[جامعة جـوبا]

كُلية القانون :

خطاب الضمان المصرفي.

في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون والقواعد الدولية.

بحث تكميلي

لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص.

إعداد الباحث : إيهاب محمد نور عبدالله

إشراف الدكتور/ الواثق عطا المنان محمد أحمد.

إهـــداء

إلى والدي طيَّب الله ثراه ، وعفا عنه ، إعترافاً بفضله .
إلى والدتي ، أمدَّ الله في أيامها ، مُعيني ونبراسي في هذه الحياة.
إلى رفيقة دربي ، زوجتي الفاضلة ، وأبنائي الأعزاء :
[عبدالله ، ضحى ، محمد المُصطفى]
إلى طلاب وطالبات كُليات الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية.
إليكم
أُهدي هذا السفر المتواضع ، عسى أن ينال رضاكم.
سائلاً المولى عزَّ وجل أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم.

الباحث
الدوحة ، اللقطة
٨/مارس/٢٠٠٩م.

المقدمة

في ظل إتساع دائرة التجارة الدولية وتنامي التطور الإقتصادي والعلاقات التجارية عموماً بين الأفراد والمؤسسات ، وبزوغ آثار الإنفتاح التجاري في ظل العولمة ، في كثير من الدول ، ظهرت الحوجة لنظام الإعتمادات المُستندية وخطابات الضمان في التجارة على الصعيدين الدولي والداخلي.

وقد إبتدع العمل المصرفي خطابات الضمان في شكل تعهد مُباشر من البنك للغير دائن العميل ، بحيث يكون هذا التعهد مستقل عن علاقة أياً منهما بهذا العميل ، فالبنك في ظل خطاب الضمان لا يتعهد بضمان تنفيذ إلتزام عميله إذا تراخى عنه هذا الأخير ، كما هو شأن الكفيل في الكفالة ، بل يتعهد بدفع مبلغ نقدي مُعيَّن أو قابل للتعيين ، وذلك أياً كانت طبيعة إلتزام العميل أو مقدار مديونيته ، وبالرغم من أي مُعارضة قد تأتي من جانب العميل.

ويلعب خطاب الضمان دوراً هاماً في مجال التجارة الدولية سواء على الصعيد الداخلي أو الدولي ـ كما ذكرنا آنفاً ـ ، فلا يكاد يخلو عقد من عقود المُناقصات على إختلاف أنواعها من شرط يطلب من الطرف الذي يقوم بالتنفيذ أن يُقدَّم ضماناً مالياً حتى يُمكن الرجوع إليه في حالة المُماطلة في الوفاء بالثمن وإستحقاق التعويضات المُختلفة ، وبذلك تنشأ الحاجة إلى خطابات الضمان ، فبدلاً من لجوء الشخص المطلوب منه الضمان إلى تقديم أموال نقدية كضمان للجهة طالبة الضمان ، يلجأ هذا الشخص إلى البنك ليُبرم معه عقد إعتماد بالضمان ، ويُتفق فيه على أن يقوم البنك بإصدار خطاب الضمان لصالح الجهة طالبة الضمان في حدود المبلغ المطلوب وخلال مُدة مُعينة.

وما دفعني لتناول هذا الموضوع ـ خطاب الضمان المصرفي ـ هو الأهمية المُتزايدة والحوجة الماسة لمعرفة تفاصيل وتطبيقات خطاب الضمان ، خاصة وأنَّ المكتبة السودانية تخلو من المراجع والمؤلفات التي تتناول عمليات البنوك وخطابات الضمان على وجه الخصوص ، بإستثناء بعض الإجتهادات المُقدَّرة ممن طرقوا هذا المجال ، إلا أنَّها وفي نهاية الأمر ، لا تعدو أن تكون سوى إجتهادات وضعت الأساس لمن أراد أن يسبر غور هذا المجال (عمليات البنوك).

أضف لذلك ، فإنَّ التطبيقات والأحكام القضائية ـ السوابق القضائية ـ قد أتت شحيحة جداً بالنسبة للأحكام الصادرة في خطابات الضمان على وجه الخصوص ، رغم أنَّ السودان قد عرف العمل المصرفي مُنذ أمد بعيد ، ولعلَّ مرد ذلك الشُح إلى تفضيل المصارف والبنوك إلى حسم وحل مُنازعاتهم مع عُملائهم والغير بواسطة التحكيم والتسويات الودية بعيداً عن ساحات المحاكم ، نظراً لما يترتب على اللجوء للمحاكم من طول أمد النزاع ، كل ذلك أدى إلى نُدرة الأحكام الصادرة في هذا المجال والتي كان من المُمكن أن تُرسي العديد من المبادئ القضائية التي تُعين في فهم تطبيقات خطابات الضمان.

وعلاوة على كل ذلك ، فإنَّ التشريع الوطني نفسه ، قد أتى خلواً من أي تشريع أو نصوص خاصة تحكم العمليات البنكية عموماً ، وخطابات الضمان والإعتمادات المُستندية على وجه الخصوص ، مثلما هو الحال في العديد من الدول العربية الأخرى ، والتي عمدت إلى إصدار تشريعات خاصة أو أجرت بعض التعديلات في قوانينها القائمة وذلك بإضافة نصوص تشريعية تحكم العمليات البنكية المُختلفة من حسابات جارية وودائع نقدية وودائع الأوراق المالية والتحويلات المصرفية وإيجار الخزائن و خطابات الضمان والإعتمادات المُستندية وخلافه.

أضف لذلك ، وفي ظل صدور القوانين الوطنية التي تُشجِّع الإستثمار في السودان والإمتيازات الممنوحة للمُستثمرين والتي تُشكِّل عامل جذب لرؤوس الأموال الأجنبية والعربية في الإستثمار بالمجالات المُختلفة بالسودان ، كان لزاماً التعريف بخطابات الضمان ودورها في تقديم التأمينات اللازمة لمن يطرق باب التجارة والإستثمار عموماً.

لذلك ، عمد الباحث إلى تناول أحكام خطاب الضمان مُستعيناً في ذلك بما تناوله فُقهاء القانون في مؤلفاتهم التي تُعنى بأعمال البنوك وخطابات الضمان ، وبما أصدرته غُرفة التجارة الدولية بباريس من قواعد موَّحدة لخطابات الضمان لدى الطلب.

والقواعد الموَّحدة لخطابات الضمان ليست تشريعاً ، لأنَّها صادرة من غرفة التجارة بباريس ، وهي ليست من أشخاص القانون الدولي العام ، وإنَّما هي هيئة خاصة ، لذلك فإنَّها لا تملك سلطة عمل المُعاهدات الدولية أو إصدار قواعد تُلزم بها الدول أو رعاياها.

وإنَّما تُعتبر هذه القواعد الموَّحدة مُحاولة لتسجيل تطوَّر العُرف وما أرسته التطبيقات العملية من أحكام ومبادئ في هذا الخصوص ، بحيث تمَّ تدون هذه القواعد في شكل مكتوب ، بحيثُ يتم الإشارة إليها ـ عادة ـ في خطاب الضمان بإعتبارها مُكملة لإرداة الأطراف ، و الفيصل في حال المنازعة بشأن الضمان ، وبدون هذه الإشارة لا تُطبَّق هذه القواعد على خطابات الضمان ، وإنما الذي يُطبَّق في هذه الحالة هو القانون الوطني الساري في بلد البنك فاتح الإعتماد بالضمان.

مُشكلة البحث :

تتمثَّل أهمية هذا الموضوع ـ خطاب الضمان المصرفي ـ من خلال النظر في المشاكل التي سنتناولها في هذا البحث ، والتي يُمكن تلخيصها في التالي :

١ ـ التعريف بمفهوم خطاب الضمان المصرفي ، وبيان تكييفه الشرعي والقانوني.

٢ ـ إستقراء الأدلة الشرعية من الكتاب والسُنة التي تدل على أصالة الضمان.

٣ ـ عرض لأركان وعناصر خطاب الضمان ، والعلاقات الناشئة عنه وآثارها وحدودها ، مع بيان الشروط والأحكام الواجب توافرها في خطاب الضمان.

٤ ـ تناول أهمية خطاب الضمان ، وما تتمتع به من مُميزات " الإستقلالية " ، مع تعريف معنى الإستقلالية وحدودها.

٥ ـ تناول خطاب الضمان والتعريف بأحكامه ، وفقاً لما أوردته القواعد الموَّحدة الصادرة من غرفة التجارة بباريس.

٦ ـ إفتقار التشريع الوطني من النصوص التي تحكم خطاب الضمان على وجه الخصوص وشُح الأحكام القضائية السودانية التي تتعرض لأحكام خطاب الضمان المصرفي.

منهجية البحث :

عمد الباحث إلى إتباع المنهج الوصفي في تناول هذا البحث ، مع تناول المنهج التحليلي في بعض المواضع ، حيثُ يتلخص منهجي في البحث في التالي :

١ ـ الإطلاع على ما كُتب حول هذا الموضوع ـ خطاب الضمان ـ في كتب الفقه القانوني ، وإستقراء النصوص والأحكام المتعلقة بالموضوع ، وجمعها وتحليلها للوصول للضوابط العامة فيها.

٢ ـ الإطلاع على ما جاء في مؤلفات القانونيين المُعاصرين ، والتي تتعلق بموضوع البحث ومحاولة الإستفادة من آرائهم في ذلك.

٣ ـ العمل بما تستوجبه الأمانة العلمية من توثيق المعلومات والإقتباسات التي نُسجلها في هذا البحث.

٤ ـ تحقيق المسائل الخلافية ، وعرض الآراء القانونية والشرعية وتحليلها ومُقارنتها ، موضحاً في ذلك ادلة كل رأي مع مُناقشتها قدر الإمكان ، وترجيح وإبداء الرأي ما أمكن ذلك.

خُطة البحث :

تمَّ تقسيم هذا البحث إلى فصلين ، حيثُ تمَّ تخصيص الفصل الأول ، والذي قُسَّم إلى إثني عشر مبحثاً ، لإستعراض التعريف بخطاب الضمان لغة وقانوناً وإصطلاحاً فقهياً ، مع بيان دليل مشروعيته وتكييفه الشرعي ، ثمَّ بيان حُكم أخذ العوض على خطاب الضمان وتمييزه ـ خطاب الضمان ـ عن غيره من سائر العقود الأخرى.

ثمَّ تناولنا أهمية الخطاب ومفهوم إستقلال خطاب الضمان ومداه ، موضحين إجراءات إصدار خطاب الضمان والعلاقات المُختلفة التي تنشأ بسبب إصداره.

أما الفصل الثاني ، فقد تمَّ تخصيصه لبيان الإلتزامات الناشئة عن إصدار الخطاب ومداها ، مُبينين إلتزامات كل من العميل الآمر والبنك الضامن والمستفيد ، وموضحين أنواع خطابات الضمان ومدتها وكيفية تمديدها ، مع بيان كيفية المُطالبة بقيمة الخطاب وواجبات البنك في هذا الخصوص ، وموضحين في ذات الوقت الأحوال التي يمتنع فيها على البنك الوفاء بقيمة الضمان في حالتي الغش البيِّن والتعسُّف الواضح.

كذلك تناولنا أحوال الرجوع بسبب الخطاب والأحوال التي ينقضي فيها خطاب الضمان وأثر ذلك.

الفصل الأول

الفصل الأول
المبحث الأول
تعريف خطاب الضمان .

في اللغة : الخطاب هو من خطب يخطب خطاباً ومخاطبة ، وهو الكلام بين المتكلم والسامع ، كما يُطلق على الرسالة المكتوبة[١].

وقد عُرَّف الضمان في اللغة أيضاً بأنه مرادفاً للكفالة ، حيثُ ورد اللفظ بمعنى الضمان والكافل والكفيل.

والضمان في اللغة هو الكفالة ، وتقول ضمَّنه الشئ ضماناً ، فهو ضامن وضمين ، إذا كفله[٢].

كما ورد في معنى الضمان في القاموس المحيط ، ضمن الشئ وبه تعلم ضماناً وضمناً فهو ضامن ، وضمن كفله ، وضمَّنته الشئ تضميناً فتضمنه عني ، غرَّمته فألزمته[٣].

في الإصطلاح الفقهي : يُعَّرف الضمان بأنَّه ضم ذمة إلى ذمة في المُطالبة بإلتزام حق[٤].

وهناك التعريف الذي أورده الدكتور/ عبدالرحمن بن سعود الكبير ، عندما عرَّف خطاب الضمان بأنَّه عقد ضمان ، وذلك لأنَّ الضمان عبارة عن ضم ذمة إلى ذمة ، والمصرف إنضمت ذمته إلى العميل للوفاء بقيمة الضمان ، وكون خطاب الضمان إنفرد بخصائص معينة لا يُخرجه عن كونه ضماناً ، فالمصرف يضمن العميل في مواجهة المستفيد ، فأصبحت ذمته مشغولة ، فالمصرف هو الضامن ، والمضمون عنه هو العميل ، والمضمون له هو المستفيد[٥].

والضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل ، والمراد ثبوته فيها مطلوب أداؤه شرعاً عند تحقق شرط أدائه ، سداداً كان مطلوباً أداؤه في الحال كالدين الحال ، أو في زمن المستقبل المعيَّن كالدين المؤجل إلى وقت معيَّن ، أو إذا هو مطلوب أداؤه إذا ما تحقق شرط أدائه[٦].

في القانون : فقد عرَّفه الأستاذ/ مصطفى مرعي بقوله : (خطاب الضمان ، أو خطاب التعهد كما تُسميه بعض البنوك ، هو تعهد مكتوب يُصدره أحد البنوك بناءً على طلب عميله بصدد عملية أو غرض محدد

---

١) المعجم الوسيط ـ الجزء الأول ـ صفحة ٢٤٢ ـ طبعة .....

٢) لسان العرب ـ لأبن منظور ـ مادة (ضمن) ـ الجزء الثامن ـ صفحة (٨٩) وما بعدها ، ولسان العرب ـ مادة (كفل) ـ الجزء الأثني عشر ، صفحة (١٢٨) وما بعدها.

٣) الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، الجزء الرابع ، صفحة (٣٤٥) ، طبعة دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الأولى سنة ١٩٩١م.

٤) المغني ، لأبن قدامة ، الجزء الرابع ، صفحة (٥٣٤).

٥) الدكتور/ عبدالرحمن بن سعود الكبير ، الكفالات المعاصرة ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م ، صفحة (٤٢٨).

٦) الشيخ/ على الخفيف ـ الضمان في الفقه الإسلامي ، دار الفكر العربي ، المؤلفات الكاملة للشيخ على الخفيف ، صفحة (٨).

، ويلتزم بموجبه أن يدفع لصالح طرف ثالث مبلغاً مُعيناً من النقود عند أول طلب يتلقاه من هذا الطرف خلال أجل سريانه ، وذلك رغم أية معارضة قد يحتج بها العميل المضمون[1] .

أما الدكتور/ على جمال الدين عوض ، فقد عرَّفه بأنَّه " تعهد مكتوب يُصدره البنك الضامن ـ بناءً على طلب عميله (الآمر) ـ بشأن عملية مُحددة أو غرض مُحدد ، يلتزم بموجبه البنك بأن يدفع لطرف ثالث (المُستفيد) ، مبلغاً مَعيناً من النقود عند أول طلب منه ، سواء كان طلباً مُجرداً أو مُبرراً أو مصحوباً بتقديم مُستندات مُحددة في الخطاب يُقدمها المُستفيد ، خلال أجل مُحدد عادة أو غير مُحدد ، في أثناء سريان أجله ، رغم أي معارضة من العميل المضمون أو البنك الضامن ، على أن يكون الضامن شخصاً غير المتعاقد مع المُستفيد الذي طلب الضمان لصالح شخص المُستفيد[2] ".

كذلك هناك تعريف ثالث له بأنَّه : " تعهد كتابي صادر من بنك بناءً على طلب عميله يلتزم فيه لصالح هذا العميل في مواجهة شخص ثالث هو المُستفيد بأن يدفع إليه مبلغاً مُعيناً إذا طلبه المُستفيد خلال أجل مُحدد في الخطاب[3]".

ومن جماع ما تقدَّم ، نخلُص إلى أنَّ مُعظم التعريفات قد إتفقت على أنَّ خطاب الضمان هو تعهد مكتوب يصدر من البنك بناءً على تعليمات صادرة له من عميله لصالح المُستفيد ، يلتزم بموجبه البنك بأن يؤدي مبلغاً مُعيناً أو قابل للتعيين عند الإستحقاق للمستفيد ، وذلك بناءً على مُطالبة صادرة من المُستفيد ، دون أن يعتد البنك بأي إعتراض من عميله ، بشرط أن تتم مُطالبة المُستفيد بقيمة الضمان خلال المُدة المُحددة بالخطاب.

---

١) الأستاذ/ مصطفى مرعي ، خطابات الضمان " عملياً ونظرياً " ، فبراير ١٩٧٥م ، معهد الدراسات المصرفية ، صفحة (٨).

٢) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (١١) وما بعدها.

٣) الدكتور/ محمد سمير الشرقاوي ـ القانون التجاري ـ الجزء الثاني ، القاهرة ١٩٨١م ، صفحة (٥٦٦).

المبحث الثاني
دليل مشروعية الضمان.

من القرآن الكريم : ورد الفعل (يكفل) في القرآن الكريم بمعنى يتعهد الصغير ويرعى شئونه ، ولم يأت بمعنى الضمان ، ففي سورة آل عمران ، نقرأ قول الحق تبارك وتعالى : (وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم[١]).

كما ورد الفعل (كفَّل) ، بمعنى جعله كافلاً له راعياً ، حيثُ جاء هذا في سورة آل عمران ، إذ يقول الله عزَّ وجل : (فتقبلها ربها بقبول حسن وأنبتها نباتاً حسناً وكفَّلها زكريا[٢]).

ولم يرد الفعل في غير هذا الموضع ، فلم يأتي بمعنى جعله ضامناً للمال.

ولم يأت معنى الكفالة أو الضمان بلفظه في القرآن وإنما جاء بمفهومه ، قال الله تعالى : (وقالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم[٣]).

والزعيم هنا هو الكفيل الضامن[٤] ، ولذلك يُستدل بهذه الآية الكريمة على جواز الكفالة والضمان[٥] .

من السنة المطهَّرة : ورد لفظ الكفالة بمفهوم الضمان في أحاديث عدة لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، نذكر منها ما رواه أحمد وأصحاب السنن ، والدارقطني وغيرهم بطُرق مختلفة أنَّ الرسول صلى الله عليه وسلم قال : " الزعيم غارم[٦] ".

وهذا الحديث الشريف يُستفاد منه ما ذهب إليه الفقهاء من أنَّ الكفالة من عقود التبرع ، فالأصل فيها الغرم لا الغنم.

كما ورد في الحديث عن أبي أمامة رضي الله عنه قال ، سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول في الخطبة عام حجة الوداع : " العارية مؤداة والزعيم غارم والدين مقضيٌّ ".

كما ورد مفهوم الضمان بمعناه في حديث سلمة إبن الأكوع رضى الله عنه إذ قال : " كُنا جلوساً عند النبي صلى الله عليه وسلم ، إذ أتى بجنازة فقالوا : صلي عليها ، قال : (هل عليه دين؟) ، قالوا : لا ، قال : (فهل ترك شيئاً ؟) ، قالوا : لا ، فصلى عليه ، ثمَّ أتى بجنازة أخرى ، فقالوا : يا رسول الله ، صلي عليها ، قال : (هل عليه دين ؟) ، قيل نعم ، قال : (فهل ترك شيئاً؟) ،

---

١) سورة آل عمران ، الآية (٤٤).

٢) سورة آل عمران ، الآية (٣٧).

٣) سورة يوسف ، الآية (٧٢).

٤) الدكتور/ علي أحمد السالوس ، الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية ، مكتبة الفلاح الكويت ، الطبعة الأولى ١٩٨٦م ، صفحة (٢٨).

٥) يُنظر الجامع لأحكام القرآن ، الإمام القرطبي ، الجزء التاسع ، صفحة (٢٣١).

٦) أنظر سنن أبي داؤود ، كتاب البيوع ، باب تضمين العارية ـ وكتاب سنن إبن ماجة ، كتاب الصدقات.

قالوا : ثلاثة دنانير ، فصلى عليها ، ثمَّ أتى بالثالثة ، فقالوا : صلى عليها ، قال : (هل ترك شيئاً؟) ، قالوا : لا ، قال : (فهل عليه دين؟) ، قالوا : ثلاثة دنانير ، قال : (صلوا على صاحبكم) ، قال أبو قتادة : صلي عليه يا رسول الله وعليَّ دينه ، فصلى عليه[1]).

ويُفهم من ذلك أنَّ أبو قتادة قد ضمن دين الميت وكفله .

وقد رُوى أيضاً عن إبن ماجة في باب الكفالة من كتاب الصدقات بسنده عن إبن عباس ، أنَّ رجلاً لزم غريمه بعشرة دنانير ، على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، فقال : ما عندي شئ أعطيكه ، فقال : لا والله لا أفارقك حتى تقضيني أو تأتيني بحميل .

والبيِّن أنَّ لفظ الضمان ، قد ورد في السنة والألفاظ المرادفة له ، بنفس المعنى المُشترك بينهما ، وقد جمعهما إبن جزي[2] بقوله : " باب في الحمالة وهي الكفالة ، والزعامة ، والضمان ، ويُقال للضامن حميل وكفيل وزعيم[3] ".

المُستفاد مما أوردناه من نصوص وأيات قرآنية وأحاديث نبوية أنها جميعها تدل على جواز الضمان ، كما تدل أيضاً على أنها واجبة على من تحمَّلها ، وليس له أن يرجع عن إلتزامه.

---

١) صحيح البخاري ، كتاب الحوالات (٤٣) ، باب إن أحال ديت الميت على رجل جاز ، رقم الحديث (٢١٦٨) ، الجزء الثاني ، صفحة (٧٩٩-٨٠٠).

٢) إبن جزي : هو محمد بن أحمد الكلبي فقيه من العلماء بالأصول واللغة ، من أهل غرناطة ، فقيه مالكي ، من كُتبه : القوانين الفقهية ، والتسهيل لعلوم التنزيل ، توفى سنة (٧٤١) هـ.

٣) القوانين الفقهية ، إبن جزي ، دار القلم بيروت ، الطبعة الأولى ١٩٧٧م ، صفحة (٢٣١).

المبحث الثالث
التكييف الشرعي لخطاب الضمان .

لمعرفة التكييف الشرعي لخطاب الضمان ، يتعيَّن في البدء أن نُبيَّن أطراف العملية والعلاقة القائمة بينهم .

أطراف خطاب الضمان هم :

١ ـ العميل : وهو الذي يتقدَّم للبنك طالباً إصدار خطاب الضمان لصالح المُستفيد.

٢ ـ البنك : وهو الجهة المُلتزمة بإصدار خطاب الضمان بناءً على طلب العميل.

٣ ـ المُستفيد : وهو الشخص أو الجهة المُستفيدة من خطاب الضمان ، وبعبارة أخرى هو الشخص الذي يصدر خطاب الضمان لمصلحته.

ونتيجة لوجود علاقات قانونية بين أطراف العملية المذكورة (خطاب الضمان) ، فإنه يترتب على ذلك نشوء روابط وعلاقات قانونية ، يُمكن تلخيصها في التالي :

أولاً : علاقة العميل بالمُستفيد :

وهى العلاقة الأولى والتي في الغالب ما تكون علاقة الأساس ، وفي أغلب الأحوال تكون علاقة تعاقدية ، منشؤها العقد أياً كانت طبيعته أو تكييفه القانوني ، وبموجب هذا العقد والذي يُطلق عليه "عقد الأساس" ، تتحدد الحقوق والإلتزامات بالنسبة لكل من طرفيه ، كما يتحدد موضوع ونطاق العقد والذي بسببه يصدر خطاب الضمان.

ثانياً : علاقة العميل بالبنك :

وهى العلاقة التي يحكمها عقد إعتماد الضمان ، حيثُ يشتمل العقد على إلتزام البنك بتحرير خطاب الضمان لصالح المُستفيد بالمبلغ الذي يُحدده العميل ، وفي ذات الوقت يُحدد بالعقد الضمانات التي يتعيَّن أن يُقدمها العميل لصالح البنك لتغطية خطاب الضمان .

وغني عن البيان أنَّ خطاب الضمان قد يكون مُغطى بالكامل كما قد يكون مُغطى بصورة جزئية وقد لا يكون مُغطى وذلك بحسب علاقة العميل بالبنك المُصدر للخطاب.

فإذا كان الخطاب مُغطى بالكامل ، وهي حالة أن يقوم العميل بإيداع ما يُوازي قيمة خطاب الضمان نقداً لدى البنك المُصدر لخطاب الضمان ، أو أن يقوم بتغطية جزء من قيمة خطاب الضمان .

وقد يكون للعميل حساب جاري بطرف البنك المُصدر ، فيقوم بتفويض البنك بخصم قيمة خطاب الضمان من الحساب الجاري المذكور.

أما خطاب الضمان غير المُغطى ، فيُقصد به أن يقوم البنك بإصدار خطاب الضمان لصالح المُستفيد دون أن يدفع العميل أي شئ نقدي من قيمة الخطاب ، ولكن وفي أغلب الأحوال يكون العميل قد قام بتقديم ضمانات عينية أو أوراق تجارية أو كُفلاء شخصيين للبنك بحسب الأحوال.

ويترتب على ذلك كله ، وبعد أن يُصدر البنك الخطاب ، أن يكون البنك هو الضامن ، والعميل هو المضمون عنه ، وتكون هذه العلاقة في مُقابل أجر (عُمولة).

ثالثاً : علاقة البنك بالمُستفيد :

وهذه العلاقة يحكمها خطاب الضمان الذي يصدره البنك لصالح المُستفيد ، وفيه يلتزم البنك بأداء مبلغ مُعيَّن أو قابل للتعيين عند أول طلب من المُستفيد ، وذلك دون الإعتداد بأي مُعارضة قد تصدر من قبل العميل ، ودون أن يتحمل المُستفيد بأي إلتزام لصالح البنك.

وغني عن القول ، أنَّ البنك بإصداره لخطاب الضمان لا يُعتبر نائباً عن عميله ، بل أنَّ البنك يلتزم بخطاب الضمان بصفته أصيلاً ، لأنَّ النيابة لا تقوم في الضمان.

ونتيجة لهذه العلاقات المُختلفة فقد تباينت آراء الفقهاء في التكييف الشرعي لخطاب الضمان ، فمنهم من وصف العلاقة بين العميل والبنك بأنها علاقة وكالة ، ومنهم من وصف العلاقة بين البنك والمُستفيد بأنها علاقة كفالة ، والبعض الآخر وصفها بأنها علاقة ضمان ووكالة.

لذا ، فإننا سوف نقوم بتفريد الآراء الفقهية في المطالب التالية :

المطلب الأول : الضمان عقد كفالة.

المطلب الثاني : الضمان عقد وكالة.

المطلب الثالث : الضمان عقد كفالة ووكالة.

المطلب الأول
الضمان عقد كفالة.

ذهب بعض أهل العلم إلى أنَّ خطاب الضمان في جملته عبارة عن كفالة أو ضمان ، حيثُ أنَّ أركان الضمان قد وُجدت فيه ، فالبنك هو الضامن ، والعميل هو المضمون ، والمُستفيد هو المضمون له ، والحق الذي إلتزمه البنك هو المضمون به[١].

والضمان هو " ضم الذمة إلى الذمة " ، إما في المُطالبة ، وإما في إلتزام الحق ، وهذا يتضح في طلب الضمان الذي لا غطاء له حيثُ يثبت الحق في ذمة البنك فتنشغل ذمته مع العميل ، لذا فإنَّ البنك إذا دفع قيمة خطاب الضمان إلى المُستفيد فإنه يرجع على العميل بتلك القيمة[٢].

وقد أيَّد الدكتور/ على حمد السالوس ، هذا الرأي ، إذ أفاد بأنَّ خطاب الضمان إذا كان غير مُغطى من العميل ، فمن الواضح أن يُعتبر عقد كفالة ، فالكفالة ضم ذمة إلى ذمة ، فضُمت ذمة المصرف إلى ذمة طالب الإصدار لمصلحة الطرف الثالث ، وعلى هذا فالكفيل هو المصرف ، والمكفول هو العميل ، والمكفول له هو الطرف الثالث[٣].

وهذا أيضاً رأي هيئة الرقابة الشرعية في بنك فيصل الإسلامي بالسودان ، إذ جاء في فتواها ما نصه : " وخلاصة التكييف أنَّ خطاب الضمان قد يكون بغير غطاء ، وهنا يكون العقد عقد كفالة كاملة من كل الوجوه ما في هذا شك ، والحالة التي يكون فيها بغطاء كلي أو جزئي ، هذا يكون العقد عقد كفالة ووكالة معاً ، وكالة بالنسبة لعلاقة البنك مع العميل[٤] ، ..... ".

وقد أبدى المُعارضين لهذا الرأي أنَّ المُطالبة بموجب خطاب الضمان توجه للضامن فقط وهو البنك ، دون المضمون عنه وهو العميل ، في حين أنَّ الكفالة تُبيح للدائن (المُستفيد) أن يتخيَّر من يشاء من المدين الأصلي أو الضامن في مُطالبته بالوفاء بالقيمة.

ويُجاب على ذلك بأنَّ حصر المُطالبة بالضامن (البنك) دون المضمون عنه (العميل) هو من الشروط العقدية فهو شرط يناسب العقد ، وفيه مصلحة لأحد المتعاقدين ولا يؤثر على أصل العقد ، ويُعتبر من خصائص خطاب الضمان ، لأنَّه تمَّ فيه إختيار الطرف الأقوى ذو السمعة والمكانة ، ليكون محلاً للوفاء[٥].

---

١) الدكتور/ عبدالرحمن بن سعود الكبير ، الكفالات المعاصرة ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م ، صفحة (٤١٥) وما بعدها.

٢) المرجع السابق ، صفحة (٤١٨).

٣) الدكتور/ علي أحمد السالوس ، الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية ، مكتبة الفلاح الكويت ، الطبعة الأولى ١٩٨٦م ، صفحة (١٣٤).

٤) مجمع الفقه الإسلامي ، الجزء الثاني ، صفحة (١٢٠٣ ـ ١٢٠٤) ـ نقله الشيخ الصديق الضرير.

(أنظر أيضاً : الدكتور/ عبدالرحمن بن سعود الكبير ، الكفالات المعاصرة ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م ، صفحة (٤١١)).

٥) المرجع السابق ـ صفحة (٤١٦).

فضلاً عن ذلك فإنَّ البنك عند إصداره لخطاب الضمان فإنه يقوي مركز المدين في مواجهة الدائن ، وهذا ما يرمي إليه الضمان حيثُ أنَّ فيه تقوية وإستيثاق للتعامل تجاه المكفول له (المُستفيد) ، حيثُ يكون مطمئناً أنَّ حقه لن يضيع ، لذا فإنه يجوز أن يكون المضمون به ديناً ثابتاً فهو من ضمان ما وجب ، أو حقاً يثبت فيما بعد بسبب عدم حسن التنفيذ أو التقصير ، أو نحو ذلك فيكون من ضمان ما لم يجب[1].

وممن ذهب إلى أنَّ خطاب الضمان يكون ضماناً (كفالة) ، ندوة البركة الثالثة ، حيثُ جاء في فتواها في الفقرة الثالثة ما يلي : (إنَّ خطاب الضمان إذا كان بدون غطاء نقدي كامل فهو كفالة ويخضع لأحكامها[2]).

١) المرجع السابق ، صفحة (٤١٧).

٢) أنظر : الفتاوى الشرعية في الإقتصاد الصادر عن ندوة البركة للإقتصاد الإسلامي ، صفحة (٧٠).

المطلب الثاني
الضمان عقد وكالة.

ذهب فريق من أهل العلم والباحثين إلى إعتبار خطاب الضمان عقد من عقود الوكالة ، وقد إستندوا في ذلك إلى تعريف الوكالة حسبما عرَّفها فقهاء الشرع ، حيثُ جاء في نهاية المحتاج أنَّ الوكالة هي : " تفويض شخص لغيره ما يفعله عنه حال حياته مما يقبل النيابة شرعاً[١] ".

كما جاء في شرح فتح القدير بأنها : " إقامة الإنسان غيره مقامه في تصرَّف معلوم[٢] ".

ورأى البعض الآخر أنَّ خطاب الضمان نوع من الوكالة أو الإنابة القاصرة ، وتتم إذا حصل المدين (العميل) على موافقة الدائن (المُستفيد) بأن يقوم شخص ثالث (البنك) بوفاء الدين مكان المدين بالإضافة للمدين ، بحيث يكون للدائن (المُستفيد) مدينان (المدين الأصلي ، والبنك الضامن) بدلاً من مدين واحد[٣].

وفي تقدير الدكتور/ محي الدين علم الدين أنَّ هذه النظرية موَّفقة أكثر من نظرية الكفالة في تخريج خطاب الضمان[٤].

ومن ذهب أيضاً إلى أنَّ خطاب الضمان هو عقد وكالة الدكتور/ سامي حمود ، حيثُ قال : "إنَّ تكييف خطاب الضمان المصرفي على أنه وكالة لا يبدو متبايناً مع نظرة الفقه اسلامي للموضوع في نطاق الكفالة بالأمر التي يرجع فيها الكفيل بما يدفع على آمره بذلك تماماً كما يرجع الوكيل ، لأنَّ الكفالة بالأمر ما هى الإ وكالة بالأداء[٥] ".

وفي هذا الصدد أيضاً أورد الدكتور/ علي أحمد السالوس رأيه مؤيداً ما ذهب إليه سلفه من كون أنَّ خطاب الضمان المُغطى بالكامل يُعتبر وكالة لا كفالة ، حيثُ أفاد : " أما إذا كان العميل قد أودع لدى المصرف ما يُغطي الخطاب ، فإنَّ العلاقة بينهما علاقة وكالة ، حيثُ وكَّل العميل المصرف ليقوم بالأداء ، فلا توجد كفالة بين الطرفين[٦] ".

وقد أخذ المُعارضين لهذا الرأي أنَّ القول بأنَّ خطاب الضمان وكالة بناءً على أنَّ الكفالة بالأمر ما هى إلا وكالة بالأداء ، ومن ثمَّ إعتبروا أنَّ هذا الأمر بمثابة توكيل وهذا يتنافى مع كون الوكالة بالأمر لم تتغير فيها الحقيقة الشرعية وهى شغل ذمتين بحق واحد ، ومعظم الكفالات التي تتم إنما تتم بالأمر

---

١) نهاية المحتاج ، الجزء الخامس ، صفحة (١٥).

٢) شرح فتح القدير ، الجزء السابع ، صفحة (٥٠٠).

٣) الدكتور/ علاء الدين زعتري ـ الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها ـ دار الكلم الطيب ، دمشق ـ بيروت ، الطبعة الأولى ٢٠٠٢م ، صفحة (٣٣٨).

٤) موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، الجزء الثاني ، صفحة (٨٩٥).

٥) الدكتور/ سامي حمود ، تطوير الأعمال المصرفية ، صفحة (٣٠٠).

٦) الدكتور/ علي أحمد السالوس ، الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية ، مكتبة الفلاح الكويت ، الطبعة الأولى ١٩٨٦م ، صفحة (١٣٤).

من المكفول عنه ، وهذا لا يُغيِّر كونها كفالة ، فالفرق ظاهر بين الكفالة والوكالة ، الكفالة فيها شغل ذمتين بحق واحد ، حيثُ تنضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل ، أما الوكالة فهى نيابة عن غيره .

فضلاً عن ذلك فإنَّ الكفالة عقد لازم للكفيل ، أما الوكالة فهى عقد غير لازم حيثُ يملك كل طرف فسخه[1].

١) الدكتور/ عبدالرحمن بن سعود الكبير ، الكفالات المعاصرة ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م ، صفحة (٤٢١) وما بعدها ـ (أنظر أيضاً : مجلة الفقه الإسلامي ، ع٢ ، الجزء الثاني ، صفحة (١١٦٧) ، الدكتور/ عبدالستار أبو غدة.

المطلب الثالث
الضمان عقد كفالة ووكالة.

ذهب رأي لدى بعض أهل العلم إلى أنَّ خطاب الضمان عبارة عن ضمان ووكالة ، وإستدلوا في ذلك إلى أنَّ خطاب الضمان عندما يكون مُغطى تغطية جزئية ، وهذا هو الغالب في العمل البنكي ، وهو الذي يقوم فيه العميل بتغطية جزء من خطاب الضمان ، بينما يبقى الجزء الآخر مكشوفاً يقوم البنك بتغطيته وضمانه بمقابل مُعيَّن يُتفق عليه سلفاً.

ففي هذه الحالة ، وحسب رأي أهل العلم أنَّ خطاب الضمان يشتمل على كفالة ووكالة ، فالبنك في الجزء الذي قام العميل بتغطيته يكون وكيلاً عنه في تأدية هذا الجزء ، أما بالنسبة للجزء المكشوف والذي تعهَّد البنك بتغطيته وتأديته للمستفيد عند الطلب فيكون فيه البنك ضامناً لعميله[١].

وذات النتيجة إنتهى إليها الدكتور/ علاء الدين زعتري عندما قال : " إذا لم يكن لخطاب الضمان غطاء كامل لدى البنك ، فالوكالة هنا لا تصبح فاعلة لوحدها ، وذلك لأنَّ دور البنك في هذه الحالة لا يقتصر على الوكالة عن العميل في الوفاء لمدينه بمبلغ من المال نيابة عنه ، بل يتعدى ذلك إلى الكفالة ، وتخصيص مبلغ معيَّن للوفاء بهذا الدين ، يكون قرضاً على العميل[٢].

وقد ذهب إلى ذلك أيضاً شيخ الأزهر الدكتور/ عبدالحليم محمود ، حيثُ أورد في فتواه حول ذلك : " نرى أنَّ خطاب الضمان يتضمَّن معنى الضمان والكفالة ، لأنَّه إلتزام من المصرف للمُستفيد ، كما يتضمَّن معنى الكفالة ، حيثُ يقوم المصرف نيابة عن عميله بإجراءات إتمام ما يشتمل عليه خطاب الضمان وتسهيلها " ، فخطاب الضمان يتضمَّن معنى الوكالة ، وذلك لأنَّ المصرف يقوم نيابة عن عميله بإتمام ما يشتمل عليه خطاب الضمان من إجراءات[٣].

و هذا ما ذهب إليه أيضاً الدكتور/ على أحمد السالوس عندما قال : " وما جرى عليه العرف المصرفي غالباً هو قيام العميل بالغطاء الجزئي لا الكلي ، وفي هذه الحالة تكون علاقة المصرف بالعميل علاقة وكالة وكفالة معاً ، فهو وكيل بالنسبة للجزء المُغطَّى ، وكفالة مراعاة للجزء المتبقي[٤] ".

أما المعارضين لهذا الرأي فقد عارضوا التكييف المذكور ، مُعللين بأنَّ الأعمال التي يقوم بها البنك نيابة عن عميله ليست موضوع العقد ولا محله لأنها جاءت تبعاً له ، لذا فإنَّه لا ينبني عليها حكم ، ولا يُخَّرج خطاب الضمان بناءً عليها ، ولو قيل ذلك لأخرج كثير من العقود عن موضعها

---

١) الدكتور/ عبدالرحمن بن سعود الكبير ، الكفالات المعاصرة ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م ، صفحة (٤٢٢) وما بعدها ـ (أنظر أيضاً : فقه التعامل المصرفي ، الدكتور/ محمد الشحات الجندي ، صفحة (١٦٢).

٢) الدكتور/ علاء الدين زعتري ـ الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها ـ دار الكلم الطيب ، دمشق ـ بيروت ، الطبعة الأولى ٢٠٠٢م ، صفحة (٣٣٩).

٣) فتوى صادرة عن الأزهر في ٢٧ ربيع الآخر عام ١٣٩٧ هـ .

٤) الدكتور/ علي أحمد السالوس ، الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية ، مكتبة الفلاح الكويت ، الطبعة الأولى ١٩٨٦م ، صفحة (١٣٥).

كالبيع مدة الخيار ، فإنَّ المبيع فيه مضمون على المشتري ، فهل يُخّرج عقد البيع على أنَّه ضمان ، لتضمنه الضمان على المشتري في مدة الخيار [1]؟.

وأيَّما كان الرأي ، فقد ترجَّح الرأي القائل بأنَّ خطاب الضمان هو وكالة في حالة كمال غطاء الخطاب ، وهو وكالة وكفالة في حالة نقصان غطاء خطاب الضمان.

[1]) الدكتور/ عبدالرحمن بن سعود الكبير ، الكفالات المعاصرة ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م ، صفحة (٤٢٤) وما بعدها ـ (أنظر أيضاً : خطاب الضمان حُكمه وتخريجه ، إعداد/ عبدالله بن محمد السعيدي ، صفحة (١٤٩) وما بعدها .

المبحث الرابع
حُكم أخذ العوض [المُقابل] على خطاب الضمان.

المعلوم أنَّ البنوك التجارية تأخذ فائدة على عملائها ، وذلك في حال قيام البنك بإصدار خطاب الضمان سواء أكان مُغطى تغطية جزئية أو غير مُغطى ، وذلك بإعتبار أنَّ الجزء الغير مُغطى هو عبارة عن قرض أقرضه البنك لعميله ، وبالتالي يستحق عليه فائدة ، وعادة ما تُقدَّر الفائدة بنسبة مئوية من أصل القرض ومدته.

وغني عن القول ، أنَّ أهل الفقه قد أجمعوا على أنَّ هذا النوع من الإقراض هو إقراض ربوي ، وأنَّ الفائدة لا تجوز شرعاً وهو ليس محل بحثنا الماثل .

أما بالنسبة للبنوك الإسلامية ، فقد جرت عادة البنوك أن تأخذ تلك البنوك عوضاً مقابل إصدارها لخطاب الضمان ، فما حُكم ذلك في الشرع ؟.

لقد إختلف الفقهاء حول العوض (العمولة) التي تتقاضاها البنوك الإسلامية مُقابل إصدار خطاب الضمان ، ما بين مانع ومُجيز لها ، وسوف نتناول ذلك بإيجاز في المطالب التالية :

المطلب الأول : رأي المُعارضين لأخذ العوض على خطاب الضمان.

المطلب الثاني : رأي المؤيدين لأخذ العوض على خطاب الضمان.

المطلب الأول
رأي المُعارضين لأخذ العوض على خطاب الضمان.

وهم مجموعة الفقهاء الذين يرون بأنَّ خطاب الضمان في تكييفه الشرعي عبارة عن كفالة أو ضمان ، بإعتبار أنَّ الأصل في الضمان والكفالة أنها من عقود التبرع والقربى إلى الله ، والمقصود بها التعبُد ورضا الله عزَّ وجل ، فلا يجوز أن تكون بمقابل ، وتأسيساً على ذلك فإنه لا يجوز أخذ العوض (الجعل) عن الكفالة.

وهذا الرأي لا يتفق عليه المتقدمون من الفقهاء أمثال إبن المُنذر[١] : " أجمع من نحفظ عنهم من أهل العلم على أنَّ الحمالة بجُعل يأخذه الحميل لا تحل ولا تجوز[٢] ".

أما بالنسبة للعلماء والباحثين المعاصرين ، فقد ذهب إلى هذا القول العديد من العلماء ، أمثال الدكتور/ على السالوس حيثُ قال : " ولا خلاف بين الأئمة في أنَّ الكفالة لا تجوز بجُعل فضلاً عن الأجر ، والخروج عن هذا الإجماع قد لا يجد ما يُبرره[٣]".

وقد ذهب الشيخ الصديق الضرير إلى ذات الرأي حيث قال : " والنصوص هذه ليست أقوال فقهاء مجردة ، بل بلغت إلى درجة الإجماع عند الفقهاء ، أنا لم أرى أحد من الفقهاء جوَّز أخذ الأجر على الكفالة المجردة ، لم أر هذا بتاتاً[٤] ".

وعلَّل الفقهاء المنع بأنَّ الكفيل مُقرض في حق المطلوب ، وإذ شُرط له الجعل مع ضمان المثل ، فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه وهو باطل ، لأنَّه ربا[٥].

كما ورد ذات المعنى في مجلة الأحكام العدلية : (الأجر والضمان لا يجتمعان[٦]).

وقد ورد على هذا التعليل العديد من المناقشات ، نوجزها فيما يلي :

١ ـ الإعتراض الأول : القول بأنَّ الضمان تبرع لا يجوز أخذ الأجر عليه غير مُسلم به ، وذلك لأنَّ التبرع إذا أشترط فيه العوض صح ذلك ، كالهبة والوكالة ، وغيرها من أعمال التبرعات والقرب.

والرد على هذا الإعتراض ، بأنَّ هذا الإيراد لا يصح ، لأنّ الضمان ليس تبرعاً ، وإنما هو عقد إرفاق ، ولو كان تبرعاً لما جاز للضامن الرجوع بما دفع على المضمون عنه.

---

١) هو أبو بكر بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، شيخ الحرم وأحد الأئمة الأعلام ، من تصانيفه " الإجماع " و " الإقناع " ، توفى بمكة سنة ٣١٨ هـ.

٢) أنظر : الأشراف على مذاهب أهل العلم ، الجزء الأول ، صفحة (١٢٠) .

٣) الدكتور/ علي أحمد السالوس ، الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية ، مكتبة الفلاح الكويت ، الطبعة الأولى ١٩٨٦م ، صفحة (١٣٩) ـ أنظر أيضاً : مجلة مجمع الفقه الإسلامي ـ الجزء الثاني ـ صفحة (١٠٧٩) ـ و الدكتور/ عبدالرحمن بن سعود الكبير ، الكفالات المعاصرة ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م ، صفحة (٤٣٧).

٤) أنظر : مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الجزء الثاني ، صفحة (١٢٠٦) ـ و الدكتور/ عبدالرحمن بن سعود الكبير ، الكفالات المعاصرة ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م ، صفحة (٤٣٨).

٥) الدكتور/ علاء الدين زعتري ـ الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها ـ دار الكلم الطيب ، دمشق ـ بيروت ، الطبعة الأولى ٢٠٠٢م ، صفحة (٣٤٥).

٦) علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، الجزء الأول ، طبعة دار الجيل ، صفحة (٨٩) ، المادة (٨٦).

٢ ـ الإعتراض الثاني : إنَّ العوض في الضمان جائز إذا ما أشترط ، إلا إذا أدي إلى محظور آخر ، ولا يوجد محظور[١].

والرد على هذا الإعتراض بأنَّ هذا غير مسلَّم به ، لأنَّ جواز العوض في الضمان إذا ما أشترط ما زال موضع خلاف ، فضلاً عن أنَّ العوض في الضمان يؤدي إلى محظورات عظيمة منها الربا ، فهو شبيه بالتكسب بالأجر على القرض[٢].

١) أنظر : مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، ع٢ ، الجزء الثاني ، صفحة (١١٤٧) ، الشيخ/ أحمد على عبدالله.

٢) الدكتور/ عبدالرحمن بن سعود الكبير ، الكفالات المعاصرة ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م ، صفحة (٤٤٢).

المطلب الثاني
رأي المؤيدين لأخذ العوض في خطاب الضمان.

ذهب بعض الفقهاء إلى جواز أخذ العوض على خطاب الضمان ، وقد إستدلوا في ذلك على أنَّ خطاب الضمان هو عبارة عن وكالة أو وكالة وضمان ، وبالتالي فإنَّ الوكالة يجوز أن تكون بعوض كما يجوز أن تكون بدون عوض ، لذا فإنَّه يجوز أخذ العوض على خطاب الضمان.

وهناك رأي آخر للمؤيدين لأخذ العوض يسند رأيه إلى أنَّ أخذ العوض على الكفالة والضمان جائز شرعاً ، وبناءً عليه فإنَّه يجوز أخذ العوض على خطاب الضمان ، ومن مؤيدي هذا الرأي الدكتور/ زكريا البري حيثُ قال : " لا يوجد في أخذ الأجر على هذا الضمان المصرفي لتنفيذ أعمال مشروعة نص مُحرم من الكتاب أو السنة ، أو دليل محرم ، فلا يوجد له نظير يُقاس عليه في التحريم ، لإشتراكهما في علته ، ثمَّ لا يوجد عرف صحيح يُحرمه ويمنعه ، ولا توجد فيه مفسدة ، كما لا توجد مصلحة في تحريمه ، بل المصلحة في إباحته وحله وصحته[١] ".

كما ذهب العديد من العلماء الآخرين في ذات الإتجاه المؤيد لأخذ العوض مثل الدكتور/ حسن عبدالله الأمين و علي التسخيري ، وقد إستدلوا في ذلك إلى عدم وجود دليل يُحرَّم أخذ العوض على الكفالة والضمان في كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم[٢] .

وقد أضاف الدكتور/ زكريا البري سنداً لرأيه في جواز أخذ العوض في خطاب الضمان ، أنَّ الأصل في الأشياء ومنها العقود والشروط والتصرفات هو الإباحة والجواز والصحة ولا يحرم منها إلا ما يقوم الدليل الخاص على تحريمه[٣].

وقد إعترض على هذا الرأي بأنَّ الدليل الخاص قد قام على المنع ، وهو ما ذكره الفقهاء ـ رحمهم الله ـ من أدلة في منع أخذ العوض على الكفالة ، وأنَّ أخذ العوض يمتنع ، لأنَّه يؤدي إلى قرض جرَّ فائدة ، فهو ربا ، والربا أحق ما حُميت مراتعه[٤].

كما تمَّ الرد على القائلين بجواز أخذ العوض في خطاب الضمان قياساً على بعض التبرعات التي أُجيز أخذ العوض عليها كالوديعة والهبة والوكالة ، بأنَّ هذا القياس مع الفارق ، فأخذ العوض على الوديعة والوكالة هو من باب الإجارة لا من باب التبرعات ، أما الهبة إذا أخذ العوض عليها صارت بيعاً وليس هبة[٥].

---

١) الدكتور/ عبدالرحمن بن سعود الكبير ، الكفالات المعاصرة ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م ، صفحة (٤٤٣).

٢) المرجع السابق ، صفحة (٤٤٤ ـ ٤٤٥).

٣) أنظر : مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الجزء الثاني ، صفحة (١١٧٨).

