خطابات الضمان الملاحية

الدكتور/ محمد إبراهيم موسى
- أستاذ مساعد وقائم بعمل رئيس قسم القانون التجارى
كلية الحقوق - جامعة طنطا

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَقُل لِّعِبَادِي يَقُولُواْ الَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ الشَّيْطَانَ يَنزَغُ بَيْنَهُمْ إِنَّ الشَّيْطَانَ كَانَ لِلإِنْسَانِ عَدُوّاً مُّبِيناً﴾(١)

«صدق الله العظيم»

مقدمة

كان لانتصار الأفكار التحررية وإزالة الحواجز والقيود القانونية أمام التجارة الدولية أكبر الأثر فى رواج تلك التجارة. فهذا التحرر ساعد إلى حد كبير على زيادة حجم المبادلات وابتكار أنواع كثيرة من الأنشطة. بيد أن استمرار هذه الزيادة يستلزم توفير السبل والأدوات التى تبعث الثقة فى نفوس المتعاملين. فلا يمكن أن نصل إلى هذه الزيادة وهذا التنوع إلا ببعث الثقة وزرع الطمأنينة فى نفوس هؤلاء المتعاملين. فالفكرة الجوهرية التى تسيطر على الطرح الفكرى للأوساط التجارية هى عدم الفصل بين ما يجرى من تعاملات والأدوات أو السبل التى توفر لها الأمان وحسن التنفيذ، لاسيما إذا كانت هذه الأدوات بعيدة عن تدخل الدولة.

ولاشك أنه يقع على القانون الجانب الأكبر من توفير تلك الثقة وحماية هذه الأوساط. فالقانون هو الذى يوفر الوسائل التى تحمى المعاملات وتولد لدى أطرافها الثقة وتبعث فى نفوسهم الاطمئنان، وهو الأمر الذى يساعد، فى ذات الوقت، على ازدهار المعاملات التجارية وإعطائها أهمية كبيرة باعتبارها تجسيداً لحركة التجارة الدولية التى تشغل مركزاً حيويا فى حياة الأمم والشعوب، نظرا للاعتماد المتبادل عليها فى

(١) آية ٥٣/الإسراء.

إشباع الحاجات والوفاء بالمتطلبات [1]. مع هذا فإن القانون قد يقتصر دوره على مجرد الكشف عن السبل التى أقرتها الأوساط التجارية وتقنينها فى نصوص قانونية تحمى تلك المعاملات. فلقد ساعدت الأفكار التى أوجدتها الممارسة العملية على تخفيف الدور الذى يمكن أن يساهم به القانون فى توفير تلك الحماية، لاسيما عندما تقتصر الفكرة الأساسية التى تسيطر على الطرح القانونى فى البحث عن وسيلة آمنة يقرها الأطراف وتساعدهم، فى نفس الوقت، على إجراء تعاملاتهم فى جو من الثقة والأمان.

فاحتياج المعاملات التجارية إلى الأمان، قاد أطرافها، فى كثير من الأحوال، إلى البحث عن السبل التى توفر لهم ذلك من خلال تأمينات يقدمها أحدهما للآخر، على نحو يضمن جديته فى تنفيذ الالتزامات التى يولدها العقد المبرم بينهم[2]. وتتعدد التأمينات التى يقدمها الأطراف، ما بين تأمينات عينية وأخرى نقدية، تزداد أهميتها بتدخل المصارف فى تقديمها[3]. فلقد أيقن أطراف المعاملات التجارية أن أفضل التأمينات التى يمكن أن يقدمها طرف إلى الآخر تلك التى تتحقق بتدخل من جانب البنوك، تدخل يمنح تسهيلات ائتمانية تساعد العملاء على تنفيذ أنشطتهم المختلفة، بصرف النظر عن المجال الذى تبرم من خلاله[4]. صحيح أن هذه

---

(١) د/ أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانونى لعقد القرض الدولى، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٠، صـ٦ ؛ د/ أحمد محمد الهوارى، حماية العاقد الضعيف فى القانون الدولى الخاص، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، صـ١٢.

(٢) د/ عبد الفضيل محمد أحمد، العقود التجارية وعمليات البنوك طبقا لأحكام القانون رقم ١٧ لسنة ٩٩، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، بدون سنة نشر، فقرة ٢٧٧، صـ٣٥٣.

(٣) د/ محيى الدين إسماعيل علم الدين، العمليات الائتمانية فى البنوك وضماناتها، بدون دار نشر، ١٩٦٨، فقرة ١، صـ٣٠٨ وما بعدها.

(٤) د/ محمود مختار أحمد بريرى، قانون المعاملات التجارية، عمليات البنوك، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، فقرة ١٦٦، صـ١٦٠ ؛ د/ عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٠، صـ١٣٤ وما بعدها.

الضمانات يلجأ إليها أطراف العقود التجارية، سواء فى مجال المقاولات أو الأشغال العامة، أو فى عمليات التوريد، لاسيما تلك التى تتم من خلال المناقصات والمزايدات العامة(١). مع هذا فإن هذه الضمانات ليست حكراً على هذه الأنشطة، وإنما تتنوع مجالات اللجوء إليها، خاصة إذا نظرنا إلى الوظيفة الأساسية التى تبغى تحقيقها وهى توفير الثقة والأمان لدى أطراف العلاقات التجارية(٢).

فلتوفير الثقة ومنح أطراف العلاقات التجارية الائتمان ابتكرت البنوك آلية خطابات الضمان، آلية مستقلة عن جميع العلاقات التى تنبثق أو تتولد عنها. استقلال يقود إلى تدعيم وترسيخ للثقة بين أطراف هذه العقود التى تتطلب نوعاً خاصاً من التأمين أو الضمان، على نحو يدفع كل واحد منهم إلى حسن تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العلاقات التى تربط

---

(١) د/ محمد فريد العريني & د/ على البارودى، القانون التجارى، العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠١٠، فقرة ٢٦٢، صـ٣٥١ ؛ د/ سميحة القليوبى، النظام القانونى لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف وبالنسبة إلى الغير، الشركة المصرية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٧٣، صـ٢ ؛ د/ فايز نعيم رضوان، العقود التجارية وعمليات البنوك طبقا لأحكام قانون التجارة الجديد ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، ط٢، ٢٠٠٠- ٢٠٠١، فقرة ١٤٠، صـ٤٢٦ ؛ د/ هانى محمد دويدار، أصول القانون التجارى اللبنانى، العقود التجارية والعمليات المصرفية، ج٣، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦، فقرة ٥٤٥ وما بعدها، صـ٤١٥ وما بعدها.

(٢) د/ سميحة القليوبى، النظام القانونى لخطابات الضمان، المرجع السابق، صـ١٤ ؛ د/ على البارودى، العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، فقرة ٢٧٤، صـ٣٩٣ ؛ د/ رضا عبيد، القانون التجارى، بدون دار نشر، ط٥، ١٩٨٤، فقرة، ٦٨٨، صـ٦٤٢ ؛ د/ عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، المرجع السابق، صـ١٣٧، حيث يقرر سيادته أنه "إذا كان الوضع المألوف أن يكون مجال استعمال خطابات الضمان هو ميدان التجارة، إلا أن العمل عرف تطبيقات غريبة له، نذكر منها مثلا أن والد فتاة مصرية اشترط على من تقدم للزواج منها، وكان فلسطينى الجنسية، تقديم خطاب ضمان من أحد البنوك، يملك طلب قيمته إذا غادر مصر نهائيا" ؛ راجع أيضا أ/ سميرة أبو نسيم، خطابات الضمان، دراسة مقارنة بين الأنظمة القانونية فى مصر والمغرب وفرنسا، رسالة ماجستير، حقوق طنطا، ٢٠٠٩، صـ٢.

بينهم. وإذا كان الفن المصرفى قد ابتكر هذا النوع من الخطابات المصرفية، والتى تتميز عن طرق وأدوات أخرى أوجدتها الممارسة المصرفية، كالاعتمادات المستندية والكفالة المصرفية(١)، إلا أن واقع الحياة التجارية أفرز أنواعاً مستقلة من هذه الخطابات تلبى احتياجات الوسط الذى نشأت فيه، ونمت وتطورت من خلاله، كخطابات الضمان الملاحية، والتى تنشأ إما لغياب مستندات شحن البضاعة أو مقابل الحصول على سند شحن بحرى نظيف وخال من التحفظات(٢).

فخطابات الضمان المصرفية تلعب دوراً حيوياً فى الحياة الاقتصادية بصفة عامة والتجارية بصفة خاصة، نظراً للفوائد العديدة التى تحققها والأهداف التى تبغى الوصول إليها(٣). مع هذا فإن قيام هذه الخطابات بلعب هذا الدور وتحقيق تلك الأهداف، يستلزم توفير المناخ الملائم والتنظيم القانونى اللازم، باعتبارها إحدى الأدوات التى تساعد على

---

(1) **EISEMAN F. : Arbitrage et garantie contractuelle, R.A, 1972, p.379 et s ; DELEBEQUE ph. : Les garanties autonômes en droit interne, Bul.civ, 1992, p.374 ; SIMLER ph. : Apropos des garanties autonômes en droit interne souscrite par des personnes physiques, J.C.P, 1991, p.90.**

راجع أيضا، د/ على الأمير إبراهيم، التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتماد المستندى فى عقود التجارة الدولية ومسئوليته، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، فقرة ١٤ وما بعدها، صـ٢٢ وما بعدها ؛ د/ صليب بطرس & م/ ياقوت العشماوى، الاعتماد المستندى من المنظور العملى والمنظور القانونى، المركز العربى للصحافة – أهلاً، ١٩٨٤، صـ٥ وما بعدها.

(٢) بل إن البعض يرى أن خطابات الضمان الملاحية قد تستخدم «لضمان نصيب مالك البضاعة المشحونة فى الخسائر العمومية التى تصيب السفينة، ذلك أن تقدير الخسائر بواسطة الخبراء ونسبة ما يصيب كل مالك بضاعة من قيمتها يحتاج إلى وقت طويل قد يمتد بضع سنين. لذلك يكون هذا النوع من خطابات الضمان الذى يمكن المالك من استلام بضاعته غير محدد المدة (د/ محيى الدين إسماعيل علم الدين، العمليات الائتمانية فى البنوك، المرجع السابق، فقرة ١٠، صـ٣٢٤)».

(٣) د/ فايز نعيم رضوان، العقود التجارية وعمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ١٤٠، صـ٤٢٦ ؛ د/ سميحة القليوبى، الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، فقرة ٨٣ وما بعدها، صـ٤٢٩ وما بعدها.

زيادة حجم المبادلات وفاعلية أوجه عديدة من الأنشطة التى يمارسها أفراد المجتمع. كذلك فإن تميز خطابات الضمان بالاستقلال عن العلاقات الأخرى(١)، وإعطائها للمستفيد الحق فى الرجوع على مصدر الخطاب ومطالبته بتسييله، لا يحول دون البحث عن مدى إمكانية دفع الآمر أو المصدر بالغش البين أو التعسف الظاهر فى استعمال الحق. صحيح أن هذه الدفوع سيكون لها طبيعة خاصة فى مجال خطابات الضمان المصرفية بصفة عامة، وخطابات الضمان الملاحية بصفة خاصة، إلا أن توافر شروطها سوف يرتب مجموعة من الآثار الهامة التى تحد أو تقيد، بعض الشىء، من طابع الاستقلال الذى تتميز به هذه الخطابات(٢). بعبارة أخرى إذا كان العميل أو البنك لا يملكان اللجوء إلى العلاقة الأساسية لإمكانية الاحتجاج بالدفوع المستمدة منها، فهل يملكان الدفع بالغش أو تعسف المستفيد فى استعماله لحقوقه التى يولدها الخطاب لتجميد هذا الأخير أو للحيلولة بينه وبين الحصول على قيمة الخطاب ؟

وهكذا يتضح أن هذا الموضوع يمثل أو ذو أهمية عملية كبيرة، نظراً لأنه يتيح الفرصة لإعادة عرض المشاكل القانونية التى تطرحها خطابات الضمان الملاحية، لاسيما بعد تلك القواعد القانونية التى وضعتها الأمم المتحدة عام ١٩٩٥م بشأن توحيد الحلول المتعلقة بالمشاكل التى تثيرها

---

(1) GOBIN A. : Garanties financières et garanties autonômes, Gaz.pal, 17 décembre, 1999, p.30 et s ; SIMLER Ph. : Cautionnement et garanties autonômes, Litec, 3e éd, 2000, no 4, p.5.

(٢) د/ رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك ذات الطابع الدولى، ط١، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، صـ٤٧ وما بعدها ؛ راجع كذلك د/ محمود مختار بريرى، قانون المعاملات التجارية، المرجع السابق، فقرة ١٦٩، صـ١٦٣، حيث يقرر سيادته عند تعرضه للمادة ١٩ من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥ بشأن خطابات الضمان المستقلة، أن أهم النصوص التى وضعتها هذه الاتفاقية هو هذا النص، نظراً لأنه يعدد الحالات التى تبرر الامتناع عن الوفاء كرد فعل طبيعى ومنطقى لمواجهة تعسف المستفيد أو غشه وسوء نيته.

خطابات الضمان المصرفية[1]. فليس الغرض من الدراسة إذن مجرد بحث تحليلى للطريقة التى يتصرف بها أطراف خطابات الضمان الملاحية

---

(١) وشأن معظم الاتفاقيات الدولية، حددت تلك الاتفاقية نطاق تطبيقها بالخطابات الدولية التى تصدر من ضامن فى دولة طرف فيها أو عندما تؤدى قواعد القانون الدولى الخاص إلى تطبيق قانون دولة موقعة عليها ما لم يتم استبعاد أحكام الاتفاقية، كما تسرى الاتفاقية عندما يتفق الأطراف على إعمال أحكامها. هذا ما تبرزه بوضوح المادة الأولى بنصها على أن «

1- La présente convention s'applique à tout engagement international mentionné à l'article 2 : a) Si l'établissement du garant / émetteur dans lequel l'engagement a été émis est situé dans un Etat contractant ; ou b) Si les règles du droit international privé aboutissent à l'application de la législation d'un Etat contractant, à moins que l'engagement n'exclue l'application de la présente convention.

2- La présente convention s'applique aussi à une lettre de crédit international non visé à l'article 2 s'il y est expressément mentionné qu'elle est soumise à la convention.

3- Les dispositions des articles 21 et 22 s'appliquent aux engagements internationaux visés à l'article 2, indépendamment du paragraphe 1 du présente article ».
Sur ce point, v. STOUFFLET J. : La convention des Nations-Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, RD bancaire, 1995, p.132 et s.
لمزيد من التفصيل، راجع د/ سميحة القليوبى، المنظمات الدولية، اتفاقية الأمم المتحدة فى شان الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ط٢، فقرة ١٥ وما بعدها، صـ٢٨ وما بعدها. وهو نفس الحكم الذى قررته القواعد الجديدة التى وضعتها غرفة التجارة الدولية بشأن خطابات الضمان المستقلة، والتى دخلت حيز التنفيذ اعتبارا من أول يوليو ٢٠١٠ (لمزيد من التفصيل، راجع:
PIEDELIEVRE S. : Les nouvelles règles de la CCI) relatives aux garanties à première demande, RTD com, 2010, p.513, où il décide que selon l'alinéa I de l'article I des RUGD 758, les règles uniformes lient toutes les parties à la garantie à première demande ou à la contre-garantie, sauf si la garantie ou la contre-partie les exclut en tout ou en partie).

كمستفيدين من الظروف الداعية إلى إصدار مثل هذه الخطابات، وإنما أيضا اكتشاف ما ينبغى أن يكون عليه حال هذه الخطابات كوسيلة تعطى أطراف العلاقات البحرية الطمأنينة عند إبرامها والثقة فى تمام تنفيذها على الوجه الأكمل.

ولهذا نود قبل التطرق إلى الحديث عن الكيفية التى يمكن من خلالها تناول هذه المعالجة، أن نشير إلى أن هذه الدراسة تطمح فى مسايرة التطورات الحديثة التى لحقت بهذا الموضوع سواء على المستوى الوطنى أو المستوى الدولى. وتتجلى هذه المسايرة من ناحيتين. الناحية الأولى : تتمثل فى تدعيم الدراسة بالمبادئ التى أرساها القضاء فى هذا المجال، لاسيما تلك المتعلقة بالسبل التى يمكن من خلالها إيجاد نوع من التوازن بين ما تتمتع به خطابات الضمان من استقلال وما يمكن أن يوضع بين يدى الآمر للحد من النتائج المترتبة على هذا الاستقلال. الناحية الثانية : إجلاء القواعد الجديدة التى أرستها الاتفاقيات وغرفة التجارة الدولية(١)، والتى تعد بحق تلبية لما تحتاجه هذه الخطابات من تجديد، كما أنها تمثل نقطة الانطلاق نحو إرساء قواعد تقنن ما استقرت عليه الأعراف وما رسخ فى مجتمع الأعمال من سلوك.

---

(١) فلقد وضعت غرفة التجارة الدولية قواعد موحدة بشأن خطابات الضمان صدرت بالمنشور رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٩٢، تضاف إلى اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥، لاسيما بعد أن قرر المشرع المصرى فى الفقرة الثانية من المادة ٣٥٥ سريان القواعد والعادات السائدة فى المعاملات الدولية بشأن خطابات الضمان فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف. وفى تفسير هذا النص يذهب البعض إلى القول وبحق بأن المشرع قد جعل من العادات " التجارية بشأن خطابات الضمان قواعد قانونية ملزمة، تستمد قوتها الملزمة من إرادة المشرع وليس من إرادة المتعاقدين، وتعد قواعد مكملة بحيث تطبق على أطراف الخطاب إذا لم يتفقوا على مخالفة حكمها، ذلك أن المشرع فى المادة الثانية من قانون التجارة قد جعل من اتفاق الأطراف المصدر الأول للالتزامات التجارية، ومنها الالتزامات الواردة فى خطاب الضمان يليها قانون التجارة، ثم العرف التجارى ثم العادات التجارية (م/ محمد عزمى البكرى، موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد، المجلد الثانى، الالتزامات والعقود التجارية، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، بدون سنة نشر، صـ١٢٥٩)".

فهذا التنظيم القانونى الجديد يثير إذن مجموعة من التساؤلات، خاصة تلك المتعلقة بقيمة ومدة خطابات الضمان الملاحية. فهذه الأخيرة تنفرد ببعض الخصائص، التى تلقى عليها نوعاً من التفرد، مقارنة بخطابات الضمان المصرفية الأخرى. كما أنه يساعدنا على إلقاء الضوء على السبل التى تبرر الامتناع عن السداد، على الرغم من تقدم المستفيد إلى البنك ومطالبته بالوفاء.

وهكذا فإن لى من الأمل أن تسهم هذه الدراسة فى بيان الأسس التى يمكن الارتكان عليها لإظهار نوعا من التناغم بين الأهداف التى تربو تلك الخطابات تحقيقها والسبل التى يتم الاستناد إليها لتوفير الثقة لدى الآمر فى أن المستفيد لن يقدم على تسييل الخطاب إلا عندما يكون له الحق فى ذلك. ومن ثم فإن الأمر يستدعى التعرض فى البداية لماهية خطابات الضمان وما يمكن أن تنفرد به خطابات الضمان الملاحية من خصوصية، وذلك قبل إلقاء الضوء على آثار الغش أو التعسف فى طلب الوفاء بقيمة الضمان الملاحى.

وعليه فإن تناولنا لهذا الموضوع سيكون من خلال فصلين:

الفصل الأول: ماهية خطابات الضمان.

الفصل الثانى: الغش والتعسف فى طلب وفاء الضمان الملاحى.

الفصل الأول

ماهية خطاب الضمان

مما لا شك فيه أن خطابات الضمان تلعب دوراً هاماً ومؤثراً فى الحياة الاقتصادية بصفة عامة، والتجارية بصفة خاصة. فهذه الخطابات تُعد الأداة الرئيسية التى تضمن لممارسى الأنشطة الاقتصادية والتجارية المناخ الصحى لنجاح العمليات التى يقومون بها، سواء على المستوى الداخلى أو المستوى الدولى. فهى وسيلة من وسائل تحقيق الثقة والاستقرار واحترام الالتزامات التى تولدها العلاقات القانونية التى يبرمها ممارسى تلك الأنشطة، خاصة عندما تتخذ هذه الخطابات صورة خطابات الضمان الملاحية. ففى مجال التجارة البحرية يتعاظم دور النقل البحرى للبضائع -

باعتباره الوسيلة أو الأداة التى يتم من خلالها تنفيذ الصفقات التجارية الدولية. فإذا كان هذا النوع من خطابات الضمان يصدر لضمان العمليات المتولدة عن سندات الشحن البحرية، فإن هذه الأخيرة يتعاظم دورها، طالما أنها تعد الفرصة أو المناسبة التى تصدر بشأنها هذه الخطابات.

ومن ثم فإنه يتعين علينا التعرض لمفهوم خطابات الضمان المصرفية (المبحث الأول)، قبل تعرضنا لحقيقة خطابات الضمان الملاحية (المبحث الثانى).

المبحث الأول

مفهوم خطابات الضمان المصرفية

نظراً لأهمية خطابات الضمان المصرفية ودورها فى تدعيم وترسيخ الثقة بين أطراف العلاقات التجارية، فقد تعرضت التشريعات الوضعية والاتفاقيات الدولية لتعريف هذه الخطابات. وهو الأمر الذى يستدعى التعرض لهذا التعريف لبيان خصائصها، وما تتمتع به هذه الخطابات من استقلالية تميزها عن غيرها من الأنظمة المصرفية الأخرى، وذلك من خلال مطلبين، نعرض فى الأول منهما لتعريف خطاب الضمان، وفى الثانى لمبدأ الاستقلال وتميز خطابات الضمان عن غيرها من الأنظمة الأخرى.

المطلب الأول

تعريف خطابات الضمان

إزاء أهمية خطابات الضمان المصرفية وتزايد الدور الذى تلعبه على مستوى العلاقات الاقتصادية والتجارية أفرد لها المشرعون الوطنيون وكذلك الاتفاقيات الدولية، نصوصاً خاصة توفر لها المناخ الصحى وتحدد الإطار التشريعى الذى ينظم العلاقات القانونية المنبثقة عنها. هذا ما تبرزه بوضوح المواد من ٣٥٥ إلى ٣٦٠ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م. وهذا ما توضحه أيضاً اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥م بشأن خطابات الضمان المصرفية.

ومن هذا التنظيم القانونى لخطابات الضمان يمكننا تعريفها بأنها تعهد مكتوب غير قابل للرجوع فيه يلتزم بمقتضاه أحد البنوك بأن يدفع للمستفيد، بناء على طلب عميله الآمر، مبلغاً محدداً من المال أو قابلاً للتحديد عند أول طلب يتسلمه، دون التفات إلى أية معارضة من قبل الآمر، طالما أن المطالبة تمت خلال فترة سريان الخطاب(١).

ومن هذا التعريف يتضح أنه لإلحاق وصف خطاب الضمان بالصك المكتوب، لابد من توافر مجموعة من الشروط هى:

١- أن يكون الصك صادراً عن بنك أو مؤسسة مالية.

٢- أن يكون الصك كافياً بذاته.

٣- أن يكون تعهد البنك مستحقاً بمجرد صدوره.

٤- أن يكون البنك ملتزماً بالوفاء بمجرد المطالبة.

هذا الإجمال يلزمه تفصيل على النحو التالى:

---

(١) قارب من هذا، د/ محمد فريد العريني & د/ على البارودى، القانون التجارى، العقود التجارية والعمليات المصرفية، المرجع السابق، بند ٢٦٤، صـ٣٥٢؛ د/رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك ذات الطابع الدولى، المرجع السابق، ص ٣٢ وما بعدها؛ د/ حسين فتحى عثمان، التنظيم القانونى للحسابات والائتمانات المصرفية، مطبعة جامعة طنطا، ٢٠٠٩؛ د/ على الأمير إبراهيم، التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتمادات المستندية، المرجع السابق، فقرة ٥٠، ص ٤٥.

SIMLER Ph.: Cautionnement et garanties autonômes, Litec, 1999, no 857; CABRILLAC M. et MOULY Ch.: Droit des sûretés, Litec, 1999, no 396 où ils décident que la garantie autonôme s'agit "d'un engagement de payer une somme déterminée, donnée à l'occasion et en garantie d'une opération économique mais rendu indépendant de cette opération par l'inopposabilité au bénéficiaire des exceptions inférentes à cette opération" ; PRUM A. : La consecration légale des garanties autonômes, in Mélanges P. SIMLER, Litec, 2006, p.413.

١- صدور الخطاب عن بنك أو مؤسسة مالية

هذا العنصر يبرزه بوضوح نص المادة ٣٥٥ من قانون التجارة المصرى، إذ تنص فى فقرتها الأولى على أن خطاب الضمان هو تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب الآمر. فلقد اشترط المشرع المصرى أن يكون هذا التعهد صادراً عن أحد البنوك، ومن ثم فإن التعهد الذى تصدره مؤسسة أخرى أو أى شخص آخر لا ينطبق عليه الوصف الذى نظمه المشرع فى قانون التجارة الجديد. مع هذا فقد وسعت اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥ فى مادتها الثانية من نطاق الهيئات التى يمكنها إصدار مثل تلك الخطابات، وذلك بنصها على أن خطاب الضمان هو تعهد مستقل تصدره مؤسسة مالية، سواء أكانت بنكاً أو مؤسسة أخرى، أو أى شخص آخر بناء على طلب من العميل[١]. فوفقاً لهذه المادة لم يعد إصدار خطاب الضمان قاصراً على البنوك وحدها، كما هو شأن كافة التشريعات الوطنية لدى العديد من الدول[٢]. فلقد سمحت هذه الاتفاقية بأن يكون

---

(١) وهذا ما تبرره الفقرة الأولى من المادة الثانية من الاتفاقية بنصها على أن:

For the purposes of this convention, an undertaking is an independent commitment, Known in international practice as an independent guarantee or as a stand by letter of credit, given by a bank or other institution or person (guarantorissuer) to pay to the beneficiary a certain or determinable amount upon simple demand or upon demand accompanied by other documents, in conformity with the terms and any documentary conditions of the undertaking indicating, or from which it is to be inferred, that payment is due because of a default in the performance of an obligation, or because of another contingency, or for money borrowed or advanced, or an account of any mature indebtedness undertaken by the principal, applicant or another person.

(٢) لمزيد من التفصيل حول موقف التشريعات الوطنية من الجهة صاحبة الحق فى إصدار خطابات الضمان، راجع د/ سميحة القليوبى، النظام القانونى لخطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ١٢ وما بعدها، ص ١٩ وما بعدها؛ أ/ سميرة=

الضمان صادراً عن بنك أو أى شركة أو شخص من أشخاص القانون، خلاف هذه المؤسسات[1]. وهذا هو النهج الذى سلكته قواعد غرفة التجارة الدولية الخاصة بخطابات الاعتماد الضامنة لسنة ١٩٩٨م، وكذلك المادة الخامسة من التقنين الأمريكى الموحد، إذ سمحت لشركات التأمين والأشخاص الطبيعية والمعنوية بإصدار هذه الضمانات، بل إنها أعطت الشركة الأم هذه الإمكانية لضمان أحد فروعها أو شركاتها الوليدة[2]. فعقد مقارنة بين نص المادة ٣٥٥ من قانون التجارة المصرى والمادة الثانية من اتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٩٥ يبرهن على أن نص الأخيرة أكثر اتساقاً مع الدور الذى نيط بخطابات الضمان القيام به. فإذا كان الهدف من صياغة إطار تشريعى يساعد على زيادة الثقة فى هذه الخطابات، فإنه من الضرورى السماح لأطراف العلاقات الاقتصادية بالحصول على هذا الضمان من أى شخص ومن أى جهة، طالما أن لديهم القدرة على زيادة الثقة وبث الطمأنينة فى نفوس هؤلاء الأطراف. صحيح أنه لا يمكن اللجوء إلى نص الفقرة الثانية من المادة ٣٥٥ من القانون المصرى لإقرار

= أبو نسيم، خطابات الضمان، الرسالة السابقة، ص ١٠٦؛ د/ عبد الفضيل محمد أحمد، العقود التجارية وعمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ٢٧٨، ص ٣٥٥؛ د/مختار بريرى، قانون المعاملات التجارية، المرجع السابق، فقرة ١٦٩، ص١٦٢؛ م/ محمد عزمى البكرى، موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد، المرجع السابق، ص ١٢٥٢، حيث يقرر أن ما قرره المشرع المصرى بشأن الجهة المصدرة لخطابات الضمان (البنوك)، جاء على خلاف «القواعد الدولية فى الضمانات وهى مجموعة غرفة التجارة الدولية رقم ٤٥٨ الخاصة بالضمانات لدى الطلب، ومجموعة غرفة التجارة الدولية رقم ٥٢٤ الخاصة بصكوك ضمان العقود، ومجموعة الأنسترال للكفالات المستقلة وخطابات الاتحاد الضامنة (ساندباى)، فكلها تجمع على أن الضمان يمكن أن يصدر من غير بنك سواء من شخص طبيعى أو شخص اعتبارى لضمان التزامات شخص آخر كما لو صدر من شركة أم أو شركة قابضة لضمان التزامات تؤديها شركة أو شركة وليدة».

(١) د/ سميحة القليوبى، المنظمات الدولية، المرجع السابق، فقرة ٢١، ص٣٣.

(2) **LECHIEN D.: Les sûretés internationales (Etats – Unies Amériques), 1986, p. 673 ; HOUIN-BRESSAND C. : Les contre-garanties, Dalloz, 2006, no 114, p.96.**

هذه التوسعة، لاسيما أن هذا النص يسمح بإعمال القواعد والعادات السائدة فى المعاملات الدولية بشأن خطابات الضمان، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف فى هذا المجال. فالتفسير السليم لهذا النص لا يسمح بمثل هذه التوسعة، خاصة بعد أن عاد المشرع المصرى وأكد على ضرورة أن يكون مصدر الخطاب هو أحد البنوك، وذلك فى المواد من ٣٥٦ إلى ٣٦٠. فلقد أراد المشرع المصرى أن يضمن لخطابات الضمان أداء وظيفتها الأساسية فى حماية المعاملات وتوفير الثقة بين أطرافها، وهو الأمر الذى يتحقق من خلال قصر إصدار هذه الخطابات على البنوك ومن خلال النماذج والمحررات التى تصدرها. فمنعاً لما قد يحدث من تلاعب، أناط المشرع بالبنوك إصدار هذه الخطابات[1].

فوفقاً للرؤية التى أخذ بها المشرع المصرى يبدو واضحاً أن قيام البنوك بلعب دور الوسيط المالى هو ما يوفر الثقة بين أطراف الخطاب ويضمن قيام كل طرف بأداء التزاماته على الوجه الأكمل، لاسيما وأن هذه الثقة تعد الأساس الذى تقوم عليه المعاملات المالية والتجارية فى الأسواق الداخلية والدولية على السواء. ولا شك أن دعم هذه الثقة يساعد إلى حد كبير على زيادة حجم المعاملات وتعاظم دور المبادلات. أما إذا انعدمت هذه الثقة وظهر التلاعب فى منح الائتمان، فإن هذا سيقود حتماً إلى تقلص الأنشطة وتوقف بعض المعاملات، مما يؤثر على الاقتصاد القومى ويصيبه بالتباطؤ والركود. صحيح أن العديد من الشركات لديها القدرة الآن على منح التسهيلات الائتمانية لأطراف المعاملات المالية والتجارية[2]. مع هذا فإن إعطاء هذه الشركات الحق فى إصدار خطابات

---

(١) راجع فى هذا المعنى، د/ سعودى سرحان، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٢٥٠، حيث يقرر أن التعريف الذى أورده المشرع المصرى لخطابات الضمان فى قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، يقصر إصدار هذه الخطابات «على البنك وحده، وهذا الاتجاه يحمد للمشرع، سيما وأن التعليمات الصادرة من الإدارة العامة للحسابات ومشتريات الحكومة ومخازنها بوزارة المالية تستبعد نهائياً تدخل شركات التأمين فى هذا المضمار».

(٢) د/ محيى الدين إسماعيل علم الدين، العمليات الائتمانية فى البنوك، المرجع السابق، فقرة ٩٢ وما بعدها، صـ٣٩٢ وما بعدها.

الضمان من شأنه زعزعة الثقة بين أطرافها، والتى قد تتحقق عندما تقوم هذه الشركات بمنح تسهيلات وهمية، أو زائفة لا يمكن تسييلها إلى نقود عند طلب المستفيد ذلك. على العكس حينما يقبل البنك إصدار خطاب الضمان، فإنه يمنح ثقته للعملاء، حيث يسهل فى هذه الحالة تسييل هذا الخطاب عند مطالبة المستفيد، بسبب عدم وفاء العميل بالتزاماته الصادر من أجلها خطاب الضمان[1]

٢ـ الكفاية الذاتية لخطاب الضمان:

فى الحقيقية إن الكفاية الذاتية لخطاب الضمان تعنى أن ما يتضمنه الخطاب من بيانات تكفى بذاتها لبيان مدى الالتزامات الواردة به ومقدارها وميعاد استحقاقها. فهذه الكفاية تقتضى عدم توقف الالتزامات المنبثقة عن الخطاب على عناصر خارجية، تعلقت بمقدارها أو بكيفية استحقاقها. فالتزام مصدر الخطاب ينبغى ألا يتوقف على عنصر خارجى، سواء من حيث المقدار أو الاستحقاق[2]. هذا ما تبرزه بوضوح الفقرة الأولى من المادة ٣٥٥، إذ جاءت عباراتها واضحة فى اقتضاء عدم توقف التزام البنك على عنصر خارجى، وذلك بتقريرها أن خطاب الضمان هو تعهد مكتوب بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لصالح المستفيد. ثم جاءت المادة ٣٥٨ وأكدت على هذه الكفاية بتقريرها أنه «لا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد بسبب يرجع إلى علاقة البنك بالآمر أو إلى علاقة الآمر بالمستفيد».

فوفقاً لهذا الشرط يمكن الوقوف على ملامح الالتزام الثابت بالخطاب، دون حاجة إلى محرر آخر أو واقعة خارجية[3]. وعليه فإن

---

(١) أ/ أحمد غنيم، خطاب الضمان، إطار متكامل، نظرياً وعملياً وقانونياً، بدون دار نشر، ٢٠٠٨م، ص ٦.

(٢) د/ هانى محمد دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، المرجع السابق، ص٢٣٤.

(٣) هذا ما قررته أيضاً محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ١٩٨٩/٥/٢٩، بقضائها بأنه «الأصل فى خطاب الضمان ألا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجة عنه، ولا على تحقق شيط ولا على حلول أجل، إلا أنه لا يغير من ذلك أن يرتبط=

الخطاب يفقد خصائصه وأوصافه عندما يحيل إلى واقعة خارجية أو محرر آخر فى شأن تحديد الحق الثابت به أو نطاقه أو بيان أوصافه(١).

فالكفاية الذاتية لخطاب الضمان تقتضى إذن أن تأتى صيغته واضحة وقاطعة لا لبس فيها ولا غموض، ومحددة للمستفيد من الخطاب والغرض منه وقيمته ومدته، تحديداً دقيقاً، بل يتعين أن تتضمن عبارات الخطاب ما يفيد الوفاء به عند أول طلب دون اعتداد بأى معارضة قد يبديها العميل الآمر. مع هذا فقد استقر العمل على قيام البنك بإخطار العميل الآمر قبل دفع قيمة الخطاب، إذ جرى العرف المصرفى على قيام البنك فور تلقيه المطالبة بإخطار العميل وبصفة عاجلة بها، خشية أن يكون العميل قد وفى بالغرض الذى صدر من أجله الخطاب. بيد أن هذا الإخطار لا يعنى أن الخطاب قد فقد شرط الكفاية الذاتية أو أن هذا الإخطار يؤثر على استقلالية أو نهائية الالتزامات المتولدة عن خطاب الضمان والتى تقتضى قيام البنك بالوفاء عند أول مطالبة ودون التفات لأى معارضة من العميل. فهذا الإخطار يعنى إعمال ما استقر عليه العرف وجرى العمل به فى خطابات الضمان، لاسيما وأن المشرع المصرى قد أقر هذا الإعمال وسمح بتطبيق القواعد والعادات السائدة فى المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف فى هذا الصدد.

=تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد منه (طعن رقم ٢٠٤٨ لسنة ٥٨ ق، قضاء النقض التجارى، م/ أنور العمروسى، ص ٤٩٧». راجع أيضاً حكمها الصادر فى ١٩٩٨/١١/٣٠، الطعن رقم ٤٧٨ لسنة ٦٧ق، الطعن رقم ٩٢٦ لسنة ٦٨ق، الصادر فى ١٩٩٩/١٢/٢٨، حيث أكدت المحكمة على هذا الانفصال وعلى انفراد عبارات الخطاب بتحديد التزام المصدر والشروط التى يدفع بمقتضاها، والتى يؤدى تحققها إلى وجوب قيامه بالدفع فوراً، نظراً لأنه لا يلتزم إلا فى حدود تلك الشروط بمقتضى المستندات المحددة، دون توقف الوفاء على واقعة خارجة عن الخطاب.

(١) د/ محيى الدين إسماعيل علم الدين، العمليات الائتمانية فى البنوك، المرجع السابق، فقرة ٣٩، صـ٣٤٤ ؛ د/ هانى محمد دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، المرجع السابق، صـ٢٣٤.

فى الحقيقة إن شرط الكفاية الذاتية لخطاب الضمان يطرح تساؤلاً مهماً يتعلق بخطابات الضمان الملاحية، وهو مدى اعتبارها من قبيل هذه الخطابات من عدمه، خاصة وأنها تكون غير محددة القيمة أو المدة.

لقد ذهب البعض من الفقهاء إلى القول بأن هذه الخطابات لا تعد من قبيل خطابات الضمان بالمعنى الفنى. فافتقاد هذا النوع لبعض الأركان الجوهرية لخطابات الضمان يقود إلى القول بأن صدور خطابات الضمان الملاحية دون تحديد للأجل أو القيمة يجردها من هذا الوصف(١). بيد أن العمل قد جرى على اعتبار هذه الخطابات ضمن خطابات الضمان، خاصة وأنها تواجه أحداث تصدر بشأن معاملات تقتضى بطبيعتها مثل هذا الخروج على الأحكام العامة لخطابات الضمان(٢). فنظراً لأن هذا النوع من الخطابات يهدف إلى ضمان عمليات استيراد البضائع من الخارج، والتى قد يتأخر وصول مستندات الشحن الخاصة بها، مما يؤدى إلى تعرضها للتلف أو العطب، يحتم التضحية ببعض الأركان من أجل القيام بدورها المنشود فى حماية المعاملات وتوفير الثقة بين أطرافها. فهذه المقتضيات تستلزم إصدار مثل هذه الخطابات، التى تفقد بعض الأركان، طالما أن البضائع التى تصدر بمناسبتها خطابات الضمان الملاحية واردة على قوة اعتمادات مستندية تفتحها البنوك لمن يتميز من عملائها بالسمعة الطيبة والملاءة المالية.

٣ـ الاستحقاق بمجرد الصدور:

إن الغاية التى يهدف إليها خطاب الضمان هو اطمئنان المستفيد إلى إمكانية الحصول على النقود من مصدر الخطاب بمجرد مطالبته بالوفاء. وهو الأمر الذى يستلزم أن يكون تعهد المصدر بالوفاء مستحقاً بمجرد إصداره للخطاب. فالاستحقاق يتعين أن يكون ناجزاً، غير معلق على شرط أو مضاف إلى أجل. ولعل ما يؤكد هذا الاستحقاق هو استقلال

---

(١) أ/ أحمد غنيم، خطابات الضمان، المرجع السابق، ص ٢٦.

(٢) د/ محيى الدين إسماعيل علم الدين، العمليات الائتمانية فى البنوك، المرجع السابق، فقرة ٤٢، صـ٣٤٧ وما بعدها.

علاقة البنك بالمستفيد. فالبنك، أو بمعنى أدق مصدر خطاب الضمان، يلتزم بالوفاء بالمبلغ الثابت فى خطاب الضمان عندما تتحقق شروط الوفاء. فتحقق هذه الأخيرة يفرض على مصدر الخطاب الالتزام بالوفاء، على نحو يقود إلى إحلال المصدر محل المستفيد فى الرجوع على الآمر بما يدفعه. فوفاء مصدر الخطاب غير موقوف على شرط أو مضاف إلى أجل، وإنما هو تعهد ناجز يستلزم تحققه تقديم المستفيد سنداً للتنفيذ. أما إذا لم يقم المستفيد بتقديم السند أو كان هذا الأخير غير صحيح، كان للمصدر الحق فى الامتناع عن الوفاء.

بيد أن التزام المصدر بالتحقق من سند التنفيذ لا يعد هو الالتزام الوحيد فيما يتعلق بالاستحقاق، وإنما يتعين أيضاً أن يلتزم المصدر بالعبارات الواردة فى خطاب الضمان، والتى اتفق أو حددها العميل فى عقد الاعتماد. فإذا وفى المصدر دون أن يلتزم بتلك العبارات، فإنه يتحمل المسئولية كاملة فى مواجهة الآمر(١). فلا يجوز للمصدر، عند قيامه بالوفاء، أن يحل محل المستفيد فى الرجوع على الآمر عندما يخالف ما تم الاتفاق عليه فى عقد الاعتماد. ففى هذه الحالة تقوم مسئولية المصدر العقدية لإخلاله بأحد الالتزامات التى تفرضها العلاقات التى تربط بينه وبين العميل الآمر. فأساس هذه العلاقة هو عقد الاعتماد، والذى يبين وينظم حدود العلاقة بين الآمر وبين المصدر، فهو المرجع الذى يحتكم إليه عند نشأة أى خلاف أو نزاع بينهما(٢). فعقد الاعتماد يتضمن عادة كل

---

(١) هذا ما قضت به محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ١٩٨٠/١٢/٢٢م بقضائها بأنه «من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا ما أصدر البنك خطاب ضمان لكفالة عميله، فإن علاقة البنك بالمستفيد يحكمها هذا الخطاب وحده، وعباراته هى التى تحدد التزام البنك والشروط التى يدفع بمقتضاها، حتى إذا ما طلب منه الوفاء فى أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت إليه المستندات المحددة فى الخطاب، وجب عليه الدفع فوراً بحيث لا يلتزم إلا فى حدود تلك الشروط أو يعتد بغير هذه المستندات (مجموعة حكام النقض، طعن رقم ١٣٤٢ لسنة ٤٩ق)».

(٢) راجع ما بعده، صـ٥٣ وما بعدها.

التفاصيل الخاصة بالخطاب سواء من حيث النوع أو القيمة أو الغرض أو المستندات المطلوبة. فهو يحدد كيفية «المطالبة بالوفاء، مقدار العمولة المستحقة للبنك، تعديل الخطاب، مد أجله، نوع وحجم الغطاء الخاص بخطاب الضمان وغير ذلك من التفاصيل التى تمثل أركان خطاب الضمان، كل ذلك فى أسلوب واضح ومختصر ودقيق لا يجوز معه للبنك اللجوء إلى التفسير أو التقدير أو الاستنتاج أو الخروج عن تعليمات وشروط العميل الآمر والتى ضمنها هذا العقد[1]».

وإذا كان عقد الاعتماد هو الأساس فى قيام العلاقة بين المصدر والآمر، فإن إصدار الخطاب يعد التزاماً بالإرادة المنفردة[2]. فعلى الرغم من تعدد النظريات التى قال بها فقهاء القانون التجارى فى بيان حقيقة العلاقة بين المصدر والمستفيد[3]، فإن الرأى الغالب قد انتصر إلى اعتبارها

---

(١) أ/ أحمد غنيم، خطابات الضمان، المرجع السابق، ص ١٤ ؛ د/ هانى محمد دويدار، أصول القانون التجارى اللبنانى، العقود التجارية، والعمليات المصرفية، الجزء الثالث، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص٤٢١.

(٢) د/ فايز نعيم رضوان، العقود التجارية وعمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة١٤٧، ص ٤٢٩ ؛ د/ عبد الفضيل محمد أحمد، العقود التجارية وعمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ٢٨٢، ص ٣٥٩ ؛ م/ عبد المجيد الشواربى، القانون التجارى، العقود التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٥٥٤.

(٣) راجع د/ محيى الدين إسماعيل علم الدين، العمليات الائتمانية فى البنوك، المرجع السابق، فقرة ١٣٤ وما بعدها، صـ٤٣٧ وما بعدها ؛ د/ سعودى سرحان، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المرجع السابق، ص ٢٨٣ وما بعدها، حيث يقرر أن الفقه قد أسهب فى عرض النظريات التى تبرز حقيقية هذا الاستقلال وتوضح الطبيعة القانونية لخطابات الضمان المصرفية، والتى تدور حول نظرية الكفاية ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير ونظرية الإنابة الناقصة وفكرة الإرادة المنفردة. هذا وقد انتصر الفقه الغالب لهذه الفكرة، لما تقود إليه من نتائج تتفق وحقيقة علاقة الاستقلال التى تتولد عن خطابات الضمان. فهذه الفكرة هى التى توضح أن التزام البنك يعد، بمجرد وصوله إلى علم المستفيد، التزاماً باتاً ونهائياً. فمنذ هذه اللحظة لا يستطيع البنك الرجوع فى التزامه أو تعديله أو الامتناع عن الوفاء عند طلب المستفيد ذلك. أما قبل هذا العلم، يستطيع البنك الرجوع أو تعديل التزاماته. إذ «ما دام الخطاب لا يزال فى حوزة البنك، فإنه يكون له أن يحبسه فى يده أو يعدل فيه أو يعدمه، بل يمكنه، فى=

من قبيل الالتزام بالإرادة المنفردة، نظراً لأن هذه العلاقة لا تنشئ أى التزام على عاتق المستفيد فى مواجهة المصدر[1]. هذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ٣٠ سبتمبر ١٩٨٥، بتقريرها أن البنك فى خطاب الضمان يلتزم بإرادته المنفردة، وهى كافية لذلك، ولكن ينبغى وصول هذه الإرادة إلى المستفيد، بما يعنى أن للبنك الحق فى الرجوع فى تلك الإرادة، طالما لم يصبح للمستفيد حق نهائى ضد البنك[2]. وهو ما ذهب إليه الفقه الفرنسى، حيث يرى أن خطاب الضمان يعد ملزماً لجانب واحد، على نحو يستلزم أن يصادف الإيجاب الصادر من جانب البنك، بإصداره الخطاب، قبولاً من جانب المستفيد، والذى قد يستفاد ضمناً بوصول الخطاب إليه، دون اعتراض من جانبه[3].

