الكفالة لدى أوّل طلب

بقلـــم
القـــاضيـــة ميسم النويـــري
رئيـــسة محكمة الاستئنـــاف المدنيّـــة في بيـــروت
(الغرفـــة التجـــاريّة)

مقدمة

الكفـــالة لدى أوّل طلب ضمانة ماليّة أوجدها التعامل التجاري الدولي، وهي تصدر بصورة عامّة بمناسبة عقود البيع الدوليّة (كعقود شراء الأجهزة والأدوات مثلاً أو إنـــشاء المجمّعـــات الصناعيّة أو السكنيّة أو السياحيّة) بواسطة مصرف أو مؤسّسة ماليّة ما، بـــأمر مـــن البـــائع المصدّر لمصلحة المشتري المستورد، وفق مبادىء محدّدة، بقصد الحفاظ على حقـــوق هـــذا الأخير طالما أنّ فريقي عقد البيع يقيمان في بلدين مختلفين، علماً بأنّ مصالح البائع يـــضمنها الاعتماد المستندي غير القابل الرجوع عنه، فهي بالتالي تنشيء نوعاً من توازن بين مـــصالح الطرفين[١].

وقد تطلب هذه الكفالة بمناسبة عقود عاديّة غير دوليّة يقيم أطرافها في بلد واحد ولا يوجـــد أي مانع يحول دون إصدارها من قبل شخص طبيعي وإنما الكفيل يكون بصورة عامـــة، ولا سيّما في العلاقات الدوليّة مصرفاً لسهولة التعامل معه عن طريق مراسليه أو فروعه المختلفة وللارتياح الذي يؤمّنه كضامن لمبلغ الكفالة على أساس ملاءته المفترضة واهتمامـــه بتنفيـــذ موجباته حفاظاً على سمعته ومكانته في السوق التجاريّة العالميّة.

تبنت بعض الأنظمة القانونيّة مباديء الكفالة لدى أوّل طلـــب فـــي تـــشريعها (كمـــصر[٢] والكويت[٣] وبعض دول أوروبا الشرقيّة سابقاً كألمانيا ويوغسلافيا وتشيكوسلافاكيا[٤]، وتمنّعت دول أخرى عن سلوك هذه الطريق مع أنّ التعامل بهذه الكفالة اصبح مألوفاً فيهـــا واعتياديّـــاً حتى على الصعيد الداخلي بين الأفراد (كأشخاص معنـــويين أو طبيعيـــين) إلاّ أنّ محاكمهـــا اعتمدت مباديء الكفالة المذكورة بشكل يتوافق مع روحيتها وأهدافها كمـــا وأهـــداف النظـــام القانوني التابعة له، وإنّ لبنـــان يدخل في عداد هذه الدول أما فرنسا فقد تبنى اجتهادهـــا منـــذ زمن بعيد مبادىء الكفالة لدى أوّل طلب ثمّ عمد المشترع الفرنسي إلى إدخالها فـــي القـــانون المدني بموجب تعديل جرى في ٢٠٠٦/٣/٢٣ – المادة ٢٤٢١ من القانون المذكور الـــواردة في الفصل الثاني تحت عنوان "الكفالة المستقلّة".

---

(١) يراجع بهذا المعنى Juris classeur périodique: Garantie indépendante – Fasc. 610 p 3et s.
(٢) القانون التجاري المصري الجديد ١٩٩٩ – خطاب الضمان م ٣٥٥ ← م ٣٦٠.
(٣) القانون الكويتي ٣٨٢م.
(٤) La garantie à première demande – Thèse de Roger Baccache p 34

على الصعيد الدولي، لا بدّ من الإشارة إلى المجهود الذي بذلته الغرفة الدوليّة للتجارة CCI بأن وضعت عام ١٩٧٨ تنظيماً خاصاً بالكفالة الموثقة غير المستقلّة، وعام ١٩٩١ أعدت مشروعاً آخراً يتعلق بالكفالة لدى أوّل طلب، إلاّ أنّ عملها في هذا المجال لم يلق الرواج الذي لاقاه عملها المتعلق بالقواعد المختصّة بالاعتماد المستندي(١).

يقتضي التنوية أيضاً باتفاقيّة كنودسي(٢) **CNUDCI** التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وأصبحت سارية المفعول منذ ٢٠٠٠/١/١ بعد أن انضمّت إليها خمس دول (لبنان وفرنسا لم يصادقا عليها)، وقد وضعت هذه الاتفاقيّة نظاماً مشتركاً للكفالة لدى أوّل طلب وكتاب الاعتماد لدى أوّل طلب Letter of credit stand by المشابه لها(٣).

وكتاب الاعتماد لدى أوّل طلب(٤)يعتبر ضمانة، أنشأتها المصارف في الولايات المتحدة الأميركيّة لأنّه كان ممنوعاً عليها إصدار الكفالات، مستعينة لذلك ببعض أحكام القانون التجاري الأميركي **Uniform commercial code**، وقد وضعت له غرفة التجارة الدوليّة نظاماً خاصا بموجب "الأعراف الدوليّة المتبعة في كتاب الاعتماد لأوّل طلب" **International stand by practices 1998**، وهي غير إلزاميّة تماماً كالقواعد الأخرى التي أصدرتها بخصوص الكفالة لدى أوّل طلب وأيضاً كاتفاقيّة كنودسي المشار إليها آنفاً(٥).

إنّ أوجه الشبه كثيرة بين الكفالة لدى أوّل طلب وكتاب الاعتماد لدى أوّل طلب حيث أنّه في الحالتين يأخذ الكفيل على عاتقه دفع مبلغ محدّد للمستفيد، عند أوّل طلب يصدر عنه بالنسبة للأولى، أو عند إبراز مستندات معيّنة بالنسبة للثاني، ولا يتعيّن على الكفيل في هذه الحالة إلاّ التثبّت من صحّة المستندات من حيث الشكل فقط(٦) وإنّ الاختلاف فيما بين هاتين المؤسستين القانونيتين يكمن بشكل خاص في دائرة تطبيقهما الجغرافيّة(٧) ذلك أنّ الكفالة لأوّل طلب منتشرة في أوروبا بينما كتاب الاعتماد لأوّل طلب تستعين به المصارف الأميركيّة علماً بأنّ الثاني آخذ بالامتداد في العالم بالنظر للقوّة الماليّة الكبيرة التي تتمتع بها هذه المصارف وثقل الولايات المتحدة الأميركيّة الاقتصادي الضخم بين الدول(٨)، وبالتالي يمكن القول أنّ المباديء التي ترعى الكفالة لدى أوّل طلب تسري أيضاً على كتاب الاعتماد لدى أوّل طلب.

قد تأخذ الكفالة لدى أوّل طلب التي تسمّى أيضاً كفالة غب الطلب أو لأوّل طلب أو مستقلّة أو غير مشروطة أو خطاب ضمان الخ ... أشكالاً مختلفة حسب الهدف من إصدارها وأهمّها

---

(١) Thèse la garantie à première demande – précitée p 36

(٢) Convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand – by – (version française du projet Cnudci) – revue de Droit Bancaire – document – 1995.

(٣) La convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand – by – Jean Stoufflet – revue de Droit bancaire – Notes et études 1995.

