

جامعة النجاح الوطنية
كلية الدراسات العليا

مدى الالتزام القانوني للبنك في خطاب الضمان

إعداد

عبدالرحمن قيصر شوقي يعيش

إشراف

د. نعيم سلامه

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص
بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس _ فلسطين.

2018

مدى الالتزام القانوني للبنك في خطاب الضمان

إعداد

عبدالرحمن قيصر شوقي يعيش

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ 20 / 6 / 2018م، وأجيزت.

أعضاء لجنة المناقشة

- د. نعيم سلامة / مشرفاً ورئيساً

- د. محمد القيسي / ممتحناً خارجياً

- د. غسان خالد / ممتحناً داخلياً

التوقيع

.....

.....

.....

الإهداء

إلى سيدي وقدوتي وحببي الرسول محمد عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم.
إليك أُمِّي.. قطرة في بحرك العظيم.. حباً وطاعة وبرا.
إلى والدي أطال الله بقاءه، وألبسه ثوب الصحة والعافية، ومتعني ببره ورد جميله.
إلى أخوتي وجميع أقاربي.
إلى جميع الزملاء والأصدقاء.
إلى أرواح شهداء وطننا الحبيب.
إلى أسرانا البواسل، إلى جرحانا الأبطال.
إلى وطني الحبيب ،،، فلسطين.

أهدي هذا العمل.

الشكر والتقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

عملاً بقوله تعالى " وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ ... "

بعد شكر الله تعالى،،، أتقدم ببالغ الامتنان وجزيل الشكر والعرفان، إلى كل من علمني ووجهني، وأخذ بيدي في سبيل إنجاز هذه الدراسة وأخص بذلك مشرفي ، الدكتور الفاضل " نعيم سلامه " .
على جهوده الجبارة.

كما أتقدم بوافي الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين تفضلوا بقبول مناقشتي في هذه الدراسة.

وفي النهاية لا يسعني إلا أن أشكر كل من ساهم في إنجاز هذا العمل المتواضع ووضع بصمته
المنتجة في هذه الدراسة، فلكم مني كل الحب والتقدير والاحترام .

الإقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان

مدى الالتزام القانوني للبنك في خطاب الضمان

أقر بأن ما شملت عليه الرسالة هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة كل أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أي درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أي مؤسسة علمية أو بحثية .

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degrees or qualifications.

Student's Name:

اسم الطالب:

Signature

التوقيع:

Date

التاريخ:

فهرس المحتويات

الإهداء	ب
الإقرار	هـ
فهرس المحتويات.....	و
الملخص.....	ي
المقدمة:.....	1
المبحث التمهيدي: الإطار العام لخطاب الضمان.....	9
المطلب الأول: مفهوم خطاب الضمان	10
المطلب الثاني: صور الضمانات الخارجية	15
الفصل الأول: التنظيم القانوني لالتزام البنك في خطاب الضمان.....	20
المبحث الأول: ماهية التزام البنك الضامن في خطاب الضمان	21
المطلب الأول: التزامات البنك الضامن.....	21
الفرع الأول: إصدار خطاب الضمان والالتزام بمضمونه.....	22
الفرع الثاني: إخطار العميل بوفاء مبلغ الضمان للمستفيد.....	26
الفرع الثالث: القيام بوفاء قيمة الخطاب للمستفيد.....	27
الفرع الرابع: التزام البنك بإرجاع غطاء خطاب الضمان للعميل الأمر.....	29
الفرع الخامس: الالتزام بفحص مطالبة الدفع من المستفيد.....	31
المطلب الثاني: خصائص التزام البنك في خطاب الضمان	34

35.....	الفرع الأول: أن يكون التزام البنك الضامن مجرداً
37.....	البند الأول: استقلال التزام البنك تجاه المستفيد عن علاقته بالعميل الأمر
39.....	البند الثاني: استقلال التزام البنك عن علاقة العميل الأمر بالمستفيد
44.....	الفرع الثاني: أن يكون التزام البنك الضامن مباشراً
45.....	الفرع الثالث: أن يكون التزام البنك الضامن باتاً ونهائياً
48.....	الفرع الرابع: أن يكون التزام البنك الضامن فورياً
50	المبحث الثاني: مدى استمرارية التزام البنك الضامن في خطاب الضمان
51	المطلب الأول: مظاهر سريان التزام البنك الضامن
51.....	الفرع الأول: التزام البنك خلال مدة سريان الخطاب
56.....	الفرع الثاني: تأثير حالات تجديد الخطاب على التزام البنك الضامن
56.....	البند الأول: توجيه المطالبة بمد أجل الخطاب
60.....	البند الثاني: تفسير المطالبة بمد أجل الخطاب
64.....	البند الثالث: المنهج العملي في تجديد خطاب الضمان
67	المطلب الثاني: الحالات التي لا تؤثر في التزام البنك المتسم بالاستقلالية
68.....	الفرع الأول: خطاب الضمان القابل للتخفيض
72.....	الفرع الثاني: شرط التجديد التلقائي لمبلغ الضمان
74.....	الفرع الثالث: وفاء مبلغ الضمان على دفعات
76	الفصل الثاني: الآثار الناتجة عن تنفيذ التزام البنك في خطاب الضمان
78	المبحث الأول: الغش في خطاب الضمان

79	المطلب الأول: مفهوم الغش المانع من الوفاء.....
80	الفرع الأول: تعريف الغش المانع من الوفاء.....
81	البند الأول: الاتجاه الموسع لمفهوم الغش المانع من الوفاء.....
82	البند الثاني: الاتجاه الضيق لمفهوم الغش المانع من الوفاء.....
84	الفرع الثاني: شروط الغش المانع من الوفاء.....
84	البند الأول: أن يكون الغش ظاهراً ثابتاً بدليل غير متنازع عليه.....
88	البند الثاني: صدور الغش ممن يحتج عليه.....
90	المطلب الثاني: مدى فاعلية الغش المانع من الوفاء.....
90	الفرع الأول: حالات الغش المانع من الوفاء.....
91	البند الأول: المطالبة بالوفاء من خلال تقديم مستندات مزورة أو جرى تزيفها.....
93	البند الثاني: الحالة التي لم يكن فيها السداد مستحقاً على الأساس الوارد في المطالبة.....
97	البند الثالث: المطالبة من المستفيد ليس لها أساس قانوني
107	الفرع الثاني: وسائل حماية العميل الأمر من غش المستفيد.....
107	البند الأول: التدابير القضائية المانعة من الوفاء.....
109	البند الثاني: مدى حق العميل الأمر باللجوء إلى التدابير القضائية قبل مطالبة المستفيد..
112	البند الثالث: مدى إمكانية الاحتفاء بالقضاء من غير العميل الأمر.....
115	المبحث الثاني: انقضاء التزام البنك الضامن في خطاب الضمان.
116	المطلب الأول: انقضاء خطاب الضمان بالوفاء.....
118	المطلب الثاني: انقضاء خطاب الضمان بغير الوفاء.....

119.....	الفرع الأول: انتهاء مدة صلاحية الخطاب دون أي مطالبة من المستفيد
120.....	الفرع الثاني: التقادم
123.....	الفرع الثالث: إعادة خطاب الضمان إلى البنك الضامن قبل انتهاء مدته
126.....	الفرع الرابع: استحالة التنفيذ
128	المطلب الثالث: آثار انقضاء التزام البنك الضامن في خطاب الضمان
132	الخاتمة
133	النتائج:
135	التوصيات :
137	المصادر والمراجع
B.....	Abstract

مدى الالتزام القانوني للبنك في خطاب الضمان

إعداد

عبد الرحمن قيصر شوقي يعيش

إشراف

د. نعيم سلامة

الملخص

إن بيان التزام البنك الضامن في خطابات الضمان بشكل خصوصي يساهم في معرفة الإتجاه العام لمثل هذه العمليات الائتمانية على صعيد القطاع المصرفي، نظراً للدور الذي يلعبه خطاب الضمان في الحياة الاقتصادية، فعند النظر إلى ما تتمتع به هذه العملية الائتمانية من ميزات أساسية نرى تميزها عن باقي صور العمليات المصرفية الأخرى.

فالتزامات البنك الضامن بموجب خطاب الضمان قائمة على مبدأ الاستقلالية، فالبنك سيلتزم بالوفاء للمستفيد بمجرد طلبه لمبلغ الضمانة خلال مدة الضمان أو أي مدة أخرى تم الاتفاق على سريان التزام البنك خلالها.

فالالتزامات المترتبة على البنك الضامن تقتضي منه التعامل مع المستفيد من الخطاب بصفته أصيلاً وليس نائباً عن عمليه، فالبنك سيباشر التزامه بصورة نهائية رغم معارضة عميله وممانعته للوفاء، ولا يكون للعميل في هذه الحالة إلا اللجوء للقضاء إن قدر أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد دون وجه حق أو أنه غير مدين، فعلاقة البنك بالمستفيد مجردة عن علاقة البنك بعميله أو علاقة العميل بالمستفيد.

غير أن مبدأ الاستقلالية بالنسبة لالتزام البنك لا يؤخذ على إطلاقه، ذلك أن التزام البنك قد يتعرض لبعض العوائق التي تهدد سريانه، فالغش الصادر من المستفيد يُحتم على البنك الضامن

عدم الوفاء بالتزامه متى كان الغش واضحاً ثابتاً بدليل لا غموض فيه، فهي حالة تستوجب انقضاء التزام البنك في خطابات الضمان دون الوفاء للمستفيد.

وبالحديث عن حالات الانقضاء الأخرى نرى أنها تتفاوت بحسب طبيعة الظروف التي كانت سبباً في انقضائها، فبعض الخطابات تنتهي بإتمام تنفيذ البنك للضامن لالتزاماته عن طريق الوفاء للمستفيد أو بما يقوم مقام الوفاء. والبعض الآخر ينتهي دون الوفاء للمستفيد كما هو الحال بالنسبة لإعادة الخطاب، أو التقادم، أو استحالة التنفيذ، أو الإبراء للعميل الأمر من قبل المستفيد.

المقدمة:

تؤدي البنوك التجارية دوراً مهماً في التنمية الاقتصادية والتجارية على الصعيدين الدولي والمحلي، نظراً لاتساع دائرة التجارة الدولية وتزايد العلاقات الاقتصادية والتجارية على وجه العموم بين المؤسسات والأفراد، فدور البنوك يعتمد على تمويل العمليات الائتمانية داخل الدولة وخارجها عن طريق تمويل استيراد وتصدير المواد الأولية والسلع الرأسمالية لدعم التنمية وزيادة الإنتاج وتحسينه، وهي إذ تمارس هذا الدور أو ذاك فإنما يتم ذلك عن طريق عمليات مصرفية تجسدها طائفة من العقود التجارية التي تربط ما بين البنوك وعملاتها.

وتتنوع عمليات الائتمان التي تمارسها البنوك بتنوع الهدف أو الغاية التي يمكن من خلالها رصد العمليات التجارية الموجبة للائتمان، وأياً ما كانت النشاطات التي يتوزع عليها الائتمان المصرفي فإن الأطر القانونية التي تربط ما بين البنك وعميله تختلف هي الأخرى، بل ولعل اختلاف عمليات الائتمان المصرفي ذاتها يؤثر بالضرورة على اختيار الإطار القانوني الذي يحكم هذه العملية أو تلك.

وعليه، فقد ابتدع العمل المصرفي خطابات الضمان، لتكون أداة في يد عميل البنك يستخدمها وقت الحاجة إليها، لتقوية ائتمانه وتعزيزه بمساعدة البنك الضامن في مواجهة المستفيد من الخطاب، بحيث قد يجد الشخص نفسه مضطراً إلى تقديم ضمان نقدي إلى شخص آخر لكي يقبل الأخير منحه أجلاً لإتمام عمله أو للتعاقد معه¹، فيلجأ العميل المطلوب منه تقديم الضمان إلى البنك الضامن ليتعهد الأخير بهذه الحالة بدفع مبلغ نقدي معيناً أو قابل للتعيين لصالح شخص يسمى المستفيد، لتكون هذه العملية صالحة لتأدية الوظيفة التي نشأ الخطاب من أجلها باعتباره بديلاً عن المقابل النقدي.

1. د. غسان خالد، د. أمين دواس: المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الفلسطيني، 2000، وزارة العدل الفلسطينية.

أهمية الدراسة :

تكمن أهمية هذه الدراسة بشكل أساسي عند تبيانها لعدة أمور رئيسة، منها تسليط الضوء على التطبيقات العملية الخاصة بموضوع الدراسة، وما أستقرت عليه التعاملات الجارية في البنوك التجارية في نحو موضوع الدراسة، إضافة إلى توضيح عملية الخطاب على المستويين المحلي والدولي، وما هي عليه القواعد القانونية والأحكام القضائية المعالجة لما يتولد عن هذه العملية من إشكاليات من الممكن أن تُشكل عقبة في سير تلك العملية.

كما تسعى هذه الدراسة أيضاً إلى إيجاد معايير واضحة وموجهة للعاملين في المؤسسات المصرفية التي توفر تلك الضمانات، بحيث يكون من شأن هذه الدراسة العمل على إدارة هذه العملية بشكل متكامل وبما يخدم ويعزز الالتزام الأصلي الملقى على عاتق البنك الضامن في خطاب الضمان.

منهج ومحددات الدراسة:

تم في هذه الدراسة اتباع المنهج الوصفي التحليلي المقارن، وذلك من خلال تسليط الضوء على الناحية الفقهية والقضائية والقانونية (المحلية منها والدولية)، حيث سيقوم الباحث بوصف النصوص القانونية المعالجة للالتزام البنك الضامن في خطاب الضمان ومقارنتها على المستوى الدولي المتمثل بالاتفاقيات الدولية كتلك التي اعتمدتها الجمعية العامة في (11) كانون الأول/ديسمبر (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، وأيضاً ما قرره غرفة التجارة الدولية بشأن القواعد الموحدة لخطابات الضمان، وذلك في نشرتها الأخيرة التي تحمل الرقم (758) والتي أصبحت نافذة في يوليو (2010) م.

إضافة إلى ما سبق، فإن تشريعات الدول المقارنة والمتمثلة بقوانين التجارة في كل من جمهورية مصر العربية والإمارات العربية المتحدة كانت هي الأخرى محل مقارنة، إضافة إلى ما استقرت عليه الأعراف المصرفية والتعاملات الجارية في البنوك الفلسطينية وما يحكمها من تعليمات خاصة

صادرة عن سلطة النقد معالجة للتسهيلات الائتمانية، إضافة إلى ما هو وارد في مشروع قانون التجارة الفلسطيني وما هو ملحق به وموضح له.

كما تهدف هذه الدراسة إلى تحليل بعض النصوص القانونية والآراء الفقهية التي قيلت في هذا الشأن وربط الأسباب بالنتائج، وبيان العيوب والثغرات التي تعترى بعضها وذلك في محاولة لإيجاد الحلول القانونية المناسبة لكل حالة على حدة، وذلك من أجل التوصل إلى دراسة وإجابة شافية للأسئلة التي تدور في أذهان الباحثين بصدد هذه العملية.

بيانات الدراسة:

استعمل الباحث نوعين من البيانات في مجال بحثه، الأول تمثل بالبيانات الأولية كما هو واضح من المقابلات الشخصية التي تم إجراؤها مع بعض المتخصصين في العمليات الائتمانية على صعيد القطاع المصرفي، وذلك لمحاولة توضيح آليات عمل البنوك الفلسطينية والمتعلقة بخطاب الضمان تمهيداً لابرار الوضع الفلسطيني في هذه الدراسة.

كما اعتمدت الدراسة على على البيانات الثانوية التي تنوعت بين المراجع الفقهية المكتوبة والأبحاث والدوريات المنشورة في هذا الشأن، حيث تناولت غالبيتها موضوع التزام البنك بصورة غير مباشرة، فمنها ما عالجت ضمن العمليات المصرفية وعمليات البنوك، إضافة إلى بعض الدراسات المتخصصة بذات الموضوع، وعليه سيتم الإشارة إليها بشكل أدق في قائمة المصادر والمراجع، بالإضافة إلى توضيح الجانب العملي لهذه الدراسة والمتمثل بالتطبيقات والاجتهادات القضائية التي تمت الإشارة إليها في متن البحث.

الدراسات السابقة:

هناك بعض الدراسات السابقة والتي عالجت المبدأ الأساسي المتمم بالاستقلالية والذي تركز عليه أغلب العمليات المصرفية التي يغلب عليها طابع الائتمان، كما أن هناك بعض الدراسات تناولت الالتزام الملقى على عاتق البنك الضامن سواء بشكل متخصص أو عن طريق الإشارة إليه

في الأحكام العامة للخطاب، كما تناولت بعض الدراسات جانباً آخر في عملية الخطاب يتمثل بالإشكال الذي يواجه البنك الضامن ويمنعه من استمرار التزامه تجاه من صدرت هذه الخطابات لصالحه، وعليه يمكن إجمال أهم هذه الدراسات بالآتي:

(1) خليل، فيكتور تادرس: **مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام (1995م)**. رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية - القاهرة، 2005. حيث تناولت هذه الدراسة مبدأ الاستقلال بشكل عام في مختلف جوانب عملية خطاب الضمان، وبالعلاقات الناشئة عنه والنتائج المترتبة عليها كالحجز والحراسة القضائية، إضافة إلى الاستثناءات الواردة عليها، في حين لم تعالج هذه الدراسة بعض المسائل التي ينوي الباحث إبرازها في بحثه ومنها التركيز على مبدأ الاستقلال من زاوية التزام البنك وما يترتب عليه من آثار قانونية، إضافة إلى تناول الاجتهادات القضائية الحديثة في مصر والإمارات العربية المتحدة التي تعتبر من الدول الناهضة في مجال الاستثمارات الخارجية المؤثرة على العمليات المصرفية، كما أن هذه الدراسة لم تتناول الأحكام الواردة في النشرة الأخيرة لغرفة التجارة الدولية رقم (758) بشأن الضمانات تحت الطلب لسنة (2010) كونها جاءت لاحقة لتلك الدراسة، وعليه سيتم توظيفها في خدمة مجريات البحث.

(2) مصطفى، عادل إبراهيم السيد: **مدى استقلال التزام البنك في خطاب الضمان والاعتمادات المستندية**، دار النهضة العربية - القاهرة. (1997م)، تناولت هذه الدراسة مبدأ الاستقلال في التزام البنك بشكل مخصص وما يتبعه من مظاهر تلحق بهذا التخصيص، كما تناولت الدراسة الاستثناءات الواردة على هذا الالتزام، وأيضاً تطرق البحث إلى المشاكل العملية التي يثيرها خطاب الضمان، في حين لم تتطرق هذه الدراسة إلى ما سيقوم به الباحث من معالجة لأحكام نشرة (758) الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بشأن الضمانات تحت الطلب لسنة (2010)، كونها جاءت لاحقة لها كما سبق الحديث في الدراسة السابقة، إضافة إلى تناول مشروع قانون التجارة الفلسطيني وما جاءت به التشريعات الخاصة بالانتمانات المصرفية والتعليمات المنظمة لهذه التعليمات على المستوى الفلسطيني، إضافة إلى ما درجت عليه البنوك المحلية في تعاملاتها .

3) عمر، سليمان رمضان محمد: **النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية**، ط1. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.(2009م). تناولت هذه الدراسة الأحكام العامة لخطاب الضمان من تعريف وأهمية وتميزه عن باقي العمليات المصرفية الأخرى، إضافة إلى الالتزامات المترتبة على أطراف عملية الخطاب، ثم تناولت مبدأ الاستقلال والاستثناءات الواردة على الخطاب وانتهاءً بانقضاء الخطاب. فبالرغم من إمكانية اعتبار هذه الدراسة شاملة للأحكام المعالجة لخطاب الضمان إلا أن ما سبق الحديث عنه في الدراسة السابقة ينطبق والحالة هذه من كونها لم تعالج الأحكام الخاصة بقواعد غرفة التجارة الدولية بنشرتها الأخيرة رقم (758) بشأن الضمانات تحت الطلب لسنة (2010)، بحيث سيتناولها الباحث إضافة إلى معالجة الأحكام القضائية الحديثة للدول محل المقارنة وما هي عليه القواعد القانونية الفلسطينية والأعراف المصرفية المحلية والمتعلقة بهذا الخصوص.

4) مصطفى، حمدي محمد: **الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية الأونسيفرال (1995م)** "دراسة مقارنة". بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون. الإمارات العربية. العدد (50). نيسان (2012م). تناولت هذه الدراسة أهم الإشكاليات التي يمكن أن يتعرض لها البنك الضامن في تنفيذ التزامه، بحيث ستعتبر وسيلة مانعة من الوفاء للمستفيد من الخطاب إن توافرت شروطها، بالتالي ركزت هذه الدراسة على جانب معين من جوانب الخطاب دون التطرق إلى غيرها من الأحكام التي سيعالجها الباحث في دراسته ومنها طبيعة التزام البنك الضامن بكافة أشكاله وما يترتب عليها من آثار قانونية.

5) أبو صد، عماد أحمد عيسى: **أحكام خطابات الضمان المصرفية**. (رسالة غير منشورة). الجامعة الأردنية. عمان. الاردن. 1995. تطرقت هذه الدراسة إلى خطاب الضمان بالمفهوم العام وما يلي ذلك من التقسيمات الشائعة كالمفهوم والطبيعة والأنواع والأهمية على الصعيد الاستثماري والتنموي وإجراءات الإصدار وصيغته والتزامات أطرافه وانتهاءً بحالات انقضائه، في حين لم تعالج هذه الدراسة مدى الالتزام القانوني للبنك وما يلحقه من فروع ذات صلة، وعليه تم تصنيفهما بالدراسات العامة.

6) فضل، مدثر عبدالله علي: الآثار القانونية لأطراف خطاب الضمان، رسالة ماجستير، معهد بحوث ودراسات العالم الإسلامي جامعة أم درمان. السودان. (2015م). تناولت هذه الدراسة الأحكام العامة للخطاب، كتعريفه وتمييزه عن الكفالة العادية، ونشأته وأهميته بالنسبة لباقي أطراف الخطاب، إضافة إلى تناول أنواع الخطاب وما يلحقها من تكييف شرعي وتمييزها عن باقي العمليات الأخرى التي قد تتشابه بعملية الخطاب، ثم تناولت الدراسة علاقات الأطراف مع بعضها البعض والتزامات كل طرف تجاه الآخر، وموقف الشريعة الإسلامية منها وانتهاءً بالحجز على قيمة الخطاب، وما يلحقه من تبعات تنهي التزام البنك الضامن في عملية الخطاب، وعليه لم تتعمق هذه الدراسة في خصوصية التزام البنك الضامن وإنما تناولته في سياق مناقشتها لعملية الخطاب دون التركيز على طبيعة التزام البنك الضامن، وعليه تم تصنيفها بالدراسات العامة.

صعوبات ومشكلة الدراسة:

يعد افتقار التشريع الساري في الضفة الغربية (قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966)¹ من النصوص التي تحكم خطاب الضمان على وجه العموم وشح الأحكام القضائية الفلسطينية التي تتعرض لأحكام خطاب الضمان المصرفي في مقابل الاجتهادات الأخرى من أهم الصعوبات التي واجهت الباحث عند الحديث عن الخطاب وتفصيل أحكامه، وبالنسبة لما تم إيرادها من أحكام في متن البحث بخصوص القرار بقانون رقم (9) لسنة (2010) بشأن المصارف الفلسطينية²، وما رافقتها من تعليمات صادرة عن سلطة النقد فقد جاءت على وجه العموم وعالجت أشكال الائتمان دون تخصيص بعض الأحكام لعملية الخطاب، بحيث يعتبر هذا الفراغ على المستوى الوطني وإن أمكن الاستعانة بالاتفاقيات الدولية والعرف السائد في معالجة أحكام الائتمان لمحاولة سد النقص القائم في أحكام الخطاب.

1. والمنشور بالجريدة الرسمية رقم (1910) صفحة (472) الصادر بتاريخ 1966/03/30، والمشار إليه لاحقاً بقانون التجارة الأردني.

2. والمنشور في الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز (4)، بتاريخ 2010/11/27، صفحة (5)، والمشار إليه لاحقاً بالقرار بقانون رقم (9) لسنة (2010).

كما تتمثل إشكالية البحث في عدم وجود هذا الموضوع بشكل متكامل، بحيث نرى أن أغلبية المراجع عند تناولها لهذا الموضوع جاءت بطريقة عامة، بالتالي عدم تغطية الدراسة بالمادة المطلوبة، سيما وأن عنوان البحث تناول جزئية متخصصة في خطاب الضمان. كما أن هناك العديد من التساؤلات التي قد تبرز كإشكاليات تحتاج إلى دراسة معمقة لهذه العملية في أغلب جوانبها للإجابة عليها ومنها:

- (1) ما هي الالتزامات الملقاة على عاتق البنك الضامن، وهل يمكن الاتفاق على إعفاءه من بعض هذه الالتزامات؟، وما تأثير ذلك على ما يقابلها من التزامات؟.
- (2) هل يعتبر مبدأ الاستقلالية الذي يتميز به التزام البنك ضرورة لا غنى له عنه، أم أن هناك إمكانية لتفادي الآثار المترتبة عليه دون المساس بجوهر التزام البنك في خطاب الضمان؟
- (3) ما هو المدى الذي يمكن أن تلعبه بعض الاستثناءات الواردة على التزام البنك في التخفيف من حدته ومظاهره التي تتسم بالاستقلالية؟
- (4) هل يمكن اصباح طابع التجرد على التزام البنك في مواجهة المستفيد بجميع حالات الخطاب، أم أن هناك حالات يقترب فيها الخطاب من اعتماد الجهور (stand by) ويصبح معه تسهيل الخطاب معلقاً على تقديم بعض المستندات المحددة سلفاً؟.
- (5) ما هي حالات انقضاء خطابات الضمان، وهل ترتب جميعها ذات الأثر المترتب على التزام البنك في مواجهة المستفيد؟.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة وفي محاولتها لتسليط الضوء على الالتزام القانوني والمُلقى على عاتق البنك الضامن في خطاب الضمان بالعمل على إبراز المبدأ الذي يُشكل أساساً لالتزام البنك والمعروف بمبدأ الاستقلالية، بحيث سيتم التطرق إلى كافة الجوانب التنظيمية له وما يلحقها من عقبات تهدد استمراره، فبالرغم من عدم انفراد التزام البنك في خطاب الضمان بهذه الميزة إلا أنها تُشكل أساساً يمكن بناء عليها تحديد مجريات عملية الخطاب من بدايتها إلى نهايتها.

كما وتهدف هذه الدراسة إلى الكشف عن العرف المصرفي وتبيان التعليمات الصادرة عن سلطة النقد الفلسطينية في إطار قانوني متكامل ومتجانس مع المراجع والقوانين والاتفاقيات الدولية والأحكام القضائية التي بحثت في هذا الموضوع، وذلك عن طريق عمل دراسة متخصصة لذوي الاختصاص في البنوك التجارية ورجال القانون في محاولة الإجابة عن كافة الاستفسارات العالقة بهذا الصدد.

خطة الدراسة:

حاول الباحث من خلال هذه الدراسة الوقوف على كافة المسائل والإشكاليات المتعلقة بموضوع هذه الدراسة، الأمر الذي اقتضى تقسيم هذه الدراسة إلى مبحث تمهيدي وفصلين رئيسيين، بحيث تم تقسيم المبحث التمهيدي إلى مطلبين، الأول منها تناول مفهوم الخطاب وفقاً للتشريعات المقارنة وللاجتهادات القضائية وللاتفاقيات والقواعد الدولية، في حين عالج المطلب الثاني صور الضمانات الخارجية وموقف البنك الضامن في كل منها.

تناولت الدراسة في الفصل الأول التنظيم القانوني لالتزام البنك في خطاب الضمان، وذلك في مبحثين أساسيين، الأول منهما أشار إلى ماهية التزام البنك الضامن في خطاب الضمان وذلك من خلال بيان الالتزامات المترتبة على البنك الضامن وأهم الخصائص المميزة لهذا الالتزامات، والثاني بين مدى استمرارية هذا الالتزام وذلك من خلال التطرق إلى مظاهر سريانه داخل مدة الضمان وخارجها، ثم تناول الحالات التي لا تؤثر على التزام البنك الضامن المتمم بالاستقلالية في خطاب الضمان.

أما في الفصل الثاني، فقد تناول الآثار الناتجة عن تنفيذ التزام البنك في خطاب الضمان وذلك مبحثين أساسيين، المبحث الأول أشار إلى أهم المشاكل المؤثرة على التزام البنك الضامن في خطاب الضمان والمتمثلة في الغش الصادر من المستفيد، وفي المبحث الثاني أشار فيه الباحث إلى حالات انقضاء التزام البنك الضامن في خطاب الضمان.

المبحث التمهيدي: الإطار العام لخطاب الضمان

تُعد عملية إصدار الخطابات من أحد الالتزامات الملزمة على عاتق البنك الضامن في سبيل تسهيل قيام العميل الأمر بالأعمال الموكلة له، فهي تُعفي العميل من تجميد أمواله التي كان سيُنقذها في المشاريع التي يُقدم عليها، وبالنتيجة استثمار أمواله في أوجه الاستثمارات الأخرى¹.

كما تكمن أهمية الخطابات بالنسبة للبنك الضامن بأنها تُشكل مورداً من موارد البنك، فهي تزيد من ودائع البنك الضامن، بالمقابل لذلك تعتبر عملية غير مكلفة له مقارنة بغيرها من عمليات البنوك الأخرى، كما يوصف التزام البنك بموجبها بأنه التزام عرضي، فقد يتحقق ويصبح التزاماً فعلياً ومباشراً تجاه المستفيد إن قام بطلب تسهيلها، وقد لا يتحقق إن لم تصله أي مطالبة صحيحة خلال المدة المحددة في الخطاب².

من جهة أخرى تكمن أهميتها بالنسبة للمستفيد من الخطاب الذي يبقى حقه بالمطالبة قائماً خلال مدة الخطاب دون الاعتداد بأي معارضة من العميل الأمر، فهو مجرد من أي سبب يُعيقه من الوصول لمبلغ الضمان³.

استكمالاً لما سبق الحديث عنه من أن خطاب الضمان وليد العرف المصرفي الناشئ عن الممارسة المصرفية، وحيث أنه احتفظ لنفسه بكيان خاص مَيَّزه عن غيره من العمليات المصرفية

1. العامري، رشاد نعمان شايع: الخدمات المصرفية الائتمانية في البنوك الإسلامية، ط 1. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2012. ص 427، الهيتي، عبد الرازق رحيم جدي: المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ط 1. عمان: دار اسامة للنشر والتوزيع. 1998م. ص 386، موسى، حمدي حسن: الزوايا الائتمانية للاعتمادات المستندية وخطابات الضمان. إدارة الأعمال. مجلة المال والتجارة. مصر. عدد 44/ 1989م. ص 77.

