ماهية وأطراف خطابات الضمان المصرفية
وإجراءات وشروط إصداره

الباحث/ بدر زكريا بيومى محمد

باحث دكتوراه- كلية الحقوق- جامعة عين شمس

(ISSN : 2537 - 0758)

ماهية وأطراف خطابات الضمان المصرفية
وإجراءات وشروط إصداره

الباحث/ بدر زكريا بيومى محمد

مقدمة:

إن الحياة التجارية وعمليات البنوك **تقوم على الثقة والائتمان، أذ يعدا عمودها الفقرى، وهما أساس المعاملات التى تنشأ فيها فإذا ما اختلى اصيبت بارتباك** واضطراب موازينها، فحياة التاجر وعمليات البنوك تسير، بل وتعتمد بشكل أساسى على الثقة والائتمان، لكن قد يعمد البعض فى هذا المجال– عن إهمال أو عمد– إلى عدم الوفاء بالالتزامات المستحقة عليهم والضمانات المنبثقة عن هذه الالتزامات لطرفيها فى آجالها المضروبة لهم، ما يؤدى– من ثم– إلى اضطراب للحياة التجارية والاقتصادية داخل المجتمع وخارجه وتزعزع اقتصاد الدول وبذلك تتعثر سلسلة من المعاملات التجارية التى يكون قد ارتبط بها اطرافها– لذا حرصت جميع القوانين على تطبيق التشريعات التجارية ووضع الأسس لعمليات البنوك المصرفية.

وبصدور خطاب الضمان يزداد المستفيد منه اطمئناناً وقوة فى مواجهة المصدر أو المقاول أو الشركة أو الهيئة الأجنبية. ذلك أنه لا يحتاج إلى اللجوء ألى القضاء للتعويض عن عدم تنفيذ العقد أو الامتناع عن التنفيذ الجزئى أو التأخر فى التنفيذ أو لاسترداد المبالغ التى حصل عليها المقاول أو الشركة كدفعة مقدمة فى حالات عدم اتمام التنفيذ بل يكفى صدور مطالبة بقيمة خطاب الضمان.

وإذ أن الحماية التى يوفرها خطاب الضمان للمستفيد لا تفى بأى حال من الأحوال وأن هذا الخطاب يحقق مصلحة المستفيد– ويحقق مصالح كافة لأطرافه العميل والبنك والمستفيد.

وتعد خطابات الضمان أحد عوامل تطور التجارة الدولية لما توفره من زيادة فى الثقة المتبادلة بين المستوردين والمصدرين وأيضاً لرجال الأعمال.

حيث تقوم بدور رئيسى هام فى مجال الحياة الاقتصادية إذ تحل محل التأمين الذى يطلب تقديمه فى الكثير من العقود الداخلية أو الدولية، فلا يخلو عقد من العقود على اختلاف أنواعها من شرط تقديم خطاب الضمان، ولذلك فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان يؤدى إلى معرفة أطرافه منذ البداية بالنظم التى تحكمهم،

وجدير بالذكر أن ذلك يكفل لهم الثقة والطمأنينة التى يتطلبها المعاملات التجارية، دون الاخلال بتوقعاتهم الخاصة باللوائح والنظم واجبة الاتباع.

وأن التعهدات المصرفية ومنها خطاب الضمان ليست مجرد عقود عادية يقتصر أثرها على العلاقة بين أطرافها، بل هى عمليات لها وظيفة اقتصادية ومالية غاية فى الأهمية داخل نطاق الدول وخارجها، ولذلك فمن الضرورى تحديد القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان متمسكين فى هذا بالقواعد والأعراف المصرفية.

ويُعد الاختصاص القضائى والتحكيم فى خطاب الضمان أحد الوسائل المتطورة لفض النزاعات الناشئة عنه ولمزيد من كثرة وإنجاز وسرعة فى الأداء التجارى الملموس فى الحياة الاقتصادية والتجارية لعمليات البنوك. وفضلا عن أن معظم الدول اهتمت بتنظيم عمليات البنوك فى الآونة الأخيرة. وتكاد تكون تشريعاتها موحدة فى هذا المجال.

أهمية الموضوع:

١- أن خطاب الضمان يعتبر من اهم الأعمال الائتمانية التى تمارسها البنوك والتى يحتاج إليها كل من القطاع الحكومى والقطاع الخاص من أجل تسهيل إجراءات التعاقد بينهم، الأمر الذى يساعد على تنشيط الاستثمار فى مختلف الأنشطة الاقتصادية.

٢- أن الجهات الدائنة المستفيدة من خطاب الضمان سواء كانت حكومية أو خاصة تستطيع الحصول على حقوقها من المدينين بيسر وسهولة أكثر مما لو لجأت إلى القضاء فى حالة توقف هؤلاء المدينين عن تنفيذ التزاماتهم.

٣- وأنه رغم اتساع وانتشار العمليات المصرفية إلا أن خطاب الضمان يعتبر حديث لنظام قانونى مقارنة بالأنظمة المشابهة له فى القانون المدنى (كالكفالة الوكالة) والتى تسبقه والتى كثيراً ما يتم اللجوء إليها من خلال المصارف، والذى صار سبب للخلط بينها وبين خطاب الضمان من زاوية تكييفه القانونى.

٤- أن هذه الدراسة تساعد القاضى عند تصديه لمشكلة القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان وتساعده فى إيجاد الحلول والإسناد لخطابات الضمان.

أسباب اختيار الموضوع:

من أهم أسباب اختيار الموضوع:

١- الرغبة فى معرفة ماهية خطاب الضمان، والأساس القانونى له وأطرافه وأنواعه.

(ISSN : 2537 - 0758)

٢- الرغبة فى معرفة المنازعات التى قد تنشأ عن هذا الخطاب وكيفية انقضائه وطرق هذا الانقضاء والاستثناءات الواردة على السداد فيه.
٣- الرغبة فى التعمق فى دراسة الآثار القانونية المترتبة على خطاب الضمان من خلال دراسة الآثار القانونية المترتبة على خطاب الضمان من خلال دراسة فى العلاقات القانونية الناشئة والتزامات الأطراف فى هذا الخطاب.
٤- الرغبة فى التعمق وإفادة القاضى عند تصديه لمشكلة القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان.
٥- الرغبة فى التعرف على الأنظمة واللوائح والأعراف القانونية والإجرائية المطبقة على خطاب الضمان وحل المنازعات والاشكاليات الناشئة عنه.
٦- الرغبة فى معرفة الدارسين لمفهوم التعهدات المصرفية ونشأتها وتنازع القوانين والاختصاص القضائى والتحكيمى الناتج عنها.

منهج البحث:

لقد اتخذ الباحث المنهج الوصفى التأصيلى فى البحث والوقوف على أوجه الشبه والاختلاف بين الأنظمة القانونية التى تصدت لهذه المسألة آخذين فى الاعتبار بيان موقف الفقه والقضاء فى هذه الأنظمة بالإضافة إلى التعرض للقواعد الموحدة والاتفاقيات الدولية.

وحيث أن الموضوع يتعلق بناحية عملية أكثر منها نظرية، فقد حرصت على الاهتمام بأحكام القضاء إيماناً منى بما تحققه هذه الأحكام من إثراء لهذا الموضوع.

وتم جمع هذه المعلومات عن هذا الموضوع وتعريفه بشكل يحقق من خلال مراجع وكتب ورسائل ومقالات متخصصة ذات صلة.

كما اعتمد الباحث فى منهجه على ما يلى:

١- الاعتماد على المصادر الأصلية والموثقة.
٢- الاطلاق والاستفادة من آخر ما كتب عن موضوع البحث قدر الإمكان.
٣- اتبع الباحث ضوابط الاقتباس المتعارف عليها حفاظاً على حقوق الباحثين والمؤلفين، كما اعتنى بقواعد اللغة العربية والإملاء.
٤- اعتنى الباحث بتغطية الجوانب المتعلقة بالموضوع من تعريفات ونظريات وأنظمة ونصوص قانونية.

٥- القيام بوضع الهوامش وفقاً لأصول البحث المتعارف عليها.
٦- ذكر فى الخاتمة نتائج البحث وأهم التوصيات.

خطة البحث

ماهية وأطراف خطاب الضمان وإجراءات وشروط إصدار

ماهية خطاب الضمان

المبحث الاول: مفهوم خطابات الضمان

المطلب الأول: مدلول خطابات الضمان المصرفية

المطلب الثانى: تعريف خطابات الضمان المصرفية

المطلب الثالث: أهمية خطابات الضمان ووظيفتها

المبحث الثاني: موقف الفقه والقضاء من خطابات الضمان المصرفية

المطلب الأول: موقف الفقه من خطابات الضمان المصرفية

المطلب الثانى: موقف القضاء من خطابات الضمان المصرفية

ماهية خطابات الضمان المصرفية

ليس هناك شكل معين لخطاب الضمان: وهو عبارة عن محرر مكتوب يصدره بنك أو مؤسسة مالية أو شركة تأمين ويوجه هذا المحرر إلى شخص مقصود هو فى الغالب صاحب المقاولة، ويسمى المستفيد ويتضمن التزام مصدره بدفع مبلغ معين من النقود فى فترة محددة، ويقوم الشخص المضمون بتقديم الخطاب إلى المستفيد بحيث يصبح من حق الأخير الرجوع على مصدره الذى يعتبر بموجبه ملتزماً بالوفاء فى حدود قيمته[١].

وماهية الشئ تعنى أساسه وتكوينه ونشأته وتطوره وتعريفه وكل ما يلقى عليه الضوء لبيان حقيقته. وماهية خطاب الضمان أيضاً تعنى مفهومها وتعريفها ووظيفتها الأساسية ورأى الفقه والقضاء فيها، كما تعنى الأسس القانونية من حيث تكيفها والنظام القانونى الذى يحكمها[٢]. وسنناقش ماهية خطاب الضمان المصرفية فى المباحث الثلاثة التالية:

المبحث الأول: مفهوم خطابات الضمان المصرفية وتعريفها ووظيفتها الأساسية.

المبحث الثانى: موقف الفقه والقضاء من خطابات الضمان المصرفية.

---

[١] انظر: د. على العريف، شرح القانون التجارى، الجزء الأول، ط. ١٩٥٩، ص٤٤٦.

[٢] أنظر: د. محمود الكيلانى، عمليات البنوك، الجزء الأول، الكفالات المصرفية وخطابات الضمان، دار الجيب للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٢.

(ISSN : 2537 - 0758)

المبحث الأول
مفهوم خطابات الضمان المصرفية

تعريفاً بخطابات الضمان وبيان وظيفتها وأهميتها الاقتصادية يؤدى إلى بيان المفهوم لهذه العملية المستحدثة من بين عمليات البنوك، ولا نتصدى لتعريف خطابات الضمان أو بيان وظيفتها قبل أن نوضح الطريقة التى يتم بها إصدارها، وذلك لأن بيانات ماهية الخطابات وتوضيح مفهومها يمكننا من التعريف بها وبيان وظائفها وأهميتها.

وخطابات الضمان ظهرت فى نطاق عمليات البنوك من خلال ممارسات لأنواع جديدة من الضمانات التى تقدمها هذه البنوك لعملائها إلى جانب الكفالات المصرفية التى تحتل مكاناً بارزاً ومجالا واسعاً بين هذه العمليات.

ومن أنواع العمليات المصرفية ما سماه البعض خطاب الضمان letter de garantic أو الضمان المستقل La garantie independant أو الضمان المجرد La garantie abstraite أو الضمان الواجب الدفع لدى أول مطالبة.

