للدائن في ذمه المدين، ويعد التزام الكفيل التزاما احتياطيا حيث يتعهد بالوفاء بالدين للدائن إذا لم يف به المدين. أما إذا كان الكفيل متضاما مع المدين، فإن للدائن الرجوع على المدين أو الكفيل بالدين ولا يستطيع الكفيل إذا رجع عليه الدائن بالوفاء بدين المدين وأن يدفع بتجريد المدين.

والكفيل الشخصي يختلف عن الكفيل العيني، فالكفيل الشخصي يضمن دين المدين في كل أمواله وليس في مال معين بالذات، **اما الكفيل العيني** فانه يضمن الوفاء بدين الدائن في حدود العين الضامنة للوفاء للدين فقط، وليس في كل ذمته المالية، فإذا كانت العين التي قدمها الكفيل العيني لضمان دين المدين لا تفي بكل الدين المستحق على المدين لأن الدائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل فيما يتجاوز هذه العين.

المطلب الثاني

خصائص عقد الكفالة

يتميز عقد الكفالة بخصائص أهمها ما يلي: –

1–عقد رضائي:

عقد الكفالة عقد رضائي ينعقد بمجرد تقابل إرادتين متطابقتين على أحداث أثر قانوني، هو كفاله التزام معين في ذمه مدين معين لصالح دائن معين.

ويجب أن تكون إرادة طرفي عقد الكفالة صحيحه أي تتوافر فيهما الأهلية اللازمة قانونا، وأن تكون إرادة كل منهما خاليه من عيوب الإرادة (الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال).

2–عقد الكفالة المدينة من عقود التبرعات:

الاصل أن يكون عقد الكفالة المدينة عقد تبرعي، أي يكون التزام الكفيل بكفالة دين المدين بلا مقابل يحصل عليه من المدين، ويجوز أن تكون الكفالة معاوضة ماليه بأن يحصل الكفيل من المدين على مقابل الكفالة.

3–عقد الكفالة عقد تابع:

التزام الكفيل بكفالة الدين المستحق على المدين يكون تابعا للدين المكفول، والتزام الكفيل يرتبط مصيره بمصير الدين المكفول، يوجد بوجوده ويزول بزواله، فإذا أبطل الدين المكفول أو فسخ لأي سبب فإن ذلك يؤدى إلى زوال الكفالة، وإذا انقضى الدين المكفول بأي سبب كالوفاء أو ما يعادل الوفاء كالتجديد والإنابة والمقاصة واتحاد الذمة، والوفاء بمقابل، أو ينقضي الالتزام المكفول بغير الوفاء به مثل الإبراء واستحاله التنفيذ بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه والتقادم. فإن ذلك يؤدى الى انقضاء التزام الكفيل، فالقاعدة أنه إذا انقضى الأصل ينقضي التابع، أما إذا انقضى التابع فلا يؤثر في الأصل، بمعنى أن انقضاء الدين المكفول يؤدى الى انقضاء الكفالة، أما انقضاء الكفالة فلا يؤدى الى انقضاء الدين المكفول.

المطلب الثالث

أركان عقد الكفالة

1–التراضى: عقد الكفالة من العقود الرضائية أي يكفي مجرد التراضي لانعقاده، ودون حاجة الى إجراء آخر ويجب أن يكون التراضي صادراً من شخص يتمتع بالأهلية اللازمة قانونا، وأن تكون إرادة طرفي عقد الكفالة خالية من عيوب الإرادة، وهي الغلط والتدليس والإكراه، والاستغلال.

ويجوز الاتفاق على أن يكون عقد الكفالة مكتوبا ، كما يجوز أن يتفق طرفا العقد على أن عقد الكفالة لا ينعقد إلا إذا كان مكتوبا، وفى هذه الحالة تكون الكتابة ركنا من أركان العقد ، فلا ينعقد عقد الكفالة إلا إذا كان مكتوبا، كما يجوز الاتفاق بين طرفي عقد الكفالة على أنه عند المنازعة لا يجوز الاحتجاج بعقد الكفالة إلا إذا كان مكتوبا, وفى هذه الحالة ينعقد عقد الكفالة بالتراضي ويترتب عليه كفاله آثاره، وعند المنازعة فيه لا يجوز اثباته إلا بالكتابة، فالكتابة في هذه الحالة تعد شرطاً لأثبات عقد الكفالة وليس لانعقاده .