٤) الدكتور/ عبدالرحمن بن سعود الكبير ، الكفالات المعاصرة ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م ، صفحة (٤٤٦).

٥) المرجع السابق ، صفحة (٤٤٧).

كذلك إستند فريق آخر من الفقهاء المؤيدين لرأي جواز أخذ العوض إلى القاعدة الفقهية " الغنم بالغرم " المبنية على حديث " الخراج بالضمان " ، تأسيساً على أنَّه إذا كان مُقتضى هذا الضمان البنكي إلزام الضامن بالمغارم التي ترتبت على هذا الضمان ، فلم لا يكون له غنم من المضمون يؤديه للبنك الضامن نتيجة الإتفاق والرضا به ؟.

وقد تمَّ الرد على هذا السند بالقول بأنَّ الكفالة و الضمان هما من عقود التبرع والمعروف والإحسان يُراد بهما الثواب والأجر من عند الله عزَّ وجل ، والقول هذا يُخرجها عن مضمونها وعمَّا إتفق عليه عُلماء السلف من عدم جواز أخذ العوض عنها.

والقول الأصوب في هذه المسألة هو ما ذهب إليه المانعون لأخذ العوض على خطاب الضمان ، وذلك بناءً على أنَّ خطاب الضمان هو عبارة عن كفالة إتحدت فيها ذمة الكفيل والمكفول عنه ، ولقد إتفق الفقهاء على منع أخذ العوض على الكفالة.

أما المؤيدون لأخذ العوض على الضمان ، فمنهم من أجازوه بناءً على أنَّ خطاب الضمان عبارة عن وكالة أو وكالة وضمان ، ولقد سبق تفنيد ذلك ، وتبيَّن خطأ ما ذهبوا إليه.

أما الذين جوَّزوا أخذ العوض على خطاب الضمان تأسيساً على أنهم يجوَّزون أخذ العوض على الضمان والكفالة ، فلا شك أنهم خالفوا إتفاق الفقهاء بل الإجماع على المنع من أخذ العوض على الضمان ، وهذا الأمر ليس من السهل مخالفته[1].

١) الدكتور/ عبدالرحمن بن سعود الكبير ، الكفالات المعاصرة ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م ، صفحة (٤٥٧).

المبحث الخامس
حُكم إنتفاع البنك المُصدر بغطاء خطاب الضمان.

عندما يطلب العميل من بنكه إصدار خطاب ضمان مُعيَّن ، بشروط وقيمة مُعيَّنة لصالح المُستفيد الذي يعتزم العميل التعاقد معه ، فإنَّ البنك عادة وبعد دراسته للعملية ، يقوم بمطالبة العميل بتقديم غطاء لخطاب الضمان المزمع إصداره بناءً على تعليمات العميل ، وعادة ما يكون الغطاء الذي يُقدَّمه العميل عبارة عن أصول عقارية أو أوراق تجارية أو غطاء نقدي ، يكون هذا الغطاء بيد البنك على سبيل الضمان ، وبهذه الصفة يكون البنك دائناً مرتهناً ، يلتزم بإرجاع هذا الغطاء للعميل في حال عدم سحب المُستفيد لقيمة خطاب الضمان خلال المدة المحددة فيه ، أما إذا تمَّ صرف قيمة خطاب الضمان للمُستفيد ، فإنَّ البنك يستوفي ما دفعه للمستفيد من الضمانات التي تحت يده.

ويدق السؤال عمَّا إذا كان من الجائز للبنك أن ينتفع من هذا الغطاء أثناء وجوده تحت يده ، كأن يستثمره لصالحه أو نحو ذلك ؟.

تثور الصعوبة عندما يكون الغطاء أو أي جزء منه نقدياً ، ففي هذه الحالة لا يستطيع البنك أن يُعيَّن صاحب أي مبلغ مُحدد موجه لمشروع مُعيَّن ، حيثُ تختلط النقود المودعة ، ويتعذَّر التمييز ، وهنا يثور السؤال هل من حق البنك الإستفادة من هذه النقود[1] ؟.

يُمكن أن يُقال : أنَّ البنك ضامن لهذا المال ، فله تبعاً لذلك حق الإستثمار الربح له ، والخسارة عليه ، ويؤيد هذا ما رواه الأمام أحمد وأصحاب السنن الأربعة عن السيدة عائشة ـ رضى الله تعالى عنها ـ ، أنَّ الرسول صلى الله عليه وسلم قال : " الخراج بالضمان ".

كما يُمكن القول أيضاً بأنَّه ليس للبنك حرمان صاحب المال من الإستفادة من ماله مُدة سريان خطاب الضمان ، إذ يحق لطالب الإصدار أن يكون لنقوده ما للودائع الإستثمارية من حقوق[2] .

أما الحنفية فلم يكتفوا بالحديث عن الضمان ، وإنما فصَّلوا في حق الكفيل في إستثمار مال الكفالة ، لكنهم ميَّزوا بين النقود وغيرها ، فأجمعوا على أنَّ مال الكفالة إذا كان نقوداً وقبضها الكفيل على وجه الإقتضاء لا الإرسال ، وإستثمرها وربح فالربح حلال.

أما إذا كان الكفيل قد قبض المال على وجه الإرسال ، فهو أمين غير ضامن ، وليس له أن يستثمر المال ، فإن إستثمره خالف ما يجب فيما يُعد أمانة ، وأصبح كالغاصب ، فإن ربح فلا يطيب له هذا الربح.

---

١) الدكتور/ علي أحمد السالوس ، الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية ، مكتبة الفلاح الكويت ، الطبعة الأولى ١٩٨٦م ، صفحة (١٥٣).

٢) المرجع السابق ، صفحة (١٥٤).

ويرى صاحب الدر المُختار إن ربح الكفيل به طاب له لأنَّه نماء ملكه حيث قبضه على وجه الإقتضاء ، فلو كان على وجه الإرسال فلا ، لتمحضه أمانة[1].

وقد قُدِّم سؤال لندوة (دلة البركة) الثانية التي إنعقدت بتونس من ١١ ـ ١٤ صفر ١٤٠٥ هـ ، بخصوص إستثمار غطاء خطاب الضمان من قبل البنك ، بالصيغة التالية :

(هل يجوز للبنك الإسلامي الذي دُفِع له مبلغ نقدي لتغطية خطاب الضمان أن يستثمره بموافقة المودع ، مُضاربة بنفس الشروط التي يستثمر بها للمودعين ؟.

وقد كانت الفتوى : يجوز للبنك الإسلامي أن يستثمر بالمضاربة المبلغ المودع لديه غطاءً لخطاب الضمان الذي يصدره بنفس الشروط التي يستثمر بها للمودعين[2].

ويرى الدكتور/ على أحمد السالوس أنَّه إذا كان من اللازم وجود مثل هذا الغطاء ، فمن اللازم أيضاً عدم حرمان العميل من إستثمار أمواله بغير رضاه ، ومن هنا جاء ترجيح القول بتخيير العميل ، فإما أن يختار الإستثمار ، أو بقاء الغطاء في ضمان البنك[3].

---

١) الدر المختار مع حاشية إبن عابدين ، الجزء الرابع ، صفحة (٢٧٨).

٢) الفتاوي الشرعية في الإقتصاد ، دلة البركة ـ الصادرة عن ندوة البركة للإقتصاد الإسلامي ، ١٤٠٣ ـ ١٤١٠ هـ ، الطبعة الثالثة ، جدة ، صفحة (٦٨) ـ أنظر أيضاً الدكتور/ علاء الدين زعتري ـ الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها ـ دار الكلم الطيب ، دمشق ـ بيروت ، الطبعة الأولى ٢٠٠٢م ، صفحة (٣٤٥).

٣) الدكتور/ علي أحمد السالوس ، الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية ، مكتبة الفلاح الكويت ، الطبعة الأولى ١٩٨٦م ، صفحة (١٥٨).

المبحث السادس
التمييز بين خطاب الضمان وغيره من العقود الأخرى.

خطاب الضمان هو التعهد الذي يصدره البنك لصالح المُستفيد ، بناءً على التعليمات الصادرة إليه من عميله ، إذ أنَّ العميل يكون قد إتفق على صفقة معينة أو عملية تجارية مع المستفيد ، وترتيباً على ذلك يشترط المُستفيد على العميل في عقد الأساس المزمع إبرامه بينهما أن يقوم العميل بتقديم خطاب ضمان لصالح المستفيد ، لذلك يلجأ العميل للبنك طالباً منه إصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد بالشروط والقيمة والتي يحددها له العميل ، والتي يكون قد تمَّ الإتفاق عليها سلفاً بين العميل والمستفيد.

ويُلاحظ انَّ خطاب الضمان يشبه في فكرته العديد من العقود التي جرى التعامل بها ، وبالتالي وترسيخاً لمعنى خطاب الضمان وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى ، رأينا من المناسب مُقارنة خطاب الضمان بالإعتماد المُستندي والإشتراط لمصلحة الغير والكفالة والتعهد عن الغير ، وذلك لبيان أوجه الشبه والإختلاف بينه وبين العقود المذكورة.

يتشابه إلتزام البنك في كل من خطاب الضمان وخطاب الإعتماد المُستندي ، وذلك نظراً لأنَّ البنك يُنفِّذ شروط وتعليمات عميله الآمر في كل منهما ، فضلاً عن أنَّ إلتزام البنك في كل من الخطابين مُستقل عن أية إلتزامات بين أطراف العلاقات الناشئة عن التعاقد[1] ، ولا يستطيع البنك الإمتناع عن الدفع طبقاً لإلتزامه في الخطابين لأي سبب مُستمد من عقد الأساس (عقد بيع أو مقاولة أو خلافه) ، وعليه في خطاب الضمان أن يدفع للمُستفيد بمجرد الطلب دون الإعتداد بأي إعتراض يرد من العميل ، أما في الإعتماد المستندي فإنه يتوجب على البنك السداد طالما كانت المُستندات مُطابقة لتعليمات العميل.

لكن ومع كل هذا التشابه بين خطاب الضمان والإعتماد المُستندي ، يظل هناك فارقاً جوهرياً بينهما هو أنَّ خطاب الإعتماد المُستندي لا يستحق فوراً كما هو الحال في خطاب الضمان ، بل يتوقف دفعه ـ الإعتماد المُستندي ـ على تقديم المُستندات التي تفيد تنفيذ المستفيد لإلتزامه الوارد بالخطاب.

أما بالنسبة للإشتراط لمصلحة الغير ، فقد نصت المادة (١٢٤) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م على التالي :

(١) يجوز للشخص أن يتعاقد بإسمه على إلتزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كان له في تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية.

[1]) الدكتور/ عادل إبراهيم ، مدى إستقلال إلتزام البنك في خطابات الضمان والإعتمادات المستندية ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٨م ، صفحة (١٧).

(٢) يترتب على هذا الإشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الإشتراط يستطيع أن يُطالبه بوفائه مالم يتفق على خلاف ذلك ، ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد.

(٣) يجوز كذلك للمشترط أن يُطالب بتنفيذ ما إشترط لمصلحة المنتفع ، إلا إذا تبيَّن من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك.

والمعلوم أنَّ البنك في خطاب الضمان لا يستطيع أن يرفض السداد للمستفيد من الخطاب إستناداً لأي دفع مستمد من عقد الأساس المبرم بين العميل والمستفيد كما لا يستطيع كذلك التساند على أي دفع مستمد من العقد المُبرم بين البنك والعميل (عقد فتح الإعتماد بالضمان) ، وذلك تأسيساً على إستقلال الإلتزام الوارد بخطاب الضمان عن بقية العقود الأخرى ، بخلاف الحال في الإشتراط لمصلحة الغير ، إذ تُجيز المادة (١٢٤) الفقرة (٢) للمتعهد (البنك) أن يتمسك قبل المنتفع (المستفيد) بالدفوع التي تنشأ عن العقد ، وبذلك يبين الفرق بين خطاب الضمان والإشتراط لمصلحة الغير[١].

يشتبه خطاب الضمان البنكي بالكفالة وذلك أنَّ خطاب الضمان يتطلب وجود ثلاثة أطراف ، عميل ، وبنك ضامن ، ومستفيد ،وكذلك الحال في الكفالة إذ أنها تتطلب أيضاً وجود ثلاثة أطراف ، مدين ، وكفيل دائن ، فضلاً عن ذلك فإنَّ وظيفة البنك تشبه وظيفة الكفيل في ضمان الوفاء بالإلتزام المكفول.

علاوة على ذلك ، فإنَّ الأصل في الكفالة أن تكون مكتوبة ، وكذلك الحال في خطاب الضمان إذ أنه لا يكون إلا مكتوباً ، أضف لذلك فإنَّ الكفالة هي عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل وكذلك الحال بالنسبة لخطاب الضمان[٢].

وبوجه عام يُمكن القول بأنَّ خطاب الضمان البنكي هو صورة من صور الكفالة ، إلا أنَّه وبالرغم من ذلك توجد العديد من النقاط التي تُميِّز خطاب الضمان عن الكفالة ، ذلك أنَّ الكفالة عادة ما تكون عقداً واحداً بين الكفيل والدائن ، بينما أنَّه في خطاب الضمان يوجد عقدان ، عقد الأساس المبرم بين العميل والمستفيد وخطاب الضمان الصادر من البنك الضامن لمصلحة المستفيد.

ومن النقاط الفاصلة في التمييز بين خطاب الضمان والكفالة أنَّ الإلتزام الوارد بخطاب الضمان هو إلتزام أصلي في ذمة البنك ، بمعنى أنَّه لا يرتبط ولا يتأثر بما يحدث من مُتغيرات في عقد الأساس أو عقد فتح الإعتماد بالضمان ، بمعنى أنَّه إذا أُبطل عقد الأساس أو عقد فتح الإعتماد بالضمان أو فُسخ أياً منهم ، فإنَّ البنك يظل مُلتزماً بموجب خطاب الضمان في مواجهة المُستفيد ، أما في الكفالة فإنَّ

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (١١٣).

٢) الدكتور/ علاء الدين زعتري ـ الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها ـ دار الكلم الطيب ، دمشق ـ بيروت ، الطبعة الأولى ٢٠٠٢م ، صفحة (٣٢٨).

إلتزام الكفيل هو إلتزام تابع لإلتزام المدين الأصلي يرتبط به وجوداً وعدماً ، وبالتالي فإذا فُسخ أو أُبطل العقد الأصلي فإنَّ الكفالة تسقط تبعاً لذلك.

ومن ناحية أخرى ، فإنَّ الكفيل في الكفالة يستطيع أن يدفع بالتجريد في مواجهة الدائن ، بمعنى أنَّه لا يجوز للدائن أن يُطالب الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين أولاً حتى ولو كان الكفيل مُتضامناً ، أو على الأقل يجب أن يُطالب الدائن الكفيل والمدين معاً في وقت واحد ، ولكنه لا يستطيع مُطالبة الكفيل قبل المدين طالما كان الكفيل قد دفع بالتجريد[١].

أما في خطاب الضمان ، فإنَّ البنك لا يستطيع أن يدفع بالتجريد أو بإستيفاء الدين من العميل أولاً ، وذلك لإستقلال إلتزام البنك الوارد بخطاب الضمان عن إلتزام العميل الوارد بعقد الأساس.

ويترتب على الكفالة أنَّه لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مُستحق على المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول ، وإنما تجوز في مبلغ أقلَّ وبشروط أخفَّ[٢].

أما في خطاب الضمان ، فيجوز أن يكون المبلغ الوارد بخطاب الضمان أكبر من المبلغ المُتفق عليه في عقد الأساس ، كما يجوز أن تكون الشروط الواردة بخطاب الضمان أشدَّ من تلك الشروط الواردة بعقد الأساس ، وذلك لإستقلال خطاب الضمان عن أي عقد آخر ، غير علاقة البنك بالمستفيد من الخطاب.

أما عن التعهد عن الغير ، والذي يُسمَّى في القانون السوداني بـ " الإلتزام بإسم الغير " ، فتنص المادة (١٢٣) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م ، على التالي :

(١) إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهده ، فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوَّض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ الإلتزام الذي تعهد به.

(٢) أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإنَّ قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ، ما لم يتبيَّن أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد.

والمُلاحظ من النص الوارد أعلاه أنَّ الغير بالخيار بين قبول أو رفض الإلتزام بالضمان ، وبالتالي فإذا رفض الغير (البنك) أن يلتزم أمام المُستفيد ، فإنَّ ذلك يتعارض مع ما قصده المتعاقدين ، لأنَّ مقصود المُستفيد هو أن يكون البنك ملتزماً بشكل مُستقل.

---

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، طبعة عام ١٩٨٩م ، صفحة (٥٨٧).

٢) المرجع السابق ، صفحة (٥٨٦).

أما في خطاب الضمان فإنَّ البنك مُصدر الخطاب لا يُعتبر وكيلاً عن العميل في الوفاء للمُستفيد بقيمة الخطاب ، وذلك أنَّ إلتزام البنك هو إلتزام أصيل ، ولا يصح وصفه بأنَّه ضامن أو كفيل يتبع إلتزام المدين المكفول ، بل يُعتبر في هذه الحالة إلتزاماً مُستقلاً عن العقد القائم بين المتعاقدين[1].

١) نقض ٨/مارس/١٩٨٢م ، مجموعة النقض ، عدد (٢٣) صفحة (٢٩٥) ، وبخاص صفحة (٢٩٩). ـ أنظر أيضاً : الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (١١٤) وما بعدها.

المبحث السابع
أهمية خطاب الضمان.

نظراً لإزدهار التجارة وتطور أساليبها في ظل الإنفتاح التجاري في مُعظم الدول ، مما مكَّن التجار من إبرام عقودهم التجارية وتنفيذها بكل سلاسة ويسر ، و مما ترتب على ذلك إزدياد الحوجة لإستخدام خطابات الضمان والإعتمادات المُستندية ، وذلك لسد فجوة عدم الثقة بين طرفين يرتاب كل منهما في الآخر ، ويزداد عمق هذه الفجوة في عمليات الإستيراد والتصدير ، عندما يكون البائع مُقيماً في دولة والمُشتري في دولة أخرى ، ولا يطمئن البائع إلى تسليم البضاعة للمُشتري قبل أن يحصل منه على الثمن ، كذلك لا يطمئن المُشتري إلى دفع الثمن قبل أن يتسلم البضاعة والتحقق من مُطابقتها للمواصفات المتفق عليها ، لذلك يشترط البائع على المُشتري أن يفتح له الأخير خطاب إعتماد مستندي بقيمة البضاعة ، كما يشترط المُشتري على البائع أن يُصدر لصالحه خطاب ضمان يتعهد فيه البنك بأن يدفع له مبلغاً مُعيناً عند طلبه ، وذلك ضماناً لمطابقة البضائع المشتراه للمواصفات المتفق عليها.

ولخطابات الضمان أهمية كبرى في الحياة العملية ـ إذ نجد أنَّ كثيراً من الشركات الكبرى والجهات الحكومية تطلب ممن يرغبون في الدخول في المناقصات أو المزايدات الكبيرة تقديم مبلغ نقدي أو خطابات ضمان بمبلغ مُعيَّن كتأمين وتأكيداً لجديتهم في العطاءات والمزايدات التي يُقدَّمونها ، وهو ما يُعرف حالياً بـ " هامش الجدية ".

ولما كان تقديم المبالغ النقدية قد يكون مُرهقاً للشركات التي تكون مُشاركة في عدة مناقصات ومزايدات ، وبالتالي فلا تستطيع أن تُجمِّد مبالغ كبيرة كتأمين ، في وقت تكون فيه هذه الشركات في أمس الحاجة لهذه المبالغ لتسيير شئونها وتنفيذ أعمالها ، لذلك نجد أنَّ المقاول أو التاجر يُفضَّل أن يُقدَّم خطاب ضمان بنكي بدلاً عن التأمين النقدي ، ومن هنا ظهرت أهمية خطابات الضمان وأهميتها في الحياة العملية ، خاصة إذا ما عرفنا بأنَّ هناك العديد من الحالات الأخرى التي تتطلب تقديم تأمينات مُتمثلة في خطابات ضمان منها حالة إصطحاب المُسافر للخارج لمجوهرات أو سيارات أو آليات لإصلاحها وإعادتها ، وحالة الراغبين في ممارسة مهنة مُعيَّنة تستوجب عليهم تقديم خطابات ضمان مثل شركات الوساطة في سوق الخرطوم للأوراق المالية وكذلك مكاتب التخليص الجمركي.

ومن هذا المقام يود الباحث أن يُشير إلى أنَّه وبالرغم من أهمية خطابات الضمان على الصعيدين العملي والتجاري لما لها من مميزات تُساعد على النهوض بالحركة التجارية وتضمن إنسيابها ، وعلى الرغم من إتساع دائرة المصارف والبنوك العاملة بالسودان ، إلا أنَّ المُشرع الوطني لم يأبه بصياغة وإعداد قوانين تُنظِّم وتُقنِّن أعمال البنوك بشكل عام وخطابات الضمان والإعتمادات المُستندية بشكل خاص ،

حيثُ أنَّ التشريع السوداني ما زال يفتقر إلى وجود نصوص تشريعية تحكم خطابات الضمان وغيرها من عمليات البنوك الأخرى ، وكان الباحث يأمل أن يحذو المشرع الوطني حذو الكثير من الدول العربية التي عمدت إلى إدراج نصوص تشريعية تُقنِّن أحكام خطابات الضمان مثل جمهورية مصر العربية ودولة قطر التي أفردت الفرع الثامن من القانون رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٦م لخطابات الضمان المواد من (٤٠٦ ـ ٤١٣).

ورغم أهمية موضوع خطاب الضمان ، وكثرة الإشكالات التي يُثيرها في مجال العمل ، إلا أنَّ الأبحاث الفقهية فيه قليلة جداً ، وكذلك الأحكام والسوابق القضائية المنشورة ، حيثُ أنني لم أجد في مجموعة السوابق القضائية المنشورة سوى سابقة واحدة[١] فقط ، وفي تقدير الباحث أنَّ ندرة الأحكام القضائية ترجع إلى أنَّ البنوك تلجأ عادة إلى التسويات الودية لتجنب الدخول في ترهات المحاكم ، فضلاً عن اللجوء للتحكيم لضمان سرعة حسم النزاعات.

وبما أنَّ لخطاب الضمان أهمية كبرى ، حيثُ تنعكس أهميته بالنسبة لكل من العميل والبنك والمُستفيد ، فضلاً عن أهميته في التجارة الدولية ، لذا سنقتصر أهمية خطاب الضمان في مطلبين هما :

المطلب الأول : أهمية خطاب الضمان بالنسبة للعميل والبنك والمُستفيد.

المطلب الثاني : أهمية خطاب الضمان في التجارة الدولية.

١) سابقة بنك السودان ضد شركة ماسي التجارية ، م ع/ط م/٥٧/١٩٨٣م.

المطلب الأول
أهمية خطاب الضمان بالنسبة للعميل والبنك والمُستفيد.

تبدو أهمية خطاب الضمان في أنَّ العميل عندما يتفق مع المُستفيد في عقد الأساس ، غالباً ما يُطالبه المُستفيد بتقديم خطاب ضمان يضمن بموجبه تنفيذ الإلتزام المُلقى على عاتق العميل ، وذلك في حالة فشل العميل أو تنصله عن تنفيذ الإلتزام .

لذلك يلجأ العميل إلى البنك الذي يتعامل معه عادة ، طالباً منه إصدار خطاب ضمان لصالح المُستفيد ، حسب الشروط والتفاصيل والقيمة التي إتفق عليها ـ العميل ـ سلفاً مع المُستفيد في عقد الأساس ، والذي قد يكون عقد مقاولة لتشييد مبنى مُعيَّن أو عقد توريد بضائع أو مُعدات أو مُزايدة أو خلافه.

بناءً على تلك التعليمات الصادرة من العميل يقوم البنك بدراسة الحالة ، وبعد تحقق البنك من توافر مُتطلبات إصدار خطاب الضمان حسب وجهة نظر البنك ـ يقوم البنك بإبرام عقد بينه وبين عميله بخصوص خطاب الضمان المطلوب إصداره يُسمى بعقد " فتح الإعتماد بالضمان " ، ومن ثمَّ يقوم البنك بإصدار خطاب الضمان ، والمقصود من عبارة تحقق البنك من المُتطلبات يعني إقتناع البنك بالضمانات التي قدَّمها العميل لتغطية خطاب الضمان ، والتي يستوي أن تكون مبالغ نقدية أو أصول عقارية مرهونة لصالح البنك أو تقديم سهم أو أوراق تجارية للبنك أو أي ضامن شخصي آخر يقتنع به البنك ، فضلاً عن ذلك يقوم البنك بالتحقق من صيغة خطاب الضمان المُقترحة والشروط الواردة فيه ، إن كانت هناك أية شروط مُحددة ، والبنك يعتمد في ذلك على ما جرى عليه العرف المصرفي ، وما إكتسبه من خبرة ودراية في مجال إصدار خطابات الضمان ، وبخاصة التحقق من وضوح الصيغة وعدم غموضها مع التحقق من وضوح شروط الدفع ، لأنَّ خطاب الضمان وبمجرد إصداره يصبح إلتزاماً أصلياً قائماً بذمة البنك ، ومُستقلاً عن غيره من الإلتزامات الأخرى الواردة بعقد الأساس أو عقد فتح الإعتماد بالضمان.

وتكمن أهمية خطاب الضمان في أنَّ العميل (طالب إصدار الخطاب) ، يكسب فرصة إبرام عقد الأساس مع المُستفيد ، إذ قد يكون العميل عاجزاً عن توفير مبلغ الضمان نقداً أو قد لا تتوفر لديه السيولة الكافية التي تُمكنه من تغطية خطاب الضمان بالكامل ، فيلجأ للبنك الذي يقبل بالضمانات الأخرى المُقدَّمة من العميل ، وبالتالي يُصدر خطاب الضمان ، وفي ذلك تمكين للعميل من إبرام عقد الأساس وتنفيذ العملية.

وقد يكون العميل لديه المبالغ النقدية الكافية لتغطية خطاب الضمان لكنه لا يُريد أن يُجمَّد هذا المبلغ ، فيلجأ للبنك لإستصدار خطاب الضمان ، وقد يكون العميل ولأسباب خاصة به لا يُريد أن

يُقدَّم الضمانات العقارية أو الأسهم للمستفيد مُباشرة ، فيعمد باللجوء إلى البنك لتحقيق غايته بإصدار خطاب الضمان ، وفي ذلك كله فائدة أخرى تتمثل في تأمين مركز العميل المالي أمام المستفيد.

ومن فوائد خطاب الضمان للعميل ، أنَّ خطاب الضمان ينتهي إذا وفَّى العميل بإلتزاماته للجهة المستفيدة ، فإذا لم يُطالَب البنك بمبلغ خطاب الضمان وإنتهت مدته إنقضى خطاب الضمان ، أما الوديعة النقدية ، فإنَّ إجراءات إستردادها من الجهة المُستفيدة خاصة إذا كانت جهة حكومية تحتاج إلى وقت طويل ، وبالتالي حرمان العميل من هذه المبالغ طوال تلك الفترة[١].

وكذلك الحال ، يعود إصدار خطاب الضمان بالفائدة على البنك الذي سيستفيد من مبلغ تغطية خطاب الضمان إذا كانت التغطية كلية أو جزئية ، وذلك بإستثمار هذا المبلغ وتحقيق عائدات نقدية ، إضافة إلى أنَّ البنك سيستفيد من العمولات التي سيُحمَّلها على العميل نظير إصداره لخطاب الضمان ، أما إذا كان خطاب الضمان بدون تغطية كاملة ، فإنَّ المبالغ التي سيدفعها البنك ستُسجَّل كقرض على حساب العميل ، وبالتالي سيلتزم العميل بدفع فوائد القرض لصالح البنك ، ومن جميع تلك العمليات يكون البنك مُستفيداً.

أما من ناحية المُستفيد ، فيكفي أنَّه مُطمئن إلى أنَّ المُلتزم أمامه هو بنك وليس العميل ، وبالتالي يستطيع المُستفيد الدخول في العملية التجارية مع العميل بكل ثقة وإطمئنان ، إذ أنَّه سيكون واثقاً من أنَّه سيحصل على المبلغ المطلوب في أي وقت يشاء خلال مدة سريان خطاب الضمان.

كذلك فإنَّ قبول خطابات الضمان بدلاً عن التأمين النقدي من الجهات المُستفيدة ، يُشجِّع الموردين والمقاولين على التقدَّم إلى المناقصات التي يُعلن عنها ، وذلك إعتماداً على المزايا التي يُحققها لهم خطاب الضمان ، من عدم ضرورة إيداع مبالغ نقدية أو الإقتراض من البنوك بفائدة مرتفعة ، مما يترتب على ذلك حصول الجهة المستفيدة على أفضل الشروط وأرخص الأسعار[٢].

١) الدكتور/ عبدالرحمن بن سعود الكبير ، الكفالات المعاصرة ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م ، صفحة (٣٢٧).

٢) المرجع السابق ، صفحة (٣٣٠).

المطلب الثاني
أهمية خطاب الضمان في التجارة الدولية.

مع إزدهار التجارة الدولية بين الأفراد والمؤسسات والشركات التجارية برزت أهمية وفائدة خطابات الضمان ، حيثُ أصبحت تلعب دوراً مهماً على الصعيدين الداخلي والخارجي ، وكل ذلك يؤكد على أهمية خطاب الضمان في التجارة الدولية ، حيثُ أصبحت لخطاب الضمان إستخدامات وبصمات واضحة في بث الثقة بين المتعاقدين خصوصاً إذ لم تكن هناك سابق معرفة أو تعامل تجاري بين الأطراف.

ففي حالات الأحكام القضائية ، على سبيل المثال ، والمتعلقة بحجز السفن الأجنبية أو الوطنية ، نجد أنَّ صاحب السفينة أو المُجهَّز يبادر إلى تقديم خطاب ضمان بنكي لصالح الجهة الحاجزة ، وذلك في حالة صدور حُكم بالحجز على السفينة ، وذلك بغية فك رباط السفينة و إطلاقها كي تقوم بإستكمال رحلاتها تنفيذاً لتعهداتها.

وتطبيقاً لذلك ، فقد قضت محكمة إستئناف الولاية الشمالية الشرقية ببورتسودان في الدعوى رقم (م أ/أس م/٢١٨/٩٣م) ، حيثُ أفادت :

" لفك الحجز عن الباخرة لا بد من إيداع المبلغ نقداً في خزينة المحكمة أو إحضار شيك معتمد أو خطاب ضمان يتعهد فيه المصرف المعني بسداد القيمة ، على أن يكون قابل للتجديد في مرحلة التنفيذ والوفاء بالحكم ، ما لم تُشطب الدعوى أو تعهد نادي حماية السفن بواسطة وكيله في السودان[١]".

كذلك من التطبيقات الأخرى التي تُبيَّن فائدة خطاب الضمان حالة وصول البضائع للميناء وكانت بوليصة الشحن والمُستندات الأخرى التي تُمكَّن المستورد من الإستلام ، لم تصل بعد ، أو أنَّ المستورد عجز عن تقديم سند الشحن الذي يخوَّله الإستلام لأي سبب من الأسباب ، في هذه الحالة ولتجنب تأخر البضاعة في الميناء خاصة إذا كانت بحسب طبيعتها سريعة التلف ، ولتفادي غرامات التأخير التي ستُفرض على المستفيد نظير بدلات الأرضيات وتأخره في إستلام البضاعة ، ففي هذه الحالة يلجأ المستورد للبنك لإصدار خطاب ضمان بنكي بقيمة البضائع لصالح الوكيل الذي يعطيه إذن لتسلَّم البضاعة على أن يُقدَّم سند الشحن حالما يصل إليه من الجهات المُصدرة.

ومن إشتراطات خطاب الضمان في التجارة الدولية كون أنَّ العميل المتعاقد مع الإدارة مُقيماً بالخارج ، فإنَّ خطاب الضمان يُغنيه عن تحويل العملات الأجنبية الموازية لقيمة التأمين الواجب

---

١) سابقة شركة ترانز إنترا وآخر ضد شركة الصمغ العربي ، مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٩٤م .

إيداعه لخزانة الجهة الإدراية ، ثمَّ إعادة تحويلها ثانية عند إنتهاء العملية أو عدم رسو العطاء عليه ، وما يترتب على ذلك من آثار مالية نتيجة لتغيُّر أسعار الصرف في الفترة ما بين تقديم التأمين وسحبه ، وصعوبة تحديد الطرف الذي سيتحمَّل الخسارة إن وجدت ، ومصاريف البنك وخلافه ، علاوة على ما يؤديه خطاب الضمان في هذه الحالة من تفادي للإجراءات الطويلة الخاصة بتعليمات الرقابة على النقد[١].

ومن إستخدامات خطاب الضمان في التجارة الدولية ، تيسير التخليص بالنسبة للبضائع ، وذلك بإجازة الإفراج عن البضائع بمجرد مراجعتها دون إنتظار إجراءات تقدير الرسوم الجمركية المستحقة عليها ، وذلك إذا كانت طبيعة البضاعة لا تتحمل البقاء طويلاً بالجمارك ، أو كانت دواعي الحاجة تستوجب الإفراج عنها ، أو تستوجب التعجيل في تصريفها لتفادي تكدسها على الأرصفة ، في مثل هذه الحالات ، يتم الإفراج عن البضائع مُقابل خطاب ضمان يكفل سداد الرسوم الجمركية التي تُستحق عند تسويتها[٢].

١) الدكتورة/ سميحة القليوبي ، الأسس القانونية لعمليات البنوك ، طبعة ١٩٩٢م ، صفحة (١٣٨).

٢) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٢٩) ـ أنظر أيضاً : الدكتور/ عبدالرحمن بن سعود الكبير ، الكفالات المعاصرة ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م ، صفحة (٣٣٣ ـ ٣٣٤).

المبحث الثامن
إستقلال إلتزام البنك في خطاب الضمان.

إنَّ إستقلال إلتزام البنك في خطاب الضمان أوجدته تطبيقات التجارة الدولية ، ومن ثمَّ إستقرَّ في التعامل المصرفي إلى أن صار عرفاً مصرفياً ، وهو يعني أنَّ البنك وبمجرد إصداره لخطاب الضمان وعلم المستفيد به ، يكون البنك قد تعهد تعهداً قطعياً بأن يدفع مبلغاً مُعيناً للمُستفيد لدى أول طلب منه ، وبغض النظر عن أية إعتراضات أو مماحكة من العميل ، وذلك لأنَّ إلتزام البنك في مواجهة المستفيد هو إلتزام أصيل وليس إلتزاماً تبعياً ، حيثُ أنَّ إلتزام البنك يكون مُستقلاً عن الروابط الناشئة عن عقد الأساس ، وبالتالي فإنَّه لا يجوز للبنك أن يمتنع عن السداد للمستفيد إستناداً على أسباب مُستمدة من عقد الأساس المُبرم بين العميل والمستفيد ، كما يمتنع على البنك رفض السداد للمستفيد إستناداً على أسباب ناشئة عن عقد فتح الإعتماد بالضمان المُبرم بين البنك وعميله ، وبناءً على ذلك يصبح مركز المستفيد كما لو كانت لديه وديعة نقدية بيد البنك يستطيع سحبها متى شاء.

وتقول محكمة النقض المصرية في هذا الصدد : " إنَّ علاقة البنك بالمُستفيد هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل يحكمها خطاب الضمان وحده ، وعباراته هى التي تُحدد إلتزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها[١] ".

ويُبرر هذا الإستقلال في مجال العمليات التجارية الدولية والمصرفية بصفة خاصة ، بالرغبة الدائمة في حماية الثقة في الإئتمان الممنوح عن طريق إستقلال الآثار القانونية للعمليات التجارية.

ويُقصد بخاصية إستقلال إلتزام البنك في مواجهة المستفيد من خطاب الضمان أنَّه مُستقل عن عقد الأساس أو العلاقة الأصلية التي تربط المُستفيد بالعميل ، كما أنه مستقل عن تلك التي تربط البنك وعميله (عقد فتح الإعتماد بالضمان) ، وذلك لأنَّ خطابات الضمان بطبيعتها تعهدات نهائية غير قابلة للرجوع فيها ، ومنفصلة عن العقد أو العقود التي تستند عليها ، ولا يجوز للبنك التمسك بالعلاقة الناشئة عن هذه العقود ، كما لا يجوز للمستفيد أيضاً أن يتمسك بالعلاقات التعاقدية بين البنوك ، أو بين العميل الآمر والبنك المُصدر[٢].

وتقول المادة (٥) من القواعد الموحدَّة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس لخطابات الضمان التي تُدفع عند الطلب ، الكُتيِّب رقم (١٩٩٢/٤٥٨م) الآتي:

---

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٦٨).

٢) الدكتور/ عادل إبراهيم ، مدى إستقلال إلتزام البنك في خطابات الضمان والإعتمادات المستندية ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٨م ، صفحة (٢٧) وما بعدها.

" إنَّ كل الضمانات والضمانات المُقابلة غير قابلة للرجوع فيها ، ما لم ينص فيها على غير ذلك[1]".

ومؤدى ذلك أنَّ إلتزامات البنوك في خطاب الضمان قطعية بمجرد الإصدار وبمجرد وصول العلم للمستفيد ، بحيث لا يكون للبنك سلطة الرجوع في ضمانه ، إلا إذا كان هناك نصاً صريحاً في خطاب الضمان يُبيح له ذلك.

خطاب الضمان عقد مُلزم لجانب واحد :

إنَّ إلتزام البنك بالضمان لا ينشأ بمجرد إبرام عقد الأساس بين العميل الآمر والمُستفيد ، لأنَّه في مكنة البنك أن يرفض إصدار خطاب الضمان طالما أنَّه لم يوافق عليه ، كما أنَّ إلتزام البنك لا ينشأ بمجرد إبرام عقد فتح الإعتماد بالضمان بين العميل الآمر والبنك ، لأنَّ هذا العقد مقصوراً على طرفيه تأسيساً على قاعدة نسبية العقد ، وهنا يدق السؤال : متى ينشأ إلتزام البنك الذي يعطي المُستفيد الحق في الضمان ؟ هل ينشأ بمجرد إبداء البنك لإرادته في إصدار خطاب الضمان ، أم يتعيَّن قبول المُستفيد بالإيجاب الصادر من البنك ؟.

ذهبت محكمة الإستئناف ببروكسل إلى أنَّ إلتزام البنك هو إلتزام بإرادة منفردة ، وذهب آخرون إلى أنَّه عقد مُلزم لجانب واحد هو البنك الذي يلتزم ، لكن المُستفيد لا يلتزم بشئ ، بينما يراه الفقه الفرنسي بأنَّه عقداً كاملاً مُلزماً لجانب واحد[2].

كذلك الحال هو في مصر يُعتبر عقد ملزم لجانب واحد ، ويترتب على إصدار البنك الخطاب يُعتبر إيجاباً يلزم أن يلحقه قبول المُستفيد ، على أنَّ هذا القبول قد يكون ضمنياً يُستفاد من وصول الخطاب للمستفيد وسكوته عن الإعتراض على عنصر فيه ، لأنَّه يُرتب له حقاً خالصاً في الضمان.

وتقول المادة (٤٣) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م :

(١) يُعتبر التعاقد بين الغائبين قد تمَّ في المكان وفي الزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، مالم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

(٢) يُفترض أنَّ الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان الذين وصل إليه فيهما هذا القبول .

كما تنص المادة (٤٠) من ذات القانون على أنَّه يُعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص ، إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أنَّ الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً

---

١) القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس ، صدرت بلغتين الإنجليزية والفرنسية ، وهذه الترجمة للقواعد الموحدة والتي إعتمدنا عليها في بحثنا الماثل ، قد قام بترجمتها الدكتور/ على جمال الدين عوض ، وهذا ما لزم التنويه إليه.

٢) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٦٢) ، وعلى الهامش.

بالقبول ، فإنَّ العقد يُعتبر قد تمَّ إذا لم يُرفض الإيجاب في وقت مناسب ، أو إذا تمخَّض الإيجاب لمنفعة من وُجه إليه.

ويقول الأستاذ/ مصطفى مرعي :

" الضمان عقد مُلزم لجانب واحد بين البنك والمُستفيد ، تبدأ العلاقة حين يتقدَّم العميل إلى مصرفه يطلب إصدار خطاب الضمان لصالح المُستفيد ليحل محل التأمين النقدي الذي إقتضته علاقته بهذا الأخير ، ويُعتبر هذا الطلب بمثابة إيجاب من العميل ، ويُعتبر إصدار البنك لخطاب الضمان بمثابة قبول لطلب العميل".

وبإصدار البنك لخطاب الضمان ووصوله لعلم المُستفيد يُلزم البنك قبله بالشروط التي حددتها عبارات الضمان ونصوصه ، بحيث لا يلزم إلا في حدود هذه الشروط[١].

وترتيباً على ذلك ، فإنَّ إلتزام البنك بوصفه تصرفاً صادراً بإرادة منفردة ، لا ينتج أثره إلا من لحظة وصوله لعلم المُستفيد ، وبالتالي فإذا حرر البنك خطاب الضمان ولكنه لم يرسله للمستفيد أو العميل أو مزقه أو الغاه ، فلا إلتزام ينشأ بذمة البنك ، لأنَّ إرداة البنك يجب أن تكون صريحة ونهائية.

الإلتزام الوارد بخطاب الضمان مُستقل ومُنفصل عن غيره :

ترَّسخ الفارق الجوهري بين خطاب الضمان والكفالة المصرفية ، ذلك أنَّ الإلتزام في خطاب الضمان إلتزاماً أصلياً في حين أنَّه إلتزام تبعي في الكفالة المصرفية.

ويترتب على ذلك أنَّه لا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع لعلاقة البنك بالعميل أو إلى علاقة الأخير بالمستفيد.

فالمقصود بإستقلال إلتزام البنك عن إلتزام العميل الآمر أن يختلف محل كل منهما كما يكون مصدر كل منهما ومصيره مُنفصلاً ، وهذا ما يُفرَّق إلتزام البنك في الخطاب عن إلتزامه ككفيل[٢].

ويقول الدكتور/ على جمال الدين عوض ، في مؤلفه خطابات الضمان المصرفية أنَّ :

" المقصود بإستقلال إلتزام البنك في خطاب الضمان عن إلتزام المدين أن يختلف محل كل منهما ، إذ يُعبَّر البنك عن أنَّه يتعهد بالدفع لدى أول طلب بالرغم من معارضة المدين أو أياً كان مصير إلتزام المدين ، فإنَّ هذه العبارة تقطع الصلة بين إلتزام كل منهما ، وتجعل إلتزام البنك مُستقلاً عن إلتزام المدين ، لا بحُكم إستقلال المحل ولكن بإرادة البنك وحدها[٣] ".

---

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٦٥).

٢) الدكتور/ عادل إبراهيم ، مدى إستقلال إلتزام البنك في خطابات الضمان والإعتمادات المستندية ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٨م ، صفحة (٣٣).

٣) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٧٩).

ويقول الأستاذ البربري :

" إنَّ التحقق من تنفيذ الإلتزام أو عدم تنفيذه أمر يخرج عن نطاق إختصاص البنك[١] ".

وذلك ما يؤكد إستقلالية خطاب الضمان عن الإلتزامات الواردة في عقد الأساس المُبرم بين العميل الآمر والمستفيد.

ويُعبَّر الفقه العربي عن هذا المعنى بالقول بأنَّ إلتزام البنك في مواجهة المستفيد هو إلتزام مُجرد عن سببه ، وهو ما يُسمى بـ " شرط الكفاية الذاتية[٢] ".

ويعني ذلك أنَّه عند تنفيذ خطاب الضمان يتعيَّن النظر إلى خطاب الضمان فقط وما يحتويه من شروط دون النظر للدفوع التي للبنك قبل العميل أو العميل قبل المُستفيد.

ومعنى ذلك أنَّ خطاب الضمان يجب أن تكون له كفاية ذاتية ، أي يكفي بذاته بحيث يؤدي وظيفته دون توَّقف على عنصر آخر خارجي يُضاف إليه ، أو واقعة خارجية عنه أو شرط أو أجل أو خلاف ما يرجع للمستفيد نفسه[٣].

ويترتب على إستقلال إلتزام البنك النتائج التالية :

١ ـ أنَّه ليس إلتزاماً تابعاً كما هو شأن الكفالة.

٢ ـ هو إلتزام مُستقل كما هو شأن إلتزام البنك في الإعتماد المُستندي القطعي.

٣ ـ الإدعاء ببطلان العقد الأساسي أو فسخه لا يؤثر على الضمان ، بل على العكس يُبرر طلب وفاء الضمان.

٤ ـ ليس للبنك التمسك بعيوب علاقته بالعميل الآمر ، كإفلاسه أو إخلاله بشروط عقد فتح الإعتماد ، كما لا يستطيع البنك التمسك بدفوع مُستمدة من عقد الأساس.

وتأكيداً لمفهوم إستقلال إلتزام البنك ، فقد أوردت القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية ، في المادة (٢) الفقرة (ب) ما يلي :

" 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 ..... ".

وهي بذلك تؤكد على مبدأ الإستقلال ، وإنقطاع صلة البنك المُصدر لخطاب الضمان عن الشروط والإلتزامات الواردة بعقود الأساس.

---

١) محمد على البربري ، خطابات الضمان ، فبراير ١٩٦٢م ، معهد الدراسات المصرفية .

٢) الدكتور/ يعقوب يوسف صرخوه ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في القانون الكويتي ، الكويت ـ الطبعة الثانية ١٩٩٨م ، صفحة (٢٠٩).

٣) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٨٢) ـ وعلى الهامش أيضاً : (نقض طعن رقم ٢٠٨٤ لسنة ٥٨ ق في ٢٩/مايو/١٩٨٩م.

إلتزام البنك يكون بدفع مبلغ من النقود :

من أهم الفوارق التي تُميِّز عقد الكفالة عن خطاب الضمان البنكي ، أنَّ الإلتزام في خطاب الضمان دائماً ما يكون إلتزاماً نقدياً ، أي يلتزم الضامن بأن يؤدي للمستفيد المبلغ نقداً ، ويستوي في ذلك أن يكون الضامن بنكاً أو شركة تأمين أو خلافه ، وهذا طبيعي لأنَّ البنك ليست مهمته تنفيذ الإلتزامات غير النقدية ، لأنَّ الخطاب يحل محل التأمين النقدي ويُدفع بدلاً منه[١].

أما بالنسبة لمحل الإلتزام في الكفالة فهى تعهد بتنفيذ الإلتزام أياً كان موضوعه إذا تخلَّف موضوع الإلتزام المضمون ، فيستوي تبعاً لذلك أن يكون محل الإلتزام في الكفالة القيام بعمل مُعيَّن أو أداء مبلغ مُعيَّن.

وهذا ما ذهبت إليه المادة (٢) الفقرة (أ) من القواعد الموَّحدة لخطابات الضمان التي تُدفع عند الطلب ، والتي أصدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس ، تأكيداً على أنَّ إلتزام البنك في خطابات الضمان هو إلتزام نقدي ، حيثُ نصت :

" فيما يتعلق بتطبيق هذه القواعد ، خطاب الضمان تحت الطلب ، يعني أي ضمان أو سند أو تعهد بالدفع أياً كان مسماه أو وصفه صادر من بنك أو شركة أو أي جهة أو شخص (يُشار إليه فيما يلي بالضامن) ، يتعهد فيه كتابة بأن يدفع مبلغاً مُحدداً نقداً عند تقديم ما يتفق مع نصوص الضمان ....."

خطاب الضمان ليس ورقة تجارية :

إنَّ خطاب الضمان لا يُعتبر ورقة تجارية وإن كان يجري التعامل به في الأوساط التجارية وبين التجار عموماً ، إذ أنَّ خطاب الضمان الصادر من البنك ما هو إلا لإثبات واقعة صدور خطاب الضمان ولإثبات البيانات والشروط الواردة فيه ، وينبني على ذلك أنَّ المُستفيد إذ فقد أصل خطاب الضمان يستطيع أن يلجأ للبنك للحصول على نسخة بدل فاقد منه ، بل يستطيع أن يُطالب البنك بالوفاء بقيمة خطاب الضمان ، بالرغم من فقدانه للأصل.

وبالتالي فإذا قام المُستفيد بتظهير خطاب الضمان لشخص آخر فإنَّ ذلك لا يُعطي المُظهَّر له الحق في صرف قيمة خطاب الضمان ، لأنَّ خطاب الضمان لا يمكن تداوله بوصفه ورقة تجارية.

ويرى الدكتور/ عبدالحميد الشواربي ، أنَّه وإن كان يتفق مع النتيجة التي إنتهى إليها هذا الرأي ـ عدم قابلية خطاب الضمان للتداول ـ إلا أنَّه يؤسس عدم جواز تداول خطاب الضمان أو التنازل

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (١٠٥).

عنه على أساس آخر ، وهو أنَّ المبالغ التي يُمثلها الخطاب خلال فترة سريانه وقبل أدائها إلى المُستفيد ، ليس مملوكة له[1].

وأما إذا قارنا خطاب الضمان بالشيك ، فنجد أنَّ الشيك يُعد ورقة تجارية قابلة للتداول في حين أنَّ خطاب الضمان ليس بورقة تجارية ولا يقبل التداول ، فضلاً عن ذلك فإنَّ الشيك يُعتبر أداة وفاء في حين أنَّ خطاب الضمان هو أداة ضمان فقط.

أما إذا ما قورن خطاب الضمان بالسند الأذني ، فنجد أنَّ القانون قد إستوجب توافر بيانات إلزامية بالسند الإذني ، أما في خطاب الضمان ، فالأصل أنَّه لا يتضمَّن إلا البيانات التي تتفق وطبيعة الإلتزام ، فضلاً عن ذلك فإنَّ خطاب الضمان هو أداة ضمان فقط في حين أنَّ السند الأذني هو أداة ضمان ووفاء في نفس الوقت.

كذلك من الفوارق الأخرى التي تُميَّز خطاب الضمان عن غيره من الأوراق التجارية الأخرى أنَّ خطاب الضمان يجوز صرف قيمته بالكامل أو أي جزء منه ثمَّ مُعاودة صرف الجزء المتبقي منه مرة أخرى ، طالما أنَّ مدة صلاحيته ما زالت سارية ، وطالما أنَّ المبالغ المسحوبة في حدود المبلغ الوارد ذكره بالخطاب ، أما بالنسبة للأوراق التجارية الأخرى فالأصل أنَّ الوفاء بها يكون كاملاً ولا يتم الوفاء بها جزئياً إلا على سبيل الإستئناس.