وهذا النوع من العمليات البنكية هو موضوع حديثنا فى هذه الدراسة وهو ما رأينا تسميته "خطاب الضمان"، لذا نناقش فى الفروع التالية مدلول خطابات الضمان وتعريفها وأهميتها وبيان وظيفتها.

المطلب الأول
مدلول خطابات الضمان المصرفية

وفق التعريف الذى سيأتى الحديث عنه استعمل لفظ الكفالة المصرفية للدلالة على مضمون خطاب الضمان، وجاء فى قرار لمحكمة التمييز أنه إذا ورد فى بنود عقد الشروط العامة للكفالات الموقع من الشركة المدعية والبنك المدعى عليه أن الطرفين المتعاقدين قد ارتضيا بأن يدفع البنك قيمة الكفالة إلى الجهة المكفول لها بمجرد طلبها ذلك دون أن يكون ملزما قبل ذلك بالتحقق فيما إذا كانت قيمة الكفالة مشغولة بها ذمة الشركة أم لا، وتطبيقا لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) فإن ما ورد فى هذا البند يعتبر ملزماً للطرفين المتعاقدين وذلك عملاً بأحكام المادة ١٧٤ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية[٣].

---

[٣] انظر: تمييز حقوق الأردن، رقم ٧٥/١٢ مجلة نقابة المحامين ١ لسنة ٢٣، عام ١٩٧٥، ص١٢١٤.

ولا يلزم مصدر الخطاب تطبيقاً لذلك بالتحقق من إخلال الجهة المكفول لها بالعقد كى يتبين ما إذا كانت الجهة المكفول لها تستحق قيمة الكفالة أم لا. وأن مجرد طلب الجهة المكفول لها لقيمة الكفالة منه تجعله ملزماً بدفعها إليه رغم أية معارضة من المكفول ما دام أن الطلب تقدمت به الجهة المكفول لها قبل إنقضاء مدة الكفالة[٤].

وجرى توجه لدى المحاكم باستعمال لفظ خطاب الضمان للدلالة على صوره من صور الكفالة المصرفية وأمكن الاستدلال على هذا التوجه من مناقشة القضاء للعلاقة القانونية فيما بين مصدر الخطاب والمستفيد بعيداً عن علاقة الأول بعميله[٥].

لذلك يمكن توضيح مدلول خطاب الضمان ومفهومه من خلال أمثلة كثيرة، فضلاً عن أن هذه العملية تختلف عن غيرها من العمليات التى يقوم بها البنك كأن يقرض عميله نقوداً أو يفتح اعتماد يسحب منه إلى حد قابل للتعيين ومتفق عليه.

ووجه الاختلاف أن البنك لا يضع نقوداً تحت تصرف عميله إنما يتعهد أن يدفع إلى شخص يعينه العميل مبلغاً قابلاً للتعيين أو مبلغ معين عند طلب ذلك الشخص.

ويستعمل خطاب الضمان غالباً فى العطاءات الحكومية وذلك عندما تصدر التعليمات أنه على من يرسو عليه العطاء أن يقدم خطاب ضمان من أحد البنوك أو تأمينا نقدياً[٦].

ويستعمل أيضاً فى تأمين للدفعة الاولى التى يقدمها صاحب العمل إلى المقاول.

يستعمل كذلك عندما يطلب الموكل من الوكيل بالعمولة أن يقدم خطاب ضمان بقيمة البضائع التى وكله ببيعها لحسابه.

فضلاً عن عملية استيراد بضاعة من الخارج وبهذه الحالة يقترن بفتح الاعتماد المستندى ويكون ذلك عندما يطلب البائع (المصدر) فتح اعتماد بثمن البضاعة.

---

[٤] انظر: تمييز حقوق الأردن، رقم ٧٥/١٢.

[٥] انظر: تمييز حقوق الأردن، رقم ٨٩/١٠٢٨ مجلة نقابة المحامين ١ لسنة ٣٩ ، ص١٣٥٣، وتمييز حقوق الأردن، ٨٩/١٠٦٠ مجلة نقابة المحامين ١ لسنة ٣٩، ص١٣٧٩، ومشار إليه فى د. محمود الكيلانى، مرجع سابق.

[٦] انظر: د. محمود سمير الشرقاوى، القانون التجارى، الجزء الثانى، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص٥٦٥.

(ISSN : 2537 - 0758)

كل هذه الأمثلة سنورد منها الكثير فى سياق الحديث عن أوجه استخدام خطابات الضمان، لذلك نجد أن خطاب الضمان أصبح شائعاً فى العالم وقننته بعض التشريعات وأحكام قضائية كثيرة كما فى مصر والأردن وفرنسا.

المطلب الثانى

تعريف خطابات الضمان المصرفية

فى مطلع الستينات ظهر جدل كبير حول خطابات الضمان والاختلاف بشأنها وكان من أسبابه قلة الدراسات البحثية التى تصدت لهذا الموضوع والتى كانت موجزة إلى درجة أن الباحثين كانوا يحيلون ما يتعلق بخطاب الضمان إلى أحكام الكفالة، كما وردت فى القانون المدنى.

وفريق من هؤلاء الباحثين تعرض لمناقشة عمليات البنوك بعرض لخطابات الضمان على نحو أوضح ماهيتها وقرر بالنتيجة أنها صورة من صور الكفالة وتخضع لأحكامها(٧).

ومع زيادة حجم التعامل فى خطابات الضمان وزيادة استعمالها سواء فى عقود المقاولات والعطاءات والتصدير والاستيراد فأصبح من الضرورى بحث هذا الموضوع.

وإثر ذلك بدأ الفقه يميز ويفرق بين خطابات الضمان وبين الكفالة وأن خطابات الضمان صورة للثانية ولكن تختلف عنها فى أن مصدر الخطاب والآمر متضامنان.

وهكذا فإن خطابات الضمان المصرفية كنظام نشأ بعيداً عن المشرع لابد أن يحد مكانه فى النظام القانونى ذلك لأن الحاجة التى دفعت البنوك المصرفية لابتداع فكرة خطابات الضمان المصرفية، هى التى ظلت تدفع المهتمين لدعم هذه الفكرة وتطورها، مما سيضطر المشرع لرد هذه الفكرة إلى أصلها من الناحية القانونية. وإذا لم يفعل قام القضاء والفقه بهذا الدور. ومن خلال ذلك يمكن الوصول إلى تعريف خطابات الضمان من خلال بيان عناصرها وخصائصها وبعض التعريفات التى ساقها بعض الفقهاء والتى وردت فى بعض القوانين.

وخصائص خطابات الضمان المصرفية تظهر فى كونها مستقلة عن أصل العلاقة التى كانت سبب وجودها. وهذا يعنى أنه إذا طلب الآمر إصدار خطاب الضمان مرتبطاً

---

(٧) انظر:

-Georgers Ripert: traite élèmentgaire de droit Commercial, 3 edit. No 2185.
-Henry: terrd et Henri le jeune: traite des operations commerciales pante, p. 435.
-Jaeques Ferronniere: les operations de banquet, 1958 on 315.

بعلاقة قانونية وهذه العلاقة هى التى التزم على أساسها أن يطلب من البنك الذى يتعامل معه إصدار خطاب الضمان لصالح من يرتبط معه. فالتزام البنك فى مواجهة المستفيد من هذا الخطاب يكون مستقلاً عن علاقة الآمر بهذا المستفيد، وكذلك من خصائص خطاب الضمان أنه واجب الدفع عند أول طلب بدون الحاجة للرجوع إلى العميل الآمر، وسنناقشها بالمبحث الثانى بالفصل الثانى باستفاضة.

أما عناصر خطابات الضمان المصرفية فهناك السبب الذى من أجله صدر الخطاب (العلاقة القانونية) بالإضافة إلى الأشخاص الآمر (العميل) والبنك وهناك المدة التى يلتزم مصدر الخطاب خلالها والمبلغ الذى تعهد بوفائه، وعدم تعليق الوفاء على شرط.

وحاول المهتمون وضع تعريف لخطاب الضمان على أنه تعهد كتابى صادر من البنك بناء على طلب عميله يلتزم فيه لصالح هذا العميل فى مواجهة شخص ثالث هو المستفيد بأن يدفع مبلغاً معينا إذا طلبه المستفيد خلال أجل محدد فى الخطاب[٨].

ويرى البعض الآخر بأنه "تعهد مصرفى لدفع مبلغ نقدى لدى أول طلب من المستفيد بالتطبيق لنصوص التعهد دون إمكانية التمسك بأى دفع من عقد الأساس مع التحفظ بالنسبة لحالة الغش. وتعريف آخر بأنه عقد كتابى بمقتضاه يتعهد البنك بكفالة أحد عملائه فى حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث بمناسبة التزام يلقى على عاتق العميل المكفول وضماناً لوفائه تجاه ذلك الطرف.

ومهما اختلفت صيغ وعبارات تعريفه فإنها تجتمع على أن الالتزام الناشئ عنه فى ذمة البنك التزام أصيل منبت الصلة عن التزام العميل. وعرفه بعض الفقه: خطاب الضمان بأنه "صك يصدر من البنك بناء على طلب عميله يتعهد فيه بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين خلال مدة محددة إلى المستفيد دون قيد أو شرط ويرى فريق من الفقه بأنه "تعهد نهائى يصدر من البنك بناء على طلب عميله بدفع مبلغ نقدى أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال مدة محددة ودون توقف على شرط آخر.

---

[٨] انظر: د. على جمال الدين عوض: خطابات الضمان المصرفية فى القضاء المصرى ووفقا لقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠، ص ٥، ويقول: "وقد ظهر الضمان المستقل فى مصر تشريعياً لأول مرة فى لائحة المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزارة المالية رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٢ والقانون ٤٣٦ لسنة ١٩٥٤".

(ISSN : 2537 - 0758)

وفريق من الفقه يرى أن البنك يمنح توقيعه فى خطابات الضمان على أساس أنها صورة من التسهيلات المصرفية.

وتأتى ثقة واطمئنان المستفيد إلى تعهد البنك بأن يدفع نقوداً بموجب خطاب الضمان مستنداً إلى مركز البنك المالى وسمعته، على أساس أن يكفى فى كثير من الحالات أن يستند العميل والمستفيد إلى هذا التوقيع دون أن يؤدى ذلك إلى خروج مبلغ من البنك، وهذا ما يسمى بأن البنك أقرض توقيعه[٩].

ونجد من التعريفات التى ساقها الفقهاء لخطابات الضمان وخصائصه فنجد أن البنك لا يقدم للعميل أو المستفيد نقوداً ولا يضع هذه النقود تحت تصرفه، ولا يقوم بسداد قيمتها للمستفيد فى كل الأحوال، ولا البنك يتحمل أية خسائر نتيجة سداد قيمته للمستفيد، ذلك لأنه يرجع على غطاء خطاب الضمان الذى يكون الآمر العميل قد أوجده، ومع ذلك يقوم محل النقود ويتعين المطالبة بقيمته خلال وقت محدد.

فضلاً أنه يمكن تحديد وتعريف خطاب الضمان على أساس انه علاقة قانونية بين المستفيد ومصدر الخطاب وهذه العلاقة شأنها ككل العقود ترتب التزامات على أطرافها هى نتيجة لتلك العلاقة.

ونرى أن خطاب الضمان هو علاقة قانونية بين البنك والمستفيد ترتب عليها التزام البنك بدفع مبلغ من النقود عند أول طلب خلال مدة محددة.

ومن كل هذا نقر أن العلاقة القانونية بين البنك والمستفيد مستقلة عن علاقة البنك بعميله– فضلاً عن انها كانت سبباً للعلاقة فيما بين المستفيد والبنك، وأن التزامات أطراف هذه العلاقة تبدو واضحة على مصدر الخطاب بدفع مبلغ معين من النقود أو قابل للتعيين.