2. عبد الله، خالد أمين. سعيان، حسين سعيد: العمليات المصرفية الإسلامية - الطرق المحاسبية الحديثة، ط 1. عمان: دار وائل للنشر والتوزيع. 2008م. ص 313.

3. العكيلي، عزيز: الوسيط في شرح القانون التجاري الأوراق التجارية وعمليات البنوك، الجزء الثاني. ط 1. الإصدار الرابع. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2010م. ص 449.

الأخرى كونه عملية ائتمانية مصرفية، وعليه يُلقى الباحث الضوء على مفهوم خطاب الضمان في المطلب الأول تمهيداً لبيان أشكاله في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم خطاب الضمان

تعددت محاولات الفقه لوضع تعريف لخطاب الضمان يكون شاملاً لجميع عناصره، مبرزاً جميع خصائصه، قابلاً لاستقبال أي تحديثات عليه، فقد تم تعريفه أنه " تعهد مكتوب يُصدره البنك الضامن بناء على طلب عميله (الآمر) بشأن عملية محددة أو غرض محدد، يلتزم بموجبه البنك بأن يدفع إلى طرف ثالث (المستفيد)، مبلغاً معيناً من النقود عند أول طلب منه، سواء كان طلباً مجرداً أو مبرراً أو مصحوباً بتقديم مستندات محددة في الخطاب يقدمها المستفيد، خلال أجل محدد أو غير محدد، في أثناء سريان أجله، رغم أي معارضة من العميل المضمون أو البنك الضامن"¹.

وذهبت التشريعات المقارنة إلى معالجة خطاب الضمان بوصفه إحدى العمليات المصرفية الائتمانية التي استحدثتها العمليات التجارية بما يتلاءم مع طبيعة هذه الأخيرة، ويخدم خصائصها من حيث سرعة إنجازها، وتوفير الثقة في هذه التعاملات.

وعليه ذهب المشرع المصري إلى معالجة هذه العملية في نص المادة (1/355) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999²، بحيث عرف خطاب الضمان بأنه " تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى الأمر، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة"³.

1. عوض، علي جمال الدين: *عمليات البنوك من الوجهة القانونية*، بدون طبعة. القاهرة: دار النهضة العربية. 1988م. ص 484.

2. منشور بالجريدة الرسمية العدد (19) مكررا الصادر في 5/17/ والمشار إليه لاحقاً بقانون التجارة المصري، والمقابلة لنص المادة (1/387) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني.

3. نشير هنا إلى بعض الأحكام القضائية المصرية والتي عرفت **مفهوم الخطاب** بأنه " هو خطاب يصدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك الضامن والمدين (العميل الأمر)، بحيث إن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بالوفاء بالمبلغ الذي يطالب به هذا

أما بالنسبة لقانون التجارة الأردني فقد خلا من أي تنظيم لخطاب الضمان، في حين أن أحكام القضاء الأردني حذت حذو القضاء المقارن في تعريفاتها لخطاب الضمان¹.

وبالحديث عن القرار بقانون بشأن المصارف والساري في فلسطين فقد جاء أيضاً قاصراً عن معالجة أحكام خطاب الضمان بشكل مباشر، مكتفياً بالإشارة إلى تعريف الأعمال المصرفية في المادة (1) بأنها " النشاط الذي يتضمن قيام المصارف المرخصة بقبول الودائع من الجمهور أو من مصادر التمويل الأخرى واجبة الدفع وذلك بغرض الاستثمار ومنح الائتمان"².

الأخير باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان، ما دام هو في نطاق التزام البنك الذي تحدده العبارات والشروط الواردة في الخطاب وحدها"، انظر حكم محكمة النقض المصرية محاكم اقتصادية - الطعن رقم - 194 لسنة 4 قضائية - تاريخ الجلسة 2012-9-18. منشورة على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>. تاريخ الدخول 2017/3/9، وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الطعن رقم - 9276 لسنة 46 قضائية - تاريخ الجلسة 2005-6-14، منشور على موقع محكمة النقض المصرية. http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx تاريخ الدخول 2017/6/20.

بالمقابل لذلك نشير إلى نص المادة (414) من القانون الاتحادي رقم (18) لسنة 1993 بإصدار قانون المعاملات التجارية (القانون التجاري الإماراتي) والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 1993/9/7، والمشار إليه لاحقاً بقانون التجارة الإماراتي. والذي عرف الخطاب بأنه " تعهد يصدر من المصرف الضامن بناء على طلب عميل له (الأمر)، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد)، دون قيد أو شرط، مالم يكن خطاب الضمان مشروطاً خلال المدة المعينة في الخطاب، ويوضح في الخطاب الغرض الذي صدر من أجله ".

نشير هنا إلى بعض الأحكام القضائية الإماراتية والتي عرفت الخطاب بأنه " خطاب الضمان يعتبر من عمليات الائتمان التي تباشرها المصارف وبمقتضاه يلتزم المصرف بدفع مبلغ الضمان المحدد في الخطاب إلى المستفيد بمجرد الطلب خلال مدة معينة وبغير شرط"، انظر حكم محكمة تمييز دبي -الأحكام المدنية - الطعن رقم - 312 لسنة 2001 قضائية - تاريخ الجلسة - 2003-5-25 مكتب فني - 14 رقم الجزء - 1 رقم الصفحة 623 وكذلك حكم محكمة النقض في إمارة أبوظبي -الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم - 165 لسنة 2010 قضائية - تاريخ الجلسة 201-4-28، مكتب فني - 4 رقم الجزء - 1 رقم الصفحة 480، منشورة على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/17.

1. نشير هنا أيضاً إلى بعض الأحكام القضائية الأردنية والتي عرفت مفهوم خطاب الضمان بأنه " محرر مكتوب يصدره بنك أو مؤسسة مالية أو شركة تأمين، ويوجه هذا المحرر إلى شخص مقصود وهو صاحب العمل ويسمى المستفيد، يتضمن التزام مصدره بدفع مبلغ معين من النقود في فترة محددة"، انظر حكم محكمة التمييز الأردنية - الأحكام المدنية - الطعن رقم-1749 لسنة 2011 قضائية - تاريخ الجلسة 2011-9-25، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/6/21.

2. وفي ذات السياق فقد تم تعريف الائتمان في المادة (1) من القرار بقانون رقم (9) لسنة (2010) بشأن المصارف بأنه " جميع أنواع صيغ التمويل المباشرة وغير المباشرة التي تمنحها المصارف، وجميع أنواع وأشكال التسهيلات المباشرة وغير المباشرة التي تمنحها المصارف بأنواعها".

بالتالي قد يكون الغرض من وراء قيام المصارف بالأعمال المصرفية هو منح الائتمان للعميل عن طريق التسهيلات غير المباشرة التي تمنحها المصارف للعملاء¹، فهي لا تؤدي بالضرورة إلى خروج النقود من خزينة البنك، بحيث غالباً ما يُكتفى بتوقيع البنك الضامن على خطاب الضمان ليمنحه الثقة اللازمة ويستطيع العميل من خلال هذا التوقيع أن يحصل على الائتمان اللازم².

إذ يرى الباحث أن وصف الائتمان ينصب على العمليات المصرفية والتي من ضمنها العمليات الخاصة بخطابات الضمان كما أشارت إليه محكمة الاستئناف الفلسطينية³، فالمشرع لم يقيد هذه الأعمال بطائفة معينة كونها أعمال تتصف بالحادثة والتطور المستمر، ذلك أن تقديم الائتمان بكافة أنواعه وأشكاله من الأعمال المصرفية التي سُمح للمصارف حق القيام بها⁴، تاركاً لسلطة النقد صلاحية تحديد أنواع وأشكال الائتمان والتمويل وذلك بتعليمات صادرة عنها⁵.

من جانب آخر وبالنسبة للأمر العسكري الذي لا زال سارياً في قطاع غزة ويحمل الرقم (705) والذي نص بالمادة (9) منه على طائفة من الأعمال المصرفية وذلك على سبيل الحصر، ومن هذه الأعمال ما ذكرته الفقرة (5) على حق البنك الضامن بمنح الاعتمادات⁶، وبالرجوع لنص المادة (1) من ذات الأمر فقد فسرت الاعتماد بأنه " يشمل الكفالة وقبول السندات، والتمويل عن

-
1. الجنابي، هيل عجمي جميل: إدارة البنوك التجارية والأعمال المصرفية، ط 1. الأردن: دار المسار للنشر والتوزيع. 2005م. ص 199.
 2. انظر تعليق المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الفلسطيني للمواد المعالجة لخطاب الضمان من (387-392)
 3. انظر حكم محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله رقم 123 لسنة 2011، والذي أشار إلى أن المستند الذي يتناوله الحكم هو عبارة خطاب ضمان وهو من الأعمال المصرفية التي تقوم به البنوك العاملة في فلسطين. منشور على موقع (المفتي) منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، <http://muqtafi.birzeit.edu>، تاريخ الدخول 2017/6/15.
 4. المادة (1/13ب) من القرار بقانون رقم 9 لسنة (2010) بشأن المصارف الفلسطيني والتي نصت على الأعمال والأنشطة المصرفية التي يجوز للمصارف ممارستها ومنها " تقديم الائتمان بكافة أنواعه وأشكاله ".
 5. المادة (1/40) من القرار بقانون رقم 9 لسنة (2010) بشأن المصارف الفلسطيني والتي نصت على أن لسلطة النقد الحق في أن تحدد بتعليمات خاصة بها أنواع وأشكال الائتمان والتمويل.
 - تم مراجعة سلطة النقد الفلسطينية بتاريخ 2017/8/29 في مقابلة مع السيد (محمد الحويطات) مفتش رئيسي في سلطة النقد والذي أكد أن خطابات الضمان هي من ضمن العمليات الائتمانية المشار إليها في المادة 13 سابقة الذكر.
 6. المادة (5/9) من الأمر العسكري رقم (705) 31 تموز لسنة 1981. (ساري في قطاع غزة).

طريق تأجير الأموال، وفتح اعتماد مستندي، أو تصديقه والتعهد بدفع مبلغ نقدي على حساب الغير".

وعليه فإن الباحث يرى أن المقصود من التعهد الذي يُراد به دفع مبلغ نقدي على حساب الغير ما هو إلا تطبيق عملي لخطاب الضمان، بحيث يتبين مما سبق أن أحكام كلاً من القرار بقانون بشأن المصارف والأمر العسكري سابق الذكر له، وإن جاءت بالإشارة إلى خطاب الضمان بشكل غير مباشر إلا أنها قاصرة عن بيان أحكام الخطاب وتفصيل نصوصه¹.

وبالنظر إلى تأثير خطاب الضمان على المستوى العالمي نرى أن هناك بعض الدول قد أخذت به في سبيل تنظيم الأعمال التعاقدية التي تحتاج إلى كفالات مصرفية، بحيث قامت غرفة

1. وعليه يمكن دور الباحث في إيجاد الأحكام الواجب تطبيقها على هذه العمليات الخاصة وذلك من خلال الرجوع إلى القواعد العامة التي يمكن أن ترشدنا إلى الأحكام المناسبة، بحيث بينت المادة (2/387) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني على أنه " تسرى فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف في هذا الفرع القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان "، كما بينت المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الفلسطيني أنه يمكن الرجوع إلى قواعد غرفة التجارة الدولية الخاصة بالضمانات تحت الطلب، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن الكفالات المستقلة، انظر أيضاً النص المقابل للمادة (2/355) من قانون التجارة المصري، في حين جاء قانون التجارة الإماراتي خالياً من الإشارة إلى هذا النص.

بالمقابل لذلك فإن قانون التجارة الأردني نص في المادة (3) على أنه " إذا لم يوجد نص قانوني يمكن تطبيقه فللقاضي أن يسترشد بالسوابق القضائية واجتهاد الفقهاء وبمقتضيات الإنصاف والعرف التجاري"، وهو أيضاً ما نصت عليه محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (2002/1324) تاريخ 2005/7/1، وكذلك قرارها رقم (2005/2500) تاريخ 2005/12/8، والذي جاء فيه " لم يرد في قانون التجارة نص على خطاب الضمان ولم ينظم القانون أحكامه، ولذا فإن أحكام خطاب الضمان يجب أن تستنبط بالإسترشاد بالسوابق القضائية والاجتهادات الفقهية وبمقتضيات العدل والإنصاف"، منشور على موقع عدالة للمعلومات القانونية، <http://www.adaleh.info>، تاريخ الدخول 2017/4/17.

أما ما أشارت إليه المواد (2/1) و (122) من قانون التجارة الاردني بنصها الذي ينادي بتطبيق أحكام القانون المدني على العمليات المصرفية التي لم تُعالج بموجب هذا القانون، فإن الباحث يرى خلاف ذلك على أساس أن هذه العمليات المصرفية أو التجارية تحتاج إلى قواعد أكثر مرونة فيما يتعلق بسرعة إبرام الصفقات التجارية وأقل شكلية من قواعد القانون المدني وذلك سواء فيما يتعلق بإبرام التصرفات القانونية وإثباتها وحل ما ينشئ عنها من خلافات، أو فيما يتعلق بتداول الحقوق التجارية. وليس التسليم بإسقاط الأحكام العامة عليها، بحيث نحيل ذلك إلى نص المادة (2/2) من ذات قانون التجارة الاردني والذي أشار إلى أن تطبيق الأحكام المدنية لا يكون إلا على نسبة اتفاقها مع المبادئ المختصة بالقانون التجاري.

ونشير أيضاً إلى ما تبين للباحث من خلال المقابلة مع السيد (محمد الحويطات) مفتش رئيسي في سلطة النقد بتاريخ 2017/8/29 والذي أشار إلى أن البنوك عادة ما تورد شرطاً في خطاب الضمان يفيد بتطبيق قواعد غرفة التجارة الدولية بنشراتها الحديثة لتطبيقها على حالات النزاع التي يمكن أن تثار في أي مرحلة من مراحل تطبيق خطاب الضمان، وهو أيضاً ما يتفق مع أحكام وقواعد غرفة التجارة الدولية التي لا يمكن تطبيق أحكامها على أي علاقة دولية كانت أم محلية، إلا إن تم النص صراحة على سريان مفعولها.

التجارة الدولية بإعداد مجموعة من القواعد الموحدة بين الفنية والأخرى تهتم بالضمانات لدى الطلب والتي كان آخرها نشرة (758) بشأن الضمانات تحت الطلب والصادرة عن غرفة التجارة الدولية لعام (2010)، بحيث عرفت خطاب الضمان بأنه "يقصد بخطاب الضمان تحت الطلب أو خطاب الضمان أي تعهد موقع كيفما سمي أو وصف ينص على الدفع عند تقديم طلب مستوفي"¹.
نضيف أيضاً أن هيئة الأونسيترال الدولية (هيئة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي) وضعت مجموعة من الضمانات عُرِفَتْ بمجموعة الضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة التي صدرت في فيينا مقر الهيئة عام (1995م) لتكون قانوناً نموذجياً أو اتفاقية دولية تُعنى بالضمانات المستقلة، بحيث وضحت هذه الاتفاقية ماهية التعهدات الدولية بأنها " كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن، مقدماً من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر، بأن يدفع للمستفيد مبلغاً معيناً أو قابلاً للتعيين، لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مطالبة مشفوعة بمستندات أخرى، حسب أحكام التعهد وأي من شروطه المستندية، تبين أو يُستدل منها استحقاق السداد بسبب تقصير في أداء التزام ما، أو بسبب حدث طارئ آخر، أو سداد لمال مقترض أو مستلف، أو سداد لأي دين مستحق السداد واقع على الأصل/ الطالب أو شخص آخر "².

يتضح من هذه التعريفات بأن خطاب الضمان عبارة عن تعهد مستقل منفصل وقابل للدفع لدى أول طلب من المستفيد، فهو إما أن يصدر من مؤسسة مالية سواء كانت بنكاً أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر، وذلك بناء على طلب العميل المضمون لمصلحة المستفيد، وعليه فإن على الضامن أن يلتزم بالوفاء دون أي معارضة، أو دون التمسك بأي من الدفوع تجاه المستفيد.

1. المادة (2) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) يوليو / (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب.

2. المادة (1) من اتفاقية الأمم المتحدة والصادرة عن هيئة الأونسيترال الدولية (هيئة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي) في 11 كانون الأول/ديسمبر (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة .
بحيث نلاحظ أن اتفاقية الأمم المتحدة فيها توسع في تعريف مفهوم خطاب الضمان، ليكون أكثر شمولاً وفائدة على المستوى المحلي والمجتمع الدولي، انظر غالب، عبدالقادر ورسمه: **خطابات الضمان المصرفي**. مجلة المال والاقتصاد. بنك فيصل الاسلامي السوداني. عدد 2015/77 ص 54.

ويرى الباحث أنه وإن تعددت التعريفات القانونية والفقهية والقضائية لخطاب الضمان إلا أن هذا الأمر لا يعني اختلافها، فهي وإن اختلفت من حيث الصيغة إلا أنها تتفق في جوهرها ومبادئها وأحكامها، وأهم هذه المبادئ الالتزام بالوفاء لدى الطلب ودون التمسك بدفوع مستمدة من أي علاقات أخرى وذلك تأكيداً على طابع الاستقلالية.

المطلب الثاني: صور الضمانات الخارجية.

يعد اتساع النشاطات التجارية ووجود العديد من الشركات ذات المستوى العالمي ونموها عاملاً أساسياً في ازدهار التنمية وتطورها، وهو ما يترتب بالنتيجة زيادة نسبة المخاطر في العمليات المصرفية التي تُقدم البنوك التجارية على تمويلها، وعليه فإن تدخل عدة بنوك في إنجاز عملية الضمان يعد السمة البارزة فيما يتعلق بالضمانات الدولية، سيما وأن هذه الضمانات لم تعد تُعطى فقط بمناسبة التجارة الداخلية وإنما شملت أيضاً التجارة الخارجية، مما يترتب عليه أن سعي المقاولين في الحصول على هذه المشاريع يتطلب مجهوداً أكبر عما هو عليه الحال على المستوى المحلي¹.

فغالباً ما يطلب رب العمل (المستفيد) من المقاول (العميل الأمر) ضمانات بنكية تكون مثبتة من البنوك الموجودة في بلد رب العمل وخاصة في الضمانات الخارجية، وحتى يتمكن الأخير من الرجوع عليها عند حاجته لطلب تسهيل الضمان، ذلك أن المستفيد قد يكون جاهلاً بقدرة البنك الأجنبي وملائته، فتقته بالبنك الموجود في بلده تكون أكبر مما هو عليه الحال للبنك المقابل².

وحتى يصبح المقاول (العميل) في وضع تنافسي يرقى للدخول في هذه العطاءات لا بد من اللجوء إلى أحد البنوك في بلد العميل للمطالبة بإصدار ضمان مقابل، ليقوم البنك المقابل بدوره

1. وفي هذا الصدد نشير إلى أن هناك بعض الدول مثل الولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا لم تأخذ بخطابات الضمان على مستوى المعاملات الدولية نظراً لخطورتها المتمثلة بالوفاء من قبل البنك الضامن لمستفيد أجنبي، وبالرغم من أية اعتراضات من قبل العميل الأمر، وعليه فقد توجهت هذه الدول إلى استحداث عمليات مصرفية مثل اعتماد الجهور (stand by) والتي تعد أكثر أماناً للعميل الأمر كونها تحتاج إلى وجود بعض المستندات المحددة سلفاً في سبيل تحديد أحقية المستفيد بتسهيل الضمانة من عدمه.

2. عبد العال، عكاشة محمد: قانون العمليات المصرفية الدولية، بدون طبعة. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 1994م. ص 347.

بمراسلة بنك آخر في بلد رب العمل (المستفيد) للعمل على إصدار ضمان للمستفيد يسمى بالضمان المثبت أو المباشر¹، وعليه فإننا نكون أمام ضمانين أحدهما يربط علاقة العميل بالبنك الضامن المقابل ويسمى بالضمان المقابل، والضمان الآخر يربط علاقة المستفيد بالبنك الضامن المثبت ويسمى بالضمان المثبت. وتفصيلاً لطبيعة التزامات البنك في كل من الضمان المقابل والضمان المثبت نوضحها بالفروع الآتية:

الفرع الأول: ماهية الضمان المقابل

تأكيداً لما جاءت به اتفاقية الأمم المتحدة من تعريف للضمان المقابل فإن ذات المادة عرفت البنك الضامن المقابل باعتباره الشخص المصدر للضمان المقابل²، فالعلاقة في هذه الحالة بين بنكين كلاً منهما مصدر لتعهد مستقل منفصل عن الآخر³، بحيث يصدر البنك الضامن المقابل تعهداً مستقلاً لمصلحة البنك المثبت ليقوم هذا الأخير بدوره بإصدار خطاب ضمان آخر يسمى بالضمان

1. المادة (2/2/ب) من إتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة والتي نصت على " أن اعطاء التعهد قد يأتي بناء على أمر من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر (طرف آمر) يتصرف بناء على طلب من (الأصيل/ الطالب) عميل ذلك الطرف الأمر"، بحيث يعد ذلك إشارة إلى وجود تعزيز للضمان المقابل بضمان مثبت. انظر أيضاً القليوبي، سميحة: المنظمات الدولية. اتفاقي الأمم المتحدة في شأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتمادات الضامنة والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي. ط1. القاهرة: دار النهضة العربية. 2002م. ص 32، نقلاً عن تادرس، خليل فيكتور: مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام (1995م). (رسالة دكتوراه منشورة). جامعة القاهرة. القاهرة. 2005/2004م. ص 310.

وكذلك انظر موسى، حمدي حسن: *خطابات الضمان. إدارة الأعمال. مجلة المال والتجارة*. مصر. عدد 68 / 1995م. ص 87.

2. المادة (6 / د) من إتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، عرفت "الكفيل المقابل للشخص المصدر للكفالة المقابلة"، وكذلك المادة (6 / ج) من ذات الاتفاقية عرفت الضمانة المقابلة : " تعهد مقدم إلى كفيل / مصدر لتعهد آخر من طرفه، وينص على السداد لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مطالبة مشفوعة بمستندات أخرى حسب أحكام التعهد وأي من شروطه المستندية، تبين، أو يستدل منها أن الشخص المصدر للتعهد الآخر قد طولب بالسداد أو قام بالسداد بموجب ذلك التعهد الآخر".

وفي ذات السياق انظر أيضاً المادة (2) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب عرفت خطاب الضمان المقابل بأنه " تعهد موقع كيفما سمي أو وصف، الذي يُعطي من الضمان المقابل إلى طرف آخر بهدف التوصل إلى إصدار من ذلك الطرف الآخر خطاب ضمان أو خطاب ضمان مقابل آخر، والذي يشترط السداد عند تقديم طلب مستوفي بموجب خطاب الضمان المقابل الصادر لصالح ذلك الطرف".

انظر أيضاً موسى، حمدي حسن: *خطابات الضمان. إدارة الأعمال. مجلة المال والتجارة*، مرجع سابق، ص 72.

3. المادة (5/ب) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب نصت على أن الإشارة في خطاب الضمان المقابل إلى العلاقات الضمنية لغرض تبيانها لا تغير الطبيعة المستقلة لخطاب الضمان المقابل.

المثبت للتعهد لمصلحة المستفيد من الضمان¹، فالضامن المقابل مدين للضامن المثبت وليس للمستفيد².

ولما كانت النشاطات الاقتصادية بين العميل الأمر (المقابل) والمستفيد (رب العمل) ذات حجم كبير وتحتاج إلى إمكانيات طائلة قد تتجاوز القدرة المالية للبنك المقابل الواحد، أو لربما لا تسمح قوانين الدولة المطلوب منها هذا الضمان للبنوك المقابلة فيها بإصدار ضمانات بمبالغ مالية كبيرة، أو لعدم السماح بتجاوز حدود معينة للتسهيل الائتماني بالنسبة لسياسة البنك نفسها³، فقد يكون من المفيد قيام البنك المقابل بدعوة عدد من البنوك المقابلة الأخرى للمشاركة في تحمل عبء هذا الضمان المقابل تجاه البنك المثبت الذي يكون وحده هو المسؤول أمام المستفيد عن الوفاء الكلي لمبلغ الضمان دون غيره من البنوك المقابلة، ذلك أن المستفيد لا شأن له بالاتفاق بين مجموعة البنوك المقابلة⁴.

وسعياً لتخفيف العبء على كاهل البنك المثبت من توجيه مطالبته إلى كل بنك مقابل بذاته - بعد مطالبته من المستفيد - وهو مما قد يُصعب عليه هذا الالتزام، فقد يتم الاتفاق بين البنوك المقابلة على تخصيص بنك واحد من هذه البنوك وهو ما يسمى بالبنك القائد، بحيث يقوم بتوقيع عقد الاشتراك الخاص بهذه البنوك لتحديد ماهية وكيفية العلاقة بين أعضاء المجموعة، كما يستقبل هذا البنك الطلبات المقدمة إليه من البنك المثبت ليتولى بعد ذلك مطالبة كل بنك من البنوك المقابلة بحصته⁵.

1. وفي ذات السياق انظر حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 36 - لسنة 22 قضائية - تاريخ الجلسة 30-4-2002 - مكتب فني 24 - رقم الجزء 2 - رقم الصفحة 1047، حيث يقوم البنك المقابل بتقديم كفالة ضمان مضادة لصالح البنك المثبت (المعزز) حتى يقوم الأخير بتعزيز الخطاب، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/12.

2. مصطفى، عادل إبراهيم السيد: مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، بدون طبعة. القاهرة: دار النهضة العربية. 1997م. ص 49.

3. عبد العال، عكاشة محمد، مرجع سابق، ص 350.

وهو أيضاً ما أجازته سلطة النقد الفلسطينية في مقابلة مع السيد (محمد الحويطات) مفتش رئيسي في سلطة النقد والذي أيد اشتراك أكثر من بنك في تمويل عملية معينة على الرغم من ندرة حدوثه على المستوى الفلسطيني.

4. تادرس، خليل فيكتور، مرجع سابق، ص 321.

5. عبد العال، عكاشة محمد، مرجع سابق، ص 351.

الفرع الثاني: ماهية الضمان المثبت (المباشر)

تأكيداً للتعريف الذي جاءت به اتفاقية الأمم المتحدة بخصوص الضمان المثبت¹ نرى أنه مجرد أداة لتيسير المطالبة على المستفيد وتجنبه أية صعوبات في الرجوع بالوفاء على البنك المقابل أو العميل الأمر، وعاملاً مهماً في زيادة ثقة المستفيد بالضمان.

مقابلاً لما سبق الحديث عنه من أسباب داعية إلى اشتراك عدة بنوك في إصدار الضمانات المقابلة فإن الباحث يرى أنها تنطبق والحالة هذه على مجموعة من البنوك المثبتة، بحيث تقع هذه الصورة بين البنوك المتعاملة مع المستفيد، أي البنوك المثبتة للضمان، وعليه يساهم كل بنك بنسبة معينة من قيمة الضمان، على ألا يشترط تساوي هذه النسب بين هذه البنوك.

جدير بالذكر أن الاتفاق بين تلك البنوك لا يجعل منها شخصية معنوية واحدة، بل هو مجرد ضمان تشترك به مجموعة من البنوك التي يتمتع كل منها بشخصيته المستقلة وبالنسبة التي تعهد بها، بحيث لا يوجد تضامن بين مجموع هذه البنوك وإنما يلتزم المستفيد بالرجوع الفردي على كل بنك بمطالبته بالنسبة التي تعهد بها، بحيث لا يؤثر امتناع أحد البنوك عن الوفاء على قدرة البنوك الأخرى وهو ما يؤكد مبدأ الاستقلالية².

1. المادة (6/هـ) من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) نصت على تثبيت التعهد بأنه "تعهداً مضافاً إلى تعهد الكفيل / المصدر ومأذوناً به من الكفيل / المصدر، يوفر للمستفيد خيار توجيه المطالبة بالسداد إلى المثبت بدلاً من الكفيل / المصدر لدى مطالبة بسيطة أو مطالبة مشفوعة بمستندات أخرى، حسب أحكام التعهد وأي من شروطه المستندية دون مساس بحق المستفيد في مطالبة الكفيل / المصدر بالسداد".

انظر أيضاً قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب لم تشر إلى الضمان المثبت (المباشر) وإنما ذكرته بالطرف الآخر في نص المادة (2) من ذات القواعد بقولها "يقصد بكتاب الضمان المقابل أي تعهد موقع كيفما سمي أو وصف، الذي يعطي من الضمان المقابل إلى طرف آخر بهدف التوصل إلى إصدار من ذلك الطرف الآخر خطاب ضمان أو خطاب ضمان مقابل آخر، والذي يشترط السداد عند تقديم طلب مستوفي بموجب خطاب الضمان المقابل الصادر لصالح ذلك الطرف".

2. عبد العال، عكاشة محمد، مرجع سابق، ص350، عوض، علي جمال الدين: *خطابات الضمان المصرفية. المحاماة (نقابة المحامين المصرية)*. مصر. عدد 10، مجلد 41/ 1961م. ص 260.

كما لا شك أن اختيار البنك القائد لا يقتصر على مجموعة من البنوك المقابلة بل يتجاوزها إلى جمع من البنوك المثبتة، بحيث يستطيع المستفيد الاكتفاء بتقديم الطلب إلى البنك القائد المثبت، ليتحمل الأخير مراجعة باقي البنوك.

فالمدة المعتبرة بتقديم الطلب تكون خلال المواعيد المحددة إلى هذا البنك القائد، ويكون نطاق عمله حسب الاتفاق مع البنوك المتبقية.

كما ويرى الباحث إن استقلال العلاقات وخاصة بين الضمان المثبت والضمان المقابل لا يعني عدم التطابق التام بين كامل أجزاء الضمانين، فوجود بعض الاختلافات قد يكون مهماً في هذه الحالة سيما عند الحديث عن عنصر المدة، وعليه نحيل هذه التفاصيل إلى الفصل الأول في المبحث الثاني تحت عنوان مظاهر سريان التزام البنك الضامن تفادياً للتكرار.

الفصل الأول

التنظيم القانوني لالتزام البنك في خطاب الضمان

تأكيداً للدور الذي يلعبه البنك الضامن في خطاب الضمان ومدى أهميته بالنسبة لأطراف الخطاب ولعملية الخطاب بشكل عام، فإن الباحث أولى تنظيم هذا الدور بعدة مراحل تكون كفيلاً بتفصيل دور البنك الضامن على صعيد العمليات الائتمانية بشكل عام وعلى صعيد عملية خطاب الضمان بشكل خاص.