2–المحل: محل عقد الكفالة هو التزام الكفيل بضمان الوفاء بالتزام معين مستحقا على مدين معين لصالح دائن معين، والالتزام المكفول يجب أن يكون معينا أو قابلا للتعيين، كما يجب أن يكون مشروعا أي لا يخالف النظام العام والآداب. أما إذا كان الالتزام المكفول غير معين أو غير قابل للتعيين أو غير مشروع فإن عقد الكفالة يكون باطلاً بطلانا مطلقا.

3–السبب: يجب أن يكون لعقد الكفالة سببا موجوداً ومشروعا، وإلا كان عقد الكفالة باطلا بطلاناً مطلقا، فإذا كان الكفيل متبرعا بكفالة دين مستحقا على غيره، فيجب أن تتوافر لدى الكفيل نية التبرع. إذا كان عقد الكفالة من عقود المعاوضات المالية فيجب أن يكون الكفيل قد حصل على مقابل الكفالة.

ويجب أن يكون الباعث الدافع لعقد الكفالة (سبب العقد) مشروعا أي لا يخالف النظام العام والآداب. إذا تخلف سبب الكفالة أو كان غير مشروع، أي يخالف النظام العام والآداب كان باطلا بطلانا مطلقا.

المطلب الرابع

آثار عقد الكفالة

يترتب على عقد الكفالة علاقة بين المدين والكفيل، وعلاقه بين الكفيل والدائن، وعلاقه بين الكفيل والمدينين الآخرين.

ونتناول بإيجاز هذه العلاقات كأثر لعقد الكفالة: –

1–العلاقه بين الكفيل والدائن:

التزام الكفيل في مواجهه الدائن التزاما تابعا لالتزام المدين المكفول وليس التزاما أصليا، فالكفيل ليس مدينا أصليا بالدين.

ونميز في هذا الشأن بين الكفيل المتضامن مع المدين والكفيل غير المتضامن.

والتضامن بالنسبة إلى العقود المدنية عموما لا يفترض ومنها عقد الكفالة، بل لابد من الاتفاق عليه بين المتعاقدين، أو وجود نص قانوني يقرره.

أ–العلاقة بين الدائن والكفيل المتضامن:

إذا كان الكفيل متضامنا مع المدين في الوفاء بالدين للدائن، ففي هذه الحالة يجوز للدائن الرجوع بالدين المستحق له على الكفيل والمدين معا، أو على إحداهما أن شاء، فإذا رجع الدائن على الكفيل بالدين المستحق له في ذمه المدين فيجب على الكفيل المتضامن أن يدفع الدين للدائن رغم أنه ليس المدين الأصلي، ولا يجوز للكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه بتجريد المدين.

ب–العلاقة بين والكفيل غير المتضامن الدائن:

إذا كان الكفيل غير متضامن مع المدين في الوفاء بالدين للدائن، ففي هذه الحالة لا يملك الدائن الرجوع على الكفيل أولا، بل عليه الرجوع على المدين أولا فاذ لم يدفع المدين الدين له، فيجوز له الرجوع على الكفيل. وإذا رجع الدائن على الكفيل غير المتضامن أولا وطالبه بالدين المستحق على المدين، فإن الكفيل في هذه الحالة يجوز له الدفع في مواجهه الدائن بتجريد المدين أولا.

2–العلاقه بين الكفيل والمدين:

إذا وفى الكفيل بالدين المستحق على المدين للدائن، وكان المدين متبرعا وهذا هو الأصل، ففي هذه الحالة لا يجوز للكفيل الرجوع على المدين بما دفعه للدائن.

وإذا كانت الكفالة معاوضة أي بحصول الكفيل على مقابل كفالته للمدين، فانه إذا دفع الكفيل الدين للدائن فأنه يكون قد وفى بالتزام مستحق عليه، أما إذا كان الكفيل لم يحصل على العوض المتفق عليه مع المدين مقابل الكفالة، فإن الكفيل في هذه الحالة يستطيع الرجوع على المدين بما دفعه للدائن.

