

خطاب الضمان المصرفي في القانون التجاري الكويتي

الدكتور يعقوب يوسف صرخوه
أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد
بكلية الحقوق - جامعة الكويت

مقدمة :

تنشأ الحاجة إلى طلب المساعدة من المصارف عندما يجد الشخص نفسه مضطرا للجوء إليها، ذلك أن المصارف تقوم بعمليات ائتمانية متعددة كالإقراض وخصم الأوراق المالية وفتح الاعتمادات المستندية وعمليات الضمان التي تشمل الكفالة والاعتماد وقبول الأوراق التجارية وإصدار خطابات الضمان، فإذا كان هذا الشخص بحاجة إلى الدخول في مناقصة حكومية أو أهلية وكان من الشروط المعلنة للدخول في المناقصة، كما هو الحال دائما، أن يقدم الشخص الذي يرغب في تقديم عطائه ضمانا ماليا للجهة المعلنة بنسبة معينة من قيمة العطاء ضمانا لجديته فإن هذا الشخص اما أن يبادر إلى سحب جزء من أمواله المودعة في المصارف ليقدمها كضمان للجهة معلنة العطاء أو أن يستعيز عن الإيداع النقدي بأن يطلب من المصرف إصدار كفالة مصرفية أو خطاب ضمان بالمبلغ المطلوب لصالح الجهة معلنة العطاء. وعادة تقبل هذه الجهة كفالة المصرف أو ضمانه لملاءمته وللشروط التي تلزم بها العميل والذي بدوره يضعها في خطابه للمصرف عند طلب فتح الاعتماد بالضمان ولا يقتصر الحال على حاجة عميل المصرف إلى اللجوء إلى المصرف في مثل هذه الحالة فقط بل هناك حالات أخرى يحتاج فيها إلى ضمان المصرف وذلك كما لو رسا العطاء عليه فإنه يلزم بموجب شروط العطاء بتقديم ضمان مالي لصالح الجهة صاحبة العطاء وذلك ضمانا للتنفيذ من جهة ولحسن التنفيذ من جهة ثانية، وتشتط عادة الجهة طالبة الضمان بأن توضع قيمة الضمان تحت تصرفها وأن يكون قابلا للمصرف لدى الطلب ورغم معارضة العميل، وهنا نلاحظ أن ما يحقق هذه الميزة هو خطاب الضمان المصرفي الذي يصدره المصرف لصالح المستفيد بناء على عقد فتح اعتماد بالضمان الذي وقع بين البنك وبين العميل مع الابتعاد عن الكفالة وما يحيطها من صعوبات قانونية عند الاقتضاء لارتباطها بعقد

الأساس المبرم ما بين العميل والمستفيد وما ينجم عن ذلك من تمسك الكفيل بالدفع التي للمدين في مواجهة المستفيد.

وخطاب الضمان المصرفي افرضه العمل المصرفي أولاً فهو مخلوق عرفي مصرفي يضمن به المصرف عميله تجاه المستفيد ليسحبه متى شاء دون التفات لمعارضة العميل وفي الوقت نفسه يحرص المصرف على تغطية مخاطر هذه العملية بالحصول على ضمانات مالية أو عينية من العميل لمواجهة ما قد يتعرض له من أخطار مالية فيما إذا سحب المستفيد قيمة الضمان.

ونظراً لأهمية هذا النوع من الضمان، وكثرة المنازعات التي تثور بسببه في العمل فقد رأى مشرعنا الوطني في الكويت تنظيم خطاب الضمان المصرفي وتقنين احكامه فجاء لحسم كل خلاف حول طبيعته القانونية مستنداً في ذلك إلى احدث الحلول الفقهية والقضائية^(١) حتى لا يترك الباب مفتوحاً لشتى أنواع الاجتهادات^(٢).

١ - انظر: المذكرة الايضاحية للقانون التجاري الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠.

٢ - وذلك فعل المشرع التجاري في كل من الاردن وسوريا ولبنان حيث اغفل معالجة خطابات الضمان واحال فيها إلى القانون المدني كغيرها من العقود التي لم تحدد قواعدها في القانون التجاري.

خطة البحث

تقتضي الاحاطة الكاملة بجوانب هذا الموضوع ، أن نعرض لدراسته في محورين أساسيين : نكرس الأول منهما لدراسة خطاب الضمان في مرحلة إنشائه ، أو وفقا للاصطلاح المؤلف في هذا المجال ، في مرحلة اصداره ، فيما نتناول في الثاني أحكام هذا الخطاب الذي صدر من جميع جوانبها ، على أن نقدم لهذين المحورين بدراسة تمهيدية في التعريف بخطاب الضمان ، وبيان اهميته .

وهكذا تكون خطة الدراسة في هذا البحث على النحو التالي :

فصل تمهيدي : في التعريف بخطاب الضمان ، وأهميته ، والنصوص التي تحكمه .

الفصل الأول : اصدار خطاب الضمان .

المبحث الأول : العقود الممهدة لاصدار خطاب الضمان (عقد الأساس ، وعقد فتح الاعتماد بالضمان) .

المبحث الثاني : الضمانات المقدمة للبنك لاصدار الخطاب (غطاء خطاب الضمان) .

المبحث الثالث : عناصر خطاب الضمان ، والمبادئ التي يجب أن تعكسها بياناته .

المبحث الرابع : أنواع خطابات الضمان التي تصدرها البنوك .

الفصل الثاني : أحكام خطاب الضمان :

المبحث الأول : العلاقات التي يستثيرها خطاب الضمان .

المبحث الثاني : مدى قابلية كل من قيمة خطاب الضمان ، وغطاء الخطاب ، للحجز .

المبحث الثالث : انقضاء خطاب الضمان .

المبحث الرابع : الطبيعة القانونية لخطاب الضمان .

أما خطة تفريع كل مبحث من المباحث السابقة ، فترجئها إلى حين الكلام في كل منها على حدة .

فصل تيهيدي في التعريف بخطاب الضمان، وأهميته والنصوص التي تحكمه

تعريف خطاب الضمان :

ذكرنا أن خطابات الضمان هو صورة من صور الضمان المصرفي، ذاع استخدامها في السنين الأخيرة، وكثر الاقبال على طلبها من البنوك كبديل للتأمين النقدي، الذي قد يشترط تقديمه في بعض العقود وبصفة خاصة في عقود التوريد والاشغال العامة، لضمان حسن تنفيذ هذه العقود.

ونشأتها هذه في العرف المصرفي جعلتها - بداهة - مختلطة في البداية بمفهوم نظم قربية الشبه منها. ثم لم تلبث بعد ذلك أن ظهرت ملامحها وتحددت ذاتيتها مع تطور الممارسة العملية^(١) ومع حرص المتعاملين بهذه الخطابات على التأي بها عن بعض هذه النظم القربية بالذات، ونقصه بذلك نظام الكفالة وما تستدعيه أحكام هذه الأخيرة من تعقيدات ما ظهرت هذه الخطابات إلا بقصد تجنبها، من حيث هي - أي هذه الخطابات - تمثل نوعا من الضمانات للمستفيد مستقلة عن العلاقة التي تربطه بمتعاقد «العميل الأمر باصدار الخطاب» وعن العلاقة ما بين هذا العميل والبنك مصدر الخطاب، وكونها تنشئ التزاما مجردا على البنك في مواجهة المستفيد وإن كان في حدود شروط عقد فتح الاعتماد بالضمان الممهد لاصدار الخطاب، على ما سنبين تفصيلا في موضع لاحق.

وهكذا لم يكن غريبا أن يميل الفقه في البداية إلى اعتبار خطابات الضمان صورة من صور الكفالة تخضع لأحكامها المبينة في القانون المدني^(٢) بل وأخذ بنفس وجهة النظر هذه بعض المحاكم. ففي ١٩٦٠/٣/٥ قضت محكمة الأمور المستعجلة الجزئية

١ - في هذا المعنى :

Roblot (R) in Ripert (G): Traité de droit commercial L.G.D.J. Prais 1992 P. 455 No. 2408 - 3

٢ - انظر: علي العريف - شرح القانون التجاري - الجزء الأول الطبعة الثانية ١٩٥٩ ص ٤٤٦.

راغب حبشي: خطابات الضمان - محاضرة القيت في معهد الدراسات المصرفية، القاهرة - يونيو ١٩٦٠ - مجموعة

محاضرات العام الدراسي ١٩٦٠ د. عبدالفتاح عبدالباقي - التأمينات الشخصية والعينية - ١٩٥٠ - ص ٣٦ - د.

سليمان مرقس - عقد الكفالة - ١٩٥٩ - ص ١٢ وفي الفقه. الفرنسي

Jacques Ferronniere - Les opérations de banque 1985 No. 315. Georges Ripert - Traité

Elementaire de Droit commercial 3e éd No. 2185. Jean Escarra - Principe de droit Commer-

cial, Tome VI, No. 635.

بالقاهرة بأن كفالة الشروط الواردة في القانون المدني تسرى على الكفلاء جميعا ولو كان الكفيل بنكا ولذا فدفعت الكفيل مبلغ الكفالة دون اخطار المدين أمر غير جائز ولو كان ذلك مشروطا على الكفيل كما أن اشتراط الكفيل بالوفاء بالكفالة رغم اعتراض المدين غير جائز قانونا^(١).

وقد تعددت محاولات الفقه - في الدول التي لا تتضمن تشريعاتها تنظيميا خاصا لخطابات الضمان - لوضع تعريف لخطاب الضمان يكون شاملا لجميع عناصره ومبرزا أيضا لكل خصائصه.

ولسنا نقصد هنا - بداهة - أن نثبت جميع هذه التعريفات، وإنما نجتزئ بالتمثيل لبعضها:

فلدي البعض أن خطاب الضمان تصرف قانوني بارادة منفردة يرد في صك ذي طابع شخصي يوجهه البنك إلى المستفيد بناء على طلب العميل يتعهد البنك بمقتضاه تعهدا مباشرا مجردا غير قابل للتداول أو التنازل بدفع مبلغ الضمان بمجرد الطلب وخلال مدة معينة^(٢). وقريب منه، تعريف البعض الآخر له بأنه صك يصدر من البنك بناء على طلب عميله يتعهد فيه بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين خلال مدة محددة إلى المستفيد دون قيد أو شرط^(٣).

وكذلك تعريف بعض ثالث له «بأنه تعهد كتابي صادر من بنك بناء على طلب عميله يلتزم فيه لصالح هذا العميل في مواجهة شخص ثالث هو المستفيد بأن يدفع إليه مبلغا معيناً اذا طلبه المستفيد خلال أجل محدد في الخطاب»^(٤).

ويلفت النظر في هذه التعريفات جميعا، أنها اهتمت بإبراز أن ارادة البنك المنفردة، أو تعهده، انها تتجسم في «صك» أو في محور مكتوب، فيما خلا تعريف البعض لخطاب الضمان من هذا التحديد، حين اكتفى بتعريفه بأنه تعهد نهائي يصدر

١ - انظر: حكمها الصادر بتاريخ ٥ مارس ١٩٦٠ - المنشور في المحاماة السنة الاربعون ص ١٧١٠.

وعكس ذلك محكمة التمييز الاردنية حيث قضت بأنه اذا ورد في الشروط العامة لعقد الكفالة الموقع من الشركة المدعي عليها بأن للبنك أن يدفع قيمة الكفالة إلى الجهة المستفيدة بمجرد طلبها دون الزامه بالتحقق مما إذا كانت ذمة الشركة مشغولة بقيمة الكفالة فإن هذا البند ملزم للطرفين تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

٢ - د. محمد حسني عباس، عمليات البنوك - القاهرة ١٩٧٢ ص ١٥٧.

٣ - د. سميرة القليوبي (النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الاطراف وبالنسبة للغير بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد - كلية الحقوق/جامعة القاهرة - العددان الأول والثاني من السنة الثانية والاربعين) ونشرته الشركة المصرية للطباعة والنشر سنة ١٩٧٣ ص ١٠.

٤ - د. محمد سمير الشراوي: القانون التجاري ج/٢، القاهرة ١٩٨١ ص ٥٦٦.

من البنك بناء على طلب عميله «الأمر» بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال مدة محدودة. ودون توقف على شرط آخر^(١) ليكون أكثر وضوحا في موضع آخر حين يؤكد أن خطاب الضمان «يصح - ولو نظريا - أن يكون شفويا بمجرد اخطار البنك للمستفيد، ويستوي هذا التعهد بالتعهد المكتوب»^(٢)، وهو يرى في ذلك أحد أوجه الاختلاف بين خطاب الضمان والورقة التجارية^(٣).

والحقيقة أنه يصعب تصور - ولو نظريا - أن يكون خطاب الضمان شفويا، ولفظه «خطاب Lettre» نفسها تكاد تنطق في معنى كتابته، ونشأة الخطاب في العرف المصرفي كانت منذ البداية نشأة كتابية. والعلاقات المتشابكة التي يستثيرها هذا الخطاب يستحيل تقريبا حسمها في حالة صدوره شفويا. كما تذكى ضرورة كتابته ما تستلزمه بعض التشريعات، ومنها مشرعنا الكويتي على ما سنرى، من ضرورة تضمن الخطاب لبيانات معينة وعبارات الفقه الفرنسي بدوره تكشف عن معنى لزوم كتابة خطاب الضمان^(٤). كما صدرت بنفس المعنى بعض احكام القضاء هناك^(٥).

أما تعريف البعض الآخر له بأنه اتفاق بين العميل والبنك يلتزم البنك بموجبه بالتعهد نظير أجره بسداد مبلغ نقدي معين خلال مدة معينة لشخص آخر هو المستفيد إذا طلب منه ذلك^(٦) فيؤخذ عليه خلطه بين خطاب الضمان في ذاته، كتعهد مجرد

١ - د. علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية القاهرة ط/ ١٩٦٩ ص/ ١٩٨١ ص/ ٤٨٤، ٤٨٥ بند/ ٤٨١.

٢، ٣ - د. علي جمال الدين عوض، ط/ ١٩٨١ ص/ ٤٨٧ هامش/ ١.

٤ - فيصفه البعض بأنه: Forme، ويريان فيه:

(le support de l'engagement qu'amenagent les parties). GAVALDA (ch) et STOUFFLET.(J): Droit bancaire (Institutions - comptes - Opérations - Services). Litec 1992 P. 351 No. 713.

وهما إن كانا يريان - في موضع آخر - أن الأصل هو الخاصية الرضائية للاتفاقات البنكية بوجه عام وعام. خضوعها لأي شكل، إلا أنها يستدركان مع ذلك على هذا الأصل بالقول بأن: (القانون المعاصر أدخل - مع ذلك - في العلاقة بين البنك والعملاء عناصر من الشكل)، وبعض هذه الاشكال تكون مفروضة لازما وتحوطها جزاءات تختلف من حالة لأخرى انظر نفس المؤلفين ص/ ١٧١ بند ٣٦٤.

أما البعض الآخر فكان أكثر حسما في هذا المعنى، حين قرر صراحة أن خطاب الضمان هو (تعهد شكلي) (ingagement Formaliste) حيث يكون مبلغ الضمان وقيوده، معينين بطريقة واضحة في الفاظ الخطاب (dont le montant et les modalités sont déterminés de façon précise par les termes de la lettre de garantie) ROBLT (R) Traité de droit commercial.L.G.D.J paris 1992 in RIPERT (G): P.456 No. 2408

Paris 24/10/1989 J.C.P 1990 - 2 2144 et note VALLENS.

٥ - انظر مثالا:

٦ - د. رضا عبيد، القانون التجاري، القاهرة ط/ ١٩٨٤ ص/ ٦٣٦.

يصدر بارادة البنك المنفردة، وبين العقد الذي يبرم بين العميل والبنك تمهيدا لاصدار الأخير لخطاب الضمان، فيما يعرف بعقد الاعتماد بالضمان، كما أن لفظة «السداد» المستخدمة في التعريف تشعر بمعنى أن البنك كان مدينا قبل اصدار الخطاب، وهذا ليس صحيحا.

وأيا ما كان الرأي في هذه التعريفات جميعا، فقد كفانا مشرعا الكويتي مؤونة الاجتهاد في وضع تعريف لخطاب الضمان خاص بنا، حين عرفه في المادة ٣٨٢ تجاري بأنه:

«تعهد يصدر من بنك بناء على طلب عميل له «الامر» بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر «المستفيد» دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله»^(١).

ومن النظر إلى التعريف التشريعي لخطاب الضمان نرى أن علاقة المستفيد يحكمها خطاب الضمان وحده فهو الذي يحدد التزامات البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها بحيث لا يلتزم إلا في حدود عبارته، فاذا نص خطاب الضمان على شروط معينة لإمكان مطالبة البنك وجب احترام هذه الشروط ولا يحق للمستفيد مطالبة البنك بقيمة خطاب الضمان إلا إذا تحققت تلك الشروط، وهذا النوع من الخطابات يطلق عليها الخطابات المشروطة^(٢) ونحن لا نميل إلى تسميتها بخطابات ضمان، إذا كان مقتضى هذه الشروط جعل التزام البنك تابعا لالتزام المدين الأمر، بحيث يتوقف - من ثم - استحقاقه على عوامل خارجية عن مجرد الخطاب، فيكون تعهد البنك، على هذا النحو، كفالة عادية تخضع لأحكام الكفالة الواردة في القانون المدني^(٣)، ونبتعد بهذا الشكل عن خطاب الضمان، بالمعنى الدقيق، الذي يجب أن يتوافر له ما يسمى بشرط الكفالية الذاتية على ما سنبينه تفصيلا في موضع لاحق. والحال نفسه نجده إذا كان محل التزام البنك أداء خدمة للمستفيد ذلك أن محل خطاب الضمان المصرفي يكون

١ - وقد جاء نص المادة ٢٨٧ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ٨٤ مطابقا تماما لهذا النص.

٢ - انظر ما جاء في هذا المعنى: محكمة الاستئناف العليا - في الكويت - دائرة التمييز جلسة ٨١/٦/١٠ طعن بالتمييز رقم ٨١/٣٣ تجاري مجلة القضاء والقانون السنة العاشرة - العدد الثاني - اكتوبر ١٩٨٣ - ص ١٥٧.

٣ - وتقول محكمة التمييز الاردنية في هذا الشأن: تكون الكفالة مدنية وأن كان لها مظهر خطاب الضمان اذا كانت مسؤولية الكفيل غير منفصلة أو مستقلة عن مسؤولية الشركة المكفولة بل تابعة لها (تمييز حقوق رقم ٨٩/١٠٣٨ منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنية الاعداد السادس - السابع - الثامن حزيران - آب - ١٩٩١ السنة ٣٩ - ١٣٥٣).

دوما التزام المصرف بدفع مبلغ معين من المال أو قابل للتعيين فاذا كان محل خطاب الضمان أداء خدمة للمستفيد فإننا لا نكون بصدد خطاب ضمان، بل كفالة^(١).

أهمية خطابات الضمان:

تلعب خطابات الضمان دورا هاما في مجال الحياة الاقتصادية سواء على الصعيد الداخلي أو الخارجي^(٢) فلا يكاد يخلو أي عقد من عقود المناقصات على اختلاف أنواعها من شرط يطلب من الطرف الذي يقوم بدور المنفذ أن يقدم ضمانا ماليا حتى يمكن الرجوع اليه في حالة المhapلة في الوفاء بالثمن في حالة استحقاق التعويضات المختلفة وهنا تنشأ الحاجة إلى خطاب الضمان بدلا من اضطرار الشخص المطلوب منه الضمان إلى تقديم ضمان نقدي إلى الجهة طالبة الضمان لكي تمنح المطلوب منه الضمان اجلا أو تقبل التعاقد معه، وعليه يلجأ المطلوب منه الضمان إلى البنك يبرم معه عقد اعتماد بالضمان ويتفق فيه على أن يقوم البنك باصدار خطاب مصرفي لصالح الجهة طالبة الضمان في حدود المبلغ المطلوب خلال مدة معينة على أن يكون لهذه الجهة حق سحب قيمة الضمان بمجرد الطلب ودون قيد ولا شرط وبالرغم من معارضة العميل عقد فتح الاعتماد بالضمان^(٣).

فخطاب الضمان الذي يعطى بمناسبة الدخول في المناقصات ويسمى بخطاب الضمان الابتدائي يقصد منه عادة ضمان جدية عرض الأشخاص المتقدمين للدخول في المناقصة أو المزايدة وهو يمثل عادة نسبة مئوية من قيمة العطاء، فإذا رسي المزايد على أحد المتقدمين طلبت الجهة صاحبة العطاء من هذا الشخص ضمانا ماليا يساوي أو يزيد عن قيمة العملية موضوع العطاء لضمان تنفيذها في موعدها وكذا لضمان حسن التنفيذ. ويلجأ المتعاقد أو الراعي عليه المزايد أو المناقصة عادة إلى البنك ليصدر للمستفيد خطابا وبالتالي يصدر البنك خطاب ضمان يسمى بخطاب الضمان النهائي^(٤). وعلى ذلك تكمن أهمية خطاب الضمان المصرفي في الحياة العملية بأنه يقوم

- ١ - انظر: د. يعقوب صرخوه عمليات البنوك من الوجهة القانونية في القانون الكويتي - الكويت ١٩٨٨ - ص ١٥٤.
- ٢ - Bontoux (C) De Lettre de credit Commercial - Banque 1985.
- G. Riperte Traité elementaire de Droit Commercial 3ed P 346.
- ٣ - انظر في هذا المعنى: د. علي جمال الدين عوض: الكفالة المصرفية في القانون الاردني - محاضرة القايت في نقابة المحامين الاردنيين في ٢ ديسمبر ١٩٨٧ ومنشورة في مجلة نقابة المحامين الاردنية اعداد ٣٠١ كانون ثاني - آذار ١٩٨٨ السنة ٣٦ ص ٢٤.
- ٤ - انظر: د. غريب الجبال - المصارف والاعمال المصرفية في الشريعة الاسلامية والقانون - القاهرة - ١٩٨٧ ص ١١٦.

مقام تقديم الضمان النقدي اذ لولا هذا التصرف المصرفي لاضطر صاحب الحاجة إلى ايداع مبلغ نقدي لدى الجهة طالبة الضمان مما ينجم عنه تجميد ثروة مالية هو في حاجة لاستغلالها في مشاريعه الاقتصادية^(١) والتي لا يخفى أثرها على الاقتصاد الوطني والدولي.

لذلك يقول بعض الشراح الفرنسيين - في معرض تبرير - استقلالية تعهد البنك «في خطاب الضمان» عن دين العميل «الأمر»، أن المستفيد «يريد أن يكون مضمونا «أو واثقا» بشكل مساو في فعاليته تماما لما لو كان الأمر قد سلمه وديعة ضمان»^(٢). وان لم يخف هذا البعض - مع ذلك - أن هذه الرغبة في تزويد المستفيد بأكبر ثقة ممكنة، «تؤدي - بالطبع - إلى التضحية بمصالح معطى الأمر»^(٣).

ويضاف إلى ما تقدم من مزايا خطاب الضمان بالمقارنة للضمان المتمثل في الوديعة النقدية أن اجراءات استرداد المبالغ المودعة لدى الجهات طالبة الضمان وخاصة إذا كانت حكومية معقدة وتحتاج إلى وقت طويل^(٤).

وهكذا يؤدي خطاب الضمان خدمة لعلاقة العميل «الأمر» بدائنه «المستفيد» قل أن تؤديها وسيلة أخرى، إذ به يستطيع العميل أن يحصل على ثقة دائن قد لا يرضى بأي بديل عن هذه الصورة من صور الضمان. ولا حتى الكفالة التضامنية لأن الكفيل - ولو كان متضامنا - لا يلزم بالوفاء للدائن إلا إذا اثبت هذا مديونية مدينه واستحقاق هذه المديونية وهو اجراء يريد الدائن «المستفيد من الخطاب» أن يتفادى مشقته مقدما بحيث يضمن تحصيل حقه، ويكون على مدينه «الأمر» أن يبدأ هو بالشكوى إلى القضاء إذا قدر أنه غير مدين أو أن مديونيته لا تبرر ما حصله الدائن من البنك^{(٥)(٦)}.

١ - انظر - في أهمية خطابات الضمان : ANCEL (P): DROIT DU CREDIT. LITEC. PARIS 1989 P. 214 No 389. د. علي جمال الدين عوض (ط ١٩٨١) ص/٤٩٩ بند/٤٩٧.

٢ - le beneficiaire veut être garanti aussi efficacement que si le donneur d'ordre lui avait remis un d'epôt de garantie ANCEL (P) Precité P. 215 No. 390.

٣ - aboutit naturellement à sacrifier les intérêts du donneur d'ordre. نفس الموضع السابق.

٤ - انظر في هذا المعنى : د. محي الدين اسماعيل علم الدين - العمليات الائتمانية في البنوك وضماناتها - القاهرة ١٩٧٥ ص ٣٠٨.

٥ - د. علي جمال الدين عوض (ط ١٩٨١) ص/٤٨٦ بند/٤٨٣، وفي نفس المعنى : من أحكام القضاء المصري، حكم استئناف القاهرة في ١٩/١/١٩٦٣ المجموعة الرسمية السنة/٦١ عدد/١ ص/١١٢، نقض ١٩٦٩/٥/٢٧ مجموعة احكام النقض السنة/٢٠ ص/٨١١.

٦ - وفي التعبير عن أهمية خطابات الضمان بالمقارنة للكفالة، يعزى البعض هذه الأهمية إلى ما لهذه الخطابات من قوة جبر تفوق قوة الجبر في الكفالة.

(en raison de force contraignante superieur a celle du cautionnement). ROBLOT, op. cit P. 455 No. 2408 - 3.

وفي نفس المعنى تقريبا :

Cass. (com) 13/12/1983 D 1984 - 420, cass (com) 29/4/1987 - 17 et note VASSEUR.

والحياة العملية مليئة بالعمليات التي يدخل خطاب الضمان ركنها أساسيا فيها. فعلى سبيل المثال لا الحصر تشترط وزارة المواصلات في الكويت بموجب نص المادة ١٣٩ تجارة بحرية على الوكيل البحري أن يودع مبلغا نقديا لديها أو يقدم كفالة مصرفية بالمبلغ المطلوب الذي حددته الوزارة بستين ألف دينار وربطت هذه الكفالة بتنفيذ الأحكام القضائية التي تصدر على اصحاب السفن التي تزور موانئ الكويت تحت وكالة الوكيل. كما أن إدارة التعليم الخاص تشترط في لوائحها المالية على المدارس الخاصة ايداع مبلغ نقدي أو ضمان مصرفي لصالحها وذلك ضمانا لوفاء هذه المدارس بالتزاماتها وتستعمله ادارة التعليم الخاص حسب تقديرها اذ أنه غير مشروط بأي قيد. كما أن ادارة سوق الأوراق المالية تشترط على سياسة البورصة ايداع مبالغ نقدية أو ضمانات مصرفية لصالحها. يضاف إلى ذلك أن جميع العطاءات الحكومية وغيرها تشترط تقديم ضمان مصرفي نهائي على من يرسو عليه العطاء لضمانه التنفيذ وحسن ادائه وتكون هذه الضمانات المصرفية عادة خالية من كل شرط إلا شرط المدة أو انتهاء العمل الموكول إلى الجهة مقدمة الضمان. وعادة ما يفرغ البنك الضمان بصورة خطاب موجه للمستفيد مع ذكر اسم الجهة التي أمرت البنك باصداره مع ذكر موضوع العملية موضع الضمان^(١).

كما أن خطاب الضمان يلعب دورا في عمليات تسليم البضائع الواردة إذا عجز المستورد عن تقديم سند الشحن الذي يخوله حق استلامها من وكيل السفينة وبالتالي يلجأ إلى البنك لاصدار خطاب ضمان مصرفي بقيمة البضاعة لصالح الوكيل الذي يعطيه اذن تسليم للبضاعة على أن يقدم سند الشحن حالما يصل إليه من الجهات المصدرة.

كما يلعب خطاب الضمان دورا في حالات حجز السفن تحفظيا بناء على أحكام قضائية اذ يبادر صاحب السفينة أو المجهز إلى تقديم ضمان مصرفي لصالح الجهة الحاجزة من أجل فك رباط السفينة واطلاق سبيلها كي تستمر في أداء الدور الاقتصادي المطلوب منها وكذا الحال في حالة تقرير خضوع السفينة والبضاعة لمبدأ الخسارة البحرية المشتركة حيث تحجز السفينة أو البضاعة المحمولة حتى يقدم أصحابها إلى من يسمون بمصفي الخسارات البحرية المشتركة General Adjusters Average ضمانات مصرفية تكفي لسداد التزاماتهم الناشئة عن اعلان الخسارة المشتركة.

١ - انظر: الياس ناصيف - الكامل في قانون التجارة - عمليات الصارف - الجزء الثالث بيروت - ١٩٨٣ - ص ٤٧١

مجلة الحقوق

ومن الحالات التي تتطلب تقديم خطابات ضمان مصرفية كذلك مهنة التخليص الجمركي حيث يتوجب على كل مخلص وفقا لقانون الجمارك أن يودع لدى ادارة الجمارك مبلغا من المال أو ضمانا مصرفيا لتغطية ما يترتب عليه من التزامات ناجمة عن نشاطه في ميدان التخليص الجمركي . اضافة إلى ما تتطلبه ادارة الجمارك من ضمانات مالية من شركات النقل بأنواعه المختلفة والشركات التجارية التي تتعامل بالاستيراد والتصدير حتى تستوفي من هذه الضمانات ما يترتب على بضائع العبور من رسوم وعلى بضائع التصدير. كذلك، ويحدث في الممارسة العملية أن يقرن اصدار خطابات الضمان بالاعتماد المستندي فيما بين المشتري والبائع، فالبائع يطلب من المشتري فتح اعتماد مستندي لصالحه بواسطة البنك الذي يتعامل معه حتى يتمكن من استيفاء الثمن مقابل تقديم مستندات البضاعة الواردة في عقد الاعتماد المستندي والتي يطلبها المشتري من البائع عادة، وذلك حتى يطمئن البائع على استيفاء الثمن قبل تصدير بضاعته للمشتري وفي المقابل يريد المشتري أن يطمئن إلى أن المواصفات المتفق عليها بين الطرفين في عقد البيع قد تم الالتزام بها من جانب البائع . ولضمان ذلك يطلب من البائع خطاب ضمان مصرفي له ليسترد ما دفعه بالاعتماد المستندي إذا وجد البضاعة غير مطابقة للمواصفات . فيكون الاعتماد المستندي قد صدر لصالح البائع وخطاب الضمان صدر لصالح المشتري^(١). والواقع أننا نصادف في العمل ترديدا لعبارة الكفالة المصرفية أكثر من الضمان بالرغم من أن هذه الكفالة قد تشكل التزام البنك بالوفاء للجهة المستفيدة بلا قيد ولا شرط واننا نعتقد ان ذلك ناجم عن عدم الدقة في التمييز ما بين الكفالة والضمان المصرفي علي النحو الذي أشرنا إليه سابقا اذ أن الكفالة تكون كفالة مدنية أو تجارية وإن كان لها مظهر خطاب الضمان إذا كانت مسؤولية الكفيل غير منفصلة أو مستقلة عن مسؤولية المكفول بل مسؤولية تابعة لها، فخطاب الضمان يجب أن يكون مجردا ومستقلا ويتمتع بكفاية ذاتية وإلا فهي كفالة في صورة خطاب ضمان أو بالعكس خطاب ضمان في صورة كفالة إذا كانت غير مشروطة ولا اتصال بينها وبين التزام المكفول .

وعليه وبالإضافة إلى ما تحققه خطابات الضمان من أهمية عملية للاقتصاد المحلي والدولي بما تقدمه من ائتمان يقوم مقام النقود فهي تحقق فوائد إلى أطرافها البنك والمستفيد والعميل .

١ - انظر القضية الانجليزية :

Edwaed owen engineering ltd V. Barclys Bank International Ltd (1977) 3 W.L.R. 764 وانظر مزيدا من التفاصيل في الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان المتبادلة . Clives schmitthoff - Schmitthoff's Ex- port - Trade 78 th ed. London, 1980 - pp 81 - 85.

فالبنك يتقاضى نظير قيامه باصدار خطاب الضمان عمولة مصرفية . كما أن غطاء خطابات الضمان تزيد من ودائع البنك حيث يحتفظ بها إلى حين انتهاء مدتها^(١) وغالبا لا تستخدم من قبل الجهة المستفيدة فيكون المصرف قد حقق ارباحا منها مقابل مصاريف ادارية لا تذكر، قياسا على ما يبذله في غيرها من العمليات المصرفية كالحسابات الجارية . والمستفيد يجد أن تحت يده ضمانا هو بمثابة نقود يحصلها على ما قد يستحق له في ذمة المضمون في العقد الناشئ عنه هذا الضمان دون أن يتعرض لأي دفع من جانب المضمون وهو بذلك يتشجع على التعاقد مع المضمون لأن تحت تصرفه مالا محققا خاليا من النزاع يحصل عليه بمجرد الطلب وفي ذلك فائدة كبرى لهذا المستفيد^(٢) . كما أن المستفيد بقبوله لخطاب الضمان يتجنب المشاكل الناجمة عن ايداع المبالغ النقدية لديه واعادة سحبها في نهاية المدة خاصة إذا كان في بلد تضع قيودا على حركة العملة الأجنبية .

أما العميل فيستفيد من خطاب الضمان بعدم تجميد مبالغ نقدية هو بحاجة اليها لتغطية مصاريف تنفيذ العمليات التي التزم بها في مواجهة المستفيد . كما أن العمولة التي يدفعها للبنك هي بلا شك أقل من سعر الفائدة التي كان سيدفعها لو اقترض من البنك لوضع تأمين نقدي لصالح الجهة المستفيدة^(٣) .

وعملية اصدار خطاب الضمان باعتبارها أحد العمليات الائتمانية التي يقدمها البنك تتضمن في الوقت نفسه تسهيلات ائتمانية من البنك لعميله ، فالبنك قد يطالب عميله بغطاء نقدي أو عيني بنسبة معينة من قيمة الخطاب بحيث يبقى جزء من قيمة الخطاب مكشوفاً - بل أن البنك قد يصدر الخطاب على المكشوف للعملية إذا توفرت في هذا العميل الثقة والملاءة المالية^(٤) .

وهكذا تتجلى الخدمات الكبيرة التي يقدمها البنك لعملائه وللاقتصاد القومي وللحركة التجارية بوجه عام بواسطة نظم خطابات الضمان المصرفية ، التي تشكل أقوى

١ - انظر: د. رضا عبيد - القانون التجاري - الطبعة الخامسة - القاهرة ١٩٨٤ ص ٦٣٣ .

٢ - انظر حكم محكمة استئناف القاهرة - الدائرة الثامنة التجارية ١٢/٢٧/١٩٥٥ استئناف رقم ١١٥٦ سنة ٧١ ق - منشور في موسوعة القضاء في المواد التجارية لعبد المعين جمعة - القاهرة ١٩٦٧ - ص ٥١ .

٣ - انظر: في هذا المعنى : د. سميحة القليوبي - الموجز في القانون التجاري - القاهرة ١٩٧٦ - القسم الثالث عمليات البنوك - ص ٦٦ .

٤ - انظر: د. سميحة القليوبي - النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الاطراف وبالنسبة إلى الغير - بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد كلية الحقوق / جامعة القاهرة - العددان ١ + ٢ من السنة ٤٢ واعادت نشره الشركة المصرية للطباعة والنشر سنة ١٩٧٣ ص ٣ .

ضمان للطرف المستفيد منها، حيث أنها ولو لم تكن نقوداً إلا أنها بمثابة نقود تحت الطلب محفوظة في المصرف للمستفيد أن يسحبها في أي وقت خلال فترة سريان الخطاب دون قيد أو شرط عليه ودون التفات إلى اعتراض عميل البنك الذي ليس له إلا أن يتقدم بدعوى أمام القضاء ضد المستفيد لسحبه قيمة الضمان بدون وجه حق . فخطاب الضمان بذلك يكون قد تربع على عرش الضمانات المختلفة التي تقدمها المصارف في علاقتها بعملائها .

النصوص التشريعية «التي تحكم خطاب الضمان» :

نظم المشرع الكويتي خطاب الضمان في الفرع الثامن من الفصل السابع من قانون التجارة رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ ، وهو الفصل الخاص بـ «عمليات البنوك» ، وذلك في المواد من ٣٨٢ - ٣٨٧ . وبعد تعرضه في المادة /٣٨٢ لتعريف هذا النظام من نظم الخدمة المصرفية، عرض لأحكام خطاب الضمان على النحو التالي :

مادة / ٣٨٣ :

- ١ - يجوز للبنك أن يطلب تقديم تأمين مقابل اصدار خطاب الضمان .
- ٢ - ويجوز أن يكون التأمين تنازلاً من الأمر عن حقه قبل المستفيد .

مادة / ٣٨٤ :

«لا يجوز للمستفيد التنازل للغير عن حقه الناشئ عن خطاب الضمان إلا بموافقة البنك» .

مادة / ٣٨٥ :

«لا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالأمر أو علاقة الأمر بالمستفيد» .

مادة / ٣٨٦ :

«تبرأ ذمة البنك قبل المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع إلا إذا اتفق صراحة قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها» .

مادة / ٣٨٧ :

«إذا وفى البنك ، للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان حل محله في الرجوع على الأمر بمقدار المبلغ الذي دفعه» .

