مجلة جامعة الملك سعود، م٢٣، الأنظمة والعلوم السياسية (١)، ص ص ١- ٥٢، الرياض (٢٠١١م/ ١٤٣٢هـ)

استقلال ونهائية خطاب الضمان
في ضوء قواعد التجارة الدولية الموحدة

عصام حنفي محمود

قسم القانون التجاري، كلية الأنظمة والعلوم السياسية

جامعة الملك سعود

(قدم للنشر في ١٤٣١/١/٥هـ؛ وقبل للنشر في ١٤٣١/٤/٢٨هـ)

ملخص. نظرا لأهمية خطاب الضمان فى الميدان القانونى ، والدليل على ذلك الاشكالات التى يثيرها فى الحياة العملية ، ونظرا لأن إستعمال خطاب الضمان بصوره المختلفة أصبح شائعا فى أنحاء العالم وخاصة فى التجارة الدولية بين الشركات والبنوك ، كان من الضرورى البحث فى نظام خطاب الضمان من ناحية استقلاله ونهائيته . وقد سمح تحديد تعريف خطاب الضمان بإبراز التزام البنك المستقل والنهائى والبات فى خطاب الضمان كما تبين أن اهمية خطاب الضمان على الصعيد الداخلى والخارجى أمر ثابت وغير مشكوك فيه. وعند بيان التزام البنك المستقل تبين أن التزام البنك ليس تابعا لألتزام العميل فى وجوده وصحته ، ومن اهم نتائج التزام البنك المستقل قبل المستفيد استخلص أنه يمتنع على البنك التمسك بالمقاصة بين دين على المستفيد للعميل وبين قيمة خطاب الضمان ، كم لا يجوز للبنك التمسك بالمقاصة فى مواجهة المستفيد بدين مستحق للبنك فى ذمة العميل ، بيد أنه يجوز التمسك بالمقاصة بين دين على المستفيد للبنك – ناشئ بسبب علاقة اخرى بينهما — وبين قيمة خطاب الضمان ،ورغم ألاستقرار على استقلال التزام البنك إلا أن هذا الاستقلال يتراجع فى حالة غش المستفيد فى طلبه خطاب الضمان . وفى التزام البنك البات والنهائى فى خطاب الضمان تبين أنه بمجرد إصدار خطاب الضمان ووصوله إلى علم المستفيد ولم يرفضه ، أصبح حق المستفيد على الخطاب نهائيا لا رجوع فيه إلا إذا اتفق على غير ذلك فى نصوص خطاب الضمان وعبارات . ومما لا شك فيه أن اعتبار التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان مستقلا وباتا فى مواجهة المستفيد يجعل الخطاب صالحا لتأدية الوظيفة التى نشأ من أجله

مقدمة

تمارس البنوك التجارية وظائف تقليدية هدفها تحقيق الربح باعتبارها مؤسسات مالية ذات ملكية خاصة، هذه الوظائف تعتمد البنوك فيها على مزاولة عمليات الائتمان قصيرة الأجل كتلقي الودائع من الأفراد والمشروعات، وتقديم القروض القصيرة الأجل أيضاً

للمشروعات التجارية والصناعية لسد حاجتها من رؤوس الأموال، وإصدار الشيكات وخصم الكمبيالات والسندات الإذنية والشيكات نيابة عن عملائها، وإصدار البطاقات الإئتمانية، وفتح الاعتمادات البسيطة والمستندية، وإجراء التحويل المصرفي وتأجير الخزائن الحديدية وإصدار خطابات الضمان وغير ذلك من الوظائف التقليدية.

ولم ينص قانون التجارة الملغي الصادر عام ١٨٨٣ عن عمليات البنوك عموماً، بل اكتفي بالإشارة إليها في المادة الثانية التي تحدد الأعمال التجارية فذكر منها" أعمال الصرافة" ،"وجميع معاملات البنوك العمومية" وعذر المشرع في ذلك أنه لم يكن للبنوك عند وضع المجموعة التجارية الملغاة مالها من شأن في الوقت الحاضر، إذ كانت وظيفتها تقتصر على عمليات الصرف وتجارة النقود، ولم يدر بخلد الشارع أنها ستكون في يوم ما عماد الاقتصاد القومي في البلاد.

وقبل صدور قانون التجارة الحالي رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، صدرت بعض التشريعات الخاصة بتنظيم البنوك وعلاقتها بالبنك المركزي، دون أن تتناول تنظيم العمليات المصرفية ذاتها منها القانون ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ في شأن البنك المركزي والجهاز المصرفي، وتضمن إيضاح أعمال البنوك التجارية، حيث نصت المادة الخامسة عشر منه على أنه" يقصد بالبنوك التجارية تلك التي تقوم بصفة معتادة بقبول ودائع عند الطلب أو لأجال محددة وتزاول عمليات التمويل الداخلي والخارجي وخدمته بما يحقق أهداف خطة التنمية وسياسة الدولة ودعم الاقتصاد القومي. وهي التي تباشر عمليات تنمية الادخار والاستثمار المالي في الداخل والخارج بما في ذلك المساهمة في إنشاء المشروعات، وما يتطلبه من عمليات مصرفية وتجارية ومالية وفقاً للأوضاع التي يقررها البنك المركزي".

كما عرفت المادة ١٧ من ذات القانون بنوك الاستثمار والأعمال بأنها" تلك التي تباشر عمليات تتصل بتجميع وتنمية المدخرات لخدمة الاستثمار وفقاً لخطط التنمية الاقتصادية وسياسات دعم الاقتصاد القومي، ويجوز لها أن تنشئ في هذا المجال شركات الاستثمار أو شركات أخري تزاول اوجه النشاط الاقتصادي المختلفة كما يكون لها أن تقوم بعمليات تجارة مصر الخارجية.

وفيما يتعلق بالبنوك المتخصصة غير التجارية فقد عرفتها المادة ٤٣ من القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ في شان البنوك والائتمان بأنها" البنوك التي يكون عملها الرئيسي التمويل العقاري أو الزراعي أو الصناعي والتي لا يكون قبول الودائع تحت الطلب من اوجه نشاطها الأساسية" ومن الأمثلة على البنوك غير المتخصصة بنك التنمية الصناعية، وبنك التنمية الزراعية، وبنك تنمية الصادرات.

أما القانون المدني رقم ١٣١الصادر عام ١٩٤٨ فلم ينص على عمليات البنوك إلا الحساب الجاري في المادة ٢٣٣ دون تنظيمه.

وقد اكمل القضاء المصري والفقه في ظل المجموعة التجارية الملغاة هذا النقص بوضع أحكام للودائع المصرفية والحساب الجاري والاعتمادات، والخصم والكفالة، وتأجير الخزائن الحديدية، وغيرها. وقد استخلص هذه الأحكام مما درج عليه العرف المصرفي.

وجاء قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ونظم عمليات البنوك، حيث كانت هناك فرصة لواضعي هذا القانون لتنظيم هذه العمليات. وقد احتلت عمليات البنوك الباب الثالث منه، في المواد من ٣٠٠ إلى ٣٧٧، فبدأ بوديعة النقود (المادة ٣٠١ إلى المادة ٣١٥) وتأجير الخزائن (المادة ٣١٦ إلى ٣٢٣) ورهن الأوراق المالية (المادة ٣٢٤ إلى المادة ٣٢٨) والنقل المصرفي (المادة ٣٢٩ إلى ٣٣٧) والاعتماد العادي (المادة ٣٣٨ إلى ٣٤٠) وخص الاعتماد المستندى بالمواد من (٣٤١ إلى ٣٥٤) وخص خطابات الضمان من المواد (٣٥٥إلى ٣٦٠) ثم أفرد للحساب الجاري المواد من (٣٦١ إلى ٣٧٧).

وقد أخذ المشرع في هذه المواد بالراجح في القضاء والفقه المصري والفرنسي، وما تأخذ به غرفة التجارة الدولية بباريس في قواعدها، وهو ما يتفق مع بعض التشريعات العربية والأجنبية ، لما لهذه العمليات من عالمية التحول، نتيجة تشابك المشكلات، خاصة الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان. فالتجارة جارتان، داخلية وخارجية، تجري الأولي داخل حدود إقليم دولة معينة، وتجاوز التجارة الخارجية هذه الحدود حيث تقع بين دولتين أو أكثر، وإذا كانت القوانين الداخلية تسري على التجارة الداخلية مراعاة لسيادة الدول ومراعاة لحاجتها التجارية وظروفها الاقتصادية، فمن غير المقبول أن تطبق هذه القوانين ذاتها على التجارة الخارجية التي تجري في مجال دولي فتواجه ظروفاً مختلفة. كما أن ترك التجارة الخارجية لسلطان القوانين الوطنية وسيادتها من شانه إشاعة القلق في التعامل الدولي وعدم الاستقرار والتخوف، وهو أحوج إلى الاستقرار والثقة (شفيق ، ١٩٧٤) ، خاصة لدول العالم النامي التي ترغب في إقامة علاقات دولية تدعيماً لاقتصادها.

فعدم الثقة وعدم الاستقرار والتخوف والقلق ليس في صالح التجارة الدولية، لذلك دارت الجهود لتوحيد قواعد القانون الدولي الخاص، بحيث يسند الفصل في النزاع إلى قانون واحد تعينه القاعدة الموحدة . لذلك ظهرت المنظمات والهيئات التي تهدف إلى توحيد قانون التجارة الدولية، وتهدف هذه المنظمات إما إلى توحيد قاعدة الإسناد في مجال القانون الدولي الخاص عند تنازع القوانين التي تحكم علاقة معينة، أو قد تهدف جهود هذه المنظمات إلى توحيد القواعد الموضوعية التي تحكم العلاقات القانونية لتحل محل القواعد الوطنية وتقضي بالتالي على التنازع بينهما (الشرقاوي ، ١٩٩٧). من هذه المنظمات غرفة التجارة

الدولية بباريس، ولجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة.

فقد وضعت غرفة التجارة الدولية مجموعة من القواعد الموحدة تحكم الاعتمادات المستندية نظراً لانتشارها في مجال التجارة الدولية، وقد بدأت محاولات الغرفة في هذا الشأن عام ١٩٣٣، وقد عدلت هذه القواعد التي تحكم الاعتمادات المستندية عدة مرات في أعوام ١٩٥١و١٩٦٢و١٩٧٤و١٩٨٣ وأخيراً في عام ١٩٩٣.

وتعرف القواعد الموحدة للاعتمادات المستندية في صورتها الأخيرة باسم" القواعد والعادات الموحدة UcP 500٥٠٠" وهو رقم النشرة المتضمنة لهذه القواعد والصادرة عن غرفة التجارة الدولية، وبدأ العمل بها في أول يناير ١٩٩٤. ويعتبر النص الإنجليزي لهذه القواعد هو النص الملزم، وتلقي هذه القواعد قبولاً واسعاً (الشرقاوي، ١٩٩٧).

ولما كان خطابات الضمان من العمليات التي تنتشر في التجارة الدولية أيضاً، فقد وضعت غرفة التجارة الدولية له قواعد موحدة تحمل رقم ٥٢٤ لعام ١٩٨٦ تحت مسمي القواعد الموحدة لخطابات الضمان وال Bonds (عوض، ١٩٨٩؛ القليوبي، ٢٠٠٢)، ثم أصدرت غرفة التجارة الدولية بباريس القواعد الموحدة لضمانات العقود بالكتيب رقم ٣٢٥ (علم الدين، ١٩٩٣) ،ثم بعد ذلك القواعد الموحدة لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب (les Regales uniformes de garanties sur demande) الكتيب رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٩٢، وهناك قواعد قريبة الشبة وهي قواعد الأونسترال الخاصة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة وضعتها لجنة التجارة الدولية للأمم المتحدة عام ١٩٩٥ (عوض ، ٢٠٠٠).

وفى المملكة العربية السعودية لم يضع نظام المحكمة التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٢ وتاريخ ١٥ محرم ١٣٥٠ه والذي يعتبر بمثابة تقنين التجارة السعودي ، تنظيم لعمليات البنوك ومنها خطاب الضمان ، نظرا لأنه وقت وضع نظام المحكمة التجارية لم يكن للبنوك الأهمية التي تحتلها ألان ، كما انه كان يتبع التقنين الفرنسي في ذلك الوقت الذي لم يكن هو أيضا ينظم عمليات البنوك.

وقد صدر في المملكة العربية السعودية نظام مراقبة البنوك بالمرسوم الملكي م/ ٥ وتاريخ١٣٨٦/٢/٢٢ ه، ويلاحظ على هذا النظام انه وان كان لم يضع تنظيما لعمليات البنوك وبالتالي لم يضع تنظيما لخطاب الضمان إلا انه حرص في المادة الأولى منه على بيان المقصود باصطلاح عمليات البنوك أو العمليات المصرفية بأنها " أعمال تسلم النقود كودائع جارية أو ثابتة ، وفتح الحسابات الجارية ، وفتح الاعتمادات ، وإصدار خطابات الضمان ، ودفع وتحصيل الشيكات أو الأوامر أو اذون الصرف وغيرها من الأوراق ذات القيمة ، وخصم السندات

والكمبيالات وغيرها من الأوراق التجارية ، وأعمال الصرف الاجنبى ، وغيرها من أعمال البنوك

يتضح من ذلك أن نظام مراقبة البنوك وان ذكر المقصود بعمليات البنوك إلا أن ذلك كان على سبيل التعداد ولم يضع تنظيما للأحكام المتعلقة بهذه العمليات.

ونظرا لعدم وجود تنظيم يوضح الأحكام المتعلقة بعمليات البنوك في المملكة ومنها خطاب الضمان فان هذه العمليات تظل محكومة بقواعد العرف المصرف والعادات التجارة التي درجت البنوك عليها في تعاملها فيما بينها ، أو بينها ونين عملائها. والواقع انه لا تكاد تختلف القواعد التي تحكم عمليات البنوك في المملكة ومنها خطاب الضمان عنها في الدول الأخرى التي تضع تنظيما لهذه العمليات لأنها تستمد في الغالب من القواعد والعادات التي استخلصها الفقه والقضاء المقارن وقواعد التجارة الدولية الموحدة وكذلك القواعد التي وضعتها غرفة التجارة الدولية.

وقد اهتمت تشريعات الدول العربية ومنها مصر بتنظيم أحكام خطاب الضمان ضمن عمليات البنوك ، وتكاد أن تكون تشريعاتها موحدة في هذا المجال ، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى آن موضوع خطاب الضمان يتم غالبا في ظروف متشابهة وعلى صعيد دولي ، كما آن مصادر هذا الموضوع تكاد آن تكون واحدة وهى قواعد التجارة الدولية الموحدة.

ونظراً لأهمية موضوع خطاب الضمان في الحياة القانونية والعملية، وكثرة الإشكالات التي يثيرها في العمل، ونظراً كذلك لأن استعمال خطاب الضمان بصوره المختلفة اصبح شائعاً في أنحاء العالم وخاصة في التجارة الدولية بين الشركات والبنوك، ولذا صدر قانون التجارة رقم ١٧ لسنة١٩٩٩ ما يحمله من أحكام متميزة لخطاب الضمان استقاها من قواعد العرف الساري في العمل والقواعد الدولية المطبقة في هذا المجال، وأحال القانون إلى هذه القواعد عندما لا يتضمن نصاً بشأن مسألة معينة في هذا الشأن.

لذلك فضلنا بحث موضوع خطاب الضمان من ناحية استقلال ونهائية الخطاب، لما له من أهمية قانونية وعملية، خاصةً بعد صدور قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، لنقف على مدى إمكانية تطبيق القواعد والعادات الدولية المتعلقة بخطاب الضمان وفقاً لنص المادة ٢/٣٥٥ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والتي نصت على انه" تسري فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف في هذا الفرع القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان".

ولمعالجة هذا الموضوع قمنا بتقسيمه إلى فصلين. نخصص الفصل الأول لبيان ماهية خطاب الضمان من حيث تعريفه وأهميته القانونية والعملية كم سيتم توضيح غطاء خطاب الضمان. أما في الفصل الثاني سنتحدث عن التزام البنك المستقل والنهائي في خطاب الضمان حيث يقسم إلى مبحثين نخصص الأول لبيان

استقلال التزام البنك وفقاً لقانون التجارة والقواعد الموحدة والقضاء ثم نبين النتائج المترتبة علي استقلال التزام البنك ثم نوضح أثر الغش علي استقلال التزام البنك ونخصص الثاني لبيان مدى التزام البنك في خطاب الضمان ، من خلال بيان اثر الغش في خطاب الضمان ، والتزام البات والنهائي.

وعلى ذلك يتم الموضوع على النحو التالي:

الفصل الأول: ماهية خطاب الضمان.

الفصل الثاني: التزام البنك المستقل والنهائي في خطاب الضمان.

الفصل الأول: ماهية خطاب الضمان

خطابات الضمان هي في حقيقتها وكما جرى عليه العرف التجاري أوراق مصرفية لها طابع خاص، تصرف قيمتها لمن حررت لصالحه عند أول طلب دون منازعة من محررها أو من المضمون، وهي بمثابة نقود تحت يد المستفيد ليحصل منها على ما قد يستحق له قبل المضمون في العقد المتفرع عنه هذا الضمان وهي بهذه الصفة تسهل التعاقد مع الأشخاص غير المليئين الذين يخشى إخلالهم بالتزاماتهم وعدم وجود مال لديهم للرجوع عليهم بما يستحق في ذمتهم ٠فتكون قيمة خطاب الضمان التي يحددها المستفيد منها هي المشجع له على التعاقد حتى يجد مالاً محققاً خالياً من النزاع يحصل عليه بمجرد الطلب للوفاء بمطلوبة قبل المضمون. ولا شك أنه إذا أبيحت المنازعة في صرف قيمة خطاب الضمان عند الطلب لفقد هذا الخطاب أهميته العملية ولشل حركة المعاملات التجارية.

وخطابات الضمان تحمل تسميات عديدة منها الضمان المستقل، أو خطابات الاعتماد الضامنة، أو الضمان عند أول طلب، أو الضمان عند الطلب، أو خطاب التعهد كما تسميه بعض البنوك، وقد تسمى ضمانات العقود و (ضمانات الدفعات المقدمة)، وقد تسمى الضمانات النهائية، أو ضمانات العطاءات، وغير ذلك من المسميات.

لذلك يجب بداية تعريف خطاب الضمان وبيان أهميته وغطاءه.

وسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين تاليين:

المبحث الأول: تعريف خطاب الضمان.

المبحث الثاني: أهمية خطاب الضمان ونظام الغطاء المقدم

المبحث الأول: تعريف خطاب الضمان

نتناول في هذا المبحث تعريف خطاب الضمان وفقا لقانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وتعريفه وفقا لقواعد التجارة الدولية، ثم تعريف الفقه والقضاء. وذلك في المطالب الثلاثة التالية.

المطلب الأول: تعريف خطاب الضمان وفقاً لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩

عرف قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ خطاب الضمان في المادة ١/٣٥٥ بأنه "تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص (يسمى الآمر)، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (يسمى المستفيد)، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة".

وهـذا التعريـف الـذي وضـعه المـشرع في قـانون التجارة يتطلب عدة ملاحظات عليه هي:

١- انه يشمل كافة أنواع وتسميات خطابات الضمان مثل خطابات الضمان الجمركية، خطابات الضمان الملاحية، وخطابات ضمان المناقصات والمزايدات، وخطاب الضمان النهائي، وخطاب ضمان الدفعات المقدمة، وخطابات الضمات التي تطلبها مصلحة الجمارك من المخلص الجمركي أو أصحاب المستودعات، وخطابات الضمان التي تطلبها مصلحة الموانى والمنائر من شركات الملاحة، وخطابات الضمان التي تطلب من الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية مثل السمسرة وغيرها. فالبنك قد يصدر الخطاب بقصد ضمان حسن التنفيذ والذي يطلق عليه خطاب الضمان النهائي (الشرقاوي، ١٩٨١)، أو لضمان استرداد المقدمات الموافق عليها من الجهة المستفيدة وقد يكون خطاب الضمان ابتدائياً أو مؤقتاً عندما يتعلق بالعطاءات التي تقدم للمصالح الحكومية والهيئات العامة، كما قد يكون الخطاب بقصد ضمان مقاولي الباطن ضد عدم ملاءتهم في مواجهة المقاول الأصلي (القليوبي، ٢٠٠٠)، فهناك أغراض كثيرة يستخدم فيها خطاب الضمان.

٢- يجعل هذا التعريف التزام البنك مستقلاً وباتاً ونهائياً في مواجهة المستفيد، لأن البنك يلتزم بالدفع إذا طلب المستفيد منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة، فلا يجوز للبنك الضامن أن يمتنع عن الوفاء استناداً إلى سبب مستمد من عقده الأساسي، علاقته بالآمر، لاستقلال العلاقات عن بعضها، ولا استناداً إلى أوامر من العميل، أو لوجود دفع أو سبب مستمد من العقد الأصلي بين العميل والمستفيد (دالوز سيرى ، ١٩٨٨) [(١)]، فهذا الاستقلال والنهائية هي روح خطاب الضمان ولبه.

٣- يتضح من هذا التعريف أن خطاب الضمان في جوهرة تعهد مكتوب، لذلك فإن المرجع لهذه الكتابة أن يفرض فيها توافر شرط الكفاية الذاتية، حيث يجب أن تكون عبارات الخطاب ومصطلحاته دقيقة ومنضبطة وكافية بذاتها لبيان مضمون ومدى التزامات الأطراف فيها.