=حالة إرساله بالبريد، أن يسترده – إن أمكن – أو أن يرسل برقية تصل قبل وصول الخطاب (المرجع السابق، ص٣٢٢)». وراجع أيضاً د/ سميحة القليوبى، الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، بند ٩٤، ص ٤٤٢.

(١) د/ صليب بطرس & م/ ياقوت العشماوى، الاعتماد المستندى، المرجع السابق، ص١٢٨؛ د/ هانى محمد دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

(٢) مجموعة أحكام النقض، ١٩٨٠- ١٩٨٥، ص٦٦. راجع أيضاً حكمها الصادر فى ١٩٨١/١٢/٢٨، حيث قررت أن «حق المستفيد من خطاب الضمان لا ينشأ إلا من تاريخ وصول الخطاب إليه وطبقاً لما يرد من عبارات، وذلك حتى انتهاء المدة المحددة به، بحيث يسقط هذا الحق إذا لم تصل المطالبة إلى البنك المصدر للخطاب حتى نهاية التاريخ المحدد به، ولا يعد تسليم الخطاب من قبل المستفيد إلى البنك المصدر له بعد انتهاء مدته تنازلاً عنه إلا إذا تضمن الخطاب مثل هذا الاتفاق أو اقترن تسليمه للبنك بما يدل على تنازل المستفيد عما ورد به من حقوق (طعن رقم ١٢٦ لسنة ٤٢ق، قضاء النقض التجارى، م/أنور العمروسى، ص ٤٩٩)».

(3) LANG R. et RAYNAUD C.: Droit bancaire, Dalloz, 6e éd, 1995, p. 734 et s ; VASSEUR M. : Dix ans de jurisprudence française relative aux garanties indépendantes, 1990, p. 30 et s.

٤ـ استقلال التزام مصدر الخطاب

حقيقة الاستقلال

إن من السمات المميزة لخطابات الضمان هو استقلال الالتزامات المنبثقة عن علاقة مصدر الخطاب بالمستفيد[١]. وهو الأمر الذى يؤدى إلى التزام مصدر الخطاب بالوفاء إليه بمجرد مطالبته بالوفاء[٢]. فهذا الالتزام مستقل تماماً عن أى أسس تحكم العلاقة بين مصدر الخطاب والعميل الآمر، أو تلك التى تحكم العلاقة بين هذا الأخير والمستفيد[٣]. فالأساس الذى يحكم هذه العلاقة (وهو خطاب الضمان) يستقل بصورة كلية عن الأساس الذى يحكم علاقة المصدر بالآمر (وهو عقد خطاب الضمان)، وعن الأساس الذى ينظم العلاقة بين الآمر والمستفيد (وهو عقد الأساس)[٤].

---

(١) مادة ٣ من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥ بشان خطابات الضمان المستقلة، لمزيد من التفصيل حول هذه المادة، راجع د/ سميحة القليوبى، المنظمات الدولية، المرجع السابق، فقرة ٢٨، صـ٤٢.

(٢) .مادة ٣ من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥ بشأن خطابات الضمان المستقلة (لمزيد من التفصيل حول هذه المادة، راجع د/ سميحة القليوبى، المنظمات الدولية، المرجع السابق، فقرة ٢٨، صـ٤٢). راجع أيضا المادة ٥ من القواعد الجديدة التى وضعتها غرفة التجارة الدولية حيث تكرس هذا الاستقلال (لمزيد من التفصيل، PIEDELIEVRE S. : Les nouvelles règles de la CCI, art.préc, p.515, où il décide que la consequence de l'article 5 est que le garant sera tenu de payer le montant de la garantie, sans pouvoir opposer d'autres exceptions que celle découlant des relations entre le garant et le bénéficiaire).

(٣) د/ على البارودى، العقود وعمليات البنوك التجارية، المرجع السابق، فقرة ٢٧٤ مكرر، ص ٣٩٥.

(٤) هذا ما قررته صراحة محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ١٩٨٢/١٢/٢٠ (المجلة الفصلية للقانون التجارى، ١٩٨٣، ص ٤٤٦، تعليق Cabrillac et Teyssie، بقضائها أن:

"L'engagement de la banque envers une société était un engagement à première demande autonôme à l'egard du contrat de base, et qu'il était régi par les seules dispositions de la lettre de garantie".

ولا خلاف أن هذا الاستقلال يقود إلى العديد من النتائج. أولها: أن التزام مصدر الخطاب ليس التزام تابع لالتزام الآمر سواء فى وجوده أو صحته(١). ومن ثم فإن مصدر الخطاب لا يستطيع التحلل من التزاماته المتولدة عن خطاب الضمان متذرعاً ببطلان العلاقة التى تربط بينه وبين العميل الآمر أو بفسخها(٢). كذلك لا يحق له الادعاء ببطلان العلاقة التى تربط بين المستفيد والعميل الآمر أو بفسخها(٣). فالتزام مصدر الخطاب يظل قائماً، بصرف النظر عن مصير الالتزامات الأخرى، وما إذا كانت

---

(١) قارب من هذا،

BORGA N.: La qualification de garantie autonôme, mémoire D.E.A, Lyon 3, p.27, où elle décide que "quant à la garantie autonôme, elle obéit, à un schéma tout à fait différent. Le garant est personnellement responsible, non pas de la dette du donneur d'ordre, mais d'un engagement nouveau et indépendent. l'objet de son engagement n'est pas de payer à la place de la coution, sinon il n'y aurait là qu'un simple rapport de responsabilité d'une même dette mais de payer une dette tout à fait indépendante. L'objet de son obligation est donc totalement différent de l'objet de l'obligation d'une caution".

(٢) د/ رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك ذات الطابع الدولى، المرجع السابق، ص٤٤، حيث يقرر سيادته أنه «لا يجوز للبنك مثلاً التمسك ببطلان عقد الأساس، فهذا البطلان ليس له أثر على عقد الضمان المبرم بين البنك والعميل الآمر. ولكن قد يكون العقد الأصلى قد أبطل بحكم القضاء أو باتفاق الطرفين، وذلك قبل إصدار الضمان، فهنا يرى البعض، وبحق، أن مبدأ الاستقلالية يفقد أثره».

(٣) د/ محمد فريد العريني & د/ على البارودى، القانون التجارى، المرجع السابق، بند ٢٦٦، صـ٣٥٤، حيث يقررا أنه "لا يجوز للبنك التمسك فى مواجهة المستفيد بعدم الوفاء لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالعميل. كما لو لم يقدم العميل غطاء خطاب الضمان المتفق عليه لإصدار الخطاب مما دفع البنك إلى فسخ اتفاقه معه. فلا أثر لهذا الفسخ على حق المستفيد الذى يستمده مباشرة من خطاب الضمان وليس من الاتفاق الذى يربط العميل بالبنك. كما لا يجوز للبنك أن يتمسك بالدفوع التى للعميل قبل المستفيد. بل يظل التزام البنك بالدفع قائما وصحيحا، حتى ولو كان العقد المبرم بين العميل والمستفيد قد تعرض للإبطال أو الفسخ أو الانتهاء". راجع أيضاً د/ رضا عبيد، القانون التجارى، المرجع السابق، فقرة ٦٩٠، ص٦٤٣.

قائمة أو غير صحيحة. هذا ما تبرزه بوضوح المادة ٣٥٥ فى فقرتها الأولى بتقريرها أن خطاب الضمان يلزم البنك بأن يدفع للمستفيد مبلغ معين أو قابل للتعيين، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة ودون اعتداد بأية معارضة. ولقد أراد المشرع من ذلك النص التأكيد على استقلال العلاقة التى ينشئها الخطاب بين مصدره والمستفيد من ناحية، وبعث الثقة والطمأنينة لدى هذا الأخير فى قيام المصدر فى جميع الأحوال بالوفاء بقيمة الخطاب من ناحية أخرى.

هذا ما تبرزه بوضوح أيضاً اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥، بتقريرها فى المادة الثالثة أن التزام البنك لا يعد التزاماً تابعاً لما يتولد عن عقد الأساس من التزامات أو يتأثر بما ينشأ عنه من دفوع أو اعتراضات، أو ما يشوبه من عيوب، أو ما قد يطرأ عليه من مستجدات(١). وثانيها: أن بطلان عقد الأساس الذى يربط بين الآمر والمستفيد لا يؤثر على وفاء البنك أو بقاء التزامه قائماً فى مواجهة المستفيد. هذا ما يبرزه بوضوح حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس فى النزاع رقم ٥٧٢٠ لسنة ١٩٩٠، حيث أكدت هيئة التحكيم أن التزام البنك مصدر الخطاب لا يتأثر ببطلان عقد الأساس أو ما يشوبه من عيوب. فليس من حق البنك

---

(١) ولقد جاء نص هذه المادة على النحو التالى:

For the purposes of this convention, an undertaking is independent where the guarantor/ issuer's obligation to the beneficiary is not: a) dependent upon the existence or validity of any underlying transaction, or upon any other undertaking (including stand-by letters of credit or independent guarantees to which confirmations or counter – guarantees relate); or b) subject to any term or condition not appearing in the undertaking, or to any future, uncertain act or event except presentation of documents or another such act or event within a guarantor/ issuer's sphere of operations.

راجع كذلك د/ سميحة القليوبى، المنظمات الدولية، المرجع السابق، فقرة٢٩، صـ٤٤.

الرجوع إلى هذا العقد أو التمسك ببطلانه أو فسخه، حتى يتحلل من التزامه بالوفاء(١). ثالثها: أن مصدر الخطاب لا يستطيع أن يدفع مطالبة المستفيد بالتمسك بتنفيذ العميل الآمر لالتزاماته المتولدة عن عقد الأساس تنفيذاً كاملاً، أو التمسك بعدم تنفيذ المستفيد لالتزاماته فى مواجهة العميل أو بسوء تنفيذها. فمصدر خطاب الضمان، وإن كان يتقيد بشروط الخطاب ومضمونه، لا يضمن للعميل الآمر حسن تنفيذ المستفيد لالتزاماته، كما أنه لا يراقب حسن تنفيذ العميل لتعهداته قبل المستفيد. فتعهد المصدر يعد تعهداً مجرداً عن العلاقات التى تربط بين العميل والمستفيد أو العميل والبنك. ولعل هذا التجرد هو ما يفسر تلك النتائج التى يرتبها خطاب الضمان والمنبثقة عن العلاقة بين البنك والمستفيد. فالوفاء بقيمة الخطاب يعد نتيجة طبيعية ومنطقية لهذا التجرد، وليس تعويضاً للمستفيد عن عدم تنفيذ العميل الآمر لالتزاماته المتولدة عن عقد الأساس. والدليل على ذلك أن البنك يلتزم بالوفاء حتى فى تلك الأحوال التى يقوم فيها العميل بالالتزام بجميع تعهداته المتولدة عن عقد الأساس. كذلك فإن مصدر الخطاب يلتزم بالوفاء للمستفيد أيضاً حتى ولو استحال عليه الرجوع على العميل للوفاء بقيمة الضمان، إما لإفلاسه، أو لانقضاء الدين المضمون بالمقاصة أو التجديد أو الإبراء. فهذا التجرد يؤكد انفصال العلاقة بين عقد الأساس وعقد خطاب الضمان من ناحية، وخطاب الضمان من ناحية أخرى. فالالتزام المجرد لا يعطى المصدر الحق فى التمسك بالدفوع المستمدة من عقد الأساس، وإن كان يعطيه الحق فى إثارة الدفوع الناشئة عن خطاب الضمان، كتلك المتعلقة بالغلط فى شخص المستفيد، أو الحصول على رضاء المصدر بنوع من التدليس، أو

---

(١) راجع أيضا حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الدائرة التجارية فى ٥ أكتوبر ٢٠١٠.

https : // amsprd0102.outlook.com/owa/webready View) Body.aspx 2t=att, p.21 et s).

التمسك بتزوير الخطاب، أو الدفع فى مواجهة المستفيد بالمقاصة القانونية(١).

كذلك فإن هذا التجرد هو الذى يلزم مصدر الخطاب بالوفاء لدى أول طلب، والذى بمقتضاه يتعين على المستفيد تقديم الطلب، حتى يتعين على مصدر الخطاب الاستجابة لرغبته دون انتظار أو لفت انتباهه إلى إخلال العميل الآمر فى القيام بواجباته أو امتناعه عن أداء هذه الالتزامات بصورة كلية(٢).

خلاصة القول إذن أن استقلال العلاقة الناشئة عن خطاب الضمان يفرض على مصدر الخطاب التزامين أساسيين: الأول يتعلق بعدم إمكانية التمسك بالدفوع المستمدة من عقد الأساس(٣). والثانى خاص بالوفاء

---

(١) قارب من هذا المعنى، د/سعودى سرحان، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص٣٢٣، حيث يقرر أن إرادة البنك تخضع، عند إصدار الخطاب، إلى كل ما يعيب الإرادة «من غلط أو تدليس أو إكراه، وما يترتب على ذلك من القابلية للإبطال أو الفسخ إذا ما توافرت شروطه». قارب أيضاً، د/ عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٠، ص ١٤١؛ م/ عبد الحميد الشواربى، القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٥٦٤؛ د/ سميحة القليوبى، الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨م، ص ٤٥٥ وما بعدها، حيث تقرر أن «استقلال التزام البنك لا يمنعه من التمسك فى مواجهة المستفيد بالدفوع الناشئة عن التزامه بإرادته المنفردة، ذلك أن إرادة البنك يجب أن تكون خالية مما يعيبها، وأن يكون محل وسبب الالتزام مستجمعين للشرائط اللازمة. فإذا وقع البنك فى غلط فى شخصية المستفيد أو انعدمت إرادته بأن صدر الخطاب بتوقيع مزور، فإن للبنك التمسك فى مواجهة المستفيد بما وقع فيه من غلط أو بانعدام إرادته. وليس هذا ماساً بخاصية استقلال التزام البنك ذلك أن هذه دفوع ناشئة عن العلاقة المباشرة المترتبة على إصدار خطاب الضمان».

(٢) هذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ٥ أكتوبر ٢٠١٠، الحكم السابق الإشارة إليه، صـ٢٤.

(٣) راجع فى هذا الخصوص، حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الدائرة التجارية فى ٢٧ يونيه ٢٠٠٠ (RJDA، ديسمبر ٢٠٠٠، فقرة ١١٦٩)، حيث قررت المحكمة أن:

"un engagement ne peut-être qualifié de garantie autonôme que s'il n'implique pas une appréciation des modalités=

للمستفيد عند طلبه من المصدر ذلك. بيد أن الوفاء لدى أول طلب وإن كان لا يسمح لمصدر الخطاب بالتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الأساس أو إبداء أى اعتراض، يعطى المصدر الحق فى فحص شروط الدفع والتى يبينها خطاب الضمان. فلمصدر خطاب الضمان التحقق، من الناحية الشكلية، من كل الشروط التى حددها الأطراف فى خطاب الضمان، قبل أن يقوم بالدفع. ففحص المستندات من قبل مصدر الخطاب، يعد من الحقوق التى يخولها إياه الالتزام المستقل والناشئ عن هذا الخطاب، كتلك المتعلقة بفحص مدة الخطاب أو المتعلقة بقيمته[1].

=d'exécution du contrat de base pour l'évaluation des montants garanties ou pour la détermination des durées de validité et s'il comporte une stipulation de l'inoppoisabilité des exceptions".

(١) هذا ما تقرره المادة ١٦ من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥، بنصها فى الفقرة الأولى منها على أنه «١- يقوم الضامن / المصدر بفحص المطالبة وأى مستندات مرفقة بها وفقا لمعيار السلوك المشار إليه فى الفقرة ١ من المادة ١٤. وعند تقرير ما إذا كانت المستندات مطابقة ظاهريا لشروط وأحكام التعهد، ومتسقة فيما بينها، يولى الضامن / المصدر الاعتبار الواجب للمعيار الدولى المعمول به فى الممارسات الخاصة بالكفالات المستقلة أو خطابات الاعتماد الضامنة. ٢- ما لم ينص التعهد أو يتفق المصدر والمستفيد على خلاف ذلك، يتاح للمصدر وقت معقول لا يزيد على سبعة أيام عمل تحسب اعتباراً من اليوم التالى ليوم تسلم المطالبة وأى مستندات مرفقة بها، لكى : أ- يفحص المطالبة وأى مستندات مرفقة بها ؛ ب- يقرر ما إذا كان سيقوم بالسداد أم لا ؛ ج- يصدر إشعارا للمستفيد عندما يكون قراره هو عدم السداد.

وإذا لم ينص التعهد أو يتفق المصدر والمستفيد على خلاف ذلك، فى غير هذا التعهد، يرسل الإشعار المشار إليه بإحدى وسائط الإرسال السلكية أو اللاسلكية أو أى وسيلة سريعة أخرى، مع بيان السبب فى قرار عدم السداد. راجع كذلك نص المادة ١٤ من قواعد CCI ، حيث تعطى الضامن الحق فى فحص المستندات خلال خمسة أيام من تاريخ تقديمها، بنصها على أن:

(L'indentification de la présentation fera courir le délai de cinq jours accordé au garant pour examiner la demande de paiement, la presentation s'effectue sous forme électronique ou sous forme papier).

موقف القضاء من مبدأ الاستقلال

فى الواقع إن إطلالة سريعة على الأحكام القضائية الصادرة فى المنازعات المتعلقة بخطابات الضمان من شأنها إبراز هذا الاستقلال والتأكيد على خصوصية تنفرد بها تلك الخطابات، بل إنها توضح بما لا يدع مجالاً للشك أن هذا الاستقلال خاص بتلك العلاقة التى تربط بين مصدر الخطاب والمستفيد منه. وفى هذه الإطلالة سوف نستقى أحد الأحكام الصادرة عن القضاء المصرى وآخر صادر عن القضاء الفرنسى.

موقف القضاء المصرى من مبدأ الاستقلال:

لقد استقر القضاء المصرى على التأكيد على استقلالية خطاب الضمان فيما ينشأ عنه من التزام فى مواجهة المستفيد، وذلك من خلال حرصه على تقرير عدم تبعية هذا الالتزام، سواء فى وجوده أو صحته أو إمكانية تنفيذه إلى ما يربط بين المستفيد والعميل الآمر من علاقات قانونية. مع هذا فإن ذلك التأكيد لا يعنى حصول المستفيد على قيمة خطاب الضمان فى جميع الأحوال، وإنما يعنى أنه لا يجوز للبنك (أو مصدر الخطاب) الاستناد إلى عنصر خارجى عن الخطاب للحيلولة بين المستفيد وحصوله على قيمة الضمان. بعبارة أخرى إن مبدأ الاستقلال يعنى أحقية البنك (أو مصدر الخطاب) فى الاستناد إلى الشروط المدرجة بالسند للتوقف عن دفع قيمة الخطاب إلى المستفيد، وليس الاستناد إلى عنصر خارجى عن هذا الخطاب. هذا ما يبرزه بوضوح حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى الثالث من يوليو ٢٠٠٧ فى النقض رقم ٩٠٥٣، حيث قررت المحكمة أن مصدر خطاب الضمان لا يتقيد إلا بالشروط التى التزم بمقتضاها دون الرجوع إلى العلاقة التى تربط بين العميل والمستفيد وما يتولد عنها من بنود أو ما يستخلص منها من دفوع. فلقد قضت المحكمة أنه «وإن كان الأصل فى خطاب الضمان ألا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجية عنه، ولا على تحقيق شرط ولا حلول أجل، وهو ما يعرف بالكفاية الذاتية للخطاب، إلا أنه لا يغير من ذلك انه يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد منه، وعلى ذلك فإذا ما أصدر البنك خطاب الضمان

لكفالة عميله، فإن علاقة هذا البنك بالمستفيد يحكمها هذا الخطاب وحده وعباراته التى يمليها المستفيد على الآمر فى عقد الأساس، ويمليها الآمر على البنك فى طلب إصدار الخطاب هى التى تحدد التزام البنك والشروط التى يدفع بمقتضاها حتى إذا طلب منه الوفاء أثناء سريان أجل الضمان وتحققت هذه الشروط وجب عليه الدفع فوراً، بحيث لا يلتزم إلا فى حدودها. فإذا تعذر تحققها نهائياً خلال الأجل المحدد، زال الضمان بدوره نهائياً لفقدان فاعليته. فعبارات خطاب الضمان هى التى تبدأ عادة ببيان الغرض من إصداره والمستمد من الرابطة القانونية القائمة بين الآمر والمستفيد، بقصد تحديد نطاق الضمان الذى يمنحه البنك إلى الأخير، فلا يمتد البنك إلى ما يجاوزه، وتتضمن كذلك الشروط المعلق عليها التزام البنك بالدفع والتى ترجع إلى المستفيد، والتي يتعين أن تكون فى الأصل واضحة وصريحة، ما لم يكن مفهومها مفهوماً جرى العرف التجارى على إتباعه بما يحتويه من شروط.

لما كان ذلك وكان الواقع فى الدعوى حسب ما حصله الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق – أن الطاعن أصدر لصالح المطعون ضدها (....) خطاب الضمان النهائى بناء على طلب الشركة الآمرة بتاريخ ٢٤ أبريل ١٩٩٤. وجاء ببيان الغرض منه عبارة «تأمين نهائى بواقع ٥٪ من إجمالى قيمة العطاء الخاص بإنشاء قرية آمون السياحية»، ثم أجرى تجديداً لمدته، وكان مدلول خطاب الضمان النهائى على النحو المتعارف عليه فى مجال عقود المقاولات، وهو ضمان حسن تنفيذ أعمال المقاولات ومطابقته لشروط العقد المحرر بين الآمر والمستفيد، بما مؤداه أن التزام الطاعن بكفالة عميله، إنما يرتبط بواقعة ترجع إلى المطعون ضدها (المستفيد)، هى شرط إخطار الطاعن ببيان أعمال المقاولة التى لم يتم تنفيذها أو المخالفة للمواصفات المتفق عليها للوفاء بقيمتها على نحو يستوجب على الأخير إذا ما طالبته المطعون ضدها بالوفاء بتلك القيمة بعد تحقق هذا الشرط أثناء

سريان أجل الضمان، الدفع دون اعتماد بأى اعتراض من الآمر، فأنه يكون معيباً بما يوجب نقضه(١)».

موقف القضاء الفرنسى من مبدأ الاستقلال:

لقد أرسى القضاء الفرنسى مبدأ استقلال التزام مصدر الخطاب فى مواجهة المستفيد منذ سنوات بعيدة، ترجع إلى أكثر من ثلث القرن الماضى، حيث أتيحت الفرصة مرات عديدة لكى يؤكد فيها هذا القضاء مبدأ الاستقلال. ولكننا فى إطار الدراسة لسنا فى مقام البحث عن تأصيل تاريخى لهذه الأحكام، ولهذا الإرساء، ولذلك فإننا سوف نختار أحد الأحكام الحديثة التى أعادت التأكيد على هذا الاستقلال وتلك الكفاية الذاتية لخطاب الضمان باعتباره إحدى الأدوات التى تساعد على إرساء الثقة والطمأنينة فى مجال العمليات المصرفية، لاسيما ذات الطابع الدولى.

ولقد وقع اختيارنا على النزاع بين شركة **caison** وبنك **crédit lyonais Luxemburg**، حيث أكدت محكمة استئناف باريس أن خطاب الضمان أو الضمانة المستقلة ترتكز على مبدأ استقلال التزام البنك عن العقد الأصلى الذى يربط بين الشركة المدعية وشركة **leygafinance**، وهو الأمر الذى لا يسمح للبنك بإمكانية الاحتجاج بالدفوع المستمدة من هذا العقد الأصلى. وتعود وقائع هذه القضية إلى عقد أبرمته الشركة المدعية فى الرابع عشر من مايو ٢٠٠٢ مع شركة **caison** لمنحها قرضاً لتمويل مشترياتها من المواد الأولية، حصلت عليه من بنك كريدى لونيه لوكسمبورج والذى حصل عليه من كريدى لونيه فرنسا مقابل خطاب ضمان لدى أول طلب. ولقد أصدرت محكمة أول درجة حكمها بأحقية الشركة المدعية فى الحصول على قيمة الضمان، وذلك على الرغم من احتجاج الشركة المدعى عليها بعدم تنفيذ الأولى لالتزاماتها المتولدة عن العقد الأصلى. وعليه استأنفت هذه الشركة حكم أول درجة مطالبة ببطلان الضمان لدى أول طلب، نظراً لبطلان العقد الأصلى الذى يربط

---

(١) نقض ٩٠٥٣ لسنة ٧٦ قضائية، المكتب الفنى لدار القضاء العالى، القاهرة.

بين العميل الآمر والمستفيد استناداً إلى انعدام السيولة من ناحية، وإلى انعدام الرابطة العقدية المباشرة بين الشركة الآمرة والمستفيد من خطاب الضمان من ناحية أخرى. كذلك فإن التعهد المقدم من قبل الآمر فى ظل غياب عقد الأساس هو تعهد لا أساس له منذ البداية، على نحو ينشأ حالة من التعسف والإكراه على أداء الضمان على الرغم من أن الشركة المستفيدة هى المدينة فى الحقيقة للشركة الآمرة بالضمان. مع هذا فلقد رفضت محكمة الاستئناف ما استندت إليه الشركة الطاعنة مؤكدة على استقلال التزام مصدر الخطاب عن العقد الأصلى الذى يربط بين العميل الآمر والمستفيد من الضمانة(١).

---

(١) راجع حكم محكمة الاستئناف الصادر فى ٤ يوليو ٢٠٠٤،

L'autonomie de l'objet de la garantie comme critère détérminant, www.google.com.

راجع كذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٢٠ ديسمبر ١٩٨٢، دالوز، ١٩٨٣، ص ٣٦٥، تعليق فاسير، حيث قررت المحكمة أن

("L'engagement à première demande, autonôme à l'égard du contrat de base, est régi par les seules dispositions de la lettre de garantie (....). Même si l'engagement de la banque avait pour cause le contrat de base dont la nullété était alleguée, la banque, en raison de son engagement de payer à première demande ne pouvait se dérober à cétte obligation".

وحكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٧ أكتوبر ١٩٨٤، JCP، ١٩٨٥، الجزء الثانى، رقم ٢٠٣٤٦. حيث قررت محكمة النقض أن :

"Restituant à l'engagement de la banque son véritable fondement, une cour d'appel, qui relève qu'une banque s'est engagée envers une société à la payer à première demande, décide à bon droit que cet engagement ne consistuait pas un cautionnment, mais une garantie autonôme, ce qui interdisait à la banque de se prévaloir des exceptions que son client donneur d'ordre pouvait opposer à ladite société avec laquelle celui-ci avait passé contrat et tenant à l'inexécution du contrat les unissant".

ومن الفقه الفرنسى راجع :

المطلب الثانى

مبدأ الاستقلال وتميز خطاب الضمان عن غيره من الأنظمة الأخرى

فى الحقيقة إن استقلال التزام البنك أو (مصدر الخطاب) بالوفاء يعد العامل الرئيسى والهام فى التمييز بين خطاب الضمان وبين كل من الكفالة والاعتماد المستندى. فإذا كان هناك تشابه أو تقارب بين هذه الأنظمة، إلا أنه مازال هناك بعض الجوانب التى يمكن الاستناد إليها للتفرقة أو التمييز بينها. وعلى هذا الأساس سوف نتعرض بالدراسة إلى التمييز بين خطاب الضمان والكفالة المصرفية، وبينه وبين الاعتماد المستندى، ثم نلقى الضوء فى النهاية على العلاقة بين خطاب الضمان والأسس الأخرى التى تحكم العلاقة بين الأطراف المرتبطة بهذا الخطاب.

خطاب الضمان والكفالة المصرفية:

الكفالة هى عقد يلتزم بمقتضاه الكفيل بالوفاء بالالتزام إلى الدائن إذا لم يقم المدين المكفول بتنفيذه(١). ومن هذا التعريف يتضح أن أساس الالتزام فى الكفالة هو العقد الذى يربط بين كل من الدائن والكفيل، إذ ليس المدين طرفاً فى هذا العقد. والدليل على ذلك أن هذا العقد قد يتم دون علم المدين به أو على الرغم من اعتراضه عليه. هذا ما تبرزه بوضوح المادة ٧٧٥ من القانون المدنى بنصها على أنه «تجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجوز أيضاً رغم معارضته». مع هذا فإن الكفالة المصرفية تتميز

=PRUM. A.: Les garanties bancaires à première demande, essai sur l'autonomie, Litec, 1994, no 90, et s ; GAVALDA Ch. & STOUFFLET J.: La lettre de garantie internationale, RTD. Com, 1980, p.9 et s; DELEBECQUE Ph. et SIMLER Ph. Les sûretés, la publicité foncière, PUF, 2004, 4émé éd, p. 212 et s.

(١) د/ سميحة القليوبى، النظام القانونى لخطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص٤٣ ؛ د/ عبد الفضيل محمد أحمد، العقود التجارية، المرجع السابق، فقرة ٢٨٢، ص ٣٦٠ ؛ د/ رضا عبيد، القانون التجارى، بدون دار نشر، ط ٥، ١٩٨٤، فقرة ٦٨٣، ص ٦٠٣.

عن الكفالة العادية بأن المدين المكفول هو الذى يسعى إلى طلب الكفالة وليس الدائن ذاته. ولا شك أن هذا التميز يفرضه الواقع العملى والذى يملى على المدين إذا أراد اكتساب ثقة عميله، والحصول على الصفقة التى يخشى من ضياعها، أن يقدم مثل هذا الضمان[1]. فالمدين «حين يسعى لإتمام عملية ما بطريقة تخفف العبء المالى عنه رغم يساره أو تجنبه إيداع كفالة نقدية أو أوراق مالية أو تسمح له بالحصول على عقارات يخشى فوات الفرصة إذا لم يقم بشرائها دون أن يتحمل أعباء مالية ضخمة، يستهدف فى نفس الوقت طمأنة دائنه، واكتساب ثقته بتقديم بنكه ذو السمعة المعروفة كفيلاً له إذا تخلف عن أداء التزامه[2]».

من الواضح أن الاختلاف الوحيد بين الكفالة المدنية والكفالة المصرفية يتمثل فى الشخص الذى يسعى للحصول على كفيل. فبينما قد تتم الكفالة المدنية بدون علم أو رغم اعتراض المدين، فإن الكفالة المصرفية يطلبها المدين لكى يتمكن من الحصول على ثقة دائنه مقابل عمولة يدفعها للبنك الكفيل. فالكفالة المصرفية يقوم بها البنك مقابل عمولة يحصل عليها من المدين عند إبرامه عقد الكفالة مع الدائن.

وأياً كان الاختلاف بين الكفالة المدنية والمصرفية، فإن التزام الكفيل هو التزام تابع يقوم على افتراض وجود التزام أصلى يعد السبب الرئيسى فى نشأته ووجوده[3]. فهذا الالتزام قصد به ضمان تنفيذ الالتزام الأصلى إذا لم يقم المدين الأساسى بالوفاء بنفسه[4]. هذا ما تقرره صراحة المادة

---

(١) د/ هانى محمد دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٤، ص ٢٢٦.

(٢) د/ حسين فتحى، التنظيم القانونى للحسابات والائتمانات المصرفية، المرجع السابق، ص ٣٤٨.

(٣) د/ محمد فريد العرينى & د/ على البارودى، القانون التجارى، المرجع السابق، بند ٢٦٦، صـ٣٥٤؛ د/ محمود مختار أحمد بريرى، قانون المعاملات التجارية، المرجع السابق، فقرة ١٦٧، ص ١٦١.

(٤) فالكفيل يلتزم فى مواجه الدائن بدفع دين المدين، وذلك على عكس الضامن يلتزم بدفع دين شخصى وليس دين على الغير، بما يعنى أن التزام الكفيل هو التزام=

٧٧٦ مدنى بنصها على أنه «لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً». ولقد أكدت هذه التبعية المادة ٧٨٠ من القانون المدنى فى فقرتها الأولى بنصها على أنه «لا تجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول». على العكس تماماً يتميز خطاب الضمان باستقلال التزام مصدره فى مواجهة المستفيد. فبينما يعد التزام الكفيل التزاماً تابعاً فى مواجهة المستفيد، فإنه يعد التزاماً مستقلاً فى خطاب الضمان[1].

= تبعى، فى حين أن التزام الضامن هو التزام أصلى. ولعل هذا الاختلاف يبرزه بوضوح حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٣ ديسمبر ١٩٩٤ (المجلة الفصلية للقانون التجارى، ١٩٩٥م، ص ٤٥٨)، حيث قررت المحكمة أن:

L'acte litigieux constitue non pas un acte de cautionnement, mais une garantie autonôme, alors qu'il est stipulé que le signataire de l'acte garantissait à la banque, le remboursement de sa créance envers le débiteur et qu'il s'engageait à régler toutes les sommes dues par le débiteur comme décrit ci-dessus, ce dont il résultait qu'en dépit de l'intitulé de l'acte et de la mention, même manuscrite, de paiement à première demande, l'engagement litigieux, ayant pour objet la propre dette de débiteur principal, n'était pas autonôme".

(١) قارب من هذا المعنى، د/عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص ١٤٢، حيث يقرر أن «استقلال علاقة البنك بالمستفيد عن علاقة المستفيد بالعميل تبعد خطاب الضمان عن الكفالة: فالكفيل، وفقاً للقواعد العامة، لا يلتزم بالوفاء للدائن إلا متى أثبت هذا الأخير مديونية مدينه واستحقاق هذه المديونية، فضلاً عن أنه لا يفى بالدين إلا إذا تخلف المدين عن الوفاء وقام الدائن بتجريده من أمواله. فالتزام الكفيل، والحال كذلك، تابع لالتزام المدين المكفول من حيث الصحة والبطلان. فالكفيل يضمن وفاء المدين بالتزامه ولا يلتزم بالتزام مستقل، على حين أن البنك فى خطاب الضمان يلتزم بدفع قيمة الخطاب إلى المستفيد لدى الطلب، أياً كان مصير العلاقة بين العميل والمستفيد، وبالرغم من أى معارضة من العميل. فالتزام البنك مستقل تماماً عن التزام العميل. وإذا كان صحيحاً أن كلاً من البنك والعميل ملتزم تجاه المستفيد، إلا أن مصدر التزام كل منهما مستقل ومختلف. فالبنك يلتزم تجاه المستفيد بمقتضى خطاب ضمان، والعميل ملتزم تجاه المستفيد بمقتضى العلاقة القانونية التى تقوم بينهما».

وتبعية التزام الكفيل ترتب العديد من الآثار التى تبرز بوضوح الاختلاف القائم بين الكفالة المصرفية وخطاب الضمان. فهذه التبعية تعطى البنك (الكفيل) أن يتمسك فى مواجهة الدائن بكل الدفوع التى يمكن أن يتمسك بها المدين الأصلى، أياً كانت طبيعتها شخصية أم متعلقة بالدين المضمون(١)، (٢). بعبارة أخرى يمكن القول بأن الدائن فى عقد الكفالة المصرفية لا يملك فى مواجهة الكفيل أكثر مما يملكه فى مواجهة المدين الأصلى، وذلك على الرغم من أن اعتبار عقد الكفالة تجارياً بالنسبة للكفيل يحرمه من التمسك بالتجريد لكون التضامن مفترضاً فى حقه بقوة القانون(٣).

خلاصة القول إذن أن تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلى تعطى الكفيل الحق فى التمسك بكل الدفوع التى يتمسك بها المدين الأصلى فى

---

(١) هذا ما تبرزه بوضوح المادة ٧٨٢ من القانون المدنى، بتقريرها «١- يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين. ٢- على أنه إذا كان الوجه الذى يحتج به المدين هو نقص أهليته وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه».

(٢) د/ رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك ذات الطابع الدولى، المرجع السابق، ص٣٤، حيث يقرر سيادته أنه فى الكفالة المصرفية للبنك «الكفيل الاستفادة من الدفوع المقررة لمدين المكفول، ولهذا السبب الأخير فإن الكفالة المصرفية، كضمانة، تفقد الكثير من فاعليتها وخصوصاً فى مجال علاقات التجارة الدولية».
راجع أيضاً د/ أكرم يامالكى، الأوراق التجارية المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٤٤١، ص ٣٤٧، حيث يقرر أن الذى يميز بين الكفالة وخطاب الضمان، هو استقلال الخطاب عن العقد الذى صدر من أجله من ناحية، وإعطاء الكفالة للكفيل الحق فى التجريد، أى فى الامتناع عن دفع مبلغ الكفالة عندما يطالبه الدائن بدفعه قبل توجيه المطالبة إلى المدين المكفول، فهذان الاختلافان هما ما يميز الخطاب عن الكفالة، وذلك على الرغم من أدائهما لوظيفة مماثلة.

(٣) فالحكم الذى قرره المشرع فى القانون المدنى قاصر على الكفالة المدنية. فهذه الأخيرة هى التى تعطى للكفيل الحق فى أن يدفع فى مواجهة الدائن بالتجريد، طالما أن القانون يلزمه بضرورة الرجوع أولاً على المدين. هذا ما تقرره المادة ٧٨٨ مدنى بنصها على أنه «١- لا يجوز للدائن أن يجرع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين. ٢- ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله، ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق».

مواجهة الدائن، كتلك المتعلقة بانقضاء التزامه إما بالتقادم أو بالمقاصة أو الإبراء أو اتحاد الذمة، أو تلك المتعلقة ببطلان الالتزام أو قابليته للإبطال، أو تلك المتعلقة بإهدار التأمينات الضامنة للوفاء بالدين. هذا ما تقرره صراحة المادة ٧٨٤ من القانون المدنى بنصها على أنه «١- تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات. ٢- ويقصد بالضمانات فى هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة، وكل تأمين مقرر بحكم القانون».

على العكس تماماً لا يجوز لمصدر خطاب الضمان إثارة أى اعتراض أو التمسك بأى دفع يمكن أن يبديه مستنداً إلى علاقته بالعميل، كفسخ العقد أو عدم تنفيذ العميل لالتزاماته، أو إلى علاقة العميل بالمستفيد(١).

ولقد أبرزت هذا الاختلاف محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ١٢ ديسمبر ١٩٨٤، وذلك بتقريرها:

«Constitue une garantie autonôme interdisant au garant d'invoquer les exceptions qui appartiendraient au débiteur, le contrat par lequel le garant s'engage à effectuer, sur la demande du donneur d'ordre, le paiement d'une somme à concurence d'un montant convenue sans qu'il puisse différer le paiement ou soulever une contestation pour quelque motif que ce soit(٢)».

---

(1) **SIMLER ph.: Cautionnement et garanties autonômes, Litec, 3e éd, 2002, p. 692 et s ; CONTAMINE-RAYNAUD M.: Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français: Aspects actuels du droit commercial français, Etudes offertes à René Roblot, L.G.D.J., 1984, p. 413 et s.**

(2) **J.C.P., 1985, p. 113, obs. J.STOUFFLET; voir aussi l'arrêt de Cour de cassation française rendu en 15 juin 1995, (JCP éd.G, 1999, II, 10199; RTD. Com, 1999, p. 734, obs.=**

خطاب الضمان والاعتماد المستندى:

إن السمة المميزة للاعتماد المستندى هو استقلاله عن العقد الذى فتح الاعتماد بسببه والذى يعد البنك أجنبياً عنه، شأنه فى ذلك شأن خطاب الضمان(١). هذا ما تقرره صراحة المادة ٣٤١ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م فى فقرتها الثانية بنصها على أن «عقد الاعتماد المستندى مستقل عن العقد الذى فتح الاعتماد بسببه، ويبقى

=Cabrillac), où la Cour a décidé que "n'est pas fondé le moyen contre l'arrêt d'appel qui, pour refuser la qualification de garanties autonômes aux actes litigieux, retient que le garant qui les avait rédigés avait omis d'indiquer des éléments caractérisant expressément l'autonomie des engagements par rapport au contrat de base, tels que leur irrévocabilité et inconditionnalité, l'obligation de payer sans délai, sans pouvoir recourir à une quelconque formalité et sans pouvoir opposer de motif du chef du souscripteur ou de chef du donneur d'ordres, la renonciation expresse de garant à se prévaloir d'une quelconque exception (...). La Cour d'appel relevant en outre, dans les textes des garanties, des références à l'établissement de la défaillance du débiteur, a pu en déduire, pour l'ensemble des actes, que, faute de stipulation exprimant leur autonomie, les garanties accordées au bénéficiaire par le garant en étaient dépourvues et ne constituaient que des cautionnements".

(١) د/ عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص ١٦٦، حيث يقرر أنه على الرغم من وضوح سمة الاستقلال فى علاقة البنك بالمستفيد والتى يحكمها خطاب الاعتماد، فإن هذا لا ينفى «ارتباط العقدين (عقد البيع وعقد الاعتماد) من الناحية الاقتصادية والواقعية. ولذلك قد يقوم الاعتماد المستندى بدور فى إثبات عقد البيع فى العلاقة بين الآمر والمستفيد. كذلك فإن العميل يطلب من البنك إصدار خطاب الاعتماد المستندى تنفيذاً لشرط وارد فى عقد البيع، حيث ينص على أن يكون الوفاء بالثمن من خلال اعتماد مستندى، وينص أيضاً على نوع الاعتماد، كما يحدد فى خطاب الاعتماد اسم المستفيد ومدة صلاحية الاعتماد والمبلغ والمستندات الواجب تقديمها على نحو ما هو متفق عليه فى عقد البيع».

البنك أجنبياً عن هذا العقد». مع هذا فإنه يظل هناك خيط رفيع يمكن الارتكان إليه للتمييز بين خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، والذى يتمثل فى السلطات التى يخولها الاعتماد المستندى للبنك أثناء مطالبة البائع له بالوفاء بقيمة الاعتماد. فإذا كان البنك يضمن للمستفيد (البائع) الوفاء بمبلغ الاعتماد، فإن ذلك يتوقف على فحصه للمستندات التى يقدمها ومدى مطابقتها لشروط فتح الاعتماد. بمعنى أن الوفاء بمبلغ الاعتماد يتوقف على تحقق أمر خارجى وهو قبول البنك للمستندات وتأكده من مطابقتها لشروط فتح الاعتماد(١). يضاف إلى ذلك أن البنك يضمن فى الاعتمادات المستندية حصوله على ما يقوم بدفعه من اعتماد، فى تلك الأحوال التى يقوم فيها بفتح الاعتماد قبل الحصول عليه من العميل الآمر، وهو الأمر الذى يتحقق عندما يقوم هذا البنك بتلقى المستندات من المستفيد (البائع) والتأكد من مطابقتها لشروط فتح الاعتماد، ولا يسلمها إلى المشترى إلا بعد سداده للمبالغ المستحقة عليه. ومن ثم إذا تخلف العميل الآمر عن سداد المبالغ المستحقة للبنك، يقوم البنك مقامه باستلام البضاعة لاستيفاء حقه من ثمنها. هذا ما تقرره صراحة المادة ٣٥٠ من قانون التجارة بنصها على أنه «إذا لم يدفع الآمر إلى البنك قيمة المستندات المطابقة لشروط فتح الاعتماد خلال ستة أشهر من تاريخ تبليغه بوصول تلك المستندات، جاز للبنك التنفيذ على البضاعة بإتباع إجراءات التنفيذ على الأشياء المرهونة رهناً تجارياً». هذا ما أجازته أيضاً المادة ٢٢٣ من قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠م وذلك بنصها على أن «على الربان تسليم البضائع عند وصولها إلى الحامل الشرعى لسند الشحن أو من ينوب عنه فى تسليمها». فالأصل إذن أن يتم التسليم للحامل الشرعى لسند الشحن، ويكون حاملاً شرعياً له المبين اسمه فيه أو المحال إليه إن كان السند اسميا، أو حامله إن كان السند للحامل أو مظهر

---

(١) د/ على الأمير إبراهيم، التزام البنك بفحص المستندات، المرجع السابق، فقرة ١٠١ وما بعدها، ص ١٠١، وما بعدها؛ د/ صليب بطرس و م/ ياقوت العشماوى، الاعتماد المستندى، المرجع السابق، ص ١٤٣ وما بعدها.

على بياض، أو المظهر إليه الأخير إن كان السند للأمر وذكر فيه اسم المظهر إليه. كما يقوم التسليم إلى وكيل الشحنة مقام تسليم البضاعة إلى الحامل الشرعى للسند. كذلك بينت المادة ٢٢٦ من قانون التجارة البحرية حق من يقوم بتسليم البضاعة، إذا لم يحضر صاحب الحق فى تسلمها أو امتنع عن تسلمها، فى طلب الإذن ببيعها كلها أو بعضها لاستيفاء ماله من حقوق عليها.