(٤) La lettre de crédit stand – by Par Dalya Yaghi el-Khoury النشرة الداخليّة – أيلول ٢٠٠٦

(٥) Thèse - la garantie à 1e demande – précitée p 37

(٦) Encyclopédie Dalloz – Garantie à 1e demande no 73

(٧) Encyclopédie Dalloz – précitée no 74

(٨) JCP. précité no 109

كفالة الـ **Performance Bond** أو **Performance guarantee** التي تصدر لضمان حسن تنفيذ العقد وكفالة الـ **Tender Bond** أو **Bid Bond** لضمان موجب توقيع عقد الالتزام في حال رسا على المدين الآمر بالدفع(١).

يمكن أيضاً وإنما على صعيد آخر، وفي معرض تعامل تجاري دولي بصورة خاصة أن يلجأ المصرف الكفيل الكائن في بلد المشتري المستفيد إلى ضمان كفالته بواسطة مصرف آخر موجود في بلد البائع، بواسطة كفالة مقابلة، وهذا لأنّ المشتري الذي يسعى إلى ضمان حقوقه بالطريقة الأسهل والأقلّ كلفة، يطلب من البائع أن يكلّف مصرفاً كائناً في بلده بإصدار الكفالة التي يبتغي، فيكلّف البائع مصرفه بالاتصال بعميل له أو مراسل في بلد المشتري لإصدار الكفالة المطلوبة، مقابل كفالة يصدرها مصرف البائع لمصلحة المصرف المراسل الذي كفل المشتري.

وهذه الكفالة المقابلة(٢) **contre – Garantie** تتضمّن إجمالاً بنوداً مشابهة لبنود الكفالة الأولى لدى أوّل طلب وهي تخضع للأحكام عينها كونها أيضاً تشكل وفي أكثريّة الأحيان كفالة لدى أوّل طلب(٣).

ولكن ما هي أحكام الكفالة لدى أوّل طلب التي وضعت أسسها الممارسة التجاريّة ومن ثمّ عمد أهل القانون إلى تنظيمها، وما هي الخصوصيّة فيها التي أدّت إلى انتشارها بهذا الشكل الملفت في أنحاء المعمورة بالرغم من عدم دخولها تشريع كل البلدان التي تبنتها؟

هي، حسبما عرفتها محكمة التمييز اللبنانيّة(٤)، إلتزام شخصي يتخذه الكفيل بناءً على طلب المكفول تجاه شخص ثالث بأن يدفع لهذا الأخيرمبلغاً من المال لدى أول طلب يصدر عنه وبدون أن يحق للكفيل التذرّع بالعلاقات القائمة بين المكفول والمستفيد للتمنّع عن الدفع أو التأخير فيه لأي سبب كان.

إذن وبموجب الكفالة لدى أوّل طلب، يُلزم الكفيل أو المصرف، عند أوّل طلب من المستفيد المشتري أو المستورد، بتسديد المبلغ الذي تعهّد بدفعه له فيها وبدون أن يلتفت أو يتوقف بشكل أو بآخر عند العلاقة التعاقديّة القائمة بين المستفيد والمدين المكفول والتي انبثقت عنها الكفالة لدى أوّل طلب(٥).

الكفالة هي بالتالي التزام **عقدي**(٦) بدفع مبلغ من المال لشخص معروف، وإنّ قبول المستفيد بها ضروري كي ينعقد الاتفاق ولو أنّ غياب توقيعه عن صك الكفالة لا يفيد انتفاء هذا القبول،

وهي تفرض على الكفيل دفع مبلغ من المال أو تقديم شيء ما ذي قيمة محدّدة وفق إتفاقيّة كنودسي، وتتميّز بطابعها الشخصي **intuitu personae** ككل عمليّة إعتماد فلا يمكن للمدين

---

(١) Thèse – Garantie à 1e demande précitée p 25 et s.

(٢) محكمة التمييز المدنيّة – قرار تاريخ ١٩٩٦/٢/٢٧ – العدل ٩٦ ص ٣١ وتسمّى أيضاً ضمانة مقابلة.

(٣) علي جمال الدين عوض – عمليّات البنوك من الوجهة القانونيّة ص ٦٢٤.

(٤) محكمة التمييز المدنيّة – قرار تاريخ ١٩٩٧/٣/٢٥ – كساندر ٣ ١٩٩٧.

(٥) Les garanties à 1er demande – André PRUM p 102 Encyclopédie Dalloz – précitée no 5.

(٦) J.C.P. précitée no 47 et s. et Andrée PRUM précité p. 111 أي أنها ليست إلتزاماً ناشئاً عن إرادة منفردة

الآمر بالدفع أن يحوّل الكفالة لضمان عمليّة تجاريّة غير تلك التي أصدرت لأجلها كما أنّه لا يمكن للمستفيد تجييرها أو التنازل عنها إلاّ برضى الكفيل الملتزم بالدفع[١]،

على أنّ الخصوصيّة البارزة لعقد الكفالة لدى أوّل طلب هي استقلاليّة[٢] هذا العقد تجاه العلاقات الأخرى القائمة بين الأشخاص المعنيين بها إن بالنسبة للعقد الأساسي المبرم بين المستفيد والمكفول أو الآمر بالدفع، طالما أنّ قاعدتها الأساسيّة تقوم على موجب الدفع عند أوّل طلب مهما كان وضع العلاقة التعاقديّة فيما بين هذين الشخصين[٣] أو بالنسبة للعلاقة الجارية بين المدين المكفول والمصرف الكفيل والتي انبثقت عنها الكفالة المذكورة.

وإنّ استقلاليّة الكفالة لدى أوّل طلب تدلّ عليها أيضاً الخصوصيّات التي تتمتع بها هذه الكفالة ولا تتوفر عند مؤسّسات أخرى مشابهة، على أنّه وهذا طبيعي، لا يمكن أن تكون هذه الاستقلاليّة مطلقة فتفتح المجال للمستفيد من الكفالة بالركون إليها مهما كانت الظروف لأنّ الاجتهاد ومن ثمّ القوانين والأنظمة المختلفة وضعت لها أطراً معيّنة لا يمكن تجاوزها تحت طائلة اعتبار الكفالة بدون أي مفعول.

لذلك ستشكّل هذه الاستقلاليّة التي بدونها تفقد الكفالة لأوّل طلب ركنها الأساسي وبالتالي طبيعتها ونظامها القانوني، محور هذا البحث، فيكرّس القسم الأوّل منه لمعالجة الاستقلاليّة المذكورة، على صعيد أوّل تجاه العقد الأساسي contrat de base الجاري بين المستفيد والمكفول الآمر بالدفع كما وتجاه الاتفاق القائم بين الآمر بالدفع والكفيل المتضمّن الأوامر بإصدار الكفالة،

وعلى صعيد ثان ، تجاه المؤسّسات القانونيّة الآخرى المشابهة لها مع التعرّض لمضمون هذه الكفالة ومفهومها كضمانة تتمتع بخصوصيّات معيّنة،

أمّا القسم الثاني من البحث، فسيتناول دراسة حدود استقلاليّة الكفالة لدى أوّل طلب، هذه الحدود التي يمكن أن تحول دون إمكانيّة الاستفادة منها وهذا على مرحلتين: أولى سابقة لصدور الطلب بدفعها وثانية، لاحقة لهذا الصدور.