بالإضافة إلى ذلك فإنَّ المبلغ الوارد ذكره في الورقة التجارية يكون مُحدداً مُقدَّماً وعلى نحو دقيق ، بينما في خطاب الضمان يُمكن أن يكون قابلاً للتحديد ، وهو ما لا يتصور في الورقة التجارية[2].

من جماع ما تقدَّم ، نخلص إلى أنَّ خطاب الضمان لا يُعتبر ورقة تجارية.

---

١) القانون التجاري ، العقود التجارية في ضوء الفقه والقضاء ، الناشر مُنشأة المعارف بالأسكندرية ـ (بدون رقم طبعة) ـ صفحة (٥٥٣).

٢) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٩٦).

المبحث التاسع
مدى إستقلال إلتزام البنك بخصوص خطاب الضمان.

يُعتبر إستقلال إلتزام البنك في خطاب الضمان هو الأساس في إزدهار وفي أهمية الدور الذي يلعبه خطاب الضمان في مجال التجارة الداخلية والخارجية ، وذلك لأنَّ الدين المضمون وإن كان هو أساس وجود خطاب الضمان ، إلا أنَّ مجرد الإشارة في خطاب الضمان إلى عقد الأساس لا يُفسد هذا الإستقلال ، وهذا هو الهدف المقصود من الإستقلال ، بحيث ينعكس تطبيقه العملي في عدم جواز الإحتجاج بالدفوع المتعلقة بعقد الأساس من جانب الضامن.

وعليه فإنَّ صفة إستقلال الضمان هى جوهر وأساس خطاب الضمان وهى التي تُبعده عن الكفالة والتي تقوم على فكرة التبعية.

فإستقلال الضمان معناه أنَّ الضامن يتعهد ـ بصفة شخصية ـ بإلتزام جديد ، فهو لا يتعهد كالكفيل بأن يدفع دين المدين الأصلي ، بل يتعهد بأن يدفع مبلغاً نقدياً ـ مُقابل دين عقد الأساس ـ ولكن يُحدد بحرية بين الطرفين ، وبلا تناسب لازم مع هذا الدين المضمون من حيثُ محله أو نطاقه[١].

لذا ، فإنني سوف أقوم ـ وبإيجاز غير مخل ـ بتناول مدى إستقلال إلتزام البنك بخصوص خطاب الضمان في ثلاثة مطالب ، بيانها كالتالي:

المطلب الأول : إستقلال إلتزام البنك ولو كان متضامن مع المدين الأصلي.

المطلب الثاني: إستقلال إلتزام البنك المصدر في الضمان المشروط.

المطلب الثالث: شرط التحكيم وأثره في إستقلال خطاب الضمان.

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٨٨).

المطلب الأول
إستقلال إلتزام البنك ولو كان مُتضامناً مع المدين الأصلي.

يُقصد بإستقلال إلتزام البنك في خطاب الضمان هو أن يكون إلتزامه بمنأى عن العلاقات الأخرى التي تُحيط به ، سواء الواردة بعقد الأساس أو بعقد فتح الإعتماد بالضمان ، إذ أنَّ تعهد البنك هو تعهد مُنجز ولا يُمكن أن يكون مؤجلاً.

ويثور التساؤل ، إذا كان البنك قد تعهد بالوفاء بمبلغ الخطاب بالتضامن مع المدين الأصلي ، فهل هذا التضامن يربط بين الدينين ويخلع صفة الإستقلال عنه بحيث ينقلب إلتزام البنك الضامن إلى كفالة تضامنية ؟.

بعبارة أخرى ، إذا قام البنك الضامن بإصدار خطاب الضمان للمستفيد وفي ذات الوقت كان البنك مُتضامن مع المدين الأصلي في الوفاء بالدين للدائن (المُستفيد) ، فهل يحق للبنك أن يمتنع عن سداد قيمة خطاب الضمان إستناداً لدفوع أو أسباب تتعلق بالتضامن الذي بينه والمدين الأصلي ؟.

يرى الباحث أنَّ وجود التضامن بين البنك والمدين الأصلي هى علاقة مُنفصلة يتعيَّن الاَّ تؤثر على إستقلال إلتزام البنك الوارد في خطاب الضمان وذلك لإختلاف كل من الإلتزامين وإختلاف مصدرهما ومحلهما ، وبالتالي فإنه لا يحق للبنك أن يتمسك بأية دفوع مُستمدة من علاقة التضامن وإنما يتوجب عليه الدفع للمستفيد.

وهذا الرأي أيضاً إنتهت إليه محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها ، حيثُ أنَّ المحكمة لم تنظر إلى التضامن في ذاته الذي يقوم على وحدة الدين وتعدد الروابط ، بل يُنظر إلى إستقلال الدينين ، وترى المحكمة في قضائها أنَّ التضامن لا يربط بينهما ، وإذا وجد هذا الإستقلال والإنفصال فإنَّ تعهد البنك يُعتبر ضماناً مُستقلاً ومنفصلاً[1].

ومن المعروف أيضاً أنَّ البنك لا يتعاقد بإعتباره وكيلاً عن عمليه بل أصيلاً عن نفسه ، كذلك فإنَّ البنك لا يتعهد بأداء دين المدين بل يلتزم بوفاء دين جديد ناشئ من إرادته بالإلتزام ، ومما يؤكد هذا الرأي هو إختلاف محل إلتزام الضامن عن محل إلتزام العميل الآمر ، فبينما يلتزم الأول بتنفيذ إلتزامه بالوفاء لدى أول طلب ، تجد أنَّ إلتزام الثاني هو تنفيذ عقد الأساس[2].

---

١) نقض فرنسي ، ٨/ديسمبر/١٩٨٧م ـ دالوز ١٩٨٨م ـ أخبار سريعة ، صفحة (٢٤٠) ـ تعليق سيملر رقم (٣٥) ـ يُنظر أيضاً : الدكتور/ عادل إبراهيم ، مدى إستقلال إلتزام البنك في خطابات الضمان والإعتمادات المستندية ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٨م ، صفحة (٤٧) وما بعدها.

٢) الدكتور/ خليل فيكتور تادرس خليل ، مبدأ الإستقلال في خطاب الضمان الدولي ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٤م ،ـ ٢٠٠٥م ، صفحة (٢٢٥).

ويتفرع عن ذلك أنَّه ، إذا كان للبنك المصدر لخطاب الضمان دين ثابت بذمة المُستفيد ، فإنَّ البنك لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة بين دينه الثابت وحق المستفيد في خطاب الضمان ، حتى ولو توافرت شروط المقاصة بين الدينين.

وقد برر فقهاء القانون ذلك الأمر بأنَّ خطاب الضمان ولئن كان يُمثل حقاً للمستفيد إلا أنَّ هذا الحق لا يدخل إلى ذمته المالية إلا بعد طلبه من البنك خلال مدة معينة ، فقبل طلب قيمة الخطاب تُعتبر هذه المبالغ مملوكة للبنك وإلتزاماً عليه يدفعها عند طلبها ، وبالتالي لا تكون المقاصة بين مبلغ مملوك للبنك مقابل حق له[1] .

لكن إذا طالب المُستفيد بقيمة خطاب الضمان ، ووفى البنك إلتزامه بأن ورَّد قيمة خطاب الضمان في حساب المُستفيد لديه أو بأي حساب مُنفصل بإسم العميل حسب طلبه ، ففي هذه الحالة يستطيع البنك أن يدفع بالمقاصة بين الدينين إذا توافرت شروطها ، وذلك لأنَّ البنك يُعتبر قد أوفى بإلتزامه الوارد بخطاب الضمان ، ودخل المبلغ بذمة المُستفيد ، وبالتالي فلا مانع من إجراء المقاصة أو التمسك بها إن توافرت شروطها.

ويتفرع عن ذلك أيضاً كون أن المُستفيد قد أبرأ المدين الأصلي الذي تضامن البنك معه في الوفاء بالإلتزام ، فهل يستطيع البنك المصدر لخطاب الضمان أن يتمسك بذلك ويمتنع عن الوفاء بقيمة الخطاب؟.

والأجابة على هذا التساؤل أيضاً بالنفي ، إذ لا يجوز للبنك الإمتناع عن الدفع ، وذلك لأنَّ إلتزام البنك الوارد بخطاب الضمان مُستقل عن علاقة العميل بالمُستفيد ، ويكون للعميل مُقاضاة المُستفيد فيما قبضه دون وجه حق بناءً على العلاقة الأصلية بينهما[2].

١) الدكتور/ عبدالحميد الشواربي ، القانون التجاري ، العقود التجارية في ضوء الفقه والقضاء ، الناشر مُنشأة المعارف بالأسكندرية ـ (بدون رقم طبعة) ـ صفحة (٥٥٨).

٢) المرجع السابق ، صفحة (٥٥٩).

المطلب الثاني
إستقلال إلتزام البنك المُصدر في الضمان المشروط.

في البدء يعنينا أن نُبيَّن ما المقصود بالضمان المشروط ، نقول بأنَّ المقصود بذلك الضمان الذي يتوقف الوفاء به على إرادة البنك أو إرادة العميل ، فالأصل أن يكون إلتزام البنك الوارد بخطاب الضمان غير مشروط وذلك لتحقق الغاية من الضمان بالنسبة للمُستفيد ، إلا أنَّه ليس هناك ما يمنع قانوناً من أن يكون خطاب الضمان مشروطاً ، وفي هذه الحالة يتوجب أن يكون منصوصاً بوضوح في متن الخطاب على الشرط المُعلَّق عليه إلتزام البنك.

عرَّفت الدكتورة/ سميحة القليوبي والدكتور/ خليل فيكتور تادرس الضمان المشروط بأنَّه :

" تلك التي يضمن فيها الضامن تنفيذ إلتزام العميل المضمون ، ويُعلق دفع قيمتها على إستيفاء شروط مُعيَّنة ، يتطلب التحقق من توافرها الرجوع لعناصر خارجة عن صك الضمان ومنها عقد الأساس[1] ".

ولتحديد مدى إلتزام البنك تجاه المستفيد ، يكون المرجع عندئذٍ إلى نصوص خطاب الضمان وما ورد به من شروط.

وهنا قد يتبادر سؤال للذهن ، مُفاده مدى تأثير الشرط الوارد بخطاب الضمان على إستقلال إلتزام البنك ؟.

والحقيقة أنَّه يتعيَّن النظر في الشروط التي ترد في خطابات الضمان بشئ من الحذر ، ذلك أنَّ بعض هذه الشروط قد تنال من إستقلالية خطاب الضمان ، وبالتالي تُحيل الخطاب إلى مُجرد كفالة.

فالشرط الذي يرد بخطاب الضمان ينبغي أن يكون أمره راجعاً لإرادة المُستفيد وليس البنك أو العميل.

وفي ذلك يقول الدكتور/ على جمال الدين عوض الأتي :

" إنَّ خطاب الضمان يُمكن أن يكون مُقترناً بشرط أو بأجل على أن يكون هذا الشرط أو الأجل مُرتبطاً بواقعة ترجع إلى المُستفيد ، لا إلى الآمر ولا إلى البنك ، وأن يكون هذا الشرط أو الأجل أو المُستندات مذكورة في الخطاب نفسه ، وبشرط الاَّ يرجع تنفيذه إلى واقعة خارجة عنه تماماً ، كتنفيذ أو عدم تنفيذ عقد الأساس ، أو عقد الإعتماد القائم بين البنك والآمر ، أو أي عقد أو رابطة قانونية أخرى ، وهذا ما نُسميه بشرط الكفاية الذاتية[2] ".

---

١) الدكتورة/ سميحة القليوبي ، بحث عن الضمانات المشروطة ـ والوارد بمجلة الأمن القانون ـ صفحة (٢٩٥) ـ أنظر أيضاً : الدكتور/ خليل فيكتور تادرس خليل ، مبدأ الإستقلال في خطاب الضمان الدولي ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٤م ،ـ ٢٠٠٥م ، صفحة (٥٥٤).

٢) خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (١٣٧).

والمعيار الذي يُمكن وضعه في هذا الصدد هو ما إذا كان تحليل هذه الشروط يكشف عن أنها تجعل إلتزام البنك تابعاً لإلتزام العميل الآمر ، فنكون حينئذٍ بصدد كفالة ، أم أنها لا تحيله كذلك ، فلا تؤثر هذه الشروط في النظرة إلى الخطاب بحسبانه خطاب ضمان بالمعنى الفني[١].

وهناك رأي في الفقه القانوني يرى بأنَّ الإشتراطات المرتبطة بمستندات أو أوراق يُقدمها المُستفيد إلى البنك عند مُطالبته ، لا تنفي عن تعهد البنك إستقلاله ما دام لا يكون للبنك ـ بمقتضى الخطاب ـ سلطة التحقق من صدق المُستند ، بل يكفي أن يكون صادقاً في ظاهره كي يستحق المستفيد قيمة خطاب الضمان ، أما إذا كان على الأخير تقديم حُكم قضائي أو قرار تحكيم في هذا المعنى كان تعهد البنك مُجرد كفالة تابعة ، لأنَّ تحرك إلتزامه يكون في هذه الحالة مُرتبطاً بثبوت مديونية العميل الآمر ، أي لا يقوم إستقلالاً عنه[٢].

وقد أجمع الفقه المقارن على أنَّ هذا النوع ـ الضمانات المشروطة ـ لا يُعد ضماناً مُستقلاً بل كفالة مصرفية تابعة للإلتزام المضمون ، وبالتالي متى كانت الشروط التي تلحق الخطاب قد أثَّرت في طبيعته ، بإعتباره إلتزاماً قطعياً باتاً غير معلق على شرط أو أجل ، كوجوب إخلال العميل بإلتزامه نحو المستفيد ، فهنا تخرج هذه الضمانات من نطاق التعهدات المستقلة ولا تكون إلا كفالة مصرفية ، أما إذا كانت هذه الشروط ليس من شأنها أن تنال من الطبيعة المستقلة للضمان ، وظل الضمان مُحتفظاً بذاتيته وكيانه المستقل ، فلم يُعلق الوفاء به على واقعة خارجة عنه ، أو بموجب مستندات غير وارد ذكرها في طلب الضمان ، فهنا يُعتبر ضماناً مُستقلاً[٣].

عليه فإنَّه يتعيَّن على البنك في حالة إشتمال خطاب الضمان على تحقق شرط أو شروط مُعيَّنة لتنفيذ الخطاب ، على البنك أن يتحرى الدقة في تحققه من توافر الشروط المطلوبة ، لأنَّه إذا أهمل وقام بدفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد بدون تحقق الشروط الواردة بالخطاب ، فإنَّ البنك يكون مسئولاً أمام العميل عن أية أضرار تلحق بالعميل ، ويكون البنك مُلزماً بتعويضه .

وفي هذا المعنى أفادت المادة (٩) من القواعد الموَّحدة لخطابات الضمان التي تُدفع عند الطلب على الأتي :

" كل المُستندات المُحددة التي يجب أن تُقدَّم في نطاق الضمان بما فيها طلب الدفع ذاته سوف يتم فحصها بواسطة الضامن بالعناية المعقولة للتأكد مما إذا كانت تطابق أو لا تطابق في ظاهرها نصوص

---

١) الدكتور/ عادل إبراهيم ، مدى إستقلال إلتزام البنك في خطابات الضمان والإعتمادات المستندية ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٨م ، صفحة (٥٢).

٢) المرجع السابق ، صفحة (٥٤).

٣) الدكتور/ خليل فيكتور تادرس خليل ، مبدأ الإستقلال في خطاب الضمان الدولي ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٤م ،ـ ٢٠٠٥م ، صفحة (٥٥٥).

الضمان ، وحين لا تبدو هذه المستندات أنَّها تتفق مع النصوص أو كان يبدو ظاهرها في عدم الإتساق بينها وبين المُستندات الأخرى فإنها تُرفض ".

كما تنص المادة (١٥) من ذات القواعد الموحدة على الآتي :

" الضامنون ومصدرو التعليمات سوف لا يتم إعفائهم من الإلتزامات والمسئوليات طبقاً للمواد (١١ ، ١٢ ، ١٤) المذكورة عاليه إذا لم يتصرفوا بحسن نية وبالعناية المعقولة ".

المطلب الثالث
شرط التحكيم وأثره في إستقلال خطاب الضمان.

التحكيم هو الإتفاق الذي يتم بين الأطراف في العقود على إحالة أي نزاع ينشب بينهما إلى التحكيم للفصل فيه ، وقد يرد شرط التحكيم في العقد الأصلي الذي يُنظِّم العلاقة بين الطرفين ، ويسمى في هذه الحالة بـ " شرط التحكيم " ، كما قد يتفق الأطراف لاحقاً وبعد نشوء النزاع على اللجوء للتحكيم للفصل في النزاع الذي نشب بينهم ، وذلك في حال عدم إشتمال عقدهم الأصلي على بند أو شرط التحكيم ، وفي هذه الحالة يتم إعداد إتفاق مُستقل بين الطرفين يُسمى بـ " مُشارطة التحكيم".

وتطبيقاً لذلك ، فقد يرد في عقد الأساس المُبرم بين العميل الآمر والمُستفيد شرطاً يقضي بإحالة النزاع للتحكيم في حال نشوء أي خلاف حول تنفيذ العقد ، وبالتالي فإذا ما حدث أي خلاف وتقدَّم المُستفيد للبنك المُصدر مُطالباً بتسييل خطاب الضمان ، نجد أنَّ العميل كثيراً ما يعمد إلى تعطيل أو تأجيل صرف قيمة خطاب الضمان ، وذلك بالإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في الإتفاق بينه وبين العميل ، كما نجد أنَّ البنك قد أصبح بين شقي الرُحى ، فهو من ناحية يحرص على إحترام العلاقة الطيبة بينه وبين عميله ومن ناحية أخرى يحرص على إحترام توقيعه الوارد في خطاب الضمان.

ومن هنا ينبثق السؤال التالي ، هل يُمكن إعتبار شرط التحكيم أحد الإستثناءات الواردة على إستقلالية إلتزام البنك في خطاب الضمان ؟.

في الواقع أنَّ الدفوع التي تستند إلى عقد الأساس ومنها شرط التحكيم الوارد به تكون غير قابلة للإحتجاج بها في مواجهة المستفيد نظراً للطابع الفوري للوفاء بالضمانة إذ أنَّها " بمجرد الطلب " ، وتتمتع بالإستقلال عن عقد الأساس ، إذن فإنَّ عدم الإحتجاج يُعد نتيجة طبيعية للضمانة[1].

نخلص من ذلك إلى أنَّه لا يجوز للعميل الإحتجاج في مواجهة البنك الضامن أو المستفيد بشرط التحكيم ، بهدف منع البنك الضامن من الوفاء بإلتزامه الوارد بالخطاب ، وذلك حسب قاعدة نسبية أثر العقد ، لأنَّه يمتنع على الأطراف التمسك في مواجهة الغير بشرط تحكيم لم يكن طرفاً فيه ، والمعلوم أنَّ العلاقة بين البنك والمستفيد لم يرد فيها الإحتكام لشرط التحكيم ، فضلاً عن أنَّ علاقة عقد الأساس بين العميل الآمر والمستفيد لم يكن البنك طرفاً فيها وبالتالي يُعتبر بالنسبة لها من الغير ولا يُحاج بشرط التحكيم الوارد فيها.

١) الدكتور/ عادل إبراهيم ، مدى إستقلال إلتزام البنك في خطابات الضمان والإعتمادات المستندية ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٨م ، صفحة (١٤٢).

ومما يجدر ذكره في هذا الخصوص أنَّ الكفالة المصرفية بإعتبارها إلتزاماً " تبعياً " وليس مُستقلاً ، فقد يرد شرط التحكيم في عقد الأساس المبرم بين العميل والمستفيد ، فما أثر ذلك على الكفالة المصرفية ، بمعنى هل يجوز الإحتجاج بشرط التحكيم ؟.

لقد إستقرَّ الفقه والقضاء على أنَّه يجوز للكفيل أن يحتج بالدفوع التي يمكن للمدين الأصلي أن يتمسك بها ومنها شرط التحكيم الذي يربط بين المدين الأصلي والدائن ،وذلك لإختلاف طبيعة الإلتزام الوارد في الكفالة المصرفية عن إلتزام خطاب الضمان ، فضلاً عن أنَّ إلتزام الكفالة المصرفية لا يتمتع بالإستقلالية مثل إلتزام خطاب الضمان.

وبالرغم من ذلك ، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حُكم لها بتاريخ ٢٢/نوفمبر/١٩٧٧م ، بأنَّ الكفيل لا يستطيع أن يتمسك بشرط التحكيم لأنَّه ليس طرفاً في العقد ، إلا أنَّ هذا الحُكم كان محل نقد لمُخالفته لطبيعة الكفالات[١].

ولنا أن نتساءل أيضاً عن مدى تأثر إلتزام البنك الوارد بخطاب الضمان ، إذا كانت إجراءات التحكيم الخاصة بعقد الأساس قد بدأت بالفعل ، قبل مُطالبة المستفيد بقيمة خطاب الضمان ؟.

إذ قد يلجأ العميل الآمر إلى محاولة إيقاف صرف قيمة خطاب الضمان لحين الفصل في التحكيم ، في حين يُصر المستفيد على إستيفاء قيمة خطاب الضمان، إذ قد يتعذَّر على العميل إسترداد قيمة الخطاب إذا ما صرفه المستفيد ، ثمَّ صدر حكم التحكيم لصالح العميل ، أي ليس هناك وجه حق للمستفيد في إستيفاء قيمة الخطاب ، بما يترتب على ذلك من صعوبة الإسترداد بخاصة إذا كان المستفيد في دولة غير دولة العميل الآمر.

لكن وبالرغم من كل ذلك ، ينطبق مبدأ إستقلالية إلتزام البنك المصدر للخطاب ونتائجه وهي عدم جواز الإحتجاج بالدفوع المتعلقة بعقد الأساس ، كما يمتنع إثارة أدلة أو دفوع مُتعلقة بهذا العقد ، وبالتالي فإنَّه يترتب على ذلك أيضاً عدم إمتداد آثار البدء في إجراءات التحكيم المُستندة إلى عقد الأساس أو العلاقة الأصلية على إستقلالية خطاب الضمان[٢].

١) المرجع السابق ، صفحة (١٤٣).

٢) المرجع السابق ، صفحة (١٤٣) وما بعدها.

المبحث العاشر
إجراءات إصدار خطاب الضمان.

في أغلب الأحوال تنشأ الحوجة لإصدار خطاب الضمان ، عندما يعتزم العميل إبرام عقداً ما أياً كان نوعه أو طبيعته مع جهة أخرى (المُستفيد) ، حيثُ يقوم المستفيد بطلب تقديم خطاب ضمان من العميل كتأمين وضمان يؤكد قيام العميل بتنفيذ إلتزاماته الواردة بالعقد.

عندئذٍ يلجأ العميل للبنك الذي يتعامل معه عادة ، طالباً منه إصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد ، وفق الشروط التي إتفق عليها مع المُستفيد ، وهنا يبرز دور البنك ، حيثُ يبدأ في دراسة الطلب والغاية منه وشروطه وخلافه ، كما يدرس أيضاً ملاءة العميل المالية وقدرته على السداد في حال قيام البنك بالوفاء بقيمة خطاب الضمان للمستفيد تحت أي ظرف من الظروف ، فإذا إقتنع البنك بكل هذه النقاط ، يقوم البنك بمناقشة الضمانات التي يتوجب على العميل تقديمها للبنك لضمان تغطية الخطاب ، وهذه الضمانات قد تكون نقدية أو رهونات لأصول عقارية ـ وهو الغالب ـ أو أوراق تجارية أو أسهم شركات أو كفالات شخصية ، بحسب الأحوال وبحسب تقدير البنك.

ومما يجدر ذكره في هذا الخصوص ، أنَّ البنك ليس مُلزماً بأن يقبل في جميع الأحوال إصدار خطاب الضمان المطلوب ، إذ يحق للبنك وبالرغم من توافر كل الضمانات اللازمة أن يرفض إصدار خطاب الضمان دون أن يكون مُلزماً بإبداء الأسباب.

وهذا ما أكدته المادة (٧) الفقرة (ب) من القواعد الموحدة لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب ، حيثُ نصت على :

"ولا يوجد بمُقتضى هذه المادة ما يلزم الضامن بإصدار ضمان ما لم يكن قد وافق على إصداره".

وعملية إصدار خطاب الضمان تسبقها في العادة خطوتين ، تتمثلان في التالي:

الخطوة الأولى : هى أنَّه يتعيَّن أن يكون هناك عقد أساس يحكم العلاقة بين العميل الآمر والمستفيد ، والذي بموجبه يطلب المُستفيد من العميل تقديم الضمان البنكي ، إلا أنَّه ليس بشرط لازم ، لأنَّه في كثير من الأحوال وبخاصة في المناقصات الحكومية ، يُطلب من المُتقدَّم تقديم خطاب ضمان مبدئي للدخول في المناقصة وذلك قبل إبرام أو توقيع عقد الأساس.

الخطوة الثانية : هى أن يقوم العميل بتوقيع عقد فتح الإعتماد بالضمان مع البنك المصدر للخطاب ، وذلك بالطبع بعد دراسة البنك للمشروع أو الصفقة وإبداء موافقته المبدئية على إصدار خطاب الضمان وفق الشروط التي يرد ذكرها بعد فتح الإعتماد بالضمان.

وبذلك يُمكن تلخيص الخطوات التي يتخذها البنك لإصدار خطاب الضمان ، حيثُ تتم في أغلب البنوك على النحو التالي :

١ ـ يتم تقديم طلب من العميل للبنك لإصدار خطاب الضمان ، حيثُ يقوم البنك بدراسة الطلب والتحقق من توافر جميع الشروط التي يحتاجها البنك ، وغالباً ما يتم تعبئة الطلب في النموذج المُعد سلفاً بواسطة البنك ، وإن كان فإنَّه لا مانع من أن يُقدَّم الطلب مكتوباً على الورق المُروَّس الخاص بالعميل ، أو أي أوراق عادية.

٢ ـ بعد ذلك يقوم البنك بمُباشرة إجراءاته بغية التحقق من صحة التوقيع المنسوب للعميل ، كما يقوم بعد ذلك بتحديد الغطاء النقدي أو الضمان اللازم طبقاً لشروط التسهيلات المصرفية[١] ، ثمَّ بعد ذلك يتم التأشير على الطلب بما يُفيد الموافقة والإعتماد.

٣ ـ يتم طباعة خطاب الضمان على الورق المُروَّس الخاص بالبنك ، وذلك وفقاً للشروط التي تمَّ الإتفاق عليها بين العميل الآمر والمستفيد ، ثمَّ يتم بعد ذلك توقيع الخطاب وختمه بخاتم البنك الرسمي ، وعادة ما يتم إصدار خطاب الضمان من نُسختين ، مع إحتفاظ البنك بنسخه منه بملف العميل.

٤ ـ عادة يكون لخطاب الضمان رقماً متسلسلاً ، كما يجب قيده في الدفتر المُعد خصيصاً لذلك.

٥ ـ يُذكر في خطاب الضمان تاريخ صدوره ، وتاريخ إنتهاء صلاحية الخطاب ، وإسم المُستفيد بشكل واضح ، وقيمة الخطاب أو الحد الأقصى الذي يلتزم فيه البنك بالوفاء للمستفيد في حال طلبه ، كما تُدوَّن بالخطاب أي شروط أخرى أو مُستندات يتفق العميل والمستفيد عليها لتسييل ـ صرف ـ قيمة خطاب الضمان.

٦ ـ عادة ما يُذكر في الخطاب أنَّ البنك يلتزم بسداد القيمة عند أول طلب من المستفيد ، دون الإعتداد بأية مُعارضة قد ترد من العميل ، وهذه الفقرة هي التي تؤكد إستقلالية خطاب الضمان عن سائر العقود الأخرى المرتبطة به أو التي صدر بمناسبتها.

٧ ـ يتم مُراجعة خطاب الضمان من الموظف المختص ، ويتم التأشير عليه بما يُفيد ذلك.

٨ ـ يُحرر إشعار قيد مدين " إلتزامات العملاء عن القبول والضمانات والكفالات والإعتمادات" ، ويُحرر إشعار إضافة بقيمتها لقيده لحساب " إلتزامات البنك عن الضمانات والكفالات[٢]".

٩ ـ في حال إصدار خطاب الضمان بغطاء نقدي ، يجب أن تُخصم قيمة هذا الغطاء من حساب العميل أو تُضاف لحساب خاص " غطاء نقدي مُقابل خطاب الضمان" ضمن الحسابات الداخلية للبنك ، وتُسجَّل قيمة الغطاء في دفتر خاص يتم ضبطه يومياً ، وتخصم العمولة المستحقة من حساب العميل.

---

١) الدكتور/ عبدالرحمن بن سعود الكبير ، الكفالات المعاصرة ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م ، صفحة (٣٠٣).

٢) المرجع السابق ، صفحة (٣٠٤).

١٠ ـ يُسلَّم خطاب الضمان للعميل أو مندوبه مُقابل توقيعه بالإستلام .

وغني عن البيان أنَّه ، ليس كل خطاب ضمان يُصدره البنك ، يستتبعه حتماً صرف قيمته من قبل المستفيد ، ذلك أنَّ كثيراً من خطابات الضمان التي تصدرها البنوك لا يتم صرف قيمتها إما لإنتهاء مُدتها أو لعدم الحوجة لإستخدامها نظراً لإيفاء العميل بإلتزاماته كاملة تجاه المستفيد.

لذلك ومن الناحية العملية فإنَّ البنك لا يتعرَّض لأية خسائر ، فهو إما أنَّه قد أخذ الضمانات الكافية من عميله قُبيل إصداره لخطاب الضمان ، أو أن يكون قد أخذ منه التعهدات الكافية بأنَّه سيُسدد للبنك في حال قيام البنك بالوفاء للمستفيد ، وفي جميع الأحوال يتقاضى البنك عمولته المُتفق عليها سلفاً مع عميله سواء سُحبت قيمة الخطاب أم لو تُسحب.

المبحث الحادي عشر
صيغة خطاب الضمان.

التمهيد الوارد بصدر خطاب الضمان:

درجت البنوك على بيان العلاقة بين العميل الآمر والمستفيد في مُقدَّمة خطاب الضمان أو في الديباجة ، وذلك بتحديد عقد الأساس الذي بموجبه إلتزم العميل بإصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد.

وذلك بالطبع لا يعني أنَّ تنفيذ الإلتزام الوارد بخطاب الضمان بتوقف على تحقق الشروط الواردة بعقد الأساس ، أو إعتبار أنَّ خطاب الضمان تابع لعقد الأساس ، لأنَّ ذلك المفهوم يتعارض مع مبدأ إستقلالية خطاب الضمان عن عقد الأساس والعقود الأخرى المُرتبطة به.

والسؤال الذي يدق هنا ، إذا كان ذلك كذلك ، فلماذا يرد ذكر عقد الأساس في صدر أو مُقدمة خطاب الضمان ؟.

والأجابة على هذا السؤال هى أنَّ بيان سبب إصدار خطاب الضمان في مُقدَّمة الخطاب هو أمر ضروري ، وذلك لتحقق البنك من أنَّ المُستفيد لم يصرف قيمة خطاب الضمان إلا لأسباب تتعلق بعقد الأساس المذكور وليس بسبب علاقة أخرى ، فإذن المقصود من ذكر عقد الأساس في التمهيد لبيان أنَّ خطاب الضمان لم يصدر إلا بمناسبة هذا العقد ، وأنَّ والوفاء بقيمة الخطاب لن يُطالب بها المستفيد إلا لتأمين العملية الواردة بعقد الأساس ، وليس بسبب تأمين عملية أخرى قد تكون بين العميل الآمر والمستفيد[١].

علماً بأنَّه إذا ورد بعد ذلك أي تعديل في عقد الأساس فإنَّ ذلك لا يكون له أدنى تأثير على كينونة أو شروط خطاب الضمان ، وذلك لإستقلال كل من العقدين عن الآخر [٢].

التعهد الصادر من البنك :

أما بخصوص تعهد البنك الضامن الوارد بخطاب الضمان ، فقد جرى العرف المصرفي على أن يرد التعهد بالدفع للمستفيد لدى أول طلب مقروناً بعبارة " بالرغم من معارضة العميل " ، أو بالرغم من أي معارضة قد تنشأ منا أو من العميل[٣] ".

وهذه العبارة هي التي تقطع العلاقة بين عقد الأساس وبين خطاب الضمان.

---

١) الدكتور/ يعقوب يوسف صرخوه ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في القانون الكويتي ، الكويت ـ الطبعة الثانية ١٩٩٨م ، صفحة (٢٠٧).

٢) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (١٣٢).

٣) محمد على البربري ، خطابات الضمان ، فبراير ١٩٦٢م ، معهد الدراسات المصرفية ، صفحة (٢٧).

وقد أيَّد هذا الإتجاه ما أوردته القواعد الموحدة في المادة (٢) منها ، كما أيَّد هذا الإتجاه أيضاً الأستاذ/ محمد على البربري في مؤلفه سالف الذكر ، عندما ذكر :

" ..... ، والتعهد بهذا المضمون يُمثِّل الخواص الأساسية التي ينبغي توافرها في إلتزام البنك ، وبدونها يفقد خطاب الضمان قيمته ،أي أنَّ وصف إلتزام البنك بهذا المعنى ونزول البنك عن التمسك على المستفيد بدفوع عقد الأساس لا يُفترض بل يجب النص عليه صراحة في الخطاب[١] ".

وقد يرد إلتزام البنك في خطاب الضمان مُجرداً أي لا يتوقف تنفيذه على تحقق شرطاً مُعيناً ، وذلك هو الأصل ، حسبما رددته كثير من أحكام المحاكم الفرنسية والمصرية ، مما يعني أنَّ هناك صوراً أخرى لا تدخل في هذا الأصل ، بحيث يظل للخطاب دائماً إستقلاله وكفايته الذاتية ، بالرغم من خروجه عن هذا الأصل[٢] .

وقد يرد إلتزام البنك مُعلقاً على شرط واقف أو يُعلق وفاءه على أجل ، أي واقعة مؤكدة لكنها غير معروفة لحظة تحققها ، مثال ضمان المناقصة ينقضي عند توقيعها من العميل ، أي أن يُنص في ضمان المناقصة على أنَّه لا يسري إلا من تاريخ فتح المظاريف أو لا يسري إلا بعد إلغاء خطاب الضمان الإبتدائي .

وتعليق الإلتزام الوارد بخطاب الضمان على شرط جائز ، ما دام أنَّ هذا الشرط غير راجع إلى العميل أو البنك الضامن ، فإذا لم يتحقق الشرط بصفة نهائية فقد الضمان لفعاليته[٣].

تعيين أطراف الخطاب :

إنَّ من شروط صيغة خطاب الضمان أن يرد ذكر إسم البنك الضامن والعميل الآمر والمستفيد على وجه الدقة ، وبشكل نافي للجهالة ، بحيث لا يثور مُستقبلاً أي إختلاف حول أطرافه وبالذات المُستفيد.

ومما يجدر ذكره في هذا الخصوص ، أنَّه وبعد تحديد أطراف الضمان على الوجه المذكور ، يمتنع تغيير أطرافه ، كما يمتنع تغيير شخص المُستفيد فيه ، ما لم يكن ذلك منصوصاً عليه صراحة في خطاب الضمان نفسه.

وفي هذا الخصوص أورد الدكتور/ على جمال الدين عوض في مؤلفه خطابات الضمان المصرفية أنَّ الضمان يقوم على الإعتبار الشخصي ، وترتيباً على ذلك ، فإنَّه لا يجوز طلب الوفاء من شخص

---

١) المرجع السابق ، صفحة (٢٠).

(٢) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (١٣٧).

٣) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (١٣٩).

آخر غير المستفيد لأنَّ العقد حُوِّل إليه من جانب الآمر ، فذلك يؤدي إلى فسخ عقد الإعتماد بالضمان ، وكذلك الضمان إذا أُشير فيه إلى شخص المضمون والعملية المضمونة[1] .

أما القواعد الموحدة ، فتنص في المادة (٤) منها على أنَّه :

" حق المستفيد في طلب تقديم مُطالبته في نطاق ضمان غير قابل للتنازل عنه ، ما لم يكن قد نُصَّ على ذلك صراحة في الضمان أو في أي تعديل لاحق له ، ومع ذلك فإنَّ هذه المادة لا تؤثِّر على حق المستفيد في التنازل عن أي مبالغ قد تؤول إليه أو تصبح من حقه في نطاق الضمان ".

ومؤدى ذلك النص أنَّ الأصل أنَّه لا يجوز للمستفيد أن ينقل حقه في المُطالبة بخطاب الضمان إلى شخص آخر ، لكن إذا كان هذا الحق قد ورد صراحة في خطاب الضمان ، فإنَّه يترتب على ذلك نشوء الحق للمستفيد في التنازل عن حق المُطالبة بقيمة خطاب الضمان لأي شخص.

تحديد مدة نفاذ خطاب الضمان :

من شروط صيغة خطاب الضمان الجوهرية أن يُحدد صراحة الوقت الذي يبدأ فيه نفاذ الخطاب ، وبالتالي فإذا لم يُحدد وقت نفاذ الخطاب بشكل صريح وواضح ، فالقاعدة أنَّه لا يدخل إلى حيِّز التنفيذ إلا من تاريخ تسليم وثيقة الضمان بالفعل للمستفيد ، وبالتالي ومنذ هذه اللحظة فإنَّه يتعيَّن على البنك أن يحترم إلتزامه ويمتنع عليه تبعاً لذلك الرجوع في تعهده بالضمان ، إلا بموافقة المُستفيد.

وقد يتم يحديد تاريخ أو وقت بدء نفاذ خطاب الضمان بتحقق شرط واقف ، وذلك جائز أيضاً بشرط أن يتحدد الشرط بكل وضوح وصراحة في خطاب الضمان ذاته ، كأن يُنص على أنَّ خطاب الضمان لا يسري إلا بعد إلغاء الضمان الإبتدائي أو على أنَّه لا يسري إلا إذا بدأ تنفيذ أو توقيع عقد الأساس.

مُدة الضمان وتحديدها :

من شروط صيغة خطاب الضمان أن يتم تحديد مدة صلاحية خطاب الضمان ، وقد رأينا بأنَّ حق المستفيد في خطاب الضمان ينشأ بمجرد وصول وثيقة الضمان إليه ، والأصل أن يظل حق المستفيد قائماً في الخطاب إلى آخر المدة المحددة بخطاب الضمان ، فإذا لم تكن هناك مدة محددة بالخطاب ، أعتبر الضمان ـ كقاعدة عامة ـ غير مُحدد المدة ، وبناءً على ذلك فإنَّه يجوز للبنك ، وهو الملتزم أن يُنهيه في أي وقت[2] ، بشرط أن يُخطر المستفيد برغبته في الإنهاء قبل وقت مناسب.

---

١) المرجع السابق ، صفحة (١٠٠).

٢) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (١٥١).

أما إذا تحددت المُدة في خطاب الضمان ، فإنَّ ذلك يعني أنَّ البنك يظل مُلتزماً في مواجهة المستفيد طيلة فترة سريان هذه المدة ، فإذا تقدَّم المستفيد بطلبه في تسييل خطاب الضمان في أي وقت خلال مدة سريان الخطاب ، فإنه لا يكون أمام البنك إلا الوفاء بالقيمة للمستفيد ، أما إذا إنتهت المدة دون أن يتقدَّم المُستفيد بأي مُطالبة أو تقدَّم بمطالبة بعد المدة المذكورة بالخطاب ، ففي هذه الحالة يكون إلتزام البنك قد سقط نهائياً [1].

ومما يجدر ذكره أنَّ الموعد المُحدد بالخطاب يُعتبر الحد الأقصى لنفاذه ، بحيث يسقط إلتزام البنك بحلوله حتماً ، وبلا حاجة إلى إخطار منه إلى المُستفيد ولا إتخاذ إجراء آخر.

وفي هذا الصدد ، نصت المادة (١٩) من القواعد الموحدة على أنَّه :

" يجب أن تُقدَّم المطالبة بمقتضى الضمان وقبل إنتهاء أجله ، وهذا يعني في أو قبل تاريخ إنتهائه أو قبل وقوع الحادث الذي يترتب عليه أنتهاؤه ، طبقاً للتعريف الوارد بالمادة (٢٢) ، وعلى الأخص كل المُستندات المُحددة في الضمان كشرط للمطالبة ، وأي قرارات مطلوبة حسب المادة (٢٠) ، يجب تقديمها للضامن قبل إنتهاء الضمان وفي مكان إصدار الضمان وإلا رفض الضامن المطالبة " .

وعليه ، فإذا وردت مطالبة المستفيد بالفاكس أو بموجب تلكس قبل إنتهاء ساعات عمل البنك ، فإنَّ المطالبة تكون قد قُدَّمت ضمن مدة سريان الخطاب[2] ، حتى ولو تمَّ تسديد قيمة الخطاب بعد إنتهاء مدته.

وكذلك الحال ، إذا صادف أن إنتهت مدة خطاب الضمان في يوم عطلة رسمية ، فإنَّ مدة الضمان تمتد إلى اليوم التالي بعد العطلة .

تمديد مدة خطاب الضمان :

الأصل كما ذكرنا آنفاً ، أن تكون مدة خطاب الضمان مُحددة تحديداً صريحاً ، والاَّ يجوز تعديلها بالزيادة أو النقصان ، فإذا إنقضت مدة الخطاب ، سقط إلتزام البنك تلقائياً ، دون الحاجة لإتخاذ أي إجراء آخر ، ونشأ تبعاً لذلك حق العميل في إسترداد غطاء خطاب الضمان سواء أكان غطاءً نقدياً أو رهونات لأصول عقارية أو أوراق تجارية أو كفالة شخصية أو خلافه.

لكن كثيراً من الأحيان ما تنشأ الحاجة لتمديد مُدة خطاب الضمان نظراً لعدم إكتمال تنفيذ إلتزام العميل الوارد بعقد الأساس ، إذ يكون في هذه الحالة من مصلحة العميل أن يتفق مع المستفيد على تمديد مدة صلاحية خطاب الضمان بدلاً من تسييله.

---

١) المرجع السابق ، صفحة (١٥٣).

٢) الدكتور/ يعقوب يوسف صرخوه ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في القانون الكويتي ، الكويت ـ الطبعة الثانية ١٩٩٨م ، صفحة (٢٠٢).

والواقع أنَّ البنك لا يستطيع أن يمُد مدة خطاب الضمان دون الرجوع للعميل ودون أخذ موافقته على ذلك ، وإن كانت هناك بعض الآراء التي ذهبت إلى حق البنك في مد خطاب الضمان دون الرجوع لعميله الآمر طالما أنَّ في ذلك مصلحة له ، وبذلك تنطبق أحكام الفضالة إذا توافرت شروطها[١] ، لكن الرأي الراجح الاَّ يقوم البنك بتمديد مدة الخطاب بدون أخذ موافقة العميل ، وإذا قام البنك بذلك دون أخذ موافقة عميله ، فإنَّ ذلك يكون على مسئولية البنك ، أي أنّه لا يستطيع الرجوع على عميله إذا وفَّى البنك للمستفيد في ظل المدة الجديدة (بعد التجديد)[٢].

لهذا فقد أوجد التطبيق العملي المصرفي ، أنَّ صيغة خطابات الضمان المُتبعة تتضمن عبارات واضحة وحاسمة ، تعطي البنك السلطة في مد أجل الخطاب متى طُلب منه ذلك قبل إنقضاء مدته ، كما تتضمن في أغلب الأحوال عقود فتح الإعتماد بالضمان المبرمة بين البنك المصدر وعميله لهذا الحق المكفول للبنك.

وتطبيقاً لذلك ، فإذا رفض البنك مد أجل الخطاب ، رغم أنَّه كان مُخوَّلاً بذلك ، كان للمستفيد أن يُطالبه بالدفع فوراً ، لأنَّ هذا هو منطوق الخطاب[٣]، بغض النظر عمَّا إذا كان عقد الأساس المضمون لم تنتهي مخاطره المضمونة أو حتى إذا كانت قد إنتهت.

والجدير بالملاحظة أنَّ هناك فرق بين التجديد والتمديد ، ذلك أنَّ التمديد يكون بطلب من العميل يوجهه للبنك للموافقة على مد مُدة الخطاب قبل إنتهاء مدته الأصلية ، أما التجديد فهو الطلب الذي يُقدَّم للبنك لتجديد خطاب الضمان بعد إنتهاء المدة الأصلية إلى مُدة أخرى ، أي أنَّ البنك في الحالة الأخيرة يصدر خطاباً جديداً برقم جديد وتاريخ جديد[٤].

ومتى كان البنك مُفوَّضاً بتمديد خطاب الضمان ، وتلقَّى طلباً من المستفيد ، فأرسل إليه موافقته على طلب التمديد ، وجب على البنك أن يُخطر عميله فوراً بذلك ، والحكمة من وراء ضرورة هذا الإخطار أنَّ التمديد يزيد ويُطيل في مدة إلتزام العميل ، فوجب أن يُحاط علماُ بذلك[٥] .

وإذا تخلَّف البنك عن القيام بواجب الإخطار للعميل بحصول التمديد فإنَّ ذلك يُعتبر خطأ على البنك يُرتّب مسئوليته أمام العميل.

وتقول القواعد الموحدة لخطابات الضمان في المادة (٢٦) الآتي :

---

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (١٥٤) وما بعدها.

٢) المرجع السابق ، صفحة (١٥٣).

٣) المرجع السابق ، صفحة (١٥٣).

٤) الدكتور/ يعقوب يوسف صرخوه ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في القانون الكويتي ، الكويت ـ الطبعة الثانية ١٩٩٨م ، صفحة (٢٠٤).

٥) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (١٥٩).

" إذا طلب المستفيد مد أجل الضمان كبديل لطلب دفع قُدِّم طبقاً لشروط وقواعد الضمان ، وبالمطابقة لهذه القواعد يجب على الضامن بدون تأخير إخطار الطرف الذي أصدر للضامن تعليماته وفي هذه الحالة يُعلق الضامن دفع المطالبة لوقت معقول يسمح للأصيل والمستفيد الوصول إلى إتفاق لمنح هذا الإمتداد ".

مبلغ الضمان والعملة التي سيتم بها الوفاء :

من أهمَّ الفوارق بين خطاب الضمان والكفالة سواء أكانت مدنية أو مصرفية ، أنَّه في الكفالة لا يجوز أن تكون الكفالة بمبلغ أكبر من الدين أو الإلتزام المكفول وإن كان من الممكن أن تكون الكفالة بمبلغ أقل ، أما في خطاب الضمان فالوضع مختلف إذ يجوز أن تكون قيمة خطاب الضمان أكبر أو أقل من قيمة الإلتزام الوارد بعقد الأساس ، وتبرير ذلك كما ذكرنا آنفاً هو إستقلال إلتزام خطاب الضمان عن الإلتزام الوارد بعقد الأساس.

ففي خطاب الضمان يتعيَّن أن يُحدد مبلغه بشكل واضح ودقيق ، وقد يكون المبلغ مُعيناً بذكر مقداره وعملته كما قد يكون المبلغ قابلاً للتعيين ، أي ليس مُحدداً بمقدار مُعيَّن ، ولكن يُمكن تعيينه ، وفي هذه الحالة يتوجب ذكر الأسس التي يتم بموجبها تحديد مبلغ خطاب الضمان عند الإستحقاق.

وغني عن القول أنَّه ، وفي كثير من الحالات وبخصوص تحديد مبلغ الضمان يتم الإحالة إلى عقد الأساس ، بأن يُذكر على سبيل المثال أنَّ قيمة خطاب الضمان تُساوي قيمة إلتزام العميل الوارد بعقد الأساس وكافة مُلحقاته ، ويؤخذ على هذه الطريقة في التحديد أنها قد تتعارض مع مبدأ الإستقلال الذي يتميَّز به خطاب الضمان ، فضلاً عن تحديد قيمة إلتزام العميل في عقد الأساس قد يتطلب البحث في عقد الأساس والتحقق من مقدار الإلتزام ومُلحقاته ، الأمر الذي يُشكِّل تعارضاً مع النزول عن جميع الدفوع اللصيقة بالضامن.

كذلك الحال ، فقد يُنص في خطاب الضمان أنَّ المبلغ الذي يلتزم البنك بدفعه ينخفض تدريجياً ، وهو ما يُسمى بالضمان المتدرج ، وفي هذه الحالة أيضاً يتعيَّن تحديد الأساس الذي على ضوئه يُحتسب التدرج المُتناقص ، كأن يُذكر بأن المبلغ يُخفَّض بحسب تقدَّم الأعمال في عقد الأساس ، وفي هذه الحالة يتوجب النظر في هذه الأعمال لمعرفة ما تمَّ ومالم يتم[1].

ولا يكفي تحديد مبلغ الضمان في الخطاب فقط ، بل يتوجب أن يتم تحديد العملة التي يُدفع بها المبلغ ، وتبدو أهمية ذلك التحديد عندما يكون أطراف العملية من دول مُختلفة ، كأن يكون البنك والعميل الآمر من دولة ويكون المستفيد من دولة أخرى ، ويتحقق ذلك في عقود التجارة الدولية.

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (١٦١).

فإذا أغفل البنك تحديد العملة التي يتوجب أن يُدفع بها المبلغ الوارد بالخطاب ، فإنَّ الغالب أن تُعتبر هى عملة الدولة التي يتبع لها البنك أو الفرع الذي أصدر خطاب الضمان.

ويتفرع عن ذلك التساؤل التالي ، إذا كان خطاب الضمان مُحدداً بمبلغ مُعيَّن ، فهل يجوز للمستفيد أن يجتزئ جزء من هذا المبلغ ويطالب بصرفه له أم يتعيَّن عليه صرف قية خطاب الضمان بالكامل ؟.

طُرح هذا التساؤل في قضية عُرضت على القضاء الكويتي في القضية رقم (٤٠٩/١٩٩٠م) ، وفيها قرر المستفيد صرف مبلغ يعادل (٧٥٪) من قيمة خطاب الضمان ، وهو ما دفع البنك للطعن في هذا الحكم ، وقد ردت محكمة التمييز على هذا النعي بقولها أنَّ صدور خطاب الضمان بمبلغ مُحدد لا يمنع المستفيد من مطالبة البنك بمبلغ يقل عنه ، متى ما رأى المستفيد أنَّه لا يستحق قيمة خطاب الضمان كاملة[١].