٤- برغم أن المشرع ينص على أن خطاب الضمان يصدر من البنك، إلا أنه لا مانع من صدوره من غير البنك، أي من فرد أو شخص اعتباري، كشركة أم أو شركة قابضة تصدره لضمان شركة وليدة، وذلك تماشياً مع القواعد الدولية في الضمانات الصادرة من غرفة التجارة الدولية بباريس ولجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة والتي تجمع على أن من يصدر الضمان يمكن أن

(١) نقـض فرنـسي تجـاري ٢ فبرايـر ١٩٨٨- دالـوز سـيرى ١٩٨٨ الملخص ص٢٣٩ مع تعليق فاسبر وبنك ١٩٨٨-١٣٣ مع تعليق كنطامين رينو.

يكون غير بنك سواء كان شركة تأمين أو مؤسسة مالية أخري أو أية شركة أو هيئة أو شخص طبيعي. ويبدو أن المشرع المصري قنن الغالب في التجارة الدولية، إذ غالبا ما يصدر هذا الضمان من بنك باعتباره صورة من صور الاعتماد.

٥-لم يكتف المشرع بتعريف خطاب الضمان وبيان بعض أحكامه وإنما نص في الفقرة الثانية من المادة ٣٥٥ على أن" تسري فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف في هذا الفرع القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان".

ونظراً لكثرة القواعد الموحدة المتعلقة بخطاب الضمان الصادرة من غرفة التجارة الدولية ولجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة- كما سبق أن ذكرنا- كان يجب على المشرع الاكتفاء بأحد هذه القواعد ولتكن القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب والصادرة بالكتيب رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٩٢، أو القواعد التي أصدرتها لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة والمسماة باتفاقية أونسترال الخاصة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة الصادرة عام ١٩٩٥، أو تطبيق الاثنين معا نظراً لحداثة إصدارهما.

ولكن يبدو أن المشرع ترك ذلك لحرية الأفراد في اختيار القواعد التي تتناسب مع طبيعة خطاب الضمان الذي يرغبون في إصداره. ويجب مراعاة أن هذه القواعد و العادات المتعارف عليها في المعاملات الدولية لا تستمد صفة الالتزام بها إلا إذا التجاء إليها الأطراف، حيث أنها تتضمن قواعد مكملة ومفسرة لإرادة المتعاقدين (القليوبي، ١٩٩٩). وذلك على خلاف ما قد يوحي به نص المادة ٣٥٥في فقرتها الثانية.

فمثلاً القواعد الموحدة للضمانات عند الطلب الصادرة من غرفة التجارة الدولية بباريس رقم ٤٨٨عند التطبيق العملي لا يكون الخضوع لها نهائياً وقطعياً وإنما اختيارياً للأفراد لأنه لا يكون لها إلا الصفة المكملة (ريبير وربلو ،١٩٩٦).

المطلب الثاني: تعريف خطاب الضمان وفقاً للقواعد الموحدة السائدة في المعاملات الدولية

أولا: التعريف وفقا لقواعد الموحدة لخطابات الضمان والـ Bonds الصادرة في ١٩٨٦/٥/٢٣ (عوض، ١٩٨٩): نصت المادة الثانية من هذه القواعد على انه يقصد بلفظ" ضمان" المستخدمة فيما بعد: عرض، غطاء، تنفيذ، دفعة مقدمة، الدفع المقدم، الدفع مع تطور الأعمال، تحريك الدين، الحبس، ضمانات الصيانة، والضمانات التي تحمل أوصافاً أخرى والتي تصدر بناء على تعليمات الآمر بالنظر إلى عقد أو عقد من باطن، أو اتفاق أو أي تعهدات أخري.

ويبدو من نص المادة الثانية أن هذه القواعد تنطبق على كل أنواع خطابات الضمان أياً كان الوصف الذي يحمله الضمان طالما يندرج تحت تعريف خطابات

الضمان الوارد في المادة الرابعة من هذه القواعد والتي تقرر بأنه " تعتبر خطابات الضمان بطبيعتها تعهدات غير قابلة للرجوع فيها(نهائية) ومنفصلة عن العقد أو العقود التي ترتكز عليها ولا تعتد البنوك بأي طريق بهذا العقد أو العقود أو تلتزم بها بغض النظر عن أي إشارة كانت مدرجة في هذه الخطابات إلى هذا العقد أو العقود".

يتضح أيضاً أن هذا التعريف يوضح التزام البنك المستقل والنهائي عن العقد الأصلي الذي يرتكز عليه خطاب الضمان.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن المهم هو أن البنك يتعهد بدفع مبلغ نقدي بشكل مستقل وبات(نهائي) بدون إحالة إلى العقد الأصلي أو الرجوع إلى العقد الأصلي (مجلة الأسبوع القانوني، ١٩٩٣).[٢]

ثانيا: التعريف وفقا للقواعد الموحدة لضمانات العقود الصادرة بالكتيب رقم ٢٣٥ (علم الدين، ١٩٩٣): نصت المادة الأولى من هذه القواعد على أنه "هذه القواعد تنطبق على أي ضمان أو خطاب ضمان أو تعويض أو تأمين أو أي تعهد مشابه أياً كانت تسميته أو وصفه"ضمان" يذكر فيه أنه خاضع للقواعد الموحدة لضمانات العطاءات أو الضمانات النهائية أو ضمانات الدفعات المقدمة(ضمانات العقود) الخاصة بالغرفة التجارية الدولية (لمنشور رقم ٣٢٥) وتكون ملزمة لكل الأطراف فيها ما لم يذكر صراحة غير ذلك في الضمان أو أي تعديل له".

يستخلص من هذه المادة أن هذه القواعد تسري على كل خطابات الضمان أياً كان وصفها طالما ذكر فيها أنها تخضع للقواعد الموحدة لضمانات العطاءات أو الضمانات النهائية أو ضمانات الدفعة المقدمة الخاصة بغرفة التجارة الدولية والمنشورة برقم ٣٢٥، والسبب في هذا التعداد هو أن هذه القواعد اكتفت في تعريفها لخطابات الضمان بهذه الأنواع الثلاثة فقط.

كما عرفت المادة الثانية من هذه القواعد ضمان العطاء بأنه يعني "تعهد معطي بواسطة بنك أو شركة تأمين أو طرف أخر(الضامن) بناء على طلب مقدم عطاء (الأصيل) ومعطي بناء على تعليمات بنك أو شركة تأمين أو طرف أخر طلب إليه بواسطة الأصيل (الطرف معطي التعليمات) إلى طرف داع إلى تقديم العطاءات (المستفيد) بمقتضاه يتعهد الضامن – في حالة إخفاق الأصيل في الالتزامات الناشئة عن تقديم العطاء- بأن يدفع إلى المستفيد في حدود مبلغ معين من النقود".

وضمان الغطاء هو المعروف باسم خطاب الضمان الإبتدائى أو المؤقت وذلك عندما يتعلق بالعطاءات التي تقدم للمصالح الحكومية والهيئات العامة بنسب مئوية تتراوح ما بين ١ إلى ٢٪ من قيمة

(٢) نقض تجاري ٣ نوفمبر ١٩٩٢- مجلة الاسبوع القانونى ١٩٩٣- ٢-٢٢٠٨٢- نشرة المؤسسة ص ٤٥٤ مع تعليق جافوب ، أيضاً دالوز ١٩٩٥- ٢٠٩ مع تعليق اينيس.

العطاء المقدم (الشرقاوي، ١٩٨١) ، حيث تبدأ علاقة العميل بالمستفيد بطرح المناقصة أو المزايدة ليتقدم المقاولون بعطاءاتهم فيها. حتى تضمن الجهة طارحة المناقصة أو المزايدة عدم تراجع مقدم العطاء إذا تغيرت الأسعار أو تبين خطأ في تقديره، تشترط تقديم أوراق مالية أو خطاب ضمان بنسبة معينة من قيمة العطاء.

وعرفت المادة الثانية من هذه القواعد الضمان النهائي بأنه "يعني تعهد معطي بواسطة بنك أو شركة تأمين أو طرف أخر (الضامن) بناء على طلب مورد بضائع أو خدمات أو مقاول أخر (الأصيل) أو معطي بناء على تعليمات بنك أو شركة تأمين أو طرف أخر طلب إليه ذلك بواسطة الأصيل (الطرف معطي التعليمات) إلى مشتر أو رب عمل (المستفيد) بمقتضاه يتعهد الضامن –في حالة إخفاق الأصيل في تنفيذ شروط عقد بين الأصيل وبين المستفيد (العقد) –أن يدفع إلى المستفيد في حدود مبلغ معين من النقود، أو إذا نص على ذلك الضامن، حسب اختيار الضامن، أن يجري ترتيباً لتنفيذ العقد.

وخطاب الضمان النهائي يتعلق بضمان حسن تنفيذ العقد المبرم بين العميل والهيئة أو المصلحة الحكومية، فبعد مرحلة فحص العطاءات ورسو العطاء على العميل، يوقع مع الجهة صاحبة المناقصة أو المزايدة عقداً، ويقدم لها تأميناً نهائياً أو خطاباً مصرفياً بضمان حسن تنفيذ العملية. وله أن يسترد ما أودعه من تأمين عندما ينهض إلى تنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه (عوض، ٢٠٠٠).

وتنص المادة ٧٠ فقرة ٥ من ألائحة التنفيذية للقانون المصري رقم ٨٩لسنة ١٩٩٨فى شأن المناقصات والمزايدات أنه " إذا كان خطاب الضمان محدد المدة فيجب ألا يقل مدة سريانه عن ثلاثين يوما على الأقل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاءات ٠ وبالنسبة للتأمين النهائي يكون سريان خطاب الضمان لمدة تبدءا من وقت إصداره إلى ما بعد انتهاء مدة العقد بثلاثة أشهر إلا إذا اتفق على غير ذلك".

كما تنص المادة ١/١٧ من القانون المصري رقم ٨٩ لسنة ٩٨ في شأن المناقصات والمزايدات على أنه "يجب أن يؤدى مع كل عطاء تأمين مؤقت تحدد الجهة الإدارية مبلغة ضمن شروط الإعلان بما لا يجاوز (٢٪) من القيمة التقديرية ويستبعد كل عطاء غير مصحوب بكامل هذا المبلغ".

كما تنص الفقرة الأولى من المادة ١٨ من القانون المصري رقم ٨٩ لسنة ٩٨ في شأن المناقصات والمزايدات على أنه "على صاحب العطاء المقبول آن يؤدى خلال عشرة أيام – تبدأ من اليوم التالي وإخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه – التأمين النهائي الذي يكمل التأمين المؤقت إلى ما يسوى (٥٪) من قيمة العقد ، وبالنسبة للعقود التي تبرم مع متعاقد في الخارج يكون الأداء خلال ٢٠ يوما".

كما عرفت المادة الثانية للقواعد الموحدة لضمانات العقود الصادرة بالكتيب رقم ٣٢٥ ضمان الدفعات المقدمة بأنه "يعني تعهد معطى بواسطة بنك أو شركة تأمين أو طرف أخر (الضامن) بناء على طلب مورد بضائع أو خدمات أو مقاول أخر (الأصيل) أو معطي بناء على تعليمات بنك أو شركة تأمين أو طرف أخر طلب إليه ذلك بواسطة الأصيل (الطرف معطي التعليمات) إلى مشتر أو رب عمل (المستفيد) بمقتضاه يتعهد الضامن –في حالة إخفاق الأصيل في أن يدفع طبقاً لنصوص وشروط عقد بين الأصيل وبين المستفيد (العقد) أي مبلغ أو مبالغ مسبقة مدفوعة بواسطة المستفيد إلى الأصيل ولم ترد إليه –بأن يدفع إلى المستفيد في حدود مبلغ معين من النقود".

وخطاب ضمان الدفعات المقدمة يقدم إلى الجهة عندما تكون الإمكانيات اللازمة لتنفيذ المشروع كبيرة بالنسبة إلى موارد المقاول، لذلك يطلب من الجهة طارحة المشروع أن تدفع له مقدم عبارة عن جزء من قيمة العملية يساعده على المضي في تنفيذ المشروع، على أن يكون هذا الدفع المقدم مقابل خطاب ضمان بنكي يعتمد بنفس القيمة والعملة وغير مقيد بأي شروط وساري المفعول حتى تاريخ انتهاء تنفيذ العقد (علم الدين، ١٩٩٣).

والجدير بالذكر أن المادة الثانية من هذه القواعد الموحدة عندما عرفت هذه الأنواع من الضمانات، ذكرت أن تعهد البنك يكون بناء على طلب مورد بضائع أو خدمات أو مقاول أخر (الأصل) أو معطي بناء على تعليمات بنك أو شركة تأمين أو طرف أخر طلب إليه ذلك بواسطة الأصيل (الطرف معطي التعليمات) وهو ما يسمي بالضمان المقابل La contre garantie.فهذه القواعد تقر الضمان المباشر والضمان المقابل.

والضمان المقابل يتم إذا أبرم العقد الأساسي في مصر مثلاً، وطلب رب العمل (المستفيد) خطاب ضمان من بنك في بلده مصر، وكان المقاول أجنبياً من بلد أخر، فإن المقاول يلجأ إلى بنك في بلده الأجنبي يطلب منه أن يصدر خطاب ضمان لبنك رب العمل (المستفيد) في بلده مصر، وهذا البنك الأخير يصدر خطاب ضمان مباشرةً إلى رب العمل. فهنا نكون أمام خطابي ضمان: الأول صادر من بنك المقاول (الأصيل) لبنك رب العمل (المستفيد) ويسمي الضمان المقابل، والثاني من بنك رب العمل إلى رب العمل المستفيد ويسمى الضمان المباشر (عوض ، ٢٠٠٠).

فإذا كان العميل مقيماً خارج مصر. فأنه يلجأ إلى البنك الذي يتعامل معه في محل إقامته لإصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد المقيم. غير أن اقتدار البنك الأجنبي قد يكون مجهولاً للمستفيد المقيم. لذلك يعمد البنك الأجنبي أما إلى إصدار خطاب الضمان بنفسه وإرساله إلى أحد مراسليه في مصر للاشتراك معه في الضمان أو يقتصر على أن يطلب من مراسلة المذكور

إصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد نيابة عنه (حبشي، ١٩٦٠).

ولا يودع البنك الأجنبي غطاء لخطاب الضمان لدي البنك المحلي وإنما يتعهد لدى هذا البنك بأن يدفع له كل ما يتحمله من مدفوعات نتيجة لإصدار الخطاب بطريق دفع مقبول عند أول طلب يصدر منه، ويجب أن يكون هذا الضمان غير مشروط، (علم الدين، ١٩٩٣).

ولا تقبل البنوك المحلية عادة إلا خطابات الضمان المصرفية الصادرة من بنوك الدرجة الأولى في الخارج أو يتطلب البنك المحلي من البنك الأجنبي تقديم ضمان مقابل من أحد بنوك الدرجة الأولى في دولته (الشرقاوي، ١٩٨١).

ويقر القضاء بالاستقلال في حالة الضمان المقابل من حيث استقلال هذا الضمان عن الضمان الأول وعن العلاقة الأصلية بين العميل والمستفيد [٣]، ويبدو استقلال كل منهما من حيث نطاق كل منهما، ومدته، والمبلغ الوارد عليه وشروط المطالبة وغير ذلك (دالوز، ١٩٨٤).[٤]

والضمان المقابل معروف في فرنسا في علاقات العمل الخارجية (الدولية) منذ حوالي عام ١٩٧٠ ويعترف به القضاء الفرنسي (دالوز، ١٩٨٣)[٥]، حيث يعطى بواسطة بنك فرنسي لمستفيد أجنبي للمساعدة في إبرام عقد بيع أو مقاولة مع مستثمر فرنسي (المقاول أو البائع)، إذ يعطي هذا الأخير أوامره للبنك الفرنسي لإصدار خطاب ضمان يكون من خلال بنك المستفيد في البلد الأجنبي. وحسن تنفيذ خطاب الضمان المقابل يكون مهما لأجل السمعة الدولية للبنوك الفرنسية (ريبير وربلو، ١٩٩٦).

والجدير بالذكر أيضاً أن نص المادة الثانية للقواعد الموحدة لضمانات العقود رقم ٣٢٥، عندما ذكرت أن تعهد الضامن بدفع مبلغ الضمان يكون في حالة إخفاق الأصيل (العميل) في الوفاء بالتزاماته الناتجة عن العقد الأصلي، إنها لم تقرر ذلك ليكون حقاً من حقوق البنك، لأن التزام البنك مستقل عن العقد الأصلي ونابع من خطاب الضمان، وهذا ما أكدته المادة ١/٣ من ذات القواعد عندما قررت أن الضامن مسئولاً تجاه المستفيد طبقاً للنصوص والشروط المنصوص عليها في الضمان. وإنما ذكرت ذلك ليكون التزاماً على عاتق المستفيد، حيث أنه من المفروض ألا يلجأ إلى طلب الضمان إلا في حالة إخفاق العميل عن الوفاء بالتزاماته وإلا كان طلب الضمان ينطوي على الغش من جانب المستفيد.

---

(٣) نقض مصري الطعن رقم ٧٣٠٤لسنة ٦٣ق جلسة ٢٧ يونية ١٩٩٤ مج ٤٥ ص ١١٢٥.

(٤) نقض تجاري فرنسي ١٣ديسمبر١٩٨٣ –دالوز سيرى ١٩٨٤ ص٤٢٠ مع تعليق فاسير.

(٥) نقض تجاري فرنسي ٢٠ ديسمبر ١٩٨٢ –دالوز ١٩٨٣ ص ٣٦٥ مع تعلق فاسير.

وهذا الحل مكرس لدى المحاكم الفرنسية التي تعتبر آن الضمان يكون معلقاً إذا أثبت العميل الآمر غش المستفيد (دالوز، ١٩٩١ ، مجلة القصر، ١٩٨٦ ، مجلة الأسبوع القانوني ١٩٨٦)[٦]، كما تسلم محكمة النقض الفرنسية بان الطلب التعسفي الظاهر يأخذ نفس حكم الغش ويكون سبباً لرفض طلب تنفيذ الضمان (مجلة الأسبوع القانوني، ١٩٨٧ ،المجلة الربعية التجارية، ١٩٨٧ ، دالوز سيرى، ١٩٨٦).[٧]

ثالثا: التعريف وفقا للقواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب (الكتيب رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٩٢) (عوض ، ٢٠٠٠): نصت المادة الأولى من هذه القواعد على أنه "تنطبق هذه القواعد على كل خطاب ضمان تحت الطلب وتعديلاته يكون قد طلب من البنك الضامن (كما سيتم تعريفه فيما يلي) إصدار خطاب ضمان ينص فيه على خضوعه للقواعد الموحدة لخطابات الضمان تحت الطلب التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية "الكتيب رقم ٤٥٨" وتكون هذه القاعدة ملزمة لكل الأطراف فيما عدا ما ينص عليه خلاف ذلك صراحة في خطاب الضمان أو في أي تعديلات تدخل عليه".

يتضح من ذلك أنه في حالة النص في خطاب الضمان على أن يخضع لهذه القواعد، فعندئذ تكون هذه القواعد ملزمة لكل الأطراف، وهو ذات النص المقرر في القواعد الموحدة لضمانات العقود الصادر بالكتيب رقم ٣٢٥ والسابق ذكرها(المادة الأولى أيضاً).

والجدير بالذكر أنه يجوز استبعاد أي نص من هذه القواعد صراحة فلا ينطبق، وتنطبق النصوص الأخرى التي لم تستبعد ويحل محل النص أو النصوص المستبعدة أحكام الاتفاق أو العرف (عوض، ٢٠٠٠).

والمقصود بالضمان الذي يخضع لهذه القواعد هو الضمان الذي يضمن به البنك عميلة ولا يضمن به نفسه، كما هو الحال بالنسبة لخطابات الضمان وفقاً لقانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (علم الدين، ١٩٩٩) فتخرج الضمانات التي تصدر لحساب مصدرها ذاته، أي التي يصدرها بنك لحساب نفسه، كما لو تعاقد (أ) مع (ب) على عقد معين، وصدر ضمان من بنك لحساب أحد المتعاقدين وليكن (أ)، ولكن من تلقاء نفس البنك الذي ضمن ل (أ) حسن تنفيذ (ب) لالتزامه، فهذه كفالة من البنك للمستفيد (أ) وليس خطاب ضمان (عوض ، ٢٠٠٠) ، ويجب ملاحظة أن هذه الكفالة إذا كانت مستقلة ، أي

(٦) نقض تجاري فرنسى ٦ نوفمبر ١٩٩٠ –دالوز ١٩٩١ ص ١٠٩ ، و نقض تجاري ١١ديسمبر ١٩٨٥ – مجلة القصر ١٩٨٦- ١ ص ٢٨١ ومجلة الاسبوع القانونى ١٩٨٦-٢-٢٠٥٩٣ أيضاً دالوز سيرى-١٩٨٦ص ٢١٣- مع تعليق فاسير.