فوفقاً لهذه النصوص يحق للبنك استلام البضاعة والتنفيذ عليها لاستيفاء قيمة الاعتماد من ثمنها بالتقدم على من يليه فى المرتبة باعتباره دائناً مرتهناً رهناً حيازياً. ولقد بينت المادة ١٢٦ من قانون التجارة الجديد الإجراءات التى يتعين على البنك إتباعها للتنفيذ على البضاعة المستلمة من الناقل بنصها على أنه «١- إذا لم يدفع المدين الدين المضمون بالرهن فى ميعاد استحقاقه كان للدائن المرتهن بعد انقضاء خمسة أيام من تاريخ تكليف المدين بالوفاء أن يطلب بعريضة تقدم إلى القاضى المختص بالمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن الآمر ببيع الشىء المرهون كله أو بعضه. ٢- لا يجوز تنفيذ الأمر الصادر من القاضى ببيع الشىء المرهون إلا بعد انقضاء خمسة أيام من تاريخ تبليغه إلى المدين والكفيل إن وجد مع بيان المكان الذى يجرى فيه البيع وتاريخه وساعته. ٣- يجرى البيع فى الزمان والمكان اللذين عينهما القاضى وبالمزايدة العلنية إلا إذا أمر القاضى بإتباع طريقة أخرى، وإذا كان الشىء المرهون متداولاً فى سوق الأوراق المالية أمر القاضى ببيعه فى هذه السوق بمعرفة أحد السماسرة المقبولين للعمل بها. ٤- يستوفى الدائن المرتهن بطريق الأولوية دينه من أصل وعائد ومصاريف من الثمن الناتج من البيع».

وهكذا يتضح أن الاعتماد المستندى يخول البنك السلطات التى يمكن من خلالها استيفاء حقوقه قبل الآمر، طالما أن تنفيذه لالتزاماته يضمنها تسلمه المستندات الدالة على ملكية البضاعة المشتراه، والتى من أجلها تم فتح الاعتماد. وذلك على العكس تماماً من خطاب الضمان، إذ

لا يستطيع البنك أو مصدر الخطاب الحصول على حقوقه قبل العميل الآمر إلا من خلال عقد خطاب الضمان.

فعلى الرغم من اشتراك خطاب الضمان والاعتماد المستندى فى مبدأ استقلال التزام البنك فى مواجهة المستفيد، على نحو يقود إلى عدم السماح للبنك بالامتناع عن الوفاء بالتزاماته فى مواجهة الأخير إذا أبطل العقد أو تقرر فسخه[1]، مع هذا فإن هناك بعض الاختلاف بينهما، والذى يتمثل فى الهدف الذى يبغى كل نظام تحقيقه[2]. فخطاب الضمان يهدف إلى إعطاء المستفيد الحق فى الحصول على قيمة الضمان بمجرد تقديمه المطالبة إلى مصدر الخطاب. وذلك على عكس الاعتماد المستندى حيث يهدف إلى ضمان حصول البائع على ثمن البضاعة التى قام المشترى بطلبها على نحو يحقق للمستفيد منه الأمان الكافى. لهذا ذهب البعض إلى القول بأن الاعتماد المستندى يؤثر على «علاقة البائع والمشترى بالقدر الذى يمثل تنفيذه تنفيذاً للالتزامات الناشئة عن عقد البيع. فالبائع يلتزم — من بين التزاماته — بإرسال المستندات الخاصة بالصفقة إلى المشترى، بينما

---

(١) قارب من هذا المعنى، د/عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص ١٦٨، حيث يقرر أن الاعتماد المستندى يقوم على أن مطالبة البائع للبنك بدفع مبلغ الاعتماد ليس كثمن لكونه نفذ التزاماته كبائع، وإنما كدين ناشئ فى ذمة البنك من خطاب الاعتماد، بما يعنى أن البائع لا يكون له أى حق فى مواجهة البنك إلا عندما ينفذ التزاماته التى يقررها خطاب الاعتماد وليس تلك الناشئة عن عقد البيع. وعليه لا يمكن للبائع أن يطالب البنك عند إخلاله بشروط خطاب الاعتماد، حتى ولو أثبت أنه نفذ شروط البيع. بعبارة أخرى إن خطاب الاعتماد يُعد الأساس الذى يحكم العلاقة بين البنك والمستفيد، فهو المرجع فى تنفيذ البنك لالتزاماته، والسند فى مطالبة البائع له بالثمن المستحق كدين فى ذمته، وليس كحق منبثق عن عقد البيع.

(٢) د/ أكرم يامالكى، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٤٤١، ص ٣٤٧، حيث يقرر أنه على الرغم من اشتراك خطاب الضمان والاعتماد المستندى فى خاصية الاستقلال، إلا أنهما يفترقا من حيث «أن الواقعة التى تؤدى إلى استحقاق خطاب الضمان هى واقعة سلبية متمثلة بإخلال العميل الآمر بالتزامه تجاه المستفيد، فى حين أن الواقعة التى تؤدى إلى استحقاق الاعتماد المستندى هى واقعة إيجابية متمثلة بتقديم المستفيد المستندات المطلوبة والمطابقة ظاهرياً لشروط الاعتماد».

يلتزم هذا الأخير بالوفاء بثمن البضاعة المبيعة إلى البائع. وبالتالي تبرأ ذمة المشترى عندما يحصل على ثمن البضاعة من البنك، كما تبرأ ذمة البائع عندما يتلقى البنك المستندات المطلوبة[1]».

وبناءً على ما تقدم يمكننا القول بأنه على الرغم مما يوجد بين الاعتماد المستندى وخطاب الضمان من اختلاف، فإنه من الممكن أن نستخلص دوراً تكاملياً لكل منهما حتى ولو كان هذا التكامل من الناحية الاقتصادية. فإذا كان الاعتماد المستندى يمثل ضمانة لصالح البائع حيث يوفر له الأمان اللازم لقيام المشترى بدفع الثمن، فإن خطاب الضمان قد يلعب لصالح المشترى حيث يضمن له تنفيذ الصفقة التى يبرم هذا الخطاب لضمان تنفيذها[2]. هذا وإن كان البعض يرى أن الاعتماد المستندى يوفر الائتمان والضمان معاً، حيث يقدم البنك «ائتمانه إلى المشترى، ذلك أنه يوفى بقيمة الاعتماد إلى البائع أو إلى البنك الذى قام بخصم الكمبيالة المستندية قبل أن يوفى المشترى بمبلغ الاعتماد. بل إن الاعتماد مقرر من لحظة تلقى البنك أمر المشترى بفتحه، فكأن البنك خصص قيمته لتنفيذ العملية منذ هذه اللحظة. ويوفر الاعتماد المستندى الأمان اللازم لكلا الطرفين فيما يتعلق بتنفيذ العقد المبرم بينهما، ذلك أن ثقل البنك والتزامه بصفة شخصية فى مواجهة البائع يجعله آمناً فى الحصول على ثمن البضاعة، كما أن المشترى يطمئن إلى عدم قيام البنك بأداء الثمن قبل حصوله على المستندات المطلوبة والتأكد من مطابقتها للبيانات التى يحددها المشترى للبنك[3]».

---

(١) د/ هانى محمد دويدار، أصول القانون التجارى اللبنانى، المرجع السابق، ص٤٣٩.

(٢) د/ رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك ذات الطابع الدولى، المرجع السابق، ص٣٤.

(٣) د/ هانى محمد دويدار، أصول القانون التجارى اللبنانى، المرجع السابق، ص٤٢٧. مع هذا فإن الأمان الذى يحققه خطاب الضمان للمشترى لا يقاس بما يحققه الاعتماد المستندى له أو للبائع، سيما عندما يوجد غش أو تواطؤ فى العلاقة، إذ يسهل إثبات ذلك فى الاعتمادات المستندية، بينما يصعب أو يشق ذلك فى خطاب الضمان. فإثبات الغش أو التواطؤ فى الاعتمادات المستندية يكون سهلاً ميسوراً، «فبمجرد=

خطاب الضمان والأساس الذى يحكم العلاقة بين الأطراف المرتبطة به

إذا كانت السمة المميزة لخطابات الضمان هو استقلال التزام مصدر الخطاب فى مواجهة المستفيد، فإن هذا الاستقلال يثير أو يطرح التساؤل حول الأساس الذى يحكم علاقات الأطراف المرتبطة بهذه الخطابات. فاستقلال العلاقات بين أطراف الخطاب يقتضى التعرض للأساس الذى يحكم العلاقات بينهم، نظراً لأن التحديد الصحيح لهذا الأساس يلقى مزيداً من الوضوح على مبدأ الاستقلال(١). ولا خلاف أن هذا الأساس يتنوع بحسب نوع العلاقة التى نتحدث عنها. فهذا الأساس قد يكون عقد الأساس عندما نتطرق إلى العلاقة بين العميل الآمر والمستفيد من الضمان. وقد يكون عقد خطاب الضمان عندما تثار العلاقة بين العميل الآمر ومصدر الخطاب. ويكون خطاب الضمان، والذى سبق الحديث عنه، عند تناولنا لحقيقة العلاقة بين مصدر الخطاب والمستفيد منه. وعلى هذا الأساس سوف نتعرض لعقد الأساس، ولعقد خطاب الضمان لبيان حقيقة العلاقة بين الآمر والمستفيد، أو بين الآمر ومصدر الخطاب.

عقد الأساس : دستور العلاقة بين الآمر والمستفيد

يُعد عقد الأساس هو المحرك الأساسى والدافع الرئيسى الذى يحرك أو يدفع الأطراف إلى توجيه المطالبة بإصدار الخطاب لمصلحة المستفيد. فهو الدافع الذى يقود إلى ميلاد العلاقات الأخرى التى يولدها خطاب الضمان. فعقد الأساس يمثل العلاقة الأولى بين الأطراف، فهو سابق فى نشأته على خطاب الضمان، إذ لولاه ما اتجهت النية إلى توجيه المطالبة

=إثبات وجود تزوير أو عدم تطابق فى المستندات يمكن إثبات الغش أو التواطؤ، أما فى خطاب الضمان فإن إثبات هذين السببين يمثل للعميل الآمر صعوبة كبيرة (د/رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك ذات الطابع الدولى، المرجع السابق، ص٣٥)».

(١) فهذا الاستقلال لا ينفى ما يوجد من ارتباط بين علاقات الأطراف، إذ لولا هذا الارتباط ما صدر خطاب الضمان. فارتباط علاقات الأطراف هو الذى أدى إلى إصدار خطاب الضمان. فطالب خطاب الضمان لم يسعى إلى إبرام هذا التصرف مع البنك إلا نتيجة علاقة سابقة أو محتملة الوجود بينه وبين المستفيد (د/رضا عبيد، القانون التجارى، المرجع السابق، فقرة ٦٨٧، ص ٦٤٠)».

بإصداره. وهذه العلاقة أو هذا العقد قد يكون عقد بيع أو مقاولة أو توريد أو أشغال عامة أو عقد نقل(١). فعقد الأساس هو الذى يبرز إذن الحاجة إلى استصدار خطاب الضمان. فهو الذى يبرر اتجاه نية الأطراف وانعقاد كلمتهم إلى توجيه الأمر إلى المصدر لاستصدار خطاب لمصلحة المستفيد. فعندما يكون هناك تعهد بالتعاقد بين العميل والمستفيد، يكون هناك أيضاً تعهد بإتمام خطاب الضمان حال التعاقد النهائى بين الأطراف لتفعيل التعهد. وقد يكون توجيه الأمر مباشرة إلى البنك باستصدار الخطاب لمصلحة المستفيد عند نشأة العلاقة أو إبرام العقد بين الآمر والمستفيد.

وأياً كانت الصورة أو الشكل الذى يتخذه عقد الأساس، مجرد تعهد أو علاقة عقدية، فإنه يتضمن تنظيماً كاملاً وواضحاً لحقيقة العلاقة بين العميل الآمر والمستفيد من خطاب الضمان. كما يتعين أن ينص على هذا الخطاب فى عقد الأساس. فينبغى الإشارة فى عقد الأساس إلى نوع الخطاب وقيمته ومدته والمستندات التى قد تتطلبها عملية المطالبة بالوفاء.... الخ. وإذا كان خطاب الضمان يمثل أساس التزام مصدر الخطاب فى مواجهة المستفيد، فإن عقد الأساس يعد المرجع أو الدستور الذى يحكم العلاقة بين الآمر والمستفيد عندما ينشأ بينهما خلاف أو نزاع بصدد تنفيذها.

خلاصة القول إذن أن عقد الأساس يمثل مصدر العلاقة التى تنشأ بين الآمر والمستفيد(٢)، فهو أداة نشأة الالتزامات التى تتولد عنها، بل إنه

---

(١) لبيان حقيقة عقد النقل البحرى وما يرتبه من حقوق أو يفرضه من التزامات، وما قد ينشأ عنه من مسئولية، راجع د/ مصطفى كمال طه، القانون البحرى الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ٢٧٦ وما بعدها؛ د/ جلال وفاء محمدين، قانون التجارة البحرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٢٨٦ وما بعدها؛ د/ محمود سمير الشرقاوى، القانون البحرى، ط٤، ١٩٩٣؛ د/ على يونس، أصول القانون البحرى، ١٩٩٧؛ د/كمال حمدى، القانون البحرى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص٥٦٣ وما بعدها؛ د/ أحمد محمود حسنى، التعليق على نصوص اتفاقية هامبورج، المرجع السابق، صـ١٠٩ وما بعدها.

(٢) د/ محمد فريد العرينى & د/ على البارودى، القانون التجارى، المرجع السابق، بند ٢٦٦، صـ٣٥٣.

أيضاً السبب فى وجود أو نشأة خطاب الضمان، إذ بدون هذا العقد أو فى حالة غياب هذه العلاقة، لا يتصور اتجاه الأطراف إلى الاتفاق أو استصدار خطاب الضمان[1]. لهذا يمكن القول بأن عقد الأساس يؤثر على علاقة الآمر والمستفيد، فهو السبيل الذى يمكن من خلاله رجوع أيهما على الآخر. كما أنه الأداة التى تضمن حسن تنفيذ كلاً منهما لالتزاماته، سواء تعلقت بتنفيذ بنوَد هذا العقد، أو انصرفت إلى عدم أحقية المستفيد فى الحصول على قيمة الضمان.

عقد خطاب الضمان: أساس العلاقة بين الآمر والبنك:

يُعد عقد خطاب الضمان هو أساس العلاقة بين الآمر ومصدر الخطاب. فهو الذى يحدد أبعاد العلاقة بينهما وما يتولد عنها من التزامات. فهذا العقد ينظم تلك العلاقة ويُعدَ الأساس الذى يمكن الاحتكام إليه عند نشأة أى نزاع بين الطرفين. لهذا يتعين أن يتضمن هذا العقد كافة التفصيلات الخاصة بهذا الخطاب، تلك التى تحددها العلاقة الأساسية التى تربط بين الآمر والمستفيد. فهذه العلاقة تلقى بظلالها على عقد خطاب الضمان، إذ يصدر هذا الأخير وفقاً للشروط أو طبقاً للصيغة التى يشترطها أو يفرضها المستفيد على عميله الآمر. لهذا ذهب البعض إلى القول وبحق أن عقد خطاب الضمان «هو عقد اعتماد بالتوقيع، أى التزام يتعهد به شخصياً، وهذا الاعتماد لا ينشئ إلا ديناً احتمالياً، لكنه لا يستحق إلا عند مطالبة المستفيد فعلاً البنك بوفائه، وبذلك حكم القضاء المصرى بأنه وإن كان تعهد البنك بدفع قيمة خطاب الضمان للغير تعهداً

---

(١) قارب من هذا المعنى،

SIMLER Ph.: Cautionnement et garanties autonômes, op. cit., no 924, où il décide que "l'engagement du garant souscrit une garantie autonôme contracte une obligation distincte de la dette garantie et nouvelle. Cette obligation autonôme a certes pour fonction de garantier l'exécution du contrat de base, mais elle est détachée de ce contrat dès l'instant où elle est mise en place".

منجزاً وليس شرطياً والتزامه يوجد بمجرد إصداره خطاب الضمان، إلا أن دين هذا الضمان لا يستحق للبنك فى ذمة العميل إلا إذا طالبت الجهة الصادر إليها خطاب الضمان بقيمته، ومن تاريخ دفع البنك مبلغ الضمان، فلا يجوز للبنك إضافته فى الجانب المدين من حساب العميل إلا من هذا التاريخ، إذ قد لا تطلب الجهة الصادر إليها الخطاب قيمته إذا وفى العميل بالتزاماته قبلها، وفى هذه الحالة لا يكون هناك محل لإضافة قيمته على حساب العميل المدين[1]».

وعليه يثير عقد خطاب الضمان التساؤل حول حقيقة التزام البنك (مصدر الخطاب) بتلك الصيغ أو الشروط التى يفرضها المستفيد، والتى تُعد الأساس عند إبرام خطاب الضمان. فى الواقع إن الإجابة على هذا التساؤل تبرزها حقيقة العلاقة بين الآمر والبنك. فإذا لم تكن هناك علاقة أو معاملات سابقة بينهما، يتوقف قبول مثل هذه الصيغ أو تلك الشروط على العطاءات التى يقدمها العميل للبنك. فالضمانات التى يقدمها العميل هى التى تسمح له بطلب الضمان، كما أنها تسمح للبنك بقبول تقديمه وبالشروط التى يفرضها المستفيد، خاصة عندما يضطر البنك إلى تنفيذ تعهده ويقوم بالوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد. وذلك على العكس تماماً عندما تكون هناك علاقة سابقة أو أن تنفيذ العلاقة بين العميل والمستفيد يتم من خلال اعتماد مستندى تم فتحه من خلال البنك المطلوب منه إصدار خطاب الضمان. ففى هذه الأحوال لا يستطيع البنك رفض إصدار الخطاب أو التسليم بالشروط التى فرضها المستفيد. فوجود هذه العلاقة أو مثل هذا التعامل يفرض على البنك قبول طلب العميل والالتزام بالصيغ أو الشروط التى طلبها المستفيد فى خطاب الضمان، خاصة عندما تسمح تلك الصيغ أو هذه الشروط بإصدار الخطاب[2].

---

(١) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، ١٩٩١م، ص ٩٢، خاصة هامش (١).

(٢) بيد أن التزام البنك بهذه الصيغ وتلك الشروط لا يؤثر على الخطاب الذى يصدره البنك أو يمس باستقلاله. فأياً كانت هذه العبارات المستعملة أو الصيغ التى فرضها=

خلاصة القول إذن أن وجود تعامل سابق بين البنك والعميل يقلص إلى حد كبير من الحرية التى يملكها البنك فى إصدار خطاب الضمان أو رفضه، خاصة عندما تتمخض تلك العلاقة عن اعتماد مستندى يتم من خلاله تنفيذ العلاقة بين العميل والمستفيد(١). أما عندما لا توجد مثل هذه العلاقة، فإنه يتعين على البنك قبل قبول إصدار الخطاب أو رفضه أن يتأكد من مركز العميل الحقيقى. ففى هذه الحالة أول ما يجب على البنك القيام به هو «دراسة مركز العميل المالى ودرجة يساره والتزاماته المالية

=العميل، فإنها لا تؤثر على استقلال خطاب الضمان، حتى فى تلك الحالات التى تشير فيها إلى العقد الأساسى. هذا ما يقرره صراحة حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٨ مايو ١٩٩٩ (D.bancaire et bourse, juillet-Août 1999, p.129, obs. M.CONTAMINE-RAYNAUD)، حيث قضت المحكمة بأنه:

"Méconnaît la loi des parties une Cour d'appel qui retient que des garanties ne sont pas indépendantes du contrat de base, alors que les dites garanties étaient stipulées irrévocables et inconditionnelles nonobstant toute contestation du donneur d'ordre ou d'un tiers et que leur étendue, fixée au moment de leurs conclusions, était indépendante, dans son exécution, d'éventuelles déffaillances du détiteur, alors que de telles garanties ne sont pas privées d'autonomie par de simples références au contrat de base, n'impliquant pas appréciation des modalités d'exécution de celui-ci pour l'évaluation des montants garantis, ou pour détermination des durées de validité".

(١) د/ محيى الدين إسماعيل علم الدين، العمليات الائتمانية فى البنوك، المرجع السابق، فقرة ٩، ص ٣٢٣، حيث يقرر أن البنك يصدر خطاب الضمان لحساب العميل «بدون غطاء ولا عمولة إذا كانت البضاعة المستوردة محل اعتماد مفتوح بواسطته ويحتفظ له بغطاء كامل. أما إذا لم يكن الاعتماد مفتوحا بواسطة البنك مصدر خطاب الضمان، فإنه يشترط على العميل تقديم غطاء نقدى كامل للخطاب قبل إصداره، كما يشترط عليه تقديم إذن الاستيراد وموافقة الإدارة العامة للنقد على دفع قيمة البضائع بالعملة الأجنبية». راجع كذلك د/ هانى محمد دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، المرجع السابق، ص ٢٣٢.

وإمكانية الوفاء بتعهداته إذا ما لزم الأمر الوفاء بقيمة الضمان. ويمكن للبنك دراسة مركز العميل بالاطلاع على أعماله المالية وعمل التحريات اللازمة عنه، وإذا ما كان مقدم الطلب شركة يمكن للبنك الإطلاع على ميزانيتها عن الثلاثة سنوات الأخيرة حتى يكون على بينة كاملة من موقفها المالى ودرجة يسارها(١)».

فعلى البنك التأكد من درجة يسار العميل المالية، نظراً لأن العلاقة التى تربط بينه وبين العميل هى علاقة تعاقدية، تنظم وتبين الالتزامات المتولدة عنها، والتى يمكن إجمالها فى التزام البنك بحرفية التعليمات التى تضمنها خطاب الضمان والتى تتوافق مع الصيغة التى فرضها المستفيد وأفرغت فى الخطاب(٢).

ولا شك أن هذا الالتزام يقتضى أن تكون العبارات الواردة فى الخطاب واضحة، لا تثير أى لبس أو غموض حول فحواه أو ما يمكن أن ينشأ عن العلاقة الأصلية بين الآمر والمستفيد من منازعات(٣). فالخطاب لابد أن تكون عباراته واضحة، لا تدخل البنك فى نزاع أو تولد لديه الحيرة فى الوفاء بقيمة الخطاب من عدمه، كأن يشترط فى عبارات

---

(١) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص٩٤.

(٢) أ/ بسام عاطف المهتار & مايا سليت مشرفية، الضمانة غب الطلب، المرجع السابق، ص ٣٩، وما بعدها.

(٣) هذا ما يبرزه بوضوح حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ٣٠ ديسمبر ١٩٨٥، حيث أكدت المحكمة على أنه إن كان الأصل فى خطابات الضمان عدم توقف الوفاء بها على واقعة خارجية أو تحقق شرط معين أو حلول أجل ما، إلا أنه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الخطاب وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك وعميله، فإن علاقة البنك بالمستفيد هى علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل يحكمها خطاب الضمان وحده، وعباراته هى التى تحدد التزام البنك والشروط التى يتم الدفع بمقتضاها، حتى إذا طلب منه الوفاء، أثناء سريان الأجل وتحققت الشروط وقدمت إليه المستندات المحددة فى الخطاب، تعين عليه الدفع فوراً. فهو لا يلتزم إلا فى حدود تلك الشروط، ولا يعتد بغير هذه المستندات. وعليه لا يكون دفع البنك، أو رجوعه على العميل، صحيحاً إلا إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لما جاء أو ورد بالخطاب. أما إذا تم الوفاء على خلاف ذلك، فإن البنك يتحمل مسئولية الوفاء (طعن رقم ١٠١٣ لسنة ٥٠ق).

الخطاب عدم الوفاء عند ثبوت عدم قيام المستفيد بتنفيذ التزاماته المتولدة عن عقد الأساس. فهذا الاشتراط يوقع البنك فى حيرة وتردد بين الدفع أو عدم الوفاء، طالما أن ذلك معلق على واقعة محل خلاف بين الطرفين.

فى الحقيقة إن التنفيذ الدقيق لهذا الالتزام يقع على عاتق البنك، إذ يتعين عليه، باعتباره محترفاً لهذه العمليات، أن ينبه العميل إلى خطورة العبارات المستخدمة، أو ما يمكن أن تقود إليه الصيغة المستعملة من تناقض. فعلى البنك ألا يطيع عميله «فيصدر الخطاب بالصيغة التى يقترحها عميله وعيناه مغمضتان، فبينما هو لا يلزم بتنبيهه إلى المخاطر التى يعرفها عميله بحكم خبرته، فإن عليه أن يلفت نظره إلى أن الخطاب لا يتضمن ذكر العملية المضمونة أو أنه لا يبرز حالات أسباب رفض البنك الوفاء([1])».

كذلك يقع على البنك الالتزام بإصدار خطاب الضمان، طالما وافق على الشروط والصيغ التى أرادها العميل. وهذا الالتزام ذو طابع شخصى، إذ لا يصدر البنك الخطاب إلا لثقته فى عميله وفى قدرته على الوفاء بما يفرضه عليه الخطاب من التزامات. وعليه يعد الغلط فى شخص العميل غلطاً جوهرياً يؤدى إلى بطلان الخطاب، هذا من ناحية، كما أنه لا يعطى الحق للمستفيد فى التنازل عنه أو تظهيره إلى الغير من ناحية أخرى([2]). مع هذا فقد أجازت المادة ٣٥٧ من قانون التجارة إمكانية

---

(١) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص١٠٩

(٢) على العكس يرى البعض (د/سميحة القليوبى، الأسس القانونية لعمليات البنوك، ص٤٣٩) أن خطاب الضمان «لا يمثل حقاً من الحقوق ذات الطابع الشخصى. فالحق يكون كذلك إذا كان بسبب طبيعته متصلاً اتصالاً وثيقاً بشخص الدائن، فلا يمكن فى هذه الحالة أن ينزل عنه لشخص آخر (....). وبتطبيق هذه الخصائص على حق المستفيد من خطاب الضمان لا تكون شخصية المستفيد محل اعتبار لدى البنك مصدر الخطاب، بمعنى أنه يستوى لدى البنك أن يدفع لأى جهة يحددها العميل، وإذا كان اسم المستفيد مذكور بخطاب الضمان، فليس ذلك دليلاً على أن لشخصية المستفيد اعتبار لدى البنك، إذ أن الغرض من هذا البيان هو تحديد أركان التزام البنك ومداه». مع هذا فقد قضت المحكمة الإدارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٩٦٣/٧/٢٠ فى الطعن رقم ٨٩٧ لسنة ٩ق، (مجموعة القواعد القانونية التى أقرتها المحكمة الإدارية=

التنازل عن الحق الوارد بالخطاب بتوافر شرطين[1]، أولهما: موافقة البنك، وثانيهما: أن يكون البنك مأذوناً من قبل الآمر بإعطاء هذه الموافقة[2].

=العليا فى عشر سنوات، المستشار/أحمد سمير شادى، الجزء الثانى، ص ١٣٨٧) بأن «خطابات الضمان ليست مثل الشيك أداة وفاء وإنما هى أداة ضمان، فطبيعة خطاب الضمان تختلف عن طبيعة الشيك، من ناحية أن خطاب الضمان شخصى لا يجوز للمستفيد تظهيره إلى غيره أو التنازل عنه لأى شخص بأى طريق وبالتالى فليس له أية قيمة ذاتية إلا لشخص المستفيد».

(١) راجع كذلك المادة التاسعة من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥، حيث تنص على أنه « **1- Le droit du bénéficiaire de demander paiement ne peut être transféré que si cela est autorisé dans l'engagement et dans la mesure où cela est autorisé et de la manière dont cela est autorisé dans l'engagement. 2- Si un engagement est désigné comme transférable sans qu'il soit spécifié si le consentement du garant/ émetteur ou de toute autre personne autorisée est requis pour qu'il y ait effectivement transfert, ni le garant/ émetteur ni aucun autre personne autorisée n'est tenu d'effectuer de transfert, si ce n'est dans la mesure et de la manière expressément acceptées par lui**». راجع كذلك المادة ٣٣ من القواعد الجديدة التى وضعتها غرفة التجارة الدولية، حيث تقرر نفس الحكم الذى قررته تلك الاتفاقية.

(٢) د/ محمد فريد العرينى & د/ على البارودى، القانون التجارى، المرجع السابق، بند ٢٦٥، صـ٣٥٣، حيث يقررا أن مصدر الخطاب " يتعهد بالوفاء لشخص معين، هو المتعاقد مع عميل البنك الذى صدر الخطاب بناء على طلبه. ومن ثم لا يجوز للمستفيد التنازل عنه للغير، حتى ولو بالتبعية لتنازله عن العقد الذى أبرمه مع العميل، إلا بموافقة البنك وبشرط أن يكون هذا الأخير مأذونا من قبل الآمر بإعطاء هذه الموافقة". هذا ما يقرره قانون التجارة العراقى فى المادة ٢٨٩، والتى تقضى بأنه لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الناشئ عن خطاب الضمان إلى الغير إلا بموافقة البنك. كما لا يجوز أيضاً للعميل الآمر التنازل عن الخطاب إلى الغير، حتى ولو كان ذلك بالتبعية لتنازله عن العقد أو العمل الذى صدر من أجله الخطاب (د/أكرم يامالكى، الأوراق التجارية وفقاً لاتفاقيات جنيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقاً للأعراف الدولية، المرجع السابق، فقرة ٤٤١، ص ٣٤٦). مع هذا يذهب البعض من الفقهاء إلى القول بأن «الراجح فى الفقه أن خطاب الضمان لا يمثل حقاً من الحقوق ذات الطابع الشخصى، فلا تكون لشخصية المستفيد محل اعتبار لدى البنك=

فى المقابل يلتزم العميل بتقديم الغطاء الكافى للبنك، بما يضمن وفاءه للمستفيد بقيمة الخطاب. وهذا الغطاء يتنوع إلى غطاء نقدى، كحسابات بنكية أو أوراق مالية أو تجارية، أو غطاء عينى كتقديم سلع أو بضائع(١). كذلك يلتزم العميل بدفع العمولة المتفق عليها، والتى قد تدفع نقداً أو تخصم من حساب الآمر، وقد تدفع مقدماً أو يؤجل استحقاقها بعد إصدار الخطاب أو الاستفادة منه(٢). بيد أنه إذا تم الاتفاق على تأجيل استحقاقها، فلا يحق للبنك الامتناع عن تنفيذ التزاماته بدعوى عدم دفع العمولة، وذلك لأنه بمجرد وصول الخطاب إلى يد المستفيد يصبح التزام البنك نهائياً، ليس من حقه الرجوع فيه أو العدول عنه. وأخيراً يلتزم العميل بدفع الفوائد القانونية حال قيام البنك بالوفاء للمستفيد بقيمة الخطاب.

المبحث الثانى

حقيقة خطابات الضمان الملاحية

تُعد خطابات الضمان الملاحية إحدى الأدوات التى يلجأ إليها أطراف العلاقات البحرية بصفة عامة، وعقود النقل البحرية بصفة خاصة، لضمان حسن تنفيذ تلك العلاقات أو هذه العقود. فحسن تنفيذ هذه الأخيرة من ناحية، وقيام سند الشحن البحرى بدوره فى تمثيل البضاعة أثناء النقل من ناحية أخرى يقتضيا إصدار هذا النوع من الخطابات، لدرجة يمكن معها القول بأن هذه الأخيرة تُعد الضمان لحماية

=مصدر الخطاب. ولكن يرى هذا الاتجاه أن عدم قابلية تداول خطاب الضمان مرجعه إلى أن المبالغ التى يمثلها الخطاب فترة سريانه وقبل أدائها إلى المستفيد ليست مملوكة له وبالتالى لا يجوز له التنازل عنها (د/فايز نعيم رضوان، العقود التجارية وعمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ١٤٢، ص ٤٢٨)».

(١) د/ محيى الدين إسماعيل علم الدين، العمليات الائتمانية فى البنوك، المرجع السابق، فقرة ٥٩ وما بعدها، صـ٣٦٢ وما بعدها ؛ د/ عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، المرجع السابق، صـ١٣٨.

(٢) د/ عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، المرجع السابق، صـ١٣٩ ؛ م/ محمد عزمى البكرى، موسوعة الفقه والقضاء، المرجع السابق، صـ١٢٦٣ وما بعدها.

تلك المعاملات وتوفير الثقة بين أطرافها. كذلك فإن هذا اللجوء يضفى على خطابات الضمان الملاحية نوعاً من التفرد وشيئاً من الذاتية. بيد أنه قبل إلقاء الضوء على هذا التفرد وتلك الخصوصية (المطلب الثانى)، نعرض لوظائف خطابات الضمان الملاحية (المطلب الأول).

المطلب الأول

وظائف خطابات الضمان الملاحية

لا جدال أن خطابات الضمان الملاحية، شأنها شأن باقى خطابات الضمان المصرفية، تؤدى العديد من الوظائف الهامة لأطراف العلاقات البحرية، إلا أنه يبرز من بينها، حماية المعاملات البحرية وتوفير الثقة بين أطرافها، فضلاً عن حسن تنفيذ عمليات النقل البحرى. وهو ما سنتولى بيانه بشىء من التفصيل فى فرعين متتالين.

الفرع الأول

حماية المعاملات وتوفير الثقة بين أطرافها

تُعَدُ هذه الوظيفة من أهم وأخطر الوظائف التى تحققها خطابات الضمان الملاحية. فتدخل البنك (باعتباره مصدر هذه الخطابات) كوسيط مالى بين الناقل والشاحن أو بين الناقل أو وكيله وبين المرسل إليه، يوفر الثقة فى العلاقات المتولدة عن سندات الشحن البحرية. فهذا التدخل يُعد الأساس الذى يولد الثقة بين هؤلاء الأطراف، على نحو يساعد على تنشيط المعاملات البحرية وحمايتها من البطء أو الجمود الذى قد يقود إلى خسائر كبيرة تلحق بأطرافها. فإذا لم يتدخل البنك ويصدر خطاب الضمان، فإن ذلك من شأنه أن يقود إلى تقلص حجم المعاملات، أو إن صح القول إلى توقف عمليات النقل البحرى أو إصابتها بالبطء أو الجمود. هذا ما يمكن أن نبرزه بوضوح بإلقاء الضوء على الحالات التى يقدم فيها خطاب الضمان الملاحى. فهذا الأخير قد يقدمه الشاحن إلى الناقل عندما لا يتمكن هذا الأخير من التحقق من بيانات البضاعة أو عندما يتفقا على عدم إيراد بعض التحفظات فى سند الشحن البحرى، لما قد تقود إليه من

تقويض لوظيفته الائتمانية أو قدرته على التداول(١). وهذا الخطاب قد يقدمه المرسل إليه للناقل أو وكيله عند وصول البضاعة وعدم وصول مستندات الشحن(٢). ففى الحالتين يلعب خطاب الضمان دوراً هاماً فى حماية المعاملات البحرية من الأضرار التى قد تلحق بأطرافها إذا لم يتم تقديم مثل هذه الخطابات. ففى الحالة الأولى لن يستطيع الشاحن الاستفادة من الوظائف الحيوية التى يقوم بها سند الشحن، خاصة تلك التى يقوم فيها بتمثيل البضاعة أثناء عملية النقل(٣). فإذا لم يقدم خطاب الضمان للناقل، فإن هذا الأخير سوف يورد بعض التحفظات فى سند الشحن تحول بين الشاحن وبين التصرف فى البضاعة أو الاقتراض بثمنها. فخطاب الضمان يُعد بمثابة السند الذى يقدمه الشاحن من أجل الحصول على سند شحن نظيف خالى من التحفظات، يمكنه من التصرف فى البضاعة أثناء شحنها أو الاقتراض بمقتضاه. ولنا أن نتخيل حجم الأضرار التى قد تلحق بالشاحن إذا لم يصدر البنك هذا الخطاب، أو تلك التى قد تلحق بالناقل إذا تقاعس البنك عن إصداره، والتى يمكن أن تصيبه نتيجة لتقلص عمليات النقل البحرى وإحجام الشاحنين عن النقل فى ظل هذا الإصرار من قبل الناقلين على إيراد التحفظات على حجم البضاعة أو حالتها.

وفى الحالة الثانية لن يستطيع المرسل إليه استلام البضاعة، على الرغم من وصولها، فى غياب مستندات شحنها، وذلك إذا لم يوافق

---

(١) راجع المادة ١٧ من قواعد هامبورج لسنة ١٩٧٨، المادة ٢٠٧ من قانون التجارة البحرية ٨ لسنة ١٩٩٠. راجع كذلك أحكام محكمة النقض المصرية الصادرة فى ٢٢ فبراير ١٩٦٦، فى ٢٣ يونيه ١٩٧٥، وفى ١٧ ديسمبر ١٩٧٦.

(٢) راجع د/ محيى الدين إسماعيل علم الدين، العمليات الائتمانية، المرجع السابق، فقرة ٩، صـ٣٢٢ وما بعدها.

(٣) د/ مصطفى كمال طه، القانون البحرى الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٥، فقرة ٣٥٧، صـ٢٦١ ؛ د/ محمود مختار أحمد بريرى، قانون التجارة البحرية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، فقرة ٣١٨، صـ٣٢٤ ؛ د/ جلال وفاء محمدين، قانون التجارة البحرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٧، صـ٢٧٧.

البنك على إصدار خطاب ضمان يسمح له باستلام البضاعة وعدم تعرضها لخطر التلف أو الهلاك. ففى هذه الحالة يلحق بالمرسل إليه أضرار بالغة نتيجة حرمانه من استلام البضاعة، والتى قد تتمثل فى تعرضه لاحتمالات تقلب الأسعار، أو الخسائر التى تلحق به نتيجة لارتباطه بمواعيد للتسليم، أو الأضرار التى تلحق بالبضاعة فى الدائرة الجمركية(١). فخطاب الضمان الملاحى يمثل فى هذه الحالة أيضاً طوق النجاة الذى يقى المرسل إليه من التعرض لكل هذه الأضرار التى يمكن أن تلحق بذمته المالية، خاصة عندما تطول مدة انتظار وصول مستندات الشحن. ولا يصح الاعتراض على ذلك بالقول بأن البضائع المشحونة عن طريق البحر يؤمن عليها عادة لدى شركات التأمين، لاسيما عندما يكون النقل البحرى هو أحد أدوات تنفيذ الصفقات التجارية الدولية، تلك التى تعرف بالبيوع البحرية، كالبيع سيف أو البيع فوب، إذ يعد التأمين عليها من مخاطر النقل هو أحد الالتزامات التى تفرضها تلك البيوع على البائع (البيع سيف) أوعلى المشترى (البيع فوب(٢)). ففى هذه الأحوال سوف تنتقل تلك الأضرار من على عاتق المرسل إليه لتلحق أو تصيب شركات التأمين، وكلها أضرار لا يجب النظر فيها إلى الشخص الذى تلحق به، وإنما يتعين النظر فيها إلى الأداة التى يمكن من خلالها تفاديها أو على الأقل الحد من آثارها، وهو الأمر الذى تحققه خطابات الضمان الملاحية التى يمكن تقديمها إلى وكيل الناقل بقيمة البضائع الواردة، على نحو يضمن له الحصول على قيمته عند أول طلب ودون توقف على أى إجراءات أخرى

---

(١) د/ محيى الدين إسماعيل علم الدين، العمليات الائتمانية، المرجع السابق، فقرة ٩، صـ٣٢٣.

(٢) د/ مصطفى كمال طه، القانون البحرى الجديد، المرجع السابق، فقرة ٤٧٤، صـ٣٤٩ ؛ د/ فايز نعيم رضوان، القانون البحرى، ١٩٨٤، صـ٤٧٨ ؛ د/ محمود مختار أحمد بريرى، قانون التجارة البحرية، المرجع السابق، فقرة٤٨٤، صـ٤٦٩ ؛ د/ جلال وفاء محمدين، قانون التجارة البحرية، المرجع السابق، صـ٤٢٤.

عندما يطالبه حامل سند الشحن الأصلى باستلام البضاعة المسلمة إلى غيره.

الفرع الثانى

حسن تنفيذ عمليات النقل البحرى

فى الحقيقة تعد خطابات الضمان بجميع أنواعها إحدى الأدوات التى تقدمها البنوك لمنح الائتمان لعملائها. فالبنوك عندما تقوم بإصدار هذه الخطابات، تمنح عملاءها تسهيلات ائتمانية تمكنهم من حسن تنفيذ العمليات التى تصدر بشأنها. ولا شك أن حسن التنفيذ يتنوع بحسب الغرض الذى صدر من أجله خطاب الضمان ووفقاً لطبيعة العلاقة موضوع هذا الخطاب. وبالتالى عندما يقوم البنك بإصدار خطاب ضمان ملاحى، فإن هذا يعنى قيام البنك بمنح عميله تسهيلاً ائتمانياً يساعده على حسن تنفيذ عملية النقل البحرى. بعبارة أخرى عندما يقوم البنك أو يقبل منح عميله خطاباً ملاحياً، فإنه يمنحه الثقة أو الائتمان الذى يمكنه من تنفيذ النشاط على أكمل وجه. فبمجرد قبول البنك إصدار خطاب الضمان الملاحى، يستطيع الشاحن أن يحصل على سند شحن نظيف خال من التحفظات يمكنه من التصرف فى البضاعة أو الاقتراض بقيمتها من البنوك أو بيوت التسليف. كما يستطيع الناقل القيام بعملية النقل وهو مطمئن ولديه الثقة فيما قدمه البنك من خطابات تضمن له ما يمكن أن يترتب من نتائج يحدثها عدم مطابقة البضاعة عند التسليم للبيانات المدونة بسند الشحن. فبموجب هذا الخطاب يتعهد البنك بضمان كافة النتائج التى تترتب على عدم مطابقة البضاعة عند التسليم لما ورد فى سند الشحن من بيانات. هذا ما قررته محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ٢٢ مارس ١٩٦٦ بقضائها بأن خطابات الضمان التى يقدمها الشاحن للناقل هى تعهد بضمان كافة النتائج المترتبة على عدم المطابقة، والتى تعرض الناقل للمطالبة من قبل الغير بالتعويض نتيجة لقيامه بتسليم الشاحن سند للشحن نظيفاً خالياً من التحفظات، على نحو يسهل له التعامل به والحصول بمقتضاه على الائتمان من البنوك. هذا فضلاً عن فائدة هذه

الخطابات فى تسهيل عمليات النقل البحرى التى تقتضى السرعة فى إجرائها، باعتبارها حجة على عاقديها ولم تكن مشوبة عند إصدارها بقصد إيهام الغير وإدخال الغش عليه عند تداول سند الشحن(١).

كذلك يستطيع المرسل إليه تنفيذ التزامه على وجه دقيق، خاصة قبل الغير عندما يكون مستورداً للبضاعة ومرتبطاً بمواعيد لتسليمها. فوجود خطاب الضمان الملاحى يمكنه من استلام البضاعة والوفاء بتعهداته، سواء وصلت المستندات قبل وصول البضاعة أو مزامنة لها أو لم تصل إلا بعد وصول السفينة وتفريغ البضاعة، وسواء أكان من حقه استلام البضاعة أو أن هذا الحق لأشخاص آخرين تبرز المستندات أحقيتهم فى استلامها. فخطاب الضمان يعد بديلاً «لإقرار موقع عليه من العميل المستورد يقرر فيه العميل لوكيل الشركة الناقلة بأنه هو المالك للبضائع المسلمة. ويتعهد بتعويض الشركة الناقلة عما قد تتحمله من مسئولية مباشرة أو غير مباشرة نتيجة لتسليمها البضائع إليه إذا ظهر أنه غير مالك لها(٢)».

وهكذا يتضح أن خطاب الضمان الملاحى يلعب دوراً بالغاً فى حسن تنفيذ عمليات النقل البحرى، بصرف النظر عن صفة الآمر فى هذا النوع من الخطابات، وبغض النظر عن وفاء البنك بقيمة الضمان من عدمه. فيستوى أن يكون الخطاب لضمان تحفظات حقيقية تتعلق بحجم البضاعة أو حالتها أم لا، أو أنه يضمن مطالبات فعلية باستلام البضاعة من عدمه، أو تم تسييل قيمته لصالح المستفيد أم لا. فأهمية هذه الخطابات تأتى من الدور الذى تلعبه فى تنفيذ أو تسهيل عمليات النقل البحرى وتنشيطها، طالما أنها تمكن جميع أطرافها من أداء التزاماتهم على الوجه الأكمل. مع هذا فإن إصدار البنك لهذه الخطابات يتوقف فى بعض الحالات على إيداع العملاء لغطاءات نقدية كاملة قبل إصدارها(٣)،

---

(١) الطعن رقم ٣٢٠، لسنة ٣١ق، مجموعة أحكام النقض، س١٧، ص ٦٢٧.

(٢) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص٣٠.

(٣) راجع المادة ٣٥٦ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

خاصة عندما لا تكون البضاعة المنقولة مستوردة بموجب اعتمادات مستندية تم فتحها بواسطة البنوك مصدرة هذه الخطابات الملاحية. ففى هذه الحالة الأخيرة تلعب الاعتمادات المستندية دوراً كبيراً ومؤثراً فى قبول البنوك إصدار خطابات الضمانات بصفة عامة(١)، والملاحية بصفة خاصة، إذ لا يكون البنك فى حاجة إلى تقديم العميل لغطاء نقدى نظير حصوله على خطاب الضمان الملاحى، طالما أنه هو الضامن إما لحصول المشترى (المرسل إليه) على مستندات النقل، أو لحصول البائع على ثمن البضاعة مقابل تسليمه لمستندات شحنها. أما إذا لم يتم تنفيذ عملية الاستيراد والتصدير، والتى يكون النقل البحرى أحد عناصرها المهمة، من خلال الاعتمادات المستندية، فإن البنك لن يوافق على إصدار خطاب الضمان، سواء أكان الطالب هو الشاحن أم المرسل إليه، إلا عندما يتم تقديم الغطاء الكامل قبل إصداره.

وعلى هذا الأساس جرى العرف المصرفى، حيث تقتضى البنوك «غطاء كامل لخطاب الضمان الملاحى إذا لم يوجد اعتماد مستندى مفتوح فى شأن البضائع الواردة. وفى حالة وجود اعتماد مستندى مغطى من العميل جزئياً يستوفى باقى الغطاء خصماً من حساب العميل. أما إذا كان الاعتماد المستندى مغطى بالكامل ائتمانياً بتسهيل ممنوح للعميل، فلا يقتضى غطاء لخطاب الضمان(٢)».