وغني عن القول أنَّه ، إذا أُريد تعديل قيمة خطاب الضمان بتخفيضه فإنَّ ذلك لا يجوز إلا بموافقة المستفيد لأنَّ في ذلك إنتقاصاً لحقوقه ، أما إذا أريد زيادة قيمة خطاب الضمان ، فإنَّ ذلك يستوجب أخذ موافقة العميل الآمر ، لأنَّه هو الذي سيتحمل هذا المبلغ في نهاية المطاف[٢].

لغة خطاب الضمان :

بخصوص لغة خطاب الضمان ، فقد جرت العادة المصرفية على إصداره باللغة العربية ، إذا كان كل من العميل الآمر والمستفيد والبنك في السودان ، وإذا فُرض وصدر خطاب الضمان باللغتين العربية وأي لغة أجنبية أخرى ، وحدث إختلاف بين اللغتين ، فإنَّ الراجح هو تغليب اللغة العربية على غيرها بإعتبارها اللغة الرسمية في البلاد.

أما إذا كان خطاب الضمان مُرتبط بإحدى عمليات التجارة الدولية ، وكان المُستفيد ينتمي لدولة غير عربية أو مُقيم بدولة غير عربية فإنَّ الخطاب في هذه الحالة يصدر باللغة الأجنبية ، ولكن يُفضل في المعاملات الدولية أن يصدر خطاب الضمان باللغتين العربية والأجنبية ، على أن يُذكر في الخطاب بأنَّه في حالة الإختلاف في اللغة فإنَّ اللغة المعنية (العربية أو الأجنبية) هى التي يُعتد بها.

القانون الواجب التطبيق :

كما هو معلوم ، إنَّ خطاب الضمان والعبارت الواردة فيه هى التي تحكم العلاقة بين البنك المُصدر والمستفيد دون غيرها من العقود أو العلاقات الأخرى ، ونظراً لأنَّ خطاب الضمان عادة لا يُذكر

---

١) الدكتور/ يعقوب يوسف صرخوه ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في القانون الكويتي ، الكويت ـ الطبعة الثانية ١٩٩٨م ، صفحة (٢٥٠) وما بعدها.

٢) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (١٦٣).

فيه القانون الواجب التطبيق أو المحكمة المختصة ، فما هو الحل عندما يثور الخلاف بين البنك والمستفيد حول مضمون خطاب الضمان ؟ وما هو القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة ؟.

إستقر الفقه والقضاء على أنَّ قانون بلد البنك الضامن هو القانون الواجب التطبيق ، وذلك لأنَّ عقد الضمان لا يوَّلد سوى إلتزام على البنك ، فمحل هذا البنك هو الذي يجذب إليه القانون الواجب التطبيق ، وإن كان هناك رأي قضائي آخر يرى بأنَّ قانون بلد الوفاء هو القانون الواجب التطبيق[١].

أما بخصوص المحكمة المختصة ، فقد إستقر الفقه والقضاء على أنَّ محكمة مكان البنك الملتزم بالضمان هى المحكمة المختصة.

أما القواعد الموحدة لخطابات الضمان ، فقد قننت ما إستقرَّ عليه الفقه والقضاء ، إذ أوردت في المادة (٢٧) ما يلي :

" ما لم يكون قد نص على خلاف ذلك في الضمان أو الضمان المقابل ، فإنَّ القانون الذي سوف يحكم الضمان سيكون قانون البلد الذي فيه مقر عمل الضامن أو الطرف المُصدر للتعليمات (بحسب الأحوال) ، وإذا كان للضامن أو الطرف المصدر للتعليمات أكثر من مكان عمل يكون القانون هو قانون البلد الذي وقع فيه الفرع الذي أصدر الضمان أو الضمان المقابل ".

أما المادة (٢٨) من ذات القواعد الموحدة ، فقد نصت على :

" ما لم يكون قد نص على خلاف ذلك في الضمان أو الضمان المقابل ، فإنَّ أي خلاف يقع بين الضامن والمستفيد فيما يتعلق بالضمان أو بين الطرف المُصدر للتعليمات والضامن فيما يتعلق بالضمان المقابل تكون المحكمة المختصة بنظره هى المحكمة الموجودة بالبلد الذي يقع فيه محل عمل الضامن أو الطرف المصدر للتعليمات (بحسب الأحوال) ، وإذا كان الضامن أو مصدر التعليمات له أكثر من مكان عمل ، فإنَّ المحكمة المختصة هى محكمة البلد الذي يقع فيه الفرع الذي أصدر الضمان أو الضمان المقابل ".

---

١) المرجع السابق ، صفحة (١٦٧).

المبحث الثاني عشر
العلاقات التي تنشأ بسبب إصدار خطاب الضمان.

تنشأ الحاجة لتقديم تأمين أو خطاب ضمان ، عندما يدخل العميل الآمر في أي معاملة تجارية مع إحدى الجهات (المستفيد) أو عندما يعتزم الدخول لمناقصة أو مزايدة ، إذ تطلب هذه الجهات من المُتقدَّم أن يُقدَّم خطاب ضمان بقيمة معينة ، وهنا يلجأ العميل الآمر لبنكه طالباً منه إصدار خطاب ضمان بالشروط التي إتفق عليها مع المستفيد ، وبالتالي فإنَّ طلب العميل من البنك إصدار خطاب الضمان قد إعتبره الفقه بمثابة إيجاب موجه للبنك ، وموافقة البنك على إصدار خطاب الضمان بمثابة القبول لذلك الإيجاب.

ويترتب على ذلك ، أنَّ العقد المُبرم بين العميل الآمر والبنك الضامن يُنشئ إلتزامات على عاتق كل منهما ، لكنه لا يُنشئ أية إلتزام على عاتق المستفيد ، رغم أنَّه يكسب حقاً من هذا العقد وخطاب الضمان الصادر لمصلحته ، لأنَّه لا يُمكن أن يُفرض على هذا الغير إلتزام من عقد ليس طرفاً فيه.

وسنستعرض هذا المبحث في ثلاثة مطالب ، توَّضح العلاقات التي تنشأ بسبب إصدار خطاب الضمان ، والمطالب هي :

المطلب الأول : علاقة العميل بالمستفيد من خطاب الضمان.

المطلب الثاني : علاقة العميل بالبنك المصدر لخطاب الضمان .

المطلب الثالث: علاقة البنك المصدر لخطاب الضمان بالمستفيد.

المطلب الأول
علاقة العميل بالمستفيد من خطاب الضمان.

تستقل علاقة العميل الأمر بالمستفيد عن العلاقات الأخرى الناشئة عن خطاب الضمان ، فتصبح هذه العلاقة وكأنها أجنبية عن الروابط الأخرى ، كما يُعد البنك كذلك أجنبياً عن هذه العلاقة ، فالبنك ليس بوسعه أن يتحقق من أنَّ البائع قد نفَّذ إلتزامه ، فضلاً عن أنَّ ذلك ليس من شأنه ، لأنَّه سيُلقي على البنك أعباء كبيرة تُخرجه عن نطاق وظيفته ومهمته الأساسية.

ففي عقد الأساس ـ وهو العقد الذي يحكم علاقة العميل بالمستفيد ـ كثيراً ما يشترط البائع (المستفيد) على المشتري (العميل) أن يقدم له خطاب ضمان لضمان الوفاء بثمن البيع ، أو لضمان الدفعة المقدمة أو ضمان حُسن التنفيذ ، إذا كان عقد الأساس عقد مقاولة ، أو أي علاقة تعاقدية أخرى[١] .

والأصل المُفترض دائماً أنَّ هذا الضمان لا يُسيَّل أو يُصادر إلا إذا أخلَّ البائع أو المقاول بإلتزاماته الواردة بعقد الأساس ، لأنَّ هذه هى وظيفة الضمان والغاية منه ، وبالتالي فإنَّ عقد الأساس هو العقد الذي يُنظَّم ويحكم العلاقة بين العميل والمستفيد .

أما بالنسبة للبنك الضامن ونظراً لأنَّه غير معني بعقد الأساس وليس طرفاً فيه ، فإنه لا يكون مُتقيَّداً بما يرد فيه من شروط وأحكام تطبيقاً لقاعدة نسبية العقد ، وبالتالي فإنَّ الضمان الصادر من البنك ينطبق ومن الممكن تسييله بواسطة المُستفيد أياً كان مصير عقد الأساس.

ومما يجدر ذكره أنَّ إلتزام العميل في عقد الأساس بتقديم خطاب ضمان للمستفيد ، هو إلتزام بتحقيق نتيجة وليس إلتزاماً ببذل عناية ، بحيث يُسأل في مواجهته متى ما لم يستطيع تقديمه[٢] .

كذلك فقد يُعلق أطراف عقد الأساس مصيره على إستصدار ضمان بنكي بشروط معينة يتعيَّن على العميل ومن ورائه البنك إحترامها ، ويُعد ذلك شرطاً أساسياً ، سواء أكان شرطاً فاسخاً أو واقفاً [٣].

فيُعتبر إصدار الخطاب من جانب البنك وتسليمه أو إرساله للمستفيد شرطاً واقفاً لتنفيذ العقد ، إذا كان طرفا عقد الأساس قد إتفقا على ذلك ، كما قد يتفق طرفا عقد الأساس على إعتبار العقد مفسوخاً إذا لم يُسلَّم الخطاب خلال مُدة مُعينة ، فيُعتبر العقد كأن لم يكن إذا لم يُسلَّم الخطاب[٤].

وعلى أية حال ، يجب أن يكون خطاب الضمان مُتفقاً مع الشروط الواردة في عقد الأساس ، والتي تمَّ الإتفاق عليها بين المستفيد والعميل ، فإن صدر خطاب الضمان مُخالفاً لهذه الشروط فلا يلتزم

---

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (١٧٧).

٢) الدكتور/ خليل فيكتور تادرس خليل ، مبدأ الإستقلال في خطاب الضمان الدولي ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٤م ،ـ ٢٠٠٥م ، صفحة (١٤٧).

٣) المرجع السابق ، صفحة (١٤٧).

٤) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (١٧٩).

المستفيد بقبوله بل له أن يرفضه ، وقد يؤدي الأمر إلى عدم توقيع عقد الأساس بما ينطوي على ذلك من ضرر لطرفي العقد ، وإمكانية مُطالبة أحدهما للآخر بالتعويض عمَّا لحقه من عطل وضرر[١] .

١) الدكتور/ يعقوب يوسف صرخوه ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في القانون الكويتي ، الكويت ـ الطبعة الثانية ١٩٩٨م ، صفحة (٢٥٢).

المطلب الثاني
علاقة العميل بالبنك المُصدر لخطاب الضمان.

بعد أن يقوم العميل الأمر بالإتفاق على كافة التفاصيل المتعلقة بالعملية التجارية بينه والمستفيد في عقد الأساس ، يلجأ العميل للبنك لإصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد تنفيذاً لإلتزامه الوارد بعقد الأساس ، وهنا يكون البنك بالخيار بين الموافقة على إصدار الخطاب أو رفض الطلب ، وذلك كله بالطبع يتوقف على عدة عوامل منها مدى علاقة البنك بعميله ومدى ملاءة العميل وقدرته من الناحية المالية ومدى قدرة العميل على تقديم الضمانات اللازمة لتغطية خطاب الضمان حسبما يُقرر البنك الضامن.

فإذا وافق البنك على إصدار خطاب الضمان ، يتم إبرام عقد بين العميل والبنك الضامن ، يُسمى هذا العقد بـ " عقد فتح الإعتماد بالضمان" ، وإن كان البعض يُسمَّيه بعقد إئتمان مالي بالضمان كالفقه الأردني[١] ، بينما فريق ثالث يُسمَّيه بالإعتماد بالضمان أو التوقيع[٢].

و يرى الدكتور/ إلياس ناصيف أنَّ كتاب الضمان هو صورة من صور إقراض التوقيع ، لأنَّه لا يستطيع عملياً دفع النقود إلى العميل أو دائنه ، بل هو عبارة عن كفالة لصالح العميل تجاه الغير ، عن طريق كتاب يُرسله المصرف إليه ، أو عقد مُستقل ، على أن يتقاضى المصرف عُمولة مُقابل هذا الضمان[٣].

وترجيحاً بين الآراء السابقة يميل الباحث إلى الأخذ بفكرة الإعتماد بالضمان أو التوقيع ، فالبنك من جانبه يقوم بفتح إعتماد لضمان العميل في مواجهة المُستفيد ، ولكن ليس بتنفيذ الإلتزام ذاته ، وإنما عن طريق تقديم توقيعه وتعهده بالسداد ، متى كان هناك محل للمُطالبة ، وذلك خلال مُدة مُعيَّنة وبمبلغ مُعيَّن.

وفي طبيعة العلاقة بين العميل الآمر والبنك الضامن ، قيل بأنَّها وكالة يقوم فيها البنك بدور الوكيل ، ويترتب على هذا التكييف أن يستطيع البنك الرجوع على موكله الآمر بالمصاريف التي يُنفقها في سبيل تنفيذ الوكالة[٤] .

و قد أُعترض على هذا التحليل بأنَّ الوكيل يتعهد بإسم الموكل في حين أنَّ البنك في خطاب الضمان يتعهد تعهداً شخصياً.

---

١) الدكتور/ خليل فيكتور تادرس خليل ، مبدأ الإستقلال في خطاب الضمان الدولي ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٤م ،ـ ٢٠٠٥م ، صفحة (١٩٥).

٢) القاضي الدكتور/ إلياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، عويدات للطبع والنشر ،المجلد الثالث ،طبعة ١٩٩٣م ،صفحة (٤٧٠).

٣) المرجع السابق ، صفحة (٤٧٠).

٤) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (١٨١).

وبالرجوع للعقد المُبرم بين العميل والبنك (عقد فتح الإعتماد بالضمان) ، نجد أنَّ البنك يقع عليه واجب دراسة العملية في وقت معقول والرد على العميل إما سلباً أو إيجاباً ، على أنَّه إذا كانت ظروف البنك تسمح له بإصدار الخطاب ووافق على الإصدار لكنه تلكأ أو تأخر في إصدار خطاب الضمان مما ترتب على ذلك ضرراً لحق بالعميل كفقدانه لفرصة الدخول في المناقصة أو المزايدة مثلاً أو تمَّ فسخ عقد الأساس نظراً لتأخر العميل في تقديم خطاب الضمان المطلوب ، ففي هذه الحالة يكون البنك مسئولاً عن هذه الأضرار التي لحقت بالعميل.

ويتفرع عن ذلك أنَّ البنك إذا ما رأى عدم إمكانية إصداره للخطاب ، أو لم يكن يُريد ذلك ، فإنه يتوجب عليه إخطار العميل بذلك في أسرع فرصة ممكنة حتى يتمكن العميل من تدبير شئونه مع بنك آخر.

وغنى عن القول أنَّ البنك إبتداءً له مُطلق الحرية في قبول الطلب والموافقة عى إصدار خطاب الضمان أو رفضه من الأساس ، لأنَّ الأمر برُمته يخضع في النهاية لسُلطة البنك التقديرية ، بشرط أن يُخطر العميل برأيه في الوقت المناسب.

ولا يخفى أنَّ شخصية العميل في مثل هذا التعاقد محل إعتبار لدى البنك ، لأنَّ البنك يحرص على إنتقاء عُملائه من ذوي السمعة الطيبة الذين يحترمون تعهداتهم ، لذلك نجد أنَّ بعض البنوك تقبل أحياناً إصدار خطاب الضمان على المكشوف ثقة في عُملائها[١].

وبإصدار خطاب الضمان يُعبَّر البنك عن قبوله لطلب العميل فينعقد بذلك بينهما عقداً منشئ لحق المستفيد.

١) الدكتور/ مُحي الدين إسماعيل علم الدين ، موسوعة أعمال البنوك ـ الجزء الثاني ، طبعة ١٩٩٣م ، صفحة (٨٠٢).

المطلب الثالث
علاقة البنك المُصدر لخطاب الضمان بالمُستفيد.

عندما يوافق البنك الضامن على إصدار خطاب الضمان ، فإنَّه يُصدره موجهاً لصالح المُستفيد ، يتعهد له فيه بأن يدفع مبلغاً معيَّناً خلال فترة سريان الخطاب ، لدى أول طلب من المُستفيد ، ودون الإعتداد بأي إعتراض يصدر منه ـ البنك ـ أو عميله.

والأصل أنَّ هذا الخطاب يصدر دون أن يُرتَّب أي إلتزام على المستفيد ، وإنما يُرتَّب إلتزاماً فقط على البنك الضامن ، مما يترتب عليه إلتزام البنك خلال فترة سريان الخطاب بالوفاء بقيمة خطاب الضمان متى ما طلبها المستفيد.

ومن الناحية العملية ، وإذا أُعتبر إصدار البنك لخطاب الضمان هو بمثابة إيجاب موجه للمستفيد ، فإنَّ البنك لا يتوقع أن يصدر قبول المستفيد كتابة على هذا الإيجاب ، وإنما الذي يحدث من الناحية الواقعية ، أن يستلم المستفيد خطاب الضمان طالما ليس لديه إعتراض عليه أو على محتواه ، مما يُفهم من ذلك أن المُستفيد وطالما لم يرفض الخطاب خلال فترة معقولة من وصوله إليه ، فإنَّ ذلك يُعتبر قبولاً منه.

وفي تكييف علاقة البنك الضامن بالمستفيد ، فقد ذهب رأي من الفقه إلى أنَّه إلتزام بإرادة منفردة ، فالضمان ينشأ بإرادة البنك المنفردة دون الحاجة لقبول ولو ضمني من المستفيد ، وينبني على ذلك أنَّه لا يجوز للضامن التمسك بالدفوع المُستمدة من علاقة أخرى ، ولا يحق له مواجهة المستفيد إلا بالدفوع الناشئة عن هذه الإرداة المنفردة ، كما لو وقع غلط في شخصية المستفيد أو كان الخطاب مُزوراً أو كان المستفيد قد حصل على رضا الضامن بنوع من التدليس لإصدار الخطاب[1].

وقد ذهب فريق أخر من الفقه إلى أنَّ إلتزام البنك هو عقد مُلزم لجانب واحد ، وأنَّ إلتزامه يجد أساسه ومصدره في الإتفاق الذي يربطه بالمستفيد ، لذا يحتاج الأمر لقبول من جانب المستفيد ، ولكن لا يخضع هذا القبول لأي شكل خاص ، وإنما يُستنتج من مُجرد سكوت المستفيد بإستلام إخطار من الضامن بإصداره للضمان وإلتزامه بدفع ووفاء قيمة الضمان.

والحقيقة أنَّه قد تأرجحت الأراء بصدد هذا التكييف ، فبينما سلَّمت بعض أحكام القضاء الفرنسي بهذا الرأي ، وأيَّدها في مصر بعض الفقهاء وأحكام محكمة النقض المصرية ، نجد على الصعيد

---

١) الدكتور/ خليل فيكتور تادرس خليل ، مبدأ الإستقلال في خطاب الضمان الدولي ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٤م ،ـ ٢٠٠٥م ، صفحة (٢٦٣) ـ وفي ذات المعنى : الدكتورة/ سميحة القليوبي ـ الأسس القانونية لعمليات البنوك ـ الطبعة الثانية ، ٢٠٠٣م ، دار النهضة العربية ، صفحة (١٩٠).

الآخر أنَّ الفقه البلجيكي قد أنكر ذلك الرأي ، حيثُ ذهب إلى كون أنَّ إلتزام البنك هو تعهد بإرادة منفردة وليس عقد مُلزم لجانب واحد[1].

والحقيقة أنَّ طبيعة المعاملات الخاصة بخطابات الضمان والعرف التجاري والممارسة العملية قد جرت على أنَّ البنك الضامن لا ينتظر تصريحاً بالقبول من جانب المستفيد ، والحالة الوحيدة التي لا ينتج فيها إلتزام البنك أثره هو رفض المستفيد للخطاب لأي سبب ما.

ومما يجدر ذكره في هذ الخصوص ، أنَّ حق المستفيد الناشئ بموجب خطاب الضمان هو حق شخصي ، لا يجوز للمستفيد تحويله أو تظهيره ، وإنما يتعيَّن أن يُمارس الحق في تسييله المستفيد فقط أو وكيله القانوني[2] .

ويتفرع عن ذلك أنَّ دائني المستفيد لا يستطيعون الحجز على قيمة خطاب الضمان قبل صرفه ، لأنَّ قيمته ما زالت مملوكة للبنك ولم تدخل في ذمة المستفيد بعد ، كما لا يستطيع دائني المستفيد مُطالبة البنك بتسييل خطاب الضمان ، لأنَّهم ليسوا بوكيل عن المستفيد.

١) الدكتور/ خليل فيكتور تادرس خليل ، مبدأ الإستقلال في خطاب الضمان الدولي ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٤م ،ـ ٢٠٠٥م ، (٢٦٥) وما بعدها.

٢) الدكتور/ مُحي الدين إسماعيل علم الدين ، موسوعة أعمال البنوك ـ الجزء الثاني ، طبعة ١٩٩٣م ، صفحة (٨٠٤).

الفصل الثاني

المبحث الأول
إصدار خطاب الضمان والإلتزامات الناشئة عنه.

بموجب العقد المُبرم بين العميل الآمر والبنك الضامن ، يقوم البنك بإصدار خطاب الضمان لفائدة المستفيد ، حيثُ يلتزم البنك بدفع مبلغ مُعيَّن من النقود للمستفيد ، لدى أول طلب منه دون تأخير ، بشرط أن يتم تقديم الطلب خلال الفترة المحددة بخطاب الضمان.

ومتى ما أصدر البنك خطاب الضمان المذكور ، وأخطر به المستفيد أو تمَّ تسليمه له أو لوكيله ، ينشأ للمستفيد حق في مواجهة البنك في حدود المبلغ المذكور بالخطاب.

وبما أنَّ خطاب الضمان يقوم أساساً على ما تمَّ الإتفاق عليه بين العميل والبنك في العقد المبرم بينهما " عقد فتح الإعتماد بالضمان" ، فإنَّ العقد المذكور يُرتَّب حقوق و إلتزامات في ذمة كل من طرفيه ، فضلاً عن خطاب الضمان نفسه والذي يُرتَّب حقوقاً لصالح المستفيد وإلتزامات بذمة البنك المُصدر للضمان.

لذلك سوف نتناول في هذا المبحث ، الإلتزامات الناشئة عن خطاب الضمان في ثلاثة مطالب ، تفصيلها كالتالي :

المطلب الأول : إلتزامات العميل الآمر في مواجهة البنك المُصدر لخطاب الضمان.

المطلب الثاني : إلتزامات البنك الضامن في مواجهة عميله.

المطلب الثالث : إلتزامات البنك المصدر لخطاب الضمان أمام المستفيد.

المطلب الأول
إلتزامات العميل الآمر في مواجهة البنك المُصدر لخطاب الضمان.

من أهم الإلتزامات التي تقع على كاهل العميل الآمر ، هو إلتزامه بتقديم الغطاء لخطاب الضمان المراد إصداره ، ويتوقف الأمر بحسب الإتفاق بين العميل الآمر والبنك الضامن ، وقُبيل تناول أنواع الغطاء ، يتعيَّن في البدء التعريف بما المقصود بـ " الغطاء ".

يُقصد بالغطاء مجموعة الضمانات التي يُقدَّمها العميل للبنك الضامن في مُقابل إصداره لخطاب الضمان لصالح المُستفيد ، وذلك لتغطية المبالغ التي قد يدفعها البنك للمُستفيد مُضافاً إليها أية فوائد أو عُمولات أو نفقات أُخرى مُستحقة نتيجة إصدار خطاب الضمان المذكور.

والضمان بمفهومه المذكور ليس له شكل مُعيَّن أو نوع مُحدد ، فهو يختلف و يتنوَّع بحسب علاقة العميل الآمر بالبنك الضامن ، فقد يكون غطاءً نقدياً وقد يكون رهون لأصول عقارية ، كما قد يكون رهناً لأوراق تجارية أو أسهم في شركات أو يكتفي البنك بالكفالة الشخصية أي بدون تقديم أي غطاء نظراً لملاءة العميل أو لثقة البنك فيه وفي سُمعته المالية ، وفي الحالة الأخيرة نجد أنَّ البنك الضامن لا يُدخِل في إعتباره فقط الخطر المُغطى الصادر بشأنه الضمان ، وإنما كذلك خطر إسترداد حقوقه ورجوعه على العميل متى كانت الأخطار المُغطاه أكبر من قوة العميل المالية[1].

تغطية خطاب الضمان :

تتنوع صور و أنواع الغطاء ما بين غطاء نقدي أو غطاء عيني أو إيداع أوراق مالية أو تجارية لدى الضامن أو في شكل بضائع مودعة تحت تصرف البنك الضامن أو خلافه .

والغطاء النقدي يُمثِّل أبسط صور الغطاء ، إذ يقوم العميل بتقديم مبلغ من المال للبنك الضامن ، وقد يقوم بسداده نقداً أو يفوَّض البنك بخصمه من حساب العميل لدى البنك ، وعادة ما يقوم البنك بإيداع هذه المبالغ في حساب يحمل " إحتياطي حساب الضمان " ، ولا يجوز للعميل التصرف في هذا المبلغ لحين إنتهاء مدة خطاب الضمان الواردة فيه ، وإن كانت العادة قد جرت على أن يضع العميل وديعة لدى البنك ثمَّ يفوَّض البنك بالحجز عليها ضماناً لغطاء الخطاب ، وذلك كي يستفيد العميل من أرباح وعوائد الوديعة[2].

---

١) الدكتور/ خليل فيكتور تادرس خليل ، مبدأ الإستقلال في خطاب الضمان الدولي ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٤م ،ـ ٢٠٠٥م ، صفحة (٢١٥).

٢) الدكتورة/ سميحة القليوبي ـ الأسس القانونية لعمليات البنوك ـ الطبعة الثانية ، ٢٠٠٣م ، دار النهضة العربية ، صفحة (١٧٩).

وبالنسبة للغطاء النقدي نفسه ، فقد يكون غطاءً نقدياً كاملاً ، أي يُطالب البنك العميل بإيداع ما يُوازي قيمة خطاب الضمان كاملاً ، وقد يكون غطاءً جزئياً ، أي يودع العميل جزءً يتفق عليه من قيمة الخطاب على أساس أن يقوم البنك بإكمال باقي المبلغ وتسجيله كقرض على العميل في حال سحب قيمة الخطاب.

وقد يشترط البنك على العميل أن يرهن له عقد المقاولة أو التوريد ، أي أن يرهن له حقوقه الناشئة عن هذا العقد في مواجهة الإدارة ، مع توكيله للبنك وكالة لا يجوز له الرجوع فيها ، في قبض المُكافآت والمُستحقات الأخرى لدى الحكومة ، وإن كانت هذه الوسيلة تُعَّرض البنك لصعوبات ومخاطر مُتعددة ، لذلك يُفضَّل في العمل أن يتنازل العميل للبنك عن حقه لدى الإدارة ، ولكى ينفذ هذا التنازل على الإدارة إتباع إجراءات حوالة الحق[1].

ويمكن كذلك للبنك أن يستوفي غطاء الضمان بقبول أوراق مالية من العميل ، مثل أسهم أو سندات الشركات ، وعادة ما يتم تقييم هذه الأسهم والسندات حسب قيمتها السوقية عند إيداعها للبنك ، ثمَّ يقوم البنك بوضع إحتياطي ، أي لا يعتمد قيمتها السوقية وإنما ينتقص منه ما نسبته (٣٠٪) على الأقل وذلك لمواجهة تأرجح الأسعار في سوق البورصة إذا كانت أسهم ، وفي ذات الوقت يأخذ البنك الضامن من العميل توكيل خاص غير قابل للنقض أو الرجوع فيه بالتصرف في الأسهم والسندات المرهونة ببيعها عند الإقتضاء ، ولا يفرج البنك عن هذه الأوراق المالية للعميل إلا بعد إنقضاء فترة الضمان وإسقاط كل مسئولية للبنك تجاهه[2].

وقد يُقدَّم العميل ضماناً عقارياً لغطاء خطاب الضمان ، كأن يرهن بيت أو مزرعة أو أرض فضاء أو خلافه رهناً رسمياً لصالح البنك ، وكان البنك في السابق يقوم بأخذ توكيل رسمي يُبيح له التصرف في العقار المرهون ببيعه عند الإقتضاء ، أما بعد صدور قانون الأموال المرهونة للمصارف لسنة ١٩٩٠م ، فقد أصبح في مُكنة البنك التصرف في الأموال المرهونة بالبيع مباشرة ، وذلك عندما يعجز العميل عن الوفاء بما عليه من إلتزام .

وقد يُقدَّم العميل للبنك كمبيالات أو سندات أذنية صادرة من مدينيه ، ويقوم بتظهيرها للبنك تظهيراً تأمينياً كغطاء لخطاب الضمان ، والغالب أن يكون تقديم هذه الكمبيالات والسندات الأذنية عند إبرام عقد فتح الإعتماد بالضمان مع البنك لإقراض العميل بضمان هذه الأوراق ، ويُستخدم العميل جزءً من هذا الإعتماد لإستصدار خطاب الضمان[3] .

---

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، طبعة مُكبرة ١٩٨٩م ـ الناشر دار النهضة العربية ، صفحة (٦١١).

٢) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (١٨٨).

٣) الدكتور/ مُحي الدين إسماعيل علم الدين ، موسوعة أعمال البنوك ـ الجزء الثاني ، طبعة ١٩٩٣م ، صفحة (٨٢١).

سداد العمولة :

بمجرد إصدار البنك الضامن لخطاب الضمان ينشأ حق البنك في العمولة ، حيثُ يكون العميل مُلزماً بأداء العمولة ولو لم يستعمل الإعتماد المفتوح لصالحه ، وبالتالي يجوز للبنك أن يمتنع عن تسليم خطاب الضمان للمستفيد أو تأجيل إخطار المستفيد بصدور الضمان إلا بعد قبضه للعمولة أو الإتفاق عليها وعلى مقدارها مع العميل[١] .

أما إذا صدر خطاب الضمان وتمَّ إخطار العميل بصدوره أو تمَّ تسليمه خطاب الضمان ، فإنَّ البنك لا يستطيع الرجوع فيه إستناداً على عدم دفع العمولة ، لأنَّ الخطاب يُلزم البنك بمُجرد إرساله ووصوله للمستفيد ، إلزاماً نهائياً وبشكل مُباشر[٢].

و قد جرى العمل المصرفي على إتفاق العميل والبنك سلفاً على مقدار العمولة المُقررة على العميل مُقابل قيام البنك بإصدار خطاب الضمان ، أما إذا لم يتم الإتفاق على مقدارها ، فتُحدد العمولة في هذه الحالة على حسب ما جرت عليه العادة المصرفية.

سداد الفوائد :

بجانب إلتزام العميل بسداد العمولة ، يلتزم أيضاً بسداد الفائدة ، وتُقرر الفائدة عادة عندما يكون خطاب الضمان بدون غطاء نقدي أو بغطاء جزئي وليس كامل ، حيثُ يستحق البنك الفائدة عن المبالغ التي يدفعها من مصادره للمستفيد ، فيكون العميل الآمر تبعاً لذلك مُلتزماً بسداد المبالغ التي دفعها البنك مُضافاً إليها الفوائد المُقررة وذلك حتى تاريخ السداد التام من قبل العميل.

وفي أغلب الأحوال يتم الإتفاق بين العميل الآمر والبنك الضامن على نسبة الفائدة المُستحقة ، أما إذا لم يكن هناك إتفاقاً صريحاً بشأن نسبة الفائدة ، فتُحدد حسب العرف المصرفي الجاري ، وأما إذا لم يكن هناك أية إشارة لنسبة الفائدة أو لبند الفائدة من الأساس ، فقد تُستنتج في هذه الحالة من دفع العميل للعمولة مُختاراً .

التنازلات :

التنازل هو عبارة عن إتفاق يتم بين العميل الآمر والبنك الضامن ، بموجبه يلتزم العميل بتحويل حقوقه الآيلة إليه من عقد الأساس والمُستقرة بذمة المُستفيد إلى البنك الضامن ، وعادة ما يتم تطبيق أحكام حوالة الحق.

---

١) الدكتور/ خليل فيكتور تادرس خليل ، مبدأ الإستقلال في خطاب الضمان الدولي ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٤م ،ـ ٢٠٠٥م ، صفحة (٢٢١) وما بعدها.

٢) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (١٩٦).

ومن التطبيقات العملية للتنازل ، أن يقوم العميل بإرسال عقد التنازل الذي أبرمه البنك (حوالة الحق) لتصديقه وإثبات تاريخه ، ثمَّ يستصدر تعهداً مكتوباً من جهة المُستفيد يتعهد فيه بإلتزامه بتحويل عائدات العقد المُبرم مع العميل لحسابه الجاري رقم كذا لدى البنك الضامن[١].

لكن يُعاب على هذه الطريقة ، أنَّها قد تُثير الكثير من المشاكل من الناحية العملية ، إذ قد يقوم العميل بالتنازل عن حقوقه لأكثر من بنك أو لأكثر من شخص ، والعبرة في هذه الحالة بمن سبق وأثبت تاريخ التنازل ، حتى يكون تنازله نافذاً في مواجهة الغير[٢].

والجدير بالذكر أنَّ البنك يظل أجنبياً عن العلاقة بين العميل والمستفيد ، وبالتالي لا يتدخل في علاقة الأساس ، مما يعني أنَّ البنك ليس له شأن بما يؤول إليه مصير هذا العقد.

إلتزام العميل بتعويض البنك :

يتوجب على العميل الآمر أن يقوم بتعويض البنك الضامن ، وذلك في حال تقدَّم المُستفيد بطلبه لتسييل خطاب الضمان خلال المُدة المُحددة لسريان الضمان ، ويتمثَّل تعويض العميل في أن يقوم بالوفاء بما قام البنك بسداده كاملاً للمُستفيد ، وهذا في حال أنَّ غطاء خطاب الضمان لم يكن غطاءً نقدياً ، أو كان غطاءً غير كامل ، أما إذا كان الغطاء الذي قدَّمه العميل في البدء هو غطاء نقدي كامل ، ففي هذه الحالة لا يكون العميل مُلتزماً بتعويض البنك لأنَّ البنك هو عبارة عن وكيل عن العميل في الوفاء ، وإن كان البنك يستحق العُمولة مُقابل الخدمات التي يقوم بها وأي نفقات أُخرى يتحملها وتتعلق بهذا الضمان.

وغني عن القول ، الإشارة إلى أنَّ العميل لا يكون مُلتزماً بتعويض البنك الضامن ، إذا إنتهت مُدة خطاب الضمان ولم يتقدَّم المُستفيد بطلب لتسييل الخطاب.

ومما يجدر ذكره أنَّه ، وفي بعض الحالات يقوم البنك بتحصيل قيمة خطاب الضمان من العميل ، قبل أن يُطالبه المُستفيد بقيمة الخطاب ، ويحدث ذلك عادة عند إضطراب مركز العميل المالي ، بحيث أصبح البنك مُهدداً بالاَّ يحصل على قيمة خطاب الضمان إذا دفعها للمُستفيد ، لذلك يشترط البنك على العميل في العقد الذي يُبرمه مع العميل (عقد فتح الإعتماد بالضمان) على أن يكون له الحق في مُطالبته في أي وقت حتى قبل أن يُطالب بدفع أي مبلغ جراء خطاب الضمان ، بالقيمة الكُلية للضمان[٣].

---

١) في هذا المعنى ، الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (١٩٢) وما بعدها.

٢) الدكتور/ خليل فيكتور تادرس خليل ، مبدأ الإستقلال في خطاب الضمان الدولي ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٤م ،ـ ٢٠٠٥م ، صفحة (٢١٧).

٣) الدكتور/ مُحي الدين إسماعيل علم الدين ، موسوعة أعمال البنوك ـ الجزء الثاني ، طبعة ١٩٩٣م ، صفحة (٨١٦).

وقد إستقر الفقه على أنَّ مثل هذا الشرط لا يُعتبر تعسفاً ولا مُجحفاً بالعميل ، إذ أنَّ البنك يحتاط لإعسار العميل ، وإحتياط الدائن ضد إعسار مدينه ليس إجحافاً به ، وإنما يُعتبر طلب البنك بقيمة خطاب الضمان في وقت غير مُناسب ورغم سلامة مركز العميل ، تعسُفاً من البنك في إستخدام حقه في طلب قيمة الخطاب ، ويكون للعميل في هذه الحالة أن يُطالب بتعويض الضرر الذي يُصيبه بسبب هذا الإجراء[1].

١) المرجع السابق ، صفحة (٨١٦).

المطلب الثاني
إلتزامات البنك في مواجهة عميله.

لا يترتب على عقد فتح الإعتماد بالضمان المُبرم بين العميل الآمر والبنك الضامن إلتزامات على عاتق العميل الآمر فقط ، وإنما هناك إلتزامات أخرى يُنشئها العقد المذكور على كاهل البنك الضامن ، وتتمثل أولى هذه الإلتزامات في أن يقوم بإصدار التعهد البنكي (خطاب الضمان) حسب الشروط التي حددها العميل في الخطاب أو الطلب ، والحقيقة أنَّه لا يكفي تعهد البنك بالإصدار ، بل يلتزم بإصدار التعهد بالفعل.

أمَّا إذا كان للبنك أية تحفظ بشأن إصدار خطاب الضمان أو رافض لإصداره ، بسبب إستحالة تنفيذ تعليمات العميل أو المُصدر للتعليمات ، أو بسبب تعارضها مع قوانين بلد الإصدار ، فإنَّه يتعيَّن على البنك أن يقوم بإخطار العميل بذلك في وقت مُناسب حتى يقوم العميل بتدبير شئونه مع أي بنك آخر ، ويترتب على ذلك أنَّه إذا ماطل البنك أو تأخر في إصدار الخطاب بحيث ترتب على ذلك ضرراً لحق بالعميل ، كأن فات موعد التقديم للمُناقصة أو المُزايدة أو فُسخ عقد الأساس بسبب عدم تقديم خطاب الضمان المُتفق عليه ، ففي هذه الحالة يحق للعميل أن يُطالب البنك بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به.

وهذا ما أيَّدته المادة (٧) من القواعد الموحدة ، حيث نصت على :

" عندما يتسَّلم الضامن تعليمات بإصدار خطاب الضمان وكانت هذه التعليمات يتعذَّر تنفيذها بواسطة الضامن لأسباب تتعلق بالقوانين أو اللوائح في بلد الإصدار التي لا تُمكنه من الوفاء بشروط الضمان أو أنَّ التعليمات سوف لن يتم تنفيذها ، فعلى الضامن أن يقوم فوراً بإخطار الطرف الذي أعطاه التعليمات بإصدار الضمان عن طريق الإتصال التلفوني أو البرقي ، فإذا تعذَّر ذلك ، فيتم إخطاره بأسرع الطرق المُمكنة بالأسباب التى لا تُمكنه من تنفيذ التعليمات ، ويطلب من هذا الطرف إصدار تعليمات مُناسبة".

وفي هذا الخصوص قضت محكمة إستئناف باريس بتاريخ ١٩٩٧/٦/٢٩م بأنَّه :

" عندما تكون التعليمات غامضة أو غير كاملة أو غير ممكن تنفيذها ، فعلى البنك أن يرجع للعميل بدلاً من أن يقوم بتكملتها بنفسه[١] ".

١) الدكتور/ خليل فيكتور تادرس خليل ، مبدأ الإستقلال في خطاب الضمان الدولي ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٤م ،ـ ٢٠٠٥م ، صفحة (٢٠٣).

والجدير بالذكر أنَّ إلتزام البنك في خطاب الضمان هو إلتزام بدفع مبلغ نقدي من المال بناءً على طلب المُستفيد ، لأنَّه متى كان إلتزام البنك أداء أي شئ آخر غير النقود ، إنقلب الأمر بالتالي من خطاب ضمان إلى كفالة.

ويجب على البنك الضامن التقيَّد بالمبلغ الذي حدده له العميل الآمر في طلب إصدار خطاب الضمان ، بحيث لا يصدر الخطاب بمبلغ أكبر أو أقلَّ مما هو مذكور ، وترتيباً على ذلك ، فمتى ما أصدر البنك الضامن الخطاب بمبلغ أقلَّ مما هو متفق عليه أو أقلَّ مما هو مذكور في طلب الإصدار ، وترتب على ذلك نشوء مسئولية العميل في مواجهة المُستفيد أو أدى إلى التأثير على عقد الأساس بشكل أو بآخر ، ففي هذه الحالة يحق للعميل الآمر أن يطلب من البنك تعويضه عن أية أضرار أو خسائر تكون قد لحقت به جراء عدم إلتزام البنك بالتعليمات الصادرة له ، ومن الناحية الأخرى ، فإذا أصدر البنك الضامن خطاب الضمان بأكثر من المبلغ المُتفق عليه ، ففي هذه الحالة لا يحق للبنك الرجوع على عميله بالزيادة[1] .

ومن إلتزامات البنك الأخرى الناشئة عن عقد فتح الإعتماد بالضمان ، إلتزامه بإخطار العميل الآمر بورود طلب المُستفيد لتسييل الخطاب وذلك قبل الدفع ، وتبرير ذلك أنَّ إخطار العميل الآمر قبل الدفع والوفاء بقيمة الضمان فيه مُحافظة من البنك على مصالح عميله ، إذ يستطيع العميل أن يتصل بالمستفيد ليُثنيه عن تسييل الضمان أو أن يتفق معه على تمديد مدة الخطاب ، كما قد يكون طلب المُستفيد مُنطوياً على غش فيستطيع العميل دفعه.

ولكن إذا قام البنك الضامن بإخطار العميل فليس معنى ذلك أن يتقيَّد البنك بما يرد إليه من رد ، وذلك لأنَّ العميل ليس له الحق في الإعتراض على دفع البنك لقيمة الخطاب لأنَّ إلتزام البنك هو إلتزام أصلي ومُستقل عن إلتزام العميل.

وفي ذلك المعنى أشارت المادة (١٧) من القواعد الموحدة لخطابات الضمان ، حيث نصت على:

" ودون إخلال بالشروط الواردة بالمادة (١٠) ، فإنَّه في حالة المُطالبة يجب على الضامن وبدون تأخير إخطار الأصيل أو الطرف المُصدر للتعليمات ، وفي هذه الحالة على الطرف المصدر للتعليمات إخطار الأصيل".

وقد يثور تساؤل بشأن إلتزامات البنك تجاه عميله مُفاده ، هل يلتزم البنك الضامن بإرشاد العميل وتقديم واجب النصح له بأن يلفت إنتباهه للفرق بين خطابات الضمان المصرفية والكفالات ؟ أو بالخطر المُقدم عليه أو غير ذلك أم لا شأن للبنك بذلك ؟.

---

١) المرجع السابق ، صفحة (٢٠٢).

متى قبل البنك إصدار خطاب الضمان ، فقد وجب عليه أن يلتزم بحرفية التعليمات التي ترد إليه من عميله الآمر ، إذ أنَّ موقف البنك هنا يُشابه موقفه عندما يُكلَّف بإصدار إعتماد مُستندي.

لكن البنك عموماً يُصر لصالحه الخاص وحرصاً على سُمعته الدولية أن يكون خطاب الضمان واضحاً في عباراته بقصد تفادي المُنازعات التي قد تنشأ عند مُطالبته بتنفيذه[1] .

ويترتب على ذلك أنَّه ، إذا إكتنف الصيغة المُقترحة من العميل أي غموض أو شابها لبس ، رأى معه البنك بحُكم خبرته أنها قد تؤدي إلى نزاع أو خلاف حول تسييل خطاب الضمان ، ففي هذه الحالة يتوجب على البنك إرشاد عميله إلى الصيغة المُثلى المُقترحة ، ويكون القرار الأخير بشأن التعديلات المُقترحة متروكاً للعميل ، فإذا إعترض عليها العميل وأصرَّ على الصيغة التي قدمها ، لا يكون بوسع البنك إلا أن يمتثل للأمر ويُصدر الخطاب أو يرفض إصدار الخطاب إطلاقاً.

نخلص من كل ذلك إلى أنَّ على البنك واجب النُصح والإرشاد لعميله ، وذلك بتنبيهه إلى ما من شأنه أن يؤثر على حقوق العميل وإلتزاماته ، حرصاً على مصالح عُملائه من جهة ، وحفاظاً على حقوقه قبل عُملائه وصيانة لسمعته من جهة أخرى.

ولا يفوتنا القول بأنَّ من إلتزامات البنك الضامن كذلك ، إذا كان خطاب الضمان قد صدر بموجب غطاء نقدي أو ضمان عقاري أو رهن لأوراق تجارية أو خلافه ، ولم يتقدَّم المُستفيد بطلب لتسييل الخطاب حتى إنتهت مدة صلاحيته ، ففي هذه الحالة يتوجب على البنك أن يلتزم بإرجاع غطاء الضمان للعميل ، وذلك بالطبع بعد خصم المصاريف والنفقات الأخرى التي تكبدها البنك في سبيل ذلك.

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (١٩٩).

المطلب الثالث
إلتزامات البنك المُصدر لخطاب الضمان أمام المُستفيد.

متى ما تمَّ إصدار خطاب الضمان بواسطة البنك وتمَّ إخطار المُستفيد بذلك ، فإنَّه يتعيَّن على البنك إحترام إلتزامه الوارد بخطاب الضمان ، إذ أنَّ إلتزام البنك الضامن يتحدد وفقاً لما ورد من شروط في خطاب الضمان ، وتطبيقاً لذلك فإذا حدد الخطاب حداً أقصى للمبلغ الذي يلتزم به البنك أو حدَّد تاريخ مُعيَّن يحق خلاله للمُستفيد أن يتقدَّم مُطالباً بتسييل الضمان ، وتمَّ ذلك بالفعل من قبل المُستفيد ، فلا مناص لدى البنك سوى الإلتزام بما أملاه على نفسه وتنفيذ الخطاب[1].

وهذا ما يُسمى بشرط الدفع لدى أول طلب ، مما يعني أنَّ مُجرد تقديم الطلب من جانب المُستفيد متوافقاً مع شروط الضمان ، يؤدي لأن يُصبح من حقه الحصول على مبلغ الضمان لدى أول طلب من جانبه ، فما على المُستفيد إلا تقديم الطلب دون أن يكون مُطالباً بتقديم تبريرات أكثر مما هو وارد في نص الخطاب.

وغالباً ما يُنص في الضمان على إلتزام على إلتزام الضامن بالوفاء دون تأجيل أو إبداء دفوع أو إعتراضات على الوفاء ، وإذا كانت هناك ثمة دفوع فإنَّه يتعيَّن أن تكون ناشئة عن علاقة البنك بالمُستفيد والتي يحكُمها خطاب الضمان ذاته ، كغلط في شخص المُستفيد ، أو يكون البنك دائناً للمُستفيد فيدفع في مواجهته بالمقاصة ، وذلك يتطلب أن يكون المُستفيد قد تقدَّم بطلب تسييل خطاب الضمان وأنَّ البنك قد قبل الطلب وأنَّ قيمة خطاب الضمان قد دخلت في ذمة المُستفيد على النحو الذي ذكرناه آنفاً ، وإلى غير ذلك من الدفوع الأخرى التي تثور في علاقة البنك بالمُستفيد مباشرة[2].

ومتى ما أصدر البنك الضامن خطاب الضمان بناءً على تعليمات عمليه الآمر ، ينشأ حق المُستفيد تجاه البنك ، متى أرسل الخطاب للمستفيد ، أي متى خرج خطاب الضمان من سيطرة البنك الضامن.

وهنا قد يتبارد للذهن سؤال آخر مُفاده أنَّه ، إذا كان البنك مُلتزماً بموجب عقد فتح الإعتماد بالضمان المُبرم بينه وبين عميله بإصدار خطاب الضمان ، فمن المُكلف بإرسال خطاب الضمان إلى المُستفيد ؟.

الأصل أنَّ هذه المسألة تتوقف على الإتفاق القائم بين البنك الضامن وعميله ، فقد يتفق الطرفان على أن يقوم البنك مُباشرة بإرسال خطاب الضمان للمستفيد بعد إصداره ، وقد يتم الإتفاق على أن

---

١) الدكتورة/ سميحة القليوبي ـ الأسس القانونية لعمليات البنوك ـ الطبعة الثانية ، ٢٠٠٣م ، دار النهضة العربية ، صفحة (١٩٧).

٢) الدكتور/ خليل فيكتور تادرس خليل ، مبدأ الإستقلال في خطاب الضمان الدولي ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٤م ،ـ ٢٠٠٥م ، صفحة (٢٧٤) وما بعدها.

يلتزم البنك الضامن بتسليم أصل خطاب الضمان لعميله الآمر الذي يقوم بدوره بتسليم الخطاب للمُستفيد تنفيذاً لعقد الأساس المُبرم بينهما ، وإن كان المُعتاد أن يقوم البنك بإرسال خطاب الضمان لعميله ، ليتحقق تنفيذه لإلتزامه الوارد بعقد فتح الإعتماد بالضمان ، ومن ثمَّ يقوم العميل بتسليم خطاب الضمان للمستفيد ، وعليه فإنَّ البنك الضامن لا يلتزم أمام المُستفيد إلا بعد أن يصله الخطاب ويسكت عن الإعتراض عليه[1] .

وقد أورد الأستاذ/ راغب حبشي في مؤلفه بشأن إنقضاء إلتزام البنك أمام المُستفيد التالي :

" ومُقتضى ما تقدَّم أنَّ واقعة وصول خطاب الضمان إلى علم المُستفيد وله هى مناط ثبوت إلتزام البنك فيه ، ومؤدى هذا الإقتضاء أنَّه لو أعاد العميل خطاب الضمان إلى البنك دون أن يُسلِّمه للمُستفيد أو رده المُستفيد رفق خطاب أفصح فيه عدم قبوله للضمان إنقضى إلتزام البنك[2] ".

وفي ذلك تقول المادة (٢٣) من القواعد الموحدة لخطابات الضمان الآتي :

" بغض النظر عن أي شرط يُحدد الإنتهاء موجود في الضمان ، فإنَّ الضمان يُلغى إذا تمَّ تقديم الضمان إلى الضامن أو إذا قام المُستفيد بتحرير إقرار بإخلاء الضامن من إلتزاماته في نطاق الضمان بغض النظر في الحالة الأخيرة عمَّا إذا كان تمَّ رد الضمان وتعديلاته أم لا ".