(٧) نقض تجاري فرنسى ٣٠ يناير ١٩٨٧ –مجلة الاسبوع القانونى ١٩٨٧-٢-٢٠٧٦٤ ، أيضاً دالوز سيرى ١٩٨٧ص ١١٧ مع تعليق فاسير والمجلة الربعية التجارية ١٩٨٧ص ٥٢٤. أيضاً نقض تجاري ١٨ ديسمبر ١٩٩٠- دالوز سيرى –١٩٩١ص ١٩٨ تعليق فاسير.

غير مرهونة بوجود معاملة أصلية أي غير مرتبطة بالعقد الأصلي وغير خاضعة لأي شرط أو حكم غير وارد في نص التعهد فإنها تأخذ حكم خطاب الضمان كما أشارت إلى ذلك مجموعة الأونسترال.

وخطاب الضمان تحت الطلب وفقاً للقواعد الموحدة ٤٥٨ لسنة ١٩٩٢ يعني كما أشارت إلى ذلك المادة ٢/١– أي ضمان أو سند أو تعهد بالدفع أياً كان مسماة أو وصفه صادر من بنك أو شركة تأمين أو أي جهة أو شخص (يشار إليه فيما يلي بالضامن) يتعهد كتابة بأن يدفع مبلغاً محدداً نقدياً عند تقديم ما يتفق مع نصوص الضمان بناء على طلب كتابي بالدفع، وأي مستند أخر أو مستندات (على سبيل المثال شهادة صادرة من معماري أو مهندس، حكم محكمة أو حكم تحكيم حسب ما هو منصوص عليه في الضمان) وهذا التعهد يصدر بناء على:

(١) طلب أو تعليمات وبموجب التزام صادر من شخص (يشار إليه فيما يلي بالأصيل أو الموكل أو الآمر).

(٢) بناء على طلب أو تعليمات وعلى مسئولية بنك أو شركة تأمين أو أي جهة أو شخص يشار إليه فيما يلي بالطرف مصدر للتعليمات أو الضمان المقابل، والذي يتصرف بموجب التعليمات الصادرة من الأصيل إلي أي طرف أخر (يشار إليه فيما يلي بالمستفيد).

يتضح من هذا التعريف ما يلي:

(١) أن خطاب الضمان الذي تنطبق عليه هذه القواعد قد يعني ضمان أو سند أو تعهد بالدفع أياً كان مسماة أو وصفه، طالما كان يندرج تحت تعريف خطاب الضمان كما جاء بهذه القواعد.

(٢) أن خطاب الضمان قد يصدر من بنك أو شركة تأمين أو أي جهة أو شخص طالما يشار إليه بالضامن، فخطاب الضمان وفقاً لهذه القواعد لا يقتصر صدوره في بنك.

(٣) أن التعهد الناتج عن خطاب الضمان يجب أن يكون كتابة، وبصرف النظر عن المصطلح الذي يحمله خطاب الضمان يجب أن تكون هذه الكتابة كافية بذاتها لبيان مضمونه وأن تكون منضبطة العبارات (مجلة القانون البنكي، ١٩٨٨، دالوز سيرى ١٩٨٨، المجلة الربعية القانونية، ١٩٨٨)[٨]، أي أن التعهد الناتج عن خطاب الضمان يتضح من عبارات الخطاب ومصطلحاته، فهو تعهد حرفي شكلي ناتج من عباراته، فالتعهد عند أول طلب يكون تعهداً شكلياً مدققاً وكيفيته تكون محددة في شكل موجز

(٨) نقض تجاري فرنسي ٨ ديسمبر ١٩٨٧ نشرة محكمة النقض ٤ رقم ٢٦١- مجلة القانون البنكى ١٩٨٨ص ٢٦، أيضاً دالوز سيرى ١٩٨٨ ملخص ٢٤٠ مع تعليق فاسير، وبالمجلة الربعية التجارية ١٩٨٨ ص ٤٧٩ مع تعليق كابريك.

واضحة العبارات (مجلو الأسبوع القانوني، ١٩٩٠).[٩]

وليس هناك عبارات أو ألفاظ محددة يجب أن يتضمنها الخطاب بل كل ما يؤدي إلى معناه جائز. فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن [١٠] "حق المستفيد من خطاب الضمان ينشأ من تاريخ وصول الخطاب إليه وعلمه به وطبقاً لما يرد به من عبارات وذلك حتى انتهاء المدة المحددة به....." كما ذهبت أيضاً [١١] إلى القول أن "علاقة البنك بالمستفيد هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل يحكمها خطاب الضمان وحدة وعباراته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها.....".

(٤) خطاب الضمان يجب أن يكون بقصد دفع مبلغ نقدي وبأي عملة يتعهد بها البنك (دالوز ، ١٩٩٦ ، الربعية القانونية ١٩٩٦)[١٢]، فلا يخضع لخطاب الضمان التعهد بتسليم بضاعة أو أوراق مالية أو التعهد بتكملة أعمال العقد الأصلي فكل ذلك لا يخضع لخطاب الضمان حتى لو تحولت مسئولية الضامن إلى مسئولية نقدية.

(٥) أشارت المادة ٢/أ من هذه القواعد إلى ضمان المقابل وعرفته ذات المادة في الفقرة جـ بأنه يعني أي ضمان أو سند أو أي تعهد بالدفع من الجهة المصدرة للتعليمات مهما كان مسماة أو وصفه يصدر كتابة بتعهد بدفع مبلغ من المال للضامن عند تقديم ما يتطابق مع شروط التعهد بطلب كتابي بالدفع مع أي مستندات أخري محددة تفصيلاً في الضمان المقابل والتي تبدو في ظاهرها مطابقة لشروط الضمان المقابل، والضمانات المقابلة بطبيعتها عمليات منفصلة عن الضمانات التي تتصل بها وعن العقود المتعلقة هي بها وكذلك عن شروط المناقصات. والأطراف المصدرة للتعليمات (الضمان المقابل) ليست لها شأن بأي طريقة أو التزام بهذه الضمانات أو العقود أو شروط المناقصات بالرغم من وجود إشارة إليها في الضمان المقابل.

(٦) قد يتبادر إلى الذهن من نص المادة ٢/أ أن هذه القواعد الموحدة تنحصر فقط في الضمانات واجبة الدفع بناء على طلب مكتوب وأي مستندات أخرى مطابقة لشروط الضمان، أي تنحصر في الضمانات

(٩) باريس ٢٤ أكتوبر ١٩٨٩ –الاسبوع القانونى -١٩٩٠- ٢- ٢١٤٤ مع تعليق فالينس .

(١٠) الطعن رقم ٧٣٠٤ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٤/٦/٢٧.

(١١) نقض ١٩٨٥/١٢/٣٠ مجموعة الخمس سنوات ٨٠-١٩٨١ ص ٦٧.

(١٢) نقض تجاري فرنسي ٤ يوليو١٩٩٥- نشرة محكمة النقض – ٤- رقم ٢٠٠، دالوز ١٩٩٦-٢٤٩، المجلة الربعية القانونية ١٩٩٦-١٠٢ مع تعليق كابريك.

المستندية، أما الضمانات الأخرى غير المستندية فلا تنطبق عليها هذه القواعد وهذا غير صحيح ،لأن هذه القواعد تنطبق أياً كان نوع الضمان سواء كان مطلقا بدون قيود أو عند أول طلب مسوغ أو عند أول طلب مستندي [١٣]، ونص المادة ٢٠من ذات القواعد تؤكد ذلك، حيث تقرر بأنه "يجب أن تكون أي مطالبة في نطاق الضمان كتابة ويجب أن يرفق بها (بالإضافة إلى ذلك أي مستندات قد يكون منصوصاً عليها في الضمان) أو تعزز بإقرار كتابي (يدخل في صلب المطالبة نفسها أو بمستند أو مستندات ترفق بالمطالبة ومشار إليها فيها)".

فهذه المستندات قد يكون منصوصاً عليها في الضمان وقد لا يكون منصوصاً عليها، إذ يكتفي في هذه الحالة بالمطالبة الكتابية- أي طلب مطلق بدون قيود- وقد تعزز بإقرار كتابي، وللتذكير فإن القواعد الموحدة التي يرجى منها التطبيق في العلاقات الدولية يجب إلا تقيد نفسها في هذا النوع من الضمانات فقط.

كما أن القضاء الفرنسي يقرر بأن الضامن يمكنه أن يتعهد عند أول طلب مطلق بدون قيود أو عند أول طلب مسوغ حيث يمكن للمستفيد في هذه الحالة توضيح المخالفات أو الأخطاء أو العيوب الناتجة عن تنفيذ العقد الأصلي كتابياً عند تقديم الطلب ولا يكلف في هذه الحالة بإثبات حقه في المال محل خطاب الضمان (مجلة بنك، ١٩٩١، المجلة القانونية لقانون الأعمال ن ١٩٩١، دالوز سيرى ١٩٨٢)[١٤]، أو عند أول طلب مستندي مثل شهادة خبير أو شهادة صادرة من مهندس معماري أو حكم محكمة أو حكم تحكيم كدعامة أو سند لطلبه (المجلة الربعية القانونية ن ١٩٩٦، دالوز سيرى ، ١٩٨٤).[١٥]

رابعا: التعريف وفقا لقواعد الأونسترال الصادرة من لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة والمتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة (عوض، ٢٠٠٠، القليوبي، ٢٠٠٢): عرفت قواعد الأونسترال خطاب الضمان في المادة ١/٢ حيث قررت بأنه "يمثل التعهد التزاماً مستقلاً يعرف في الممارسة الدولية بأنه كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن، مقدماً من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص أخر (الكفيل/المصدر) بأن يدفع للمستفيد

(١٣) عكس ذلك (عوض ، ٢٠٠٠) حيث يرى (ص ٥٤) أن هذه القواعد تنحصر في الضمانات واجبة الدفع بناء على طلب مكتوب وأي مستندات أخري مطابقة لشروط الضمان، أما الضمانات الأخرى غير المستندية أي التي تدفع بطلب مكتوب غير مصحوب بأي مستند فلا تخضع للقواعد.

(١٤) نقض تجاري ١٩ فبراير ١٩٩١ – بنك – ١٩٩١ – ٤٢٩ مع تعليق ريف لانج . المجلة القانونية لقانون الأعمال ١٩٩١ – ٤٥٣، أيضاً باريس ٢٤ نوفمبر ١٩٨١ – دالوز سيري ١٩٨٢ – ٢٩٦ مع تعليق فاسير.

(١٥) نقض تجاري ١٦ مايو ١٩٩٥ – المجلة الربعية القانونية ١٩٩٦ص ١٠١، وأيضاً محكمة باريس ٢٤ يناير ١٩٨٤ – دالوز سيري ١٩٨٤ ص ٢٠٣ مع تعليق فاسير.

مبلغاً معيناً أو قابلاً للتعين، لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مطالبة مشفوعة بمستندات أخري، حسب أحكام التعهد وأي من شروطه المستندية، تبين أو يستدل منها استحقاق السداد بسبب تقصير في أداء التزام ما، أو بسبب حادث طارئ أخر، أو سداد لمال مقترض أو مستلف، أو سداد لأي دين مستحق السداد واقع على الأصيل/الطالب أو شخص أخر".

وأشارت المادة ٢/٢ من قواعد الأونسترال بأنه يجوز إعطاء التعهد بناء على طلب أو أمر من (الأصيل/ الطالب) عميل (الكفيل/ المصدر). وهذا هو الضمان بطبيعته أو الضمان العادي ثلاثي الأطراف وهم الأصيل والمستفيد والضامن.

كما أشارت إلى أنه يجوز إعطاء التعهد بناء على أمر من مصرف أخر أو مؤسسة أخرى أو شخص أخر (طرف آمر) يتصرف بناء على طلب من (الأصيل/ الطالب) عميل ذلك الطرف الآمر. ويقصد هنا الضمان المقابل رباعي الأطراف وهم طرف آمر وأصيل يتصرف الطرف الآمر بناء على طلبه وضامن ومستفيد.

فالضمان المقابل يضم المستفيد الذي صدر الضمان لصالحه، والأصيل وهو الآمر الطرف في العقد الأصلي، والضامن وهو بنك في بلد المستفيد يتصرف بناء على تعليمات من بنك الآمر، ومصدر التعليمات وهو عادةً بنك الآمر الذي اصدر التعليمات إلى البنك في بلد المستفيد وهو يصدر له ضماناً مقابلاً.

كما أشارت المادة ٢/٢ من قواعد الأونسترال أيضاً إلى أنه يجوز إعطاء التعهد لصالح الكفيل/ المصدر نفسه، وهو الضمان الذاتي الذي يصدر لحساب الضامن بدون صدور أوامر من عميل ،حيث يحتوي خطاب الضمان على طرفين هما الضامن والمستفيد، وهذا النوع من الضمان يخرج من نطاق تطبيق القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية بالكتيب رقم ٤٥٨لسنة ١٩٩٢ (عوض ، ٢٠٠٠) ، باعتبارها ضماناً عادياً.

بينت المادة ٤/٢ من قواعد الأونسترال كذلك أنه يجوز أن ينص التعهد على أن يكون الكفيل/المصدر نفسه هو المستفيد عندما يتصرف لصالح شخص أخر. وذلك على خلاف ما هو متفق عليه في القواعد الموحدة السابقة من اعتبار هذا النوع من الضمان ضماناً عادياً وليس خطاب ضمان.

وعلى خلاف ما هو متفق عليه في القواعد الموحدة لخطابات الضمان من أنه يجب أن يقصد به دفع مبلغ نقدي فلا يجب أن يكون تعهد البنك بعمل شيء كتكملة التزام العميل أو تقديم شيء، أشارت قواعد الأونسترال في المادة ٣/٢ إلى أن التعهد يكون بقصد السداد بعملة معينة أو وحدة حساب معينة أو قبول كمبيالة، أو السداد لأجل، أو تقديم شيء محدد ذي قيمة.

والملاحظ مما سبق أن أكثر القواعد اتفاقاً مع تعريف المشرع المصري لخطاب الضمان في قانون

التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ هي القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس المتعلقة بخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب والصادرة بالكتيب رقم ٤٥٨لسنة١٩٩٢. ولكن في ذات الوقت يجب عدم استبعاد قواعد الأونسترال من نطاق حرية الأطراف في اختيارها لتحكم خطابات الضمان خاصة أن هذه الاتفاقية معروضة على الدول للانضمام إليها، وقد وافقت عليها وزارة العدل المصرية وتتخذ وزارة الخارجية الآن الإجراءات لعرض أمر الانضمام إليها على مجلس الشعب.

كما يجب عدم استبعاد القواعد الموحدة لضمانات العقود الصادرة بالكتيب رقم ٣٢٥ خاصةً بالنسبة لضمان العطاء والضمان النهائي وضمان الدفعات المقدمة لأن هذه القواعد وضعت أحكاماً محددة ودقيقة لهذه الأنواع من الضمانات.

المطلب الثالث: تعريف الفقه والقضاء لخطاب الضمان

أولا: تعريفات الفقه: فقد عرف ريبير الضمان المستقل بأنه تعهد يتحمله البنك بدفع مبلغ معين لضمان تنفيذ عقد يبرم بواسطة العميل (العقد الأصلي) دون أن يستطيع البنك التحلل منه بالتمسك بوسائل أو دفوع مستخلصة من العقد الأصلي (ريبير وربلو ، ١٩٩٦).

ويعرفه جانب أخر من الفقه الفرنسي (سملر، ١٩٩١) بأنه تعهد بدفع مبلغ نقدي معين، بالنظر إلى العقد الأساسي، وضماناً لتنفيذه، ولكنه ينشئ التزاماً مستقلاً عن العقد المضمون، ويتميز بعدم جواز الاحتجاج بالدفوع المستمدة من هذا العقد.

كما عرفه البعض الأخر (ريف لانج ،١٩٨٥) بأنه تعهد مصرفي مكتوب بدفع مبلغ نقدي لدى أول طلب من المستفيد بالتطبيق لنصوص التعهد دون إمكانية التمسك بأي دفع مرتبط بالعقد الأصلي مع التحفظ بالنسبة لحالة الغش.

يتضح من تعريفات الفقه الفرنسي أنها تقوم على بيان التزام البنك بدفع مبلغ نقدي معين وهذا الالتزام وضحه المشرع المصري في قانون التجارة رقم ١٧ لسنة١٩٩٩، مما يؤدي إلى استبعاد والتزام البنك في خطاب الضمان بأداء شيء أو عمل شيء. كما يوضح الفقه الفرنسي الصفة الأساسية لخطاب الضمان وهي استغلال التزام البنك عن العقد الأصلي، أي عن العلاقة الأصلية بين المستفيد والعميل معطي الأوامر. وهذا هو اتجاه المشرع المصري أيضاً، حيث يتضح ذلك من عبارة "دون الاعتداد بأية معارضة" والتي استعارها المشرع المصري من تعريف تيار من الفقه المصري.

الذي عرف خطاب الضمان (شفيق ،١٩٦٩) بقوله "أن البنك يفرغ الضمان في خطاب يرسله-بناء على طلب عميلة- إلى صاحب المشروع يبلغه فيه أنه يتعهد بدفع مبلغ التأمين متي طلب خلال مدة معينة، وذلك على الرغم من أية معارضة من جانب العميل، ويطلق على هذا الخطاب أسم "خطاب الضمان".

بينما عرف جانب أخر من الفقه المصري خطاب الضمان (عوض، ٢٠٠٠) بأنه "تعهد مكتوب يصدره البنك الضامن–بناء على طلب عميلة (الآمر)– بشأن عملية محددة أو غرض محدد، يلتزم بموجبه البنك بان يدفع إلى طرف ثالث (المستفيد)، مبلغاً معيناً من النقود عند أول طلب منه، سواء كان طلباً مجدداً أو مبرراً أو مصحوباً بتقديم مستندات محددة في الخطاب يقدمها المستفيد، خلال أجل محدد عادة أو غير محدد في أثناء سريان أجله رغم أية معارضة، من العميل المضمون أو البنك الضامن، على أن يكون الضامن شخصاً غير المتعاقد مع المستفيد الذي طلب الضمان لصالح شخص المستفيد".

يتضح من هذا التعريف أن تعهد البنك يجب أن يكون مكتوباً، وأن هذا التعهد الذي يصدر بشأن عملية محددة أو غرض محدد، يجب أن يوضح فيه نوع الخطاب، وما إذا كان خطاب ضمان جمركيا، أو خطاب ضمان ملاحيا، أو خطاب ضمان مناقصات والمزايدات سواء كان ابتدائياً أو نهائياً، أو خطاب ضمان الدفعات المقدمة أو غير ذلك. كما يوضح هذا التعريف أن طلب خطاب الضمان قد يكون مطلقاً بدون قيود أي مجرداً، وقد يكون مبرراً أو مسوغاً، وقد يكون مصحوباً بتقديم مستندات محددة في الخطاب يقدمها المستفيد. كما يوضح صفة الاستقلال لالتزام البنك تجاه المستفيد وعدم الاعتداد بأي معارضة عندما يطلب المستفيد خطاب الضمان. ولا يعتد هذا التعريف بخطاب الضمان الذي يكون الضامن فيه هو المتعاقد مع المستفيد. و بالرغم من أن هذا التعريف يعتبر تعريفاً شاملاً لخطاب الضمان إلا أنه لم يوضح الضمان المقابل.

وقد عرف (الشرقاوي، ١٩٨١) خطاب الضمان بأنه " تعهد كتابي صادر من بنك بناءاً على طلب عميلة، يلتزم فيه لصالح هذا العميل في مواجهة شخص ثالث هو المستفيد بأن يدفع إليه مبلغاً معيناً إذا طلبه المستفيد خلال أجل محدد في الخطاب".

لا شك أن هذا التعريف يوضح خصائص خطاب الضمان إلا أنه لم يتضمن أهم هذه الخصائص وهو التزام البنك المستقل في مواجهة المستفيد وعلاقته المنفصلة عن علاقة البنك بالعميل وعلاقة العميل بالمستفيد فقد ذهبت محكمة النقض المصرية [١٦] بأن علاقة البنك بالمستفيد بخطاب الضمان علاقة منفصلة عن علاقة البنك بعميلة.

كما جاء جانب أخر بالقول (مرعى، ١٩٧٥) آن خطاب الضمان هو "تعهد مكتوب يصدره أحد البنوك -بناء على طلب عميلة- بصدد عملية أو غرض محدد، يلتزم بموجبة أن يدفع لصالح طرف ثالث مبلغاً معيناً من النقود عند أول طلب يتلقاه من هذا

(١٦) نقض في ١٦مايو ١٩٧٧الطعن ٧٠٠لسنة ٤١ق. مذكور في كتاب أستاذنا الدكتور. ثروت علي عبدالرحيم –القانون التجاري البحري –١٩٩٦/٩٥ دار النهضة العربية –ص٦٢ الهامش٢.

الطرف خلال أجل سريانه وذلك رغم أية معارضة قد يحتج بها العميل المضمون".

والجدير بالذكر في هذا الخصوص أن التعهد بدفع مبلغ من النقود بناء على طلب المستفيد ورغم أية معارضة من العميل يتعين أن يرد بهذا المدلول في صياغة خطاب الضمان وعباراته [١٧]. والتعهد بهذا يمثل الميزات الأساسية التي ينبغي توافرها في التزام البنك، وبدونها يفقد خطاب الضمان قيمته، أما فيما عدا ذلك من الشروط فيمكن أن يجري الاتفاق عليه وهي تختلف بحسب طبيعة علاقة العميل بالمستفيد التي صدر خطاب الضمان في شأنها (حبشي، ١٩٦٠، البربري، ١٩٦٢).

