

مفهوم خطاب الضمان وتكليفه القانوني والفقهي

الدكتورة قناطف شمس



دار الكتاب الحديث

فهرس الموضوعات.

9	المقدمة.....
13	المبحث الأول: مفهوم خطاب الضمان.....
13	المطلب الأول: تعريف خطاب الضمان.....
13	الفرع الأول: تعريف خطاب الضمان في اللغة.....
14	الفرع الثاني: تعريف خطاب الضمان في الفقه التجاري.....
16	الفرع الثالث: تعريف خطاب الضمان في الفقه الإسلامي.....
17	المطلب الثاني: الفرق بين خطاب الضمان، والاعتماد المستندي.....
17	الفرع الأول: تعريف الاعتماد المستندي.....
17	الفرع الثاني: أوجه التشابه بين خطاب الضمان، والاعتماد المستندي.....
18	الفرع الثالث: وجه الاختلاف بين خطاب الضمان، والاعتماد المستندي.....
18	المطلب الثالث: أركان خطاب الضمان، ووظائفه، وأهميته.....
18	الفرع الأول: أركان خطاب الضمان.....
19	الفرع الثاني: وظائف خطاب الضمان.....
19	الفرع الثالث: أهمية خطاب الضمان.....
20	المطلب الرابع: أنواع خطاب الضمان.....
20	الفرع الأول: خطاب الضمان باعتبار التغطية.....
21	الفرع الثاني: خطاب الضمان باعتبار الغرض.....
21	الفرع الثالث: خطاب الضمان باعتبار التقييد والإطلاق.....
22	المطلب الخامس: آثار خطاب الضمان، وخصائصه، وانقضائه.....
22	الفرع الأول: آثار خطاب الضمان.....

22	أولاً- التزامات البنك.....
23	ثانياً- التزامات العميل.....
23	الفرع الثاني: خصائص خطاب الضمان.....
24	الفرع الثالث: انقضاء خطاب الضمان.....
27	المبحث الثاني: التكيف القانوني لخطاب الضمان.....
27	المطلب الأول: خطاب الضمان كفالة.....
27	الفرع الأول: القائلون بأن خطاب الضمان كفالة.....
29	الفرع الثاني: تعريف الكفالة، وخصائصها.....
29	أولاً- تعريف الكفالة في القانون المدني الجزائري.....
29	ثانياً- خصائص الكفالة:.....
29	1- الكفالة عقد مسمى:.....
30	2- الكفالة عقد رضائي:.....
30	3- الكفالة عقد توثيق:.....
30	4- الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:.....
31	5- الكفالة عقد تبرع:.....
33	6- الكفالة عقد تابع:.....
34	الفرع الثالث: مناقشة.....
34	أولاً- أوجه التشابه :.....
35	ثانياً- أوجه الاختلاف:.....
36	المطلب الثاني: خطاب الضمان إنابة ناقصة.....

الفرع الأول : القائلون بأن خطاب الضمان إنابة ناقصة.....	36
الفرع الثاني: تعريف الإنابة الناقصة، ووظائفها، وآثارها.....	38
أولاً- تعريف الإنابة الناقصة	38
ثانياً- وظائف الإنابة الناقصة:	40
ثالثاً- آثار الإنابة الناقصة:	40
1- علاقة المنيب (المدين الأصلي) بالمناب لديه (الدائن):	40
2- علاقة المنيب (المدين الأصلي) بالمناب (المدين الجديد):	40
3- علاقة المدين الجديد (المناب) بالدائن (المناب لديه):	41
الفرع الثالث: مناقشة.....	43
المطلب الثالث: خطاب الضمان إرادة المنفردة.....	45
الفرع الأول: القائلون بأن خطاب الضمان إرادة منفردة.....	45
الفرع الثاني: تعريف الإرادة المنفردة، وموقف فقهاء القانون والمشرع الجزائري منها.....	45
أولاً- تعريف الإرادة المنفردة:	45
ثانياً- موقف فقهاء القانون والمشرع الجزائري من الإرادة المنفردة:	46
الفرع الثالث: مناقشة.....	47
المطلب الرابع: خطاب الضمان اشتراط مجرد لمصلحة الغير.....	48
الفرع الأول: القائلون بأن خطاب الضمان اشتراط مجرد لمصلحة الغير.....	48
الفرع الثاني: تعريف الاشتراط لمصلحة الغير، وأهم تطبيق له، وشروطه، وآثاره.....	49
أولاً- تعريف الاشتراط لمصلحة الغير:	49
ثانياً- أهم تطبيق للاشتراط لمصلحة الغير:	51