الفصل الأول اصدار خطاب الضمان

تقسيم :

نوزع الدراسة في هذا الفصل على أربعة مباحث، نجعل الأول منها للعقود الممهدة لاصدار خطاب الضمان «ونقصد بذلك كلا من : عقد الأساس وعقد فتح الاعتماد بالضمان»، والثاني للضمانات المقدمة للبنك لاصدار الخطاب «ونقصد بذلك ما يعرف في لغة المصارف بـ غطاء الخطاب»، والثالث لعناصر خطاب الضمان والمبادئ التي يجب أن تعكسها بياناته. أما الرابع والأخير فنكرسه لأنواع خطابات الضمان التي تصدرها البنوك.

المبحث الأول

العقود «أو الاتفاقات» الممهدة لاصدار خطاب الضمان

عقد الأساس، وعقد فتح الاعتماد بالضمان :

سنعرف فيما بعد - تفصيلا - أن خطاب الضمان يستثير علاقات ثلاثية، هي : علاقة البنك بالمستفيد، وعلاقة البنك بالعميل «الامر» وعلاقة العميل بالمستفيد، وأن المفروض في هذه العلاقات أنها مستقلة، من الناحية القانونية، كل عن الأخرى. لكن، رغم هذا الاستقلال، فإن خطابات الضمان تجب في أساسها في حقيقة الأمر - اتفاقات تمهد لاصدارها : بعضها يكون بين الامر «المستقبل» «والمستفيد المستقبل»، وهي في الواقع أول لبنة - إن جاز هذا التعبير - في بناء خطاب الضمان، ومن ثم تعرف في العمل المصرفي بعقد الأساس Contrat de base أما البعض الآخر فيكون بين العميل «الامر» والبنك الذي يطلب منه اصدار خطاب الضمان «أو التعهد المجرد» لمصلحة المستفيد، يفترض فيه «أي هذا البعض» أن يكون بالشروط وفي الحدود التي صار الاتفاق عليها سلفا بين العميل والمستفيد «في عقد الأساس»، وإلا لما قبل المستفيد - بداهة - ابرام الصفقة مع العميل. تلك الصفقة التي يقصد بتهيئة خطاب الضمان، ضمان حسن تنفيذها. هذا الاتفاق الذي يتم بين العميل والبنك يعرف بعقد الاعتماد بالضمان^(١).

١ - فإذا فرض وكان متفقاً على اصدار خطاب بشروط معينة وصدر الخطاب بشروط أخرى، كان الأساس في الزام البنك هو الشروط التي صدر بها لا الشروط المتفق عليها بين العميل والمستفيد أو بين العميل والبنك. في هذا المعنى : د. علي جمال الدين عوض (١٩٨١) ص/٥٠٤ بند/٥٠٢.

والحقيقة، ورغم خاصية الاستقلال للعلاقات الثلاثية على ما أشرنا إليه، ورغم أن العقدين الممهلين - محل البحث - كل منهما مبرم - أيضا - في علاقة مختلفة، إلا أن هذه العقود الممهدة تلعب - في واقع الأمر - دورا من وراء ستار - إن جاز هذا الوصف، بحيث يصعب انكار تأثيرها غير المباشر على أحكام العلاقات الثلاثية على ما سنبينه فيما بعد عند دراستنا لأحكام خطابات الضمان.

تطبيق القواعد العامة في صحة العقد أو بطلانه على هذه العقود:

وتخضع هذه العقود الممهدة، للقواعد العامة من حيث صحتها وبطلانها. ويؤكد الفقه والقضاء الفرنسيان - في خصوص عقد الاعتماد بالضمان الممهد لاصدار خطاب ضمان دولي «وهو نوع من خطابات الضمان سنعرض له فيما بعد» - أن مثل هذا العقد يمكن ابطاله لو أن رضا الضامن كان مشوبا - لحظة ابرام عقد الضمان - بعب من العيوب^(١). كما يمكن أن يفهم منهم، كذلك، امكان ان يكون عقد الأساس Contrat de base بدوره عقدا باطلا^(٢).

على أنه يجب - مع ذلك - أن يلاحظ، أنه بالنظر إلى الخاصية المجردة لتعهد البنك «في خطاب الضمان» في مواجهة المستفيد، فإن بطلان أمثال هذه العقود الممهدة لا يجوز الاحتجاج به، من قبل البنك، على المستفيد^(٣).

مشكلة الاختلاف بين بيانات خطاب الضمان، وعقد فتح الاعتماد بالضمان الممهد له: ذكرنا أنه يتعين على العميل، عندما يطلب إلى البنك «في عقد فتح الاعتماد بالضمان» اصدار خطاب ضمان لمصلحة المستفيد، أن يراعى في طلبه إلى البنك أن يصدر الخطاب بالشروط وفي الحدود التي سبق للمستفيد أن طلبها منه، وإلا فإن هذا الأخير لن يقبل الخطاب، ولن يرضى بالتعاقد الذي وعد به والذي يقصد بخطاب الضمان أن يكون ضمانا لحسن تنفيذه^(٤).

١ - ROBLLOT (IN RIERT) op.cit p. 455 No 2408 - 3, en ce sens: cass (com) 18/12/1990 D 1991 - 193 et obs: VASSEUR, R.D.C. 1991 - 627 et obs: CABRILLAC, Paris 27/6/1990 Rev. dr. banc. 1991 - 27 et obs: RAYNAUD (Contamine), D 1991 - som (com) - 193 et obs: VASSEUR, R.D.C. 1991 - 81 et obs: CABRILLAC et TEYSSIE, J.C.P. 1991 ed E - 20119 et note HASSLER, D 1992 - 30 et note BLANC, Paris 5/2/1991 R.J.D.A. 1992 - 303.

٢ - انظر الفقه والقضاء المشار اليهما في هامشنا التالي.

٣ - V.PROBLLOT, op.cit p. 457 No. 2408 cass (com) 13/12/1983 D 1984 - 420. 20/12/1982 cité par ROBLLOT p. 457.

٤ - في هذا المعنى ايضا د. علي جمال الدين عوض (١٩٨١) ص/ ٤٨٥ بند/ ٤٨١.

ونضيف هنا أن دواعي الحرص، والعمل على تلافي المنازعات مستقبلا بين البنك وعميله «الأمر»، تقتضي من هذا الأخير الاهتمام بأن تأتي شروط خطاب الضمان متناسقة مع أحكام العلاقة بينه وبين البنك، حتى فيما يتعلق بغطاء خطاب الضمان ورجوع البنك على العميل «الأمر» بعد دفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد، وإلا فإن اختلفت الشروط بين هذا وذاك، فإن مقتضى التزام البنك «في مواجهة المستفيد» في حدود خطاب الضمان، واستقلال العلاقة بين هذين الأخيرين عن علاقة البنك بالعميل، إمكان تصور أن تخضع تسوية العلاقة بين هذين الأخيرين، فيما يتعلق بغطاء خطاب الضمان وكيفية خصم المدفوع للمستفيد، لأحكام مخالفة لمضمون علاقة البنك بالمستفيد، وذلك على خلاف ما كان يتوقع العميل. وعندئذ فلا يصح أن يلومن - هذا الأخير - إلا نفسه.

ونمثل لهذه المشكلة بما عرض على القضاء الكويتي في القضية رقم ٨٣/٥٤٥٩، حيث كان العميل الأمر «وهي شركة مقاولات» قد استصدر من البنك خطاب ضمان لصالح المستفيد بمبلغ ٨٦٦٠٠٠ دينار عراقي تأمينا لعملية انشاء عدة بنايات سكنية بالعراق. ثم حدث ما استدعى قيام المستفيد بطلب تنفيذ الخطاب، فقام البنك بدوره بخصم قيمة الوفاء بالخطاب بمبلغ ٨٢٢٠٥٠,٥٠٠ دينار كويتي، حيث لم تكن العميلة «الأمر» قد اهتمت بأن تتفق مع البنك على أن يكون غطاء خطاب الضمان بذات العملة التي تحددت بها قيمة خطاب الضمان، وإنما طلبت فقط أن يكون الرجوع عليها بقيمة الخطاب بخصمها من حسابها الجاري لدى البنك وكان بالعملة العراقية، وأسست طلبها على أن الاتفاق بينها والبنك هو أن يكون الوفاء بقيمة الخطاب بالعملة العراقية فيجب أن يكون الوفاء بها عملا بالفقرة ٢/ من المادة ١٧٤/ مدني. وحيث قام البنك بخصم قيمة وفائه بالخطاب بالعملة الكويتية فيحق لها أن تعرض عليه مبلغ ٨٦٦٠٠٠ دينار عراقي مقابل اعادة مبلغ ٨٢٢٠٥٠,٥٠٠ دينار كويتي المخصوم من حسابها.

وفي ١٠/٣/١٩٨٥ قضت المحكمة الكلية «تجاري/٢»^(١) بقبول طلب المدعية وأسست قضاءها على أن المادة ١٧٣ مدني تنص على أنه: إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود التزم المدين بقدر عددها المحدد في العقد دون أن يكون للتغيير في قيمتها أثر ولو اتفق على خلاف ذلك، كما نصت المادة ١٧٤/ من ذات القانون على أنه في الالتزامات بدفع مبلغ من النقود يكون الوفاء بالعملة الكويتية، ومع ذلك اذا

اتفق على الوفاء بعملة أجنبية وجب الوفاء بها، ومن ثم فإن من حق الشركة المدعية، عملاً بنص المادتين المشار إليهما وبصريح نص خطاب الضمان، أن تتمسك بأن يكون الوفاء بالعملة العراقية وأن تطالب البنك/ المدعى عليه بإعادة المبلغ الذي خصمه من حسابها بالعملة الكويتية.

وفي الاستئناف ألغت محكمة الاستئناف العليا «الدائرة التجارية/ ٢»، بحكمها الصادر في ١٩٨٩/١/٢٤^(١)، هذا الحكم، تأسيساً على أن العلاقة بين البنك والعميل يحكمها عقد الاعتماد بالضمان - وحيث تعهدت الأمرة للبنك - في مقابل إصدار الأخير خطاب الضمان - أن تعوضه بالكامل عن كافة ما قد يصيبه من أضرار نتيجة لذلك أو نتيجة لمصادرة قيمة الضمان كلياً أو جزئياً من قبل المستفيد فور طلبه، كما خولت البنك قيد قيمة الخطاب وأية مصاريف وعمولات تترتب عليه على حسابها معه، ومن ثم كان للبنك - وقد وفى للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان - أن يرجع على عميلته على أساس عقد الاعتماد سالف البيان. هذا بالإضافة إلى ما هو مقرر بنص المادة/ ٣٨٧ من قانون التجارة من أن البنك في هذه الحال يحل حلولاً قانونياً محل المستفيد في الرجوع على الأمر. ويكون ما قام به البنك من خصم قيمة ما وفى به للمستفيد من الحساب الجاري لعميلته ويعادل مبلغ ٥٠٠, ٨٢٢٠٥٠ بالدينار الكويتي متفقاً وتعهد العميلة في عقدها مع البنك المحدد في كتابها الموجه إليه ولا خروج فيه عن شروطه. وليس من حق العميلة أن تتحدى بأن البنك قد دفع قيمة الخطاب بالدينار العراقي لأن التزامه في الخطاب كان كذلك، فوجب الوفاء بالدينار العراقي عملاً بالفقرة/ ٢ من المادة ١٧٤ مدني، في حين أن التزامها هي - وهو التزام مستقل تماماً عن التزام البنك - هو بتعويض البنك طبقاً لما جاء في كتابها سالف البيان. ولم يجز الاتفاق على دفع هذا التعويض بذات العملة التي يوفى بها البنك، فيكون الوفاء به - وخلافاً لما ذهب إليه الحكم المستأنف - بالعملة الكويتية بنص الفقرة/ ١ من المادة/ ١٧٤ مدني. هذا إلى جانب أن العميلة خولت البنك قيد القيمة على حسابها الجاري لديه وهو بالدينار الكويتي.

وفي التمييز، أيدت دائرة التمييز في ١٩٩٠/١/١٥^(٢) حكم الاستئناف وجاء في حيثيات حكمها أنه: لما كان النص في المادة/ ١٧٤ مدني على أن:

١ - في الالتزامات بدفع مبلغ من النقود يكون الوفاء بالعملة الكويتية.

١ - حكم غير منشور.

٢ - غير منشور.

٢ - ومع ذلك إذا اتفق على الوفاء بعملة أجنبية وجب الوفاء بها .

يدل . . . على أن الفقرة الأولى من هذه المادة تقرر مبدأ حصول الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود بالعملة الكويتية، ثم تحيز الفقرة الثانية منها الاتفاق على أن يكون الوفاء بالعملة الأجنبية، بما مؤداه أنه إذا جاء العقد خلوا من تحديد العملة التي يقع بها الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود، ولم يتفق الطرفان على الوفاء بعملة أجنبية كان من اللازم أن يتم بالعملة الكويتية . أما إذا تضمن العقد شرطا صريحا على الوفاء بعملة أجنبية معينة وجب الوفاء بها وذلك في المعاملات الداخلية والخارجية على حد سواء . لما كان ذلك، وكان البنك بوفائه للمستفيد مبلغ خطاب الضمان يحل محل المستفيد في الرجوع على الأمر بمقدار المبلغ الذي دفعه، وإذا كان واقع الدعوى . . . أن المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان بين الطاعنة الأمرة والبنك المطعون ضده هذا هو مبلغ ٨٦٦٠٠٠ دينار عراقيا، وقد خلص الحكم في أسبابه إلى أن الأمرة اتفقت مع البنك أن يكون وفاؤه للمستفيد بالعملة العراقية وليس بالعملة الكويتية، وهو ما التزم به البنك المطعون ضده، وإلى أنه يحق له الرجوع على الطاعنة بمقدار المبلغ الذي دفعه - وحسبما نصت عليه المادة/٣٨٧ من قانون التجارة لحلوله حلولا قانونيا محل المستفيد في الرجوع على الأمرة، وأن الأصل حصول الوفاء - في هذه الحالة - بالعملة الكويتية اعمالا للفقرة ١/ من المادة/١٧٤ مدني، ولا يحق للطاعنة التمسك بالوفاء بالعملة الأجنبية مادامت لم تعقد اتفاقا بالوفاء بها، إذ ليس لها أن تتحدى بأن البنك دفع قيمة الخطاب بالدينار العراقي، لأن التزامه فيه بموجب شروط الخطاب، وأما التزامها بسداد دين البنك فهو التزام مستقل تماما عن التزامه قبل المستفيد في خطاب الضمان، ولأنه لم يجر الاتفاق على دفع هذا الدين بذات العملة التي يوفى بها البنك، ولأن الطاعنة حولت البنك قيد القيمة على حسابها الجاري لديه وهو بالدينار الكويتي، وهو من الحكم استخلاص سائغ وله معينه الثابت بالأوراق، ويتفق وصحيح القانون، ويكون ما أثارته الطاعنة بسبب النعي، على غير أساس .

تعليق :

ونحن في تعليقنا على حكمي الاستئناف والتمييز السابقين، نتفق معهما فيما انتهيا اليه من نتيجة، وفيما استندا اليه من نص المادة/١٧٤ مدني، فبال تأكيد مؤدى حكم هذه المادة - مطبقا على واقع الدعوى المنظورة - هو ما خلص اليه الحكمان . لكننا نعجب، في نفس الوقت، من تطرق الحكمين إلى المادة/٣٨٧ من قانون التجارة والزج بحكمها بين حيثيات ما أرادا الانتهاء اليه .

ولسنا نقصد هنا التعليق على مدى توفيق المشرع الكويتي في النص في هذه المادة على حلول البنك محل المستفيد في الرجوع على العميل/ الأمر، وما إذا كانت فكرة الحلول هذه تتفق والتحليل الصحيح للدين الذي يفي به البنك للمستفيد «بمقتضى خطاب الضمان»، فسوف نخصص لرأينا في هذه الجزئية موضعاً لاحقاً، وانما نقصد التساؤل فقط عما إذا لم يكن قد غاب عن محكمتي الاستئناف والتمييز أن فكرة الحلول من شأنها - في الدعوى المنظورة - أن تؤدي إلى عكس ما انتهى إليه الحكماء؟، وبعبارة أكثر تحديداً، أن يكون اقتضاء البنك قيمة خطاب الضمان من العميلة بالعملة العراقية؟

إن مقتضى فكرة الحلول، أن يكون للموفى، الحال، ذات الحق الذي كان للدائن الذي أوفاه. وفي هذا تقول المادة/ ٣٩٦ مدني بكل وضوح: من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن، كان له حقه، بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من تواجع وما يكلفه من تأمينات وما يرد عليه من دفع، ويكون هذه الحلول بالقدر الذي أداه من حل محل الدائن.

بيد أن الدائن في هذه الدعوى، وهو المستفيد، كان صاحب حق بعملة عراقية، والقدر الذي أداه من حل محل الدائن، وهو البنك أداه بالعملة العراقية. فإذا كان للبنك ذات حق المستفيد الذي حل محله، فقد كان يتعين أن يرجع على العميلة بالعملة العراقية.

وهكذا يبين أن تطرق المحكمتين لنص المادة/ ٣٧٨ تجاري لم يكن فقط من قبيل التزيد الذي لا مبرر له، إذ كان لهما في نص المادة/ ١٧٤ مدني ما يكفي، وانما شاب حيثيات حكميهما بالتناقض.

المبحث الثاني

الضمانات المقدمة للبنك لاصدار الخطاب «غطاء خطاب الضمان المصرفي»

تمهيد:

بعد أن يتفق العميل والمستفيد في عقد الأساس على ضرورة ايداع تأمين نقدي أو اصدار خطاب ضمان مصرفي لصالح المستفيد وفق الشروط التي تم التوصل أو الاتفاق عليها فيما بينهما يلجأ العميل إلى بنكه طالبا اصدار خطاب الضمان المطلوب في عقد الاساس وذلك بموجب عقد فتح اعتماد بالضمان بين هذا العميل والبنك باصدار خطاب ضمان مصرفي باسم المستفيد وفق الشروط التي طلبها العميل من حيث المدة والمبلغ والدفع لدى الطلب، وفي مقابل هذا التعهد البنكي الذي صدر في

الخطاب لصالح المستفيد يطلب البنك من العميل تأميناً على ما قد يتعرض له من مخاطر ناجمة عن سحب المستفيد لقيمة خطاب الضمان. هذا التأمين هو ما يسمى بغطاء خطاب الضمان الذي يقدمه العميل لصالح البنك. وهذا الغطاء قد يتمثل في نقود يجنبها البنك من حساب العميل الجاري، وقد يتمثل في رهن منقول أو عقار لصالح البنك يملكه العميل، وقد يتمثل في أوراق مالية أو تجارية يضعها العميل بتصرف البنك أو بضائع، وقد يتمثل بتنازل العميل عن حقوقه قبل المستفيد والناشئة عن العملية التي صدر الخطاب بسببها. وقد أشارت إلى غطاء خطاب الضمان المادة ٣٨٣ تجاري كويتي بقولها أنه يجوز للبنك أن يطلب تقديم مقابل إصدار خطاب الضمان ويجوز أن يكون التأمين تنازلاً من الأمر عن حقه قبل المستفيد.

ومعنى ذلك أن للبنك أن يطلب غطاء كاملاً لخطاب الضمان أو يكتفي بغطاء جزئي. كما يجوز للبنك أن يصدر الخطاب دون غطاء «على المكشوف» وذلك حسبما يراه مناسباً ومحققاً لمصلحته خاصة إذا كان العميل مليئاً وموضع ثقة وأثبتت المعاملات الجارية بينه وبين البنك سرعة وفائه بالتزاماته.

وقد أثرنا معالجة غطاء خطاب الضمان في هذا الموضع، بحسابه مسألة يصير التفاوض والاتفاق حولها «بين العميل والبنك» تمهيداً لإصدار الخطاب، مع ملاحظة أنه كان يمكن أيضاً أرجاء بحثها إلى الفصل الثاني عندما نتعرض للعلاقات التي يستثيرها خطاب الضمان، وبالتحديد للعلاقة فيما بين العميل والبنك. ولكن التقدم بها إلى هذا الموضع أقرب للمنطق وأدعى للفائدة.

تقسيم:

ونعالج غطاء خطاب الضمان في مطلبين، نخصص أولهما لأنواع الغطاء، بينما نكرس الثاني لمقداره، أما مشكلة مدى جواز الحجز على مقدار الغطاء فنرجئها إلى موضعها المناسب.

المطلب الأول

أنواع غطاء خطاب الضمان

تتعدد أنواع غطاء خطاب الضمان وذلك حسب طبيعة العلاقة التي تربط بين البنك والعميل، ونوع الغطاء المتوفر لدى العميل، فقد يكون لديه نقود أو أوراق مالية أو تجارية أو بضائع أو عقارات فيتم الاتفاق مع العميل على أن يكون مقابل خطاب الضمان واحداً مما ذكرنا. فإذا لم يتوفر لدى العميل شيء مما ذكر فقد يتم الاتفاق بينها

على تنازل العميل عن حقوقه في مواجهة المستفيد لصالح البنك وذلك ليضمن هذا الأخير نفسه من مخاطر العملية التي يتعهد بها أمام المستفيد. ورغم أن المادة « ٣٨٥ تجاري كويتي » قد جاءت عامة بخصوص مقابل خطاب الضمان إذ أجازت للبنك أن يطلب من العميل تأميناً مقابل إصداره خطاب الضمان ولم تذكر من أنواع مقابل خطاب الضمان إلا حالة تنازل العميل عن حقه لصالح البنك قبل المستفيد، إلا أن بعض القوانين العربية^(١) قد أوضحت هذا المقابل بأنه قد يكون كفالة شخصية أو عينية كما قد يكون تنازلاً من العميل عن حقه تجاه المستفيد. وعلى ذلك سنتكلم في أنواع غطاء الضمان على النحو التالي:

أولاً: الغطاء النقدي:

وهو أبسط أنواع صور الغطاء وفيه يطلب البنك من العميل ايداع قيمة الضمان بالكامل أو التصريح له بتجنب ما يقابل قيمة الضمان من حسابه الجاري لدى البنك وذلك إذا كان هذا العميل قليل التعامل مع البنك ولا يعرف عنه شيئاً كثيراً. وقد يكون المقابل بنسبة جزء من الغطاء إذا كان العميل معروفاً لدى البنك وموضع ثقته. والنسبة التي تتطلبها البنوك عادة في مثل هذه الحالة هي ١٠٪ في خطابات الضمان الابتدائية و ٢٠ - ٣٠٪ في خطابات الضمان النهائية^(٢) ويقوم البنك بدوره بإيداع الغطاء النقدي المقدم من العميل في حساب غير شخصي يسمى بحساب احتياطي إصدار خطابات الضمان فلا يسمح للعميل بالسحب منه - كما يبقى محجوزاً طالما بقي التزام البنك بخطاب الضمان قائماً^(٣) وأحياناً إذا كان العميل يتمتع بثقة خاصة لدى البنك يقوم هذا الأخير بالتأشير على حسابه بالمبلغ المطلوب، إلا أن هذه الطريقة محفوفة بالمخاطر فقد لا يتمكن البنك من مراقبة حركة الحساب فيجد نفسه أخيراً بلا مقابل لخطاب الضمان^(٤) ومع ذلك فإن البنوك تمنح بعض عملائها حداً ائتمانياً على المكشوف بناءً على ما يتمتع به هؤلاء العملاء من مركز ملىء وعن ثقة توطدت لدى البنك من جراء المعاملات السابقة بينهما، وعليه يمكن لهؤلاء العملاء الاستفادة من هذا الائتمان على

١ - وذلك مثل المادة ٢٨٨ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ / ١٩٨٤.

٢ - انظر: علي جمال الدين عوض خطابات الضمان المصرفية ص ٩٥ المرجع السابق محمود سمير الشراوي - ص ٥٦٨ المرجع السابق.

٣ - انظر: محي الدين اسماعيل - ص ٣٦٣ المرجع السابق.

٤ - انظر في هذا المعنى: سميحة القليوبي/ النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية ص ٣٨ ومحسن شفيق - فقرة ٤٧٢ المرجع السابق ومحي الدين اسماعيل ص ٣٦٣ المرجع السابق.

المكشوف وطلب اصدار خطابات ضمان لصالح المتعاملين معهم في حدود هذا الحد الائتماني دون التزامهم بتقديم غطاء نقدي ، وهو ما يسميه البعض^(١) بالغطاء المعنوي . وقد يثور سؤال حول مدى الفائدة التي تعود على العميل من ايداع مبلغ نقدي يساوي قيمة خطاب الضمان إذ بدلا من ذلك يمكنه ايداع المبلغ لدى المستفيد مباشرة . والواقع أن ما يشجع العميل على ذلك هو أن اجراءات استرداد المبلغ من البنك تكون سهلة وميسرة بمجرد انتهاء ضمان البنك واسترداد هذا الأخير لخطاب الضمان . أما استرداد المبلغ من المستفيد إذا كان جهة حكومية فهو معقد ويأخذ وقتا طويلا^(٢) .

ثانيا : الغطاء العيني : ويتخذ صورا عديدة منها :

١ - الأوراق المالية :

قد يتمثل مقابل خطاب الضمان الذي يقدمه العميل للبنك في أوراق مالية يملكها العميل فيقوم البنك من جانبه بتقويم هذه الأوراق حسب القيمة السوقية لهامع ترك هامش احتياطي مناسب لمواجهة تقلبات اسعار السوق . ويقوم العميل برهنها لصالح البنك رهن منقول حيازا مع التصريح له ببيعها . ويقوم العميل برهنها لصالح البنك دون الرجوع إليه إذا عجز عن سداد مقابل خطاب الضمان . وعادة يودعها البنك في ملف خاص غير شخصي تحت اسم «ايداعات بضمان»^(٣) ولا يفرج عنها إلا بعد انتهاء التزام البنك الخاص بخطاب الضمان .

والأوراق المالية تمثل الصكوك ذات القيمة النقدية كالاسهم والسندات الصادرة من الشركات ، فضلا عن سندات الاستثمار وأذون الخزانة وسندات الدين العام التي تصدر عن الدولة أو المؤسسات العامة .

٢ - الأوراق التجارية :

تلجأ بعض البنوك إلى أن تطلب من عملائها سحب كمبيالات لصالحها بمقدار غطاء خطاب الضمان أو الجزء الواجب تغطيته منها حسب الاتفاق . وتحرص على أن يكون تاريخ استحقاق هذه الكمبيالات موازيا لتاريخ سريان خطاب الضمان ، أو للتواريخ التي يتوقع أن يقوم فيها المستفيد بايداع دفعات لصالح العميل .

١ - انظر: د. محمود الكيلاني - عمليات البنوك التجارية الجزء الأول - الكفالات المصرفية وخطابات الضمان عمان ١٩٩٢ ص ٢٤٧ .

٢ - في هذا المعنى : د. علي جمال الدين عوض (١٩٨١) ص ٥١٢ هامش/٢ .

٣ - انظر: محي الدين اسماعيل - ص ٣٦٥ المرجع السابق .

وهذا الاجراء مبعثه سهولة الرجوع بدين الكمبيالة عن سواه من الديون فيكفي أن يقدم البنك الكمبيالة للعميل كي يحفظه على دفع قيمتها خوفا من لجوء البنك إلى اتخاذ اجراءات البروتستو وما يتبع ذلك من إضرار بسمعة العميل^(١).

وقد يلجأ العميل إلى طريقة اخرى لتقديم الغطاء المطلوب من البنك. ذلك أنه قد يكون لديه كمبيالات أو سندات أذنية محررة لصالحه من الغير فيتفق مع البنك أن يظهرها له تظهيرا تأمينيا. وتقضى المادة ٤٣١ تجاري كويتي في هذا الشأن بأنه إذا اشتمل التظهير على عبارة «القيمة للضمان» أو القيمة للرهن أو أي بيان آخر يفيد الرهن جاز للحامل أن يباشر جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة فإذا ظهرها اعتبر التظهير حاصلاً على سبيل التوكيل. وما دام للحامل أن يباشر جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة المظهرة له تأمينيا أو رهنا فإن البنك يستطيع أن يحصلها لحساب العميل. أما إذا كانت مظهرة له تظهيرا ناقلا للملكية فهو يحصلها لحسابه وقت الاستحقاق^(٢).

وقد جسدت محكمة النقض المصرية^(٣) المعاني المتقدمة بقولها أن للبنك أن يصدر خطاب الضمان بغطاء مالي أو دون غطاء مالي أو بضمان رهن في حدود المعاملات القائمة بين العميل والبنك وهو الذي يقدر مصلحته في كيفية تغطية خطاب الضمان.

٣ - البضائع والمستندات المثلة لها :

قد يتمثل غطاء خطاب الضمان احيانا في البضائع التي يضعها العميل بتصرف البنك ليقوم هذا الأخير ببيعها منفردا أو بالاشتراك مع العميل عند الحاجة، ويقوم البنك باستيفاء ما يقابل غطاء خطاب الضمان من ثمنه^(٤)، وقد يكتفي البنك بامتلاك المستندات التي تمثل ملكية البضاعة كسند الشحن إذا كان قابلا للتداول وتم تظهيره لصالح البنك تظهيرا ناقلا للملكية وذلك في الحالة التي يصدر فيها خطاب ضمان لصالح البائع بناء على طلب المشتري.

٤ - التنازل عن الحقوق التي للعميل قبل المستفيد :

قد يحدث في العمل ان تتخذ الضمانات التي يقدمها العميل للبنك مقابل اصداره خطاب الضمان صورة اخرى هي تنازل العميل الأمر للبنك عن حقه في

١ - انظر: علي جمال الدين عوض - خطابات الضمان المصرفية ص ٩٦ المرجع السابق.

٢ - انظر: محمود الكيلاني - المرجع السابق - ص ٢٤٦.

٣ - انظر: الطعن رقم ١٠٦ سنة ٣٧ ق و ١١ سنة ٤٠ ق جلسة ٧٣/٣/١٤ سنة ٢٣ ص ٤٠١

٤ - انظر: محمود الكيلاني - المرجع السابق - ص ٢٤٧.

مواجهة المستفيد. وقد أقرت المادة ٢٨٣/٢ تجاري كويتي ما استقر عليه العمل في هذا الخصوص، وذلك بأن يتنازل العميل عن حقوقه الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين المستفيد لصالح البنك، وهذه الصورة من صور الضمان تقترن بأغلب الحالات بفتح اعتماد بنكي لصالح العميل ليستخدمه في تنفيذ العقد. ولذا يتفق على أن يقوم البنك بالاشراف على تنفيذ العقد بضمان وصول الدفعات المقدمة وضمان صرفها في الأوجه المخصصة كما يتم اقتطاع نسبة من هذه الدفعات يتفق عليها لسداد الاعتماد، إضافة إلى اشراف البنك على متابعة تخفيض قيمة الضمان حسب تقدم سير العمل^(١).

وهذا التنازل عن الحق هو نوع من انواع حوالة الحق على سبيل الرهن. ومن ثم يتبع فيه الاجراءات المقررة لحوالة الحق ونفاذها قبل المدين والغير وفقا لما هو وارد في المادة ٣٦٦ مدني كويتي^(٢) وقد يكون التنازل من جانب المستفيد من خطاب الضمان حيث يقدمه كضمان الى البنك ويطلب منه فتح اعتماد له لتمويل عملية خاصة به، وهذا التنازل يجد سنده القانوني فيما جاءت به المادة ٢٨٤ تجاري كويتي بشرط موافقة البنك مصدر خطاب الضمان.

وهنا لابد من القول أن القانون لا يميز أصلا للمستفيد التنازل عن حقه الناشئ عن خطاب الضمان إلى الغير إلا بموافقة البنك الذي اصدره استثناء من ذلك الاصل ذلك لأن كل خطاب ضمان يصدر من أجل عملية معينة تحدد فيه وهي محل علاقة عقدية بين العميل والمستفيد وأن حق هذا الأخير مرتبط بتنفيذ أو عدم تنفيذ هذه العمليات من قبل العميل، فلو أجاز للمستفيد التنازل عن حقه في خطاب الضمان للغير فإن هذا الحق بعد التنازل عنه يفقد هذا الارتباط^(٣) وهنا يقوم البنك بفتح الاعتماد الخاص بتمويل العملية ويقوم العميل الصادر باسمه الضمان بدفع أية مبالغ تستحق للمستفيد بموجب الضمان المتنازل عنه إلى البنك رأسا لضمان حقوق البنك تجاه المستفيد بموجب الاعتماد المفتوح وقد يتفق الطرفان على قيام البنك باحتجاز جزء من قيمة كل دفعة سدادا لجزء من التسهيلات الممنوحة له وإضافة الباقي لحساب

١ - انظر: محمود سمير الشرقاوي ص ٥٦٧ المرجع السابق د. علي جمال الدين عوض (١٩٨١) ص ٥١٣/ بند ٥١١.

٢ - انظر: يعقوب صرخوه - عمليات البنوك - المرجع السابق ص ١٧٥.

٣ - انظر: المحامي فخر الدين محمد جعفر الحسيني - نظرات في القانون التجاري رقم ٣٠ سنة ٨٤ - بغداد - ١٩٨٥ ص ٩٤.

المستفيد^(١) وقد طبق القضاء الكويتي^(٢) ما جاء في المادة ٣٨٤ تجاري بالزام البنك بمقتضى خطاب الضمان بمجرد اصداره ووصله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطلبه هذا الأخير باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان مادام في حدود التزام البنك المبين به ، وكذلك الشأن بالنسبة للمتنازل اليه من المستفيد مادام أن البنك قد وافق على هذا التنازل وما دام الأصل في خطاب الضمان أن الوفاء به لا يتوقف على واقعة خارجة عنه ولا على تحقق شرط ولا حلول أجل فلا يغير من ذلك أن يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد من الخطاب يضاف إلى ذلك أن خطاب الضمان من أعمال البنوك التي تعتبر تجارية بحكم القانون التجاري ولذا لا يسوغ أن يطبق بشأنها أحكام القانون المدني الخاصة بالحوالة أو أية أحكام أخرى لا تتفق مع الطبيعة القانونية لخطاب الضمان .

وهذا دليل واضح على حق المستفيد بالتنازل عن خطاب الضمان لصالح جهة أخرى مثل بنك أو غيرها بشرط أن يوافق البنك مصدر خطاب الضمان على هذا التنازل وأن هذا التنازل لا يشترط أن يكون بشكل حوالة الحق المدنية لأن خطاب الضمان عمل تجاري تطبق عليه قواعد القانون التجاري الخاصة بحرية الاثبات في المواد التجارية .

المبحث الثاني

مقدار غطاء خطاب الضمان

سبق أن ذكرنا أن العميل يلتزم بأن يقدم بناء على طلب البنك عند اصدار خطاب الضمان ضماناً يسمى بغطاء خطاب الضمان وذلك خشية أن يتعرض البنك لخسارة ناجمة عن تعهده في خطاب الضمان بالدفع للمستفيد لدى أول طلب ودون قيد أو شرط ، إلا أن مقدار الضمان الذي يطلبه البنك من العميل يختلف باختلاف الظروف والأحوال فقد يطلب من العميل أن يكون مقدار الغطاء كاملاً أي مائة بالمائة من قيمة خطاب الضمان وذلك إذا لم يكن بينه وبين العميل معاملات متصلة أو ليس للعميل حساب جار في البنك وخاصة إذا كان الخطاب غير محدد المدة ، أما إذا كان للعميل حساب جاري ومعاملات متصلة مع البنك فإنه يتقاضى منه عادة غطاء في حدود عشرة بالمائة من قيمة خطاب الضمان إذا كان ابتدائياً و ٢٠ - ٣٠٪ من قيمته إذا

١ - انظر: علي جمال الدين عوض - خطابات الضمان المصرفية - ص ١٠٣ المرجع السابق .

٢ - انظر: حكم محكمة الاستئناف العليا دائرة التمييز التجاري ٢ في الطعن رقم ٨٨/٨٩ مشار اليه سابق .

كان خطاب الضمان نهائياً^(١) وفي أحيان أخرى يصدر البنك خطاب الضمان دون غطاء أي على المكشوف وذلك إذا كان العميل موضع ثقة تامة من البنك. وتقول محكمة النقض المصرية في هذا الشأن وللبنك أن يصدر خطاب الضمان بغطاء مالي أو دون غطاء أو بضمان رهن في حدود المعاملات بين العميل والبنك، وهو الذي يقدر مصلحته في كيفية تغطية خطاب الضمان^(٢) ولا شك أن من مصلحة البنك تحري الدقة وتوخي الحذر في اصدار خطابات ضمان على المكشوف لما قد يتعرض له البنك من مخاطر إذا أخل العميل بالتزامه في مواجهة المستفيد ويلجأ هذا الأخير إلى سحب قيمة خطاب الضمان من البنك. وعادة لا تقدم البنوك على اصدار خطابات ضمان لعملائها إلا بعد دراسة مستفيضة من حيث المركز المالي الماضي والحالي وسمعته التجارية ومدى وفائه بالتزاماته السابقة. وعلى ضوء حصيلة المعلومات التي تجمعها بطرقها الخاصة ومن البنوك الأخرى عن العميل تقرر نسبة الغطاء الذي يمكن أن تقبله منه.