- القسم الأول- استقلالية الكفالة لدى أول طلب

الفرع الأوّل- الاستقلالية تجاه العقد الأساسي-

يتبيّن من التعريف الذي ورد آنفاً أنّ الدور الأكبر لهذه الاستقلاليّة يكون تجاه العقد الأساسي القائم فيما بين المستفيد والآمر بالدفع المكفول إذ ولو لم يجرِ الاتفاق على إصدار هذه الكفالة

---

(١) علي جمال الدين عوض – المرجع السابق ص ٥٩٣
– وتراجع المادة ٢ من إتفاقيّة كنودسي بخصوص الالتزام بالدفع والمادة ١٠ منها التي تجيز التنازل عن الكفالة وفق أصول معيّنة.

(٢)
Les rapports entre la garantie à 1e demande et le contrat de base en Droit Français – étude de Monique Contamine – Raynaud in Mélanges ROBLOT LGDJ 1984 p. 413.

(٣) المبدأ أكدته المادة ٣ من إتفاقيّة كنودسي Melanges Roblot – LGDJ 1984 p 119
Contamine – Raynaud précitée p 417 no 7 Thèse – Roger Baccache précitée p 50

إلاّ لضمان حقوق المشتري أو المستورد الناتجة عن هذا العقد، إلاّ أنه ليس له أي تأثير على العلاقة التي أنشأتها الكفالة بين المستفيد والمصرف الكفيل، إن بالنسبة للنظام القانوني الذي يخضع له هذا العقد والقانون الواجب التطبيق عليه، أو بالنسبة لمضمونه وما يتأتّى عنه من موجبات وحقوق،

فبالنسبة لنظام العقد القانوني والقانون الواجب التطبيق(١)، إنّ القاعدة هنا هي القاعدة العامة التي تسري أيضاً على الكفالة العاديّة والاعتماد المستندي أي إنّ القانون الذي يخضع له العقد لا يعتبر وجوباً قانون الكفالة، فالفرقاء الثلاثة المعنيون أي المستفيد والكفيل والمكفول لا يقيمون إجمالاً في بلد واحد، وإنّ قواعد تنازع القوانين التي تحيل مثلاً إلى مكان إجراء العقد أو تنفيذه لا تؤدّي بالضرورة إلى إخضاع العقدين لنظام واحد لأنّ عناصر الإحالة تختلف في كل منهما، علماً بأنه وبصورة عامة تعمد المصارف التي تصدر الكفالة لدى أوّل طلب إلى إخضاعها لقانون محل إقامتها ببند واضح وجازم.

كما أنّه وفي الإطار عينه أي نظام العقد القانوني وبنتيجة الاستقلاليّة، إنّ المحكمة الصالحة للنظر في النزاعات الناشئة عن العقد الأساسي ليست بالضرورة المحكمة التي يخضع لها فريقا الكفالة لدى أوّلاً طلب، فإذا لُحظ مثلاً في العقد الأساسي بند تحكيمي أو أنيطت صلاحيّة النظر في الإشكالات المتعلّقة به بمحكمة معينة، هذا لا يعني أنّ البند المذكور أو الصلاحيّة الملحوظة تسري على فريقي عقد الكفالة، تطبيقاً لمبدأ نسبيّة العقد، وما يترتب على هذا الأمر هو أنّ المحكمة الناظرة في نزاع يتعلق بالكفالة لدى أوّل طلب، لا يحق لها النظر في الخلاف الذي قد يكون ناشئاً عن العقد الأساسي بين المكفول والمستفيد ويتعيّن عليها بالتالي إمّا البتّ بالنزاع بالاستناد لمضمون الكفالة فقط، أو التريّث في البت به ريثما يصدر قرار عن المحكمة الأخرى في حال تبيّن لها وجود تلازم ما بين الدعويين(٢).

أمّا بالنسبة للعقد الأساسي بحدّ ذاته وما يتأتى عنه من موجبات وحقوق، فإنّ استقلاليّة الكفالة لدى أوّل طلب تجد ركيزتها القانونيّة في مشيئة فريقيها ومبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد. إنها مستقلة لأنّ فريقيها أرادا مثل هذا الاستقلال ونظماه بكل حريّة حسبما ارتأته مصالحهما، فالمادة ١٦٦ من قانون الموجبات والعقود أعطت الفرقاء سلطة ترتيب علاقاتهم القانونيّة كما يشاؤون طالما أنها لا تتعارض مع النظام العام أو الأحكام القانونيّة الإلزاميّة(٣).

وعليه لا يمكن التقليص من هذه الاستقلاليّة إلاّ إذا تبيّن أنّ الفريقين اتفقا على هذا الأمر بصورة واضحة ولا تحمل أي لبس – لذلك درج فريقا عقد الكفالة على عدم الإحالة إلى العقد الأساسي في نصّها لما قد تخلقه من التباس بخصوص طبيعتها مع العلم بأنّ الإحالة بحد ذاتها لا تتناقض في مبدئها مع مفهوم عقد الكفالة لدى أوّل طلب(٤).

---

(١) يراجع قراري محكمة التمييز الفرنسيّة:

Cour de Cassation 27/6/2000 – Bull n° 197, n° 98 – 18-747

Cour de Cassation 25/1/2000 – Bull n° 21, n° 98 – 17 – 359

لقد كرست المادتان ٢١ و٢٢ من اتفاقيّة كنودسي هذه المباديء.

(٢) Contamine – Raynaud – précitée p 419 n° 11

(٣) يراجع مؤلف الدكتور مصطفى العوجي – القانون المدني – الموجبات المدنية ص ٣٠٢.

(٤) يراجع قراري محكمة التمييز الفرنسيّة:

Cour de Cassation 18/5/1999 – note Yves Picod

Cour de Cassation 15/6/1999 – note Yves Picod

وفي السياق عينه ليس من الضروري أن تكون مدّة سريان الكفالة هي عينها مدّة العقد أو أن يؤدّي انتهاء العلاقة بين فريقي العقد إلى إنهائها بين فريقي الكفالة إضافة إلى أنّ التعديلات التي قد تجري على هذا العقد لا يجب أن تؤثر على الكفالة(١).

وممّا لا شك فيه أنّ النتيجة الأساسيّة التي تترتب على استقلاليّة الكفالة لدى أوّل طلب عن العقد الأساسي هي عدم إمكانيّة التذرع بالدفوع الناشئة عنه في العلاقة ما بين المستفيد والكفيل(٢).

وبالتالي لا يمكن للكفيل المطلوب منه التسديد وحتى عن طريق القضاء، أن يتمنع عن الدفع بحجّة عدم إنفاذ العقد الأساسي من قبل المستفيد، أو عدم إنفاذه من قبل المكفول الآمر بالدفع بسبب خطأ المستفيد معاقده، أو لوجود نزاع بين فريقيه أو طلب التريّث بالدفع ريثما يصدر قرار عن المحكمة أو المحكّم الناظر في نزاع جار بينهما أو تكليف المستفيد بإثبات حقه بالكفالة، وقد ذهبت بعض المحاكم في هذا المجال إلى أبعد حدّ بتقريرها وجوب دفع الكفالة حتى إذا تبيّن أنّ العقد الأساسي باطل أو أبطل بالفسخ أو الإلغاء أو أنّ هذا العقد نفذ بشكل أصولي وصحيح(٣).