- ثالثاً- شروط الاشتراط لمصلحة الغير:..... 51
- 1- أن يتعاقد المشتري باسمه لا باسم المستفيد أو المنتفع، دون أن يدخل هذا الأخير طرفاً في العقد..... 52
- 2- اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمستفيد أو المنتفع..... 52
- 3- وجود مصلحة شخصية، مادية أو أدبية للمشتري..... 53
- رابعاً- آثار الاشتراط لمصلحة الغير:..... 54
- 1- علاقة المشتري بالمتعهد..... 54
- 2- علاقة المشتري بالمستفيد..... 56
- 3- علاقة المتعهد بالمستفيد:..... 57
- الفرع الثالث: مناقشة..... 58
- المطلب الخامس: خطاب الضمان يحصر في أنه صورة من صور إقراض التوقيع..... 59
- الفرع الأول: القائلون بأن خطاب الضمان يحصر في أنه صورة من صور إقراض التوقيع..... 60
- الفرع الثاني: تعريف القرض بالتوقيع..... 60
- أولاً- تعريف القرض بالتوقيع:..... 60
- الفرع الثالث: مناقشة..... 61
- المبحث الثالث: التكييف الفقهي لخطاب الضمان..... 65
- المطلب الأول: خطاب الضمان كفالة..... 65
- الفرع الأول: القائلون بأن خطاب الضمان كفالة..... 65
- الفرع الثاني: تعريف الكفالة، وأنواعها، وخصائصها..... 66
- أولاً- تعريف الكفالة..... 66

1- تعريف الحنفية:	67
2- تعريف المالكية:	67
3- تعريف الشافعية:	67
4- تعريف الحنابلة:	68
5- تعريف الظاهرية:	68
ثانياً- أنواع الكفالة:	69
ثالثاً- خصائص الكفالة:	69
1- الكفالة من العقود المسماة:	70
2- الكفالة من العقود الرضائية:	70
3- الكفالة من عقود التبرع:	70
4- الكفالة من عقود التوثيق:	71
الفرع الثالث: مناقشة:	73
المطلب الثاني: خطاب الضمان وكالة:	74
الفرع الأول: القائلون بأن خطاب الضمان وكالة:	74
الفرع الثاني: تعريف الوكالة، وخصائصها:	75
أولاً- تعريف الوكالة:	75
1- تعريف الحنفية:	75
2- تعريف المالكية:	75
3- تعريف الشافعية:	76
4- تعريف الحنابلة:	76

- 76 ثانياً- خصائص الوكالة:
- 76 1- الوكالة من العقود المسماة.
- 76 2- الوكالة من العقود الرضائية.
- 77 3- الوكالة من عقود الأمانة.
- 77 4- الوكالة من عقود التفويض والإطلاق.
- 78 5- الوكالة عقد جائز (غير لازم)، ويلزم عند الملكية، والحنفية إذا تعلق به حق الغير.
- 78 6- الوكالة تجوز بأجرة وبدون أجرة.
- 78 7- الوكالة بأجرة كالإجارة لازمة عند الملكية، والشافعية.
- 78 الفرع الثالث: مناقشة.
- 80 المطلب الثالث: تكييف خطاب الضمان على أساس قاعدة «الخراج بالضمان».
- 80 الفرع الأول: القائلون بأن خطاب الضمان يُكَيَّف على أساس قاعدة «الخراج بالضمان».
- 81 الفرع الثاني: أصل قاعدة الخراج بالضمان ومعناها.
- 81 أولاً- أصل قاعدة الخراج بالضمان:
- 81 ثانياً- معنى قاعدة الخراج بالضمان:
- 82 الفرع الثالث: مناقشة.
- 83 المطلب الرابع: خطاب الضمان جعالة.
- 83 الفرع الأول: القائلون بأن خطاب الضمان جعالة.
- 84 الفرع الثاني: حكم الجعالة، وتعريفها، وخصائصها.
- 84 أولاً- حكم الجعالة:
- 84 ثانياً- تعريف الجعالة:

- 1- تعريف الملكية: 84
- 2- تعريف الشافعية: 85
- 3- تعريف الخنابلة: 85
- ثالثاً- خصائص الجعالة: 86
- 1- الجعالة من عقود المعاوضة. 86
- 2- الجعالة عقد جائز، وتلزم الجاعل بالشروع في العمل. 86
- 3- الجعالة تصح سواء كان العمل معلوماً أو مجهولاً. 86
- 4- الجعالة تصح مع العامل غير المعين. 86
- 5- لا يشترط في الجعالة قبول العامل 87
- 6- الجعل لا يستحق إلا بإتمام العمل. 87
- 7- محل عقد الجعالة هو عمل الآدمي فقط. 87
- الفرع الثالث: مناقشة. 87
- المطلب الخامس: تكييف خطاب الضمان حسب التغطية وعدمها. 88
- الفرع الأول: القائلون بتكييف خطاب الضمان حسب التغطية وعدمها. 88
- الفرع الثاني: غطاء خطاب الضمان، وصوره. 89
- أولاً- غطاء خطاب الضمان: 89
- ثانياً- صور غطاء خطاب الضمان: 90
- 1- الغطاء النقدي: 90
- 2- الغطاء العيني: 90
- الفرع الثالث: تعريف عقد الرهن، والقرض، وخصائصهما، والمناقشة. 93