وتلجأ البنوك عادة إلى عدم الحصول على غطاء في خطابات الضمان الصادرة بناء على طلب بنك خارجي لصالح شخص مقيم من شخص غير مقيم، وذلك ثقة منها في ملائمة هذا البنك إذا كان من بنوك الدرجة الأولى في بلده. أما إذا لم يكن كذلك فإن البنك المحلي الذي يطلب منه اصدار خطاب الضمان يطلب من البنك الخارجي اصدار ضمان مقابل Guarantee Counter من أحد بنوك الدرجة الأولى في بلده أو بإيداع غطاء نقدي كامل بقيمة الخطاب^(٣) وسوف نعرض لخطابات الضمان الدولية هذه في موضع لاحق، حين نعرض لانواع خطابات الضمان التي تصدرها البنوك.

تنويه:

على أنه، سواء أكان الغطاء نقدياً أو عينياً على ما قدمناه، فإنه يجب أن يلاحظ أنه، بالرغم من أن تعهد البنك بدفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد هو تعهد منجز وليس شرطياً، وأن التزامه يوجد بمجرد اصدار الخطاب، إلا أن دين هذا الضمان لا يستحق للبنك في ذمة العميل إلا إذا طالبت الجهة الصادرة إليها خطاب الضمان بقيمته، ومن تاريخ دفع البنك مبلغ الضمان. فلا يجوز للبنك اضافته في الجانب

١ - انظر: محمود سمير الشراوي - ٥٦٨ المرجع السابق، علي جمال الدين - خطابات الضمان المصرفية ص ٩٥ المرجع السابق.

٢ - نقض ١٤ مارس ١٩٧٢ المحاماة السنة ٢٣ رقم ٥٥ ص/ ٩٨٤.

٣ - محكمة طنطا الابتدائية ١٩٥٢/١١/٣ المحاماة السنة ٣/ ص ٨٣٢، استئناف القاهرة في ١٩٥٨/١١/٢٥ مشار إليه في د. علي جمال الدين عوض (١٩٨١) ص/ ٥١٢ هامش ١/.

المدين من حساب العميل إلا من هذا التاريخ ، اذ قد لا تطلب الجهة الصادر اليها الخطاب قيمته إذا أوفى العميل بالتزاماته قبلها ، وفي هذه الحالة لا يكون هناك محل لاضافة قيمته على حساب العميل المدين .

كذلك نذكر بما سبق أن قلناه من أنه إذا لم يصير الاتفاق صراحة بين العميل والبنك على نوع العملة التي يخصم بها قيمة الغطاء ، فإن هذه القيمة تخصم بالعملية الكويتية طبقا للمادة / ١٧٤ - ١ مدني ، حتى ولو كان مبلغ الضمان في خطاب الضمان «للمستفيد» قد تحدد بعملة أخرى بموجب الاتفاقات التمهيدية التي سبقت اصدار الخطاب .

المبحث الثالث

عناصر خطاب الضمان والمبادئ التي يجب أن تعكسها بياناته

تقسيم :

نوزع الدراسة في هذا المبحث على مطلبين ، على النحو التالي :

المطلب الأول

عناصر خطاب الضمان

حصر هذه العناصر :

يمكن استخلاص عناصر خطاب الضمان ، من تعريف هذا الخطاب كما ورد في نص المادة / ٣٨٢ تجاري التي تقضي بأن : «خطاب الضمان تعهد يصدر من بنك بناءً على طلب عميل له «الأمر» بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر «المستفيد» دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب . ويوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله» . فمن هذا التعريف ، تخلص خطاب الضمان العناصر الثلاثة التالية :

أولاً : مبلغ الضمان :

يصدر خطاب الضمان بمبلغ نقدي ، يتعهد البنك بدفعه للمستفيد إذا طلب الأخير منه ذلك خلال المدة المحددة ، ولا يتصور أن نكون بصدد خطاب ضمان بالمعنى الدقيق إذا كان موضوع تعهد البنك ليس نقوداً .

ولما كان هذا المبلغ النقدي هو محل تعهد البنك، فإنه يجب أن يتوافر فيه ما يتوافر في محل الالتزام بصفة عامة من شروط، ويعيننا هنا شرط أن يكون المحل معيناً أو على الأقل قابلاً للتعين.

والأصل وكذلك الغالب في العمل، أن يحدد ضمان البنك بمبلغ معين. لكن يحدث أحياناً أن يصدر خطاب الضمان بمبلغ قابل للتعين ومثاله ما يحدث أحياناً من أن يطلب المرسل إليه من الجمارك السماح له بأخذ بضاعته قبل أن تصل سندات الشحن التي يمكن تقدير رسوم الجمارك على أساسها بدقة. وعليه يستصدر المرسل إليه خطاب ضمان لصالح الجمارك لضمان ما قد يترتب على البضاعة من مبالغ كثرت أو قلت. أي أن قيمة خطاب الضمان لا تكون معينة عند الإصدار بل تتعين عند وصول سندات الشحن وهذه هي حالة صدور خطاب ضمان بمبلغ قابل للتعين.

ويرى بعض الشراح أن الخطاب الذي يتعهد فيه البنك بأن يضمن عميله في كل ما يسببه تصرفه من ضرر للغير، أي للمستفيد، لا يكون خطاب ضمان بالمعنى الفني الدقيق. صحيح أن تعهد البنك هنا إن لم يكن محدداً إلا أنه قابل للتحديد. لكن بما أن البنك لن يدفع إلا قدر الضرر الذي يثبت المستفيد أنه قد أصابه، فإن ضمان البنك يكون متوقفاً من ثم على إثبات واقعة خارجية عن الخطاب. فنكون - بالأولى - بصدد كفالة مما ينظمه القانون المدني^(١).

هذا ولما كانت علاقة البنك بالمستفيد يحكمها خطاب الضمان وحده، وهي علاقة مستقلة - كما سنرى - عن علاقة العميل بالمستفيد، فإن البنك يتعين عليه أن يدفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد أيأ كانت مديونية العميل ولو كانت أكبر أو أقل مما تعهد به البنك.

من جهة أخرى، فإنه لما كان محل تعهد البنك في مواجهة المستفيد هو كما أسلفنا دفع مبلغ معين أو قابل للتعين فإنه إذا ما فرض وكان موضوع الخطاب هو مجرد ضمان البنك لوفاء العميل بالتزامه مع المستفيد أو ضمان حسن تنفيذ العميل لالتزاماته أمام المستفيد أو سداد ما على العميل من دين فإننا نكون في كل هذه الحالات بصدد عقد كفالة مدنية أو تجارية على حسب الأحوال ولا نكون بصدد خطابات ضمان مصرفية تحت أية تسمية وردت وذلك لارتباط التزام البنك في الوفاء للمستفيد بعنصر خارجي عن خطاب الضمان وهو ما يتعارض مع طبيعة خطاب الضمان الذي يتمتع بالكفاية

١ - د. علي جمال الدين عوض (١٩٨١ ص ٤٨٩/ بند ٤٨٧).

مجلة الحقوق

الذاتية من حيث أن التزام البنك فيه هو التزام أصيل في مواجهة المستفيد منبث الصلة بالالتزامات الناشئة بين البنك والعميل أو بين العميل والمستفيد^(١).

وهذه الحقيقة هي التي توفر لخطاب الضمان المصرفي تحقيق الأغراض التي وضع من أجلها، ذلك أنه لو أبيح النزاع في صرف قيمة خطاب الضمان عند الطلب لفقد هذا الخطاب أهميته العملية ولشلت حركة المعاملات التجارية^(٢).

ثانياً: مدة الضمان:

تعد المدة عنصراً أساسياً في خطاب الضمان، إذ لا يصدر خطاب دون تحديد مدة معينة ليسرى خلالها التزام البنك. وقد نصت على ذلك المادة ٣٨٢ تجاري كويتي عند تعريفها لخطاب الضمان وأن البنك يتعهد في خطاب الضمان الصادر بناء على طلب العميل بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر هو المستفيد دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب. كما أشارت المادة ٣٨٦ تجاري إلى أن ذمة البنك تبرأ قبل المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع. وهذه المدة قد تكون قصيرة أو طويلة ولكن في الغالب تقترن مدة خطاب الضمان بميعاد تنفيذ العمليات أو المشروعات التي تصدر بشأنها خطابات الضمان^(٣).

ويرى بعض الشراح في مصر أنه إذا كانت العملية المضمونة مذكورة في الخطاب^(٤) امتد الضمان إلى وقت انتهائها، وظل قائماً مادامت قائمة متى كان هذا المعنى مفهوماً من الخطاب، وقد أعطى لذلك مثلاً^(٥) إنهاه بعد ذلك بالقول بأن التزام البنك يفقد - في هذه الحالة - وضعه كخطاب ضمان ويصبح كفالة عادية بسبب ارتباط

١ - انظر: حكم النقض المصرية - الطعن رقم ١٠٦ سنة ٣٧ ق وسنة ٤٠ ق جلسة ١٤/٣/٧٣ - سبقت الإشارة إليها، وحكمها في الطعن رقم ٢٠٨٤ لسنة ٥٨ ق في مايو ١٩٨٩ - مشار إليه في د. علي جمال الدين - خطابات الشبان المصرفية - المرجع السابق - ص ١٤٢.

٢ - انظر: حكم محكمة استئناف القاهرة - الدائرة الثامنة التجارية ٢٧/١٢/١٩٥٥ استئناف رقم ١١٥٦ سنة ٧١ ق - منشور في موسوعة القضاء في المواد التجارية - عبد المعين جمعة ص ٥١.

٣ - انظر: حكم محكمة الاستئناف العليا في الكويت/ الدائرة التجارية الأولى جلسة ١٠/١١/١٩٨٥ بالطعن رقم ٨٥/٤١٥ تجاري (غير منشور).

٤ - وهو يقول إذا حيث لا يوجد في الحقيقة نص في التشريع المصري مماثل لنص المادة ٣٨٢ تجاري كويتي التي تقول في عجزها. ويوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله.

٥ - وهو تقديم الخطاب لضمان حسن سلوك شخص اجنبي دخل البلاد بضمان البنك، إذ يظل الضمان قائماً مادامت العملية قائمة، أو مادام الاجنبي حياً مقيماً في مصر.

استحقاقه بواقعة خارجة عن الخطاب^(١) - ولا ندري - في الحقيقة - هل وصل إلى هذا الاستخلاص من خصوصية المثال الذي سناقه، أم أنه قصد أن يعمم الحكم، فلا نكون بصدد خطاب ضمان دائما ولو امتدت مدة هذا الخطاب وظل - من ثم - ضمان البنك قائما مادامت العملية المضمونة والمذكورة في الخطاب، قائمة وكان هذا مفهوما من الخطاب؟

والأصل أن البنك يحرص على النص في خطاب الضمان على مدة سريان الخطاب خلال فترة محددة. كما يحرص على اشتراط وصول المطالبة بالدفع قبل تاريخ معين. وعلى أن التزام البنك بالدفع يلغى تلقائيا إذا لم تصله المطالبة حتى التاريخ المعين. وترفض البنوك في بعض الدول اصدار خطابات ضمان دون تحديد اجل لانقضائها، كطلب اصدار خطاب ضمان وفاء حق محكوم به لمدة تنتهي بالفصل في الاستئناف، أو تنتهي بانقضاء عملية معينة، أو نفاذ حكم مشمول بالنفاذ المعجل. ففي كل هذه الصور تصدر البنوك كفالة عادية لا خطاب ضمان بالمعنى الدقيق^(٢) فاذا لم تحدد مدة في خطاب الضمان اعتبر الضمان كأصل عام غير محدد المدة ويجوز للبنك أن ينهي في أي وقت شرط اخطار العميل والمستفيد قبل ذلك بوقت مناسب. وتقدير مناسبة الوقت ومدته متروك للمحكمة المختصة التي تقدر ذلك في كل حالة على حدة وبحسب الظروف المحيطة بها، ويرى البعض^(٣) أن المدة المعقولة لانهاء مدة خطاب الضمان غير محدد المدة هي ثلاثة أيام من تاريخ وصول الاخطار، أما الوقت المناسب فهو الوقت الذي لا يكون انهاء خطاب الضمان اثناء سببا في اضرار كبيرة تلحق بالمستفيد أو العميل، ومن ذلك يتضح أن الأصل في مدة خطاب الضمان أن يكون محددا بفترة زمنية معينة يسري خلالها الضمان المصرفي بحيث يكون البنك ملزما بالدفع فورا إذا طلب منه الوفاء بقيمة خطاب الضمان خلالها. وقد عبرت محكمة النقض المصرية عن ذلك بقولها^(٤) ومؤدي سريان خطاب الضمان خلال مدة معينة هو التزام البنك بوفاء قيمته خلال هذه المدة بحيث لا يعتبر التاريخ الوارد فيه هو بداية لاستحقاق التزام البنك بل يلتزم البنك بالدفع طوال مدة الضمان من التاريخ المذكور في خطاب الضمان باعتباره حدا أقصى لنفاذه. وأضافت في أحكام أخرى أن للعميل

١ - د. علي جمال الدين عوض (١٩٨١) ص/٤٩٠، ٤٩١ بند/٤٨٨.

٢ - انظر: علي جمال الدين (خطابات) الضمان المصرفية، ط ١ ص ٨٦.

٣ - انظر: محمود الكيلاني، مرجع سابق/ص ٢٦٨.

٤ - انظر: حكمها بالطنين، رقم ٢٩٤ سنة ٣٥ من جلسة ٢٧/٥/١٩٦٩ س ٢٠ ص ٨١١.

مجلة الحقوق

أن يسترد من البنك غطاء خطاب الضمان في اليوم التالي لانتهااء الضمان^(١). ومدة خطاب الضمان تبدأ من تاريخ اصدار الخطاب للمستفيد «م ١٨ من قواعد غرفة التجارة الدولية الموحدة لطلب الضمان والكفالات ١٩٨٦» إلا أن التزام البنك في مواجهة المستفيد لا يبدأ إلا من تاريخ وصول الخطاب إلى علم المستفيد، حيث أن للبنك قبل ذلك حق الرجوع في الخطاب. أما بعد وصوله إلى علم المستفيد فلا يجوز للبنك أن يتخلى عن التزامه الوارد في الخطاب ويفترض علم المستفيد متى تم تسليم الخطاب إليه^(٢). ويبقى التزام البنك قائماً في مواجهة المستفيد حتى نهاية التاريخ المحدد فيه باعتبار هذا التاريخ هو الحد الأقصى لنفاذه.

وعليه فإن البنك يبقى ملتزماً بالدفع إذا وصلتته مطالبة المستفيد خلال الميعاد الوارد في نص الخطاب ومن ثم فلا يلتزم بالدفع إذا جاءت المطالبة بعد انتهاء مدة الخطاب المذكورة في النص، علماً بأن العبرة في تاريخ المطالبة بتاريخ استلامها من المستفيد ذلك أن البنك تبرأ ذمته قانوناً «م ٣٨٦» تجاري تجاه المستفيد إذا لم يتسلم من هذا الأخير خلال مدة سريان خطاب الضمان طلباً بدفع قيمة الخطاب، إلا إذا تم الاتفاق بينهما صراحة قبل انتهاء مدته على تجديدها - ويجب أن يكون الطلب مكتوباً أو بشكل برقية أو تلکس كما يجب أن يتسلمها البنك قبل انتهاء مدة خطاب الضمان المنصوص عليها في الخطاب «م ٥/٢٣ من قواعد غرفة التجارة الدولية الخاصة بخطابات الضمان». فإذا ورد تلکس بالمطالبة من المستفيد قبل انتهاء ساعات عمل البنك فإن المطالبة تكون قد قدمت ضمن مدة سريان الخطاب. وبالتالي فإننا لسنا مع الرأي^(٣) الذي يقول بسريان مدة الخطاب لو وصل تلکس المطالبة إلى البنك بعد ساعات العمل ولكن ضمن مدة الخطاب. ذلك أننا نرى أن تحديد نهاية مدة خطاب الضمان بتاريخ محدد أي ضمن ساعات عمل ذلك اليوم اذ لا يعقل أن يرسل تلکس مطالبة بقيمة الخطاب قبل الساعة الثانية عشر ليلاً ليقال ان المطالبة قدمت ضمن المدة المحددة في الخطاب. فإذا صادف ان انتهت مدة خطاب الضمان في يوم عطلة رسمية فإن مدة الضمان تمتد إلى اليوم التالي بعد العطلة وذلك قياساً على تقديم الكمبيالة المستحقة للوفاء «م ٤٧٣ تجاري كويتي» وعلى ما جاء في المادة ١٧ مرافعات من أنه إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها.

١ - انظر: حكمها بالطعن رقم ١٠١٣ لسنة ٥٠ من جلسة ٣٠ ديسمبر ١٩٨٥ وفي الطعن رقم ٢٠٨٤ لسنة ٥٨ من جلسة ٨٩/٥/٢٩ غير منشور.

٢ - انظر في هذا المعنى: محمد حسني عباس - مرجع سابق ص ١٥٨/١٥٩.

٣ - انظر: علي جمال الدين/خطابات الضمان المصرفية/ ص ١٨٦.

وببقى في هذا الموضع أن نشير إلى أنه ليس معنى ما تضمنه نص المادة / ٣٨٢ من أن ضمان البنك يعمل إذا طلب منه المستفيد ذلك خلال المدة المعنية في الخطاب، ان خطاب الضمان يبطل إذا ورد خلوا من تعيين المدة التي يتعهد البنك خلالها. فهي - في هذا - كانت تشير فقط إلى الفرض الغالب في العمل، كما قصد بهذه الإشارة تنظيم العلاقة بين البنك والمستفيد، إذا ما أراد هذا الأخير الرجوع على الأول بقيمة الضمان محل الخطاب.

تجديد أو تمديد مدة خطاب الضمان :

رأينا فيما سبق أن الأصل في مدة خطاب الضمان أن تكون محدودة لا يجوز تعديلها بالزيادة أو النقصان فإذا انقضت هذه المدة دون المطالبة من المستفيد سقط التزام البنك في مواجهته وحق للعميل مطالبة البنك برد غطاء خطاب الضمان، فإذا أراد العميل استمرار العمل بخطاب الضمان لصالح المستفيد فإنه يجوز للبنك اصدار خطاب ضمان جديد للمستفيد وعن نفس العملية ولكنه يكون مستقلا عن الخطاب السابق^(١).

ومن جهة أخرى يجوز للأطراف ذات العلاقة ان تتفق على تمديد مدة خطاب الضمان وذلك في حالة عدم اكمال عقد المقاولة موضوع خطاب الضمان حيث يطلب المستفيد من العميل مد مدة خطاب الضمان لتغطي الفترة التي ينتهي عندها عقد المقاولة، وهنا يندجأ العميل إلى البنك طالبا منه التمديد قبل انتهاء مدة الضمان الاصلية وللبنك حرية قبول التمديد أو التجديد إلا إذا كان منصوصا عليها في العقد المبرم بين البنك والعميل عند طلب اصدار خطاب الضمان الاصيلي كما أن التمديد أو التجديد لا يمتان إلا بموافقة العميل على الرأي الراجح دون اعتداد بطلب المستفيد^(٢) اللهم إلا إذا ذكر في اصدار خطاب الضمان أن من حق المستفيد أن يطلب مباشرة من البنك امتداد سريان فترة خطاب الضمان دون الرجوع إلى العميل^(٣).

وعلى البنك في مثل هذه الحالة اخطار العميل بطلب التمديد أو التجديد والا كان مسؤولا عما يتحمله العميل من اضرار^(٤) وقد جاءت المادة ٣٨٦ تجاري كويتي مقننة ما استقر عليه الفقه في هذا الشأن حيث نصت على براءة ذمة البنك قبل المستفيد

١ - انظر: علي جمال الدين / خطابات الضمان المصرفية / ص ٦٩.

٢ - انظر: محي الدين اسماعيل / مرجع سابق / ص ٣٧٩ د. علي جمال الدين / عمليات البنوك من الوجهة القانونية / ص ٣٦٤.

٣ - انظر: رضا عبيد / مرجع سابق / ص ٦٦٨.

٤ - انظر: علي جمال الدين / خطابات الضمان المصرفية / ص ٧٦.

بالدفع إلا إذا اتفق صراحة قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها.

ويلاحظ على النص القانوني السابق انه لم يفرق بين التجديد والتمديد ذلك أن تمديد فترة خطاب الضمان يكون بطلب من العميل يوجهه إلى البنك للموافقة على مد مدة الضمان قبل انتهاء المدة الأصلية، أما التجديد فهو الطلب الذي يقدم للبنك بتجديد خطاب الضمان بعد انتهاء المدة الأصلية إلى مدة أخرى أي أن البنك في الحالة الأخيرة يصدر خطاباً جديداً برقم جديد وتاريخ جديد، ويكون للبنك فرصة أكبر في رفض تجديد الضمان المصرفي إذا رأى في اختلال أمور العميل المالية ما يتطلب اتخاذ جانب الحيطة والحذر^(١). وقد أوضح القضاء موقفه من امتداد مدة خطاب الضمان بقوله^(٢) بأنه ليس للبنك أن يستقل دون موافقة العميل بمد أجل خطاب الضمان للأجل الموقوت فيه والمتفق على تجديده مقدماً. ويسقط التزام البنك إذا لم تصل إليه مطالبة المستفيد بالدفع قبل حلول نهاية ذلك الأجل.

فاذا مد البنك أجل خطاب الضمان دون موافقة العميل بناء على رغبة المستفيد وحده فليس له بحسب الأصل الرجوع على العميل إذا وفي هو المستفيد^(٣) إلا إذا كان البنك عند تمديده مدة خطاب الضمان فضولياً تولى شأنًا عاجلاً للعميل بما يصلح أساساً لمطالبة العميل بالمبلغ الذي دفعه من جراء امتداد خطاب الضمان^(٤) على أساس الفضالة أو الاثراء بلا سبب حسب مقتضى الحال، وعلى ذلك فالمستفيد لا يلجأ إلى البنك لتمديد فترة سريان خطاب الضمان كأصل عام بل يلجأ إلى العميل الذي يوافقه على ذلك حسب ظروف العملية موضوع خطاب الضمان ومن ثم يطلب العميل من البنك تمديد مدة خطاب الضمان، فإن اتجه المستفيد للبنك بطلب مد فترة سريان فترة خطاب الضمان واستغرقت المراسلات بين الطرفين المدة الباقية للخطاب بحيث انتهت مدة الضمان قبل التوصل إلى حل متفق عليه بين الاطراف الثلاثة فإن الخاسر هو المستفيد إلا أن ما يحدث عملاً هو ان المستفيد يوجه طلباً إلى البنك قبل انتهاء فترة سريان خطاب الضمان يطلب منه تمديد فترة الخطاب أو الدفع فوراً. ومع ان الفقه^(٥)

١ - انظر: يعقوب صرخوه/ المرجع السابق/ ص ١٦٤.

٢ - انظر: احكام النقض المصرية: حق رقم ٩١١ سنة ٤٧ ق جلسة ١٢/٣١/١٩٧٩ س. ٣ عدد ٣ ص ٤٢٦ وطعن رقم ١٥٩ سنة ٤٦ ق جلسة ١١/٢/٨٠ وطعن رقم ١٣٤٢ سنة ٤٩ ق جلسة ٢٢/٢١/١٩٨٠ (مشار إليها). احمد حسني، ص ٢١٩.

٣ - انظر: علي جمال الدين/ الكفالة المصرفية في القانون الاردني ص ٢٩.

٤ - انظر: حكم النقض المصرية - طعن رقم ٥٦٢ سنة ٤٠ ق جلسة ١٨/٤/٧٠ س ٢٨ ص ٩٧٠

٥ - انظر: ملخص هذه الخلافات في: عمود الكيلاني - مرجع سابق ص ٢٧٠ وما بعدها.

اختلف في رسم الطريق الصواب امام البنك إلا أن محكمة النقض المصرية اعطت رأيا حاسما في الموضوع^(١)، بقولها ولا يسقط هذا الالتزام «التزام البنك بأداء مبلغ الضمان للمستفيد عند الطلب» إذا طالب المستفيد من البنك أثناء مدة سريان الخطاب بالوفاء أو مد أجل الخطاب، إذ لا يتصور أن يضار المستفيد لمجرد انه عرض امكانية انتظاره إذ امتد خطاب الضمان مدة اخرى والقول بغير ذلك من شأنه تبديد الطمأنينة التي يستهدفها نظام خطابات الضمان في التعامل، ومن ثم يكون سداد البنك في هذه الحالة وفاء صحيحا متى وصلت إليه مطالبة المستفيد خلال سريان مفعول خطاب الضمان ويرتب له حق الرجوع على عميله بقدر المبلغ المدفوع، حتى لو كان هذا الوفاء بعد انتهاء سريان الخطاب لأن العبرة في ذلك بتاريخ وصول المطالبة بالوفاء بصرف النظر عن تاريخ الوفاء ذاته.

ثالثا: الغرض من صدور الخطاب:

وأخيرا فقد أوردت المادة ٣٨٢ تجاري في عجزها ضرورة توضيح الغرض الذي صدر الخطاب من أجله.

وعندئذ يتبادر إلى الذهن - على الفور - تساؤلان: الأول: عما إذا لم يكن هذا الشرط يتعارض «أو يتناقض» مع مبدأ الكفاية الذاتية لخطاب الضمان وضرورة وروده مطلقا من كل قيد، واستقلالية التزام البنك تجاه المستفيد فيه عن كل من: علاقة العميل بالبنك وعلاقة العميل بالمستفيد، على ما سترى تفصيلا فيما بعد. والثاني ما هو الغرض الذي تغياه المشرع من ضرورة ادراج مثل هذا البيان في خطاب الضمان؟ فأما عن التساؤل الأول، فإن الفقه المصري يؤكد - بحق - أن الإشارة في خطاب الضمان إلى مصدر الدين الذي صدر الخطاب بمناسبته، لا يتعارض ومبدأ ضرورة كون خطاب الضمان مطلقا من كل قيد، مادام تعهد البنك لا يكون في الخطاب - مرتبطا بهذا المصدر، أي العملية التي بين العميل والمستفيد من خطاب الضمان^(٢). وهو يؤكد على هذا المعنى ولو ذكر في الخطاب «أنه يضمن تنفيذ عملية معينة»^(٣).

١ - انظر حكمها في الطعن رقم ١١٨٩ سنة ٤٩ من جلسة ٨٤/٢/١٣ - مشار اليه في علي جمال الدين / خطابات الضمان المصرفية/ ص ١٩٧ وحكمها بالطعن رقم ١٠١٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ٨٥/١٢/٣٠ مشار اليه في المرجع السابق ص ٧٤.

٢ - انظر: د. علي جمال الدين عوض (١٩٨١) ص/٤٨٦، ٤٨٧ بند/٤٨٤.

٣ - د. علي جمال الدين عوض (١٩٨١) ص/٤٨٩ بند/٤٨٧.

مجلة الحقوق

وأما بخصوص التساؤل الثاني، فنذكر بما سبق أن قلناه، من أن البعض يرى أن لبيان العملية المضمونة في الخطاب فائدته من حيث امكان القول بامتداد الخطاب الى وقت انتهائها. إذ يؤكد أنه: «إذا كانت العملية المضمونة مذكورة في الخطاب، امتد الضمان إلى وقت انتهائها، وظل قائما مادامت قائمة، متى كان هذا المعنى مفهوما من الخطاب»^(١).

لكن بصرف النظر عن الرأي في هذا الوجه من وجوه الاستفادة من بيان الغرض في خطاب الضمان، فإن المؤكد أن المشرع كان يقصد من ضرورة هذا البيان، ألا يكون للمستفيد أن يطالب بقيمة خطاب الضمان عن غرض آخر غير الغرض المحدد فيه^(٢) وقد جاء هذا النص منعاً للخلافات التي كانت تثور بين البنوك والمستفيدين الذين كانوا يحاولون الاستفادة من خطاب الضمان لأغراض أخرى غير تلك التي صدر الخطاب من أجلها، وهذا الاتجاه التشريعي يعتبر تطوراً في مجال تنظيم علاقات البنوك بعملائها والمستفيدين من خدماتها.

وهذا المعنى، أكدته محكمة الاستئناف العليا في الكويت، بحكمها، سابق الإشارة اليه والصادر في ١٩٨٩/١/٢٤^(٣). وقد جاء فيه أنه طالما توافر في الخطاب المنظور في الدعوى كافة خصائص خطاب الضمان، ترتبت عليه آثاره ومنها التزام البنك الفوري بدفع قيمة الخطاب للمستفيد بمجرد أن يتقدم الأخير بطلب القيمة خلال مدة الخطاب بصرف النظر عما إذا كان الغرض الذي صدر الخطاب من أجله^(٤) قد أنجز أم لا. ذلك أنه، وإن كانت المادة ٣٨٢ من قانون التجارة قد نصت على أن يتضمن خطاب الضمان توضيح الغرض الذي صدر من أجله، إلا أن ذلك لا يعني بأي حال أن البنك يضمن التنفيذ وإنما لضرورة ذلك البيان - أي توضيح الغرض - في تحديد علاقة المستفيد بالأمر، بحيث لا يجوز للمستفيد أن يطالب بقيمة خطاب الضمان استيفاء لحق ناشئ عن عملية أخرى، والا حق للأمر أن يرجع عليه بالقيمة التي صادرها. ولكن هذا شأن المستفيد والأمر وحدهما دون البنك الذي لا يضمن تعاملهما. وليس في نص المادة سالفه البيان ولا في قواعد خطاب الضمان ما يلزم البنك

١ - علي جمال الدين عوض (١٩٨١) ص ٤٩٠/ بند ٤٨٨.

٢ - أو وفق تعبير البعض: لأن التحديد الوارد بالخطاب مقصود به قصر وظيفته على ما ورد فيه د. علي جمال الدين عوض (١٩٨١) ص ٤٨٩/ بند ٤٨٧.

٣ - حكم غير منشور.

٤ - وكان - في الدعوى المنظورة. هو مقالة انشاء خمسة وثلاثين بنابة سكنية بالعراق.

بضمان تنفيذ المشروع أو الغرض الذي صدر الخطاب من أجله، لاستقلال التزامه عن التزامات الأطراف الأخرى. فإذا ما تضمن الخطاب ضمانا من هذا القبيل، أصبح التزام البنك تابعا لالتزام عميله، وأصبح الخطاب في حكم الكفالة. وإذا لم يتضمن الخطاب موضوع الدعوى ما يلزم البنك المستأنف عليه بأي ضمان لتنفيذ المشروع المبين فيه أو حسن التنفيذ أو أي ضمان آخر، فيكون النعي عليه بمخالفة شروط الخطاب بمقولة أنه كان عليه أن يتحقق من مخالفة الغرض الذي صدر الخطاب من أجله، على غير أساس في القانون.

وحين طعن في هذا الحكم بالتمييز تأسيسا على أن فهم نص المادة ٣٨٢/ على ضرورة اشتغال خطاب الضمان على الغرض الذي صدر من أجله بالمعنى الذي قصده الحكم، هو تخصيص للنص بغير مخصص إذ اعتبره المشرع بيانا جوهريا قصد منه أن يكون ضابطا يحكم أي تعامل يجري بشأنه. ولما كان البنك هو المدين الأصلي بالوفاء بالقيمة بمجرد تحقق شرط الوفاء، فإنه لا يقوم بصرف القيمة إلا بسبب يتصل بالغرض المبين بخطاب الضمان، رأت دائرة التمييز هذا النعي غير سديد، ومن ثم أيدت - بحكمها الصادر في ١٥/١/١٩٩٠^(١) - حكم الاستئناف/سابق الإشارة، أخذا بأسبابه.

المطلب الثاني

المبادئ التي يجب أن تعكسها بيانات خطاب الضمان «خصائص خطاب الضمان»

حصر هذه الخصائص:

وأيا كانت العبارات التي يصاغ بها الخطاب، إلا أن بياناته يجب أن تعكس مجموعة من المبادئ تشكل - في واقع الأمر - خصائص خطابات الضمان بالمعنى الفني وتخلع عليها طبيعتها الخاصة^(٢)، وتميزها من أنظمة الخدمة المصرفية الأخرى التي قد تقترب في الشبه منها وبالأخص نظام الكفالة.

وهذه المبادئ أو الخصائص، تتمثل في:

- ١ - استقلالية أو تجريد التزام البنك «أو ما يسمى بشرط الكفاية الذاتية للخطاب».
- ٢ - فورية استحقاق تعهد البنك.

١ - حكم غير منشور، وسابق الإشارة إليه.

٢ - راجع في وصف الضمان الذي تمنحه هذه الخطابات للمستفيدين بأنه ضمان من نوع خاص GAVALDA (C) ET STOUFFLET, op.cit p. 350 No. 711

٣ - شخصية الخطاب بالنسبة للمستفيد «عدم جواز تداوله»^(١).

وسوف نعرض لهذه الخصائص بالقدر الذي يقتضيه المقام، مرجئين تفاصيل أخرى فيها إلى موضع لاحق، حيث نعرض للعلاقات الثلاثية التي يستثيرها خطاب الضمان، حيث تؤثر هذه الخصائص - في واقع الأمر - في أحكام هذه العلاقات، وذلك منعا - ما أمكن للتكرار.

أولا: استقلالية، أو تجريد، التزام البنك وعدم قابليته للرجوع «أوما يسمى بشرط الكفاية الذاتية للخطاب».

ويقصد بهذه الخاصية أن التزام البنك في مواجهة المستفيد يقوم على استقلال، وذلك سواء عن العلاقة التي تربط البنك بالعميل أو تلك التي تربط العميل بالمستفيد.

ويعبر الفقه العربي عن هذا المعنى بالقول بأن التزام البنك في مواجهة المستفيد هو التزام مجرد عن سببه^(٢). ولا يختلف الفقه الفرنسي كثيرا عن هذا المعنى^(٣)؛ وإن كانوا يعبرون عن صفة التجريد هذه بشيء من الاستحياء، فيكتفون بالقول بأن هذه الخطابات تتضمن، من جانب البنك مصدرها، تعهدا بالدفع شبه مجرد Quassi abstrait أما التعهد الخاضع لشرط تنفيذ عقد الأساس «بين العميل والمستفيد» فإنه لا يشكل خطاب ضمان بالمعنى الدقيق^(٤) وفي القضاء الفرنسي، أكدت محكمة النقض الفرنسية - بدورها - أن نظرية السبب المنصوص عليها في المادة ١١٣١ مدني، لا مجال لإعمالها هنا^(٥).

وقد بلغت أهمية خاصية استقلالية تعهد البنك هذه، بمعناها السابق، في نظر بعض الشراح الفرنسيين، حتى أنه اعتبرها محور le Pivot أو قوام هذا النوع من

١ - وقد حرص القضاء الكويتي على تأكيد هذه الخصائص في بعض أحكامه فخطاب الضمان، عنده، هو تعهد شخصي نهائي، ينشأ في ذمة البنك التزاما مجردا وقطعيا (أي باتا) ومباشرا نحو المستفيد، بأداء قيمته له متى طلب ذلك خلال المدة المبينة فيه.

٢ - انظر مثلا: د. محمد حسني عباس، المرجع السابق ص/ ١٦٠.

٣ - انظر مثلا: GAVALDA (C) et STOUFFLET (J), op. cit. p. 350 No. 711.

٤ - انظر جافالدا وستوفليت، المرجع المشار إليه في الهامش السابق، وحكم نقض تجاري ٢٨/١/١٩٩٢ المشار إليه فيها في نفس الموضع.

٥ - انظر مثلا:

Cass (Com) 20.12.1982 D 1983-365, Cass:

(Com) 19.12.1991 cité par GAVALDA et STOUFFLET p 351 No. 713

الضمانات التي تقدمها البنوك^(١). كما يحرص الفقه والقضاء الفرنسيان أيضا على تأكيد ضرورة توافر هذه الخاصية كذلك في خطابات الضمان الدولية في معنى أنه يجب - في هذا النوع الأخير أيضا من خطابات الضمان - أن يكون التزام «أو تعهد» البنك ضامن الضامن، مستقلا سواء عن العلاقة بالضمان المباشر أو عن العلاقة بعقد الأساس^(٢). ويبرر الفقه الفرنسي هذه الخاصية، بالقول بأن المستفيد - في أمثال هذه الخطابات - إنما يريد أن يكون مضمونا بشكل مساو في فعاليته لما لو كان الأمر قد سلمه ودیعة ضمان^(٣).

وتعني هذه الاستقلالية - من وجه آخر - أن تعهد البنك هو تعهد نهائي، لا يقبل الرجوع فيه^(٤) (irrevocable).

ويتفرع على التزام البنك المجرد في مواجهة المستفيد واستقلالية هذا الالتزام، أنه لا يحق للبنك التمسك بالدفع التي للعميل في مواجهة المستفيد^(٥) لاستقلال التزام كل منهما فيظل التزام البنك بالدفع قائما وصحيحا حتى لو بطل اتفاق العميل مع

١ - فيقول هذا البعض:

"Le pivot de cette surrte est":

l'indpendance voulue de l'engagement bancaire à l'égard des autres rapports de droit"

LANGE (RIVES) et RAYNAUD (Contamine): Droit bancaire. D1102 5ed 1990.No. 744

٢ - انظر قول روبلو، أنه:

"Pareillement, la contre-garantie est une obligation autonome tant par rapport à la garantie de premier range que par rapport au contrat de base." ROBLLOT in Ripert (1992) op.cit p. 457 No. 2408.

وفي نفس المعنى:

Cass (Com) 13.12.1983 D 1984-420 et note Vasseur, 27.11. et 12.12.1984 et 52.1985 D 1985-269 et note Vasseur, j.c.p. 1985.2.20436 et note STOUFFLET, 20.11.1985 D 1986.213 et note VASEUR, j.c.p. 1986.1.3265 et obs. GAVALADA STOUFFLET, 6.2.1990 D 1990 - Som(Com) - 213 et obs. VASSEUR, Paris 28.6.1989 Rev. dr. Banc. 1990 - 48 et obs. RAYNAND (Contamine), D 1990 - Som(Com) 212 et obs VASSEUR

v: ANCEL (p): op. cit p. 214 No. 389 - ٣

٤ - انظر: حكم التمييز الكويتية في حكمها بالطعن رقم ٨٨/٨٩ مشار اليه سابقا.