ثانيا: تعريفات القضاء: ذهبت محكمة النقض المصرية [١٨] إلى اعتبار أن هو "خطاب الضمان التزام البنك مصدره بسداد قيمته إلى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك أثناء سريان أجله دون الحصول على موافقة العميل". اعتبرته أيضاً [١٩] أن في "خطاب الضمان. علاقة البنك بالمستفيد منفصلة عن علاقته بالعميل. مؤدي ذلك. إلزامه بسداد المبلغ الذي يطلبه المستفيد فوراً ما دام في حدود التزام البنك المبين به".

وما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية ما هو إلا تأكيد لما سبق أن جاءت به ، آن [٢٠] "لما كان الأصل في خطاب الضمان إلا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجية ولا على تحقق شرط ولا على حلول أجل ولا يغير من ذلك أن يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد من الخطاب وكان المفروض في قضاء هذه المحكمة أن خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك وعميلة إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل يحكمها خطاب الضمان وحدة وعبارته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها حتى إذا ما طولب بالوفاء في أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت إليه المستندات المحددة في خطاب الضمان وجب عليه الدفع فوراً، بحيث لا يلتزم إلا في حدود تلك الشروط أو يعتد بغير هذه المستندات ولا يكون دفع البنك إلى المستفيد صحيحاً كما لا يكون له أن يرجع بما دفعه على عميله إلا إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لخطاب ضمان صدر

---

(١٧) ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن "خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك وعميلة إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بعميلة يحكمها وحده وعباراتها هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها.." الطعن ١٠٤٣ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٣٠، والطعن رقم ٧٣٠٤ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٤/٦/١٧.

(١٨) الطعن ٥١٧٦ لسنة ٦٤ق، ٥٨٩٢ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٦/٧/٨، ونقض جلسة ١٩٧٩/١٢/٣١ س ٣٠ ص ٤٢٦ العدد الثالث، ونقض جلسة ١٩٨٠/٢/١١ س ٣١ ص ٤٧٠ العدد الأول.

(١٩) الطعن رقم ٢٣٩٥ لسنة ٦١ق – جلسة ١٩٩٣/١/٤.

(٢٠) الطعن رقم ١٠١٣ لسنة ٥٠، ٢٠٨٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ٢٩ مايو ١٩٨٩.

صحيحاً ومطابقاً لتعليمات العميل وإلا تحمل البنك مسئولية الوفاء، فإذا لم تتحقق الشروط أو لم تقدم المستندات المحددة في الخطاب أنتهي ضمان البنك وكان لعميلة أن يسترد منه غطاء خطاب الضمان في اليوم التالي لانتهاء الضمان".

ويمكن القول أن أكثر تعريفات القضاء المصري لخطاب الضمان دقة وشمولية هو ما جاءت به محكمة استئناف القاهرة [٢١] أن "خطابات الضمان هي في حقيقتها وكما جري عليه العرف التجاري أوراق مصرفية لها طابع خاص تصرف قيمتها لمن حررت لصالحه عند أول طلب دون منازعة من محررها أومن المضمون. وهي بمثابة نقود تحت يد المستفيد منها ليحصل منها على ما قد يستحق له قبل المضمون في العقد المتفرع عنه هذا الضمان".

بينما ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه [٢٢] "بصرف النظر عن أية تسمية لالتزام البنك المستقل وعند أول طلب وبصرف النظر عن المصطلحات المستخدمة والتي يجب أن تكون منضبطة، يجب الاعتراف بوجود هذا الضمان إذا كان تعهد البنك بالدفع باتاً وبدون قيد أو شروط أو تحفظ وعند أول طلب وبالأخص بدون استطاعة المعارضة من المستفيد أياً كان الدفع المستخلص من العقد الأصلي". كما اعتبرت أن [٢٣] "المهم هو أن البنك يتعهد بدفع مبلغ نقدي فوراً وبشكل مستقل وبات، وبدون عمل إحالة إلى العقد الأصلي". وفى نفس السياق قررت [٢٤] أيضا أن التعهد الناتج عن الضمان عند أول طلب هو تعهد يتضح من عبارات الخطاب ومصطلحاته، فهو تعهد حرفي شكلي ناتج من عباراته.

المبحث الثاني: أهمية خطاب الضمان ونظام الغطاء المقدم

نتناول في هذا المبحث أهمية خطاب الضمان ونخصص له المطلب الأول ثم نتناول في المطلب الثاني الضمانات المقدمة كغطاء لخطاب الضمان

المطلب الأول: أهمية خطاب الضمان

يعد خطاب الضمان أحد صور عمليات البنوك الائتمانية الناشئة عن تدخل البنك بإعارة توقيعه تأميناً لائتمان أحد عملائه، فتوقيع البنك يرتب للمستفيد المزايا التي يحققها دفع مبلغ نقدي، فالبنك يعطي توقيعه حتى يحصل عميله على أجل للوفاء أو يحصل على قبول المتعامل معه التعاقد.

فالحاجة إلى خطاب الضمان تنشأ عندما يجد الشخص نفسه مضطراً إلى تقديم ضمان نقدي إلى شخص أخر ليقبل هذا الأخير منحه أجلا أو التعاقد معه، حيث يقوم خطاب الضمان مقام التأمين النقدي،

(٢١) محكمة استئناف القاهرة –الدائرة الثامنة تجاري– ١٩٥٥/١٢/٢٧– استئناف رقم ١١٥٦لسنة ٧١ق.

(٢٢) نقض فرنسي تجاري ٨ديسمبر ١٩٨٧ السابق ذكره

(٢٣) نقض تجاري ٣ نوفمبر ١٩٩٢السالف الذكر.

(٢٤) باريس ٢٤ أكتوبر ١٩٨٩الانف الذكر

ولكن بدلاً من تقديم هذا التأمين يلجأ الشخص إلي البنك الذي يتعامل معه ليبرم معه عقد اعتماد ضمان، ويتفق في هذا العقد على أن يصدر البنك خطاب ضمان لصالح الجهة التي يتعامل معها العميل وبالشروط التي يطلبها العميل، فإذا أصدر البنك خطاب الضمان وقبله المستفيد أصبح ملتزماً بشكل مستقل وبات أمام المستفيد بان يدفع له قيمة خطاب الضمان عند أول طلب ودون الاعتداد بأي معارضة.

وإذا كانت الحاجة إلى استصدار خطاب الضمان لا تثور بصدد علاقة قانونية محددة إلا أن كل تطبيقاته تقريباً تتمثل في اشتراط جهة إدارية حصولها على خطاب ضمان من أحد البنوك التي يتعامل معها العميل يتعهد فيه بالوفاء بمبلغ معين متي طالبته الجهة به. كما جرى العمل عند تنفيذ المشروعات أن يشترط صاحب المشروع على القائم بتنفيذه تقديم خطاب ضمان لكي يضمن تنفيذ المشروع وفقاً للمواصفات وفي المواعيد التي تم الاتفاق عليها (شفيق، ١٩٦٣) فقد تكون الصفقة بين العميل وجهة الإدارة أو صاحب المشروع بيعاً أو توريداً أو مقاولة إنشاء أو أشغال عامة أو غير ذلك، فيكون الحصول على خطاب الضمان بديلاً عن الوفاء بمبلغ من النقود علي سبيل التأمين (البارودي، ١٩٦٨).

ولخطاب الضمان أهمية كبرى في الحياة العملية، فمثلاً نجد عند الاشتراك في المناقصات والمزايدات آن الأشخاص المعنوية العامة والشركات تتطلب ممن يرغب في الاشتراك تقديم مبلغ معين كتأمين وضمان لجدية العطاءات التي يقدمونها. ولما كان تقديم هذه الضمانة النقدية يضر بالمتقدم للعطاء لأن فيه تجميداً لمبلغ كبير هو في حاجة إليه في تنفيذ العملية هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، ومن جهة أخرى نجد أن إجراءات استرداده بعد الانتهاء من تنفيذ المشروع طويلة ومعقدة، لذلك يفضل المتقدم للعطاء أن يقدم لصاحب المشروع خطاباً من البنك يحل محل هذا التأمين.

كذلك تلعب خطابات الضمان دوراً هاماً لمصلحة الجمارك ليتيسر على المستوردين الحصول علي بضائعهم ودفع الرسوم عليها. وتمنع في نفس الوقت تكدس البضائع على الأرصفة أو في المخازن، مما يسهل عمليات الشحن والتفريغ ويوفر جهداً ونفقات طائلة، حيث توفر خطابات الضمان الضمانات اللازمة لحماية حقوق الخزانة. فمثلاً قد يلزم مرور بضعة أسابيع أو شهور بين وصول البضائع وإعادة تصديرها إلى جهة أخري لذلك تترخص مصلحة الجمارك في تحصيل الرسوم مقابل تقديم مالك البضاعة خطاب يغطي المدة التي ستظل فيها البضائع في المستودعات . كما أن أصحاب هذه المستودعات يقدمون خطابات ضمان لمصلحة الجمارك كتأمين عند إنشاء المستودع [٢٥].

(٢٥) المادة ١من قرار وزير الخزانة رقم ٤٣لسنة ١٩٦٣ الخاص بالشروط العامة للمستودعات، حيث تنص المادة ٣/١٣٠ من قانون التجارة رقم ١٧لسنة ١٩٩٩ علي أنه "تراعى في تطبيق أحكام هذا الفصل (الخاص بالإيداع في المستودعات العامة) على إيداع بضائع لم تدفع عنها الضرائب أو الرسوم=

علاوة على ذلك قد تسمح مصلحة الجمارك قد تسمح بإدخال مواد أولية إلى الدولة لتصنع أو سلع لإصلاحها أو تكملة صنعها مع إعفائها من الضرائب والرسوم الجمركية على أن يقدم المستورد لها خطاب ضمان مصرفي بقيمة الضرائب والرسوم المستحقة، وهناك الوجه الأخر لهذه العملية وهو تصدير بعض السلع لاستكمال صنعها في الخارج وإعادتها حيث يقدم المصدر لمصلحة الجمارك خطاب ضمان بقيمة الضرائب والرسوم المستحقة عليها لحين عودتها، فإذا لم تصدر المواد المستوردة في المثال الأول أو لم ترد في المثال الثاني خلال سنة من تاريخ الاستيراد أو التصدير أصبحت الضرائب والرسوم واجبة الأداء ويكون لمصلحة الجمارك اقتضاء قيمة خطاب الضمان من البنك (علم الدين، ١٩٩٣).

وكذلك في حالة البضائع العابرة داخل البلاد دون أن تأخذ طريق البحر، إذ يقدم صاحب البضائع خطاب ضمان بقيمة الضرائب والرسوم حتى تصل هذه البضائع إلى وجهتها الحقيقية، ويقدم صاحب البضائع شهادة من جمارك هذه البلاد يثبت استلامها، وإلا يكون لمصلحة الجمارك الحق في اقتضاء قيمة خطاب الضمان.

وهناك إرسال شركات الغزل والنسيج منسوجاتها إلى الخارج لطبيعتها وإعادتها. إذ يتم ذلك مقابل تقديم خطاب ضمان مصرفي إلى مصلحة الجمارك حتى تعاد المنسوجات المصدرة (ضيف، ١٩٥٨).

كما تقدم خطابات الضمان لتيسير التخليص على البضائع وكضمان بطلب من المخلص الجمركي، إذ يجب عليه قبل مزاولته هذه المهنة أن يودع لدى مصلحة الجمارك خطاب ضمان يقدره المدير العام لمصلحة الجمارك حسب الحالة وذلك ضماناً للغرامات التي يحكم بها في حالة المخالفات التي تقع منه أو من أحد مستخدميه التابعين له.(٢٦)

وهناك خطابات الضمان التي تقدم لمصلحة الضرائب ، فالممول يعرض خطاب ضمان من البنك الذي يتعامل معه لضمان الوفاء بالمستحقات الضريبية المفروضة عليه والتي وافقت المصلحة على تقسيطها أو تأجيل استحقاقها (البارودى، ١٩٦٨).

ويلاحظ كذلك آن خطابات الضمان تقوم بدور هام في الملاحة البحرية، حيث يحدث عند استيراد بضائع من الخارج أن يتأخر وصول مستندات الشحن وخاصة بوليصة التأمين الخاصة بالرسالة الواردة، عن وصول الرسالة نفسها إلى الميناء لذلك ومنعاً من انتظار المستورد حتى تصل المستندات فأنه يقدم خطاب ضمان إلى شركة الملاحة بالميناء بقيمة الشحنة الواردة أو بدون تحديد قيمة. وبذلك تسلم شركة الملاحة المستورد الشحنة حتى ترد المستندات، فإذا لم تصل كان لشركة

=الجمركية، الأحكام المنصوص عليها في القوانين الخاصة بذلك والقرارات الصادرة بتنفيذها".

(٢٦) المادة ٥ من قرار وزير الخزانة رقم ٤٠ لسنة ١٩٦٣.

الملاحة اقتضاء قيمة خطاب الضمان المساوية لقيمة البضاعة (علم الدين ، ١٩٩٩).

وقد تطلب خطابات الضمان من شركة الملاحة البحرية ذاتها كضمان لتغطية مخالفات ربان السفينة وبحاراتها وتصدر لمصلحة الموانى والمنائر كذلك قد يتطلب أحد القوانين تقديم تأمين لكفالة بعض الحقوق، مثلما تطلب القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ الخاص بسوق رأس المال من الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية تقديم تأمين كشرط لمنحها ترخيص بمزاولة النشاط حماية لحقوق المتعاملين مع هذه الشركات.[٢٧]

وفي مجال التجارة الخارجية يقوم خطاب الضمان كذلك بدور هام، لأنه في الغالب لا يعرف المشتري أو رب العمل صاحب المشروع أو الشركة، الشخص الأجنبي الذي يتقدم للتعامل، ولا يعرف بالتالي ملاءته وأمانته وجديته. لذلك عندما يطرح المشتري أو رب العمل أو صاحب المشروع مناقصة أو مزايدة ويرسو العطاء على الشركة الأجنبية فإنها قد تتخلف عن إتمام العقد أو لا تنفذه بتمامه، أو تقوم بتنفيذه على غير ما اتفق عليه أو بطريقة غير مطابقة للمواصفات، لذلك يطلب صاحب المشروع خطاب الضمان من بنك ذي سمعة دولية محترمة، وهذا الضمان قد يكون ضمان الحصول على التعاقد أو ضمان حسن التنفيذ، أو ضمان رد الدفعة المقدمة، أو ضمان اقتطاع جزء عند نهاية العقد.

في مثل ما تقدم من حالات وغيرها مما يعرض في العمل تتضح أهمية خطاب الضمان، حيث يعد البديل الذي يحل محل التأمين النقدي الذي كان يتعين في الأصل على المدين أو الملتزم أن يقدمه كضمان لحقوق الغير. وفي مجال التجارة الخارجية يحل خطاب الضمان محل التأمين النقدي الذي كان يتعين تحويله إلى الخارج حسب شروط العقد ضماناً لحقوق المتعاقد الأجنبي (مرعى، ١٩٧٥).

وبالتالي يحقق خطاب الضمان مصلحة لأطرافه الثلاثة، فبالنسبة للعميل مصدر الآمر، تعود عليه فائدة لاشك ، إذ لا يلزم بتقديم مبلغ نقدي يجمد لدى الجهة التي يرغب في التعاقد معها أو منحه أجلاً، كما أن عمولة البنك مقابل إصدار خطاب الضمان تكون عادةً أقل من العائد الذي يتحمله العميل إذا ما أقترض هذا المبلغ لتقديمه كتأمين. فضلا عن أن إصدار خطاب الضمان بديلاً عن التأمين النقدي يوفر على العميل مئونة السعي إلى استرداد قيمة هذا التأمين ، إذ كثيراً ما تطول أو تتعقد إجراءات استردادها. كما أن عملية إصدار خطاب الضمان قد تتضمن تسهيلاً ائتمانياً يمنحه البنك لعميله. فغالباً ما يكتفي البنك بمطالبة عميله بتقديم غطاء جزئي مقابل إصداره خطاب ضمان بحيث يبقي جزء من قيمة الخطاب مكشوفاً، بل قد يصدر البنك الخطاب على المكشوف أي بدون غطاء والاكتفاء

(٢٧) المادة ٢٩ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ الخاص بسوق رأس المال – والمادة ١٣٥، ١٢٦ من لائحته التنفيذية.

بثقته في العميل وسلامة مركزه المالي (بهنساوى، ١٩٩٣).

كما أن إصدار خطاب الضمان يفيد منه البنك الذي أصدره، لأنه يعود عليه بمبالغ لا بأس بها، فهو يتقاضى عمولة من عميله الآمر مقابل إصدار الخطاب. وتتناسب هذه العمولة مع قيمة الضمان وأجله ونوع العملية المطلوب تقديم خطاب الضمان عنها. فضلا عن ذلك، فأن خطابات الضمان لا تسدد قيمتها للمستفيد في أغلب الأحوال ولا تكلف البنك في إصدارها إلا نفقات إدارية بسيطة إذا ما قورنت بالعمليات المصرفية الأخرى. ويهدف البنك عادة من وراء إصدار خطابات الضمان لعملائه تحقيق هدف أكبر ألا وهو خدمة عملاؤه، فالبنك عندما يقوم بهذه الخدمة إنما يقوم بعمل متكامل لصالحه ولصالح العملاء. وتتضح أهمية خطابات الضمان بالنسبة للبنك إذا كان العميل أجنبياً، حيث تعود على البنك عمولات بالعملة الأجنبية وزيادة رصيده من هذه العملات (القليوبى، ٢٠٠٠).

وأخيرا، يحقق المستفيد من خطاب الضمان الذي صدر لصالحه –وهو صاحب المشروع– فائدة أو على الأقل لا يضار منه ، لأن الخطاب يعتبر بمثابة نقود بين يديه، فهو يضمن به حسن تنفيذ المتعاقد معه لالتزاماته وفقاً لما تم الاتفاق عليه. كما أن خطاب الضمان يجنب المستفيد المشاكل التي قد تنتج عن إيداع التأمين النقدي وإعادة سحبه وما يصاحب ذلك من إجراءات قد تؤدي إلى الوقوع في أخطاء.

المطلب الثاني: الضمانات المقدمة كغطاء لخطاب الضمان

لا تقوم البنوك عادةً بإصدار خطاب الضمان ما لم تحصل من العميل الآمر على ضمان أو تأمين يعرف في العمل المصرفي "بغطاء الضمان"، حيث تتطلب البنوك من العميل تقديم ضمانات كافية لتغطية التعهدات التي يلتزم بها البنك بناء علي طلب العميل بإصدار خطاب ضمان ، فالبنك عندما يقوم بتحديد موقفه من إصدار خطاب الضمان ويتطلب غطاء لهذا الخطاب يقوم بدراسة مركز العميل من حيث قدرته على الوفاء بالتزاماته ومن حيث سلوكه الخاص وماضيه في تنفيذ المشروعات وما إذا كان سبق تحرير بروتستو له أم لا (الشرقاوى ، ١٩٨١) .

وتبعاً لذلك يمكن القول أن غطاء خطاب الضمان هو الضمانات التي يطلبها البنك من العميل الآمر طالب إصدار خطاب الضمان، حتى يغطي بها موقفه فيما لو اضطر البنك إلى تنفيذ تعهده ودفع قيمة الخطاب إلي المستفيد (عوض ، ١٩٨٩) ، وغطاء خطاب الضمان قد يمثل قيمة الخطاب بالكامل إذا لم يكن العميل معروفاً لدى البنك، أو أن البنك لا يثق في مقدرته المالية أو القدرة على الوفاء بالتزاماته تجاه المستفيد، وقد تكون نسبة الغطاء أقل من ذلك حيث

يكتفي البنك بمطالبة عميله بتقديم غطاء جزئي مقابل إصداره خطاب الضمان إذ يبقي جزء من قيمة الخطاب مكشوفاً•وقد يصدر البنك الخطاب على المكشوف ، أي بدون غطاء الضمان، لان البنك يكتفي بثقته في العميل وسلامة مركزه المالي، أو إذا طلب الخطاب أحد البنوك الأجنبية من الدرجة الأولى (في الضمان المقابل) على أساس المعاملة بالمثل (القليوبى، ٢٠٠٠).

وقد أشارت المادة ٣٥٦ من قانون التجارة رقم ١٧لسنة ١٩٩٩إلى غطاء خطاب الضمان ، حيث نصت على أنه "يجوز للبنك أن يطلب تأميناً مقابل إصدار خطاب الضمان. ويكون هذا التأمين نقداً أو صكوكاً أو بضائع أو تنازلاً من الآمر عن حقه قبل المستفيد".