مجمل القول إذن أن خطابات الضمان الملاحية تمنح الشركات المستوردة والمصدرة إمكانية تنفيذ عمليات النقل البحرى على أحسن وجه، على نحو يعطيها نوعاً من الطمأنينة الاقتصادية، حيث توفر عليها عناء التبرير أو الوقوع فى منازعات تلك العلاقات، هذا فضلاً عن أنها

---

(١) د/ عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، المرجع السابق، صـ١٣٨ ؛ د/ محمد فريد العرينى & د/ على البارودى، القانون التجارى، العقود التجارية والعمليات المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٢٦٥، صـ٣٥٣.

(٢) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٢٧، ص ٣٣.

تقيها من تكبد خسائر مالية كبيرة يحدثها تأخر تنفيذ عمليات شحن البضائع التى ترتبط بها مع عملائها(١).

المطلب الثانى

تفرد خطابات الضمان الملاحية

فى الحقيقة إن خطابات الضمان الملاحية تنفرد ببعض الخصائص التى تتلاءم مع طبيعة العلاقات القانونية التى تصدر لضمان تنفيذها أو القيام بها. فهذه الخطابات تصدر أو تقدم لضمان تنفيذ عمليات النقل البحرى أو تسهيل القيام بها. ومن ثم فإنها قد تصدر غير محددة المدة أو غير محددة القيمة، طالما أنه من الصعب الجزم بميعاد وصول البضاعة على نحو دقيق أو تحديد قيمة البضاعة التى يصدر الخطاب لتغطية المسئولية المتولدة عنها بصورة قاطعة. فإذا كان العرف المصرفى قد جرى على أن يتضمن خطاب الضمان بياناً بقيمة البضاعة محل الضمان وأن يحدد أجلاً لسريانه، فإنه من الصعب الجزم بالقيمة الحقيقية لهذه القيمة أو هذا الأجل، عندما يتعلق الأمر بهذا النوع من خطابات الضمان. وهكذا يتضح أن تفرد خطابات الضمان الملاحية يأتى من أنها غير محددة القيمة أو مضروبة بأجل محدد(٢). وهو ما سنتولى بيانه على نحو تفصيلى، إلا أنه قبل

---

(١) قارب فى هذا المعنى، أ/ بسام عاطف المهتار & مايا سليت مشرفية، الضمانة غب الطلب، آلية دفعها – تعطيل الآلية – مسئولية المصارف، دراسة مقارنة، منشورات الحلبى الحقوقية، ٢٠٠٩، ص٦ وما بعدها.

(٢) بل إن هذه الخطابات تعد المثال الواضح لاستقلال خطاب الضمان عن العلاقة الأساسية التى تربط بين الأطراف. فاستقلال الخطاب يبدو بصورة واضحة عندما يكون الالتزام الأساسى المنبثق عن عقد الأساس هو القيام بعمل. ولا شك أن هذا الالتزام يبدو بوضوح فى هذا النوع من الخطابات. فوضوح هذا الالتزام لا يولد أو يثير أى صعوبة حول حقيقية هذا الاستقلال. هذا ما تبرزه بوضوح N. BORGA بتقريرها:

"L'autonomie de l'engagement du garant ne pose pas de difficultés si l'objet du contrat principal est une obligation de faire, puisque l'obligation du garant est toujours de paiement d'une somme d'argent, il n'y aura a priori pas de confusion=

التعرض لهذه الخصوصية (الفرع الثانى)، يتعين علينا إلقاء الضوء على الصور التى تصدر خطابات الضمان الملاحية لتغطيتها، وذلك لمعرفة ما إذا كان التطور الحادث فى نظم المعلومات وظهور صور حديثة لسندات الشحن سوف يقلص إلى حد ما من إمكانية صدور خطابات ملاحية لتغطية الأضرار التى تحدثها من عدمه (الفرع الأول).

الفرع الأول

صور خطابات الضمان الملاحية

فى الواقع إن تعهد البنك بمقتضى خطاب الضمان الملاحى إما أن يأتى نتيجة لغياب سند الشحن أو فى مقابل الحصول على سند شحن نظيف وخال من التحفظات[1]. فالخطاب الملاحى قد يطلبه المشترى

=possible dans la rédaction de l'acte de garantie entre le contrat de base et l'engagement propre du garant (La qualification de garantie autonôme, op. cit., p. 39)".

(١) فى الواقع إن هذه الخطابات تصدر لمصلحة الناقل البحرى. مع هذا فإن هناك بعض الخطابات الملاحية التى قد يأمر الناقل بإصدارها لمصلحة الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة، أو تلك التى تصدر لاتقاء الحجز على السفينة. فعلى الرغم من أن خطابات الضمان الملاحية تصدر فى الغالب لمصلحة الناقل البحرى، إلا أن هناك بعض الحالات التى تصدر فيها تلك الخطابات بناء على طلب من جانبه. وهو الأمر الذى يتحقق عند حدوث بعض الحوادث الاستثنائية عن عمليات النقل البحرى، كتلك الناشئة عن حوادث التلوث البحرى، أو لوجود حجز تحفظى تنفيذا لدين بحرى على عاتقه. فالخطابات التى يطلبها الناقل البحرى قد يكون الهدف منها ضمان المسئولية أو اتقاء الحجز على السفينة لوجود أحد الديون البحرية التى تجيز مثل هذا الإجراء. ففى النوع الأول يطلب الناقل إصدار الخطاب لمصلحة الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة لضمان المسئولية التى قد تنسب إليه بسبب الأضرار التى ألحقتها السفينة بمنشآت الموانئ أو الأحواض وطرق الملاحة، أو عندما يحدث تسرب من السفينة يؤدى إلى تلوث المياه الداخلية أو أحد الشواطئ. ففى مثل هذه الحالات يحق للدولة منع السفينة من مغادرة المياه الإقليمية حتى تتحدد مسئوليتها عن هذه الأضرار. غير أن هذا المنع سيقود بالضرورة إلى تعطيل السفينة وعدم مواصلة الرحلة البحرية. ولتفادى النتائج المترتبة على هذا المنع، يقوم الناقل البحرى بإصدار الأمر إلى أحد البنوك الوطنية أو الأجنبية لتحرير خطاب ضمان ملاحى يضمن للدولة حقوقها عندما يصدر الحكم لصالحها أو ينسب إليه الخطأ الذى رتب هذه الأضرار.=

(مستلم البضاعة)، وقد يصدر من البنك بناء على رغبة الشاحن، (الذى قد يكون البائع)، كما هو الحال فى (البيع سيف).

أ ـ خطاب الضمان مقابل الحصول على سند شحن نظيف:

يعد سند الشحن البحرى هو الوثيقة التى يفرغ فيها عقد النقل البحرى. لذلك يتعين أن يتضمن بعض البيانات، التى عددتها المادة ٢٠٠ من قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠م، كتلك المتعلقة بالبضاعة المشحونة. فسند الشحن يجب أن يتضمن تعييناً للبضاعة من حيث طبيعتها وعدد الطرود ووزنها وحجمها والعلامات المميزة الموضوعة عليها أو شكلها الظاهر. فهذا السند لا يقتصر دوره على إثبات عقد النقل، وإنما يلعب دوراً أكثر إيجابية فى تمثيل البضاعة، بما يعطى حائزه الحق فى التصرف أو رهن البضاعة بما يتفق مع مصلحته. صحيح أن هذه الحيازة، على الرغم من إعطائها للحائز الحق فى ملكية الأشياء محل النقل، ليست من قبيل الحيازة الفعلية، وإنما هى حيازة رمزية يترتب عليها عدم أحقية حامل السند فى الاحتجاج بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية، تجاه من يحوز الأشياء محل النقل حيازة فعلية. بيد أن هذا التمثيل لا يؤتى ثماره إلا عندما يعين السند البضاعة محل النقل تعييناً كافياً نافياً للجهالة. فطالما أن السند يمثل الأشياء محل النقل، فإنه يتعين أن تتوافر فيه من البيانات ما

=كذلك قد يصدر الخطاب لاتقاء الحجز التحفظى على السفينة تنفيذا لدين بحرى. فلقد أجاز المشرع المصرى للدائن توقيع الحجز التحفظى على السفينة ولو كانت متأهبة للسفر، طالما أن هذا الحجز يتم للوفاء بأحد الديون البحرية التى عددتها المادة ٦٠ من قانون التجارة البحرية ٨ لسنة ١٩٩٠. فالحجز التحفظى يعد ضمانة بين يدى الدائن تكفل له الحصول على دينه وتحول بين المدين وبين الإفلات بالضمان من تحت يده. ولاتقاء وقوع هذا الحجز يقدم الناقل البحرى خطاب ضمان لمصلحة الدائن حتى تستطيع السفينة مواصلة الرحلة البحرية، إذ أجاز المشرع فى المادة ٦٣ من قانون التجارة البحرية لرئيس المحكمة الابتدائية أو من يقوم مقامه رفع الحجز على السفينة عند تقديم ضمان شخصى أو عينى يكفى للوفاء بالدين، ما لم يكن الدين ناشئا عن المنازعة فى ملكية السفينة أو يتعلق الحجز بمنازعة خاصة بملكيتها أو حيازتها أو استغلالها على الشيوع. ولا خلاف أن خير ضمان يمكن أن يقدمه الناقل البحرى، لتفادى توقيع الحجز على السفينة، هو خطاب ضمان بنكى لمصلحة الدائن.

يمكن من التعرف عليها وتمييزها عن غيرها من الأشياء التى قد تختلط بها. مع هذا فإن تعيين البضاعة المشحونة ليس بالأمر السهل أو اليسير من الناحية العملية، إذ يصعب فى أحوال كثيرة إجراء تلك المعاينة لما يتطلبه شحن البضاعة من سرعة حتى لا تبقى على الأرضية لفترة طويلة، وحتى لا تتعطل السفينة عن السفر. لهذا درج العمل على اكتفاء الناقل أو وكيله بما ورد فى سند الشحن دون التحقق من صحتها، مع تدوين أن البيانات الخاصة بالبضاعة حسب قول الشاحن أو البضاعة مجهولة الوزن أو المقدار أو الحالة أو القيمة.

ولا شك أن إبداء مثل هذه التحفظات يلعب دوراً كبيراً فى عملية الإثبات، إذ يترتب عليها عدم حجية البيانات الخاصة بالبضاعة فى الإثبات، على نحو يلزم الشاحن بإقامة الدليل على أن البضاعة المسلمة إلى الناقل كما هى مدونة فى سند الشحن، حتى يتمكن من الرجوع على هذا الأخير بالتعويض عن الهلاك أو التلف الذى لحق بالبضاعة أثناء عملية النقل. وهو أمر يصعب إثباته، لدرجة يمكن معها القول بأن هذه التحفظات تؤدى أو من شأنها إعفاء الناقل من المسئولية عن العجز أو التلف.

وتداركاً لهذا الوضع فرضت اتفاقية بروكسل (م٣/٣) على الناقل أو وكيله أن يسلم الشاحن، بعد استلام البضائع، سند شحن يتضمن بنوع خاص العلامات الرئيسية الضرورية للتعرف على البضاعة كما سلمها الشاحن قبل البدء فى الشحن، شريطة أن تطبع هذه العلامات أو تلصق بأى شكل وبصورة واضحة على البضاعة غير المغلفة أو على الصناديق أو الأغلفة بحيث تظل قراءتها ميسورة. كما يجب أن يتضمن هذا السند عدد الطرود أو القطع أو الكمية أو الوزن كما سلمها الشاحن، فضلاً عن حالة البضاعة وشكلها الخارجى(١).

---

(١) راجع كذلك نص المادة ١٥ من اتفاقية هامبورج لسنة ١٩٧٨م، حيث تردد نفس الأحكام التى قررتها اتفاقية بروكسل.

ولا خلاف أن هذا النص يلزم الناقل أو وكيله بالتحقق من بيانات البضاعة. أما إذا استحال عليه إجراء هذا الفحص، فلقد أجازت له المادة ذاتها، وعلى سبيل الاستثناء، إيراد بعض التحفظات المبررة وذلك بنصها على أنه لا يجب على الناقل أو وكيله أو ربان السفينة التصريح عن العلامات والعدد والكمية والوزن أو تدوينها فى سند الشحن إذا كان لديه سبب جدى يحمله على الارتياب فى عدم مطابقتها تماماً للبضاعة المسلمة إليه، أو عندما لا تتوافر لديه الوسائل الكافية للتحقق منها(١).

فوفقاً لهذا الاستثناء يستطيع الناقل إبداء التحفظات فى حالتين فقط، لا يمكن التوسع فيهما أو القياس عليهما. الأولى عندما يتوافر لديه سبب جدى للشك فى صحة البيانات المدرجة بسند الشحن، كأن توضع كمية من البضاعة على الرصيف لا تتناسب مع ما دونه الشاحن فى سند الشحن. والثانية عندما لا تتوافر لديه الوسائل الكافية للتحقق من البيانات الخاصة بالبضاعة، وهو ما يتحقق عندما يقدم الشاحن البضاعة قبل مغادرة السفينة بمدة وجيزة. وفى الحالتين يتعين على الناقل ذكر الأسباب الجدية التى دفعته للشك فيما أورده الشاحن من بيانات أو ما حال بينه وبين التحقق من صحتها. فعليه يقع عبء إثبات ذلك، فإن عجز عن هذا الإثبات لا يلتفت إلى ما أبداه أو دونه من تحفظات(٢).

---

(١) راجع كذلك نص المادة ١٦ من قواعد هامبورج لسنة ١٩٧٨م، حيث تلزم الناقل بأن يدرج التحفظات، التى يراها، فى سند الشحن عندما يكون لديه أسباباً معقولة تحمله على الاشتباه فى أن ما قدمه الشاحن من بيانات لا تتطابق مع تلك التى أخذها فى عهدته، وأن يحدد أوجه عدم صحة البيانات المقدمة أو الأسباب التى تدعوه إلى الاشتباه، أو على العكس عدم توافر الوسائل الكافية للتحقق من صحة ما قدم له من بيانات (فقرة أولى). كذلك يتعين على الناقل أن يثبت فى سند الشحن التحفظات المتعلقة بالحالة الظاهرة للبضائع، وإلا اعتبر أنه قد أثبت فى سند الشحن أن البضائع المسلمة كانت فى حالة ظاهرة سليمة (فقرة ثانية). وإذا انتقل السند إلى الغير، لا يمكن للناقل أن يثبت عكس ما جاء به، بشأن حالة البضائع، فى مواجهته (فقرة ٣).

(٢) راجع فى إعمال هذا الاستثناء، حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ١٩٦٧/١/٢٤م (الطعن رقم ٣٠٥ لسنة ٣٢ق، مجموعة أحكام النقض س١٨، ع١، ص١٧٦)؛ وراجع أيضاً حكمها الصادر فى ١٩٧٣/٤/١٧ فى الطعن رقم=

فى الحقيقة إن إبداء هذه التحفظات من قبل الناقل، ولو على سبيل الاستثناء أو وفقاً لحالات محددة على سبيل الحصر، من شأنه افتقاد السند لقيمته الائتمانية وإمكانية تداوله، هذا فضلاً عن تقويض حجيته فى الإثبات. بعبارة أخرى إن إبداء أى تحفظ من قبل الناقل لا يمكن الشاحن من التصرف فى البضاعة أو يعطيه القدرة على تداول سند الشحن أو الاقتراض بقيمته أو بمقتضاه.

وتجنباً لهذا الوضع يقوم الشاحن بتقديم خطاب ضمان للناقل، مقابل حصوله على سند للشحن خالياً من أى تحفظ، يضمن له ما يترتب من نتائج يحدثها عدم مطابقة البضاعة عند التسليم للبيانات المدونة بسند الشحن(١). فخطاب الضمان الذى يقدمه الشاحن يضمن للناقل مطالبته

=١٤٥ لسنة ٣٨ق، (مجموعة أحكام النقض، س٢٤، ع٢، ص ٦١٦)؛ وحكمها الصادر فى ١٩٨٧/٢/٩م فى الطعن رقم ١٠٢٦ لسنة ٥١ق، حيث قررت المحكمة أن التحفظ الذى يدرجه الناقل فى سند الشحن تدليلاً على جهله بصحة البيانات المتعلقة به والمتعلقة بالبضائع المسلمة إليه لا يعتد به ولا يسرى أثره فى رفع مسئوليته، عند فقد هذه البضاعة، إلا بالنسبة للذى أدرج التحفظ من أجله. لما كان ذلك وكان الثابت من صور سندات الشحن موضوع النزاع، المقدمة من الطاعنة والمرفقة بملف الطعن، أنها تضمنت بيانات تتعلق بعدد ونوع ووصف ووزن وحجم البضاعة المشحونة، بينما التحفظ المدرج بهذه السندات يتعلق بالجهل بوزن ومحتويات البضاعة فقط، فإن الشركة المطعون ضدها (الناقلة) لا تستفيد من التحفظ المشار إليه، على فرض توافر شروط إعماله، إلا بالنسبة لهذين البيانين فقط وتكون مسئولة عن تسليم البضاعة طبقاً للعدد المدرج بسندات الشحن والذى لم يرد عليه التحفظ. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وسحب أثر التحفظ على البيان الخاص بعدد البضاعة ورتب على ذلك قضاءه بعدم مسئولية المطعون ضدها عن العجز العددى المدعى به، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن.

(١) وخطاب الضمان يختلف عن أوراق الضمان (أو ما نطلق عليه بأوراق الضد). فخطاب الضمان هو خطاب بنكى يعطى للمستفيد منه (الناقل) الحق فى الحصول على قيمته عند أول طلب يقدمه، وذلك على عكس أوراق الضمان، فهى أوراق عرفية يعطيها الشاحن للناقل لكى يورد بها ما يراه من تحفظات ويتعهد فيها بأن يضمن له ما يترتب من نتائج يحدثها عدم مطابقة البضاعة عند التسليم للبيانات المدونة بسند الشحن. صحيح أن هذه الأوراق تعد حجة على طرفيها فقط، إذ لا=

بالتعويض عن الأضرار الثابتة عند تسليم البضاعة، حيث يكون للمرسل إليه الحق فى التمسك ببيانات سند الشحن النظيف الخالى من التحفظات ومطالبة الناقل بتعويض تلك الأضرار التى لحقت بالبضاعة. بعبارة أخرى إن خطاب الضمان الذى يقدمه الشاحن يعد وسيلة لضمان حسن تنفيذ الشاحن لالتزاماته الواردة بسند الشحن فيما يتعلق بالبيانات الخاصة بالبضاعة، وتحمل المسئولية كاملة عند مخالفة تلك البيانات للحقيقة، والتى تتحقق بالمطالبة من قبل الغير بالتعويض. هذا ما يؤكده حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ١٩٦٦/٣/٢٢م، إذ قضت المحكمة أن خطابات الضمان تضمن للناقل كافة النتائج التى تترتب على عدم مطابقة البضاعة عند التسليم للبيانات الواردة فى سند الشحن(١)، إذا تعرض

=يحتج بها على حامل السند باعتباره من الأغيار، مع هذا فإنه يكثر اللجوء إليها فى مقابل الحصول على سند شحن نظيف، وذلك مقارنة بخطاب الضمان. بيد أن هذا الأخير يعد الوسيلة الفعالة التى تضمن للناقل حقوقه عند رجوع الغير عليه ومطالبته بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم مطابقة البضائع المستلمة مع تلك الواردة بسند الشحن، إذ يجنبه هذا الخطاب ما يمكن أن يوجهه الشاحن من دفوع عند الاحتجاج بورقة الضد أو الضمان، لاسيما عندما يثبت الشاحن أن الناقل أو من ينوب عنه قد قصد أو نوى بعدم إدراجه التحفظ غش طرف ثالث (م ٣/١٧ من قواعد هامبورج لسنة ١٩٧٨). كما أنه يغنيه عناء اللجوء إلى القضاء والمطالبة برد التعويضات التى دفعها لحامل السند. كذلك فإن خطاب الضمان يوفر للناقل الكثير من الوقت ويضمن له جميع الحقوق المنبثقة عن عقد النقل الذى أبرمه مع الشاحن. ولا يعد هذا اللجوء إلى خطابات الضمان خروجاً عن التنظيم القانونى لقواعد المسئولية. فهذا الخطاب ليس سوى وسيلة مستقلة تضمن للناقل رجوع الغير عليه بالمسئولية التى يرتبها عقد النقل البحرى، دون أن يملك هو أو الآمر بالضمان أو مُصدر الخطاب أى حقٍ فى تعديل أحكام تلك المسئولية. بل على العكس إن طلب هذا الخطاب يعد إقراراً من جانب الشاحن والناقل بقواعد المسئولية القانونية التى تقررها القوانين الوضعية أو الاتفاقيات الدولية.

(١) صحيح أن هذا الحكم يتناول الصورة العادية لخطابات الضمان باعتبارها أوراق عرفية يثبت فيها الشاحن التحفظات التى طلب الناقل إدراجها فى سند الشحن، ولكن لم تدرج به استجابة لرغبة الشاحن، إلا أن هذا لا يمنع من تطبيق هذا الحكم على خطابات الضمان البنكية، باعتبارها أوراق تقى الناقل إمكانية رجوع الغير عليه بالتعويض، خاصة إذا أخذنا فى الاعتبار أن الشحن يتم، فى الغالب، لتنفيذ=

الناقل للمطالبة من قبل الغير بالتعويض وذلك مقابل أن يسلمه الناقل سند الشحن نظيفاً خالياً من هذه التحفظات، فيسهل للشاحن التعامل بسند الشحن والحصول بمقتضاه على الائتمان من البنوك، فضلاً عن فائدة هذه الخطابات فى تسهيل عمليات النقل البحرى التى تقتضى السرعة فى إجرائها(١).

هذا ما تبرزه أيضاً المادة ٢٠٧ من القانون المصرى رقم ٨ لسنة ١٩٩٠م بنصها على أن «كل خطاب ضمان أو اتفاق يضمن بمقتضاه الشاحن تعويض الناقل عن الأضرار التى تنتج عن إصدار سند شحن خال من أى تحفظ على البيانات الواردة به، لا يحتج به قبل الغير الذى لا يعلم وقت حصوله على السند بعدم صحة تلك البيانات. ويعتبر المرسل إليه الذى صدر السند باسمه أو لأمره من الغير فى حكم هذه المادة إلا إذا كان هو الشاحن نفسه».

فوفقاً لهذا النص لا يجوز للناقل الاستناد إلى خطابات الضمان لنفى أو منع مطالبة الغير بالتعويض عن الأضرار التى لحقت بالبضاعة من نقص أو تلف وعلى خلاف ما هو مدون بسند الشحن. فلا يملك الناقل الارتكان إلى هذه الخطابات لإثبات أن ما دون بالسند يخالف الحقيقة، بدليل تقديم الشاحن لمثل هذه الخطابات. وعلى الناقل تعويض الأضرار الناشئة عن عدم المطابقة، ثم الرجوع بما دفعه على الشاحن من خلال المطالبة بتسييل الخطاب والحصول على قيمته من البنك الذى أصدره(٢). فى الحقيقة إن

=عمليات الاستيراد أو التصدير هذا من ناحية، وأن هذا النوع من الضمان يقى الناقل المنازعة فى صحة الأوراق العرفية عند احتجاجه بها فى مواجهة مُصدرها (وهو الشاحن).

(١) طعن رقم ٣٢٠ لسنة ٣١ ق، مجموعة أحكام النقض، س١٧، ص ٦٢٧.

(٢) على العكس تقرر المادة ١٧ من قواعد هامبورج لسنة ١٩٧٨ حكماً مخالفا، وذلك لعدم اعتدادها بخطاب الضمان أو الاتفاق الذى يبرم للحصول على سند شحن خال من التحفظات فى العلاقة بين الشاحن والناقل عندما يكون الهدف من هذا الخطاب أو الاتفاق غش طرف ثالث. هذا ما تقرره الفقرة الثالثة من المادة ١٧ بنصها على أنه «يصح خطاب الضمان أو الاتفاق المشار إليه فى مواجهة الشاحن، ما لم تكن نية=

عدم الاعتداد بهذا الخطاب فى مواجهة الغير لخير دليل على استقلال خطاب الضمان عن العلاقة الأساسية أو عقد الأساس الذى يربط بين الآمر والمستفيد. فنص المادة ٢٠٧ من القانون البحرى المصرى يعد تأكيداً من المشرع المصرى على استقلال خطاب الضمان عن عقد الأساس. فهذا الاستقلال هو الذى يحول بين الناقل وبين اللجوء إلى خطاب الضمان لدفع أو نفى مسئوليته قبل الغير. فهذا الأخير لا يعد طرفاً فى هذا العقد، ومن ثم لا يمكن الاستناد إلى هذا الأخير للتحلل من الالتزامات التى يفرضها سند الشحن بدعوى عدم صحة البيانات الواردة فيه(١).

مع هذا تثير هذه الصورة من خطابات الضمان الملاحية ما يسمى بالضمان المقابل، كأداة لحسن تنفيذ عمليات النقل الدولية. فغالباً ما تتسم عمليات النقل البحرى بالصفة الدولية(٢)، الأمر الذى يستدعى التعرض

=الناقل أو الشخص الذى يتصرف باسمه، بعدم إدراج التحفظ المشار إليه فى الفقرة الثانية من هذه المادة، غش طرف ثالث، بما فى ذلك أى مرسل إليه، يكون قد تصرف اعتماداً على الوصف الوارد للبضائع فى سند الشحن. وفى الحالة الأخيرة، إذا تعلق التحفظ غير المثبت ببيانات يكون الشاحن تقدم بها لإدراجها فى سند الشحن، لا يحق للناقل المطالبة بأى تعويض من الشاحن بمقتضى الفقرة الأولى من هذه المادة. فى حالة الغش المتعمد المشار إليه فى الفقرة الثالثة من هذه المادة، يسأل الناقل دون أن يكون له الحق فى الاستفادة من تحديد المسئولية المنصوص عليه فى هذه الاتفاقية عن الخسارة التى تلحق بطرف ثالث بما فى ذلك أى مرسل إليه، يكون قد تصرف اعتماداً على الوصف الوارد للبضائع فى سند الشحن (م١٧/٤)». ومن هذا النص يتضح أن اتفاقية هامبورج جردت خطابات الضمان من أى قيمة بين طرفيها، عندما يكون الغرض من إصدارها (وبالتالى عدم إدراج التحفظات الواجبة) غش الغير. بعبارة أخرى إذا كان الخطاب يتميز بالاستقلال عن العلاقة التى كانت السبب فى إصداره، إلا أن الشاحن يستطيع المطالبة برد قيمته عندما يثبت أنه قد صدر من أجل الحصول على سند نظيف رغم وجود بعض التحفظات التى لم يتم إدراجها بقصد غش طرف ثالث.

(١) هذا ما يبرزه بوضوح حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٧ يناير ١٩٨٣، حيث قررت المحكمة أن قيمة الضمان يتعين أن تدفع لدى الطلب، حتى فى تلك الأحوال التى يستحيل فيها تنفيذ العقد الأصلى بفعل المستفيد من الضمان (J.C.P.، ١٩٨٣، II-1966، تعليق J.Stoufflet).

(٢) قارب من ذلك : =

للضمانة المقابلة، كوسيلة لحسن تنفيذ تلك العمليات الدولية، والذى يُعد مستقلاً عن الضمان الآخر وعن العلاقة الأساسية أو عقد الأساس الذى يربط بين الشاحن والناقل (عقد النقل البحرى).

فى الحقيقة يمكن اللجوء إلى الضمان المقابل فى عقود النقل الدولية عندما تختلف الدولة التى يوجد بها الشاحن عن تلك التى يوجد فيها الناقل، وهو الأمر الذى يمكن تصوره عندما يتم إبرام تلك العقود من خلال سندات الشحن الإلكترونية. فلقد أفرز الواقع العملى وتطور نظم المعلومات وتبادل الرسائل إلى ظهور نوع جديد من السندات هى سندات الشحن الإلكترونية، التى يمكن إبرامها ودفع أجرة النقل، بل وتسوية ما ينشأ عنها من منازعات من خلال الشبكة الدولية للاتصالات. وعليه يستطيع أى شخص فى هذا العالم الصغير أن يشترى البضاعة من دولة أخرى غير تلك التى يقيم بها، ثم يدفع ثمنها ويبرم عقد شحنها دون أن يتحرك من مكانه، وذلك من خلال الدخول على المواقع الإلكترونية وتصفح ما تعرضه الشركات من بضائع وأسعار، ثم الدخول بعد ذلك على مواقع الناقلين الدوليين، سواء أكانت تلك المواقع مفتوحة للجميع (CIM)، أم لطائفة معينة من المشتركين (جماعة بليرو)، والاتفاق على نقلها دون أن يتحرك هذا الشخص من مكانه. ولكن فى مثل هذه الأحوال ونظراً لاختلاف أماكن تواجد كل من الشاحن والناقل، قد يشترط هذا الأخير أن يكون البنك الضامن فى بلده وأن يكون الضمان قابلاً للتنفيذ فى بلده، بدلاً من الاعتماد على ضمان يصدره بنك آخر فى بلد الشاحن. بل قد يشترط قانون الدولة التى يوجد بها الناقل أن يكون الضمان محلياً، صادراً عن بنك فى هذا البلد. ومن ثم لا مفر من الانصياع لهذا الاشتراط وتنفيذ تلك التعليمات. وأمام هذا الاشتراط يتفق الشاحن مع الناقل على إبرام هذا الضمان المقابل. وإن كان هذا الاشتراط أصبح عديم الجدوى أو

=HOUIN – BRESSAND C.: Les contre-garanties, thèse, panthéon- Assas (Paris II), Dalloz, 2006, no 360, p. 277.

الفائدة فى ظل هذا التزايد المستمر للبنوك الأجنبية فى البلدان النامية، بل أيضاً فى ظل هذه المنافسة من بنوك الدول النامية لتلك البنوك وفتحها لفروع لها فى كل بلدان العالم. ومن ثم فلقد أصبح من النادر أن لا يكون للبنك المصدر لخطاب الضمان الأول فرعاً فى بلد المستفيد، يمكن أن يدفع قيمة الخطاب عند طلب هذا الأخير. ففى ظل هذا الانتشار لم يعد صعباً أن يوجد فرعاً للبنك المصدر فى بلد المستفيد، يستطيع الوفاء بالقيمة ويلبى التعليمات الوطنية الصادرة من مشرع دولة هذا الأخير. فالضمان المقابل لا يطلب إلا عندما يكون البنك المصدر ليس له فرع فى بلد المستفيد، فيطلب هذا الأخير أن يأمر البنك المصدر من أحد البنوك فى هذا البلد إصدار خطاب آخر يكون فيه البنك الأول هو الآمر والبنك الثانى هو الضامن[1].

وعلى الرغم من ندرة اللجوء إلى الضمان المقابل، فإنه فى حالة إصداره يكون مستقلاً عن الضمان الأصلى ومنفصلاً عنه وعن عقد الأساس. هذا ما عبرت عنه محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ٣٠ مارس ٢٠١٠ بقضائها بأن الضمان المقابل يعد ضماناً مستقلاً عن عقد الأساس وعن عقد الضمان الأصلى[2]. ووفقاً لهذا الاستقلال ليس للبنك المقابل الحق فى التمسك بأى دفع يمكن استخلاصه من عقد

---

(١) قارب من هذا،

HOLLIN – BRESSAND C.: Les contres- garanties, thèse précitée, no 14, p.21, où elle décide que "au sens large, les contre-garanties sont elles-mêmes des garanties destinées à protéger celui qui accepte de couvrir les obligations d'autrui contre le risque de devoir payer et de ne pas être remboursé. Prise dans son ensemble, l'opération repose donc sur la constitution d'une première garantie en faveur du créancier au contrat principal, de nature personnelle et destinée à couvrir ce dernier contre le risque de défaillance de son cocontractant, à laquelle s'ajoute une seconde garantie, dont l'objet est de tenir indemne du poids de son obligation le garant engagé en première ligne».

(2) Dalloz, 2010, p.227 ; https : //amsprd0102.outlook. com/owa/ web Ready View Boy.aspx ?t=att &id, p.43.

الأساس، أو بدفع مستمد من عقد الضمان الأول. لهذا يقرر البعض أنه «إذا كان أحد الضمانين باطلاً أو غير نافذ ظل الضمان الأخر صحيحاً نافذاً، ويجب تنفيذه متى طلب المستفيد منه. وأن شروط تنفيذ الضمان لا تتوقف إلا على شروط خطاب الضمان ذاته دون نظر إلى شروط تنفيذ خطاب الضمان الآخر(١)». فاستقلال الضمان المقابل عن الضمان الأول أو الأصلى وكذلك عن العقد الأساسى يقود حتماً إلى نتيجة منطقية هى عدم إمكانية التمسك بالدفوع المستمدة عن عقد الأساس أو عن الضمانة الأولى. بعبارة أخرى إن استقلال كل من الضمانين عن الآخر وعن عقد الأساس يخلق واقعاً قانونياً لا يمكن التشكيك فيه أو الاختلاف عليه وهو أن الضامن المقابل لا يمكنه الاستناد إلى الدفوع المستمدة من الضمانة الأولى أو من عقد الأساس(٢).

فى الواقع إن هذا الاستقلال يرجع إلى أن التزام الضامن الثانى هو التزام أصلى وليس التزام تابع(٣). فالضامن الثانى يلتزم بموجب عقد الضمان المقابل وليس بموجب عقد الضمان الأول المبرم بين مصدره والمستفيد، هذا وإن كان عقد الضمان المقابل قد أبرم لضمان حسن تنفيذ

---

(١) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ١٠٥، ص ١٢١.

(٢) أ/ بسام عاطف المهتار & مايا سليت مشرفية، الضمانة غب الطلب، المرجع السابق، صـ١١٨.

(٣) مع هذا فإن هذا الاستقلال لا ينفى عن الضمان المقابل تبعيته للضمان الأول من حيث الشروط المتعلقة بإصداره، سواء تعلقت هذه الأخيرة بمدة الضمان أو بالقيمة التى يصدر بها. هذا ما تبرزه بوضوح الأستاذة Caroline Houin-Bressand بتقريرها أن :

La dépendance des conditions d'émission de la contre-garantie par rapport à celles de la garantie de premier rang ressort très clairement de l'idée que c'est par référence à cette dernière que se détermine le montant de l'engagment du contre – grant personnellement obligé de tenir indemne le garant, ainsi que sa durée (les contre-garanties, thèse-précitée, no 362, p. 282).

العقد الأساسى (عقد النقل). كذلك فإن هذا الاستقلال يرجع إلى حرية التعاقد ونسبية أثر العقد. فلقد انصرفت إرادة البنك الآمر والبنك الضامن إلى هذا الاستقلال دون أدنى نظر إلى عقد الأساس الذى يربط بين الآمر والمستفيد، أو إلى عقد الضمان الأصلى والذى يربط بين البنك المصدر والمستفيد(١). وبصرف النظر عن أساس هذا الاستقلال، أهو إرادة الأطراف أم طبيعة الالتزام، فإنه يرتب نتيجة واحدة وهى منح المستفيد من الضمان حقاً مباشراً بالمطالبة دون الرجوع إلى المدين أو البنك الآمر

---

(١) راجع حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٢ ديسمبر ١٩٨٤م فى النزاع بين La caisse nationale de crédit agricole ضد les serres Fleuries ، منشور فى Dalloz، ١٩٨٥، ص ٢٧٠، تعليق M.Vasseur؛ والمجلة الفصلية للقانون التجارى، ١٩٨٥، ص ٥٤٨، تعليق M. Cabrillac et B. Teyssie؛ جازيت دوباليه، ١٩٨٥، ص ٩٩، تعليق A. Piedelièvre. راجع أيضاً:

CHARTIER F.: Evolution de la jurisprudence en matière de garanties à première demande, Banque, 1987, p. 14 et s; MOATTI L.: La garantie bancaire à première demande dans les opérations de commerce international, Journ – des notaires et des avocats, 1989, p. 677 et s; SIMONT L.: Les garanties indépendantes, rev. de la Banque, 1983, p. 604 et s.

راجع كذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٢٨ أبريل ١٩٨٧م، دالوز، ١٩٨٨، ص ٣٤١، تعليق **Grillet – ponton D.** ، Banque، ١٩٨٧، ص ١٢٠٨، تعليق **Rives – Lange J. – L.** ، Bull. Civ. Iv ؛ فقرة ١٠٢، ص ٧٧.

راجع أخيراً حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٥ فبراير ١٩٨٥ فى النزاع بين Banque mellat ضد Banque de paris et des pays – Bas، حيث قررت المحكمة أن:

"Les contre – garanties devaient, en raison de leur autonomie à l'égard du contrat passé avec le maître de l'ouvrage comme à l'égard de la garantie à première demande donnée à ce dernier par la banque de premier rang, être exécutées dès l'avis donné par cette dernière du paiement par elle effectué (D. 1980, p. 272, note M. Vasseur; Bull. Civ. IV, p. 38)".

ودون أى إجراء يثبت عجز أو امتناع المدين عن الوفاء. فمن حق المستفيد الحصول على قيمة الخطاب أياً كان مصير التزام المدين أو معارضة البنك الآمر، نظراً لاستقلال الضمان المقابل عن أى علاقة أخرى بما فيها العلاقة بين مصدر الضمان الأول والمستفيد منه.

ب ـ خطاب الضمان مقابل استلام البضاعة

تعد هذه الصورة من خطابات الضمان الملاحية هى الأكثر ذيوعاً وانتشاراً فى مجال تنفيذ عقود النقل البحرية التقليدية، ذلك لأنه يحدث عملياً أن تصل البضائع المنقولة بحراً إلى ميناء الوصول دون أن تصل مستندات شحنها، ومن بينها سند الشحن والذى لا يستطيع المرسل إليه بدونه استلام البضاعة(١). وهو الأمر الذى يعرضه لخسائر فادحة، نتيجة لتأخر استلامها. ولتفادى هذه الخسائر يقوم المرسل إليه بتقديم خطاب ضمان ملاحى للناقل أو وكيله لتسليمه البضائع قبل وصول مستندات الشحن. صحيح أن احتمال تأخر هذه المستندات هو أمر نادر الحدوث فى الحياة العملية، إلا أنه ليس بالأمر المستحيل. هذا ما تبرهن على حدوثه القواعد الخاصة بالبيع سيف، والتى وضعت عام ١٩٢٨ فى مدينة وارسو، وعدلت فى عام ١٩٣٢ فى مؤتمر أكسفورد، حيث تواجه الفرض الذى تسلم فيه المستندات بعد وصول السفينة وتفريغ البضاعة. فلقد أوجبت هذه القواعد على البائع إرسال سند الشحن ووثيقة التأمين إلى المشترى قبل فتح عنابر السفينة لتفريغ البضاعة منها. وهذا التحديد قصد به عدم إتاحة الفرصة للبائع لغش المشترى فى حالة تعدد سندات الشحن. وعليه إذا سلمت المستندات بعد وصول السفينة وتفريغ البضاعة،

---

(١) د/ سعودى سرحان، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص ٢٧٠، حيث يقرر أن خطابات الضمان الملاحية تصدر بصورة غالبة للحلول محل بوليصة الشحن، نظراً لأنه فى مجال البيوع البحرية يحدث أن تصل البضاعة المشحونة قبل وصول مستندات الشحن إلى يد صاحب الحق فى استلام البضائع. ومن ثم لا يستطيع تسلمها بدون تلك المستندات. ولهذا حلت هذه الخطابات محل سندات الشحن، بحيث اعتاد المرسل إليه على تقديم خطابات الضمان إلى شركات النقل، لكى تضمن لهذه الأخيرة قيمة البضاعة إذا لم تسلم مستندات الشحن إليها بعد استلام البضاعة.

جاز للمشترى، بحسب الأحوال، المطالبة بفسخ البيع، كما يتحول البيع من بيع سيف إلى بيع تحت التسليم، تقع فيه تبعة الهلاك أثناء الطريق على البائع(١).

وهكذا يتضح أنه فى ظل غياب سند الشحن يكون أمام المستورد أو صاحب الحق فى استلام البضاعة طريقان. الأول طريق المطالبة بفسخ البيع والتعويض، والثانى طريق تقديم خطاب ضمان يتعهد فيه إلى الناقل بتحمل المسئولية الناتجة عن استلامه لبضائع ظهر أنه غير مالك لها. فإذا كانت القواعد الدولية للبيع سيف قد أقرت الحل الأول، ووضعت بين يدى المستورد إمكانية الفسخ، فإن هذا الحل لا يغنى عن اللجوء إلى الطريق الثانى وهو تقديم خطاب الضمان لتفادى خسائر كبيرة قد لا يعوضها اللجوء إلى الحل الأول وهو الفسخ والتعويض.

مع هذا فإن اللجوء إلى الطريق الثانى يعد أيضاً أمراً نادر الحدوث فى ظل التطور الحادث فى سبل إبرام سندات الشحن وتنامى استعمال سندات الشحن الإلكترونية، والتى لا يمكن أن تقود إلى ضرورة تقديم هذا النوع من خطابات الضمان. فهذه الصورة من خطابات الضمان لا يمكن تصورها من الناحية العملية إلا فى السندات التقليدية، إذ هى التى تثير فقط إمكانية تفريغ البضاعة دون وصول مستندات استلامها. وفى هذا الوقت يمكن أن يتقدم المرسل إليه بخطاب ضمان للناقل أو وكيله حتى يتمكن من استلام البضاعة حتى تصل إليه المستندات. فإذا وصلت هذه الأخيرة واتضح أن مقدم الخطاب هو صاحب الحق الفعلى فى استلامها، فإنه يقوم بتقديم تلك المستندات إلى الناقل أو وكيله ويسترد خطاب الضمان. أما إذا لم تصل تلك المستندات أو وصلت وأظهرت أن مقدم الخطاب ليس هو المالك الحقيقى للبضائع المسلمة، فإن الناقل يقوم بتسييل الخطاب والحصول على قيمته لتعويض المالك الفعلى لهذه البضائع.

---

(١) د/ مصطفى كمال طه، القانون البحرى الجديد، المرجع السابق، فقرة ٤٧٧، صـ٣٥١ ؛ د/ جلال وفاء محمدين، قانون التجارة البحرية، المرجع السابق، ص، ٤٢٤.

ولا شك أن هذا التصور لا يمكن تخيله أو طرحه على مائدة البحث عندما يتم نقل البضائع من خلال سند إلكترونى للشحن، إذ فى هذه الحالة لن يكون بالإمكان الحديث عن تأخر وصول سند الشحن، أو الحديث عن خسائر وأضرار يمكن أن تلحق بالمستورد نتيجة لهذا التأخير. ففى هذه الصورة سيتم تبادل المستندات إلكترونياً من خلال شبكات الاتصال الدولية، حيث تظهر وتتبادل الرسائل بمجرد إصدارها. ومن ثم لن تكون هناك حاجة إلى تتبع ورود مستندات الشحن، حيث تبرم وتظهر وتصل إلكترونياً.

خلاصة القول إذن أن هذه الصورة من خطابات الضمان الملاحية وإن كانت تعد الأكثر شيوعاً واستعمالا فى المجال العملى فى ظل الإبرام التقليدى لعقود النقل البحرية، فإنه فى ظل التقدم الحالى أصبح اللجوء إليها أثراً من آثار الماضى، خاصة فى ظل هذا التنامى المتزايد لإفراغ تلك العقود فى سندات إلكترونية. صحيح أن هذه الأخيرة ما زالت تواجه صعوبات عملية كبيرة تقلل إلى حد ما من ذيوعها وانتشارها، لاسيما تلك المتعلقة بتوفير الأمان القانونى لها وكفالة الحقوق التى تحملها بعد تنوع وتطور سبل اختراق الرسائل الإلكترونية والاعتداء على الحقوق المتولدة عنها، مع هذا فإن تنامى اللجوء إليها يقلل إلى حد كبير من فرص تقديم خطابات ضمان بنكية كمقابل لإعطاء الحق فى استلام البضاعة. بعبارة أخرى إذا كان هذا النوع من السندات لم ينتشر بتلك الدرجة التى أصبح عليها إبرام عقود النقل الجوية، فإنه فى المستقبل القريب سيحظى بتلك الأهمية وسيأخذ نفس المنحنى من التغير، على نحو يمكن معه القول بأن تقديم خطابات الضمان الملاحية مقابل استلام البضائع، أو كما يحلو للفقه أن يسميها فى ظل غياب سند الشحن، سيكون أمراً نادر الحدوث أو سيعد من آثار الماضى.

الفرع الثانى
تميز خطابات الضمان الملاحية

كما سبق القول تتميز خطابات الضمان الملاحية بأنها غير محددة المدة، فضلاً عن أنها غير محددة القيمة[1]. فعلى خلاف كل أنواع الخطابات الأخرى، فإن هذا النوع ينفرد بهاتين الخاصيتين، واللتان تبرزان تفرده وتميزه عنها[2].

أ – خطابات الضمان الملاحية غير محددة المدة

من الخصائص المميزة لخطابات الضمان المصرفية أنها محددة المدة، أى أنها تنتهى فى تاريخ معين[3]. فالأصل إذن أن يكون خطاب الضمان

---

(١) د/ سميحة القليوبى، النظام القانونى لخطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص١٧، حيث تقرر سيادتها عند حديثها عن أنواع خطابات الضمان المصرفية أن خطابات الضمان التى تصدر للحلول محل بوليصة الشحن فى استلام البضاعة فى ميناء الوصول، تكون غير محددة القيمة وغير محددة المدة. وذلك على الرغم من أن الناقل يكون معه صورة من سند الشحن وبه ثمن البضاعة، والتى تساعد على تقدير قيمة الخطاب. راجع كذلك، د/ محيى الدين إسماعيل علم الدين، العمليات الائتمانية فى البنوك، المرجع السابق، فقرة١٠، صـ٣٢٤.