وفي الفقه والقضاء الفرنسيين:

GAVALDA et STOUFFLET, op.cit. p. 350 No. 711, ROBLLOT in Ripert, OP.CIT. P. 455 No. 2408, cass (com): 8.12.1987, R.D.C. 1988-479 et obs. CABRILLAC et TEYSSIE, Rev. dr banc 1988-102 et obs. RAYNAUD (Contamine), B.D. 1988-26 et not MATTOUT, D 1988-som(Com) - 240 et obs VASSEUR,

GAVALDA et STOUFFLET op.cit. p.351 No. 713.

٥ - انظر في هذا المعنى:

(حيث يريا في ذلك ما يقرب خطاب الضمان من الاعتماد المستندي).

= ROBLLOT in RIPERT, op. cit. p.455 No 2408-3 ANCEL(p), op.cit p. 214 No. 390, Cass(com),

مجلة الحقوق

المستفيد^(١) أو تعرض للفسخ أو الانهاء^(٢) كما يلتزم البنك بالدفع ولو عارض العميل ذلك وحتى لو كانت قيمة مديونية العميل أقل من قيمة خطاب الضمان. فالبنك باصداره خطاب الضمان لا يضمن تنفيذ العميل لالتزامه في مواجهة المستفيد كما لا يتعهد بسداد دين المستفيد في ذمة العميل، ولذا فلا يعتبر البنك كفيلا للعميل يضم ذمته إلى ذمة هذا الأخير ويتعهد للدائن بالوفاء إذا عجز المدين عن الوفاء به، فالبنك في خطاب الضمان يلتزم بصفته أصيلا في مواجهة المستفيد لا بوصفه نائبا عن عميله وعليه فلا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة هذا المستفيد مع العميل أو إلى علاقة البنك مع هذا العميل كما ليس للعميل المعارضة في الوفاء لسبب مستمد من علاقته بالمستفيد^(٣).

بل انه تفريعا على هذه الخاصية ايضا، يؤكد الفقه والقضاء الفرنسيان، أن البنك لا يستطيع أن يدفع مطالبة المستفيد له، بأن الأمر قد نفذ التزاماته في عقد الأساس «مع المستفيد» تنفيذا كاملا ومن ثم أن ضمان البنك أصبح لا محل «أو لا موضوع» له (sans objet)^(٤)، ولا بسوء تنفيذ المستفيد نفسه لالتزاماته في مواجهة الأمر^(٥).

2.2.1988 D 198-som(com)-239 et obs. VASSEUR, et p. 274 et obs. AYNES, Rev. dr. banc. = 1988-133 et obs. RAYNAUD (Contamine), R.T.D.C. 1988-794 et obs. BANDRAC, Cass(Com) 20.12.1982 G P 1983-1-pam 110 et obs. PIEDELIEVRE, D 1983-365 (1er esp) et note VASSEUR, R.D.C. 1983-446 et obs. CABRILAC et TEYSSIE, B.D. 1986-87 et obs. LANGE (RIVES)

١ - في هذا المعنى :

ROBLOT in RIPERT op.cit p. 457 No. 2408, ANCEL (p), op.cit. p.214 No. 389, Cass(com) 20.12.1982 et 13.12.1983 précités

وحكم المحكمة الكلية في ٣٠/١٠/١٩٨٥، وعكمة الاستئناف العليا في ٢٤/١/١٩٨٩ سابق الإشارة اليها.

٢ - في هذا المعنى :

ROBLOT in RIPERT op.cit. p. 457 No. 24 of Paris 13.12.1987 D 1987-som(com)-172 et obs VASSEUR

٣ - انظر: حكم النقض المصرية - نقض مدني جلسة ٢٧/٥/٦٩ السنة ٢٠ ص ٨١١ وكذا حكمها في الطعن رقم ١٠٦ سنة ٣٧ ق و ١١ سنة ٤٠ ق جلسة ١٤/٣/٧٣ سنة ٢٣ ص ٤٠١ وحكم التمييز الكويتية بالطعن رقم ٧٧/١٥ تجاري جلسة ١٦/١/٨٠ مجموعة القواعد التي قررتها محكمة التمييز - الدائرة التجارية . . .

٤ - انظر مثلا:

ROBLOT in RIPERT op.cit. p. 457 No. 2408, ANCEL (p) op.cit p.214 No. 389, cass(com) 21.5.1985 D 1986-213 et note VASSEUR, G.P. 1985-2-770 et note PIEDELIEVRE.

٥ - في هذا المعنى : روبلو، الموضع المشار إليه في هامشنا السابق وانظر ايضا:

Paris 17.1.1983 j.c.p. 1983-2-1966 et note STOUFFLET.

كما يتفرع عليها أيضا، ألا يكون استحقاق المستفيد لقيمة خطاب الضمان مرتبطا بأي عنصر خارجي عن الخطاب^(١) فلا يكون للبنك تعليق دفع قيمة الخطاب على شرط أن يقدم المستفيد ما يثبت أن طلبه اقتضاء قيمة الخطاب قائم على أساس Bien fondé^(٢). بل إنه يلتزم بالاستجابة الفورية لطلب قيمة الخطاب من المستفيد، دون أن يؤخر ذلك إلى ما بعد اخطار الأمر بهذه المطالبة^(٣).

ويبقى - في هذا الموضع - أن نشير إلى أن ما يعرف بشرط التخفيض المتتالي «أو التدريجي» للضمان، (clause de reduction progressive de la garantie) بنسبة تقدم الأعمال «أو تبعا لسير تنفيذ الصفقة» محل الضمان، الذي يدرج أحيانا بخطابات الضمان الدولية، على ما سنعرض لها فيما بعد، ليس من شأنه - في نظر الفقه والقضاء الفرنسيين - اهدار الخاصية المستقلة لالتزام «أو لضمان» البنك. هذا الالتزام «أو الضمان» الذي يصفونه هنا بأنه ضمان مُنساب (Garantie glissante)^(٤).

استدراك:

على أن قولنا بأن البنك يلتزم التزاما مجردا في مواجهة المستفيد، لا ينفي أن تعهده الذي صدر بارادته المنفردة يمكن أن تحوطه اشتراطات معينة يضمنها البنك نص الخطاب. فيكون المرجع - عندئذ - إلى هذا النص في تحديد مدى التزام البنك تجاه المستفيد، ويكون على هذا الأخير - لاستحقاق المبلغ الوارد بخطاب الضمان - احترام هذه الشروط^(٥). ولذلك حرصنا في شرح معنى خاصية تجريد تعهد البنك واستقلاليتها،

٢،١ - في هذا المعنى:

GAVALDA et STOUFFLET op.cit. p. 351 No. 713, ANCEL (p) op.cit. p.214 No. 390.

والأحكام المشار إليها لدينا ص/٤٨ هامش/١.

وانظر أيضا: حكم التمييز الأردنية تمييز حقوق الطعن رقم ٨٩/١٠٣٨ مشار إليه سابقا.

٤،٣ - قارن - مع ذلك - جافلدا وستوفليه حيث يريان (في خطاب الضمان الدولي) - أن البنك (الضامن) يجب أن يخاطر الأمر بطلب المستفيد لقيمة خطاب الضمان، لكنه لا يمكنه - أصلا - أن يمتنع عن الاستجابة لهذا الطلب. المرجع السابق ص/٣٥١ بند/٧١٣.

٥ - راجع في هذا الشأن:

ROBLOT in RIPERT op.cit.p. 457 No. 2408 cass(com)5.12.1989 D 1990-som(com)-208 et obs. VASSEUR, Rev. dr.banc 1990-139 et obs RAYNAUD (contamine).

٦ - وفي هذا المعنى، جاء في حكم حديث لدائرة التمييز في ١٥/٦/١٩٩٢ أن خطاب الضمان وحده هو الذي يحدد التزامات البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها، بحيث لا يلتزم إلا في حدود عباراته، ولا يحق للمستفيد مطالبة البنك بقيمة خطاب الضمان إلا في ظل تحقق تلك الشروط (طعن رقم ٢٤/٩٢/٢) (غير منشور). وانظر أيضا حكمها في ١٥/١/١٩٩٠، حيث تقول أن التزام البنك... تحكمه الشروط التي تضمنها خطاب الضمان سابق الإشارة إليه.

على القول بوجوب ألا يكون استحقاق المستفيد لقيمة الخطاب مرتبطاً بأي عنصر خارجي عن خطاب الضمان^(١).

والحقيقة أنه يجب النظر إلى الشروط التي قد يتضمنها خطاب الضمان بحذر شديد: فبعضها قد لا ينال من خاصية تجريد تعهد البنك واستقلاليته، ويظل معها للخطاب كل خصائص خطاب الضمان بالمعنى الفني، فيما يمكن أن ينال بعضها الآخر من هذه الاستقلالية، وعندئذ يفقد الخطاب صفته كخطاب ضمان، ونكون - بالأولى - بصدد كفالة.

والمعيار الذي يمكن وضعه في هذا الصدد هو، ما إذا كان تحليل هذه الشروط يكشف عن أنها تجعل التزام البنك تابعا لالتزام المدين الأمر، فنكون بصدد كفالة، أم أنها لا تجعله كذلك، فلا تؤثر هذه الشروط في النظرة إلى الخطاب بحسابه خطاب ضمان بالمعنى الفني^(٢).

وقد دعانا إلى هذا الاستدراك الذي حرصنا على التعقيب به، ما هو ملاحظ في خطابات الضمان الدولية - على الأخص - من تضمنها في الكثير من الأحيان لشروط متنوعة، تتفاوت في مدى تأثيرها على استقلالية تعهد البنك ومدى انفصاله عن تنفيذ العقد الذي صدر خطاب الضمان لضمان تنفيذه. ولعل ذلك - كما أشرنا من قبل - هو الذي حدا بالفقه الفرنسي إلى الاكتفاء - في تحديد خصائص التزام البنك تجاه المستفيد في خطاب الضمان - بالقول بأنه التزام شبه مجرد *quasi abstrait*.

فيقول جافالدا وستوفليه «ان العمل - وربما تحت ضغط المتعاملين الدوليين الكبار - قد خفف من غلواء الخاصية الآلية لالتزام الضامن. فبدلاً من أن يتعهد تعهداً صرفاً (*pure et simple*)، أصبح يتعهد - في بعض الأحيان - بأن يدفع، عند أول طلب، هذا صحيح ولكن عند أول طلب مبرر *à premiere demande justifiée* أو عند أول طلب مدعوم بالمستندات *à premiere demande documentaire*^(٣). وقد فسر البعض الطلب المبرر في معنى أنه يجب على المستفيد أن يبين الأخطاء «أو أوجه التقصير» التي ارتكبها الأمر ولكن ليس عليه - مع ذلك - أن يثبت أن طلبه مبلغ

١ - انظر في هذا المعنى التحديدي أيضاً: د. علي جمال الدين عوض (١٩٨١) ص/٤٩١ بند/٤٨٨.
وانظر في فهم معنى شرط الكفاية الذاتية لخطاب الضمان بهذا المعنى أيضاً، حكم المحكمة التجارية الكلية في ١٩٨٥/١٠/٣٠ سابق الإشارة إليه.

٢ - في هذا المعنى أيضاً د. علي جمال الدين عوض (١٩٨١) ص/٥١٠ بند/٥٠٨.
٣ - GAVALDA et STOUFFLET, op.cit.p. 351 No. 713.

الضمان يقوم على أساس صحيح (bien fonde) ، كما فسر الطلب المدعوم بالمستندات في معنى أنه يجب على المستفيد أن يقدم ما يؤيد طلبه من المستندات مثل شهادات الخبرة^(١) ويبدو أن القضاء الفرنسي قد صحح هذه الشروط^(٢).

بل يشير بعض الشراح الفرنسيين في عبارات عامة لا يظهر فيها ما إذا كان يقصرها على خطابات الضمان الدولية أم لا، إن فكرة التعهد المجرد كتكليف للالتزام البنك لم تحظ إلا بالقليل من الأنصار، وأن الراجح هو أن تعهد البنك هو تعهد مسبب أو بسبب engagement causé ، وأنه يجد سببه هذا في اعتبار من عقد الأساس الواجب الإبرام، والمقدر - «أي هذا الاعتبار» - لحظة إعطاء هذا التعهد^(٣).

ثانيا: فورية استحقاق تعهد البنك: المقصود بهذه الخاصية، ومبررها:

يقصد بفورية استحقاق تعهد البنك كخاصية لخطاب الضمان بمعناه الفني الدقيق، أن تعهد البنك في هذا الخطاب لا يمكن أبدا أن يكون مؤجلا، بحيث لا يكون الخطاب مستحقا إلا في تاريخ لاحق لصدوره وإن كان لا يمنع - بداهة - كون الخطاب مستحقا فورا أن يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد منه^(٤).

١ - ROBLOT in RIPERT, op.cit.p. 456 No. 2408-2.

٢ - انظر - مثلا - فيما يتعلق بشرط الطلب المبرر:

Cass(Com) 19.2.1991 B.D. 1991-249 et obs LANG-RIVES, j.c.p. 1991-2-21670 et note VASSEUR-SEUR, j.c.p. 1982 et note STOUFFLET.

وقارن: Cass(Com) 19.2.1991 preclite: Paris 24.1.1984 D 1984 i.r.203 et obs. VASSEUR

Cass(com) 20.2.1985 cite par ROBLOT p.456 Paris 12.4.1988 D 1990-som (com) 201 et obs.

VASSEUR. وفي مصر، يرى د. علي جمال الدين عوض (١٩٨١ ص/٥١٠، ٥١١/بند/٥٠٨) أن الاشتراطات المرتبطة بمستندات أو أوراق يقدمها المستفيد إلى البنك عند مطالبته، لا تنفي عن تعهد البنك استقلاله مادام لا يكون للبنك - بمقتضى الخطاب - سلطة التحقق من صدق المستند، بل يكفي أن يكون صادقا في ظاهرة كي يستحق المستفيد مبلغ الضمان، ومادام لا يكون معها على المستفيد التدليل على صدق ما يدعيه فيها. أما إذا كان على هذا الأخير تقديم حكم قضائي أو قرار تحكيم في هذا المعنى المدعى كان تعهد البنك مجرد كفالة تابعة، لأن تحرك التزامه يكون عندئذ مرتبطا بثبوت مديونية المدين، أي لا يقوم استقلالا عنه.

٣ - L'engagement du banquier trouverait sa cause dans la consideration du contrat de base à conclure, appréciée au moment de la fourniture de cet engagement. ROBLOT in RIPERT.

MOATTI, Garantie: op.cit.p. 458 No. 2408-2. ومن هذا الرأي أيضا (في خصوص خطاب الضمان الدولي):

à premiere demande: autonomie de la contre-garantie. journot 1991 p. 38.

وانظر في عموم خاصية الاستقلالية هذه:

PRUM: L'autonomie des garanties à premiere demande thèse (dactyl) Montpellier 1992

٤ - في هذا المعنى: د. علي جمال الدين عوض (١٩٨١ ص/٥٠٣ هامش/١)

وقد أكد القضاء المصري هذا المعنى في بعض احكامه، مشيراً إلى أن تعهد البنك بدفع خطاب الضمان للمستفيد هو تعهد منجز، وأن التزامه يوجد بمجرد اصداره الخطاب^(١). ونفس المعنى، يستفاد أيضاً من مضمون حيثيات بعض احكام القضاء الكويتي^(٢).

والحقيقة أن هذه الفورية «خصيصة لازمة لوظيفة الخطاب»^(٣)، لأن الدائن «المستفيد» الذي يقبله يرضى به بدلاً من قبضه نقوداً فورية، فلزم من ذلك أن يكون من حقه أن يطلب وفاء الخطاب فور صدوره^(٤)، وإلا لكفى نفسه مؤونة اللجوء إلى هذا النظام اصلاً وطلب من متعاقده ما يمثل قيمة الخطاب منذ البداية نقداً.

مدى حرية المستفيد في استعجال المطالبة بقيمة خطاب الضمان :

لكن ما ذكرناه من خاصية الفورية، لا ينفي أنه من الناحية العملية، لا يطالب المستفيد، البنك، عادة، بوفاء خطاب الضمان الا متى قدر هو أن ظروف علاقته بعمله «المدين الأمر»، أو بعبارة أخرى ظروف تنفيذ عقد الأساس، تستدعي ذلك. ويدعوننا هذا الواقع العملي إلى الاستطراد النظري والتساؤل عما إذا كان حق المستفيد في المطالبة بقيمة خطاب الضمان في أي وقت بمجرد صدوره هو حق مطلق له؟

ذلك ما يراه بعض الشراح المصريين، مؤكداً أنه إذا طالب المستفيد بهذه القيمة فور صدور الخطاب فلا مسؤولية عليه أمام أحد^(٥). صحيح - هو يقول - أن المدين «عميله» قد يناقشه في تسرعه بطلب الوفاء، ولكن البنك ليس له أن يناقش ملائمة هذا الطلب، بل عليه أن يدفع فور الطلب، لأن هذا هو تعهده^(٦). أما في فرنسا - وحيث كشف العمل على حد تأكيد البعض أن المستفيدين أحياناً ما يحاولون الحصول على قيمة خطابات الضمان بطريقة تعسفية أو بطريق الغش^(٧) -

١ - انظر حكم طنطا الابتدائية في ١٩٥٢/١١/٣ استئناف ١٩٧٨/١١/٢٥ سابق الإشارة إليها.

٢ - انظر احكام المحكمة التجارية الكلية في ١٩٨٥/١٠/٣٠، ومحكمة الاستئناف العليا في ١٩٨٩/١/٢٤، وحكم دائرة التمييز في ١٩٩٠/١/١٥ سابق الإشارة إليها، وانظر أيضاً حكم تمييز ١٩٩٢/٦/١٥ في القضية رقم ٩٢/٢٤ تجاري ٢/ (غير منشور).

٣ - د. علي جمال الدين عوض (١٩٨١) ص ٥٠٣/بند ٥٠٠.

٧ - انظر في هذا المعنى، وفي تدليل عليه يستقي مما حدث في الصفقات المبرمة بين مشروعات المقاولات الفرنسية والمستفيدين (من خطابات الضمان) الإيرانية، على أثر ما أسماه بـ الثورة الإسلامية في إيران ROBLOT in RIPERT وANCEL (P) op.cit.p. 215 No. 391. : وانظر أيضاً (وان لم يعط نفس المثل) : op.cit.p. 456 No. 2408.

فقد أيدت بعض المحاكم موقف البنك الرافض الوفاء للمستفيد مادام هذا الرفض مبررا بثبوت الغش في جانب هذا الأخير^(١). كما سلمت محكمة النقض، في بعض أحكامها، بأن المطالبة بقيمة خطاب الضمان الظاهرة التعسف، يمكن كالغش تماما، أن تشكل سببا لرفض مقبول لدفع البنك هذه القيمة^(٢).

ويكون هناك تعسف ظاهر في نظر بعض الشراح - عندما يكون عدم احقية المستفيد في قيمة خطاب الضمان مستفادة من عقد الاساس بينه وبين عميله بطريقة لا جدال فيها بحيث أن تبين انعدام حقه أي سوء نيته، يستخلص من ذلك بالضرورة^(٣). وإن كان لا يلزم على حد تعبيره - أن يكون انعدام هذا الحق من الظهور حتى أنه يفقأ العين (crever les yeux)^(٤).

وقد طبق الفقه والقضاء الفرنسيان هذا الاتجاه الجديد على خطابات الضمان الدولية أيضا، واجازوا من ثم للبنك ضامن الضامن «أو الضامن غير المباشر» أن يتمتع عن الوفاء، لو أن البنك الضامن المباشر كان يعلم بالغش أو السلوك التدليسي من

١ - انظر مثلا Cass(com) 21.5.1985 j.c.p. 1986-2-20593 et obs STOUFFLET, 20.6.1987 j.c.p. 1987.2.20760 et note STOUFFLET, 5.2.1991 cit par GAVALDA et STOUFFLET p.352 No. 715, 11.12.1985 G.P. 1986 1-281 et note PIEDELIEVRE, j.c.p. 1986-2-20593 et note STOUFFLET, D1986-213 (2 esp) et note VASSEUR, 10.6.1986 G.P. 1987-175 et note PIEDELIEVRE, Rev. dr. banc 1987-18 et not RAYNAUD.

٢ - انظر مثلا Com 20.1.1987 j.c.p. 1987-2-20764 et note STOUFFLET (D 1987-som(com)-117 et obs VASSEUR, R.D.C. 1987-234 et 557 et obs. CABRILLAC et TEYSSIE, Paris 17.6.1987 D 1987-som(com)-245, cass(com) 21.5.1985 G.P. 1985-2-770 et note PIEDELIEVRE D 1986-214 (l. esp) et obs VASSEUR, CASS 18.12.1990 D 1991-som(com) 198 et obs VASSEUR.

٣ - ROBLOT in RIPERT op.cit.p. 458 No. 2408-3.

٤ - انظر:

GAVALDA et STOUFFLET op.cit.p. 352 No. 715.

وتطبق المحاكم ذلك - على الأخص - حين يثبت لها أن حق المستفيد - في عقد الأساس (والمضمون بخطاب الضمان) - يكون قد انقضى - انظر مثلا:

Paris 17.1.1983 j.c.p. 1983-2-1966 et note STOUFFLET, 25.5.1983-i.r.-484 et obs. VASSEUR, Bruxelles 6.4.1982 et Paris 12.2.1982 D 1982-504 et note VASSEUR, Paris 29.10.1982 G.P. 1983-1-29 et note MARCH, D 1983-i.r.-301 et obs VASSEUR.

ويشير إلى نفس المعنى أيضا:

ROBLOT in RIPERT 10 ed 1986 p. 379 No. 2408.

جانب المستفيد، اذ يعتبر الضامن المباشر، بطلبه الضمان من الضامن غير المباشر، في هذه الحالة متواطئا في هذا السلوك مع المستفيد^(١) (٢).

ونحن وان كنا نتفهم الاعتبارات التي أملت هذا الاتجاه الجديد، إلا أننا لا نستطيع أن نخفي تعارضه مع فكرة خطابات الضمان بمعناها الفني والمقصود في العمل. وقد لا نكون مبالغين كثيرا إذا قلنا أنه يخشى أن ينسف هذا النظام من أساسه^(٣).

ثالثا: شخصية اصدار الخطاب لمستفيد بعينه «خطاب الضمان شخصي للمستفيد»: يحرص البنك في خطاب الضمان الذي يوجهه إلى المستفيد على أن يتعهد بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين إلى شخص أو جهة معينة ولدى أول طلب منها وذلك بناء على طلب العميل الأمر من البنك عندما يتعاقد على فتح اعتماد بالضمان. وهذا الالتزام الفوري في مواجهة المستفيد يجد سنده فيما جاءت به المادة ٣٨٢ تجاري والتي لا تعلق الدفع من قبل البنك على أي شرط إذا جاء طلب الدفع من المستفيد خلال المدة المعينة في الخطاب.

وهذا يعني أن خطاب الضمان هو تعهد شخصي ونهائي^(٤) يصدر لصالح شخص معين أو جهة معينة فلا يجوز للمستفيد تظهيره إلى غيره خاصة وأنه لا يتضمن شرط الاذن وبالتالي لا يعتبر ورقة تجارية^(٥).

٢، ١ - انظر:

GAVALDA et STOUFFLET op.cit.p. 352 No. 716 ROBLOT in RIPERT op.cit.p. 458 No. 2408, Versailles 1.12.1988 D 1989-j-155, cass(com) 11.12.1985 D 1986-213 et note VASSEUR, J.c.p. 1986-2-20593 et note STOUFFLET, Paris 14.12.1987 D 1988-som(com)- 249 et obs VASSEUR.

وقارن:

Cass(com) 23.10.1990 D 1991-som(com)-197 et obs VASSEUR, 18.12.1990 R.J.D.A. 1991-215, 25.3.1991 D 1991-som(com) 202 et obs VASSEUR.

فثبوت العلم اذن يكفي (أو يفترض معه التواطؤ) دون حاجة لثبوت هذا التواطؤ، انظر في هذا المعنى: جافلدا وستوفليه الموضع المشار اليه في الهامش السابق.

٣- ولذلك لم يكن غريبا أن يحتفظ بعض الشراح الفرنسيين على هذه الاتجاهات الجديدة في خصوص خطابات الضمان الدولية، وبجهد لو عقدت اتفاقيات دولية لتنظيم هذا النوع من الخطابات على غرار ما حدث بشأن الاعتمادات المستندية، انظر:

ANCEL (p) op.cit.p. 215 No. 391.

٤ - انظر: حكم التمييز الكويتية في الطعن رقم ٨٩/٢١٥ تجاري مشار اليه سابقا.

٥ - في هذا المعنى د. علي جمال الدين عوض (١٩٨١) ص/٤٨٧ بند/٤٨٥

ولما كان خطاب الضمان يصدر باسم شخص معين فهو يمثل علاقة شخصية مباشرة فلا يجوز تداوله^(١). وبالتالي فليس له قيمة في ذاته^(٢) فلا يكون لمن يحوزه حق المطالبة بالوفاء بقيمته لمجرد حيازته له. فالبنك ملزم بتعهده بأن لا يدفع إلا للشخص المسمى في الخطاب أو لوكيله طبعاً. وكذا الحال إذا فقد الخطاب فان على البنك أن يعطى المستفيد بدل فاقد أو يدفع له ولا يحتاج في مواجهته بعدم تقديم الخطاب مادامت شروط الدفع متوفرة. وعلى العكس من ذلك يمتنع على البنك أن يدفع لمقدم خطاب الضمان لمجرد حيازته له إذا لم يكن هو الشخص المستفيد منه فعلاً^(٣).
ويتربط كذلك على حق المستفيد وحده في المطالبة بقيمة خطاب الضمان أنه لا يجوز لدائته الحجز على قيمة خطاب الضمان تحت يد البنك وذلك لأن المطالبة حق شخصي للمستفيد ترجع إلى تقديره الشخصي الذي لا يستطيع أحد أن يستعمله بدلا عنه أو يحجره على ذلك، وطالما بقيت قيمة الخطاب في البنك فهي ملك له إلى أن يتم صرفها للمستفيد وبالتالي يمتنع على دائني العميل كما يمتنع على دائني المستفيد الحجز عليها تحت يد البنك^(٤).

ويرى بعض الفقه أن من الآثار التي تترتب على تعهد البنك تعهداً قطعياً بالدفع لدى أول طلب من المستفيد دون قيد أو شرط، أنه لا يجوز التنازل عن خطاب الضمان لأي شخص آخر غير المستفيد ولا بأي طريق حتى ولو بالتبعية لعقد العملية الأساسية، وذلك للاعتبار الشخصي والثقة التي يضعها العميل بالمستفيد^(٥). إلا أن المشرع الكويتي في المادة ٣٨٤ تجاري خرج على هذه القاعدة فالزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله للمستفيد بالوفاء بالمبلغ الذي يطلبه هذا الأخير باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان مادام في حدود التزام البنك المبينة به، وكذلك الشأن بالنسبة للمتنازل إليه من المستفيد مادام أن البنك وافق على هذا التنازل دوننا حاجة إلى أن يكون هذا التنازل بشكل حوالة حق مدنية، لأن خطابات الضمان من أعمال البنوك التي يحكمها قواعد قانون التجارة فلا يسوغ تطبيق أحكام عليها لا

٢٠١ - في هذا المعنى د. علي جمال الدين عوض (١٩٨١) ص/٤٨٨ بند/٤٨٦

٣ - انظر: في هذا المعنى: علي جمال الدين عوض: الكفالة المصرفية في القانون الاردني - مشار اليه سابقاً، وكذا عمليات البنوك من الوجهة القانونية - المرجع السابق ص ٣٦٠

٤ - انظر: حكم التمييز الكويتية رقم ٨٩/٢١٥ تجاري جلسة ٩٠/١/٢٨ (غير منشور).

٥ - انظر: علي جمال الدين - عمليات البنوك ص/٣٦٠، (١٩٨١) ص/٤٨٨ بند ٤٨٥ غريب الجبال ص/١١٨، مراد منير ص/٣١٩.

تتفق مع الطبيعة القانونية لها^(١) ومن ثم نلاحظ أن المادة ٣٨٤ تجاري كويتي أجازت للمستفيد النزول عن حقه الناشئ عن خطاب الضمان وربطت ذلك بشرط واحد هو موافقة البنك على هذا التنازل دون اشتراط توافر عناصر حوالة الحق المدنية لتعارضها مع الطبيعة التجارية لخطابات الضمان.

ويقصد بذلك أن البنك هو الذي يملك اعطاء المستفيد حق التنازل عن الضمان لأن الأموال التي يمثلها خطاب الضمان قبل صرفه تكون ملكا له أي للبنك وهو الذي يتحمل نتيجة صرف قيمة خطاب الضمان للمستفيد في مواجهة العميل فلا شأن لهذه التصرفات على علاقة البنك بالعميل التي تبقى محكمة بعقد طلب خطاب الضمان^(٢).

هذا وتجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه^(٣) يرى خلاف ما أخذ به معظم الفقهاء^(٤) أن خطاب الضمان لا يمثل حقا ذا طابع شخصي للمستفيد فالحق يكون كذلك إذا كان متصلا بطبيعته بشخص الدائن فلا يمكن والحالة هذه أن ينزل عنه إلى شخص آخر كالحق في النفقة والحق في التعويض عن الضرر الأدبي. وفي القانون التجاري يكون شخص الشريك محل اعتبار الشركاء الآخرين في شركة الأشخاص. كما أن البنوك تبرم مع عملائها عقود القروض والاعتمادات المستندية وخطابات الضمان نظرا للاعتبارات التي تقدرها في شخصية العميل ومن ثم فإن شخصية المستفيد في خطاب الضمان ليست محل اعتبار البنك مصدر الخطاب بعكس العميل فشخصيته دائما محل اعتبار البنك لأن الغالب أن يصدر خطاب الضمان اما بغطاء مكشوف أو بغطاء لا يشكل الا نسبة بسيطة من قيمة خطاب الضمان وذلك نظرا للثقة التي يضعها البنك في عميله الأمر باصدار خطاب الضمان ومن ثم كان للاعتبار الشخصي الدور البارز في شخصية العميل لا شخصية المستفيد. ومع تقديرنا لهذا الرأي إلا أن نص القانون واضح في أن خطاب الضمان هو تعهد صادر من البنك لشخص أو جهة معينة ومن ثم كان في اصداره باسم المستفيد تنفيذ لأمر العميل الذي يرى في شخص هذا

١ - انظر: حكم التمييز الكويتية رقم ٨٩/٢١٥ تجاري سبقت الإشارة اليه.

٢ - انظر: د. سميحة القليوبي - الموجز في القانون التجاري المرجع السابق الجزء الثالث ص/٧٣.

٣ - انظر سميحة القليوبي - الموجز في القانون التجاري - المرجع السابق ص/٧٣ - رضا عبيد - المرجع السابق ٦٣٨.

٤ - انظر: محمد حسني عباس - المرجع السابق - ص/١٥. غريب الجبال - المرجع السابق ص/١١٨.

علي جمال الدين عوض - الكفالة المصرفية في القانون الاردني - مشار اليه سابقا - خطابات الضمان المصرفية - المرجع السابق ص/١٥٢ - عمليات البنوك من الوجهة القانونية المرجع السابق ص ٣٦٠ - محمود سمير الشراوي - المرجع السابق ص/٥٧٠ - محي الدين اسماعيل ص/٣٤١.

المستفيد ما يحقق له الغرض من خطاب الضمان. ولذا فالخطاب يصدر باسم شخص أو جهة معينة قابل للدفع دون قيد أو شرط بمجرد الاطلاع دون حقه بالتنازل عنه الا بموافقة البنك وذلك لأن البنك لازال هو مالك للمال الذي يمثل قيمة خطاب الضمان ولذا فتنازل المستفيد مرهون بموافقة البنك على هذا التنازل وفق ما يراه مناسبا.

هذا عن الفقه العربي، أما في الفقه الفرنسي، فقد أكد البعض أن العقود البنكية تقوم - في كل صورها - على الثقة المتبادلة، ومن ثم فانها تبرم على أساس من الاعتبار الشخصي. وقد فرعوا على ذلك عدم جواز نقلها للغير من قبل المستفيد منها مالم يوافق المتعاقد الآخر على ذلك^(١). ومثل هذا الفهم يعني، لو طبقناه على خطابات الضمان، وحيث لا عقد فيها بين البنوك والمستفيدين، أن المقصود بالاعتبار الشخصي فيها هو العميل «الأمر» وأن الذي يأخذ شخصية في الاعتبار هو البنك، وأن هذا الشخص يؤخذ في الاعتبار عند ابرام عقد الاعتماد بالضمان بين البنك والعميل، والاستطراد النظري يؤدي بنا إلى القول بأنه في مثل هذا التحليل، لا يتصور أن تكون موافقة البنك شرطا لتنازل المستفيد لغيره عن الحق في خطاب الضمان، لأن البنك لم يصدر الخطاب أصلا لشخص مستفيد بعينه. وواضح أن هذه النتيجة - التي تتفق وما نقول به بعض الاتجاهات في الفقه العربي على ما بيناه - تخالف ما ذهب اليه المشرع الكويتي، فيما يعني أن مشرعنا يبدو أنه ينظر إلى الاعتبار الشخصي وكأن المقصود به اعتبار شخص المستفيد نفسه.

وهكذا يسلم الكل بأن في خطابات الضمان اعتبار شخصي ما، لكن شخص من هو محل الاعتبار، وفي نظر من؟ هنا لا تجد اجابة واحدة. كما أن تسجيل بعض الشراح الفرنسيين للواقع العملي المتمثل في أن المستفيدين أحيانا ما يعمدون إلى طلب قيمة خطابات الضمان بطريقة تعسفية أو بطريق الغش، وتفريعههم على ذلك جواز امتناع البنوك، لهذا السبب، عن الوفاء لأمثال هؤلاء المستفيدين بقيمة خطابات الضمان، على ما بيناه في موضع سابق - انها يزيد فكرة الاعتبار الشخصي، في مجال خطابات الضمان، غموضا. اذ قد يكون معنى ما يقوله هؤلاء الشراح هو أن البنوك لم تكن قد أقامت وزنا أصلا أو منذ البداية إلا لشخص متعاقدها «العميل، الأمر المستقبل» ولم تتحرر شخصية المستفيد المستقبل، بما يتصور معه أن تفاجأ بغش أو تعسف من جانب هؤلاء المستفيدين.

على أنه أيا ما كان الرأي في هذه الخلافية، فنعيد التأكيد على ما نص عليه مشرعنا الكويتي من جواز تنازل المستفيد عن حقه في خطاب الضمان شريطة موافقة البنك على هذا التنازل.

لكن، يبقى التساؤل في قانوننا، عما إذا كان حق البنك في الموافقة على التنازل أو رفضه هو حق متروك لمطلق تقديره الشخصي؟

نطرح هذا التساؤل بمناسبة مالفت نظرنا من بعض أوجه الطعن التي تضمنتها مذكرة قدمها أحد الخصوم أمام القضاء الكويتي في إحدى الدعاوى، مما يفهم منه أن حق البنك في الموافقة على تنازل المستفيد عن خطاب الضمان ليس حقا مطلقا له، لأنه إن كان يخضع لتقديره - هذا صحيح - إلا أن موافقته تكون وفق معايير يتعين عليه مراعاتها، ومنها ما يوجهه حسن النية في المعاملات التجارية، والتزام شروط خطاب الضمان ذاته^(١). لكن وجهة النظر هذه لم تقرها محكمة الاستئناف العليا في الكويت، التي أكدت بحكمها الصادر في ١٩٨٩/١/٢٤ أن المشرع الكويتي قد أجاز هذا التنازل بصريح نص المادة /٣٨٤ من قانون التجارة على ذلك - ولم تشترط هذه المادة لصحته سوى موافقة البنك وحده، لما ارتآه المشرع من أن الاعتبار الشخصي قد يكون من الأمور التي يضعها البنك في تقديره عند اصدار خطاب الضمان.

المبحث الرابع

أنواع خطابات الضمان التي تصدرها البنوك

تتعدد أنواع خطابات الضمان بتعدد أنواع الاتفاقات التي تبرم بين العملاء والبنوك للوفاء بالحاجات العملية التي يتطلب فيها خطابات الضمان من العملاء الذين يلتجئون إلى البنوك التي يتعاملون معها لاصدار مثل هذه الخطابات المطلوبة، ونظرا لأن الحاجات العملية لخطابات الضمان لا تقع تحت حصر فإننا سنذكر أهم الحالات التي تصدر فيها خطابات الضمان مع تقسيمها لتسهيل دراستها وامكانية حصرها.

١ - ولما كان البنك قد وافق على تنازل المستفيد بالمخالفة لعبارات خطاب الضمان، وبالمخالفة لقواعد حسن النية في المعاملات، حيث تمت الموافقة على التنازل بعد يومين فقط من صدور الخطاب، ودون مراعاة التحديد الوارد فيه بقصر وظيفته على كفاية (عملية معينة)، فإن هذه الموافقة تعتبر مخالفة من البنك لشروط خطاب الضمان، ويكون رجوعه على الأمانة بخضم المبلغ من حسابها على غير سند من القانون، انظر أوجه الطعن التي تضمنها حكم محكمة الاستئناف العليا في ١٩٨٩/١/٢٤ سابق الإشارة اليه.