الأمر المهمّ هنا هو أنّه لا يجب زجّ المصرف الكفيل في الخلاف الذي قد ينشأ ما بين المستفيد والآمر بالدفع المكفول لأنّ هذا العقد لا يعنيه فهو ليس فريقاً فيه ولم يواكب التعامل الذي جرى عند تنفيذه، كما أنه لا يفترض فيه أن يلعب دور الحكم أو القاضي بين هذين الشخصين لمعرفة المحق منهما في موقفه كونه لا يتمتع بالمؤهلات الضروريّة لذلك، إضافة إلى أن همّه الأساسي يتمثل باحترام توقيعه والتزامه تجاه المستفيد، وبالتالي الحفاظ على مركزه وسمعته في السوق العالميّة،

إنّ استقلاليّة الكفالة لدى أوّل طلب تحول أيضاً دون التذرّع بالدفوع الناتجة عن العلاقة فيما بين الآمر بالدفع المدين والكفيل(٤)، أي أن هذا الأخير لا يمكنه التمنّع عن الدفع بحجّة تلقّيه أوامر جديدة من قبل المكفول أو تقصيره في موجباته تجاهه كاستنكافه عن تأمين عمولته أو إجراء الضمانات التي وعده بها أو نفاذ المؤونة أو الإفلاس الخ ... وكذلك لا يجوز له ردّ أي طلب بالتسديد بحجّة أنّ ظروف خارجة عن إرادته لا تمكنه من الرجوع ضدّ الآمر بالدفع كصدور قانون جديد يمنع هذا الأخير من إجراء تحاويل للخارج.

وقد طرح السؤال حول معرفة تأثير بطلان العقد المبرم بين الآمر بالدفع والمصرف الكفيل بسبب مخالفته النظام العام، على التزام هذا الأخير تجاه المستفيد، وأعطى الفقه هنا جواباً صريحاً بالنفي باعتبار أنّ للكفالة لدى أو طلب، كالإعتماد المستندي، كيانها الخاص

---

(١) Contamine – Raymond précitée p 423

(٢) تراجع المادة الثالثة من إتفاقيّة كنودسي CNUDCI

(٣) Encyclopédie Dalloz – précité n° 25 et s.
Thèse Roger Baccache précitée n° 34 et s.
وكل القرارات المذكورة من قبله والصادرة في هذا المجال.

(٤) J.C.P.précité n° 35 et s.
وأيضاً .André PRUM précité p 205 et s

ومواصفاتها التي تميّزها عن باقي المؤسّسات القانونيّة وبالتالي لا يجوز أن تتأثر بأي شكل بمصير العلاقة فيما بين الآمر بالدفع والمصرف الكفيل.

إنّ الاستقلاليّة هذه الملازمة لعقد الكفالة لدى أوّل طلب، تطبعها بطابعها المميّز ليس فقط تجاه العقد الأساسي وإنما أيضاً تجاه المؤسسات القانونيّة الأخرى المشابهة لها إضافة إلى ما تتميّز به هذه الكفالة من خصوصيّة ان على مستوى إنشائها أو على مستوى إنفاذها،

وهذا ما سيشكل موضوع الفرع الثاني من هذا البحث.

الفرع الثاني– استقلاليّة الكفالة لدى أوّل طلب بالنسبة لمؤسسات أخرى مشابهة وبما تتميّز به من خصوصيّات –

للكفالة لدى أوّل طلب أوجه شبه كثيرة مع مؤسستين قانونيتين قريبتين هما الكفالة العاديّة والاعتماد المستندي غير القابل الرجوع عنه.

فبالنسبة للكفالة العاديّة(١)، إنّ ما يفصل بينها وبين الكفالة لدى أوّل طلب هو الاستقلاليّة تجاه العقد الأساسي أي إنّ الكفالة العاديّة تنشيء بذمّة الكفيل موجباً ثانوياً وتابعاً **engagement accessoire et subsidiaire** للعقد الأساسي: الكفيل في الكفالة العاديّة يكون مديناً بدين المكفول تجاه الدائن، وبالتالي إذا ما طالبه هذا الأخير بالدفع، يجوز له الادلاء بكل الدفوع المتعلقة بعقد المداينة الأصلي من تنفيذ أو فسخ أو إلغاء أو إيفاء الخ ... كما أنّه وبمجرّد أن يفي دين الدائن، يحل محله تجاه المدين بكل ما كان يميّز دينه من خصوصيّات ويرافقه من ضمانات.

إذن وضع الكفيل العادي يختلف عن وضع الكفيل لكفالة لدى أوّل طلب، الملتزم بإيفاء دين يخصّه هو بشكل مباشر وشخصي، ولا علاقة له بالدين المكفول الجاري بين المستفيد والآمر بالدفع، وبالتالي وكما سبق البيان، إنّ الكفيل لدى أوّل طلب لا يمكنه الاحتجاج بالدفوع المتعلقة بالعقد الأساسي، ولا يحل محل الدائن المستفيد تجاه المدين المكفول عندما يسدّد قيمة الكفالة فلا يستفيد من الضمانات التي ترافق دينه(٢).

أمّا بالنسبة للاعتماد المستندي، فالكفالة لدى أوّل طلب تتميّز مثله بانعقادها في معرض البيوع الدوليّة وعدم إمكانيّة التذرّع بالدفوع الناشئة عن العقد الأساسي، إلاّ إنها، وعلى عكسه، تشكل ضمانة للمشتري المستفيد وليس وسيلة الدفع التي يجسدها الاعتماد المستندي كما أنّه وهذا واضح من إسمه، يجب أن ترافق هذا الاعتماد دائماً مستندات معيّنة يتوقف على إبرازها بصورة أصوليّة إنفاذه ودفع المال بينما الكفالة لدى أوّل طلب لا يفترض لانعقادها أو إنفاذها وجوب إرفاقها بمستند ما(٣).

---

(١) حول سلطة المحكمة في إعطاء الوصف القانوني الصحيح للكفالة – أنظر قرار محكمة التمييز المدنية تاريخ ١٩٩٦/٢/٢٧ – النشرة القضائيّة اللبنانيّة ص ٥٠٤.
وأيضاً قرار محكمة التمييز الفرنسيّة تاريخ ١٩٩٩/٦/٤ JCP 1999 # 10152

(٢) يراجع قرار محكمة التمييز الفرنسيّة تاريخ ٢٠٠١/١١/٣٠ الصادر عن غرفتها التجاريّة برقم ١١٤١٩-٩٩ كما وقرارها تاريخ ٢٠٠٤/٧/٦ الصادر عن الغرفة المدنيّة برقم ١٥٠٤١-٥١ ومؤلّف الدكتور مصطفى العوجي المذكور آنفا ص ٣٠٢.

(٣) Répertoire Dalloz – précité n° 69 et s.
وأيضاً Thèse Roger Baccache – précitée p 96

أمّا من حيث استقلاليّة الكفالة لدى أوّل طلب وميزاتها الخاصة على صعيد مضمونها وإنشائها وإنفاذها، فمما لا شك فيه أنها تعهد خطير وبالتالي يجب أن تكون واضحة في عباراتها كي يجري إنفاذها بدون أي منازعة أو إشكال ما، فلا يعمد الكفيل مثلاً إلى اعتبارها كفالة عاديّة لوصف إلتزامه بأنّه التزام ثانوي،

وعند إصدارها، لا بدّ أن يتقيّد الآمر بالدفع المدين والمصرف الكفيل بالشروط التي يفرضها العقد الأساسي كي يقبلها المستفيد.