(٢) على العكس من ذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا يمكن تكييف التعهد الصادر بأنه خطاب ضمان عندما يكون غير محدد المدة أو القيمة. هذا ما برزه بوضوح حكمها الصادر فى ٢٧ يونيه ٢٠٠٠، بقضائها:
"un engagement ne peut être qualifié de garantie autonôme que s'il n'implique pas une appréciation des modalités d'exécution du contrat de base pour l'évaluation des montants garanties ou pour la détermination des durées de validité (arrêt. préc)".
Cependant et "théoriquement, une garantie autonôme pourrait être conclue pour une durée indéterminée. Cette solution aurait l'avantage de la souplesse, notamment lorsque le temps nécessaire à la pleine exécution du contrat de base est difficilement évaluable (BORGA N.: La qualification de garantie autonôme, op. cit., p. 44)".

(٣) د/ رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك ذات الطابع الدولى، المرجع السابق، ص٧٥ وما بعدها؛ د/ فايز نعيم رضوان، العقود التجارية وعمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ١٤٣، ص ٤٢٩.

محدد المدة(١). هذا ما تبرزه بوضوح المادة ٣٥٥ من قانون التجارة المصرى فى فقرتها الأولى بنصها على أن «خطاب الضمان تعهد مكتوب ..... بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (يسمى المستفيد)، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة فى الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة». فوفقاً لهذه الفقرة يلتزم البنك المصدر بالوفاء عند وصول مطالبة المستفيد فى التاريخ المعين، وأن الضمانة تسقط تلقائياً إذا لم تصله تلك المطالبة فى الأجل المحدد. فخلال هذا الأجل أو تلك المدة يسرى الضمان، بحيث يعد البنك ملتزماً بالدفع عندما يطلب إليه الوفاء خلاله أو قبل انتهائها. هذا ويعد الأجل المحدد هو الحد الأقصى لنفاذ الضمان خلاله، على نحو يؤدى إلى سقوط التزام البنك تلقائياً بحلوله، دون حاجة إلى إخطار من جانبه أو إجراء يتخذه. مع هذا فإن خطابات الضمان الملاحية يغلب عليها أنها غير محددة المدة(٢). فالظروف التى تستدعى إصدار مثل هذه الخطابات تقتضى أن تكون غير مضروبة بآجال محددة، مما يعد خروجاً على الأصل العام فى خطابات الضمان المصرفية(٣). صحيح أن خطابات الضمان كأصل عام

---

(1) **BORGA N.: La qualification de garantie autonôme, op. cit., p.45, où elle décide que "le plus souvent, la garantie est par conséquent consentie pour un certain nombre de mois ou d'années ou jusqu'à l'arrivée d'un terme extinctif".**

(٢) فإذا كانت القاعدة العامة أن الخطاب غير محدد المدة يعطى البنك الحق فى إنهاؤه فى أى وقت شريطة إخطار العميل والمستفيد بذلك فى وقت مناسب، فإن هذه القاعدة لا تسرى على الخطابات غير محددة المدة التى تصدر لضمان تنفيذ العميل لالتزاماته فى عملية محددة، حيث يظل الخطاب سارياً طوال مدة التنفيذ، دون أن يملك البنك إنهاؤه أو إلغاء التزامه. وهذا ما ينطبق على خطابات الضمان الملاحية، حيث تصدر لضمان تنفيذ الشاحن أو مستلم البضاعة لالتزاماته فى عملية معينة، هى وصول المستندات كاملة أو عدم مطالبة الغير للناقل بالتعويض لعدم مطابقة البضاعة الواردة بسند الشحن مع تلك المسلمة إليه.

(٣) فالأصل العام أن يصدر الخطاب لمدة محددة يسقط بانتهائها حق المستفيد فى المطالبة بقيمة الخطاب. أما إذا لم تحدد تلك المدة «اعتبر الضمان غير محدد المدة، ويجوز للبنك وهو الملتزم أن ينهى هذا الضمان فى أى وقت بشرط إخطار العميل والمستفيد قبل =الإنهاء بوقت مناسب (د/ فايز نعيم رضوان، العقود التجارية، المرجع السابق، =

يمكن تمديدها عندما تتلاقى إرادة الآمر والمستفيد من الخطاب على مد آجالها، لاسيما عندما تقتضى العلاقة الأساسية التى تربط بينهما مزيداً من الوقت لإنجاز الالتزامات المنبثقة عنها. ففى بعض الحالات العملية قد تتلاقى إرادة العميل وإرادة المستفيد على مد أجل خطاب الضمان عندما يحتاج عقد الأساس إلى مزيد من الوقت لإتمامه، فيتجها إلى البنك لتنفيذ تلك الرغبة. بل إنه فى بعض الحالات قد يتم هذا التوجه من جانب المستفيد فقط ودون تنسيق مع العميل الآمر، وذلك ثقة منه بأن الآمر لن يرفض إجابته لطلبه، خاصة عندما يقرن المستفيد تلك الرغبة بتسييل قيمة الخطاب، وهو الأمر الذى يدفع البنك إلى تحقيق رغبته فى مد الأجل توقياً أو منعاً لتسييل الخطاب وما يمكن أن يواجهه البنك فى هذه الحالة من مخاطر، لاسيما تلك المنازعات التى يمكن أن تنشأ بينه وبين العميل، أو تلك التى يواجهها عندما لا تكون هناك تغطية كاملة لمبلغ الضمان. بعبارة أخرى إذا كان الأصل العام أن يتم مد أجل الخطاب بناءً على طلب من الآمر، إذ يملك هذا الحق، فإن الواقع العملى قد سار فى الاتجاه المناصر للاستجابة لرغبة المستفيد فى ذلك، خاصة عندما تقترن هذه الرغبة بالمطالبة بدفع قيمة الخطاب. ولإضفاء نوع من الشرعية على تحقيق تلك الرغبة تحصل البنوك المصدرة على موافقة العميل الصريحة على مد الأجل ودون الرجوع إليه، وذلك عند إصدارها لخطاب الضمان[1]. فلقد أثبت الواقع العملى اتجاه البنوك إلى الحصول، عند إصدار خطاب الضمان،

=فقرة ١٤٣، ص ٤٢٩)»؛ وراجع أيضاً م/ محمد عزمى البكرى، موسوعة الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص ١٢٧٩ وما بعدها؛ د/ عبد الفضيل محمد أحمد، العقود التجارية، المرجع السابق، فقرة ٢٨٩، ص ٣٦٦.

(١) د/ رضا عبيد، القانون التجارى، المرجع السابق، فقرة ٦٩٦، ص ٦٦٨، حيث يقرر أن المبدأ القانونى هو «عدم جواز طلب المستفيد من البنك مباشرة مد فترة خطاب الضمان. ولا خروج على هذا المبدأ إلا فى حالتين: الحالة الأولى، وهى أن يطلب العميل ذلك لأنه هو الشخص الذى يملك إصدار الأمر للبنك للقيام بهذا الإجراء وفقاً لعقد إصدار خطاب الضمان. والحالة الثانية، هى الحالة التى ينص فيها عند إصدار خطاب الضمان على حق المستفيد فى أن يطلب من البنك مباشرة امتداد سريان فترة خطاب الضمان دون حاجة إلى الرجوع إلى العميل». راجع كذلك، م/عبد الحميد الشواربى، القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٥٦٦.

على موافقة صريحة من العميل الآمر على أحقية البنك فى مد أجل الخطاب دون الرجوع إليه عندما يبدى المستفيد رغبته فى ذلك(١). وعلى الرغم من السماح للأطراف بالاتفاق على مد أجل الخطاب، فإن الواقع العملى يؤكد على خروج خطابات الضمان الملاحية عن هذا الأصل العام، حيث أن هذا النوع من الخطابات تقتضى طبيعته مثل هذا الخروج، وذلك لأنه بالرجوع إلى الأسباب التى تقود إلى إصدار هذه الخطابات يتضح أنه لا يمكن الجزم أو ضرب آجل محدد تصل فيه البضاعة أو المستندات أو تتحقق عنده مطالبة الناقل بالتعويض لتسليمه للمرسل إليه بضاعة غير مطابقة لتلك الواردة بسند الشحن. فقد تتأخر هذه المطالبة لفترة زمنية معينة، يصعب معها تحديد أجل لخطاب الضمان الملاحى. هذا ما تبرزه بوضوح المادة ٢٤٤ من قانون التجارة البحرية المصرى رقم ٨ لسنة ١٩٩٠م، ببيانها لمواعيد انقضاء الدعاوى الناشئة عن نقل البضائع بالبحر وما يلحق بها من وقف أو انقطاع. فلقد أوضحت هذه المادة أن مدة الانقضاء هى سنتين من تاريخ تسليم البضاعة أو من التاريخ الذى كان يتعين أن يتم فيه التسليم عند هلاكها(٢). وينقطع سريان هذه المدة بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول أو بتسليم المستندات المتعلقة بالمطالبة أو بندب أحد الخبراء لتقدير الأضرار، فضلاً عن الأسباب الأخرى المقررة

---

(١) هذا ما قررته محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ١٩٩٦/٧/٨، بقضائها بأنه «وإن كان البنك مصدر خطاب الضمان يلتزم بسداد قيمته إلى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك أثناء سريان أجله دون حاجة إلى الحصول على موافقة العميل، إلا أنه لا يسوغ للبنك مد أجل خطاب الضمان إلا بموافقة العميل أو الوفاء للمستفيد بقيمته إلا إذا وصلت إليه المطالبة بالقيمة قبل انقضاء الميعاد المحدد لسريان خطاب الضمان وإلا تحمل البنك مسئولية هذا الوفاء (مجموعة أحكام النقض، طعن رقم ٥٨٩٢ لسنة ٦٤ق)».

(٢) وهذه المدة تنصرف إلى كل الدعاوى المترتبة على حق ينشئه عقد النقل البحرى، سواء للناقل أو الشاحن أو المرسل إليه. فتشمل الدعاوى التى يرفعها الناقل على الشاحن أو المرسل إليه للمطالبة بأجرة النقل أو بما أحدثته البضاعة من أضرار بالسفينة أو بحمولتها، أو تلك التى يرفعها الشاحن أو المرسل إليه على الناقل للمطالبة بتعويض الأضرار الناشئة عن هلاك البضاعة أو تلفها أو التأخير فى تسليمها.

فى قانون المرافعات. صحيح أن هذه المدة تعد قصيرة نسبياً إذا ما تم مقارنتها بتلك التى تقررها القواعد العامة. مع هذا فقد اقتضت المادة ٢٣٩ من القانون البحرى المصرى من صاحب الحق فى استلام البضاعة القيام بإجراء معين من شأن الإهمال فى القيام به الحد من الدعاوى الناشئة عن نقل البضائع بالبحر. فلقد بينت هذه المادة ما يجب على صاحب الحق فى استلام البضاعة القيام به إذا وصلت البضاعة ناقصة أو تالفة، إلا أنها فرقت بين وضعين: الأول، عندما يكون الهلاك أو التلف ظاهراً بالإمكان تبينه دون حاجة إلى فحص البضاعة. ففى هذه الحالة يتعين إخطار الناقل بهذا الهلاك أو التلف كتابة فى ميعاد لا يجاوز يومى العمل التاليين ليوم تسلم البضاعة. فإذا لم يتم الإخطار، افترض تسلم المرسل إليه البضاعة كما هى مبينة بسند الشحن ولا يحق له المطالبة بالتعويض إلا إذا أثبت أنه تسلمها ناقصة أو معيبة. ولم يشترط المشرع المصرى أن يتم الإخطار بإعلان رسمى، وإنما اكتفى بأن يكون الإخطار مكتوباً، وذلك لمنع الجدل فى حصوله. وعليه يكتفى بأية كتابة يبين فيها، من تسلم البضاعة، حالتها عند الاستلام ونوع الضرر الذى لحق بها. والثانى، عندما يكون الهلاك غير ظاهر، وإنما يتعين فحص البضاعة لاكتشافه. ففى هذه الحالة يجب على من تسلم البضاعة إخطار الناقل خلال خمسة عشر يوماً من اليوم التالى للتسليم. ويعد الإهمال فى عمله قرينة على تسلم البضاعة بالحالة المذكورة فى سند الشحن، ومن ثم إلقاء عبء الإثبات عليه إذا أراد الرجوع على الناقل لتعويض الأضرار التى لحقت بالبضاعة من هلاك أو تلف.

لهذا يفضل البعض من الفقهاء أن يتضمن خطاب الضمان الملاحى تحديداً لأجل سريان الضمان[1]. فالرجوع إلى المدد التى حددتها التشريعات الوضعية أو تلك التى أقرتها الاتفاقيات الدولية يسهل إلى حد كبير من تحديد هذا الأجل، لاسيما مع اتجاه معظم هذه التشريعات إلى ضرب

---

(١) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٢٧، ص٣٠.

آجال قصيرة لانقضاء الدعاوى الناشئة عن عقد النقل البحرى. مع هذا فإن الواقع العملى يؤكد تفضيل أطراف هذا العقد صدور خطاب الضمان الملاحى غير محدد بأجل لسريانه. فعدم الجزم على وجه اليقين بالمدة التى يمكن الرجوع فيها على الناقل أو وكيله من دعاوى، يبرهن على تفضيل أطراف عقد النقل عدم تحديد مدة لسريان الضمان خلالها[1].

ب – خطابات الضمان الملاحية غير محددة القيمة

مما لا شك فيه أن تحديد قيمة خطاب الضمان يمثل أحد أركانه الأساسية. فالتزام البنك فى خطاب الضمان هو التزام بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين[2]. هذا ما تبرزه الفقرة الأولى من المادة ٣٥٥ من قانون

---

(١) فلقد جرى الواقع العملى على قبول الناقل البحرى أو وكيل الشحنة خطاب الضمان غير محدد المدة، وذلك على الرغم من عدم اتساق عدم التحديد مع طابع الاستقلال الذى تتميز به خطابات الضمان المصرفية. صحيح أن هذا القبول، وإن كان لا يتسق مع حقيقة الخطابات المصرفية، يتفق مع ما تقتضيه عمليات النقل البحرى، وما يلازمها من بيوع بحرية، من تفرد. مع هذا فإن البعض يرى أن عدم تحديد الخطاب لمدة معينة يضعف من الضمان الذى يحققه للمستفيد، خاصة فى مجال العلاقات التجارية الدولية. هذا ما تقرره N. BORGA، بقولها:

"Il est difficilement concevable que le bénéficiaire accepte que la sûreté dont il a vocation à bénéficier soit si fragilisée. D'autant plus, que c'est souvent les bénéficiaires eux-mêmes qui rédigent les actes de garantie qu'ils veulent voir souscrits à leur profit (La qualification de garantie, op. cit., p. 45)".

بيد أن المادة الثانية عشر من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥م قد سمحت بأن يصدر خطاب الضمان غير محدد المدة، وذلك بنصها فى الفقرة (ج) على حد أقصى للمدة ينتهى الضمان بحلولها وهى ست سنوات من تاريخ الإصدار. راجع ما بعده، صـ١٥٦.

(2) SIMLER Ph.: Cautionnement et garanties autonômes, op. cit., no 948, où il décide que si une garantie autonôme dont le montant serait seulement déterminable est valable et mérite sa qualification dès lors que les paramètres de sa détermination ne renvoie pas au contrat de base, une telle modalité que n'exclut pas le projet de convention de la CNUDCI, rend la garantie plus dangereuse encore, le garant ne connaissant pas le montant de son engagement au moment de sa souscription.

التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م بنصها على أن «خطاب الضمان تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص (يسمى الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (يسمى المستفيد)...». فمن هذا النص يتضح أن موضوع خطاب الضمان هو دفع مبلغ معين من النقود أو قابل للتعيين. مع هذا فإن خطاب الضمان الملاحى يصدر عادة غير محدد القيمة، نظراً لأنه يصعب فى حالات معينة تحديد قيمة البضاعة محل الضمان أو تحديد قيمة التعويضات التى يمكن أن يحكم بها لصالح المضرورين. فإذا كان خطاب الضمان الملاحى يصدر إما لغياب سند الشحن أو كمقابل لاستلام سند نظيف، فإنه يصعب فى الحالتين تحديد قيمة الضمان بالتبعية لتحديد قيمة البضائع أو قيمة التعويض.

فى الحقيقة إن تحديد القيمة الحقيقية للبضائع التى يمثلها سند الشحن ليس بالأمر السهل أو اليسير، لاسيما عندما تتوافر ظروف معينة تضفى نوع من الخصوصية على هذا السند، كتلك التى تتوافر عند غياب السند أو نتيجة لعدم معرفة حجم المسئولية التى تتقرر على الناقل نتيجة لعدم تطابق البضاعة المستلمة مع الواردة بالسند. لهذا يفضل المستفيد (الناقل) أن يصدر خطاب الضمان غير محدد القيمة، طالما أن قيمة البضائع غير معلومة أو لم تتضح بعد معالم المسئولية المترتبة على عاتق الناقل. مع هذا يرى بعض الفقهاء أن هذه الصعوبة يمكن التغلب عليها، خاصة عندما يصدر خطاب الضمان فى غياب سند الشحن، إذ فى هذه الحالة يمكن التعرف «على قيمة البضاعة ومواصفاتها واسم الباخرة التى يتم الشحن عليها من واقع صورة من فاتورة المصدر أو برقية صادرة منه تتضمن هذه البيانات، أو من واقع شروط الاعتماد نفسه أو من أى مستند آخر يراه البنك وافياً للاسترشاد به(١)». كذلك يمكن معرفة حجم المسئولية بصورة تقريبية من قيمة البضاعة عندما يصدر الخطاب كمقابل الحصول على سند

---

(١) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٢٧، ص٣١.

نظيف، إذ فى هذه الحالة يمكن أن تتحدد قيمة الضمان على أساس قيمة البضاعة. ويؤكد هذا التحديد أن العديد من النصوص القانونية التى تلزم أطراف العقود الدولية تتخذ غالباً من قيمة البضاعة أو من قيمة السفينة أساساً لتحديد المسئولية أو مبلغ التعويض الذى يمكن الحكم به لصالح المضرور. هذا ما تقرره المادة ٢٣٣ من القانون البحرى فى فقرتها الأولى، بنصها على أنه «تحدد مسئولية الناقل أياً كان نوعها عن هلاك البضائع أو تلفها بما لا يجاوز ألفى جنيه عن كل طرد أو وحدة شحن أو بما لا يجاوز ستة جنيهات عن كل كيلو جرام من الوزن الإجمالى للبضاعة، أى الحدين أعلى». هذا ما تبرزه كذلك المادة ٢٣٤ بتقريرها بأنه «لا يجوز للناقل التمسك فى مواجهة الشاحن بتحديد المسئولية إذا قدم الشاحن بياناً قبل الشحن عن طبيعة البضاعة وقيمتها وما يعلق على المحافظة عليها من أهمية خاصة وذكر هذا البيان فى سند الشحن. ويعد البيان المذكور قرينة على صحة القيمة التى عينها الشاحن للبضائع إلى أن يقيم الناقل الدليل على ما يخالفها».

فوفقاً لهذه النصوص يتضح أن سند الشحن يعد الأساس فى تحديد حجم المسئولية المترتبة على عاتق الناقل. فهذه المسئولية تقدر على أساس قيمة البضاعة المنقولة بحراً، سواء تعلقت تلك القيمة بالوزن أو الحجم. كذلك لا يعتد بهذا الأساس عندما يخطر الشاحن الناقل قبل الشحن بطبيعة البضاعة وقيمتها وما يعلق على وصولها سالمة من أهمية خاصة، كالتحف والقطع الأثرية والأحجار الكريمة، شريطة أن يرد ذكر هذا البيان الخاص بالبضاعة فى سند الشحن.

خلاصة القول إذن أن تواتر العمل على إصدار خطابات الضمان الملاحية غير محددة القيمة، بدعوى صعوبة تحديد قيمة البضائع أو حجم المسئولية، يمكن التغلب عليه إما من خلال سند الشحن ذاته، أو من خلال صور فواتير الشراء أو شروط فتح الاعتماد المستندى. فأياً كان السبب الذى يصدر على أساسه خطاب الضمان الملاحى (الحصول على سند شحن نظيف أو كمقابل لاستلام البضاعة)، فإنه يمكن تحديد قيمة

الخطاب بالارتكان إلى قيمة البضاعة والتى يمكن التعرف عليها من خلال الفواتير أو من القيمة المحددة فى سند الشحن أو عن طريق مبلغ الاعتماد المستندى فى حالة الشراء عن طريقه، لاسيما وأن الخطاب يصدر فى معظم الأحوال مقابل إيداع العميل غطاء كامل له قبل إصداره. فإذا كان الخطاب صادر لضمان بضاعة مستوردة بموجب اعتماد مستندى، فإنه يسهل تقدير قيمة الخطاب لسهولة بيان قيمة البضائع. وهو نفس الأمر الذى يمكن تقريره عندما لا يكون استيراد البضاعة بموجب اعتماد مستندى، إذ يسهل أيضاً تحديد قيمة الضمان من خلال بيان الغطاء الذى يشترطه البنك ويقدمه العميل قبل إصدار الخطاب، بل أنه فى هذه الحالة يشترط البنك كذلك تقديم العميل صورة من فاتورة المصدر للاسترشاد بها عند تقدير قيمة الغطاء. ولا شك أن الغطاء الذى يشترطه البنك يختلف بحسب علاقته بالعميل. فإذا كان طالب الغطاء ليس عميلاً سابقاً قبل هذا الطلب، فإنه يغلب «أن يكون الغطاء مقارباً لقيمة الخطاب والعمولة والمصاريف. وفى هذه الحالة، لا يتخذ الغطاء صورة الغطاء النقدى، إذ لو كان العميل يمتلك الغطاء النقدى لقدمه كتأمين نقدى. إنما يتخذ الغطاء صورة رهن يقرره العميل على منقول أو عقار. ويستوى أن يكون المنقول منقولاً مادياً كبضائع أو معنوياً كأوراق مالية أو أوراق تجارية. وقد يتخذ الغطاء صورة تنازل العميل عن حقوقه تجاه المستفيد والناشئة عن العملية الصادر خطاب الضمان بشأنها، أو صورة وثيقة لصالح البنك تخوله الرجوع على شركة التأمين إذا اضطر إلى دفع قيمة الخطاب[1]».

الفصل الثانى

الغش والتعسف فى طلب وفاء الضمان الملاحى

كما سبق القول يتميز التزام مصدر الخطاب بالاستقلال عن عقد الأساس، على نحو لا يعفى البنك من التزاماته الناشئة عن خطاب

---

(١)./ عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٠، صـ١٣٨.

الضمان استناداً إلى كون الآمر قد نفذ التزامه الناشئ عن عقد الأساس على أكمل وجه. فلا يستطيع البنك التحلل من التزاماته إلا بإثبات الغش أو التعسف فى استعمال الحق فى المطالبة(١). فوفقاً لهذا الإثبات يتعطل مبدأ استقلال الضمان(٢). هذا ما أبرزته محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى العاشر من ديسمبر ١٩٨٥م، بتأكيدها على أن رغبة المستفيد فى الحصول على منفعة لا حق له فيها يعطى الحق فى الدفع بالغش البين، ولا يجوز الاستناد إلى مبدأ استقلال خطاب الضمان طالما أن هذا الدفع يعطل هذا الاستقلال(٣). كذلك ساوت محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٨٧ بين التعسف الظاهر والحيل المنطوية على غش، إذ يمكن الاحتجاج بهما فى مواجهة المستفيد ومنعه من الحصول على قيمة الضمان(٤).

وعليه يتعين التعرض لمفهوم الغش والتعسف (المبحث الأول)، وذلك قبل بيان أثرهما على الوفاء بقيمة الضمان الملاحى (المبحث الثانى).

---

(١) د/ رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك ذات الطابع الدولى، المرجع السابق، ص٤٧، إذ يقرر سيادته أن «الفقه والقضاء قرروا أن إطلاق مبدأ الاستقلال فيه نوع من الإجحاف بالآمر (المصدر)، وخصوصاً فى الحالات التى يكون فيها قد نفذ كافة التزاماته الناشئة عن العقد الأصلى، ولذلك فقد حاولوا تقرير بعض القيود على الاستقلال للموازنة بين مصالح الطرفين، العميل الآمر، والمستفيد. ولكن لما كان هذا الاستقلال هو الذى يدفع المستفيد لقبول هذا النوع من الضمان المصرفى، فقد تشدد القضاء فى الشروط الواجب توافرها فى القيود التى ترد على مبدأ الاستقلال. ويمكن حصر تلك القيود فى قيدين رئيسيين هما: الغش الظاهر من المستفيد أو التواطؤ الظاهر بينه وبين البنك المحلى، والتعسف الصادر من المستفيد».

(٢) فهذا الإثبات يُعد الوسيلة الوحيدة للنيل من هذا الاستقلال. ولعل هذا الإثبات هو الذى دفع البعض إلى الحديث عنه تحت ما يسمى بسبل الدفاع.
Moyens de défense: Le caractère frauduleux ou abusif (garantie autonome, http://fr.Wikipedia.org/wiki/p.2).

(٣) JCP، ١٩٨٦، 2 Tom، 20593، تعليق ستوفليه، Dalloz، ١٩٨٦، ص٢١٣، تعليق فاسير.

(٤) JCP، ١٩٨٧، جزء٢، ٢٠٧٦٠، تعليق ستوفليه.

المبحث الأول

مفهوم الغش والتعسف فى طلب وفاء الضمان

لا جدال أن النظام القانونى لخطابات الضمان يخول المستفيد الحصول على قيمة الضمان بعيداً عن أى ادعاء بالتزامات ترتبها علاقة تعاقدية أخرى، يسهل فيها لعب دور المدعى عليه عند الإخلال بها. بعبارة أخرى إن استقلال خطاب الضمان عن عقد الأساس يعرض الآمر لمخاطر كثيرة، يولدها هذا الاستقلال، كتلك المتعلقة بعدم مقدرة المستفيد المالية على الوفاء بالتزاماته المتولدة عن عقد الأساس، خاصة عندما يكون الخطاب ذو طابع دولى أو عندما يقوم المستفيد بالحصول على قيمة الضمان فى نفس الوقت الذى لا يفى بالتزاماته الناشئة عن عقد الأساس. ففى ظل هذا الوضع غير العادل لا يمكن التسليم باستبعاد أى آلية تحول بين المستفيد وبين الحصول على قيمة الضمان.

فالعدالة التى تعد أساس الالتزامات التعاقدية تأبى ترك مبدأ استقلال خطاب الضمان دون قيد أو ضابط أو تقرير آلية معينة تحول دون حصول المستفيد على قيمة الضمان دون وجه حق أو على حساب مصلحة الآمر. ولقد وجد الفقه ضالته المنشودة فى الدفع بالتعسف فى استعمال الحق أو الغش الظاهر فى طلب الوفاء بالضمان. وهو الأمر الذى يدعونا إلى وضع تعريف لهذه الآلية من ناحية، وبيان الشروط التى يتعين توافرها حتى يمكن الاستناد إليها أو الدفع بها من ناحية أخرى. وعليه ستكون معالجتنا لهذه الجزئية من خلال مطلبين، نعرض فى الأول منهما لتعريف هذه الآلية، وفى الثانى لشروط التمسك أو الدفع بها.

المطلب الأول

تعريف التعسف فى استعمال الحق والغش

لا خلاف أن إقرار مبدأ استقلال خطابات الضمان لا يعنى الخروج عن الأسس التى رسمها المشرع لاقتضاء الحقوق، تلك التى تدور حول العدالة والإنصاف ومقتضيات حسن النية، بمعنى أنه لا يجوز للأفراد عند ممارستهم لحقوقهم تجاوزها بهدف الإضرار بالغير أو من أجل الحصول

على منفعة غير مشروعة. ولهذا رسمت الأنظمة القانونية الوضعية حدوداً دقيقة لممارسة أى حق، وذلك حتى لا تصبح تلك الممارسة وسيلة أو أداة للإضرار بالمصالح المشروعة للآخرين أو أن تنطوى الممارسة على حيل تفسد كل شىء. بعبارة أخرى إن من أهم المبادئ التى يقوم عليها أى نظام قانونى هو عدم التعسف فى استعمال الحقوق وأن الغش يفسد كل شىء. مع هذا فإن لهذين المبدأين مدلول خاص فى إطار خطابات الضمان المستقلة، نظراً لأن التمسك بالمفهوم العام لهذين المبدأين قد يقود إلى الإطاحة بالاستقلال الذى تتميز به هذه الخطابات. وهو الأمر الذى يفرض علينا التعرض لتعريف التعسف فى استعمال الحق وفقاً لهذا المفهوم الخاص بخطابات الضمان (الفرع الأول)، وذلك قبل بيان المدلول الخاص للغش عند المطالبة بالضمان (الفرع الثانى)، على أن نردفهما بتطبيقات لهذا المدلول فى إطار خطابات الضمان الملاحية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف التعسف فى استعمال الحق فى إطار خطابات الضمان

فى الحقيقة يعد مبدأ التعسف فى استعمال الحق أحد المبادئ الأساسية أو بمعنى أدق أهم النظريات التى نادى بها الفقه وأخذ بها المشرع لتدارك النتائج السلبية المترتبة على تجاوز الأفراد، عند ممارستهم للحقوق التى خولهم إياها القانون، حدود حسن النية ومقتضيات العدالة والإنصاف(١). فإذا كان للأفراد الحق فى ممارسة حقوقهم، فإنه يتعين ممارسة هذه الحقوق وفقاً لما تقضى به قواعد العدالة ومقتضيات حسن النية. أما عندما يتجاوز الأفراد تلك الحدود، ويقود هذا التجاوز إلى الإضرار بالغير أو إلى الانحراف عن الغاية أو الوظيفة الاجتماعية

(١) د/ محمد شوقى السيد، التعسف فى استعمال الحق، الهيئة المصرية للكتاب، ١٩٧٩، ص٧٣ وما بعدها ؛ د/ محمد السعيد رشدى، التعسف فى استعمال الحق، دار النهضة العربية، ١٩٩١، ص ١٧٩.

للحقوق(١)، فإنه يمكن القول بوجود تعسف فى استعمال هؤلاء الأفراد لحقوقهم.

مع هذا لم يتفق الفقه حول معيار واحد يمكن الاستناد إليه للقول بوجود تعسف فى استعمال الحق من عدمه، إذ يتردد حول معيارى نية الإضرار بالغير وتحول الحق عن غايته أو وظيفته الاجتماعية. فلقد نادى بالمعيار الأول الفقيه RIPERT، بتقريره أن التعسف فى استعمال الحق يحدث عندما يستتر صاحب الحق وراءه لكى يضر بالغير(٢). غير أنه من

---

(١) قارب من هذا، د/ محمد السعيد رشدى، التعسف فى استعمال الحق، المرجع السابق، ص ٢٦٩، حيث يقرر سيادته أن التعسف «وفقاً لنصوص القانون المدنى، هو ما يتصل بتحقيق غاية الحق، وأن هذه الغاية هى تحقيق المصلحة، فإذا انتفت الغاية، أو انحرف صاحب الحق عن هذه الغاية «المصلحة» بأن استعمل حقه - لتحقيق مصلحة أخرى، أو كانت المصلحة تافهة بالمقارنة إلى الضرر الذى يصيب الغير إذ هنا ترجح الأضرار – وتفوق على المصلحة التافهة - ، فإن ذلك يُعد تعسفاً متى كانت المصالح التى يحققها صاحب الحق غير مشروعة. ومن ثم فالقول بالمصلحة كمعيار هو تخصيص لمعيار الغاية، ذلك أن المصلحة نوع من جنس الغاية، كما أن القول بمعيار المصلحة بحسبانهما غاية الحق هو تخصيص لمعنى معيار الغاية إذ أن معيار المصلحة أدق من ناحية الانضباط وأسهل من ناحية التطبيق».

(2) **RIPERT G.: La règle morale dans les obligations civiles, Paris, LGDJ, 1949, no 92 et s, où il décide que lorsque dans l'exercice d'un droit, un acte a été inspiré non pas seulement par une intention égoïste, mais par le dessein de causer préjudice à autrui, cette intention change le caractère de l'acte. En pareil cas, il y a abus, l'acte n'est plus couvert par l'immunité procurée par le droit.**

حول هذا المعيار فى مجال المسئولية الدولية، راجع:

د/ صالح محمد بدر الدين، المسئولية عن نقل النفايات الخطرة فى القانون الدولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٩٩، حيث يقرر أن الفقه الدولى قد اتجه، عند تحديده لفكرة التعسف فى استعمال الحق، إلى معيار أو فكرة النية فى إحداث الضرر عند استخدام الحق المشروع. ففكرة «النية أو القصد فى تحقيق أذى للغير هى العنصر المعول عليه فى إثبات أن هناك تعسفاً فى استعمال الحق أم لا. غير أنه من الصعوبة بإثبات النية فى الضرر فى بعض الأحيان».

الصعب اللجوء إلى هذا المعيار، حيث أن إثبات نية الإضرار بالغير ليست بالأمر الهين أو اليسير. وتفادياً لمثل هذه الصعوبة ومحاولة من بعض الفقهاء للتخفيف أو الحد من هذا الغموض، أمكن القول بافتراض تلك النية عندما يتصرف صاحب الحق دون الاستناد إلى مصلحة جدية ومشروعة(١). مع هذا فقد انتقد هذا المعيار على سند من القول بعدم كفايته لاستيعاب سائر حالات التعسف فى استعمال الحَق. وأمام هذا القصور ذهب اتجاه آخر إلى المناداة باعتناق معيار الغاية أو الهدف الاجتماعى لكل حق من الحقوق(٢). فوفقاً لهذا المعيار يكون صاحب الحق متعسفاً عندما يمارس هذا الحق خارج تلك الغاية أو هذا الهدف(٣).

بيد أن هذا المعيار لم يسلم من النقد، لما يقود إليه من عدم استقرار فى المعاملات، خاصة وأن تعيين حدود الحقوق أمر متروك لقضاة الموضوع يقدرونها وفقاً لمعتقداتهم الاجتماعية ومفاهيمهم الشخصية. هذا فضلاً عن تقويض هذا المعيار الغائى لمفهوم الحق الشخصى، والذى يمارسه صاحبه وفقاً لتقديره الشخصى على نحو يؤدى إلى إنكار ذلك التقدير أو بمعنى أدق حرمانه من ممارسة هذا التقدير.

---

(1) STRACK B.: Les obligations, 6e, Litec, no 315; MALAURIE Ph.: Note sur l'arrêt de Cour de cassation rendue en 22 fév, 1968, Dalloz, 1968, p. 607.

(2) JOSSERAND L.: De l'esprit des droits et leur relativité, théorie dite de l'abus des droits, Dalloz, Paris, 1969, no 292 et s.

(٣) هذا ما يقرره صراحة الأستاذ Josserand بقوله:

«Tous les droits doivent demeurer dans le plan de la fonction à laquelle ils correspondent, sinon leur titulaire commet un détournement, un abus de droit: l'acte abusif est l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité.: De l'esprit, op. cit., no 293» ; Voir aussi TERRE F., SIMLER Ph. & LEQUETTE Y. : Droit civil, les obligations, Dalloz, 6éd, 1996, no 711, p.582.

وأمام صعوبة هذا المعيار أو ذاك فقد جمعت التشريعات الوضعية بينهما، خاصة وأن هذه النظرية هى الوسيلة أو الأداة التى يمكن من خلالها وضع حدود للحقوق أو على الأقل رسم حدود لممارستها. فالحقوق التى يمنحها القانون أو الاتفاق ليست حقوق مطلقة، ولكنها مقيدة بتلك الحدود التى رسمها المشرع عند ممارستها(١). هذا ما تبرزه بوضوح المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدنى المصرى، إذ تقرر المادة الرابعة مبدأ الممارسة بنصها على أنه «من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر». بينما تبين المادة الخامسة ضوابط التعسف ومعاييره، تلك التى تجعل استعمال الحق غير مشروع، وذلك بنصها على أن «يكون استعمال الحق غير مشروع فى كل الأحوال الآتية:- ١- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. ٢- إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ٣- إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة».

---

(١) د/ أنس محمد عبد الغفار، التعسف فى استعمال الحق، دراسة تأصيلية وتطبيقية فى القانون المدنى والفقه الإسلامى، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق – جامعة طنطا، العدد الثامن والأربعون، أبريل ٢٠٠٩، جـ١، ص٢٤٩، حيث يقرر أنه يتعين أن يتقيد صاحب الحق عند استعماله لحقه بغاية الحق، تلك التى تفرض رقابة على هذا الاستعمال. ولهذا تنقسم الأعمال بالنظر إلى مشروعيتها إلى أقسام ثلاثة هى: «١- عمل يتجاوز صاحبه الحدود الموضوعية المحددة للحق قانوناً، فيعتبر بذلك عملاً غير مشروع. ٢- عمل يتم فى ضوء الحدود الموضوعية والغائية، ويحقق لصاحبه فائدة، ويترتب عليه ضرر بالغير، فيقيم مسئولية صاحبه مع ذلك، استناداً إلى نظرية المخاطر أو تحمل التبعة. ٣- عمل عادى فى مظهره، ولكنه يمارس دون غرض نافع، مع قصد الإضرار، فيعتبر عمل غير عادى ويقيم مسئولية صاحبه رغم مشروعيته من حيث المضمون والحدود. وفى هذا النوع يتعين على صاحب الحق الالتزام بحدوده الغائية لأن الحقوق لم تشرع عبثاً، أو للإضرار بالغير، حتى ولو كان صاحب الحق يباشر سلطاته ومكناته داخل حدود حقه الموضوعية، وهو ما يطلق عليه التعسف فى استعمال الحق».

وإذا كان المشرع المصرى قد حدد ضوابط التعسف ومعاييره(١)، فإن التساؤل الذى يطرح نفسه على مائدة البحث يتعلق بإمكانية التمسك أو الاستناد إلى هذه النظرية للقول بوجود تعسف فى استعمال الحق الذى تخوله خطابات الضمان للمستفيد، لاسيما وأن هذه الخطابات تتمتع بالاستقلال المطلق عن عقد الأساس أو أى علاقة قانونية أخرى يمكن الاستناد إليها للقول بأن المطالبة تنطوى على تعسف فى استعمال الحق الذى تقرره. بعبارة أخرى إذا كان خطاب الضمان يتمتع باستقلال عن عقد الأساس، فكيف يمكن اللجوء إلى هذا الأخير للإدعاء بوجود تعسف فى استعمال حق المطالبة بالوفاء بقيمة الضمان. فهل يمكن الانطلاق من عقد الأساس للنيل من طابع الاستقلال الذى يتمتع به خطاب الضمان، استناداً إلى وجود تعسف فى استعمال الحق المنبثق عنه أم لا؟

فى الواقع يمكن القول بأن التعسف فى استعمال طالب الضمانة لا يلقى قبولاً إلا عندما يتسم بالوضوح أو البيان. فالتعسف فى مجال خطاب الضمان له إذن خصوصية تبرز طابعه المميز مقارنة بالطابع العام لنظرية التعسف فى استعمال الحق التى تقررها القواعد العامة. فالتعسف فى استعمال طلب الضمانة يمكن تعريفه بأنه وسيلة بين يدى الآمر توفر له الطمأنينة الاقتصادية وتضمن له الحماية القانونية عندما تنطوى مطالبة المستفيد على تعسف بين. فمن هذا التعريف يتضح أن هذا المبدأ لا يمكن الاستناد إليه للتعطيل أو النيل من الطابع المستقل لخطاب الضمان إلا على

---

(١) لمزيد من التفصيل راجع: د/ نبيلة رسلان & د/مصطفى أبو عمرو، نظرية الحق، مطبعة جامعة طنطا، ٢٠٠٦، ص٣١٠، حيث يقررا أن «أهم ما يلفت النظر فى صياغة المشرع المصرى لنظرية التعسف أنه لم يقرها كمبدأ عام يرتب مسئولية كل شخص يسبب للغير ضرراً عند استعماله لحقه. ولم يربطها بمعيار عام، مثل أن يتحقق التعسف فى كل حالة يستعمل فيها الحق استعمالاً يضر بمصلحة الجماعة، ولكنه آثر أن يحدد الأحوال التى يعتبر فيها صاحب الحق متعسفاً بحيث إذا لم تتوافر إحدى هذه الأحوال، فإن استعمال الحق يكون استعمالاً مشروعاً ينبنى معه التعسف حتى ولو أصاب الغير ضرر من جرائه».

سبيل الاستثناء. كما أنه لا يمكن التذرع بالدفوع المستمدة من العقد الأساسى إلا عندما يكون التعسف واضح أو بيِّن(١).

فهذا اللجوء يبرز إذن الوظيفة الأساسية لهذا المبدأ وهو توفير الحماية القانونية للأمر، طالما أنه يحد من المطالبة بالوفاء دون وجه حق. فهذه الوظيفة هى التى تقلص إلى حد كبير من تعسف المستفيد وتلزمه باستعمال حقه فى إطار حسن النية ووفق الغاية المرجوة من الحماية التى تقررها النصوص القانونية(٢). وعليه فإن الحق «غير المشروط بالإيفاء والعائد للمستفيد لا يمنحه سلطة التعسف فى المطالبة بالضمانة، فهذا الحق يجب ممارسته ضمن إطار التوقعات العقدية التى أرادها الفرقاء، حتى ولو كان للمستفيد حق استنسابى بالمطالبة، إذا كان يهدف إلى غاية غريبة عن موضوع الضمانة، فيكون مخالفاً ليس فقط لمندرجات العقد الأساسى وإنما أيضاً لوظيفة الضمانة(٣)».

الفرع الثانى

تعريف الغش فى طلب الوفاء بالضمان

لم يتوقف الفقه عند نظرية التعسف فى استعمال الحق، وإنما كرس إلى جانبها أحد المبادئ الهامة التى يمكن الاعتماد عليها لرقابة التصرفات

---

(١) هذا ما يبرزه بوضوح حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٩٨٧/١/٢٠م، وذلك بقضائها بأن:

«atendu qu'en statuant ainsi en se référant à l'application des stipulations contractuelles alors que, s'agissant de l'appel de la contre – garantie, elle en avait reconnu le caractère manifestement abusive, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales qui résultaient de ces propres constatations (Cass. Com, 20/01/1987, D. 1987, p. 177, obs. M. VASSEUR; JCP, 1987, II, 20764, NOTE. J. stoufflet.)».

(2) TERRE F., SIMLER Ph. & LEQUETTE Y. : Droit civil, op.cit, no 712, p.582.

(٣) أ/ بسام عاطف المهتار & مايا سليت مشرفية، الضمانة غب الطلب، المرجع السابق، ص ١٠٦.

الصادرة من الأفراد بهدف الحصول على منافع غير مستحقة، وهو مبدأ الغش الذى يفسد كل شيء[1]. فوفقاً لهذا المبدأ يتحقق الغش عندما ينجح أحد الأفراد فى التخلص من تنفيذ التزام واجب استناداً إلى حق مشروع كفله المشرع، كأن يتملص المستفيد من تنفيذ الالتزامات المتولدة عن عقد الأساس مستنداً إلى عدم إعفاء البنك من الوفاء بالتزامه المقطوع فى خطاب الضمان. وفى هذا المعنى ذهب الفقه الفرنسى بتقريره أن الغش يتحقق عندما يستطيع أحد الأفراد التملص من تنفيذ قاعدة قانونية من خلال استخدامه لوسيلة أخرى قررها المشرع. فكأن الغش يعد، وفقاً لهذا الاتجاه، وسيلة لرقابة تطبيق القواعد القانونية، حتى لا تحيد عن الغرض الذى رسمه المشرع[2].

مع هذا وأيا ما كان الهدف المراد تحقيقه من وراء إقرار قاعدة الغش يفسد كل شيء Fraus omnia corrumpit، فإنها تعد الوسيلة الهامة

---

(1) GHESTIN J., GOUBEAUX G. & FABRE-MAGNAN M.: Traité de droit civil, op.cit, no 809, p.797, où ils décident que «le droit n'est pas une mécanique aveugle. Il se contrôle lui-même, en ce sens que si la mise en oeuvre des règles juridiques aboutit à des résultats trop choquants, des instruments sont forges afin de corriger les excès. La théorie de l'abus de droit est un de ces instruments (....). Un autre correctif est fourni par la théorie de la fraude».

(٢) قارب هذا المعنى فى GESTIN وFABRE-& .GOUBEAUX MAGNAN حيث يقرروا أن:

«L'adage fraus omnia corrumpit est utilisé pour justifier un refus d'application d'une loi dont les conditions étaient cependant réunies. La théorie de la fraude apparait alors comme un moyen de garder le contrôle de l'application des normes juridiques en permettant d'y déroger au nom de la souvegarde du droit tout entire (Traité de droit civil, introduction générale, 4éd, L.G.D.J,, Paris, 1994, no 813)».

والفعالة لتعطيل الإيفاء غير المبرر أو التخفيف من وطأة النتائج المترتبة على استقلال خطاب الضمان[1]. فإذا كان الوفاء بالضمانة يتم دون اشتراط تقديم أية مستندات أو دون إبداء أسباب تبرره، فإن الغش يعد وسيلة لمواجهة سوء نية المستفيد. بل إنه يُعد الوسيلة الأكثر أهمية فى مجال خطابات الضمان فى النظام اللاتينى، مقارنة بنظرية التعسف فى استعمال الحق. فإذا كانت هذه الأخيرة قد لجأ إليها القضاء الفرنسى، كما سبق أن قررنا، لمواجهة طلبات الضمان دون وجه حق، لاسيما عندما لا يتطابق فعل المستفيد مع مفهوم الغش، فإن اللجوء إلى هذا المفهوم الأخير يعد الوسيلة الفعالة التى يستند إليها لتعطيل آلية الدفع التلقائى لقيمة الضمان[2]. وذلك على العكس تماماً من النظام الأنجلوسكسونى، حيث يُعد الغش هو الوسيلة الوحيدة لتعطيل آلية دفع الضمان، أو بمعنى أدق لتفادى النتائج التى يرتبها استقلال خطاب الضمان عن عقد الأساس أو أى علاقة أخرى[3].