وخاتمة القول فإن علاقة البنك بعميله الآمر تعتبر بعيدة كل البعد عن علاقته بالمستفيد، وأنه إذا أوفى البنك قيمة خطاب الضمان فإنه يرجع فيما اوفى على الآمر طبقاً للعلاقة القانونية بينهم.

---

[٩] انظر: د. على البارودى، العقود التجارية وعمليات البنوك وفقاً لحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩١، ص ٣٨٨، وراجع حياة شحاته سليمان، مخاطر الائتمان فى البنوك التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٩، ص ٢٩٤.

المطلب الثالث
أهمية خطابات الضمان ووظيفتها

لخطابات الضمان أهمية تبدو ظاهرة من وظيفتها فى مجال استعمالها وهذه الوظيفة هى حلول الخطاب محل النقود.

فتظهر عندما يجد الشخص نفسه مضطراً إلى تقديم ضمان نقدى لآخر ليمنحه هذا الأخير أجلاً للوفاء أو للتنفيذ وهذا الشخص يلجأ إلى البنك ويبرم معه عقد اعتماد بالضمان ويكون من التزامات البنك بموجب هذا الاعتماد إصدار خطاب إلى شخص آخر هو المستفيد، وهذه السمات يجنيها العميل الذى يحتفظ بنقوده ولا يجمدها– والبنك الذى يتقاضى عمولة عن إصدار خطاب الضمان، والمستفيد الذى يطمئن إلى حسن التنفيذ او ضمان التنفيذ وتظهر بذلك أهمية خطاب الضمان.

وتكمن وظيفة خطاب الضمان الأساسية فى أن التزام البنك مصدر الخطاب ليس كفيلاً موسراً للمدين المكفول، بل مدين بنفس درجة المكفول المدين الأصلى، لأنه يضمن للمستفيد من خطاب الضمان جميع الضمانات التى يؤمنها له الحصول على تأمين نقدى(١٠).

ذلك فإنه إذا وجد خطاب الضمان ليضمن للمستفيد جدية المتقدمين للمناقصات والعطاءات والمقاولات أو حسن التنفيذ أو رد الدفعات المقدمة، أو أى أمر يلتزم به البنك فى مواجهة المستفيد بناء على طلب عميله، لذلك تبدو أهمية خطابات الضمان ظاهرة واضحة فى انها وسيلة حماية لأطراف العلاقة القانونية التى أنشأتها علاقة خطاب الضمان كأثر للعلاقة بين البنك والعميل من جهة والعلاقة بين المستفيد والعميل من جهة أخرى.

فلو تصورنا أن أحد الاشخاص ألتزم بموجب علاقة قانونية مع وزارة الصحة على أن يستورد من الخارج أجهزة طبية ليوردها لها– وكان من التزامات العقد أن تدفع وزارة الصحة دفعة اولى وأن يقدم المتعاقد معها خطاب ضمان لضمان الدفعة الاولى، فيلجأ

(١٠) انظر: د. على جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٦٩، ص٥٣٧. ويقول: "فالبنك لا يضمن العميل فى تنفيذ التزامه قبل الغير كما هو شأن الكفيل المادى، بل أن كفالة البنك هنا لها معنى يحل محل النقود تماماً... وهى حلول الخطاب محل النقود تماماً كما يحل الشيك أو الورقة التجارية محل النقود فى الوفاء".

(ISSN : 2537 - 0758)

ذلك الشخص إلى أحد البنوك ليفتح لديه اعتماد بالضمان على أساس أن يصدر بموجبه البنك خطاب ضمان لصالح وزارة الصحة فيقوم البنك بإصدار خطاب ضمان بالشروط التى طلبها العميل والتى تعتبر التزامات على عاتقه بموجب العقد المبرم مع وزارة الصحة وبهذا المثال نجد ثلاث علاقات نشأت بمناسبة إصدار خطاب الضمان وهى كالتالى:

الاول: العقد المبرم بين المستورد ووزارة الصحة والذى يتم بموجبه تحديد التزامات طرفيه، وأن المستورد ملزم بتقديم خطاب الضمان لضمان الدفعة الاولى التى استلمها من وزارة الصحة.

الثانيـة: العقد المبرم فيما بين المستورد عميل البنك والبنك الذى تحددت شروطه وفق الاعتماد الذى تم فتحه.

الثالثـة: الخطاب المبرم بين البنك والمستفيد وزارة الصحة والذى هو احدى صور الكفالة الذى يعقد بموافقة الكفيل ويرتد برفض المستفيد.

وبيد أنه بتمحيص الأمر جيداً فنحن نرى أن الدور الهام لخطابات الضمان لما تقوم به فى الحياة الاقتصادية وأنها تحل محل النقود، وهو ما يتبعه فائدة لأطراف العملية (العميل أو المورد والمستفيد والبنك)، فالعميل يستثمر قيمة التأمين النقدى دون تجميد، والمستفيد يطمئن إلى الوفاء والتنفيذ والبنك يحصل على عمولة[١١].

المبحث الثانى

موقف الفقه والقضاء من خطابات الضمان المصرفية

نستعرض فى هذا المطلب آراء الفقه وأحكام القضاء ونصوص القانون التى تصدت بالحديث عن خطابات الضمان. ونبدأ بآراء الفقه بسبب أن الكثير من النظم التجارية

---

[١١] على الرغم من أن خطاب الضمان يقوم مقام النقود وهذه الخصيصة تمتاز بها الاوراق التجارية، إلا أنه لا يعتبر أداة وفاء كالشيك او الاوراق التجارية الاخرى مستحقة الدفع، بل يبقى أداة ضمان.
انظر فى ذلك، د. سميحة القليوبى، الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص٣، وراجع د. على جمال الدين عوض: خطابات الضمان المصرفية فى القضاء المصرى ووفقا لقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠، ص٥٧٣، ويقول: "الخطاب ليس ورقة تجارية".

تنشأ بعيداً عن متناول يد المشرع على أساس أن الحاجة العملية دفعت اليها قبل أن يحاول الفقه تقصى أساسها القانونى فى النظريات المختلفة.

كما نستعرض الدور الخلاق للقضاء الذى يرد النظم غير المقننة إلى أساس قانونى بعد أن يكيف وقائعها من خلال عملية استقراء واستدلال ضمن نطاق المنطق القضائى، ونتصدى إلى التشريعات ودورها فى تقنين القواعد التى تنظم العلاقات بين الأشخاص(١٢).

المطلب الأول
موقف الفقه من خطابات الضمان المصرفية

يكاد الاجماع ينعقد بين الفقهاء على أن العرف المصرفى ابتدع صورة جديدة للكفالة المصرفية سميت بتسميات مختلفة من بينها خطاب الضمان. ورغم الاختلاف فيما بينهم على تسمية هذه الصورة. فإنهم متفقون على أن لها خصائص تتميز بها عن الكفالة المصرفية كأصل لها، على نحو تختلف فى أحكامها عن أحكام الكفالة ولا تخضع لذات القواعد(١٣). هذا وأن الفقهاء الذين اعترفوا بوجود هذه الصورة للكفالة المصرفية وخطاب الضمان، عرفوها تعريفات تؤدى إلى أن هذه الصورة ذات خصائص تتميز بها عن الكفالة المصرفية ومن هذه الخصائص وأهمها، أن تعهد البنك مستقل عن عقد الأساس الذى كان سببه. وهو ما يعنى أن هذا الخطاب مستقل لا يستطيع البنك الضامن أن يدفع فى مواجهة المستفيد بأى دفع مستمد من عقد الأساس المبرم بين العميل والمستفيد(١٤).

---

(١٢) انظر: د. محمود الكيلانى، مرجع سابق.

(١٣) ذهب الفقه فى مصر إلى تسمية هذه الصورة خطاب الضمان (Lettre de garantie) وسماها بعض الفقه فى فرنسا (الضمان المستقل La garantie independante) والبعض الآخر (الضمان المجرد La garantie abstraite) وغيرهم الضمان الواجب الدفع لدى أول مطالبة (La garantie à Premiére demande) أو الضمان التلقائى (La garantie automatique).
انظر فى ذلك د. بضرانى نجاة، الائتمان المصرفى بطريق التوقيع، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٧، ص٥٣١.

(١٤) انظر فى ذلك د. على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية وعمليات البنوك من الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص٥٣٢ وما بعدها.

(ISSN : 2537 - 0758)

أما البعض الآخر من الفقه فقد أبقى تعهد البنك بدفع مبلغ من النقود بكل صوره وأشكاله فى إطار الكفالة مستخدمين لفظ كفالة أثناء حديثهم عن الضمان(١٥).

وهناك آخرون خلطوا فيما بين الكفالة المصرفية وخطابات الضمان بحيث ميزوا بينهما على أساس أن خطابات الضمان هى احدى صور الكفالة المصرفية التى تمنح من البنك المستفيد بناء على طلب عميله فى حالة غياب سند الشحن(١٦) كما أن البعض الآخر خلط فيما بين خطاب الضمان كصورة للكفالة المصرفية وبين عمليات مصرفية أخرى، كضمان تأمين الضمان، والاعتماد المستندى المؤيد وضمان تأمين الوفاء بالكمبيالات المستندية(١٧).

---

(١٥) أنظر: د. على البارودى، العقود وعمليات البنوك التجارية، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩١، ص٣٩٩، د. محمود سمير الشرقاوى، القانون التجارى، الجزء الثانى، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص٥٦٥، ويقول: "يعتبر البنك كفيلاً عن العميل فى تنفيذ التزامه، وتعتبر هذه الكفالة المصرفية من نوع خاص وتخضع لأحكام قانونية خاصة استقر عليها العرف المصرفى"، وقارن د.ادوار عيد: العقود التجارية وعمليات المصارف، ط ١٩٦٨، ص٥٦٢ ويرى أن خطاب الضمان عبارة عن كفالة يخضع أطرافها للقواعد العامة فى القانون المدنى ويقول أنها كفالة تضامنية فى حال وجود نص على ذلك فى خطاب الضمان أو إذا تعلقت بالتزام تجارى، ود. مصطفى كمال طه، القانون التجارى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩، الوجيز فى القانون التجارى، ط ١٩٧٣، ص٤٢٦. وذهب إلى القول أن الكفالة المصرفية تقع بخطاب يوجهه البنك إلى دائن العميل يضمن فيه تنفيذ العميل التزاماته ويسمى بخطاب الضمان (Lettre de garantie). ويرى كذلك أن هذه العملية تخضع لقواعد القانون المدنى المتعلقة بالكفالة وأنها تضامنية عملا بقاعدة افتراض التضامن فى المواد التجارية.

(١٦) سميت هذه الصورة للكفالة المصرفية (الكفالة الملاحية) وفق العرف المصرفى فى المغرب، وذهب إلى ذلك د. مصطفى كمال طه، عندما عرف خطاب الضمان بقوله: "أن خطاب الضمان هو الخطاب الذى يسلم من الشاحن الناقل نظير سند شحن نظيف خال من التحفظات، بحث منشور فى مجلة المحاماة المصرفية، العدد الثالث، السنة ٤٧، ١٩٦٦ من تشرين ثانى، ص٢٢٦.

(١٧) انظر:

Charkes Bon Laux: Les garanties bancaires dems Le Cammerce International Rev., Banque Fev. 1982, no. 414, p. 172.

وفضلاً عن ذلك فإن هناك خلطاً كبيراً فيما بين الكفالة المصرفية وخطابات الضمان وصل فى بعض الحالات إلى اطلاق تسمية خطاب الضمان على الكفالة المصرفية.