كما ولا بدّ أن يتقيّد المصرف بتعليمات عميله الآمر بالدفع بشكل دقيق وواف وأن يعيّن الفرقاء بكل وضوح إسم المستفيد ومدة سريان الكفالة وشروط تمديدها و دفعها أي إنّ نصّ الكفالة يجب أن يكون واضحاً بشكل يتبيّن لقارئه وبدون أي لبس أنّه يتضمّن كفالة لأوّل طلب[١]، فإذا ذكر فيها مثلاً إنّ المصرف يضمن دين المدين الآمر بالدفع اعتبر الاجتهاد أنّ هذه العبارة تشير إلى أنّها كفالة عاديّة لأنّ الكفالة لدى أوّل طلب تنشيء ديناً شخصياً للمستفيد على المصرف، ولذلك من المستحسن أن يعمد مصدرها إلى إدراج فيها أنها كفالة لدى أوّل طلب مستقلة تماماً عن العقد الأساسي[٢].

ويجب على المصرف أيضاً أن يتقيّد بشروط الكفالة حتى تاريخ استحقاقها، فهي لا تقبل الرجوع عنها، إذ ولو كان الالتزام صادراً لمصلحة المستفيد إلاّ أنّه قائم ايضاً إنفاذاً لتعليمات الآمر بالدفع الكفيل الذي يتمتع بمصلحة أكيدة في هذا المجال[٣].

وفي هذا السياق يعتبر المصرف ملزماً تجاه الآمر بالدفع بإنارته وإعطائه كل المعلومات اللازمة، كي يقف بكل وضوح على كل ما يترتب على هذه الكفالة من أعباء وموجبات وحقوق بالنسبة لكل الفرقاء المعنيين فيها، وهذا الالتزام يفهم ويطبق حسب شخص المدين الآمر بالدفع ووضعه المهني وظروف كل قضيّة[٤].

وفي مطلق الأحوال، يعود للقاضي الواضع يده على أي نزاع ينشأ بهذا الخصوص أن يعطي الوصف المناسب للكفالة موضوع النزاع وهذا بالاستناد إلى نيّة الفريقين ومعطيات الدعوى كافة لا سيما وأنّ الإثبات حرّ في المجال التجاري[٥].

عند الاستحقاق، تبرز خصوصيّة الكفالة لدى أول طلب بكل مفاعيلها إذ يلزم الكفيل بدفع قيمتها بدون أي تردّد أو منازعة لأنّ الفرقاء المعنيين أرادوها هكذا بمشيئتهم الحرة: أن يتمّ التسديد بسرعة وبدون شكليّة معيّنة.

---

(١) بهذا المعنى J.C.P. précité n° 28 n° 62,63 وأيضاً Répertoire Dalloz précité n° 62-63 وقرار محكمة التمييز تاريخ ١٩٩٧/٣/٢٥ النشرة القضائيّة ص ٥٥٣

(٢) يراجع قرار محكمة التمييز الفرنسيّة تاريخ ١٩٨٥/١١/١٩ Dalloz 1985 IR 153 – observations Vasseur

(٣) بهذا المعنى J.C.P. précité n° 39
وأيضاً قرار محكمة التمييز تاريخ ٢٠٠٢/١/٢٤ كساندر ١- ٢٠٠٢

(٤) يراجع J.C.P. précité n° 36 – وقرار محكمة الاستئناف في باريس تاريخ ١٩٩٦/٤/١٦ منشور في Juris-Data n° 1996-021106 وفي J.C.P. E. 1996 pan. P 697

(٥) قرار محكمة الاستئناف المدنية في بيروت تاريخ ١٩٩٥/٦/١٥ – مجلة العدل ١٩٩٥ ص ١٥٧

على أنّ هذا الإيفاء لا يتمّ لوحده وبصورة آليّة لأنّ الطلب بالدفع الذي يكون عادةً خطياً، يجب أن يصدر عن المستفيد للكفيل بشكل واضح ولا يحمل أي لبس[١]، وبصورة خاصة أن يأتي متوافقاً مع شروط الكفالة[٢].

فعليه، لا يمكن للمصرف الكفيل أن يرجع على الآمر بالدفع للموافقة على الإيفاء حتى أنه ومن الناحية النظريّة، لا يلزم المصرف بإبلاغه طلب التسديد وإنما من الناحية العمليّة، ينبغي عليه إعلامه به كي يحافظ على حقوقه تجاه المستفيد واتخاذ الاحتياطات اللازمة عند الاقتضاء[٣].

كما أنّه لا يمكن للمصرف أن يقوم بأي إيفاء في حال انتفاء شروطه كأن يطالبه مثلاً المستفيد بمناسبة عقد آخر غير العقد الأساسي أو بعملة مختلفة عن العملة المتفق عليها، أو خارج مهلة سريان الكفالة[٤].

وأخيراً يقتضي الإشارة إلى أنّ موجب المصرف ولو كان مباشراً وآنياً إلا أنّه ليس فورياً بمعنى أنّه لا يلزم بتسديد الكفالة فور إبداء المستفيد مطالبته بها والمتفق عليه أنه يحق له ضمن مهلة قصيرة[٥] لا تتعدّى بضعة أيام التدقيق في الطلب والتحقق من توفر شروطه وإعلام الآمر بالدفع به حتى إذا ما تأكّد المصرف من انتفاء كل ما يحول دون الدفع، يعمد عندها إلى إجرائه أصولاً.

إذن على المصرف الكفيل أن يدفع طالما أنّه تلقى طلباً من المستفيد يتوافق مع الشروط الملحوظة في عقد الكفالة.

ولكن هل إنّ موجب الدفع هو موجب آلي وأعمى، يجب على المصرف إنفاذه بالرغم من أي اعتبار آخر وبمجرّد صدور مثل هذا الطلب من قبل المستفيد؟

بالطبع لا[٦] فالكفالة لدى أوّل طلب، مع الحفاظ على ميزاتها الخاصة تبقى خاضعة للمباديء القانونيّة العامة والاساسيّة في كل علاقة صحيحة، لا سيما وكما سبق البيان مشيئة المتعاقدين، حيث يعود لهما تعليق دفع الكفالة على تحقق شروط معينة، شروط لا تنفي الاستقلاليّة التي تشكل ميزتها الأساسيّة ولكن من شأنها أن تضع قيوداً خفيفة عليها تقلّص نوعاً ما من هذه الاستقلاليّة[٧] وبالإضافة إلى ذلك، تخضع الكفالة لدى أوّل طلب لمقتضيات النظام العام الدولي وحسن النيّة في إنفاذ العقود وممارسة الحقوق بدون غش أو تعسّف، ومما لا شك فيه أنّ الالتزام بهذه المقتضيات من شأنه الحدّ من استقلاليّة الكفالة لدى أوّل طلب لأنّ

---

(١) Encyclopédie Dalloz précité n° 123/Thèse Baccache précitée p 202

(٢) بهذا المعنى إتفاقيّة CNUDCI المادة ١٧.