وفي رأي الباحث أنَّ إعادة العميل لأصل خطاب الضمان للبنك يتعيَّن الاَّ تكون سبباً في إنقضاء إلتزام البنك الوارد بالخطاب ، لأنَّ البنك عادة يكون في وضع لا يُمكِّنه من التحقق من كون أنَّ المُستفيد قد إرتبط علمه بصدور خطاب الضمان لمصلحته أم لا ، وبالتالي فإذا كان المُستفيد قد تحصَّل على صورة من خطاب الضمان بأي شكل من الأشكال ، وأُعيد أصله بعد ذلك للبنك ، فإنَّ ذلك لا يؤدي لإنقضاء الإلتزام ، لأنَّ خطاب الضمان ما هو إلا وسيلة لإثبات نشوء الإلتزام وليس الحق في ذاته ، فضلاً عن أنَّ المُستفيد يستطيع أن يُطالب بقيمة خطاب الضمان حتى ولو لم يكن بيده أصل الخطاب.

عليه ولتفادي أي إشكال مُستقبلاً بين البنك الضامن والمُستفيد ، يتعيَّن على البنك الاَّ يكتفي بإرجاع أصل خطاب الضمان إليه بواسطة العميل الآمر ، بل يتوجب على البنك ومن باب الإحتياط الكلي أن يطلب ورود كتاب من المُستفيد يُفيد صراحة بموافقته على إلغاء الإلتزام الناشئ بذمة البنك ، وإلى أن يرد كتاب المُستفيد بالموافقه على الإلغاء يتعيَّن على البنك الضامن الاَّ يقوم برد غطاء خطاب الضمان للعميل إلا بعد إستلامه لكتاب المُستفيد ، هذا ما لم يكن العميل موثوقاً به من قبل البنك الضامن.

---

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٢٠٩).

٢) راغب حبشي ، خطابات الضمان من الوجهة العملية ، يناير ١٩٦٩م ، معهد الدراسات المصرفية ، صفحتي (١٣،١٤) ـ أنظر أيضاً : الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٢١١).

ومن إلتزامات البنك الأخرى والتي يُفرضها عليه إصداره لخطاب الضمان ، أن يقوم بتعديل خطاب الضمان سواء من ناحية مُدته أو قيمته ، وذلك إذا طلب المُستفيد ذلك ، لكن ذلك الأمر ليس على إطلاقه ، إذ يتعيَّن في البدء أن يكون البنك الضامن مُخولاً بإجراء مثل هذا التعديل في العقد المُبرم بينه وبين عميله (عقد فتح الإعتماد بالضمان).

وبالتالي فإذا تقدَّم المُستفيد للبنك مُطالباً بمد خطاب الضمان ، فإنَّه يتعيَّن على البنك أن يُخطر العميل لأخذ موافقته على هذا التمديد ، وذلك إذا لم يكن البنك مخولاً بموجب العقد ، وبالتالي فإذا رفض العميل طلب التمديد ، يتعيَّن على البنك أن يُخطر المُستفيد فوراً بذلك حتى يستطيع أن يقوم بتسييل الخطاب قبل إنتهاء مُدته .

وغني عن القول ، التذكير بأنَّ العميل الآمر إذا رفض طلب التعديل أو المد المُقدَّم من المُستفيد ، فإنَّه لا يستطيع أن يأمر البنك الضامن بعدم الدفع ، لأنَّ البنك يُنفَّذ في إلتزام نشأ في ذمته بموجب خطاب الضمان بصفته أصيلاً لا وكيلاً عن العميل.

وأما إذا قام البنك الضامن بالتعديل في خطاب الضمان أو قام بالإستجابة لطلب المُستفيد في تمديد الخطاب دون أخذ موافقة العميل الآمر على ذلك ، فإنَّ ذلك يكون على مسئولية البنك وحده ، وبالتالي قد لا يستطيع أن يرجع بما أداه على العميل الآمر ، إذا تبيَّن أنَّ المُستفيد قد إستوفى ذلك المبلغ دون مُبرر أو دون وجه حق.

على أنَّ ذلك لا يمنع رجوع البنك على عميله بما تمَّ الوفاء به للمُستفيد على أساس الفضالة إذا ما توافرت شروطها[1].

١) الدكتور/ عبدالحميد الشواربي ، القانون التجاري ، العقود التجارية في ضوء الفقه والقضاء ، الناشر مُنشأة المعارف بالأسكندرية ـ (بدون رقم طبعة) ـ صفحة (٥٦٧) وما بعدها.

المبحث الثاني
أنواع خطابات الضمان.

تتعدد وتتنوع خطابات الضمان التي تُستخدم عادة في المُمارسات التجارية ، إذ أنَّها تُستخدم لتوفير الثقة بين المتعاملين ، وبالتالي فليس هناك أنواعاً مُحددة على سبيل الحصر ، وإنما هي تتنوع بحسب المعاملات التي تستلزمها ، بحيث يصعب وضع تقسيم شامل لها.

لذا ، سنتناول بإيجاز بعض النماذج الشائعة من خطابات الضمان والتي أوجدها الواقع العملي مثل :

خطاب ضمان الدفعة المُقدَّمة :

عندما يُبرم عقد مقاولة على سبيل المثال ، يقوم المقاول بالإتفاق مع رب العمل على أن يقوم رب العمل بدفع دفعة مُقدَّمة عند إبرام العقد وذلك لتمكين المقاول من البدء في تجهيز الموقع وشراء المواد الأولية اللازمة للبدء في تنفيذ إلتزامه ، وعادة يلجأ لذلك ، عندما تكون قُدرات المقاول محدودة أو أنَّه داخل في عقود أو إلتزامات أخرى وأنَّ السيولة المُتاحة لديه موزعة بين تلك المشاريع .

وحيثُ أنَّ رب العمل قد لا يكون لديه سابق تعامل مع المقاول أو أنَّه يُريد أن يضمن إسترداد ما سيدفعه كدُفعة مُقدَّمة في حال إخلال المقاول بإلتزامه ، فيتم الإتفاق بين الطرفين (رب العمل والمقاول) على أن يقوم الأخير بتقديم خطاب ضمان يوازي قيمة الدفعة المقدمة ، وذلك لضمان إعادة المبلغ المدفوع في حال عدم تمكن المقاول من إتمام العمل الموكل إليه .

وقد يُنص في ضمان الدفعات المُقدَّمة على إستنزال قيمته تدريجياً بقيمة كل جزء مما يتم توريده أو بجزء من قيمة المُستخلصات وذلك بنسبة مُعينة ، وبالتالي يجري تخفيض مبلغ الضمان بشكل تدريجي بقدر هذه النسبة ، علماً بأنَّ نسبة التخفيض يُتفق عليها بداءة[1].

لذلك يشترط البنك عند إصدار هذا النوع من الضمانات قيام العميل بالتنازل عن مُستحقاته في العملية لصالحه حتى يكون على علم بما يرد من مُستخلصات بشأن العملية المُتنازل عنها ، وبالتالي يجري التخفيض في قيمة خطاب الضمان تلقائياً وفقاً للأسس المُتفق عليها في الخطاب.

خطاب الضمان الإبتدائي :

نُلاحظ أنَّ الحوجة لخطابات الضمان الإبتدائية عادة عندما يتقدَّم العميل للمُشاركة في مُناقصة أو مُزايدة ، يتقدَّم فيها المقاولون بعطاءاتهم ، ولكي تضمن الجهة الطارحة للمناقصة أو المُزايدة جدية

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٢٤٢) وما بعدها.

المُتقدمين وقُدرتهم على تنفيذ المناقصة أو المزايدة في حال رسوها عليهم ، ولكي تضمن الجهة الطارحة عدم تراجع المقاول في حال تبيَّنه أنَّه قد أخطأ في التسعير أو أنَّ الأسعار قد طرأ عليها تغيَّر كبير ، تقوم الجهة الطارحة بطلب تقديم خطاب ضمان إبتدائي من كل مُتقدَّم ، وعادة ما يُقدَّر بنسبة أو مبلغ مُعيَّن إبتداءً.

ويُسمى مثل هذا النوع من خطابات الضمان ، بخطاب الضمان الإبتدئي ، لأنَّه ينتهي الغرض منه بعدم رسو المزاد أو المناقصة على العميل أو برسوها عليه وفي هذه الحالة يُطالب بتقديم خطاب الضمان النهائي[1].

وعادة في المناقصات والمزايدات تبدأ الإجراءات بتقديم عطاء مصحوب بضمان إبتدائي (التأمين المؤقت) ، بنسبة مُعيَّنة من قيمة العطاء ، ولا يُلتفت إلى العطاءات غير المصحوبة بتأمين مؤقت كامل ، ويكون التأمين نقداً أو خطاب ضمان.

خطاب الضمان النهائي أو ضمان حُسن التنفيذ:

بعدما ترسو المُناقصة على المقاول ، تقوم الجهة الطالبة بمُطالبة المقاول بتقديم الضمان النهائي توطئة لإبرام العقد ، وقد لا تسبق عملية إصدار خطاب الضمان النهائي أو ضمان حُسن التنفيذ أي مُناقصة أو مُزايدة ، فقد يتم الإتفاق مباشرة مع المقاول أو المورد على تقديم خطاب الضمان أو ضمان حسن التنفيذ خلال فترة زمنية مُعيَّنة بعد توقيع العقد.

والهدف من خطاب الضمان النهائي أو ضمان حسن التنفيذ ، هو ضمان حسن تنفيذ العملية حسبما أُتفق عليه من شروط ومواصفات ، لذلك نجد أنَّ صلاحية خطاب الضمان أو ضمان حسن التنفيذ مُمتدة لما بعد إنتهاء مدة العقد بفترة تسمح بالتحقق من سلامة التنفيذ أو إستلام البضاعة المُوَّردة.

وبخصوص قيمة خطاب الضمان النهائي وضمان حُسن التنفيذ ، ففي الغالب ما تكون نسبة مُعيَّنة من قيمة العقد ، وتتفاوت هذه النسبة طبقاً لظروف كل بلد ، أي ليس لها قاعدة ثابتة ، ولكن جرى العرف على أن تكون قيمة خطاب الضمان ما نسبته (٥٪) أو (١٠٪) من قيمة العقد ، إذا كان العقد مقاولة ، وقد تزيد بالنسبة للعقود الأخرى.

وبالتالي فإذا حدث أي إخلال من قبل المقاول أو الموَّرد في تنفيذ إلتزاماته المُبيَّنة بالعقد ، فإنَّ المُستفيد يستطيع أن يتقدَّم للبنك للمُطالبة بتسييل الخطاب ، وليس للعميل الإعتراض ، وإنما له الحق في اللجوء للمحكمة ليُثبت عدم أحقية المُستفيد في تسييل الضمان أو أنَّ مُصادرته لم تكن تقم على أساس من الواقع أو القانون[2].

---

١) الدكتور/ مُحي الدين إسماعيل علم الدين ، موسوعة أعمال البنوك ـ الجزء الثاني ، طبعة ١٩٩٣م ، صفحة (٧٨٧) وما بعدها.

٢) الدكتور/ يعقوب يوسف صرخوه ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في القانون الكويتي ، الكويت ـ الطبعة الثانية ١٩٩٨م ، صفحة (٢٢٩).

خطاب الضمان المُقدَّم في حال غياب بوليصة الشحن :

كثيراً ما يحدث أن تصل السفينة إلى البلاد مُحمَّلة ببضائع قبل أن تصل بوليصة الشحن الخاصة بهذه البضائع للجهة المُستوردة ، لسبب أو لآخر.

ونظراً لأنَّ المستورد يكون في عجلة من أمره ويرغب في إستلام البضاعة خشية عليها من التلف إذا كانت طبيعة البضاعة المستوردة سريعة التلف كالفواكه مثلاً ، أو نظراً لرغبة المستورد في تفادي غرامات التأخير ودفع أرضيات لجهة الموانئ ، أو رغبة منه في إستغلال فرصة عدم وجود بضاعة مُماثلة في السوق المحلي ، وبالتالي فهو يرغب في إستلامها وتوزيعها قبل إغراق السوق ببضائع مُماثلة ، لذلك يلجأ المستورد إلى وكيل السفينة طالباً منه إصدار إذن تسليم ليتمكَّن بواسطته من إستلام البضاعة.

وحيثُ أنَّ المستورد لا يحوز بوليصة الشحن التي تُمكِّنه من الإستلام ، ورغبة في التعاون مع المُستورد للإعتبارات المذكورة آنفاً ، يقوم وكيل السفينة بمُطالبة المُستورد بتقديم خطاب ضمان مصرفي بقيمة البضاعة حسب قيمتها المُبيَّنة بقائمة الشراء التي تُصاحب البضاعة عادة ، وبعد أن يقوم المُستورد بتقديم خطاب الضمان المطلوب ، يقوم وكيل السفينة بالإفراج عن البضاعة.

وبالتالي فإذا عجز المُستورد فيما بعد من تقديم أصول سندات الشحن (البوليصة) للوكيل خلال المُدة المتفق عليها ، ففي هذه الحالة يكون من حق الوكيل تسييل قيمة خطاب الضمان[1].

خطاب الضمان الجُمركي :

إنَّ الغرض من هذا النوع من الضمان هو ضمان الحصول على حقوق الدولة ، حيثُ أنَّ الرسوم الجمركية تُعتبر مورد من موارد الدولة ، وكما هو معلوم أنّ الرسوم الجُمركية لا تُستحق بمجرد وصول البضاعة إلى أرصفة المنطقة الجمركية ، وإنما إستحقاقها مرهون بخروجها من الدائرة الجمركية للأسواق المحلية[2].

وفي ذات الخصوص نصت المادة (٤٤) من قانون الجمارك السوداني لسنة ١٩٨٦م ، على أنَّ :

" يجوز للمُدير أن يطلب ويأخذ ضمانات لتنفيذ أحكام هذا القانون وبغرض حماية الإيرادات الجُمركية بصفة عامة ، ويجوز له أن يرفض تسليم أي بضاعة خاضعة للرقابة الجمركية أو قبول أي إقرار جُمركي عنها إلى حين تقديم الضمان المطلوب بشأنها".

---

١) المرجع السابق ، صفحة (٢٣١) وما بعدها.

٢) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٢٣٢) وما بعدها.

وذلك ما يُعرف بـ " الضمان الجُمركي" ، وقد جرى العمل في السودان على تقديمه في صورة خطاب ضمان مصرفي أو كفالة مصرفية أو بإيداع مبلغ نقدي ، وذلك تطبيقاً لنص المادة (٤٥) من ذات القانون سالف الذكر.

والغاية من خطاب الضمان الجُمركي هو ذات الغاية بالنسبة لتسليم البضائع المنقولة في حال غياب أو تأخر وصول سندات الشحن (بوليصة الشحن) ، إذ قد تستوجب الضرورة الإسراع في إخراج البضاعة من الجمارك خشية تلفها إذا كانت بحسب طبيعتها سريعة التلف ولا تتحمل التخزين لفترات طويلة ، أو لتفادي تكَّدس البضائع على الأرصفة ، ففي هذه الحالة يتم الإكتفاء بمُراجعة البضاعة وحصرها دون إنتظار لتقدير رسومها الجُمركية والتي قد تطول إجراءاتها ، لذلك يُصر صاحب البضاعة على إستصدار خطاب ضمان مصرفي لضمان جهة الإدارة (الجمارك) لحقوقها عند الإقتضاء.

كذلك من التطبيقات العملية التي أوجدها الواقع ، قيام جهة إدراة الجمارك بتقسيط رسوم الجمارك المُستحقة على صاحب البضاعة ، وتمكينه من إستلامها بشرط تقديمه لخطاب ضمان تضمن بموجبه جهة الإدراة إلتزام التاجر صاحب البضاعة بسداد الأقساط المُتفق عليها في موعدها[١].

١) المرجع السابق ، على الهامش ، صفحة (٢٧١).

المبحث الثالث
مُدة خطاب الضمان ، و كيفية تجديدها.

ينشأ حق المُستفيد في خطاب الضمان بمُجرد إصدار البنك الضامن له وإعلان المُستفيد بصدوره ، وكما ذكرنا آنفاً أنَّ خطاب الضمان يكون مُحدداً بمبلغ مُعيَّن أو بحد أقصى يلتزم البنك بسداده حال مُطالبة المُستفيد به في خلال فترة سريان مُدة الخطاب المُحددة به ، بحيث أنَّ إلتزام البنك الضامن يسقط إذا لم يقم المُستفيد بتقديم طلب تسييل الخطاب خلال المُدة المُقررة.

هذا كُله بإفتراض أنَّ مُدة سريان خطاب الضمان مُحددة فيه ، أما إذا لم تكن مُدة الخطاب مُحددة ، فهذا يعني أنَّ خطاب الضمان لمُدة غير مُحددة ، ويترتب على ذلك أنَّه يجوز للبنك أن يتحلل من إلتزامه في أي وقت بعد إخطار المُستفيد بذلك قبل فترة معقولة.

وإن كان من الناحية العملية ، نجد أنَّ مُعظم البنوك لا تُحبَّذ إصدار خطابات الضمان بدون تحديد لمُدتها ،بل أنَّ كثيراً من البنوك ترفض ذلك ، وإن كانت هناك بعض خطابات الضمان تصدر لكنها تكون مربوطة بواقعة أو إنقضاء عملية مُعيَّنة ، كأن يصدر خطاب الضمان لحين صدور حكم نهائي في دعوى قضائية مُعيَّنة ، أو لمُدة نفاذ حُكم مشمول بالنفاذ المُعجل.

ويُقصد بمدة سريان الضمان ، تلك المدة التي يلتزم فيها البنك بالوفاء بقيمة خطاب الضمان متى ما وصله طلب المُستفيد خلالها ، وفي هذا الخصوص نود أن نُذكَّر بأنَّ مُدة السريان تنتهي مع آخر ساعة عمل للبنك في ذلك اليوم وليس مع إنتهاء اليوم ذاته ، وتطبيقاً لذلك فإذا وصلت مُطالبة المُستفيد للبنك بعد إنتهاء ساعات العمل ، فإنَّ البنك الضامن لا يكون مُلزماً بالوفاء.

وكذلك الحال إذا قام المُستفيد بإرسال المُطالبة للبنك خلال مُدة سريان الخطاب لكنها وصلت للبنك بعد إنتهاء المُدة لأسباب لا ترجع للمُستفيد كتأخر البريد أو القوة القاهرة أو خلافه ، فإنَّ البنك الضامن لا يكون مُلزماً بالوفاء ، ويتحمل المُستفيد وزر هذا التأخير.

وغني عن القول أنَّه إذا صادف آخر يوم في مُدة خطاب الضمان يوم عطلة رسمية ، فإنَّ مدة صلاحية الخطاب تمتد إلى أول يوم عمل .

وقد يقتضي الحال تمديد مُدة خطاب الضمان بدلاً عن تسييله ، وذلك في حال أنَّ العميل لم يُكمل تنفيذ إلتزامه كاملاً ، أو إستجدت ظروف تقتضي تغيير بيانات أو شروط الضمان وتمديد مدته ، أو لأية أسباب أخرى يرتضيها الأطراف كمُبرر للتمديد.

لذلك سوف نقوم بتناول أحوال مد مُدة خطاب الضمان في المطالب التالية:

المطلب الأول : طلب المد المُقدّم من العميل.

المطلب الثاني : طلب المد المُقدَّم من المُستفيد.

المطلب الثالث : إخطار العميل بتمديد خطاب الضمان.

المطلب الأول
طلب المد المُقدَّم من العميل.

إذا إنقضت مُدة الخطاب أو شارفت على الإنتهاء دون أن تنتهي العملية التي إلتزم بها العميل ، فإنَّ العميل يطلب في العادة من البنك إطالة مُدة الخطاب لفترة أخرى ، وبذلك يتفادى مُطالبة المُستفيد بقيمة الخطاب ، ولكن ذلك لا يُقيَّد المُستفيد ، فله أن يتمسك بدفع قيمة خطاب الضمان ، كما له الحق في رفض مد الأجل الصادر لصالحه[1].

ومد مُدة صلاحية خطاب الضمان لا يتوقف أمره على إرادة العميل فقط وإنما يتعين أخذ موافقة بقية الأطراف الأخرى ، فالمستفيد بوصفه صاحب المصلحة والقرار الأول والأخير في صرف قيمة الخطاب أو عدم صرفها ، ينبغي أخذ موافقته على التمديد ، ولا يُشترط أن تكون الموافقة صريحة ، إذ يكفي أن يسكت المُستفيد عن تقديم طلب لتسييل الخطاب للبنك الضامن ، وإن كان الواقع يستوجب أن يُقدَّم العميل للمُستفيد ما يُفيد أنَّه وجه تعليماته للبنك الضامن بتمديد مدة الخطاب وأنَّ البنك قد وافق على ذلك كتابة.

ولا يكفي الحصول على موافقة العميل والمستفيد لتمديد الخطاب ، وإنما ينبغي الحصول على موافقة البنك الضامن كذلك ، لأنَّه هو المُلتزم الأول والأصيل أمام المُستفيد طبقاً لمبدأ إستقلالية خطاب الضمان ، إذ قد يحتاج البنك الضامن إلى إعادة تقدير موقف العميل مرة أخرى قبل إصدار موافقته بالتمديد كما لو كان يُصدر خطاب الضمان لأول مرَّة .

هذا وقد جرى العمل المصرفي ، على أن يقوم العميل الأمر بتفويض البنك الضامن بنص صريح في عقد فتح الإعتماد بالضمان المُبرم بينهما ، يخوله فيه حق تمديد فترة صلاحية خطاب الضمان ، متى ما طلب المُستفيد ذلك ، وبالتالي فإذا لم يتقدَّم المُستفيد بطلب لتسييل خطاب الضمان كما لم يتقدَّم بطلب لتمديد مدة سريان الخطاب ، فإنَّ البنك الضامن في هذه الحالة لا يحق له أن يقوم من تلقاء نفسه بتمديد أجل خطاب الضمان دون مُطالبة ، لأنَّ النص يخوله التمديد متى ما طلب المُستفيد.

وبالتالي فإذا قام البنك بإجراء التمديد دون طلب من العميل أو المُستفيد ، ومن ثمَّ قام المُستفيد بتسييل الخطاب خلال فترة التمديد التي منحها له البنك ، فإنَّ البنك يُسأل عن ذلك ، و لا يكون له الحق في الرجوع على عميله الآمر إستناداً لأحكام عقد فتح الإعتماد بالضمان أو خطاب الضمان.

---

١) الدكتور/ مُحي الدين إسماعيل علم الدين ، موسوعة أعمال البنوك ـ الجزء الثاني ، طبعة ١٩٩٣م ، صفحة (٨٢٨).

ونتيجة لذلك ، تنعقد مسئولية البنك قبل عميله ، إذا قام بالوفاء بعد إنقضاء مدة الخطاب ، على أنَّ ذلك لا يمنع البنك من الرجوع على عميله بما تمَّ الوفاء به للمُستفيد على أساس الفضالة إذا ما توافرت شروطها[1].

١) الدكتورة/ سميحة القليوبي ـ الأسس القانونية لعمليات البنوك ـ الطبعة الثانية ، ٢٠٠٣م ، دار النهضة العربية ، صفحة (٢٠٠).

المطلب الثاني
طلب المد المُقدَّم من المُستفيد.

قد يقتضي الحال أن يقوم المُستفيد بتقديم طلب للبنك الضامن يُطالبه فيه بتمديد خطاب الضمان ، وذلك في حال أنَّ العميل الآمر لم يُكمل إلتزاماته المُتفق عليها مع المُستفيد أو أنَّ الجزء المتبقي من الإلتزامات يسير ، أو أنَّ المُستفيد موافق على التمديد حتى يُمكَّن العميل من إنجاز وإتمام ما إلتزم به ، ففي مثل هذه الحالة يقوم المُستفيد بالتقدَّم بطلبه للبنك الضامن بغية تمديد مدة خطاب الضمان.

وهنا قد يثور التساؤل ، لمن يُوَّجه طلب تمديد خطاب الضمان ، هل يوجَّهه المُستفيد للبنك الضامن مُباشرة أم يُقدَّمه للعميل ؟.

وللرد على هذا التساؤل نقول بأنَّ الأصل أن يوجه طلب مد مدة خطاب الضمان للعميل المدين نفسه لا البنك الضامن ، وذلك لأنَّ البنك مدين بدفع مبلغ من النقود فحسب ، وليس مفوَّضاً بإجراء التمديد من تلقاء نفسه ، حيثُ أنَّ هذا الإلتزام لم يرد له ذكراً في خطاب الضمان ، وهذا هو رأي أكثرية أهل الفقه القانوني.

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإنَّ تمديد أجل خطاب الضمان من عدمه هو أمر تُحدده العلاقة القائمة بين العميل الآمر والمُستفيد ولا شأن للبنك الضامن بها ، لأنَّ البنك مُلزم فقط بأداء قيمة خطاب الضمان متى ما تقدَّم المُستفيد بطلبه خلال المُدة المُبيَّنة بالخطاب[1]، فضلاً عن أنَّ إلتزام البنك بإصدار خطاب الضمان ليس إلا تطبيقاً للأثر المترتب على عقد الإعتماد بالضمان المُبرم بين البنك والعميل[2].

وعليه ، فإذا تقدَّم المُستفيد بطلب التمديد إلى البنك الضامن ولم يكن البنك مُخولاً من قبل العميل بإجراء التمديد ، فإنه يتوجب على البنك أن يقوم مُباشرة بإخطار العميل بورود طلب التمديد ، حتى يتخذ العميل القرار المُناسب بشأن الطلب ، وحتى يتسنى للعميل الإتصال بالمُستفيد للإتفاق على مدة التمديد.

وفي هذا المعنى ، نصت القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس ، في المادة رقم (٢٦) ، حيثُ نصت على التالي :

" إذا طلب المُستفيد مد أجل الضمان كبديل لطلب دفع قُدَّم طبقاً لشروط وقواعد الضمان ، وبالمطابقة لهذه القواعد ، يجب على الضامن بدون تأخير إخطار الطرف الذي أصدر للضامن تعليماته

---

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٢٩١).

٢) الدكتورة/ سميحة القليوبي ـ الأسس القانونية لعمليات البنوك ـ الطبعة الثانية ، ٢٠٠٣م ، دار النهضة العربية ، صفحة (٢٠١).

وفي هذه الحالة يُعلَّق الضامن دفع المُطالبة لوقت معقول يسمح للأصيل والمُستفيد بالوصول إلى إتفاق لمنح هذا الإمتداد ".

وتطبيقاً لذلك ، فإذا تقدَّم المستفيد بطلبه للبنك الضامن ، وظلت المشاورات والمفاوضات بينهما ، أو أخذت وقتاً طويلاً أو لم يرد عليها البنك حتى إنتهى أجل الخطاب ، سقط إلتزام البنك[1].

وإن كان ذلك ، لا يعفي البنك من المسئولية أمام المُستفيد ، إذا كان تصرفه أو تأخره في إيصال طلب التمديد للعميل ينطوي على سوء نية أو إهمال ، وذلك تطبيقاً للمادة (١٥) من القواعد الموحدة ، والتي تنص على :

" الضامنون ومصدرو التعليمات لا يتم إعفائهم من الإلتزامات والمسئوليات طبقاً للمواد (١١) ، (١٢) ، (١٤) المذكورة عاليه إذا لم يتصرفوا بحُسن نية وبالعناية المعقولة".

وذلك كله بالطبع ، إذا ثبت سوء نية البنك الضامن أو ثبت إهماله .

ومن الناحية العملية ، وإن كان البنك الضامن مفوضاً من قبل العميل على إجراء التمديد في حال طلبه من المُستفيد ، إلا أنَّ البنك عادة يرجع إلى عميله ، بالرغم من التفويض الصريح ، لإعلامه بورود الطلب ولأخذ رأيه فيه ، وبخاصة في حال ورود طلب المُستفيد بالتمديد دون تحديد للمدة التي يطلبها ، أو إذا كان خطاب الضمان إبتدائياً ، إذ ربما يكون العميل غير راغب في التمديد.

أما إذا وجَّه المُستفيد طلب التمديد للعميل مُباشرة ، فإنَّه يتعيَّن في هذه الحالة على العميل أن يُقرر على وجه السرعة إما الموافقة على التجديد أو رفض الطلب وإخطار المُستفيد بذلك ، حتى يتسنى للمستفيد تقديم طلبه للضامن في وقت مناسب قبل إنتهاء مدة خطاب الضمان لإستيفاء قيمته.

وفي كثير من الأحيان ، يقوم المستفيد بتقديم طلبه للبنك الضامن مُطالباً إما بمد الخطاب أو الدفع فوراً ، فما مدى قيمة مثل هذا الطلب ؟.

تباينت آراء الفقهاء حول هذا الطلب ، فمنهم من رأى أنَّ مثل هذه العبارة لا تُعتبر طلباً جازماً من قبل المُستفيد ، وبالتالي لا يُعطي البنك الحق في الوفاء ، وما دام أنَّ البنك الضامن لم يُصدر تعبيراً صريحاً بمد الضمان إلى أن إنتهت مدته ، سقط الضمان ، بينما يذهب فريق آخر من الفقهاء إلى القول بأنَّ العبارة المذكورة تعني طلب الوفاء ما لم يُجدد الضمان ، وليس لها معنى آخر [2].

ويرى الباحث أنَّه يميل إلى الأخذ بالرأي الأخير الذي يقول بأنَّ العبارة الواردة تعني طلب الوفاء ما لم يتم التمديد ، وذلك لأنَّ العبارة وردت تخييرية " إما مدَّ الخطاب أو الدفع فوراً " ، وبما أنَّ البنك الضامن مُلزم أصلاً بموجب الخطاب الصادر منه بالدفع عند الطلب ، فلا محل للقول بأنَّ

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٢٩٣).

٢) المرجع السابق ، صفحة (٣٠٠).

العبارة لم تتضمن طلباً جازماً ، لأنَّها من الوضوح بحيث لا تحتمل معنى آخر ، وذلك تطبيقاً للقاعدة الفقهية " إعمال الكلام خير من إهماله ".

وفي هذا الصدد ، نجد أنَّ المادة (٢٦) من القواعدالموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة بباريس تنص في عجزها على التالي :

" .....

ومالم يتم الإمتداد في خلال المدة المُشار إليها في الفقرة السابقة ، يكون الضامن مُلتزماً بأن يدفع للمستفيد ما جاء بمطالبته بدون حاجة لإنتظار إجراء آخر من جانب المستفيد ، ولا تقع على الضامن أية إلتزامات (بدفع فاتورة أو خلافه) إذا تأخر السداد للمستفيد كنتيجة للإجراءات المُشار إليها ..... ".

وغني عن القول أنَّه إذا تقدَّم المُستفيد بطلب التمديد مقروناً بالدفع في حال عدم الوفاء ، وكان ذلك خلال مدة سريان خطاب الضمان ، وتمَّ رفض طلب التجديد ، فإنَّ البنك يكون مُلتزماً بأداء قيمة خطاب الضمان حتى ولو إنتهت مدة الخطاب ، لأنَّ العبرة في ذلك بتاريخ تقديم الطلب وليس تاريخ السداد[١].

١) الدكتور/ عبدالحميد الشواربي ، القانون التجاري ، العقود التجارية في ضوء الفقه والقضاء ، الناشر مُنشأة المعارف بالأسكندرية ـ (بدون رقم طبعة) ـ صفحة (٥٦٨).

المطلب الثالث
إخطار العميل بتمديد خطاب الضمان.

الأصل أنَّه ، إذا تقدَّم المُستفيد بطلب تمديد مُدة خطاب الضمان للبنك الضامن ، فإنَّه يتعيَّن على البنك إخطار العميل بالطلب وذلك في حال أنَّ البنك الضامن لم يكن مفوَّضاً بإجراء التمديد نيابة عن العميل ، وذلك حتى يتسنى للعميل أن يتصل بالمُستفيد قبل وقت كافي للتباحث حول طلب التمديد قبل إصدار العميل لقراره بالقبول أو الرفض.

وحتى في حال أنَّ البنك الضامن كان مفوَّضاً بإجراء مثل هذا التمديد ، فقد جرى العمل لدى البنوك ، على قيام البنك بإخطار عميله بمُجرد إستلامه لطلب التمديد من قبل المُستفيد ، رغم أنَّ البنك كان مفوَّضاً بقبول التمديد دون الحاجة لإخطار العميل الآمر.

والحكمة من وراء ذلك الإخطار هو أنَّ التمديد والتجديد بصفة عامة يزيد من مُدة إلتزام العميل في عملية الإعتماد ، لذلك وجب أن يُحاط العميل بذلك علماً ، خاصة وأنَّه قد تكون هناك مُستجدات قد طرأت في العلاقة بين العميل والمُستفيد ، تستوجب أن يُحاط العميل علماً ، لإتخاذ القرار المناسب في القوت المناسب.

وقد إعتبر البعض أنَّ تخلَّف البنك الضامن أو إهماله في إخطار العميل بالتمديد أو التجديد ، خطأ يترتب عليه مسئولية البنك قبل العميل ، وعادة ما تكون مسئولية البنك منحصرة في سقوط حقه في المُطالبة بفوائد مبلغ خطاب الضمان والعمولات المُستحقة عن التجديد.

أما بخصوص مبلغ الضمان نفسه ، فإنَّ الأصل أن يكون العميل مُلتزماً به حتى ولو لم يقم البنك الضامن بإخطاره بتمام التمديد أو التجديد ، طالما أنَّ البنك الضامن كان مفوَّضاً في إجراء مثل هذا التمديد.

ويترتب على ذلك ، أنَّ العميل يكون مُلزماً برد ما تحمَّله البنك الضامن ، رغم بقاء حق العميل في المُنازعة حول أحقيَّة البنك الضامن في المُطالبة بالفوائد والعمولات عن الفترات التي مدَّد أو جدد فيها الخطاب دون إخطاره بذلك التمديد أو التجديد.

المبحث الرابع
خطاب الضمان من حيثُ سقف المبلغ الذي يلتزم البنك المُصدر بإدائه.

المعلوم أنَّ إلتزام البنك الضامن بموجب خطاب الضمان هو أداء مبلغ مُعيَّن من النقود وليس شئ آخر ، وإلا أصبح الأمر كفالة وليس خطاب ضمان.

والمبلغ الذي يلتزم البنك الضامن بأداءه للمستفيد عادة يكون مُحدداً بشكل دقيق ، وهذا ما يُسمى بالمبلغ الثابت ، وفي هذه الحالة يكون إلتزام البنك في حدود هذا المبلغ ولا يجوز للبنك أن يتعداه ، وإلا فقد حقه في الرجوع على العميل الآمر بما زاد عن ذلك الحد المُعيَّن.

كذلك قد يكون سقف مبلغ الضمان مُحدداً بحده الأقصى ، بحيث يكون إلتزام البنك في حدود ذلك المبلغ المذكور ، والمُراد بذلك أنَّه يجوز للبنك أن يؤدي السقف المُبيَّن أو ما دون ذلك.

وقد يتضمَّن خطاب الضمان ما يُفيد بأنَّ مبلغ الضمان قابل للتخفيض بنسبة مُعينة حسب الأعمال المُنفذة من عقد الأساس المُبرم بين العميل والمُستفيد ، ومثل هذا الشرط غالباً ما يكون بناءً على طلب العميل ، لأنَّه يُناسب مصلحته.

وتطبيقاً لهذا الشرط ، فإنَّه يتوجب على البنك الضامن أن يُخفَّض مبلغ الضمان أول بأول حسب الأعمال والأشغال المُنفذة[1].

ومثل هذا الشرط المذكور ، يجب أن يُنص عليه صراحة في خطاب الضمان ، تفادياً لأي نزاع بشأنه مُستقبلاً ، بحيث أنَّه إذا لم يتم تضمين مثل هذا الشرط ، فإنَّه يمتنع على العميل التحدي بضرورة تخفيض قيمة الضمان ، حتى ولو تقدَّم العميل الآمر للبنك الضامن بالشروط التي تُثبت التسليم الجزئي.

ومثل هذا الشرط الوارد ذكره لا يدخل البنك الضامن في النظر في علاقة الأساس القائمة بين العميل والمستفيد ، إذ أنَّه يتقيَّد بحرفية ما ورد بمتن خطاب الضمان فقط تطبيقاً لمبدأ الإستقلالية التي يتمتع بها خطاب الضمان عن غيره من العلاقات الأخرى المُحيطة أو المرتبطة به.

وعليه فإنَّ البنك الضامن لا يدخل في إعتباره عند تنفيذ مثل هذا الشرط علاقة الأساس ، فضلاً عن أنَّ البنك لا يقوم بالبحث أو التمحيص أو التحقق من حجم الأعمال المُنجزة من عدمه ، وإنما يُطبق الشرط إستناداً للمُستندات التي يُقدَّمها له العميل ، دون أن يكون البنك مُلزماً بتعقب صحتها ، أما إذا كانت المُستندات المُقدَّمة ظاهرة الفساد أو غير صحيحة ووضوح عدم الحقيقة بائناً ، فعندئذٍ لا يلتزم الضامن بوفاء مبلغ الضمان طالما لم ترد إليه المُستندات التي تؤكد وجوب تخفيض هذا المبلغ.

---

١) الدكتور/ خليل فيكتور تادرس خليل ، مبدأ الإستقلال في خطاب الضمان الدولي ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٤م ،ـ ٢٠٠٥م ، صفحة (٣٣١).

وإذا كان العميل يرى بانَّ المُستفيد قد إستوفى المبلغ كاملاً دون وجه حق ، فلا سبيل أمامه إلا الرجوع على المُستفيد لإستيفاء هذا الحق إما رضاءً أو قضاءً.

أما بخصوص القواعد الدولية ، فقد تناولت القواعد الوحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية ذلك الشرط في المادة (٨) ، حيثُ نصت على التالي:

" وقد يحتوي الضمان على ما يُفيد صراحة تخفيضه بمبلغ مُحدد أو مبالغ مُعيَّنة في تاريخ أو تواريخ مُحددة أو مُقابل تقديم مُستند أو مُستندات مُحددة لهذا الغرض في الضمان إلى الضامن ".

ويُفهم من النص آنف الذكر أنَّ ورود شرط التخفيض التلقائي لمبلغ الضمان لا ينال من إستقلالية خطاب الضمان ، إلا أنَّه يتعيَّن أن يؤخذ مثل هذا الشرط بشئ من الحذر ذلك أنَّه إذا كان يترتب على ورود شرط التخفيض التلقائي أن يقوم البنك الضامن بالتعرض لعقد الأساس للوصول لحقيقة المبلغ المفترض سداده للمُستفيد ، فإنَّ ذلك يتنافى مع مبدأ الإلستقلالية وذاتية خطاب الضمان ، لأنَّه يتطلب البحث والتحقق في أمور ووقائع خارجية ، وبالتالي يُحيل خطاب الضمان إلى كفالة.

وتفادياً لمثل هذا الأمر ، نجد أنَّ المادة (٨) سالفة الذكر قد حددت حالات التخفيض التلقائي بحالتين :

- **الحالة الأولى** : عند حلول تاريخ أو تواريخ مُحددة سلفاً في خطاب الضمان .
- **والحالة الثانية** : عند تقديم مُستند مُعيَّن أو مُستندات مُحددة إلى الضامن.

ومما يجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أنَّه إذا كان طلب الوفاء بقيمة خطاب الضمان يرد من المُستفيد ، فإنَّ مُستندات التخفيض التلقائي لمبلغ الضمان تُقدَّم عادة من العميل الآمر أو وكيله.

ولعله من المُناسب التطرق لحالة الوفاء بمبلغ الضمان على دُفعات ، وهي حالة أنَّ المُستفيد إذا تقدَّم بطلبه إلى البنك الضامن للوفاء بجزء من مبلغ الضمان ، وقام البنك الضامن بالوفاء بالجزء المطلوب ، فما مصير بقية مبلغ الضمان ؟ بمعنى آخر ، هل الوفاء بجزء من مبلغ الضمان يُبرئ ذمة البنك الضامن من بقية مبلغ الضمان ؟ وهل يجوز أن يُفسَّر ذلك الطلب بأنَّه هو فقط محل المُطالبة ؟.

قد يُفسَّر البعض ذلك بأنَّه وطالما أنَّ المُستفيد قد قصر مُطالبته في جزء من مبلغ الضمان ، فإنَّ ذلك يعني أنَّه قد تنازل برضاه عن بقية المبلغ المتبقي من الضمان ، وبالتالي تبرأ ذمة البنك الضامن في حدود المبلغ المدفوع ، ولكن ورغم أنَّ مثل هذا الشرط ليس من الشروط الدارجة في نصوص التعهد ، إلا أننا نقول بأنَّه ليس هناك ما يمنع المستفيد من المطالبة الجزئية بجزء من مبلغ الضمان ، و أن يتقدَّم فيما بعد وخلال مدة سريان الضمان للبنك للوفاء بجزء آخر أو ببقية مبلغ الضمان المُتبقي كاملاً ، لأنَّ تنازل المُستفيد عن بقية مبلغ الضمان لا يُفترض بل ينبغي أن يُذكر صراحة أو يُستنتج من عبارات واردة

بطلبه تُفيد بأنَّه قد تنازل عن المطالبة ببقية مبلغ الضمان ، نظراً لأنَّه قد حصل على ما هو مُستحق له[1].

وهذا ما تناولته النصوص الدولية ، حيثُ نصت المادة (١٨) من القواعد الموحدة لخطابات الضمان التي تُدفع عند الطلب ، على الآتي :

" المبلغ الذي يُدفع في نطاق الضمان ينخفض بقيمة أي مبلغ تمَّ دفعه من الضامن إستجابة لمُطالبة سابقة في نطاق الضمان نفسه وحينما يكون المبلغ الأقصى الذي يُدفع في نطاق الضمان قد تمَّ الوفاء به من خلال الدفع أو التخفيض فإنَّ الضمان ينتهي بغض النظر إذا كان قد تمَّ رد الضمان وتعديله أو تعديلاته ".

نخلُص من نص المادة السابقة ، إلى أنَّه يجوز للمستفيد أن يُجزئ مُطالباته ، وأن يُطالب بمبلغ الضمان على عدة دفعات حسب تقديره ، وأن مُطالبته بجزء لا يعني تنازله أو إسقاطه لبقية مبلغ الضمان طالما لم يذكر ذلك صراحة في طلبه المُقدَّم للبنك ، وكل ذلك بشرط الاَّ يتقدَّم بطلب الوفاء بعد إنتهاء مدة سريان الخطاب ، أو يتجاوز الحد الأقصى المُحدد لمبلغ الضمان.

١) أنظر في هذا المعنى : الدكتور/ خليل فيكتور تادرس خليل ، مبدأ الإستقلال في خطاب الضمان الدولي ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٤م ،ـ ٢٠٠٥م ، صفحة (٣٣٠) وما بعدها.

المبحث الخامس
كيفية المُطالبة بقيمة خطاب الضمان.

إنَّ صدور خطاب الضمان وإن كان بمُناسبة عقد الأساس المُبرم بين العميل والمُستفيد إلا أنَّه مُستقل عنه ، أي أنَّ العلاقة القائمة بين البنك الضامن والمستفيد مُنفصلة تماماً عن علاقة العميل الآمر بالمُستفيد ، وبالتالي فإنَّ البنك الضامن يلتزم بمجرد وصول خطاب الضمان للمُستفيد ، بإعتبار أنَّ إلتزام البنك في مواجهة المُستفيد هو إلتزام أصيل ، وبإعتبار أنَّ المبلغ الوارد ذكره بالخطاب هو حق للمُستفيد.

والواقع أنَّه ليس هناك شكل مُحدد أو صيغة بعينها يتعيَّن أن ترد فيها مُطالبة المُستفيد ، فالمستفيد يستطيع أن يتقدَّم بمُطالبته المكتوبة للبنك لتسييل خطاب الضمان ، بشرط أن تكون مُطالبته مستوفية البيانات الأساسية كأن يُذكر رقم خطاب الضمان المُراد تسييله وإسم المُستفيد كاملاً والمبلغ المطلوب والعملة وتاريخ تقديم الطلب وخلافه .

وقد يُطالب المستفيد بأداء قيمة خطاب الضمان دفعة واحدة ، وقد يُطالب به على عدة دفعات ، وكما ذكرنا آنفاً أنَّ المُطالبات الجزئية من قبل المستفيد لا تُسقط حقه في المُطالبة ببقية مبلغ الضمان طالما أنها وصلت للبنك الضامن خلال فترة سريان الخطاب.

وتفريعاً عن ذلك ، يحق للمستفيد إذا كان طلبه المُقدَّم للبنك لتسييل الخطاب غير مُستوفي للشروط أو رفضه البنك لنقصان بعض البيانات ، فإنَّه يحق للمستفيد أن يتقدَّم بطلب آخر بعد إستيفاء البيانات والشروط المطلوبة من قبل البنك ، دون أن يحق للبنك أن يتذرَّع بأنَّ المطالبة الأولى لم تكن مستوفية للشروط ، لأنَّ معنى الضمان بمجرد الطلب تعني أن يلتزم البنك بالدفع المجرد طالما توافرت الشروط المطلوبة .

وكل ما على البنك فعله هو التحقق من أنَّ الطلب صادراً إليه من المُستفيد أو وكيله المفوَّض ، وأنَّ الطلب مستوفي لجميع الشروط المُبيَّنة بخطاب الضمان ، وأنَّ الطلب جازم في دلالته على أنَّ المستفيد يقصد منه تسييل خطاب الضمان ، وأنَّ المبلغ المُطالب به في حدود المبلغ المُبيَّن في خطاب الضمان ، وأنَّ المطالبة واردة بنفس العملة المُحددة بالخطاب ، وأنَّ طلب التسييل قد وصل للبنك خلال مدة سريان خطاب الضمان.

فمتى توافرت كل هذه الشروط فلا يكون أمام البنك الضامن إلا الوفاء بقيمة المُطالبة ، حتى ولو وردت إليه إعتراضات من قبل العميل.

عليه ، ولبيان الفرق بين طلبات الوفاء عند الطلب والطلبات المُبررة وممن يُقدَّم طلب الوفاء والمُدة التي يتعيَّن أن يتم تقديم الطلب خلالها ، فإننا سنتناول هذه النقاط في المطالب التالية :

المطلب الأول : الضمان عند الطلب والضمان المُبرر.

المطلب الثاني : ممن يُقدَّم طلب الوفاء بقيمة خطاب الضمان.

المطلب الثالث : المدة التي يتوجب خلالها تقديم خطاب الضمان.

المطلب الرابع : حالات المُطالبة القضائية.

المطلب الأول
الضمان عند الطلب والضمان المُبرر.

الضمان لدى أول طلب:

يُقصد بالضمان لدى الطلب ، الضمانات التي يلتزم البنك الضامن فيها بأداء قيمتها دون النظر إلى أية إعتراضات ترد إليه من عميله الآمر أو دون أن يكون للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بأي دفوع مُستمدة من أي علاقة أخرى بخلاف خطاب الضمان ذاته ، وهي ما تُسمّى بـ " الضمانات غير المشروطة " ، وذلك تمييزاً لها عن " الضمانات المشروطة " ، وهى الضمانات التي لا يقوم فيها البنك بالوفاء بقيمتها إلا بعد تحقق الشروط الواردة بالضمان.

و " الضمانات غير المشروطة " ليست لها صيغة مُحددة ، بل يجوز فيها أستخدام أي صيغة يُفهم منها أنَّ العميل مُتنازل عن التمسك بأي دفع يعوق سداد قيمتها ، وقد درج العمل المصرفي على إستخدام العبارات مثل " لدى أول طلب " ، نتعهد بأن ندفع لكم بغض النظر عن صحة وآثار عقد الأساس ، لدى أول طلب من جانبكم دون التمسك عليكم بأي دفع من عقد الأساس ، أو لدى الطلب ودون تبرير صحة ودون الحاجة إعذار أو إجراء إداري أو قضائي أو إثبات من أي نوع[1] ".

هذه الصيغ تُعد من أبسط وأسهل الصيغ بالنسبة للبنك ، إذ أنها تنأى بالبنك الضامن بعيداً عن أي منازعات قد تنشب بين العميل الآمر والمستفيد ، وكل ما على البنك فعله هو السداد للمستفيد متى ما تقدَّم بطلبه للبنك ، ولكن وبالرغم من كل ذلك ، نجد أنَّ خطاب الضمان غير المشروط لا يعطي المستفيد الحق في المطالبة بقيمة الخطاب بشكل مطلق وبدون قيد ، إذ يحق للبنك أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد إذا تبيَّن للبنك أنَّ طلب المستفيد لتسييل الخطاب قد إنطوى على غش بيَّن يفقأ العينين ، أي أنَّ الغش من الوضوح لدرجة أنَّه يمكن الإهتداء إليه من أول نظرة دون الحاجة لبذل أي جهد.

ويدفع البنك قيمة الخطاب للمستفيد بشيك مصرفي عادة ، طالباً منه إعادة خطاب الضمان لإلغائه ، وبعد سداد قيمة الخطاب يقوم البنك بإلغائه من سجلاته ، حتى ولو لم يتسلَّم أصل الخطاب من المستفيد[2] .

الضمان المُبرر :

يُقصد بالضمان المُبرر ، هو الطلب الذي يتقدَّم به المستفيد للبنك الضامن طالباً منه تسييل مبلغ الضمان أو أي جزء منه ، موضحاً في الطلب ذاته الأسباب التي دعته إلى تسييل خطاب الضمان ، ومن

---

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٢٨٥).

٢) الدكتور/ مُحي الدين إسماعيل علم الدين ، موسوعة أعمال البنوك ـ الجزء الثاني ، طبعة ١٩٩٣م ، صفحة (٨٣٤٨٠٢).

هنا جاءت تسميته " بطلب الضمان المُبرر " ، أي الطلب الذي يحتوي على الأسباب التي دفعت المُستفيد للقيام بتقديم طلبه لصرف الضمان.

وهنا يجب التفريق بين " خطاب الضمان المشروط " و " طلب الضمان المُبرر " ، ففي خطاب الضمان المشروط لا يقوم البنك الضامن بالوفاء بقيمة الضمان إلا بعد تحقق الشروط الواردة تحديداً بالخطاب ، وذلك بالضرورة يتطلب من البنك التحقق من إستيفاء الشروط المذكورة أم لا ، بحيثُ أنَّه إذا رأى البنك أنَّ الشروط المطلوبة لم تتحقق ، ففي هذه الحالة يحق للبنك الضامن أن يمتنع عن السداد.