3–العلاقة بين الكفيل والمدينين الآخرين:

إذا كان الكفيل قد كفل أحد المدينين بدين معين وكان الكفيل قد دفع كل الدين للدائن فإنه يجوز للكفيل الرجوع على جميع المدينين، بما دفعه للدائن، فإذ كان الكفيل متبرعا بكفالة أحد المدينين المتعددين، وكان قد دفع كل الدين للدائن، فإن الكفيل يجوز له الرجوع على باقي المدينين بما دفعه عنهم للدائن بعد خصم حصة المدين الذي تبرع بكفالته، وذلك بقدر حصته في الدين.

المطلب الخامس

انقضاء الكفالة

تنقضي الكفالة بصفه تبعية كما تنقضي أيضا بصفة أصلية.

1– انقضاء الكفالة بصفه تبعية:

تنقضي الكفالة بصفه تبعية تبعا لانقضاء الدين المكفول، فإذا انقضى الدين المكفول ببطلان سند الدين المكفول أو فسخه لأي سبب فإن الكفالة تنقضي تبعا لذلك. كما تنقضي الكفالة أيضا بصفه تبعية إذا انقضى الدين المكفول بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام كالوفاء، أو ما يعادل الوفاء كالوفاء بمقابل والتجديد والإنابة والمقاصة، واتحاد الذمة، أو بغير الوفاء به كالإبراء، واستحاله التنفيذ بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه والتقادم. في هذه الحالات تنقضي الكفالة بصفة تبعية تبعا لانقضاء الدين المكفول، فالكفالة عقد تابع للدين المكفول ولا يمكن أن يوجد التابع مع زوال المتبوع.

2– انقضاء الكفالة بصفه أصليه:

تنفضي الكفالة بصفة أصلية أي بسبب يرجع لعقد الكفالة ذاته كبطلان عقد الكفالة، أو فسخه، او نزول الدائن عن عقد الكفالة. وإذا انقضت الكفالة بصفه أصليه فإن الكفالة ذاتها هي التي تزول ويبقى الدين ولكنه يكون غير مكفول.

الكفالة المصرفية:

اولا: التعريف بالكفالة المصرفية:

الكفالة المصرفية هي عقد يتم بين المصرف والعميل بمقتضاه يتعهد المصرف بالوفاء بدين العميل قبل الغير إذا لم يف به العميل. وبذلك يوفر المصرف الائتمان والثقة للعميل تجاه الغير. فتوقيع المصرف له قيمة

ائتمانية كبيرة أساسها مركز المصرف المالي وسمعته لذلك يكفي في كثير من الاحوال أن يستند العميل الى هذا التوقيع دون ان يؤدى ذلك الى خروج مبلغ نقدي من ذمه المصرف، فيقال قد أقرض المصرف توقيعه للعميل، ويحصل المصرف في مقابل ذلك على عمولة يتفق عليها مع العميل. وإذا كانت الكفالة المصرفية هي مجرد توقيع للمصرف يضمن به المصرف الوفاء بالتزامات العميل في حالة عدم قيام هذا العميل بالوفاء بالتزاماته، فإن هذا التوقيع لا يقل خطورة عن اقراض النقود إذ يتعرض المصرف لخطر عدم قيام العميل بتنفيذ التزاماته بسبب إفلاسه أو اعساره أو لأي سبب آخر. لذلك تعمد المصارف إلى تقدير احتمالات الخسارة وتشترط حصولها على عمولة كبيرة لا تقل عن العمولة المستحقة لها في حالة إقراض النقود مباشرة، كما تشترط عادة أن تكون الكفالة في حدود مبلغ معين.

ثانيا: خصائص عقد الكفالة المصرفية:

يتصف عقد الكفالة المصرفية بعدة خصائص نذكر منها ما يلي: –

1–عقد الكفالة المصرفية عقد رضائي:

ينعقد عقد الكفالة المصرفية وتترتب عليه كافه آثاره بمجرد التعبير عن إرادتين متطابقتين صادرتين من العميل والمصرف على إنشاء عقد الكفالة المصرفية، ويجب أن تتوافر في العميل الأهلية التجارية الكاملة أي: تكون إرادة الطرفين خالية من عيوب الإرادة وهى الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال.