أولا: أنواع غطاء خطاب الضمان: إن غطاء خطاب الضمان له صور متعددة. سوف نشير إليها فيما يلي:

١- الغطاء النقدي: في هذه الصورة من غطاء خطاب الضمان يقوم العميل بتقديم مبلغ من المال المتفق عليه إلى البنك، أو يقوم البنك بالخصم على حسابه الجاري لديه. فالغالب أن يكون للعميل حساب جار في البنك. حيث يقوم البنك وبموافقة العميل على تجنيب مبلغاً مساوياً لقيمة خطاب الضمان أو أقل حسب الاتفاق بين البنك والعميل، يفرج عنه عندما يتحرر البنك من التزامه الناشئ من خطاب الضمان. ولكن يجب ملاحظة أنه لا يجوز للبنك إضافته من الجانب المدين من حساب العميل إلا من تاريخ دفع البنك مبلغ الضمان للمستفيد. وقد قرر القضاء المصري أنه [٢٨] "وإن كان تعهد البنك بدفع قيمة خطابات الضمان للغير يعتبر تعهداً منجزاً وليس شرطياً وأن التزامه يوجد بمجرد إصدار خطابات الضمان ، إلا أن دين هذا الضمان لا يستحق للبنك في ذمة العميل إلا إذا طالبت الجهة الصادر إليها خطاب الضمان بقيمته•ومن تاريخ دفع البنك مبلغ الضمان لهذه الجهة، فلا يجوز للبنك إضافته في الجانب المدين من حساب العميل إلا في هذا التاريخ ، إذ قد لا تطلب الجهة الصادر إليها خطاب الضمان بقيمته إذا أوفى العميل بالتزاماته قبلها، وفي هذه الحالة لا يكون هناك محل لإضافة قيمته على حساب العميل المدين". فالبنك في هذه الحالة يكتفي بالتأشير على حساب العميل بالتحفظ على المبلغ المطلوب غطاء للخطاب (شفيق، ١٩٦٣). وعلى ماسك الحساب في هذه الحالة أن يراعى ألا يقل رصيده الدائن عن المبلغ المطلوب كغطاء لخطاب الضمان. ومع ذلك فهذه الطريقة التي أيدها جانب من الفقه وبعض أحكام القضاء لا تخلو من مخاطر لأن

(٢٨) محكمة استئناف القاهرة –الدائرة التاسعة التجارية –جلسة ١٩٥٨/١١/٢٥رقم ١٠٨٢سنة ٧١ق.

الرصيد الدائن الذي يظهره الحساب كل يوم ليس نهائياً وإنما يغطي مركزاً تقريبياً للعميل، حيث يحتمل أن تكون لهذا العميل كمبيالات خصمها لدى البنك ثم ارتدت إلى البنك غير مدفوعة ، فأعاد خصمها على حسابه •ويحتمل أن يكون للعميل اعتماد محلي مفتوح لدى بنك آخر أو لدى فرع آخر للبنك وتصرف الشيكات التي يسحبها بموجب هذا الاعتماد على حسابه الجاري المؤشر عليه بالغطاء لدي البنك (علم الدين، ١٩٩٣).ومثل هذه الظروف تجعل احتمالات تعرض البنك لمخاطر فقد غطاء خطاب الضمان ليست قليلة. والأفضل تجنيب بعض مدفوعات الحساب وتخصيصها لغطاء مبلغ خطاب الضمان (شفيق، ٦٨/ ١٩٦٩)، ويودع في حساب يحمل اسم "احتياطي خطاب الضمان" (القليوبى، ٢٠٠٠، بهنساوى، ١٩٩٣). وقد أدى ذلك إلى تعديل جانب من الفقه المصري لموقفه وتأييد تخصيص جزء من الحساب الجاري لغطاء خطاب الضمان وتجنيب هذا الجزء من الحساب الجاري (شفيق، ١٩٦٣)، وقد ذهبت محكمة النقض إلى تأييد هذا الاتجاه [٢٩]، حيث قررت أن "الغطاء النقدي المسدد كتأمين غير قابل للسحب مقابل إصدار خطابات الضمان. تعذر دخوله كفرد في الحساب الجاري ويوضع في حساب خاص مجمد. النعي على الحكم بعدم بحث مبدأ تجزئة الحساب الجاري لا أساس له" كما جاء في حيثيات هذا الحكم انه "إذا كان الثابت من الأوراق أن المبلغ محل التداعي هو قيمة غطاء نقدي سددته المطعون ضدها للطاعن كتأمين غير قابل للسحب مقابل خطابات ضمان أصدرها بناء على طلبها ، فيتعذر دخول هذا المبلغ كمفرد فيما قد يوجد بين الطرفين من حساب جاري ويوضع في حساب خاص مجمد ليس له صفة الحساب الجاري مما لا يكون معه الحكم المطعون فيه بحاجة إلى بحث ما تمسك به الطاعن من مبدأ عدم تجزئة الحساب الجاري وما يرتبه من إجراء المقاصة القانونية بين مفردات الحساب ويضحي النص على غير أساس". وقد يتخذ الغطاء النقدي صورة وضع العميل مبلغ الضمان وديعة طرف البنك مصدر الخطاب تدر عليه عائداً (القليوبى، ٢٠٠٠) .والغطاء النقدي لخطاب الضمان لا يسرى عليه حجز ما للمدين لدى الغير الذي يوقع على أموال العميل لدى البنك (العشرى، ٧٠/ ١٩٧١).

٢- الغطاء العيني: قد يكون غطاء خطاب الضمان المقدم من العميل إلى البنك أوراقاً مالية، حيث يقدر البنك هذه الأوراق حسب قيمتها التسويقية، وهذه القيمة تتوقف بدورها

(٢٩) لطعن رقم ١٤٤٦ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٦/١١/٢٨.

على القيمة السوقية وتكون دائماً أقل من القيمة السوقية احتياطاً لتقلب الأسعار بالبورصة (علم الدين ، ١٩٩٣)، ويحصل البنك على توقيع العميل مقدماً على رهن هذه الأوراق المالية وبيعها دون الرجوع إليه في حالة تنفيذه تعهده الناشئ عن خطاب الضمان وذلك إذا لم يسدد العميل قيمة ما دفعه البنك وتخصص للأوراق المالية ملف خاص يعرف في البنوك باسم "إيداعات بضمان" ولا يفرج عنها إلا بعد انتهاء التزام البنك الخاص بخطاب الضمان (القليوبى، ٢٠٠٠). وقد يقدم العميل شهادات استثمار كغطاء لخطاب الضمان، إذ يودعها في ملف باسمه لدى البنك، فإنه يمكن التأشير بتخصيصها كضمان للغطاء بشرط أن يوقع العميل على طلب باسترداد قيمتها، مع التصريح للبنك سلفاً بإجراء هذا الاسترداد – عند الاقتضاء– وإضافة ما يساوي قيمة الغطاء إلى حساب احتياطي خطابات الضمان (العشرى، ٧٠/ ١٩٧١). ويرى جانب من الفقه (مرعى ، ١٩٧٥) أن التحفظ على شهادات الاستثمار وتخصيصها، ومثل تخصيص الوديعة بأجل دون إنهاء عقدها ، لا يعتبر غطاء لخطاب الضمان وإنما هو بمثابة تعهد يقدمه العميل لالتزامه بتغطية خطاب الضمان.

ويري البعض الأخر (حبشى ، ١٩٦٠) أنه يجب ملاحظة أن التحفظ على الأوراق المالية للعميل أو تجميد مبلغ في حساب العميل، أو التأشير على الحساب بالتزامه في هذا الصدد، لا يرتب بذاته حقاً للبنك في اقتضاء دينه من حساب العميل، أو من ملف أوراقه المالية، في حالة توقيع حجز تحت يد البنك على ما لدية من أموال العميل، بالأفضلية على الحاجز. لذلك قد يستلزم داعي الحذر –الذي يدفع بعض البنوك إلى مطالبة بغطاء كامل- أن يطالب العميل بتعيين الأوراق المالية التي يرغب في تنحيها لهذا الغرض، لإيداعها ملف خاص باسم "احتياطي خطابات الضمان" –تماماً كما يعامل الغطاء النقدي– على أن يقر العميل بتخصيصه تلك الأوراق، أي ارتهانها للبنك حيازياً للوفاء بالتزامه نحو البنك وبأن يخول هذا الأخير حق بيعها في أي وقت دون الرجوع إليه في حالة تسديده مبلغ الضمان أو جزء منه، ويرسل هذا الإقرار، زيادة في الحيطة لمكتب الشهر العقاري والتوثيق لإثبات تاريخه. ويمكن أن يتم تغطية خطاب الضمان بأوراق تجارية، إذ يقدم العميل بعض ما لديه من كمبيالات وسندات إذنيه لصالحه تجاه آخرين ويظهرها لصالح البنك تظهيراً تأمينياً للضمان، ليتمكن البنك من تحصيلها لحسابه هو وقت استحقاقها،

حيث نصت المادة ١/٣٩٩ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه "إذا اشتمل التظهير على عبارة "القيمة للضمان" أو "القيمة للرهن" أو أي بيان آخر يفيد الرهن جاز للحامل استعمال جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة ومع ذلك إذا ظهرت الكمبيالة اعتبر التظهير حاصلاً على سبيل التوكيل". و ذهبت محكمة النقض في هذا المجال إلى [٣٠] "اعتبار التظهير التأميني للورقة المرهونة في حكم التظهير الناقل للملكية بالنسبة للمدين الأصلي. أثره. للمظهر إليه مطالبته بقيمة الورقة". وقد يتم تغطية خطاب الضمان ببضائع، حيث يضع العميل جزءاً من البضائع الموجودة بالمستودعات العامة كضمان عند استصدار خطاب الضمان، ويتم ذلك من خلال تظهير لصك الرهن لصالح البنك مصدر الخطاب، حيث تنص المادة ١/١٤٠ من قانون التجارة على أنه "لحامل صك الرهن دون إيصال الإيداع حق رهن على البضاعة المودعة"وأضافت الفقرة الثانية من ذات المادة أنه "ولحامل إيصال الإيداع دون صك الرهن حق سحب البضاعة المودعة بشرط أن يدفع الدين المضمون بالرهن إذا كان مستحق الأداء فإذا لم يكن الدين مستحق الأداء، جاز له سحب البضاعة قبل حلول ميعاد استحقاق الدين إذا أودع المستودع مبلغاً كافياً لتغطية الدين وعوائده حتى حلول الأجل. ويسري هذا الحكم إذا استحق الدين ولم يتقدم حامل صك الرهن لقبضه".

٣- تغطية خطاب الضمان عن طريق تنازل العميل للبنك عن حقوقه لدى المستفيد: قد يتخذ الغطاء النقدي أحياناً صورة تنازل العميل عن حقوقه الناشئة عن العملية قبل المستفيد لصالح البنك، حيث يقوم هذا الأخير بتحصيلها والاحتفاظ بها كغطاء لخطاب الضمان، ويقع هذا الاتفاق متى كان إصدار خطاب الضمان مصحوباً باعتماد يفتحه البنك لعميله لتحويل النفقات اللازمة لتنفيذ المشروع، إذ يستخدم البنك المبالغ التي يقبضها من صاحب المشروع لاسترداد مبلغ الاعتماد ولتكون غطاء لخطاب الضمان في ذات الوقت. وفي هذه الحالة يجدر بالبنك ألا يقوم بتمويل العملية وإصدار خطاب الضمان بضمان التنازل في نفس الوقت، لأنه إذا أخل العميل بالتزامه قبل المستفيد. فقد لا يستطيع البنك استرداد الأموال التي قدمها للعميل وللمستفيد، لأنه يضطر إلى دفع قيمة

(٣٠) الطعن رقم ٣١١٢ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٥/١٠/٣٠، والطعن رقم ١٧٠٥لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٣/١١/١، والطعن رقم ١٤٣٨لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٣/٢/٨، والطعن رقم ٦٢٠لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٣/٩/١٣، ونقض جلسة ١٩٧٨/٦/١٩ س٢٩ص١٤٩٠ العدد الأول.

الخطاب إلي المستفيد ولا يستطيع أن يطالبه بحقوق العميل المتنازل له عنها بعد أن رفض البضائع غير المطابقة لشروط المناقصة مثلاً، وسقط عنه الالتزام بأداء قيمتها (على، ١٩٦٢).

ثانيا: مقدار غطاء خطاب الضمان: يتوقف مقدار الغطاء الذي يطلبه البنك على مدى ثقته في العميل، فإذا كان المركز المالي للعميل مهتزا وغير مستقر ولم يكن له حساب جار أو معاملات تجعله معروفاً لدى البنوك فإن البنك يطلب تغطية الخطاب بنسبة١٠٠٪، أما إذا كان العميل معروفاً لدي البنوك وله حسابات جارية لديها أو تعاملات سابقة ثبت منها أنه من الملتزمين، ويتمتع بسمعة طيبة فإن البنك يتقاضى في العادة غطاء مبلغ ١٠٪ من قيمة خطاب الضمان إذا كان ابتدائياً و٢٥٪ إلى ٣٠٪ من قيمته إذا كان نهائياً. وقد يصدر خطاب الضمان علي المكشوف بدون أي غطاء إذا كان يثق في العميل (علم الدين، ١٩٩٣).

وخلاصة الكلام يلاحظ أن مقدار غطاء خطاب الضمان لا يتوقف فحسب على ثقة البنك في العميل وإنما يجب على البنك القيام بدراسة مركز العميل المالي ودرجة يساره والتزاماته المالية وإمكانية الوفاء بتعهداته، وعلى البنك القيام بعمل التحريات اللازمة لبيان ذلك.

الفصل الثاني:
التزام البنك المستقل والنهائي في خطاب الضمان

عندما يصدر البنك خطاب الضمان اصبح ملتزماً قبل المستفيد بأداء المبلغ المذكور في خطاب الضمان عند أول طلب خلال المدة المحددة. والتزام البنك قبل المستفيد يعتبر التزاماً مستقلاً وباتاً.

فهو مستقل في العلاقة بين البنك والمستفيد، عن العلاقة بين البنك والعميل، وعن العلاقة بين العميل والمستفيد، ولذلك لا يجوز للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بالدفوع التي له قبل العميل، أو بالدفوع التي للعميل قبل المستفيد.

وهو التزام بات ونهائي، لأنه لا يجوز للبنك – متى وصل الخطاب إلى علم المستفيد ولم يرفضه– الرجوع فيه أو الامتناع عن دفع قيمته مهما كانت الأسباب ودون الاعتداد بأية معارضة، إذ يجب أن يهمل البنك مثل هذه المعارضة ويقوم بالدفع بالرغم من وقوعها.

فالسمة الأساسية لخطاب الضمان هو التزام البنك المستقل والمجرد في مواجهة المستفيد. لذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين. نخصص المبحث الأول لبيان استقلال التزام البنك في خطاب الضمان. ونخصص

المبحث الثاني لبيان مدى التزام البنك في خطاب الضمان.

المبحث الأول: استقلال التزام البنك في خطاب الضمان

لبيان استقلال التزام البنك في خطاب الضمان، يتعين علينا بيان هذا الاستقلال وفقاً لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والقواعد الموحدة السائدة في المعاملات الدولية وأحكام القضاء، ثم نبين النتائج المترتبة على هذا الاستقلال، مع توضيح أثر الغش على استقلال التزام البنك.

لذلك نقسم هذا البحث إلى مطلبين :

المطلب الأول: استقلال التزام البنك وفقاً لقانون التجارة والقواعد الموحدة والقضاء.

المطلب الثاني: النتائج المترتبة على استقلال التزام البنك قبل المستفيد.

المطلب الأول: استقلال التزام البنك وفقاً لقانون التجارة والقواعد الموحدة والقضاء

أولاً: استقلال التزام البنك وفقاً لقانون التجارة: يقصد باستقلال التزام البنك في مواجهة المستفيد أن يكون التزام البنك مجرداً عما قد يكون في علاقة العميل بالمستفيد من دفوع، وعما قد يكون في علاقة البنك بالعميل من دفوع.

وقد عبر المشرع المصري في المادة ١/٣٥٥ من قانون التجارة عن استقلال التزام البنك بعبارة "ودون اعتداد بأية معارضة". حيث يعبر البنك في خطاب الضمان عن تعهده بالدفع لدى الطلب بالرغم من معارضة العميل الآمر أو أياً كان مصير التزام العميل، لأن التزام البنك يختلف في محله عن التزام العميل الآمر، فالاستقلال والتجريد يبدو في النص الذى يقضى بالتزام البنك بالدفع عند المطالبة من المستفيد ورغم معارضة العميل.

إن استقلال التزام البنك قبل المستفيد يعني أن التزام البنك ليس تابعاً لالتزام العميل في وجوده وصحته ولا يستطيع البنك الاحتجاج ببطلان علاقة العميل والمستفيد أو فسخها أو بطلان علاقة البنك والعميل أو فسخها حتى يتحلل من التزامه بالوفاء (العرينى و دويدار، ٢٠٠٠). حيث لا يجوز للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بالدفوع التي له قبل العميل، أو بالدفوع التي للعميل قبل المستفيد (شفيق، ١٩٦٣). وقد أكدت ذلك المادة ٣٥٨ من قانون التجارة إذ نصت على أنه "لا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالآمر أو إلى علاقة الآمر بالمستفيد".

ثانياً: استقلال التزام البنك وفقاً للقواعد الموحدة السائدة في المعاملات الدولية: عبرت كافة القواعد الموحدة السائدة في المعاملات الدولية على استقلال التزام البنك قبل المستفيد وأكدت هذا الالتزام.

١- فقد نصت المادة ٤ من القواعد الموحدة لخطاب الضمان والـ Bonds الصادرة في ١٩٨٦/٥/٢٣ على أنه "تعتبر خطابات الضمان بطبيعتها تعهدات غير قابلة للرجوع فيها (نهائية) ومنفصلة عن العقد أو العقود التي ترتكز عليها ولا تعتد البنوك بأي طريق بهذا العقد أو العقود أو تلتزم بها بغض النظر عن أي إشارة كانت مدرجة في هذه الخطابات إلى هذا العقد أو العقود". فهذا النص يوضح أن تعهد البنك في خطاب الضمان قبل المستفيد غير قابل للرجوع فيه ومنفصل عن عقد اعتماد الضمان المبرم بين البنك والعميل، وعن العقد المبرم بين العميل والمستفيد، فالبنك بتعهده في خطاب الضمان يكون ملتزماً بشكل مستقل ودون الاعتداد بأي دفع يتعلق بهذه العقود، كما أن التزام البنك يكون مستقلاً حتى لو أشار خطاب الضمان إلى هذه العقود.

٢- كما أشارت القواعد الموحدة لضمانات العقود الصادرة بالكتيب رقم ٣٢٥ إلى مسئولية الضامن تجاه المستفيد وأكدت استقلال التزام الضامن تجاه المستفيد، بعيداً عن أي دفوع مستمدة من علاقة البنك بالعميل، أو علاقة العميل بالمستفيد لأن التزام البنك يتحدد فقط طبقاً لنصوص وشروط خطاب الضمان ، ودون ارتباط بأي عقود أخرى. فقد نصت المادة ٣ الفقرة الأولى من هذه القواعد على أن "الضامن مسئول تجاه المستفيد طبقاً للنصوص والشروط المنصوص عليها في الضمان وفي هذه القواعد وفي حدود مبلغ لا يجاوز ما هو مذكور في الضمان". وأضافت الفقرة الثالثة من هذه المادة أن " للضامن أن يعتمد فقط على تلك الدفوع المبنية على النصوص والشروط المذكورة في الضمان أو المسموح بها طبقاً لهذه القواعد". يتضح من ذلك أن استقلال التزام البنك قبل المستفيد يتأكد عادة بعبارة البنك الضامن في خطاب الضمان (عوض، ٢٠٠٠) وطبقاً للنصوص والشروط الموجودة في الخطاب ذاته، فالنص على الدفع عند أول طلب من المستفيد وبدون إعارة معارضة العميل التفاتاً، قد اصبح من خصائص خطاب الضمان، حتى أنه إذا لم يتضمن هذا النص لم يكن خطاب تعهد بمعنى الكلمة، وإنما يكون سنداً مدنياً عادياً، ينقصه عنصر الاستقلال والتجريد الذي يميز خطابات التعهد (علم الدين، ١٩٩٣). فالنص في خطاب الضمان على تعهد البنك بالدفع فوراً بالرغم من معارضة العميل الآمر وأياً كان مصير التزام العميل، هذا النص يقطع الصلة بين التزام كل من البنك والعميل ويجعل التزام البنك منفصلاً عن التزام العميل، فلا تقوم بينهما التبعية المميزة لالتزام الكفيل في الكفالة العادية (حبشى، ١٩٦٠). وقد قررت محكمة استئناف باريس (مجلة الأسبوع القانوني، ١٩٩٠) [٣١]، إلي أن التعهد الناتج من خطاب الضمان يتضح من عبارات الخطاب ومصطلحاته، حيث أنه تعهداً شكلياً ناتجاً من عباراته كما قررت محكمة النقض الفرنسية (دالوز، ١٩٨٩،

(٣١) باريس ٢٤ أكتوبر ١٩٨٩ السالف الذكر

مجلة الأسبوع القانوني، ١٩٩٠، المجلة الربعية القانونية ١٩٩٠، مجلة البنك والقانون ١٩٩١)[٣٢]، أن الضامن يجب عليه أن يكون دقيقاً في الضمان المستقل ووفقاً للشروط المتفق عليها، فيجب أن يبتعد الضمان عن الغموض الذي يؤدي إلى التنازع.