أما في " طلب الضمان المُبرر " فكل ما هو مطلوب من المستفيد أن يوضَّح بطلب التسييل المُقدَّم منه الأسباب التي أدت به للمُطالبة بصرف قيمة الضمان ، دون أن يكون المُستفيد مُلزماً بإثبات المُبررات التي أوردها بطلبه ، ودون أن يكون البنك الضامن أيضاً مُلزماً بالتحقق من صحة ما أدعاه المستفيد ، فيكفي فقط ذكر الأسباب والمُبررات حتى يعلم البنك بما ينسبه المُستفيد للعميل الآمر ، ليسهل على العميل الرجوع على المُستفيد بعد إستيفاء قيمة الضمان ، بإثبات ما يُخالف تبرير المُستفيد[١].

والإشكال ينشأ إذا كان خطاب الضمان قد ورد فيه أن يُدفع لدى أول طلب مُبرر ، أي جُمع فيه بين صفة خطاب الضمان غير المشروط " الضمان لدى الطلب " و " الضمان المُبرر " ، فهل يُعطي البنك الضامن أهمية لعبارة " مُبرر " الواردة بالخطاب ، وبالتالي يُطالب المُستفيد بإبداء أسبابه وتبريراته ضمن طلب تسييل خطاب الضمان ، أم يتجاهل عبارة " مُبرر " ويكتفي بعبارة " لدى أول طلب " ويعتبر أنَّ الخطاب غير مشروط ، وأنَّ عبارة " مُبرر " من قبل التزيَّد ، خاصة وأنَّ البنك غير مُلزم بتعقب صحة التبرير من عدمه ؟.

حكمت محكمة باريس بأنَّ المُستفيد لا يُلزم بتقديم مُستند يُبرر إدعاءه ، بل يكفي أن يذكُر مُبرراً لطلبه التنفيذ ، في حين ذهب فريق آخر من الفقه الفرنسي إلى أنَّ عبارة " مُبرر" أو مُسبب هي مُرادف لكلمة " Justified" في الإنجليزية ، والتي تُفيد بأنَّ على المُستفيد تقديم مُستند للتدليل على أسباب طلبه الضمان[٢].

أي لا يكفي ذكر التبرير فقط بطلب التسييل وإنما يتعيَّن أن يكون مُعززاً بالمُستند الدال على ذلك.

---

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٢٥٩).

٢) المرجع السابق ، صفحة (٢٥٩).

بينما يرى الفقيه الفرنسي " فاسبير" بأنَّ البنك الضامن يكفيه إعلان سبب الطلب فقط دون أن يُكلف المستفيد بتقديم أي طلب أو أي مُستند إطلاقاً.

والرأي الراجح هو رأي الفقيه " فاسبير " ، لأننا بصدد ضمان بمجرد الطلب ولسنا أمام ضمان مُستندي ، وأنَّه يجب الوقوف عند عبارة الضمان ، خاصة و أنها لا تتطلب مُستنداً ولا تُبيِّن نوع هذا المستند[1].

١) المرجع السابق ، على الهامش ، صفحة (٢٦٠).

المطلب الثاني
ممن يُقدَّم طلب الوفاء بقيمة خطاب الضمان.

نظراً لأنَّ خطاب الضمان يقوم في الأساس على الإعتبار الشخصي كما قال بذلك كثير من الفقهاء[1] ، حيثُ أنَّه لا يقبل التداول كالورقة التجارية ، كما لا يقبل التنازل عنه ، لذلك لا يتصور أن يُقدَّم طلب تسييل خطاب الضمان إلا من المُستفيد شخصياً أو من ينوب عنه ، ويتعهد بذلك وكيله القانوني ، فإذا كان الخطاب لصالح شركة فإنه يجوز تقديم طلب التسييل من مُدير الشركة المفوَّض بذلك أو من أي موظف مُخوَّل بتقديم مثل هذا الطلب ، طالما أنَّ صرف الضمان لمصلحة وفائدة المُستفيد.

وبالتالي فإذا كان المُستفيد شركة ذات طبيعة مُعيَّنة (شركة ذات مسئولية محدودة) على سبيل المثال ، وتمَّ تصفيتها ، فإنَّه يجوز تقديم الطلب من المُصفي القانوني لأنَّه هو الذي يُمثِّل الشركة قانوناً إبَّان فترة التصفية ، أما إذا تمَّ تحويل الشركة لشركة أخرى ، كأن تحولت من شركة ذات مسئولية محدودة إلى شركة مُساهمة عامة ، حتى وإن بقيت بنفس الإسم السابق ، ففي هذه الحالة يحق للبنك أن يمتنع عن صرف قيمة الضمان لإختلاف شخص المُستفيد.

وتفريعاً عن ذلك ، فإنَّه لا يجوز لدائني المُستفيد أن يتقدموا بطلب نيابة عنه بغية صرف قيمة الضمان ، ذلك لأنَّ الخطاب طبيعته شخصية ، كما أنَّه من الحقوق الشخصية التي لا يجوز للدائنين إستعمالها بالدعوى غير المُباشرة ، وبالتالي فإنَّ إرادة الدائن أو مجموعة الدائنين لا يُمكن أن تحل محل إرادة الدائن في المُطالبة بتسييل الخطاب.

أما إذا كان المُستفيد المدين قد تقدَّم بطلبه للبنك الضامن وقام البنك بصرف قيمة الضمان له أو قيَّدها بحسابه الجاري لدى البنك ، ففي هذه الحالة يجوز للدائن أن يحجز عليه و أن يستوفي حقه منه بإعتبار أنَّ المبلغ قد دخل في ذمة المُستفيد.

أما إذا كان الدائن الذي يرغب في الحجز هو ذات البنك الضامن أو العميل الآمر ، فإنَّه يمتنع عليه إجراء الحجز ، لأنَّ ذلك يتنافي مع فكرة الضمان التي تقوم عليها خطابات الضمان.

وتنطبق ذات القاعدة ، إذا كان الراغب في إجراء الحجز هو المحال إليه بدين في ألأصل للعميل الآمر أو البنك الضامن[2].

---

١) أنظر رأي مُخالف لذلك للدكتور/ عبدالحميد الشواربي في مؤلفه : القانون التجاري ـ العقود التجارية ـ حيثُ يقول في صفحة (٥٥١) وما بعدها :

" ونرى ـ على خلاف ذلك ـ أنَّ خطاب الضمان لا يُمثِّل حقاً من الحقوق ذات الابع الشخصي ، فالحق يكون كذلك إذا كان بسبب طبيعته مُتصلاً إتصالاً وثيقاً بشخص الدائن ، فلا يُمكن في هذه الحالة أن ينزل عنه لشخص آخر ، والأمثلة على ذلك كثيرة ، منها الحق في النفقة والحق في التعويض عن الضرر الأدبي.

وبتطبيق هذه الخصائص على حق المُستفيد من خطاب الضمان لا تكون شخصية المستفيد محل إعتبار لدى البنك مُصدر الضمان ، بمعنى أنَّه يستوي لدى البنك أن يدفع لأي جهة يُحددها العميل الآمر .

والأمر على خلاف ذلك بالنسبة لشخصية العميل طالب إصدار خطاب الضمان ، فهي دائماً محل إعتبار لدى البنك ".

٢) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٢٧٠).

أما إذا كان المُستفيد قد تنازل صراحة عن حقه الثابت في خطاب الضمان لأي شخص أو جهة أخرى ، وكان المُستفيد مخولاً بإجراء مثل هذا التنازل بموجب خطاب الضمان ذاته ، ففي هذه الحالة لا يستطيع البنك الضامن رفض طلب التسييل المُقدَّم من المتنازل إليه ، وإنما يتوجب على البنك صرف قيمة الضمان.

وهذا ما أباحته القواعد الموحدة لخطابات الضمان لدى الطلب ، في مادتها رقم (٤) ، حيثُ نصت :

" حق المُستفيد في تقديم مطالبة في نطاق ضمان غير قابل للتنازل عنه ، مالم يكن قد نص على ذلك صراحة في الضمان أو في أي تعديل له.

ومع ذلك فإنَّ هذه المادة لا تؤثِّر على حق المُستفيد في التنازل عن أية مبالغ قد تؤول إليه أو تصبح من حقه في نطاق الضمان ".

أما عن طريقة تقديم الطلب ، فالثابت أنَّه ليس هناك طريقة مُحددة للتقديم ، وبالتالي فإنَّه يجوز للمُستفيد أن يُرسل طلب صرف الضمان بخطاب مُسجل بعلم الوصول ، أو أن يتقدَّم بشخصه للبنك ويُقدمه مباشرة بعد أن يأخذ من البنك ما يُفيد أنَّه قدمه في التاريخ المعني ، ليُثبت أنَّه قدَّم الطلب خلال المدة المقررة إذا ما نشأ خلاف بشأن ذلك.

ومتى ما تقدَّم المُستفيد بطلبه لصرف الضمان ، يقوم البنك الضامن بالتحقق من هوية المستفيد وأنَّه هو الشخص المعني بالخطاب ، وإن كانت هناك بعض البنوك ـ في بعض الدول العربية ـ تُطالب المُستفيد بأن يقوم بالتصديق على توقيعه الوارد بخطاب التسييل من البنك الذي يتعامل معه.

المطلب الثالث
المُدة التي يتوجب خلالها تقديم خطاب الضمان.

عند إصدار البنك الضامن لخطاب الضمان ، يقوم البنك بتحديد مدته ، أي المُدة التي يستطيع خلالها المُستفيد أن يتقدَّم بطلبه بغية تسييل خطاب الضمان ، وعادة ما يتم تحديد مدة صلاحية الخطاب بالإتفاق بين العميل والمُستفيد ، ومن ثمَّ يقوم البنك بتنفيذ إتفاقهما بتحديد المدة في خطاب الضمان ذاته.

وعليه فإذا صدر الخطاب دون تحديد لمدة صلاحيته ، فإنَّه يكون في هذه الحالة خطاباً غير مُحدد المدة ، ويجوز تبعاً لذلك للبنك الضامن أن يُنهي إلتزامه الوارد بالضمان في أي وقت بشرط أن يُخطر المُستفيد برغبته في ذلك كتابة ، وذلك خلال فترة مناسبة .

أما إذا كانت مدة سريان الخطاب مُحددة سلفاً بالخطاب ذاته ، فإنَّه يمتنع على البنك أن يقوم بالتنصل عن إلتزامه الوارد بالخطاب ، إذ يتوجب عليه البقاء مُلتزماً لحين إنقضاء المدة المبيَّنة أو قيام المُستفيد بالتقدَّم بطلبه لصرف الضمان أيهما أسبق.

والأصل أنَّ حق المُستفيد في صرف قيمة خطاب الضمان تنشأ بمُجرد صدور الخطاب وإعلانه للمُستفيد ، إذ أنَّ المُدة المُبيَّنة بالخطاب تُمثِّل أقصى تاريخ يُمكن فيه للمُستفيد أن يتقدَّم بطلبه للبنك الضامن ، وبإنقضاء ذلك التاريخ ينقضي حق المستفيد في المُطالبة بتسييل الخطاب.

وإذا كان حق المُستفيد في تسييل الخطاب ينشأ بمجرد صدور الخطاب ، فإنَّ ذلك لا يمنع من أن يبدأ حق المُستفيد في تاريخ مُعيَّن يُذكر صراحة بالخطاب ، كأن يُذكر بأن يبدأ حق المُستفيد في صرف الضمان إعتباراً من يوم كذا ، وبالتالي فإذا تقدَّم المستفيد بطلبه قبل التاريخ المذكور فإنَّه يجوز للبنك أن يرفض الطلب.

وفي ذلك تنص المادة (٦) من القواعد الموحدة الصادرة من غرفة التجارة بباريس ، على التالي:

" كل الضمانات يسري مفعولها في يوم صدورها مالم تكن شروطها تنص صراحة على أن يبدأ سريان المفعول في تاريخ لاحق ، أو أنَّ سريان المفعول مُعلق على تحقق شروط مُحددة تفصيلاً في الضمان وعدَّدها الضامن على أساس أي مُستندات مُعيَّنة منصوص عليها فيه ".

وعليه فإذا صدر الخطاب في يوم ٢٠٠٨/١٢/٣م وحُدد فيه أنَّ حق المُستفيد في صرف قيمة الخطاب يبدأ في تاريخ مُحدد ، على سبيل المثال في يوم ٢٠٠٨/١٢/١٥م ، وقام العميل قبل ذلك بتوجيه خطاب في يوم ٢٠٠٨/١٢/٩م بإلغاء الخطاب ، فإنَّ البنك بالرغم من ذلك يكون مُلتزماً طيلة

مدة الخطاب ، لأنَّ العبرة بتاريخ نشوء الإلتزام وليس بتاريخ إستحقاقه ، وعليه فلا يجوز للعميل أن يُطالب بإلغاء خطاب الضمان بإرادة مُنفردة طالما أنَّ البنك قد أصدره وأخطر المُستفيد بذلك.

وغني عن القول أن نذكر بأنَّه يتعيَّن أن تصل مُطالبة المُستفيد بتسييل الضمان قبل إنتهاء ساعات العمل الرسمية ، وعليه فإذا قدَّم المُستفيد طلبه بالبريد المُسجل ولكنه وصل للبنك بعد إنقضاء التاريخ المذكور بالخطاب ، فإنَّ حق المُستفيد يسقط في المُطالبة بقيمة الضمان ، وكذلك الحال إذا كان سبب التاخير في وصول المطالبة يرجع لأسباب خارجة عن إرادة المُستفيد كالقوة القاهرة وخلافه.

أما إذا وصل طلب المُستفيد خلال ساعات العمل ، بالفاكس مثلاً ، ولم يعلم به البنك حتى إنقضت مدة خطاب الضمان ، فإنَّ ذلك لا يُسقط حق المُستفيد ، لأنَّ العبرة في ذلك بتاريخ ورود طلب المستفيد وليس بتاريخ الوفاء بقيمة الخطاب.

وترتيباً على ذلك ، فإذا ورد الخطاب في آخر ساعات من المُدة المُحددة ، فإنَّه يجوز للبنك أن يوفي بقيمة الخطاب حتى ولو إنتهت المدة المُقررة بالخطاب طالما وصلت المطالبة قبل ذلك.

أما إذا كان الضمان مشروطاً ، فإنَّه يتعيَّن أن يصل طلب التسييل مشفوعاً بالمُستندات المطلوبة خلال المدة المحددة بالخطاب ، وتطبيقاً لذلك ، فإذا قدَّم المُستفيد طلب التسييل خلال المُدة المقررة لكنه تباطأ في إرفاق المستندات التي يتطلبها الخطاب حتى إنقضت المدة ، فإنَّ طلبه يكون مرفوضاً[1].

ومما يجدر ذكره في هذا الخصوص أيضاً أنَّه ، إذا صادف آخر يوم في مدة صلاحية الخطاب يوم عطلة رسمية ، فإنَّ المُدة تمتد إلى أول يوم عمل للبنك الضامن ، ولا يُعتبر الطلب قد قُدَّم بعد الآوان حتى ولو طالت مدة العطلة الرسمية ، كعطلة العيد مثلاً ، طالما أنَّ الطلب قد قُدّم في أول يوم عمل بعد العطلة.

ويجدر بنا أن نُذكَّر بأنَّ إلتزام البنك فوري ، وبالتالي فلا يجوز للبنك الضامن أن يُطالب بتأجيل تنفيذ طلب الضمان ، كما لا يحق للبنك الضامن أو المستفيد أن يلجأ للمحكمة لتأجيل أو تمديد صلاحية الضمان دون موافقة جميع الأطراف ، وذلك تطبيقاً للقاعدة الذهبية في العقود ، العقد شريعة المتعاقدين .

وبالتالي فلا يجوز للمحكمة أن تقوم بنقض العقد أو تعديله من جهة أي من المتعاقدين ، لأنَّ العقد وليد إرادتين ، وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة[2].

---

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٢٧٢) وما بعدها.

٢) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٢٦٥) ـ أنظر أيضاً : الدكتور/ عبدالرزاق السنهوي ـ الوسيط في شرح القانون المدني ـ الجزء الأول ، طبعة دار إحياء التراث العربي ، صفحة (٦٢٣) وما بعدها.

المطلب الرابع
حالات المُطالبة القضائية.

كما ذكرنا آنفاً فإنَّ إلتزام البنك الوارد بخطاب الضمان هو إلتزام أصلي وليس تابعاً لإلتزام عميله الآمر ، وبالتالي فلا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء بقيمة الخطاب ، إستناداً إلى دفوع مُستمدة من عقد الأساس ، وذلك لإستقلال خطاب الضمان عن العلاقات الأخرى المُحيطة به.

وعليه فإذا إستوفى طلب المُستفيد جميع الشرائط المطلوبة ، فلا سبيل أمام البنك الضامن سوى السداد ، ولكن قد يحدث أن يمتنع البنك عن الوفاء بقيمة الخطاب إما تعنتاً منه أو تأسيساً لأسباب ترجع لخطاب الضمان ذاته ، فكيف يتصرف المُستفيد في هذه الحالة ؟.

وبما أنَّ التشريع الوطني السوداني قد جاء خلواً من أية إشارة إلى نصوص تحكم خطابات الضمان المصرفية أو العمليات البنكية عموماً ، فإننا والحال كذلك ، نرجع للقواعد العامة في هذا الخصوص .

ففي جمهورية مصر العربية على سبيل المثال ، تضمَّن قانون المرافعات المصري في مادته (٢٠١) نص يتناول طلب أمر الأداء ، حيثُ نصت المادة سالفة الذكر على التالي :

" إستثناءً من القواعد العامة في رفع الدعاوى إبتداءً ، تُتبع الأحكام الواردة في المواد التالية إذا كان حق الدائن ثابتاً بالكتابة وحال الأداء وكان كل ما يُطالب به ديناً من النقود مُعيَّن المقدار أو منقولاً مُعيناً بنوعه ومقداره ".

وهذا النص من القانون المصري يُبيح للمُستفيد من خطاب الضمان أن يلجأ للمحكمة برفع دعوى مُطالباً بإصدار أمر أداء إذا توافرت شروط المادة المذكورة ، والمعلوم أنَّ أوامر الأداء تتمتع بقدر عالي من السرعة ، إذ أنَّ المحاكم عادة لا تنظر فيها مُتبعة القواعد المنظورة في رفع الدعاوى العادية ، إنما تنظره بشكل إستثنائي وسريع إذا ما توافرت شروطها.

أما في القانون السوداني ، فلا نجد نصاً مُشابهاً يُبيح للدائن أن يلجأ للمحكمة بصفة إستثنائية لأداء حقه الثابت والحال ، وذلك لخلو القانون السوداني أيضاً من أي نص يتعلق بأمر الأداء.

لذلك فلا مناص ولا سبيل أمام المُستفيد سوى إتباع إجراءات رفع الدعوى العادية في مواجهة البنك المُمتنع عن الوفاء بإلتزامه الوارد بخطاب الضمان مع حق المستفيد في مُطالبة البنك الضامن بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به وعن حرمانه من الإستفادة وإستغلال المبلغ المُستحق.

وقد تلجأ البنوك لحيلة أخرى مؤداها إيداع مبلغ الضمان لدى خزانة المحكمة ، وذلك لحين الفصل في النزاع القائم بين البنك والمُستفيد.

وفي ذلك نقول ، أنَّ الإيداع في خزانة المحكمة لا يُغني عن الوفاء للمستفيد ، ولا يُعتبر وفاءً بأية حال من الأحوال ، وعليه فإذا نظرت المحكمة الدعوى ، وتوصلت إلى أنَّ البنك الضامن ليس له الحق في الإمتناع عن الدفع ، ففي هذه الحالة يكون البنك مُلزماً بأداء التعويضات اللازمة للمستفيد جراء حرمانه من إستغلال مبلغه الوارد بخطاب الضمان ، ذلك إذا كان المستفيد قد طالب بالتعويض أمام المحكمة.

المبحث السادس
واجب البنك في الوفاء بقيمة خطاب الضمان.

إنَّ من الواجبات الأساسية التي يُنشأها خطاب الضمان في ذمة البنك الضامن ، إلتزامه بسداد قيمة الخطاب متى طُلب منه المستفيد ذلك خلال المُهلة المُبيَّنة بصلب الخطاب ، ومع ذلك فإنَّ هذا الإلتزام ليس على إطلاقه ، إذ يسبقه عادة بعض الإجراءات التي يتعيَّن على البنك الضامن القيام بها ، ومنها واجب البنك في التحقق من أنَّ جميع الإشتراطات الواردة بخطاب الضمان قد تمَّ إيفائها ، وذلك حتى يتمكن البنك الضامن فيما بعد من الرجوع على العميل الآمر بما أدَّاه .

لذلك ، ولإيضاح واجبات البنك عند تقدَّم المُستفيد بطلبه لتسييل الضمان ، سنقوم بتناول ذلك في مطلبين ، وعلى النحو التالي :

المطلب الأول : إلتزام البنك بالتحقق.

المطلب الثاني : إلتزام البنك بالدفع.

المطلب الأول
إلتزام البنك بالتحقق.

إنَّ الشروط التي ينبغي إيراداها في خطاب الضمان ومدته ومبلغه والعملة المتوجب دفع المبلغ بها، يتم الإتفاق عليها وعلى غيرها من التفاصيل الأخرى بين العميل الآمر والمستفيد ، وذلك في عقد الأساس المُبرم بينهما ، ومن ثمَّ يقوم العميل الآمر بإملاء ما تمَّ الإتفاق عليه على البنك الضامن لإيراده في خطاب الضمان.

وهنا يتجلى دور البنك في النصح والإرشاد قُبيل إصدار الخطاب ، إذ يتعيَّن عليه ـ بما له من خبرة عملية ودراية واسعة في هذا المجال ـ أن يقوم بدراسة الصيغة المُقترحة والشروط المُتفق عليها وذلك بإزالة أي لبس أو غموض يكتنف الصيغة أو الشروط ، و دراسة ما إذا كانت الشروط المُتفق عليها سوف تؤثر على طبيعة إلتزام البنك بخطاب الضمان من عدمه ، وذلك لأنَّ البنك الضامن هو الجهة المُلتزمة بالنهاية أمام المُستفيد ، لذلك يتوجب عليه دراسة الأمر بروية حتى يتجنب أي مشاكل قد تنشأ عند تقديم طلب التسييل.

ومتى ما قدَّم المُستفيد طلبه للبنك لتسييل الخطاب ، ينهض إلتزام البنك الضامن والمتمثل في القيام بواجب التحقق من كون أنَّ جميع بيانات الخطاب قد تمَّ إستيفائها ، قُبيل القيام بالوفاء بقيمة الخطاب ، وذلك حتى يتأتى للبنك الرجوع على عمليه بما دفعه نيابة عنه للمستفيد ، وعليه فإذا قصَّر البنك أو أغفل التحقق من أي شرط من الشروط الواردة بالخطاب ، وقام بسداد المبلغ للمستفيد ، فإنَّ البنك يفقد حقه في الرجوع على العميل بما أدَّاه ، فضلاً عن إحتفاظ العميل بحقه في الرجوع عليه بالتعويض إذا كان له مُقتضى.

وتطبيقاً لذلك ، فإنَّه يتوجب على البنك الضامن عند التحقق من الشروط أو عند تفسير نص الضمان التقيَّد بالألفاظ المُعبَّر عنها مع الإستهداء بنية الأطراف وبإتباع قاعدة التفسير الحرفي ، ولعل هذا ما درجت عليه المحاكم في تفسيرها لصيغة الضمان المُستقل ، وبالتالي فلا يجوز للبنك الضامن وهو في سبيل تفسير نصوص الضمان النظر وراء تعهده بالإستعانة بعبارات عقد فتح الإعتماد المُبرم بينه وبين العميل ، فهذا غير جائز[1].

فإذا كان إلتزام البنك بالدفع مُعلق على تحقق شرط يرد تحديده في صلب خطاب الضمان ، أو نص على تخفيض قيمة خطاب الضمان الصادر تأميناً لدفعة مُقدَّمة في حدود نسبة من المُستخلصات التي ترد للبنك ، أو نص على تحديد أجل لسريان الضمان ، في مثل هذه الحالات وغيرها يتعيَّن على

١) الدكتور/ خليل فيكتور تادرس خليل ، مبدأ الإستقلال في خطاب الضمان الدولي ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٤م ،ـ ٢٠٠٥م ، صفحة (٢٩٣).

البنك أن يتحرى توافر الشروط التي حددها خطاب الضمان قبل أن يُبادر بالدفع للمُستفيد ، فإذا تجاوز عن شرط من شروط خطاب الضمان بأن قام بالدفع قبل أن يتحقق من توافر الشرط المُعلق عليه الإلتزام بالسداد إلى المُستفيد ، أو دفع أصل المبلغ الوارد بالخطاب دون أن يجري تخفيضه بقدر النسب المُحددة من قيمة المُستخلصات ، فإذا حدث ووقع من البنك مُخالفة لأي شرط من شروط خطاب الضمان ، كان للعميل أن يعترض فإذا إعترض صار البنك مسئولاً قبله عن تعويضه بقدر ما لحق به من ضرر[1].

ومن ذلك يتضح أنَّه ، من إلتزامات البنك الضامن الجوهرية واجب التحقق من شخص المُستفيد أو ممثله أو وكيله الخاص ، مع إحتفاظ البنك بحقه في الرفض متى ما تقدَّم بالمطالبة شخص خلاف ذلك ، كما يقع على عاتق البنك كذلك التحقق من أنَّ الطلب قد قُدِّم خلال المدة المُحددة ، وبنفس المبلغ المذكور في الخطاب أو بمبلغ أقلَّ منه ، كما يتوجب عليه ـ البنك ـ كذلك التحقق من أنَّ الطلب قد قُدِّم بنفس العملة المُحددة بالخطاب.

بقى لنا أن نستعرض مسألتين ترتبطان بعملية الفحص والتدقيق ، هل يلتزم البنك الضامن بإخطار المستفيد في حالة رفضه الوفاء بقيمة الضمان ؟ وماذا يحدث لو إكتشف البنك بعض المفارقات أو المُخالفات في المُستندات المُقدَّمة إليه ؟.

ولردنا على هذين التساؤلين نقول ، بالنسبة للمسألة الأولى ، فمتى ما ظهر للبنك أنَّه لا يستطيع قبول طلب التسييل لأي سبب ، وجب عليه أن يُبادر بإخطار المُستفيد بذلك ، حتى يتدبر الأخير أمره بإستكمال النقص أو بعلاج سبب الرفض[2].

وهذا أيضاً ما نصت عليه المادة (١٠) الفقرة (ب) من القواعد الموحدة ، حيثُ نصت على :
(ب) إذا قرر الضامن رفض الطلب وجب عليه أن يُخطر المُستفيد فوراً برقياً ، وإذا لم يتمكن من ذلك يقوم بإخطاره بأسرع الطرق المكنة وأن أي مستندات قُدِّمت في نطاق الضمان سوف تكون تحت تصرف المستفيد.

أما بالنسبة للمسألة الثانية ، وهى لو إكتشف البنك بعض النقص أو بعض المُستندات المُقدَّمة من المستفيد للبنك أو وجد تناقضاً فيما بينها ، فأنه وتوافقاً مع مبدأ حُسن النية الواجب في المعاملات ، فإنَّه يتعيَّن على البنك إخطار المُستفيد بذلك ، كما انَّ على البنك إخطار العميل بهذا النقص ، إذ قد يصدر العميل تعليمات لاحقة للبنك بقبول المستندات بما يعتورها من نقص أو تناقض ، وبالطبع كل ذلك لا يُخل بحق البنك في رفض المستندات المخالفة منذ البداية[3].

---

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٢٨٧).

٢) الدكتور/ خليل فيكتور تادرس خليل ، مبدأ الإستقلال في خطاب الضمان الدولي ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٤م ،ـ ٢٠٠٥م ، صفحة (٣٠١).

٣) نفس المرجع السابق ، صفحة (٣٠١).

المطلب الثاني
إلتزام البنك بالدفع.

متى ما قام البنك الضامن بفحص المُستندات والتحقق من مُطابقتها للشروط الواردة بخطاب الضمان ، يقوم إلتزامه بدفع المبلغ الوارد بالخطاب للمُستفيد ، متى تقدَّم إليه المستفيد مُطالباً به.

وهذا هو جوهر إلتزام البنك الوارد بالخطاب ، لأنَّ إلتزام البنك بالدفع هو إلتزام بتحقيق نتيجة ، وهو إلتزام صارم ، فعليه الدفع فعلاً ، والدفع فوراً دون تلكؤ[1] .

والأصل أن يقوم البنك الضامن بسداد المبلغ فوراً متى ما إستوفى الطلب جميع الشروط المطلوبة ، ومتى تحقق البنك من توافر جميع ما إستلزمه خطاب الضمان ، وعبارة " فوراً " تُحددها العادات و الأعراف المصرفية عادة ، إذ جرى العُرف المصرفي أن يتم الوفاء بقيمة خطاب الضمان خلال مُدة يوم أو يومين على الأكثر ، وهذه هى المُدة التي يتطلبها البنك لإجراء الفحص والتحقق من توافر شروط وبيانات الخطاب.

وبالتالي فلا يجوز للبنك أن يتجاوز هذه المُدة ، لأنَّ في ذلك تجميد لمبلغ المستفيد المتوجب الدفع ، وعليه فإذا تأخر البنك في سداد المبلغ ، فإنَّه يتوجب عليه أن يقوم بدفع فائدة للمُستفيد متى ما توافرت شروط إستحقاقها طبقاً لعُرف التجارة ، وبالسعر التجاري ، لأنَّ دين البنك يُعتبر ديناً تجارياً في جميع الأحوال.

والجدير بالذكر أنَّ إلتزام البنك الضامن في الوفاء بقيمة خطاب الضمان يحدها حد ، وهو الاَّ يكون طلب المُستفيد لدفع المبلغ منطوياً على غش أو تعسَّف ، فإذا كان ذلك كذلك ، فإنَّه يمتنع على البنك أن يقوم بدفع مبلغ الضمان للمُستفيد ، وعليه فإذا قام البنك بالدفع على الرغم من عدم وجود أساس قانوني للمُطالبة ، فإنَّ البنك يلتزم بتحمَّل مسئولية ذلك الوفاء غير الصحيح في مواجهة العميل.

وغني عن القول ، أنَّ البنك الضامن يكون مُلتزماً بدفع مبلغ الضمان بحيث لا يمكنه الإعتراض على المُطالبة بأي دفع أو إعتراض مُستمد من العلاقات الأخرى.

وقد يدق السؤال عندما يتقدَّم المُستفيد بطلب تسييل الخطاب للبنك ، ويتأخر البنك في السداد لسبب أو لآخر حتى صدر حُكم قضائي يمنع البنك من الوفاء ، وهنا يبرز السؤال : هل يجوز للبنك الضامن أن يقوم بدفع مبلغ الضمان للمُستفيد مُتجاهلاً حكم المحكمة تأسيساً على أنَّ طلب المستفيد كان أسبق ومستوفياً للشروط ؟ أم يفترض أنَّ المستفيد قد إستحق المبلغ بمجرد طلبه ، وبالتالي يُقيده البنك

---

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٢٨٩).

في الجانب الدائن لحساب المستفيد بإعتبار أنّه حازه على سبيل الوديعة ، وأنَّ المُستفيد يكون قد قبض المبلغ حُكماً ، فكأنما حكم القضاء قد صدر بعد هذا القبض ؟.

تمَّ عرض المسألة على إدارة إتحاد البنوك بمصر في جلسته المُنعقدة في ٢٧/مارس/١٩٨٩م ، وقد أوصت اللجنة الفنية القانونية بالتالي :

" وجوب قيام البنوك بأداء إلتزاماتها المترتبة على إصدار خطاب الضمان طالما إستوفيت المُطالبة شروطها ، بصرف النظر عن إستلامها لإنذارات قضائية أو رفع دعاوى قضائية ضدها ، مالم يكن قد صدر حُكم قضائي واجب التنفيذ حتى تاريخ المُطالبة يمنع البنك من الوفاء بقيمة الخطاب ".

وطبقاً لهذا المبدأ ، فإنَّه متى صدر حُكم قضائي واجب النفاذ يمنع البنك من الوفاء ولم يكن البنك وقت إعلانه قد أوفى فعلاً بقيمة الضمان ، رغم سبق وصول المطالبة إليه ، فإنَّه يتعيَّن على البنك أن يستمر في إيقاف سداد القيمة تنفيذاً لهذا الحُكم ، وإلا أعتبر البنك مُمتنعاً عن تنفيذ حُكم قضائي واجب النفاذ.

وهذه التوصية أو الفتوى مشكوك في صحتها ، وهى تتعارض مع أحكام محكمة النقض ، وإن كانت تنسجم مع ما يجري عليه العمل في البنوك[١].

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٢٩٠) وما بعدها.

المبحث السابع
الأحوال التي يمتنع على البنك فيها الوفاء بقيمة خطاب الضمان .

من السمات الرئيسية التي تُميِّز خطاب الضمان هو مبدأ الإستقلالية ، والذي يُعنى به إستقلال خطاب الضمان عن غيره من العلاقات الأخرى سواء كانت علاقة عقد الأساس أو عقد فتح الإعتماد بالضمان ، وينبني على ذلك ، أنَّه يمتنع على البنك أن يرفض الوفاء بقيمة خطاب الضمان إستناداً على دفوع أو إعتراضات خارجة عن نطاق خطاب الضمان.

بيد أنَّ مبدأ الإستقلال ينحسر ويفقد وجوده في حال إنطوى طلب المُستفيد لتسييل خطاب الضمان على غش بيِّن ، إذ يتعيَّن على البنك الضامن رفض الوفاء حتى لا يُستخدم الضمان كوسيلة للغش والخداع ، ويستند هذا القيد على المبدأ العام " الغش يُفسد كل شئ[1] ".

كذلك يمتنع على البنك أن يقوم بصرف قيمة الخطاب إذا إنطوى طلب المُستفيد على تعسف واضح ، بحيث أصبح من المتعذَّر تدارك الضرر الذي قد يترتب على الوفاء بقيمة خطاب الضمان.

وحتى نستطيع أن نُسلِّط الضوء على الغش كسبب مانع من الوفاء بقيمة الضمان ، يتعيَّن علينا تعريف الغش وشروطه وكيفية التمسك به ، مع بيان حالات التعسف المانع أيضاً من الوفاء بقيمة الضمان ، وذلك في المطالب التالية :

المطلب الأول : حالات الغش.

المطلب الثاني : حالات التعسف أو الضرر الذي لا يُمكن تداركه.

المطلب الثالث : المنع بأمر القضاء.

١) الدكتور/ عادل إبراهيم ، مدى إستقلال إلتزام البنك في خطابات الضمان والإعتمادات المستندية ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٨م ، صفحة (١٠٩).

المطلب الأول
حالات الغش.

تعريف الغش :

على الرغم من أنَّ الغش في نطاق خطابات الضمان المصرفية ليس له إطار أو نطاق مُحدد ، وذلك لخلو التشريعات من نصوص صريحة تُعَّرف الغش كسبب مانع من الوفاء بقيمة خطاب الضمان ، إلا أنَّ هناك واجباً على البنك الضامن مؤداه فحص شروط وأحكام الوفاء الواردة بالخطاب نفسه من الظاهر ، فإذا ظهرت إمارات تدل على غش المُستفيد أو لفت العميل الآمر إنتباه البنك إليها ، كان على البنك الضامن أن يمتنع عن الوفاء متى ما قام دليل ظاهر على وقوع الغش من المُستفيد.

لذلك وفي ظل غياب التعريف التشريعي لمعنى الغش عند إرتباطه بخطاب الضمان ، قام بعض الفقهاء بتعريف الغش بأنَّه " الغياب الواضح لحق المُستفيد في الحصول على مبلغ الضمانة " أو إستخدام المُستفيد للقواعد القانونية بطريقة تؤدي إلى حصوله على فائدة غير مشروعة[1].

وقد عرَّفه فريق آخر من الفقه بأنَّه إستخدام المُستفيد للضمانة بقصد إضرار العميل المتعاقد معه ، مع إستخدام الضمان إستخداماً يؤدي إلى الإنحراف بآلية تلك الضمانات المصرفية عن الغاية أو الهدف الذي وُجدت من أجله ، وبما يتنافي مع مبدأ حُسن النية[2] .

والمُلاحظ أنَّ القواعد الموحدة لخطاب الضمان لدى الطلب لم تتطرق لفكرة الغش كما لم تُعرفها كأساس يترتب عليه إمتناع البنك عن الوفاء بقيمة الضمان ، وربما كان مرد ذلك لصعوبة الإتفاق على تعريف جامع لمعنى الغش ، لذلك تُرك حُكمها للقوانين الوطنية.

شروط الغش المانع من الوفاء :

بالنسبة لشروط الغش المانع من الوفاء ، فيتعيَّن أن يكون الغش ظاهراً بدليل فوري لا يقبل المناقشة ، وذلك لأنَّه لو تُرك أمر إثبات الغش للبنك الضامن أو العميل الآمر بوسائل الإثبات المُعتادة ، لأدى ذلك إلى التعنت وفقدان خطاب الضمان لإستقلاله ، لأنَّ إثبات الغش لا يقوم إلا بالتطرق والنظر في عقد الأساس ، وهذا بالطبع ممنوع.

لذا كان المُقرر أن يكون الغش واضحاً جلياً يفقأ العينين ، فلا يكفي أن يُخطر العميل البنك الضامن بغش المُستفيد ، كما لا يجوز أن يُطلب إحالة الأمر للتحقيق أو سماع شهادة الشهود أو إتخاذ أي إجراء آخر للتحقق من غش المُستفيد ، وإنما يتعيَّن أن يكون دليل الغش قاطعاً و واضحاً[3].

---

١) المرجع السابق ، صفحة (١١١).

٢) المرجع السابق ، صفحة (١١١).

٣) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٣٦٢).

ويقول البعض في هذا الصدد :

" وحتى لا يفقد الضمان مصداقيته التي يُوفرها الإقرار بإستقلاله ، علَّق القضاء إعمال الإستثناء الوارد على هذا الإستقلال على توَّفر شروط يصعب كثيراً تحققها ، حيثُ إستلزم لإبداء الغش وجود أدلة بائنة للعيان ودامغة لأول وهلة يتضح منها دون أدنى شك ودون حاجة إلى إجراء تحقيق إضافي[1] ".

كذلك من شروط الغش المانع من الوفاء ، أن يكون فعل الغش صادراً من المُستفيد نفسه ، وبالتالي فإذا كان الغش صادراً من العميل الآمر أو من الغير ، فإنَّ البنك لا يكون له الحق في الإمتناع عن الوفاء بقيمة الضمان.

إلا أنَّ الدكتور/ خليل فيكتور تادرس ، كان له رأياً مُخالفاً ، حيثُ يرى بأنَّ الغش واقعة مادية ومتى أُرتكب الغش أوجب على البنك الإمتناع عن الدفع و الوفاء بصرف النظر عن صدوره من الغير أو من المُستفيد نفسه.

وبإفتراض أنَّ الغش صدر من الغير وقام البنك بالوفاء بقيمة الخطاب ، فمن الذي يتحمَّل مغبة هذا الوفاء ؟ هل البنك الذي علم بالغش أم العميل على أساس تمسك البنك في مواجهته بأنَّ الغش لم يكن صادراً من المُستفيد وأنما من الغير ؟.

ومن ناحية أخرى ، ما هي مصلحة الغير في إقتران هذا الغش إن لم يكن ذلك لمصلحة المُستفيد ، وربما التواطؤ فيما بينهما[2] .

نخلص مما تقدَّم ، إلى أنَّ البنك لا يتحمل مغبة الغش الذي لم يكن من السهل عليه تداركه ، طالما أنَّه قام بما عليه من إلتزام وبذل عناية الرجل المعتاد في فحص المُستندات والأوراق المُقدَّمة إليه ، وعلى العكس من ذلك ، يُسأل البنك عن كل غش كان من السهل عليه أن يتبينه ، ولكن البنك أهمل أو قصَّر في فحصه للمستندات أو المُطالبة ، وبالتالي وفي هذه الحالة يفقد البنك حقه في الرجوع على عميله الآمر.

وغني عن القول أنَّ نُفيد بأنَّه يجب أن يكون الضامن على علم بواقعة الغش قبل الدفع حتى يفقد حقه في الرجوع على العميل ، أما إذا إكتشف البنك الغش بعد سداده لمبلغ الضمان للمُستفيد ، فلا يُسأل البنك عن ذلك.

ولنا ان نتساءل عن المقصود بالغش ، هل المقصود الغش في تنفيذ مُعاملة الأساس أم الغش الدافع للتعاقد ، أي الغش الصادر من المُستفيد لدفع العميل للتعاقد معه ، أم المقصود به الغش الذي

---

١) الدكتور/ خليل فيكتور تادرس خليل ، مبدأ الإستقلال في خطاب الضمان الدولي ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٤م ،ـ ٢٠٠٥م ، صفحة (٤٨٩).

٢) المرجع السابق ، صفحة (٤٩١).

يستهدف دفع البنك الضامن إلى إصدار خطاب الضمان ، أم الغش المتعلق بطلب المُستفيد تسييل خطاب الضمان ؟.

تباينت الإتجاهات التي تناولت هذه المسألة ، فقد ذهب إتجاه الأغلبية بأنَّ الغش في أي علاقة يمنع صرف الضمان ، وذلك تأسيساً على أنَّ الغش هو مسألة خطيرة ، والغش أياً كان نوعه ومحله ينبغي أن يكون مُبرراً كافياً لوقف الدفع[١].

ولا يُمكن التحدي بأنَّ الأخذ بمذهب الغش في عقد الأساس كمُبرر لوقف الصرف من شأنه أن ينال من مبدأ إستقلال الخطاب أو وظيفته ، لأنَّ هذه الوظيفة تكون قد أهدرت بالفعل عن وجود الغش في عقد الأساس[٢].

أما الفريق الآخر ، فيرى أنَّ الغش المُبرر لمنع صرف الضمان هو الغش في مُعاملة خطاب الضمان فقط ، ويدافع هذا الفريق عن رأيه بسند الحفاظ على وتأكيد وتدعيم مبدأ إستقلال الخطاب عن كل العلاقات الأخرى مثل علاقة الأساس أو علاقة العميل الآمر بالبنك الضامن ، وذلك كله يقتضي تضييق مفهوم الغش في أضيق نطاق ممكن[٣].

ومن أمثلة طلبات التسييل الُقدَّمة من المُستفيد والمنطوية على غش واضح ، حالة تقديم طلب الوفاء بقيمة خطاب الضمان ، ليس بسبب عدم تنفيذ الآمر لعقد الأساس ، بل لأنَّ الدليل على تمام التنفيذ كان مُقدَّماً للمحكمة ، وكذلك حالة تقديم المستفيد لطلب التسييل بالرغم من أنّه ـ المُستفيد ـ لم يقم بتنفيذ إلتزاماته بدفع المبالغ الواجب عليه دفعها وكانت هناك شهادات هو مُحررها ولم يُنازع فيها وهى تثبت ذلك ، أو حالة أنَّ طلب الوفاء بقيمة الخطاب لا تنصرف إلى العقد الذي صدر من أجله الضمان ، وذلك بإعتراف المستفيد نفسه[٤].

كيفية التمسك بالغش :

أما عن كيفية التمسك بالغش ، فإنَّ في مكنة العميل الآمر أن يلجأ للقضاء للحصول على حُكم يمنع فيه البنك من سداد مبلغ الضمان للمُستفيد ، كما يحق للعميل أن يلجأ للمحكمة طالباً إيقاع الحجز التحفظي بهدف تعطيل الوفاء ، كتجميد مبلغ الضمان بيد البنك[٥].

و إن كانت هذه الوسيلة لا تُحقق غرضها لأنَّها تتعارض مع إستقلال الخطاب عن عقد الأساس.

---

١) الدكتور/ حاتم محمد عبدالرحمن ، العمليات المصرفية المُستقلة ، طبعة ٢٠٠٢م ، صفحة (٢٧٦) وما بعدها.

٢) المرجع السابق ، صفحة (٢٧٩).

٣) المرجع السابق ، صفحة (٢٨٥).

٤) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٣٥٣) وما بعدها.

٥) الدكتور/ عادل إبراهيم ، مدى إستقلال إلتزام البنك في خطابات الضمان والإعتمادات المستندية ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٨م ، صفحة (١٢٨).

وهنا قد يثور تساؤلاً ، هل يُلزم البنك الضامن ـ متى رُفعت الدعوى بطلب منع الوفاء ـ بإنتظار صدور الحُكم فيها ؟ والجواب هو لا ، إذا دفع البنك من ماله الخاص حرصاً على سُمعته الدولية دون أن يُقيَّد المبلغ على حساب عميله الآمر ، ذلك أنَّ إحترام أوامر القضاء يُلزم البنك فقط بإنتظار الأمر أو حكم الإستئناف قبل أن يُقيَّد المبلغ على حساب العميل الآمر ، ولكن الدعوى التي يرفعها العميل الآمر لاتحرم البنك من الإختيار الحُر بين الموافقة على عدم الدفع للمُستفيد ، وإحترام توقيعه وحماية سمعته دولياً.

ولا مانع ـ بل هذا هو الغالب ـ أن يرفع العميل الآمر الدعوى على المُستفيد وعلى البنك الضامن في نفس الوقت[1] .

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٣٦٦).

المطلب الثاني
حالات التعسف ضرر الذي لا يُمكن تداركه.

يرى أكثرية فقهاء القانون أنَّ طلبات الوفاء بقيمة خطاب الضمان التي تنطوي على غش أو تعسَّف من قبل المُستفيد يجب رفضها ، إذ لا يجب أن يُستخدم هذا الضمان كوسيلة للغش أو التعسف.

وبالوقوف عند حقيقة المقصود بالغش أو التعسف ، نجد أنَّ تعريف ذلك ليس بالأمر السهل ، وتكمن الصعوبة في أنَّه غالباً ما لا يُمكن القطع بوجود الغش أو التعسف الظاهر إلا بالرجوع لعقد الأساس ، الأمر غير الجائز وفقاً لمبدأ الإستقلال ، فالضامن ما عليه إلا أن يُلبَّي طلب المستفيد متى لم يكن هناك غشاً أو تعسفاً واضحاً من جانب الأخير.

والحقيقة وخلال وقت طويل ظل هناك إختلاط بين الفكرتين ، بل قد أردف البعض بين إلفاظ الغش والتعسف وسوء النية وكأنها ألفاظ مُترادفة للتعبير عن معنى الغش ، ولكن هذا لم يمنع الكثيرين من محاولة التمييز فيما بينهما ، بوضع تحديد لمعنى كل منهما ، وإن كان الأثر واحد في نهاية الأمر وهو منع الضامن من الوفاء ودفع قيمة الضمان.

فقد أشار البعض إلى أنَّ الغش يفترض حيلاً صادرة من المستفيد للحصول على مبلغ ليس له الحق فيه ، أما التعسف فلا يفترض صدور حيل تدليسية من جانب المستفيد ، بل يعتمد على آلية الضمانات والدفع الفوري وعدم وجود أي إشراف أو رقابة على طلب الضمان ، وبالتالي يقوم المستفيد بطلب الضمان تعسفياً[١].

بينما ذهب البعض الآخر إلى أنَّ الغش يفترض حيلاً مُخصصة لتجنب قاعدة قانونية والفرار منها ، أي الغش نحو القانون ، أما التعسف فيُعبَّر عن فكرة تعدي حدود القانون .

ويذهب فريق آخر إلى القول بأنَّ التعسف يعني طلب الضمان بدون وجه حق ، وسوء نية واضح ، وإساءة بائنة مع علمه وإدراكه بذلك ، أما الغش فيعني أنَّ المستفيد يطلب الضمان على غير الحقيقة[٢].

من مُجمل هذه التعاريف تكمن فكرة الغش والتعسف في إنعدام الأساس القانوني للطلب ، وبالتالي يجب على البنك متى ظهرت دلائل وعلامات واضحة وإمارات بائنة على غش أو تعسف

١) الدكتور/ خليل فيكتور تادرس خليل ، مبدأ الإستقلال في خطاب الضمان الدولي ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٤م ،ـ ٢٠٠٥م ، صفحة (٤٣٤).

٢) المرجع السابق ، صفحة (٤٣٣).

المستفيد ، الإمتناع عن الوفاء تماشياً مع مبدأ حُسن النية الواجب في المعاملات التجارية والمعاملات الدولية[١].

وهنا قد يثور تساؤلاً مُفاده ، هل يستطيع العميل أن يلجأ للقضاء للحصول على حُكم لمنع الوفاء بالضمان ، إذا إنطوى طلب المستفيد على تعسف أو إساءة في إستعمال حقه ؟.

لقد إستقر الفقه والقضاء في مصر وكثير من الدول الأجنبية الأخرى مثل جنيف بسويسرا وباريس على مكنة لجوء العميل للقضاء للحصول على حُكم لمنع الوفاء وسداد مبلغ الضمان للمستفيد لو أثبت أنَّه تعسف أو أساء إستعمال حقه ، ورغم أنَّه إجراء تحفظي مؤقت لا يُصادر حق المستفيد في الحصول على قيمة الخطاب ، وإن كان في ذلك تعارض مع إستقلالية خطاب الضمان[٢].

لأنَّ الوصول إلى تعسف المُستفيد لا يتأتى إلا بالإطلاع على عقد الأساس المُبرم بينه وبين العميل ، رغم أنَّ إستقلال خطاب الضمان يُحتَّم عدم النظر في أي علاقة أخرى خارج مُحيط الخطاب.

" ولا يُستثنى من هذا الإستقلال وهذه النتيجة إلا حالة الغش والتعسف الظاهر التي تستبعد إستقلال العلاقات وتدمُجها في بعض بحيث تُجيز النظر في كل منها والتمسك على المستفيد بغش صادر منه في طلب الوفاء ، أي يُمكن النظر في عقد الأساس لمعرفة ما إذا كان للمستفيد حق منه ، ويتمسك عليه بالدفوع المُستمدة منه ، خلافاً للأصل ، وهو إستقلال العلاقات ، الذي يمنع النظر في أي علاقة خارجة عن الخطاب ، حماية للمستفيد[٣]".