ولا يؤثر في مبدأ رضائية عقد الكفالة المصرفية أن يحرر العقد في نموذج يعده المصرف مقدما ويوقع عليه العميل بعد كتابه البيانات الخاصة بهذا العقد.

2– الكفالة المصرفية عمل تجارى:

الكفالة المصرفية من الأعمال التجارية الأصلية لأنها من أعمال المصارف، والاعمال التجارية تخضع لمبدإ حرية الإثبات فيجوز إثبات الكفالة المصرفية بكافة طرق الاثبات أيا كانت قيمه العقد.

3– التضامن بين المصرف والعميل:

التضامن بين المصرف والعميل في عقد الكفالة المصرفية يكون مفترضاً بقوه القانون حتى ولو لم يتفق عليه في العقد، فيجوز للدائن أن يرجع بدينه على العميل والمصرف متضامنين، او على إحداهما إن شاء.

وإذا رجع الدائن على المصرف يطالبه بالدين، فلا يجوز للمصرف أن يدفع رجوع الدائن عليه بتجريد المدين أو بالتقسيم لأن ذلك يتنافى مع أحكام التضامن.

4– عقد الكفالة المصرفية عقد تبعي:

عقد الكفالة المصرفية كما هو الشأن في عقد الكفالة المدينة عقد تابع للدين المضمون يوجد بوجوده ويزول بزواله، فإذا زال أو انقضى الدين المكفول لأي سبب انقضى تبعاً لذلك عقد الكفالة المصرفية.

أما إذا زال أو انقضى عقد الكفالة المصرفية لأي سبب فإن ذلك لا يؤثر في الدين المضمون.

5–عقد الكفالة المصرفية يقوم على الاعتبار الشخصي:

عقد الكفالة المصرفية كسائر معاملات المصارف يقوم على الاعتبار الشخصي فيجوز للمصرف رفض كفالة أي شخص لأسباب ترجع للاعتبار الشخصي، فالمصرف لا يقبل على كفالة الاشخاص إلا بعد التحري عن سمعة العميل ومركزه المالي، ويجوز رفض الكفالة المصرفية بسبب سوء سمعة العميل كأن يكون مشهوراً عنه ارتكابه لجرائم التزوير أو النصب أو إصدار شيكات لا يقابلها رصيد أو أن مركزه المالي متدهور.

ثالثا: آثار عقد الكفالة المصرفية:

ينشأ من عقد الكفالة المصرفية عده علاقات نتناولها باختصار فما يلي:

1–العلاقه بين المصرف والمدين:

عقد الكفالة المصرفية من اعمال المصارف ينشأ منه حقوق والتزامات متبادلة في ذمة كل من المصرف والعميل، فيجب على العميل ان يقدم للمصرف مقابل كفالته له وقد يكون ذلك تأميناً عيناً أو مبلغاً من النقود. ويجب على المصرف ان يقوم بكفالة المدين في دين معين المقدار ولصالح دائن معين ولأجل محدد. وباعتبار أن الكفالة المصرفية من الأعمال التجارية فإن التضامن مفترض بشأنها فيكون المصرف والمدين متضامنين في مواجهه الدائن.

2 – العلاقة بين المصرف والدائن:

وكما ذكرنا فإن المصرف والمدين يكونان متضامنين في مواجهه الدائن فيستطيع الدائن أن يرجع عليهما معاً أو على أحدهما ليطالبه بالدين، وإذا اختار الدائن الرجوع على المصرف (الكفيل) فلا يجوز للمصرف ان يدفع رجوع الدائن عليه بالتقسيم او تجريد المدين لان ذلك يتنافى مع أحكام التضامن. وباعتبار أن الكفالة المصرفية من العقود التبعية أي إن التزام العميل يدور معه من حيث الوجود والعدم والصحة والانقضاء ومن ثم فيجوز للمصرف أن يدفع رجوع الدائن عليه بالدفوع التي تكون للمصرف في مواجهه العميل، والتي تكون للعميل (المدين) في مواجهه الدائن، فالكفالة المصرفية لا تطهر الدفوع.