٣- إن القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب والصادرة بالكتيب رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٩٢ أكدت في المادة ٢/ب مبدأ استقلال التزام البنك قبل المستفيد حيث نصت على أن "الضمانات بطبيعتها عمليات منفصلة عن العقد أو العقود أو شروط المناقصات التي تكون هي أساساً لها والضامنون ليست لهم بأي شكل شأن أو يلتزمون بهذا العقد أو العقود أو شروط المناقصات بالرغم من وجود إشارة إليها في الضمان ويلزم الضامن في نطاق أي ضمان أن يدفع المبلغ أو المبالغ المنصوص عليها في الضمان مقابل تقديم طلب كتابي بالدفع وأي مستندات أخرى محددة في الضمان والتي تبدو في ظاهرها عند النظرة الأولى مطابقة لنصوص الضمان". يتضح من ذلك أن خطاب الضمان عملية مستقلة ومنفصلة عن عقد البيع أو التوريد أو المقاولة أو شروط المناقصات التي تكون هي أساساً لها، فالضامن يلتزم بشكل مستقل تجاه المستفيد ومن نصوص وعبارات التعهد في خطاب الضمان فليس له شأن بهذه العقود أو شروط المناقصات حتى لو تم الإشارة إليها في خطاب الضمان، لأن البنك عندما يصدر خطاب الضمان لصالح المستفيد، لا يضمن به حسن تنفيذ العميل لالتزامه أمام المستفيد، فهو لا يراقب هذا التنفيذ وهو لا يتعهد أن يقوم بدلاً من العميل المدين تنفيذ التزام هذا الأخير، ولا بسداد ما يكون عليه من دين، وإلا كان تدخل البنك مجرد كفالة منه للمدين طبقاً لأحكام الكفالة المدنية، فخطاب الضمان تعهد مجرد عن ظروف التزام العميل أمام المستفيد (عوض، ٢٠٠٠). فالبنك يلتزم بدفع المبلغ المحدد في الخطاب المنصوص عليه في الضمان بمجرد تقديم طلب كتابي بالدفع أياً كان مقدار مديونية العميل ولو كان هذا المقدار أكبر أو أقل من دين العميل للمستفيد. كما أن تعهد البنك بالدفع لا يعتبر تعويضاً للمستفيد عن عدم تنفيذ العميل لالتزامه أو إساءة هذا التنفيذ أو التأخير فيه أو التنفيذ المخالف للمواصفات. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن [٣٣] "خطاب الضمان وان صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين

(٣٢) نقد تجاري ٢٤ يناير ١٩٨٩ –دالوز سيري- ١٩٨٩ ص ١٥٩ مع تعليق فاسير – مجلة الاسبوع القانونى ١٩٩٠- ٢- ٢١٤٢٥ مع تعليق بروم وماتوت ، أيضاً المجلة الربعية التجارية ١٩٩٠ص٧٩، أيضاً باريس ٩ يناير ١٩٩١ – مجلة البنك والقانون ١٩٩١ ص ١٥٢.

(٣٣) نقض ٢٧ مايو ١٩٦٩- مجموعة أحكام النقض- عدد ٢٠ ص٨١١ أيضاً الطعن الصادر في ٣٠ ديسمبر ١٩٨٥- مجموعة الخمس سنوات ٨٠- ١٩٨١ ص٦٧ أيضاً الطعن رقم ١٠١٣ لسنة ٥٠ في ٣٠ ديسمبر ١٩٨٠، والطعن رقم ٢٠٨٤ لسنة ٥٨ ق ٢٩ مايو ١٩٨٩، والطعن رقم ٢٣٩٥ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٣/١/٤.

المتعامل معه ، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بعميله، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالبه به هذا الأخير باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به، ويكون على المدين (عميل البنك) أن يبدأ هو بالشكوى إلى القضاء إذا قدر أنه غير مدين للمستفيد أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد". كما أشارت الضمانات المقابلة أيضاً إلى استقلال التزام البنك ، هذا ما تؤكده المادة ٢/جـ من ذات القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس بالكتيب رقم ٤٥٨ سالف الذكر حيث نصت على أن "... والضمانات المقابلة بطبيعتها عمليات منفصلة عن الضمانات التي تتصل بها وعن العقود المتعلقة بها وكذلك عن شروط المناقصات، والأطراف المصدرة للتعليمات (الضمان المقابل) ليست لها شأن بأي طريقة أو التزام بهذه الضمانات أو العقود أو شروط المناقصات بالرغم من وجود إشارة إليها في الضمان المقابل". يتضح من ذلك أن الضمان المقابل مستقل عن الضمان الأول وعن العلاقة الأصلية بين العميل والمستفيد حتى لو تم الإشارة في خطاب الضمان إلى هذا الضمان المقابل أو عقد البيع أو التوريد أو المقاولة أو غير ذلك الذي يربط العميل بالمستفيد، وعن عقد اعتماد الضمان الذي يربط العميل بالبنك الأول، وعن عقد اعتماد الضمان بين البنك الأجنبي والبنك الذي أصدر خطاب الضمان.

و هذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية (دالوز، ١٩٩٤، ١٩٨٥، ١٩٩٠، مجلة القانون البنكى ١٩٩٠، الأسبوع القانوني، ١٩٩٤، ١٩٩٦)[٣٤] بالنص على أن الضمان المقابل هو التزام مستقل عن الضمان الأول وعن العلاقة الناتجة عن العقد الأصلي بين المستفيد والعميل. وقد أكدت القواعد الموحدة رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٩٢ على مبدأ الاستقلال في المادة ١٦ حيث نصت على أنه "لا يسأل الضامن أمام المستفيد إلا بالمطابقة للنصوص المحددة بالضمان وأي تعديل أو تعديلات عليه وبهذه القواعد وفي حدود مبلغ لا يجاوز المبلغ المذكور في الضمان وأي تعديل أو تعديلات عليه". والجدير بالذكر أن أي تعديل يتم لخطاب الضمان بعد وصوله إلى المستفيد وعلمه به لا يتم إلا بموافقة الأطراف.

---

(٣٤) نقض تجاري فرنسى ١٣ ديسمبر ١٩٨٣- دالوز سيري ١٩٩٤ص ٤٢٠ مع تعليق فاسير، وأيضاً نقض تجاري ٢٧ نوفمبر ١٩٨٤، و١٢ ديسمبر١٩٨٤، و ٥ فبراير ١٩٨٥- دالوز سيري ١٩٨٥- ٢٦٩ مع تعليق فاسير، الفقه١٩٨٥- ٢- ٢٠٤٣٦، أيضاً نقض تجارى ٦فبراير ١٩٩٠- دالوز سيري- ١٩٩٠- ٢١٣ ، أيضاً باريس ٢٨ يونية ١٩٨٩- مجلة القانون البنكى ١٩٩٠- ٤٨ أيضاً نقض تجاري في ٢٩ مارس ١٩٩٤- الاسبوع القانونى ١٩٩٤- ١- ٣٧٨- ٢٢، ونقض ٨ فبراير ١٩٩٤- الاسبوع القانونى ١٩٩٦- ١- ٤٦٥ رقم ٢٠.

٤- أما فيما يتعلق بقواعد الآونسترال الصادرة عام ١٩٩٥ من لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة والمتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة فقد أكدت على أن التعهد يمثل التزاماً مستقلاً إذ نصت المادة ١/٢ على أنه "لأغراض هذه الاتفاقية يمثل التعهد التزاماً مستقلاً، يعرف في الممارسات الدولية بأنه كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن...". ثم وضحت المادة ٣ استقلال التعهد حيث نصت على أنه "لأغراض هذه الاتفاقية، يكون التعهد مستقلاً عندما لا يكون التزام الكفيل/المصدر تجاه المستفيد: أ- مرهوناً بوجود معاملة أصلية أو صلاحية، أو بأي تعهد آخر (بما في ذلك خطابات الاعتماد الضامنة أو الكفالات المستقلة التي يتعلق بها أي تثبت للتعهد أو أي كفالة مقابلة)، أو ب- خاضعاً لأي شرط أو حكم غير وارد في نص التعهد أو لأي فعل أو واقعة مستقبلية غير مؤكدة الوقوع عدا تقديم المستندات، أو أي فعل أو واقعة أخرى من هذا القبيل تدخل في نطاق عمليات الكفيل/ المصدر". يتضح من ذلك أن التزام الكفيل/ المصدر (الضامن) لا يكون مرهوناً بالمعاملة الأصلية بين العميل الآمر والمستفيد أو بين الضامن (البنك) وبين العميل، ولا يرتبط بصلاحية هذه العقود أو بطلانها أو فسخها. وبالتالي لا يجوز للبنك (المصدر) تعطيل الدفع إلى المستفيد عند مطالبته مستخدماً في ذلك دفوع تتعلق بعلاقته بالعميل، سواء كانت هذه الدفوع مبنية على عدم مشروعية سبب هذه العلاقة أو على وجود عيب شاب إرادته من غلط أو تدليس أو إكراه أو على عدم وجود غطاء لخطاب التعهد أو أموال للعميل لديه تمكنه من دفع قيمة خطاب الضمان ، أو لعدم تنفيذ العميل تعهده للبنك بتقديم ضمان معين. وكل ذلك استناداً إلى نص الخطاب في أن يتعهد البنك بالدفع عند أول مطالبة من المستفيد طبقاً للشروط والأحكام المبينة في التعهد. وقد أشارت إلى ذلك المادة ١٢الفقرة الأولى من قواعد الاونسترال حيث نصت على أنه "تحدد حقوق والتزامات الكفيل/ المصدر والمستفيد الناشئة عن التعهد بمقتضى الأحكام والشروط المبينة في التعهد، بما في ذلك قواعد أو شروط عامة أو أعراف مشار إليها بالتحديد فيه، وكذلك بمقتضى أحكام هذه الاتفاقية". وكما هو واضح من نص المادة ٣/أ يستقل الضمان المقابل عن الضمان الأول وعن العلاقة الأصلية بين العميل والمستفيد. يستخلص من أحكام قواعد الاونسترال أن التزام الكفيل/ المصدر (الضامن) لا يكون تابعاً لالتزام العميل الآمر من حيث صحته وبطلانه. لأن البنك يلتزم دائماً بالخطاب أيا كان مركز المضمون (العميل الآمر). وأياً كان مصير العقد بين البنك وبين عميله، ومصير العلاقة بين العميل والمستفيد من الخطاب (عوض، ٢٠٠٠). وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية (دالوز سيرى ، ١٩٨٣ ، مجلة

بنك ١٩٨٦) [٣٥] بأن الضامن يلتزم بتعهد مستقل عن العقد الأصلي بحيث لا يجب أن يعارض دفع قيمة الخطاب للمستفيد بأحد الدفوع المستمدة من العقد الأصلي.

ثالثاً: استقلال التزام البنك وفقاً لأحكام القضاء: قضت محكمة النقض المصرية بأن[٣٦] "علاقة البنك بالمستفيد منفصلة عن علاقته بالعميل، مؤدى ذلك. إلزامه بسداد المبلغ الذي يطلبه المستفيد فوراً ما دام في حدود التزام البنك".

كما قضت [٣٧] بأن "علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير باعتباره حقاً له، يحكمه خطاب الضمان، ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به. كما أن البنك مصدر الخطاب لا يعتبر وكيلا عن العميل في الوفاء للمستفيد بقيمة خطاب الضمان، ذلك أن التزام البنك في هذا لحسابه التزام أصيل. ويترتب على ذلك أن ما يقوم بدفعه للبنك لتغطية خطاب الضمان إنما هو تنفيذ وتأمين للعلاقة القائمة بينه وبين العميل والبنك وحدهما ولا صلة للمستفيد بها، كما أن البنك الذي يقوم بتثبيت اعتماد مصرفي بين عميله والمستفيد منه، لا يصح وصفه بأنه ضامن أو كفيل يتبع التزامه التزام المدين المكفول بل يعتبر في هذه الحالة التزاماً مستقلاً عن العقد القائم بين المتعاملين".

وفي ذات الحكم عبرت محكمة النقض المصرية عن استقلال الضمان المقابل بقولها ".... لما كان ذلك وكان من المقرر في حالة اختلاف بلد الآمر عن بلد المستفيد أن يكلف البنك التابع للآمر أحد فروعه في بلد المستفيد أو بنكاً آخرا في بلد المستفيد على أن يقوم بإصدار خطاب الضمان إلى المستفيد بالشروط التي يمليها عليه، ويكون التزام البنك مصدر الخطاب عندئذ للمستفيد مستقلاً تماماً عن العلاقة بين الآمر والمستفيد وبين البنك التابع للآمر ولا ارتباط بينهما بحيث يكون للمستفيد بمقتضى هذه العلاقة بينه وبين البنك مصدر خطاب الضمان الرجوع على الأخير بقيمة خطاب الضمان متى تحققت الشروط الواردة في الخطاب السالف الذكر مما ينتفي معه كون البنك مصدر الخطاب وكيلاً عن بنك الآمر أو كفيلاً له....".

وعبرت محكمة النقض عن استقلال التزام البنك قبل المستفيد في حكم آخر بقولها أنه [٣٨] "لما كان الأصل في خطاب الضمان ألا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجية ولا على تحقق شرط ولا حلول أجل ولا يغير

(٣٥) نقض تجاري ٢٠ ديسمبر ١٩٨٢- دالوزسيري ١٩٨٣- ٣١٥ مع تعليق فاسير. ونقض تجاري ٢١ مايو ١٩٨٥- مجلة بنك ١٩٨٦- ٨٧ مع تعليق ريف لانج.

(٣٦) الطعن رقم ٢٣٩٥ لسنة ٦١ق – جلسة ١٩٩٣/١/٤.

(٣٧) الطعن رقم ٧٣٠٤ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٤/٦/٢٧.والطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٣/٣٠.

(٣٨) الطعن رقم ٢٠٨٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ٢٩ مايو ١٩٨٩ والطعن رقم ١٠١٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٣٠م.

من ذلك أن يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد من الخطاب وكان المفروض في قضاء هذه المحكمة أن خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك وعميله إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل يحكمها خطاب الضمان وحده وعباراته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها حتى إذا ما طولب بالوفاء في أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت إليه المستندات المحددة في خطاب الضمان وجب عليه الدفع فوراً بحيث لا يلتزم إلا في حدود تلك الشروط أو يعتد بغير هذه المستندات، ولا يكون دفع البنك إلى المستفيد صحيحاً كما لا يكون له أن يرجع بما دفعه على عميله إلا إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لخطاب ضمان صدر صحيحاً ومطابقاً لتعليمات العميل وإلا تحمل البنك مسئولية الوفاء فإذا لم تحقق الشروط أو لم تقدم المستندات المحددة في الخطاب انتهى ضمان البنك وكان لعميله أن يسترد منه غطاء خطاب الضمان في اليوم التالي لانتهاء الضمان".

يتضح من كل ما سبق أنه حتى يتقرر مبدأ استقلال التزام البنك قبل المستفيد، لابد أن يكون لخطاب الضمان الكفاية الذاتية، أي يكفي بذاته ،لأنه يؤدي وظيفته دون توقف على عنصر آخر خارجي يضاف إليه مثل واقعة خارجة عنه أو شرط أو أجل، خلاف ما يرجع إلى المستفيد نفسه (عوض، ٢٠٠٠)، أي أن مضمون التزام البنك لا يتوقف على عنصر خارج الخطاب لا في مقداره أو استحقاته. فيكون البنك ملتزماً بالوفاء بالمبلغ الثابت في خطاب الضمان ووفقاً للشروط التي يتضمنها دون أن يستطيع أن يواجه المستفيد بأي اتفاق بينه وبين العميل يكون سابقاً أو لاحقاً على إرسال الخطاب إلى المستفيد (العرينى ودويدار ، ٢٠٠٠).

فمن مظاهر استقلال خطاب الضمان، أن تتوافر له الكفاية الذاتية كما هو الشأن للورقة التجارية، بحيث يكون كافياً بذاته لبيان مضمون الحق الثابت فيه، فلا يحتاج البنك إلى الرجوع للعقد الأصلي المبرم بين العميل والمستفيد. فالتزام البنك ليس تابعاً لالتزام العميل، وإنما هو التزام قائم بذاته يوجب على البنك الأداء، ولو ابطل العقد المبرم بين العميل والمستفيد أو فسخ. وشأن العميل بعد ذلك والمستفيد، يقاضيه لاسترداد ما قبضه من البنك دون وجه حق. فأي ربط بين استغلال البنك قبل المستفيد والعلاقة بين العميل والمستفيد يقوض خطاب البنك من أساسه (شفيق ، ١٩٦٣).

وقد قضت محكمة النقض أيضاً أن [٣٩] "علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير

(٣٩) الطعن رقم ١١٨٩ لسنة٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٢/١٣.

باعتبارها حقاً له يحكمه خطاب الضمان، ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به. ويكون على المدين عميل البنك أن يبدأ هو بالشكوى إلى القضاء إذا قدر انه غير مدين للمستفيد أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد من البنك".

كما قضت بأن[٤٠] " خطاب الضمان تكون علاقة البنك بالمستفيد منفصلة عن علاقته بالعميل ومؤدى ذلك إلزامه بسداد المبلغ الذي يطلبه المستفيد فوراً ما دام في حدود التزام البنك ولا يسقط هذا الالتزام إذا كانت المطالبة بالوفاء أو مد أجل الضمان قد تمت أثناء مدة سريان الخطاب وسداد البنك بناءً على هذه المطالبة يعتبر وفاءً صحيحاً يرتب له حق الرجوع على عميله بالمبلغ المدفوع حتى ولو تم هذا السداد بعد انتهاء مدة سريان الخطاب". وقضت أيضاً في شأن استقلال التزام البنك قبل المستفيد بأن [٤١] "البنك بخطاب الضمان إنما يلتزم بصفته أصيلاً قبل المستفيد لا بوصف كونه نائباً عن عميله ، وليس للعميل أن يتحدى بوجوب أعذاره قبل صرف المبلغ المبين في خطاب الضمان".

والرجوع إلى القضاء الفرنسي، نجد محكمة النقض الفرنسية قضت بأنه يجب الاعتراف بوجود هذا الضمان المستقل إذا كان تعهد البنك بالدفع باتاً لا يتوقف على شرط وإنما حالاً ومباشرةً عند أول طلب (مجلة القانون البنكي، ١٩٨٨ دالوز سيرى، ١٩٨٨ ، المجلة الربعية التجارية، ١٩٨٨) [٤٢]. وبالأخص بدون استطاعة البنك معارضة الدفع للمستفيد، وأياً كان الدفع المستند إلى العقد الأصلي (دالوز سيرى، ١٩٨٨)[٤٣]. كما اعتبرت أن (مجلة الأسبوع القانوني ، ١٩٩٣) [٤٤] المهم هو أن البنك يتعهد بدفع مبلغ نقدي فوري وبشكل مستقل وبات وبدون الالتفات إلى العقد الأصلي. وعامة يشترط القضاء الفرنسي أن يكون ضمان البنك المستقل صريحاً وواضحا (مجلة الأسبوع القانوني، ١٩٩٤)[٤٥]. ويؤكد القضاء الفرنسي على مبدأ استقلال التزام البنك قبل المستفيد حيث قرر أن الضامن لا يمكنه معارضة الدفع للمستفيد عند الطلب استناداً إلى بطلان العقد الأصلي (مجلة الأسبوع

(٤٠) نقض مدني ١٩٦٩/٥/٢٧- الموسوعة الذهبية لأحكام النقض في خمسين عاماً- جـ٨، ص٢٢٧.

(٤١) نقض ١٤ مايو ١٩٦٤ مجوعة النقض عدد ١٥ ص ٦٩١.

(٤٢) نقض تجاري ٨ ديسمبر١٩٨٧- نشرة محكمة النقض ٤ رقم ٢٦١- مجلة قانون البنكى ١٩٨٨- ٢٦، أيضاً دالوز سيرى ١٩٨٨ الملخص ٢٤٠ مع تعليق فاسير، المجلة الربعية التجارية ١٩٨٨ص٤٧٩.

(٤٣) نقض تجاري فرنسى ٢ فبراير ١٩٨٨- دالوز سيري ١٩٨٨ الملخص ٢٣٩ مع تعليق فاسير.

(٤٤) نقض تجاري فرنسى ٣ نوفمبر ١٩٩٢- مجلة الاسبوع القانونى ١٩٩٣- ٢- ٢٢٠٨٢ طبعة E- ٤٥٤ مع تعليق جاكوب أيضاً دالوز ١٩٩٥- ٢٠٩ ٠

(٤٥) نقض تجاري ٢٦ فرنسى يناير ١٩٩٣- نشرة محكمة النقض - ٤- رقم ٢٨، أيضاً الاسبوع القانونى ١٩٩٤- ١- ٣٧٦٥ رقم ١١.

القانوني ، ١٩٩٣) [٤٦]، ولا استناداً إلى فسخه، ولا استناداً إلى إلغاؤه (دالوز سيرى، ١٩٨٧) [٤٧]، ولا استناداً إلى قيام العميل بتنفيذ التزاماته كاملاً (دالوز سيرى ، ١٩٨٦) [٤٨]، ولا استناداً إلى مماطلة العميل في تنفيذ التزاماته أو التأخير في التنفيذ (مجلة الأسبوع القانوني ، ١٩٨٣) [٤٩].