وإذا كان القضاء الفرنسى قد وسع من سبل تفادى النتائج المترتبة على استقلال خطاب الضمان، بإقراره للغش ولنظرية التعسف فى استعمال الحق، فإنه قد وسع أيضاً من مفهوم الغش كدفع أساسى لتعطيل آلية الدفع التلقائى أو غير المبرر. هذا التوسع يمكن أن نستشفه من حكم محكمة باريس التجارية الصادر فى ٢٩ سبتمبر ١٩٨٨م، بقضائها بأنه «يجوز للقاضى المستعجل، وفى إطار الفحص الأول، أن يأمر بمنع البنك الضامن المقابل من الوفاء إذا كان هناك خطر الغش من جانب المستفيد (...). وهذا الخطر قد ينتج من واقعة تهرب المستفيد من صدور حكم فى موضوع النزاع. وقد ينتج من علم البنك بهذا الغش لكونه خاضعاً لرقابة

---

(١) د/ سميحة القليوبى، المنظمات الدولية، المرجع السابق، فقرة٧٨، صـ٩٩.

(2) GHESTIN J., GOUBEAUX G. & FABRE-MAGNAN M.: Traité de droit civil, op.cit, no 809, p.796.

(3) PRÛM A.: Les garanties à première demande, essai sur l'autonomie, Litec, Paris, 1994, p. 248 et s.

مشتركة من الدولة الأجنبية التى تباشر هذه الرقابة عليه وعلى المستفيد(١)». ومن هذا الحكم يتضح أن الغش الذى يمكن الاستناد إليه لا يتوقف عند حد الادعاء بأن الآمر قد نفذ بالكامل الالتزامات الناشئة عن عقد الأساس وأن المستفيد ليس له الحق فى المطالبة بأى شىء، وإنما أيضاً عندما يثبت الآمر أن المستفيد تهرب من صدور حكم فى موضوع النزاع، والذى تمثل هنا فى اعتراض المستفيد على إجراء المعاينة التى طلبتها الشركة الآمرة بفتح الخطاب بدعوى وجود شرط للتحكيم، ثم اعتراضه بعد ذلك على إجراء التحكيم بدعوى أن الشركة الآمرة لم تقم بعمل المعاينة. من الواضح أن القضاء الفرنسى يأخذ بفكرة مرنة للغش، حيث لا يقصر مفهوم هذه الفكرة على الغش البيِّن، وإنما يكتفى فقط بخطر الغش أو بمظنته. ومن ثم فإنه يمكن تعريف الغش فى خطابات الضمان بأنه وسيلة أو أداة لمنع الضامن من دفع قيمة الضمان عندما يتضح وجود غش ظاهر أو بيِّن من جانب المستفيد أو عندما تتوافر مظنة الغش تجاه الآمر.

على العكس تماماً أخذ الفقه الأنجلوسكسونى بمفهوم ضيق للغش، حيث يقصره على الغش الظاهر أو الحيل التى تنطوى على غش يبرر عدم الدفع. فهذا الفقه يسمح للضامن بعدم الوفاء بقيمة الضمان فى حالة الغش الظاهر، والذى يسهل عليه تمييزه. أما غيره من حالات أخرى فيترك للأطراف تسويتها من خلال السبل العادية التى ينص عليها عقد الأساس. ولقد سار القضاء الإنجليزى فى رحاب هذا الفقه، حتى لا يؤدى التوسع فى مفهوم الغش إلى تعطيل حركة التجارة الدولية وإلحاق الضرر بأطرافها، طالما أنه بإمكان هؤلاء الأطراف التحلل من التزاماتهم باللجوء إلى المحاكم والادعاء بعدم أحقية خصومهم فيما يطالبون به(٢). بل إن

---

(١) مشار إليه فى د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٢٤٤، ص ٢٣١.

(2) **RD Harbottle Ltd V. National Westiminster Bank, Bolivinter oil SA chase Manhattan Bank NA, United trading corporation Sa Vallied Arab Bank Ltd, Boliv inter Oil SA V chase Manhattan Bank (www.insofacto.com).**

القضاء الإنجليزى لم يعترف بالغش كأداة لتعطيل الضمان إلا عندما ينصب على المستندات المقدمة إلى الضامن، وذلك على عكس الغش الواقع على العقد الأساسى. وهو ما يثير الدهشة والتساؤل، لاسيما عندما تتجرد المطالبة، وهو الوضع الغالب، من أى اشتراط لتقديم مستندات للضامن لاستيفاء قيمة الضمان[1]. ولا شك أن هذا الاتجاه المضيق جداً لمفهوم الغش يحول بين الآمر وبين تعطيل آلية الضمان أياً كانت الأسباب التى يستند إليها. فهذا التوجه يمنح المستفيد من الخطاب ضمان لا يقبل النيل منه أو تعطيل النتائج التى تترتب عنه، كما أنه يسهل إلى حد كبير من عمل الضامن، إذ يمنحه حصانة ضد ما يدفعه للمستفيد من مبالغ، تحول دون رجوع الآمر عليه أياً كانت الإساءة أو الحيل التى استعملها المستفيد لاستغلال هذا الضمان.

مع هذا فقد أخذت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة بالاتجاه الموسع لمفهوم الغش، وذلك بتبنيها لهذا المفهوم فى المادة ١٩ تحت عبارة طرق خداعية.

ولقد بينت هذه المادة المقصود بهذه العبارة بتقريرها أن الطرق الخداعية تتحقق فى إحدى الحالات الآتية[2]: -

١- عندما لا يقع الخطر المغطى بالضمانة بشكل محقق.

٢- عندما يعلق الآمر تنفيذه لالتزاماته على حكم قضائى أو قرار تحكيمى.

٣- عندما ينفذ الآمر العقد الأساسى بشكل مرضى للمستفيد.

٤- عندما لا يتم تنفيذ العقد الأساسى بخطأ عمدى من جانب المستفيد.

أما فيما يتعلق بالضمان المقابل، فتتحقق هذه الطرق الخداعية عندما يدفع الضامن الأول قيمة الضمان بسوء نية[3].

---

(1) DIXON W.: The diminution of the autonomy principle, Thomson Legal Regulatory, 2004, p. 15 et s.

(٢) د/ سميحة القليوبى، المنظمات الدولية، المرجع السابق، فقرة٧٢ وما بعدها، صـ٩٠ وما بعدها.

(٣) راجع نص المادة ١٩ تحت عنوان استثناء على الالتزام بالدفع=

=

1- S'il est clair et patent:

a) qu'un document n'est pas authentique ou a été falsifiés.

b) qu'aucun paiement n'est dû sur la base des motifs invoqués dans la demande et des documents joints; ou

c) qu'eu égard au type et à l'objet de l'ingagement, la demande n'a pas de justification concevable, le garant/émetteur, agissant de bonne foi, a le droit, à l'encontre du bénéficiaire, de s'abstenir de payer.

2- Pour l'application de l'alinéa c) du paragraphe 1 du présent article, les situations dans lesquelles une demande n'a pas de justification concevable sont notamment les suivantes (the following are types of situations in which a demand has no conceivable basis):

a) l'éventualité ou le risque contre lequel l'engagement est supposé protéger le bénéficiaire ne se sont indubitablement pas matérialisés;

b) l'obligation sous – jacente du donneur d'ordre a été déclarée invalide par un tribunal ou un tribunal arbitrale, sauf s'il est indiqué dans l'engagement que cette éventualité relève du risque que l'engagment devait couvrir;

c) l'obligation sous-jacente a indubitablement été acquittée à la satisfaction du bénéficiaire;

d) il apparaît clairement que l'exécution de l'obligation sousjacente a été empêchée du fait d'une faute intentionnelle du bénéficiaire;

e) dans le cas d'une demande de paiement d'une contre-garantie, le bénéficiaire de la contre-garantie a payé de mauvaise foi en tant que garant/émetteur de l'engagement auquel se rapporte la contre-garantie.

3- dans les circonstances énoncées aux alinéas a), b) ou c) du paragraphe 1 du présent article, le donneur d'ordre a vocation à obtenir des mesures judiciaires provisoires en application de l'article 20.

الفرع الثالث

تطبيقات المبدأين فى إطار خطابات الضمان الملاحية

كما سبق أن قررنا لا يعتد القضاء بالتعسف فى استعمال الحق أو بالغش إلا عندما يكونان ظاهرين، أو واضحين، بما لا يدع مجالاً للشك حول إثباتهما بشكل واضح ومميز. وهو الأمر الذى يتحقق عندما يطالب المستفيد بالوفاء بقيمة الضمان على الرغم من تنفيذ الآمر لالتزاماته على نحو كامل وصحيح، أو عندما يثبت الآمر أن ادعاء المستفيد لا يستند إلى أساس قانونى سليم على نحو يمكن معه القول بأن الواقعة ليست محلاً للنقاش أو بحاجة إلى إثبات(١).

مع هذا فإن محكمة النقض الفرنسية فى مجال الضمانات المصرفية فرقت بين نوعين من التعسف والغش، الأول خاص بالتعسف أو الغش البين، والثانى يتعلق بالتعسف أو الغش الظاهر، معتبرة أن النوع الأول فقط هو الذى يؤدى إلى تعطيل الوفاء بالضمان، وذلك على عكس النوع الثانى، حيث يستطيع المستفيد طلب الوفاء ولا يعفى الضامن من تنفيذ التزامه بدفع المبالغ الواجب دفعها. هذا ما يبرزه بوضوح حكمها الصادر فى ١٩٨٥/٥/٢١م بقضائها بأن التعسف الذى استند إليه الآمر لم يكن

---

(١) قارب من هذا، VASSEUR M. (دالوز، ١٩٨٨، somm 247) حيث يقرر أن:

«dans le cadre d'un contrat donné, la garantie est appelée alors que la preuve manifeste, hors de toute hésitation, sans qu'il existe le moindre doute, est rapportée de la totale et correcte exécution de ses obligations par le donneur d'ordre, et celà, sans qu'il y ait besoin d'ordonner quelque mesure d'exécution que ce soit».

راجع أيضاً: J. STOUFFLET, JDI, 1978، رقم ٢٦ وما بعدها، حيث يقرر أن:

«Il faut pour la fraude, que soit prouvé de manière irréfutable, que la prétention du bénéficiaire de la garantie ne trouve aucun fondement dans le contrat de base».

بيّناً، حيث تؤكد الوقائع أن تنفيذ الآمر لالتزاماته لم يكن إلا ظاهرياً، وهو الأمر الذى يبدو بوضوح من الشهادات المؤقتة وغير النهائية التى قدمها الآمر كدليل على انتهاء الأعمال المكلف بها(١). وبتطبيق ذلك على خطابات الضمان الملاحية يمكن القول بوجود تعسف من جانب المستفيد أو صدور غش من جانبه عندما ينفذ الآمر التزاماته الناشئة عن عقد النقل البحرى تنفيذاً كاملاً وصحيحاً، وهو ما يتحقق عندما يتسلم المرسل إليه (أو صاحب الحق فى استلام البضاعة) البضاعة كاملة ومطابقة للمواصفات وعلى النحو الوارد بسند الشحن، سواء من حيث الوزن أو العدد أو القيمة، أو عندما تصل مستندات الشحن وتظهر بوضوح أن الآمر هو صاحب الحق الفعلى فى استلام البضاعة. ففى مثل هذه الأحوال، يمكن القول بوجود تعسف بيّن من جانب المستفيد من خطاب الضمان (الناقل) عندما يطالب بقيمة الضمان على الرغم من هذا التنفيذ الكامل والصحيح من جانب الآمر. أما عندما يكون التنفيذ مؤقتاً أو بصورة جزئية، فإنه لا يمكن الدفع بالتعسف أو الغش تجاه المستفيد من الضمان. وهو الأمر الذى يتحقق عندما يكون تسليم البضاعة غير مطابق لما ورد بسند الشحن سواء من حيث الكم أو الكيف، أو عندما تصل المستندات غير كاملة بعد استلام البضاعة(٢).

هذا ما أكدت عليه محكمة استئناف باريس فى حكمها الصادر فى السادس من مارس ١٩٩٢، بقضائها أن التنفيذ الجزئى للعقد الأساسى لا يولد يقيناً لدى المحكمة على قيام التعسف أو الغش البيّن. فوجود نزاع بين الأطراف أو طلب المستفيد اللجوء إلى الخبرة لإثبات عدم تنفيذ الآمر لالتزاماته المتولدة عن العقد الأساسى يُعد دليلاً على أن ما يدعيه الآمر

---

(١) راجع :
Cass. Com 21 mai 1985, Dalloz, 1986, p. 214, note VASSEUR M.

(٢) راجع نص المادة ٢٢٤ من قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠، حيث تقرر أن تسليم نسخة من سند الشحن إلى الناقل يعد قرينة على قيام هذا الأخير بتسليم البضاعة إلى صاحب الحق فى تسلمها، ولكنها قرينة بسيطة تقبل الدليل العكسى.

بوجود تعسف أو غش بيِّن يثير الشك حول التنفيذ الكامل والصحيح للعقد الأساسى، أو بعبارة أخرى أن ما يدعيه الآمر لا يقوم على سند من القانون أو العقد الأساسى(١). على العكس من ذلك يستطيع الآمر الاستناد إلى فكرة التعسف أو الغش البيِّن عندما تقوم مطالبة المستفيد على سند يخالف الحقيقية، وهو ما يحدث عندما يتذرع المستفيد بعدم تنفيذ الآمر لالتزاماته الناشئة عن عقد الأساس، سواء بصورة كلية أو جزئية، على نحو يخالف الحقيقة بصورة واضحة أو عندما يتوافر سوء النية لدى المستفيد أو عندما يلجأ إلى حيل خداعية لإخفاء حقيقة الواقعة.

وهكذا تتعدد السبل التى يمكن الاستناد إليها للنيل من استقلال الضمان فى الخطابات الملاحية، ما بين اللجوء إلى نظرية التعسف فى استعمال الحق أو الدفع بمفهوم الغش. لذلك فإن التعسف أو الغش قد يقعا على الآمر أو الضامن. بيد أن الغش أو التعسف تجاه هذا الأخير، يُعد أمراً نادر الحدوث فى خطابات الضمان المصرفية، فلا يقع إلا فى مجال الاعتمادات المستندية، حيث يقع عليه فحص المستندات المتعين على المستفيد إبرازها للحصول على قيمة الاعتماد. مع هذا وأياً كان الشخص الواقع عليه الغش أو التعسف (الضامن أو الآمر)، فإنه يتعين على الضامن أن يقوم بمقاضاة المستفيد لاستعادة المال المدفوع، حتى لا يقوم الآمر بمقاضاته أو توجيه نزاعه إليه(٢).

المطلب الثانى

شروط التعسف والغش فى المطالبة بالضمان

إذا كان المعيار الذى يمكن الاستناد إليه للدفع بالتعسف أو الغش تجاه مطالبة المستفيد بالضمان هو الوضوح أو عدم الحاجة إلى إثبات، فإن الشروط التى يتعين توافرها فى التعسف فى استعمال الحق، أو عند الدفع بالغش تختلف فيما بينهما. وهو الأمر الذى يثير التساؤل عن الشروط التى

---

(1) C A Paris, 6 mars 1992, Juris- data, no 1991-020971.

(٢) راجع ما بعده ص .

يجب توافرها عند القول بنظرية التعسف فى استعمال الحق (الفرع الأول)، أو تلك التى تتوافر فى الدفع بالغش (الفرع الثانى).

الفرع الأول

شروط التعسف فى استعمال الحق

إن استقراء النصوص القانونية التى تبرز نظرية التعسف فى استعمال الحق، وكذلك التطبيقات العملية لها، يوضحا أنه لا يمكن الاستناد إلى تلك النظرية إلا عندما يكون استعمال الحق غير مشروع من ناحية وعندما يكون التعسف ظاهراً أو بيّناً من ناحية أخرى. وهكذا يتضح أن شروط التعسف تتلخص فى شرطين: أولهما أن يكون استعمال الحق غير مشروع (الغصن الأول)، والثانى أن يكون التعسف ظاهراً أو بيّناً (الغصن الثانى).

الغصن الأول

أن يكون استعمال الحق غير مشروع

إن مطالعة متأنية للنصوص القانونية التى أرست نظرية التعسف فى استعمال الحق تبرز أنه لا يمكن التمسك بها إلا عندما يكون استعمال الحق غير مشروع. هذا ما يبرزه بوضوح نص المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدنى المصرى.

فالمادة الرابعة تبين أنه لا يمكن اللجوء إلى فكرة التعسف عندما يتم استعمال الحق استعمالاً مشروعاً، حتى ولو ترتب على هذا الاستعمال ضرراً للغير. ثم جاءت المادة الخامسة وأكدت المعنى السابق، ببيانها للأحوال التى يُعد فيها استعمال الحق غير مشروع (١)».

---

(١) لمزيد من التفصيل حول هذه الحالات الثلاثة، راجع د/ عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج١، ص ٩٥٧ وما بعدها؛ د/ إسماعيل غانم، النظرية العامة للحق، ط٢، ١٩٥٨، ص ١٦٤ وما بعدها؛ د/عبد المنعم الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٤٨٢ وما بعدها؛ د/سليمان مرقص، المسئولية المدنية، دار النشر للجامعات، ١٩٥٨، ص ٣٥٢ وما بعدها؛ د/ عبد الودود يحيى، دروس فى المدخل لدراسة القانون، ص١٤٩ وما بعدها؛ د/عبد الحى حجازى، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج٢، ١٩٥٤، ص ٤١١ وما بعدها.

من الواضح أن هاتين المادتين وضعتا أو رسمتا بدقة الحدود الفاصلة بين الاستعمال القانونى والتعسف فى استعمال الحق، باللجوء إلى فكرة مشروعية الحق. فعندما يكون استعمال الحق استعمالاً مشروعاً، فإنه لا يمكن تعطيل هذا الاستعمال أو الحد من تلك الممارسة، حتى فى تلك الأحوال التى ينشأ عن ذلك الاستعمال ضرراً للغير. وعلى العكس يكون هناك تعسفاً فى استعمال الحق عندما يكون استعمال الحق غير مشروع. بل إن المشرع المصرى لم يكتف ببيان هذا الحد الفاصل بينهما، وإنما أضاف إلى هذا البيان ذكر الأحوال التى يمكن أن يكون فيها الاستعمال غير مشروع، وهو الأمر الذى يتحقق عندما يهدف الاستعمال أو ترمى الممارسة إلى الإضرار بالغير. ولا شك أن هذا أمر منطقى، حيث لا يمكن السماح للأفراد بتسخير حقوقهم لمجرد النكاية أو الإضرار بالغير(١). مع هذا فإنه ينبغى أن تتوافر لدى الشخص نية الإضرار بالغير(٢). فلا يمكن القول بوجود التعسف فى هذه الحالة إلا عندما يهدف صاحب الحق من استعماله لحقه قصد الإضرار بالغير، وهو ما يمكن القول بتحققه عندما

---

(1) GHESTIN J., GOUBEAUX G. & FABRE-MAGNAN M.: Traité de droit civil, op.cit, no 782 et s, p.766 et s.

(2) FLOUR J. & AUBERT J.-L.: Les obligations, le fait juridique, Armand Colin, 8éd, 1999, no 118, p.113, où ils décident que «l'abus est normalement indiscutable lrsqu'une telle intention a ainsi constitué le ressort unique de l'action». Voir aussi MESTRE J., PUTMAN E. & BILLIAU M. : Traité de droit civil, droit commun des sûretés réelles, L.G.D.J., 1997, no 198, p.183.

راجع كذلك، د/ أنس محمد عبد الغفار، التعسف فى استعمال الحق، المرجع السابق، ص ٢٥٨، حيث يقرر أن الضابط فى تقييم استعمال الحق بأنه تعسف من عدمه يرتبط بالباعث الدافع إلى استعمال الحق فى غير ما شرع له، أو بما يفضى إليه هذا الاستعمال من نتائج مغايرة لتلك التى شرع الحق إلى تحقيقها. وهذا الضابط قد يكون ذاتياً بالنظر إلى نية صاحبه عند تعمده استعمال هذا الحق فى غير ما شرع له. وقد يكونه هذا الضابط موضوعياً، حيث يتم النظر إلى النتائج التى رتبها هذا الاستعمال، بصرف النظر عن النية، والتى تتضح بالنظر إلى الإخلال بالتوازن الواجب بين المصالح المتعارضة.

تنتفى مصلحته فى استعمال هذا الحق. فإذا كانت النية هى من الأمور النفسية التى يصعب القول بوجودها، إلا أنه يستعاض عنها بعنصر مادى يمكن استخلاصه من الظروف المحيطة بالاستعمال أو الممارسة وهو انتفاء مصلحة صاحب الحق عند استعماله لحقه. بيد أن هذه الاستعاضة لا تعنى أنه يتعين انتفاء المصلحة بصورة كلية حتى يمكن اللجوء إلى فكرة التعسف، وإنما تعنى أن هذه المصلحة تبدو ضئيلة أو تافهة أو ثانوية مقارنة بقصد الإضرار بالغير. وعليه يمكن اللجوء إلى فكرة التعسف حتى فى تلك الأحوال التى يهدف من خلالها صاحب الحق إلى جلب منفعة شخصية، طالما أن هذه المصلحة تُعد عاملاً ثانوياً بجانب قصد الإضرار(١).

فى الحقيقة إن نية الإضرار بالغير تُعد هى الأساس للقول بوجود التعسف فى استعمال الحق فى هذه الحالة، وذلك لأن كل ممارسة ينتج عنها ضرر، إلا أن هذا الضرر يتيح لمن وقع عليه الدفع بالتعسف عندما يثبت أن الممارسة لم تكن إلا بهدف الإضرار به(٢). مع هذا فإن هذا الإثبات ليس بالأمر السهل أو اليسير، لهذا يتم الاستناد إلى فكرة المصلحة فى استعمال الحق من عدمه(٣). هذا ما يبرزه بوضوح الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية فى ١٩٦٨/٢/٢٢، حيث استندت إلى فكرة المصلحة للقول بأن صاحب الحق كان متعسفاً عند ممارسته لحقه(٤).

---

(١) راجع د/ حسن كيره، المدخل إلى القانون، (النظرية العامة للقاعدة القانونية – النظرية العامة للحق)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط٦، ١٩٩٣، فقرة ٣٩٣، صـ٧٧٣ ؛ د/ توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، بدون دار نشر، ١٩٨١، ط٢، فقرة ٤٨١، صـ٨١٢

(2) **RIPERT G.: Abus ou relativité des droits, Rev. crit, lègisl, 1929, p.33 ; FLOUR J. & AUBERT J.-L. : Les obligations, op.cit, no 118, p.113.**

(٣) د/ حسن كيره، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، صـ٧٧٣، حيث يقرر أنه «إذا كان إثبات تمحض قصد الإضرار بالغير أمراً عسيراً، فإن القضاء كثيراً ما يعتمد فى استخلاصه على انعدام المصلحة لدى صاحب الحق فى استعمال حقه، معتبراً هذا الانعدام قرينة على تمحض قصد الإضرار عنده».

(4) **Cass. Civ. D. 1968, p.607, note Ph. MALAURIE.**

كذلك يكون استعمال الحق غير مشروع عندما لا تتناسب المصالح التى يرمى إلى تحقيقها استعمال الحق مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. فعندما تتفاوت المصلحة مع الضرر الذى يلحق بالغير، يتعين ترجيح تفادى الضرر على تحقيق هذه المصلحة(١). فالمعيار الذى يستند إليه للقول بوجود التعسف فى هذه الحالة هو معيار موضوعى قوامه التفاوت بين المصلحة التى تعود على صاحب الحق وبين الضرر الذى يلحق بالغير(٢). ولا خلاف أن هذا التفاوت يتحقق عندما يبلغ الضرر الذى يصيب الغير حداً معيناً من الجسامة، تضحى معه المصلحة التى تعود على صاحب الحق تافهة أو قليلة الأهمية، على نحو يجعل من إقدام صاحب الحق على تحقيقها متعسفاً فى استعماله لحقه. وعليه لا يعد صاحب الحق متعسفاً فى استعماله لحقه عندما تكون المصلحة راجحة على الضرر الذى يقع على الغير، أو عندما تتعادل تلك المصلحة مع هذا الضرر. فلم يعتد المشرع إلا بالأحوال التى يكون فيها الضرر راجحاً بصورة كبيرة على المصلحة التى تعود على صاحب الحق، على نحو يجعل منه متعسفاً فى استعمال الحق إذا أراد تحقيق تلك المصلحة(٣).

---

(1) **GHESTIN J., GOUBEAUX G. & FABRE-MAGNAN M.: Traité de droit civil, op.cit, no 804, p.790, où ils décident que «l'équité joue un rôle dans la comparaison des intérêts en présence. C'est ainsi que lorsque le titulaire du droit n'escompte de son acte aucun autre avantage que la satisfaction de nuire à sa victime, la balance penchera naturellement en faveur de celle-ci».**

(٢) د/ محمد شوقى السيد، التعسف فى استعمال الحق، المرجع السابق، فقرة ١٣٨، ص١٤٤ وما بعدها، حيث يقرر أن معيار التعسف فى استعمال الحق هو غيبة المصلحة مقارنة بالضرر الذى يلحق بالغير. فهذا المعيار يحتم على صاحب الحق استعماله فى ضوء غرضه الاقتصادى والاجتماعى، مع مقارنة هذا الغرض بالمصالح التى يرمى صاحب الحق إلى تحقيقها. الأمر الذى يدعو إلى القول بوجود تعسف فى استعمال الحق عندما تتعارض المصلحة التى يبغيها صاحب الحق مع هذا الغرض الذى يتعين أن يمارس الحق فى هداه.

(٣) فى هذا المعنى، راجع د/ حسن كيره، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، فقرة ٣٩٤، صـ٧٧٤، حيث يقرر سيادته أن معيار الحكم على عدم التناسب بين=

وهكذا يتضح أن الفارق الأساسى الذى يميز بين هذه الحالة والحالة السابقة هو نية الإضرار فى الأولى ونية تحقيق مصلحة مشروعة فى الثانية ولكنها مصلحة تافهة أو قليلة الأهمية. فبينما يرمى صاحب الحق فى الحالة السابقة من ممارسته له إلى الإضرار بالغير، فإنه يهدف هنا إلى تحقيق مصلحته الشخصية، ولكنها مصلحة لا تتعادل مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

وأخيراً يمكن القول بوجود التعسف فى استعمال الحق عند قيام صاحب الحق بتحقيق مصلحة غير مشروعة، إذ لم تتقرر الحقوق إلا لتحقيق المصالح المشروعة لأصحابها. أما أن ينحرف صاحب الحق به من أجل تحقيق مصلحة غير مشروعة، فإنه يكون متعسفاً فى استعماله لهذا الحق[1].

= المصلحة والضرر هو معيار موضوعى لا شخصى، « قوامه التفاوت الشاسع بين الضرر اللاحق بالغير والمنفعة العائدة على صاحب الحق. وهو أمر تقدره المحاكم حسب الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة. والواقع أنه كثيراً – وإن لم يكن دائما – ما يكون فى وجود مثل هذا التفاوت الجسيم قرينة على قصد الإضرار بالغير دون أن يتمحض القصد من استعمال الحق لذلك. على العكس من ذلك، راجع د/ محمد شوقى السيد، التعسف فى استعمال الحق، المرجع السابق، فقرة ٢٨٩، ص ٢٨٨، حيث يقرر أنه بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامى، كمصدر رسمى وتفسيرى لقواعد التعسف، يمكن القول بأنه «لا يلزم درجة معينة لاختلال التوازن بين المصلحة والضرر، وأنه يكفى أن يصل إلى درجة ترجيح الضرر على المصلحة، ورجحان الضرر هنا، مرتبة تعلو تساوى المصلحة مع الضرر (...). وعلى ذلك فإنه ليس بلازم أن يكون عدم التناسب على درجة معينة، ويؤيد ذلك ويسانده ما اشترطه المشرع صراحة فى مضار الجوار، إذ اشترط أن يكون الضرر فاحشاً. وأبان عن الحكمة من ذلك فى هذا المجال».

(١) قارب من هذا، حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى الطعن رقم ٢٨٤٥ لسنة ٥٩ ق، بتاريخ ٢٣ نوفمبر ١٩٩٥م (س٤٦، ج٢، ص١٢١٩)، حيث قضت المحكمة بأنه «لما كان الأصل حسبما تقضى المادة ٤ من القانون المدنى أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر، باعتبار أن مناط المسئولية عن تعويض الضرر هو وقوع الخطأ، وأنه لا خطأ فى استعمال صاحب الحق لحقه فى جلب المنفعة المشروعة التى يتيحها له هذا الحق، وكان خروج هذا الاستعمال عن دائرة المشروعية إنما هو استثناء من ذلك الأصل، وحددت المادة الخامسة من ذلك القانون حالاته على سبيل الحصر. وكان يبين من استقراء تلك=

من الواضح أن الذى يميز بين هذه الصورة والصورة الأولى هو المعيار الذى يركن إليه للتعرف على وجود تعسف من صاحب الحق أم لا. فبينما يستند إلى معيار شخصى للتعرف على قصد الإضرار بالغير فى الصورة الأولى، يرتكن إلى معيار موضوعى فى الصورة الماثلة. ولا جدال أنه يسهل إعمال المعيار الموضوعى للقول بوجود التعسف فى استعمال الحق مقارنة بالمعايير الشخصية، حيث «يمد القاضى بصره إلى مآل الفعل ونتائجه، فإذا لم يجد مصلحة ما أو وجدها وكانت غير مشروعة أو تافهة، سهل عليه القول بالتعسف. وفضلاً عن سهولة المعيار من ناحية التطبيق، فإنه يتميز بالمرونة، إذ يستطيع القاضى إزاء تقديره لوقائع الدعوى وملابساتها وتقدير نتائج العمل، أن يحدد مشروعية استعمال الحقوق، فيجعل منها قيوداً لمشروعية استعمالها ودستوراً لاستعمال الحقوق والحد من إطلاقها[1]». فمعيار المصلحة المشروعة يبدو كوسيلة أو أداة يتم من خلالها تحديد الحقوق، أو بمعنى أدق أن هذه المصلحة تعد بمثابة صمام الأمان للأفراد، إذ يتم من خلالها الحكم على تعسف أصحاب الحقوق من عدمه[2].

=الصور أنه يجمع بينها ضابط مشترك هو نية الإضرار سواء على نحو إيجابى بتعمد السير إلى مضارة الغير دون نفع يجنيه صاحب الحق من ذلك، أو على نحو سلبى بالاستهانة المقصودة بما يصيب الغير من ضرر من استعمال صاحب الحق لحقه استعمالاً هو إلى الترف أقرب مما سواه مما يكاد يبلغ قصد الإضرار العمدى، وكان من المقرر أن معيار الموازنة بين المصلحة المبتغاة فى هذه الصورة الأخيرة وبين الضرر الواقع هو معيار مادى قوامه الموازنة المجردة بين النفع والضرر دون نظر إلى الظروف الشخصية للمنتفع أو المضرور يسراً أو عسراً، إذ لا تنبع فكرة إساءة استعمال الحق من دواعى الشفقة وإنما من اعتبارات العدالة القائمة على إقرار التوازن بين الحق والواجب».

(١) د/نبيلة إسماعيل رسلان، د/ مصطفى أحمد أبو عمرو، نظرية الحق، المرجع السابق، ص ٣١٨ ؛ د/ حسن كيره، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، فقرة ٣٩٥، صـ٧٧٧ ؛ د/ توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، فقرة ٤٨١، صـ٨١٣.

(٢) راجع :PIROVANO A =

هذا ما ذهب إليه جاك جوستان، جوبو وفبر مانيون بتقريرهم أن ما يمنحه القانون أو الاتفاق للشخص من حقوق، ليس مطلقاً وإنما يتعين عليه عند ممارسته احترام ما يضعه المشرع من حدود لتلك الممارسة[1].

الفصل الثانى

ضرورة أن يكون التعسف ظاهراً

يلزم، فضلاً عن كون استعمال الحق غير مشروع، أن يكون التعسف ظاهراً أو بيّناً. وهو لا يكون كذلك إلا عندما يكون بسوء نية. فالسماح للضامن أو الآمر بالضمان باللجوء إلى القواعد العامة فى التعسف فى استعمال الحق يؤدى أو يقود إلى إهدار حق المستفيد من ناحية، وإلى ضياع استقلال خطاب الضمان من ناحية أخرى. لهذا لا مجال للقول بوجود التعسف فى مجال خطابات الضمان ما لم يكن هذا التعسف بسوء نية. بعبارة أخرى إن إثبات التعسف فى استعمال الحق فى مجال الضمان لا يكون إلا بالنظر فى عقد الأساس وهذا غير جائز، لهذا لزم أن يكون التعسف ظاهراً أو أن يكون سوء نية المستفيد واضحاً لا يثار الشك حول وجوده أو الادعاء بافتراضه. فاشتراط الطابع الظاهر للتعسف يعد

= (La fonction des droits, réflexions sur le destin des théories de JOSSERAND, D. 1972, chron, 67), où il décide que «la théorie de l'intérêt légitime est un moyen de fixer la limite des droits, une soupape de sécurité qui permet d'assouplir le jeu des relations juridiques».

(1) GHESTIN J., GOUBEAUX G. & FABRE-MAGNAN M.: Traité de droit civil, op.cit, no 765, p.751, où ils décident que les prérogatives accordées à une personne par la loi ou par une convention ne le sont pas de façon absolue. Il y a une mesure à respecter dans leur exercice. Dire qu'un propriétaire a le droit de construire sur son propre terrain ne signifie pas nécessairement qu'il peut construire n'importe quoi n'importe comment.

فى حد ذاته تأكيداً على استقلال الخطاب عن العقد الأساسى، إذ لا يعطى للآمر الحق فى اللجوء إلى وسائل الإثبات المعتادة لإثبات التعسف فى استعمال الحق من خلال البحث فى العقد الأساسى عن توافره(١)، وذلك لأن الأخذ بالمفهوم العام للتعسف يتعارض مع هذا الاستقلال(٢).

إن استقلال الخطابات عن عقد الأساس، تأكيد على وجوب اتصاف التعسف بالوضوح أو البيان. هذا ما أبرزته العديد من الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الفرنسى، باشتراطها وجوب توافر هذه الصفة حتى يمكن تعطيل آلية الوفاء بالضمان. ولعل أبرز هذه الأحكام، ذلك الصادر عن محكمة النقض الفرنسية فى ١٩٨٧/٦/٢٠، حيث استخدمت المحكمة بوضوح عبارة الطابع التعسفى البين للطلب Le caractère manifestement abusive de l'appel(٣).

فى الحقيقة يكون التعسف ظاهراً أو بيّناً عندما يتصرف صاحب الحق بسوء نية، أى عندما لا يحتاج إثبات التعسف إجراء تحقيق أو فحص مستندات أو اتخاذ أى إجراء للتأكد من تعسف المستفيد. ومن الأمثلة الواضحة على هذا البيان أو الوضوح فى مجال خطابات الضمان الملاحية هو قيام المستفيد بوضع مستندات الشحن التى تثبت قيامه بشحن البضاعة المضمونة أو ما يثبت وصولها إلى ميناء الوصول تحت يد البنك، أو عندما

---

(١) هذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ١٩٩١/٢/١٩، حيث أوضحت المحكمة أن:

Les seuls griefs tirés des conditions d'exécution du contrat de base, à les supposer établis, ne sont pas susceptibles d'apporter la preuve d'un abus manifeste dans l'appel de la garantie (D. 1991, p.199, obs, M. Vasseur). Voir aussi l'arrêt rendu en 21 mai 1985, Gaz. Pas, 1985, p.770, note, S.piedelievre.

(٢) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٢٤٥، ص ٢٣٤؛ أ/بسام عاطف المهتار، ومايا سليت مشرفية، الضمانة غب الطلب، المرجع السابق، ص ١٠٩.

(٣) JCP، ١٩٨٧، الجزء الثانى، ٢٠٧٦٤٠، ١٤٨٢٢، تعليق J.STOUFFLET.

يقدم إلى هذا الأخير حكماً نهائياً يثبت تنفيذه لجميع التزاماته. ولقد لخص الأستاذ VASSEUR هذا بتقريره:

"le caractère manifeste suppose que la preuve de l'abus n'a pas à être rapportée, il doit crever les yeux"(1).

من الواضح أن قيام المستفيد من خطاب الضمان بتقديم المستندات الدالة على تنفيذ الالتزامات المتولدة عن عقد الأساس، والتى صدر الخطاب لضمانها، لدليل بين على سوء نيته عندما يطلب بعد ذلك قيمة الضمان. كذلك اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن سوء النية يعد واضحاً ولا يحتاج إلى إثبات عندما تستند المطالبة بالضمان لالتزام آخر غير تلك المنصوص عليها فى خطاب الضمان(2). كما اعتبر «من قبيل التعسف البيِّن فرض شروط جديدة وبصورة أحادية الجانب، مغايرة لتلك المنصوص عليها فى عقد استدراج العروض. إذن، يكون هناك تعسف بيِّن عندما يكون طلب المستفيد استيفاء الضمانة دون وجه حق، أى خلافاً للغاية التى وضعت من أجلها هذه الضمانة، مستغلاً استقلالية الضمانة غب الطلب للحصول على منفعة غير مشروعة(3)».

---

(1) VASSEUR M.: garantie indépendante, op. cit., no 120.
راجع كذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٩ فبراير ١٩٩١، حيث قررت المحكمة أن:

Le caractère manifeste laisse à croire que tout dans l'attitude du bénéficiaire montre sa mauvaise foi (c'est à dire la conscience qu'à celui du préjudice qu'il cause au garant en exigeant le paiement, en d'autre terme le bénéficiaire agit en toute conscience de son absence du droit) ou qu'il n'est pas en droit d'agir comme il le fait.

(2) Cas. Com. 19 avr. 2000, RJDA, 2000, no 803; RD bancaire et financier, 2000, p. 231, obs. MATTOUT.

(٣) أ/بسام عاطف المهتار & مايا سليت مشرفية، الضمانة غب الطلب، المرجع السابق، ص ١١٦.

خلاصة القول إذن أن التعسف فى استعمال الحق لابد أن يكون بيِّناً وواضحاً، حتى يمكن اللجوء إلى هذه الفكرة لتعطيل آلية الوفاء التلقائى، نظراً لتناقض هذا التعطيل مع مبدأ استقلالية خطابات الضمان. فهذا الاستقلال يضفى على فكرة التعسف فى استعمال الحق شيئاً من الخصوصية أو الذاتية، على نحو يوجب عدم الاستناد إلى الوسائل العادية لإثبات هذا التعسف، وذلك لأن السماح للضامن أو الآمر بالارتكان إلى هذه الوسائل يؤدى إلى إهدار استقلال خطاب الضمان المصرفى أياً كان نوعه. لهذا اشترط الفقه أن يكون سوء نية المستفيد ظاهراً أو واضحاً، أى «لا يكفى أن يكون راجحاً، لأن سوء النية لا يفترض(١)».

الفرع الثانى

شروط الغش المعطل للضمان

من المتفق عليه، فقهاً وقضاءً، أنه يلزم للدفع بالغش كآلية لتعطيل الوفاء بالضمان، أن يكون الغش واضحاً أو بيِّناً، وهو لا يكون كذلك إلا بتوافر نية الغش لدى المستفيد (الغصن الأول)، كذلك يشترط أن يكون الغش صادراً من المستفيد شخصياً (الغصن الثانى).

الغصن الأول

ضرورة أن يكون الغش واضحاً او بيِّناً

يلزم لإمكان اللجوء إلى الدفع بالغش أن يكون هذا الغش ظاهراً وواضحاً. لهذا فإن السؤال الذى يطرح نفسه على مائدة البحث يتعلق بالوقت الذى يمكن فيه القول بأن الغش الصادر من المستفيد أو من غيره ظاهراً، أو بعبارة أخرى ما الحالات التى يتوافر فيها الطابع البيِّن أو الظاهر للغش؟

بادئ ذى بدء يتعين القول بأن صفة الوضوح أو البيان فى الغش المانع من الوفاء بقيمة الخطاب هى التى تميزه عن الغش بصفة عامة. فهذه

---

(١) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٢٤٥، ص ٢٣٤.

الصفة هى التى تسمح بالدفع به فى مجال خطابات الضمان، لاسيما مع استقرار مبدأ استقلال الضمانات، والذى يبدو فى ظاهره وبصفة عامة وسيلة تحول دون التمسك بأى دفع من شأنه تعطيل الوفاء بقيمة الخطاب(١). ولذلك ذهب البعض من الفقهاء إلى اشتراط أن يكون الغش ظاهراً بدليل لا يقبل المناقشة(٢)، حيث أن هذه السمة هى التى تقود إلى اعتبار الحكم معيباً عندما يقرر أن «طلب المستفيد مشوب بالغش وقضى فى الوقت نفسه بإجراء تحقيق للتثبت منه(٣)».

وبالعودة إلى التساؤل السابق يمكن القول بأن الغش يبدو واضحاً وبيِّناً عندما ينعدم كل حق للمستفيد فيما يطالب به، أى عندما تتوافر لدى المستفيد نية الغش(٤). وعلى هذا الأساس ذهب القضاء الفرنسى، إذ لم يكتف بما نادى به الفقه من مبادئ وبما استقر من أسس، أهمها مبدأ الغش يفسد كل شىء. بل على العكس اشترط أن يكون لدى المستفيد نية الغش، والذى يبرهن عليها استعماله لوسائل احتيالية بهدف الوصول إلى تحقيق مالا يستحقه. فلا يمكن اللجوء إلى الدفع بالغش، خاصة مع استقلال خطاب الضمان، إلا بتوافر هذه النية. فإذا انتفت، لم يعد هناك

---

(١) د/ رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك ذات الطابع الدولى، المرجع السابق، صـ٤٧.

(٢) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٢٤٥، ص ٢٣٤ ؛ د/ سميحة القليوبى، المنظمات الدولية، المرجع السابق، فقرة٨٠، صـ١٠٤.

(٣) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٢٤٥، ص ٢٣٤.

(٤) د/ رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك، المرجع السابق، صـ٤٩، حيث يشير سيادته إلى حكم محكمة استئناف باريس الصادر فى ١٢ يونيه ١٩٨٥، والذى قضى بأحقية الشركة الفرنسية S.A.E فى الطلب المقدم بمنع البنك الإيرانى والبنك الفرنسى من دفع قيمة الضمان الأصلى والضمان المقابل، استناداً إلى وجود غش ظاهر من جانب الشركة الإيرانية المستفيدة من الضمان، فضلاً عن وجود تواطؤ بينها وبين البنك الإيرانى كضامن أصلى.

غش. فهذا الشرط هو العنصر الأساسى والركن الجوهرى للدفع بالغش أو الاستناد إليه.

ولا شك أنه يمكن التدليل على توافر هذه النية بتلك الحيل التى يرتكبها المستفيد للوصول إلى ما يخالف الحقيقة. فنية الغش تعد هى الدافع الذى حث مرتكبه على استعمال تلك الحيل للوصول إلى نتيجة مخالفة للحق. كذلك تتوافر هذه النية عندما يكون الهدف من الوسيلة المستعملة هى التهرب من التزام مفروض. بل إن البعض يزيد على ذلك الحالات التى تتجه فيها إرادة مرتكب الغش إلى إحداث ضرر للغير(١)، وهو الأمر الذى يتحقق عندما يتوافر العلم لدى المستفيد بأن فعله سيؤدى إلى إحداث ضرر بمدينه، وذلك لأن مجرد العلم بالضرر يفترض قبوله، على نحو يقود إلى توافر نية الإضرار بالغير. فهذا الاتجاه يستعيض عن النية بمجرد العلم بإحداث الضرر(٢). فنظراً لأن النية هى من الأمور الداخلية التى يصعب الوصول إليها أو التحقق من وجودها، بل إنها كذلك تستدعى دراسة كل حالة على حدة. حتى يمكن القول بتوافرها من عدمه، فقد استعاض هذا الاتجاه بالعلم بإحداث الضرر، استناداً إلى أن العلم يفترض ضمناً

---

(١) أ/بسام عاطف المهتار & مايا سليت مشرفية، الضمانة غب الطلب، المرجع السابق، ص ٩١. راجع أيضا

GHESTIN J., GOUBEAUX G. & FABRE-MAGNAN M.: Traité de droit civil, op.cit, no 819, p.809, où ils décident que «reste à savoir à quelles conditions l'intention frauduleuse sera considérée comme établie. La jurisprudence relève parfois que le seule but de l'agent a été d'éluder la loi. En d'autres occasions, est relevée l'intention de nuire à autrui».

(2) GHESTIN J., GOUBEAUX G. & FABRE-MAGNAN M.: Traité de droit civil, op.cit, no 819, p.809, où ils décident que «la difficulté majeure est de déterminer si la seule connaissance du prejudice que l'acte causera à des tiers est suffisante pour établir l'intention frauduleuse».

القبول، وبالتالى السماح بتقرير وجود نية إلحاق الضرر بالمتعاقد الآخر. هذا ما أبرزته العديد من الأحكام القضائية، نذكر منها على سبيل المثال، الحكم الصادر فى ١٩٨٣/١١/٤، والحكم الصادر فى ١٩٨٥/٥/٢٩، حيث تم التأكيد على أن:

Le débiteur, ayant connaissance de préjudice est censé l'avoir accepter et donc avoir eu l'intention de nuire. La connaissance du préjudice implique une intention de nuire noyée au milieu d'autres pensées(1).