إن خطاب الضمان كما غيره من العمليات الائتمانية الأخرى قائم على عنصر جوهري يتجسد بالنشاطات التي يقوم بها البنك الضامن تنفيذاً للاتفاق المبرم بينه وبين العميل الأمر في عقد الاعتماد، فإدارة هذه العملية وما يتبعها من ملحق يقع على كاهل البنك الضامن الذي يعد الطرف الأبرز في عملية الخطاب.

بناءً على ذلك يبين الباحث ماهية الالتزام الملقى على عاتق البنك الضامن من خلال تناول الالتزامات التي سيلتزم بها الأخير باعتباره الطرف المصدر للخطاب، ثم بالانتقال إلى خصائص هذه الالتزامات وذلك عن طريق ربط تلك الميزات بما سبقها من التزامات، بحيث تكون تلك المقدمة والمتمثلة بالمبحث الأول بداية لبحت نسبة الاستمرارية المتوقعة في الالتزامات السابقة وذلك في المبحث الثاني.

ثم تناول الباحث مظاهر سريان التزام البنك من خلال بيان فاعليته تجاه أطراف الخطاب وما هو مدى هذا الالتزام بالنظر إلى عناصر التجديد وشروطها ؟. ثم تطرق الباحث إلى بعض الحالات التي تبدو في ظاهرها عوامل مؤثرة على التزام البنك بالاتجاه السلبي ولكنها في حقيقتها عوامل إيجابية داعمة للمبدأ الأساسي الذي يتميز به التزام البنك الضامن والمتمثل بالاستقلالية.

المبحث الأول: ماهية التزام البنك الضامن في خطاب الضمان.

يُعد التزام البنك جوهر عملية خطاب الضمان، فهو التزام مقابل لالتزام العميل الأمر بتقديم غطاء لخطاب الضمان¹، ودفع مبلغ الضمان للبنك الضامن إن قام الأخير بتسييله، ودفع عمولة فتح الخطاب وما يلحقها من فوائد مستحقة للبنك الضامن، بحيث يلتزم البنك الضامن بمجموعة متقابلة من الالتزامات نوضحها في المطلب الأول تمهيداً لبيان الخصائص التي تتميز بها هذه الالتزامات تجاه المستفيد من الخطاب وذلك في المطلب الثاني.

المطلب الأول: التزامات البنك الضامن

يرتبط البنك حال قيامه بالعمليات المصرفية على اختلاف أنواعها بعلاقات تربطه مع كافة الأطراف سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، بحيث قد يكون مبنى هذه العلاقة ناشئاً عن العقد المبرم بينه وبين العميل الأمر، أو ناتجاً عن الإرادة المنفردة تجاه المستفيد من الخطاب.

وعليه يلتزم البنك الضامن بناء على العقد المبرم بينه وبين العميل الأمر بإصدار خطاب الضمان ووفقاً لبنود وبيانات الخطاب التي تم الاتفاق عليها بين البنك الضامن والعميل الأمر، كما يلتزم البنك الضامن أيضاً بدفع قيمة مبلغ الخطاب متى طلب منه المستفيد ذلك خلال المدة المحددة له.

ولما كان التزام البنك بالدفع هو التزاماً فورياً وبالرغم من أي معارضة من العميل الأمر - نظراً لأنه التزام مباشر ومجرد ونهائي، ويتعهد فيه البنك بصفته أصيلاً وليس نائباً عن عميله - فإنه يدور التساؤل عن مدى التزام البنك بإخطار عميله قبل الوفاء بقيمة الخطاب إلى المستفيد.

1. المادة (356) من قانون التجارة المصري، والمقابلة لنص المادة (388) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني، وكذلك أيضاً المادة (415) من قانون التجارة الإماراتي، وقد أكدت المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الفلسطيني على هذا النص وذلك من خلال الإشارة إلى شكل التأمين (الغطاء)، فقد يكون نقداً أو صكوكاً أو بضائع أو تنازلاً من العميل الأمر عن حقه قبل المستفيد للمصرف.

وأخيراً يلتزم البنك الضامن برد غطاء خطاب الضمان للعميل الأمر إذا انتهى أجل سريان الخطاب دون أن يتقدم المستفيد بطلب تسهيل قيمته، أو قام المستفيد برد أصل الخطاب قبل انتهاء مدته لانتهاء الغرض منه. في حين إن قوبل التزام البنك المشروط بطلب من جانب المستفيد لتسهيل قيمة الخطاب فإن على البنك الضامن واجب فحص المستندات المقدمة إليه من المستفيد ليتقرر بناء عليها استكمال التزامه في الوفاء أو الامتناع.

بحيث نتعرض لهذه الالتزامات السابقة والتي تتحقق معها مسؤولية البنك الضامن إن تخلف عن تنفيذها وذلك في الفروع الآتية:

الفرع الأول: إصدار خطاب الضمان والالتزام بمضمونه.

يعد التزام البنك بإصدار خطاب الضمان من الالتزامات الرئيسية التي يترتب عليها تنابع الالتزامات المترتبة على البنك الضامن، بحيث يعتبر هذا الالتزام كمفتاح لعملية الخطاب.

فقبل الخوض في تفاصيل هذا الالتزام لا بد أن نؤكد أن البنك وإن كان ملزماً بحيثيات الخطاب وشروطه التي اتفق بها مع العميل الأمر لإصدار الخطاب¹، إلا أنه ابتداءً له الحرية في منح الخطاب من عدمه للعميل، ولا يمكن إلزامه بمنح الخطاب وإصداره لصالح العميل، بحيث يكون للبنك الحرية الكاملة في التعاقد من عدمه، وذلك وفق معايير خاصة بالبنوك للاستدلال على قوة ملائمة العميل أو ضعف قدرته المالية أو لأسباب تتعلق بالمستفيد من الخطاب²، كما لو كانت هناك خشية من تسهيل الأموال لمشاريع يمكن أن تكون متحصلات لجرائم غسيل الأموال.

1. انظر المادة (2/ أ / 2) من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة والتي اشارت إلى واجب البنك بالالتزام بتعليمات الاصيل عند اصدار الخطاب.

انظر أيضاً المادة (4/ب) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب نصت على أن يلتزم البنك الضامن ببند هذا الخطاب عند اصداره.

2. انظر المادة (9) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب، بحيث لم تجبر البنك على إصدار الخطاب ابتداءً إن لم يوافق على بنوده مع العميل الأمر.

كما ويرى الباحث أيضاً أن للبنك الضامن عدم الالتزام بإصدار الخطاب حتى وإن توافرت مسببات وشروط إصداره، طالما كان تاريخ العميل حافلاً بما يفيد إخلاله بتنفيذ التزامه، وهو ما استقر عليه البنك العربي وبنك فلسطين في تعاملتهما¹.

وفي سياق التزام البنك الضامن بإصدار الخطاب لا بد من الإشارة أيضاً إلى واجب البنك بتقديم النصح والإرشاد بجذب انتباه العميل للفرق بين الضمانات المستقلة التي هو بصدد الإقدام عليها وبين الكفالات العادية، وما هي مخاطر هذه العملية والآثار المترتبة عليها، وما هو مناسب له ولعمليته الائتمانية بما من شأنه تقليل حالات وقوع المنازعة عند طلب الوفاء². بحيث أيد الباحث هذا الاتجاه لما له من فائدة عملية في تصويب هدف العميل إلى العملية المناسبة لنشاطه التجاري، وهو أيضاً ما درج عليه البنك العربي في تعاملاته مع عملائه³.

وعند اكتمال الاتفاق وقيام البنك بإصدار الخطاب ووصوله إلى علم المستفيد فإن الالتزام الملقى على عاتق البنك بتمويل هذه العملية والالتزام بها عند الطلب منه يكون لصالح مستفيد محدد بذاته وباسمه، أو لوكيله الخاص⁴، وخلال مدة محددة في الخطاب، وفي حدود الضمان

وفي ذات السياق انظر حكم المحكمة الاقتصادية المصرية -الطعن رقم - 448 لسنة 4 قضائية - تاريخ الجلسة 2012-2-11 ، لا يلزم البنك ابتداءً بالموافقة على إبرام خطاب الضمان مع العميل الأمر، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/13.

انظر خليل، باسم محمد: *التأصيل الفقهي لخطاب الضمان*. مركز البحوث والدراسات الإسلامية. (كلية دار العلوم-جامعة القاهرة) مصر. عدد 42/ 2013م. ص 372.

1. قيس أبو شهاب. مسؤول علاقة معتمدين الشركات الموظف، البنك العربي/ فرع نابلس. 2017/8/23. و كوين مسعود. رئيس قسم التسهيلات/ الشركات، بنك فلسطين، رام الله. 2017/9/6.

2. وفي ذات السياق فقد أكدت المادة (8) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب على وجوب أن تكون كافة التعليمات من أجل إصدار خطابات الضمان وخطابات الضمان عينها واضحة ودقيقة، ويجب أن تتحاشي التفاصيل المكثفة، ويوصي بأن تحدد كافة تعليمات خطابات الضمان، بحيث يؤكد الباحث أن ذلك يشكل عاملاً مساهماً في تقليل حالات وقوع المنازعة بشأن خطاب الضمان.

3. قيس أبو شهاب. مسؤول علاقة معتمدين الشركات الموظف، البنك العربي/ فرع نابلس. 2017/8/23.

4. المادة (2) قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب والتي نصت على أن يكون مقدم طلب الوفاء سواء بصفته مستفيد أو وكيل عن المستفيد، أو نيابة عنه، حسبما تكون الحالة.

المبرم بينه وبين العميل الأمر¹، بحيث يتحدد مناط التزام البنك بوصول الخطاب إلى علم المستفيد ودون أي اعتراض من الأخير على مضمون الخطاب.

بحيث أكدت محكمة النقض المصرية في حكمها بأنه لا يُشترط قبول المستفيد لهذا الخطاب، فمجرد علمه يعد قرينة يتأكد به حقه على الخطاب، ولا يُشترط لتأكيد إظهار رغبته من الخطاب سواء تمت صراحة أو ضمناً²، وهو أيضاً ما درجت عليه بعض البنوك العاملة في فلسطين³.

ويرى الباحث أن البنك سيلتزم ابتداءً بالحدود التي لم يتم الاعتراض عليها من قبل المستفيد مالم تكن في مجملها غير قابلة للتجزئة، ذلك أن إرادة البنك توجهت إلى الزام نفسه بجميع تفاصيل بيانات الخطاب.

مع ملاحظة أن مسؤولية البنك الضامن بإصدار الخطاب تبقى قائمة بالرغم من إصداره ووصوله إلى علم المستفيد للمرة الأولى، فحق المستفيد في المطالبة ببديل فاقد لأصل الخطاب هو

وفي ذات السياق انظر حكم محكمة النقض المصرية-الطعن رقم 339 - لسنة 68 قضائية-تاريخ الجلسة 2006-2-28، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق <http://www.eastlaws.com> تاريخ الدخول 2017/4/3، انظر أيضاً حكم محكمة الاستئناف العليا في غزة في الاستئناف رقم 2001/183، منشور على موقع (المقتفي) منظومة القضاء والتشريع في فلسطين. <http://muqtafi.birzeit.edu>، تاريخ الدخول 2017/6/20، بحيث يكون الوفاء للمستفيد أو وكيله، مع وجود احتمالية بأن يكون العميل وكيلاً للمستفيد بوكالة خاصة .

1. مع الإشارة إلى أن التزام البنك سيكون بمقدار الصلاحية التي أولاها له العميل لفتح الخطاب، ذلك أن أي تجاوز لقيمة الخطاب هي بمثابة تصرفات غير نافذة بحق العميل (الشركة) مالم تكن مأذونه من قبل الأخير. مع عدم إغفال واجب البنك بفحص صلاحية وكيل العميل الذي أقدم على فتح الخطاب. انظر حكم محكمة تمييز دبي - الأحكام المدنية - الطعن رقم - 21 لسنة 2005 قضائية - تاريخ الجلسة - 2006-5-6 مكتب فني - 17 رقم الجزء - 1 رقم الصفحة 855، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق. <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/11.

2. انظر حكم محكمة النقض المصرية-الطعن رقم 147 - لسنة 71 قضائية - تاريخ الجلسة 2008-11-27، انظر أيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا-الطعن رقم 897 - لسنة 9 قضائية - تاريخ الجلسة 1963-7-20 - مكتب فني 8 - رقم الجزء 3 - رقم الصفحة 1523، والتي أشارت إلى أن حق المستفيد من الخطاب ينشأ بمجرد وصول الخطاب إلى علمه دون التوقف على إرادته. منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/24.

3. أسامه الزاغة. مدير مبيعات وخدمات، بنك الأردن/ فرع نابلس. 2017/11/23. وقيس أبو شهاب. مسؤول علاقة معتمدين الشركات الموظف، البنك العربي/ فرع نابلس. 2017/8/23. و كوين مسعود. رئيس قسم التسهيلات/ الشركات، بنك فلسطين، رام الله. 2017/9/6.

من الحقوق المستقرة في الأعراف المصرفية، بحيث يتعين على البنك الضامن وباكتمال هذه العملية إخطار المستفيد لتسلم البديل مقروناً بما يفيد إلغاء الأصل من التداول، ويتعين أن يحمل الخطاب الجديد نفس بيانات الخطاب المفقود من رقم وتاريخ وذات القيمة، ليعتبر الخطاب المفقود كأن لم يكن¹، وهو أيضاً ما استقر عليه بنك فلسطين في تعاملاته².

ويرى الباحث أن حق المستفيد من الخطاب سيبقى قائماً خلال فترة سريانه وبالرغم من فقدان أصل الخطاب، بحيث تعتبر شخصية المستفيد وحدها أساساً لصرف مبلغ الضمان، ذلك أن اتباع الإجراءات الإدارية الرامية لإصدار خطاب جديد يمكن أن تكون سبباً في ضياع حق المستفيد من مبلغ الضمانة، خاصة وإن تمت المطالبة بإصدار بدل فاقد في آخر يوم من مدة الضمان.

وفي سياق التزام البنك بإصدار الخطاب فإن البنك مُقيد بعدم تجاوز الحد المسموح به في خطابات الضمان المُحدد من البنك المركزي أو سلطة النقد، إضافة إلى واجب البنك بأن يحتاط لنفسه معدلاً من السيولة يضمن به دخول القيمة غير المغطاة نقداً من خطابات الضمان في مقام نسبة السيولة³.

1. السيسي، صلاح الدين حسن: **قضايا مصرفية معاصرة**، ط1. القاهرة: دارالفكر العربي. 2004م. ص 174، عبد السلام، محمد الموفق أحمد: **الأقسام المختلفة بالبنوك التجارية**، بدون طبعة. الاسكندرية: مكتبة ومطبعة الاشعاع الفنية. 1999م. ص 59 .

2. كوين مسعود. رئيس قسم التسهيلات/ الشركات، بنك فلسطين، رام الله. 2017/9/6.

3. انظر نص المادة (3/38) من القرار بقانون رقم 9 لسنة (2010) بشأن المصارف الفلسطينية وما يقابها من تعليمات صادرة عن سلطة النقد الفلسطينية رقم(2) لسنة (2015) بشأن محددات وضوابط منح الائتمان وذلك في المادة (1/4) منها والتي حظرت منح الائتمان بضمان أسهم المصرف نفسه.

انظر أيضاً تادرس، خليل فيكتور، مرجع سابق، ص 128، علم الدين، محي الدين اسماعيل: **موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعلمية**، الجزء الثاني. بدون طبعة. القاهرة: شركة مطابع الطناني. 1987م. ص (813 – 814).

انظر امام، أمين هاشم: **عقود المقاولات والتوريدات وخطابات الضمان**. مجلة المال والتجارة. مصر. عدد 315، مجلد 27/1995م. ص 26، والذي أشار إلى واجب البنك بعدم تجاوز الحد الأقصى من الخطابات المسموح له بإصدارها، إلا إن كانت هذه الخطابات مغطاة بالكامل.

الفرع الثاني: إخطار العميل بوفاء مبلغ الضمان للمستفيد

يعد التزام البنك بالوفاء الفوري عند أول طلب له خلال المدة المحددة وبالرغم من أي معارضة من العميل هي السمة المميزة لالتزام البنك، وعلى الرغم من ذلك فقد يصطدم هذا الالتزام بجداوليات أخرى من شأنها التأثير على مجرياته وتحويل مساره، ومنها إلى أي مدى سيلتزم البنك الضامن بإخطار العميل الأمر بعملية الوفاء، وهل سيتأثر هذا الالتزام بالنظر إلى طبيعة الخطاب من كونه خطاباً مشروطاً أو غير مشروط؟.

يُعد التزام البنك الضامن بإخطار العميل أمراً محتملاً قبل الدفع ووفاء قيمة الضمان للمستفيد وذلك للحفاظ على مصالح عميله، عن طريق تمكينه من التسوية العادلة مع المستفيد بطريقة ودية ودون سداد قيمة الخطاب، أو لإعطائه فرصة التأكد من تحقق أو تخلف الشروط المنصوص عليها في الخطابات المشروطة حتى يقرر الوفاء للمستفيد من عدمه¹، بحيث أيد الباحث هذا الاتجاه كونه يُشكل وسيلة احتياطة من قبل البنك الضامن لتجنب المخاطر التي قد يتعرض لها العميل الأمر من جراء تخلف أو تحقق الشروط التي بُني عليها الخطاب.

في حين لا يعد البنك الضامن ملتزماً بإخطار العميل قبل الوفاء بمبلغ الضمان للمستفيد في الخطابات غير المشروطة، وإنما عليه ذلك بعد الوفاء للمستفيد بقيمة الخطاب حتى يصبح العميل على علم بما اتخذته البنك الضامن من إجراءات في حقه كفقده لقيمة الغطاء النقدي أو أي جزء منه، أو حتى يصل إلى علم العميل بأنه قد أصبح مُلزم بالوفاء بقيمة الخطاب للبنك الضامن².

1. انظر عمر، سليمان رمضان محمد: النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، ط1. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2009م. ص 202، الشواربي، محمد وعبد الحميد: إدارة المخاطر الائتمانية من وجهتي النظر المصرفية والقانونية، بدون طبعة. الاسكندرية: المكتب الجامعي الحديث. 2010م. ص 1240، موسى، حمدي حسن: خطابات الضمان. إدارة الأعمال. مجلة المال والتجارة، مرجع سابق، ص 89.

انظر أيضاً المادة (16) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب والتي نصت على واجب البنك بإعلام الطرف (الموعد بالتعليمات) وبدون تأخير بأي طلب بموجب خطاب الضمان، ويشمل ذلك مطالبات الدفع، بالمقابل لذلك فقد خلت نصوص اتفاقية الأمم المتحدة من أي ذكر لواجب البنك بإخطار العميل الأمر بواقعة الوفاء، بحيث قد يرجع سبب الفراغ إلى وجود عرف دارج على إخطار العميل قبل الدفع في المعاملات الدولية.

2. انظر. علم الدين، محي الدين اسماعيل: موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعلمية، مرجع سابق، ص 811، إرشيد، محمود عبد الكريم أحمد: الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، ط1. الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع. 2001م.

بحيث ليس للعميل أن يتحدى بوجوب إعداره قبل صرف المبلغ المذكور، ذلك أن البنك يوفي ديناً عليه هو لا ديناً على العميل¹.

كما أكدت محكمة النقض المصرية على واجب الإخطار بأنه أمر مهم للأسباب التي اقتضتها خطابات الضمان المشروطة مع الإبقاء على طابع الاستقلالية لإلتزام البنك²، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يقوم بالوفاء للمستفيد حال طلبه لقيمة الضمان غير المشروط، ويكون للعميل اللجوء للقضاء إن قدر أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد أو أنه غير مدين³. بالمقابل نرى أن بنك فلسطين قد استقرت تعاملاته على اعطاء العميل مدة يومين للتوصل إلى تسوية بينه وبين المستفيد دون تسجيل الخطاب غير المشروط، ليستأنف البنك الضامن التزامه بتسجيل الخطاب بانتهاء هذه المدة ودون الاعتداد بأي طلب - لم يكن المستفيد طرفاً فيه - رافض لتسجيل الخطاب⁴.

الفرع الثالث: القيام بوفاء قيمة الخطاب للمستفيد

يعد هذا الالتزام من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق البنك الضامن تجاه المستفيد، فهو يشكل العامل الرئيسي وراء قبول المستفيد لفكرة خطاب الضمان بديلاً عن المقابل النقدي⁵، بحيث يتحدد

-
- ص 176، عبد الله، خالد أمين. سعيان، حسين سعيد، مرجع سابق، ص 314، شبير، محمد عثمان: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط2. الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع، 1998م. ص 250.
1. انظر حكم محكمة النقض المصرية تاريخ 1964، مشار إليه في عوض، علي جمال الدين، خطابات الضمان، مرجع السابق، ص 309.
 2. انظر حكم محكمة النقض المصرية - الطعن المدني رقم - 370 لسنة 29 قضائية - تاريخ الجلسة - 1964-5-14 مكتب فني - 15 رقم الجزء - 2 رقم الصفحة 691، فبالرغم من كون الإخطار غير ضروري إلا أنه جاء لمصلحة المدين (العميل) الذي له وحده حق التنازل عنه. منشور على موقع محكمة النقض المصرية http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court_All/Cassation_Court_All_Cases.aspx، تاريخ الدخول 2017/6/12.
 3. انظر. باسيلي، مكرم عبد المسيح: المعاملات المصرفية المحاسبية والاستثمار وتحليل القوائم المالية، بدون طبعة. القاهرة: المكتبة العصرية. 2007م. ص 144.
 - انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الفلسطيني والتي أكدت على حق العميل باللجوء للقضاء لاسترداد ما قبضه المستفيد دون وجه حق.
 - وفي ذات السياق فإن البعض يرى أيضاً أن الإخطار يلزم بخطابات الضمان المشروطة وغير لازم في خطابات الضمان غير المشروطة، انظر حكم محكمة التمييز الكويتية - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 789 - لسنة 2006 قضائية - تاريخ الجلسة 2008-10-9 - مكتب فني 36 - رقم الجزء 3 - رقم الصفحة 45، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/9.
 4. كوين مسعود. رئيس قسم التسهيلات/ الشركات، بنك فلسطين، رام الله. 2017/9/6.
 5. انظر. القليوبي، سميحة: الاسس القانونية لعمليات البنوك، بدون طبعة. القاهرة: مكتبة عين شمس. 1977م. ص 152. عبد المنعم، حمدي: العمليات المصرفية في قانون المعاملات التجارية الاتحادي رقم (18) لسنة 1993 م لدولة الإمارات العربية المتحدة في ضوء الفقه والقضاء والنصوص المقارنة في دول مجلس التعاون الخليجي، ط1. القاهرة: دار النهضة العربية. 1995م. ص 248.

مناطق التزام البنك في خطاب الضمان بالكيفية التي سيدفع بها وبالكمية التي سيلتزم بها وبالمدة التي يتحدد التزامه فيها.

بالمقابل لذلك فإن هناك أنواعاً من الخطابات التي لم يُحدد فيها مقداراً محدداً للالتزام بالبنك، كخطابات الضمان التي تُقدم إلى شركات الملاحة لسحب البضائع قبل وصول مستندات الشحن التي تُفصل مبلغ الضمان، وهنا يستطيع البنك أن يجري تقريراً تقريبياً لالتزامه لقيده في حساباته النظامية حسب الأصول المحاسبية عن طريق تقدير قيمة الشحنة الواردة مع إضافة هامش إلى هذه القيمة احتياطاً منه لما قد يظهر من اختلاف في تقدير الشحنة أو الفروق التي تظهر نتيجة تقلب الأسعار¹.

كما أن بعض البنوك الفلسطينية قد درجت تعاملاتها على تحديد التزامها المتمثل بالوفاء للمستفيد على مقدار معين، بعيداً عن التقدير اللاحق لإصدار الخطاب، بحيث سيلتزم البنك الضامن بالوفاء به وبالرغم من أي اعتراض من العميل الأمر²، وهو ما أيده الباحث بالنظر إلى أن عدم تحديد الالتزام بمبلغ محدد يمكن أن يتسبب بمطالبات زائدة عن المبالغ المرصودة والتي تمت دراستها بما يتلائم ووضع العميل المالي .

ولا شك أن قيام البنك الضامن بالوفاء بقيمة الضمان يحتاج إلى مطالبة مسبقة من المستفيد خلال فترة سريان الضمان، بحيث درجت بعض البنوك الفلسطينية على أن يتقدم المستفيد بمطالبة إلى البنك الضامن عندما يريد اقتضاء قيمة الخطاب³. وذلك بخطاب عادي أو بخطاب موصى عليه ومصحوب بعلم الوصول، أو غير ذلك مما يتم الاتفاق عليه، بحيث قد تشمل المطالبة على

1. علم الدين، محي الدين اسماعيل: موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعلمية، مرجع سابق، ص 708، غنيم، أحمد: الاعتماد المستندي والتحصيل المستندي (أضواء على الجوانب النظرية والنواحي التطبيقية)، ط7. القاهرة. 2003م. ص 62.
2. نهاد عمير. مدير الدائرة القانونية، بنك القدس/ رام الله. 2017/11/8. و كوين مسعود. رئيس قسم التسهيلات/ الشركات، بنك فلسطين، رام الله. 2017/9/6.
3. أشرف الفار. محامي ومستشار قانوني، مكتب اتقان للمحاماة والاستشارات القانونية/ رام الله. 2017/9/10.

حضور المستفيد شخصياً أو بواسطة وكيله إلى البنك أو بإقامة دعوى على البنك إن امتنع عن الوفاء¹.

بحيث أكدت محكمة النقض المصرية على التزام البنك بالوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد حتى ولو لم يُقدم له الأخير أصل الخطاب، ذلك أن خطاب الضمان يمثل علاقة شخصية مباشرة ولا يجوز تداوله، ونتيجة لذلك يكون البنك مسؤولاً إذا امتنع عن الوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد بحجة أنه لم يُقدم له أصل الخطاب، وتكون مسؤولية البنك في حدود الضرر الذي لحق بالمستفيد².

الفرع الرابع: التزام البنك بإرجاع غطاء خطاب الضمان للعميل الأمر

يتعرض البنك الضامن للمسؤولية إن امتنع عن إرجاع المبلغ النقدي أو العيني الذي وضعه العميل الأمر كغطاء لخطاب الضمان، بحيث تعتبر انتهاء مدة صلاحية الخطاب دون أي مطالبة من المستفيد بقيمة الخطاب خلالها حالة تستوجب قيام البنك الضامن بإرجاع مبلغ الغطاء إلى العميل الأمر، ورد ما يكون قد تلقاه من أموال أو ضمانات سواء تمثلت في أوراق مالية أو شهادات استثمار أو بضائع، إضافة إلى التزامه برد الغطاء النقدي بإضافته إلى حساب العميل ورد الأموال الأخرى برفع ما رتبته عليها المصرف من تحفظ ورهن³.

1. انظر المادة (15/ 1) بدلالة المادة (2/7) مع الأخذ بعين الاعتبار ما أشارت إليه المادة (2/17) وجميعهم من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، بحيث أشارت في مجملها إلى أن السداد والمطالبة يجب أن تكون بناء على شكل يحفظ تسجيلاً كاملاً لنص التعهد، وتوفر توثيقاً لمصدره حتى تكون نافذة بحق العميل الأمر (الاصيل/ الطالب). وفي ذات السياق انظر حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 226 - لسنة 17 قضائية - تاريخ الجلسة 19-3-1996 - مكتب فني 17 - رقم الجزء 1 - رقم الصفحة 285، والذي أشار إلى امكانية المطالبة بقيمة الضمان بواسطة التلكس، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/9.

2. انظر حكم محكمة النقض المصرية- الطعن المدني رقم 3405 - لسنة 67 قضائية - تاريخ الجلسة 12-11-2009، وحكم محكمة النقض المصرية - الطعن المدني رقم 8924 - لسنة 66 قضائية - تاريخ الجلسة 24-3-2003، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/15، بحيث يعتبر إخلال البنك الضامن بالالتزام الملقى عليه بعدم دفع قيمة الضمان للمستفيد هو اختلالاً بالالتزام قانوني ويحملة المسؤولية عن ذلك.

3. المادة (2/359) من قانون التجارة المصري والذي نص على أنه " يلتزم البنك بان يرد للأمر في نهاية مدة سريان خطاب الضمان ما قدمه من تأمين للحصول على هذا الخطاب " والمقابلة لنص المادة (2/931) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني. في المقابل لم يأت

وعليه فقد أكدت محكمة النقض المصرية على التزام البنك بإرجاع غطاء الخطاب للعميل الأمر وأضافت بحق الأخير في مطالبة البنك الضامن بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك الامتناع¹.

ونشير إلى أن بعض البنوك العاملة في فلسطين قد درجت على عدم إرجاع قيمة الغطاء إلى العميل فور انتهاء مدة الخطاب وإنما تنتظر البنوك فترة من الزمن، بحيث قد تصل في بنك فلسطين إلى أسبوعين وفي البنك العربي إلى خمسة أسابيع، وذلك خشية من أن تكون هناك مطالبة قد حصلت من المستفيد في آخر يوم لأحد فروع البنك الضامن وفي طريقها إلى الفرع الذي أجرى معاملة الخطاب².

وعلى الرغم من الالتزام الملقى على عاتق البنك برد الغطاء بعد انتهاء المدة المحددة، إلا أن المحكمة الإدارية العليا المصرية أشارت إلى أن واجب البنك برد الغطاء قد يقع أثناء مدة الخطاب وسيلتزم البنك به، وهي حالة اشتراك صفة العميل مع المستفيد، فالعميل قد يصبح الوريث الوحيد للمستفيد في طلب تسهيل الخطاب وترتيب الآثار القانونية عليه، فإتخاذ الذمة واقعة قانونية تتحقق بمجرد صدورهما³.

-
- قانون التجارة الإماراتي يمثل هذا النص وإنما قد يفهم ضمناً من النص الذي يفيد برجوع البنك الضامن على العميل الأمر إذا قام بالوفاء للمستفيد، مما يعني أن عدم وفاؤه يلزمه بإرجاع الغطاء الذي بحوزته.
- انظر أيضاً السيسي، صلاح الدين حسن، مرجع سابق، ص 159 .
1. انظر حكم محكمة النقض المصرية- الطعن رقم 4147 - لسنة 62 قضائية - تاريخ الجلسة 13-4-2006، انظر أيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم 21172 - لسنة 52 قضائية - تاريخ الجلسة 16-3-2010، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/14.
 2. كوين مسعود. رئيس قسم التسهيلات/ الشركات، بنك فلسطين، رام الله. 2017/9/6. و قيس أبو شهاب. مسؤول علاقة معتمدين الشركات الموظف، البنك العربي/ فرع نابلس. 2017/8/23.
 3. انظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية- الطعن رقم 21172 - لسنة 52 قضائية - تاريخ الجلسة 16-3-2010، والذي أضاف بحق العميل الأمر بطلب رد الغطاء خلال مدة الضمان كما لو استند إلى طلب من المستفيد بهذا الخصوص، وكأنه إعفاء للبنك من مسؤوليته، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/5.
- وفي ذات السياق انظر حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 653 - لسنة 26 قضائية - تاريخ الجلسة 30-6-2008، والذي أضاف حالة أخرى لها نفس حكم رد الغطاء للعميل خلال الفترة إن تحققت شروطها، وتتمثل بقيام العميل بإثبات فسخ العقد الأصلي الذي يربطه مع المستفيد أو برأئته منه لأي سبب من أسباب الإبراء، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/19.