يتضح من ذلك أن القضاء الفرنسي يقر بأنه لا يجوز للبنك تعطيل الدفع إلى المستفيد عند مطالبته استناداً إلى بطلان العقد الأصلي المبرم بين العميل والمستفيد ولا استناداً إلى فسخ هذا العقد أو إلغاؤه، لأن التزام البنك قبل المستفيد مستقلاً ومجرداً. فالتعهد الناتج عن خطاب الضمان لا يضمن به البنك حسن تنفيذ العميل لالتزاماته أمام المستفيد، وهو لا يتعهد أن يقوم بدلاً من العميل بتنفيذ التزام هذا الأخير. فلا يعتبر ما يتعهد البنك بدفعه للمستفيد تعويضاً له عن عدم تنفيذ العميل لالتزامه أو إساءة هذا التنفيذ أو التأخير في التنفيذ.

(٤٦) نقض تجاري فرنسى ٢٠ ديسمبر ١٩٨٢ ، و ١٣ ديسمبر ١٩٨٣ ، وباريس ١٤ يناير ١٩٩٣مجلة الاسبوع القانونى ١٩٩٣- ٢- ٢٢٠٦٩.

(٤٧) باريس ١٣ فبراير ١٩٨٧ ، دالوز سيري ١٩٨٧ رقم ١٧٢ مع تعليق فاسير.

(٤٨) نقض تجاري فرنسى ٣١ مايو ١٩٨٥- نشرة محكمة النقض - ٤- ١٦٠ ، وأيضاً دالوز سيري ١٩٨٦- ٢١٣ مع تعليق فاسير.

(٤٩) باريس ١٧ يناير ١٩٨٣ مجلة الاسبوع القانونى ١٩٨٣- ٢- ١٩٩٦٦.

وقد فرق القضاء الفرنسي بين الضمان المستقل الواجب الدفع عند أول طلب وبين الكفالة، حيث قرر بأن البنك عندما يتعهد بدفع مبلغ نقدي للمستفيد، لا يسدد ما يكون على عميله من دين، وإلا كان تدخل البنك مجرد كفالة منه للمدين طبقاً لأحكام الكفالة المدنية، وإنما هو مبلغ نقدي ثابت يتعهد بدفعه مباشرة للمستفيد، وحالة خطاب الضمان المستقل الواجب الدفع عند أول طلب هي ذات طبيعة الاعتماد المستندي الغير قابل للرجوع فيه (دالوز سيرى، ١٩٩٠، مجلة القانون البنكى، ١٩٩٠).[٥٠]

وهكذا، فقد ساوت محكمة النقض الفرنسية بين خطاب الضمان وخطاب الاعتماد المستندي الغير قابل للرجوع فيه، مثلما سوت بينهما محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ٣٠ مارس ١٩٨١ الطعن ٦١٨ لسنة ٤٨ق.

المطلب الثاني: النتائج المترتبة على استقلال التزام البنك قبل المستفيد

أولا: أهم النتائج التى يرتبها استقلال خطاب الضمان: يترتب على استقلال التزام البنك النتائج التالية

١- أن التزام البنك ليس تابعاً لالتزام العميل في وجوده وصحته، ولا يستطيع البنك الاحتجاج

(٥٠) نقض تجاري٥ ديسمبر ١٩٨٩- د الوز سيري ١٩٩٠ص ٢٠٨ مع تعليق فاسير، وأيضاً مجلة القانون البنكى - ١٩٩٠- ١٣٩.

ببطلان أو فسخ علاقة العميل والمستفيد أو بطلان أو فسخ علاقة البنك والعميل حتى يتحلل من التزامه بالوفاء. فلا يستطيع البنك التمسك بالدفوع التي له قبل العميل، أو بالدفوع التي للعميل قبل المستفيد، سواء تعلقت هذه الدفوع بعدم مشروعية سبب الصرف، أو بانعدام مقابل الالتزام، أو متعلقة بالسبب الصوري، أو متعلقة بعيوب الإرادة من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، وكذلك الدفع بعدم التنفيذ أو إساءة التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، أو متعلقة بعدم وجود غطاء لخطاب الضمان. والجدير بالذكر في هذا الشأن أنه يجوز التمسك بهذه الدفوع طبقاً للقواعد العامة في مواجهة من كان طرفاً في العلاقة الأصلية (علم الدين، ١٩٩٣).

٢- يحظر على البنك التمسك بالمقاصة بين دين على المستفيد للعميل وبين قيمة خطاب الضمان، كما لا يجوز للبنك التمسك بالمقاصة في مواجهة المستفيد بدين مستحق للبنك في ذمة العميل، كما إذا لم يكن العميل قدم غطاء خطاب الضمان ، ولكن لا يجوز التمسك بالمقاصة بين دين على المستفيد للبنك- ناشئ بصدد علاقة أخرى بينهما- وبين قيمة خطاب الضمان. لوجود صلة مباشرة بين البنك والمستفيد في هذه الحالة تمكن البنك من استخدام دفوعه قبل المستفيد. غير انه يجب ملاحظة أن البنك لا يستطيع التمسك بالمقاصة في هذه الحالة إلا بعد طلب المستفيد لقيمة خطاب الضمان خلال المدة المحددة. فالبنك لا يستطيع التمسك بالمقاصة في هذه الحالة إلا بعد أن تتحقق ملكية هذه المبالغ التي يمثلها خطاب الضمان للمستفيد، فالخطاب ولأنه كان يمثل حقاً للمستفيد في طلب مبلغ معين، إلا أن هذا الحق لا يدخل في ذمته المالية إلا بعد طلبة من البنك خلال المدة المحددة (القليوبى، ٢٠٠٠).

٣- لا يجوز لدائني العميل توقيع الحجز تحت يد البنك على مبلغ خطاب الضمان، لأن العميل ليس له حق على مبلغ الضمان، حتى لو تم تغطية قيمة خطاب الضمان بالكامل، لأن البنك لم يتعهد بأداء مبلغ خطاب الضمان للعميل، وإنما يضمن للعميل في حدود مبلغ خطاب الضمان. وكذلك لا يجوز للعميل توقيع حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد البنك على قيمة خطاب الضمان كدائن للمستفيد نتيجة العلاقة القائمة على العقد الأصلي والتي بسببها تم اعتماد خطاب الضمان (مجلة الأسبوع القانوني، ١٩٨١، مجلة الربعية التجارية، ١٩٨٢، دالوز سيرى ١٩٨٢)[٥١]، لأن هذا الحجز يعتبر من قبيل المعارضة في الوفاء إلى المستفيد، لذلك يحق للبنك أن يتجاهل الحجز الموقع تحت يده ويوفي للمستفيد عند المطالبة (شفيق، ١٩٦٣) ، بيد انه يجوز للعميل الحجز لأجل دين غير مرتبط بالعقد الأصلي بين العميل والمستفيد

(٥١) نقض تجاري فرنسي ٢٧ نوفمبر، و١٢ ديسمبر ١٩٨٤ السالف الذكر ، وباريس ٢٧ أكتوبر ١٩٨١- مجلة الاسبوع القانونى ١٩٨١- ٢- ١٩٧٠٢، والمجلة الربعية التجارية ١٩٨٢- تعليق كبريك وتسيي ٢٨١، ونقض ٢٥ مارس ١٩٨٢- دالوز سيري ١٩٨٢- ١٠R- ٤٩٧ مع تعليق فاسير.

(دالوز، ١٩٨٦) [٥٢]. كما لا يجوز لدائني المستفيد توقيع الحجز تحت يدي البنك على مبلغ خطاب الضمان لأن حق المستفيد لا يتعلق بهذا المبلغ إلا بعد طلبه من البنك، ولكن يكون للحجز أثر إذا كان حجزاً إدارياً. و إذا كان للمستفيد حساب لدى البنك تضاف إليه قيمة الخطاب، إذ أن الحجز الإداري لا يشمل أموال المحجوز عليه وقت الحجز فقط، وإنما يشمل الأموال التي تستجد له إلى حين التقرير بما في الذمة إن كان ذلك التقرير سلبياً، أو إلى يوم البيع أو الإيداع إن كان التقرير إيجابياً٠ لذلك يشمل الحجز قيمة الخطاب إذا وقع في الفترة ما بين طلب المستفيد قيمة خطاب الضمان وبين إضافة البنك قيمة الخطاب إلى حسابه لديه. أما إذا كان الحجز قضائياً ووقع في الفترة المذكورة فإنه لا يشمل قيمة الخطاب ولو أضيفت بعد ذلك لحساب المستفيد (علم الدين، ١٩٩٣).

٤- إذا قبض المستفيد مبلغ الضمان، لا يجوز للبنك استرداده استنادا إلى أسباب ترجع إلى العلاقة بين العميل والمستفيد، لأن البنك عندما يوفي مبلغ الضمان فإنه يوفي بالتزام شخصي مستقل عن العلاقات الأخرى (شفيق، ١٩٦٣). وإنما يحق للبنك استرداد مبلغ الضمان تأسيسا على أسباب ترجع إلى النصوص والشروط المنصوص عليها في الخطاب ذاته. كما يجوز للعميل الرجوع على المستفيد لاسترداد ما قبضه من البنك إذا كان لديه ما يبرر هذا الرجوع، كما إذا أبطلت العلاقة بينهما أو فُسخت (دالوز، ١٩٩٥) [٥٣].

٥- في حالة قيام البنك بالوفاء للمستفيد طبقاً لمبدأ استقلال التزام البنك قبل المستفيد وتطبيقاً للشروط المحددة بالتزامه مع عمليه الآمر بعقد الضمان، وبالشروط المحددة في خطاب الضمان، فإن له الرجوع على عميله بعد ذلك بمقتضى العلاقة القائمة بينهما لاستيفاء قيمة خطاب الضمان إذا لم يكن العميل قد قدم غطاء لخطاب الضمان، طبقاً لقاعدة الحلول (ريبير و ربلو، ١٩٩٦)، ولا يستطيع العميل الامتناع عن الدفع بمقولة انه لم يكن ملزماً في مواجهة المستفيد لعدم أحقية الأخير في الضمان طبقاً لشروط العقد بينهما. وقد أكد قانون التجارة المصري رقم ١٧لسنة ١٩٩٩ السالف الذكر على ذلك في المادة ٣٦٠ حيث نصت على أنه "إذا دفع البنك للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان جاز له الرجوع على الآمر بمقدار المبلغ المدفوع وعائده من تاريخ دفعه".

ثانيا: أهمية الاعتبار الشخصي لخطاب الضمان واثر تعديله: الاعتبار الشخصي لخطاب الضمان قائم من ناحية المستفيد -كما هو قائم من ناحية العميل- بمعنى أنه لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الوارد بخطاب الضمان إلا بموافقة البنك، وبشرط أن يكون البنك مأذوناً من قبل الآمر بإعطاء هذه الموافقة (المادة

(٥٢) محكمة باريس ٢٦ مارس ١٩٨٦، دالوز ١٩٨٦- ٢٧٤ مع تعليق فاسير.

(٥٣) نقض تجاري فرنسي ٧ يونيه ١٩٩٧- دالوز ١٩٩٥- ص٢٠ مع تعليق فاسير.

٣٥٧ من قانون التجارة)، لأن الضمان يمنح للمستفيد بالنظر إلى أمانته وحسن نيته، وبالنظر إلى أنه لا يتوقع أن يطلب وفاءه غشاً منه.

فقد نصت المادة ٤ من القواعد الموحدة لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب رقم٤٥٨ لسنة ١٩٩٢ على أن "حق المستفيد من تقديم مطالبة في نطاق ضمان غير قابل للتنازل عنة ما لم يكن قد نص على ذلك صراحةً في الضمان أو في أي تعديل له. ومع ذلك فإن هذه المادة لا تؤثر على حق المستفيد في التنازل عن أي مبالغ قد تؤول إليه أو تصبح من حقه في نطاق الضمان".

كما نصت المادة ٩ من قواعد الاونسترال الخاصة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة على أنه "١- لا يجوز نقل حق المستفيد في المطالبة بالسداد إلا إذا كان التعهد بإذن وإلا بالقدر والكيفية المأذون بهما في التعهد. ٢- إذا كان التعهد ينص على أنه قابل للنقل دون بيان ما إذا كانت موافقة الكفيل/المصدر، أو شخص آخر مأذون له لازمه للنقل الفعلي أم لا، لا يكون الكفيل المصدر، ولا أي شخص آخر مأذون له، ملزماً بتنفيذ النقل إلا بالقدر والكيفية اللذين وافق عليهما صراحة".

كما أن تعديل العقد الأصلي بين العميل والمستفيد لا يؤثر على التزام البنك المستقل تجاه المستفيد، لأن من نتائج استقلال التزام البنك في مواجهة المستفيد أنه لا أثر على التزام البنك من تعديل العقد المبرم بين العميل والمستفيد أياً كان نوع هذا العقد أو نوع الرابطة القائمة بينهم، فأي تعديل على العقد الأصلي لا يؤثر في التزام البنك ولا يغطيه إلا إذا وافق البنك على هذا التعديل (عوض ، ٢٠٠٠). فقد نصت المادة ٧ الفقرة الأولى من القواعد الموحدة لضمانات العقود رقم ٣٢٥ على أن " ضمان الغطاء ينتج أثره فقط بالنسبة إلى الغطاء الأصلي المقدم من الأصيل ولا ينطبق في حالة أي تعديل له، ولا ينتج أثره بعد تاريخ الانقضاء المنصوص عليه في الضمان أو المنصوص عليه في هذه القواعد، ما لم يكن الضامن قد أعطى إخطاراً بالكتابة أو ببرقية أوتلغراف أو تلكس إلى المستفيد بأن الضمان ينطبق عليه أو بأن تاريخ الاقتضاء قد مد". وأضافت الفقرة الثالثة من ذات المادة أن "كل تعديل يجريه الضامن في نصوص وشروط الضمان يصبح نافذاً في حق المستفيد فقط إذا وافق عليه المستفيد، وفي حق الأصيل أو الطرف معطي التعليمات —حسب الأحوال- فقط إذا وافق الأصيل أو الطرف معطي التعليمات حسب الأحوال".

كما نصت المادة ٨ من قواعد الأونسترال على أنه "١- لا يجوز تعديل التعهد إلا بالشكل المنصوص عليه في التعهد. ٢- ما لم ينص التعهد، أو يتفق الكفيل/ المصدر والمستفيد في غير التعهد، على خلاف ذلك، يعتبر التعهد معدلاً لدى صدور التعديل إذا كان المستفيد قد سبق له الأذن بالتعديل. ٣- ما لم ينص التعهد، أو يتفق الكفيل/ المصدر والمستفيد في غير

التعهد، على خلاف ذلك، وحيث لا يكون المستفيد قد سبق له الأذن بأي تعديل، لا يعدل التعهد إلا عندما يتلقى الكفيل/ المصدر إشعاراً بقبول التعديل يصدره المستفيد بشكل من الأشكال المشار إليها من الفقرة ٢ من المادة ٧. ٤- لا يكون لتعديل التعهد أي أثر على حقوق والتزامات الأصيل الطالب (أو طرف آمر أخر) أو حقوق والتزامات مثبت التعهد ما لم يوافق ذلك الشخص على تعديل".

المبحث الثاني: مدى التزام البنك في خطاب الضمان

نتناول في هذا المبحث اثر غش المستفيد على استقلال البنك وذلك في مطلب أول، ثم نتناول في المطلب الثاني التزام البنك، التزام بات ونهائي.

المطلب الأول: أثر الغش على استقلال التزام البنك

رغم الاستقرار على استقلال التزام البنك في الضمان عند أول طلب، إلا أن هذا الاستقلال يتراجع في حالة غش المستفيد في طلبه تنفيذ التزام البنك.

أولا: مفهوم الغش في خطاب الضمان: يقصد بالغش الخطأ العمدي أو الامتناع عمداً عن تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد على الوجه المتفق عليه. فليس قصد الأضرار بالدائن عنصراً فيه، بل يستهدف المدين عادةً بإخلاله بما التزم به تحقيق مصلحة شخصية له ومع ذلك يتوافر الغش في جانبه إذا كان هذا الإخلال عمدياً (زكى، ١٩٧٨). والغش كما يصدر من المدين الذي يمتنع عمداً عن تنفيذ التزامه، فكذلك يقوم الغش في جانب الدائن الذي يطلب عمداً بما ليس من حقه، أي إذا لجأ إلى الخديعة والاحتيال(٥٤).

ورغم أن تنفيذ الاتفاق يجب أن يتم بحسن نية، إلا أن التسليم بأن العقد شريعة المتعاقدين وبوجوب تنفيذ الالتزام بجميع آثاره قد يحمل العاقد أو المستفيد من الالتزام على التمسك به ومحاولة المغالاة في الإفادة منه على حساب الطرف الآخر. لذلك نص القانون المدني المصري في المادة ١٤٨الفقرة الأولى على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجب حسن النية"، والمقصود بوجوب تنفيذ الالتزام بحسن نية ضرورة مراعاة الإخلاص والأمانة وتوخي القصد والاعتدال في تنفيذ الالتزام والتقيد به حتى لا ينقلب هذا التنفيذ وبالاً على الطرف الآخر (مرقص، ١٩٥٧) ، لذلك يجب على المستفيد عند التقدم بطلب قيمة خطاب الضمان أن يكون حسن النية، وألا يكون قاصداً من ذلك الإضرار بالضامن أو العميل الآمر، حيث يجوز للعميل طلب عدم الصرف للمستفيد في حالة غش المستفيد، طبقا لما جاء به القضاء الفرنسي الذي يجيز تعليق ضمان البنك إذا اثبت

(٥٤) نقض مدني ١٧ فبراير ١٩٩٤- مجموعة النقض ٤٥- ص٣٨٢.

العميل غش المستفيد (دالوز، ١٩٩١ ؛ دالوز سيرى، ١٩٨٦).[٥٥]

فقد أكدت قواعد الاونسترال على ضرورة مراعاة حسن النية في الممارسات الدولية المتبعة في الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة إذ نصت المادة ٥ على أنه " لدى تفسير هذه الاتفاقية يتعين إيلاء الاعتبار لطابعها الدولي ولضرورة تشجيع التوحيد في تطبيقها ومراعاة حسن النية في الممارسة الدولية المتبعة في الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة".

ثانيا: الحالات التى لا يكون فيها أساس للمطالبة: قامت قواعد الاونسترال بتحديد حالات سوء النية (الغش) وجعلتها استثناء من التزام البنك بالسداد. حيث جاءت المادة ١٩ من هذه القواعد بعنوان "الاستثناءات على التزام السداد ونصت على أنه "١- إذا كان من البين والواضح: أ- أن أي مستند مقدم، مزور أو قد جرى تزييفه، أو ب- أن السداد لم يكن مستحقاً على الأساس الوارد في المطالبة والمستندات الداعمة، أو جـ- أن المطالبة، بحكم نوع التعهد وغرضه، ليس لها أساس يمكن تصوره. كان للكفيل/المصدر، متصرفاً بحسن نية، الحق، إزاء المستفيد في أن يمتنع عن السداد. ٢- لأغراض الفقرة جـ من الفقرة ١ من هذه المادة، ترد فيما يلي أنواع الحالات التي لا يتصور أن يكون فيها أساس للمطالبة.

أ- لا يكون هناك شك في عدم وقوع الحدث أو الخطر الاحتمالي الذي أريد بالتعهد أن يؤمن المستفيد من وقوعه. ب- حيث يكون الالتزام الأصلي الواقع على الأصيل/الطالب قد أعلنت بطلانه محكمة أو هيئة تحكيم ما لم يبين التعهد أن هذا الحدث الاحتمالي يندرج ضمن المخاطر التي يغطيها التعهد. جـ- إذا كان التزام الأساس قد نفذ بطريقة لا يتطرق إليها الشك كما طلبه المستفيد. د- حيث يكون من الواضح أن الذي حال دون أداء الالتزام الأصلي هو تصرف معيب معتمد من المستفيد. هـ- في حالة مطالبة بمقتضى كفالة مقابلة، حيث يكون المستفيد من الكفالة المقابلة قد قام بالسداد بسوء نية اعتباره الكفيل/ المصدر للتعهد الذي تعلق به الكفالة المقابلة. "هذه المادة بالإضافة أنها تحدد حالات الغش، إلا أنها تحدد أيضاً شروط الغش المانع من وفاء خطاب الضمان.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الطلب الظاهر المخالف التعسفي للضمان بأخذ نفس حكم

---

(٥٥) نقض تجاري ٦ نوفمبر ١٩٩٠- دالوز ١٩٩١ص١٠٩، وأيضاً نقض تجاري ١١ ديسمبر ١٩٨٥- دالوز سيري ١٩٨٦ص ٢١٣ مع تعليق فاسير، ونقض تجاري ١٣ يناير ١٩٩٣ نشرة محكمة النقض ١٩٩٣ ، ٢٤ رقم ١.

الغش أو التدليس، ويكون سبباً لرفض طلب قيمة الضمان (دالوز سيرى، ١٩٩١) [٥٦] فقد سوت بين التعسف الظاهر والغش، وذهبت أيضاً إلى اعتبار أنه يوجد تعسف ظاهر في حالة ما إذا كان غياب الحق المستند إلى العقد الأصلي يثبت بصورة قطعية ، بحيث يشعر بغياب الحق، وهذا ينم عنه سوء نية المستفيد (دالوز، ١٩٩٥، ومجلة الأسبوع القانوني، ١٩٩٤)[٥٧].