(٣) يراجع Encyclopédie Dalloz – précité n° 124.

(٤) André PRUM – précité p 195

(٥) المادة ١٦ من إتفاقيّة CNUDCI.

(٦) بهذا المعنى Encyclopédie Dalloz précitée n° 120.

(٧) مثال على ذلك أنظر .Encyclopédie Dalloz précitée n° 112 et s.

المصرف المتمنع عن الدفع بالاستناد إليها يكون محقاً في موقفه ولا يمكن تحميله أية مسؤوليّة بهذا الصدد[١]،

ويجدر التساؤل هنا ما إذا يحق للآمر بالدفع أن يطلب من المرجع المختص اتخاذ أي تدبير مؤقت إحتياطي للحفاظ على حقوقه تجاه المستفيد الذي يبدى مطالبه مشكوك في صحتها أو حتى قبل إبداء أي مطالبه، ومن الواضح إنّ الموافقة على مثل هذ التدبير يؤدي إلى الحدّ من استقلاليّة الكفالة لدى أوّل طلب[٢].

هذه الاعتبارات كلّها المتمحورة حول الحدّ من استقلاليّة الكفالة لدى أوّل طلب سيجري التعرض لها في القسم الثاني من هذا البحث وعلى مرحلتين: مرحلة ما قبل إبداء المطالبة بالدفع والمرحلة اللاحقة لها،

– القسم الثاني – حدود استقلاليّة الكفالة لدى أول طلب

الفرع الأوّل– حدود الاستقلاليّة بموجب قيود وضعت قبل المطالبة بالدفع –

في هذا المجال:

قد يتفق الفرقاء المعنيون على ألاّ يلزم الكفيل بالدفع إلاّ وفق شروط عقديّة معينة، فتكون للكفالة عندها حدود إتفاقيّة تحول دون المطالبة بها في حال عدم التقيّد بها[٣]،

كما قد يسعى الآمر بالدفع المدين إلى طلب إتخاذ أي تدبير إحتياطي من المرجع المختصّ للحفاظ على مصالحه حتى قبل أن يتقدّم المستفيد من الكفيل بطلب الدفع[٤].

فبالنسبة للحدود العقديّة لاستقلاليّة الكفالة، تتمثل هذه الحدود بوجوب إبداء إما مطالبة بالدفع موثقة حيث يجب على المستفيد أن يرفق بطلبه مستندات معيّنة كتقرير طبي أو قرار محكم وعندها تكون الكفالة موثقة **garantie documentaire** [٥].

أو مطالبة بالدفع معلّلة حيث يبدي المستفيد أسباب مطالبته بالدفع كعدم تقيّد المدين بموجباته أو تسبّبه بعدم إتمام المستفيد ما التزم به وتكون الكفالة هنا كفالة معلّلة **garantie justifiée** [٦]. وإنّ الكفالة هنا تبقى كفالة مستقلّة لدى أول طلب لأنّ المصرف غير ملزم في كلتي الحالتين بالتحقق من صحّة مضمون المستندات المبرزة أو قانونيّة الأسباب المدلى بها بل يفرض عليه فقط التحقق من صحّة المستندات والأسباب من الناحية الشكليّة ومن حيث الظاهر فحسب[٧]، كما هو الحال في الاعتماد المستندي وهنا يمكن القول أنّ الكفالة لدى أوّل طلب تشبه إلى حدّ بعيد كتاب الاعتماد لدى أوّل طلب **Letter of credit stand by**.

---

(١) يراجع Thèse Roger Baccache précitée p 278 et s.

(٢) يراجع Contamine – Raynaud – précitée p 428 et s.

(٣) يراجع: Arbitrage et garanties contractuelles (rapport de Frédéric Eisemann CCCI).

(٤) يراجع Thèse Roger Baccache précitée p 233.

(٥) J.C.P. précité n 19 et 20

(٦) André PRUM – précité p 187 et s.

(٧) وقد نصّت على هذا الأمر المادة ١٦ من إتفاقيّة كنودسي.

وصاحب المصلحة من وضع مثل هذه القيود هو الآمر بالدفع طبعاً لأنّه يسهل عليه عندئذ محاسبة المستفيد وتحميله مسؤوليّة الضرر الذي قد يصيبه من جرّاء تقديم مستندات غير صحيحة أو إبداء أسباب لا أساس قانوني لها(١).

وأما مسألة تقليص استقلاليّة الكفالة بموجب تدابير مؤقتة إحتياطيّة، فيمكن طرحها على صعيدين: أوّلاً على صعيد قضاء العجلة وإصدار حكم بتجميد الكفالة للضرر الجسيم والحال الذي قد يترتب على دفعها.

وثانياً على صعيد الحجز الاحتياطي المتاح لكل دائن على أموال مدينه،

فعلى الصعيد الأوّل، من المعروف أنّ لقاضي العجلة صلاحيّة اتخاذ أي تدبير مستعجل لدرء الأضرار الجسيمة التي قد تترتب على عدم اتخاذه، شرط أن تتسم القضيّة موضوع الطلب بالعجلة الماسة.

الاجتهاد مستقرّ في لبنان وفرنسا على ردّ كل طلب في هذا المجال(٢) على أساس إنّ التبرير الوحيد الذي يمكن الركون إليه لقبوله، هو إثبات الغش أو التعسّف بصورة جليّة وواضحة fraude ou abus manifestes وإنّ التثبّت من حصولهما يوجب الغوص في موضوع المنازعة،

أي إنّ مجرّد ثبوت تحقق الضرر الفادح والعجلة الماسة لا يكفي بحد ذاته لاتخاذ التدبير المطلوب وتجميد الكفالة(٣).

غير أنّه يلاحظ لدى الاجتهاد في فرنسا ولبنان توجّه حديث نحو إعطاء الأولويّة لعنصري العجلة الماسة والضرر الفادح المذكورين ذلك أنّه صدر عن قاضي الأمور المستعجلة في بيروت في ٢٠٠٧/٦/٦ (غير منشور) قرار قضى بالترخيص للآمر بالدفع بقبض قيمة كفالة لدى أوّل طلب كان قد حرّرها لمصلحة مؤسّسة عامة في سوريا إنفاذاً لعقد إلتزام رسا عليه، وهذا بسبب تمنع السلطة السوريّة المختصّة عن المصادقة على هذا العقد وقد أشار القاضي في قراره إلى أنّ تمديد الكفالة لا سند قانوني له وإلى أنّ الجهة المستفيدة تمنّعت عن إتخاذ أي موقف بعد إبلاغها طلب المستدعي بواسطة الفاكس.

كما أنّه صدر عن قاضي الأمور المستعجلة في باريس في ٢٠٠٧/٦/٨ قرار بنفس المعنى تقريباً وإنما انتهى إلى نتيجة مختلفة وفي هذه القضيّة كان الآمر بالدفع قد تقدّم باستدعاء في التاريخ عينه أي في ٢٠٠٧/٦/٨ طلب فيه منع المصرف الكفيل من دفع الكفالة أو تمديد مدّتها لمصلحة المستفيد الذي يطالب بأحد الأمرين، وهذا بموجب قرار مؤقت لدرأ الضرر المحدق في حال التسديد وقد استجاب القاضي لطلب الآمر بالدفع واتخذ التدبير المؤقت المطلوب،

---

(١) بهذا المعنى Frederic Eisemann précité p. 389

(٢) نظام إتفاقيّة كنودسي مخالف – يراجع المادة ١٩ – فقرة ٢ – والمادة ٢٠ منها.