بل إن محكمة النقض الفرنسية قد اعتبرت أن التنفيذ الكامل من جانب الآمر لالتزاماته، والمؤيد بمستندات صادرة عن المستفيد نفسه أو عن أشخاص مكلفين من قبله بتوقيع المستندات، دليل لا يقبل المناقشة على توافر قصد الغش، ومن ثم على توافر الغش الظاهر أو البيِّن(٢).

فى الحقيقية إن إعمال هذا الدفع فى مجال خطابات الضمان الملاحية لا يثير أى صعوبة، لاسيما إذا أخذنا فى الاعتبار الأحوال الذى يصدر فيها هذا النوع من الخطابات. فمن السهل إثبات أو القول بوجود نية الغش، عندما لا يتبادر إلى الذهن أى شك بانعدام كل حق للمستفيد فى المطالبة بقيمة الضمان، خاصة عندما تؤكد هذا الشعور الوقائع المادية المتعلقة بهذا الخطاب، كأن يتأكد وصول مستندات الشحن واستلام البضاعة باسم الآمر، أو أن يقوم صاحب الحق فى استلام البضاعة باستلامها دون منازعة أو إخطار باستلام للبضاعة ناقصة أو تالفة(٣). ففى هذه الأحوال يبدو الغش واضحاً وظاهراً، حيث لا يحتاج إثباته إلى إجراء

---

(1) Bull. Civ, 1983, I. no 254 ; Bull. Civ. I. no 163.

(2) Cass, con. 10/06/1986, D. 1987, p. 17 note M.VASSEUR ; RTD. Com,1987, p. 234, M. CABRILLAC et B. TEYSSIE.

(٣) راجع المادة ٢٣٩ من قانون التجارة البحرية المصرى رقم ٨ لسنة ١٩٩٠م، حيث تلزم صاحب الحق فى استلام البضاعة بإخطار الناقل بوجود الهلاك أو التلف كتابة فى ميعاد محدد، وإلا افترض أنه قد تسلم البضاعة كما هى مبينة بسند الشحن.

تحقيق أو عمل معاينة. أما عندما يتطلب الادعاء بوجود الغش إجراء تحقيق أو فحص مستندات، فإنه لا يمكن الاستناد إلى هذا الدفع لمنع الضامن من الوفاء بقيمة الخطاب، فلا يقبل «من الآمر الذى يخطر البنك بمنعه من الوفاء، أو الذى يلجأ إلى قاضى الأمور الوقتية، أن يطلب إجراء تحقيق، أو سماع شهود، أو فحص مستندات، أو اتخاذ أى إجراء آخر للتأكد من غش المستفيد، بل يجب أن يقدم إليه الدليل جاهزاً قاطعاً على غش المستفيد(١)».

الفصل الثانى

صدور الغش عن المستفيد شخصياً

بالنظر إلى الطابع الاستثنائى للغش فى مجال خطابات الضمان، يشترط لإعمال هذا الدفع أن يصدر الغش عن المستفيد شخصياً. فلكى ينتج الغش أثره لابد أن يكون صادراً عن المستفيد. مع هذا فإن المنطق يقتضى التسوية بين الغش الصادر من المستفيد والغش الصادر من أحد تابعيه، خاصة فى مجال خطابات الضمان الملاحية. فإذا كان الخطاب يصدر لمصلحة الناقل، فإن المطالبة تتم فى الغالب من قبل التابعين، لهذا يتعين المساواة بين الغش الصادر من الناقل، وذلك الصادر عن أحد تابعيه، لاسيما عندما يكون الناقل على علم بالغش الصادر عن تابعيه أو كان من المفروض عليه حتماً أن يعلم بهذا الغش.

يضاف إلى ذلك أن اقتضاء هذا الشرط هو محل خلاف بين الفقهاء وفى مجال خطابات الضمان المصرفية بصفة خاصة. فإذا كان البعض يشترط للتمسك بهذه الوسيلة أو بمثل هذا الدفع أن يكون الغش صادراً من المستفيد على الآمر أو الضامن(٢)، فإن البعض الآخر يساوى بين الغش الصادر من المستفيد أو الضامن والغش الصادر من أجنبى عندما

---

(١) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٢٤٥، ص ٢٣٥.

(٢) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٢٤٥، ص ٢٣٥.

يعلم المستفيد أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الغش(١). فوفقاً لهذا الرأى الأخير يتعين على البنك، لإمكان الدفع بالغش فى مواجهة غير المستفيد، رفض الوفاء أو الانتظار حتى حصول العميل الآمر على أمر قضائى يمنعه من تنفيذ المطالبة. بعبارة أخرى إذا كان البعض يشترط أن يكون الغش المانع من الوفاء صادراً من المستفيد، فإن الاتجاه الذى يسمح بالمساواة بين الغش الصادر من جانب المستفيد والغش الصادر من الغير يشترط فى هذه الحالة عدم تمييز البنك بين الغير حسن النية والغير سيئ النية، والتوقف عن الدفع فى الحالتين. فلا يمكن إعطاء البنك الحرية فى التمييز بين الغير حسن النية والغير سيئ النية، والمساواة بين الغير حسن النية والمستفيد، أو بمعنى آخر اعتبار الغير حسن النية (مقدم المطالبة) وكأنه حامل قانونى للخطاب يتعين على البنك إجابته لطلبه والوفاء بقيمة الخطاب. وذلك على عكس الغير سيئ النية، إذ يستطيع البنك رفض الطلب المقدم من جانبه أو الانتظار حتى يحصل العميل على أمر قضائى بمنع البنك من الوفاء بقيمة الخطاب. ولعل السبب فى عدم السماح للبنك بإجراء هذا التمييز أو عمل مثل هذه التفرقة هى صعوبة قيام البنك بهذا العمل أو تلك المهمة. فإجراء مثل هذا التمييز سيطرح بدون شك صعوبات بالغة ومشاكل جمة، لاعتماد ذلك على عوامل داخلية هى المقاصد والنوايا لدى مقدمى طلبات الوفاء، تلك التى تتنافى مع جوهر الغش كواقعة مادية تحول بين مقدم الطلب والحصول على قيمته، دون نظر إلى مقاصده ونواياه، أو كونه المستفيد أم لا. فالتفرقة بين المقدم حسن النية وبين سيئ النية تطرح «إشكالاً كبيراً وهو كيف يمكن للبنك أن يفحص المقاصد والنوايا لمقدمى الطلبات بالوفاء، لأن الغش واقعة مادية توجب عدم أحقية المستفيد فى الوفاء، وانعدام كل حق له فى هذه المطالبة أياً كان سببه. فالعبرة هى بالواقع بصرف النظر عن صدوره من المستفيد

---

(١) د/ خليل فيكتور تادرس، مبدأ الاستقلال فى خطاب الضمان الدولى وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٩٥، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٤٩٩.

شخصياً أم من الغير، وهذا مراعاة للظروف الراهنة فى مجال التجارة الدولية[1]».

خلاصة القول إذن أن واقع خطابات الضمان بصفة عامة، والملاحية منها بصفة خاصة يحتم المساواة بين الغش الصادر من المستفيد وذلك الحاصل من الغير، لأن الغش ليس سوى واقعة مادية تعتمد على القيام بسبل أو طرق احتيالية، تسمح بالدفع به للحيلولة بين المستفيد وغيره من حاملى الخطابات والحصول على قيمتها[2]. فالعبرة إذن هى بالغش كواقعة مادية، دون النظر إلى كون الطرق والحيل التى تم استعمالها قد صدرت عن المستفيد أو غيره، طالما أنها مرتبطة بخطاب الضمان أو بمعنى أدق بالحصول على قيمته أو مقداره. ولعل الدليل الواضح على تلك المساواة هو تراجع استقلال خطابات الضمان أمام حالات الغش الظاهر أو البيِّن[3]. فإذا كان هذا التراجع يسمح بالتمسك بالغش الواضح أو الظاهر، فإن المنطق يقتضى أيضاً المساواة بين كون هذا الغش الظاهر صادر عن المستفيد أو غيره. فهذا الغش الظاهر المنطوى على طرق احتيالية يسمح بالتمسك به، بصرف النظر عن كون تلك الطرق قد صدرت عن المستفيد أو غيره، خاصة وأنها تقود إلى نتيجة واحدة وهى عدم السماح بالتوارى خلف استقلال خطاب الضمان أو كون تلك الطرق لم تصدر عن المستفيد

---

(١) أ/ سميرة أبو نسيم، خطابات الضمان، دراسة مقارنة بين الأنظمة القانونية فى مصر والمغرب وفرنسا، رسالة ماجستير، حقوق طنطا، ٢٠٠٩، ص١٥٨.

(٢) د/ سميحة القليوبى، المنظمات الدولية، المرجع السابق، فقرة٧٩، صـ١٠١، حيث تقرر أن الفقه الفرنسى يؤيد «إمكان التجاء الأصيل إلى القضاء للحصول على أمر وقتى بتجميد السداد، حتى ولو صدر الغش من غير المستفيد، كالناقل الذى يقدم مستندات مزورة. والعبرة بمدى التأكد من الغش دون أدنى شك فى حدوثه».

(3) **GHESTIN J., GOUBEAUX G. & FABRE-MAGNAN M.: Traité de droit civil, op.cit, no 833, p.823, où ils décident que «la discussion sur le principe permettant de mettre en échec l'autonomie de la garantie à première demande et d'autoriser le garant à faire valoir les exceptions tirées du contrat de base».**

شخصياً. هذا ما نلحظه بوضوح من حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٩٨٦/٦/١٠، حيث قضت بأنه «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 إدارة الحسابات، وأن الشركة المستفيدة طلبت من الشركة الآمرة أعمالاً إضافية صدرت عنها فواتير لم تدفع من جانب المستفيدة، ولم تنازع فيها الشركة المستفيدة، فإن ذلك يعنى – فى نظر المحكمة – أن طلب الوفاء بخطاب الضمان عملاً منطوياً على غش (طرق احتيالية)(١)».

المبحث الثانى

أثر الغش أو التعسف فى طلب الضمان

كما سبق أن قررنا يتعين للتمسك بالغش أو التعسف فى استعمال الحق أن يكون هذا الغش أو ذلك التعسف واضحاً أو بيِّناً، ولا شك أن هذا الوضوح أو البيان يرتب أثراً مهماً وهو تعطيل الوفاء بقيمة الضمان. فعندما يبدو للضامن أن هناك غش واضح أو ظاهر أو أن هناك تعسف واضح فى استعمال الحق الذى يخوله خطاب الضمان، فإنه يتعين عليه تجميد الوفاء بقيمة الضمان، وذلك على الرغم من استقلالية الخطاب عن أى علاقة قانونية أخرى. بمعنى أن تعطيل الوفاء بقيمة الضمان يؤدى أو يقود فى ذات الوقت إلى الخروج أو تعطيل هذا الاستقلال. مع هذا وعلى الرغم من وضوح الغش أو التعسف قد يتصرف الضامن فى قيمة الضمان معتمداً على ما يتمتع به الخطاب من استقلالية، لاسيما فى العلاقة التى تربط بين الضامن والمستفيد. وفى هذه الحالة يثار التساؤل عن أثر الغش أو

---

(1) Cass. Com 10 juin 1986, D. 1987, p. 17 note M. VASSEUR; Rev. dr. banc, 1987, P. 19, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD.

التعسف على هذا الوفاء، بمعنى ما هو الأثر الذى يحدثه تمسك الآمر بهذا الغش أو التعسف عند قيام الضامن بالوفاء بقيمة الضمان على الرغم من وضوح أو ظهور الغش فى المطالبة المقدمة إليه. فى الحقيقة إذا كان الغش يفسد كل شيء، فإنه يسمح لنا بالقول بأحقية الآمر فى استرداد قيمة الضمان والمطالبة بالتعويض اعتماداً على سوء النية الذى توافر لدى المستفيد عند تقديمه لطلب الضمان. فهذه المطالبة التى تنطوى على نية الغش أو سوء النية، تسمح للآمر فى المطالبة باسترداد قيمة الضمان مع تعويض الأضرار التى لحقت بالآمر من جراء قبض المستفيد لهذه القيمة.

فقيام الناقل أو وكيله بالمطالبة بقيمة الضمان، على الرغم من قيام مستلم البضاعة بتقديم مستندات الشحن أو عدم مطالبة مستلم البضاعة بأى تعويض نتيجة لتطابق البضاعة المستلمة مع تلك الواردة بسند الشحن النظيف، يعطى البنك الضامن الحق فى تجميد قيمة الضمان، هذا فضلاً عن حق الشاحن أو مستلم البضاعة فى المطالبة باسترداد قيمة الضمان والتعويض عند قيام البنك الضامن بالوفاء للمستفيد دون التفات إلى ما ارتكبه من غش واضح أو تعسف ظاهر.

وهكذا يتضح أن أثر الغش أو التعسف فى طلب الضمان يتمثل فى أثرين، أولهما هو تجميد قيمة الضمان (المطلب الأول)، وثانيهما إعطاء الحق للآمر فى استرداد قيمة الضمان والتعويض عند قيام البنك بالوفاء رغم وضوح الغش أو ظهور التعسف (المطلب الثانى).

المطلب الأول

تجميد قيمة الضمان

إن الأثر المباشر الذى يرتبه الغش الواضح أو التعسف البيِّن فى استعمال الحق هو تجميد الوفاء بقيمة الضمان. فعلى البنك الضامن أن يمتنع عن الوفاء أو الاستجابة لطلب المستفيد فى المطالبة بقيمة الضمان. بيد أن هذا الامتناع أو القيام بالتجميد يقتضى أن يقوم الآمر بالحصول على أمر من قاضى الأمور المستعجلة بتجميد مبلغ الضمان. فالقيام بالتجميد لا يترتب إذن بقوة القانون، كما أنه لا يعطله وجود بند فى عقد الضمان

ينص على تنفيذ الضمان حتى ولو صدر منع قضائى. بعبارة أخرى إن ترتيب الغش أو التعسف لأثره فى تجميد قيمة الضمان لا يكون تلقائياً، أى لا يفرض على البنك الضامن التزاماً قانونياً بمنع الوفاء، وإنما يتعين الحصول على أمر قضائى بمنع الوفاء بتلك القيمة. ولا يخفى على البال أن حصول الآمر على هذا المنع القضائى يفرض على البنك الضامن القيام بإخطار العميل الآمر بمطالبة المستفيد، هذا فضلاً عن ضرورة تريث البنك فترة من الوقت للوفاء بقيمة الضمان، إذ ستنعدم أى فائدة عملية للمنع القضائى عند قيام البنك الضامن بالوفاء الفورى بالضمان دون إعطاء الآمر الفرصة كاملة للحصول على هذا المنع[1]. صحيح أن هذا التريث يتنافى مع مبدأ الوفاء الفورى الذى تكرسه كافة التشريعات الوضعية والاتفاقيات الدولية، لاسيما تلك الصادرة عن الأمم المتحدة لسنة

---

(١) مع هذا فإن القول بضرورة قيام البنك بإخطار العميل بطلب المستفيد تسييل الخطاب لا يكون فى جميع الأحوال. فالالتزام بالإخطار لا يكون إلا عندما يبدو للبنك أن طلب المستفيد ينطوى على غش بيِّن أو تعسف ظاهر. ومن ثم فإن هذا الافتراض ينأى بنا عن الاختلاف الفقهى الذى ثار بين فقهاء القانون التجارى والمتعلق بمدى التزام البنك بإخطار العميل بصرف قيمة الخطاب. فإذا كان الفقه الغالب يعفى البنك من هذا الالتزام، فإن الإخطار يتعلق هنا بحالة خاصة وهى وجود تعسف ظاهر أو غش بيِّن فرع طلب الوفاء من قبل المستفيد. فالوفاء الفورى بقيمة الخطاب قد يقود، فى هذه الحالة، إلى خطأ البنك، ومن ثم قيام مسئوليته فى مواجهة العميل. فإذا كان البنك غير ملتزم، فى معظم الأحوال، بإخطار العميل بطلب المستفيد تسييل الخطاب أو قيامه بالفعل بسداد قيمة الخطاب له، فإن الأمر لا يكون هكذا فى حالة التعسف الظاهر أو الغش البيِّن، إذ يتعين النظر إلى الأمر بصورة مختلفة، لاسيما إذا كان الإخطار سيمكن العميل من الحيلولة بين المستفيد والحصول على غير المستحق. (لمزيد من التفصيل حول اختلاف الفقهاء وحول التزام البنك بإخطار العميل بصرف قيمة الخطاب، راجع د/ رضا عبيد، القانون التجارى، المرجع السابق، فقرة ٦٩١، ص ٦٤٨ وما بعدها). ولعل نص المادة ١٩ من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥ تذهب فى هذا الاتجاه المناصر لتعطيل الوفاء بالضمان، خاصة وأنها قد ذكرت ضمن الاستثناءات التى تبرر الامتناع عن السداد، حالة وجود مستند مزور، أو تيقن عدم حدوث الخطر الذى صدر التعهد لمواجهته.

١٩٩٥م[١] إلا أنه لا مفر من إعطاء الآمر الوقت الكافى للحصول على هذا الإذن أو رفضه. وهكذا يتضح أن إعمال هذا الأثر يقتضى إذن الحصول على أمر من قاضى الأمور المستعجلة بمنع الوفاء (الفرع الأول)، هذا فضلاً عن ضرورة إفساح البنك الضامن الفرصة أمام الآمر للحصول على هذا الأمر قبل الوفاء بقيمة الضمان، وهو ما يمكن التعبير عنه بالتريث فى الوفاء بقيمة الضمان، حتى لا يتجرد الأمر القضائى بالتجميد من أى قيمة قانونية (الفرع الثانى).

الفرع الأول

الحصول على أمر قضائى بتجميد الوفاء

مما لا شك فيه أنه يتعين على الآمر الحصول على أمر قضائى بتجميد قيمة الضمان، وهو الأمر الذى يتحقق بطلب يقدمه إلى قاضى الأمور المستعجلة يلتمس فيه تجميد تلك القيمة تحت يد البنك الضامن. فالتجميد لا يتم، كما سبق القول، بصورة تلقائية من جانب الضامن، وإنما بإجراء يتخذه الآمر يحصل من خلاله على أمر من قاضى الأمور المستعجلة بمنع الوفاء للمستفيد[٢]. فعندما يتضح للقاضى أن الشروط التى

---

(١) راجع المادة ١٧ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن خطابات الضمان المستقلة لسنة ١٩٩٥، حيث تقرر أن:

1- Sous réserve des dispositions de l'article 19, le garant/émetteur effectue le paiement en cas de demande conforme aux dispositions de l'article 15. Après qu'il a été déterminé que la demande de paiement est conforme auxdites dispositions, le paiement est effectué promptement, à moins que l'engagement ne prévoie un paiement différé, auquel cas le paiement est effectué à la date stipulée. 2- tout paiement comme suite à une demande qui n'est pas conforme aux dispositions de l'article 15 est sans préjudice des droits du donneur d'ordre.

(٢) هذا ما قررته أيضا المادة ٢٠ من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥، بإجازتها للعميل الآمر حق اتخاذ التدابير القضائية المؤقتة التى تحول بين المستفيد وبين الحصول على قيمة الضمان. فقراءة هذه المادة تبين بوضوح أن الحق الذى قررته الاتفاقية مقرر=

استلزمها المشرع متوافرة فى الغش أو التعسف، فإنه يأمر بتجميد مبلغ الضمان لحين صدور حكم فى موضوع النزاع[1]. فهذا الأمر أو المنع يُعد إجراءاً وقتياً يهدف إلى تعطيل حصول المستفيد على قيمة الضمان بصورة غير قانونية، حتى يتمكن الآمر من استصدار حكم فى موضوع النزاع. ولهذا يثار التساؤل عن القضاء المختص باستصدار هذا المنع أو الأمر بالتجميد، هل هو قضاء دولة المستفيد أم الآمر أم الضامن.

لا جدال أن الهدف الذى يربو الآمر إلى تحقيقه يحتم إسناد هذا المنع أو التجميد إلى قضاء بلد الضامن. فهذا القضاء سيكون أجدر من غيره

=لمصلحة العميل الآمر فقط. هذا ما تبرزه بوضوح الفقرة الأولى من المادة ٢٠ بنصها على أنه«إذا ورد فى التماس من الطالب أو الطرف الآمر ما يدل على قيام احتمال قوى بوجود ظرف من الظروف المشار إليها فى الفقرات الفرعية أ أو ب أو ج من الفقرة الأولى من المادة ١٩ فيما يتعلق بمطالبة قدمها أو يتوقع أن يقدمها المستفيد، جاز للمحكمة استناداً إلى ما يتاح فوراً من أدلة قوية ....». فمن هذا النص يتضح أن التدبير المؤقت لا يمكن أن يطلبه سوى العميل الآمر من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن المطالبة باتخاذ هذا التدبير تتعلق بواحدة من الحالات التى أشارت إليها المادة ١٩ فى فقراتها الفرعية أ، ب، ج، تلك التى تدور حول تقديم المستفيد لمستند مزور أو جرى تزييفه، أو أن السداد لم يكن مستحقا على الأساس الوارد فى المطالبة، أو أن هذه الأخيرة، بحكم نوع التعهد وغرضه، ليس لها أساس يمكن تصوره. مع هذا يبقى القول بأن المادة ٢٠ لم تشترط تحقق أى من الحالات المشار إليها، وإنما اكتفت فقط بمجرد قيام احتمال قوى لتوافرها. هذا فضلا عن حالة استخدام الضمان فى نشاط إجرامى. كذلك فقد وسعت تلك المادة من مجال الإجراءات الوقتية التى يمكن اتخاذها، وذلك بنصها على أنه يجوز للمحكمة أ- أن تصدر أمراً مؤقتاً بعدم حصول المستفيد على المبلغ المطالب به، مع احتفاظ الضامن أو المصدر بمبلغ التعهد، أو ب- أن تصدر أمراً مؤقتاً بتجميد عائدات التعهد التى دفعت للمستفيد، واضعة فى الاعتبار ما إذا كان من المحتمل أن يعانى الآمر من ضرر جسيم حال عدم إصدار مثل هذا الأمر.

(١) د/ سميحة القليوبى، المنظمات الدولية، المرجع السابق، فقرة٩٠، صـ١٢٤، حيث تقرر سيادتها أن «قرار المحكمة بالتدابير الوقتية سواء بالأمر بعدم صرف قيمة التعهد للمستفيد أو بتجميد العوائد التى تم صرفها له، هى تدابير وإجراءات من طبيعة مؤقتة لا تمثل حكماً نهائياً بمضمونها. ومقتضى ذلك زوال أى أثر لها بصدور حكم موضوعى فى شأن الخلاف بين المستفيد وبين الأصيل أو الآمر أو صدور حكم من هيئة تحكيم فى موضوع النزاع، أو تسوية موضوع النزاع وديا بين الأطراف المعنية».

على تحقيق الفاعلية لما يصدر من أوامر أو قرارات. فلن يستطيع البنك الضامن الوفاء بالمخالفة لقرار صادر عن قضاء دولته. وذلك على العكس تماماً من قضاء دولة الآمر أو دولة المستفيد، إذ لن تكون للقرارات أو الأوامر الصادرة عنها الفعالية اللازمة، لاسيما وأن هذه الأوامر صدرت بصورة مستعجلة دون نظر إلى موضوع أو أساس النزاع. فهذه الأوامر تصدر عندما يتراءى للقضاء الآمر أن الغش أو التعسف المدعى به واضحاً على وجه ثابت. فالمفاضلة بين قضاء دولة العميل الآمر أو دولة المستفيد وبين دولة البنك الضامن ستكون لصالح قضاء هذه الأخيرة لكونه أجدر من غيره على كفالة القرارات أو الأوامر الصادرة وضمان تنفيذها، خاصة وأن العقود التى تبرم لضمانها هى عقود دولية من ناحية، كما أن هذه الخطابات تقتضى فى معظم الأحوال إصدار الضمانات المقابلة من ناحية أخرى. بعبارة أخرى إن طبيعة خطابات الضمان الملاحية تقتضى اختصاص قضاء دولة الضامن بإصدار القرارات أو الأوامر المتعلقة بتجميد قيمة تلك الخطابات لحين صدور حكم فى موضوع النزاع، خاصة إذا أخذنا فى الاعتبار أنه يلازم إصدار هذه الخطابات ضمانات مقابلة تجنب المستفيد عوائق تنفيذ خطابات الضمان فى بلد أجنبى عن ذلك الذى ينتمى إليه هذا الأخير بجنسيته[1].

كذلك فإن استصدار هذه الأوامر يثير أو يطرح تساؤلاً آخر يتعلق بمدى أحقية الآمر فى اللجوء إلى القضاء بطلب يلتمس فيه تجميد مبلغ الضمان عندما يتنازل عن هذا الحق عند إبرام الخطاب. فهل يُعد هذا الحق من تلك التى تتعلق بالنظام العام، أم أن هذا الاتفاق يسلب حق الآمر بصورة كلية فى استعماله أو الادعاء به مرة أخرى؟

---

(1) HOUIN-BRESSAND C. : Les contre-garanties, op.cit, no 68 et s, p.61 et s ; PRUM A. : Les garanties à première demande, essai sur l'autonomie, Litec, 1994, no 274 et s, p.138 et s ; AFFAKI G. : L'unification internationale du droit des garanties indépendantes, thèse, Paris II, 1995, p.244 et s.

فى الحقيقية إن قاعدة اللجوء إلى الغش الظاهر أو التعسف البيِّن تُعد من القواعد التى تتعلق بالنظام العام، وبالتالى لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. فيقع باطلاً كل شرط يسلب الآمر هذا الحق، كأن يتم الاتفاق على عدم أحقية الآمر فى اللجوء إلى أى وسيلة أو إبداء أى دفاع من شأنه تعطيل استقلال الخطاب. فلا جدال أن إعطاء الآمر الحق فى تجميد إيفاء الضمان يُعد فى ذات الوقت تعطيل لاستقلالية خطاب الضمان عن أى علاقة قانونية أخرى، لهذا قد يلجأ الأطراف إلى تجريد الآمر من استعمال أى وسيلة من شأنها المساس بهذه الاستقلالية أو الاعتداء على حقوق المستفيد التى يكفلها خطاب الضمان. بيد أن هذه الاتفاقات تُعد باطلة ولا يعتد بها، لاسيما وأن الوسائل التى يمكن أن تنال من استقلال خطاب الضمان محدودة فى الغش أو التعسف الظاهر أو البيِّن، واللذان يجردان أى اتفاق مخالف من كل أثر أو قيمة قانونية.

هذا ما يبرزه بوضوح حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٠/٦/١٩٩٧م حيث قررت المحكمة أن القرار القضائى الصادر بتجميد قيمة الضمان لحين صدور الحكم فى موضوع النزاع لا يمكن النيل منه أو تعطيله مسبقاً بالاتفاق بين الأطراف، لتعلق مثل هذا الاتفاق بإحدى القواعد المتعلقة بالنظام العام[1].

وأخيراً فإن استعمال الآمر لهذا الحق يقتضى من الضامن القيام بإخباره عن قيام المستفيد بطلب قيمة الضمان، إذ يتجرد هذا الحق من كل قيمة أو فائدة عندما يتم استعماله بعد قيام الضامن بالوفاء. فالعرف المصرفى يفرض على البنك الضامن التزاماً بإعلام الآمر بطلب المستفيد بتنفيذ الضمان. كذلك فإن المنطق يقتضى قيام الضامن بهذا الإعلام، حتى يحقق استعمال الآمر لحقه الفائدة المرجوة. فلن يكون لهذا الاستعمال قيمة أو فائدة عملية إذا لم يتم الإخبار. فهذا الحق إما أن يكون حبراً على

---

(1) Cass. Com. 10 Juin 1997, banque, 1997, no 586, p.90, obs. GUILLOT J.-L.

ورق، عندما يقوم المستفيد بالحصول على قيمة الضمان دون أن يصل ذلك إلى علم الآمر، وإما سيتجرد من قيمته عندما يتبادر هذا إلى علم الآمر بعد قبض المستفيد لقيمة الضمان.

الفرع الثانى

تريث البنك الضامن فى الوفاء بقيمة الضمان

فى الحقيقية يُعد تريث البنك الضامن فى الوفاء بقيمة الضمان أمراً طبيعياً عندما يبدو له أن هناك غش واضح أو تعسف ظاهر من قبل المستفيد. فلكى يرتب الغش أثره القانونى ولكى يحدث التعسف الظاهر نتائجه يتعين على الضامن الامتناع مؤقتاً عن الوفاء بقيمة الضمان، وذلك لإعطاء الآمر الفرصة لاتخاذ الإجراءات اللازمة والحصول على أمر بتجميد قيمة الضمان. فإذا كان الغش أو التعسف يرتبان أثراً قانونياً هاماً وهو تجميد قيمة الضمان، فإن هذا الأثر سيكون عديم الجدوى إذا لم يقم الضامن بالامتناع المؤقت عن الوفاء. صحيح أن استقلال خطاب الضمان يفرض على الضامن الوفاء الفورى بقيمة الضمان بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك. مع هذا فإن هذا الأثر الفورى لابد أن يتعطل ويفقد الاستقلال قيمته طالما بدا للبنك أن طلب الوفاء ينطوى على غش واضح أو تعسف ظاهر. لذلك استلزم القضاء واشترط الفقهاء أن يكون الغش أو التعسف المتمسك به بيِّناً وواضحاً، أما الادعاء بوجود شبهة الغش أو مظنة الغش لا يكفى لمنع البنك الضامن مؤقتاً من الوفاء. ولعل هذا التشدد من جانب الفقه وذلك الاقتضاء من جانب القضاء يرجع إلى أن إعمال الغش أو التعسف يتعارض مع أحد المبادئ الأساسية التى تقوم عليها خطابات الضمان وهو الوفاء الفورى للمستفيد بمجرد الطلب. فهذا التعارض يحتم عدم التوسع فى مفهوم الغش أو التعسف. فلا يكفى خطر الغش أو شبهة الغش لتعطيل مبدأ الوفاء الفورى[1].

---

(١) مع هذا ذهبت بعض الأحكام الفرنسية إلى إجازة الأمر بالمنع من الوفاء عندما يبدو لقاضى الأمور المستعجلة أن هناك خطر الغش من جانب المستفيد. هذا ما يبرزه بوضوح حكم محكمة باريس التجارية (الصادر فى ١٩٨٨/٩/٢٩م) حيث أمرت=

مع هذا فقد اتخذت اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥م موقفاً متوازناً بين ذلك الاتجاه الرافض للأخذ بخطر أو شبهة الغش وتلك النظرة الموسعة لمفهوم أو مدلول الغش أو التعسف المعطل للإيفاء الفورى للضمان، وذلك باشتراطها ضرورة وجود احتمال كبير بتوفر الشروط المنصوص عليها فى المادة ١٩ من الاتفاقية. فلقد سمحت المادة ٢٠ من هذه الاتفاقية اتخاذ الإجراءات القضائية الاحتياطية عند وجود مثل هذا الاحتمال الكبير. وهكذا يبدو واضحاً أن واضعى تلك الاتفاقية قد وسعوا بعض الشىء من مفهوم أو مدلول الغش الذى يسمح باتخاذ الإجراءات الاحتياطية التى تعطل من الوفاء بقيمة الضمان. إلا أن هذا التوسع لم يصل إلى حد فتح الباب على مصراعيه أمام اتخاذ تلك الإجراءات أو التدابير، حتى لا يؤثر ذلك على إضعاف تلك الآلية التى تساعد إلى حد كبير فى تنشيط المعاملات التجارية ومنح أطرافها الائتمان الكافى[1].

أياً كان الأساس الذى تعتمد عليه المحكمة فى إصدار الأمر أو التدبير بمنع الوفاء، فإن تفعيل هذا الأخير يقتضى أو يحتم على الضامن الانتظار لفترة أو القيام بالتجميد المؤقت لقيمة الضمان. ولا يصح

=بمنع البنك الضامن المقابل من الوفاء لوجود هذا الخطر من جانب المستفيد. راجع أيضاً حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١١ ديسمبر ١٩٨٥ (JCP، ١٩٨٦، ٢٠٥٩، تعليق ستوفليه)، حيث قررت المحكمة أن خطر الغش لا يرجع إلى ادعاء الآمر بأنه نفذ عقد الأساس كاملاً أو أن المستفيد ليس له الحق فى شىء، وإنما يرجع إلى أن المستفيد تهرب من كل حكم فى موضوع الدعوى، والذى يبدو من اعتراضه على إجراء المعاينة التى طلبتها الشركة الآمرة بدعوى وجود شرط باللجوء إلى التحكيم، ثم اعتراضها بعد ذلك على إجراء التحكيم بحجة أن الشركة الآمرة لم تقم بعمل المعاينة.

(١) راجع المادة ٢٠ من الاتفاقية، حيث تنص على أن

1- Lorsque, sur requête du donneur d'ordre ou de la partie ordonnatrice, il apparaît qu'il y a une forte probabilité que en ce qui concerne une demande présentée ou susceptible d'être présentée par le bénéficiaire, il existe une des circonstance visées aux alinéas a, b et c du paragraphe I de l'article 19, le tribunal peut ..... .

التشكيك فى ذلك بالاستناد إلى مبدأ آلية الوفاء الذى تقوم عليه خطابات الضمان. فإذا كانت هذه الأخيرة هى ضمانات «آلية الإيفاء، تدفع فوراً للمستفيد، إلا أن قواعد الإنصاف ومقتضيات العدالة فرضت ضوابط أخلاقية وقانونية تحد من هذا الإطلاق. فانبرى الاجتهاد وواكبه الفقه للقول بسوء نية المستفيد لتعطيل هذه الآلية، معربين أن سوء نية المستفيد تأخذ صورة الغش أو التعسف فى إطار الضمانات غب الطلب، مفصلين شروطهما فى إطار كل من الضمانة الأولية والضمانة المقابلة شارحين تأثير إثباتهما بالشروط المطلوبة على تعطيل استقلالية الضمانة غب الطلب وبالتالى منع الإيفاء، مما يرسى نظاماً قانونياً دقيقاً لهذه الضمانات، يسهل التعامل بها ويكفل العدالة لكافة الفرقاء، دون تقويض خصائصها[1]».

المطلب الثانى

استرداد قيمة الضمان والتعويض

من الآثار التى يرتبها الغش الظاهر أو التعسف البيِّن أحقية الآمر فى الرجوع على المستفيد ومطالبته برد قيمة الخطاب، هذا فضلاً عن حقه فى المطالبة بالتعويض، لاسيما عندما يثبت أن المستفيد عند حصوله على قيمة الضمان كان سيئ النية. فلا يتوقف الأثر الذى يحدثه الغش أو التعسف الظاهر على تجميد قيمة الضمان، ولكن يتعدى ذلك إلى إعطاء الآمر حق الرجوع على المستفيد ومطالبته برد ما قبضه والتعويض عن قيامه بالمطالبة رغم علمه بعدم أحقيته فى ذلك. ولقد سبق لنا الحديث عن الأثر الأول وتوقفه على قيام الضامن بالتجميد المؤقت لقيمة الضمان حتى يتمكن الآمر من الحصول على أمر قضائى أو اتخاذ الإجراءات الضرورية التى تحول دون حصول المستفيد على قيمة الضمان. أما عندما لا يلتزم الضامن بهذا التجميد ويعطى المستفيد قيمة الضمان اعتماداً على أن خطاب الضمان ليس إلا وسيلة للوفاء الفورى التى تمكن المستفيد من الحصول

---

(١) بسام عاطف المهتار & مايا سليت مشرفية، الضمانة غب الطلب، المرجع السابق، ص ١٣٢.

على قيمته بمجرد الطلب، فإنه من الضرورى ترتيب أثراً آخر يمكن من خلاله تدارك الآثار المترتبة على هذا الوفاء الفورى رغم ارتكاب المستفيد لغش ظاهر أو تعسف واضح، استناداً إلى أن الغش يُفسد كل شىء أو استناداً إلى نظرية التعسف فى استعمال الحق. وهكذا يتضح أن أحقية الآمر فى الاسترداد تعطيه الحق فى الرجوع على المستفيد من ناحية وعلى الضامن من ناحية أخرى[1]. وهو ما سنعرض له من خلال فرعين، نعرض فى الأول إلى رجوع الآمر على المستفيد، وفى الثانى إلى رجوعه على الضامن.

الفرع الأول

رجوع الآمر على المستفيد

يقوم هذا الحق على افتراض قيام المستفيد بالحصول على قيمة الضمان، على الرغم من قيامه بارتكاب غش واضح أو تعسف بيِّن عند قيامه بهذه المطالبة. فى هذه الحالة تتوافر لدى الآمر أسباب حقيقية ومبررات قوية فى استرجاع قيمة الضمان من المستفيد[2]. صحيح أن هذا الحق لا يتوقف فقط على الحالات التى يقوم فيها المستفيد بارتكاب هذا الغش أو تعسفه فى استعمال حقه، وإنما يمتد إلى كل حالة يتضح فيها أن طلب المستفيد للضمان لم يكن مشروعاً، ونقصد بها الحالات التى يمكن الاستناد فيها إلى عقد الأساس وإثبات الآمر تنفيذه لالتزاماته المتولدة عنه على أكمل وجه أو كما أرادها المستفيد من خطاب الضمان. مع هذا فإننا نركز فى هذه الجزئية، على تلك الحالات التى يبدو فيها الغش واضحاً أو التعسف ظاهراً. ففى هذه الحالات يستطيع الآمر أن يطالب بالاسترداد،

---

(١) د/ سميحة القليوبى، المنظمات الدولية، المرجع السابق، فقرة٨٣، صـ١١٥، حيث تقرر سيادتها أنه «ولا تمنع قاعدة استقلال وتجريد التزام البنك عن عقد الأساس أو علاقة العميل الآمر بالبنك، رجوع أى طرف على الآخر على أساس هذه العلاقات إذا فرض وكان سداد البنك مؤسساً على غش المستفيد، أو كان بناء على تواطؤ بين هذا الأخير والعميل الآمر، أو كان السداد من قبل البنك بالمخالفة لتعليمات العميل الآمر».

(٢) د/ سميحة القليوبى، المنظمات الدولية، المرجع السابق، فقرة٨٠، صـ١٠٥.

وذلك بإثبات يسير، يمكن من خلاله الاستناد إلى الغش الذى ارتكبه المستفيد أو تعسفه الواضح فى استعمال حقه المتبثق عن خطاب الضمان. فإذا كان الآمر يتعين عليه إثبات عدم أحقية المستفيد فى الحصول على قيمة الضمان، فإن هذا الإثبات سيكون أمراً ميسوراً عندما يستند الآمر إلى الغش الظاهر أو التعسف الواضح، وذلك بالمقارنة بتلك الحالات التى يتم فيها الاستناد إلى عقد الأساس، إذ يصعب على الآمر إثبات تنفيذه لالتزاماته على الوجه الأكمل، لاسيما عندما يكون المستفيد شخصاً أجنبياً.

وهكذا يتضح أن حق الآمر فى المطالبة بالاسترداد تقتضى أولاً حصول المستفيد على قيمة الضمان، فضلاً عن ارتكابه لغش واضح أو تعسف ظاهر.

بيد أن حق الآمر فى الرجوع على المستفيد لا يتوقف عند حد الاسترداد، وإنما يتعداه إلى المطالبة بالتعويض، لاسيما عندما يلحق بالآمر ضرراً من جراء هذا القبض. مع هذا فإن المطالبة بالتعويض تحتم أولاً أن يكون المستفيد سيئ النية، وثانياً أن يلحق بالآمر ضرراً نتيجة لقيام المستفيد بالحصول على قيمة الخطاب. فالتعويض فى هذه الحالة، يقتضى سوء نية المستفيد، وإلحاق الضرر بالآمر من جراء تلك المطالبة، وهو الآمر الذى يتطلب شىء من التفصيل.

١- سوء نية المستفيد

لا يغيب على البال أن سوء نية المستفيد تبدو بوضوح عندما يتقدم طالباً الوفاء بقيمة الضمان دون وجه حق. فعدم أحقية المستفيد فى تلك المطالبة تبرر الدفع بسوء نيته. فعندما يتقدم الناقل أو وكيله بطلب الوفاء، على الرغم من وصول المستندات التى تبرز أحقية المستلم فى استلام البضاعة، فإن ذلك يُعد دليلاً قاطعاً على سوء نيته[1]. ولقد قننت المادة ١٩

---

(١) وهو الأمر الذى يتحقق أيضا عندما يقدم خطاب الضمان من الناقل لمصلحة إدارة أحد الموانى نتيجة لقيام السفينة بتلويث المياه الإقليمية أو إحداثها ضرراً بمنشآت الموانى أوطرق الملاحة، إذ يبدو سوء النية واضحا عندما تقوم الإدارة بالحصول=

من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥م الحالات التي يمكن فيها رفض الدفع وإبراز سوء نية المستفيد، كتلك التى يبدو فيها بيِّناً وواضحاً أن المستندات المقدمة مزورة، أو أنه لا يجب الدفع وفقاً لعقد الضمان، أو عندما لا يوجد أى سبب مقنع لطلب الضمان. فوفقاً لهذه المادة تدور تلك الحالات حول ما يقدمه المستفيد من مستندات مزورة، أو عندما ينتفى حقه فى المطالبة حسبما تقرر بنود العقد.

وهكذا يتضح أن سوء النية يمكن استخلاصه، أولاً، من خطاب الضمان، حيث يتميز العقد بصفته المستقلة عن العلاقات القانونية الأخرى والتى ينشأ بسببها. فهذا الاستقلال يحتم ضرورة الاستناد إلى الخطاب حتى يمكن القول بسوء نية المستفيد أو عدم أحقيته فى تقديم طلب الوفاء بقيمة الضمان. فوفقاً لهذا الاستقلال لا يمكن القول بسوء نية المستفيد أو وقوع غش على الضامن إلا عندما يقدم مستندات غير صحيحة بهدف الحصول على قيمة الضمان، استناداً إلى أن الغش أو التعسف لا يمكن أن يجد مصدره إلا فى هذه العلاقة، خاصة إذا أخذنا فى الاعتبار أن عقد الأساس يمكن للأطراف تعديله وتغيير بنوده دون إخبار الضامن أو دون علمه.

مع هذا فإنه كما سبق القول تنعدم هذه الاستقلالية ويتلاشى كل حق للمستفيد عندما يرتكب غشاً أو تعسفاً واضحاً. فعندما يرتكب المستفيد هذا الفعل، تتلاشى حقوقه وتنعدم استقلالية الخطاب. ومن ثم يمكن الاستناد، ثانياً، إلى العقد الأساسى للقول بسوء نية المستفيد أو إثبات عدم أحقيته فى الحصول على قيمة الضمان.

فالغش أو التعسف يبرران للآمر الاستناد إلى عقد الأساس لإثبات سوء نية المستفيد، ولا يستطيع الأخير أن يدعى باستقلال الخطاب عن هذا

= على قيمة الخطاب، وذلك على الرغم من صدور حكم قضائى ينفى مسئولية الناقل أو مالك السفينة من إحداث تلك الأضرار. فالوضع الطبيعى أن يقوم المستفيد من الخطاب برده، وليس المطالبة بقيمته. ومن ثم فإن هذه المطالبة تبرز بوضوح سوء نيته وتعطى الحق للآمر فى المطالبة برد القيمة والتعويض معا.

العقد لكى يفوت على الآمر الفرصة فى إثبات عدم أحقيته فى قيمة الضمان، وبالتالى إثبات سوء نيته. ففى مجال الغش أو التعسف يتعين المساواة بين الغش الواقع على الآمر وذلك الواقع على الضامن، ومن ثم تعين إعطاء الفرصة للآمر لاسترداد قيمة الضمان بإثبات سوء نية المستفيد سواء باللجوء إلى خطاب الضمان أو عقد الأساس[1]. صحيح أن الغش الواقع على الضامن لا يمكن أن يستمد إلا من خطاب الضمان، حيث لا شأن للضامن بأى علاقة قانونية أخرى غير هذا الخطاب. مع هذا فإن الوضع يختلف تماماً، لأن المستند إلى هذا الغش أو سوء النية فى هذه الحالة هو الآمر وليس الضامن. ومن ثم يتعين إفساح المجال أمامه لإثبات هذا القصد أو تلك النية. فالمطالب بالاسترداد هنا هو الآمر وليس الضامن، وبالتالى يستوى أن يلجأ إلى عقد الأساس أو إلى خطاب الضمان لإثبات سوء نية المستفيد أو اتجاه إرادته إلى الحصول على قيمة الضمان دون وجه حق.

خلاصة القول إذن أن اللجوء إلى المادة ١٩ من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥، ومن ثم الادعاء بعدم أحقية الآمر فى الاستناد إلى عقد الأساس لإثبات سوء نية المستفيد، لا يمكن تدعيمه أو الدفاع عنه. صحيح أن هذه المادة بينت بوضوح الحالات التى يمكن للضامن الاستناد إلى واحدة منها لرفض الدفع فى علاقته بالمستفيد. مع ذلك فإن هذا ينحصر

---

(١) فالاستناد إلى عقد الضمان أو إلى عقد الأساس لا يكون بهدف التمسك تجاه المستفيد بالدفوع المستمدة منهما، وإنما فقط لإثبات عدم أحقية المستفيد فيما حصل عليه من قيمة الضمان. فاللجوء إلى هذه العلاقة أو تلك ليس الهدف منه الحيلولة بين المستفيد والحصول على قيمة الضمان، وإنما فقط إثبات عدم أحقيته فيما قبضه من مبالغ، ومن ثم إثبات سوء نيته. فإذا كان الفقه يجمع على عدم أحقية العميل الآمر أو البنك الضامن فى التمسك بأى دفوع مستمدة من العلاقة الأساسية التى تربط سواء بين البنك والعميل أو بين العميل والمستفيد، فإن الحديث هنا يأخذ منحنى آخر وهو اللجوء إلى هذه العلاقة الأساسية لإثبات أن ما حصل عليه المستفيد من قيمة الضمان ليس من حقه، وبالتالى يتضح سوء نيته بما يعطى للآمر الحق فى الرجوع عليه ومطالبته برد ما قبضه والتعويض إن كان له مقتضى.