وفي ذات السياق فقد أضافت المحكمة العليا الإماراتية أن التزام البنك بالرد مشروط بتقديم غطاء لخطاب الضمان، أما إذا لم يتم العمل بتقديم هذا الغطاء فلا محل لالتزام البنك برد قيمة هذا الغطاء للعميل الأمر¹.

الفرع الخامس: الالتزام بفحص مطالبة الدفع من المستفيد

يعتبر التزام البنك بفحص مطالبة الدفع الواردة من المستفيد فحصاً ظاهرياً من الأمور الهامة لمعرفة مدى تطابقها مع البيانات الواردة في خطاب الضمان². حيث يجب أن يبذل البنك الضامن في التزامه بفحص مطالبة المستفيد عناية الرجل الحريص كونه متخصص في القيام بالأعمال المصرفية³.

1. انظر حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 653 - لسنة 26 قضائية - تاريخ الجلسة 2008-6-30، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/14.

2. انظر المادة (1/16) من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة. نصت على الفحص الظاهري للمستندات المقدمة في عملية خطاب الضمان، وذلك بتقرير ما إذا كانت المستندات مطابقة ظاهرياً لشروط وأحكام التعهد ومستقلة فيما بينها. وفي ذات السياق انظر المادة (19) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب. نصت على واجب البنك الضامن بإجراء المعاينة، وبيّنت أن الضامن "سوف يقرر على أساس التقديم وحده ما إذا كان يبدو في ظاهره أنه تقديم مستوف أم لا، كما أن هذه المعلومة (المقدمة من المستفيد) سوف تفحص بالسياق مع خطاب الضمان، بحيث لا يلزم أن تكون المعلومة مشابهة تماماً لبند الخطاب وإنما فقط أن لا تكون متعارضة معها. مع ملاحظة أن وجب البنك بفحص المستندات يكون للخطابات المشروطة أو المشفوعة بمستندات معينة. انظر المادة (2) فقرة (1) من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، انظر أيضاً المادة (6) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب، والتي نصت على أن يتعامل الضامنون بالمستندات لغايات الفحص وليس بالبيضاء، الخدمات أو الإنجاز التي يمكن أن تتعلق بها المستندات.

3. انظر المادة (16) من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة نصت على أن المعيار الدولي المعمول به هو معيار السلوك المنصوص عليه في المادة (14 فقرة 1) من ذات الاتفاقية والتي أكدت على أن يكون التصرف بحسن نية وأن يتخذ قدراً معقولاً من الحرص مع إيلاء الاعتبار الواجب للمعايير المتعارف عليها في الممارسات الدولية الخاصة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامن".

في حين لم تشر قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب حول المعيار المتبع في تقييم العناية المطلوبة من البنك الضامن في سبيل فحص المستندات المقدمة إليه لتسبيل خطاب الضمان، وذلك على خلاف ما كان سابقاً في المادة 9 من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم 458 لسنة 1992 والتي أشارت إلى أن تكون العناية المطلوبة هي عناية معقولة من البنك عند فحصه لمستندات الخطاب .

انظر أيضاً عثمان، صابر عمر إبراهيم: **حقوق والتزامات أطراف خطاب الضمان المصرفي**. (رسالة دكتوراه). كلية الشريعة والقانون جامعة أم درمان. السودان. 2010م. ص 218، بينت هذه الدراسة طرق المطالبة الإلكترونية، بحيث يتبين أن التزام البنك بخصوص فحص المستندات في التعهد هو التزام بتحقيق نتيجة من ناحية المطابقة المادية فقط، وذلك عند تحققه من أن المستندات المحددة في

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو وجود ارتباط بين واجب البنك بفحص المستندات بواجبه في إخطار المستفيد بنتيجة الفحص، وذلك حتى يتدبر المستفيد أمره باستكمال النقص أو بعلاج سبب الرفض إن جاءت نتيجة الفحص برفض الوفاء لقيمة الخطاب، وهو أيضاً ما نصت عليه اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة¹، وقواعد غرفة التجارة الدولية لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب²، وكذلك الحال هو ما درج عليه العمل في بنك فلسطين³.

كما أن للبنك الضامن أيضاً إخطار العميل بمضمون هذا النقص - بالرغم من أن ذلك لا يخل بحق الضامن في رفض المستندات من البداية - بحيث يكون للعميل قبول المستندات بحالتها كما هي مقدمة من المستفيد وذلك بإرفاق تعهد مع القبول يفيد بتحملة كافة المسؤولية المترتبة على هذه المستندات المنقوصة⁴، وهو أيضاً ما درج عليه بنك القدس في تعاملاته مع عملائه⁵.

-
- التعهد مكتملة من الناحية الشكلية وأنها غير متناقضة فيما بينها، عندئذ يكون البنك قد نفذ التزامه بالفحص، أما تحقق البنك من صدق المستند وسلامته وصدوره من الجهة المنسوب إليها وخلوه من التزوير فهو أمر غير متطلب في الكفالات المستقلة.
1. المادة (2/16 ج) من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة. والتي أكدت على واجب البنك بإشعار المستفيد بقرار عدم السداد، ما لم ينص التعهد أو الاتفاق بين البنك والمستفيد على خلاف ذلك فيكون إرسال الإشعار باحدى وسائل الإرسال السلكية أو اللاسلكية أو بوسيلة أسرع مع تبيان السبب في قرار عدم السداد .
 2. المادة (24/ث) قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب والتي نصت على " عندما يرفض الضامن المطالبة سوف يعطي إشعاراً منفرداً بهذا الخصوص إلى مقدم المطالبة، وسوف يحدد الإشعار أن الضامن يرفض المطالبة، ويبين كل المخالفات التي من أجلها رفض الضامن المطالبة ".
 3. كوين مسعود. رئيس قسم التسهيلات/ الشركات، بنك فلسطين، رام الله. 2017/9/6.
 4. المادة (24/أ) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب والتي نصت على أنه "عندما يقرر الضامن أن المطالبة بموجب خطاب الضامن لا تشكل مطالبة مستوفية فيمكن له أن يرفض تلك المطالبة أو أن يتقرب من الموعد للتعليمات (العمل بالامر) من أجل التنازل عن المخالفات ".
 5. نهاد عمير. مدير الدائرة القانونية، بنك القدس/ رام الله. 2017/11/8.

نشير إلى أن واجب البنك بإخطار المستفيد بالدفع أو الرفض مرهون بالمدة القانونية المنصوص عليها في الخطاب، أو كما هي منصوصة في اتفاقية الأمم المتحدة والتي حددتها بسبعة أيام، بحيث يكون على البنك التقيد بهذه المدة من اليوم التالي لتسلم المطالبة من المستفيد¹.

في حين يرى الباحث أن هناك إشكاليات قد تبرز عند قيام المستفيد بتأخير مطالبته بالسداد إلى اليوم الأخير من المدة الموجودة في الخطاب، بحيث تعتبر المدة المعطاة للبنك للرد على المستفيد في غير صالح الأخير في بعض الأحيان، ذلك أنه لا يمكن إلزام البنك بالرد طالما لم تنته المدة الممنوحة له لفحص المستندات، وعليه فإن قيام المستفيد بتعديل مطالبته أو معالجتها سيقع بعد انتهاء مدة الخطاب إن جاء قرار البنك رافضاً للوفاء، وهو ما سينتهي معه مفعول هذه المطالبة.

واستكمالاً لذلك فإن الباحث يرى ضرورة إيقاف مدة الضمان بتجميدها ولو للمرة الأولى إن تم توريد مطالبة من المستفيد إلى البنك الضامن خلال فترة الضمان، بحيث تبقى مدة الضمان متوقفة إلى حين سماع رد البنك الضامن على هذه المطالبة، ويتم استئناف سريان تلك المدة عند سماع رد البنك على هذه المطالبة بالتفصيل وبيان أسبابها، الأمر الذي يمكن معه تحقيق أفضل ضمانة للمستفيد، سيما وأن بعض البنوك قد تقتصر على الرفض دون تبيان الأسباب الداعية له.

وبعد تبيان واجب البنك الضامن بفحص المستندات في الاتفاقيات الدولية وما يترتب عليها من آثار قانونية فإننا نرى غياب هذا الالتزام من محاور الالتزامات الملقاة على عاتق البنك الضامن في أغلب الدراسات الفقهية الخاصة بخطاب الضمان، بحيث يُرجع الباحث سبب هذا الغياب إلى الطبيعة القانونية التي تنتمي إليها تلك الآراء الفقهية والتي استثنت من الالتزامات الملقاة على عاتق

1. المادة (16 / 2) من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة والتي اشارت إلى وقت معقول وبما لا يتجاوز السبعة أيام، بالمقابل المادة (24/ج) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب والتي نصت على أنه " سوف يرسل الإشعار بدون تأخير، ولكن ليس أبعد من إقفال يوم العمل الخامس الذي يلي يوم التقديم ".

المستفيد قيامه بتبيان الغرض الذي صدر الخطاب من أجله في سبيل طلب تسهيل الخطاب،
فبالنظر إلى قانون التجارة المصري نرى أن تعريف الخطاب جاء خالياً من أي نص يُفيد بواجب
البنك الضامن في فحص المستندات¹.

إضافة أن لتعاملات البنوك أثر في تقليل الالتزام الملقى على عاتق البنك الضامن بفحص
مطالبة الدفع، وذلك لإستقرار تعاملات بعض البنوك على صدور خطابات غير مشروطة بأي
شروط تُحمل البنك الضامن أي عبء في مقارنة المستندات لتبيان حسن تنفيذ العميل لالتزاماته من
عدمها².

المطلب الثاني: خصائص التزام البنك في خطاب الضمان

يتميز التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان قبل المستفيد بأنه التزام ناشئ عن إرادته
المنفردة، فهو التزام مباشر وأصيل تجاه المستفيد الذي لن يتعامل مع البنك الضامن باعتباره وكيلًا
عن العميل الأمر أو نائباً له، بحيث يلتزم البنك بمجرد وصول الخطاب إلى علم المستفيد باعتباره
التزاماً نهائياً ودون التوقف على قبول الأخير له من عدمه³، فهو التزام مجرد تجاه أطراف الخطاب
الذين لن يكون لهم الحق في الاعتراض على عملية الوفاء طالما تمت ضمن إطارها القانوني
السليم، كما يتميز التزام البنك الضامن في الخطاب بأنه التزام فوري قابل للوفاء بمجرد طلب
المستفيد له خلال مدة الضمان.

1. انظر المادة (355) من قانون التجارة المصري، وتقابل نص المادة (387) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني، بالمقابل لذلك جاء
تعريف قانون التجارة الإماراتي بشأن الفحص أكثر وضوحاً عندما أشار إلى واجب المستفيد المتمثل بتبيان الغرض الذي صدر من
أجله الخطاب، وفي ذلك دلالة على أن هذا الالتزام يقابله التزام آخر من البنك الضامن يتمثل بفحص المطالبة ومدى انسجامها مع
الغرض الذي صدر من أجله الخطاب، انظر المادة (414) من قانون التجارة الإماراتي بنصها " ... ويوضح في خطاب الضمان
الغرض الذي صدر من أجله ".

2. أشرف الفار. محامي ومستشار قانوني، مكتب اتقان للمحاماة والاستشارات القانونية/ رام الله. 2017/9/10.

3. انظر حكم محكمة الاستئناف الأردنية رقم 1992/482 (هيئة خماسية) تاريخ 1992/4/14 والذي أكد على الاستقلالية في التزام
البنك الضامن، منشور على موقع عدالة للمعلومات القانونية <http://www.adaleh.info>، تاريخ الدخول 2017/4/9.

بحيث تعتبر هذه الخصائص أساساً يرتكز عليها البنك الضامن في أداء الالتزامات المقررة عليه تمهيداً لإتمامها، وعليه نبين تلك الخصائص بالفروع الآتية:

الفرع الأول: أن يكون التزام البنك الضامن مجرداً.

يترتب على اعتبار التزام البنك في خطاب الضمان بأنه التزام مجرد أنه لا يجوز للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بدفوع مستمدة من علاقته بعميله (الدفوع الناشئة عن عقد الاعتماد)¹، كما لا يجوز له أن يتمسك بمواجهة المستفيد بدفوع مستمدة من علاقة الأخير بالعميل (الدفوع الناشئة عن عقد الأساس)².

كما وصفت محكمة النقض المصرية التزام البنك الضامن بأنه التزام حرفي أو شكلي، فعبارة الخطاب هي من تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها³.

1. انظر حكم محكمة النقض المصرية- الطعن رقم 5411 لسنة 64 جلسة 18/06/2001 س 52 ع 2 ص 926 ق 180، والذي أشار إلى عدم جواز تمسك البنك الضامن بأي دفوع ناشئة من علاقته بعميله، منشور على موقع محكمة النقض المصرية، http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation-Court_All_Cases.aspx، تاريخ الدخول 2017/6/12، انظر أيضاً حكم محكمة الاستئناف العليا في غزة في الاستئناف رقم 2001/183، والذي أشار بأنه لا يجوز للبنك مصدر خطاب الضمان أن يرفض الوفاء للمستفيد بقيمته بسبب يرجع إلى علاقة البنك بالأمر أو علاقة البنك بالمستفيد، منشور على موقع (المقتفي) منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، <http://muqtafi.birzeit.edu>، تاريخ الدخول 2017/5/10. انظر أيضاً سمحان، حسين محمد: أسس العمليات المصرفية الإسلامية، ط1. عمان: دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة. 2013م. ص 314.

2. المادة (1/417) من قانون التجارة الإماراتي والتي نصت على أنه " لا يجوز للمصرف ان يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالأمر او علاقة الأمر بالمستفيد "، انظر أيضاً المادة (358) من قانون التجارة المصري، والمقابلة لنص المادة (390) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني. بحيث أكدت المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الفلسطيني ذلك بأن التزام البنك في خطاب الضمان هو التزام مجرد ونهائي، وذلك استناداً إلى مبدأ الاستقلالية.

مع ملاحظة أن حق البنك بالتمسك بالدفوع هو أمر وارد وصحيح طالما استندت إلى علاقة المستفيد بالبنك الضامن مباشرة، انظر المادة (5/) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب.

3. انظر حكم محكمة النقض المصرية- الطعن رقم 10613 لسنة 65 جلسة 05/08/2002 س 53 ع 2 ص 979 ق 189، منشور على موقع محكمة النقض المصرية http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation Court_All_Cases.aspx، تاريخ الدخول 2017/6/22.

وحتى تكون هذه العبارات متفقة ووظيفة الخطاب التي نشأ من أجلها كبديل عن النقود لا بد وأن تؤكد على أن تعهد البنك بالدفع يكون بالرغم من أي معارضة من العميل أو غيره¹، فهذه العبارات وأمثالها تقطع الصلة بين أي من هذه العلاقات وتجعل التزام البنك منفصلاً عن التزام المدين، فلا تقوم بينهما التبعية المميزة للالتزام الكفيل في الكفالة العادية².

بحيث يعتبر هذا التجرد أساساً لتمكين المستفيد من الاستفادة الفعلية من خطاب الضمان، سيما وأن البنك الضامن يُشكل حلقة بين العميل الأمر والمستفيد من الخطاب، فتحديد التزامه عن باقي الالتزامات وتحديد شكل واضح يجعل منه عاملاً مهماً في تثبيت الخصائص الأساسية التي يتميز بها خطاب الضمان بشكل عام، وعليه نبين علاقة البنك بكلا أطراف الخطاب وبما ينسجم مع التزامه المتسم بالتجرد وذلك وفقاً للبنود الآتية:

وفي ذات السياق انظر حكم محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله رقم 123 لسنة 2011 ، والذي أشار إلى أن عبارات الخطاب هي وحدها من تحدد مضمون التزام البنك وشروطه دون أن يحتج البنك أو الأمر بأي دفع أو سبب خارجي عما ورد في الخطاب، منشور على موقع (المقتفي) منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، <http://muqtafi.birzeit.edu>، تاريخ الدخول 2017/6/17.

1. انظر نص المادة (1/355) من قانون التجارة المصري والي نص على واجب البنك بالسداد دون أي معارضة من العميل، والمقابلة لنص المادة (1/387) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني، انظر أيضاً المادة (414) من قانون قانون التجارة الإماراتي والذي نص على السداد دون قيد أو شرط مالم يكن خطاب الضمان مشروطاً.

بالمقابل لذلك وفي حكم مخالف أضافت بعض الأحكام أن بإمكان العميل الأمر التمسك بهذه الدفوع لخصوصيتها، ومن هذه الأحكام: انظر حكم محكمة القضاء الإداري- الطعن رقم 660 - لسنة 6 قضائية - تاريخ الجلسة 24-11-2005، وحكم محكمة النقض المصرية- الطعن رقم 10753 - لسنة 66 قضائية - تاريخ الجلسة 25-2-2010، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/12.

2. انظر. عوض، علي جمال الدين: **عمليات البنوك من الوجهة القانونية**، مرجع سابق، ص 501 _ 503، حنون، محمد حسن: **الأعمال والخدمات المصرفية في المصارف التجارية والإسلامية** "دراسة مقارنة"، بدون طبعة. عمان - الأردن: المؤلف. 2005م. ص 275، مصطفى، عادل إبراهيم السيد، مرجع سابق، ص 64 .

البند الأول: استقلال التزام البنك تجاه المستفيد عن علاقته بالعميل الأمر.

تأكيداً لالتزام البنك المتمسك بالتجرد من ناحية العلاقة التي تربط البنك بالعميل¹، نرى أن هناك عدة نتائج تترتب على استقلال تعهد البنك الضامن تجاه المستفيد وهي كالاتي:

(1) عدم تمسك البنك الضامن في مواجهة المستفيد بعدم قيام العميل الأمر بدفع العمولة والفوائد والمصاريف التي تكبدها البنك²، فلا شأن للمستفيد في ذلك، كما لا يجوز للبنك التمسك في مواجهة المستفيد بعدم تقديم العميل للغطاء اللازم حتى يضمن له عملية الخطاب، أو بإستحالة رجوعه على العميل لإفلاسه أو إعساره أو صعوبة إقامة الدعوى عليه في الخارج لاسترداد ما سيدفعه للمستفيد³.

فهذه الإجراءات كما أشارت إليها محكمة تمييز دبي تخص العلاقة التي تربط العميل بالبنك الضامن دون المستفيد⁴، وعليه فإن الباحث يرى أن قبول البنك بإصدار الخطاب ووصوله إلى علم المستفيد يُسقط به حق البنك بالرجوع عن هذا الخطاب.

(2) عدم جواز تمسك البنك الضامن بغش العميل في عقد فتح الاعتماد، بحيث تقوم هذه الحالة بصور غش من العميل تجاه البنك في عقد الاعتماد، والذي قد يتمثل في قيام العميل بالتواطؤ مع موظف البنك لتأمين خطابه بضمانات وهمية، أو خلو التأمين من أي ضمانات، أو بغطاء

1. انظر الفقي، محمد: القانون التجاري الإفلاس - عمليات البنوك، ط 1. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. 2011م. ص 309.

2. المادة (32/ت) من اتفاقية الأمم المتحدة رقم (758) لسنة (2010) والتي نصت على أنه " لا يتعين على الضامن ولا علي أي طرف مُبلغ أن يذكر بأن خطاب الضمان أو أي إشعار أو تعديل له هو مشروط باستلام الضامن أو أي طرف مبلغ لنفقاته ".

3. انظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم 6264 - لسنة 43 قضائية - تاريخ الجلسة 14-12-2004، انظر أيضاً حكم محكمة النقض المصرية - الطعن رقم 151 - لسنة 68 قضائية - تاريخ الجلسة 25-2-2010، والتي أشارت إلى عدم جواز تمسك البنك الضامن بأي دفع ناشئة عن علاقته بعميله.

4. انظر حكم محكمة تمييز دبي - الأحكام المدنية - الطعن رقم 148 - لسنة 1990 قضائية - تاريخ الجلسة 9-3-1991 - مكتب فني 2 - رقم الجزء 1 - رقم الصفحة 175 . والذي أكد أن علاقة المستفيد بالبنك الضامن ستكون أجنبية عن أي دفع تتال من حقوقه، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق. <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/10.

انظر أيضاً، الكيلاني، محمود: الموسوعة التجارية والمصرفية عمليات البنوك "دراسة مقارنة"، المجلد الرابع. ط 3. عمان - الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2014م. ص 186. بريري، محمود مختار أحمد: قانون المعاملات التجارية عمليات البنوك - الأوراق التجارية، بدون طبعة. القاهرة: دار النهضة العربية. 2001م. ص 156.

لا يتناسب ووضع العميل المالي¹، بحيث يرى الباحث أن التزام البنك سيبقى نافذاً تجاه المستفيد من الخطاب، إضافة إلى تحمله كافة الالتزامات التي رتبها موظف البنك في حقه استناداً إلى مسؤولية المتبوع عن أفعال التابع².

(3) عدم جواز تمسك البنك الضامن بالمقاصة بين دين له في ذمة العميل الأمر في سبيل وقف الضمانة للمستفيد، ذلك أن هذه العلاقة مستقلة من حيث أطرافها ومحلها عن علاقة البنك بالمستفيد، وهو ما أشار إليه حكم المحكمة العليا الإماراتية عندما نص صراحة على عدم جواز الأخذ بالمقاصة من جانب البنك الضامن تماشياً مع مبدأ الاستقلالية³. وعليه فإن الباحث يرى أن قيام البنك الضامن بإصدار الخطاب وإرساله إلى المستفيد دلالة على تنازله عن الدفع بالمقاصة بين دينه على العميل الأمر في حدود مبلغ الضمان.

1. انظر حكم محكمة النقض المصرية- طعن جنائي رقم 52071 - لسنة 74 قضائية - تاريخ الجلسة 23-1-2006 - مكتب فني 57 - رقم الجزء 0 - رقم الصفحة 135، وكذلك حكم محكمة النقض المصرية- طعن جنائي رقم 39618 - لسنة 72 قضائية - تاريخ الجلسة 16-1-2003 - مكتب فني 54 - رقم الجزء 0 - رقم الصفحة 112، والتي أشارت إلى حالة صدور الغش من العميل وتواطؤ من قبل موظفي البنك، فهنا يكون للمستفيد حق المطالبة بقيمة الخطاب وعلى البنك الالتزام به، ليكون للبنك فيما بعد حق الرجوع على موظفيه وعلى العميل الأمر .

2. المادة (174) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 29 / 7 / 1948 والمشار إليه لاحقاً بالقانون المدني المصري، والذي نص على أنه "يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها"، والمقابلة للمادة (313) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 م والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987 م، والمنشور بالجريدة الرسمية الصادرة عن الأمانة العامة لمجلس الوزراء بدولة الإمارات العربية - الجزء (12) - السنة الخامسة عشر - العدد (158) - 17 ربيع الثاني 1406 هـ - الموافق 29 ديسمبر 1985 م، والمشار إليه لاحقاً بقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية و المقابلة لنص المادة (1/288 ب) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة (1976)، المنشور بالجريدة الرسمية في العدد (2645) على الصفحة (2) والصادر بتاريخ 1976/8/1، والمشار إليه لاحقاً بالقانون المدني الأردني.

3. انظر حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 784 - لسنة 23 قضائية - تاريخ الجلسة 16-12-2003 - مكتب فني 25 - رقم الجزء 4 - رقم الصفحة 2512، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/10.

انظر أيضاً مراد، عبد الفتاح: موسوعة البنوك، بدون طبعة. الإسكندرية: المؤلف. [19--]. ص 150. رضوان، فايز نعيم: القانون التجاري العقود التجارية - عمليات البنوك - الأوراق التجارية - الإفلاس، ط 4. القاهرة: دار النهضة العربية. 2003. ص 519. شفيق، محسن: الوسيط في القانون التجاري المصري، الجزء الثالث. بدون طبعة. القاهرة: مكتبة النهضة المصرية. 1959 م. ص 444.

بحيث استقر بنك فلسطين في تعاملاته على اعتبار أي رأي أو تفسير يهدف إلى ربط التزام البنك بالتزام العميل أو إقامة علاقة مسببة بينهما ينبغي أن يُستبعد، فهو يُقوض نظام خطاب الضمان من أساسه ويقضي على الوظيفة التي نشأ الخطاب من أجلها كبديل عن النقود¹.

البند الثاني: استقلال التزام البنك عن علاقة العميل بالمستفيد.

أما فيما يخص التزام البنك من ناحية عقد الأساس، أي العلاقة التي تربط العميل الأمر بالمستفيد، فلا شك أن التزام البنك بموجب خطاب الضمان مستقل أيضاً عن هذه العلاقة، فلا تقحم البنوك نفسها في عقد الأساس والتي هي أجنبية عنه بكافة الأشكال. فالبنك سيلتزم بالوفاء بقيمة الضمان دون الاستناد إلى أية دفعات مستمدة من هذا العقد، وعليه سنتطرق لنتائج هذا الاستقلال في ضوء الخصائص التي يتميز بها هذا الالتزام.

مع ملاحظة أن هذه النتائج قد تصلح أساساً لانقضاء الخطاب وبالنتيجة انقضاء التزام البنك، إلا أننا سنوجز هذه النتائج ونعكس أهميتها في ضوء ارتباطها بعقد الأساس وليس بخطاب الضمان لتكون عاملاً في بقاء التزام البنك وليست سبباً في انقضائه، وهي كالاتي:

1) عدم جواز تمسك البنك الضامن بفسخ أو ببطلان عقد الأساس، أو بتعديله، وذلك كما أشار إليه حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، وبالتالي لا يتأثر التعهد البنكي ببطلان هذا العقد، ويبقى البنك ملتزماً تجاه المستفيد عن الضمان الذي تعهد به²، وهو ما درج عليه بنك الأردن

1. كوين مسعود. رئيس قسم التسهيلات/ الشركات، بنك فلسطين، رام الله. 2017/9/6.

2. انظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية- الطعن رقم 2721 - لسنة 46 قضائية - تاريخ الجلسة 22-3-2005، والذي أشار إلى عدم جواز التمسك بالفسخ الذي حصل لعقد الأساس إلا إن تم النص على ذلك في الخطاب، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/16.

انظر أيضاً. قليني، جورجيت صبحي عبده: مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي. (رسالة ماجستير منشورة). القاهرة: دار النهضة العربية. 1992. ص 111. البارودي، علي: العقود وعمليات البنوك التجارية، بدون طبعة. الاسكندرية: منشأة المعارف. 1984م. ص 419.

في تعاملاته¹. في حين إن استند صاحب المصلحة على حكم قضائي يقضي ببطلان عقد الأساس الذي بُني عليه خطاب الضمان فإن مطالبة المستفيد لقيمة الخطاب ستكون مبنية على غير أساس، بحيث تُحيل توضيح هذه الفكرة إلى الفصل الثاني تحت عنوان حالات الغش المانع من الوفاء وذلك تفادياً للتكرار.

(2) عدم جواز تمسك البنك الضامن بانقضاء مدة عقد الأساس، فمدة الضمان غير مرتبطة بمدة عقد الأساس، وبالتالي فإن انقضاء مدة عقد الأساس لا تؤثر على مدة خطاب الضمان، وعلى البنك الضامن وفاء قيمة الضمان للمستفيد طالما وصلته المطالبة خلال مدة الضمان²، وهو ما درجت عليه بعض البنوك العاملة في فلسطين³.

كما ويؤكد الباحث على هذا الرأي، أي عدم ارتباط مدة عقد الأساس بمدة الضمان، إشارة إلى وجود بعض الخطابات التي قد تنتهي قبل انتهاء عقد الأساس⁴، أو تأتي لاحقة لانتهاء عقد الأساس⁵.

-
1. أسامه الزاغة. مدير مبيعات وخدمات، بنك الأردن/ فرع نابلس. 2017/11/23.
 2. انظر. طه، مصطفى كمال: العقود التجارية وعمليات البنوك وفقاً لقانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999، بدون طبعة. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 2002م. ص 324
 3. أشرف الفار. محامي ومستشار قانوني، مكتب اتقان للمحاماة والاستشارات القانونية/ رام الله. 2017/9/10.
 4. كما في خطابات دخول العطاء والتي تعني " خطابات الضمان الابتدائية " وهي تعهد يصدر من البنك بناء على طلب عميله الراغب في دخول العطاء، بحيث يلتزم البنك بدفع مبلغ نقدي بمجرد أن يطلب صاحب العمل (المستفيد) ذلك من البنك، وذلك بحال لم يوقع المقاول العقد أو رفض الدخول في العطاء بعد إحالته عليه " وقد سمي بخطاب دخول العطاء أو المؤقت لأنه ينتهي بإحالة العطاء أو بإصدار خطاب ضمان نهائي، انظر عارف، ربحي أحمد: خطابات الضمان في مقابلة الإنشاءات (الفيريك). مجلة كلية التربية الأساسية- كلية الحقوق. جامعة جرش. الأردن. عدد 67 / 2011م. ص 35.
 5. كما في خطابات الصيانة والتي تعني " هو الخطاب الذي يتم إصداره بعد تنفيذ المشروع أو تسليم الآليات أو خلافه، ووفق ما هو متفق عليه، بحيث يجوز للمستفيد أن يطلب تقديم خطاب ضمان الصيانة لفترة محددة من العمل وذلك نظير قيامه باسترجاع خطاب ضمان حسن التنفيذ "، انظر الشويكي، طلال علي سليمان: أثر الغش في التزام المصرف مصدر خطاب الضمان. (رسالة ماجستير غير منشورة). كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط. الأردن. 2015م. ص 28.

(3) عدم جواز تمسك البنك الضامن باستحالة تنفيذ عقد الأساس، سواء لقوة قاهرة أو بخطأ من المستفيد، فلا شأن للبنك بهذه الدفوع وعليه سداد هذا الضمان للمستفيد عند المطالبة حتى يحق للبنك الضامن استرداد هذه القيمة من العميل الأمر وذلك بالرجوع عليه¹. وهو ما درج عليه البنك العربي في تعاملاته².