(٣) يراجع قرار محكمة التمييز تاريخ ٢٠٠٦/١٠/٣٠ الذي ردّ طلب وقف تنفيذ كتاب ضمان – غير منشور و قرار المحكمة الابتدائيّة في بيروت ١٩٨٧/٣/٩ حاتم ١٩٨٨ ص ٢٨٢ كما وقرار محكمة التمييز الفرنسيّة تاريخ ١٩٨٨/٥/٥ D 198, 430 note Vasseur.

وعلى الصعيد الثاني المتعلّق بطلب حجز الكفالة أي باتخاذ التدبير الذي يمنع المدين من التصرّف بماله، حماية لمصالح دائنه، برز رأي في فرنسا قوامه أنّه لا يمكن ردّ طلب حجز الكفالة لدى أوّل طلب لأنّ المشترع لم يأتِ على ذكرها في عداد الديون التي لا يمكن حجزها، وبالتالي لا يمكن حرمان الدائن من حق لم يحرمه منه المشترع(١)،

إلا إنّ محكمة التمييز الفرنسيّة لم تتبنَّ هذا الرأي(٢) وأكّدت على أنّ الآمر بالدفع، بمجرّد قبوله بإصدار الكفالة لدى أوّل طلب، يعتبر أنّه تنازل مسبقاً عن كل ما يحول دون دفعها في حال انبثاقه عن العقد الأساسي وإنّ هذا التنازل يشمل بدون أي شك الحق في حجزها:

Le donneur d'ordre renonce, par le fait même qu'il a donné instruction à la banque de prendre cet engagement, à faire obstacle à l'exécution de cet engagement(٣).

والوضع هو عينه في لبنان حسبما أكّده الحكم الصادر عن رئيس دائرة الإجراء في بيروت في ٢٠٠٤/٢/١٨(٤).

إذن وقبل إبداء المطالبة بالدفع، لا يمكن للمدين المكفول أن يحول دون دفع الكفالة بموجب تدبير مستعجل أو إحتياطي وفق الشروط العامة الملحوظة في هذا المجال.

إلاّ أنّ الوضع يتغيّر إذا ما تبيّن أنّ مطالبة المستفيد من الكفالة مقرونة بالغشّ أو التعسّف الواضحين أو أنّ العقد الأساسي مخالف للنظام العام الدولي.

هذا ما سيتمّ معالجته في الفرع الثاني من هذا القسم.

الفرع الثاني- بعد إبداء المطالبة بالدفع، قيود الاستقلاليّة في ضوء مقتضيات النظام العام الدولي وممارسة الحقوق بحسن نيّة وبدون غش أو تعسّف -

بالنسبة للنظام العام الدولي(٥)، من المتفق عليه أنّ المخالفة الواجب أخذها بالحسبان يجب أن تكون واضحة ولا تحمل أي لبس بحيث يمكن الجزم بحصولها بدون أي تردّد علماً بأنّ مفهوم النظام العام الدولي هو أضيق بكثير من مفهوم النظام العام الداخلي المدني أو النظام العام في مجال تنازع القوانين، أي إنّ النظام العام الدولي هو الذي تعتمده كل الدول بحيث أنّه لا يمكن تصوّر أنّه قد تعمد دولة ما إلى تجاهله أو عدم الاعتراف به كالمنع من المتاجرة بالمخدرات مثلاً.

---

(١) Contamine Raynaud précitée p 428 وقرار المحكمة الابتدائيّة في باريس ١٩٨٠/٥/١٣ – J.C.P. 1981 - 19550.

(٢) قرار تاريخ ١٩٨١/١٠/١٤ – Dalloz 1982 -307 note Vasseur وقرار ١٩٨٦/٣/١٨ – Dalloz 1986 – 374 note Vasseur.

(٣) Répertoire Dalloz –Droit commercial –garantie indépendante n° 133

(٤) قرار غير منشور.

(٥) يراجع قرار محكمة الاستئناف المدنيّة في بيروت الغرفة التجاريّة تاريخ ١٩٩٩/٥/١٨ غير منشور ومؤلّف الدكتور مصطفى العوص المذكور آنفاً ص ٣٠٤.

Roger Baccache – Thèse précitée p 278 – Vasseur Répertoire Dalloz – précité n° 118.

ويُراجع أيضاً برأي مخالف J.C.P. précité n° 69.

أما بالنسبة للغش والتعسّف الواضحين في طلب دفع الكفالة، فإنّ الاختلاف بين الأول والثاني يكمن في أنّ من يقدم على الغش، يقوم بمناورات احتياليّة ويستعين بطرق ملتوية لإلحاق الأذى بالغير ونيل حق لا يعود له كأن يبرز مستنداً مزوّراً مثلاً، بينما التعسّف يكون في طلب دفع الكفالة مع أنّه من الواضح أنّ الطالب – أي المستفيد – لا حق له فيها كأن يطلب المستفيد الدفع لأنّ المدين الآمر رفض تعديل العقد الأساسي[١] إلاّ أنّه في المؤسستين معاً يكون المدين سيء النيّة لأنّه يسعى بملء إرادته إلى تشويه الهدف الذي وضعت من أجله الكفالة لدى أول طلب.

وإنّ الطلب المقرون بالتعسّف يرتكز إلى العقد الأساسي ومنه يمكن تقدير حصول التعسّف الجلي والواضح، بينما الطلب المعيوب بالغش يقدّر بالاستناد إلى العلاقة فيما بين المستفيد والكفيل[٢] إلاّ أنه يقتضي في الحالتين الرجوع إلى العقد الأساسي[٣] طالما أنّ الكفالة لم تصدر إلاّ لتأمين حسن تنفيذه،

ولكي يعطى الغش والتعسّف مفعولهما القانوني يجب أن يكونا واضحين تماماً ويظهران للكفيل بشكل لا يمكن التردّد معه حول ثبوت حصولهما، أي يجب أن يعلم المصرف بحصول الغش أو التعسّف الواضحين بدون أن يكلف بإجراء التحقيق اللازم أو جمع الأدلّة حول توفر عناصرهما،

فعليه، لا يمكن القول أنّه يوجد تعسّف أو غشّ إذا ما طلب المستفيد الدفع دون أن تتوفر في طلبه الشروط المتفق عليها أو عندما توجد منازعة جديّة حول المسؤوليّة عن عدم تنفيذ العقد الأساسي[٤]،

عندما يتحقق المصرف من وجود التعسّف أو الغشّ بشكل واضح وجليّ، يجب عليه الامتناع عن الدفع تحت طائلة المسؤوليّة ويعود للمحكمة المختصّة أو لقاضي الأمور المستعجلة إتخاذ التدبير المؤقت الذي يحافظ على الحقوق[٥]ومن الملفت أنّ محكمة التمييز الفرنسيّة ردّت طلب الحكم بدفع كفالة لدى أوّل طلب لقاء كفالة توازيها وقرّرت أنّه يجب إمّا التجميد بسبب الغشّ أو ردّ طلب التجميد لعدم وجوده وبدون إرفاقه بأي كفالة[٦]،

ولكن لا يمكن التوسّع في تفسير الغشّ أو التعسّف الواضحين ومن المتفق عليه أنّ تضييق مجال إعمالهما ضروري كي لا تنتفي عن الكفالة لدى أوّل طلب خصوصيتها كضمانة آنية ومباشرة وبالتالي إفراغها من معناها ومن الهدف الذي أصدرت لأجله،

---

(١) حول الاختلاف بين المؤسستين J.C.P. précité n° 77 → 84 – Thèse Roger Baccache précitée p 280.