مدى صلاحيه الكفالة كأساس قانوني للعلاقة بين المصرف والمستفيد الناشئة من خطاب الضمان:

الكفالة سواءاً كانت كفاله مدينه أو كفالة مصرفيه يعد التزام الكفيل فيها التزاماً أصلياً فمصير التزام الكفيل يرتبط من حيث الوجود والعدم والصحة والبطلان والانقضاء بمصير التزام المدين المصون، فإذا زال أو انقضى التزام المدين المضمون زال وانقضى التزام الكفيل تبعاً لذلك.

ومن ثم فإن الكفيل يجوز له الدفع في مواجهه الدائن بالدفوع التي تكون للمدين في مواجهه الدائن، والدفوع التي تكون للكفيل في مواجهة المدين، فالكفيل يملك ثلاثة أنواع من الدفوع باعتبار أن التزامه تابعاً لالتزام المدين، كما أن الكفيل له دفوع شخصيه في مواجه الدائن والتي تكون ناشئة من عقد الكفالة ذاته كالبطلان أو فسخ عقد الكفالة أو نزول الدائن عنها.

أما بالنسبة إلى العلاقة بين المصرف والمستفيد الناشئة من خطاب الضمان فهي علاقة مستقله ومجرده عن علاقة العميل بالمستفيد وعن علاقة العميل بالمصرف، فخطاب الضمان يطهر الدفوع السابقة عليه فلا يستطيع المصرف أن يدفع في مواجهه المستفيد من خطاب الضمان بالدفوع التي تكون له (المصرف) في مواجهة العميل، والدفوع التي تكون للعميل في مواجهة المستفيد. وقد نص على هذه الاستقلالية والتجريد كأثر لخطابات الضمان قانون التجارة المصري رقم (17) لسنه 1999م وقانون النشاط التجاري الليبي الجديد رقم (23) لسنه 2010م.

ومن ثم لا تصلح الكفالة المدينة والكفالة المصرفية كأساس قانوني تقوم عليه علاقة المصرف بالمستفيد الناشئة من خطاب الضمان [12].

الخاتمة

خطابات الضمان ينشا منها علاقة مباشرة بين المستفيد والمصرف، والمصرف ليس طرفا في علاقة الأساس التي تربط العميل بالمستفيد، كما ان المستفيد ليس طرفا في عقد فتح الاعتماد الذي يكون بين المصرف والعميل وينشا منه التزام المصرف بإصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد.

وبوصول خطاب الضمان إلى علم المستفيد ينشا في ذمة المصرف لصالح المستفيد التزام مستقل ومجرد وبات بدفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد إذا تقدم المستفيد للمصرف بطلب هذه القيمة في خلال أجل خطاب الضمان ولا يستطيع المصرف ان يدفع مطالبة المستفيد له بأي دفع يكون ناشئا من علاقة العميل بالمستفيد وعن علاقة العميل بالمصرف، فالتزام المصرف تجاه المستفيد يكون مجردا.

وهذه الصفات التي يتصف بها خطاب الضمان جعلت الفقه يختلف حول الأساس القانوني لخطابات الضمان فذهب البعض الى أن أساس خطابات الضمان هو الاشتراط لمصلحة الغير وذهب رأي ثان الى أن أساس خطابات الضمان هو الإنابة أو الوفاء وذهب رأي ثالث الى أن الأساس القانوني لخطابات الضمان هو الإرادة

المنفردة وذهب رأي رابع الى أن الأساس القانوني لخطابات الضمان هو عقد لكفالة وذهب راي خامس إلى أن الأساس القانوني لخطابات الضمان هو عقد الوكالة.

وذهب رأي سادس الى أن الأساس القانوني لخطابات الضمان هو حوالة الحق.

وهذه الآراء جميعا لا تصلح كأساس قانوني لخطابات الضمان لعجزها عن بيان الأساس القانوني للعلاقة المباشرة بين المصرف والمستفيد ويرجع ذلك الى ان هذه النظريات أساسها القانون المدني وخطابات الضمان المصرفية من الأعمال التجارية ولا تصلح القواعد العامة في القانون المدني لتكون أساساً قانونياً للأعمال التجارية للاختلاف الجوهري بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية.