ولذا فإنه يمكن حصر أهم أنواع خطابات الضمان بتقسيمها من حيث اسلوب الوفاء بها ومن حيث الغرض الصادر من أجله خطاب الضمان ومن حيث مكان اقامة الأمر المستفيد.

المطلب الأول

أنواع خطابات الضمان من حيث اسلوب الوفاء بقيمتها

جاء في المادة ٣٨٢ تجاري كويتي أن خطاب الضمان تعهد يصدر من بنك بناء على طلب عميل له «الأمر» بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر «المستفيد» دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب. . . .
ومن ذلك يتضح أن خطاب الضمان يكون غير مشروط وواجب على البنك أن يدفعه بمجرد طلب المستفيد له، بشرط واحد هو أن يأتي طلب المستفيد خلال مدة سريان خطاب الضمان. فخطاب الضمان في هذه الحالة يسمى بالضمان المستقل، ويعتبر بدلا عن النقود التي تبقى تحت يد البنك كوديعة لصالح المستفيد. فتعهد البنك بدفع قيمة خطابات الضمان للغير يعتبر تعهدا منجزا وليس شرطيا وأن التزامه يوجد بمجرد اصدار خطاب الضمان ووصوله إلى علم المستفيد الا أن دين هذا الضمان لا يستحق للبنك في ذمة العميل إلا إذا طالبت الجهة الصادر إليها خطاب الضمان بقيمتها^(١) خلال مدة سريانه فهو مستقل عن عقد الأساس بين العميل والمستفيد كما يستقل عن عقد العميل مع البنك بفتح اعتماد خطاب الضمان. والشرط الوحيد الذي يلحقه هو أن يمارس المستفيد حقه خلال مدة معينة تبدأ مع بداية سريان خطاب الضمان - وبالطبع لا يمارس المستفيد حقه هذا إلا اذا كان لذلك مقتضى ولم ينفذ عقد الأساس بينه وبين العميل أو نفذه بشكل سيء دون المستوى المطلوب. وفي الحالتين ليس للبنك أن يتحقق من مدى التزام العميل جهة المستفيد والا لواجهت خطاب الضمان مشاكل وعراقيل تعيق الغرض المقصود منه. أما اذا اقترن خطاب الضمان بشروط معينة تتعلق بتنفيذ تعهد العميل للمستفيد أو حسن تنفيذه للعمل المتفق عليه بينهما بمعنى أن البنك لا يدفع إلا إذا ثبت اخلال العميل بالتزامه نحو المستفيد أو أن يرتبط التزام البنك بالدفع للمستفيد بضرورة تقديم مستندات له كقرار تحكيم أو حكم محكمة صادر على الأمر أو محضر خبرة يقرر عدم التنفيذ أو سوء التنفيذ أو تأخيره أو

١ - انظر: حكم محكمة الاستئناف القاهرة - الدائرة التاسعة التجارية ١٩٥٨/١١/٢٥ رقم ١٠٨٢ سنة ٧١ ق - موسوعة القضاء في المواد التجارية - مرجع سابق - ص ٥٢.

انذار عدلي موجه للعميل من المستفيد بعدم التنفيذ أو سؤئه أو التأخير فيه، فإننا لا نكون بصدد خطاب ضمان بالمعنى الصحيح. ونحن مع الرأي^(١) الذي لا يرى في صورة خطابات الضمان المشروطة خطابات ضمان بالمعنى الفني أو القانوني لها حيث أن التزام البنك فيها يكون مرتبطا بالتزام العميل وتابعا له وهو ما يتفق وعقد الكفالة دون خطاب الضمان الذي يمثل تعهدا قطعيا من جانب البنك للمستفيد بالدفع بلا قيد ولا شرط. ولذا فاعتبار خطاب الضمان المشروط نوعا من خطابات الضمان لا يتفق وصراحة النص القانوني «م ٣٨٢ تجاري كويتي».

ويقرب من هذه الصورة الاعتماد المستندي الذي يطلبه المصدرون من المشتري مقابل تقديم المستندات التي يطلبها هؤلاء المشترون من المصدريين ويذكرونها في عقد فتح الاعتماد المستندي مع البنك وعندها فإن البنك لا يدفع للمصدرين إلا بعد التأكد من هذه المستندات نوعا وكما، وفي مقابل ذلك يطلب المشترون خطابات ضمان من البائعين لضمان استلام البضاعة على النحو المتفق عليه بينهم في عقد البيع - وهنا نجد أن الاعتماد المستندي فتح لصالح المصدريين والبائعين والضمان المستندي فتح لصالح المشتريين أو المستوردين مما يوقع الطمأنينة في نفوس الطرفين خاصة إذا كانت الثقة بينهم مهزوزة، وعادة ما يشترط في الاعتماد المستندي وخطاب الضمان المصرفي على سريانهما في وقت واحد.

المطلب الثاني

خطابات الضمان من حيث الغرض أو الالتزام المضمون

يمكن تقسيم خطابات الضمان بحسب الغرض منها أو الالتزام المضمون إلى أنواع عدة منها:

أولاً: خطابات الضمان المتعلقة بالمناقصات أو المزايدات:

وهذا النوع من الخطابات أكثر شيوعاً في الحياة العملية و نادراً ما تجرى ممارسة عطاء بالمناقصة أو المزايدة دون أن تطلب الجهة صاحبة الشأن خطاب ضمان مصرفي أو كفالة مصرفية إما لضمان جدية مقدم العطاء أو لضمان التنفيذ وحسن الأداء.

١ - انظر: ما سبق شرحه في نهاية المبحث الأول من الفصل التمهيدي.

١ - خطاب الضمان الابتدائي أو المؤقت

Provisional Letter of Guarantee

وصورة ذلك أن تعلن جهة معينة حكومية أو غير حكومية عن رغبتها في طرح مناقصة أو مزايمة وتشترط أن تقرن العطاءات المقدمة من الجهات المعنية بتأمين نقدي بمثل نسبة مؤية من قيمة المناقصة تتراوح عادة في بعض البلدان ما بين ١ . ٢٪ من قيمة العطاء المقدم^(١) وقد تصل في بعض الاحيان إلى ١٠٪ من قيمة العطاء .

ونظرا للصعوبات التي يصادفها مقدموا العطاءات من جراء تقديم التأمينات النقدية فإنهم يلجأون إلى المصارف للحصول منها على كفالات مصرفية بقيمة التأمين المطلوب بشكل كفالة لصالح الجهة طارحة المناقصة بحيث تعطى الحق في سحب قيمة الكفالة دون قيد أو شرط دون التفات إلى اعتراض العميل وهي لذلك تعتبر ضمانا مصرفيا بغض النظر عن التسمية، فإذا ما نكل مقدم العطاء بشروط المناقصة وانسحب بدون مبرر فإن للجهة طارحة المناقصة الحق في الاستيلاء أو مصادرة قيمة الكفالة «الضمان المصرفي» وذلك لأن الفائدة من هذا الضمان هو تحقيق جدية مقدم العطاء وعدم تقديمه عطاءات كيدية لمجرد التشويش على المتقدمين الآخرين .

فإذا رسا المزاد أو المناقصة عليه فإنه إما أن يسترده ويقدم خطاب ضمان انتهائي لصالح تنفيذ موضوع المناقصة أو أن يكمل عليه بحيث يكون مجموع قيمة الخطابين معادلة لقيمة خطاب الضمان الانتهائي المطلوب لضمان حسن التنفيذ، أما إذا لم يرس عليه المزاد والمناقصة فإنه أي مقدم العطاء يسترد قيمة خطاب الضمان الذي قدمه كشرط من شروط الدخول في المناقصة، ولهذا الأسباب يسمى هذا الخطاب بخطاب الضمان المؤقت أو الابتدائي لأن مفعوله ينتهي إما بعدم رسو المزاد على مقدمه أو برسو المزاد عليه واسترداده أو التكملة عليه .

٢ - خطاب الضمان النهائي

Performance Guarantee

فإذا ما رسا المزاد أو المناقصة على مقدم العطاء فإنه يتقدم لتوقيع العقد مع الجهة طارحة المزاد والتي عادة ما تشترط عليه أن يقدم خطاب ضمان مصرفي لصالحها خلال فترة معينة قبل توقيع العقد، فإن عجز أو استنكف عن التوقيع صادرت الضمان

١ - انظر: محمود سمير الشرقاوي - المرجع السابق - ص/ ٥٦٦

المصرفي الابتدائي أو الكفالة المصرفية التي كان قد قدمها بالإضافة إلى امكانية ملاحظته عن أي ضرر يكون قد لحقها من جراء امتناعه عن التوقيع، فإذا سارت الأمور طبيعية فإنه يقدم خطاب ضمان مصرفي نهائي يمثل عادة نسبة مئوية من قيمة العقد وذلك لضمان بدء التنفيذ بحسن نية وعدم التأخير فيه أي انجاز المشروع في الوقت المتفق عليه والا تعرض إلى الغرامات التي يفرضها الشرط الجزائي الذي تتضمنه العقود غالباً فإذا عجز عن الوفاء بكل ذلك لجأت الجهة صاحبة المشروع إلى مصادرة قيمة خطاب الضمان المصرفي وليس للمتعاقد معها حق الاعتراض على ذلك ولكن له أن يرفع دعوى أمام القضاء يثبت فيها عدم أحقية مصادرة قيمة خطاب الضمان أو أن مصادرة قيمته لا تقوم على أساس من الواقع والقانون.

٣ - خطاب الضمان للدفع المقدم

Down Payment Letter of Guarantee

يحدث في العمل أن يطلب المتعاقد مع الجهة صاحبة المشروع أو طالبة التوريد مبلغاً من المال كدفعة مقدمة منها إليه لتساعده في تنفيذ التزامه نحوها سواء أكان هذا التزام انشاء أو توريد أو تصنيعاً وخاصة في العقود الكبيرة، وعادة ما توافق الجهات صاحبة المشاريع على ذلك إذ تقدم للمتعاقد دفعة أو دفعات مقدماً بنسبة معينة من قيمة العقد وذلك استثناء من الأصل الذي يفترض أن الدفع يكون بعد انجاز العمل ولضمان استرداد الدفعات المقدمة سلفاً فإن الجهة صاحبة المشروع تطلب في مقابل دفع هذه السلف خطاب ضمان مصرفي على أن تستقطع هذه السلف المقدمة من مستحقات العميل المتعاقد معها وحسب سير العمل.

وفي مقابل ذلك يجري تخفيض مبلغ خطاب الضمان بقدر هذه النسبة كذلك. وعادة ما يتم الاتفاق بين الاطراف بداية على هذه النسبة في خطاب الضمان وعلى أن تتم عملية التخصيص تلقائياً بقدر النسبة المستقطعة والمستحقات سداداً للدفعة المقدمة^(١). وتطلب البنوك في هذه الحالة من عملائها التنازل عن العملية الصادر بشأنها خطاب الضمان لصالحها حتى تضمن وصول الدفعات المقدمة سلفاً للعملاء وتراقب أوجه صرفها وضمان أن هذا الصرف يكون على العملية التي صدر خطاب الضمان من أجلها، وكذا متابعة تخفيض خطاب الضمان حسب تقدم سير العمل^(٢).

١ - انظر: علي جمال الدين : خطابات الضمان المصرفية - المرجع السابق ص/ ٢٦.

٢ - انظر: محمود سمير الشراوي - المرجع السابق ص/ ٥٦٧.

[illegible][illegible][illegible]

ရက်: နှစ်: နေ့: နံနက်: နံနက်: နံနက်:

وانسجاما مع رغبة المستورد في الاستلام فإنه يوافق على ذلك شريطة أن يقدم له المستورد خطاب ضمان مصرفي بقيمة البضاعة التي يمكن معرفتها من قائمة الشراء التي تصاحب البضاعة عادة أو من صور سند الشحن التي تكون قد وصلت بالفاكس من الجهة المصدرة أو من أي مستند آخر بحيث يكون هذا الخطاب صالحا لمدة معينة . وعادة ما تكون ما بين ٣ - ٦ أشهر على أبعد تقدير حيث يتمكن المستوردون من الحصول على أصل سند الشحن ومن ثم يقدمه للوكيل البحري الذي يفرج عن خطاب الضمان بعد ذلك ، وبالعكس ذلك فإن قيمة خطاب الضمان يمكن أن تصبح ملكا للوكيل البحري / الشركة الناقلة بناء على طلبها اذا لم تصلها المستندات المطلوبة خلال المدة المحددة .

ويمكن أن يستبدل خطاب الضمان المصرفي في مثل هذه الحالات بتعهد شخصي من المستورد اذا كان مليئا وموثوقا به من جانب الوكيل البحري فاذا أدخل بالتزامه فإنه يتعرض للمساءلة القضائية كما يتعرض الوكيل البحري للمطالبة بقيمة البضاعة المفرج عنها بضمان غير موثوق به ، وهناك العديد من المشاكل التي ثارت في موانئ الخليج والتي نجمت عن تسليم البضاعة للمرسل اليهم دون ضمانات كافية مما أوقع الشركات الملاحية في مأزق قانونية كان عليها الا تقع فيها لو أصرت على أن تقدم لها ضمانات مصرفية بقيمة البضاعة المفرج عنها بالغة ما بلغت قيمتها .

رابعا : خطابات الضمان المهنية :

تتطلب بعض الجهات الحكومية ممن يتعاملون معها تقديم ضمانات نقدية أو مصرفية كشرط من شروط مزاولتهم للمهن التي يتعاملون بها مع الجهات الحكومية وذلك ضمانا لعدم انحراف هؤلاء المهنيين عن جادة الصواب في عملهم أو لضمان ما قد يستحق عليهم من تعويض للغير .

ونذكر من بين هؤلاء المهنيين :

١ - المخلصون الجمركيون :

الذين تتطلب المادة الرابعة من نظام المخلصين الجمركيين الصادر بالقرار الوزاري رقم ٧٦/٥٠ ايداع كفالة نقدية أو مصرفية لدى ادارة الجمارك قيمتها الف دينار عند منح الترخيص لمكتب التخليص الجمركي ذاته وخمسمائة دينار عن كل مخلص تابع له فإذا كان المخلص منفردا فعليه ايداع كفالة نقدية أو مصرفية لدى ادارة الجمارك قيمتها الف دينار . وما لاشك فيه أن خطاب الضمان المصرفي يقوم مقام الكفالة النقدية فكلاهما يمثل وديعة نقدية تحت يد ادارة الجمارك الا أن تطور النظام المصرفي والعلاقات

التجارية أصبح يحتم اللجوء الى الوسائل المتطورة التي تعمل على عدم تجميد الأموال في خزانة الجمارك من جهة وإلى توفير عنصر الضمان المطلوب من جهة أخرى.

٢ - وكلاء الشركات الملاحية :

وحرصاً من المشرع الوطني على مصلحة المستوردين المحليين وتسهيلاً عليهم في مقاضاة الناقل البحري الذي يسلم البضاعة مصابة بتلف أو ناقصة ولعدم وجود مكان له في الكويت، قضت المادة ٣٩/٢ من قانون التجارة البحرية رقم ٢٨ لسنة ١٩٨٠ على أن على الوكيل البحري ايداع أحد البنوك الكويتية وديعة نقدية أو كفالة مصرفية لضمان تنفيذ الأحكام القضائية التي تصدر على موكله كما أضافت الفقرة الثالثة من المادة نفسها بأن يصدر قرار من وزير المواصلات بعد أخذ رأي المؤسسة العامة للموانئ بتنظيم سجل وكلاء السفن وتحديد قيمة الوديعة أو الكفالة الواجب ايداعها، أي أنه يشترط لقيّد الوكيل البحري في سجل الوكلاء أن يودع الكفالة النقدية أو المصرفية المطلوبة والتي صدر قرار وزير المواصلات رقم ٢٨٢ لسنة ١٩٨٠ بتاريخ ١٩٨١/١/٤ بتحديد قيمة هذه الوديعة النقدية التي يجب على الوكيل ايداعها في أحد البنوك الكويتية لحساب وزارة المواصلات بمبلغ ستين ألف دينار أو كفالة مصرفية بهذه القيمة وذلك لضمان تنفيذ الأحكام القضائية التي تصدر على موكله أي على الناقل البحري في الدعاوي الناشئة عن أعمال النقل البحري^(١).

فاذا لم يقدم الوكيل الملاحى وديعة نقدية أو ضماناً مصرفياً بمبلغ ستين ألف دينار لحساب وزارة المواصلات فإنه لا يسجل ابتداءً في سجل الوكلاء وإذا كان مسجلاً ولم يقدم الضمان شطب اسمه من سجل الوكلاء.

٣ - شركات التأمين :

فلا تمنح شركة التأمين اجازة لمزاولة اعمال التأمين إلا بعد استكمال اجراءات التسجيل وفق احكام قانون الشركات «م ٦ من قانون شركات ووكلاء التأمين رقم ٢٤ لسنة ١٩٦١» كما توجب المادة السابعة من نفس القانون على كل شركة تأمين أن تودع في أحد البنوك الكويتية أو في فرع بنك أجنبي موجود في الكويت وديعة كضمان لقيامها

١ - انظر: محكمة الاستئناف العليا في الكويت دائرة التمييز في الطعن بالتمييز المقيد بالجدول برقم ٢٥٠/١٩٨٥ تجاري (غير منشور).

وانظر د. يعقوب صرخوه - الوسيط في شرح القانون البحري الكويتي دراسة مقارنة - الكويت ١٩٨٨ الطبعة الثانية ص/٢٤١.

بالتزاماتها وهذه الوديعة تكون بأشكال متعددة فقد تكون نقودا أو كفالة مصرفية من بنك معتمد بموافقة وزير المالية وما لا شك فيه أن خطاب الضمان المصرفي يقوم مقام الوديعة النقدية وأنه يحقق الفوائد المرجوة من الوديعة النقدية أو الكفالة المصرفية بل أنه أقوى وأشد وطأة على المدين من الكفالة المصرفية.

٤ - الضمانات التي تطلب من الوسيط في سوق الكويت للأوراق المالية :

الوسطاء هم عماد حركة تداول الأوراق المالية أي سوق البورصة، فعمليات البيع والشراء تتم بواسطتهم ولذا نجد التشريعات المتعلقة بتداول الأوراق المالية تنظم عملهم وتضع كثيرا من القيود عليهم حتى لا ينحرفوا بمهنتهم انحرافا ضارا بالمصلحة العامة^(١) وقد صدرت مراسيم ولوائح متعددة لتنظيم سوق الأوراق المالية في الكويت خاصة بعد أزمة سوق المناخ في أوائل الثمانينات ومن ذلك المرسوم الصادر في ١٤ أغسطس ١٩٨٣ لتنظيم سوق الكويت للأوراق المالية استجابة لما جاءت به المادة ٣٢٥ من قانون التجارة الكويتي كما صدرت لائحة داخلية لسوق الكويت للأوراق المالية في ٧ نوفمبر ١٩٨٣ - ثم صدر مرسوم بشأن ادراج الوسطاء ومعاونيهم في سوق الكويت للأوراق المالية بتاريخ ٨ أغسطس ١٩٨٤ فكان هذا المرسوم وما جاء في اللائحة الداخلية التي وضعت تنفيذا للمرسوم الصادر بتنظيم سوق الكويت للأوراق المالية محددين للأطر التي يعمل ضمنها الوسيط في سوق الكويت للأوراق المالية.

وما يهنا في هذا المقام هو ما جاءت به المادة ٩ من المرسوم بادراج الوسطاء والمادة ٢٨ من اللائحة الداخلية من أن على شركة الوساطة أن تقدم كفالة مصرفية سارية المفعول وفقا لما تقرره لجنة السوق، ويجب أن تبقى قيمة هذه الكفالة كاملة فاذا نقصت لأي سبب فعلى الوسيط اكتمالها خلال مهلة تحددها لجنة السوق ويجوز للجنة أن توقف الوسيط عن العمل خلال تلك المهلة وتضع المادة ١٠ من المرسوم بادراج الوسطاء والمادة ٣٠ من اللائحة الداخلية جزاء يترتب على الوسيط اذا لم يكمل النقص في الكفالة المصرفية التي تحددها لجنة السوق اذا طرأت ظروف سببت نقصها ويتمثل هذا الجزاء في شطب اسمه من سجل الوسطاء.

وطبقا لما ذكرنا فان النص وان كان يتكلم عن الكفالة المصرفية الا أنها عادة تكون غير مقيدة بأي شرط مما يحيلها إلى خطاب ضمان مصرفي أكثر منها كفالة.

١ - انظر: د. يعقوب صرخو: العقود التجارية في القانون التجاري الكويتي رقم ٦٨ لسنة ٨٠ طبعة أولى - الكويت ٨٦ ص/٤٤٠.

خامساً: خطابات الضمان المقدمة لتوقي الحجز على السفن:

عالج المشرع الكويتي في الفرع الأول من الفصل الخامس من قانون التجارة الحجز التحفظي على السفينة أي منعها من السفر بأمر من السلطة القضائية المختصة بناء على طلب الدائن الذي لم يتهيأ له بعد الحصول على سند تنفيذي بدينه متى خشي ارتفاع السفينة وفقدان ضمانه. والحجز التحفظي على السفن كثير الوقوع في العمل وخاصة بالنسبة للسفن الاجنبية وقد انيطت سلطة اصدار أوامر الحجز التحفظي لقاضي الأمور الوقفية بالمحكمة الكلية نظراً لخطورة الأثر المترتب على الحجز، ولكن لما كان من أهم أهداف الحجز التحفظي على السفن هو الحصول على كفالة لضمان الدين فقد نصت المادة ٧٦ تجارة بحرية على رفع الحجز اذا قدم المحجوز عليه كفالة أو ضماناً آخر يكفي للوفاء بالدين^(١) وحتى لو تم حجز السفينة حجزاً استحقاقياً فإن لقاضي الأمور الوقفية أن يأذن لواضع اليد عليها باستغلالها مدة الحجز اذا قدم ضماناً كافياً أو أن ينظم ادارتها فترة الحجز بالطريقة التي يراها، وهذا الاتجاه القانوني يأخذ في الاعتبار أن السفينة تمثل ثروة عائمة متحركة فلا يجوز تعطيلها مدة الحجز لأن تقديم الضمان المصرفي يحقق الأغراض المطلوبة من الحجز.

وإلى جانب هذه الأنواع من خطابات الضمان توجد أنواع أخرى تفرضها الضرورات العملية وذلك:

كخطابات الضمان التي يودعها أصحاب المدارس الخاصة لحساب وزارة التربية/ ادارة التعليم الخاص لضمان جدية عمل هذه المدارس ولتسديد ما يترتب عليها من التزامات تجاه العاملين فيها، كما أن وزارة العمل والشؤون الاجتماعية قد فرضت على أرباب العمل تقديم ضمانات مصرفية تستخدمها إذا عجزوا عن الوفاء بالتزاماتهم نحو مستخدميهم.

المطلب الثالث

أنواع خطابات الضمان من حيث مكان اقامة الأمر أو المستفيد

لم تعد العلاقات التجارية محصورة ضمن حدود جغرافية معينة بل تعدتها لتشمل جميع بلدان العالم خاصة مع انتشار وسائل الاتصالات والمواصلات.

١ - انظر المذكرة الايضاحية لقانون التجارة البحرية الكويتي رقم ٢٨ لسنة ١٩٨٠.

ولذا فإن خطابات الضمان المصرفية تتنوع بتنوع أماكن إقامة العميل الأمر والمستفيد فإذا كان كلاهما يقيم في الكويت مثلاً فإن خطاب الضمان المصرفي يسمى خطاب ضمان محلي يصدر من بنك محلي لصالح المستفيد بناء على طلب الأمر، كما هو الشأن في العديد من الحالات التي يشترط فيها تقديم خطابات ضمان مصرفية، لكن الأمور في الواقع لا تقتصر على العلاقات الداخلية بل قد ترغب شركة أو شخص غير مقيم في الكويت تقديم عطاء لمناقصة أو مزايدة تتطلب شروطها أن يقدم خطاب ضمان مصرفي بمبلغ معين، وهنا يلجأ إلى مصرفه في الخارج يطلب منه إصدار مثل هذا الضمان. ولأن ملاءة هذا المصرف غير معروفة للجهة التي طلبت الضمان فإن مصرف العميل الخارجي يطلب من أحد البنوك المحلية في الكويت مشاركته التوقيع على خطاب الضمان أو إذا كان بينهما علاقات مصرفية يطلب البنك الأجنبي من البنك الكويتي إصدار خطاب ضمان مصرفي لصالح الجهة التي سيقدم لها باسم عميله غير المقيم في الكويت، ويسمى مثل هذا الخطاب خطاب ضمان خارجي أو دولي^(١) ويمكن - في هذا المثال - أن نقول للبنك الكويتي الذي أصدر خطاب الضمان مباشرة للمستفيد الكويتي بالضامن المباشر - ويقول له الفرنسيون: Garant ويصفون ضمانه بأنه Garantie de premier rang فيما نقول للبنك الأجنبي الذي طلب من البنك

١ - لمزيد من التفاصيل في خطابات الضمان الدولية راجع:

GAVALDA(c) et STOUFFLET (j): La lettre de garantie internationale. R.T.D. 1980 p.1. ets, DOMM: les garanties bancaire dans le commerce internationale. Berne 1986, STOUFFLET (j): la garantie bancaire à premiere demande, J.D.I. 1987-265, RAYNAUD (contamine): les rapports entre la garantie à premiere demand et le contrat de base en droit français in Melange ROBLOT, L.G.D.J. P. 413, SIMLER: les solutions de rechange au cautionnement: j.c.p. 1990-1-3427, BILLAU: la delegation de créance. L.G.D.J. 1989: POULLET: Les garanties contractuelles dans le commerce international, Droit et pratique du commerce international 1979-387, GAVALDA et STOUFFLET: Droit des garanties bancaires dans les contrats internationaux (colloque de Tours 1980-1981) BONTOUx: Les garanties bancaires dans le commerce international. B.D. 1982-171, POULLET: L'abstraction de la garantie bancaire automatique, Thèse Louvain 1982, LANGE (RIVES): Existe-il en droit français des engagements abstrait pris par le banquier? B.D. 1985-902, STOUFFLET: Les garanties independantes et le rôle des banques. B.D. 1987-11: HANNOUN: Réflexions sur la distinction de la fraude et de l'abus dans les garanties à premiere demande, Rev. dr. banc. 1988-187, SIMLER: A propos des garanties autonomes de droit interne souscrites par des personnes physiques. j.c.p. ed.E 1991-1-90.

الكويتي اصدار هذا الخطاب بضامن الضامن» ويقول له الفرنسيون contregarant وكذا الحال لو أراد مواطن كويتي أن يقدم عطاء لمناقصة خارجية تتطلب اصدار خطاب ضمان فإنه يلجأ إلى أحد البنوك الكويتية التي تصدر له خطاب الضمان وتطلب من أحد البنوك في الخارج «في بلد المناقصة» مشاركتها في التوقيع عليه أو أن يصدر خطاب الضمان ابتداء نيابة عنه مقابل شروط معينة ومعروفة بين البنوك.

وبالتالي نكون امام خطاب ضمان دولي صادر من الكويت في الحالة الثانية، وخطاب ضمان مصرفي وارد للكويت في الحالة الأولى تبعا لمكان اقامة كل من العميل والمستفيد.

ويرد الفقه الفرنسي ظهور هذا النوع من الخطابات في فرنسا إلى نحو عام ١٩٧٠، حيث خلقها العمل تحت التأثير الانجلو امريكي وضغط المشتريين «أو المستوردين» في سوق دولية تسودها منافسة بالغة القوة^(١). وظهورها كان على الاخص - بمناسبة صفقات أو عقود المقاولات الدولية التي تبرم بما يعرف بنظام «تسليم مفتاح»^(٢).

ولما كان حسن تنفيذ هذا النوع من الخطابات مهما من أجل سمعة البنوك الوطنية^(٣)، فقد كفل القضاء الفرنسي لهذه الخطابات قوة تنفيذ خطيرة^(٤).

وقد يسبق اصدار هذه الخطابات عدة عقود ضمان^(٥)، يحرص الفقه الفرنسي على

١ - GAVALDA et STOUFFLET, op.cit.p. 349, No. 710 et V: aussi: ROBLOT in RIPERT op.cit.p. 454 No. 2408-3..

٢ - انظر: ANCEL (P) op.cit.p. 213 et 214 No. 369. وانظر في الصفقات التي تبرم هذا النظام: د. محمد شكري سرور: التأمين ضد الاخطار التكنولوجية، الناشر دار الفكر العربي ١٩٨٧ خاصة الصفحات من ٢٨ - ٣٠ بند/١٥، ص/٥٤ - ٥٥ بند/٤٧، ص/٧٢ - ٧٤ بند/٦٨ - ٦٩.

٣ - ROBLOT in RIPERT op.cit.p. 455 No. 2408-3

٤ - lui a donné une force d'exécution inquiétante اشار لذلك: جافالدا وستوفليه المرجع السابق ص/٣٥٠ بند/١٠

٥ - مثل: عقد: la grantie de soumission (أي عقد ضمان جدية تلقي العرض)، وهو يضمن جدية المقاول (أو المورد) في تلقي عرض الصفقة (موضوع عقد الاساس) من قبل المستفيد المستقبل، ومن ثم تغطية خطر قطع المفاوضات - بشأنها، وعقد:

la grantie de restitution d'acompte

(أو عقد ضمان رد الدفعات المقدمة) ويقصد به رد المقاول الأجنبي للدفعات المدفوعة مقدما (أو على حساب) له، في حالة عدم تنفيذ الصفقة أو سوء تنفيذها.

التنبية إلى ضرورة عدم الخلط بين الضمان في هذه الخطابات والضمان في العقود السابقة عليها^(١).

وتثبت لهذا النوع من الخطابات ذات الخصائص التي تميز خطابات الضمان بوجه عام، على ما سبق أن بيناه. ولذلك يؤكد الفقه والقضاء الفرنسيان على استقلالية وتجريد التزام البنك «الضامن المباشر»، وعلى عدم امكان الاحتجاج على المستفيد بأي دفع من الدفع يستمد من عقد الاساس المبرم بين المقاول والمورد، وبين رب العمل أو المستورد. صحيح أن البنك «الضامن المباشر» يجب، في هذا النوع من الخطابات أن يخطر عميله «البنك ضامن الضامن، أو الضامن غير المباشر» بطلب المستفيد مصادرة قيمة خطاب الضمان، إلا أنه لا يستطيع مع ذلك أن يمتنع عن الاستجابة لهذا الطلب، اللهم الا فقط في حالي الغش أو التعسف، الاستثنائيتين، من جانب المستفيد^(٢).

ولا يرى الفقه الفرنسي، في الشرط الذي قد يقترن بهذا النوع من الخطابات احيانا والذي يقال له «شرط التخفيض المتتابع» أو التدريجي» للضمان بنسبة تقدم سير الصفقة» ما يهدر خاصية الاستقلالية لضمان البنك. هذا الضمان الذي يطلقون عليه في هذا الفرض «الضمان المنساب»^(٣). la garantie glissante

ويرتبط ضامن الضامن contregarant «وهو بنك دولة الأمر» بالضامن المباشر garant de premier rang «وهو بنك دولة المستفيد» في حدود تقيد الأخير بالتعليقات التي كان الأول قد اعطاها له. وللبنك، الضامن المباشر، اذا ما اضطر إلى الوفاء بقيمة الضمان للمستفيد بناءً على طلب الأخير، أن يرجع على عميله «البنك ضامن الضامن» مادام قد تقيد بهذه التعليقات^(٤).

١ - انظر في هذا التنبية، وفي هذه العقود: جافالدا وستوفليه، المرجع السابق ص/ ٣٥٠ بند/ ٧١٢ روبلو (في ريبير) المرجع السابق ص/ ٤٥٥ بند/ ٢٤٠٨ - ٣.

٢ - راجع في ذلك وفي عموم خصائص هذا النوع من الخطابات، وحدود الدفع التي يمكن للبنك أن يدفع بها ضد المستفيد: جافالدا وستوفليه البنود ٧١١، ٧١٣، ٧١٥ روبلو (في ريبير) بند/ ٢٤٠٨ الصفحات من ٤٥٥ - ٤٥٨، اسنيل، المرجع السابق البنود ٣٩٠، ٣٩١.

٣ - راجع روبلو (في ريبير) المرجع السابق ص/ ٤٥٧ بند/ ٢٤٠٨ - ٢.

٤ - راجع، في تفاصيل العلاقة بين البنك ضامن الضامن والبنك الضامن وحدود رجوع الأول على الثاني اذا ما أوفى للمستفيد.

Roblot in ripert op.cit.p. 428 No. 2408 - 3 Gavalda et.

Stoufflet op.cit.p.351 No. 713 et No. 716,

Ancel op. cit.p. 215 No. 391.

الفصل الثاني
أحكام خطاب الضمان

تقسيم:

نوزع الدراسة في هذا الفصل على أربعة مباحث علم النحو التالي:

المبحث الأول

العلاقات التي يستثيرها خطاب الضمان والالتزامات الناشئة عنها

تقسيم:

تنشأ عن خطاب الضمان أو بسببه علاقات ثلاثية^(١) هي علاقة العميل مع البنك وعلاقة المستفيد مع البنك. وأما علاقة المستفيد بالعميل فانها لا تنشأ عن الخطاب ذاته وإنما ينشأ الخطاب بسببها فهي علاقة سابقة لوجودها على وجود خطاب الضمان ولذا نعالج هذه العلاقات والالتزامات الناشئة عنها في مطالب ثلاثة^(٢) على النحو التالي:

المطلب الأول

العلاقة بين العميل والبنك والالتزامات الناشئة عنها

يحكم هذه العلاقة ويحدد الالتزامات الناشئة عنها عقد الاعتماد بالضمان^(٣) أو عقد الاعتماد بالتوقيع^(٤) وتبدأ هذه العلاقة بطلب يقدمه العميل إلى البنك لإصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد بمبلغ معين أو قابل للتعين، مع ذكر الغرض الذي صدر الخطاب من أجله، ومدة صلاحيته. كما يتضمن هذا الخطاب أمراً بالدفع للمستفيد بلا قيد ولا شرط «م ٣٨٢ قانون تجاري» ومعنى ذلك أنه يتضمن تصريحاً للبنك بالدفع

١ - انظر: G. Ripert: op.cite p. 144 No. 2385 وراجع في العمليات القانونية الثلاث - Lurreumet-Les Opéra- tions juridiques à trois Personnes thèse Bordeaux 1968 Teyssie (B) les groupes de Contrats, Paris 1975.

٢ - أما علاقة البنك ضامن الضامن بالبنك الضامن المباشر، في خطابات الضمان الدولية، فنحيل فيها إلى المراجع المشار إليها لدينا ص/٧٦ هامش ١.

٣ - انظر علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك - المرجع السابق، ص/٣٦٧.

٤ - انظر علي جمال الدين عوض خطابات الضمان المصرفية المرجع السابق ص/٩٠.

لدى أول طلب يتلقاه من المستفيد دون حاجة إلى موافقة العميل بل رغم معارضته^(١) والبنك غير ملزم بإبرام عقد الاعتماد بالضمان مع العميل الذي يطلب خطاب الضمان للوفاء بحاجاته العملية اذا لم يكن بين البنك والعميل علاقة سابقة، أما إذا كانت بينهما مثل هذه العلاقة وكانت ظروف اصدار خطاب الضمان مناسبة للبنك فإنه يلتزم بالموافقة على اصدار خطاب الضمان، فاذا تباطأ أو تأخر لأي سبب من الأسباب نجم عنه ضرر للعميل كان مسؤولاً مسؤولية عقدية أو تقصيرية حسب مقتضى الأحوال^(٢).

فاذا صدر خطاب الضمان حسب طلب العميل لصالح المستفيد أصبح البنك دائناً للعميل بقيمة خطاب الضمان والعمولة المتفق عليها والمصاريف والفوائد اذا لم يكن للخطاب غطاء «أي مكشوف»، فان كان له غطاء فالبنك دائن بالعمولة والمصاريف والفوائد فقط^(٣) ولذا يحرص البنك على أن يحصل من العميل على تعهد بسداد كل المبالغ التي دفعها البنك للمستفيد وما يخصه العميل من غطاء لهذا الغرض، ومع أن تعهد العميل بالدفع يكون منجزاً ومحدد المقدار فلا يمكن اعتباره سنداً لأمر بالمبلغ محل التعهد لأنه لا يتضمن شرط الأمر ولم يجز العرف على تداوله وبالتالي فلا يعتبر ورقة تجارية^(٤) كما يحرص البنك على أن يأخذ شخصية العميل في الاعتبار من حيث ملاءته ومكانته التجارية ومدى وفائه بالتزاماته مما يدفعه أحياناً إلى اصدار خطابات ضمان لصالحه على المكشوف^(٥) وكلما تقاضى البنك غطاء كاملاً لخطاب الضمان كانت مراعاة الاعتبار الشخصي أقل لزوماً^(٦).

وعادة تصدر البنوك خطابات الضمان بالشروط التي يطلبها العميل وهذه الشروط هي نفس الشروط المتفق عليها بين العميل والمستفيد، مما يجعل الصلة الفعلية قائمة بين العلاقات التي تربط بين اطراف خطاب الضمان، وان كانت الالتزامات القانونية الناشئة عن كل منها مستقلة عن بعضها، كما تضمن البنوك خطابات الضمان بيانات ضرورية تلازم كل خطاب حيث يذكر فيها اسم العميل واسم المستفيد والعملية موضوع علاقتهما وتعهد البنك بدفع مبلغ معين لدى أول طلب من المستفيد رغم أية معارضة تصدر عن العميل حتى تاريخ معين.