ويرى الدكتور/ عادل إبراهيم في مؤلفه " مدى إستقلال إلتزام البنك في خطابات الضمان والإعتمادات المُستندية " ، أنَّه وإن كان يتفهم الإعتبارات التي أملت هذا الإتجاه ، إلا أنَّه لا يستطيع أن يُخفي تعارضه مع مبدأ إستقلال إلتزام البنك في خطاب الضمان ، وهو يخشى أن ينسف هذا النظام من أساسه[٤].

نخلص من ذلك إلى أنَّ إعتبار أنَّ طلب المستفيد منطوياً على تعسف عندما يكون عدم أحقية المُستفيد في قيمة خطاب الضمان مُستفادة من عقد الأساس بينه وبين عميله بطريقة لا جدال فيها ، بحيثُ يتبيَّن إنعدام حقه ، أي يتوافر سوء نيته ، أي أن يكون إنعدام الحق من الظهور والوضوح بحيثُ أنَّه يفقأ العينين.

ومن أمثلة التعسف في الطلب المُقدَّم من المستفيد ، حالة طلب الأخير لقيمة الضمان في حين تمَّ تنفيذ عقد الأساس تنفيذاً كاملاً ، متى عبَّرت عن ذلك المستندات التي تُثبت تمام وحُسن التنفيذ.

---

١) المرجع السابق ، صفحة (٤٣٦).

٢) الدكتور/ عادل إبراهيم ، مدى إستقلال إلتزام البنك في خطابات الضمان والإعتمادات المستندية ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٨م ، صفحة (١٣٠).

٣) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٣٥٢).

٤) الدكتور/ عادل إبراهيم ، مدى إستقلال إلتزام البنك في خطابات الضمان والإعتمادات المستندية ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٨م ، صفحة (١٣٥).

وكذلك إذا قام المستفيد بفسخ عقد الأساس ومع ذلك قام بطلب الضمان ، فهذا يُعد أيضاً طلباً تعسفياً ، وكذلك إذا كان المُستفيد هو المُتسبب في تأخير العميل عن أداء إلتزاماته ، ومع ذلك قام بطلب صرف الضمان.

وقد سلَّم الفقه المُقارن بأنَّ طلب المُستفيد يُعد طلباً تعسفياً وشابه الغش ، متى قام العميل الآمر بتنفيذ إلتزاماته تنفيذاً صحيحاً وكان ذلك واضحاً من خلال المُستندات المُقدَّمة[1] .

وكذلك الحال ، إذا قام المستفيد بتعديل شروط عقد الأساس بموجب إرادته المُنفردة ، وأضاف شروطاً لم يُتفق عليها بين الطرفين ، ودون علم العميل الآمر ، ورغماً عن ذلك قام بطلب الضمان ، فعندئذٍ يُعد مُتعسفاً في مثل هذه المُطالبة[2].

١) الدكتور/ خليل فيكتور تادرس خليل ، مبدأ الإستقلال في خطاب الضمان الدولي ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٤م ،ـ ٢٠٠٥م ، صفحة (٤٥٣).

٢) المرجع السابق ، صفحة (٤٦٢).

المطلب الثالث
المنع بأمر القضاء.

عندما يُصدر البنك الضامن الخطاب للمستفيد ، ويُخطر الأخير بذلك يكون الإلتزم قد نشأ بصفة أصلية في ذمة البنك ، وبالتالي يكون البنك مُلتزماً طيلة فترة سريان الخطاب بأداء قيمته للمستفيد متى طلب ذلك خلال المُدة المُقررة.

ولكن قد تستجد ظروف في عقد الأساس المُبرم بين العميل الآمر والمستفيد أو تستجد ظروف تستوجب على العميل منع صرف قيمة خطاب الضمان للمستفيد.

وهنا تتجلى صورة الإستقلال الخاصة بخطاب الضمان ، صحيح أنَّ البنك الضامن قد إلتزم بالوفاء بناءً على التعليمات الصادرة له من عميله ، ولكن بالرغم من ذلك ، وبمجرد صدور الخطاب وإخطار المُستفيد به ، يسقط حق العميل في إيقاف أو منع صرف قيمة الخطاب للمستفيد ، إلا في أحوال إستثنائية سبق ذكرها وهى حالتي الغش والتعسف الظاهر الصادر من المستفيد.

وعليه فلا يُمكن للعميل أن يطلب من البنك الإمتناع عن الدفع لأي سبب بخلاف ما ذُكر.

ولكن ذلك لا يمنع بالضرورة العميل من اللجوء للقضاء لإستصدار حكم يمنع بموجبه البنك من الوفاء للمستفيد ، وهنا يثور السؤال إذا صدر الحكم بمنع البنك الضامن من الوفاء ، هل يوفي البنك بما عليه من إلتزام مُتجاهلاً الحكم القضائي الذي صدر له ، أم يتقيَّد بالحكم الصادر ويمتنع عن الوفاء للمُستفيد ؟.

لوحظ أنَّ أمر القاضي بالمنع يهدف عادة إلى منع البنك من الرجوع على عميله الآمر ، لا منع البنك من الوفاء[1].

وعليه ، فإذا كان حكم المحكمة بالمنع مُستنداً إلى كون أنَّ طلب المُستفيد منطوياً على غش بيَّن أو تعسف ظاهر ، ففي هذه الحالة يتعيَّن للبنك الضامن أن يمتنع عن الوفاء ، لأنَّه مُلزم وبدون حكم محكمة من عدم الدفع متى ما ثبت له أو أخطره العميل بوجود غش أو تعسف ، وكان الغش أو التعسف بيِّناً.

أما إذا كان الحُكم يستند إلى سبب آخر بخلاف ما ذُكر ، فالخيار يكون للبنك الضامن ، لأنَّ منع الوفاء ولو كان قضائياً لا يستطيع منع الضامن من الدفع ، خاصة إذا كان البنك يُريد أن يحترم توقيعه ويُحافظ على سُمعته الدولية بإعتباره هو المُلتزم بالدفع وليس العميل.

ويكون من حق البنك الرجوع على العميل الآمر إذا كان مُقتنعاً بأنَّ هذا المنع لا أساس له[1].

---

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٣٨٣).

لكن الواقع العملي ، يعتبر أنَّ البنك الضامن في حال صدور حُكم بمنعه من الوفاء للمستفيد ، يكون ـ البنك ـ بين فكيَّ الرحى ، فمن ناحية يريد البنك أن يحترم توقيعه ويحافظ على سمعته بالوفاء للمستفيد بمبلغ خطاب الضمان ، ومن ناحية أخرى يخشى البنك أن يتعرض لخطر فقدان ما سدده للمستفيد ، إذا ما رجع بما عجَّله لعميله الآمر ، وقدَّر القاضي وجود الغش بعد ذلك.

ولنا أن نتساءل ، ما هو الحل إذا صدر حُكم المحكمة بتأجيل دفع قيمة الضمان لحين الفصل في الدعوى ، هل يتقيَّد البنك الضامن بمثل هذا الحُكم ؟.

يرى الفقه بأنَّ طلب تأجيل الوفاء يُعد تدخلاً من القاضي وتعديلاً منه للعقد وهو غير مُختص به ،وهو ما لا يجوز طبقاً للمادة (١٤٧) مدني من القانون المصري[٢] والتي تُقابل المادة (١١٣) من قانون المُعاملات المدنية السوداني ، والتي تقول :

" العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يُقرها القانون ".

١) المرجع السابق ، صفحة (٣٨٥).

٢) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٣٨٨).

المبحث الثامن
الإجراءات القضائية بخصوص خطاب الضمان.

بمجرد صدور خطاب الضمان وإخطار المستفيد به ينشأ حق المُستفيد فيه ، حيثُ أنَّ خطاب الضمان في أصله هو تعهد من البنك بالدفع للمستفيد لدى أول طلب دون الإعتداد بأي إعتراض يرد للبنك من قبل العميل الآمر ، ودون أي معارضة قد تنشأ من البنك الضامن ذاته ، طالما أنها خارجة عن نطاق الضمان ، وهذا ما يؤدي إلى إنحسار العلاقة بين الخطاب وعلاقة عقد الأساس ، والخطاب وعقد فتح الإعتماد بالضمان.

ومع ذلك فقد تنشأ بعض المُستجدات التي يرى معها العميل الآمر عدم أحقية المُستفيد في صرف قيمة الخطاب ، لأنَّه يرى ـ العميل ـ أنَّ المستفيد لا حق له فيه ، وبالتالي فإذا ما إستوفى المستفيد قيمة الخطاب من البنك ، فقد يجد العميل صعوبة كبيرة أو إستحالة في إسترداد المبلغ غير المُستحق والذي إستلمه المُستفيد ، نظراً لكون أنَّ الوضع المالي للمُستفيد غير مُستقر أو أعلن إفلاسه أو خلافه ، فضلاً عن أنَّ مُباشرة إجراءات التقاضي لإسترداد المبلغ من المُستفيد قد تستغرق زمناً طويلاً ليس بوسع العميل تحمَّله.

لذلك فإنَّ العميل يكون في خطر إذا ما تقدَّم المستفيد بمطالبته للبنك لتسييل الخطاب ، لأنَّ البنك في أغلب الأحوال سيقوم بسداد المبلغ ، ومن ثمَّ يعود بما دفعه على العميل.

شك أنَّ العميل لديه الحق في الرجوع على المُستفيد ، لكن أليس هناك طريقة تُجنِّب العميل تُرهات المحاكم واللجوء لإجراءات التقاضي الموضوعي بما يُصاحبها من لدد وتطويل في إجراءات الخصومة وما تستنزفه من جهد وزمن !!.

وعلى الصعيد الآخر ، فإذا قلنا بأنَّه من حق العميل أن يلجأ للقضاء لتوقيع الحجز على خطاب الضمان ، فإنَّ ذلك قد يفتح الباب لرفع دعاوى حجز تعسفية من قبل العُملاء ، لا يكون الطائل من ورائها سوى اللدد والتسويف فضلاً عن أنَّ السماح بمثل هذا الإجراء سيؤدي لتعطيل أكبر ميزة مُنحت للمستفيد وهى إطمئنانه إلى أنَّ البنك سيدفع له فوراً ولدى أول مُطالبة منه.

لذلك ، ولإلقاء الضوء على مدى جواز الحجز على حق المُستفيد لدى البنك الضامن و مدى جواز الحجز على غطاء خطاب الضمان ، ومدى جواز وضع خطاب الضمان أو قيمته تحت الحراسة ، سوف نتناول تلك النقاط بإيجاز غير مُخل ، في المطالب التالية:

المطلب الأول : مدى جواز الحجز على حق المُستفيد تحت يد البنك المُصدر .

المطلب الثاني : مدى جواز الحجز على غطاء خطاب الضمان.

المطلب الثالث : مدى جواز وضع خطاب الضمان أو قيمته تحت الحراسة.

المطلب الرابع : هل يجوز الإتفاق على عدم إجازة الحجز ؟.

المطلب الأول
مدى جواز الحجز على حق المُستفيد تحت يد البنك المُصدر.

قد يرى العميل الآمر أنَّ هناك ما يُبرر قيامه بمُخاطبة البنك الضامن لمنعه من الوفاء للمُستفيد بقيمة خطاب الضمان ، وقد يُقرر العميل بأن يقوم بحجز حق المُستفيد في خطاب الضمان لدى البنك ، فهل يجوز للعميل إجراء ذلك ؟ وهل يستوي الأمر إذا كان دين العميل مُستمد من عقد الأساس المُبرم بينه والمستفيد ، أو لدين آخر غير مُستمد من عقد الأساس ومُستقل عنه ؟.

وكما ذكرنا آنفاً ، وتطبيقاً لمبدأ الإستقلال في خطاب الضمان ، فإنَّ العميل يمتنع عليه أن يقوم بمُطالبة البنك بوقف دفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد ، وذلك لإنفصال وإستقلال إلتزامه الناشئ عن عقد الأساس عن إلتزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان ذاته ، والإستثناء الوحيد الذي يُبيح للمستفيد إجراء الوقف هو حال كون أنَّ طلب المستفيد قد إنطوى على غش بيَّن أو تعسف ظاهر كما أسلفنا.

أما من ناحية الحجز على حق المستفيد في خطاب الضمان ، فالأصل أنَّه وطالما أنَّ المستفيد لم يتقدَّم بثمة طلب لتسييل خطاب الضمان فلا يجوز للعميل أو دائني المستفيد الحجز على خطاب الضمان ، وذلك للطابع الشخصي الذي يتمتَّع به خطاب الضمان ، وبالتالي فإنَّ المستفيد وحده هو الذي يتمتَّع بحق تقرير الإستفادة من الخطاب ، بمعنى أنَّه لا تدخل قيمة خطاب الضمان في الذمة المالية للمستفيد إلا إذا طلبها شخصياً في حدود إلتزام البنك وشروطه الواردة بالخطاب[1].

أما قبل ذلك فإنَّ قيمة الخطاب تكون مملوكة للبنك وتبعاً لذلك فلا يجوز لدائني المستفيد الحجز عليها ، كما لا يجوز للغير أن يحل محل المستفيد في المطالبة بتسييل الخطاب طالما لم يكن لديهم تفويض بذلك من المُستفيد.

وتفريعاً عن ذلك ، فإنَّه لا يجوز لدائني المستفيد توقيع الحجز على قيمة التأمين (غطاء خطاب الضمان) الذي قدَّمه العميل الآمر للبنك الضامن كضمان ، لأنَّ هذا الضمان لم يخرج من ملك العميل ليدخل في ذمة المستفيد ، وكل ما بالأمر أنَّ العميل قد قدَّمه كضمان للبنك ، وليس للمستفيد إذا خالف شروط الضمان و تعذَّر عليه بذلك الحصول على قيمته أن يُطالب بحق له على مبلغ هذا التأمين ، لأنَّه يخضع للعلاقة بين البنك وعميله[2].

---

١) الدكتور/ عادل إبراهيم ، مدى إستقلال إلتزام البنك في خطابات الضمان والإعتمادات المستندية ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٨م ، صفحة (١٦٢).

٢) المرجع السابق ، صفحة (١٦٣).

ويترتب على ذلك أنَّه لا يجوز للعميل الآمر أن يقوم بالحجز على خطاب الضمان لدى البنك ، بإفتراض أنَّ المستفيد قد تقدَّم بطلب لتسييله ، طالما كان سبب الحجز أو المنع من الوفاء يرجع لعلاقة عقد الأساس .

وفي ذلك يقول الفقيه الفرنسي " فاسبير" :

" أنَّه وعلى أية حال ، وحتى ولو سلَّمنا بأنَّ شروط الحجز متوافرة من الناحية الشكلية ، فلا مجال للآمر منع البنك من الوفاء بخطاب الضمان بتوقيع مثل هذا الحجز ، لأنَّه متى كان الضمان مستقلاً عن عقد الأساس ، كان هذا تعهداً مُستقلاً وشخصياً عنه ، والعميل الآمر بتعليمات منه هو أعطاه للبنك بأن يأخذ على عاتقه هذا التعهد ، فقد تعهد بدوره بعدم تعطيل هذا التعهد الصادر من البنك[1] ".

وهذا هو الرأي الراجح ، وإن كان هناك رأي آخر لبعض الفقهاء يُبيح للعميل الآمر الحجز تحت يد البنك الضامن ، إستناداً إلى أنَّ العميل الآمر بعد تأديته لإلتزامه أصبح دائناً للمستفيد ، وعندئذٍ يحق للعميل مُمارسة هذا الحجز ، وقد إستند البعض من أنصار هذا الرأي إلى حكم صادر بشأن الإعتمادات المُستندية ، حيثُ أجاز القضاء الفرنسي الحجز تحت يد البنك على حقوق المستفيد من الإعتماد متى ثبت الحاجز أنَّه دائن بدين مؤكد ضد المستفيد.

إلا أنَّ هذا الرأي لم يكن له حظ من التأييد ، حيثُ تمَّ الإعتراض عليه من قبل بعض فقهاء القانون بقولهم " أنَّه لا يجوز القياس بين خطابات الضمان والإعتمادات المُستندية ، لأنَّ البنك في حالة الخطاب إنما يتعهد بالدفع بلا قيد أو شرط بخلاف الإعتماد الذي يجب على البنك فيه التحقق من تنفيذ المستفيد لإلتزاماته[2] ".

وإنسجاماً مع هذا الإتجاه ، فقد أصدرت المحكمة العليا السودانية حكماً لها في تاريخ ١٩٨٥/١/٥م ، في الدعوى (م ع/ط م/١٩٨٣/٥٧م) ، حيثُ أرست المبدأ التالي :

" عدم جواز الحجز على خطابات الضمان ـ حجز ما للمدين لدى الغير ـ ، إلا استثناء ـ المادة ١/٢٤٧/أ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٧٤م.

لا يجوز الحجز على خطابات الضمان طبقاً للمادة ٢٤٧/أ/١ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٧٤م إلا استثناء كما في حالة الغش في البضاعة مثلا لأنَّ خطابات الضمان مستقلة عن عقد البيع[3]".

---

١) فاسبير رقم (١٣٣) ، سيملر رقم (١٨٦) ـ أنظر أيضاً : الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٣٩٣).

٢) الدكتور/ خليل فيكتور تادرس خليل ، مبدأ الإستقلال في خطاب الضمان الدولي ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٤م ،ـ ٢٠٠٥م ، صفحة (٤٦١) ـ أنظر أيضا : الدكتورة/ سميحة القليوبي ـ الأسس القانونية لعمليات البنوك ـ الطبعة الثانية ، ٢٠٠٣م ، دار النهضة العربية ، صفحة (٤٦١).

٣) سابقة بنك السودان ضد شركة ماسي التجارية ، مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٣م.

وتتحصل وقائع هذه الدعوى في أنه وفي يوم ١٩٨١/٤/٤ و بناءً على طلب المدعي أصدرت محكمة المديرية بصفة إبتدائية أمراً مؤقتاً بالحجز التحفظي على أموال المدعى عليه الثاني (بنك هناند لوي للشرق الأوسط) لدى بنك السودان سواء كانت أموالاً نقدية أو أموالاً محولة وذلك فيما يُعادل مليون وثلاثمائة وإثنين وستين ألفاً واثنين وثلاثين جنيهاً (١,٣٦٢,٣٢,٠٠٠) ، تقدم بنك السودان بإستشكال لنفس المحكمة جاء فيه أنَّ المبلغ الذي صدر الأمر الوقتي بحجزه ، لا يجوز الحجز عليه لأنَّ دين البنك المذكور لدى بنك السودان نشأ عن خطاب إعتماد صدر مشتركاً بين عدة مصارف أجنبية وأنَّ بنك هناند لوى قد قام بتظهير مستندات شحن صدرت بموجب الخطاب وأنَّ التظهير تمَّ على أساس كمبيالة للإطلاع والقبول مصحوبة بمستندات شحن بتوقيع المؤسسة العامة للتجارة السكر وضمان وزارة المالية والإقتصاد الوطني. سارت الإجراءات وخلالها طعن الأستاذ/ طه إبراهيم عن المدعي في الإستشكال من حيث الشكل ثمَّ طلب من المحكمة أن تستمع إلى شاهد لبنك السودان ليُقدم ما يسند طلبه ولبيان أموال بنك هناند لنوى في أي يد لتتبعها. ردَّ بنك السودان بأنَّه ينتظر قرار المحكمة حول قبول الطلب شكلا وبعدها يمكنه أن يقدم شهوده ومستنداته وأخيراً قررت محكمة الموضوع أن الطلب مقبول شكلا وفي الموضوع أبقت على الحجز التحفظي على أساس أنَّ هذه الأموال مما يجوز الحجز عليها. أُستؤنف هذا القرار لمحكمة الإستئناف التي أيَّدته لأسبابه ومن هنا كان هذا الطعن بالنقض.

و فيما يتعلق بحيثيات الحُكم المرتبطة بالنقطة المُثارة ـ عدم جواز الحجز على خطاب الضمان ـ ، فقد أورد القاضي العالم/ يوسف دفع الله التالي :

لمصلحة محكمة الموضوع أيضاً أشير عليها أن تتبين في إجراء تحقيقها طبقاً للمادة (١٦٣) مقروءة مع المادة (٢٤٧)(١)(أ) من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٧٤م ، أنَّ المال المُراد حجزه غير مضمون بأوراق مالية متداولة حتى يمكن حجزه لدى الغير فإن كان مضموناً بأوراق مالية متداولة فلا يجوز حجزه ، كما أود أن ترجع محكمة الموضوع إلى مراجع في القانون التجاري وخاصة المعنية بعمليات البنوك، إذ ما كان ذلك ضرورياً لاثبات أنَّ الموضوع متعلق بخطاب ضمان لبنك السودان فيه مصلحة بصفته مُشتركاً في الضمان أو يحتفظ به لأغراض تنفيذ خطاب الضمان ذلك لأنَّ خطابات الضمان تكون عادة غير قابلة للحجز بدعوى أنَّ وظيفة الإعتماد المستندي هي أن يطمئن البائع إلى إستيفاء حقه في الثمن ، ومما يُعطل هذا الإستيفاء أن يرتبط تنفيذ الاعتماد بتنفيذ عقد البيع، ولهذا يقوم النظام على أنَّ البائع يطلب إلى البنك دفع المبلغ لا بوصفه ثمناً وبوصف المشتري مديناً له بل بوصفه صاحب حق غير ناشئ عن عقد البيع لأنَّ البنك ليس طرفاً في هذا العقد الأخير ، وهذا ما يُسمى بإستقلال الإعتماد عن البيع ، وهذا ما أكدته المادة الأولى من القواعد الدولية (أنظر عمليات البنوك من الوجهة القانونية للدكتور/ علي جمال الدين عوض ، ١٩٦٩ ص ٤٤٠ وما بعدها) ، وخلاصة القول ، و

رغم إختلاف بعض المحاكم عن هذا النظر إلا أنَّ العمل إستقر أنَّه على البنك أن يدفع للبائع ما دام مستندات البائع التي أرسلت بها البضائع سليمة ، وليس له أن يدفع بالدفوع التي للمشتري إلا استثناءً كأن يقع غش كإرسال بضاعة تكون وصلت قبل أن يدفع البنك للبائع مختلفة المواصفات عما جاء في عقد البيع، وقد أخذت محاكم السودان بهذا المبدأ المتمثل باستقلال خطاب الضمان عن عقد البيع وعدم جواز حجز ما للمدعي لدى الغير إلا استثناءً كما ذكرنا (أنظر قرار المحكمة العليا He/Fxec./49/1947 محمد أحمد بربر وأخوانه ضد مالطة لإستيراد المواشي المحدودة ، والمنشورة على صفحة (٩٢) من أحكام المحاكم المدنية ١٩٤٦- ١٩٤٧ (المجلد الرابع).

وتفريعاً عن ذلك ، فإنَّه يمتنع أيضاً الحجز من شخص أحال إليه العميل الآمر حقه ضد المستفيد وإنتقل إليه هذا الحق ، لأنَّ ذلك يُعد تحايلاً من قبل العميل ، ولأنَّ إجازة الحجز ستُهدر الميزة التي يتمتَّع بها خطاب الضمان.

أما إذا كان الدين الذي يُريد العميل الآمر الحجز بموجبه على خطاب الضمان تحت يد البنك مُستقل ومنفصل تماماً عن علاقة الأساس القائمة بين العميل والمستفيد ، فلا تثريب على العميل إن هو قام بالحجز لأنَّ ذلك جائز.

ويرى البعض من أصحاب هذا الرأي بأنَّ للعميل الحق في توقيع الحجز على خطاب الضمان في الحالة التي يكون فيها هو دائن للمستفيد بدين مؤكد ناشئ عن علاقة أخرى غير علاقة الأساس الذي مُنح الضمان بمناسبته[١].

ويُعلق أحد الفقهاء المؤيدين لهذا الرأي الذي يجوِّز الحجز فيقول :

" وإن كان الحكم يبدو مُتعارضاً مع مبدأ إستقلال إلتزام البنك عن عقد البيع السابق ، إلا أنَّه وفي حقيقة الأمر لا صلة له به على الإطلاق ، فالحجز الذي وقَّعه المُشتري على حق البائع ، كان بعد أن تأكدت صفته كدائن بالتعويض فهو وقَّع بصفته هذه حجز ما للمدين لدى الغير الذي يُمكن لأي دائن أن يوَّقعه وفقاً للقواعد العامة ، وما قالته محكمة الإستئناف بباريس في ذلك صحيح[٢] ".

١) الدكتور/ عادل إبراهيم ، مدى إستقلال إلتزام البنك في خطابات الضمان والإعتمادات المستندية ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٨م ، صفحة (١٦٤).

٢) المرجع السابق ، صفحة (١٦٤).

المطلب الثاني
مدى جواز الحجز على غطاء الضمان.

عندما يتقدَّم العميل الآمر للبنك لإستصدار خطاب ضمان لصالح مُستفيد ما ، يقوم البنك عادة بطلب ضمان أو غطاء لخطاب الضمان ـ بحسب الأحوال ـ من العميل الآمر ، وذلك لكي يضمن البنك إمكانية إستيفاء حقوقه في حال وفاءه للمستفيد بقيمة الخطاب.

وتتنوع الضمانات وغطاء خطاب الضمان ، بحسب طلب البنك الضامن ، فقد يكون الغطاء نقداً أي يقوم العميل الآمر بتسليم البنك الضامن ما يوازي قيمة خطاب الضمان المزمع إصداره ، أو أن يخوَّل العميل البنك في سحب قيمة خطاب الضمان مباشرة من حسابه الجاري لدى البنك الضامن ، وقد يكون الغطاء كاملاً وقد يكون جزئياً كأن يدفع العميل جزءً منه نقداً ويقوم البنك بتكملة الباقي وقيده في الجانب المدين للعميل بحسابه لدى البنك ، وكذلك الحال فقد يكون الضمان رهن عقاري ، كأن يُقدَّم العميل عقاراً من عقاراته ويقوم برهنها لصالح البنك ، أو يكون الضمان رهن لأوراق تجارية أو أسهم أو سندات أو تنازل عن قيمة البضاعة أو تقديم كفالة شخصية أو خلافه من الضمانات الأخرى التي يقبل بها البنك الضامن.

والسؤال هنا ، هل يجوز لدائني العميل الحجز على غطاء الضمان ؟.

وللرد على هذا التساؤل نقول بإنَّه يختلف الحال بحسب نوع وطبيعة الغطاء أو الضمان المُقدَّم ، فإذا كان الضمان وديعة نقدية مُقدَّمة من العميل للبنك على أساس أن يستوفي البنك حقه منها عند وفائه للمستفيد ، فتكون مثل هذه الوديعة النقدية بإسم العميل ، وبالتالي يجوز لدائني العميل الحجز عليها لإستيفاء حقهم منها ، وقد تثور المشكلة عندما يكون تاريخ الحجز أسبق من تاريخ إستحقاق البنك لحقوقه نظراً لأنَّه لم يدفع قيمة الخطاب بعد ، لذلك نجد أنَّ البنوك ولتفادي مثل هذا الوضع ، تقوم بإنهاء عقد الوديعة وتخصيص مبلغ منها يُساوي قيمة الضمان وإضافته لحساب إحتياطي خطابات الضمان[1].

وبهذه الطريقة تكون الوديعة قد خرجت من ذمة العميل ودخلت في ذمة البنك ، ولا يجوز لدائني العميل الحجز عليها.

أما إذا كان الغطاء نقدياً ، وقام العميل بإيداعه للبنك أو قام البنك بخصمه من حساب العميل لديه ، ففي هذه الحالة أيضاً يكون المبلغ قد دخل بذمة البنك ولا يجوز لدائني العميل الحجز عليه ، ولكن إذا إنقضى خطاب الضمان دون أن يتقدَّم المستفيد بطلب لتسييل الخطاب ، ففي هذه الحالة

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٤١٢).

يكون البنك مُلتزماً برد الضمان أو غطاء الضمان للعميل الآمر ، أو بإضافته لحساب العميل لديه ، وبالتالي فإذا كان هناك ثمة حجز سبق أن توَّقع على ما للعميل (المدين) لدى البنك ، ففي هذه الحالة يُمكن الحجز عليه[١].

أما إذا كان الضمان عقار مرهون لصالح البنك الضامن ، فالأمر يتوقف على من هو مالك العقار المرهون ، فإذا كان العقار المرهون مملوك للعميل الآمر ، ففي هذه الحالة يجوز لدائني العميل إيقاع الحجز على غطاء الضمان بإعتبار أنَّه من أملاك المدين ، إلا أنَّ البنك يكون له الأولوية في إستيفاء حقه على غيره من الدائنين العاديين[٢].

أما إذا كان العقار المرهون كضمان لإصدار خطاب الضمان ليس مملوكاً للعميل وليس مُسجلاً بإسمه ، وإنما بإسم مالك آخر لكنه وافق على رهنه لأجل تقديم الضمان للبنك ، ففي هذه الحالة لا يجوز لدائني العميل الحجز على الضمان لأنَّه لم يدخل من الأساس في ذمة وملك العميل.

وكذلك الحال ، ينسحب الأمر على ما يُقدَّمه العميل من أسهم وسندات وأوراق تجارية كضمان للبنك ، فإن كانت هذه الأسهم والسندات بإسم العميل ، يجوز لدائني العميل الحجز عليها ، لكن ترتيبهم يرد بعد البنك الضامن والحائز لهذه الأسهم ، لأنَّ الدائن المرتهن حيازياً للمنقول هو في عداد الحائزين بحُسن نية طبقاً لأحكام القانون.

أما بالنسبة لدائني المُستفيد ، فلا يجوز لهم في جميع الأحوال إيقاع الحجز على غطاء خطاب الضمان المُقدَّم من العميل الآمر ، لأنَّ هذه الضمانات تظل على ملك الأخير لحين تسوية الحسابات مع البنك والتي تخضع لأحكام عقد الضمان المُبرم بين العميل والبنك بصدد إصدار خطاب الضمان وقيمته وحق البنك في الغطاء.

ويستند منع الحجز على غطاء الخطاب من قبل دائني المُستفيد أساساً على مبدأ إستقلال حق المُستفيد قبل البنك وإستقلال إلتزام هذا الأخير عن العلاقة بين العميل الآمر والمُستفيد (علاقة الأساس)[٣].

---

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٤١٣).

٢) الدكتور/ خليل فيكتور تادرس خليل ، مبدأ الإستقلال في خطاب الضمان الدولي ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٤م ،ـ ٢٠٠٥م ، صفحة (٤٠٠) وما بعدها.

٣) الدكتور/ عادل إبراهيم ، مدى إستقلال إلتزام البنك في خطابات الضمان والإعتمادات المستندية ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٨م ، صفحة (١٨٠) وما بعدها.

المطلب الثالث
مدى جواز وضع خطاب الضمان أو قيمته تحت الحراسة.

كما ذكرنا بأنَّ العميل الآمر بإستطاعته أن يطلب من البنك الضامن الإمتناع عن الوفاء بقيمة خطاب الضمان ، إذا كان طلب المُستفيد قد إنطوى على غش واضح يفقأ العينين أو إعتوره تعسَّف جلي ، بغير ذلك يمتنع على العميل أن يطلب من البنك عدم الوفاء بقيمة خطاب الضمان ، لكون أنَّ الإلتزام الوارد بالخطاب هو إلتزام بحسب الأصل على ذمة البنك وليس العميل الآمر ، ولإستقلال هذا الإلتزام عن غيره من العلاقات المُحيطة به.

ولكن بالرغم من عدم توافر شروط الغش والتعسف المانع من صرف الضمان ، فقد يكون لدى العميل من الأسباب ما يُبرر عدم صرف قيمة الضمان للمُستفيد ، خاصة وإن كان العميل يخشى عدم إمكانية إسترداد هذا المبلغ من المُستفيد إن لجأ للقضاء ، لذلك يقوم العميل باللجوء للقضاء مُطالباً بفرض الحراسة أو وضع النقود تحت يد حارس ، وهنا يقفز سؤال للذهن ، عن مدى جواز وضع قيمة الخطاب تحت الحراسة.

قبل تناول أمر الحراسة ، يتعيَّن علينا أن ننوه بأنَّ القواعد الدولية مثل إتفاقية الأمم المُتحدة للضمانات المستقلة وكذلك القواعد الموحدة الصادرة من غرفة التجارة الدولة بباريس والمتعلقة بخطابات الضمان لدى الطلب لم تتعرض لأمر الحراسة وإمكانية فرضها على قيمة خطاب الضمان من عدمه ، وربما يكون قصدها أن تترك أمرها لقوانين كل دولة ، نظراً لتعارض ذلك مع مبدأ الإستقلال الذي يتمتَّع به خطاب الضمان .

ويمكن تعريف الحراسة القضائية بأنها " إجراء تحفظي إستثنائي يُقصد منه حماية الملكية والحقوق المتفرعة عنها ، فهى إجراء تحفظي تدعو إليه الضرورة للمحافظة على الأشياء المتنازع عليها حتى ينتهي النزاع القائم بين ذوي الشأن[1] ".

وعليه ، فإذا كان يوجد سبب مشروع يمنع الوفاء كتواطؤ ظاهر أو مستندات غير مُطابقة ، ففي هذه الحالة يجب على القاضي الأمر بمنع البنك من الوفاء إذا طُلب ذلك ، أما إذا طلب العميل الآمر ذلك ، فقد جاز الحكم بعدم جواز قيد المبلغ على حسابه[2].

أما إذا لم يُوجد سبب مما تقدَّم فيجب الدفع ولا يجوز تعطيله لأي سبب بأي إجراء كان ، ولا بفرض الحراسة.

---

١) الدكتور/ خليل فيكتور تادرس خليل ، مبدأ الإستقلال في خطاب الضمان الدولي ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٤م ،ـ ٢٠٠٥م ، صفحة (٤٠٣).

٢) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٣٨٩).

ومتى وضع المبلغ تحت حراسة البنك فرضاً عليه ، فإنَّ له أن يستمر في حساب العمولات المتعلقة به رغم كون دين البنك توَّقف عن كونه مُستحقاً.

والحقيقة أنَّه وفي مجال التجارة عموماً ، والتجارة الدولية على وجه الخصوص ، يتعيَّن أن تحقق الضمانات البنكية للمستفيد منها حماية مماثلة لتلك التي تتحقق من إيداع الأموال بنفس القيمة لدى البنك ، وإذا كان رجوع البنك على العميل يُمثَّل خسارة أو ضرر متوقع يُبرر الحراسة فإنَّ خطاب الضمان لا يتأثر بإمكانية توقيع الحراسة إذا ما ثار نزاع بين أطراف عقد الأساس .

لأنَّ القاعدة هي أنَّ البنك يدفع أولاً ويكون للعميل أن يشكو للقضاء ، أي أنَّ " الدفع أولاً حتمي وتأتي الشكوى فيما بعد[١] ".

وفي هذا الإتجاه ، كان رأي الدكتور/ على جمال الدين عوض ، الرافض لمبدأ توقيع الحراسة على مبلغ خطاب الضمان ، لأنَّه وفي رأيه أنَّ الحراسة لا تنصب إلا على مال يحتاج إلى إدارة فيُلزم الحارس بإدارته وتقديم حساب عن هذه الإدارة ، فلا تصلُح الديون الشخصية محلاً للحراسة[٢].

وبخصوص إمكانية فرض الحراسة على مبلغ الضمان من عدمه ، فقد إنقسمت آراء فقهاء القانون بين مؤيد ومُعارض لذلك ، فقد ذهب الرأي الذي يُجوَّز وضع مبلغ الضمان تحت الحراسة ومنها المحاكم الفرنسية والسويسرية ، إلى إعتبارات مؤداها صعوبة إسترداد العميل الآمر لمبلغ الضمان من المُستفيد مما يستوجب إتخاذ إجراءات الحراسة إذ أنَّ الآثار المالية لتنفيذ الضمان خطيرة.

والحقيقة أنَّ التبرير الذي إستندت إليه المحكمة غير كاف ، وليس من شأنه أن يسمح بفرض الحراسة على مبلغ الضمان ، فصعوبة الإسترداد ليست من طبيعتها أن تعوق البنك عن تنفيذ إلتزامه الفوري الأداء ، فضلاً عن وضع مبلغ الضمان تحت الحراسة يؤدي إلى إطالة مدة الضمان وتحويله من ضمان مُحدد المدة إلى ضمان غير مُحدد المدة[٣].

بينما ذهب الرأي المُعارض لوضع مبلغ الضمان تحت الحراسة إلى القول بأنَّ ذلك إجراء غير مُبرر ولا يستند إلى أساس من الواقع ولتعارضه مع قوة الإلتزام البنكي ، فضلاً عن تعارضه مع إلتزام البنك بالدفع لدى أول طلب[٤].

نستخلص مما تقدَّم ، تعارض وضع مبلغ الضمان تحت الحراسة القضائية مع مبدأ الإستقلال الذي يتمتَّع به غطاء الضمان ، فضلاً عن أنَّ القول بإيداع مبلغ الضمان بخزانة المحكمة لحين الفصل

---

١) الدكتور/ عادل إبراهيم ، مدى إستقلال إلتزام البنك في خطابات الضمان والإعتمادات المستندية ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٨م ، صفحة (١٨٥).

٢) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٣٩٠).

٣) الدكتور/ خليل فيكتور تادرس خليل ، مبدأ الإستقلال في خطاب الضمان الدولي ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٤م ،ـ ٢٠٠٥م ، صفحة (٤١١).

٤) المرجع السابق ، صفحة (٤١٢).

في النزاع ، غير مُبرر ولا يجد له سند في القانون ، ذلك أنَّ البنك مُلزم بالوفاء لدى أول طلب للمستفيد لا بإيداع المبلغ لخزانة المحكمة.

وعليه نخلص أيضاً إلى أنَّ وضع خطاب الضمان ذاته تحت الحراسة لا يمنع البنك من الوفاء بقيمته للمستفيد ، ذلك لأنَّ خطاب الضمان لا يُعتبر من قبيل الإلتزامات المُجردة التي تندمج قيمتها في السند المُثبت لها ، فإنها على العكس من ذلك تعتبر من الإلتزامات المُسببة والقائمة على العلاقات الشخصية القائمة بين المتعاقدين ، وأنَّ قيمتها تنحصر في التعاقد ذاته بصرف النظر عن حامل سند الكفالة ذاته[١].

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٣٩١).

المطلب الرابع
هل يجوز الإتفاق على عدم إجازة الحجز.

قد يرد نص في عقد فتح الإعتماد بالضمان المُبرم بين البنك الضامن والعميل الآمر ، يُفيد تنازل العميل الآمر عن الحق في الحجز على قيمة خطاب الضمان لدى يد البنك ، كما قد يتم ذكر مثل هذا التنازل في خطاب الضمان الصادر لمصلحة المُستفيد ، فما هو الأثر القانوني لمثل هذا التنازل ؟.

تباينت آراء الفقهاء حول مثل هذا النص ، حيثُ ذهب فريق منهم إلى عدم جواز التنازل عن الحق في الحجز على مبلغ الضمان لدى البنك ، وذلك تأسيساً على أنَّ الحق في اللجوء للقضاء وممارسة الإجراءات القضائية هى من الحقوق المتعلقة بالنظام العام وبالتالي فلا يجوز التنازل عنها مُسبقاً قبل نشوء الحق فيها ، وعليه يُعتبر أي نص يُحرم العميل من الحق في الحجز هو باطل لمُخالفته للنظام العام ، أما التنازل عن هذا الحق بعد نشوءه فهو جائز.

وقد إستند هذا الرأي المُعارض لتنازل العميل عن الحق في الحجز إلى أنَّ الحق لا ينشأ إلا بعد تنفيذ الضمان بالوفاء بقيمته دون وجه حق ، فيكون للعميل الحق في إسترداد ما قبضه المستفيد بدون حق ، وبذلك لا يوجد تحت يد البنك ما يُحجز عليه لسبق الوفاء به للمستفيد كحق له ، وقبل ذلك لا يوجد للمستفيد حق لدى البنك يمكن الحجز عليه لأنَّ المستفيد لم تصدر عنه مُطالبة بالمبلغ ، أي لا ينشأ له الحق إلا منذ لحظة طلبه التنفيذ من البنك ، فإذا علم العميل بهذه المطالبة أمكن وقوع الحجز[1].

وقد ذهب الفريق الآخر من أهل الفقه إلى جواز الإتفاق على تنازل العميل عن حقه في الحجز على قيمة خطاب الضمان لدى البنك ، لأنَّه أمر مشروع ولا يوجد ما يمنعه ، فضلاً عن أنَّه لا يوجد تعارض بين مكنة العميل الآمر في التنازل مُسبقاً عن توقيع الحجز على دينه لدى المدين ، لأنَّ ضمانه ينصبَّ على كل عناصر الذمة المالية لمدينه[2].

فضلاً عن ذلك كله ، فإنَّ التنازل المسبق لا يتعارض مع قواعد النظام العام المتعلقة بالتقاضي وإجراءاته ، لأنَّ العميل الآمر لا يُسقط حقه في التقاضي ، وإنما يتنازل عن حق مُحدد على سبيل الحصر وهو عدم الحجز على قيمة الخطاب ، وبالتالي فإنَّ مثل هذا الإتفاق مشروع.

---

١) الدكتور/ عادل إبراهيم ، مدى إستقلال إلتزام البنك في خطابات الضمان والإعتمادات المستندية ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٨م ، صفحة (١٧٨).

٢) المرجع السابق ، صفحة (١٧٨) وما بعدها.

أما إذا تنازل العميل الآمر عن حق التقاضي كاملاً سواء أكان تنازلاً عن مُقاضاة البنك الضامن أو المستفيد ، فإنَّ مثل هذا الإتاق يكون باطلاً لمُخالفته لقواعد النظام العام ، وبالتالي يُهمل النص ، وينهض حق العميل مُجدداً في المُقاضاة.

وفي الواقع فإنَّ إمكانية تنازل العميل الآمر مُسبقاً في إتفاقه مع البنك عن توقيع الحجز يتوافق مع وظيفة وفلسفة خطاب الضمان بإعتباره إلتزام مُستقل للبنك عن كل مُنازعة تعوق تنفيذه[1].

١) المرجع السابق ، صفحة (١٧٩).

المبحث التاسع
أحوال الرجوع بسبب خطاب الضمان.

يترتب على إصدار البنك لخطاب الضمان وإخطار المستفيد بذلك ، أن يُصبح البنك مُلتزماً باداء قيمة الضمان متى ما طالب به المستفيد خلال المُدة المُحددة بالخطاب.

وعلى ذلك ومتى ما قام البنك بالوفاء بقيمة الخطاب ، فإنَّه يحق له تبعاً لذلك أن يرجع على العميل الآمر لإستيفاء ما وفَّاه نيابة عنه للمستفيد.

وفي ذات الوقت فقد يرى العميل الآمر أنَّ إستيفاء المستفيد لقيمة خطاب الضمان ليس له ما يُبرره من الناحية القانونية ، كأن يكون العقد قد فُسخ أو أُبطل أو لأي سبب آخر ، يُسقط حق المستفيد في المطالبة بقيمة الضمان ، ففي هذه الحالة يستطيع العميل الآمر أن يرجع على المُستفيد الذي صرف قيمة الضمان بدون وجه حق ، بالإضافة لحق العميل في المُطالبة بالتعويض إن كان له مُقتضى ، وبالأرباح أو الفوائد عن المبلغ الذي إستلمه المُستفيد.

عليه ، فإننا سنتناول أحوال الرجوع بسبب خطاب الضمان ، بشكل موجز ، وذلك في مطلبين هما :

المطلب الأول : رجوع البنك الضامن على العميل الآمر.

المطلب الثاني : رجوع العميل الآمر على البنك وعلى المُستفيد من خطاب الضمان.

المطلب الأول
رجوع البنك الضامن على العميل الآمر.

بمُجرد قيام المُستفيد بالمطالبة بقيمة خطاب الضمان من البنك الضامن خلال المُدة المُحددة بخطاب الضمان ، وإستيفاء المستفيد لكافة الشروط المطلوبة والمحددة في الخطاب ، يكون البنك مُلتزماً بالوفاء بقيمة خطاب الضمان ، إذ أنَّه قد تعهد في خطاب الضمان بأن يؤدي القيمة لدى أول طلب وبغض النظر عن أي إعتراض أو مُنازعة ترد من جانب العميل.

عليه ومنذ لحظة وفاء البنك الضامن بقيمة الخطاب ينشأ حق البنك في مُطالبة العميل الآمر بما وفَّاه للمستفيد ، مُضافاً إليه أي نفقات أو مصاريف أو عمولة أو فوائد تكون قد ترتبت على هذا المبلغ المدفوع.

وعادة ما يدفع البنك قيمة خطاب الضمان للمستفيد بموجب شيك مصرفي ، طالباً منه في ذات الوقت إعادة أصل خطاب الضمان لإلغائه[١].

وبعد سداد قيمة خطاب الضمان يقوم البنك بإلغائه من سجلاته ، حتى ولو لم يتسلَّم أصل الخطاب من المُستفيد.

وإذا كان للعميل حساب جار لدى البنك جاز لهذا الأخير إجراء قيد المبلغ المذكور في الجانب المدين من الحساب ، بغير حاجة إلى إخطار العميل[٢].

ورجوع البنك الضامن على العميل الآمر يقوم على أساس أنَّ مبلغ الضمان (قيمة خطاب الضمان) قد دُفع ، فقد يكون المبلغ قد دُفع نقداً أو بموجب شيك مصرفي أو حوَّل لحساب المُستفيد لدى البنك الضامن[٣].

ويقوم أيضاً مقام الوفاء في الدفع للمستفيد وإبراء ذمة البنك ، المقاصة ، فإذا كان للبنك حق في مواجهة المستفيد ، ثمَّ طالب المستفيد البنك بدفع قيمة الخطاب أمكن أن تقع المقاصة القضائية بين حق البنك و دينه إذا توافرت شروطها[٤].

وبالتالي فإذا لم يقم المستفيد بالمطالبة بقيمة خطاب الضمان حتى إنقضت مدته ، ففي هذه الحالة لا يجوز إضافة مبلغ الضمان في الجانب المدين من حساب العميل ، كما لا يحق له مطالبة العميل به.

---

١) الدكتور/ مُحي الدين إسماعيل علم الدين ، موسوعة أعمال البنوك ـ الجزء الثاني ، طبعة ١٩٩٣م ، صفحة (٨٣٤).

٢) المرجع السابق ، صفحة (٨٣٤).

٣) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٤١٥).

٤) الدكتور/ مُحي الدين إسماعيل علم الدين ، موسوعة أعمال البنوك ـ الجزء الثاني ، طبعة ١٩٩٣م ، صفحة (٨٣٥).

يُفهم من كل ذلك أنَّ حق البنك الضامن في مطالبة العميل ينشأ من تاريخ سداد البنك لقيمة الضمان للمستفيد ، وذلك بالضرورة يتطلب أن يكون البنك قد أوفى بقيمة الضمان دون أي تقصير من جانبه.

وفي ذات الوقت ، ليس هناك ما يمنع البنك الضامن من إتخاذ أية إجراءات تحفظية ضد العميل الآمر ، حتى ولو كان ذلك قبل قيام المستفيد بالمطالبة بقيمة الخطاب ، وينشأ حق البنك في إجراء مثل هذا الأجراء التحفظي ، إذا كان العميل على وشك الإفلاس أو بدأ في تبديد أمواله بشكل يصعب معه مُستقبلاً على البنك أن يسترد قيمة الخطاب إذا ما طالب به المُستفيد خلال المدة المحددة ، وذلك كله بإفتراض أنَّ البنك لم يحصل على غطاء الضمان الكافي منذ البداية أو لم يحصل على الضمانات الكافية التي تمكنه من إستيفاء حقه عند دفعه للمستفيد ، كأن يكون البنك قد إعتمد على الثقة وسُمعة عميله في السوق.

وبالتالي فإذا أوفى البنك بقيمة الضمان ، وكان هناك غش بيَّن صادر من المستفيد ، بحيث يمكن لأي شخص أن يتبينه ، أو كان العميل قد أخطر البنك بوجود الغش أو التعسف في صرف قيمة الضمان ، ورغماً عن ذلك ، قام البنك الضامن بالوفاء بقيمة خطاب الضمان ، ففي هذه الحالة يسقط حق البنك في إسترداد ما دفعه للمستفيد من العميل الآمر ، وخاصة إذا ما صدر حكم قضائي يُثبت وجود الغش أو التعسف.

أما بخصوص الأساس الذي يستند عليه البنك في الرجوع على العميل الآمر فهو عقد فتح الإعتماد بالضمان ، لأنَّه هو العقد الذي يُنظِّم العلاقة بين الطرفين بشأن خطاب الضمان المعني ، ولا يرجع البنك على العميل تأسيساً على الوكالة ، لأنَّ البنك عندما أوفى بقيمة الضمان للمستفيد لم يكن يوفي بإعتباره وكيلاً عن العميل وإنما كان يُوفي بإلتزام أصيل في ذمته ناشئ بموجب خطاب الضمان[1].

كذلك الحال فإنَّ رجوع البنك على العميل لا يمكن تأسيسه على دعوى الحلول ، لأنَّ البنك في خطابات الضمان لا يحل محل المستفيد الدائن في الرجوع على العميل كما هو الحال في الكفالة ، ولو سلَّمنا بذلك لأمكن للعميل الآمر أن يدفع مسئوليته بأي دفع يرجع لعلاقة الأساس التي تربطه بالمستفيد وهذا الأمر غير جائز ، لإستقلال العلاقات عن بعضها البعض.

لكن وفي ذات الوقت إذا قام البنك الضامن بالوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد بالمخالفة لشروط الخطاب ، كأن قام البنك بالوفاء بعد إنتهاء مدة الخطاب ، أو قام بسداده بالرغم من إخطاره من قبل العميل بصدور غش من المستفيد ، أو قام بالوفاء خلال مدة تمديد الخطاب ، وكان التمديد دون إذن أو

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٤١٦).

موافقة مسبقة من العميل الآمر ، ففي هذه الحالة لا يستطيع البنك أن يرجع على العميل تأسيساً على خطاب الضمان أو عقد فتح الإعتماد بالضمان ، ولكن إذا كان هذا الوفاء قد عاد على العميل بمنفعة كأن برئت ذمة العميل من الدين تجاه المستفيد والذي لم يسبق له ـ العميل ـ الوفاء به كلياً أو جزئياً ، ولم يقم بهذا الدين سبب من أسباب البطلان أو الإنقضاء ، وكان هذا الوفاء قد أدى إلى إفتقار البنك ، ففي هذه الحالة يجوز للبنك أن يرجع على العميل تأسيساً على نصوص الإثراء بلا سبب ودعوى الفضالة أو رد غير المُستحق ، إن توافرت شروطها[1].