فخطابات الضمان المصرفية لها ذاتية واستقلالية خاصة وقد ظهرت في العمل لتلبية حاجة التجارة الدولية، وهذه الذاتية والاستقلالية التي تتمتع بها خطابات الضمان المصرفية تعمل على قبولها في الأوساط التجارية كبديل مقبول عن التأمينات النقدية والتأمينات العينية والشخصية.

وقد أراد المشرع المصري بصدور قانون التجارة الجديد رقم (17) لسنة 1999م والمشرع الليبي بصدور قانون النشاط التجاري الجديد رقم (23) لسنة 2010م ان تكون خطابات الضمان ذاتية واستقلالية.

وبذلك يكون المشرع قد حسم الخلاف الفقهي حول بيان الأساس القانوني لخطابات الضمان المصرفية وذلك تدعيما لوظيفة خطابات الضمان كوسيلة مهمة للتنمية في المجتمع.

قائمة الهوامش

1- د/محمد سامي مذكور، النطاق الفني للاشتراط لمصلحه الغير – مجله العلوم القانونية والاقتصادية، سنه 1963م، السنه الخامسة، ص 136- 196.

2- نقض مدني مصري في طعن رقم، 278، س 69 ق، جلسة 2000/1/15م.

3- د/محى الدين إسماعيل علم الدين، خطابات الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1967م، ص 127.

4- نقض مدني مصرى 1959/2/11م، مجموعه احكام النقض ج 10 رقم 20 ص142.

5- نقض مدني مصري 1962/4/28م، مجموعه احكام النقض ج 13 رقم 80 ص 528.

6- د/فايز احمد عبدالرحمن ، الوسيط في شرح القانون التجاري الليبي والمصري، طبعة 2010، دار النهضة العربية، القاهرة، ص590 .

7- د/مجدى عبدالفتاح سليمان ، الامتناع المشروع للبنوك عن الوفاء بقيمة خطاب الضمان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، 2012م ، ص 39 .

8- د/احمد سلامه : فكر الالتزام بالإرادة المنفردة في القانون المقارن : رساله دكتوراه ، جامعه باريس ، سنه 1957م ، نشرت بمجله العلوم القانونية والاقتصادية، ص 44

9- د/احمد سلامه ، مرجع سابق ، ص 46 .

10- د/سميحه القليوبى، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، الطبعة السادسة، 2013م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 82 .

11- د/محى الدين اسماعيل علم الدين ، المرجع السابق ، ص 167 .

12- د/عبدالرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، ص 18 .

أهم المراجـــع

أولاً: الكتب:

1. سميحه القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، الطبعة السادسة، 2013م، دار النهضة العربية، القاهرة.
2. عبدالرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر.
3. فايز احمد عبدالرحمن، الوسيط في شرح القانون التجاري الليبي والمصري، طبعة 2010، دار النهضة العربية، القاهرة.

ثانياً: المجلات والرسائل العلمية:

1. احمد سلامه، فكر الالتزام بالإرادة المنفردة في القانون المقارن : رساله دكتوراه ، جامعه باريس ، سنه 1957م ، نشرت بمجله العلوم القانونية والاقتصادية.
2. مجدى عبدالفتاح سليمان، الامتناع المشروع للبنوك عن الوفاء بقيمة خطاب الضمان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، 2012م .
3. محى الدين إسماعيل علم الدين، خطابات الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1967م.
4. محمد سامي مذكور، النطاق الفني للاشتراط لمصلحه الغير – مجله العلوم القانونية والاقتصادية، سنه 1963م، السنه الخامسة.

ثالثاً: الأحكام القضائية:

1. نقض مدني مصري 1959/2/11م، مجموعه احكام النقض ج 10 رقم 20 ص142.
2. نقض مدني مصري 1962/4/28م، مجموعه احكام النقض ج 13 رقم 80 ص 528.
3. نقض مدني مصري في طعن رقم، 278، س 69 ق، جلسة 2000/1/15م.