في حين يرى الباحث أن هناك حقاً للعميل الأمر بتوقيف تسيل الخطاب إن كان سبب الاستحالة راجعاً إلى المستفيد من الخطاب، أو بسبب تصرف خاطئ منه، ذلك ان مطالبة المستفيد لقيمة الخطاب ستكون مبنية على غير أساس، بحيث نحيل توضيح هذه الفكرة إلى الفصل الثاني تحت عنوان حالات الغش المانع من السداد تفادياً للتكرار.

(4) لا يحق للبنك الضامن رفض الوفاء للمستفيد بسبب قيام المقاول (العميل الأمر) بتنفيذ التزامه الناشئ عن عقد الأساس ليعدم معه أي مطالبة من المستفيد مستندة إلى إخلال العميل، وهو ما أشار إليه حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية، فالعلاقات مستقلة عن بعضها الآخر³.

في حين أن الأمر مختلف إن كان الضمان مرهون بتقديم مستندات معينة كحكم قضائي، أو حكم تحكيم يدل على إخلال العميل بتنفيذ التزامه وتؤكد أحقية المطالبة من قبل المستفيد، ذلك أنه من المهم أن تكون تلك الشروط واردة في خطاب الضمان وليس في عقد الأساس⁴، وهو ما أكدته بنك القدس في تعاملاته⁵.

1. رضوان، فايز نعيم، مرجع سابق، ص 519.

2. قيس أبو شهاب، مسؤول علاقة معتمدين الشركات الموظف، البنك العربي/ فرع نابلس. 2017/8/23.

3. انظر حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية- الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 653 - لسنة 26 قضائية - تاريخ الجلسة 2008-6-30، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/20.

4. انظر. الكيلاني، محمود: الموسوعة التجارية والمصرفية عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 186. تادرس، خليل فيكتور، مرجع سابق، ص 187.

5. نهاد عمير. مدير الدائرة القانونية، بنك القدس/ رام الله. 2017/11/8.

كما ويؤكد الباحث على رفض أي ادعاء يحرم المستفيد حقه في تسهيل الخطاب طالما لم يستند الادعاء إلى حكم قضائي يؤيد طلبه بوقف تسهيل الخطاب.

(5) عدم جواز تمسك البنك الضامن بالإبراء الصادر من المستفيد إلى العميل مالم يتقدم المستفيد بكتاب خطي إلى البنك الضامن يفيد بتنازله الصريح عن خطاب الضمان، وهو ما درج عليه بنك فلسطين في تعاملاته مع عملائه¹.

بحيث يؤيد الباحث هذا الاتجاه بالنظر إلى التزام البنك المتسم بالاستقلالية، ذلك أنه لا يجوز للبنك الامتناع عن الدفع للمستفيد بناء على أسباب يبديها العميل تبرئ ذمته قبل المستفيد، فالتزام البنك مستقل عن علاقة العميل بالمستفيد كما سبق شرحه، ولا يكون للعميل بهذه الحالة إلا مقاضاة المستفيد فيما قبضه دون وجه حق بناء على العلاقة الأصلية بينهما.

(6) عدم جواز تمسك البنك الضامن بالمقاصة لدين له قبل المستفيد من الخطاب، فبالرغم من إمكانية توافر شرط المقاصة إلا أن هناك ركن غير متوفر في حالة خطاب الضمان، وهي أن ملكية الضمان لم تصبح بعد من حق المستفيد حتى يتمكن البنك الضامن من إجراء هذه المقاصة، وعليه فإن البنك ملزم بدفعها للمستفيد عند طلبها دون التمسك بالمقاصة بينه وبين المستفيد².

بل وذهب هذا الاتجاه والقاضي بمنع إجراء المقاصة إلى أبعد من ذلك حين اعتبر بأنه لا يجوز التمسك بالمقاصة حتى بعد طلب قيمة الخطاب من المستفيد وتحويل الضمان إلى مبلغ نقدي بيد المستفيد، وأستند إلى أن الخطاب بعد تحويله إلى مبلغ نقدي يفقد خصائصه كخطاب ضمان ويعود إلى طبيعته الأصلية بالنسبة للمستفيد وهو كونه تأميناً نقدياً مقدماً من العميل، بحيث

1. كوين مسعود. رئيس قسم التسهيلات/ الشركات، بنك فلسطين، رام الله. 2017/9/6.

2. انظر محمود، عصام حنفي: *استقلال ونهاية خطاب الضمان في ضوء قواعد التجارة الدولية الموحدة*. مجلة جامعة الملك سعود. كلية الأنظمة والعلوم السياسية. الرياض. عدد 1، مجلد 23/ 2011م. ص 40.

أكدت المحكمة العليا الإماراتية أنه لا يجوز للبنك الضامن إجراء المقاصة على مبلغ الضمان لأنه لم يصبح مملوكاً للمستفيد، فيد المستفيد على هذه المبالغ يد دائن مرتتهن يستوفي منها ما يستحق ثم يرد الباقي إلى ذمة العميل وليس البنك.¹

ويتفق الباحث مع هذا الرأي الذي يستبعد إجراء المقاصة، فالمستفيد عندما وافق على ضمان البنك لعميله من خلال خطاب الضمان الذي يحل محل التأمين النقدي يكون قد استبعد كل شكل يحول بين حصوله على هذا التأمين، وبين كل دفع قد ينشأ مستقبلاً يحرره حقه بطلب الخطاب.

في حين إن كانت طريقة الوفاء من البنك إلى المستفيد بالتأشير على حساب المستفيد التابع لديه أنه دائن، بحيث تختلط هذه المبالغ بمبالغ المستفيد الأخرى وتصبح غير مفرزة وعندها يستطيع البنك إجراء هذه المقاصة².

مع الملاحظة أن بعض البنوك الفلسطينية درجت على وضع شرط في صيغ العقود يتيح لها التمسك بالمقاصة الاتفاقية بين دين لها في ذمة المستفيد، شريطة استحقاق هذا الدين وتوفير شروطه³.

1. انظر حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 236 - لسنة 11 قضائية - تاريخ الجلسة 27-2-1990، والذي أكد على عدم جواز الأخذ بالمقاصة من جانب البنك الضامن، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/13.

انظر أيضاً أبو صفية، باسم محمد محمد: الغش كاستثناء على مبدأ استقلال التزام البنك في خطاب الضمان. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة عمان العربية للدراسات العليا. عمان. الأردن. 2003م. ص 73، أبو صد، عماد أحمد عيسى: أحكام خطابات الضمان المصرفية. (رسالة ماجستير غير منشورة). الجامعة الأردنية. عمان. الأردن. 1995م. ص 98.

2. العكيلي، عزيز، مرجع سابق، ص 450، عارف، رحي أحمد، مرجع سابق، ص 37.
بالمقابل لذلك وفي حكم مخالف نرى أن المادة (18) من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة أجازت للبنك الضامن إجراء المقاصة ما لم ينص التعهد أو يتفق المصدر والمستفيد في غير التعهد على خلاف ذلك.

3. أشرف الفار. محامي ومستشار قانوني، مكتب اتقان للمحاماة والاستشارات القانونية/ رام الله. 2017/9/10.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن حق البنك الضامن بالتمسك بالدفع الناتج عن المقاصة قد يكون متاحاً إن استُمد من علاقة البنك الضامن والمستفيد مباشرة¹، إلا أن الباحث سيُرجى الحديث عن هذه الحالة إلى الفصل الثاني تحت عنوان انقضاء خطاب الضمان بما يقوم مقام الوفاء وذلك تقديراً للتكرار.

الفرع الثاني: أن يكون التزام البنك الضامن مباشراً

يترتب على التزام البنك بناءً على إرادته المنفردة تجاه المستفيد أنه يلتزم بصفته أصيلاً مباشراً لا بصفته نائباً أو وكيلاً للعميل²، فاستقلال العلاقات عن بعضها البعض يحتم هذا المبدأ على التزام البنك الضامن، فلا أثر لدفع العميل قبل البنك، ذلك أن إصدار الخطاب ووصوله إلى علم المستفيد ينشأ به حقاً للمستفيد قبل البنك الضامن الذي سيلتزم به باعتباره المدين الوحيد في هذه العلاقة³، وهو ما درج عليه البنك العربي في تعاملاته⁴.

كذلك فإنه ليس للبنك أن يجادل المستفيد في استحقاقه لقيمة الخطاب ولا بمدى تنفيذ التزامه في مواجهة العميل، ذلك أن أساس هذا الالتزام أن البنك ليس وكيلاً عن العميل ولا كفيلاً عنه، وهذا

-
1. انظر نص المادة (5/) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب والتي بينت أنه في حالة كون الدفع ناشئة عن العلاقة بين المستفيد والبنك الضامن فإن حق البنك بالتمسك بالدفع هو أمر وارد وصحيح .
 2. انظر حكم محكمة الاستئناف العليا في غزة في الاستئناف رقم 2001/183، منشور على موقع (المقتفي) منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، <http://muqtafi.birzeit.edu>، تاريخ الدخول 2017/4/10، انظر أيضاً حكم محكمة النقض المصرية - الطعن رقم 4167 - لسنة 68 قضائية - تاريخ الجلسة 2010-11-22، وكذلك حكم محكمة التمييز الأردنية - الأحكام المدنية - الطعن رقم 153 - لسنة 1999 قضائية - رقم الصفحة 382، إضافة إلى حكم محكمة تمييز دبي - الأحكام المدنية - الطعن رقم 484 - لسنة 1998 قضائية - تاريخ الجلسة 1999-3-13 - مكتب فني 10 - رقم الجزء 1 - رقم الصفحة 254، بحيث أكدت جميع هذه الأحكام على أن البنك يلتزم بصفته الشخصية وليس بصفته وكيلاً أو نائباً عن العميل الأمر . منشور على موقع شبكة قوانين الشرق. <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/10.
 3. كما أكدت المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الفلسطيني على أن البنك الضامن لا يُعتبر كفيلاً عن العميل، فالالتزام البنك بالوفاء للعميل هو التزام أصيل وليس بالوكالة عن الغير، فهو لا يتعهد بسداد دين للمستفيد في ذمة العميل.
 3. مصطفى، عادل إبراهيم السيد، مرجع سابق، ص 68. الطرونة، بسام حمد. ملحم، باسم محمد: الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، ط 1. عمان: دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة. 2010. ص 445 .
 4. قيس أبو شهاب. مسؤول علاقة معتمدين الشركات الموظف، البنك العربي/ فرع نابلس. 2017/8/23.

الذي يميز خطاب الضمان عن الكفالة المدنية التي تقتضي تبعية الكفيل لإلتزام المكفول وامتناله لجميع ما يطلبه منه الأخير¹.

ومما يؤكد على أن التزم البنك يكون بصفته أصيلاً وليس نائباً عن عميله هو ألا يكون هناك التزم على البنك الضامن في إعدار عميله قبل صرف مبلغ الضمان المبين في الخطاب، فهو سيباشر الوفاء بناء على التزمه المباشر تجاه المستفيد².

كما ويرى الباحث أن مقتضيات اعتبار التزم البنك في خطاب الضمان أنه التزم مباشر تجاه المستفيد من الخطاب هو الإبقاء على طابع الاستقلالية في التزم البنك، كما لو لم يكن هناك عقد أساس بين العميل الأمر والمستفيد من الخطاب.

الفرع الثالث: أن يكون التزم البنك الضامن باتاً ونهائياً

إن اعتبار التزم البنك الناشئ عن خطاب الضمان باتاً ونهائياً في مواجهة المستفيد يجعل الخطاب صالحاً لتأديته الوظيفة التي نشأ من أجلها، وهو كونه بديلاً عن التأمين النقدي الذي وُضع لصالح المستفيد³.

بحيث لا يمكن اعتبار البنك ملتزماً تجاه المستفيد طالما لم يصدر منه الخطاب ولو سبقه اتفاق مع العميل الأمر على إصداره لصالح المستفيد، فمجرد اتفاق البنك مع العميل يظل مقصوراً على

1. الكيلاني، محمود: الموسوعة التجارية والمصرفية عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 391 .

كما أضافت المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الفلسطيني أن الكفالة هي عقد بمقتضاه يضمن شخص تنفيذ التزم ما، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه، مما يعني تبعية التزم الكفيل لالتزام المكفول من حيث صحتها ومن حيث بطلانها. بحيث إن ذلك يتعارض جملة وتفصيلاً مع خطاب الضمان، حيث أن علاقة المصرف (البنك) بالمستفيد الذي صدر الخطاب لصالحه هي علاقة منفصلة ومستقلة عن علاقة المصرف (البنك) بالعميل الأمر.

2. عبد المنعم، حمدي، مرجع سابق، ص 236 .

3. الهمشري، مصطفى عبد الله: الأعمال المصرفية والاسلام، ط 2. بيروت: الشركة المصرية للطباعة والنشر. 1983م. ص 158.

طرفيه وليس للمستفيد الاستناد إليه أو الاستفادة منه تطبيقاً لنهاية الالتزام واعتباره باتاً بمجرد الاتفاق¹.

ولذلك فإن أي سبب يُمكن البنك من سحب التزامه بعد تأكده بوصوله إلى علم المستفيد سيفقد معه الخطاب ميزاته الأساسية وهي كونه التزاماً باتاً ونهائياً غير قابل للنقض حسب ما أشارت إليه قواعد غرفة التجارة الدولية².

وكما أن أهم ما يمكن استخلاصه من التزام البنك النهائي في الخطاب هو أن يكون تعهده باتاً غير معلق على شرط³، أو على واقعة خارجية عن الخطاب⁴، في حين أشارت محكمة النقض

1. حنون، محمد حسن، مرجع سابق، ص 275، أبو جماعه، سوزان علي محمد: استقلال التزام البنك في خطاب الضمان " دراسة مقارنة " (رسالة ماجستير غير منشورة). كلية الدراسات الفقهية والقانونية جامعة آل البيت. الأردن. 2005م. ص 69، مصطفى، عادل إبراهيم السيد، مرجع سابق، ص 63.

2. انظر المادة (4/ب) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب بحيث اعتبرته بأنه نهائي وغير قابل للنقض، انظر أيضاً المادة (7، فقرة 4) من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة نصت على أنه لا يجوز للبنك الرجوع بالخطاب بعد اصداره ما لم ينص على خلاف ذلك.

وفي ذات السياق نرى أن التزام البنك الضامن تجاه المستفيد ناتج عن الإرادة المنفردة وليس بناء على عقد بين البنك والمستفيد، وعليه فإن المادة (552) من القانون المدني الأردني والمقابلة للمادة (278) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات. نصت على أنه " إذا استوفى العقد الانفرادي ركنه وشروطه فلا يجوز للمتصرف الرجوع فيه"، في حين خلا القانون المدني المصري من هذا النص.

انظر أيضاً عباس، محمد حسني: عمليات البنوك، بدون طبعة. القاهرة: دار النهضة العربية. 1968م. ص 141 .

3. انظر المادة (7) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب والتي نصت على أنه " لا يجوز تعليق الضمان على شرط غير موثق إلا فيما يتعلق بالتاريخ أو انقضاء أمد دون أن يحدد المستند الذي يشير إلى إتمام ذلك الشرط ".

أنظر أيضاً إرشيد، محمود عبد الكريم أحمد، مرجع سابق، ص 175، عبد الله، خالد أمين. سعيان، حسين سعيد، مرجع سابق، ص 314، شبير، محمد عثمان، مرجع سابق، ص 250.

4. انظر المادة (3/ب) من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة والتي نصت على أنه " لا يكون التزام الكفيل / المصدر (البنك الضامن) خاضعاً لأي شرط أو حكم غير وارد في نص التعهد ".

انظر أيضاً حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 1999/153 (هيئة خماسية) تاريخ 1999/9/8، منشور على موقع عدالة للمعلومات القانونية <http://www.adaleh.info>، تاريخ الدخول 2017/4/9، انظر أيضاً حكم محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله رقم 123 لسنة 2011 منشور على موقع (المقتفي) منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، <http://muqtafi.birzeit.edu>، تاريخ الدخول 2017/5/10، فهذه الأحكام نصت على أنه لا يعتد بأي سبب خارجي عما ورد في الخطاب.

كما يكون البنك ملتزماً بالوفاء بالمبلغ الثابت في خطاب الضمان ووفقاً للشروط التي يتضمنها دون أن يستطيع أن يواجه المستفيد بأي اتفاق بينه وبين العميل يكون سابقاً أو لاحقاً لإرسال الخطاب إلى المستفيد، انظر دويدار، هاني: النظام القانوني للتجارة، العقود

المصرية في حكمها بأنه لا يخل بهذا التعهد أن يشار في الخطاب إلى العملية التي صدر بشأنها الخطاب ما دام أن تعهد البنك لا يرتبط بها ولا يتوقف تحديده على تنفيذها¹. وهو ما درجت عليه بعض البنوك العاملة في فلسطين².

كما أكدت أيضاً محكمة النقض المصرية في حكمها بأن الخطاب سيبقى محتفظاً بخصائصه ومميزاته حتى إن ارتبط تنفيذه بواقعة أخرى بعيدة عنه، طالما كانت ترجع إلى المستفيد من الخطاب على أن يتم ذكرها في الخطاب ذاته³.

بحيث يرى الباحث أن اعتبار التزام البنك باتاً ونهائياً تجاه المستفيد سيؤدي بالنتيجة إلى اعتباره مجرداً ومباشراً تجاه المستفيد، فالتجرد كما المباشرة يقتضيان الوفاء دون الالتفات إلى أي عارض يعيق استمراره، وهو ما سيؤدي بالنتيجة إلى اعتباره نهائياً غير معلق على شرط أو واقعة خارجية عنه.

التجارية-العمليات المصرفية-الاسناد التجارية-الافلاس، ط1. بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. 1997م. ص 418.

1. انظر حكم محكمة النقض المصرية - الطعن رقم 4167- لسنة 68 قضائية - تاريخ الجلسة 22-11-2010، منشور على موقع محكمة النقض المصرية http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx تاريخ الدخول 2017/6/10.

2. أشرف الفار. محامي ومستشار قانوني، مكتب اتقان للمحاماة والاستشارات القانونية/ رام الله. 2017/9/10.

3. انظر حكم محكمة النقض المصرية- طعن تجاري رقم 495 - لسنة 72 قضائية - تاريخ الجلسة 13-1-2004 - مكتب فني 55 - رقم الجزء 1 - رقم الصفحة 121. منشور على موقع محكمة النقض المصرية، http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx تاريخ الدخول 2017/6/14.

وفي ذات السياق انظر القليوبي، سميحة: **الاسس القانونية لعمليات البنوك**، مرجع سابق، ص 158، الشامي، جاسم علي سالم: **الضمان المصرفي. الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية**. أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية. الجزء الثاني. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. 2002م. ص 395.

الفرع الرابع: أن يكون التزام البنك الضامن فورياً

يعتبر هذا الالتزام والذي يتميز به خطاب الضمان بأنه تعهد منجز وغير مؤجل¹، ذلك أن صدره مؤجلاً ينفي عنه المعنى المستقر من الخطاب، فالغالب أن تتضمن الخطابات عبارات تفيد هذه الفورية، فطلب المستفيد لهذا الخطاب كما أشارت إليه محكمة التمييز الأردنية قد يكون في أي وقت خلال مدة سريان هذا الخطاب²، ذلك أن فورية هذا الالتزام إنما هي بسبب الوظيفة الرئيسية التي من أجلها نشأ الخطاب، فالمستفيد لن يقبل أي ضمان وأي كفالة طالما لم يتحقق بها ميزات الدفع الفوري.

وفي تحديد فورية الضمان متى تم مطالبة البنك بالوفاء وتوافرت شروط الخطاب فإن هذه الفورية يحكمها العرف المصرفي، أو العادة المصرفية كما هو مستقر في بنك فلسطين، بحيث يمنح البنك مدة يوم أو يومين على الأقل، ليتمكن من فحص مدى صحة المطالبة من حيث توافر شروط خطاب الضمان، وهذه مدة معقولة ولا يكون البنك مخل بالتزامه في مواجهة المستفيد³.

كما أكدت أحكام المحاكم المصرية على هذه المبادئ فحكمت محكمة النقض المصرية على أنه "... إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان ما دام في حدود التزام البنك"⁴.

1. المادة (22) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب أشارت إلى عدم جواز حبس الدفع عن المستفيد لحين البت في المطالبة المستوفية للشروط.

2. انظر حكم محكمة التمييز الأردنية- الأحكام المدنية - الطعن رقم 68 - لسنة 1995 قضائية - رقم الصفحة 2619، والذي أشار إلى طابع الفورية لالتزام البنك الضامن، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/18.

مع الإشارة إلى أن اعتبار التزام البنك فوري لا يتعارض مع تعليق الوفاء على السداد الآجل، كما جاء في المادة (7) من قواعد غرفة التجارة الدولية أو المادة (2، فرع 3) من اتفاقية الأمم المتحدة. فالمقصود بالفورية هو قيام البنك الضامن بالسداد الفوري خلال أي مدة يكون التزام البنك خلالها سارياً .

3. كوين مسعود. رئيس قسم التسهيلات/ الشركات، بنك فلسطين، رام الله. 2017/9/6.

4. انظر حكم محكمة النقض المصرية- طعن تجاري رقم 352 لسنة 73 جلسة 14/04/2005 س 56 ص 365 ق 66، منشور على موقع محكمة النقض المصرية، http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx، تاريخ الدخول 2017/6/19.

ويعتبر التزام البنك الضامن أيضاً بأنه التزام تلقائي، بمعنى أن المستفيد يحصل على مبلغ الضمان بمجرد تقديم مطالبته إلى البنك¹، وهو ما يفسر أن يكون التزام البنك بات وبشكل نهائي وليس للبنك الرجوع فيه أو تعديله أو الامتناع عن الوفاء به رغم معارضة العميل الأمر في ذلك .

وقيل أيضاً أنه التزام مطلق في أي وقت عند طلب المستفيد له خلال المدة المحددة²، إلا أن الباحث يرى أنه التزام نسبي، بحيث سنوضح ذلك في الفصل الثاني أثناء الحديث عن حالات الغش التي ترد على التزام البنك المتسم بالاستقلالية.

وعليه فإن الباحث يرى أن المقصود من الفورية في خطاب الضمان هي لإتاحة الفرصة أمام المستفيد في طلب الضمانة وطمأنته إلى أنها متوفرة في الوقت الذي يطلبه، بحيث يُستثنى من فورية الدفع في خطاب الضمان حالة الضمان المستندي أو الضمان المبرر (المدعوم بالمستندات)، ففي هذه الحالات لن يتمكن المستفيد من الاستفادة الفورية من مبلغ الضمان ما لم يتم التحقق من المستندات المقدمة أو الإدعاءات ذات الصلة .

1. انظر حكم محكمة النقض المصرية- الطعن رقم 5892 - لسنة 64 قضائية - تاريخ الجلسة 8-7-1996 - مكتب فني 47 - رقم الجزء 2 - رقم الصفحة 1114، والذي أكد أن حق المستفيد من الخطاب يكون في أي وقت خلال مدة سريانه، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/17.

2. نجا، بطراني: الائتمان المصرفي بطريق التوقيع (الاعتماد بالقبول، الكفالة المصرفية ، خطابات الضمان) رسالة دكتوراه، القاهرة. 1987. ص 589، نقلا عن مصطفى، عادل إبراهيم السيد، مرجع سابق، ص 64.

المبحث الثاني: مدى استمرارية التزام البنك الضامن في خطاب الضمان.

سابقاً لما تم الحديث عنه في المبحث الأول والذي تناولت فيه الدراسة ماهية التزام البنك الضامن في خطاب الضمان وذلك من خلال بيان أهم الالتزامات الملقاة على عاتق البنك الضامن تجاه المستفيد من الخطاب، بحيث تم استكمالها بعدة خصائص كان لها الأثر الفاعل في تأييد وترسيخ مبدأ الاستقلالية الذي يعتبر من أهم المبادئ الرئيسة التي يتسم بها التزام البنك الضامن في خطاب الضمان.

وبالحديث عن ماهية الالتزامات الملقاة على عاتق البنك الضامن في خطاب الضمان فإن الباحث يرى أن هناك أهمية في بيان المحدد الزمني لهذا الالتزام، فهو التزام مستمر خلال مدة الضمان المحددة في خطاب الضمان، كما أنه التزام قابل للاستمرارية خلال المدد اللاحقة لانتهاء الخطاب إن توافرت شروط تجديده.

وليس بعيداً عن مدى الاستمرارية المتوقعة للخطاب خلال المدة أو خارجها، فإن معالجة بعض الحالات التي تبدو في ظاهرها عوامل مهددة لاستمرار الالتزام الملقى على عاتق البنك الضامن وفي حقيقتها عوارض غير مؤثرة على التزام البنك الضامن بالاتجاه السلبي طالما تمت معالجتها وفق مبدأ الاستقلالية الذي يتسم به التزام البنك الضامن في خطاب الضمان.

وعليه فإن الباحث قام بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين، الأول منها ناقش مظاهر سريان التزام البنك الضامن خلال مدة الخطاب وخارجها، والمطلب الثاني تناول فيه الباحث الحالات التي لا تمنع من كون الالتزام الملقى على عاتق البنك الضامن مستقلاً. وذلك وفق المطالب الآتية:

المطلب الأول: مظاهر سريان التزام البنك الضامن.

تتجلى مظاهر سريان التزام البنك من خلال ما يتميز به هذا الالتزام من استقلالية تامة عن العلاقات الأخرى، بحيث تعتبر هذه المظاهر من الأسباب المؤدية إلى نشوء التزام البنك في خطاب الضمان، فالالتزام البنك يعتمد على ما هو موجود بالخطاب وبغض النظر عن العبارات الواردة في المستندات الأخرى.

فمظاهر سريان التزام البنك الضامن تتمثل بأنها فورية التنفيذ بمجرد طلبها من المستفيد خلال مدة سريان خطاب الضمان، كما أنها قابلة للتجديد خلال الفترات اللاحقة لمدة الضمان. وعليه نبين مظاهر سريان التزام البنك الضامن في مدة الخطاب وخارجها وذلك وفقاً للفروع الآتية:

الفرع الأول: التزام البنك خلال مدة سريان الخطاب.

يعد التزام البنك باتاً ونهائياً في مواجهة المستفيد بوصول الخطاب إلى هذا الأخير، بحيث لا يجوز للبنك أن يتراجع أو يمتنع عن الوفاء مهما كانت الأسباب، فالالتزامه سيبقى قائماً وسارياً خلال فترة صلاحية الخطاب .

وفي هذا الخصوص يثور التساؤل التالي، وهو إلى أي مدى يبقى التزام البنك سارياً ؟. وهل يعتبر هذا المدى نهاية للخطاب أم أنه قابل للتجديد في مرحلة لاحقة ؟

بالنسبة إلى عنصر المدة نرى أنه من البيانات الجوهرية في خطابات الضمان، ومع ذلك فليس هناك ما يمنع من صدور هذه الخطابات دون تحديد مدتها وإنما الاستدلال بأمور أخرى قادرة على تحديدها¹. كما هو الحال بالنسبة لخطابات الضمان الابتدائية²، فإنتهائها مقرون بتقديم ضمانات

1. مصطفى، عادل إبراهيم السيد، مرجع سابق، ص 87.

2. تعرف خطابات الضمان الابتدائية بأنها " تعهد يصدر من البنك بناء على طلب عميله الراغب في دخول العطاء بدفع مبلغ نقدي بمجرد أن يطلب صاحب العمل (المستفيد) ذلك من البنك، بحال لم يوقع المفاوض العقد أو رفض الدخول في العطاء بعد إحالته عليه " وقد سمي بخطاب دخول العطاء أو المؤقت لأنه ينتهي بإحالة العطاء أو بإصدار خطاب ضمان نهائي، انظر عارف، رحي أحمد، مرجع سابق، ص 35. و الشويكي، طلال علي سليمان، مرجع سابق، ص 28.

نهائية وليس بقبول العطاءات المقدمة من العملاء، وإلا أصبح معه العطاء الذي تم اختياره بدون أي ضمان، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك¹.

فالأصل أن يصدر الخطاب لمدة محددة وهو ما درج عليه البنك العربي في تعاملاته² - بخلاف الخطابات غير محددة المدة والتي سيتم التطرق لها لاحقاً عند الحديث عن حالات انقضاء الخطاب بغير الوفاء تقادياً للتكرار - في حين أشارت محكمة النقض المصرية إلى امكانية تحديد مدة الضمان تبعاً لتنفيذ عقد الأساس الذي استوجب إصدار الخطاب³، وبالرغم من ذلك فإن الباحث يرى بعدم وجود ارتباط بين مدة عقد الأساس ومدة الضمان، فتستقل كل من المدتين عن بعضهما البعض إلا في بعض الحالات التي يتم الاتفاق فيها على خلاف ذلك.

وبالتالي فإن قواعد الاستقلالية بين العلاقات التي ترتبط ببعضها في الخطاب تحتم عدم انقضاء مدة الضمان بانقضاء عقد الأساس⁴.

إشارة إلى عنصر المدة فإننا نرى أن الاستقلال يطال أيضاً الخطابات التابعة لعقد الأساس الواحد، بحيث إن وجود خطاب ضمان مقابل وخطاب ضمان مثبت لا يعني بالضرورة توحيدهما من حيث المدة، فأطراف خطاب الضمان المقابل سيلتزمون بمدته كما هو الحال بالنسبة لأطراف خطاب الضمان المثبت. وهو ما يفسر أن يكون خطاب الضمان المقابل أكثر سعة من حيث المدة والمبلغ من خطاب الضمان المثبت، حتى يكون لأطراف الضمان الأخير فُسحة بالمطالبة إن

1. القليوبي، سميحة: الأسس القانونية لعمليات البنوك، مرجع سابق، ص 168، الشرع، مجيد جاسم: المحاسبة في المنظمات المالية المصارف الإسلامية، ط 1. عمان - الأردن: إثراء للنشر والتوزيع. 2008م. ص 319.

2. قيس أبو شهاب، مسؤول علاقة معتمدين الشركات الموظف، البنك العربي/ فرع نابلس. 2017/8/23.

3. انظر حكم محكمة النقض المصرية- طعن مدني رقم 4167 - لسنة 68 قضائية - تاريخ الجلسة 22-11-2010، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق. <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/3، انظر أيضاً حكم محكمة الاستئناف العليا في غزة في الاستئناف رقم 2001/183، منشور على موقع (المقتني) منظومة القضاء والتشريع في فلسطين. <http://muqtafi.birzeit.edu>، تاريخ الدخول 2017/6/18، أشارت هذه الأحكام إلى امكانية تحديد مدة الضمان تبعاً لعقد الأساس.

4. تادرس، خليل فيكتور، مرجع سابق، ص 190.