ونحن ننبه إلى خطورة هذا الخلط الذى يحاول البعض إيجاد أساسه للتمويه بغرض فرض صعوبة فى التمييز فيما بين الكفالة المصرفية وصورتها المتمثلة بخطاب الضمان، وتبدو خطورة ذلك فى مضمون الكفالة بدأ يتلاشى من الصكوك التى تصدرها البنوك ليحل محلها مضمون خطاب الضمان على نحو لم يبق من الكفالة سوى العنوان الذى يدون فى أعلى الصك.

وهناك الكثير من الحالات التى يعبر عنها الصك الصادر من البنك بأنها خطاب ضمان هى فى حقيقتها كفالة، كتلك التى يصدرها البنك لصالح الجمارك قبل وصول سندات الشحن الخاصة بها[١٨] أو التى يصدرها البنك لضمان حسن سلوك شخص أجنبى دخل البلاد[١٩].

وهكذا فإنه بالرغم من أن الفقه الفرنسى يرى أن دور البنك فى خطاب الضمان هو دور الكفيل، فإن ذلك لا يؤثر فى طبيعة خطاب الضمان واختلافه عن الكفالة المصرفية وغيرها من عمليات البنوك بما يمتاز به من خصائص، كما لا تؤثر أوجه الشبه بين الخطاب وغيره من عمليات البنوك فى أن هذا الخطاب يرتب بذمة البنك التزاماً مستقلاً عن التزام المدين فى مواجهة المستفيد، وهذا الالتزام يجعل البنك مديناً للمستفيد.

ويترتب على ذلك أن المستفيد من خطاب الضمان لا يجبر على تعقب المدين الأصلى، وهو أن بقى على خياره فى الرجوع على البنك أو المدين الأصلى، فذلك لا يغير من طبيعة الخطاب، لأن خيار المستفيد فى الرجوع على البنك أساسه تعهد البنك

ويعبر الانجليز عن خطاب الضمان بلفظ (Indeminity) ويعبر عنه الأمريكان بلفظ (Performance bond) ويقول الدكتور على جمال الدين عوض: "إن أول من كتب فى خطاب الضمان بصفته مستقلا عن الدين المضمون الاستاذان جاقلدا وستوقلبيه، عمليات البنوك، ص٥٨٨ هامش ٢٢.

[١٨] تصدر البنوك هذه الكفالة ضماناً لمات قد تتحمله الجمارك بسبب تسليم البضاعة للشخص المكفول.

[١٩] ان التعهد الذى يصدر عن البنك لضمان حسن سلوك شخص أجنبى يعتبر كفالة مصرفية وليس خطاب الضمان، انظر د. على جمال الدين عوض، عمليات البنوك، ص٤٩٨، د. مراد منير فهيم، القانون التجارى، العقود التجارية وعمليات البنوك، ط ١٩٨٢، ص٣١٨ هامش ١٥.

(ISSN : 2537 - 0758)

بموجب الخطاب فى حين نجد أساس خيار المستفيد فى الرجوع على المدين فى التزام المدين فى مواجهة ذلك المستفيد.

ولجهة موقف الفقه من صحة الخطاب فكان التساؤل حول مدى تعارض اصدار الخطاب مع المبادئ العامة للقانون، فمن جهة قيل "كيف يلتزم البنك وفاء دين غير موجود لدى اول مطالبة تصدر إليه من المستفيد رغم معارضة المدين"، ومن جهة اخرى قيل "ان خطاب الضمان كتصرف قانونى لابد أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية ومن بين هذه الشروط السبب، وان الخطاب يخلو من السبب بما يجعل تصرف البنك غير صحيح.

ورأى القائلون بذلك عدم صحة خطاب الضمان لعدم وجود السبب لالتزام البنك، ومرد ذلك كما يقولون، أن التسليم باستقلال التزام البنك عن التزام المدين الذى كان سببه، يجعل التزام البنك بخطاب الضمان بدون سبب، وإذا انعكست الصورة بحيث يبقى التزام البنك فى الخطاب تابعاً لالتزام المدين فإن ذلك يجعل هذه الصورة كفالة مصرفية[٢٠].

وفيما يتعلق بالتساؤل لجهة "كيف يلتزم البنك وفاء دين غير موجود ولدى أول مطالبة... الخ" فالرد على ذلك أن البنك الذى يدفع ما تعهد وفاءه للمستفيد بموجب التعهد الصادر عنه فى خطاب الضمان سواء كان الوفاء ككفيل أو كنائب عن المدين أو على أساس القرض أو الاشتراط لمصلحة الغير، فإنه يعود بما وفى على المدين الأصلى وان الأخير إذا كان وفاؤه للبنك بدون وجه حق فيرجع على المستفيد الذى قبض قيمة الخطاب من البنك.

وأهمية خطاب الضمان بخصائصه التى سنوردها تجسد رغبة أطرافه فى التعامل على أساسه بحيث يطمئن المستفيد أن البنك سيدفع قيمته دون عناء أو مماطلة، خاصة إذا عارض المدين فى الوفاء، وان البنك سيعود بما يدفع على المدين والأخير يمكنه الرجوع على المستفيد إذا كان يرى أن الأخير تقاضى من البنك قيمة الخطاب دون وجه حق.

وأساس تحليلنا وردنا على التساؤل يمكن رده إلى أن خطاب الضمان كتصرف قانونى صدر عن البنك والتقى بتصرف قانونى صدر عن المستفيد ونتج عنهما ابرام عقد فيما بين البنك والمستفيد وبموجب ذلك أوجد هذا العقد حداً أدنى من الحماية للبنك

---

[٢٠] انظر فى ذلك:

Vivant: Le Fondement Juridique des obligatons abstraites, D.S. 1978, Chron. 39. Gavalda et stoufflet, 1, artcle Precite no. 21, p. 10.

كضامن فى مواجهة عميلة وللمستفيد فى مواجهة البنك، وهذه الحماية تتمثل فى أن المدين هو المكلف بالرجوع على المستفيد ومطالبته قضائياً إذا كان غير محق فى قبض قيمة الخطاب.

أما ما يتعلق بالتساؤل لجهة السبب فى خطاب الضمان، فالرد على ذلك نراه كما ذهب بعض الفقه الفرنسى بأن السبب فى عملية خطاب الضمان يتنوع تبعاً لتنوع العملية الأصلية التى منح الضمان بمناسبتها، وتبعاً لذلك يكمن السبب فى العقد المبرم بين العميل الآمر والمستفيد، وعلى هذا الأساس إذا لم يكن العقد بين العميل والمستفيد موجوداً فإن خطاب الضمان يعتبر بلا سبب ويمكن الدفع فى مواجهة المستفيد بذلك[٢١].

ولا نرى كما رأى البعض انه إذا وجد اتفاق بين البنك والمستفيد ينص على أنه ليس للبنك الضامن أن يدفع فى مواجهة المستفيد بأى دفع رغم عدم وجود عقد فيما بين المستفيد والعميل الآمر، يكون هذا الاتفاق صحيح ومعتبر، ذلك لأن هذا الاتفاق يبقى كاتفاق البنك والمستفيد فى خطاب الضمان بدون سبب ولذات العلة يكون الاتفاق بين المستفيد والبنك الذى اصدر خطاب الضمان بدون سبب باطلا، كما يكون الاتفاق فيما بين المستفيد والبنك الذى يتضمن شرطاً بأن البنك لا يستطيع الدفع فى مواجهة المستفيد كيفما كان نوعه باطلا، والبطلان فى كلا العقدين أساسه عدم وجود السبب.

---

[٢١] انظر:

Gavalda et stoufflet, op. cit., p. 10.

ومشار إليه فى د. محمود الكيلانى، مرجع سابق.

وانظر د. على جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص٤٨٦ ويقول: "بالرغم من كون تعهد البنك فى خطاب الضمان منفصلا عن دين العميل ومستقلا عنه من الناحية القانونية، فإنه مع ذلك يرتبط به من الناحية الاقتصادية، فهو يصدر خدمة لعلاقة العميل بدائنه إذ يستهدف به العميل الحصول على ثقة هذا الدائن الذى قد لا يرضى بأى ضمان آخر سوى هذه الصورة من صورة الضمان".

انظر عكس ذلك د. سميحة القليوبى، الأسس القانونية لعمليات البنوك، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، وتقول: "ونرى أن استقلال التزام البنك عن التزام المدين لا يمنع البنك من التمسك فى مواجهة المستفيد بالدفوع الناشئة عن التزامه بإرادته المنفردة".

(ISSN : 2537 - 0758)

كما لا نرى أن غياب السبب فى خطاب الضمان يرتب نشوء حق البنك بالتمسك بالدفع الا إذا ثبت وجود سبب غير مشروع، لأننا نجد فى خطاب الضمان انه يمتاز بالكفاية الذاتية كما هو شأن الورقة التجارية[٢٢].

وأنه فى خطاب الضمان ألا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجة عنه ولا على تحقق شرط أو حلول أجل ولا يغير من ذلك أن يرتبط تنفيذه بواقعه ترجع إلى المستفيد من الخطاب[٢٣].

المطلب الثانى
موقف القضاء من خطابات الضمان المصرفية

أجمع القضاء فى فرنسا وانجلترا والمانيا وسويسرا ومصر على وجود صورة للكفالة المصرفية تمتاز بخصائص تميزها عن الكفالة، ومن هذه الخصائص استقلال الالتزام الذى تنشئه تلك الصورة فى ذمة الكفيل على نحو يكون منبت الصلة بالالتزام الذى كان سبباً لنشوء العلاقة فيما بين الكفيل والمستفيد.

وأكد هذا القضاء أن الالتزام المستقل ذو مظاهر تتجلى فى أن البنك يلتزم بالمبلغ المحدد ولا يرتبط هذا الالتزام بالتزام العميل ذلك لأنه ينقضى باستقلال بالوفاء أو بانتهاء المدة، ومن هذه المظاهر، دفع قيمة الالتزام فوراً.

ويشكل هذا المظهر سمة من سمات صورة الكفالة التى نتحدث عنها والتى اصطلحنا للتعبير عنها "خطاب الضمان" وهناك مظاهر أخرى لخطاب الضمان تبدو فى مسؤولية البنك إذا امتنع عن الوفاء أو تراخى فيه، وأنه لا يأخذ موافقة عميله على الوفاء.

ونتحدث فى الفقرات التالية عن التطبيقات القضائية بشأن خطابات الضمان على النحو التالى:

---

[٢٢] يرى أغلب الفقه المصرى أن الارادة المنفردة الصادرة عن البنك الذى أصدر خطاب الضمان تعتبر سبباً لهذا الخطاب، بحيث يكون البنك ضامناً وملتزماً بدفع قيمة خطاب الضمان الى المستفيد بمجرد اصدار الخطاب واعلام المستفيد به، انظر فى ذلك د. محمد حسنى عباس: عمليات البنوك، دار النهضة العربية، ط ١٩٦٨، ص ١٣٨. د. على جمال الدين عوض، ص٥٠٤، مرجع سابق، ومشار إليه فى د. محمود الكيلانى، مرجع سابق.

[٢٣] انظر: د. على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، مرجع سابق، ص١٤١.

القضاء الفرنسى:

أكد القضاء الفرنسى فى العديد من أحكامه على استقلال خطاب الضمان على نحو يمتنع على البنك الذى أصدره الامتناع عن الوفاء للمستفيد ولا يستطيع التمسك بالدفوع المخصصة للآمر (المدين) الناشئة عن علاقته بالمستفيد[٢٤].