١ - انظر: محمود سمير الشرقاوي/ المرجع السابق ص/ ٥٦٩ محي الدين اسماعيل/ المرجع السابق ص/ ٣٣٨.

٢ - انظر: علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية المرجع السابق، ص ٩٠، ٩١.

٣ - انظر: رضا عبيد، المرجع السابق - ص/ ٦٣٩.

٤ - انظر: محي الدين اسماعيل - ص ٣٣٩ المرجع السابق.

٥ - انظر: يعقوب صرخوه - عمليات البنوك من الوجهة القانونية المرجع السابق: ص/ ١٥٩.

٦ - انظر: محي الدين اسماعيل - المرجع السابق - ص/ ٣٣٩.

وفي مقابل الالتزامات التي يلتزم بها العميل من الوفاء بقيمة خطاب الضمان والعمولة والمصاريف والفوائد اذا سحب المستفيد قيمة الضمان فإن البنك يلتزم بدفع قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد المذكور اسمه في خطاب الضمان وفي حدود المبلغ الوارد في خطاب الضمان كذلك، بغض النظر عن أن مديونية العميل للمستفيد تزيد أو تنقص عن هذا المبلغ، اذ يبقى التزام البنك بالدفع ساري المفعول منذ تاريخ وصوله إلى علم المستفيد وحتى تاريخ انتهاء مدة صلاحيته. وهذا الدفع الذي يقوم به البنك بناء على طلب المستفيد يقوم به بوصفه ملتزماً أصيلاً في مواجهة المستفيد لا نائباً عن العميل، فإذا قام بصرف مبلغ الضمان فليس للعميل أن يتحدى بوجوب اعذاره قبل صرف مبلغ التعويض المبين في خطاب الضمان^(١) ومع ذلك فإننا مع الرأي^(٢) الذي لا يرى مانعاً من ضرورة اخطار العميل قبل الدفع دون ان يترتب على هذا الاخطار وقف الدفع أو الاعتداد بمعارضة العميل^(٣) وذلك حتى يتمكن العميل من اظهار ما قد يكون لديه من دليل مخالصة بينه وبين المستفيد يرى ذمته من دين الضمان.

أخيراً فإن البنك يلتزم في مواجهة العميل برد قيمة غطاء خطاب الضمان له إذا انتهت مدة خطاب الضمان دون مطالبة من المستفيد، وبذا يسترد العميل قيمة الغطاء وتصفى المراكز القانونية والمالية التي نشأت عن عقد فتح اعتماد خطاب الضمان.

هذا وفي خطابات الضمان الدولية، بدورها، يرجع الضامن المباشر على ضامن الضامن بما دفعه للمستفيد، مادام الأول قد تقيّد بالتعليمات التي اعطاها له الثاني عندما طلب منه اصدار خطاب الضمان للمستفيد، ولا يستطيع ضامن الضامن أن يمنع رجوع الضامن المباشر عليه بمقولة أن هذا الأخير قد استجاب لطلب المستفيد حين أن هذا الطلب لم يكن قائماً على أساس، لا يستطيع ذلك لأن الضامن المباشر لم يكن يستطيع، هو نفسه أن يتمسك ضد المستفيد بمثل هذا الدفع^(٤).

١ - انظر: محكمة النقض المصرية - طعن رقم ٣٧ سنة ٢٩ من جلسة ١٤/٥/٦٤ ص/٦٩١ والطعن رقم ٤١٤ سنة

٢١ من جلسة ١٥/٤/٥٤ مع ٥٢ عاما بند ص/٢٢٠

٢ - انظر: محمود سمير الشراوي - المرجع السابق - ص/٢٧٠

محي الدين اسماعيل - ص/٣٥١ المرجع السابق.

٣ - راجع ماسبق أن أشرنا اليه من أنه في خطابات الضمان الدولية يكون على الضامن المباشر اخطار ضامن الضامن بطلب المستفيد مصادرة قيمة خطاب الضمان، لكن ليس بإمكانه أن يمتنع من تنفيذ هذا الطلب، سابقاً ص/٧٤

٤ - انظر في هذا المعنى:

ROBLOT (in RIPERT) op.cit.p. 458 No. 2408-3 ANCEL(P) op.cit.p.215 No. 390.

المطلب الثاني

العلاقة بين البنك والمستفيد والالتزامات الناشئة عنها

الأصل أنه لا توجد علاقة بين البنك والمستفيد، وإنما تبدأ العلاقة بين العميل والمستفيد بموجب عقد الأساس الذي يربط بينهما. ومن شروطه أن يقوم العميل بوضع تأمين نقدي لصالح المستفيد ضماناً لتنفيذ عقد الأساس أو حسن تنفيذه. إلا أن الممارسة المصرفية ابتدعت خطابات الضمان المصرفية والتي تقوم مقام التأمين النقدي. ومن ثم فإن العميل يلجأ للبنك طالبا منه اصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد ويتعهد فيه خطيا بالوفاء بقيمة المبلغ المذكور في الخطاب خلال مدة سريانه دون قيد أو شرط ورغم اعتراض العميل على هذا الوفاء. ومن ثم فإن خطاب الضمان هو الذي يحكم العلاقة الناشئة بين البنك والمستفيد.

ويقوم البنك باخطار المستفيد بخطاب الضمان، فإذا لم يرفض الخطاب في وقت معقول كان ذلك دليلاً على قبوله له^(١) ومن هذا التاريخ ينشأ للمستفيد حق على قيمة خطاب الضمان، شرط أن يصل الخطاب إلى علم المستفيد. فإذا لم يصل كان للبنك حق الرجوع فيه^(٢) كما تنشأ علاقة بينه وبين البنك إلا أنها علاقة منفصلة عن علاقة البنك بالعميل أو علاقة العميل بالمستفيد ومن ثم فلا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالأمير أو علاقة الأمر بالمستفيد «م ٣٨٥ تجاري كويتي» لأن من خصائص خطاب الضمان أن ينشئ بذاته في ذمة البنك التزاماً أصلياً ومباشراً بأداء قيمته للمستفيد متى طلب ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب. والحكم التشريعي المتقدم يجد له صدى فيما ذهب اليه القضاء الكويتي^(٣) بقوله ان علاقة المستفيد بالبنك يحكمها خطاب الضمان وحده فهو الذي يحدد التزامات البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها بحيث لا يلتزم إلا في حدود عبارته، فإذا نص خطاب الضمان على شروط معينة لا مكان لمطالبة البنك وجب احترام هذه الشروط ولا يحق

١ - انظر: محي الدين اسماعيل - مرجع سابق - ص/٣٤١

٢ - انظر: حكم النقض المصرية - نقض ٨٥/١٢/٣٠ مجموعة النقض في خمس سنوات (٨٠ - ٨٥ ص/٦٦ رقم ٨).

٣ - انظر: محكمة الاستئناف العليا في الكويت - دائرة التمييز جلسة ٨١/٦/١٠ طعن بالتمييز رقم ٨١/٣٣ تجاري - مجلة القضاء والقانون اكتوبر ١٩٨٣ ص/١٥٧ وحكم تمييز في ٩٢/٦/١٥ (تجاري ٢) طعن رقم ٩٢/٢٤ (غير منشور).

للمستفيد مطالبة البنك بقيمة خطاب الضمان الا في ظل تحقق تلك الشروط^(١)، وقوله^(٢) ان خطاب الضمان هو تعهد شخصي نهائي ينشئ بذاته في ذمة البنك التزاما اصيلا مجردا ومباشرا بأداء قيمته للمستفيد متى طلب ذلك خلال المدة المبينة فيه . وهو التزام يقوم على استقلال عن كل من العلاقة بين البنك وبين العميل وتلك التي بين الأخير والمستفيد . فالالتزام البنك يظل صحيحا ولو بطل اتفاق العميل معه^(٣)، كما يبقى التزامه قائما ولو عارض العميل وفاء البنك للمستفيد حتى ولو كانت مديونية العميل للمستفيد أقل من المبلغ المحدد في خطاب الضمان وما ذلك الا لأن التزام البنك في مواجهة المستفيد مجرد عن علاقة العميل بالمستفيد^(٤) وإذا كان الأصل أنه لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الناشئ عن خطاب الضمان باعتباره حقا شخصيا ولا يجوز لدائنه استعمال حقه الثابت فيه الأمر الذي دفع البعض^(٥) إلى القول بأن علاقة البنك بالمستفيد تقوم على الاعتبار الشخصي بينما هي غير ذلك في الواقع اذ سيستوي لدى البنك أن يكون المستفيد أي شخص يعينه أو يسميه العميل ومن ثم يصدر خطاب الضمان لصالحه . ثم ان قانون التجارة الكويتي في المادة ٣٨٤ منه قد أجازت استثناء للمستفيد أن ينزل عن حقه الناشئ عن خطاب الضمان اذا وافق البنك على ذلك، وقد طبق القضاء الكويتي ذلك في أحد احكامه الحديثة^(٦) حيث أفاد بأن البنك يلتزم بمجرد اصدار خطاب الضمان ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطلبه هذا الأخير باعتباره حقا له يحكمه خطاب الضمان مادام في حدود التزام البنك المبينة به وكذلك الشأن بالنسبة للمتنازل اليه من المستفيد مادام ان البنك قد وافق على هذا التنازل حسب نص المادة ٣٨٤ تجاري كما أشار إلى أن خطابات الضمان من اعمال البنوك التي

١ - في هذا المعنى ايضا:

ROBLOT in RIPERT op.cit.p. 456 No. 2408.

٢ - انظر: محكمة الاستئناف العليا - دائرة التمييز تجاري/٣ جلسة ٩٠/١/١٥ طعن بالتمييز رقم ٨٩/٨٨ (غير منشور) وحكمها بجلسة ٩٠/١/٢٨ طعن بالتمييز رقم ١٩٨٩/٢١٥ (غير منشور).

٣ - أو تعرض للفسخ أو الانهاء، انظر في هذا المعنى : روبلو (في ريبير) المرجع السابق ص/٥٧ بند/٢٤٠٨ والاحكام القضائية العديدة المشار اليها.

٤ - انظر: حكم المحكمة الكلية - مستأنف مستعجل في القضية رقم ٨٨/٨٠١ مشار اليه سابقا.

٥ - انظر: الآراء التي قبلت في شخصية خطاب الضمان ما سبق ص/٥٧ وانظر ايضا حكم محكمة الاستئناف العليا في ٨٩/١/٢٤ سابق الإشارة اليه حيث عللت اشتراط المشرع موافقة البنك وحده على تنازل المستفيد عن خطاب الضمان لغيره بقولها: لما ارتأه المشرع من أن الاعتبار الشخصي قد يكون من الأمور التي يضعها البنك في تقديره عند اصدار الخطاب.

٦ - انظر: حكم الاستئناف/ دائرة التمييز في الكويت بالطعن رقم ٨٩/٨٨ سبقت الإشارة اليه.

تحكمها قواعد قانون التجارة ومن ثم لا يسوغ أن تطبق في شأنها قواعد القانون المدني الخاصة بالحالة أو أية أحكام أخرى لا تتفق مع الطبيعة القانونية لخطابات الضمان .
فعلاقة البنك بالمستفيد هي اذن علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل ويلتزم البنك بمجرد اصداره خطاب الضمان ووصوله إلى المستفيد أن يدفع المبلغ المحدد به لدى طلب المستفيد باعتباره حقاً له بموجب خطاب الضمان ، فإذا كان للعميل اعتراض على ذلك فما عليه الا أن يقدم شكواه إلى القضاء بعد ذلك ، على أنه غير مدين للعميل أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل المستفيد عليه من البنك^(١) هذه الأصالة في التزام البنك نحو المستفيد تجعلها منبئة الصلة مع علاقة البنك بالعميل من جهة وعلاقة العميل بالمستفيد من جهة أخرى .

ويترتب على ذلك أن خطاب الضمان يتميز عن عقد الكفالة مدنية كانت أم تجارية ذلك أن عقد الكفالة يتطلب أن يكون التزام الكفيل تابعا لالتزام المكفول أو يتحدى الكفيل بكل الدفع التي للمكفول في مواجهة الدائن ، كما له أن يطلب تجريد المدين من امواله قبل التنفيذ عليه اذا كانت الكفالة مدنية ، بينما نجد أن البنك في خطاب الضمان يلزم بالدفع للمستفيد لدى الطلب ودون قيد أو شرط وعلى ذلك فلا حاجة للبنك لاختار العميل قبل أن يدفع للمستفيد^(٢) كما لا يجوز للمصرف أن يتمسك بأي دفع للعميل في مواجهة المستفيد^(٣) كما ليس للعميل معارضة الوفاء للمستفيد^(٤) ، ويتحدد التزام المصرف نهائيا بالعبارات الواردة في خطاب الضمان الذي يصبح نهائيا بمجرد وصوله إلى علم المستفيد^(٥) كما يترتب على اصالة التزام البنك نحو المستفيد واستقلاله عن علاقات الأطراف الأخرى ان العميل لا يستطيع المطالبة بقيمة الضمان . ويقول القضاء الكويتي في أحد أحكامه في هذا الشأن^(٦) أن التزام البنك نحو

١ - انظر: في هذا المعنى أحكام النقض المصرية - طعن رقم ٢٩٤ سنة ٣٥ ق جلسة ٢٧/٥/٦٩ س ٢٠ ص/٨١١ الطعن رقم ١٠٦ سنة ٣٧ ق و ١١ سنة ٤٠ ق جلسة ١٤/٣/٧٣ س ٢٣ ص/٤٠١ ، الطعن رقم ١٣٤٢ ٤٩ ق جلسة ٢٢/١٢/٨٠ (منشور في قضاء النقض التجاري - ص/٢١٩) .

٢ - انظر: حكم النقض المصرية طعن رقم ٣٧٠ سنة ٢٩ ق جلسة ١٤/٥/٦٤ س ١٥ ص/٦٩١ .
٣ - في هذا المعنى : GAVALDA (C) ET STOUFFLET (J) op.cit.p.351 No. 713, Roblot (in RIPERT) : op.cit.p. 455 No. 2408-3, ANCEL (P) op.cit.p.214 No. 390.

٤ - في هذا المعنى :
ANCEL (P) op.cit.p.215 No391

٥ - انظر: غريب الجمال - مرجع سابق ص/١٢١
٦ - انظر: حكم الاستئناف العليا في الكويت / دائرة التمييز - طعن التمييز رقم ٨٩/٢١٥ تجاري - مشار اليه سابقا .

المستفيد يقوم على استقلال عن كل من العلاقة بين البنك والعميل وتلك التي بين الأخير والمستفيد، وصدر خطاب الضمان بناء على طلب العميل لا ينشئ له حقا على قيمته لأن البنك لا يتعهد بأدائها له وإنما بضمانه في حدودها. كما لا تمثل حقا للعميل لدى المستفيد بما تعتبر معه المبالغ التي يمثلها الخطاب اموالا مملوكة للبنك إلى أن يتم صرفها للمستفيد. ومن ثم فإن العميل لا يستطيع المطالبة بها ولا يجوز لدائنه توقيع الحجز عليها تحت يد البنك أو لدى المستفيد ولا تدخل ذمة الأخير المالية الا اذا طلبها هو شخصيا في حدود التزام البنك وشروطه المبينة في الخطاب. ومن ثم فلا يجوز لدائن المستفيد الحجز على قيمة الضمان طالما لم تدخل في ذمته المالية بعد، أما إذا ثار خلاف بين المستفيد والعميل وأراد هذا الأخير الحجز على مقابل خطاب الضمان تحت يد البنك فقد ذهب رأى نؤيده إلى عدم جواز الحجز في مثل هذه الحالة وذلك لأن قيمة خطاب الضمان لم تنتقل من ذمة البنك المالية إلى ذمة العميل فلا زالت المبالغ المذكورة في خطاب الضمان ملكا للبنك طالما لم يسحبها المستفيد ومن ثم فلا يعقل أن تتوقع الشر قبل وقوعه ونحجز على هذه الأموال باعتبارها ملكا للمستفيد على فرض أنه طلب سحبها من البنك. بينما يرى رأي آخر^(١) جواز حجز العميل على قيمة الخطاب تحت يد البنك إذا ثارت مشاكل بينه وبين المستفيد وهو رأي منتقد في نظرنا إذ أن الاخذ به يعطل الغرض الذي وجد خطاب الضمان من أجله ويفتح المجال على مصراعيه للمنازعات بين الأمر والمستفيد. هذا وإذا كان حق المستفيد على قيمة خطاب الضمان حقا مستقلا ومباشرا ترتفع يد العميل عنه بمجرد صدور خطاب الضمان لصالح المستفيد ووصوله إلى علمه إلا أنه يجوز تعديل خطاب الضمان باتفاق الأطراف الثلاثة: البنك والمستفيد والعميل^(٢) ويرى رأي آخر أن خطاب الضمان يجوز تعديله بالإرادة المنفردة اذا كان في هذا التعديل زيادة في التزام طالبه.

هذا وتجدر الاشارة إلى القواعد الموحدة لطلب الضمانات والكفالات التي وضعتها^(٣) غرفة التجارة الدولية عام ١٩٨٦ Uniform Rules For Demand Guarantees/ And Bonds حيث نصت المادة الخامسة منها على أن المستفيد لا يمكنه الاستفادة من العلاقات التعاقدية القائمة بين البنوك أو بين العميل والبنك

١ - انظر: د. محسن شفيق الوسيط في القانون التجاري - الجزء الثاني ١٩٥٣ بند رقم ١٢٣

٢ - انظر: محمود سمير الشرقاوي - ص/ ٥٧٢، علي جمال الدين عوض - عمليات البنوك بند رقم ٤٤

٣ - انظر: حكم النقض المصرية، نقض مدني ٣١ ديسمبر ١٩٧٩ طعن رقم ٩١١ سنة ٤٧ ق - مجموعة المكتب الفني ص/ ٣٠

المصدر للخطاب، وبالمثل فإن العميل لا يمكنه الاستفادة من العلاقات التعاقدية بين البنوك أو بين المستفيد والبنك المصدر للخطاب أو بينه وبين المستفيد.

وفي هذا دلالة واضحة على رسوخ العرف المصرفي الدولي على استقلال العلاقات الناشئة عن أو بسبب خطاب الضمان.

على أن تأكيد القضاء الكويتي - بحق - على أن علاقة المستفيد بالبنك يحكمها خطاب الضمان وحده، وأن هذا الخطاب هو الذي يحدد التزامات البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها، بحيث لا يلتزم إلا في حدود عبارته، وأنه إذا نص الخطاب على شروط معينة لا يمكن مطالبة البنك وجب احترام هذه الشروط ولا يحق للمستفيد مطالبة البنك بقيمة خطاب الضمان إلا في ظل تحقق هذه الشروط - يثير التساؤل عما إذا كان بإمكان المستفيد مطالبة البنك بمبلغ يقل عن قيمة خطاب الضمان أم أن هذه الامكانية يعترضها القول بعدم جواز تجزئة الخطاب؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف - في الحقيقة - على الفصل في مسألة أولية سابقة عليها وهي معرفة السبب الذي اضطر المستفيد لذلك: فهل لأنه قدر أنه لا يستحق قيمة خطاب الضمان كاملة، فيكون رجوعه الجزئي اذن صحيحاً، أم لأن الشرط المعلق عليه دفع قيمة الخطاب لم يتحقق إلا جزئياً، فقدر أن من حقه صرف الجزء من قيمة الخطاب المعادل للنسبة التي تحقت من الشرط، وهو ما لا يجوز، لأن الشرط إما أن يتحقق أو لا يتحقق، ولا وسط بينهما^(١). فإذا ما تحقق، فإن المستفيد بعد ذلك بالخيار بين أن يقتضي حقه في قيمة الخطاب كاملة أو منقوصة. إنما لا يجوز له، وقد تخلف الشرط أن يطالب بنسبة من قيمة الخطاب بمقولة أنها المعادلة لنسبة من تحقق الشرط.

وقد دعانا إلى هذا التساؤل، ما طرح على القضاء الكويتي بالفعل، حيث كان حكم الاستئناف «في القضية رقم ٤٠٩/ ١٩٩٠ تجاري» قد قرر للمستفيد الحق في صرف مبلغ يعادل ٧٥٪ من قيمة خطاب الضمان، وهو ما دفع البنك إلى الطعن في هذا الحكم بالتمييز تأسيساً على أنه بهذا الشكل قد جزأ خطاب الضمان فأفقدته كيانه المعترف به قانوناً، إذ من المقرر أن علاقة البنك بالمستفيد هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل يحكمها خطاب الضمان وحده بما يتضمن من شروط يعلق عليها دفع

١ - انظر: في التحديد الدقيق لمدلول تحقق الشرط (كوصف في الالتزام) ومدلول تخلفه:

د. محمد شكري سرور، الاحكام العامة للالتزام، الناشر دار الفكر العربي ط/ ٨٤ - ١٩٨٥ ص/ ١٦٥ وما بعدها البنود من ٢١٨ - ٢٢١.

مجلة الحقوق

قيمته بحيث لا يلتزم البنك الا في حدود تلك الشروط التي يقع على المستفيد عبء اثبات توافرها. وكان الشرط الذي يدور حوله النزاع في هذه القضية هو حسبما يدعيه البنك، افراج الهيئة العامة للإسكان عن محجوز الضمان بالكامل إلى المقاول الرئيسي. وقد ردت محكمة التمييز بحكمها الصادر في ١٥/٦/١٩٩٢^(١)، على هذا النعي بقولها أن صدور خطاب الضمان بمبلغ محدد لا يمنع المستفيد من مطالبة البنك بمبلغ يقل عنه متى رأى أنه لا يستحق قيمة خطاب الضمان كاملة - ولا يجوز للبنك الامتناع عن سداد المبلغ المطلوب طالما أنه في حدود قيمة الخطاب..... وطالما أن عبارات الخطاب لا تفيد وجوب دفع محجوز الضمان بالكامل كشرط لاستحقاق قيمة الخطاب، وطالما أفرجت الهيئة المذكورة عن ٧٥٪ من قيمة محجوز الضمان بما يتحقق معه شرط دفع قيمة خطاب الضمان بالنسبة لجزء منه وفي حدود حده الأقصى.

المطلب الثالث

العلاقة بين المستفيد والعميل والالتزامات الناشئة عنها

يحكم هذه العلاقة العقد المبرم بين العميل والمستفيد ويسمى عقد الأساس وهو يختلف باختلاف نوع العلاقة التي تربط العميل بالمستفيد فقد يكون المستفيد مصدرا والعميل مستوردا، وقد يكون المستفيد صاحب مشروع والعميل مقاولا. ويشترط للمستفيد على العميل ضمن شروط عقد الأساس أن يضع تأمينا نقديا لصالحه لضمان دخول المناقصة أو لضمان رد الدفعات المقدمة أو لضمان حسن التنفيذ. ولاشك أن المستفيد لا يعارض في اعفاء العميل من تقديم التأمين النقدي اذا استطاع هذا العميل تقديم تأمين آخر يقوم مقامه ويعادله في القوة، وهنا يبرز دور البنك الذي يقدم مثل هذه الخدمة للعميل حيث يضمه امام المستفيد ويفرغ هذا الضمان بشكل خطاب يتعهد فيه بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين لدى أول طلب من المستفيد بدون قيد أو شرط ورغم معارضة العميل^(٢) ذلك أن مثل هذا الخطاب يعتبر بمثابة نقود بين يدي المستفيد لأن الضمان الوارد فيه ضمان صادر عن ملتزم ذي مركز مالي متين وهو البنك^(٣).

١ - في الطعن رقم ٩٢/٢٤ تجاري ٢/ (غير منشور).

٢ - انظر: في هذا المعنى: علي جمال الدين عوض - خطابات الضمان المصرفية - المرجع السابق ص/ ٨٨

٣ - انظر: محسن شفيق - المرجع السابق بند رقم ٥٤٧

الا أن خطاب الضمان الذي يرسله البنك للمستفيد بناء على طلب العميل كما يكون مقيدا من حيث المبلغ فإنه يكون عادة مقيدا من الناحية الزمنية اذ يعتبر ساري المفعول من تاريخ اصداره ووصوله إلى علم المستفيد حتى انتهاء آخر يوم من تاريخ نفاذه . فإذا اساء التصرف وسحب قيمة خطاب الضمان بدون وجه حق مخالفا بذلك الشروط العقدية مع العميل الواردة في عقد الاساس فإن لهذا العميل أن يطعن في تصرفه امام المحاكم طالبا اعادة قيمة خطاب الضمان اليه^(١) ويلاحظ أن للعميل والمستفيد أن يتفقا في عقد الاساس على طبيعة شرط فتح اعتماد بالضمان لدى البنك واصداره خطاب ضمان مصرفي فقد يتفقا على اعتبار شرط اصدار البنك خطاب الضمان لصالح المستفيد شرط صحة لا ينعقد عقد الاساس بدون تنفيذ هذا الشرط وقد يتفقا على انعقاد عقد الاساس ويجعلان شرط اصدار خطاب الضمان شرط نفاذ بمعنى أن عقد الاساس ينعقد صحيحا فيما بينهما ولكنه لا ينفذ إلا بصدر خطاب الضمان ، فإذا لم يرد في عقد الاساس ما يشير إلى شرط فتح اعتماد بالضمان لدى البنك واصدار خطاب الضمان فإن مبدأ حسن النية يقضي بتسليمه للمستفيد خلال مدة معينة^(٢) وعلى أي حال يجب أن يكون خطاب الضمان متفقا مع الشروط الواردة في عقد الاساس والتي تم الاتفاق عليها بين المستفيد والعميل . فإن صدر الخطاب مخالفا لهذه الشروط فلا يلتزم المستفيد بقبوله بل له أن يرفضه . وقد يؤدي الأمر إلى عدم توقيع عقد الاساس بما ينطوي عليه من ضرر لطرفي العقد وامكانية مطالبة احدهما للآخر بالتعويض عما لحقه من عطل وضرر.

المبحث الثاني

مدى قابلية كل من قيمة خطاب الضمان وغطاء الخطاب للحجز

أولا: من حيث قيمة خطاب الضمان :

ذكرنا من قبل أن صدور خطاب الضمان بناء على طلب العميل لا ينشئ له حقا على قيمته لأن البنك لم يتعهد بأدائها له وانما بضمانه في حدودها . كما لا تمثل هذه القيمة حقا للعميل لدى المستفيد بما تعتبر معه المبالغ التي

١ - انظر: حكم محكمة الاستئناف العليا الكويتي الدائرة التجارية الأولى جلسة ٢٥/١١/٨٥ طعن رقم ٨٥/١٠٥١

تجاري (غير منشور) .

٢ - انظر: علي جمال الدين - خطابات الضمان المصرفية ص/٨٩ المرجع السابق .

يمثلها الخطاب أموالاً مملوكة للبنك يتم صرفها للمستفيد^(١). كما ذكرنا أيضاً أن التزام البنك في مواجهة المستفيد هو التزام أصيل ومجرد ومباشر. ويتفرع على هذا الذي ذكرناه:

١ - عدم جواز توقيع الحجز على قيمة خطاب الضمان تحت يد البنك من دائن العميل:

ويقول القضاء الكويتي في هذا الشأن^(٢) بأنه يترتب على استقلال التزام البنك نحو المستفيد واعتبار المبالغ التي يمثلها الخطاب أموالاً مملوكة للبنك إلى أن يتم صرفها للمستفيد أن العميل لا يستطيع المطالبة بها كما لا يجوز لدائنيه توقيع الحجز عليها تحت يد البنك أو لدى المستفيد. ولا تدخل ذمة الأخير المالية إلا إذا طلبها هو شخصياً في حدود التزام البنك وشروطه المبينة في الخطاب.

وهو تعليل واضح في أن دائن العميل لا يستطيع الحجز على قيمة خطاب الضمان لدى البنك لأن المبالغ التي يمثلها هذا الخطاب لازالت مملوكة للبنك وليس للعميل. ولا يجوز الحجز على أموال غير مملوكة للمدين لأن الشخص يضمن تنفيذ التزاماته بأمواله هو وليس بأموال الغير ومن ثم لا يقع هذا التنفيذ على مال الغير لأن ذلك يشكل اعتداء على حقه ومن ثم يقع التنفيذ باطلاً^(٣).

أما إذا تم الحجز على قيمة خطاب الضمان لدى المستفيد بعد أن سحب هذه القيمة من البنك فإن صحة هذا الحجز موضع خلاف: اذ يذهب رأي إلى أنه «لا يجوز لدائن العميل أن يحجز لدى المستفيد على حق العميل في خطاب الضمان الموجود لدى المستفيد لأن الخطاب إنما يمثل ضمان البنك للعميل ولا يمثل حقاً له ضد المستفيد، وحتى إذا دفع البنك قيمة الخطاب، لتعذر مع ذلك القول أن لدائن العميل أن يحجز على الجزء المتبقي من قيمته تحت يد المستفيد، لأن الأصل أن المستفيد يرد الخطاب في نهاية مدته إلى البنك، فإذا نفذ العميل «المدين» تعهده كان على المستفيد أن يرد المبلغ الزائد إلى البنك أيضاً لا إلى العميل^(٤).

١ - انظر: حكم الاستئناف العالي في الكويت - دائرة التمييز طعن رقم ٨٩/٢١٥ تجاري مشار إليه سابقاً. وفي هذا المعنى: حكم النقض المصرية رقم ٢٩٤ سنة ٣٥ ق جلسة ٢٧/٥/٦٩ الطعن رقم ١٠٦ سنة ١١ ق و ١١ سنة ٤٠ ق جلسة ١٤/٣/٧٣ (أحكام مشار إليها سابقاً).

٢ - انظر: حكم التمييز الكويتي في الطعن رقم ٨٩/٢١٥ تجاري المشار إليه سابقاً.

٣ - انظر: الدكتور فتحي والي: التنفيذ الجبري - ٩٧١ ص/٢٢٤.

٤ - انظر: علي جمال الدين - عمليات البنوك من الوجهة القانونية المرجع السابق - ص/٣٧٥، ط (١٩٨١) ص/٥١٥ بند ٥١٣.

والحقيقة أن هذا الرأي يكتنفه الغموض الشديد، فقد قال صاحبه مرة، ما يفهم منه أن الحق في خطاب الضمان «الموجود لدى المستفيد» يثبت للعميل، ثم عاد، في نفس العبارة، فقال أن الخطاب يمثل ضمان البنك للعميل ولا يمثل حقا للعميل ضد المستفيد، وفي موضع سابق، وفي معرض مواجهته لفرض مدى جواز الحجز على الخطاب ذاته لدى البنك، أكد - في تبريره لعدم جواز ذلك - أن الخطاب لا يمثل حقا للعميل، بل دينا على البنك لصالح المستفيد لا لصالح العميل^(١). بينما يذهب رأي آخر^(٢) نؤيده إلى أن خروج قيمة الخطاب من ذمة البنك وتنتهي علاقته بالمستفيد وتعود لهذه المبالغ صفتها الأصلية باعتبارها تأمينا نقديا مقدما للمستفيد لضمان حسن تنفيذ التزام العميل. وبالتالي فإن هذا التأمين النقدي يظل على ملك صاحبه وهو العميل فيقضى المستفيد منه حاجته، ويرد الباقي اليه. وعلى ذلك يجوز لدائن العميل توقيع الحجز على قيمة خطاب الضمان لدى المستفيد مع تقرير حق هذا الأخير في الأولوية باعتبارها دائنا مرتها.

٢ - عدم جواز توقيع الحجز على قيمة خطاب الضمان تحت يد البنك من دائن المستفيد:

وكما لا يجوز الحجز على قيمة خطاب الضمان من جانب دائن العميل على النحو الذي أسلفنا فإنه لا يجوز لدائن المستفيد أن يحجز على قيمة خطاب الضمان تحت يد البنك وذلك لأن قيمة خطاب الضمان لا تدخل في ذمة المستفيد المالية إلا اذا طلبها هو شخصيا في حدود التزام البنك وشروطه المبينة في الخطاب^(٣) وقبل ذلك تكون هذه القيمة ملكا للبنك وليس للمستفيد ولما كان حق المستفيد مرتبطا بإرادته الشخصية ويخضع لتقديره وحده^(٤) فلا يجوز للغير أن يحل محله في هذا التقدير ومن ثم فإنه لا يجوز لدائن المستفيد الحجز على قيمة خطاب الضمان المخصص لمصلحة المستفيد.

٣ - مدى جواز الحجز التحفظي على مبلغ الضمان تحت يد البنك من قبل العميل:

ويثور في هذا الصدد أيضا سؤال حول حق العميل في توقيع الحجز على مبلغ الضمان إذا ثار بينه وبين المستفيد خلاف ناشئ عن عقد الأساس الموقع بينهما، ومع

١ - د. علي جمال الدين عوض (١٩٨١) ص/٥١٥ بند/٥١٣.

٢ - انظر: سميحة القليوبي - النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية ص/١١٤ المرجع السابق.

٣ - انظر: حكم التمييز الكويتي في الطعن رقم ٨٩/٢١٥ تجاري مشار اليه سابقا.

٤ - انظر: محمود سمير الشرقاوي - المرجع السابق - ص/٥٧٣، د. علي جمال الدين عوض (١٩٨١) ص/٤٨٩.

أن البعض يرى أن للعميل أن يلجأ للقضاء للحجز التحفظي على قيمة الخطاب ريثما يبت القضاء في أساس النزاع من الناحية الموضوعية منه^(١) إلا أننا مع وجهة نظر محكمة النقض المصرية التي ترى أن علاقة البنك بالمستفيد علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل إذ يلتزم البنك وبمجرد إصداره خطاب الضمان ووصوله الى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير باعتباره حقا له يحكمه خطاب الضمان مادام هو في حدود التزام البنك المبين به ويكون على المدين عميل البنك أن يبدأ هو بالشكوى الى القضاء اذا قدر أنه غير مدين للمستفيد أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد من البنك^(٢).

ويدعم هذا الاتجاه القضائي رأي فقهي مقابل للرأي السابق^(٣) يرى أن إجراء الحجز التحفظي يؤدي الى فقد خطاب الضمان ميزته الأساسية وهي إستقلاله عن التزام العميل وكونه واجب الدفع لدى أول طلب ودون معارضة وفي جواز الحجز على قيمة خطاب الضمان تجريد له من خصائصه إضافة الى أن قيمة الخطاب تبقى ملكا للبنك وليس للمستفيد طالما لم يبد هذا الأخير رغبته في سحبها.

ومع ذلك فقد ذهب القضاء الفرنسي الى جواز وقف صرف قيمة خطاب الضمان بناء على طلب العميل استنادا الى فكرة التعسف الظاهر أو الغش الظاهر بمعنى أن المطالبة بصرف قيمة الضمان تعتبر طبقا لهذا التكييف مبنية على غش ظاهر كأن يشترط العميل وفاء بالتزامه الكامل الوارد في عقد الأساس ولذا فإن موقف المستفيد في نظر القضاء يمثل غشا ظاهرا يبرر وقف صرف قيمة خطاب الضمان للمستفيد في مثل هذه الحالة فقط^(٤).

- ١ - انظر: علي جمال الدين - عمليات البنوك ص/ ٣٧٦ عمود سمير الشراوي ص/ ٥٧٢ المرجع السابق.
- ٢ - انظر: طعن رقم ٢٩٤ سنة ٣٥ جلسة ٢٧/٥/٦٩ س ٢٠ ص/ ٨١١ الطعن رقم ١٠٦ سنة ٣٧ ق ١١ سنة ٤٠ ق جلسة ١٤/٣/٧٣ س ٢٣ ص/ ٤٠١.
- ٣ - انظر: سميحة القليوبي - النظام القانوني - النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية - ص/ ١١٠.
- د. علي البارودي - النقود وعمليات البنوك التجارية - ٦٦ ص/ ٣٩٦ محسن شفيق - رقم ١٢٣.
- ويأخذ بهذا الرأي أيضا جانب من الفقه والقضاء الفرنسيين انظر مثلا:
GAVALDA et STOUFFLET, op.cit.p. 351 No. 714, ROBLOT in RIPERT op.cit.p. 457 No. 2408, Cass(com) 25.3.1982 j.c.p. 1982-2-19876 et note STOUFFLET, D 1982-i.r.497 et obs VASSEUR, Cass(com) 27.11. et 12.12.1984 précités, Paris 27.10.1981 j.c.p. 1982-2-19702 et note BOULOC, R.D.C. 1982-281 et obs CABRILLAC et TEYSSIE.

- ٤ - انظر الاحكام العديدة التي سبق أن أشرنا إليها ص/ ٥٠ الهوامش م ١ - ٧.

ثانيا: من حيث غطاء خطاب الضمان:

ذكرنا سابقا صورا متعددة لغطاء خطاب الضمان الذي يقدمه العميل للبنك بناء على إتفاق بينهما، سواء أكان الغطاء نقدا أو أوراقا مالية أو تجارية أو بضائع أو ضمانات شخصية أو عينية ويثور السؤال هنا حول مدى حق دائن العميل بالحجز على هذه التأمينات المقدمة من العميل لغطاء خطاب الضمان تحت يد البنك. والأصل في الإجابة أن يبحث عن مالك هذه التأمينات إذ أن مالكها هو عميل البنك الذي وضعها تأميناً تحت تصرف البنك إلا أنها أموال خاضعة لحكم الرهن ويعتبر البنك بحيازته لهذه الأموال على إختلاف أنواعها مرتبنا لها وله بموجب حق الرهن أولوية على جميع دائني العميل الذين حجزوا هذه التأمينات^(١) إذ يتقدم على هؤلاء الدائنين الحاجزين في استيفاء دينه وفقا لأحكام الرهن الحيازي^(٢).