امتدت مطالبة المستفيد لهم إلى اليوم الأخير منه، وذلك ليتسنى للبنك المثبت مطالبة البنك المقابل بالمدة المتبقية من خطاب الضمان المقابل¹، بحيث نحيل تفصيل هذه الخطابات الخاصة بالرجوع إلى المبحث التمهيدي في أشكال الضمان تفادياً للتكرار.

كما أشارت محكمة النقض المصرية إلى أن العبرة في صحة وفاء البنك للمستفيد تكون بتاريخ طلب الأخير خلال مدة الضمان وليس بتاريخ السداد، فوفاء البنك يعتبر صحيحاً ويرتب له حق الرجوع على عميله بالمبلغ المدفوع حتى ولو تم هذا السداد بعد انتهاء مدة سريان الخطاب².

أما لو وصلت المطالبة للبنك بعد انتهاء تاريخ الخطاب فإن على البنك الامتناع عن السداد، وهذا أمر منطقي، ذلك أنه بمجرد حلول ميعاد انتهاء الخطاب فإن للعميل حق استرداد الغطاء من البنك لتبرئ ذمة الأخير من هذا الالتزام، كما أنه لا يمكن القول بالزام البنك الضامن لانتظار مطالبة المستفيد التي لم تصل له حتى آخر يوم في صلاحية الخطاب ولكنها قد تكون في طريقها إليه³.

فالتاريخ المحدد في الخطاب كما أشارت إليه محكمة النقض المصرية لا يعتبر تاريخ البداية لاستحقاق التزام البنك، بل هو تاريخ لنفاذه وحد أقصى للمدة المحددة في الخطاب، بحيث يلتزم البنك بعدم السداد بانتهاء هذا التاريخ⁴.

1. مصطفى، عادل إبراهيم السيد، مرجع سابق، ص 90.

2. انظر حكم محكمة النقض المصرية- طعن مدني رقم 1189 - لسنة 49 قضائية - تاريخ الجلسة 13-2-1984 - مكتب فني 35 - رقم الجزء 1 - رقم الصفحة 473، منشور على موقع محكمة النقض المصرية http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx، تاريخ الدخول 2017/6/13.

3. حيث يسقط حق المستفيد في المطالبة بقيمة الضمان ولو كانت هناك ظروف خارجة عن إرادته منعه من تقديم المطالبة كتأخر البريد مثلاً، انظر عثمان، صابر عمر إبراهيم، مرجع سابق، ص 85.

4. انظر حكم محكمة النقض المصرية- الطعن رقم 294 - لسنة 35 قضائية - تاريخ الجلسة 27-5-1969 - مكتب فني 20 - رقم الجزء 2 - رقم الصفحة 811، انظر أيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية- الطعن رقم 12002 - لسنة 47 قضائية - تاريخ الجلسة 3-5-2005، والتي أشارت أن تاريخ بداية الالتزام هو تاريخ وصول الخطاب إلى علم المستفيد وقبوله له، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق. <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/20.

وفي ذات السياق انظر الشامي، جاسم علي سالم، مرجع سابق، ص 387. خيري، محمد: الاعتمادات البنكية وخطاب الضمان طبقاً لقانون التجارة الجديد، بدون طبعة. القاهرة: المركز القومي للاصدارات القانونية. 2011م ص 104.

وفي استعراضنا لبعض حالات تحديد أجل سريان الخطاب نرى أنه لا مانع من اشتغال الخطاب على اتفاق يُنهي به الخطاب وذلك بتحقيق أقرب الأجلين، إما بحلول اليوم المحدد بالخطاب، أو واقعة تسليم الأشغال محل علاقة عقد الأساس، فبتحقق أحدهما ينتهي به الخطاب¹.

كما أن هناك حالة أخرى حددت ميعاد إستحقاق الخطاب بيوم معين، أي أن المطالبة من قبل المستفيد يجب أن تكون في هذا اليوم، لا قبله ولا بعده². بحيث يرى الباحث أنها صورة غير عملية خاصة وأن الأصل بالأمور بالإباحة وليس التشديد، وإن كان الأخذ بهذه الصورة من الناحية النظرية هو أمر مقبول.

ولكن ما هو الحكم - وإن كان نادر الحدوث - لو صادف آخر يوم لدى البنك الضامن هو يوم عطلة رسمية، فهل ستمتد المهلة إلى أول يوم عمل؟ أم أن حق المستفيد سيسقط حتى ولو لم يكن باستطاعته تقديم المطالبة؟

لا شك أن الإجابة على هذا السؤال ستكون بالإيجاب، فالمدة ستمتد إلى أول يوم عمل وهذا أمر محمود³، وهو ما درج عليه بنك فلسطين في تعاملاته وذلك بإدراج شرط في صيغ الخطاب يوضح إمتداد الخطاب إلى أول يوم عمل يلي تاريخ انتهاء الخطاب¹.

1. المادة (2) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب، والتي أشارت إلى أن هناك حالات يحتوي فيها الخطاب على تاريخين، تاريخ الانتهاء أو حدث الانتهاء، أو إذا كان الاثنان مذكورين فالأقرب منهما، يقصد بتاريخ الانتهاء التاريخ المحدد في خطاب الضمان والذي يمكن أن تقدم المستندات عليه قبل ذلك التاريخ المحدد.

2. علم الدين، محي الدين اسماعيل: موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعلمية، مرجع سابق، ص 774، عثمان، صابر عمر إبراهيم، مرجع سابق، ص 142.

3. انظر المادة (24/س) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب. والتي نصت على أنه "اذ صادف تاريخ انتهاء خطاب الضمان في يوم هو غير يوم عمل في مكان تقديم المطالبة، فيمدد تاريخ الانتهاء إلى يوم العمل الأول الذي يلي في ذلك المكان".

انظر أيضاً المادة (12 / أ) من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة. والتي نصت على أنه " إذا لم يكن تاريخ الإنقضاء يوم عمل في مكان عمل الكفيل/ المصدر الذي يصدر فيه التعهد أو مكان عمل شخص آخر، أو في مكان آخر منصوص عليه في التعهد لتقديم المطالبة بالسداد، يقع الإنقضاء في أول يوم عمل يليه ".

إلا أن الأمر غير المحمود هو تعذر إيصال طلب الضمانة من المستفيد إلى البنك الضامن بسبب وجود قوة القاهرة كالفيضانات، أو أحداث الشغب، أو ما شابه ذلك من حالات القضاء والقدر، والاخلال بالأمن والاضطرابات المدنية، وحالات العصيان المسلح، والحروب، والعمليات الإرهابية، أو أية اسباب خارجة عن إرادة الضامن أو الضامن المقابل، بحيث بينت قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب على أنه " إذا أُستحقت مدة انتهاء الضمان في الآونة التي أصبح التقديم أو السداد بموجب خطاب الضمان معاقين بالقوة القاهرة، فإن كل من خطاب الضمان وأي خطاب ضمان مقابل سوف يمتد لفترة 30 يوماً تقويمياً من التاريخ الذي انتهت فيه بطريقة أو بأخرى مدة الانتهاء²."

في حين استقر البنك العربي في تعاملاته على أن تنتهي مدة الضمان بانتهاء المدة المحددة في الخطاب دون أي اعتبار لأي حدث طارئ أو أية قوة القاهرة³، وهو ما لا يؤيده الباحث بالنظر إلى أنه اتجاه يقلل من الضمانة الممنوحة للمستفيد من الضمان، كما أنه يُضعف من قوة الضمانة من الناحية الائتمانية.

1. كوين مسعود. رئيس قسم التسهيلات/ الشركات، بنك فلسطين، رام الله. 2017/9/6.

2. المادة (26/ب) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب.

في حين جاءت المادة (2/15) من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، بقاعدة عامة ولم تفرق بين حالات القوة القاهرة مع الحالات الأخرى، مالم يتم النص في الخطاب على غير ذلك، بحيث نصت على أنه " مالم ينص التعهد على خلاف ذلك يتعين تقديم أي تصديق أو أي مستند آخر يقتضيه التعهد في غضون الوقت الذي تجوز فيه المطالبة بالسداد إلى الكفيل/ المصدر في المكان الذي صدر فيه التعهد ".

3. قيس أبو شهاب. مسؤول علاقة معتمدين الشركات الموظف، البنك العربي/ فرع نابلس. 2017/8/23.

الفرع الثاني: تأثير حالات تجديد الخطاب على التزام البنك الضامن.

من الواضح أن المدة المضمونة بخطاب الضمان قد لا تكفي لتغطية العملية المحددة للخطاب، فقد تقارب صلاحية خطاب الضمان على الانتهاء ولم ينتهي معه تنفيذ العملية التي صدر الخطاب لتغطيتها، بحيث سيكون من مصلحة العميل الأمر مد أجل الخطاب وذلك بتجديدها عن طريق تقديم طلب إلى البنك الضامن مفاده تجديد مدة الضمان قبل انتهائها، أما إذا لم يُقدم طلب منه أو قُدم بعد انتهاء المدة فإن خطاب الضمان يكون قد انتهى¹، ونكون بصدد خطاب ضمان جديد كما أشارت إليه المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية وليس تجديداً للخطاب الأصلي الذي صدر ابتداءً².

وتوضيحاً لعملية التجديد التي تمس الخطاب السابق فتطيل أمدته وتجعل من مطالبة المستفيد صالحة في المدد التي تم تجديدها باعتبارها استكمالاً للمدد السابقة، فإن الباحث سيوضح حالة توجيه المطالبة من المستفيد لمد أجل الخطاب، وما هي التفسيرات الممكنة لطلبات المستفيد، ومدى اتفاق أي منها مع الوضع القانوني القائم. وهي كالآتي:

البند الأول: توجيه المطالبة بمد أجل الخطاب.

يُعد توجه المستفيد بطلب لمد أجل الخطاب لمدة أخرى من الأمور الداعية إلى التساؤل حول من له حق الإجابة على هذه المطالبة، فهل يُعتبر حقاً مطلقاً للعميل الأمر، أم هو حق للبنك الضامن دون العميل الأمر، وعليه فقد انقسم الفقه في سبيل الإجابة على هذا التساؤل إلى قسمين:

1. الشامي، جاسم علي سالم، مرجع سابق، ص 388، علم الدين، محي الدين اسماعيل: موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعلمية، مرجع سابق، ص 828، خيرى، محمد، مرجع سابق، ص 91 .

2. انظر حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 607 - لسنة 20 قضائية - تاريخ الجلسة 2000-10-18 - مكتب فني 22 - رقم الجزء 3 - رقم الصفحة 1331، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق. <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/15.

يستند أصحاب الرأي الأول¹ إلى توجيه مطالبة المستفيد إلى البنك مباشرة، وقيام الأخير بصلاحيته التجديد دون الرجوع إلى العميل الأمر وأخذ موافقته، وذلك تبعاً لقواعد الفضالة التي إن ثبت توفر شروطها كتولي البنك القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك².

والفضالة كما أشارت إليه محكمة النقض المصرية تتوفر في فعل البنك (الفضولي)، ذلك أنه أثناء قيامه بالأمر الموكل له قد تولى شأن غيره وهو العميل الأمر، لما بين الأمرين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهم منفصلاً عن الآخر³.

بحيث تتحقق الفضالة على النحو السابق في فعل البنك الضامن بالحالة التي يكون فيها غطاء خطاب الضمان الذي اقتضاه البنك من العميل غير كاف، أو لم يكن هناك غطاء على الإطلاق، وهنا لا نجد للبنك مصلحة في الإسراع بالوفاء للمستفيد لصعوبة رجوعه على العميل نظراً لعدم كفاية رصيد غطاء الضمان، وعليه فيكون للبنك مصلحة في إرجاء هذا الوفاء للمستفيد عن طريق

1. أبو عياد، شذى وليد: وثيقة خطاب الضمان المصرفية، (رسالة ماجستير غير منشورة). كلية القانون. جامعة اليرموك. الأردن. 2010م. ص 62.

انظر أيضاً المادة (359) من قانون التجارة المصري. والمقابلة لنص المادة (391) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني، والتي نصت على أنه "تبرأ ذمة البنك قبل المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع إلا إذا اتفق صراحة على تجديد تلك المدة تلقائياً أو وافق البنك على مدها"، بحيث يتبين كما هو ظاهر في هذه المادة أن موافقة البنك على مد أجل الخطاب غير محصورة بالموافقة المسبقة من العميل الأمر وذلك على خلاف ما جاء به قانون التجارة الإماراتي.

2. وفي ذات السياق أنظر حكم محكمة النقض المصرية- نقض مدني - الطعن رقم 1188 - لسنة 53 قضائية - تاريخ الجلسة 8-3-2012 - مكتب فني 63 - رقم الصفحة 386، أيد هذا الحكم أحكام الفضالة لكن بشروط معينة ذكر منها أن يباشر الفضولي شيئاً عاماً ونافعاً مفيداً وضرورياً ولمصلحة العميل وليس لمصلحة البنك لوحده.

3. انظر حكم محكمة النقض المصرية- الطعن رقم 562 - لسنة 40 قضائية - تاريخ الجلسة 18-4-1977- مكتب فني 28 - رقم الجزء 1 - رقم الصفحة 970، منشور على موقع محكمة النقض. المصرية http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court_All_Cases.aspx، تاريخ الدخول 2017/6/10.

بالمقابل لذلك وفي حكم آخر لمحكمة النقض المصرية مخالف للحكم السابق أكد على عدم توافر أحكام الفضالة في فعل البنك الضامن بتجديد الخطاب دون الرجوع للعميل الأمر، وذلك لوجود العقد الذي يربط البنك بالعميل الأمر. انظر. حكم محكمة النقض المصرية- الطعن رقم 1342 - لسنة 49 قضائية - تاريخ الجلسة 22-12-1980 - مكتب فني 31 - رقم الجزء 2 - رقم الصفحة 2097، منشور على موقع محكمة النقض المصرية، http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court_All_Cases.aspx، تاريخ الدخول 2017/6/18.

تجديد صلاحية الخطاب، بحيث أُعتبر تصرف مفيد لمصلحة البنك والعميل على أساس أن استعجال البنك بالوفاء للمستفيد لا تتحقق به مصلحة العميل، لأن البنك سيقوم بالرجوع على العميل¹.

ومن هنا فإن هذا الرأي ينظر إلى البنك باعتباره نائباً عن عميله في تجديد خطابه استناداً لتوافر شروط الفضالة، ووجب تبعاً له أن يلتزم العميل بالتعهدات التي عقدها البنك نيابة عنه مضافاً إليها النفقات الضرورية والنافعة والفوائد والتعويض إن كان له مقتضى².

وقد علل رأي آخر³ مشابه لرأي الفضالة في النتيجة التي يهدف إليها من حق البنك في مد أجل الضمان، بحيث استند هذا الرأي على أنه إذا كان الأصل في البنوك ألا تأخذ بمعارضة عميلها عند دفع قيمة الخطاب، فمن باب أولى أن لا تأخذ باعتراض عميلها عند طلب التجديد، لأن للمستفيد الحق في حالة رفض طلبه بالتمديد أن يطالب بدفع قيمة الخطاب فوراً.

في حين ذهب أصحاب الرأي الثاني⁴ إلى توجيه طلب الامتداد من المستفيد إلى العميل الأمر باعتباره أساس عملية التجديد الخاصة بالخطاب الذي شارف على الانتهاء، بحيث يقوم العميل بدوره بإصدار تعليماته إلى البنك الضامن بمد صلاحية الخطاب لمدة أخرى، ذلك أنه يجب أن

1. القليوبي، سميحة: *الاسس القانونية لعمليات البنوك*، مرجع سابق، ص 169، عمر، سليمان رمضان محمد، مرجع سابق، ص 217.
2. انظر أيضاً حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية- الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 9 - لسنة 23 قضائية - تاريخ الجلسة 2003-11-12 - مكتب فني 25 - رقم الجزء 4 - رقم الصفحة 2285، والذي أشار إلى أن العميل الأمر سيلتزم بأي نفقات رتبها البنك الضامن في مواجهته وذلك بالإستناد إلى أحكام الفضالة، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/10.

3. السبيسي، صلاح الدين حسن، مرجع سابق، ص 172.

4. عمر، سليمان رمضان محمد، مرجع سابق، ص 215.

يُقدم طلب التمديد قبل انتهاء مدة صلاحية الخطاب حتى نكون أمام تجديد للخطاب السابق وليس إنشاءً لخطاب جديد كما سبق شرحه¹.

وقد اعتبر هذا الرأي أن توجيه المطالبة من المستفيد إلى البنك مباشرة دون أي تدخل من العميل يعد بمثابة توجيه طلب إلى جهة غير مختصة، إذا أخذ في الاعتبار أن التزام البنك بمقتضى خطاب الضمان إنما يقتصر فقط على دفع قيمته بناء على طلب المستفيد خلال مدة سريان صلاحيته، فإذا ما شاء المستفيد مد صلاحية الخطاب فإن عليه طلب ذلك من العميل الأمر².

فمد الخطاب - حسب رأيهم - يعتبر تدخلاً في الحرية الشخصية للعميل دون أخذ رأيه، وتؤدي إلى تحميله للالتزامات ومسؤوليات جديدة، إضافة إلى تعارض هذا التجديد مع الغرض الذي استوجب صدور الخطاب³.

وبالنظر إلى الآراء السابقة فإن الباحث يرى أن على البنك الضامن واجب الالتزام بما رتبته عليه خطاب الضمان من التزامات تجاه المستفيد، ودون التطرق إلى الحالات التي لم يتم النص عليها صراحة ضمن خطاب الضمان، فالأصل أن يلتزم البنك الضامن بالوفاء دون التجديد خلال مدة الضمان ما لم يتم النص على خلاف ذلك، حيث أن العقد شريعة المتعاقدين.

1. في حين يرى البعض الآخر أن هذه الحالة ستعتبر تجديداً للضمان حتى ولو وصلت المطالبة من المستفيد بعد انتهاء تاريخ استحقاق الخطاب، طالما لم يتم البنك بإجراءات إلغاء الخطاب السابق من سجلاته ووافق العميل على التجديد، انظر، امام، أمين هاشم، مرجع سابق، ص 34.

2. انظر حكم محكمة تمييز دبي - الأحكام المدنية - الطعن رقم 91 - لسنة 2009 قضائية - تاريخ الجلسة 26-10-2009 - مكتب فني 20 - رقم الجزء 3 - رقم الصفحة 2080، بحيث أشار هذا الحكم إلى أن تمديد الخطاب جاء لمصلحة العميل وهو من له الحق بهذا المد من عدمه، منشورة على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/14.

3. وفي ذات السياق انظر حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 787 - لسنة 22 قضائية - تاريخ الجلسة 7-4-2002 - مكتب فني 24 - رقم الجزء 2 - رقم الصفحة 813، أضاف هذا الحكم إلى عدم جواز رجوع العميل بموافقة على التمديد إن تم بموافقة وإلا تحمل المسؤولية عن ذلك، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/13.

البند الثاني: تفسير المطالبة بمد أجل الخطاب.

بعد توضيح الآراء التي تم بموجبها توجيه المطالبة إلى العميل الأمر وإلى البنك الضامن، لا بد أن نبين حقيقة هذه المطالبة، وبغض النظر عن الجهة التي يتحتم عليها استقبالها، وما هو التفسير المنطقي لهذه المطالبة إذا أخذنا بعين الاعتبار أن استخلاص امتداد الخطاب هو أمر تستقل به محكمة الموضوع بتقديره¹، وإلى أي حد ينسجم مع الآراء السابقة إذا أخذنا بعين الاعتبار أن لكل حالة خصوصية معينة قد لا تتفق مع التفسيرات الأخرى، وعليه سنبين حالات تفسير المطالبة في البنود الآتية :

أولاً: مدى إمكانية اعتبار طلب التجديد بمثابة طلب للوفاء بقيمة الخطاب.

يعتبر قيام المستفيد بتقديم طلب بمد خطاب الضمان وتجديده خلال فترة سريانه على أنه طلب للوفاء إذا قوبل بالرفض من قبل البنك الضامن²، فهو تفسير معقول وشائع التطبيق في البنوك كونه يدعم الثقة في خطاب الضمان، خاصة وأن المطالبة بالوفاء - حسب ما أشارت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية - قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية³.

1. انظر حكم محكمة تمييز دبي - الأحكام المدنية - الطعن رقم 312 - لسنة 2001 قضائية - تاريخ الجلسة 25-5-2003 - مكتب فني 14 - رقم الجزء 1 - رقم الصفحة 623، وكذلك حكم محكمة النقض المصرية - الطعن رقم 512 - لسنة 73 قضائية - تاريخ الجلسة 14-4-2005 - مكتب فني 56 - رقم الجزء 0 - رقم الصفحة 365، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق. <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/12، والتي أشارت إلى أن لمحكمة الموضوع سلطة تقدير توافر أركان الفضالة من عدمها لتمديد أجل الخطاب.

2. انظر المقصود بالتقديم في المادة (2) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب على اعتباره شاملاً لحالات التقديم التي يتم بها الخطاب كما التقديم لطلب الوفاء أو التمديد لفترة أخرى.

انظر أيضاً علم الدين، محي الدين اسماعيل: موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعلمية، مرجع سابق، ص 829 .

3. انظر أيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم 1715 - لسنة 45 قضائية - تاريخ الجلسة 20-11-2001 - مكتب فني 47 - رقم الجزء 0 - رقم الصفحة 124، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/14.

كما أن الهدف الذي يقصده المستفيد من الخطاب هو فقط لتأمين حقوقه، بحيث لا يصح إضاعة هذا الضمان منه لسبب أن المستفيد لم يطلب الوفاء صراحة، ولكنه عرض إمكان تأجيل هذا الوفاء مقابل الإبقاء على الضمان لمدة أخرى¹.

في حين لم يؤيد القانون المصري هذا التفسير وأعتبر أن مطالبة المستفيد للعميل بدفع قيمة الخطاب يجب أن تكون صريحة لا غموض فيها²، بحيث أعتبر توجيه المستفيد لمطالبته للبنك بمد أجل الخطاب لفترة أخرى دون إتباع هذه المطالبة بمطالبة أخرى خاصة بالوفاء يعد بمثابة تنازله عن حقه في طلب الوفاء، وعليه إذا انتهت مدة الضمان قبل التوصل إلى حل متفق عليه بين الأطراف على مد أجل الخطاب فإن المستفيد هو الخاسر الوحيد لسقوط حقه في المطالبة بقيمة خطاب الضمان طالما انتهت مدته دون أن يتلق المستفيد أي رد من البنك أو أي رفض لطلبه الخاص بمد الخطاب³.

وهو ما يؤيده الباحث بالنظر إلى أن المطالبة بقيمة الضمان يجب أن تكون صريحة وفق إجراءات متبعة لدى البنك الضامن، وليس فقط باسقاط إجراءات طلب التمديد على طلب الوفاء، ذلك أنه لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح⁴.

ثانياً: مدى إمكانية اعتبار طلب التخيير بمثابة طلب للوفاء بقيمة الخطاب.

تقوم هذه الحالة على اعتبار أن المستفيد قدم طلبين إلى البنك الضامن، يطالبه في الأول أن يقوم بمد أجل الخطاب، وفي الطلب الثاني يطالبه بالوفاء بقيمة الخطاب إن لم يمتثل لأمره في طلب مد

1. عوض، علي جمال الدين: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص 493 .

2. المادة (1/359) من قانون التجارة المصري، والمقابلة لنص المادة (1/391) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني، والمادة (418) من قانون التجارة الإماراتي، بحيث تم النص على أنه " تبرا ذمة البنك قبل المستفيد اذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع إلا اذا اتفق صراحة على تجديد تلك المدة تلقائياً " .

3. مصطفى، عادل إبراهيم السيد، مرجع سابق، ص 89، عمر، سليمان رمضان محمد، مرجع سابق، ص 219.

4. المادة (13) من مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876 .

أجل الخطاب، فهل سيلزم البنك بالوفاء بقيمة الخطاب أم لا ؟ وما هو تفسير هذه العملية في ظل حالات توجيه المطالبة بمد أجل الخطاب ؟.

إن قيام المستفيد بتقديم طلب التخيير للبنك إما على أساس دفع قيمة الخطاب أو مد مدته يأتي في ظل مشاركة مدة الخطاب على الانتهاء، ولكن هذا التخيير وكغيره من الحالات السابقة لم يلقى التأييد الكامل لحل مشكلة إمتداد الخطاب، فقد أثار هذا الطلب جدلاً بين البنوك والمستفيدين وفقهاء القانون .

فمنهم من ذهب إلى أن للمستفيد حقاً في طلب الدفع أو التمديد، وأن البنك ملزم بالدفع وإلا التمديد تأسيساً على أنه لا يعتد بمعارضة العميل بالوفاء، ولذلك ليس هناك حاجة لأخذ موافقة العميل على مد صلاحية الضمان على اعتبار أن التمديد أخف التزاماً من دفع قيمة الخطاب¹.

كما أنه لا يتصور أن يضار المستفيد لمجرد أنه عرض إمكانية انتظاره إذا امتد خطاب الضمان لمدة أخرى، بحيث أكدت محكمة النقض المصرية أن عدم السماح للبنك بمد أجل الخطاب سيضعف الطمأنينة التي يستهدفها نظام خطابات الضمان في التعامل مع المستفيدين².

بحيث خلص هذا الرأي إلى اعتبار أن سداد البنك في هذه الحالة سيعتبر وفاءً صحيحاً متى وصلت إليه مطالبة المستفيد بالدفع و التجديد خلال سريان مفعول خطاب الضمان، ويرتب له حق الرجوع على عميله بقدر المبلغ المدفوع للمستفيد¹.

1. عبيد، رضا: القانون التجاري ، ط 5. 1984، نقلا عن، الكيلاني، محمود: الموسوعة التجارية والمصرفية عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 396.

2. انظر حكم محكمة النقض المصرية- النقض المدني - الطعن رقم 8222 - لسنة 64 قضائية - تاريخ الجلسة 10-12-2001، انظر أيضاً حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية- الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 36 - لسنة 22 قضائية - تاريخ الجلسة 30-4-2002 - مكتب فني 24 - رقم الجزء 2 - رقم الصفحة 104، بحيث اعتبرت هذه الأحكام أن طلب التمديد خلال المدة يعد بمثابة تخيير للبنك الضامن بطلب للوفاء أو التمديد، وأن البنك ملزم بالموافقة على احدى الخيارين، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق. <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/16.

وكما بينت الدراسة فإن هذا الرأي لم يسلم من الانتقاد الذي ذهب إلى أن المستفيد لا يستطيع الطلب من البنك بدفع قيمة الخطاب أو مد مدة الخطاب، فهو وإن كان يملك حق طلب الوفاء إلا أنه لا يملك حق طلب التمديد من البنك الضامن².

ذلك أن طلب الدفع يختص به البنك دون العميل الأمر، وبالمقابل فإن طلب التجديد يختص به العميل الأمر دون البنك³، وبالتالي فإن توجيه طلب المد والتجديد كما هو طلب الدفع إلى البنك الضامن يعد موجهاً إلى جهة غير مختصة وحريراً بالرد في مجمله، ذلك أن توجيه طلب المد إلى البنك مباشرة لا يعد بمثابة توكيل للبنك الضامن في مخاطبة العميل⁴.

وعليه وإن كان لازماً على المستفيد تخصيص كل مطالبة إلى الجهة التي يحق لها التعامل مع هذه الطلبات، إلا أن الباحث يرى أن اشتغال مطالبة المستفيد على طلب للوفاء خلال مدة الضمان سيحتم على البنك الضامن وفاء قيمة الخطاب وعدم التذرع بوجود مطالبة أخرى ولو كانت غير ملزمة له من جانب المستفيد.

1. انظر المادة (23) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب والتي أشارت إلى أنه يمكن للضامن أو للضامن المقابل أن يرفض منح أي تمديد حتى لو تم ايعازه بالعمل على ذلك وسوف يسدد عندها المطالبة، مع ملاحظة أن تكون تلك المطالبة مشمولة بحل بديل على طلب لتمديد مدة الانتهاء، بالتالي يلتزم البنك الضامن بالوفاء إن رفض طلب التمديد.

2. الكيلاني، محمود: الموسوعة التجارية والمصرفية عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 397 .

3. الحصري، خليفة بن محمد: مسؤولية البنك في إطار عمليات الائتمان الخارجي، ط1. المنصورة: دار الفكر والقانون. 2015م. ص 42 .

4. عوض، علي جمال الدين: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص 493 . خيرى، محمد، مرجع سابق، ص 103 .

البند الثالث: المنهج العملي في تجديد خطاب الضمان.

لقد سبق الحديث عن الحالات التي يتم بموجبها توجيه خطاب الضمان والجهة التي يقع على عاتقها تمديد هذا الخطاب، إضافة إلى غيرها من الحالات التي يتم بموجبها تفسير طلب المد وآثاره، والنتائج المترتبة على كل منها، وعليه فإن الباحث يرى ضرورة توضيح المنهج المُتبَع في مثل هذه الحالات وما استقرت عليه التعاملات الجارية في البنوك العاملة في فلسطين.

تقوم هذه الفكرة كما وضحتها محكمة النقض المصرية على أساس تضمين الخطابات بعبارات واضحة في تفسير معين لهذه المواقف التي تواجهها البنوك، كأن يتضمن الخطاب سلطة للبنك في مد أجل الخطاب متى طلب المستفيد منه ذلك قبل انقضاء مدته، إضافة إلى إيراد شرط بين العميل والبنك الضامن يُفَوِّض بمقتضاه البنك على القيام بعملية التجديد دون الرجوع إلى العميل مرة أخرى¹.

وعليه فإن التعاملات الجارية في بعض البنوك العاملة في فلسطين قد نهجت على توقيع عملائها على توكيلها في الإجابة على الطلبات التي يتقدم بها المستفيدون لتجديد أمد خطابات الضمان²، وبموجبه يقررون موافقتهم المسبقة على تجديد أجل الخطاب إذا ما طلب المستفيد ذلك، ويقوم هذا التفويض على أساس مد أجل الخطاب دون الرجوع إلى العميل وبالرغم من أية معارضة منه، بحيث سيُسَهِّل هذا الإجراء في مهمة البنوك كما أنه يحقق مصلحة العميل الأمر³.

1. انظر حكم محكمة النقض المصرية- الطعن رقم 4167 - لسنة 68 قضائية - تاريخ الجلسة 22-11-2010، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/15، بحيث أشار إلى امكانية تجديد الخطاب بموافقة مسبقة من العميل، كما يمكن أن يكون هناك نص صريح على امكانية التجديد دون الرجوع إلى العميل.

2. أشرف الفار. محامي ومستشار قانوني، مكتب اتقان للمحاماة والاستشارات القانونية/ رام الله. 2017/9/10.