وقضت محكمة استئناف باريس بعبارات واضحة صريحة باستقلال التزام البنك وقالت "... انه فى الضمان عند أول طلب لا يستطيع بنك باريس الوطنى أن يرفض السداد اثناء مدة صلاحية الضمان وليس فى وسعه الاحتجاج بالدفع المستمد من عدم صلاحيته أو عدم تنفيذ العقد الذى يربط بين الآمر والمستفيد، وعلى ذلك لا يمكن تطبيق المادة ٢٠٣٦ من القانون المدنى على الضمان".

وقضت كذلك (أن استقلال خطاب الضمان وقوته الملزمة القطعية التى لا رجعة فيها تمنع الآمر من التمسك بعدم تنفيذ عقد الأساس اطلاقاً للقول بأن طلب الخطاب يقوم على تعسف وإساءة ظاهرين، ويعوق بذلك خطاب الضمان)، كما قضت بالقول (وان الخطاب يستتبع عدم الرجوع إلى شروط تنفيذ عقد الأساس والواقعة التى ثبتت ظاهريا أن الآمر نفد جميع التزاماته فى مواجهة المستفيد لا تعفى البنك من احترام تعهده).

ولهذه الجهة قرر القضاء الفرنسى أن مبدأ استقلال خطاب الضمان عن العقد الأصلى مطلق وقالت محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ١٩٨٥/٥/٢١ "ان كون الآمر قد نفذ التزامه الناشئ عن عقد الأساس كاملاً لا يعفى البنك من وفاء التزامه المقطوع به فى خطاب الضمان، وان اساءة استعمال الحق فى المطالبة بوفاء الخطاب من جانب المستفيد ولو كانت ظاهرة يجب استبعادها من المناقشة، وان اثبات الغش وحده هو الذى يعطل نفاذ خطاب الضمان"[٢٥] وعرضت محكمة النقض الفرنسية لفكرة الغش عندما قضت بتاريخ

---

[٢٤] انظر حكم النقض الفرنسى الصادر بتاريخ ١٩٨٢/١٢/٢٠ مشار إليه فى د. حياة شحاتة سليمان، مخاطر الائتمان فى البنوك التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٩، ص٣٢١.

[٢٥] ان اثبات الغش من الناحية العملية أمر صعب ما دام الغش يفترض مخالفة العقد الأصلى ولأن التزام البنك فى الخطاب كما هو مقرر مستقل عن العقد الأصلى فإن ما ينبنى على ذلك امتناع حالات الغش فى العقد الأصلى إلى خطاب الضمان.

انظر فى ذلك دكتور على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص٢٢٩.

(ISSN : 2537 - 0758)

١٩٨٥/١٢/١٠ بأن "الدفع بالغش يمكن التمسك به وأن الغش يعطل مبدأ استقلال الضمان والضمان المقابل"، وقالت فى حكم حديث صدر بتاريخ ١٩٨٦/٦/١٠:

"انه إذا كان خطاب الضمان مستقلاً بالنظر إلى عقد الأساس، فإن امتناع التمسك بالدفوع المستمدة من تنفيذ عقد الأساس يتراجع أمام حالات الغش الواضح، ومتى اتضح أن الشركة المستفيدة من الخطاب لم تسدد للشركة الآمرة المبالغ المستحقة عليها بمقتضى شهادات انتهاء الأعمال بنسبة ١٠٠% الصادرة منها والشهادات الأخرى الصادرة من مهندسها المشرف ومن ادارة الحسابات، وان الشركة المستفيدة طلبت من الشركة الآمرة أعمالاً اضافية صدرت عنها فواتير لم تدفع من جانب المستفيد، ولم تنازع فيها الشركة المستفيد فإن ذلك يعنى فى نظر المحكمة وبحق أن طلب الوفاء بخطاب الضمان عمل ينطوى على غش".

وفى اتجاه آخر ذهب القضاء الفرنسى إلى أن التعسف الظاهر يتساوى بالحيل والأعمال المنطوية على الغش، وأن كليهما يجوز الاحتجاج به فى مواجهة المستفيد ويمتنع على أساس أيهما الوفاء، وساوت محكمة النقض الفرنسية فى حكم حديث صدر عام ١٩٨٧ بين التعسف الظاهر والغش كما أن قضاء النقض الفرنسى ذهب بشأن الغش بعيداً عندما قرر للعميل التمسك بالدفع لمظنة الغش ولم يكتف باثبات حالة الغش الظاهرة، وكذلك عندما قرر أن تواطؤ البنك الضامن فى الغش يؤخذ فيه بمجرد علمه بغش المستفيد، والغش هنا كما قرره القضاء الفرنسى يفترض من مجرد كون البنك والمستفيد يخضعان لرقابة واحدة "أى انهما جزائريان"[٢٦].

وقرر هذا القضاء صراحة أن المقاول الذى طلب اصداره خطاب الضمان لصالح صاحب العميل كمستفيد يوجب على البنك احترام تعهده، وأن تنفيذ المقاول جميع التزاماته فى مواجهة المستفيد يعفى البنك من احترام تعهده.

كما تصدى هذا القضاء لمناقشة السبب فى خطاب الضمان وقرر بأن السبب فى خطاب الضمان يظهر فى رغبة وارادة البائع الذى يصدر البضاعة، وناقش موضوع حجز خطاب الضمان تحت يد البنك، واجاز ابتداء الحجز تحت يد البنك على حق المستفيد

---

[٢٦] يؤخذ على هذا المبدأ مخالفته للقاعدة التى تقضى أن الغش لا يفترض بل يجب اقامة الدليل عليه. انظر د. على جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المرجع السابق، ص٢٣٣. ود. سيد بدوى: مبدأ حسن النية فى المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٩.

الناشئ عن خطاب الضمان فى الحالة التى يكون فيها للعميل الآمر فى ذمة المستفيد حقاً مؤكداً (Certain) ومعين المقدار (Liquid) ومستحق الأداء (eligible).

وقضت محكمة ابتدائية فرنسية فى قضية تتلخص وقائعها أن ثلاث شركات فرنسية ابرمت مع شركة سعودية عقداً لبناء فندق، وبناء على الاتفاق أصدر بنك فرنسى لصالح الشركة السعودية خطابى ضمان، الأول لضمان الدفعة الأولى، والثانى لضمان حسن النهاية واشترط فى هذين الخطابين وجوب الوفاء بهما لدى أول طلب يصدر عن الشركة المستفيدة، وان الشركات تتنازل عن أى حق لها فى آثاره أية دفوع أو البحث عن أسباب للتمسك بالدفع بعدم الوفاء، وانها كذلك تتنازل مسبقاً عن المنازعة فى صحة الوفاء الذى قد يقوم به البنك الضامن.

ولكون الشركات الثلاث أصبحت دائنة للشركة السعودية بمبالغ كبيرة كانت مؤكدة ومعينة المقدار ومستحقة الأداء، فقد قرر قاضى الأمور المستعجلة اجراء الحجز بين يدى البنك على قيمة الخطابين بما يعادل الدين المستحق للشركات الثلاث فى ذمة الشركة السعودية.

وأيدت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٩٨٠/٥/١٣ قرار قاضى الأمور المستعجلة قالت: "وحيث انه من المؤكد حتماً أن الحجز بين يدى البنك، إذا لم يكن قائماً على أساس، فإنه يشكل حينئذ غشاً يتمثل فى استخدام وسيلة ملتوية لوقف الوفاء بمبلغ الضمان" وقالت المحكمة أيضاً "وحيث أن الدين فى هذه الواقعة كما هو ثابت مؤكد ومعين المقدار ومستحق وحيث أن الأمر بالقاء الحجز بين يدى البنك لا يجمد بصورة نهائية وبدون سبب خطاب الضمان، وانما يؤخر فقط الوفاء" وانطلاقاً من ذلك أيدت محكمة النقض حكم قاضى الأمور المستعجلة.

ومع ذلك رجع القضاء الفرنسى فيما قضى به بالمنازعة السابقة وقضى انه لا يجوز حجز قيمة خطاب الضمان الا إذا كان دين الآمر فى ذمة المستفيد ناشئاً عن علاقة أجنبية عن العقد الأصلى، وقضى انه يكفى أن لا يجد الدين مصدره فى النزاع الدائر فيما بين الآمر والمستفيد والمتعلق بمدى حق هذا الأخير فى المطالبة بالضمان.

وهكذا فإن القضاء الفرنسى أقر حجز قيمة خطاب الضمان بافتراض وجود دين مؤكد لا يجد مصدره فى المنازعة التى كانت السبب فى المطالبة بالضمان من طرف المستفيد، وهذا الأمر يتوقف على التقدير الدقيق لمدى تمييز الدينين.

(ISSN : 2537 - 0758)

وكنتيجة لاستقرار القضاء الفرنسى بشأن خطابات الضمان فقد بدا واضحاً أنه يؤكد على استقلال هذه الخطابات والالتزامات التى جاءت أثرا لها، واتجهت المحاكم الفرنسية نحو الابتعاد عن فكرة الغش كأساس لمنع البنك من دفع قيمة الخطاب باعتبار انه لا يتصور صدور الغش من المستفيد فى علاقة البنك والعميل عندما اتفقا على إصدار خطاب الضمان. ولجأت المحاكم فى فرنسا إلى الاستعانة بفكرة التعسف الظاهر فى طلب قيمة الخطاب، وتقوم هذه الفكرة على أن المستفيد ليس من حقه المطالبة بقيمة خطاب الضمان إذا كان مديناً للعميل بما يزيد عن قيمة الخطاب، وقضت محكمة باريس التجارية بمنع بنكين أجنبين ضامنين وبنكاً فرنسياً "ضامناً بالمقابل" من دفع قيمة الضمان تأسيساً على أن المستفيد متعسف فى طلبه[٢٧].

القضاء الانجليزى:

أيد القضاء الانجليزى فكرة استقلال التزام البنك فى مواجهة المستفيد بخطاب الضمان عن الالتزام الأصلى، وقضت محكمة الاستئناف فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٣/١٢/٩ بأنه "حتى ولو كان خطاب الضمان من الدرجة الأولى والمقدم من البنك بناء على طلب عميله مستورد البترول البنك السورى، فلا يستطيع المصدر (الناقل) أن يمنع المستورد السورى من طلب الضمان، وعلى البنك السورى دفعه كما يتعين على بنك المصدر الموافقة على الاعتماد المستندى فى حالة طلبه الا إذا كان هناك غش فى طلب السداد"، وقضت ذات المحكمة بتاريخ ١٩٨٤/٢/٢٨ "بأن الضمان من الدرجة الأولى هو ضمان مستقل عن العقد الأساسى، وإذا حدث نزاع بين البائع (الآمر) والمشترى (المستفيد) فلا يستطيع البنك الضامن أن يمتنع عن سداد قيمة الضمان بناء على طلب الآمر الا فى حالة الغش والتدليس"[٢٨].

---

[٢٧] انظر:

Trib; Com. De Paris, Ref., 1re Aout, 1984, S.A.G.T.M.,
Entrepase et Autres, C. Credit Lyonnais – CD, 1986, p. 159.

[٢٨] انظر:

Court of appeal, 17 July, 1984 united trading Cortporation Sa and other V Allied Arab bank Ltd., and others; Murray Clayton Ltd., and others, V. Pafindain and others International banking law, 1984, 48, 1985 – 142.

وانظر: د. محمود الكيلانى، مرجع سابق.