المبحث الثالث

انقضاء خطاب الضمان

تمهيد، وتقسيم:

تبدأ التزامات البنك الناجمة عن خطاب الضمان بمجرد إصداره ووصوله الى علم المستفيد. وتبقى هذه الالتزامات بالدفع للمستفيد عند الطلب قائمة حتى إنقضاء خطاب الضمان بواحد من أسباب انقضاء الالتزام بشكل عام. ذلك أن الصفة الأساسية في الالتزام هي التوقيت وعدم الدوام فهو لا بد من أن ينقضي يوما باعتباره عبئا ثقيلا على كاهل المدين والا كان نوعا من العبودية والاسترقاق^(٣).

ويستفاد من نص المادة ٣٨٦ تجاري كويتي أن إنقضاء التزام البنك يكون بالدفع للمستفيد خلال مدة سريان الخطاب أي بالوفاء كما ينقضي التزام البنك بغير وفاء إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع. أما الحالات الأخرى لانقضاء الالتزام فهي تطبيق للأحكام العامة في إنقضاء الالتزام الواردة في القانون المدني الكويتي في المواد من ٣٩١ الى ٤٥٣ ضمن الباب الخامس منه، وعلى ذلك فإننا نتولى شرح أسباب انقضاء الالتزام في خطاب الضمان بشكل من الايجاز وكذا الآثار المترتبة على إنقضاء هذا الالتزام. كل في مطلب على النحو التالي:

١ - انظر: المحامي فخر الدين الحسيني - ص/٩٤.

٢ - انظر: فتحي والي - المرجع السابق - ص/٢٦٨.

٣ - انظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي - أحكام الالتزام في القانون الكويتي، جامعة الكويت، ٧٥/٧٤ - ص/١٦٣.

د. محمد شكري سرور، أحكام الالتزام (المرجع السابق) ص/٢٥٣ بند/٣٣٧.

أسباب انقضاء التزام البنك في خطاب الضمان

١ - انقضاء التزام البنك بالوفاء :

إذا وفي البنك للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان، إنتهى التزام البنك إذا كان هذا الوفاء قد حدث أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت إليه المستندات المحددة في الخطاب . وبالتالي تبرأ ذمة البنك في مواجهة المستفيد بشرط أن يتم الوفاء بالدفع فعلاً للمستفيد، إما بالقبض أو بتسجيل قيمة خطاب الضمان في حسابه . وإذا كانت مطالبة المستفيد بقيمة خطاب الضمان جزئية فإن التزام البنك يبقى قائماً مادامت مدة الخطاب لم تنته ولكن بشرط أن لا يزيد مجموع المطالبات الجزئية عن قيمة خطاب الضمان^(١) .

ومما تجدر الإشارة إليه أن القواعد الموحدة الخاصة بخطابات الضمان تحيز الوفاء الجزئي ما لم ينص الخطاب على غير ذلك (م^{٢٣} / من القواعد) . وبعد سداد قيمة خطاب الضمان بأي شكل، يقوم البنك بإلغائه من سجلاته حتى ولو لم يتسلم أصل الخطاب من المستفيد . ويجري العمل في المصارف على إخطار العميل بمجرد استلام طلب الدفع الكلي أو الجزئي من المستفيد وإن كان هذا الإخطار لا يشكل التزاماً واجباً وإن كان تحفظياً^(٢) . علماً بأن القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية الخاصة بخطاب الضمان تلزم البنك بإخطار العميل بمطالبة المستفيد له بالدفع الكلي أو الجزئي (م^{٢٣} / ي من القواعد) .

٢ - انقضاء التزام البنك في خطاب الضمان بانقضاء أجله :

ومعنى ذلك أن ذمة البنك تبرأ من قبل المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع (م^{٣٨٦} تجاري) كما تعبر عن ذلك محكمة النقض المصرية بأنه يسقط التزام البنك إذا لم تصل إليه مطالبة المستفيد بالدفع قبل حلول نهاية أجل الخطاب^(٣) وإذا وصل الطلب قبل نفاذ أجل خطاب الضمان التزم البنك بالدفع ولو حصل هذا بعد انقضاء مدة الخطاب لأن العبرة في ذلك بتاريخ

١ - انظر: محي الدين اسماعيل / المرجع السابق ص/ ٣٨٤ .

٢ - انظر: في هذا المعنى - علي محي الدين خطابات الضمان المصرفية ص/ ٢٨١ .

٣ - طعن رقم ١٣٤٢ سنة ٤٩ من جلسة ١٢/٢٢/ ١٩٨٠ وكذا طعن رقم ١٥٩ سنة ٤٦ من جلسة ١١/٢/ ١٩٨٠
مشار إليها في أحمد حسني ص/ ٢١٩ .

وصول المطالبة بالدفع بصرف النظر عن تاريخ الدفع^(١) وما تجدر الإشارة إليه أن القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية توجب على البنوك إشعار العميل بإنهاء أجل الخطاب بالسرعة القصوى لتحله من التزامه الناجم عن عقد خطاب الضمان (م)^{٣١} من القواعد).

٣ - انقضاء التزام البنك إذا كانت مدة الخطاب غير محددة:

يصدر البنك خطاب الضمان عادة متضمنا مدة صلاحية هذا الخطاب أي المدة التي يظل البنك خلالها ملتزما بتعهدده بالدفع لصالح المستفيد، فإذا انتهت هذه المدة دون مطالبة إنتهى التزام البنك بالدفع إلا أن مدة الخطاب قد تكون غير محددة^(٢) وبالتالي فإن للبنك أن ينهي الخطاب في أي وقت بشرط إخطار العميل والمستفيد قبل الانهاء بوقت مناسب^(٣) مع أن هناك رأيا آخر^(٤) يرى أن خطاب الضمان غير محدد المدة لا يلغي إلا بانقضاء حق المستفيد بالتقادم العادي أي بمرور خمسة عشر عاما وذلك إحتراما للأوضاع المستقرة التي مضى عليها من الزمن ما يكفي للاطمئنان لها^(٥) بشرط ألا يكون قد حدث خلال هذه المدة ما يعتبر قاطعا أو موقفا للتقادم.

٤ - انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء:

يقوم مقام الوفاء بالدفع الى المستفيد وإبراء ذمة البنك إجراء المقاصة القانونية فيما بين دين البنك في ذمة المستفيد وقيمة الخطاب إذا طالب بها المستفيد متى توافرت شروط المقاصة بين الدينين. ويعتبر البنك في ذلك كما لو أوفى للمستفيد نقدا وبالتالي يحق له الرجوع على العميل بما أوفى. كما يقوم مقام الوفاء إتحاد ذمتي المستفيد والعميل في شخص واحد منهما بحيث يصبح من حصل إتحاد الذمة في شخصه دائنا ومدينا، بما يترتب عليه انقضاء الحق والدين فيما بينهما. أما فيما يتعلق بالوفاء بمقابل والذي يعتاض الدائن فيه عن استيفاء الدين عينا بشيء يعادله أو بالتحديد حيث يستوفي

١ - انظر: إلى نفس المعنى حكم النقض المصرية طعن ١١٨٩ سنة ٤٩ من جلسة ١٣/٢/٨٤ مشار إليه في علي جمال

الدين خطابات الضمان المصرفية ص/١٩٧

٢ - انظر في الغرض العملي الذي يحدث فيه ذلك: علي جمال الدين خطابات الضمان المصرفية ص/٣٨٢

٣ - د. علي جمال الدين عوض (١٩٨١) ص/٤٩٠ بند ٤٨٨

٤ - وراجع مع ذلك د. علي جمال الدين عوض، الموضع السابق، حيث يستدرك قائلا أنه إذا كانت العملية المضمونة مذكورة في الخطاب امتد الضمان الى وقت انتهائها وظل قائما مادامت قائمة متى كان هذا المعنى مفهوما من الخطاب.

٥ - انظر: محي الدين اسماعيل ص/٣٨٩ - ص/٣٤٨

٦ - انظر: المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري الوجيز في شرح القانون المدني مجلد ١ طبعة ١٩٦٦ - ص/١٢٣٦

الدائن الدين الأصلي بدين جديد فإننا نرى أنه لا يجوز إعمال أي منها كسبب من أسباب انقضاء التزام البنك في خطاب الضمان وذلك استناداً الى ما جاء في عجز المادة: ٣٨٢ تجاري التي لا تحيز للمستفيد المطالبة بقيمة خطاب الضمان عن غرض غير الغرض المحدد فيه .

٥ - انقضاء التزام البنك بدون وفاء / أو ما يعادله :

ليس من الضروري أن ينتهي التزام البنك بالدفع للمستفيد بانتهاء أجل خطاب الضمان دون مطالبة من المستفيد بل قد ينتهي أجله لأسباب أخرى . إما بالابراء الصادر من المستفيد للعميل والتقدم اذا كان خطاب الضمان غير محدد المدة ، وإما باستحالة تنفيذ التزام العميل . فبالنسبة لانتهاء مدة خطاب الضمان دون مطالبة فإن من المعلوم أن خطاب الضمان محدد المدة يحتوي على تاريخ محدد لانقضاء أجله يكون البنك خلاله ملتزماً بالدفع للمستفيد اذا طلب ذلك ، فإذا مر هذا الأجل دون مطالبة برئت ذمة البنك خاصة وأن الخطاب يشير عادة إلى أن أية مطالبة ترد بعد هذا التاريخ تعتبر عديمة الأثر^(١) وبانتهاء اجل الخطاب يقوم البنك بشطبه من سجلاته ويحلى طرف عميله من المسؤولية ويرد له الخطاب أو يرفع الرهن عن امواله حسب مقتضى الحال^(٢) ويقوم في الوقت نفسه باشعار المستفيد بانتهاء اجل خطاب الضمان ويطلب منه ارجاع اصل الخطاب وتجديداته . وقد استقر رأي اتحاد البنوك في مصر ١٩٥٨/١١/١٨ بهذا الشأن إلى أن مفعول خطاب الضمان ينتهي تلقائياً بانتهاء اجله ، وأن انتهاء اجل الخطاب يحل مسؤولية البنك تجاه المستفيد ولا داعي لانتظاره عودة خطاب الضمان حتى يحل البنك طرف العملاء الذين صدر الخطاب لحسابهم^(٣) اما بالنسبة لابراء المستفيد للعميل كسبب لانقضاء خطاب الضمان فيفرق بين حالة ما إذا كان الخطاب مشروطاً بحدوث اخلال من العميل بالتزامه نحو المستفيد ففي هذه الحالة يكون للابراء أثر منهي لالتزام البنك بصدد خطاب الضمان لأن الشرط يستحيل تحققه بعد الابراء لذلك يتقضي التزام البنك بانقضاء التزام العميل نحو المستفيد بالابراء^(٤) اما في حالة الخطابات غير المشروطة فإن التزام البنك لا يتأثر بالابراء الا اذا

١ - انظر: محي الدين اسماعيل ، ص / ٣٨٩

٢ - انظر: نفس الموضوع من المرجع السابق .

٣ - انظر: محي الدين اسماعيل ص / ٣٩٠

٤ - على أن يلاحظ - مع ذلك - أن الخطاب المشروط بمثل هذا الشرط الذي يعلق حق المستفيد فيه على شرط يتصل بالعلاقة بين العميل والمستفيد (عقد الأساس) ، قد لا يكون خطاب ضمان بالمعنى الفني الدقيق ، وإنما يكون كفالة من البنك للعميل في مواجهة المستفيد ، على ما سبق أن بيناه .

نص هذا الإبراء على تنازل المستفيد عن حقه في خطاب الضمان^(١) وتنص المادة ٢٨ من قواعد غرفة التجارة الدولية الخاصة بخطابات الضمان على أن خطاب الضمان يمكن الغاؤه كتابة بواسطة المستفيد بالرغم من شروط الإنهاء الواردة فيه A guarantee may be cancelled in Writing by a beneficiary irrespective of the expiry terms contained in it. كما يعتبر إبراء تَسْلِيمُ المستفيد لخطاب الضمان وهو إما أن يسلمه إلى العميل الذي يقوم بتسليمه بدوره إلى البنك أو أن يسلمه إلى البنك مباشرة. وهو ما أكدته المادة ٢٩ من قواعد غرفة التجارة الدولية الخاصة بخطاب الضمان إذ اعتبرت مثل هذا التسليم دليلاً قاطعاً على إلغاء خطاب الضمان سواء قدمت تعديلات لخطاب الضمان أم لم تقدم.

وبالنسبة للتقادم وانقضاء خطاب الضمان فإن التقادم لا يسري بالطبع في حالة خطابات الضمان محددة المدة بل يسري التقادم في خطابات الضمان غير محددة المدة والتي تنقضي بمرور خمسة عشر عاماً على بدء سريان خطاب الضمان أو من تاريخ تحقق الشرط إذا كان مشروطاً. ما لم يعترض مسيرة خطاب الضمان ما يوقف التقادم أو يقطعه. مع مراعاة أن المدة التي تسقط بها الحقوق التجارية والأحكام النهائية الصادرة عن الالتزامات التجارية هي عشر سنوات (م^{١٨} تجاري كويتي) علماً بأن خطابات الضمان تعتبر من الأعمال التجارية بالنظر إلى أن جميع أعمال البنوك تعتبر كذلك بالرغم من أن العاقد الآخر قد لا يكون تاجراً (م^{١٢} تجاري كويتي) فإذا استعمل المستفيد حقه في طلب قيمة خطاب الضمان خلال مدة نفاذه فلا يسقط حقه إلا بمضي عشر سنوات على تلك المطالبة سواء كان خطاب الضمان محدد المدة أو غير محدد المدة. أما استحالة التنفيذ كسبب من أسباب انقضاء التزام البنك فيقصد بها هنا استحالة تنفيذ التزام العميل في مواجهة المستفيد الناجم عن عقد الأساس بينهما، فإن كان خطاب الضمان مشروطاً بانتهاء التزام البنك باستحالة تنفيذ عقد الأساس فإنه ينقضي باستحالة التنفيذ لأن الشرط المعلق عليه الخطاب يصبح غير ممكن تطبيقه^(٢) إلا أننا نرى أن مثل هذا الشرط يهدر استقلالية خطاب الضمان الذي يصدر منجزاً ومستقلاً وغير مشروط ويمس استقلالية الخطاب عن العلاقة فيما بين المستفيد والعميل^(٣) وبهذه

١ - انظر: محي الدين اسماعيل ص/ ٣٨٨

٢ - انظر: محمود الكيلاني ص/ ٢٨٦

٣ - انظر: الدكتور السيد محمد البهاوي، الاعتماد المستندي والطبيعة القانونية لالتزام البنك، رسالة دكتوراه، القاهرة،

١٩٧٥ - ص/ ٤٣٤

وانظر: أيضاً - تحفظنا سابق الذكر ص/ ٨٢ هامش/ ٤

المناسبة لابد لنا من الاشارة إلى الوضع القانوني لخطابات الضمان التي انتهت اثناء فترة احتلال الكويت ذلك أنه بالإضافة إلى ماسبق القول فيه من استحالة تنفيذ التزام العميل في مواجهة المستفيد فان البنك ايضا استحال عليه تنفيذ التزامه استحالة مطلقة ترجع إلى سبب اجنبي عنه وهو الاحتلال الذي يعتبر قوة القاهرة أو حادثاً فجائياً . ففي مثل هذه الحالة ينقضي التزام البنك في مواجهة المستفيد ولا يجوز للمستفيد ان يطالب بشيء ومن ثم يتحمل المستفيد الخسارة الناتجة عن انقضاء التزام البنك على هذا النحو دون وفاء ، ولا يبقى امامه الا الرجوع على العميل بموجب عقد الاساس بينهما . اما إذا كانت الاستحالة ترجع إلى خطأ البنك وان المستفيد طلب الوفاء الا ان البنك تراخى في الوفاء حتى وقعت القوة القاهرة فان للمستفيد حق مطالبة البنك بالتنفيذ بمقابل ان استحال التنفيذ بالوفاء^(١) اما اذا ارسل المستفيد طلب الوفاء الى البنك ولم يصل هذا الطلب بسبب تأخر البريد أو حتى القوة القاهرة فان المستفيد يتحمل النتائج المترتبة على ذلك^(٢) .

ونجد سنداً قانونياً لذلك فيما جاءت به المادة ٤٣٧ مدني كويتي ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين «البنك» ان الوفاء به اصبح مستحيلاً عليه لسبب اجنبي لا يد له فيه «الاحتلال» كما يجد هذا الرأي سنده فيما تقتضيه طوائع الاشياء ، اذ لا التزام بمستحيل^(٣) واخيراً فقد قطعت المادة ١١ من القواعد الموحدة المتعلقة بالاعتبارات المستندية ١٩٦٢ الشك باليقين اذ نصت على ريباً ألا تتحمل البنوك اية مسؤولية فيما يتعلق بالنتائج التي قد تترتب على توقف نشاطها الناشء عن الاضرابات والاعلاق والقلقل والاضطرابات المدنية والعصيان والحروب وكل حالات القوة القاهرة أو كل سبب آخر خارج عن ارادتها ، واذا انقضى اعتماد اثناء هذا التوقف فلا تقوم البنوك بأي وفاء أو قيود أو خصم لاحق على هذا الانتهاء ما لم يكن ثمة تصريح خاص بذلك . ومن ذلك يتضح ان البنوك غير ملتزمة بالدفع للمستفيدين بعد انتهاء فترة الاحتلال اذا انقضت فترة الخطاب اثناء هذا الاحتلال اللهم الا اذا صدر خطأ عن البنك كما أوضحناه سابقاً ، ومن ثم فلا مخرج امام المستفيد الا الرجوع على العميل على اساس العلاقة التعاقدية بينهما .

١ - انظر: نفس الموضع من المرجع السابق .

٢ - انظر: على جمال الدين خطاب الضمان المصرفي ص/ ١٨

٣ - انظر: السهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج ١٣ ص/ ٩٨١

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على انقضاء خطاب الضمان المصرفي

ذكرنا أن الالتزام مؤقت بطبيعته فلا بد من انتهائه وكذا التزام البنك الناجم عن التعهد الوارد في خطاب الضمان فلا بد له من الانقضاء بأحد الأسباب التي سبق ذكرها وهذا الانقضاء يترتب آثارا تختلف بحسب طبيعة الالتزام والعقد الذي ينشأ عنه .

فاذا انقضى التزام البنك بدفع المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان للمستفيد بناء على طلبه فللبنك الرجوع على العميل بالمبلغ الذي دفعه مضافا اليه الفوائد والمصاريف والعمولة المستحقة له . فاذا كان للعميل حساب جار لدى البنك فإن هذا الاخير يقوم باجراء قيد المبالغ المدفوعة في الجانب المدين من الحساب بغير حاجة إلى اخطار العميل^(١) ويجد رجوع البنك على العميل سنده القانوني فيما جاءت به المادة ٣٨٧ تجاري كويتي التي أحلت البنك في هذه الحالة محل المستفيد في الرجوع على العميل الأمر بمقدار المبلغ الذي دفعه .

ويقال - في الترخيص القانوني لهذا الحل - أن مبلغ خطاب الضمان يمثل قيمة التعويض الاتفاقي بين الأمر والمستفيد ومن ثم فإن الملتزم بدفع هذا المبلغ اساسا هو الأمر بسبب اخلاله بما التزم به تجاه المستفيد، وبالتالي فإن دفعه من قبل البنك يخول البنك حق الرجوع على العميل «المدين» به، ورغم أن هذا الرجوع مقرر قانونا فان العقد المبرم بين البنك والعميل الأمر يقضي بذلك أيضا^(٢) وهذا الحل القانوني يهيء للبنك الافادة من التأمينات التي قد تكون مقررّة لضمان حق المستفيد لدى الأمر.

والحقيقة أن هذا الترخيص محل نظر، وأن مشرعنا الكويتي لم يكن موفقا اذ نص على هذا الحل، لأن فكرة الحل تقوم اساسا في أن الموفى هو شخص من الغير في بدين المدين، أي يفي بدين غيره، في حين أن البنك حين يدفع للمستفيد قيمة خطاب الضمان فانما يفي بدينه هو، دينه محل تعهده في خطاب الضمان تجاه المستفيد^(٣) ذلك هو مقتضى خاصية تجريد التزام البنك واستقلاله .

وعلى أية حال فإنه متى قبض المستفيد قيمة خطاب الضمان فلا يجوز للبنك المطالبة باسترداده لأي سبب يتعلق بعلاقة المستفيد بالعميل الأمر لاستقلال التزامه

١ - انظر: محي الدين اسماعيل ص/ ٣٨٥

٢ - انظر: فخر الدين الحسيني ص/ ٩٦

٣ - انظر: أحكام محكمة النقض المصرية بالطعن رقم ٢٩٤ سنة ٣٥ ق جلسة ٢٧/٥/٦٩ س ٢٠ ص ٨١١ والطعن رقمي ١٠٦ سنة ٣٧ ق و ١١ سنة ٤٠ ق جلسة ٢٤/٣/٧٣ ص ٢٣ ص/ ٤٠١ .

نحو المستفيد وإنما للعميل إذا قدر أن المستفيد غير محق في استيفاء قيمة الخطاب أو أنه غير مدين للمستفيد أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد أن يلجأ بشكواه للقضاء مطالباً برد ما حصل عليه المستفيد دون وجه حق^(١).

أما إذا انتهى خطاب الضمان بدون وفاء المستفيد كانهائه بانتهاء مدته وعدم تمديد لها لتجديدها، فإن البنك يقوم بالغاء خطاب الضمان من سجلاته ويفرج عن خطاب الضمان إذا كان نقدياً أو يؤشر على ذلك في حسابات العميل لدى البنك ويرفع الرهن عن أمواله الموضوعة كغطاء لخطاب الضمان كالأوراق المالية أو التجارية مع الزام العميل بدفع العمولات والفوائد والمصاريف المستحقة على خطاب الضمان أثناء سريانه.

وكما ذكرنا آنفاً فإن البنك يطلب من العميل رد أصل صك خطاب الضمان بعد انتهاء مدته كما يطلب من المستفيد رد الصورة التي يحتفظ بها إلا أن مثل هذا الرد لا أثر له على انتهاء صلاحية الخطاب كما لا أثر له على انتهاء التزام البنك في مواجهة المستفيد بعد مضي مدته وإن تك عادة البنوك ألا تفرج عن غطاء الخطاب أو تحلّي العميل من التزامه إلا بعد مضي خمسة عشر يوماً من نهاية مدة الضمان^(٢).

المبحث الرابع

الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي

اختلفت الآراء حول الطبيعة القانونية لخطاب الضمان، ومرد هذا الاختلاف هو محاولة رد هذا النظام المصرفي إلى أحد أنظمة القانون المدني المعروفة كال كفالة، والائابة الناقصة والاشتراط لمصلحة الغير والارادة المنفردة، ونعرض بإيجاز لهذه الآراء موضحين في النهاية النظام الذي نعتقد صوابه.

المطلب الأول

الكفالة

الكفالة عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ التزام عليه، بأن يتعهد للدائن بأدائه إذا لم يؤده المدين «المادة ٧٤٥ مدني كويتي» ومن ذلك يتضح

١ - قرب من وجهة نظرنا هذه د. علي جمال الدين عوض بند ٤٨٢ وهامش ١/ من ص/ ٥١١

وانظر نقض مصري ١٩٦٤/٥/١٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ عدد ٢/ ص/ ٦٩١ ونقض مصري ١٩٧٢/٣/١٤ المحاماة السنة ٥٥/٥/٨٤ وقد قالوا أن البنك يقي بدينه هو، ومع ذلك عادوا فقالوا بفكرة الحلول.

٢ - انظر: راغب حبيشي: خطابات الضمان من الوجهة العملية يناير ١٩٦٩ معهد الدراسات المصرفية مشار له في علي جمال الدين خطابات الضمان المصرفية ص/ ٢٨٨

وجود اطراف ثلاثة في عقد الكفالة دائن ومدين وكفيل يتم عقد الكفالة ما بين الكفيل والدائن حيث تجوز كفالة المدين بغير علمه، كما تجوز أيضا رغم معارضته (م^{٧٤٨} مدني كويتي). وعلى ذلك فالكفالة عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل. ومع أن المدين ليس طرفا في عقد الكفالة ولا لزوم لرضاه الا أن الالتزام في هذا العقد «وهو التزام الكفيل» التزام تابع. فهو لا ينشأ مستقلا بل يتبع الالتزام الاصيل للمدين. وهذه التبعية مقررة بنصوص قانونية، حيث جاء فيها أن الكفالة لا تكون صحيحة الا اذا كان التزام المكفول صحيحا (م^{٧٥٠} مدني) كما لا تجوز الكفالة في مبلغ اكثر مما هو مستحق على المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول «١/٧٥١ مدني». وتشمل الكفالة الالتزام المكفول وتوابعه «٧٥٢ مدني» وأن ذمة الكفيل تبرأ ببراءة ذمة المدين (م^{٧٥٣} مدني).

هذه التبعية بين التزام الكفيل والتزام المدين ترتب النتائج التالية:

- أ - ان الدائن لا يرجع على الكفيل الا بعد رجوعه على المدين.
 - ب - يتحدد التزام الكفيل في مقداره وشروطه بالتزام المدين.
 - ج - يتمسك الكفيل بجميع أوجه الدفع التي للمدين في مواجهة الدائن.
- فهل الكفالة بهذا المفهوم تصلح اساسا لخطاب الضمان المصرفي؟

ان الكفالة تتميز عن خطاب الضمان في أن الكفيل يكفل الوفاء بالتزامات شخص ثالث هو المدين، بينما الضامن في خطاب الضمان المصرفي يقوم بالوفاء بالتزامه وتعهده الشخصي. فالكفالة التزام تابع والضمان التزام مستقل ومجرد وقطعي أي بات. فهو التزام يظل صحيحاً وقائماً ولو بطل التزام العميل مع المستفيد^(١). كما يلتزم بالدفع ولو اعترض العميل على ذلك حتى ولو كانت مديونية العميل للمستفيد أقل من المبلغ المحدد في خطاب الضمان. فالبنك باصداره خطاب الضمان لا يضمن تنفيذ العميل لالتزاماته في مواجهة المستفيد ولا يتعهد بسداد دين المستفيد في ذمة العميل. وعلى ذلك فان البنك لا يعتبر كفيلا للعميل. فهو يلتزم بما جاء في خطاب الضمان بصفته أصيلا قبل المستفيد لا بوصفه نائبا للعميل^(٢). وعلى ذلك فالضامن لا يستطيع ان يثير الدفع

١ - أو تعرض للفسخ أو الانهاء، انظر في هذا المعنى:

ANCEL (P) op.cit.p. 214et 215 No. 39.

٢ - انظر: حكم المحكمة الكلية في الكويت مستأنف مستعجل رقم ٨٨/٨٠١ مشار اليه سابقا.

وفي نفس المعنى ايضا:

ROBLOT (in RIPERT) op.cit.p. 457 No. 2408.

التي يتمسك بها المدين أو الكفيل على الاسس المستمدة من الصفقة ما بين العميل والمستفيد^(١) فعقد الكفالة مرتبط بالتزام المدين وجودا وعدما. كما ان الكفالة تنقيد بالتزام المدين من حيث شروطه ومقداره. ولذا فإن الدائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل الا اذا أثبت اخلال المدين بالتزامه الوارد في عقد الاساس^(٢). بينما يكون التزام البنك في خطاب الضمان التزاما مستقلا مجردا^(٣) عن أي علاقة بين البنك والعميل أو العميل بالمستفيد. تحكمه العبارات الواردة فيه دون أن يتوقف الوفاء به على واقعة خارجة عنه ولا على تحقق شرط ولا حلول أجل^(٤) بينما يكون عقد الكفالة تابعا بطبيعته. ولذا لا يجوز أن يكون محله مختلفا عن موضوع الالتزام الاصيل^(٥) ثم ان الكفالة لا تعقد بموافقة المدين بل تنعقد ما بين الدائن والكفيل لكن خطاب الضمان يصدر من البنك بناء على طلب العميل «المدين» لصالح المستفيد وبعد ذلك يصدر خطاب الضمان يتعهد البنك فيه بالدفع للمستفيد في حدود مبلغ معين أو قابل للتعين لدى أول طلب من المستفيد ودون قيد أو شرط. ويصبح هذا الالتزام قطعيا بمجرد وصول الخطاب لعلم المستفيد^(٦) يضاف إلى كل ذلك أن البنك غير ملزم بأشعار العميل قبل صرف مبلغ التعويض المبين في خطاب الضمان، لكن الكفيل ملزم باخطار المدين قبل الوفاء بالمدين^(٧) وإذا قاضاه الدائن وجب عليه أن يطلب ادخال المدين خصما في الدعوى فان لم يقم باخطار المدين قبل وفاء الدين أو لم يطلب ادخاله في الدعوى سقط حقه في الرجوع على المدين اذا كان المدين قد وفى الدين أو كانت لديه اسباب من شأنها أن تؤدي الى بطلانه او انقضائه «المادة ٧٦٩ مدني كويتي».

من كل ما سبق يظهر ان الكفالة لا تصلح اساسا لتفسير جميع آثار خطاب الضمان المصرفي^(٨).

١ - انظر:

Ivan Meznerice-Law of Banking Esat West Trade, ANCEL(P) op.cit.p. 214 No. 390, Leyden, 1973-p.130.

٢، ٣ - في هذا المعنى:

GAVALDA et stoufflet op.cit.p. 350 No. 711.

٤ - انظر: في هذا المعنى: حكم التمييز الكويتي طعن رقم ٨٩/٨٨ مشار اليه سابقا وحكمها في جلسة ٨١/٦/١٠ طعن التمييز رقم ٨١/٣٣ تجاري مجلة القضاء والقانون اكتوبر ١٩٨٣ - ص/١٥٧

٥ - انظر: Aubry et Rau-Cours de Droit Civil Français Tome v. No. 423 p. 224.

٦ - انظر: سميحة القليوبي - النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية ص/٥٩

٧ - انظر: حكم النقض المصرية طعن رقم ٣٧٠ سنة ٢٩ ق جلسة ٦٤/٥/١٤ ص ٦٩١ ١٥ وطعن رقم ٤١٤ سنة ٢١ ق جلسة ٥٤/٤/١٥ - مجموعة أحكام النقض في ٢٥ عاما ص/٢٥ عاما بندا ص ٢٢٠.

٨ - انظر: مزيدا من التفاصيل في التفرقة بين خطاب الضمان بالمعنى الفني والكفالة: محي الدين اسماعيل ص/٤٠٦=

المطلب الثاني الانابة الناقصة

تنص م ٤٢٢ مدني كويتي على أنه :

- ١ - تتم الانابة اذا اتفق المدين وأجنبي على أن يقوم بوفاء الدين معه أو مكانه .
 - ٢ - على أن يلزم لبراءة ذمة المدين الأصلي موافقة الدائن .
 - ٣ - ولا تقتضي الانابة ان تكون هناك مديونية سابقة بين المدين والأجنبي .
- فالانابة اتفاق ثلاثي الأطراف يتقدم فيها المدين إلى دائئه بمدين جديد للوفاء بدينه يحل محله ويقضى التزامه ، وقد تنطوي الانابة على تغيير الدائن وفي مثل هاتين الحالتين تسمى الانابة بالانابة الكاملة .
- وقد تكون الانابة بانضمام النائب إلى المدين كمدین في مواجهة الدائن «أو النائب لديه» ، وهو ما يجعل للدائن مدينين وهنا تسمى الانابة بالانابة الناقصة وسميت ناقصة لأنها لا تبرئ ذمة النائب نحو النائب لديه^(١) . لكن الانابة الكاملة تبرئ ذمة النائب نحو النائب لديه عن طريق تجديد الدين^(٢) وعلى ذلك يفسر انصار هذا الرأي خطاب الضمان بأنه انابة ناقصة تنضم فيها ذمة مدين إلى ذمة المدين الأصلي مما يطمئن الدائن الى وجود ضمان قوى لاستيفاء حقه . ذلك أن الدائن في تنفيذ عقد مقاوله يتفق مع المدين على ان يكفي بتقديم مدين آخر يلتزم إلى جانب المدين الأصلي بالوفاء بالتزام المضمون - بدلا من ايداع مبلغ نقدي ، فإذا كان هذا المدين الثاني هو البنك والتزم امام الدائن بوفاء الدين كان هذا الالتزام اصليا ومباشرا ومستقلا عن التزام المدين الأصلي وهذه هي الانابة الناقصة^(٣) ومفاد ذلك^(٤) أنه فيما يتعلق بالعلاقة بين النائب

= وما بعده، سميحة القليوبي في النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية ص/ ٤٨ وما بعدها .

د. محمد شكري سرور، محاولة لتأصيل احكام الكفالة العينية الناشر دار الفكر العربي ١٩٨٦ .

WATTIEZ: Le cautionnement bancaire. ed. Sirey 1984, SIMLER (ph) le cautionnement. Litec.

1982, Ancel (p) op.cit.pp 103-111 No. 173-190, MOULY(christian) Les causes d'extinction du cautionnement 1979; RCMOND-GOUILLOUD (M): L'influence du rapport caution - debiteur sur le contrat de cautionnement J.C.P. 1977-1-doct-2850.

١ - وفي التعبير عن هذا النوع من الانابة تقول الفقرة ٢/ من المادة ٣٤٣ . ولا يفترض التجديد في الانابة ، فإذا لم يكن

هناك اتفاق صريح على التجديد قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول .

٢ - انظر: سميحة القليوبي - النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية ص/ ٦٥ .

٣ - انظر: احمد زكي الحسيني وفاروق غلاب - بحثهما المشار اليه سابقا ص/ ١٧٨ .

وانظر كذلك De Page - Traité de Droit Civil No. 842 et 844 وكذلك محي الدين اسماعيل ص/ ٤٢٥

المرجع السابق .

٤ - انظر: المرجع المذكور - عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الثالث - بند ٥٢١ وما بعده .

«المدين» والمناب لديه «الدائن» يبقى المنيب مدينا للمناب لديه ولا تبرأ ذمته الا اذا وفي المناب الالتزام الجديد الذي في ذمته للمناب لديه أو الا اذا وفي المنيب نفسه للمناب لديه الدين الاصلي الذي في ذمته، وبمجرد أن يقوم احدهما - المنيب أو المناب - بالوفاء للمناب لديه تبرأ ذمة الآخر.

وأما فيما يتعلق بالعلاقة بين المنيب والمناب فاذا وفي المناب الدين إلى المناب لديه كان له أن يرجع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الاثراء بلا سبب حسب مقتضى الحال وفي العلاقة ما بين المناب لديه والمناب وهي السمة البارزة في الانابة الناقصة يكون للمناب لديه مدينان، مدينه الاصلي وهو المنيب والمدين الجديد وهو المناب ومن ثم يستطيع المناب لديه أن يرجع على أيهما دون ان يلتزم بترتيب معين. فإذا وفاه أحدهما برئت ذمة الاثنان معا نحوه، ويلاحظ ان مصدر دين كل منهما مستقل عن الآخر. فمصدر دين المنيب هو الالتزام الاصلي ومصدر دين المناب هو عقد الانابة. ومن ثم فلا تضامن بينهما، كذلك لا يعتبر المناب كفيلا للمنيب^(١) فاذا طبقنا ذلك على خطابات الضمان المصرفية نجد أن الانابة تنعقد باتفاق الاطراف الثلاثة: «العميل والبنك والمستفيد» ويترب على ذلك النتائج التالية:

- ١ - يبقى العميل مدينا للمستفيد إلى جانب مديونية البنك للمستفيد فاذا برئت ذمة احدهما برئت ذمة الآخر.
- ٢ - للمستفيد حرية الاختيار في الرجوع على البنك أو العميل.
- ٣ - للبنك حق الرجوع على العميل بعد الوفاء على أساس الوكالة أو الفضالة أو الاثراء بلا سبب حسب الأحوال.
- ٤ - التزام البنك نحو المستفيد التزام مجرد عن التزام العميل في مواجهته.
- ٥ - للبنك أن يتمسك بجميع الدفع التي كانت للعميل في مواجهة المستفيد لاتحاد محل الالتزامين.
- ٦ - لا تضامن بين البنك والعميل لاختلاف مصدر دين كل منهما نحو المستفيد مصدر دين العميل هو الالتزام الاصلي ومصدر التزام البنك هو عقد الانابة.
- ٧ - ان شرطي الدفع عند أول طلب ورغم معارضة المدين، صحيحان، العقد ليس كفالة بحيث يقال انها يخالفان احكام الكفالة المبينة في القانون المدني بل يعتبران شرطين صحيحين وطبيعيين ونتيجة منطقية وحتمية لانابة البنك في الوفاء^(٢).

١ - انظر: المرحوم الدكتور - عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الثالث - بند ٥٢١ وما بعده.

٢ - انظر: الحسيني وغلاب - بحثهما عن خطاب الضمان والكفالات المصرفية - المشار اليه سابقا فقرة ١٨

٨ - ان الانابة الناقصة تفسر امتداد خطاب الضمان اذا أوشك على الانتهاء قبل انتهاء العمليات المضمونة به، ذلك أن مصلحة البنك والمدين «العميل» هي الموافقة على هذا الامتداد والا كان للدائن أن يطلب من البنك في الوفاء بالمبلغ المضمون.