3. انظر حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية- الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 607 - لسنة 20 قضائية - تاريخ الجلسة 18-10-2000 - مكتب فني 22 - رقم الجزء 3 - رقم الصفحة 1331، أشار هذا الحكم إلى حق البنك الضامن بإجراء التمديد للخطاب نتيجة طلب المستفيد ذلك وبالإستناد إلى التفويض السابق في خطاب الضمان من قبل العميل الأمر للبنك الضامن، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/13.

ولا يُخفى أن صيغة التفويض بمد أجل الخطاب قد تشمل أشكالاً أخرى، بحيث قد يتم النص على أن يكون للبنك الضامن الحق في تجديد خطاب الضمان إذا لم يعترض العميل خلال فترة محددة تُحدّد في الطلب، بحيث يكون عدم اعتراض العميل خلال هذه الفترة بمثابة موافقة ضمنية منه على التجديد، فهذه الحالة وبالرغم من إعطائها الحق للبنك الضامن في تجديد أمد الخطاب إلا أنها لم تجعله مطلقاً من أي قيد، بل جعلته موقوفاً على أي اعتراض من العميل قد يصدر خلال فترة معينة¹.

ومن أشكال التجديد أيضاً الحالة التي تم بمقتضاها تجديد أمد الخطاب قبل انتهاء مدة الخطاب، فاشتراط مد الخطاب لم يرد في صيغة الخطاب وإنما استُحدث فيما بعد بين العميل الأمر والبنك الضامن².

ومن ناحية أخرى فإن الباحث يرى أن اشتراط بعض البنوك على عملائها بقبول مد أجل خطاب الضمان لأي مدة يطلبها المستفيد، ودون الرجوع إلى العميل الأمر واعتباره شرطاً واجباً إirاده في صيغة الخطاب، وبالرغم من اعتراض العميل عليه يُعد أمراً مجحفاً بمصلحة العميل وبالنتيجة إلى اعتباره شرطاً تعسفياً.

وعليه فإن إيراد مثل هذه الشروط المجحفة في خطابات الضمان يحتم على البنك ألا يتوسع في تفسيرها، بحيث لا يجوز إجراء هذا التجديد بناءً عليه سوى مرة واحدة، كما في حالات التجديد

1. السيسي، صلاح الدين حسن، مرجع سابق، ص 171 .

وفي ذات السياق جاء حكم محكمة النقض المصرية بقيد آخر يتمثل في أن السماح بإجراء التجديد لا يعني بكل الحالات اعطاء الحق للمستفيد بطلب تسيل قيمة الخطاب خلال مدة التمديد، فقد توجد بعض المسوغات لمنع تسيل الخطاب وبنص القانون خلال فترة التمديد حتى ولو كانت فترة التمديد مبنية على نص صريح يُجبر للبنك الضامن اجراءها، بحيث قد تقتصر حالات التسيل على المدة الأصلية كما هو الحال في ضريبة الدمغة التي تفرضها الحكومة على المحررات النوعية، انظر حكم محكمة النقض المصرية- طعن مدني رقم 1150 - لسنة 64 قضائية - تاريخ الجلسة 13-11-2000 - مكتب فني 51 - رقم الجزء 2 - رقم الصفحة 989، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/15.

2. الحضرمي، خليفة بن محمد، مرجع سابق، ص 39 .

الضمنية غير المستندة إلى نص صريح يُجيز التجديد بشأنها، ذلك أن إيراد مثل هذا الشرط لا يعني إعطاء الحق للبنك الضامن بالتجديد وفي كل مرة دون الرجوع إلى العميل الأمر¹.

ونشير أخيراً إلى الواجب الملقى على عاتق البنك في إخطار عميله بعملية التجديد، فقد ذهب الرأي الغالب² إلى تأكيد هذا الواجب على البنك الضامن وفي جميع حالات التجديد، بحيث يتحتم على البنك القيام بإخطار عميله بعملية التجديد سواء كان طلب التجديد صادراً من العميل ذاته فيُخطر البنك بإتمام عملية التجديد، أو بالحالة التي يكون فيها طلب التجديد موجهاً إلى البنك من المستفيد وقام به البنك تنفيذاً للشرط الوارد في الاتفاق ما بينه وبين العميل الذي أذن له في ذلك، أم قام به البنك دون وجود مثل هذا الشرط متى توافرت لسلوكه في هذا التجديد أحكام الفضالة³.

ويرى الباحث أن العلة المرجاة في واجب البنك الضامن بإخطار عميله هي أن هذه العملية من شأنها زيادة التزام العميل وإطالة أمدّه، وعليه يجب على البنك الضامن إخطار عميله بعملية التجديد وذلك على خلاف الحالة التي يُتطلب فيها إخطار العميل بعملية الدفع للمستفيد خلال مدة الضمان، والتي تمت الإشارة إليها سابقاً في الالتزامات الملقاة على عاتق البنك الضامن، بحيث لا يُجبر البنك الضامن على القيام بإخطار عميله عند عملية الوفاء استناداً إلى مبدأ الاستقلالية في الالتزامات والذي جعل من التزام البنك الضامن مباشراً ومجرداً ونهائياً.

1. انظر حكم محكمة النقض المصرية- الطعن رقم 159 - لسنة 46 قضائية - تاريخ الجلسة 11-2-1980 - مكتب فني 31 - رقم الجزء 1 - رقم الصفحة 470، والذي أشار إلى عدم جواز التوسع في تمديد الخطابات من قبل البنك الضامن إن لم يستند إلى نص قانوني صريح يُجيز له صلاحية التجديد، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/12.

2. عوض، علي جمال الدين: *عمليات البنوك من الوجهة القانونية*، مرجع سابق، ص 495 .

3. المادة (23 / ح) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب والتي نصت على أنه "سوف يعلم الضامن أو الضامن المقابل بدون تأخير الطرف الذي استلم منه تلك التعليمات بقراره بالتمديد بموجب الفقرة "د" أو يدفع". بالإضافة إلى ما سبق فإن واجب الإعلان يقع بالبداية قبل الموافقة على التمديد وذلك لحظة وصول المطالبة إلى علم البنك الضامن استناداً لنص المادة (16) من ذات الاتفاقية والتي نصت على أنه "سوف يعلم الضامن بدون تأخير الطرف المواعز بالتعليمات أو حينما يطبق الضامن المقابل بأي طلب بموجب خطاب الضامن وبأي مبتغي كحل بديل من أجل تمديد مدة انتهاء خطاب الضامن".

بالمقابل لذلك وفي سياق الإخطار فقد أكدت المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية على واجب البنك الضامن بإخطار المستفيد بمد أجل الخطاب المقدم من العميل الأمر، وذلك في الحالات التي قاربت فيها مدة الخطاب على الانتهاء ولم ينتهي العميل من تنفيذ العملية التي صدر الخطاب لتغطيتها، وذلك لضمانة المستفيد إلى بقاء حقه على مبلغ الخطاب¹، فبالرغم من عدم قدرة العميل على إجبار المستفيد لتأجيل مطالبته إلى المدة التي تم تجديدها إلا أن الباحث يرى أن إخطار المستفيد بوجود هذا التجديد قد يغير رأيه في المطالبة بمبلغ الخطاب للمدة التي تم تجديد الخطاب خلالها.

المطلب الثاني: الحالات التي لا تؤثر في التزام البنك المتسم بالاستقلالية.

سبق وأن بينا أن التزام البنك في خطاب الضمان مستقل عن الالتزامات وعن العلاقات الأخرى، بحيث أشارت محكمة التمييز الأردنية أن التزام البنك في خطاب الضمان قائم بذاته²، بحيث لا يجوز للبنك الضامن الاعتداد بأي دفع خارجة عن الخطاب أو أي دفع ناشئة عن أي علاقة أخرى، وذلك إعمالاً لمبدأ الاستقلالية.

في حين أن هناك بعض الحالات التي تعتبر كدفع خاصة تسمح للبنك الضامن أو العميل الأمر أو المستفيد من الخطاب على حد سواء حق التمسك بها في مواجهة بعضهم البعض، بحيث يُعتبر وجود هذه الحالات دليلاً واضحاً على قوة التزام البنك القطعي، فبالرغم من كونها حالات

1. انظر حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 36 - لسنة 22 قضائية - تاريخ الجلسة 30-4-2002 - مكتب فني 24 - رقم الجزء 2 - رقم الصفحة 1047، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/9.

2. انظر حكم محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1998/1776 (هيئة خماسية) تاريخ 1999/3/18، منشور على موقع عدالة للمعلومات القانونية <http://www.adaleh.info>، تاريخ الدخول 2017/4/20.

انظر أيضاً المادة (5/5) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب. والتي نصت على أن " خطاب الضمان بطبيعته مستقل عن العلاقات الضمنية وعن طلب خطاب الضمان ، والضامن ليس مُعني بها أو ملزم بمثل تلك العلاقات، وأن الإشارة في خطاب الضمان الي العلاقات الضمنية لغرض تبيانها لا تغير الطبيعة المستقلة لخطاب الضمان " .

تبدو في ظاهرها استثناء عن الأصل الذي يتميز به التزام البنك، إلا أنها تُشكل ظاهرة تُرسخ مبدأ الاستقلالية الذي يتميز به التزام البنك الضامن.

وعليه نتعرض لهذه الظواهر فنبين أولاً الضمان القابل للتخفيض ثم لشرط التجديد التلقائي لمبلغ الضمان، وأيضاً نبين حالة وفاء مبلغ الضمان على دفعات وأثرها على المطالبة اللاحقة، وذلك على النحو الآتي :

الفرع الأول: خطاب الضمان القابل للتخفيض.

قد يرد في خطاب الضمان نصاً يفيد محتواه بأن مبلغ الضمان قابل للتخفيض بنسبة معينة حسب الأعمال والأشغال المنفذة من العميل الأمر في عقد الأساس، ولا شك أن هذا الشرط غالباً ما يكون بناء على طلب من العملاء الأمرين، لأنه يتناسب في المقام الأول مع مصالحهم، بحيث يتم تخفيض مبلغ الضمان تبعاً وحسب الأعمال والأشغال المنفذة من قبلهم، فهو سيقاقل نسبة المطالبة من المستفيد لتصل في النهاية إلى قيمة الأعمال التي لم يقم العميل بتنفيذها¹، وهو الذي من شأنه أن يقلص فرص التعسف التي قد تنشأ من المستفيد باعتبار أن له حق المطالبة بكامل مبلغ الضمان فيما لو لم يرد مثل هذا الاتفاق على تخفيض قيمة الخطاب .

بحيث أكدت محكمة النقض المصرية إلى واجب الإشارة الصريحة لشرط الضمان القابل للتخفيض في خطاب الضمان لتطبيق مفعوله²، فهو شرط لا يمكن تطبيق مضمونه ضمناً على

1. جبر، هشام: إدارة المصارف الإسلامية، ط2. نابلس - فلسطين: عمادة البحث العلمي- جامعة النجاح الوطنية. 2006م. ص 228.
2. انظر حكم محكمة النقض المصرية- المحاكم الاقتصادية - الطعن رقم 1879 - لسنة 1 قضائية - تاريخ الجلسة 30-4-2013، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/24، انظر أيضاً حكم محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية - رقم 2462 - لسنة 1999 (هيئة خماسية) تاريخ 2000/4/24، منشور على موقع عدالة للمعلومات القانونية <http://www.adaleh.info>، تاريخ الدخول 2017/4/10، والتي أشارت إلى وجوب الإشارة إلى شرط الضمان القابل للتخفيض في خطاب الضمان حتى يتم تطبيق مفعوله.

أطراف الخطاب¹، ذلك أن الأصل في هذه الخطابات هو أن يكون التزام البنك وارد على كامل مبلغ الضمان بحسب ما درج عليه بنك القدس في تعاملاته².

كما يتحتم على العميل تقديم المستندات الدالة على إنجاز له للأعمال المذكورة، وليس فقط بالاكتماء بشرط الضمان القابل للتخفيض الوارد في خطاب الضمان³.

وبتوافر الشروط السابقة يقع على البنك الضامن - عند طلب الوفاء - مسؤولية التحقق من القدر الحقيقي الواجب عليه دفعه من قيمة الخطاب بناء على المستندات المقدمة إليه من العميل، أما إذا لم تُقدم إليه هذه المستندات فوجب عليه الوفاء بقيمة الخطاب كاملاً أو حسب طلب المستفيد بما يوازي قيمة الخطاب إن جاءت مطالبته خلال سريان مدة الخطاب⁴.

ويرى الباحث أن تعيين المستندات التي تم الاتفاق على تقديمها للبنك الضامن مقدماً في سبيل تخفيض مبلغ الضمان تساعد على تفادي الصعوبات التي تواجهه في تحديد كمية التزامه تجاه المستفيد، وعاملاً مساعداً في تقليل الاختلافات حول صحة المستندات المنوي تقديمها ومكان إصدارها.

1. بالرغم من واجب النص صراحة على قابلية الخطاب للتخفيض لمواجهة المستفيد إلا أن هناك حالتين معلوم مقدماً أن قيمتهما ستخضع بناء على مجريات سيرهما وهم (خطابات الضمان الدفعة المقدمة و خطابات حسن التنفيذ)، بحيث عُرف خطاب حسن التنفيذ: بأنه " تعهد يصدر من العميل بدفع مبلغ نقدي معين بمجرد أن يطلب المستفيد (صاحب العمل) ذلك من الجهة المصدرة للخطاب (البنك الضامن) في حال إخفاق العميل بالتنفيذ وفقاً لشروط العقد"، ويسمى أيضاً بخطاب أداء الضمان. وخطاب الضمان النهائي، انظر شكري، ماهر كنج: **العمليات المصرفية الخارجية**، بدون طبعة. عمان - الأردن: دار الحامد للنشر والتوزيع. 2004م. ص 41.

أما خطاب الضمان الدفعة المقدمة : هو " تعهد يصدر من البنك بناء على طلب (العميل الأمر) بدفع مبلغ معين إلى (صاحب العمل) المستفيد، بمجرد أن يطلب ذلك الأخير من البنك خلال مدة محددة في حال أخفق المفاوض في سداد الدفعات المقدمة التي حصل عليها من صاحب العمل"، انظر، العنزي، عياد بن عساف بن مقل: **زكاة خطاب الضمان والاعتماد المستندي**. مجلة العلوم الشرعية والدراسات الإسلامية. جامعة القسيم. المملكة العربية السعودية. عدد 1، مجلد 5 / 2011م. ص 232.

2. نهاد عمير. مدير الدائرة القانونية، بنك القدس/ رام الله. 2017/11/8.

3. انظر حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية- الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 201 - لسنة 26 قضائية - تاريخ الجلسة 2008-5-21، نقل عبء الإثبات على العميل فيما يخص استرجاع المستفيد لقيمة الدفعة المقدمة للخطاب حتى يفقد المستفيد تبعاً لها حقه بتسييل الخطاب، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/26.

4. مصطفى، عادل إبراهيم السيد، مرجع سابق، ص 57.

أما ما استقر عليه بنك فلسطين في تعاملاته من اعتبار شرط الضمان القابل للتخفيض تدخلاً في عقد الأساس ووسيلة للتحايل على مبدأ الاستقلالية الذي يتميز به التزام البنك¹، فإن الحقيقة تكمن في أن هذا الشرط لا يُدخل البنك الضامن في عقد الأساس بالنظر إلى أن هذا التخفيض لا يتم إلا بالاعتماد على المستندات المقدمة، والواردة إلى البنك الضامن، والمؤكد على ضرورة إعمال هذا التخفيض بالنظر إلى شروط الخطاب، وبما لا يتدخل معه البنك الضامن في اعتبارات عقد الأساس ولا يقود البنك الضامن إلى البحث والتمحيص في عقد الأساس².

أما بالنسبة للنصوص الدولية ومدى تعرضها لهذا الشرط فقد أشارت قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب إلى هذا النص وعالجته ضمن أحكامها³، في حين إن اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة قد خلت من أي نص يحوي مثل هذا الشرط، لذا فإن الباحث يرى أنه لا مانع من إيراد هذا الشرط في صلب الضمانات الدولية، لأنه لا يتنافى مع غرض الضمانات الدولية خاصة بعد ورود المستندات التي تؤكد تنفيذ الأعمال والقيام بها.

كما أنه يمكن اعتبار بعض النصوص القانونية⁴، أو القواعد العرفية⁵، أو تلك الواردة على شكل قرارات إدارية، بديلاً عن الاتفاق الوارد في خطاب الضمان والذي مفاده تخفيض قيمة

1. كوين مسعود. رئيس قسم التسهيلات/ الشركات، بنك فلسطين، رام الله. 2017/9/6.

2. تادرس، خليل فيكتور، مرجع سابق، ص 332.

3. المادة (13) بدلاله المادة (24/د) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب والتي أشارت إلى وجوب النص على التخفيض بعبارة أن يكون محدداً، وأضافت إلى وجوب تقديم المستندات الداعمة والمؤيدة له.

4. انظر حكم محكمة القضاء الإداري المصري- دائرة المنازعات الاقتصادية - طعن رقم 19947 - لسنة 61 قضائية - تاريخ الجلسة 17-1-2009، التخفيض هنا جاء بنص قانوني ومثاله تخفيض قيمة التأمين (الضمان) المفروض على الشركات السياحية والمقدم إلى وزارة السياحة بنسبة أقل عما كان عليه الوضع سابقاً، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>. تاريخ الدخول 2017/3/18.

5. انظر أيضاً حكم محكمة النقض المصرية- طعن مدني رقم 495 - لسنة 72 قضائية - تاريخ الجلسة 13-1-2004 - مكتب فني

55 - رقم الجزء 1 - رقم الصفحة 121، منشور على موقع محكمة النقض المصرية

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx، تاريخ الدخول

2017/6/21، والتي نصت على عدم أحقية المستفيد بقيمة الخطاب إن تبين أنه لم يقدم الدفعه المقدمة المقابلة للخطاب الذي قدمه العميل.

الخطاب، أو الإغفاء الكامل منه، طالما تم تقديم المستندات من العميل الأمر والمؤيدة إلى إنجاز بعض الأعمال وبما يتناسب ونسب الخصم من مبلغ الضمان¹.

يتبين مما سبق أن موقف البنك الضامن تجاه المستفيد مرهون بالنتيجة التي حصل عليها العميل الأمر، حيث يرى الباحث أن إنجاز العميل الأمر للعمل المتفق عليه، ووفق المواصفات والمدة المتفق عليها، والمؤيدة بالمستندات المطلوبة، يحتم على البنك الضامن التأكد من نسبة الأعمال التي لم يتم تنفيذها تمهيداً لمعرفة القيمة التي سيقوم بالوفاء بها إلى المستفيد من الخطاب.

بالمقابل لذلك وبموضوع آخر مشابه فقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على أن تخفيض قيمة الأعمال المُعطاة من الإدارة (المستفيد) إلى العميل الأمر، ولأي سبب لا يستتبع ولا يستلزم تخفيض قيمة الخطاب المقدم من العميل الأمر، أو استبداله بخطاب آخر أقل قيمة منه، ما لم يرد اتفاق بين جميع الأطراف على هذا التخفيض²، أو أن التخفيض جاء بنص قانوني، أو بمبادرة انفرادية من الجهة المستفيدة، ذلك أن التزام البنك في خطاب الضمان سيبقى مستقلاً عن عقد الأساس³.

-
- انظر أيضاً، طلافحة، محمد عبد الله علي: **الكفالات المصرفية في الفقه الاسلامي والقانون الأردني** "دراسة مقارنة". (رسالة ماجستير غير منشورة). كلية الدراسات الفقهية والقانونية جامعة آل البيت. الأردن. 1999م. ص 56.
1. انظر حكم محكمة النقض المصرية- الطعن رقم 4167 - لسنة 68 قضائية - تاريخ الجلسة 22-11-2010، أشار إلى واجب العميل بتقديم المستندات المؤيدة له بتنفيذه الاعمال المطلوبة منه لتخفيض قيمة الخطاب، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/14.
 2. انظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية- الطعن رقم 24855 - لسنة 54 قضائية - تاريخ الجلسة 11-4-2009، كما أضاف الحكم أيضاً على أن إرساء جزء من العطاء على العميل لا يعطي الحق للمستفيد بتسليم كامل الخطاب، منشورة على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/13.
 - انظر أيضاً حكم محكمة النقض المصرية- طعن جنائي رقم 5678 - لسنة 75 قضائية - تاريخ الجلسة 22-3-2007 - مكتب فني 58- رقم الصفحة 306، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/10، والذي أشار إلى أن الاتفاق على تخفيض قيمة الخطاب بالتبعية لتخفيض الأعمال الموكلة للعميل الأمر هو أمر متفق والقانون.
 3. انظر المادة (24/ ذ) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب والتي أشارت إلى أن "القيمة القابلة للدفع بموجب خطاب الضامن سوف تخفض بأي مبلغ- (1) -مدفوع بموجب خطاب الضامن . (2) -ناجم عن تطبيق

الفرع الثاني: شرط التجديد التلقائي لمبلغ الضمان.

يتمثل هذا الشرط ببقاء التزام البنك الضامن تجاه المستفيد على الرغم من الوفاء بكامل مبلغ الضمان للمستفيد، بحيث نصت قواعد اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة على انقضاء الحق في المطالبة بالسداد متى تم سداد المبلغ المتاح بموجب التعهد، مالم ينص التعهد على التجديد التلقائي للمبلغ، أو على زيادة تلقائية للمبلغ المتاح، أو مالم ينص بأي شكل آخر على استمرار التعهد¹.

وعليه يتبين أن التزام البنك سيتجدد تلقائياً إن اتفق جميع الأطراف على عدم انقضاء الضمان بسداد المبلغ، ذلك أن الأصل هو انقضاء الضمان بسداد المبلغ المنصوص عليه حفاظاً على حق البنك في العمولة المستحقة عن كل عملية ضمان².

بالمقابل لذلك فقد أكدت محكمة القضاء الإداري المصرية على اعتبار بعض القرارات الإدارية عاملاً مساهماً في زيادة مبلغ الضمان عن المبلغ المتفق عليه، فعلى سبيل المثال تعد قرارات المفاضلة³ الصادرة من الجهة الإدارية (المستفيد) بحق الشركات (العملاء) بشأن زيادة مبلغ الضمان قرارات متفقة والقانون، طالما لم تكن الشركة قد نشأت بعد، أو لم تكن قد رُخصت بعد، أما إذا كانت الشركة قائمة وتريد الانتقال من وضع إلى وضع قانوني آخر، فإن قرار المفاضلة بحق

المادة 13 والتي تشترط تخفيض الضمان عند تقديم بعض المستندات. (3) مشار إليه في كتاب المستفيد الموقع بشأن إخلاء جزئي من الالتزام بموجب خطاب الضمان ".

1. انظر المادة (11 / 1 ج) من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة. انظر أيضاً المادة (13) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب والتي نصت على جواز الاتفاق على التغير في مبلغ الاعتماد بالزيادة في قيمته في تواريخ معينة أو عند بروز حدث محدد يؤدي بموجب خطاب الضمان الي التغير في مبلغه. وفي ذات السياق انظر أيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية- الطعن رقم 4188 - لسنة 51 قضائية - تاريخ الجلسة 17-12-2005، انظر أيضاً حكم محكمة تمييز دبي- الأحكام المدنية - الطعن رقم 179 - لسنة 2000 قضائية - تاريخ الجلسة 16-9-2000 - مكتب فني 11 - رقم الجزء 1 - رقم الصفحة 698، والتي أشارت إلى ان بقاء قيمة الخطاب غير محددة تجعل منه قابلاً للزيادة بالقيمة التي يطلبها المستفيد، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/12.

2. تادرس، خليل فيكتور، مرجع سابق، ص 330.

3. تعريف قرارات المفاضلة: هي قرارات يتم اتخاذها من قبل الجهة الإدارية (المستفيد) في سبيل زيادة مبلغ الضمان على المقاول (العميل الأمر) حتى تتسجم قدرة المشروع مع المتطلبات الجديدة المفروضة على العميل الأمر، انظر حكم محكمة القضاء الإداري المصري- المنازعات الاقتصادية - الطعن رقم 4855 - لسنة 60 قضائية - تاريخ الجلسة 26-12-2009.

هذه الشركات والداعي لزيادة مبلغ الضمان لصالح المستفيد (الإدارة) يعتبر مخالفاً للقانون، وذلك على أساس أن هذه الشركات قد حصلت على حقوق مكتسبة فيما يخص انسجام الضمان المقدم من قبلها مع الأعمال الموكلة لها¹.

ولكن قد يُطرح سؤال في هذا الخصوص هو أن التجديد التلقائي لمبلغ الخطاب إن جاء باتفاق جميع الأطراف فإن الآلية المتفق عليها ستحدد مسار التزام كل طرف، في حين ما هو مصير التزام البنك في قرارات المفاضلة إن جاءت متفقة وأحكام القانون، ودون موافقة مسبقة من البنك الضامن، فهل سيتجدد التزامه؟ وما هو مصير التزام العميل الأمر، وهل يمكن إجباره على تغطية الخطاب المتجدد؟ .

يرى الباحث أن التزام البنك الضامن مقتصر على المبلغ الأصلي مالم يتفق مع باقي الأطراف على تجديده، ذلك أنه لا يمكن إجبار البنك الضامن على زيادة مبلغ الضمان استناداً إلى التزامه المتسم بالاستقلالية، وعليه فإن رفض البنك الضامن تجديد الخطاب أو زيادة قيمته سيُرتب على العميل القيام بفتح خطاب جديد داعم للخطاب الأول، أو مكماً له، سواء لدى نفس البنك أو لدى بنك آخر.

وهو أيضاً ما درجت عليه بعض البنوك العاملة في فلسطين²، فزيادة مبلغ الضمان وفق قرارات المفاضلة تكون ملزمة للعميل الأمر لا على البنك الضامن إن لم يوافق عليها الأخير.

1. انظر حكم محكمة القضاء الإداري المصري-المنازعات الاقتصادية - الطعن رقم 8560 - لسنة 61 قضائية - تاريخ الجلسة 17-1-2009، وحكم محكمة القضاء الإداري المصري- القضاء الإداري - الطعن رقم 8341 - لسنة 58 قضائية - تاريخ الجلسة 2-11-2004، وحكم محكمة القضاء الإداري المصري-المنازعات الاقتصادية-الطعن رقم 6140-لسنة 62 قضائية- تاريخ الجلسة 17-1-2009، هذه أحكام متعلقة بقرارات المفاضلة الصادرة عن الجهات الإدارية (الجهة المستفيدة من الخطاب) والداعية لزيادة مبلغ الضمان، بحيث أيدت هذه الأحكام قرارات المفاضلة بالنسبة للشركات التي في طور الإنشاء ورفضت قرارات المفاضلة بالنسبة للشركات التي حصلت على الحقوق المكتسبة، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/14.

2. أشرف الفار. محامي ومستشار قانوني، مكتب اتقان للمحاماة والاستشارات القانونية/ رام الله. 2017/9/10.

الفرع الثالث: وفاء مبلغ الضمان على دفعات

يعتبر الوفاء الجزئي لمبلغ الضمان من قبل البنك الضامن للمستفيد بناء على طلب الأخير من الأمور المحتملة في خطاب الضمان.

فهي تقوم على أساس قيام البنك الضامن بالوفاء بقيمة ما طُلب منه من دفعات على ألا يتجاوز مجموع هذه الدفعات والمطالبات قيمة الخطاب الذي تم التعهد بأدائه إلى المستفيد¹.

فقد تقتصر مطالبة المستفيد للبنك الضامن على دفعة واحدة تتناسب وقيمة الأعمال التي تخلف العميل عن القيام بها، وقد تتعدى ذلك بمطالبته بعدة دفعات تم الاتفاق على سدادها خلال فترة الخطاب كما لو كانت مقابلاً للدفعة المقدمة من البنك الضامن².

مع ملاحظة أن تكون مجموع هذه المطالبات خلال فترة الضمان وفي نطاق مبلغ الضمان، بحيث تبرئ ذمة البنك الضامن ولو اقتصر وفاؤه على بعض الدفعات التي لم تصل لكامل مبلغ الضمان، طالما انتهت مدة الضمان، بحيث ليس من شأن هذا الوفاء أن ينال من الصفة الاستقلالية والقطعية لالتزام البنك الضامن، ذلك أنها مجرد طريقة لوفاء مبلغ الضمان على دفعة واحدة، أو على عدة دفعات متتالية³، وهو ما درجت عليه بعض البنوك العاملة في فلسطين⁴.

1. انظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية- الطعن رقم 9422 - لسنة 46 قضائية - تاريخ الجلسة 8-3-2005، والذي أجاز الوفاء بقيمة الضمان على دفعات خلال مدة الضمان وبما يوازي مبلغ الضمان، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/8.

2. رمضان، زياد سليم. جودة، محفوظ أحمد: **الاتجاهات المعاصرة في إدارة البنوك**، ط 1. عمان: دار وائل للنشر. 2000م. ص 149، والذي عرف **الدفعة المقدمة من البنك الضامن** بأنه "سند أو خطاب ضمان صادر عن بنك أو مؤسسة مالية يقدمه المقاول أو المتعهد أو المورد الذي تلقى دفعة مقدمة على حساب تنفيذ عقد إنشاءات أو عقد توريد أو عقد خدمات لضمان تنفيذه لالتزاماته التعاقدية. ويتم عادة حسم الدفعة المقدمة دفعة واحدة أو تدريجياً من المستخلصات الجارية أو الفواتير التي يقدمها المقاول أو المتعهد أو المورد بنسبة مئوية تساوي نسبة الدفعة المقدمة إلى قيمة العقد، وتتأقص قيمة ضمان الدفعة المقدمة تبعاً لذلك. "

3. تادرس، خليل فيكتور، مرجع سابق، ص 335.

4. كوين مسعود. رئيس قسم التسهيلات/ الشركات، بنك فلسطين، رام الله. 2017/9/6. و قيس أبو شهاب. مسؤول علاقة معتمدين الشركات الموظف، البنك العربي/ فرع نابلس. 2017/8/23 و أسامه الزاغة. مدير مبيعات وخدمات، بنك الأردن/ فرع نابلس. 2017/11/23.

وعليه فإن الذهاب مع الرأي القائل بأن الوفاء الجزئي الناجم عن المطالبة الجزئية يُفسّر على أن هذا الجزء هو فقط محل المطالبة، ولا يكون للمستفيد مطالبة البنك إلا بدفعة واحدة، سواء اقتصر على جزء من مبلغ الخطاب أو طالقت قيمة الخطاب كاملاً، بحيث يعد هذا الرأي بمثابة إجحاف بحق المستفيد على اعتبار أن مدة الخطاب مازالت قائمة ولا يَمنع ذلك من أي مطالبات أخرى¹.