فى العلاقة بين الضامن والمستفيد، حيث يقتصر حق الأول فيما يستمد من تلك العلاقة، دون أى دفع يستمد من أى علاقة قانونية أخرى غير خطاب الضمان. وذلك على خلاف العلاقة بين الآمر والمستفيد، إذ يستطيع الأول الاستناد إلى عقد الأساس أو خطاب الضمان لإثبات عدم أحقية المستفيد فى الحصول على قيمة الضمان، ومن ثم إثبات سوء نيته عند توجيه المطالبة.

٢ـ إثبات الضرر

يتعين كذلك على الآمر أن يثبت الضرر الذى لحق به من جراء قيام المستفيد بالحصول على قيمة الضمان دون حق. فلا يستطيع الآمر المطالبة بالتعويض أو الرجوع على المستفيد ومطالبته بالتعويض، إلا عندما يثبت أن ضرراً ما قد أصابه من جراء تلك المطالبة والحصول على قيمة الضمان. فعلى الشاحن أو مستلم البضاعة عندما يرجع على الناقل بالتعويض، أن يثبت أن ضرراً قد لحق به أو أصابه نتيجة لقيام الناقل بالحصول على قيمة الضمان، وذلك على الرغم من تطابق حالة البضاعة المستلمة مع تلك الواردة بسند الشحن، أو على الرغم من وصول المستندات التى تعطى مستلم البضاعة الحق فى استلامها أو إثبات أنه صاحب الحق الفعلى على تلك البضاعة[1]. فى الحقيقة لن يستطيع الآمر الحصول على تعويض من المستفيد إلا إذا أثبت أنه كان سيئ النية عند حصوله على قيمة الضمان من ناحية، وأن ضرراً قد أصابه من جراء قبضه لهذه القيمة من ناحية أخرى. فإثبات الضرر يُعد أمراً ضرورياً لا يمكن الاستغناء عنه فى مجال التعويض. فإذا كان الحق فى استرداد قيمة الضمان لا يتطلب من الآمر سوى إثبات

---

(١) وهو نفس الأمر الذى يتحقق أيضا بالنسبة للناقل عندما يكون هو الآمر بإصدار خطاب الضمان وليس المستفيد منه، إذ يستطيع فى هذه الحالة المطالبة بالتعويض عندما يثبت أن هناك ضرراً قد أصابه من جراء قيام المستفيد بقبض قيمة الخطاب، وأن هذا الضرر كان نتيجة مباشرة لهذا القبض، أى بإثبات علاقة السببية بين الضرر وقيام المستفيد بقبض قيمة الخطاب دون وجه حق.

عدم أحقية المستفيد فى قبض تلك القيمة، فإن الحق فى التعويض يتطلب سوء النية من ناحية، وإثبات الضرر من ناحية أخرى.

ولا شك أن تقدير الضرر وحدوده يُعد من الأمور التى تستقل بتقديرها محكمة الموضوع، فعلى أساسه يتم تقدير التعويض الذى يستحقه الآمر. مع هذا لا يشترط أن يبلغ هذا الضرر حداً من الجسامة حتى يمكن القول بأحقية الآمر فى التعويض. فمهما كانت حدود الضرر الذى لحق بالآمر، يمكنه المطالبة بالتعويض، طالما أن الآثار المترتبة تجاوزت الحد الذى يمكن التسامح فيه. ومن ثم فإن جسامة الضرر، وإن كانت لا تعد شرطاً من شروط استحقاق التعويض، إلا أنها تأخذ فى الاعتبار عن تقدير مبلغ التعويض.

كذلك لابد أن يكون الضرر الذى أصاب الآمر ناتج بصورة مباشرة عن قيام المستفيد بقبض قيمة الضمان. فالضرر المباشر هو الذى يعطى فقط الحق فى التعويض، وذلك على العكس من الأضرار غير المباشرة، إذ لا تمكن الآمر من المطالبة بالتعويض.

وهكذا يمكننا القول أن قيام المستفيد بقبض قيمة الضمان دون وجه حق، يعطى الآمر الإمكانية فى المطالبة باسترداد قيمة الضمان، وذلك بإثباته عدم أحقيته فى المطالبة بقيمة الضمان. كما يعطيه الحق فى المطالبة بالتعويض، بإثبات سوء نية المستفيد فى قبضه لهذه القيمة وبإثبات الأضرار التى لحقت به من جراء ذلك القبض، وهو الأمر الذى يسهل إثباته من خلال الاستناد إلى غش المستفيد أو إساءة استعماله للحقوق التى يخولها خطاب الضمان. بيد أن هذا الرجوع على المستفيد، فى تلك الحالة، لا يحول دون أحقية الآمر فى الرجوع على الضامن عندما يقوم هذا الأخير بدفع قيمة الضمان رغم وضوح الغش أو بيان الإساءة من قبل المستفيد أو غيره. فإذا كان الغش يفسد كل شىء، فإنه بالضرورة يعطى الآمر حق الرجوع على الضامن ومطالبته بقيمة الضمان، لاسيما عند قيامه بدفع غير المستحق عند انتهاء مدة الضمان، أو عندما يكون هذا الدفع مشوباً بغش ظاهر أو بيِّن. وهو ما سنعرض له فى الجزئية التالية.

الفرع الثانى

رجوع الآمر على الضامن

فى الحقيقة قد يكون رجوع الآمر على الضامن نتيجة لقيامه بدفع قيمة الضمان، رغم وضوح الغش من جانب المستفيد. وقد يكون هذا الرجوع لدفع مطالبة الضامن بأداء المبلغ المدفوع للمستفيد[1]. فالرجوع

---

(١) كذلك فإن التساؤل الذى يطرح نفسه هنا يتعلق بمدى إمكانية توقيع الآمر على قيمة الضمان تحت يدى البنك المصدر عندما يرتكب المستفيد غش بيّن أو عندما يتعسف تعسفاً ظاهراً فى استعمال حقه الذى يقرره خطاب الضمان، لاسيما عندما يكون له دين مؤكد ومستحق الأداء ومعين المقدار فى ذمة المستفيد. فى الحقيقة إن إعطاء العميل الآمر إمكانية الحجز على موضوع خطاب الضمان تحت يدى البنك بإتباع إجراءات حجز ما للمدين لدى الغير يعد وسيلة للحد من تعسف المستفيد تجاه العميل الآمر، طالما أنه يعطيه الفرصة للحيلولة بينه وبين الحصول على قيمة الخطاب حتى يصدر القضاء رأيه فى موضوع الحجز. فمن المعلوم أن الحجز التحفظى يعد وسيلة بين يدى الدائن تكفل له الحصول على دينه قبل المدين وتحول بين الأخير وبين الإفلات بالضمان من تحت يدى الدائن. فلقد راعى المشرع مصلحة الدائن عندما لا يكون بيده سند تنفيذى يمكنه من اقتضاء حقه، فى الوقت الذى يخشى فيه من فوات الفرصة عليه إذا أفلت المدين بالضمان. فأعطاه المشرع هذه المكنة حتى يتسنى له الحصول على سند تنفيذى بحقه. مع هذا فإنه ينبغى الأخذ فى الاعتبار أن إعطاء الدائن (العميل) هذه المكنة، فى مجال خطاب الضمان، سوف يقوض من الميزة الأساسية التى تتمتع بها تلك الخطابات وهو استقلالها عن كل العلاقات الأخرى. فإذا استطاع العميل الآمر الحجز على قيمة الخطاب تحت يد البنك، فإن هذا الحجز سيفقد الخطاب سمته الأساسية وهو الاستقلال عن عقد الأساس وعن عقد خطاب الضمان، دون أدنى نظر إلى كون حقه مؤكد ومستحق الأداء ومعين المقدار فى ذمة المستفيد. فالعميل لا يستطيع «الحجز على قيمة خطاب الضمان تحت يد البنك لدين له قبل المستفيد، وذلك تطبيقاً لأبسط خصائص خطاب الضمان وهى استقلالية العلاقة بين العميل الآمر بالمستفيد فى مواجهة البنك الملزم وحده وبإرادته المنفردة قبل المستفيد مجرد أول طلب دون قيد أو شرط ولأنها أموال غير مملوكة للمستفيد. والقول بغير ذلك، أى القول بإمكانية قيام العميل بطلب الحجز على قيمة خطاب الضمان لكونه دائناً للمستفيد – وأياً كان سبب دينه – يهدم كلية أهم خصائص خطاب الضمان ويلغى فائدته العملية ألا وهى كونه بديلاً عن التأمين النقدى (د/ سميحة القليوبى، الأسس القانونية لعمليات البنوك، المرجع السابق، ص ٤٥٩» ؛ راجع أيضاً م/محمد عزمى البكرى، موسوعة الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص ١٢٦٩ ؛ د/ عبد الفضيل محمد أحمد، العقود التجارية، المرجع السابق، فقرة ٢٨٨، ص ٣٦٤).=

على الضامن قد يكون بعد قيام الآمر بتوفير غطاء الضمان، استناداً إلى قيامه بإثبات الغش أو التعسف للضامن من جانب المستفيد (الغصن الأول)، وقد يكون لدفع رجوع البنك الضامن عليه بأداء المبلغ المدفوع (الغصن الثانى).

الغصن الأول

رجوع الآمر بعد قيامه بإثبات الغش أو التعسف للضامن

يستطيع الآمر، وفقاً لهذه الحالة، الرجوع على الضامن ومطالبته برد الضمان الذى قدمه نتيجة لقيامه بالوفاء بقيمته، وذلك على الرغم من إعلامه من جانبه بتجميد تلك القيمة استناداً إلى غش أو تعسف المستفيد الظاهر والبيِّن. فهذا الرجوع يُعد نتيجة منطقية لرفض الضامن الاستجابة لطلب الآمر بتجميد الضمان عندما يكون غش المستفيد أو تعسفه ظاهراً بصورة لا تثير أى شك حول وقوعه. على العكس لا يستطيع الآمر الرجوع على الضامن أو لا تقوم مسئولية هذا الأخير فى مواجهة الآمر، وذلك على الرغم من قيام الأخير بإخطاره بتجميد قيمة الضمان، عندما يكون الغش أو التعسف المدعى به احتمالياً. ومن ثم فإن الفيصل فى إعطاء الآمر الحق فى الرجوع على الضامن هو مدى تأكد الغش أو التعسف من جانب المستفيد أو أنه ذو طابع احتمالى. ولا شك أن هذا التمييز أو تلك التفرقة تُعد من الأمور الصعبة، التى يتعين التحقق عند

=هذا ما أكده القضاء فى مناسبات عديدة، لاسيما القضاء الفرنسى. مع هذا فإن البعض يذهب إلى القول بضرورة التمييز بين كون الدين المستحق فى ذمة المستفيد يجد أساسه أو مصدره فى عقد الأساس أم لا. فإذا كانت الإجابة بالنفى، فإنه يتعين إعطاء العميل هذا الحق، لأنه ليس هناك «قانوناً يمنع من إمكان توقيع هذا الحجز، لأن الدين المحجوز من أجله لا يجد مصدره فى علاقة الأساس بين الآمر والمستفيد. وهنا لم يربط الآمر بين الدين المطالب به وذلك الملتزم به البنك فى مواجهة المستفيد ولم يخالف رغبة هذا العميل الآمر بالفصل بين الدين الناشئ عن عقد الأساس والدين الناشئ عن خطاب الضمان (د/ رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك ذات الطابع الدولى، المرجع السابق، ص ٦٤)». أما عندما يجد الدين مصدره فى هذه العلاقة، فإن العميل يحرم من هذا الحق أو تلك الميزة.

إجرائها من وجود شك أم لا حول توافر الغش أو التعسف. هذا ما يبرزه بوضوح حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٩٩٧/١٢/٢، حيث أكدت المحكمة على التزام الضامن بتجميد قيمة الضمان عند إخباره من جانب الآمر، فى الوقت الذى تمت فيه المطالبة، بغش المستفيد أو تعسفه. مع هذا فإن هذا التجميد يحتم على قضاة الموضوع التحقق من عدم وجود أى احتمال للشك حول توافر الغش أو التعسف(١). كذلك يستطيع قضاة الموضوع الاسترشاد بالمعايير التى قننتها المادة ١٩ من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥م، طالما أن الجزم بوضوح الغش أو التعسف، أو على العكس وجود احتمال للشك حول توافرهما، هو الأساس فى إعطاء الحق للآمر فى الرجوع على الضامن من عدمه. فلقد كرست هذه المادة مجموعة من المعايير التى يمكن الاسترشاد بها عند التحقق من وجود ذلك الشك من عدمه فى الغش أو التعسف، تلك التى تتمحور حول وضوح أو بيان الغش.

وهكذا يتضح أن الآمر يستطيع الرجوع على الضامن عندما يفى هذا الأخير بقيمة الضمان، رغم إخباره بارتكاب المستفيد لغش واضح أو تعسف ظاهر، طالما أن الوفاء قد تم بعد هذا الإخبار. ولا يستطيع الضامن رد تلك المطالبة أو هذا الرجوع إلا بإثبات أن الغش أو التعسف المتذرع به يثار الشك حول توافره، أى أنه كان مجرد غش أو تعسف احتمالى. كذلك يستطيع الضامن دفع هذا الرجوع بإثبات أن الوفاء قد تم قبل علمه بالغش وإخباره بذلك من جانب الآمر. ولا جدال أن هذا الدفع سهل الإثبات، طالما أن الوفاء كان معلوماً التاريخ. بيد أنه يتعين على الضامن، فى هذه الحالة، أن يرجع على المستفيد ويطالبه برد قيمة الضمان، طالما تأكد لديه ارتكابه لغش أو تعسف واضح. ولا يصح الاعتراض على ذلك بالقول بأن الضامن ليس له أدنى مصلحة فى الرجوع على المستفيد لاسترداد المال

---

(1) Cass. Com. 2/12/1997, JCP, G, 1998, I, 149, no 9 obs. Switer et Delebecque; JCP. G, 1998, no 4, 21 janv, Sommaires de jurisprudence, p.154.

المدفوع، ويستوى أن يكون الدفع قد تم بناء على غش أم لا. فالضامن يضمن، فى جميع الأحوال، حقوقه قبل الآمر، وسواء تم ذلك قبل إصدار الخطاب، أم بعد الدفع. فى الحقيقة أن هذا القول مردود لأن الآمر يستطيع الرجوع، فى جميع الأحوال، على الضامن ومطالبته بقيمة الضمان، سواء قدم غطاء الضمان أم لا. فالضامن «له مصلحة فى ذلك، لأن الآمر سيدعى عليه إذا رأى غشاً أو تعسفاً باستعمال الحق[1]».

مجمل القول إذن أن الآمر يستطيع الرجوع على الضامن شريطة أن يكون الآمر أخبر الضامن بوجود غش أو تعسف من جانب المستفيد قبل قيامه بالوفاء لهذا الأخير. فهذا الإخبار أو الإخطار يقيم مسئولية الضامن فى مواجهة الآمر. مع هذا فإن الضامن يستطيع دفع هذا الرجوع بإثبات أن الغش أو التعسف لم يكن واضحاً أو بيِّناً، وإنما كان احتمالياً، حيث يثار الشك حول توافره أو وجوده. كذلك يستطيع الآمر الرجوع على الضامن عند قيام هذا الأخير بالوفاء بقيمة الضمان قبل إخطاره من جانبه بوجود غش أو تعسف من جانب المستفيد، إذ يتعين على الضامن، فى هذه الحالة، الادعاء على المستفيد ومطالبته باسترداد قيمة الضمان نتيجة لارتكابه هذا الغش أو ذلك التعسف. ولا يقبل من الضامن دفع هذا الرجوع إلا بإثبات قيامه بالإدعاء على المستفيد لاسترداد المال المدفوع، سواء أكان ذلك للحصول على تلك القيمة لعدم قيام الآمر بتوفير غطاء الضمان، أو كان هذا الادعاء لاتقاء أو تفادى رجوع الآمر عليه بعد ذلك.

الفصل الثانى

دفع الآمر رجوع الضامن بأداء المبلغ المدفوع

تتحقق هذه الحالة عند قيام الضامن بدفع قيمة الخطاب، دون وجود غطاء لهذه القيمة، ومطالبة الآمر بأداء المبلغ المدفوع، إذ يستطيع الآمر دفع تلك المطالبة إما استناداً لأن الضامن قد قام بالوفاء لدين غير

---

(١) أ/ بسام عاطف المهتار & مايا سليت مشرفية، الضمانة غب الطلب، المرجع السابق، ص ١٥٠.

مستحق نتيجة لانتهاء مدة الضمان، أو استناداً لارتكاب المستفيد لغش ظاهر(١).

١ـ دفع الضامن لدين غير مستحق

يستطيع الآمر، وفقاً لهذه الحالة، دفع رجوع الضامن استناداً إلى قيامه بدفع دين غير مستحق نتيجة لانتهاء مدة الضمان. هذا يعنى أن الآمر لا يستطيع دفع رجوع الضامن عند قيامه بدفع قيمة الضمان دفعاً صحيحاً، استناداً إلى سريان الضمان وعدم ارتكاب المستفيد لغش أو تعسف. فعندما يطلب المستفيد الوفاء أثناء سريان المدة المحددة فى خطاب الضمان، فإنه تبرأ ذمة الضامن قبل الآمر، طالما أن المستفيد لم يرتكب غشاً واضحاً أو تعسفاً بيّناً، ولم يخبره الآمر بحدوث أى شىء من ذلك. أما عندما يدفع الضامن قيمة الضمان بعد انتهاء المدة المحددة، فإنه يتحمل المسئولية فى مواجهة الآمر، طالما أنه تسلم طلب الوفاء بعد انتهاء الأجل. ففى هذه الحالة يتعين على الضامن الامتناع عن الدفع، وإلا تحمل المسئولية كاملة وامتنع عليه الرجوع على الآمر للوفاء بتلك القيمة. هذا ما تبرزه بوضوح المادة الثانية عشر من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥م، بنصها على أن «تنتهى المدة المحددة للالتزام: أ) بحلول الأجل، والذى قد يكون موعداً محدداً، أو آخر يوم من فترة محددة مقررة فى العقد، مع العلم أنه إذا صادف اليوم الأخير، يوم عطلة فى محل إقامة الضامن حيث صدر الضمان، أو فى محل إقامة شخص آخر مذكور فى العقد، يكون اليوم الذى يلى يوم العطلة هو اليوم الأخير. ب) إذا كان حلول الأجل المذكور

---

(١) ويحدث ذلك عملاً عندما يقوم البنك بإصدار خطاب الضمان على المكشوف، وهو الر الذى يتحقق إما عندما يكون العميل شخصا ذو سمعة طيبة أو ذو ملاءة مالية عالية، أو عندما يصدر الخطاب على أساس مبدأ المعاملة بالمثل. فالخطاب قد يصدر «على المكشوف إذا كان العميل يتمتع بثقة مالية وسمعة طيبة، وعندئذ لا يكون هناك غطاء. ويحدث ذلك أيضا إذا طلب بنك أجنبى من بنوك الدرجة الأولى المعتمدة لدى البك المركزى من بنك وطنى إصدار خطاب ضمان لشخص أجنبى مقيم على أساس مبدأ المعاملة بالمثل (د/ عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، المرجع السابق، صـ١٣٩)»..

يعتمد على وقوع حادث خارج عمليات الضامن، بشرط أن يكون الحادث واقعاً وثابتاً بإبراز مستندات تثبت وقوعه. وإذا لم يذكر التعهد تقديم أى مستند، يكتفى فقط بشهادة المستفيد بوقوع ذلك الحادث. ج) تنقضى مهلة هذا التعهد بمرور ست سنوات من تاريخ الإصدار، إذا لم يحدد تاريخ، وإذا لم يعين حادث تنتهى المهلة بوقوعه[1]».

---

(١) ولقد جاء النص على النحو التالى:

"The validity period of the undertaking expires:
A) At the expiry date, which may be a specified calendar date or the last day of a fixed period of time stipulated in the undertaking, provided that, if the expiry date is not a business day at the place of business of the guarantor/issuer at which the undertaking is issued, or of another person or at another place stipulated in the undertaking for presentation of the demand for payment, expiry occurs on the first business day which follows;
b) If expiry depends according to the undertaking on the occurrence of an act or event not within the guarantor /issuer's sphere of operations, when the guarantor/issuer is advised that the act or event has occurred by presentation of the document specified for that purpose in the undertaking or, if no such document is specified, of a certification by the beneficiary of the occurrence of the act or event; c) If the undertaking does not state an expiry date, or if the act or event on which expiry is stated to depend has not yet been established by presentation of the required document and an expiry date has not been stated in addition, when six years have elapsed from the date of issuance of the undertaking".

راجع كذلك المادة ٢٥ من القواعد الجديدة التى وضعتها غرفة التجارة الدولية، حيث تقرر فى فقرتها (جـ) أن

Si la garantie ou la contre-garantie n'indique pas de date d'échéance ou d'événement entraînant la déchéance, la garantie expirera trios ans après sa date d'émission et la contre-garantie expirera trente jours calendaires après l'expiration de la garantie, ce qui est suffisant pour que cette dernière soit déclenchée.

وهكذا تعلق تلك المادة مسئولية الضامن على الوقت الذى يتم فيه تسلم طلب الوفاء. فإذا تم استلامه قبل حلول الأجل المحدد فى خطاب الضمان، انتفت مسئولية الضامن، طالما لم يقم الآمر بإخطاره بالغش أو التعسف الذى ارتكبه المستفيد فى سبيل حصوله على قيمة الضمان. أما إذا تسلم الضامن طلب الوفاء بعد حلول الأجل، تعين عليه الامتناع عن دفع القيمة، وإلا قامت مسئوليته فى مواجهة الآمر، وسقط حقه فى الرجوع عليه لاسترداد ما قام بدفعه[1].

مع هذا فإن أجل الضمان يمتد عندما يتعذر على المستفيد تقديم طلب الوفاء فى الأجل المحدد لقوة قاهرة، كحرب أهلية أو أعمال الثورات أو أحداث الشغب، شريطة أن يرد فى خطاب الضمان بنداً يسمح بهذا الامتداد. فإذا خلا خطاب الضمان من مثل هذا الاتفاق، قامت مسئولية الضامن عند الوفاء بعد انتهاء المدة المحددة، حتى ولو أثبت أن تعذر الرجوع فى الموعد المحدد يرجع إلى فعل القوة القاهرة. فهذه الأخيرة لا تعطى للمستفيد الحق فى طلب الوفاء بعد حلول الأجل، كما أنها لا تسمح للضامن بالوفاء، إلا عندما يتضمن الخطاب ما يسمح بهذا التقديم أو ذلك الوفاء. لهذا ذهب البعض وبحق إلى القول بأنه يجب على المستفيد «أن يسعى لتضمين عقد الضمانة بنداً يجيز تمديد مهلتها تلقائياً فى حال حدوث القوة القاهرة دون وصول الطلب فى موعده لأى سبب من

---

(١) د/ محيى الدين إسماعيل علم الدين، العمليات الائتمانية، المرجع السابق، فقرة ٤٢، صـ٣٤٦ ؛ د/ رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك، المرجع السابق، صـ٧١، حيث يقرر سيادته أن «حق رجوع البنك على الآمر مشروط بأن يكون الدفع قد تم طبقا لما هو متفق عليه فى العقد المبرم بينهما، وخصوصا فيما يتعلق بقيمة الضمان، وميعاد استحقاقه، وتقديم مبررات الدفع من جانب المستفيد». وعليه إذا وصلت تلك المطالبة إلى البنك بعد انتهاء المدة المحددة، ول بيوم واحد، تعين على البنك الضامن الامتناع عن الوفاء، وذلك أمر بديهى «حيث أن العميل يقوم بسحب غطاء الخطاب بمجرد حلول ميعاد انتهائهن فيجب إبراء البنك من التزامه بالدفع منذ هذه اللحظة (المرجع السابق، صـ٧٦)».

الأسباب، مع تحديد، قدر المستطاع، الحالات التى يمكن اعتبارها حالات قوة قاهرة، كعوامل الطبيعة، أحداث شغب، حرب، إضراب.....(١)».

مع هذا فإن دفع الآمر رجوع الضامن عليه يندر، فى مثل هذه الحالة، فى خطابات الضمان الملاحية، حيث تتميز هذه الأخيرة بأنها تصدر غير محددة المدة وغير محددة القيمة. ومن ثم فإن وفاء الضامن بقيمة الضمان يعد دفعاً صحيحاً فى جميع الأحوال التى ينتفى فيها الغش أو التعسف. فطالما أن هذا النوع من خطابات الضمان يصدر غير محدد المدة، فإن الآمر لن يستطيع الاحتجاج بقيام الضامن بدفع قيمة الضمان بعد حلول الأجل المحدد. فخصوصية خطابات الضمان الملاحية تحدد إذن حالات دفع رجوع الضامن، أو بمعنى أدق تحصرها فى حالة واحدة هى الدفع المشوب بغش أو تعسف ظاهر. بيد أن انفراد خطابات الضمان الملاحية بهذه الخصوصية لا يحول دون انطباق القاعدة التى أقرتها الفقرة الثالثة من المادة ١٢ من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥م، والتى تقضى بانقضاء مدة الضمان بمرور ست سنوات تبدأ من تاريخ الإصدار. فإذا كانت خطابات الضمان الملاحية تتميز بعدم تحديدها لمهلة ينقضى بحلولها التزام الضامن، فإن شأنها شأن سائر خطابات الضمان ينقضى فيها الالتزام بمرور المدة التى حددتها تلك الفقرة. ومن ثم لن يستطيع الآمر، فى هذا النوع من الخطابات، دفع رجوع الضامن عليه، إلا عندما يقوم بالوفاء بعد انقضاء ست سنوات تحسب من تاريخ الإصدار. فعندما يقوم الضامن بالوفاء بعد انقضاء هذه المدة، فإنه يتحمل المسئولية كاملة فى مواجهة الآمر، ومن ثم يمتنع عليه الرجوع على الآمر ومطالبته بالوفاء. وحتى إذا قام الضامن بهذا الرجوع، فإن الآمر يستطيع دفع هذه المطالبة بالدفع غير المستحق لانقضاء المهلة المحددة لرجوع المستفيد على الضامن.

---

(١) أ/ بسام عاطف المهتار، مايا سليت مشرفية، الضمانة غب الطلب، المرجع السابق، ص ١٥٢.

كذلك يستطيع الآمر دفع مطالبة الضامن بالاستناد إلى الدفع المشوب بالغش الظاهر. وهو ما سنعرض له فى الجزئية التالية.

٢ـ دفع رجوع الضامن لشبهة الغش

مما لا شك فيه أن الآمر لا يستطيع دفع رجوع الضامن عليه عندما يقوم هذا الأخير بدفع قيمة الضمان دفعاً صحيحاً، إذ يحق له فى هذه الحالة الرجوع على الآمر. مع هذا فإن الأمور تسير بصورة أخرى عندما يكون هذا الدفع مشوباً بالغش الظاهر. ففى هذا الفرض يستطيع الآمر أن يدفع رجوع البنك الضامن بما دفعه للمستفيد، استناداً إلى أن الدفع كان مشوباً بالغش الظاهر[1]. فهذا الأخير يرتب، كما سبق القول، مسئولية البنك الضامن، إذ يستطيع بكل سهولة تجميد قيمة الضمان عندما يرتكب المستفيد غشاً ظاهراً. أما أن يقوم بالوفاء للمستفيد، رغم وضوح الغش من جانبه، فإن رجوعه على الآمر بقيمة الضمان يسهل دفعه بالاستناد إلى هذا الغش. وهكذا يتضح أن الغش الظاهر هو الذى يبرر دفع رجوع الضامن على الآمر، أما القول أو الادعاء بغش المستفيد فلا يمكن الاستناد إليه لدفع هذا الرجوع. هذا ما أكده البعض من الفقهاء بالقول بأنه «قد يحصل أن الآمر يدفع رجوع البنك الضامن عليه بأن طلب الوفاء كان بغش من المستفيد، ولكن هذا المنطق يجب استبعاده، لأنه متى دفع الضامن دفعاً صحيحاً فقد أدى ما عليه، ويكون للآمر أن يرجع على المستفيد، إلا إذا كان الضامن قد دفع ديناً مشوباً بغش ظاهر[2]».

---

(١) د/ رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك، المرجع السابق، صـ٧٣، حيث يقرر سيادته «أن رجوع البنك الضامن ضد المستفيد من الضمان لا يثور إلا فى حالة ما إذا كان هذا المستفيد قد ارتكب غشاً، ولم يكن لدى البنك غطاء للضمان سبق وقدم من جانب الآمر». وهو الأمر الذى يفهم منه أنه لا يحق للضامن الرجوع فى هذه الحالة على العميل الآمر، وإنما يتعين عليه أن يوجه مطالبته إلى المستفيد، طالما أنه قد ارتكب غشاً يمنعه من الحصول على قيمة الضمان.

(٢) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٢٩٣، ص ٢٧٦.

فعلى الرغم من أن خطاب الضمان يربط بين الضامن وبين المستفيد، إذ لا يُعد الآمر طرفاً فى الضمان، إلا أن الغش الظاهر أو البيِّن يعطيه الحق فى دفع رجوع الضامن عليه، طالما أن له مصلحة فى مثل هذا الادعاء أو الدفع. بل إن هذه المصلحة تبرر إعطاء الآمر الحق فى التدخل فى الدعوى التى يرفعها المستفيد على الضامن للحصول على قيمة الضمان. فهذا التدخل يحقق مصلحة كبيرة للآمر تتمثل فى اتقاء رجوع الضامن عندما يستطيع المستفيد الحصول على قيمة الضمان من خلال دعواه التى يرفعها على البنك الضامن[1].

خلاصة القول إذن أن عدم اعتبار الآمر طرفاً فى خطاب الضمان لا يحول دون استناده إلى عدم صحة الوفاء الذى قام به الضامن، طالما أن هذا الوفاء كان مشوباً بالغش الظاهر. فإذا كان الغش الظاهر يفسد كل شىء، فإنه يعطى بالتالى الحق للآمر فى الاستناد إليه لدفع رجوع الضامن عليه بقيمة الضمان. ولا يصح لهذا الأخير الاعتراض على هذا الدفع استناداً إلى استقلال العلاقة التى تربط بينه وبين المستفيد عن كافة العلاقات القانونية الأخرى.

خاتمة

لقد عرضنا على صفحات هذا البحث لخطابات الضمان الملاحية، باعتبارها وسيلة من تلك التى توفرها البنوك لعملائها لمساعدتهم على ضمان الالتزامات المنبثقة عن علاقاتهم البحرية من ناحية، ولتوفير المناخ الملائم لهذه العلاقات من ناحية أخرى. وفى مستهل هذه الدراسة عرضنا فى الفصل الأول لتعريف خطابات الضمان المصرفية بصفة عامة باعتبارها

---

(١) بل إن البعض يرى أن رجوع الضامن على المستفيد لن يكون إلا من خلال الدعوى غير المباشرة. فكل «ما للضامن هو الرجوع بمقتضى الدعوى غير المباشرة مستعملا فى ذلك حق الرجوع المقرر للآمر (د/ رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك، المرجع السابق، صـ٧٣)». بيد أن هذا الرجوع يتنافى مع مبدأ استقلال خطابات الضمان فى العلاقة بين الضامن والمستفيد. فإذا كان هذا الاستقلال يعنى أن الضامن يلتزم بإرادته المنفردة وليس بصفته وكيل أو نائب عن الآمر، فإنه يمنحه الحق فى الرجوع على المستفيد بالدعوى المباشرة، طالما أن التزامه مستقل تماما عن التزام العميل الآمر.

الأساس الذى تتفرع منه العديد من خطابات الضمان، كتلك التى تشكل محور المعالجة. كذلك عرضنا فى هذا الفصل لحقيقة خطابات الضمان الملاجية، سواء من خلال إلقاء الضوء على وظائفها العديدة، أو الصور التى تكون عليها، أو ما تنفرد به من ذاتية وما تستقل به من خصوصية.

وفى الفصل الثانى تعرضنا لأثر الغش أو التعسف على خطاب الضمان، وذلك من خلال إبراز الشروط التى يتعين توافرها حتى يمكن دفع مطالبة المستفيد بالغش أو التعسف فى استعمال الحق الذى يخوله إياه خطاب الضمان. وفى هذا المقام أبرزت الدراسة أن للغش أو التعسف فى استعمال الحق مفهوم محدد عما تعرفه النظرية العامة للالتزامات. هذا التحديد يفرضه واقع خطابات الضمان وما تنفرد به من استقلالية، خاصة فى العلاقة التى ينشئها الخطاب بين الضامن والمستفيد. فهذا الاستقلال يعطى الحق للمستفيد فى الرجوع على الضامن ومطالبته بقيمة الضمان، دون أن يملك الضامن أو العميل الآمر الاستناد إلى عقد الأساس أو ما يستمد منه من دفوع لدحض مطالبة المستفيد بقيمة الضمان.

بيد أن هذا الاستقلال لا يعنى تحصين حق المستفيد ضد أى دفع أو منازعة. بل على العكس أقر الفقه والقضاء إعطاء الآمر والضامن الاستناد إلى الغش الواضح أو التعسف الظاهر لتعطيل الوفاء بقيمة الضمان. فوضوح الغش أو بيان التعسف يرتبان أثراً بالغ الأهمية وهو تجميد الوفاء بقيمة الضمان، بما يمثل خروجاً على استقلال خطاب الضمان عن أى علاقة قانونية أخرى قد تربط بين طرفيها وأشخاص آخرين. وإذا كان هذا الأمر يمثل استثناءاً على استقلال الخطاب، فإنه يتعين التحقق من شروط إعماله قبل اللجوء إليه أو إقراره فى مجال خطابات الضمان الملاحية.

وهكذا يتضح أن هذه الدراسة قد حاولت أن تضع بين يدى القارئ كافة القواعد الحاكمة لهذا النوع من الضمانات، بصورة تجعل منه وسيلة آمنة، توفر الأمان القانونى لكل الأطراف المتصلة به، سواء توفر ذلك من خلال التأكيد على استقلال الخطاب فى العلاقة بين الضامن والمستفيد، أو من خلال إعطاء الآمر الإمكانية للنيل من هذا الاستقلال وما يرتبه من

نتائج بلجوئه إلى مبدأ التعسف فى استعمال الحق أو استناداً إلى أن الغش يفسد كل شيء.

مع هذا وإن كان عرضنا لهذا الموضوع قد جاء موجزاً، إلا أنه مع ذلك يمكن أن يضع أمام القارئ مجموعة من المسائل الهامة:

١- وجود اختلاف واضح بين التشريعات الوضعية والاتفاقية الدولية فيما يتعلق بالجهة المصدرة لهذه الخطابات. فإذا كانت التشريعات الوضعية قد حصرتها فى البنوك(١)، إلا أن اتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٩٥م سمحت للبنوك وغيرها من المؤسسات المالية بإصدار هذه الخطابات المستقلة.

٢- ارتباط خطابات الضمان الملاحية بسندات الشحن البحرية. فهى شرعت لحسن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقود النقل البحرية من ناحية، وكفالة قيام تلك السندات بدورها الأساسى فى تمثيل البضاعة أثناء عملية النقل من ناحية أخرى. فعلى الرغم من أن خطابات الضمان الملاحية تصدر غير محددة المدة والقيمة، إلا أن قيامها بهذه الوظائف سمح بإسباغ صفة الضمانات المستقلة على الخطابات التى تصدرها الجهات الضامنة فى هذا المجال.

٣- عدم كمال استقلالية خطابات الضمان. فما تتمتع به خطابات الضمان الملاحية من استقلال عن العلاقات القانونية التى تنشأ بسببها غير كامل، طالما أنه يمكن النيل من هذا الاستقلال بالدفع بالغش أو الاستناد إلى تعسف المستفيد عند استعماله لحقوقه التى تولدها هذه الخطابات. ولقد استشهد الباحث بالعديد من الأحكام القضائية التى كرست عدم كمال

---

(1) **HOUIN-BRESSAND C. : Les contre-garanties, op.cit, no 114, p.96, où elle décide que dans les pays anglo-saxons, les compagnies d'assurance jouent ainsi un rôle non négligeable en la matière. Dans la plupart des pays européens, l'émission des garanties autonômes et des contre-garanties est cependant apparue comme "un monopole de fait" du système bancaire».**

هذا الاستقلال، سواء باللجوء إلى فكرة التعسف فى استعمال الحق أو بالاستناد إلى مبدأ الغش الواضح أو البين.

٤- تقلص الصور التى يمكن أن يصدر بمناسبتها خطاب الضمان الملاحى، لاسيما بعد ظهور سندات الشحن الإلكترونية والتى من شأنها إنهاء خطابات الضمان التى تصدر فى مقابل استلام البضاعة، طالما أن العقد يبرم وتصل مستنداته إلى وكيل الشحنة أو ممثل الناقل بمجرد إبرامه.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية :

د/ أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانونى لعقد القرض الدولى، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٠.

د/ أحمد غنيم: خطاب الضمان، إطار متكامل، نظرياً وعملياً وقانونياً، بدون دار نشر، ٢٠٠٨.

د/ أحمد محمد الهوارى: حماية العاقد الضعيف فى القانون الدولى الخاص، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.

د/ إسماعيل غانم: النظرية العامة للحق، ط٢، ١٩٥٨.

د/ أنس محمد عبد الغفار: التعسف فى استعمال الحق، دراسة تأصيلية وتطبيقية فى القانون المدنى والفقه الإسلامى، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق – جامعة طنطا، العدد الثامن والأربعون، أبريل ٢٠٠٩.

أ/ بسام عاطف المهتار، مايا سليت مشرفية: الضمانة غب الطلب، آلية دفعها – تعطيل الآلية – مسئولية المصارف، دراسة مقارنة، منشورات الحلبى الحقوقية، ٢٠٠٩.

د/ توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية، بدون دار نشر، ١٩٨١، ط٢.

د/ جلال وفاء محمدين: قانون التجارة البحرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٧.

د/ حسن كيره: المدخل إلى القانون، (النظرية العامة للقاعدة القانونية – النظرية العامة للحق)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط٦، ١٩٩٣.

د/ حسين فتحى عثمان: التنظيم القانونى للحسابات والائتمانات المصرفية، مطبعة جامعة طنطا، ٢٠٠٩.

د/ خليل فيكتور تادرس: مبدأ الاستقلال فى خطاب الضمان الدولى وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٩٥، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.

د/ رضا السيد عبد الحميد: عمليات البنوك ذات الطابع الدولى، ط١، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.

د/ رضا عبيد: القانون التجارى، بدون دار نشر، ط٥، ١٩٨٤.
د/ سعودى سرحان: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
د/ سليمان مرقص: المسئولية المدنية، دار النشر للجامعات، ١٩٥٨.
د/ سميحة القليوبى: الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
د/ سميحة القليوبى: النظام القانونى لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف وبالنسبة إلى الغير، الشركة المصرية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٧٣.
د/ سميحة القليوبى: المنظمات الدولية، اتفاقية الأمم المتحدة فى شان الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ط٢.
أ/ سميرة أبو نسيم: خطابات الضمان، دراسة مقارنة بين الأنظمة القانونية فى مصر والمغرب وفرنسا، رسالة ماجستير، حقوق طنطا، ٢٠٠٩.
د/ صالح محمد بدر الدين: المسئولية عن نقل النفايات الخطرة فى القانون الدولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
د/ صليب بطرس & م/ ياقوت العشماوى: الاعتماد المستندى من المنظور العملى والمنظور القانونى، المركز العربى للصحافة — أهلاً، ١٩٨٤.
د/عبد الحى حجازى: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج٢، ١٩٥٤.
د/عبد الرزاق السنهورى: الوسيط، ج١، نقابة المحامين، ٢٠٠٧.
د/عبد الفضيل محمد أحمد: عمليات البنوك، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٠.
د/ عبد الفضيل محمد أحمد: العقود التجارية وعمليات البنوك طبقا لأحكام القانون رقم ١٧ لسنة ٩٩، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، بدون سنة نشر.
د/عبد المنعم الصدة: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.
د/عبد الودود يحيى: دروس فى المدخل لدراسة القانون.

د/ على الأمير إبراهيم: التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتماد المستندى فى عقود التجارة الدولية ومسئوليته، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.

د/ على البارودى: العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر.

د/على جمال الدين عوض: خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، ١٩٩١م.

د/على يونس: أصول القانون البحرى، ١٩٩٧.

د/ فايز نعيم رضوان: العقود التجارية وعمليات البنوك طبقا لأحكام قانون التجارة الجديد ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، ط٢، ٢٠٠٠- ٢٠٠١.

د/ كمال حمدى: القانون البحرى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧.

د/ محمد السعيد رشدى: التعسف فى استعمال الحق، دار النهضة العربية، ١٩٩١.

د/ محمد شوقى السيد: التعسف فى استعمال الحق، الهيئة المصرية للكتاب، ١٩٧٩.

م/ محمد عزمى البكرى: موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد، المجلد الثانى، الالتزامات والعقود التجارية، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، بدون سنة نشر.

د/ محمد فريد العرينى & د/ على البارودى: القانون التجارى، العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠١٠.

د/ محمود سمير الشرقاوى: القانون البحرى، ط٤، ١٩٩٣.

د/ محمود مختار أحمد بريرى: قانون المعاملات التجارية، عمليات البنوك، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.

د/ محمود مختار أحمد بريرى: قانون التجارة البحرية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.

د/ محيى الدين إسماعيل علم الدين: العمليات الائتمانية فى البنوك وضماناتها، بدون دار نشر، ١٩٦٨.

د/ مصطفى كمال طه: القانون البحرى الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٥.

د/ نبيلة رسلان & د/مصطفى أبو عمرو: نظرية الحق، مطبعة جامعة طنطا، ٢٠٠٦.

د/ هانى محمد دويدار: أصول القانون التجارى اللبنانى، العقود التجارية، والعمليات المصرفية، الجزء الثالث، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

د/ هانى محمد دويدار: أصول القانون التجارى اللبنانى، العقود التجارية والعمليات المصرفية، ج٣، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

AFFAKI G. : L'unification internationale du droit des garanties indépendantes, thèse, Paris II, 1995.

BORGA N.: La qualification de garantie autonome, mémoire D.E.A, Lyon 3.

CABRILLAC M. et MOULY Ch.: Droit des sûretés, Litec, 1999.

CHARTIER F.: Evolution de la jurisprudence en matière de garanties à première demande, Banque, 1987.

CONTAMINE-RAYNAUD M.: Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français: Aspects actuels du droit commercial français, Etudes affertes à René Roblot, L.G.D.J., 1984.

DELEBECQUE Ph. et SIMLER Ph.: Les sûretés, la publicité foncière, PUF, 2004.

DELEBEQUE ph. : Les garanties autonômes en droit interne, Bul.civ, 1992, p.374.

DIXON W.: The diminution of the autonomy principle, Thomson Legal Regulatory, 2004.

EISEMAN F. : Arbitrage et garantie contractuelle, R.A, 1972, p.379.

FLOUR J. & AUBERT J.-L.: Les obligations, le fait juridique, Armand Colin, 8éd, 1999.

GAVALDA Ch. et STOUFFLET J.: La lettre de garantie internationale, RTD. Com, 1980.

GHESTIN J., GOUBEAUX G. & FABRE-MAGNAN M.: Traité de droit civil, introduction générale, 4éd, LGDJ, Paris, 1994.

GOBIN A. : Garanties financières et garanties autonômes, Gaz.pal, 17 décembre, 1999, p.30.

HOUIN – BRESSAND C.: Les contre-garanties, thèse, panthéon- Assas (Paris II), Dalloz, 2006.

JOSSERAND L.: De l'esprit des droits et leur relativité, théorie dite de l'abus des droits, Dalloz, Paris, 1969.

LANG R. et RAYNAUD C.: Droit bancaire, Dalloz, 6^{e} éd, 1995.

LECHIEN D.: Les sûretés internationales (Etats – Unies Amériques), 1986.

MALAURIE Ph.: Note sur l'arrêt de Cour de cassation rendue en 22 fév, 1968, Dalloz, 1968.

MESTRE J., PUTMAN E. & BILLIAU M. : Traité de droit civil, droit commun des sûretés réelles, L.G.D.J., 1997.

MOATTI L.: La garantie bancaire à première demande dans les opérations de commerce international, Journ – des notaires et des avocats, 1989.

PIEDELIEVRE S. : Les nouvelles règles de la CCI relatives aux garanties à première demande, RTD com, 2010, p.513.

PRÛM A.: Les garanties à première demande, essai sur l'autonomie, Litec, Paris, 1994.

PRÛM. A.: Les garanties bancaires à première demande, essai sur l'autonomie, Litec, 1994.

PRUM A. : La consecration légale des garanties autonômes, in Mélanges P. SIMLER, Litec, 2006, p.413.

RIPERT G.: La règle morale dans les obligations civiles, Paris, LGDJ, 1949.

RIPERT G.: Abus ou relativité des droits, Rev. crit, lègisl, 1929.

SIMLER Ph.: Cautionnement et garanties autonômes, Litec, 3e éd, 2000.

SIMLER ph.: Cautionnement et garanties autonômes, litec, 3e éd, 2002.

SIMLER ph. : Apropos des garanties autonômes en droit interne souscrite par des personnes physiques, J.C.P, 1991, p.90.

SIMONT L.: Les garanties indépendantes, rev. de la Banque, 1983.

STOUFFLET J. : La convention des Nations-Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, RD bancaire, 1995, p.132 et s.

STRACK B.: Les obligations, 6e, Litec, n° 315.

TERRE F., SIMLER Ph. & LEQUETTE Y. : Droit civil, les obligations, Dalloz, 6éd, 1996.

VASSEUR M. : Dix ans de jurisprudence française relative aux garanties indépendantes, 1990.