ويتضح من ذلك أن القضاء الانجليزى اعترف بصحة خطاب الضمان بخصائصه التى من أهمها استقلال الالتزام الذى أنشأه على عاتق البنك لصالح المستفيد عن الالتزام الأصلى الذى أنشأته العلاقة فيما بين المستفيد والآمر، وأن القضاء الانجليزى يستثنى من وجوب الوفاء بقيمة خطاب الضمان للمستفيد حالة واحدة هى الغش، وقال اللورد دننج (Denning) فى قضية عرضت أمام القضاء (أن ضمان التنفيذ يعتبر فى الواقع كالسند الأذنى الذى يدفع لدى طلبه، ومتى طالب المستفيد "الليبى بالوفاء فإن البنك يلتزم بدفع الضمان، وعملاً يكون البنك فى مركز يمكنه من معرفة ما إذا كان طلب المستفيد يقوم أو لا يقوم على الغش)[٢٩].

ويتضح من موقف القضاء الانجليزى أن البنك ملتزم بدفع قيمة خطاب الضمان طبقاً لبنوده، ولا يتدخل فى العلاقة فيما بين المورد وعميله، ولا شأن له فيما إذا كان المورد قد نفذ التزامه أم لا، ولا فيما إذا كان مخطئاً أم غير مخطئ، وعلى البنك أن يدفع طبقاً لأحكام خطاب الضمان بمجرد طلب المستفيد بغير شرط ولا اثبات.

والاستثناء الوحيد هو متى وصل البنك اخطار صحيح بالغش ولهذه الجهة قضت محكمة استئناف لندن بتأييدها مبدأ رفض السداد من قبل البنك الضامن على أساس التعسف والغش، وقالت (إن القاضى يستطيع منع البنك من سداد قيمة الضمان إذا اتضح له أن هذا السداد تعسفى، ويستطيع كذلك الغاء قرار الامتناع عن السداد إذا ثبت له أنه لا يوجد تعسف فى طلب السداد)[٣٠].

القضاء الهولندى:

تصدى هذا القضاء إلى مناقشة طبيعة التزام البنك فى مواجهة المستفيد من خطاب الضمان، وخلص إلى أن هذا الالتزام يتسم بطابع الاستقلال، واقر بصحة الالتزام الناشئ عن خطاب الضمان وحق المستفيد فى قيمته، وقضت احدى المحاكم بتاريخ ١٩٨٣/٣/١٤ بأنه: "على البنك الضامن أن يدفع قيمة خطاب الضمان عند أول طلب من المستفيد ولا يمكن منع البنك من السداد إلا فى حالة ثبوت غش أو تعسف من المستفيد.

---

[٢٩] انظر: د. على جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المرجع السابق، ص ٢٤٣.
Trib. Com. De Melun, 29 avr; 1985, I.R., 159. Edwardowen. V. Barclays Bank 1977, 3 W.L.R. 764.

[٣٠] انظر: وقائع الدعوى، ادوار ضد بنك بركليز، مشار اليه فى د. حياة شحاتة، مرجع سابق، ص٣٤٣.

(ISSN : 2537 - 0758)

ويلاحظ أن هذا القضاء نحا منحى القضاء الفرنسى عندما أضاف حالة التعسف إلى حالة الغش وأن البنك فى الحالتين يستطيع الامتناع عن الوفاء[٣١].

القضاء الألمانى:

اتجه هذا القضاء اتجاه القضاء الانجليزى بحيث أكد على استقلال خطاب الضمان والالتزام الذى نشأ عنه، وقضت المحكمة العليا الاتحادية بذلك فقالت: "على البنك الضامن السداد بمجرد طلب المستفيد، نظراً لأن الضمان مستقل عن العقد الأساسى، إلا فى حالة التدليس مع احترام حسن النية".

القضاء السويسرى:

أكدت المحاكم السويسرية على ذاتية الضمان بأحكام متعددة وقضت بأنه: "يتعين السداد بمجرد طلب المستفيد وعلى الضامن أن يحترم استقلال الضمان". إلا أن هذا القضاء أقر وقف صرف خطاب الضمان فى حالة وحيدة تقوم على تعسف المستفيد من خطاب الضمان. ولأن هذا الحكم حديث صدر بتاريخ ١٩٨٥/٩/١٢ فإن ذكر وقائع الدعوى وخلاصة هذا الحكم يبدو آمراً مفيداً.

تتلخص وقائع الدعوى أن المؤسسة العامة السورية اشترت بموجب عقد من شركة (Miranos) البنمية ومركزها جنيف بضاعة، وأصدر البنك التجارى السورى خطاب ضمان حسن تنفيذ العقد بناء على طلب البائع، وكان هناك ضمان مقابل أصدره اتحاد البنوك السويسرية فى جنيف (U.B.S.). وعند تفريغ البضاعة فى ميناء طرطوس ادعت المؤسسة السورية أن البضاعة غير مطابقة للمواصفات وتقدمت بدعوى أمام قاضى طرطوس وطلبت تعيين خبير، وتقدم اتحاد البنوك السويسرية بدعوى كذلك[٣٢].

بتاريخ ١٩٨٥/٢/٢٥ طالب البنك السورى البنك الضامن "اتحاد البنوك السويسرية" بدفع قيمة الضمان المقابل، إلا أن قاضى الأمور المستعجلة السورى أمر بإيقاف سداد الضمان الرئيسى الصادر من البنك التجارى السورى. وبتاريخ ١٩٨٥/٥/٥ تقدم الخبير بتقريره وأثبت فيه أن العيوب هى فى حدود التسامح التعاقدى.

---

[٣١] انظر: د. حياة شحاتة، مرجع سابق، ص٣٢٤.

[٣٢] انظر أحكام منشورة فى:

Dalloz. Sirey, 1985, p. 167, 164 Note vasseur.

وانظر د. حياة شحاته، المرجع السابق، ص٢٣٥ هامش ٣. وراجع:

Court de Justice Civile de Geneve, 14 Mars, 1985 (Iranian government trading, Corporation et banquet. Melle, Iran C. secogest S.A.).

كانت شركة (Miranos) تقدمت بدعوى إلى القضاء السويسرى وحصلت بتاريخ ١٩٨٥/٣/٤ على حكم بمنع اتحاد البنوك السويسرية (U.B.S.) من دفع الضمان المقابل. وطعن بهذا الحكم من المؤسسة السورية. فقضت المحكمة العليا بأن الطعن مقدم على غير أساس وأن المؤسسة السورية عندما طلبت قيمة الضمان ارتكبت عملاً تعسفياً وذلك للسببين التاليين:

السبب الأول:

طلب الضمان المقابل لا يستحق الحماية إلا إذا كان الضمان الرئيسى بذاته معرضاً لأن يطلب، ولكن فى هذه الدعوى لا يمكن تنفيذ الضمان الرئيسى لأن القاضى السورى أوقف تنفيذه، ومن أجل هذا قررت المحكمة أن طلب الضمان المقابل هو طلب تعسفى حيث تم إيقاف الضمان الرئيسى، وقد ثبت بالدليل الواضح أن البنك الضامن الرئيسى سئ النية بكل وضوح وهو يطالب الضمان المقابل.

السبب الثانى:

اثبت تقرير الخبير القضائى أن العيوب التى شابت البضاعة كانت نسبتها أقل من الحد الذى يتسامح فيه والمقرر بالعقد، الأمر الذى يعنى أن المستفيد متعسف فى طلبه الضمان المقابل[٣٣].

القضاء المصرى:

كان ظهور خطابات الضمان فى مصر لأول مرة عام ١٩٥٢ عندما أصدر وزير المالية قراراً بخصوص المناقصات المزايدات، وابتدأ الحديث الفقهى حول هذا الموضع عندما أصدر القضاء المستعجل حكمين بتاريخ ١/٤ و٣/٥ عام ١٩٦٠[٣٤] تعرض فيهما لخطابات الضمان[٣٥] وتولت بعد ذلك الأحكام الصادرة عن هذا القضاء بما يفيد التوجه نحو الاعتراف بمضمون واستقلال هذه الخطابات.

---

[٣٣] انظر فى ذلك:

Cour De Justice Civil De Geneva, Ire sect. 12 Sept., 1985. (Union de Banques Skuisses; U.B.S., et General establishment for cereal Processing and trade C. Miranos international trading in C.S.A.) Dalloz, sirey 1985, p. 165 note vasseur.

[٣٤] انظر مجلة المحاماة المصرية سنة ١٩٦١، ص١٤٧٦، والتعليق على الحكم، د. على جمال الدين عوض، عمليات البنوك، دار النهضة العربية، ط ١٩٦٠، بند ٨٣.

[٣٥] استئناف القاهرة حكم رقم ٧٨٥ تاريخ ١٩٦٣/٢/١٩ المجموعة الرسمية س ٦١ ق، ص١١٢.

(ISSN : 2537 - 0758)

ففى حكم لمحكمة استئناف القاهرة صدر بتاريخ ١٩٦٣/٢/١٩ قضت فيه بأنه: "لا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد بسبب يرجع إلى علاقة البنك بالآمر أو إلى علاقة الآمر بالمستفيد"[٣٦].

وقضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٦٩/٥/٢٧ بأن "خطاب الضمان وان صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذى صدر خطاب الضمان لصالحه هى علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد اصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذى يطالب به هذا الأخير باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان ما دام هو فى حدود التزام البنك المبين به، ويكون على المدين (عميل البنك) أن يبدأ هو بالشكوى إلى القضاء إذا قدر انه غير مدين للمستفيد أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد من البنك"[٣٧]. وتوالت أحكام القضاء بما يؤيد استقلال الالتزام الذى أنشأه خطاب الضمان بما يعنى أن مصدر الخطاب لا يلتزم بالنيابة عن عميله ولا من أجل ضمان حسن التنفيذ وهو لا يسدد ما على ذلك العميل من التزامات. وقالت محكمة النقض فى أحكام عديدة أن الالتزام فى خطاب الضمان مستقل عن العلاقة السابقة عليه ولو أنها كانت سبب نشوئه وتضمن حكمها فى هذا الشأن. "أن خطاب الضمان وان صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذى صدر خطاب الضمان لصالحه هى علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل[٣٨] وأن التزام البنك بالوفاء للمستفيد اتلتزام أصيل لا بالوكالة عن العميل[٣٩].

وحاول القضاء المصرى تكييف خطاب الضمان برده إلى احدى النظريات أو الحاقه بأحد الأنظمة التجارية، وقرر أن التسهيلات المصرفية التى يصدق عليها وصف

---

[٣٦] انظر نقض مصرى الطعن رقم ٤١٤ سنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٤/١٥ مجموعة ٢٥ عاماً فقرة ١، ص٢٢٠ مشار إليه فى د. أحمد حسنى، قضاء النقض التجارى، ص٢١٩.

[٣٧] نقض مصرى الطعن رقم ٢٤٩ لسنة ٣٥ ق تاريخ ١٩٦٩/٥/٢٧، مجموعة أحكام النقض، سنة٢٠، ص٨١١، الموسوعة الذهبية، ج ٨، ص٢٣٧.

[٣٨] نقض مصرى، المرجع السابق.

[٣٩] نقض مصرى، الطعن رقم ١٠٦ سنة ٣٧ ق طعن ١١ سنة ق جلسة ١٩٧٣/٣/٤ س ٣٣ ص٤٠١، مشار إليه فى د. احمد حسنى، قضاء النقض التجارى، ص٢١٨.

القرض يدخل من ضمنها خطابات الضمان وقالت محكمة النقض "من الجائز أن يتخذ عقد القرض صوراً مختلفة غير صورته المألوفة من قبيل الخصم وفتح الاعتماد وخطابات الضمان باعتبار أنه يجمع بينها كلها وصف التسهيلات الائتمانية ويصدق عليها تعريف القرض بوجه عام الوارد فى المادة ٥٣٨ من القانون المدنى"[٤٠].