(٢) Contamine – Raynaud précitée p 431

(٣) Encyclopédie Dalloz – précitée n° 157

(٤) Roger Baccache – Thèse précitée p. 284
قضى بأنّ مطالبة المستفيد بصرف الضمانة بالاستناد إلى عقد غير الذي صدرت الكفالة بمناسبته هي مطالبة تعسفيّة – قرار لمحكمة التمييز الفرنسيّة ٢٠٠٠/٤/١٨ RD. bancaire et bourse 2000 p 221

(٥) يراجع J.C.P. précité n° 77.

(٦) محكمة التمييز الفرنسيّة ١٩٩٠/١١/٦ – J.C.P. G. 1991, 2, 21 630 concl. Michel Jeol
واتجاه مختلف في إتفاقيّة CNUDCI.م ٢٠ كما قرار محكمة الاستئناف المدنيّة في بيروت – الغرفة التجاريّة تاريخ ٢٠٠٣/٦/٢٨ غير منشور.

لا بدّ من الإشارة هنا إلى أنّ المحكّم الناظر في نزاع قائم بين المستفيد والآمر بالدفع، لا يمكنه أن يفرض على الأوّل أي تدبير مختصّ بالكفالة لدى أول طلب كونه غريباً عن العقد الذي نظمت بموجبه ولا يتمتع بأي صلاحيّة في هذا المجال، ولذلك عمدت بعض لجانٍ التحكيم إلى توضيح سلبيّات طلب قبض الكفالة على سير الدعوى التي تنظر فيها، توصّلاً لإقناع المستفيد بالتمنّع عن الدفع بإرادته المنفردة[١]،

إذن وبالنتيجة، وفي حال إنفاذ العقد الأساسي ولم يبادر المستفيد إلى طلب دفع الكفالة لدى أوّل طلب، هل يمكن القول أنها انقضت؟ بالطبع لا وهذا الأمر نابع من استقلاليّتها تجاه العقد الأساسي وبالتالي إنّ انقضاءها لا يتمّ إلاّ بحلول أجلها أو دفع قيمتها.

فعليه، إذا حلّ أجلها ولم يقدم أي طلب بدفعها، تنتهي الأمور عند هذا الحدّ باعتبار أنها انقضت.

أمّا إذا جرى الدفع قبل حلول أجلها وبموجب طلب منازع بصحته، يعود عندها للمدين الآمر بالدفع الرجوع على المصرف وسؤاله عن الضرر الذي تسبب به إذا تبيّن أنّ الدفع تمّ خارج الأطر الملحوظة في الكفالة.

كما ويحق للآمر بالدفع أيضاً الرجوع على المستفيد من الكفالة لإلزامه بإعادة ما قبض تطبيقاً لنظريّة الإثراء بلا سبب أو إيفاء ما لا يجب المنصوص عليها في المادة ١٤٣ من ق.م.و.ع. ومن الواضح أنّ هذه الدعوى من الصعوبة بمكان إقامتها لأنّ عبء إثبات تقصير المستفيد في تنفيذ العقد الأساسي وبالتالي عدم أحقيته بقبض قيمة الكفالة يقع على عاتق الآمر بالدفع إضافة إلى وجوب إنتقاله إلى بلد المستفيد لمحاسبته أمام محكمة محل إقامته مع كل ما تتطلبه هذه المبادرة من مصاريف ومخاطر مختلفة[٢].

الخاتمة

في الخاتمة، وبالانطلاق من كل ما سبق عرضه حول مفهوم الكفالة لدى أوّل طلب والمباديء المنظمة لها، ما هو الموقف الذي يجب اتخاذه من هذه المؤسسة؟ هل يجب العمل على الحد من إصدار مثل هذه الكفالات أم أنّه على العكس يجب تشجيع انتشارها؟

مما لا شكّ فيه أنّ من يوافق على إصدار كفالة لدى أوّل طلب يقدم على خطوة خطيرة طالما أنّه يعود للمستفيد وحده اتخاذ القرار بدفع قيمتها مهما كان أداؤه في العقد الذي يجمعه مع الآمر بالدفع المدين ولا يحدّ من التزام المصرف الكفيل بالدفع إلاّ عوامل محصورة جداً في عددها وشروط تطبيقها وهي كما بيناه آنفاً الانتظام العام الدولي والتعسّف والغشّ المتميّزين بوضوح تام.

إلاّ أنّ سلطة المستفيد في طلب الدفع، ليست استنسابيّة لأنّه يعود دائماً للآمر بالدفع المتيقظ والمتنبّه وهو إجمالاً الفريق الأقوى إقتصادياً في العقد الأساسي، والمقيم إجمالاً في إحدى

---

(١) يراجع بهذا الخصوص Garanties bancaires et arbitrage – Lamy – contrats internationaux – Henri Lesguillons – Tome 6 – n° 514

(٢) بهذا المعنى Roger Baccache – Thèse précitée p 274.

الدول المتطوّرة، أن يقيد نوعاً ما سلطة المشتري المستفيد وهو الفريق الأضعف والمقيم بصورة عامة في إحدى دول العالم الثالث، إمّا بصورة مباشرة عن طريق إصدار كفالة لدى أوّل طلب معلّلة أو موثقة واتخاذ التدابير الاحتياطيّة التي تحفظ الحقوق في ظروف معيّنة، وإمّا غير مباشرة عن طريق الاعتماد المستندي غير القابل الرجوع عنه لأنّه يؤمّن للبائع قبض قيمة بضاعته قبل استلامها من المشتري.

إذن هل يجب إبقاء الوضع على ما هو عليه الآن؟

أعتقد أنّه على الصعيد الدولي، لا بدّ من تبنّي العمل الذي باشرت به لجنة الكنودسي وتطويره باستمرار كي يواكب تطوّر التبادل التجاري العالمي مع محاولة تنظيم أحكام الكفالة لدى أوّل طلب بتفصيل أكبر لا سيّما لجهة مفاهيم النظام العام الدولي والغش والتعسّف في طلب دفع قيمتها[١]،

القاضية ميسم النويري

❖ ❖ ❖

(١) يجب التنبّه هنا إلى المنحى الوارد في إتفاقيّة CNUDCI والذي يتبيّن منه أنّ اللجنة تبنّت مفهوماً أقلّ صرامة عن الكفالة لدى أوّل طلب وهذا غير سليم لأنّ من شأنه تشويه طبيعة الكفالة والمسّ بخصوصيتها أي الاستقلاليّة وبالتالي يجب عند تطوير المفاهيم المشار إليها أخذ بعين الاعتبار وجوب الحفاظ على هذه الخصوصيّة وبالتالي علىمصلحة المشتري الذي وضعت الكفالة أصلاً لأجله.