بالاضافة إلى أن البنك غير ملزم بالرجوع للمدين قبل الوفاء لان التزامه نحو الدائن «المستفيد» التزام اصلي ومباشر ولذا كان من حقه الموافقة على المد بدلا من الدفع. فاذا حصل هذا بموافقة العميل «المدين» كان للبنك حق الرجوع عليه بدعوى الوكالة اما اذا حصل الامتداد دون موافقة العميل «المدين» كان له الرجوع عليه بدعوى الفضالة لأن المد في صالح العميل.

ومع ان نظرية الانابة الناقصة بالشكل الذي قدمت فيه تفسر جانبا كبيرا من الجوانب القانونية المتصلة بخطاب الضمان، الا انها مع ذلك تقصر عن تفسير الامور التالية :

١ - ان العميل لا يظل ملتزما مع البنك بالوفاء بالمبلغ المضمون في مواجهة المستفيد. كما ان المستفيد ليس له أن يطالب أيهما، فمطالبة المستفيد. للعميل تنحصر في تنفيذ التزامه الأصلي نحوه. فان قصر في ذلك يتحول المستفيد للبنك ويطلب منه ان يدفع له قيمة التأمين، والقول بغير ذلك يجعل المستفيد يقتضي حقه مرتين مرة من البنك وأخرى من العميل^(١).

٢ - من مقتضى قواعد الانابة ان يتمسك المناب بالدفع التي كانت للمنيب في مواجهة المناب لديه، وبتطبيق ذلك على خطاب الضمان يتبين أن للبنك ان يتمسك بنفس الدفع التي للعميل في مواجهة المستفيد وهو أمر بعيد عن الواقع العملي لخطابات الضمان المصرفية وخاصة صفة التجريد والاستقلال في الخطاب.

٣ - ان نظرية الانابة الناقصة تفترض رجوع البنك «المناب» على المنيب «المدين» في حالة وفاء البنك للمناب لديه «الدائن» على أساس الوكالة اذا وافق المنيب على الوفاء وعلى الفضالة أو الاثراء بلا سبب اذا رفض المدين «المنيب» الموافقة على مد مدة سريان صلاحية خطاب الضمان فقام البنك بمددها دون موافقته باعتبار أن ذلك شأن عاجل من شؤون العميل ولصالحه.

١ - انظر: محي الدين اسماعيل - ص/ ٤٣٠ المرجع السابق.

إلا أن واقع الحال في عمليات خطابات الضمان أن البنك يتصرف وفق الشروط الواردة في العقد وضمن عباراته وغالبا ما تنص العقود بين البنوك والعملاء على حق البنوك في اقتضاء ما تقوم بدفعه خصما من حساب العميل أو خصما مما لديها من غطاء بناء على موافقة العميل المسبقة^(١) ومن ثم فإن القول بأن الانابة تصلح أساسا لبيان الطبيعة القانونية لخطابات الضمان لا يقوى على تغيير واقع الحال في عمليات البنوك وممارستها بشأن خطابات الضمان المصرفية .

المطلب الثالث

الاشتراط لمصلحة الغير

تنص المادة ٢٠٥ مدني كويتي على أنه «يجوز للشخص في تعاقدته عن نفسه أن يشترط على المتعاقد معه التزامات معينة يتعهد بأدائها للغير إذا كان للمشتراط في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة مادية أو أدبية» .

«ويجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المستفيد شخصا مستقبلا كما يجوز أن يكون شخصا غير معين بذاته عند الاشتراط إذا كان من الممكن تعيينه وقت الوفاء بالالتزام المشروط» .

كما تنص المادة ٢٠٦ مدني على أنه «يترتب على الاشتراط لمصلحة الغير أن يثبت للمستفيد في ذمة المتعهد حق شخصي له - يكون له أن يستأديه منه مباشرة وذلك مالم يتفق على خلافه، ومع مراعاة ما تقضى به المادة التالية، ويجوز للمشتراط أن يطالب المتعهد بأداء الحق المشروط للمستفيد، مالم يتبين من العقد أن ذلك مقصور على المستفيد دونه» .

يتضح من ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير يتطلب وجود اطراف ثلاثة هم : المشتراط والمتعهد والمستفيد الذي يطلق عليه الغير كما يتضح ان المشتراط يتعاقد باسمه مع المتعهد على انشاء حق مباشر للمستفيد وانه يلزم توافر مصلحة مادية أو أدبية للمشتراط .

فما مدى انطباق هذه الشروط على خطاب الضمان؟

يترتب على الاشتراط لمصلحة الغير وجود علاقات ثلاثية تماما كما هو الحال في خطاب الضمان، فالعلاقة بين المشتراط والمتعهد أي بين العميل والبنك يحكمها عقد

١ - انظر: سميحة القليوبي - النظام القانوني لخطابات الضمان ص/ ٧٣ المرجع السابق .

الاشتراط فيما بينها على أن يلتزم المتعهد بالوفاء بموضوع العقد لشخص أو طرف ثالث من الغير وبالطبع يكون للعميل مصلحة مادية أو معنوية من تنفيذ المتعهد للالتزامات المتفق على تنفيذها لصالح المستفيد الذي لا يدخل طرفا في العقد اذ لا توجد علاقة عقدية بين البنك والمستفيد «المتعهد والغير» ويلاحظ أن حق المستفيد قد ينشأ مشروطا أو غير مشروط وفي جميع الحالات يجب على المتعهد أي البنك تنفيذ ما اتفق عليه في العقد المبرم بينه وبين المشتري «العميل والعلاقة بين المشتري والمستفيد هي علاقة تتحدد على ضوء نوع التعامل فيما بينهما والذي دفع المشتري إلى التعاقد مع المتعهد للاشتراط لمصلحة الغير «المستفيد».

أما العلاقة بين المتعهد والمستفيد فهي أهم علاقة من العلاقات التي تترتب على الاشتراط لمصلحة الغير، حيث أنها تخرج عن مبدأ نسبية أثر العقد^(١) لأنها تعطي المستفيد حقا بعقد مبرم بين المشتري والمتعهد، وهو حق شخصي له يحصل عليه مباشرة من المتعهد. كما يجوز أن يحصل عليه عن طريق المشتري الذي يطالب المتعهد بأداء هذا الحق للمستفيد الا اذا كان العقد يحصر هذا الحق بالمستفيد وحده.

وإذا كان لنا أن نقدر مدى الاعتماد على هذه النظرية كأساس لخطاب الضمان. فإننا نرى أن المادة ٢٠٧ مدني تعطي للمتعهد «البنك» الحق في أن يتمسك في مواجهة المستفيد بكل الدفعات التي تنشأ له من عقد الاشتراط والتي كان له أن يتمسك بها في مواجهة المشتري.

ومعنى ذلك هو ربط عقد الاشتراط بعقد خطاب الضمان أي تبعية التزام البنك لالتزام العميل ومن ثم فإن الأخذ بهذا الرأي يعطل الغرض الاساسي من خطاب الضمان وهو دفع البنك للمستفيد عند أول مطالبة دون نظر إلى علاقة البنك بالعمل أو علاقة العميل بالمستفيد. وذلك لأن تعهد البنك بالالتزام بما جاء في خطاب الضمان هو تعهد مستقل تحكمه العبارات والشروط الواردة في الخطاب نفسه دون أن يتوقف هذا الالتزام على شيء عدا نطاق خطاب الضمان، أما وأن خطاب الضمان يكون مرتبطا بالعقد ما بين العميل والبنك بحيث يعطى البنك حق ائارة جميع الدفعات الناجمة عن هذا العقد في مواجهة المستفيد والتي يمكن للبنك أن يثيرها في مواجهة العميل، فإن في هذا تعطيلاً لوظيفة خطاب الضمان في العمليات المصرفية وبالتالي الرجوع إلى فكرة التأمين النقدي بدلا منه. الأمر الذي لا يخدم الأطراف المعنية على اختلاف أغراضها،

١ - انظر: سميحة القليوبي - النظام القانوني - لخطابات الضمان ص/ ٧٥

كما أن من خصائص خطاب الضمان أنه لا يجوز المساس بحق المستفيد الناجم عن الخطاب متى وصل إلى علمه، بينما نجد في الاشتراط لمصلحة الغير أنه يجوز للمشتراط دون ورثته أو دائنيه أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المستفيد للمشتراط أو المتعهد رغبته في الافادة منها ما لم يتعارض ذلك ومقتضيات العقد «م ٢٠٨ / ١ مدني» وفي هذا اختلاف واضح بين الاشتراط لمصلحة الغير وعقد خطاب الضمان مما يجعلنا نميل إلى الرأي الذي لا يرى في هذه النظرية أساسا صالحا لعقد خطاب الضمان^(١).

المطلب الرابع

الإرادة المنفردة

من المادة ٢٢٠ مدني كويتي على أن:

١ - إل رف القانوني الصادر بالارادة المنفردة لا ينشئ التزاما ولا يعدل في التزام قائم ولا يبيئه، إلا في الاحوال الخاصة التي ينص عليها القانون.

٢ - فإن قضى القانون بنشوء الالتزام أو بتعديله أو بانقضائه بمقتضى التصرف الصادر بالارادة المنفردة، سرى على هذا التصرف ما يسري على العقد بوجه عام من أحكام القانون، الا ما كان منها متعارضا مع قيام التصرف على الارادة الواحدة وعلى الأخص ما تعلق بتوافق ارادتي طرفي العقد.

يتبين من النص أن الارادة المنفردة لا تنشئ التزامات ولا تعدل التزامات قائمة أو تلغىها إلا أن يرد في ذلك نص قانوني.

ومع ذلك قال بعض الفقهاء^(٢) أن الارادة المنفردة وإن كانت لا تنشئ التزاما إلا في الاحوال التي نص عليها القانون، الا أنها مع ذلك مصدر مباشر لما تنشئ وأن القوانين الحديثة تجعل من الارادة المنفردة مصدرا من مصادر الالتزام بل أن القانون المدني الكويتي قد جعل الارادة المنفردة المصدر الثاني للالتزام بعد العقد وخصص له المواد من ٢٢٠ - ٢٢٦ مدني.

ومؤدى هذا الرأي امكانية تأسيس خطابات الضمان على الارادة المنفردة والتي يصعب تأسيسها على غيرها، ويقول أصحاب هذا الرأي^(٣) في هذا الشأن أن الضمان

١ - انظر: سميحة القليوبي - المرجع السابق - ص/ ٧٩ وبعبكس ذلك انظر: محي الدين اسماعيل - المرجع السابق - ص/ ٤٦٣

- انظر: في هذا الرأي في سميحة القليوبي - النظام القانوني لخطابات الضمان - ص/ ٨٤

- انظر: محمد حسني عباس - مرجع سابق ص/ ١٥٨ - علي جمال الدين خطابات الضمان المصرفية - ص ١٢٩ وما بعدها.

لا ينشأ عن علاقة العميل بالمستفيد أو عن علاقة العميل بالبنك لأن هذا العقد مقصور على طرفيه وإنما ينشأ حق المستفيد في مواجهة البنك من تعبير البنك عن إرادته في ذلك . وهذا التعبير ليس له شكل خاص وإن كان يطلب أن يكون مكتوباً لأن هذا الخطاب هو الذي يتضمن شروط الضمان كلها ويمتنع النظر في علاقة أخرى أو وثيقة أخرى لاستكمالها أو تفسير عباراته .

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو في الوقت الذي يلتزم فيه البنك أمام المستفيد فهل يلتزم بمجرد اصدار الخطاب بإرادته المنفردة بحيث لا يحتاج إلى قبول المستفيد؟ لقد تعددت الآراء، في هذا الشأن^(١) والراجح منها أن البنك يلتزم بمجرد اصدار خطاب الضمان ووصوله إلى علم المستفيد الذي يفترض متى تم تسليمه الخطاب إذ يعتبر قبولاً ضمناً له خاصة إذا تسلمه وسكت عن الاعتراض على أي عنصر فيه^(٢) . وقد تعزز هذا الرأي بحكم محكمة النقض المصرية^(٣) الذي جاء فيه أن هذه هي حدود التزام البنك كما بينها البنك في الخطاب المنشئ لالتزامه قبل المستفيد، فالبنك يلتزم بمجرد اصداره الخطاب ولا يلتزم إذا لم يصدره ولو اتفق مع العميل على أن يضمه قبل المستفيد لأن هذا الاتفاق يظل مقصوراً على طرفيه دون أن يكون للمستفيد أن يتمسك به ولكن يجب لالتزام البنك بالخطاب أن يصل إلى علم المستفيد وليس معنى ذلك أنه لا يلزم قبول المستفيد بحيث يلتقي مع إيجاب صادر من البنك بل أن البنك يلتزم بإرادته وحدها وهي كافية لذلك ولكن معنى اشتراط وصول هذه الإرادة إلى المستفيد أن البنك يستطيع الرجوع في إرادته طالما لم يصبح للمستفيد حق نهائي على البنك . وقد رتب دعاة هذا الرأي على التزام البنك في خطاب الضمان بإرادته المنفردة ما يلي :

١ - لا يشترط أن يقبل المستفيد خطاب الضمان بل يكفي أن يصل إلى علمه ويفترض العلم متى تم تسليم المستفيد خطاب الضمان، فالخطاب ليس عقداً بين البنك والمستفيد^(٤) .

١ - انظر: تفصيل ذلك في علي جمال الدين، خطابات الضمان: المصرفية ص ١٣٠ .

٢ - انظر: مصطفى مرعي - خطابات الضمان عملياً ونظرياً فبراير ١٩٧٥ محاضرة في معهد الدراسات المصرفية - القاهرة ص ٢٨ .

٣ - انظر: حكم النقض المصرية طعن رقم ١٠١٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ٣٠ ديسمبر ١٩٨٥، مشار إليه في: خطابات الضمان المصرفية للدكتور علي جمال الدين - ص ١٣١ .

٤ - انظر: الدكتور - اسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول - ١٩٦٤ - ص/ ٣٢٣ .

٢ - التزام البنك بارادته المنفردة جعل التزامه باتا ونهائيا بمجرد صدوره ووصوله إلى علم من وجه اليه ، وبالتالي فلا يجوز للبنك الرجوع في التزامه أو تعديله وفي هذا الصدد تقول محكمة النقض المصرية^(١) أن خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والعميل إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل إذ يلتزم البنك بموجب خطاب الضمان وبمجرد اصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا المستفيد باعتباره حقاً يحكمه خطاب الضمان . أما قبل وصول خطاب الضمان إلى علم المستفيد فإن للبنك أن يرجع في خطاب الضمان لأنه لا يزال في حوزة البنك وتحت يده فله أن يحبسه أو يعدله أو يعدمه بل له أن ينقضه قبل أن يصل إلى علم المستفيد منه ، وما ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة في التعبير عن الارادة « لا يكون للتعبير عن الارادة أثر، اذا وصل الى من وجه اليه عدول عنه ، قبل وصوله أو في نفس وقت وصوله » المادة ٣٧ مدني كويتي .

٣ - كما يترتب على التزام البنك بارادته المنفردة أنه يلتزم بصفته أصيلاً وليس نائباً عن العميل وفي هذا الشأن تقول محكمة النقض المصرية^(٢) أن البنك في التزامه بخطاب الضمان إنما يلتزم بصفته أصيلاً قبل المستفيد لا بوصف كونه نائباً عن عميله ، كما تقول^(٣) ان البنك مصدر خطاب الضمان لا يعتبر وكيلاً عن العميل في الوفاء للمستفيد بقيمة خطاب الضمان بل أن التزام البنك في هذا لحسابه التزام أصيل .

ومع ذلك تعرضت هذه النظرية للنقد من الجوانب التالية^(٤) :

١ - أن خطاب الضمان ينشئ حقاً للمستفيد وفي ذات الوقت يضع التزاماً على العميل كالالتزام بدفع غطاء الخطاب ودفع عمولة الخطاب والمصاريف التي قد يتكبدها البنك في سبيل إصدار الخطاب ، وما دامت الارادة المنفردة أساساً لالتزام البنك بخطاب الضمان فكيف يمكن إلزام العميل بأن يغطي إلتزامات البنك الناجمة عن إلتزامه بارادته المنفردة .

١ - انظر: طعن رقم ٢٩٤ سنة ٣٥ ق جلسة ٢٧/٥/٦٩ س ٢٠ ص/٨١١، الطعن رقم ١٠٦ سنة ٣٧ ق و ١١ سنة ٤٠ ق جلسة ١٤/٣/٧٣ س ٢٣ ص/٤٠١

٢ - طعن رقم ٣٧٠ سنة ٢٩ ق جلسة ١٤/٥/٦٤ س ١٥ ص/٦٩١ .

٣ - الطعن رقم ١٠٦ سنة ٣٧ و ١١ سنة ٤٠ ق مشار اليها سابقاً .

٤ - انظر: في نقد هذه النظرية مفصلاً محي الدين اسماعيل ص/٤٣٩ وما بعدها .

٢ - ان فكرة اصدار خطاب الضمان لا توصف بأنها إلزام جديد يقوم به البنك من تلقاء نفسه حتى يمكن اعتبار إلتزامه بارادة منفردة، وانما يأتي إلتزامه قبولاً لإيجاب من العميل لاصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد، وبالتالي يكون قبول البنك قد اقترن بإيجاب العميل أي أن تصرفه عقدي لا بارادة منفردة ولا ضرورة أن يكون الايجاب والقبول في ورقة واحدة وذلك كما هو الحال في التعاقد بالمراسلة، وتظهر ارادة العميل من مقدمة الخطاب إنه وبناء على طلب «العميل» بخصوص عملية كذا وفي ذلك توضيح كاف لإرتباط الخطاب بطلب العميل لإرتباط الإيجاب بالقبول لتكوين العقد.

٣ - الارادة المنفردة تظهر نابعة من ذات الملتزم بها كالموصى مثلاً اما في حالة خطاب الضمان فارادة البنك نابعة من طلب العميل إلى البنك لاصدار خطاب الضمان وفق شروط معينة.

وهكذا يتضح عجز النظريات التي قيلت في إيجاد أساس قانوني لخطابات الضمان المصرفية مما يتطلب البحث عن ذلك الأساس في نطاق النظام المصرفي نفسه.

المطلب الخامس

رأيتنا في أساس خطاب الضمان المصرفي

الواقع ان عملية إصدار خطاب الضمان من عمليات البنوك التي أنشأها العرف التجاري المصرفي وجرى في شأنها على اساليب وقواعد استقرت على مر السنين، فخطاب الضمان المصرفي بمعناه الفني أي - المجرد نظام من صنع المصارف ويصعب رده إلى أحد أنظمة القانون المدني المعروفة، بل يكفي أن نسنده كغيره من عمليات المصارف إلى الأعراف المصرفية التي إستقر العمل بها منذ سنين ودعت الحاجة إلى الاعتراف بها في جميع مصارف العالم، ومن ثم قامت غرفة التجارة الدولية بوضع تقنين موحد للضمانات المطلوبة والكفالات عام ١٩٨٦ ليكون هادياً لجميع العاملين في مجتمع المال الدولي فيتبنوا الأحكام الواردة في هذا التقنين اختياراً لا اجباراً على أمل تصعيد العمل المصرفي في هذا المجال، ولذا فلا حاجة لردها إلى أصول قانونية قديمة لم تعرف مثل هذه الأنواع من المعاملات المصرفية. وبالتالي فلا يوجد ما ينقص من شأن الاعتراف بهذه العمليات المصرفية كابتكارات عرفية استقر العمل بها فأصبحت بمنزلة القانون غير المكتوب ان لم تكن أقوى منه في جميع مصارف العالم والدوائر التجارية،

وكفى شهيدا على قوتها انتشارها والاعتراف بها والاعتداد بها أمام المحاكم التي لخصت التزام البنك المستقل في أن أساسه إرادة الطرفين البنك والعميل المستندة إلى العرف التجاري^(١) الذي أقره القضاء .

وهكذا نكون قد عالجنا خطاب الضمان المصرفي كما ورد في قانون التجارة الكويتي رقم ٢٨ لسنة ٨٠ وهو من التشريعات القلائل في المنطقة العربية التي تطرقت إلى خطاب الضمان المصرفي وأفرن من ٣٨٢ إلى ٣٨٧ حيث حسمت بذلك الجدل. حول كثير من الأمور المتعلقة به وأهمها التعريف بخطاب الضمان، ذلك أن هذا الخطاب هو مخلوق عرفي من صنع المصارف ذاتها أوجبته الضرورات العملية في عالم التجارة والمال بحيث سد فراغا تشريعيا في مجال استخدامه بعد أن عجزت الأنظمة المشابهة خاصة الكفالة عن القيام بدوره.

اننا جهدنا في احاطة هذا البحث المتواضع باطار شامل لجميع جوانب خطاب الضمان علنا نكون قد أسدينا بذلك خدمة إلى رجال القانون والقضاء والمصارف ورجال الأعمال على اختلاف اهتماماتهم راجيا من الله التوفيق والسداد.

أولاً: باللغة العربية :

- ١ - د. أحمد حسني : قضاء النقص التجاري - أحكام محكمة النقض المصرية في خمسين عاما (١٩٣١ . ١٩٨١) الاسكندرية - ١٩٨٢ .
- ٢ - أحمد زكي الحسيني وفاروق غلاب - خطابات الضمان أو الكفالات المصرفية بحث مقدم إلى مؤتمر المحامين العرب - القاهرة - ١٩٦١ .
- ٣ - د. اسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول - ١٩٦٤ .
- ٤ - د. السيد محمد اليامي - الاعتماد المستندي والطبيعة القانونية للالتزام البنك رسالة دكتوراه - القاهرة - ١٩٧٥ .
- ٥ - الياس ناصيف - الكامل في قانون التجارة - عمليات التجارة - عمليات المصارف - الجزء الثالث - بيروت - ١٩٨٣ .
- ٦ - راغب حبشي - خطابات الضمان - محاضرة ألقيت في معهد الدراسات المصرفية - القاهرة - ١٩٦٠ .
- خطابات الضمان من الوجهة العملية - محاضرة ألقيت في معهد الدراسات المصرفية - القاهرة - ١٩٦٩ .
- ٧ - د. رضا عبيد - القانون التجاري - القاهرة - ١٩٨٤ .
- ٨ - د. سليمان مرقس - عقد الكفالة - ١٩٥٩ .
- ٩ - د. سميحة القليوبي - الموجز في القانون التجاري - القاهرة ١٩٧٦ - النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف وبالنسبة للغير - بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد بكلية الحقوق جامعة القاهرة - العددان الأول والثاني من السنة الثانية والاربعين ونشرته الشركة المصرية للطباعة والنشر - ١٩٧٣ .
- ١٠ - د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثالث . - الوجيز في شرح القانون المدني - طبعة ١٩٦٦ .
- ١١ - د. عبد الفتاح عبد الباقي - التأمينات الشخصية والعينية ١٩٥٠ . - أحكام الالتزام في القانون الكويتي - الكويت ٧٤/٧٥ .
- ١٢ - عبد المعين جمعة - موسوعة القضاء في المواد التجارية - القاهرة - ١٩٦٧ .
- ١٣ - د. علي البارودي - العقود وعمليات البنوك التجارية ١٩٦٦ .

- ١٤ - د. علي جمال الدين عوض - عمليات البنوك من الوجهة القانونية - القاهرة ١٩٦٩ - الكفالة المصرفية في القانون الاردني ، محاضرة القيت في نقابة المحامين الاردنيين في ديسمبر ١٩٨٥ ومنشور في مجلة نقابة المحامين الاردنيين اعداد ١ - ٣ ديسمبر/مارس ٨٨ السنة ٣٦ - خطابات الضمان المصرفية - القاهرة ١٩٩١ .
- ١٥ - علي العريف - شرح القانون التجاري المصري - الجزء الأول - الطبعة الثانية ١٩٥٩ .
- ١٦ - د. غريب الجبال - المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الاسلامية والقانون - القاهرة - ١٩٧٨ .
- ١٧ - فخر الدين محمد جعفر الحسيني - نظرات في قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ - بغداد - ١٩٨٥ .
- ١٨ - د. فتحي والي - التنفيذ الجبري - ١٩٧١ .
- ١٩ - د. محسن شفيق - الوسيط في القانون التجاري - الجزء الثاني سنة ١٩٥٢ .
- ٢٠ - د. محمد حسني عباس - عمليات البنوك - القاهرة ١٩٧٢ .
- ٢١ - د. محمد شكري سرور :
- الاحكام العامة للالتزام - دار الفكر العربي القاهرة ٨٤ - ١٩٨٥ .
- محاولة لتأصيل أحكام الكفالة العينية ، دار الفكر العربي القاهرة ١٩٨٦ .
- التأمين ضد الاخطار التكنولوجية - دار الفكر العربي القاهرة ١٩٨٧ .
- ٢٢ - د. محمود سمير الشرقاوي - القانون التجاري - الجزء الثاني - القاهرة ١٩٨١ .
- ٢٣ - د. محمود الكيلاني - عمليات البنوك - الجزء الأول - الكفالات المصرفية وخطابات الضمان - عمان ١٩٩٢ .
- ٢٤ - د. محمي الدين اسماعيل علي الدين - العمليات الائتمانية أو البنوك وضماناتها - القاهرة ١٩٧٥ .
- ٢٥ - د. مراد منير فهم - القانون التجاري - العقود التجارية وعمليات البنوك - الاسكندرية ١٩٨٢ .
- ٢٦ - مصطفى مرعي - خطابات الضمان عمليا ونظريا - محاضرة أُلقيت في معهد الدراسات المصرفية - القاهرة ١٩٧٥ .
- ٢٧ - د. يعقوب يوسف صرخوه - العقود التجارية في القانون التجاري الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ - طبعة أولى - الكويت ١٩٨٦ - عمليات البنوك من الوجهة

القانونية في القانون الكويتي - الكويت ١٩٨٨ - الوسيط في شرح القانون
البحري الكويتي دراسة مقارنة ١٩٨٨ .

ثانياً: باللغة الأجنبية :

أ - بالانجليزية :

Clive Schmitthoff – Cive Schmithoff's Export trade-8th ed. London
1980.

Ivan Meznrics – Law of Banking in East West Trade, Leyden 1973

ب - بالفرنسية :

1. Thèses et ouvrages généraux et speciaux

ANCEL (Pascal) Droit du credit. Litec 1986

Aubray et Rau – Cours d Droit Civil Français

BILLAU: La délégation de créance. L.G.D.J. 1989

Conf. Bontoux – de lettre de crédit commercial Banque 1985

DE PAGE: Traité de droit civil To: 6

DOMM: Les garanties bancaires dans le commrce internatioanle.
berne 1986

GAVALDA (Christian) et STOUFFLET (jean): Droit bancaire (in-
stitutiosn – comptes – opératis - svices). Litec 1992.

Jacques Feronniere – Les operation de Banque 1958

Jean Escarra: Principe de Droit Commercial Tome VI

Jeyssie (B) s groupes de Contrats, Paris 1975

LANGE (Rives) et RAYNAUD (Contamine): Droit bancaire Daloz 5
éd. 1990.

Lurreu met Les operatiосn juridiques á trois personnes thèse, Bor-
deaux 1968

MOATTI – Garantie á premiere demande: autonomie de la contre –
garantie. Journnot 1991.

MOULY (Christian): Les causes d'extinction du cautionnement 1979

POULET: L'abstraction de la garanti bancaire automatique. Thèse
Louvain 1982.

POULLET: Les garanties contractueles dans le commerce interna-
tional (Droit et pratique du commerce international), Paris 1979

PRUM: l'autonomie des garanties á premiere demande. Thèse (dac-
tyl...) Moutpellier 1992.

RIPERT (Georges): Traité Elementaire de Droit Commercial 3 et 9 éd.
RIPERT (Georges) par ROBLOT (Rene): Traité de droit Commercial
13 ed. L.GD.J. 1992

SIMILER (PH) Le cautionnement. Itec 1982

WATTIEZ: Le cautionnement bancaire. éd. Sirey 1984

2. Articles

BONTOUX: Les garanties bancaires dans le commerce international.
B.D 1982-171

GAVALDA (c) et STOUFFLET (j)

*La lettre de garantie internationale. R.D.C. 1980 p. 1 et 5

*Droit des garanties bancaires dans les contrats internationaux (Colloque de Torus 1980)

HANNOUN: Réflexions sur la distinction de la fraude et de l'abus dans les garanties à premiere demande. Rev. dr. banc. 1988-187

LANGE (Rives): Existe-il en droit français des engagements abstrait pris par le banquier? B.D 1985-902.

RAYMAUD (Contamine): Les rapports entre la garantie a premiere demande et le contrat de base en droit français (in Melange ROBLOT). L.G.D.J. p. 413

REMOND-GOUILLOUD (M): L'influence du rapport caution - débiteur sur le contrat de cautionnement j.c.p. 1977 dact-2850.

SIMLER (ph):

*Les solutions de rechange au cautionnement. j.c.p. 1990-1-3427.

*A propos des garanties autonomes de droit interne souscrites par des personnes physiques. j.c.p. ed. E 1991-1-90

STOUFFLET (j):

*La garantie bancaire à premiere demande. j.d.i. 1987-2265

*Les garanties indépendantes et le rôle des banques. B.B. 1987-11

3. Notes de Jurisprudence

AYNES: Note sous: Cass (com) 2.2.1988 D 1988-133

BANDRAC: Cass (Com) 2.2.1988 R.D.C. 1988-794

BLANC : Paris 27.6.1990 D. 1992-30

BOULOC: Paris 27.10.1981 j.c.p. 1982-2-19702

CABRILLAC: Cass (com) 18.12.1990 R.D.C. 1991-627

CABRILLAC et TEYSSIE:

Paris 27.10.1981 R.D.C. 1982-281

Cass (com) 20.12.1982 R.D.C. 1987-234 et 557

Cass (com) 8.12.1987 R.D.C. 1988-479

Paris 27.6.1990 R.D.C. 1991-81

GAVALDA et STOUFFLET: Cass (com) 20.11.1985 j.c.p. 1986-1-32654

HASSLER: Paris 27.6.1990 j.c.p. ed. E 1991-2-119

LANGE (Rives):

Cass (com) 20.12.1982 B. [1986-87]

Cass (com) 19.2.1991 B.D. 1991-429

MARCH: Paris 29.10.1982 G.P. 1983-1-29

MATTOUT: Cass (com) 8.12.1987 BD 1988-26

PIEDELIEVRE

Cass (com) 20.12.1982 G.P. 1983-1-pan-110

Cass (com) 21.5.1985 G.P. 1985-2-770

Cass (com) 11.12.1985 G.P. 1986-1-281

Cass (com) 10.6.1986 G.P. 1987-1-75

RAYNAUD (Contamine:

Cass (com) 10.6.1986 Redr.banc. 1987-18

Cass (com) 8.12.1987 Revdr. banc. 1988-102

Cass(com) 2.2.1988 Rev.dr.banc. 1988-133

Paris 28.6.1989 Rev.dr.banc. 1990-48

Cass(com) 5.12.1989 Rev.dr.banc. 1990-139

Paris 27.6.1990 Rev.dr.b.nc. 1991-27

STOUFFLET:

Paris 24.11.1981 j.c.p. 1982-2-19876

Paris 17.1.1983 j.c.p. 1933-2-19966

Cass (com) 27.11. et 12.12.1984 et 5.2.1985 j.c.p. 1985-2-20436

Cass(com) 21.5.1985 j.c.p. 1986-2-20593

Cass(com) 11.12.1985 jc.p. 1986-2-20593
Cass(com) 20.1.1987 j.c.p. 1987-2-20764
Cass(com) 20.6.1987 j.c.p 1987-2-20760

VALLENS: Paris 24.10. 1989 j.c.p. 1990-2-2144

VASSEUR:

Paris 24.11.1981 D. 1982-296
Paris 12.2.1982 et BruxeLe 6.4.1982 D. 1982-504
Cass(com) 25.3.1982 D. 1982-i.r. -301
Paris 29.10.1982 D. 1983-i.r. -301
Cass(com) 20.12.1982 D 1983-365
Cass(com) 255.1983 D 1983-i.r.-484
Cass(com) 25.5.1983 D 1984-420
Paris 24.1.1984 D 1984-ir. 203
Cass(com) 27.11 et 12.12.1984, et 5.2.1985 D 1985-269
Cass(com) 20.11.1985 D 1986-213
Cass(com) 21.5.1985 D 1986-214
Cass(com) 11.12.1985 D 1986-213 (2 esp)
Cass(com) 29.4.1986 D 1987-17
Cass(com) 20.11.1987 D 1987-Som(com)-117
Cass(com) 8.12.1987 D 1988-Som(com)-240
Paris 13.12.1987 D 1987-Som(com) - 172
Paris 14.12.1987 D 1988-Som(com) - 249
Cass(com) 2.2.1988 D 1988-Som(com) - 239
Paris 12.12.1988 D 1990-Som(com) - 208
Paris 28.6.1989 D 1991-Som(com) - 208
Cass(com) 52.1989 D 1990-Som(com)-213
Paris 27.6.1990 D 1991-Som(com)-196
Cass(com) 30.10.1990 D 1991-Som(com)-197
Cass(com) 8.12.1990 D 1991-Som(com)-193
Cass(com) 25.3.1991 D 1991-Som(com)-202

ثالثا : الدوريات

- ١ - مجلة نقابة المحامين الاردنيين - تصدر عن نقابة المحامين الاردنية - عمان .
- ٢ - مجلة القانون والاقتصاد - يصدرها اساتذة كلية الحقوق / جامعة القاهرة .
- ٣ - مجلة القضاء والقانون - يصدرها المكتب الفني بوزارة العدل في دولة الكويت .

- ٤ - مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية في المسائل المدنية والتجارية اصدار المكتب الفني .
- ٥ - مجلة المحاماة المصرية - تصدر عن جمعية المحامين المصرية .
- ٦ - مجموعة القواعد التي قررتها محكمة التمييز - يصدرها المكتب الفني محكمة الاستئناف العليا - وزارة العدل - دولة الكويت .

ABBREVIATIONS

- B.D.** Banque et droit: Supplement bimestriel de la revue Banque
D: Dalloz
G.P.: La Gazette du Palais
j.c.p. jurisclasseur périodique (La semaine juridique)
j.c.p. (ed.E) Jurisclasseur périodique (La semaine juridique), édition entreprise
J.D.I.: Journal du droit international
R.D.C. Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
Rev. dr.banc.: Revue de droit bancaire et de la bourse
R.J.D.A.: Revue de jurisprudence de droit des affaires
R.T.D.C.: Revue trimestrielle de droit civil.

المحتويات

١١	مقدمة:
١٣	خطة البحث
١٤	فصل تمهيدي
١٤	تعريف خطاب الضمان:
١٨	اهمية خطابات الضمان:
٢٣	النصوص التشريعية «التي تحكم خطاب الضمان»:
٢٤	الفصل الأول: اصدار خطاب الضمان
٢٤	المبحث الأول: العقود «أو الاتفاقات» الممهدة لاصدار خطاب الضمان
٢٩	المبحث الثاني: الضمانات المقدمة للبنك لاصدار الخطاب «غطاء خطاب الضمان المصرفي»
٣٠	المطلب الأول: أنواع غطاء خطاب الضمان
٣٥	المبحث الثاني: مقدار غطاء خطاب الضمان
٣٧	المبحث الثالث: عناصر خطاب الضمان والمبادئ التي يجب أن تعكسها بياناته
٣٧	المطلب الأول: عناصر خطاب الضمان
٤٦	المطلب الثاني: المبادئ التي يجب أن تعكسها بيانات خطاب الضمان «خصائص خطاب الضمان»
٥٩	المبحث الرابع: أنواع خطابات الضمان التي تصدرها البنوك
٦٠	المطلب الأول: أنواع خطابات الضمان من حيث اسلوب الوفاء بقيمتها
٦١	المطلب الثاني: خطابات الضمان من حيث الغرض أو الالتزام المضمون
٦٨	المطلب الثالث: أنواع خطابات الضمان من حيث مكان اقامة الأمر أو المستفيد
٧٢	الفصل الثاني: أحكام خطاب الضمان
٧٢	المبحث الأول: العلاقات التي يستثيرها خطاب الضمان والالتزامات الناشئة عنها

المطلب الأول: العلاقة بين العميل والبنك والالتزامات الناشئة عنها	٧٢
المطلب الثاني: العلاقة بين البنك والمستفيد والالتزامات الناشئة عنها	٧٥
المطلب الثالث: العلاقة بين المستفيد والعميل والالتزامات الناشئة عنها	٨٠
المبحث الثاني: مدى قابلية كل من قيمة خطاب الضمان وغطاء الخطاب للحجز	٨١
المبحث الثالث: انقضاء خطاب الضمان	٨٥
المطلب الأول: أسباب انقضاء التزام البنك في خطاب الضمان	٨٦
المطلب الثاني: الآثار المترتبة على انقضاء خطاب الضمان المصرفي	٩١
المبحث الرابع: الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي	٩٢
المطلب الأول: الكفالة	٩٢
المطلب الثاني: الانابة الناقصة	٩٥
المطلب الثالث: الاشتراط لمصلحة الغير	٩٨
المطلب الرابع: الإرادة المنفردة	١٠٠
المطلب الخامس: رأينا في أساس خطاب الضمان المصرفي	١٠٣
الخاتمة :	١٠٥
المراجع :	١٠٦