ولعل القضاء المصرى كان واضحاً أكثر من غيره فى أحكامه العديدة التى أكد من خلالها أن هناك فرقاً فيما بين خطابات الضمان وغيرها من عمليات البنوك وخاصة الفرق بينها وبين الكفالات المصرفية، وجاء هذا الوضوح فى القرارات العديدة التى أكدت على استقلال التزام البنك وتجسيد مظاهر هذا الاستقلال فى أنه التزام مجرد[٤١] لا يرتبط بعلاقة سابقة سواء علاقة البنك بعميله الآمر أو الآمر بالمستفيد، وأنه التزام مباشر على نحو يتحمله البنك فى مواجهة المستفيد وفى ذلك قضت محكمة النقض بالقول.

"ومن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن خطاب الضمان وإن صدر تنفيذا للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذى صدر خطاب الضمان لصالحه هى علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد اصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذى يطالبه به هذا الأخير باعتباره حقاً له يحميه خطاب الضمان، ما دام هو فى حدود التزام البنك المبين به، كما أن البنك مصدر الخطاب لا يعتبر وكيلاً عن العميل فى الوفاء للمستفيد بقيمة خطاب الضمان، ذلك أن التزام البنك فى هذا الأمر التزام أصيل".

"ويترتب على ذلك أن ما يدفعه العميل للبنك لتغطية خطاب الضمان، انما هو تنفيذ وتأمين للعلاقة القائمة بين العميل والبنك وحدهما ولا صلة للمستفيد بها، كما أن البنك الذى يقوم بتثبيت اعتماد مصرفى بين عميله والمستفيد منه لا يصح وصفه بأنه ضامن أو كفيل يتبع التزام المدين المكفول، بل يعتبر فى هذه الحالة التزاماً مستقلاً عن العقد القائم بين المتعاملين"[٤٢]. ومن مظاهر استقلال التزام البنك أيضاً أنه بات ونهائى على

---

[٤٠] انظر نقض مصرى، طعن رقم ٤١٢ سنة ٣٥ جلسة ١٩٦٩/١٢/٣٠ س ٢٠ ص١٣٦٣، د. احمد حسنى، المرجع السابق، ص٢٢٠.

[٤١] نقض مصرى ١٩٦٤/٥/١٤ وحكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٦٣/٦/٢٠ مشار إليهما فى د. بضرانى نجاة، المرجع السابق، ص٥٨٤.

[٤٢] نقض مصرى، الطعن رقم ٦٤٨ السنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/٤/١٢ وبذات المعنى نقض مصرى، طعن ٣٧٠ سنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٥/١٤.

(ISSN : 2537 - 0758)

نحو لا يعتبر البنك والعميل فى مركز الملتزمين بالتضامن، لأنه لو فرض ذلك فإنه يفترض تعدد روابط الدائن بالمدينين بمحل واحد، وهذا غير موجود لأن محل التزام البنك مختلف عن محل التزام العميل المدين[٤٣].

وتأسيساً على ذلك يعتبر التزام البنك فى خطاب الضمان بمواجهة المستفيد التزاماً تلقائياً يستطيع هذا المستفيد أن يحصل على مبلغ الخطاب بمجرد تقديم طلب إلى البنك. ومعنى ذلك أنه ليس بمقدور البنك مصدر خطاب الضمان بعد وصول هذا الخطاب إلى المستفيد أن يرجع فيه أو يعدله، أو يمتنع عن وفاء قيمته لأى سبب من الأسباب حتى ولو طلب إليه العميل ذلك[٤٤]. وأيد القضاء المصرى توجه محكمة استئناف باريس عندما قضت بأن البنك الذى يمنح ضمانة لشركة فى مواجهة مستفيد لا يستطيع رفض الضمان بعدم الدفع لمجرد الاعتراض على الوفاء من قبل العميل وأنه إذا فعل يكون متعسفاً وسئ النية ويتوجب إدانته بتعويض الضرر[٤٥]. وهناك مظاهر أخرى لاستقلال التزام البنك تبدو فى عدم التزام البنك اخطار العميل قبل الوفاء[٤٦].

بقى أن نتسآل هل أخذ القضاء المصرى بفكرة الغش وأجاز للبنك الامتناع عن الوفاء على أساس ذلك، الحقيقة أن القضاء المصرى لم يتصدى لمعالجة حالة الغش إذا صدرت عن المستفيد كما فعل القضاء الفرنسى الذى استند فى بادئ الأمر إلى فكرة التعسف الظاهر ليقول على أساسها بحق البنك الامتناع عن الوفاء، والقضاء الفرنسى ذاته رفض فكرة التعسف الظاهر عندما عاد عنها بالقرار الصادر بتاريخ ١٩٨٥/٥/٢١[٤٧].

---

[٤٣] انظر فى هذا التوجه، د. سميحة القليوبى، مرجع سابق، ص٦٠.

[٤٤] هذا ما قررته محكمة النقض المصرية فى العديد من الأحكام الصادرة عنها بجلسة ١٩٧٢/٣/١٤، ١٩٨٢/٤/١٢، ١٩٨٤/٢/١٣.

[٤٥] انظر أحكام عديدة بهذا الخصوص، مشار إليها فى د. بضرانى نجاة، المرجع السابق، ص٥٩٠.

[٤٦] أكدت محكمة النقض المصرية بأنه: "إذا قام البنك بصرف مبلغ خطاب الضمان للمستفيد فإنه ليس للعميل أن يتحدى بوجوب اعذاره هو قبل صرف مبلغ التعويض المبين فى خطاب الضمان"، نقض مصرى جلسة ١٩٦٤/٥/١٤، وجلسة ١٩٧٩/١٢/٣١ وجلسة ١٩٨٠/٢/١١، وقضت بالأول بأنه: "من المقرر أن البنك مصدر خطاب الضمان يلتزم بسداد قيمته إلى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك اثناء سريان أجله دون حاجة إلى الحصول على موافقة العميل".

[٤٧] مشار إلى ذلك فى د. بضرانى نجاة، المرجع السابق، ص٥٩٦ هامش ٢/١.

وقال أن الطابع المستقل لالتزام البنك فى خطاب الضمان يستبعد أية امكانية للاستناد إلى شروط تنفيذ العقد الأصلى، وأن كون العميل نفذ جميع التزاماته تجاه المستفيد فى الضمان، فلا يجوز ولو قام الدليل على صحة ادعائه باعفاء البنك من تنفيذ التزامه، بالوفاء وكنتيجة لتخلى القضاء الفرنسى عن فكرة التعسف الظاهر فقد تبنى فكرة الغش وكيف تصرف المستفيد المؤدى للغش بأنه الغياب الظاهر لأى حق للمستفيد.

(L'absence Manifestede droit du bénefliciaire).

وعلى ذلك تعتبر مطالبة المستفيد مبنية على غش إذا كان لا يملك أى حق فى مواجهة العميل وخاصة إذا ثبت مثلا أن العميل نفذ الالتزام بالكامل أو أن ما نفذ من العقد يزيد عن مقدار الدفعة الأولى الذى صدر خطاب الضمان من أجل ضمانها.

والقضاء المصرى كما ذكرنا لم يتصدى لفكرة الغش ربما لأنها لم تعرض عليه فى أية منازعة. ونحن إذ لا نميل نحو الأخذ بفكرة الغش كما صاغها القضاء الفرنسى إلا أننا لا نقول بالابتعاد عنها على نحو يبقى للبنك حق الامتناع عن صرف خطاب الضمان إذا كان الغش ظاهراً، والسبب فى موقفنا أنه:

أولاً: "الغش يفسد كل شئ" وأنه ما دخل فى شئ إلا أفسده.

ثانياً: لنترك للقضاء معالجة هذا الموضوع على أساس الابقاء على فكرة الغش التى يتوجب على البنك إذا ثبت لديه أن لا يقوم بالوفاء للمستفيد.

القضاء الأردنى:

لم يتصدى القضاء الأردنى بصورة صريحة لخطابات الضمان وتردد ولا يزال فى الحديث عنها فى الأحكام الصادرة عنه حتى أنه فى الحكم الذى صدر عام ١٩٧٥ وكانت وقائعه تشير إلى أن موضوع المنازعة خطاب ضمان، تجنبت محكمة التمييز لفظ خطاب الضمان وابقت على استعمال لفظ الكفالة المصرفية. ومع أنه لوحظ مؤخراً توجها لدى بعض المحاكم تقول بالتمييز بين خطاب الضمان والكفالة المصرفية، إلا أن هذا التوجه لا يرقى إلى درجة الاعتراف بوجود خطاب الضمان رغم الاعتراف بوجود خصائص معينة للكفالة المصرفية مستمدة من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وهذه الخصائص هى فى حقيقة الأمر تمتاز بها خطابات الضمان عن الكفالة المصرفية.

ومن المفيد أن نستعرض قرار محكمة التمييز حول هذا الموضوع[٤٨] وورد فيه الحيثيات التالية: يعتبر ملزماً للطرفين المتعاقدين تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين،

[٤٨] تمييز حقوق ٧٥/١٢، الأردن، عمان، مجموعة النقابة سنة ١٩٧٥، ص١٢١٤.

(ISSN : 2537 - 0758)

وعملاً بأحكام المادة ١٧٤ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية طالما أنه غير ممنوع بالقانون أو بنظام خاص أو مخل بالآداب أو النظام العام أو مخالف للقواعد والأحكام بالأحوال الشخصية.

وحيث أن البند الرابع من العقد لا يلزم المستأنف عليه بالتحقق من اخلال المستأنفة أو الجهة المكفول لها بالعقد المبرم كى يتبين ما إذا كانت الجهة المكفول لها تستحق قيمة الكفالة أم لا، بل أن مجرد طلب الجهة المكفول لها لقيمة الكفالة منه تجعله ملزماً بدفعها اليه رغم أية معارضة من المستأنفة ما دام أن الطلب تقدمت به الجهة المكفول لها قبل انقضاء مدة الكفالة، ويؤيد ذلك ما جاء بسند الكفالة، ومن ثم فإن هذه الأسباب غير واردة ويكون بحث محكمة البداية فى حكمها المستأنف اخلال المستأنفة بالعقد غير مجد فى الدعوى وتزيد منها لا مبرر له.

وتشير الواقعة كما وردت فى قرار محكمة التمييز أن عقد الشروط العامة للكفالات والموقع من الطرفين ينص على أنه: "من المتفق عليه بيننا انكم– أى المستأنف عليه غير ملزمين بأخذ موافقتنا على دفع أى مبلغ من قيمة الكفالة إلى الجهة المكفول لها أو من ينوب عنها وغير ملزمين باشعارنا قبل الدفع، بل أن مجرد الطلب يخولكم حق دفعها دون تدقيق لحسابات هذه الجهة أو معرفة حقيقة طلباتها منا أو ترتيب بدل الكفالة بذمتنا، ونسقط حقنا من الآن فى الاعتراض على دفعكم أى مبلغ أو مصروف سواء كان قبل استحقاق الكفالة أو قبل طلب دفعها أو بعده وعلى تنفيذكم ذلك بدون موافقتنا أو بدون اشعاركم ايانا مستقبلاً" وكان قرار محكمة الاستئناف الذى تأيد من محكمة التمييز قضى بالقول: "هذه العبارة واضح من مدلولها فى أن الطرفين المتعاقدين المستأنف عليه والمستأنفة قد ارتضيا بأن يدفع المستأنف عليه قيمة الكفالة إلى الجهة المكفول لها بمجرد طلبها ذلك دون أن يكون ملزماً قبل ذلك بالتحقيق فيما إذا كانت قيمة الكفالة مشغولة بها ذمة المستأنفة أم لا. وبغض النظر عن أية علاقة تعاقدية بين المستأنفة وبين الجهة المكفول لها ترتب عليها تكليف المستأنفة للمستأنف عليه بضمانها بحدود المبلغ المتفق عليه للجهة المكفول لها.