93	أولاً- تعريف عقد الرهن، وخصائصه:
93	1- تعريف عقد الرهن:
93	3- خصائص عقد الرهن:
95	ثانياً- تعريف عقد القرض، وخصائصه:
95	1- تعريف عقد القرض:
96	2- خصائص عقد القرض:
96	ثالثاً- مناقشة:
101	الخاتمة:
105	فهرس المصادر والمراجع.
121	فهرس الموضوعات.

مفهوم خطاب الضمان وتكييفه القانوني والفقه

يعتبر منح الائتمان أهم وظيفة تقوم بها البنوك، والائتمان المصرفي أو الاعتماد المصرفي قسمان: اعتماد مصرفي بالوفاء، واعتماد مصرفي بالضمان. فالأول يُقدّم فيه البنك لعميله، أو لشخص آخر مبلغاً من النقود. ويندرج تحته القرض، وخصم الأوراق التجارية، والاعتماد المستندي... أما القسم الثاني فلا يُقدّم فيه البنك فعلاً مبلغاً من النقود، وإنما يتعهد فقط بتقديمه. ويندرج تحته الكفالة، وقبول الأوراق التجارية، وخطاب الضمان... -موضوع البحث- وفي مقابل تدخل البنك يلتزم العميل بدفع عمولة معينة له. وخطاب الضمان كصورة من صور الاعتماد المصرفي بالضمان هو عملية مصرفية، ابتكرها العرف المصرفي، يلعب دوراً هاماً في الحياة الاقتصادية، باعتباره بديلاً للتأمين النقدي، كما أنه يحقق فوائد كبيرة لكل من البنك، والعميل، والمستفيد، بالنظر للخصائص الجوهرية التي يتميز بها.

هذا البحث يهدف إلى الإجابة عن الإشكالية التالية:

ما هو خطاب الضمان؟ وكيف كَيّف فقهاء القانون والإسلام خطاب الضمان؟ وهل نجحوا في إيجاد وصف قانوني، وشرعي، يتفق حقاً مع حقيقة خطاب الضمان؟

وبعد دراسة هذا الموضوع تم التوصل إلى النتائج الآتية:

1- خطاب الضمان هو: تعهد كتابي، نهائي، يصدره البنك، بناءً على طلب عميله الذي يسمى الأمر، لصالح شخص ثالث يسمى المستفيد، ضماناً لتنفيذ التزام محدد، خلال فترة محددة، مقابل عمولة، يلتزم على أساسه البنك بأن يدفع للمستفيد عند أول طلب أو بناءً على شرط، مبلغاً معيناً، أو قابلاً للتعيين، خلال فترة سريان خطاب الضمان، ودون اعتداد بأية معارضة، من العميل أو أي طرف آخر.

2- اختلف فقهاء القانون في تكييف خطاب الضمان ولم يحصروه في عقد معين .

3- على الرغم من أن خطاب الضمان عمل تجاري، إلا أن جميع التكييفات التي قيلت بشأن تكييفه هي عمل مدني.

4- اختلف فقهاء الإسلام أيضاً في تكييف خطاب الضمان ولم يحصروه في معاملة مالية معينة .

5- جميع الآراء القانونية، والفقهية التي قيلت بشأن تكييف خطاب الضمان، عجزت على التعبير عن حقيقة خطاب

الضمان، لاختلاف خصائصها عن خصائص خطاب الضمان، وهذا ما دفع بعض فقهاء القانون التجاري إلى القول بأن خطاب الضمان هو نظام خاص من خلق البنوك، ومن الأفضل الرجوع فيه إلى العرف المصرفي، بدلاً من محاولة تأصيله، بإرجاعه لإحدى النظريات التقليدية مثل الكفالة.

ISBN 978-9947-28-613-5



9 789947 286135

ش ذ م دار الكتاب الحديث للطبع والنشر والتوزيع

العنوان: 03 شارع بودربالة حميدات - أولادفايت

بالجزائر

هاتف/ فاكس: 023280048

هاتف نقال: 0550587428

البريد الإلكتروني: dk.hadith@yahoo.fr



دار الكتاب الحديث