وقضت محكمة النقض الفرنسية بحكم هام هو أنه (دالوز سيرى، ١٩٨٣ ، ١٩٨٥) [٥٨] إذا كان هناك غش أو خطأ من جانب المستفيد لم يستطيع العميل إثبات ذلك في الحال، فإنه يستطيع أن يحصل على أمر أو حكم من القضاء المستعجل باتخاذ الإجراءات التحفظية على خطاب الضمان في حالة الخطر الحال والعاجل، وعلى البنك في هذه الحالة أن يمتنع عن الوفاء غير المستحق للمستفيد. وأضافت محكمة النقض أنه رغم أن المادة ٨٧٣ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد تجيز للقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراءات تحفظية لمنع خطر حال وعاجل. إلا أن ذلك لا يمكن العميل من الحصول على قيمة الضمان، وإنما يتم وضعه تحت الحراسة.

وفي حالة الضمان المقابل يتوافر الغش إذا كان البنك الضامن الأول شريكاً في الغش بأن كان يعلم بغش المستفيد، أو لديه ظروف لا شك فيها بحيث تفرض حتماً علمه بغش المستفيد، فهذا البنك يكون بدوره قد ارتكب غشاً عندما دفع للمستفيد وبالتالي عندما يطلب من البنك المقابل وفاء ضمانه، لأنه يكون في هذه الحالة متواطئاً مع المستفيد.

وفي ذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن البنك المقابل يستطيع أن يؤسس رفضه دفع قيمة خطاب الضمان إذا اثبت أن البنك الضامن الأول قد سلك سلوك التدليس أو الغش مع المستفيد وتواطأ على المستفيد وطلب الدفع من البنك المقابل، أو كان يعلم بتعسف وغش المستفيد (دالوز سيرى، ٨٦، ٨٨، ١٩٩١، مجلة الأسبوع القانوني ١٩٨٦) [٥٩]، كما قضت بأن العميل الآمر لا يمكنه الامتناع أو التحلل من التزاماته في علاقاته بإثبات الصفة عير العادلة لطلب المستفيد للضمان، طالما أن البنك

(٥٦) نقض تجاري ٢٠ يناير ١٩٨٧ السابق الذكر ٠

(٥٧) نقض ٧ يونية ١٩٩٤- دالوز ١٩٩٥-٢٠ مع تعليق فاسير، أيضاً مجلة الاسبوع القانونى ١٩٩٤-٢-٢٢٣١٢ مع تعليق استوفليه.

(٥٨) نقض تجاري ٥ فبراير ١٩٨٥ دالوز سيرى ١٩٨٥ ، ص ٣٦٩، وباريس ٢ يونية ١٩٨٢ دالوز سيري ١٩٨٣- ٤٣٧ مع تعليق فاسير وأيضاً باريس ١٣ ديسمبر ١٩٨٤- دالوز سيري- ١٩٨٥- ص ٢٤٠ مع تعليق فاسير.

(٥٩) نقض تجاري ١١ ديسمبر ١٩٨٥- دالوز سيري ١٩٨٦- ٢١٣ مع تعليق فاسير، وأيضاً الاسبوع القانونى ١٩٨٦- ٢- ٢٠٥٩٣ مع تعليق استوفليه: أيضاً باريس ١٤ ديسمبر ١٩٨٧- دالوز سيري ١٩٨٨- ٢٤٩ مع تعليق فاسير أيضاً نقض تجاري ٢٣ أكتوبر ١٩٩٠- دالوز سيري ١٩٩١- ١٩٧ مع تعليق فاسير.

الضامن لا يستطيع الاحتجاج بهذا الدفع إلا في حالة الغش أو التدليس أو التعسف".[٦٠]

المطلب الثاني: التزام البنك، التزام بات ونهائي

أولا: معنى الالتزام البات والنهائي في خطاب الضمان: بمجرد إصدار خطاب الضمان ووصوله إلى علم المستفيد ولم يرفضه، لا يجوز للبنك الرجوع فيه أو الامتناع عن الدفع مهما كانت الأسباب التي يتذرع بها لتبرير الامتناع ودون الاعتداد بأية معارضة، فخطاب الضمان يلزم البنك متى وصل إلى المستفيد نهائياً، أي أنه لا يستطيع الرجوع فيه ما لم يرد فيه نص بذلك، والمقصود بوصوله إلى المستفيد ما لم يرفضه، خروجه نهائياً من سيطرة الضامن.

ولكن ليس معنى ذلك أنه يلزم قبول المستفيد للخطاب لأنه ليس عقدا تلتقي فيه إرادة المستفيد مع إيجاب صادر من البنك، بل يقصد اشتراط وصول الخطاب إلى علم المستفيد أن البنك يستطيع الرجوع في إرادته طالما لم يصل الخطاب إلى علم المستفيد، ولكن متى وصل إلى علمه اصبح للمستفيد حق نهائي ضد البنك، وسقط حق الأخير في الرجوع في إرادته. فقد قضت محكمة النقض أن "وصول خطاب الضمان إلى المستفيد وعلمه به. أثره. نشوء حقه في المطالبة بقيمته وحتى انقضاء مدته المحددة به...."

ثانيا : موقف القواعد الدولية من هذا الالتزام:

أكدت القواعد الموحدة لخطابات الضمان الـ Bonds الصادرة في ١٩٨٦/٥/٢٣ على نهائية خطاب الضمان حيث نصت المادة ٤ على أنه "تعتبر خطابات الضمان بطبيعتها تعهدات غير قابلة للرجوع فيها (نهائية)....".

ورغم أن خطاب الضمان نهائي إلا أن هذا لا يمنع أن تكون المطالبة به من قبل المستفيد بناءً على طلب كتابي متضمناً تقريراً بحصول مخالفة للعقد الأصلي، وقد تكون المطالبة مؤيدة بمستندات معينة، أو تكون بمجرد الطلب، وهذا ما نصت على ذلك المادة١٧ من ذات القواعد.

وقد أقرت كذلك بنهائية خطاب الضمان القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب (الكتيب ٤٥٨ لسنة١٩٩٢). حيث نصت المادة ٥ على أن " كل الضمانات والضمانات المقابلة غير قابلة للرجوع فيها ما لم ينص فيها على غير ذلك".

فالأصل هو التزام البنك البات والنهائي في خطاب الضمان، وان الضمان غير قابل للرجوع فيه، بمعنى أن المستفيد عندما يتسلم خطاب الضمان يصبح حقه باتاً غير قابل للنقض وذلك دون حاجة إلى صدور قبول منه، وإن كان له الحق في أن يرفضه حتى لا تدخل ذمته حقوق رغماً عنه. أما قبل أن يتسلم

---

(٦٠) نقض تجاري ٦ فبراير ١٩٩٠، دالوز سيري ١٩٩٠-٤٦٧ بنك ١٩٩٠-١٧٠، وأيضاً نقض تجاري ١٩ فبراير ١٩٩١ دالوز سيري ١٩٩٠- ١٢٠ مع تعليق فاسير.

المستفيد خطاب الضمان فإن حقه يكون قابلاً للنقض، فيستطيع العميل بعد أن يتسلم الخطاب ليعطيه للمستفيد أن يعيده للبنك ويطلب إلغاءه. دون أن يكون للمستفيد أن يعترض على ذلك. طالما أنه لم يتسلم صك الخطاب (علم الدين، ١٩٩٣).

ولا يقصد بنهائية خطاب الضمان ألا يكون مقترناً بشرط أو أجل، وإنما يعني أن اقتران خطاب الضمان بشرط أو أجل يجب أن يكون مرتبطاً بواقعة ترجع إلى المستفيد، وأن يكون هذا الشرط أو الأجل أو المستندات مذكورة في الخطاب نفسه، وبشرط ألا يرجع تنفيذه إلى واقعة خارجية عنه تماماً (عوض، ٢٠٠٠).

وقد أكد ذلك نص المادة ٦ من القواعد الموحدة لخطابات الضمان عند الطلب (٤٥٨ لسنة ١٩٩٢) حيث نصت على أن "كل الضمانات يسرى مفعولها من يوم صدورها ما لم تكن شروطها تنص صراحة على أن سريان المفعول في تاريخ لاحق أو أن سريان المفعول معلق على شروط محددة تفصيلاً في الضمان وعددها الضمان على أساس أي مستندات معينة منصوص عليها فيه".

قضت محكمة النقض المصرية أن[٦١] "الأصل في خطاب الضمان ألا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجة عنه ولا على تحقق شرط ولا حلول أجل ولا يغير من ذلك أن يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد منه... وعباراته وحدها هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها حتى إذا ما طولب بالوفاء أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت إليه المستندات المحددة في الخطاب وجب عليه الدفع فوراً....".

يلاحظ أن المحكمة استعملت عبارة "الأصل". وهذه الكلمة وردت في أحكام عديدة لها، وكلمة "الأصل" تعني أن هناك صوراً أخرى خلاف الأصل (عوض، ٢٠٠٠)، فالأصل أن يكون التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان التزاماً منجزاً، غير أنه يجوز تعليقه على شرط. مثال ذلك أن يعلق البنك التزامه في خطاب الضمان على صدور حكم نهائي لصالح المستفيد ضد العميل في نزاع معين، في مثل هذه الحالة يتعين أن يكون منصوصاً بوضوح في خطاب الضمان على هذا الشرط. ومما ينبغي ملاحظته في هذا المقام أن تعليق التزام البنك على حلول أجل أو تحقيق شرط معين لا يتعارض مع خصائص خطاب الضمان، ولا ينفي نهائية واستقلال التزام البنك قبل المستفيد، فالغاية منه أن طلب المستفيد دفع قيمة الخطاب يجب أن يقترن بتحقيق الشرط، وهذا الأمر يرجع إلى المستفيد وليس إلى البنك. لأنه متى قام الدليل على تحقيق الشرط على النحو المنصوص عليه في خطاب الضمان يتعين على البنك الوفاء بقيمته ودون الاعتداد بأية معارضة يتلقاها من العميل (مرعى، ١٩٧٥).

---

(٦١) الطعن رقم ٢٠٨٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ٢٩ مايو ١٩٨٩ ، الطعن رقم ١٠١٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٣٠.

فالبنك يلتزم عند أول طلب للمستفيد ما دام الخطاب غير مشروط. وما دام المستفيد يطلب قيمة الخطاب وفقاً لنصوص الخطاب وعباراته. فإذا كان الخطاب مشروطاً وجب على البنك التحقق من توافر شروطه لان التزام البنك شيء واستحقاق قيمة خطاب الضمان شيء آخر.

وقد نصت المادة ٤/٧ من قواعد الاونسترال عام ١٩٩٥ الخاصة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة على أنه "لا يجوز بعد إصدار التعهد بالرجوع فيه، ما لم ينص على جواز ذلك"، أي أن الأصل هو عدم جواز الرجوع في خطاب الضمان، إلا إذا تضمن نص الخطاب وعباراته تعليق استحقاق قيمة الخطاب على حلول اجل أو تحقق شرط. واعتبر القضاء أن[٦٢] "خطاب الضمان هو تعهد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب الآمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد منه ذلك، وأنه لا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد بسبب يرجع إلى علاقة البنك بالآمر أو علاقة الآمر بالمستفيد". كما حكم أيضاً [٦٣] بأنه "يكفي أن يصل خطاب الضمان إلى علم المستفيد ليصبح له حق نهائي قبل البنك ويمتنع على البنك الرجوع عنه....."

فطالما كان التزام البنك قطعياً فإنه يمتنع على البنك إلغاء التزامه، لأن الأصل أن خطاب الضمان يرتب تعهداً نهائياً يصدر من البنك بمجرد طلب المستفيد (عباس، ١٩٦٨)، واعتبار التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان باتاً ونهائياً في مواجهة المستفيد يجعل الخطاب صالحاً لتأدية الوظيفة التي خلق من أجلها.

خاتمـــة

يتبين من الدراسة السابقة أن قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩نظم عمليات البنوك، وقد أخذ المشرع ا في المواد التى تنظمها بالراجح في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، وما قررته القواعد الموحدة المطبقة على المعاملات الدولية، نظراً لاتفاقها مع معظم الآراء المتبعة في دول العالم، لما لهذه العمليات من عالمية التحول نتيجة تشابه المشكلات، خاصة خطابات الضمان.

ونظراً لأهمية موضوع خطاب الضمان في الميدان القانوني، والدليل على ذلك الإشكالات التي يثيرها في الحياة العملية ، ونظراً لأن استعمال خطاب الضمان بصوره المختلفة اصبح شائعاً في أنحاء العالم وخاصة في التجارة الدولية بين الشركات والبنوك. كان من الضروري البحث في نظام خطاب الضمان من ناحية استقلاله ونهائيته.

---

(٦٢) محكمة استئناف القاهرة ١٩ فبراير ١٩٦٣- المجموعة الرسمية ص ٦١ ق١ سنة١١٢.

(٦٣) محكمة استئناف القاهرة ١٨/١١/١٩٩٨- دائرة ٨ تجاري.

وقد سمح تحديد تعريف خطاب الضمان وفقاً لأحكام قانون التجارة والقواعد الموحدة السائدة في المعاملات الدولية، ووفقاً لآراء الفقهاء وأحكام القضاء، بإبراز التزام البنك المستقل والبات في خطاب الضمان، وبالرغم من وجود تسميات لخطاب الضمان والتي تعبر جميعها عن مضمون واحد. نجد أن أهمية خطاب الضمان على الصعيد الداخلي والخارجي أمر ثابت وغير مشكوك فيه • ولا يمكن الحديث عن خطاب الضمان دون بيان الصور المختلفة للغطاء المقدم.

وعند بيان التزام البنك المستقل قبل المستفيد، تبين أن التزام البنك ليس تابعاً لالتزام العميل في وجوده وصحته، فلا يستطيع البنك التمسك بالدفوع التي له قبل العميل أو بالدفوع التي للعميل قبل المستفيد، ومن أهم نتائج التزام البنك المستقل قبل المستفيد استخلص أنه يمتنع على البنك التمسك بالمقاصة بين دين علي المستفيد للعميل وبين قيمة خطاب الضمان، كما لا يجوز للبنك التمسك بالمقاصة في مواجهة المستفيد بدين مستحق للبنك في ذمة العميل. بيد انه يجوز التمسك بالمقاصة بين دين على المستفيد للبنك -ناشئ بسبب علاقة أخرى بينهما- وبين قيمة خطاب الضمان، لوجود صلة مباشرة بين البنك والمستفيد في هذه الحالة تمكن البنك من استخدم دفوعه قبل المستفيد. ولكن يجب ملاحظة أن البنك لا يستطيع التمسك بالمقاصة في هذه الحالة إلا بعد طلب المستفيد لقيمة خطاب الضمان خلال المدة المحددة.

كما سمحت هذه الدراسة أنه لا يجوز لدائني العميل توقيع الحجز تحت يد البنك على مبلغ خطاب الضمان، لأن العميل ليس له حق على مبلغ الضمان، حتى لو تم تغطية قيمة خطاب الضمان بالكامل، فالبنك لم يتعهد بأداء مبلغ خطاب الضمان للعميل، وإنما يضمن للعميل في حدود مبلغ خطاب الضمان. وكذلك لا يجوز للعميل توقيع حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد البنك على قيمة خطاب الضمان كدائن للمستفيد نتيجة العلاقة القائمة على العقد الأصلي، وإنما يجوز له الحجز لأجل دين غير مرتبط بالعقد الأصلي.

ورغم الاستقرار على استقلال التزام البنك في الضمان عند أول طلب، إلا أن هذا الاستقلال يتراجع في حالة غش المستفيد في طلبه خطاب الضمان ، فالبنك يستطيع التحلل من الالتزامات المترتبة على خطاب الضمان في حالة ثبوت غش المستفيد أو تدليسه أو تبين أن طلبه لقيمة خطاب الضمان طلب في ظاهرة تعسفية، هذا ما اكدة القضاء بصورة واضحة.

وفي التزام البنك البات والنهائي في خطاب الضمان، تبين أنه بمجرد إصدار خطاب الضمان ووصوله إلى علم المستفيد ولم يرفضه، اصبح حق المستفيد على خطاب الضمان نهائياً لا رجوع فيه إلا إذا اتفق على غير ذلك في نصوص خطاب الضمان

وعباراته، كأن يتفقا على استحقاق قيمة الخطاب عند حلول أجل أو تحقق شرط.

ومما لا شك فيه أن اعتبار التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان مستقلاً وباتاً في مواجهة المستفيد يجعل الخطاب صالحاً لتأدية الوظيفة التي نشأ من أجلها.

المراجع

أولاً: المراجع العربية

على،أحمد طه. *السلفيات بضمان تنازلات عن عقود.* القاهرة: معهد الدراسات المصرفية، ١٩٦٢.

عبد الرحيم ،ثروت علي. *القانون التجاري والبحري.* القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٦/٩٥.

عباس ،حسني. *عمليات البنوك.* القاهرة: ١٩٨٦.

ضيف ، خيري. *محاسبة البنوك التجارية.* القاهرة: ١٩٥٨.

حبشى ،راغب. *خطاب الضمان.* القاهرة: معهد الدراسات المصرفية ، ١٩٦٠.

مرقس ، سليمان. *أصول الالتزامات.* القاهرة: ١٩٥٧.

القليوبى ، سميحة. *المنظمات الدولية.* القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

القليوبى ، سميحة. *شرح قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ – العقود التجارية وعمليات البنوك.* ط٢ . القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

بهنساوى، صفوت ناجي. *القانون التجاري– عمليات البنوك.* القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٣.

البارودى ، علي. *العقود وعمليات البنوك* . ط٢، القاهرة، ١٩٦٨.

عوض،علي جمال الدين. *عمليات البنوك من الوجهة القانونية.* القاهرة: ١٩٨٩.

عوض، على جمال الدين. *خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية.* القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

شفيق، محسن . *الوسيط في القانون التجاري* . القاهرة: ١٩٦٣.

شفيق، محسن. *الموجز في القانون التجاري* . القاهرة: ١٩٦٩/٦٨.

شفيق ، محسن. "اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤ بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية"، القاهرة، بحث منشور في *مجلة القانون والاقتصاد*، العدد الثالث، السنة الثالثة والأربعون، العدد سبتمبر، ١٩٧٤.

ذكى، محمد جمال الدين. *الوجيز في النظرية العامة للالتزامات* ، ط٣، القاهرة: ١٩٧٨.

العريني، ودويدار؛ محمد فريد و هاني. *مبادئ القانون التجاري والبحري.* القاهرة: دار الجامعة الجديدة للنشر . ٢٠٠٠.

العشرى ، محمد طاهر. *خطابات الضمان.* القاهرة: معهد الدراسات المصرفية، ٧٠ /١٩٧١.

البريرى ، محمد علي. *خطاب الضمان*. القاهرة: معهد الدراسات المصرفية ،١٩٦٢.

الشرقاوي، محمود سمير. *منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي*. القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٧.

الشرقاوي، محمود سمير. *القانون التجاري* ج٢. القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨١.

علم الدين، محي الدين إسماعيل. *موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية* ج٢. القاهرة: ١٩٩٣.

علم الدين، محي الدين اسماعيل. *شرح قانون التجارة الجديد* . القاهرة: ١٩٩٩.

مرعى، مصطفى. *خطابات الضمان عملياً ونظرياً*. القاهرة: معهد الدراسات المصرفية، ١٩٧٥.

ثانياً: المراجع الفرنسية

GEORGES RIPERT et RENE ROBLOT "Traite de droit commerical "tome 2, L.G.D.J Paris 1996.

RIVES LANGE, Existe –t-il en droit francais des engagements abstraits pris par le banquier, Banque, 1985.p90

SIMLER, Apropos des garanties autonomes de droit interne souscrites par de personnes physiques J.C.P 1991.ed.E.I.90

Independence and the final letter of guarantee In the light of the standard international trade rules

Essam Hanafy Mahmoud

Business Law Department - Faculty of Political Science and regulations
King Saud University

(Received 5/1/1431 H.; accepted for publication 28/4/1431 H.)

Abstract. Given the importance of the letter of guarantee in the legal field, as evidenced by the questions that raised in practical life, and because the use of the letter of guarantee has become common in various parts of the world, especially in international trade between enterprises and banks, it was necessary to look at the letter of guarantee in terms of independence and Nhaiith. This has allowed a definition by highlighting the letter of guarantee, the bank independent and final and irreversible in Kzab security was also found that the importance of the letter of guarantee at the internal and external is fixed and is questionable In a statement, the bank found that the commitment of the independent bank is not part of the commitment of the client in his presence and his health, and most important results of the independent bank's commitment to the beneficiary to refrain concluded that adherence to set-off between bank debt of the beneficiary of the client and the value of the letter of guarantee, how many bank may not hold in the face of set-off beneficiary debt owed to the bank owed the client, may, however, adhere to the religion of set-off between the beneficiary of the bank - because of another relationship arising between them - and the value of the letter of the security and stability, despite the independence of the Bank's commitment to independence, but this back down in the case of fraud beneficiary in his application letter of guarantee In the Bank's commitment to the baht and the final show in the letter of guarantee that once a letter of security and access to the knowledge of the beneficiary did not reject it, the right of the beneficiary of the letter, a final irrevocable unless agreed otherwise in the text of the letter of guarantee and phrases.
There is no doubt that as the bank's commitment arising from the letter of guarantee independent and absolutely in the face of the beneficiary makes a good speech to perform the function that resulted from him.