وغني عن القول أنَّه ، إذا قام البنك بالوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد وبعد ذلك تبيَّن له غش أو تعسَّف المستفيد أو لم يكن بوسعه أن يُدرك الغش بالرغم من بذله العناية المعقولة في فحص المستندات وطلب تسييل الخطاب ، فإنَّ هذا الغش لا يمنع البنك من الرجوع على العميل بما وفَّاه للمُستفيد.

١) المرجع السابق ، على الهامش ، صفحة (٤١٦).

المطلب الثاني
رجوع العميل الآمر على البنك وعلى المُستفيد من خطاب الضمان.

ينشأ حق العميل الآمر في الرجوع على البنك الضامن ، وذلك في حالة أنَّ العميل قد قام بسداد قيمة غطاء الضمان نقداً ، وقام البنك الضامن بالوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد بالمُخالفة للشروط الواردة بخطاب الضمان نفسه ، كأن قام البنك بالوفاء بقيمة الخطاب بالرغم من إنتهاء مدته أو بالرغم من إخطار العميل الآمر للبنك بأنَّ طلب المستفيد ينطوي على غش بيَّن يفقأ العينين ، أو إذا قام البنك بالوفاء بقيمة الخطاب خلال مدة تمديد الضمان دون أخذ الأذن أو الموافقة المُسبقة من العميل ، ففي هذه الحالة يستطيع العميل أن يرجع على البنك الضامن لإسترداد قيمة غطاء الخطاب التي سددها نقداً للعميل ، طالما كان هناك خطاءً أو تقصيراً من البنك في الوفاء للمستفيد.

وكذلك الحال يجوز للعميل أن يسترد من البنك الضمانات التي قدَّمها كغطاء لخطاب الضمان سواء أكانت أصول عقارية رُهنت لصالح البنك الضامن أو أوراق تجارية أو أسهم أو سندات أو خلافه ، طالما أنَّ البنك قد قام بالوفاء بقيمة الضمان إلى المُستفيد بالمُخالفة لشروط الخطاب ، كما يحق للعميل أن يرفض قيد مبلغ الضمان المدفوع للمستفيد في الجانب المدين لحسابه الجاري بالبنك إستناداً لذات الأسباب المذكورة آنفاً.

أما إذا كان البنك قد قام بالوفاء للمستفيد دون أدنى خطأ أو تقصير منه ، ففي هذه الحالة يكون دفع البنك صحيحاً لأنَّ إلتزامه الوارد بخطاب الضمان يُحتَّم عليه ذلك ، حتى ولو كان للعميل من الأسباب ما يُبرر عدم الدفع ، فإنَّ البنك لا يعتد بهذه الأسباب طالما أنها تخرج عن نطاق الغش البيَّن والتعسَّف الظاهر ، وترتيباً على ذلك يلتزم البنك بالوفاء للمستفيد دون أن يكون للعميل الحق في الرجوع على البنك ، وذلك تطبيقاً لمبدأ " الدفع أولاً ثمَّ اللجوء للمحكمة بعد ذلك ".

وعليه فإذا كان البنك قد قام بالوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد ، وكان العميل يعتقد بعدم أحقية المستفيد في مبلغ خطاب الضمان ، كأن كان عقد الأساس قد فُسخ بتراضي الطرفين أو أبطل العقد ، أو أنَّ العميل قد أوفي بكافة إلتزاماته كما ينبغي ووَّقع المُستفيد على ما يُفيد بأنَّ العمل قد أُنجز على أكمل وجه أو غيرها من الأسباب الأخرى ، ففي هذه الحالة يستطيع العميل أن يرجع على المستفيد إستناداً على دعوى الإثراء بلا سبب بالإضافة لعقد الأساس المُبرم بينه والمستفيد.

وغني عن القول أنَّ العميل يقع على عاتقه عبء إثبات عدم إستحقاق المستفيد لمبلغ خطاب الضمان.

ومتى ما أثبت العميل الآمر عدم إستحقاق المستفيد لمبلغ خطاب الضمان الذي صرفه دون وجه حق ، يجوز للعميل أن يُطالب المستفيد برد ما قبضه تنفيذاً لخطاب الضمان ، بالإضافة لمطالبته بالتعويض إن كان له مُقتضى والفوائد عن المبلغ الذي إستلمه ، وذلك من تاريخ الإستلام وحتى تاريخ رد المبلغ.

المبحث العاشر
إنقضاء خطاب الضمان.

ينتهي خطاب الضمان بعدة طرق منها الوفاء بقيمته ، أي أن يتقدَّم المستفيد بطلب للبنك خلال مدة سريان الخطاب لإستيفاء قيمته، وقد ينقضي الخطاب بإنتهاء مدته دون أن يتقدَّم المستفيد بطلب لتسييله ، كما قد ينتهي الخطاب كذلك حتى وإن لم تنقضي مدته ، وذلك في حالة أنَّ العميل قد أعاد أصل الخطاب للبنك أثناء فترة صلاحية الخطاب وأشفع ذلك بكتاب من المستفيد يُفيد تنازله عن الخطاب ، كما قد ينتهي إلتزام البنك بالتقادم.

وسوف نتناول في هذ المبحث بإقتضاب غير مخل ، الأحوال المذكورة وذلك على النحو التالي:

إنقضاء خطاب الضمان بأداء قيمته :

إذا طلب المستفيد قيمة خطاب الضمان خلال الأجل المُحدد به ، يلتزم البنك بالدفع فوراً بمجرد الطلب ، دون أن يكون له الحق في مُناقشة مدى أحقيته في ذلك[1].

ومتى تمَّ الوفاء على هذا الوجه ينقضي خطاب الضمان وينقضي تبعاً لذلك إلتزام البنك بوفاءه بالقيمة للمستفيد ، هذا إذا كان المستفيد قد طالب بكامل قيمة خطاب الضمان دفعة واحدة ووفاها البنك له.

أما إذا كان المستفيد قد طالب بجزء من قيمة خطاب الضمان ، و ضمَّن طلبه أو تقدَّم بخطاب مُستقل للبنك يُفيد فيه بأنَّه يتنازل عن المُطالبة بالجزء المُتبقي من قيمة خطاب الضمان لأي سبب من الأسباب ، بإعتبار أنَّ الجزء الذي طالب بوفائه كافياً لجبر ضرره أو تعويضه ، ففي هذه الحالة ينقضي الإلتزام الوارد بالخطاب ، وينقضي إلتزام البنك تبعاً لذلك ، أي لا يحق للمستفيد أن يرجع في تنازله بعد إخطاره للبنك بذلك صراحة .

أما إذا كان المستفيد قد تقدَّم بالمُطالبة بجزء من قيمة خطاب الضمان وسكت عن تحديد مصير الجزء المتبقي ، فالأصل أنَّ البنك لا يستطيع أن يفترض أنَّ المُستفيد قد تنازل عن الجزء المتبقي ، لأنَّ التنازل لا يُفترض مالم يرد بنص صريح في ُطالبة المستفيد ، وبالتالي يظل إلتزام البنك قائماً ما بقى خطاب الضمان صالحاً ، أي يحق للمستفيد أن يُطالب به حتى آخر لحظة من تاريخ صلاحية الخطاب ، ومتى ما تقدَّم المستفيد بطلبه خلال المدة ، فلا يكون أمام البنك من سبيل سوى دفع القيمة المطلوبة طالما أنَّها لم تتجاوز الحد الأقصى لقيمة الخطاب.

---

١) الدكتورة / سميحة القليوبي ـ الأسس القانونية لعمليات البنوك ـ الطبعة الثانية ، ٢٠٠٣م ، دار النهضة العربية ، صفحة (٢٠٢).

ويجري العمل في المصارف على إخطار العميل بمُجرد إستلام طلب الدفع الكلي أو الجزئي من المستفيد ، وإن كان هذا الإخطار لا يُشكِّل إلتزاماً واجباً وإن كان تحفظياً ، علماً بأنَّ القواعد الموحدة الصادرة من غرفة التجارة بباريس والمتعلقة بخطاب الضمان تُلزم البنك بإخطار العميل بمُطالبة المستفيد له بالدفع الكلي أو الجزئي ، وذلك في المادة (٢٣) من القواعد الموحدة[١].

إنقضاء خطاب الضمان بإنقضاء مدته :

وقد ينقضي خطاب الضمان وذلك بأن تنتهي مدة صلاحيته المُبيَّنه به دون أن يتقدَّم المُستفيد بطلب لصرف قيمة الخطاب ، وبالتالي ومتى ما إنتهت مدة صلاحية الخطاب يصبح الخطاب مُنعدماً وكأن لم يكن ، وبالتالي ينقضي إلتزام البنك ، ولا يكون مُلتزماً بالوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد بعد ذلك ، وإذا فُرض وأن قام البنك بالوفاء بقيمة الخطاب بالرغم من إنتهاء مدته ، ففي هذه الحالة يكون البنك قد أوفى بقيمة الخطاب على مسئوليته.

هذا بإفتراض أنَّ مُدة الخطاب كانت مُحددة فيه ، أما إذا كان الخطاب قد صدر دون تحديد لمدة صلاحيته ، فهذا يعني أنَّ الخطاب غير مُحدد المدة ، وبالتالي فإنَّه يجوز للبنك أن يُنهيه في أي وقت بشرط أن يُخطر المستفيد برغبته في إنهاء الخطاب خلال فترة معقولة.

وأحياناً قد يُنص في الخطاب على ضرورة أن يرد المستفيد وثيقة الضمان إلى البنك ، وهذا الشرط لا يعني أن يستمر الضمان حتى رد الخطاب بالفعل ، لأنَّ الخطاب ليس ورقة تجارية وليس له قيمة ذاتيه ، بل هو مُجرد أداة إثبات[٢].

وبالتالي وحتى بإفتراض أنَّ المستفيد لم يرد أصل وثيقة الضمان للبنك بعد إنتهاء مدة الخطاب أو بعد إخطاره برغبة البنك في إنهاء أو إلغاء الخطاب ـ في حال الخطاب غير المُدد المدة ـ ورغم ذلك لم يتقدَّم المستفيد بطلب لتسييل الخطاب ، فإنَّ إلتزام البنك ينقضي ، ولا يكون مُلزماً بالوفاء بقيمة الخطاب.

إنقضاء خطاب الضمان بإنقضاء أجله :

قد ينقضي خطاب الضمان بإنقضاء أجله وفي ذلك فرق بينه وبين إنقضاء الخطاب لإنقضاء مدته ، فإنقضاء الخطاب لإنقضاء أجله يعني أنَّ الخطاب مُرتبط بأجل مُعيَّن ، ومتى ما تحقق هذا الأجل ينقضي الخطاب ، حتى ولو كانت أسباب المُطالبة بقيمة الخطاب قد نشأت قبل إنقضاء الأجل.

قد يُنص على أنَّ خطاب الضمان للدفعة المُقدَّمة ، وذلك يعني أنَّ صاحب العمل يُريد أن يطمئن على أنَّ مبلغ الدفعة المُقدَّمة الذي سيُسلمه للمقاول له ما يُقابله من ضمان ، بحيث إذا تصرف فيه المقاول بالمُخالفة لما أُتفق عليه بالعقد ، ففي هذه الحالة يحق لصاحب العمل أن يصرف قيمة

---

١) الدكتور/ يعقوب يوسف صرخوه ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في القانون الكويتي ، الكويت ـ الطبعة الثانية ١٩٩٨م ، صفحة (٢٥٩).

٢) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٤٢٤).

الضمان ، وعليه ومتى ما قام المقاول بصرف قيمة الدفعة المقدمة في المشروع أو العمل المُتفق عليه وتقدَّم لإستيفاء الدفعة الثانية ، وقام صاحب العمل بصرف الدفعة الثانية له ، ففي هذه الحالة ينقضي خطاب ضمان الدفعة المُقدَّمة لإنقضاء أجله ، أي الغاية منه ، لأنَّه إذا كان المقاول قد أخلَّ بالإتفاق وتصرف في الدفعة المَقدَّمة لما كان صاحب العمل قد وافق على صرف الدفعة اللاحقة.

إعادة خطاب الضمان إلى البنك قبل إنتهاء صلاحيته :

وأحياناً يتم إعادة أصل خطاب الضمان للبنك من العميل أو المستفيد بالرغم من سريان مدة صلاحية الخطاب ، وذلك في حال أنَّ العميل الآمر قد أوفى بما عليه من إلتزامات دون إخلال .

وفي تقديم المُستفيد لأصل خطاب الضمان قبل إنتهاء مدته فيه ما يُفيد إبراء المستفيد للبنك من إلتزامه الوارد بالخطاب .

أما إذا كان رد أصل الخطاب قد تمَّ بواسطة العميل ، فقد جرى العرف المصرفي على أن يُطالب البنك برد صورة الخطاب المرسلة للمستفيد ، فضلاً عن مُطالبة المستفيد بتقديم ما يُفيد تنازله عن خطاب الضمان وإبراء البنك من الإلتزام الوارد فيه ، وذلك لأنَّ مُجرد تقديم أصل الخطاب للبنك لا يعفي البنك من إلتزاماته قبل المستفيد ، لأنَّ خطاب الضمان هو وسيلة إثبات لنشوء الإلتزام وليس الإلتزام في ذاته ، بمعنى أنَّه يحق للمستفيد أن يتقدَّم للبنك للمُطالبة بقيمة خطاب الضمان بالرغم من وجود الأصل بحوزة البنك ، لذلك جرى العرف المصرفي على إستيفاء خطاب من المستفيد يُفيد التنازل والإبراء.

وفي ذلك الخصوص صدر حُكم من محكمة النقض المصرية :

" لا يُعد تسليم خطاب الضمان من قبل المستفيد إلى البنك المُصدر له بعد إنتهاء مدته تنازلاً عنه ، إلا إذا تضمَّن الخطاب مثل هذا الإتفاق أو إقترن تسليمه بما يدل على تنازل المُستفيد عمَّا ورد به من حقوق[1] ".

كما أورد الدكتور/ محي الدين علم الدين إسماعيل في مؤلفه موسوعة أعمال البنوك التالي :

" ويُعتبر من قبيل الإبراء تسليم المستفيد صك الخطاب إلى العميل لإعادته إلى البنك بعد أن قام العميل بتنفيذ إلتزامه تجاه المستفيد ، إذ بهذا تبرأ ذمة البنك قبل المستفيد ، وتبرأ ذمة العميل قبل البنك ، ويكون له أن يسترد غطاء خطاب الضمان .

على أنَّه مع ذلك يكون للمستفيد أن يُثبت أنَّ حيازة العميل لصك الخطاب كان بسبب آخر غير الإبراء ، كأن يكون قد طلب تعديل الخطاب أو تجديده ، لذلك يجدر بالبنك عند إعادة الخطاب

---

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٤٣٠).

" نقض الطعن رقم (٧٠٣٠٤) لسنة ٦٣ ق ، في ٢٧/يونيو/١٩.

إليه بواسطة العميل قبل إنتهاء مدته أن يخطر المُستفيد بإلغاء الخطاب حتى يتأكد من عدم مُمانعته من ذلك[1] ".

وهذا ما أكدته أيضاً القواعد الدولية بموجب نص المادة (٢٣) من القواعد الموحدة ، حيثُ نصت على التالي :

" بغض النظر عن أي شرط يُحدد الإنتهاء موجود في الضمان ، فإنَّ الضمان يُلغى إذا تمَّ تقديم الضمان من الضامن ، أو إذا قام المُستفيد بتحرير إقرار بإخلاء الضامن من إلتزامه في نطاق الضمان بغض النظر في الحالة الأخيرة عمَّا إذا كان قد تمَّ رد الضمان وتعديلاته أم لا ".

إنقضاء خطاب الضمان بالتقادم :

لا يعرض التقادم كسبب من أسباب إنقضاء الإلتزام في خطابات الضمان ، إلا إذا كان الخطاب غير مُحدد المدة ، لأنَّه متى كان الخطاب مُحدد المدة ، فإنَّ الإلتزام الوارد فيه ينقضي بإنقضاء مدته ، وأما إذا كان الخطاب غير مُحدد المدة ولم يقم البنك بإخطار المُستفيد برغبته في إنهاء الخطاب خلال فترة معقولة ، ففي هذه الحالة يُنظر في طبيعة الإلتزام ، فإذا كان الإلتزام مُنجزاً أي غير مُعلَّق على شرط فإنَّ مدة التقادم تُحسب من تاريخ إصدار خطاب الضمان ، أما إذا كان الإلتزام مُعلقاً على شرط ، فإنَّ مدة التقادم تُحتسب من اليوم التالي لتحقق الشرط.

أما إذا كان المُستفيد قد قام بطلب جزء من قيمة الخطاب ، ففي هذه الحالة تكون مُدة التقادم بما تبقي من قيمة الخطاب هي مدة خمسة عشر سنة ، يبدأ إحتسابها من اليوم التالي لتاريخ المُطالبة ، وذلك إذا كان الخطاب غير مُحدد المدة[2].

---

١) الدكتور/ مُحي الدين إسماعيل علم الدين ، موسوعة أعمال البنوك ـ الجزء الثاني ، طبعة ١٩٩٣م ، صفحة (٨٣٦) وما بعدها.

٢) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٤٣١) ـ أنظر أيضاً : الدكتور/ مُحي الدين إسماعيل علم الدين ، موسوعة أعمال البنوك ـ الجزء الثاني ، طبعة ١٩٩٣م ، صفحة (٨٣٧).

المبحث الحادي عشر
أثر إنقضاء خطاب الضمان.

في أغلب الأحوال يكون خطاب الضمان مُحدداً بفترة زمنية مُعيَّنة واردة فيه ، تُحدد فترة صلاحيته ، بحيثُ إذا ما وردت أي مُطالبات من المُستفيد خلال الفترة المذكورة ، يكون لزاماً على البنك أن يوفي بقيمة الخطاب ، ومتى ما وفَّى البنك بالقيمة ينقضي إلتزامه تجاه المستفيد ، لكون أنَّه وفَّى بما عليه من إلتزام.

فقد ينقضي إلتزام البنك الوارد بالخطاب بالوفاء الكامل للمستفيد بقيمة الخطاب ، كما قد ينقضي بالوفاء الجزئي وذلك في حالة أنَّ المستفيد قد طلب جزءً من قيمة الخطاب وتنازل صراحة عن الجزء المتبقي ، أو أن يكون المستفيد قد طلب جزءً من قيمة الخطاب وسكت عن المطالبة بالجزء المتبقي حتى إنتهت صلاحية الخطاب ، وقد ينقضي إلتزام البنك كذلك بإنتهاء مدة الخطاب دون مُطالبة أو بإعادة المستفيد أو العميل لأصل الخطاب للبنك خلال مدة سريان الخطاب ، مما يعني إبراء المستفيد للبنك من الإلتزام الوارد بالخطاب.

ومتى ما إنقضى الإلتزام بالوفاء الكامل للمستفيد ، فإنَّه يحق للبنك الضامن أن يرجع على عميله الآمر بما وفَّاه للمستفيد مُضافاً إليه الفوائد والمصاريف والعمولة المُستحقة ، فإذا كان للعميل حساب جار لدى البنك ، فإنَّ الأخير يقوم بإجراء قيد المبالغ المدفوعة في الجانب المدين من الحساب بغير حاجة إلى إخطار العميل[1].

وينطبق نفس المبدأ في حال قيام البنك بالوفاء الجزئي للمستفيد ، ففي هذه الحالة يحق للبنك أن يرجع على العميل بما وفَّاه جزئياً مُضاف إليه الفوائد والمصاريف والعمولة المُستحقة.

أما إذا كان خطاب الضمان قد إنقضى دون وفاء بقيمته ، كأن تكون قد إنتهت مُدته دون أن يتقدَّم المُستفيد للمُطالبة بقيمة الخطاب ، مع عدم تجديد الخطاب ، في هذه الحالة يقوم البنك بإلغاء خطاب الضمان من سجلاته ويُفرج عن غطاء خطاب الضمان إذا كان نقدياً ، ويؤشر بما يُفيد ذلك في حسابات العميل لدى البنك[2].

ويترتب تبعاً لذلك ، قيام البنك بتحرير غطاء خطاب الضمان وإعادته فوراً إلى العميل ، فإذا كان الغطاء نقداً ، يقوم البنك عادة بقيد المبلغ وإضافته إلى حساب العميل ، مع إخطاره بذلك ، وإذا

---

١) الدكتور/ يعقوب يوسف صرخوه ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في القانون الكويتي ، الكويت ـ الطبعة الثانية ١٩٩٨م ، صفحة (٢٦٥).

٢) المرجع السابق ، صفحة (٢٦٦).

تبيَّن أنَّ هناك عمولات مُستحقة أو مصاريف ، يتم خصم هذه العمولات والمصاريف من مبلغ الإحتياطي قبل إضافة قيمته لحساب العميل أو صرف مبلغه إليه[١].

أما إذا كان غطاء خطاب الضمان غير نقدي كرهن عقاري أو رهن حيازي لأسهم أو سندات ، ففي هذه الحالة يقوم البنك بتطهير العقار من الرهن ويقوم بتسليمه للعميل فوراً ، وكذلك الحال بالنسبة للأوراق التجارية والأسهم والسندات ، إذ يقوم البنك بإخطار قسم الأوراق المالية للإفراج عن الأوراق المالية المُتحفَّظ عليها ، وذلك بعد أن يقوم بإجراءات القيد العكسي في حساباته النظامية[٢].

وما جرى عليه العمل في بعض المصارف أنها لا تقوم بتحرير غطاء خطاب الضمان أو التأمينات التي قدمها العميل للبنك إلا بعد قيام المُستفيد أو العميل بإرجاع أصل خطاب الضمان.

والمُستقر أنَّ إرجاع أصل خطاب الضمان ليس شرطاً لتحرير الضمانات التي قدمها العميل مُقابل إصدار الخطاب ، وحتى ولو ذكر ذلك صراحة بالخطاب أو بعقد فتح الإعتماد بالضمان ، وذلك لأنَّ إلتزام البنك الضامن ينقضي تلقائياً بإنقضاء الأجل الوارد بالخطاب ، وبالتالي لا تُقبل المُطالبات التي تصل للبنك بعد تاريخ إنتهاء صلاحية الخطاب.

ورغم ذلك نجد أنَّ العمل قد جرى في بعض البنوك ، على عدم الإفراج عن ضمانات إصدار خطاب الضمان أو إبراء العميل من إلتزاماته إلا بعد نقضاء خمسة عشر يوماً من نهاية مُدة الضمان[٣].

ويرى الباحث أنَّ مثل هذا الإجراء من قبل البنوك ليس له ما يُبرره أو يُسنده من ناحية القانون ، لأنَّ البنك لا يكون مُلزماً بالوفاء بقيمة الضمان بعد إنقضاء مدته ، وبالتالي فلا معنى لحجز الضمان أو تأجيل إبراء العميل من إلتزاماته ، لأنَّ ذلك لن يُضيف للبنك شيئاً ولن يُمنحه حقاً أو ضماناً إذا ما قام بالوفاء للمستفيد بعد الأجل المُحدد.

وفي هذا المعنى ، نصت المادة (٢٤) من القواعد الموحدة على التالي :

" إذا كان الضمان قد إنتهى بالسداد أو إنتهاء الأجل أو الإلغاء أو خلافه ، فإنَّ إحتجاز الضمان أو تعديلاته لا يُعطي للمستفيد أي حقوق في نطاق الضمان ".

وبعد إنقضاء إلتزام البنك ، ينشأ حقه في الرجوع على العميل الآمر لإستيفاء ما قام بسداده للمستفيد ، ويكون أساس الرجوع على العميل هو عقد فتح الإعتماد بالضمان المُبرم بين البنك والعميل.

---

١) الدكتور/ على جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة عام ٢٠٠٠م ، صفحة (٤٣٣).

٢) المرجع السابق ، صفحة (٤٣٣).

٣) المرجع السابق ، صفحة (٤٣٥).

الخاتمة والتوصيات.

نظراً للأهمية التي يتمتَّع لها خطاب الضمان بإعتباره موضوع الساعة ، كان لابد للباحث من التعرّض لهذا الموضوع ، مُستعرضاً أهم مبادئه التي تُميزه عن غيره من عمليات البنوك الأخرى ، و إلقاء الضوء على مدى الإستقلالية التي يتمتَّع بها خطاب الضمان وذلك بإجماع الإتفاقيات والقواعد الدولية ، فضلاً عن إجماع التطبيقات القضائية في معظم الدول العربية والأجنبية .

وحقيقة لقد أخذت عمليات الضمانات البنكية تأخذ بُعداً مهماً في المجال التجاري وبيئة الإستثمار ، خاصة وأنَّ السودان أصبح نقطة جاذبة للإستثمار والعمل التجاري ، لذا كان لزاماً على الباحث تناول هذا الموضوع ، مُهيباً في ذات الوقت بالمشرع الوطني أن يحذو حذو الدول العربية الأخرى في تضمين نصوص تحكم وتُنظِّم عمليات البنوك بما فيها خطابات الضمان المصرفية ، حيثُ أنَّ عمليات الضمانات المصرفية بدأت في التصاعد ، وبدأت كثير من الدول في الإهتمام بها ، مما أهَّلها لأن تأخذ مكانة هامة ضمن تشريعات تلك الدول.

لذا ، ونظراً لأهمية هذه الضمانات بإعتبارها أداة تسيير وتطوير التجارة على الصعيدين المحلي والدولي ، تعَّرضنا لدراسة خطاب الضمان المصرفي مُبيين تعريفه اللغوي والإصطلاحي مع بيان سنده الشرعي وأدلة ذلك من الكتاب والسنة ، كما أوضحنا طبيعة إلتزام البنك الضامن ، والذي يلتزم بالوفاء لدى أول طلب ، أو لدى الطلب مصحوباً بالمستندات إذا كان الخطاب مشروطاً أو مُبرراً ، وذلك بإعتبار أنَّ إلتزام البنك الوارد بالخطاب هو في أصله إلتزاماً قطعياً ونهائياً ، لا شأن له بالدفوع أو المنازعات التي قد تنشأ من العلاقة من العلاقات الأخرى المُحيطة به كعقد الأساس وعقد فتح الإعتماد بالضمان ، إذ يتوجب على البنك القيام بالسداد للمستفيد حتى ولو صدر أمراً من العميل بعدم الدفع ، ويُستثنى من ذلك بالطبع حالة الغش البيِّن والتعسف الواضح الصادر من المستفيد .

فمتى ما إلتزم البنك بهذه الأُسس والمبادئ ، يصبح حق المُستفيد بمأمن من كل ما يمكن أن يؤثر على حصوله على حقوقه كاملة ، وبالتالي سيطمئن في تعامله مع العميل الآخر ، مما يعود بالنفع والفائدة على التجارة المحلية والدولية وسرعة إضطرادها ، لأنَّه وكلما إطمئن المُستفيد في حصوله على حقوقه كاملة ، وتوثقت عُرى الثقة في قوة الضمان ، كُلما أدى ذلك إلى إبرام العقود بين العملاء والمقاولين أو غيرهم من المتعاقدين الآخرين.

ثمَّ تعرضنا بعد ذلك لتمييز خطاب الضمان عن غيره من العقود الأخرى المُشابهة له ، حيثُ ميَّزنا بين خطاب الضمان والإعتمادات المُستندية ، والفارق الجوهري بينهما يكمن في أنَّ الإعتماد المُستندي لا يستحق فوراً كما هو الحال في خطاب الضمان ، بل يتوقف دفعه ـ الإعتماد المُستندي ـ

على تقديم المُستندات التي تفيد تنفيذ المستفيد لإلتزامه الوارد بالخطاب ، وكذلك الحال فرقنا بين خطاب الضمان والإشتراط لمصلحة الغير ، كما وضحنا أوجه الشبه والخلاف بين خطاب الضمان والكفالة ، وقلنا بأنَّ الكفالة عادة ما تكون عقداً واحداً بين الكفيل والدائن ، بينما أنَّه في خطاب الضمان يوجد عقدان ، عقد الأساس المبرم بين العميل والمستفيد وخطاب الضمان الصادر من البنك الضامن لمصلحة المستفيد. ، إضافة إلى أنَّ الإلتزام الوارد بخطاب الضمان هو إلتزام أصلي في ذمة البنك ، أما في الكفالة فإنَّ إلتزام الكفيل هو إلتزام تابع لإلتزام المدين الأصلي يرتبط به وجوداً وعدماً ، وبالتالي فإذا فُسخ أو أُبطل العقد الأصلي فإنَّ الكفالة تسقط تبعاً لذلك .

و لإصدار خطاب الضمان ، يتعيَّن إتباع الإجراءات اللازمة من ناحية بيان التعهد الصادر من البنك الضامن وضرورة تحديد الأطراف وتحديد العملية المضمونة بخطاب الضمان والمُستفيد من الخطاب ومدة الضمان وقيمة خطاب الضمان وبيان الحد الأقصى للمبلغ الذي يلتزم فيه البنك أمام المُستفيد في حال عدم تحديد القيمة ، مع بيان لغة الخطاب والقانون الواجب التطبيق في حالة المنازعة بين البنك والمستفيد.

أضف لذلك ، فقد بيَّنا العلاقات التي تنشأ بسبب إصدار خطاب الضمان ، فوضحنا علاقة العميل الآمر بالمستفيد من خطاب الضمان ، وعلاقة العميل الآمر بالبنك الضامن ، وكذلك على البنك بالمستفيد.

وعرجنا بعد ذلك لإيضاح العلاقات الناشئة عن خطاب الضمان ، سواء أكانت إلتزامات على عاتق العميل والمتمثلة في تغطية خطاب الضمان وسداد العمولة والفوائد ، وإلتزام العميل بتعويض البنك عمَّا دفعه ، أو كانت إلتزامات على عاتق البنك والمتمثلة في إلتزامه بتقديم النُصح والإرشاد وبإصدار خطاب الضمان.

ومن السمات المُميزة لخطاب الضمان أنَّ الخطاب يتمتَّع بالإستقلالية ، ويُقصد بخاصية إستقلال إلتزام البنك في مواجهة المستفيد من خطاب الضمان أنَّه مُستقل عن عقد الأساس أو العلاقة الأصلية التي تربط المُستفيد بالعميل ، كما أنه مستقل عن تلك التي تربط البنك وعميله ، وذلك لأنَّ خطابات الضمان بطبيعتها تعهدات نهائية غير قابلة للرجوع فيها ، ومنفصلة عن العقد أو العقود التي تستند عليها ، ولا يجوز للبنك التمسك بالعلاقة الناشئة عن هذه العقود ، كما لا يجوز للمستفيد أيضاً أن يتمسك بالعلاقات التعاقدية بين البنوك ، أو بين العميل الآمر والبنك المُصدر.

كذلك أوضحنا أنواع خطابات الضمان ، من دفعة مُقدَّمة وضمان إبتدائي وضمان المُناقصات والمزايدات وضمان حُسن التنفيذ والضمان الجُمركي ، فضلاً عن تناولنا لمدة خطاب الضمان وكيفية تمديدها.

وما يجدر ذكره أنَّ خطاب الضمان لا يُعتبر ورقة تجارية ، إذ هو إلا ورقة لإثبات واقعة صدور خطاب الضمان والبيانات الواردة فيه فقط ، وبالتالي فإنَّ خطاب الضمان لا يجوز تداوله أو تظهيره ، كما لا يجوز التنازل عنه للغير إلا أذا كان ذلك منصوصاً عليه صراحة بمتن الخطاب.

وقد أوضحنا أيضاً واجبات البنك عند الوفاء بقيمة خطاب الضمان من إلتزام بالتحقق من صحة المُطالبة بحسب الظاهر ومن دفع قيمة الخطاب.

وأيضاً أوضحنا الأحوال الإستثنائية التي تُبيح للبنك الإمتناع عن الوفاء بقيمة الخطاب ، وذلك في حال حدوث غش من قبل المُستفيد أو التعسف الظاهر في طلب المُستفيد.

وتعرضنا كذلك للأحوال القضائية المُتعلقة بمدى جواز الحجز على حق المُستفيد ومدى جواز الحجز على غطاء الضمان ومدى جواز وضع الخطاب تحت الحراسة.

وأخيراً تناولنا أحوال الرجوع بسبب خطاب الضمان ، سواء بالنسبة لحق العميل في الرجوع على البنك الضامن في حال وفائه بمبلغ الضمان بالمخالفة لشروط الخطاب أو وفائه بعد إنتهاء مدة الخطاب ، وكذلك تناولنا حق العميل في الرجوع على المُستفيد إذا كان المُستفيد قد إستوفى المبلغ دون وجه حقق ، وكذلك حق البنك الضامن في الرجوع على العميل ، وبيَّنا كيفية ذلك وبيان الأساس في الرجوع إستناداً لعقد فتح الإعتماد بالضمان إذا كان البنك قد وفَّى بقيمة الخطاب دون تقصير منه ، أما إذا كان وفاء البنك بالمخالفة لشروط الخطاب كأن وفَّى بقيمة الخطاب بعد إنتهاء مدته ، ففي هذه الحالة يرجع البنك على العميل إستناداً على قواعد الإثراء بلا سبب ودعوى الفضالة إذا كان لها محل.

كذلك بيَّنا أحوال إنقضاء خطاب الضمان ، سواء أكان ذلك بوفاء قيمته بالكامل أو بوفائها جزئياً مع تنازل المستفيد عمَّا تبقى من قيمة الخطاب أو بإنقضاء مدة الخطاب دون مُطالبة من قبل المستفيد أو إنقضائه بالتقادم المُسقط.

التوصيات :

لذلك ، لا يسع الباحث إلا أن يُبدي بعض التوصيات للمشرع الوطني وللمتعاملين في قطاع البنوك بشأن خطابات الضمان المصرفية ، عسى أن تُساهم تلك التوصيات في الإرتقاء بهذا النوع من الضمانات ، حيثُ تتلخص التوصيات في التالي :

١ ـ نُهيب بالمُشرع الوطني في أن يحذو حذو الدول العربية الأخرى كجمهورية مصر العربية ودولة قطر في إصدار تشريع مُستقل يحكُم العمليات البنكية (المصرفية) ، مثل الحساب الجاري والودائع النقدية وودائع الأواراق المالية ، والتحويلات المصرفية ، والخزائن بما فيها خطابات الضمان والإعتمادات المُستندية وغيرها من العمليات المصرفية الأخرى ، وذلك لحاجة الحياة المصرفية الماسة إليها.

٢ ـ الإشارة إلى تطبيق القواعد الدولية الموَّحدة الصادرة من غرفة التجارة بباريس والمتعلقة بخطابات الضمان لدى الطلب ، وذلك بإدراجها في كل خطاب ضمان يصدُر من البنك بإعتبارها مُكملة لإرداة الأطراف ،حيثُ أنَّها تحتوي على مُعظم القواعد المتعلقة بتنظيم خطاب الضمان ، بإستثناء الأحوال التي يجوز فيها للبنك الإمتناع عن الوفاء إستناداً للغش والتعسف ، حيثُ أنَّ القواعد المذكورة لم تتصدى لهذه الجزئية.

٣ ـ يُفضل إستخدام خطابات الضمان المشروطة (المُستندية) أو المُبررة ، وذلك بدلاً عن خطابات الضمان لدى الطلب ، وذلك لأنَّ إلتزام المستفيد بتقديم بعض المستندات أو التبريرات ربما يُساعد الضامن في الكشف عن غش وتعسَّف المُستفيد من خلال هذه المُستندات.

إذ أنَّ خطاب الضمان لدى الطلب لا يُلزم المُستفيد بأي شئ ، وبالتالي يُصعَّب على البنك إستدراك الغش الذي قد يرد من المُستفيد.

تمَّ بحمد الله تعالى .

ثبت المراجع.

أولاً : في اللغة :

- ابن منظور ـ لسان العرب ـ الجزء (١٢) ـ طبعة دار إحياء التراث العربي ـ لبنان.
- المعجم الوسيط ـ الجزء الأول ـ طبعة دار إحياء التراث العربي ـ لبنان.
- الفيروز آبادي ـ القاموس المحيط ـ الجزء الرابع ـ طبعة دار إحياء التراث العربي ـ الطبعة الأولى ١٩٩١م.

ثانياً : القانون :

- قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م.
- قانون الجمارك السودان.
- قانون بيع الأموال المرهونة للمصارف لسنة ١٩٩٠م.

ثالثاً : مجلات الأحكام القضائية السودانية:

- مجلة السوابق القضائية لسنة ١٩٨٣م ـ الهيئة القانونية السودانية.
- مجلة السوابق القضائية لسنة ١٩٩٤م ـ الهيئة القضائية السودانية.

رابعاً : رسائل الدكتوراه :

١ ـ الدكتور/ خليل فكتور تادرس خليل :

- مبدأ الإستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لإتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٩٥م ـ الناشر دار النهضة العربية ـ طبعة ٢٠٠٤م ، ٢٠٠٥م.

٢ ـ الدكتور/ عادل ابراهيم :

- مدى إستقلال والتزام البنك في خطابات الضمان والإعتمادات المستندية ـ الناشر دار النهضة العربية ـ طبعة ١٩٩٨م.

٣ ـ الدكتور/ حاتم محمد عبد الرحمن :

- العمليات المصرفية المستقلة والمشكلات المرتبطة بتنفيذها ـ الناشر دار النهضة العربية ـ طبعة ٢٠٠٣م

٤ ـ الدكتور/ عبد الرحمن بن سعود الكبير :

- الكفالات المعاصرة ـ المجلد الأول ـ طبعة ٢٠٠٣م.

٥ ـ الدكتور/ علاء الدين زعتري :

- الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها ـ دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت ـ الطبعة الأولى ـ طبعة ٢٠٠٢م.

خامساً : مراجع الشريعة الإسلامية :

١ ـ الشيخ/ علي الخفيف :

- الضمان في الفقه الإسلامي ـ دار الفكر العربي المؤلفات الكاملة للشيخ علي الخفيف.

٢ ـ الدكتور/ علي أحمد السالوس :

- الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية ـ مكتبة الفلاح ـ الكويت ـ الطبعة الأولى ـطبعة ١٩٨٦م.

٣ ـ أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قُدامة المقدسي :

- المُغني لإبن قدامة ـ طبعة دار إحياء التراث العربي ـ طبعة (بدون تاريخ).

٤ ـ محمد بن أحمد الكلبي (إبن جزي) :

- القوانين الفقهية ـ دار القلم بيروت ـ الطبعة الأولى ١٩٧٧م .

٥ ـ الأستاذ/ علي حيدر :

- درر الحكام شرح مجلة الأحكام ـ الجزء الأول ـ طبعة دار الجيل ـ طبعة ١٩٩٣م.

٦ ـ الفقيه العلاَّمة/ محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز عابدين الدمشقي :

- الدر المختار مع حاشية إبن عابدين ـ الجزء الرابع ـ طبعة دار إحياء التراث العربي ـ الطبعة الأولى ـ طبعة ١٩٩٨م.

٧ ـ الفتاوى الشرعية في الإقتصاد :

- دلة البركة ـ الصادرة عن ندوة البركة للإقتصاد الإسلامي ـ عن الفترة ١٩٨١م ـ١٩٩٠م ـ الطبعة الثالثة ١٩٩٣م.

٨ ـ الشيخ/ أحمد على عبدالله :

- مجلة مجمع الفقه الإسلامي ـ ع٢ ـ الجزء الثاني .

سادساً : تفسير القرآن والحديث :

١ ـ الإمام القرطبي :

- الجامع لأحكام القرآن ـ طبعة دار إحياء التراث العربي ـ الجزء التاسع ـ طبعة سنة ١٩٩٩م.

٢ ـ شرح فتح القدير ـ الجزء السابع ـ طبعة دار إحياء التراث العربي ـ (بدون تاريخ طبعة).

٣ ـ صحيح البخاري ـ طبعة دار صادر ـ الطبعة الأولى ـ طبعة عام ٢٠٠٤م.

٤ ـ سنن أبي داؤود ـ طبعة دار صادر ـ الطبعة الأولى ـ عام ١٩٩٩م.

سابعاً : المراجع العامة والمُتخصصة :

١ ـ الدكتور/ علي جمال الدين عوض :

- عمليات البنوك من الوجهة القانونية ـ طبعة مكبرة ـ ١٩٨٩م.
- خطابات الضمان المصرفية ـ الناشر دار النهضة العربية ـ طبعة ٢٠٠٠م

٢ ـ محمد علي البربري :

- خطابات الضمان ـ فبراير ١٩٦٢م ـ معهد الدراسات المصرفية.

٣ ـ الدكتور/ محي الدين اسماعيل علم الدين :

- موسوعة أعمال البنوك ـ الجزء الثاني ـ الناشر دار النهضة العربية ـ طبعة ١٩٩٣م.

٤ ـ القاضي الدكتور/ الياس ناصيف :

- الكامل في قانون التجارة ـ الجزء الثالث ـ عويدات للطباعة والنشر ـ طبعة ١٩٩٩م.

٥ ـ الدكتور/ يعقوب يوسف صرخوة :

- عمليات البنوك من الوجهة القانونية في القانون الكويتي ـ الطبعة الثانية ـ سنة ١٩٩٨م.

٦ ـ الدكتور/ عبد الحميد الشواربي :

- القانون التجاري ـ العقود التجارية ـ منشأة المعارف بالإسكندرية ـ طبعة ١٩٩٣م.

٧ ـ الدكتور/ سميحة القليوبي :

- الأسس القانونية لعمليات البنوك ـ الناشر دار النهضة العربية ـ الطبعة الثانية ـ طبعة ٢٠٠٣م.

٨ ـ الأستاذ/ مصطفى مرعي :

- خطابات الضمان عملياً ونظرياً ـ فبراير ١٩٧٥م ـ معهد الدراسات المصرفية.

٩ ـ الدكتور/ محمود سمير الشرقاوي :

- القانون التجاري ـ الجزء الثاني ـ القاهرة ـ ١٩٨١م.

١٠ ـ الدكتور/ راغب حبشي :

- خطابات الضمان من الوجهة العملية ـ يناير ١٩٦٩م ـ معهد الدراسات المصرفية .

١١ ـ الدكتور/ سامي حمود :

- تطوير الأعمال المصرفية ـ (بدون تاريخ طبعة).

فهرس المحتويات.

المُقدمة ٢

- مُشكلة البحث ٣
- منهجية البحث ٤
- خُطة البحث ٤

الفصل الأول.

المبحث الأول .

تعريف خطاب الضمان ٧

- في اللغة ٧
- في الإصطلاح الشرعي ٧
- في القانون ٧

المبحث الثاني.

دليل مشروعية الضمان ٩

- من القرآن الكريم ٩
- من السنة المُطهَّرة ٩

المبحث الثالث.

التكييف الشرعي لخطاب الضمان ١١

أولاً : علاقة العميل بالمُستفيد ١١

ثانياً : علاقة العميل بالبنك ١١

ثالثاً : علاقة البنك بالمُستفيد ١٢

المطلب الأول : الضمان عقد كفالة ١٣

المطلب الثاني : الضمان عقد وكالة ١٥

المطلب الثالث : الضمان عقد كفالة ووكالة ١٧

المبحث الرابع.

حُكم أخذ العوض (المُقابل) على خطاب الضمان ١٩

المطلب الأول : رأي المُعارضين لأخذ العوض على خطاب الضمان ٢٠

المطلب الثاني : رأي المؤيدين لأخذ العوض على خطاب الضمان ٢٢

المبحث الخامس.

حُكم إنتفاع البنك المُصدر بغطاء خطاب الضمان ٢٤

المبحث السادس.

التمييز بين خطاب الضمان وغيره من العقود الأخرى ٢٦

المبحث السابع.

أهمية خطاب الضمان ٣٠
المطلب الأول : أهمية خطاب الضمان بالنسبة للعميل والبنك والمُستفيد ٣٢
المطلب الثاني : أهمية خطاب الضمان في التجارة الدولية ٣٤

المبحث الثامن.

إستقلال إلتزام البنك في خطاب الضمان ٣٦
- خطاب الضمان عقد مُلزم لطرف واحد ٣٧
- الإلتزام الوارد بخطاب الضمان مستقل ومنفصل عن غيره ٣٨
- إلتزام البنك يكون بدفع مبلغ من النقود ٤٠
- خطاب الضمان ليس ورقة تجارية ٤٠

المبحث التاسع.

مدى إستقلال إلتزام البنك بخصوص خطاب الضمان ٤٢
المطلب الأول : إستقلال إلتزام البنك ولو كان مُتضامناً مع المدين الأصلي ٤٣
المطلب الثاني : إستقلال إلتزام البنك المًصدر في الضمان المشروط ٤٥
المطلب الثالث : شرط التحكيم وأثره في إستقلال خطاب الضمان ٤٨

المبحث العاشر.

إجراءات إصدار خطاب الضمان ٥٠
- الخطوة الأولى ٥٠
- الخطوة الثانية ٥٠

المبحث الحادي عشر.

صيغة خطاب الضمان ٥٣
- التمهيد الوارد بصدر خطاب الضمان ٥٣
- التعهد الصادر من البنك ٥٣
- تعيين أطراف الخطاب ٥٤
- تمديد مُدة نفاذ خطاب الضمان ٥٥
- مُدة الضمان وتحديدها ٥٥
- تمديد مُدة خطاب الضمان ٥٦
- مبلغ الضمان والعُملة التي سيتم بها الوفاء ٥٨
- لغة خطاب الضمان ٥٩
- القانون الواجب التطبيق ٥٩

المبحث الثاني عشر.

العلاقات التي تنشأ بسبب إصدار خطاب الضمان ٦١
المطلب الأول : علاقة العميل بالمُستفيد من خطاب الضمان ٦٢
المطلب الثاني : علاقة العميل بالبنك المُصدر لخطاب الضمان ٦٤
المطلب الثالث : علاقة البنك المُصدر لخطاب الضمان بالمستفيد ٦٦

الفصل الثاني.

المبحث الأول .

إصدار خطاب الضمان والإلتزامات الناشئة عنه ٦٩
المطلب الأول : إلتزامات العميل الآمر في مواجهة البنك المُصدر لخطاب الضمان ٧٠
- تغطية خطاب الضمان ٧٠
- سداد العمولة ٧٢
- سداد الفوائد ٧٢
- التنازلات ٧٢
- إلتزام العميل بتعويض البنك ٧٣

المطلب الثاني : إلتزامات البنك الضامن في مواجهة عميله ٧٥
المطلب الثالث : إلتزامات البنك المصدر لخطاب الضمان أمام المُستفيد ٧٨

المبحث الثاني.

أنواع خطابات الضمان ٨١
- خطاب ضمان الدُفعة المُقدَّمة ٨١
- خطاب الضمان الإبتدائي ٨١
- خطاب الضمان النهائي أو ضمان حُسن التنفيذ ٨٢
- خطاب الضمان المُقدَّم في حال غياب بوليصة الشحن ٨٣
- خطاب الضمان الجُمركي ٨٣

المبحث الثالث.

مُدة خطاب الضمان وكيفية تجديدها ٨٥
المطلب الأول : طلب المد المُقدَّم من العميل ٨٧
المطلب الثاني : طلب المد المُقدَّم من المُستفيد ٨٩
المطلب الثالث : إخطار العميل بتمديد خطاب الضمان ٩٢

المبحث الرابع.

خطاب الضمان من حيثُ سقف المبلغ الذي يلتزم البنك المُصدر بأدائه ٩٣

المبحث الخامس.

كيفية المُطالبة بقيمة خطاب الضمان ٩٦

المطلب الأول : الضمان عند الطلب والضمان المُبرر ٩٨

- الضمان لدى أول طلب ٩٨
- الضمان المُبرر ٩٨

المطلب الثاني : ممن يُقدَّم طلب الوفاء بقيمة خطاب الضمان ١٠١

المطلب الثالث : المُدة التي يتوجب خلالها تقديم خطاب الضمان ١٠٣

المطلب الرابع : حالات المُطالبة القضائية ١٠٥

المبحث السادس.

واجب البنك في الوفاء بقيمة خطاب الضمان ١٠٧

المطلب الأول : إلتزام البنك بالتحقق ١٠٨

المطلب الثاني : إلتزام البنك بالدفع ١١٠

المبحث السابع.

الأحوال التي يمتنع على البنك فيها الوفاء بقيمة خطاب الضمان ١١٢

المطلب الأول : حالات الغش ١١٣

- **تعريف الغش** ١١٣
- شروط الغش المانع من الوفاء ١١٣
- كيفية التمسك بالغش ١١٥

المطلب الثاني : حالات التعسف أو الضرر الذي لا يُمكن تداركه ١١٧

المطلب الثالث : المنع بأمر القضاء ١٢٠

المبحث الثامن.

الإجراءات القضائية بخصوص خطاب الضمان ١٢٢

المطلب الأول : مدى جواز الحجز على حق المُستفيد تحت يد البنك المُصدر ١٢٤

المطلب الثاني : مدى جواز الحجز على غطاء خطاب الضمان ١٢٨

المطلب الثالث : مدى جواز وضع خطاب الضمان أو قيمته تحت الحراسة ١٣٠

المطلب الرابع : هل يجوز الإتفاق على عدم إجازة الحجز ؟ ١٣٣

المبحث التاسع.

أحوال الرجوع بسبب خطاب الضمان ١٣٥

المطلب الأول : رجوع البنك الضامن على العميل الآمر ١٣٦
المطلب الثاني : رجوع العميل الآمر على البنك وعلى المُستفيد من خطاب الضمان ١٣٩

المبحث العاشر.

إنقضاء خطاب الضمان ١٤١
- إنقضاء خطاب الضمان بأداء قيمته ١٤١
- إنقضاء خطاب الضمان بإنقضاء مُدته ١٤٢
- إنقضاء خطاب الضمان بإنقضاء أجله ١٤٢
- إعادة خطاب الضمان إلى البنك قبل إنتهاء صلاحيته ١٤٣
- إنقضاء خطاب الضمان بالتقادم ١٤٤

المبحث الحادي عشر

أثر إنقضاء خطاب الضمان ١٤٥
الخاتمة والتوصيات ١٤٧
التوصيات ١٤٩
ثبت المراجع ١٥٠
فهرس المحتويات ١٥٤