وحيث أن الاتفاق على ما ورد فى البند الرابع المذكور يعتبر ملزماً للطرفين المتعاقدين تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وعملاً بأحكام المادة ١٧٤ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية طالما أنه غير ممنوع بالقانون أو بنظام خاص أو مخل بالآداب أو النظام العام أو مخالف للقواعد والأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية، وحيث أن البند الرابع من العقد ٢/٥ لا يلزم المستأنف عليه بالتحقق من اخلال المستأنفة أو الجهة المكفول لها

بالعقد المبرز م/٣ كى يتبين فيما إذا كانت الجهة المكفول لها تستحق قيمة الكفالة ام لا، بل أن مجرد طلب الجهة المكفول لها لقيمة الكفالة منه تجعله ملزماً بدفعها اليه رغم أية معارضة من المستأنفة ما دام أن الطلب تقدمت به الجهة المكفول لها قبل انقضاء مدة الكفالة ويؤيد ذلك ما جاء بسند الكفالة المبرز م/١، ومن ثم فإن هذه الأسباب غير واردة ويكون بحث محكمة البداية فى حكمها المستأنف اخلال المستأنفة بالعقد مبرز م/٣ أمراً غير مجد فى الدعوى وتزيداً منها لا مبرر له"[٤٩].

أما التوجه القضائى الحديث فيظهر فى عدة قرارات أصدرتها محكمة التمييز عام ١٩٨٩ حيث ورد فى احدها ما نصه: "وخطاب الضمان له خصائص وشروط لم تتوفر لهذه الكفالة، أولها: أن يكون التزام البنك أو المؤسسة المالية الذى يصدر الكفالة مستقلا عن التزام عميله المكفول، وأن يكون لهذا الخطاب كفايته الذاتية فلا يرتبط استحقاق المبلغ الوارد فيه بعنصر خارجى عنه وأن يكون المبلغ الثابت به مستحقاً فور اصدار الخطاب ووصوله إلى علم المستفيد منه"[٥٠].

وبهذا التوجه لدى القضاء الاردنى يكون أمر التمييز بين الكفالة المصرفية وخطاب الضمان مؤكداً، سيما وأظهر هذا التوجه الخصائص التى تمتاز بها خطابات الضمان فى أنها غير معلقة على شرط ومستحقة الأداء غب الاطلاع[٥١].

وهكذا فإنه لا يبقى الا الاعتراف بالفرق فيما بين الكفالة المصرفية وخطابات الضمان على نحو تظهر بوضوح آثار كل منهما بما يؤدى إلى استقرار الاحكام القضائية بهذا الخصوص وما يبعث على الاطمئنان لدى المؤسسات المالية والبنوك والمتعاملين معها ويؤدى إلى حفز المشرع لتنظيم أحكام الكفالات المصرفية وخطابات الضمان بنصوص قانونية تلائم التطور الاقتصادى والعمل المصرفى.

---

[٤٩] المرجع السابق، نفس الموضع.

[٥٠] انظر تمييز حقوق ٨٩/١٠٣٨، الأردن، عمان، مجلة نقابة المحامين السنة ٣٩ ص١٣٥٣ وتمييز حقوق ٨٩/١٠٦٠ مجلة نقابة المحامين السنة ٣٩ ص١٣٧٩ وورد فيه: إذا كانت الكفالات التى طلب وكيل المدعين وقف صرفها ليست كفالات عادية وإنما هى خطابات ضمان غير معلقة على شرط وتستحق الاداء عند الاطلاع فيكون ادعاء المميز بأن هذه الكفالات هى كفالات عادية خاضعة لأحكام الكفالة المنصوص عليها فى القانون المدنى ادعاء لا يستند إلى أساس قانونى سليم.

[٥١] انظر تمييز حقوق، المرجع السابق، ذات الموضع، وتمييز حقوق رقم ٨٧/١٩٧٠ مجلة نقابة المحامين السنة ٣٨، ص١٤٠٠.

(ISSN : 2537 - 0758)

الخاتمة

تحتل خطابات الضمان فى نطاق عمليات البنوك مجالاً واسعاً، نظراً للدور الهام الذى تلعبه فى الحياة الاقتصادية وما تحققه لأطراف العلاقة من مصلحة يستفيد منها البنك بما يتقاضاه من عمولة وفوائد. ويفيد منها العميل لأنه يحتفظ بنقوده ويستعيض بخطاب الضمان الذى يقدمه المستفيد. ويفيد المستفيد عندما يكون مطمئناً بسبب ملائمة مصدر الخطاب الذى يلتزم فى مواجهته.

ولقد حاولت من خلال دراستى المتواضعة لموضوع خطابات الضمان والتعهدات المصرفية المشروطة أن أبرز مكانتها وأهميتها فى الحياة العملية والتجارية والاقتصادية والتى تحظى بها لمساهمتها فى تطور التجارة الدولية والعالمية.

فقد تناولت بدءً من ماهية وأطراف خطاب الضمان وإجراءات وشروط إصدار وبدأت في **المبحث الأول:** بتعريف ماهية خطاب الضمان ومفهوم خطابات الضمان مدلول خطابات الضمان المصرفية في المطلب الأول وكذلك تعريف خطابات الضمان المصرفية في المطلب الثاني وأهميتها ووظيفتها في المطلب الثالث.

ثم انتقلت **للمبحث الثاني:** موضحًا موقف الفقه والقضاء من خطابات الضمان المصرفية وتناولت موقف الفقه من خطابات الضمان المصرفية في المطلب الأول ثم موقف القضاء من خطابات الضمان المصرفية في المطلب الثاني.

ويمكننا استخلاص الخصائص التى تميز بها خطاب الضمان ومنها أن خطاب الضمان يمتاز بخصيصة شرط الكفالة الذاتية، وأن التزام البنك فى خطاب الضمان التزام بات ونهائى فى مواجهة المستفيد وأنه يمثل مبلغاً من النقود يكون معينا أو قابلاً للتعيين– وأن التزام البنك فى مواجهة المستفيد التزام مستقل عن الالتزام الذى كان سبباً فى نشوئه– وهناك خصائص أخرى تشترك فيها مع الكفالة المصرفية وهى أن خطاب الضمان عقد ملزم لجانب واحد بالإضافة إلى أنه له صفة تجارية.

المراجع

- د. بضرانى نجاة، الائتمان المصرفى بطريق التوقيع، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٧.
- د. حياة شحاته سليمان، مخاطر الائتمان فى البنوك التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٩.
- د. سميحة القليوبى، الأسس القانونية لعمليات البنوك، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.

- د. سيد بدوى: مبدأ حسن النية فى المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٩.
- د. على البارودى، العقود التجارية وعمليات البنوك وفقاً لحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩١.
- د. على العريف، شرح القانون التجارى، الجزء الأول، ط. ١٩٥٩.
- د. على جمال الدين عوض: خطابات الضمان المصرفية فى القضاء المصرى ووفقا لقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠.
- د. على جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٦٩.
- د. على جمال الدين عوض، التعليق على الحكم، عمليات البنوك، دار النهضة العربية، ط ١٩٦٠، بند ٨٣.
- د. محمد حسنى عباس: عمليات البنوك، دار النهضة العربية، ط ١٩٦٨.
- د. محمود الكيلانى، عمليات البنوك، الجزء الأول، الكفالات المصرفية وخطابات الضمان، دار الجيب للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٢.
- د. محمود سمير الشرقاوى، القانون التجارى، الجزء الثانى، دار النهضة العربية، ١٩٨٤.
- د. مراد منير فهيم، القانون التجارى، العقود التجارية وعمليات البنوك، ط ١٩٨٢.
- د. مصطفى كمال طه، القانون التجارى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩، الوجيز فى القانون التجارى، ط ١٩٧٣.
- د. مصطفى كمال طه، بحث منشور فى مجلة المحاماة المصرفية، العدد الثالث، السنة ٤٧، ١٩٦٦ من تشرين ثانى.
- نقض مصرى ١٩٦٤/٥/١٤ وحكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٦٣/٦/٢٠ مشار إليهما فى د. بضرانى نجاة.
- نقض مصرى الطعن رقم ٢٤٩ لسنة ٣٥ ق تاريخ ١٩٦٩/٥/٢٧، مجموعة أحكام النقض، سنة ٢٠، ص٨١١، الموسوعة الذهبية، ج ٨.
- نقض مصرى، الطعن رقم ١٠٦ سنة ٣٧ ق طعن ١١ سنة ق جلسة ١٩٧٣/٣/٤ س ٣٣ ص٤٠١، مشار إليه فى د. احمد حسنى، قضاء النقض التجارى.
- نقض مصرى، الطعن رقم ٦٤٨ السنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/٤/١٢ وبذات المعنى نقض مصرى، طعن ٣٧٠ سنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٥/١٤.
- نقض مصرى، طعن رقم ٤١٢ سنة ٣٥ جلسة ١٩٦٩/١٢/٣٠ س ٢٠ ص١٣٦٣.

(ISSN : 2537 - 0758)

- تمييز حقوق ٨٩/١٠٣٨، الأردن، عمان، مجلة نقابة المحامين السنة ٣٩ ص١٣٥٣ وتمييز حقوق ٨٩/١٠٦٠ مجلة نقابة المحامين السنة ٣٩.
- تمييز حقوق ٧٥/١٢، الأردن، عمان، مجموعة النقابة سنة ١٩٧٥، ص١٢١٤.
- تمييز حقوق الأردن، رقم ٨٩/١٠٢٨ مجلة نقابة المحامين ١ لسنة ٣٩، ص١٣٥٣، وتمييز حقوق الأردن، ٨٩/١٠٦٠ مجلة نقابة المحامين ١ لسنة ٣٩، ص١٣٧٩.
- تمييز حقوق الأردن، رقم ٧٥/١٢ مجلة نقابة المحامين ١ لسنة ٢٣، عام ١٩٧٥.
- تمييز حقوق الأردن، رقم ٧٥/١٢.
- تمييز حقوق رقم ٨٧/١٩٧٠ مجلة نقابة المحامين السنة ٣٨.
- Charkes Bon Laux: Les garanties bancaires dems Le Cammerce International Rev., Banque Fev. 1982, no. 414.
- Cour De Justice Civil De Geneva, Ire sect. 12 Sept., 1985. (Union de Banques Skuisses; U.B.S., et General establishment for cereal Processing and trade C. Miranos international trading in C.S.A.) Dalloz, sirey 1985.
- Court de Justice Civile de Geneve, 14 Mars, 1985 (Iranian government trading, Corporation et banquet. Melle, Iran C. secogest S.A.).
- Court of appeal, 17 July, 1984 united trading Cortporation Sa and other V Allied Arab bank Ltd., and others; Murray Clayton Ltd., and others, V. Pafindain and others International banking law, 1984, 48, 1985 – 142.
- Dalloz. Sirey, 1985, p. 167, 164 Note vasseur.
- Entrepase et Autres, C. Credit Lyonnais – CD, 1986.
- Gavalda et stoufflet, 1, artcle Precite no. 21.
- Georgers Ripert: traite élèmentgaire de droit Commercial, 3 edit. No 2185.
- Henry: terrd et Henri le jeune: traite des operations commerciales pante.
- Jaeques Ferronniere: les operations de banquet, 1958 on 315.\
- Trib. Com. De Melun, 29 avr; 1985, I.R., 159. Edwardowen. V. Barclays Bank 1977, 3 W.L.R. 764.
- Trib; Com. De Paris, Ref., 1re Aout, 1984, S.A.G.T.M.,
- Vivant: Le Fondement Juridique des obligatons abstraites, D.S. 1978, Chron. 39.