في حين إذا فُرن طلب المستفيد بما من شأنه أن يدل على إلغاء الجزء الباقي من مبلغ الضمان نظراً لأنه قد حصل على ما هو مستحق له، فقد انتهت بذلك معه كل مطالبة مستقبلية أخرى لمبلغ الضمان حتى ولو لم تنتهي مدة الضمان، ولا يكون له الرجوع عن ذلك إلا بموافقة البنك الضامن والعميل الأمر².

أما على الصعيد الدولي فقد أقرت قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب، بحق المستفيد في إمكانية وفاء مبلغ الضمان على دفعات، فنصت على أن لا تعد المطالبة الجزئية إسقاطاً لحق المستفيد بأي مطالبة لاحقة³.

في حين خلت قواعد اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة من هذا الشرط، ولم تتعرض له كما فعلت قواعد غرفة التجارة الدولية.

وعليه فإن الباحث يرى أنه ليس هناك ما يمنع من إمكانية الأخذ به وإعماله على أساس حرية الأطراف في وفاء مبلغ الضمان على شكل دفعات وتحديد كيفية وفاء هذه المبالغ طالما لم تنته مدة الضمان.

1. عوض، علي جمال الدين: *خطابات الضمان المصرفية*. المحاماة (نقابة المحامين المصرية)، مرجع سابق، ص 423.

2. تادرس، خليل فيكتور، مرجع سابق، ص 335.

3. المادة (17) بدلالة المادة (18) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب والتي أجازت المطالبة الجزئية والمتعددة مالم ينص الخطاب على خلاف ذلك. مع الإشارة إلى أن إيراد شرط في الخطاب مفاده أنه يمكن إجراء مطالبة واحدة فقط، فعند تقديم هذه المطالبة ورفضها لأي سبب فإنه من المستطاع إجراء مطالبة أخرى في أو قبل تاريخ انتهاء خطاب الضمان.

الفصل الثاني

الآثار الناتجة عن تنفيذ التزام البنك في خطاب الضمان.

تناول الباحث في الفصل الأول التنظيم القانوني لالتزام البنك الضامن في خطاب الضمان، والذي ناقش فيه الباحث ماهية الالتزام الملقى على عاتق البنك الضامن وذلك من خلال الرجوع إلى الالتزامات أوكلت له تنفيذاً للعقد المبرم بينه وبين العميل الأمر، فهذه الالتزامات تعتبر مقابلاً لما التزم به العميل الأمر في عقد الاعتماد.

ومن الملاحظ أن لهذه الالتزامات بعض الخصائص التي أُصِغت عليها وجعلتها تتسم بطابع الاستقلالية الذي ميز خطاب الضمان عن غيره من العمليات المصرفية الأخرى، فالتجرد والمباشرة والنهائية والفورية جميعها صفات اجتمعت في التزام البنك الضامن باعتباره أحد الأركان الأساسية التي يقوم عليها خطاب الضمان.

ولا شك أن استمرارية هذه الالتزامات وبقاؤها ينحصر في مدة معينة ترسم طبيعتها وتحدد معالمها، بحيث تناول الباحث هذا المحدد الزمني بالنظر لمدى قابليته للتجديد في ظل الحالات والتفسيرات التي سيقّت بشأنه، وفي ذات السياق ناقش الباحث بعض الحالات التي تبدو في ظاهرها عوامل سلبية مؤثرة في طابع الاستقلالية الذي يتسم به التزام البنك الضامن، وفي حقيقتها مظاهر غير مؤثرة على استمرارية الالتزام الملقى على عاتق البنك الضامن في خطاب الضمان.

استكمالاً لما تم بحثه في الفصل الأول فإن الباحث يرى أن التزام البنك الضامن وخلال فترة سريانه قد يمر ببعض الحالات التي تؤثر في طبيعته، فتوقفه، أو تُعيق إجراءاته عن المسار الذي رُسم له، فمنها ما يُعتبر حادثاً متوقعاً تم إدارته وفق القانون والقواعد الدولية، ومنها ما اعتبر طارئاً على التزام البنك الضامن فتتم إدارته وفق العرف المصرفي والتعاملات الجارية في البنوك.

وعليه فقد تناول الباحث الفصل الثاني في مبحثين أساسيين، الأول منها ناقش موضوع الغش في خطاب الضمان باعتباره عارضاً سلبياً أثر في الالتزام المُلقى على عاتق البنك الضامن فنقضه، بحيث تناول فيه الباحث مفهوم الغش، وشروطه المانعة من الوفاء للمستفيد من الخطاب، ثم بين الحالات التي يمكن الاستناد إليها في منع المطالبة من المستفيد وذلك بالاستناد إلى الغش الصادر من المستفيد. وحتى يكتمل دور البنك في حماية عميله من غش المستفيد وإزالة الآثار السلبية لهذا الفعل فقد تناول الباحث أهم المسائل المعالجة لهذا الصدد.

أما فيما يتعلق بالمبحث الثاني فقد تناول فيه الباحث الانقضاء الحاصل لالتزام البنك الضامن في خطاب الضمان، بحيث ناقش الباحث حالات الانقضاء التي يتعرض لها التزام البنك الضامن في خطاب الضمان، فالانقضاء قد يحدث بالوفاء أو بما يقوم مقامه، أو دون الوفاء، كانهاء المدة دون المطالبة، أو التقادم، أو إعادة الخطاب، أو استحالة التنفيذ، بحيث يترتب على جميع هذه الأسباب بعض الآثار القانونية التي لا بد من مراعاتها استكمالاً لإنهاء التزام البنك الضامن وبالتالي انتهاء خطاب الضمان بشكل عام.

المبحث الأول: الغش في خطاب الضمان.

رأينا أنه تطبيق لقواعد خطاب الضمان واتباعاً لأحكام القضاء فإن البنك الضامن سيلتزم بالدفع والوفاء لقيمة الضمان لدى أول طلب من جانب المستفيد، ودون إمكانية التمسك بالدفع المستمدة من عقد الأساس أو أي علاقة أخرى، ودون تبرير أو تفسير لطلب المستفيد، فمقتضى مضمون الخطاب أنه يقوم على أساس إعفاء المستفيد من عبء إثبات صحة أو أساس طلبه، فالبنك ملزم بالوفاء بتعهده دون الالتفات لأي منازعة أو معارضة من جانب العميل¹.

وليس بعيداً عن مسألة الاستقلال في الخطاب فقد ترد بعض التساؤلات حول مدى حق البنك - مصدر خطاب الضمان - في رفض الوفاء للمستفيد، بمعنى آخر هل يستطيع البنك من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من العميل أن يرفض الوفاء بحجة أن طلب الوفاء مشوب بالغش من جانب المستفيد؟.

وهل يُمكن اعتبار البنوك ملزمة بالوفاء بقيمة الخطاب رغم اعتراض العميل عليه والأخذ بمبدأ الاستقلالية على إطلاقه، أم أن قيامها بالأخذ بمبدأ نسبية الاستقلال والموازنة بين المصالح هو أمر واجب الاتباع طالما انطوت مخالفة المستفيد على غش واضح أو تعسف ظاهر تجاه العميل².

وعليه فإن مبدأ الاستقلالية وإن كان من أبرز الخصائص التي تميز خطابات الضمان بجعلها قابلة للدفع خلال فترة الضمان ودون التوقف على اعتراض الغير، إلا أنه مع ذلك قد ينطوي عليه نوع من الإجحاف بالعميل الأمر وذلك في الحالات التي ينفذ فيها هذا العميل كافة التزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد الأساس³، كما أن حالات الغش لا تقتصر على علاقة البنك بالمستفيد

1. راضية، أمقران: خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها. (رسالة دكتوراه غير منشورة). جامعة الجزائر.

الجزائر. 2014/2013م. ص 157.

2. أبو صفية، باسم محمد محمد، مرجع سابق، ص 44، الكيلاني، محمود: عمليات البنوك الكفالات المصرفية وخطابات الضمان، الجزء الأول. ط 1. عمان - الأردن: دار الجيب للنشر والتوزيع. 1992م. ص 276

3. أبو جماعه، سوزان علي محمد، مرجع سابق، ص 91.

وإنما قد تصدر بخصوص عقد فتح الاعتماد بين العميل والبنك، فهل يعد هذا استثناءً على المبدأ العام والقاضي باستقلال التزام البنك، أم أن غش العميل تجاه البنك لا يرقى إلى الغش الصادر من المستفيد تجاه البنك؟. وهل يشترط صدور الغش من المستفيد نفسه، أم أن صدوره من الغير هو أمر احتمالي ويرتب آثار الغش تجاه أطراف الخطاب؟ وما هي الإجراءات المتبعة لوقف صرف مبلغ الخطاب في حال ثبوت غش المستفيد؟.

وعليه فإن الباحث قام بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين، في محاولة منه للإجابة عن الاستفسارات السابقة ووضع الحلول المناسبة لها، بحيث ناقش في المطلب الأول تعريف الغش وشروطه التي بتوافرها تُعطي حقاً للبنك الضامن بمنع الوفاء للمستفيد، والمطلب الثاني تناول فيه الباحث حالات الغش المانعة من الوفاء، بحيث تُعتبر هذه الحالات أساساً للقياس على ما يُستجد من أمثله في معرض التزام البنك الضامن، وعليه فقد خصص لها الباحث التدابير التي يُمكن اتخاذها للتقليل من حدة وآثار العوارض التي تُصيب الالتزام المُلقى على عاتق البنك الضامن. بحيث نبين تلك المطالب وفقاً للآتي:

المطلب الأول: مفهوم الغش المانع من الوفاء.

بداية نشير إلى أن مبدأ استقلال التزام البنك في خطاب الضمان مقرر بالدرجة الأولى لمصلحة المستفيد، حتى يمكنه الحصول على قيمة الخطاب دون الالتفات إلى العقد الذي يربطه بالعميل الأمر¹.

1. انظر حكم محكمة النقض المصرية- نقض مدني- الطعن رقم 10753 - لسنة 66 قضائية - تاريخ الجلسة 25-2-2010، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/2، والذي أشار إلى مبدأ الاستقلالية في خطاب الضمان.

فطلب السداد الصادر من المستفيد _ كما درج عليه العمل في البنك العربي¹ _ مستقر على عدم خضوعه لأي رقابة أو تبرير أو أي تسبيب، بحيث إن طلب المستفيد في الحصول على مبلغ الضمان قد يعتريه بعض الشوائب التي تجعل من طلبه غير محق في أساسه، فعدم أحقية المستفيد في طلب الضمان قد يُعزى إلى غش صادر من المستفيد، أو تعسف ظاهر منه يحمل العميل الأمر على الإسراع في طلب وقف الخطاب.

وعليه فإن الباحث وفي سبيل تحديد المعنى المقصود من الغش المانع من الوفاء للمستفيد قام بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين أساسيين، الفرع الأول تناول فيه الباحث تعريف الغش المانع من الوفاء للمستفيد على الصعيدين الموسع والضيق، وما ميزات كل منهما وأوجه الانتقاد التي سيقف في مقابلها، وفي الفرع الثاني ناقش فيه الباحث الشروط التي يمكن بناء عليها تحديد مدى توافر حالات الغش من عدمه، وذلك وفق الفروع الآتية:

الفرع الأول: تعريف الغش المانع من الوفاء.

ذهب الفقه والقضاء في محاولات عدة لإيجاد توضيح لحالة الغش والتعسف الظاهر، وذلك من خلال العمل على ترتيب الآثار القانونية الناجمة عن أي منها في سبيل إيقاف صرف الخطاب وتسييله للمستفيد، فالبعض اعتبر هذه المفاهيم مترادفات تؤيدان نفس المعنى معللاً قوله أن الأثر المترتب عليهما واحد، وهو منع الضامن من الوفاء ودفع قيمة الضمان، والبعض الآخر حاول التفرقة بينهما بوضع المعيار المحدد لمعنى كل منهما.

1. قيس أبو شهاب. مسؤول علاقة معتمدين الشركات الموظف. البنك العربي/ فرع نابلس. 2017/8/23.

وعليه فقد انقسم الفقه في سبيل تحديد المعنى المقصود من الغش إلى قسمين رئيسين. القسم الأول كان موسعاً لمفهوم الغش، والآخر جاء مضيقاً لمفهوم الغش المانع من الوفاء، وتفصيلاً لهذه الاتجاهات سنتناول كل اتجاه في بند مستقل على النحو الآتي:

البند الأول: الاتجاه الموسع لمفهوم الغش المانع من الوفاء.

ذهب أنصار هذا الاتجاه¹ إلى التوسع في مفهوم الغش المانع من الوفاء للمستفيد، فمحتوى هذا التوسع أنه لم يقتصر على مجرد استعانة المستفيد بطرق ووسائل احتيالية في سبيل صرف الخطاب إلى المستفيد، بل امتد أثره ليشمل كل مطالبة من المستفيد لتسجيل الخطاب بسوء نية ويهدف الإضرار بالعميل الأمر.

كما عرف البعض² مفهوم الغش في سياق الاتجاه الموسع على أنه " الغياب الواضح لحق المستفيد في الحصول على مبلغ الضمانة، أو استخدام المستفيد للقواعد القانونية بطريقة تؤدي إلى حصوله على فائدة غير مشروعة"، وعرفه البعض الآخر³ بأنه " انعدام الأساس القانوني للمطالبة بجانب تزوير المستندات".

وطبقاً لهذين التعريفين فإن كل ما يصدر عن المستفيد بقصد الإضرار بالعميل يعتبر غشاً مانعاً من الوفاء، سواء كان الفعل الذي صدر منه يشكل إحدى حالات الطرق الاحتيالية أو السلوك التدليسي للحصول على مبلغ الخطاب كما هو الحال في الغش التقليدي، أو أن طلبه يفتقد إلى الأساس القانوني، كما لو أن الذي صدر منه مجرد تعسف في الطلب دون أن يكون مصحوباً

1. تادرس، خليل فيكتور، مرجع سابق، ص 435.

2. Prum, L autonomie des garanties à première demande , Thèse Montpellier 1992, P.123 . نقلاً عن

مصطفى، حمدي محمد: الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية الأونسيترال 1995. مجلة الشريعة والقانون. الإمارات العربية المتحدة. عدد 50، مجلد 26 / 2012م. ص 38 .

3. تادرس، خليل فيكتور، مرجع سابق، ص 435

بالطرق الاحتياطية، فحصول المستفيد على مبلغ الضمانة وطلب تسويله يعتبر تعسفاً صادر من المستفيد بالرغم من إتمام العميل الأمر بالتزاماته المترتبة عليه في خطاب الضمان¹.

وبالنظر إلى هذا الاتجاه الموسع وعلى الرغم من اعتباره داعماً أساسياً وعاملاً في يد العميل لوقف صرف الخطاب إن تشكلت لديه أياً من الأسباب السابقة المهددة لحقوقه، إلا أنه قد تعرض لبعض الانتقادات والاستفسارات الجوهرية التي من شأنها أن تقلل حدته وآثاره، ومنها أنه كيف للبنك أن يتأكد من تنفيذ العميل بالتزاماته ليحكم بعدم أحقية المستفيد بقيمة الخطاب ؟. وهل يمكن للبنك التأكد من تنفيذ العميل بالتزاماته دون الرجوع إلى عقد الأساس ؟. وهل يعني أن تطرق البنك لهذه المسألة سيؤدي إلى ربط عقد الأساس بخطاب الضمان ؟. وهل من شأن ذلك تحويل للنهج المتبع في الخطاب من كونه قائماً على مبدأ الاستقلالية إلى اعتباره مجرد كفالة عادية².

وعليه فإن الباحث يرى أن الأمر الذي يمكن استخلاصه في هذا الصدد هو أن التوسع في مفهوم الغش من شأنه أن يؤدي إلى إضعاف الضمانة إلى حد كبير، ويساهم في تقليل حدة مبدأ الاستقلالية الذي يميز خطاب الضمان عن غيره من العمليات المصرفية الأخرى.

البند الثاني: الاتجاه الضيق لمفهوم الغش المانع من الوفاء.

على عكس الاتجاه السابق نرى أن هذا الاتجاه يحاول التضييق في مفهوم الغش المانع من الوفاء، بحيث يقتصر على غش المستفيد بالمعنى التقليدي، ودون التطرق إلى حالة التعسف الظاهر من المستفيد في طلب قيمة الخطاب.

1. انظر حكم محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2005/2500 (هئية خماسية) تاريخ 2005/12/8، بحيث أخذ بالاتجاه الموسع عندما أشار إلى إعفاء البنك الضامن من القيام بالتزاماته المترتبة عليه في خطاب الضمان بحالة الغش الظاهر من المستفيد، منشور على موقع عدالة للمعلومات القانونية، <http://www.adaleh.info>، تاريخ الدخول 2017/4/14، وبذات المضمون أيضاً جاء حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية- الطعن رقم 6858 - لسنة 46 قضائية - تاريخ الجلسة 2007-1-9، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/9.

2. مصطفى، حمدي محمد، مرجع سابق، ص 40 .

فعند النظر إلى مجمل الأسانيد التي ساقها هذا الاتجاه نرى أنها متفقة مع الانتقادات التي وجهت إلى الاتجاه السابق (الموسع)، فجوهر هذا الاتجاه قائم على تقليل الحالات التي من شأنها المساس بمبدأ الاستقلالية الذي بني عليه هذا الخطاب¹.

بحيث علل هذا الاتجاه رأيه بالقول أن من شأن التوسع في مفهوم الغش في خطاب الضمان أن يؤدي إلى تعطيل الفائدة المرجوة من الضمانات المستقلة باعتبارها بديلاً عن التأمين النقدي²، هذا وإلى جانب السماح للعملاء الأمرين والبنوك من الإفلات من تنفيذ التزاماتهم بمقتضى خطاب الضمان.

كما أن الغش لا يفترض بهذه التعاملات دون إقامة الدليل عليه، فالتوسع في مفهوم الغش في خطاب الضمان سيؤدي إلى خلق روابط قانونية بين خطاب الضمان وعقد الأساس، وهو ما من شأنه أن يؤدي إلى هدم الوظيفة التي خلق من أجلها خطاب الضمان³.

ومع عدم إنكار هذا الاتجاه إلى الدور الذي يلعبه الاتجاه الموسع في محاولة منه لإقامة توازن في المصالح بين العميل الأمر والمستفيد، وكى لا يكون هناك غلو وتبني لمبدأ الاستقلالية على إطلاقه، فإن البعض⁴ يرى ضرورة التوسط في هذه الأمور واتباع مسلك الاتجاه الضيق وذلك للأسباب التي بينها سابقاً، إضافة إلى أن التسوية بين الغش والتعسف باتباع الاتجاه الموسع قد يؤدي إلى إحجام المستفيدين عن اللجوء إلى هذه الضمانة، وما يترتب عليها من آثار إقتصادية صعبة تنفي الغاية الأساسية التي وجد من أجلها الخطاب، وفيه زيادة للعمولة المستحقة على العميل لقاء زيادة الجهد التي تبذله البنوك للتحقق من تنفيذ الأطراف لالتزاماتها في عقد الأساس⁵.

1. عبد المنعم، حمدي، مرجع السابق، ص 42 .

2. عمر، سليمان رمضان محمد، مرجع سابق، ص 132، خيرى، محمد، مرجع سابق، ص 85.

3. القليوبي، سميحة: الاسس القانونية لعمليات البنوك، مرجع سابق، ص 165.

4. الشويكي، طلال علي سليمان، مرجع سابق، ص 81.

5. باسيلي، مكرم عبد المسيح، مرجع سابق، ص 144.

كما ويرى الباحث أيضا أن لجوء العميل لمثل هذه الضمانة يحتم عليه تحمل هامش من الخطورة، بحيث تتمثل هذه الخطورة في إمكانية الوفاء للمستفيد في حالات التعسف الظاهر من قبل الأخير، طالما كان للعميل الأمر حق الرجوع على المستفيد ليطالبه باسترداد ما حصل عليه دون وجه حق.

الفرع الثاني: شروط الغش المانع من الوفاء.

بعد عرض تعريف الغش وما هو المقصود منه على المستوى الموسع والضيق، نبين شروط الغش المانع من الوفاء، ذلك أن مجرد التمسك بدفع الغش أو التعسف لا يكفي لمنع المطالبة بصرف مبلغ الضمان، فشروط الغش ودرجته وإن كانت تتحدد بالاستناد إلى الواقعة التي يُراد بشأنها منع المستفيد من المطالبة بقيمة الخطاب، إلا أنها قد تختلف من حالة لأخرى، فهل يشترط أن يكون الغش واضحا مؤكداً لا نزاع فيه أم لا ؟. وهل يكفي مجرد الاحتمال على وجود الغش أم لا ؟. وهل يُحتج بالغش في مواجهة المستفيد لو صدر من شخص آخر، أم أن صدور الغش المانع من الوفاء محصورا على المستفيد ؟.

هذه الاسئلة وغيرها نبين الإجابة عنها من خلال توضيحنا لشروط الغش المانع من الوفاء في البنود الآتية:

البند الأول: أن يكون الغش ظاهراً ثابتاً بدليل غير متنازع عليه.

لا يكفي في حقيقة الأمر التمسك بدفع الغش أو التعسف الظاهر من المستفيد لمنع المطالبة بصرف مبلغ الضمان دون أي دليل ثابت على وجود الغش المدعى به، فثبوت الغش وظهوره بدليل لا يقبل المناقشة هو الأساس الذي يعتمد عليه شرط الوضوح¹.

1. أبو صفية، باسم محمد محمد، مرجع سابق، ص 106.

فقيام العميل بشحن البضاعة بذات المواصفات المتفق عليها وإيصالها لبلد الوصول وتقديم المستندات الجمركية التي تثبت ذلك يعد دليلاً واضحاً على غش المستفيد إن لجأ الأخير إلى مطالبة الضامن بقيمة الخطاب. فمجرد الإدعاء بالغش من جانب العميل لا يكفي لوقف صرف قيمة الخطاب طالما لم يستند إلى وجود دليل ظاهر قاطعاً على غش المستفيد، فسوء النية لا يفترض¹، وهو ما أكدته المادة (1/19) من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة عندما أشارت إلى ضرورة كون إساءة ممارسة الحق في المطالبة بمبلغ الخطاب واضحة بصورة لا تحتمل الشك فيها .

فعلة اشتراط وضوح الغش إلى هذه الدرجة يتماشى مع طبيعة الضمان المقرر في هذا النوع من الضمانات المصرفية، وحتى لا تفقد هذه الخطابات مصداقيتها وأساسها القانوني الذي يقوم على الاستقلال².

ومما لا شك أن هذا الدليل الذي يتمسك به العميل لمنع صرف مبلغ الضمان للمستفيد، لا بد من أن يكون مقترناً بحكم قضائي يمنع هذا الوفاء، وهو أيضاً ما درجت عليه بعض البنوك العاملة في فلسطين³، فوجود حكم قضائي يمنع الوفاء للمستفيد كما أشارت إليه المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية، بالإضافة إلى دلائل قوية ظاهرة وواضحة على غش المستفيد يعتبر أساساً قانونياً قوياً في مقابل مبدأ الاستقلالية الذي يتمتع به التزام البنك في خطاب الضمان⁴.

كما ويرى الباحث أن على البنك الضامن اتخاذ الإجراءات اللازمة لدفع قيمة الضمان إن وردته مطالبة من المستفيد خلال مدة الضمان، وبالمقابل لذلك فإن من واجب العميل أن يلجأ إلى القضاء

1. أبو جماعه، سوزان علي محمد، مرجع سابق، ص 97 .

2. علوان، أمية حسن: الضمان المصرفي لدى الطلب على ضوء القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية 1992. ص4، نقل عن مصطفى، حمدي محمد، مرجع سابق، ص 74.

3. أشرف الفار. محامي ومستشار قانوني، مكتب اتقان للمحاماة والاستشارات القانونية/ رام الله. 2017/9/10.

4. انظر حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية- الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 672 - لسنة 25 قضائية - تاريخ الجلسة 2006-12-11، والذي أشار إلى وجوب وجود حكم قضائي يمنع الوفاء للمستفيد وذلك للحفاظ على طابع الاستقلالية الذي يتمتع به التزام البنك الضامن، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/19.

لإثبات غش المستفيد، وما بين مطالبة المستفيد للبنك بمبلغ الضمان ولجوء العميل إلى القضاء المستعجل للحصول على حكم قضائي يمنع الوفاء للمستفيد، يكون على البنك الضامن بدء الوفاء بقيمة الضمان للمستفيد وعدم الانتظار لحين صدور حكم من القضاء يمنع الوفاء، أو حتى إعطاء مهلة لرفع الدعوى والحصول على حكم ضد المستفيد، ذلك أن تأخر البنك بالوفاء للمستفيد يجعله مسؤولاً أمام المستفيد إن لحق به ضرر من جراء تأخره.

بدورها فقد فرقت المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية بين الضمان المشروط وبين الضمان غير المشروط في سبيل منع الوفاء للمستفيد وبالاستناد إلى وضوح الغش من المستفيد¹، فغش المستفيد في الضمان الأول يمكن التمسك به وإثباته بسهولة، كأن يُقدم المستفيد بنفسه الدليل على تعسفه، وذلك من خلال تقدمه بطلب لمصادرة الضمان مع تقديمه لشهادات تفيد حسن التنفيذ، أو أنه اختلق دليلاً وهمياً لمطالبة البنك بقيمة الضمان².

أما في حالة الضمان غير المشروط فإنه من الصعب إثبات الغش في مطالبة المستفيد، إلا إذا لجأ العميل إلى القضاء المستعجل وحصل على حكم يدين فيه المستفيد بما لديه من أدلة تفيد بعدم أحقية المستفيد بقيمة الخطاب³، وبالنتيجة فإن الباحث يرى أن وجود حكم قضائي صادر عن قاضي الأمور المستعجلة لمنع الوفاء للمستفيد هو أمر مرهون بوضوح الغش وأدلته من عدمه، فإذا كانت أدلة العميل الأمر ظاهرة وواضحة ومؤكدة على غش المستفيد، فإن وقف الضمان دون الاستناد إلى حكم قضائي يمنع الوفاء للمستفيد هو أمر جائز ولا يتعارض مع مبدأ الاستقلالية المقرر لمصلحة المستفيد.

1. انظر حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 356 - لسنة 17 قضائية - تاريخ الجلسة 26-5-1998 - مكتب فني 20 - رقم الجزء 2 - رقم الصفحة 552، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/11.

2. وفي ذات السياق انظر حكم المحكمة الاقتصادية المصرية - الطعن رقم 194 - لسنة 4 قضائية - تاريخ الجلسة 18-9-2012، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/28، والذي أشار إلى أن وجود قرائن تثبت قيام العميل الأمر بتنفيذ التزاماته يُعد سبباً مانعاً من الوفاء بالضمانة إلى المستفيد .

3. المادة (102) من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 نصت على أنه "يجوز لمن يخشى حدوث ضرر محتمل من فوات الوقت أن يقدم طلباً إلى قاضي الأمور المستعجلة يطلب فيه اتخاذ إجراءات وقتية وفقاً لمقتضى الحال".

أما إن كانت أدلة العميل الأمر غير ظاهرة أو ثابتة، فإن حق المستفيد على مبلغ الضمان يبقى قائماً ما لم يحصل العميل الأمر على حكم قضائي يمنع الوفاء للمستفيد.

وفي سياق وضوح الغش وثبوته فإن هناك بعض الألفاظ التي قد تختلط بمفهوم الغش وتحمل العميل الأمر على المطالبة بمنع الوفاء، ومنها التدليس أو التغيرير، ولكن هذه الألفاظ لها مفهومها المحدد والمميز عن الغش المانع من الوفاء وغير مرتبطة به¹.

إضافة لما سبق وحتى يُنتج الغش الواضح من المستفيد أثراً مانعاً من طلب الوفاء للمستفيد لا بد أن يكون متعلقاً بخطاب ضمان صحيح ونافذ (ساري المفعول)، فيخرج من حالات وضوح الغش ما يكون في سبب رفض الوفاء قائماً على أسباب موضوعية في الضمان ذاته²، أو عائداً إلى عيوب في صيغة الخطاب ذاتها، ومثاله حالة الضمان الذي لم ينعقد لاعتراض المستفيد عليه، أو حالة الطلب المخالف لشروط وأحكام ضمان صحيح في ذاته، ففي هذه الأمثلة لا يكون للمستفيد حقاً في طلب مبلغ الضمان لعدم توافر شروط الضمان، وبالتالي لا يكون طلب المستفيد موصوفاً بالغش نظراً لأن المستفيد ليس له حق حتى يُقال أنه تعسف في طلبه أو طلبه غشاً منه³.

1. يُعرف التدليس بأنه عبارة عن خدعة تستخدم لحمل شخص على إبرام عقد، أو هو الحيلة المستخدمة من أحد المتعاقدين ضد الآخر عند إنشاء العقد وتكوينه، في حين أن الغش لا علاقة له بإنشاء العقد، فقد يقع خارج دائرة التعاقد وقد يقع عند تنفيذ العقد، انظر أبو صفية، باسم محمد محمد، مرجع سابق، ص 99.

ويعرف التدليس أيضاً بأنه استعمال طرق احتيالية من شأنها أن تدفع المتعاقد إلى إبرام التصرف الذي انصرفت إرادته إلى إحداث أثره القانوني فيعيب هذه الإرادة، في حين أن الحصول على توقيع شخص محرم مثبت لتصرف لم تنصرف إرادته أصلاً إلى إبرامه فإنه يعد تزويراً تنعدم فيه الإرادة ولو كان هذا التوقيع وليد طرق احتيالية، ويعد تزويراً معنوياً، انظر عثمان، صابر عمر إبراهيم، مرجع سابق، ص 157.

2. انظر نص المادة (2/ أ) من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالاموال غير المنقولة رقم 33 لسنة 1968. وذلك بالنص " على مدعي الشفعة أو الأولوية عند تقديم دعواه أن يودع في صندوق المحكمة الثمن المذكور في عقد البيع أو أن يقدم كفالة مصرفية بمقداره ". فبالرغم من إيراد نص الكفالة المصرفية المشار إليها في هذه المادة إلا أنها لا تعني خطاب الضمان، بل هي كفالة مدنية تخضع لأحكام القانون المدني.

3. عوض، علي جمال الدين: *خطابات الضمان المصرفية*. المحاماة (نقابة المحامين المصرية)، مرجع سابق، ص 230، الشويكي، طلال علي سليمان، مرجع سابق، ص 83.

البند الثاني: صدور الغش ممن يحتج عليه.

يعد هذا الشرط من المحددات الأساسية كما الوضوح في تحديد العناصر التي يقوم عليها الغش المانع من الوفاء، فوفقاً لهذا الشرط نرى أن هناك العديد من التساؤلات التي تثار بشأنه، ومنها هل يشترط صدور الغش من جانب المستفيد نفسه، أم يكفي علمه به ولو لم يصدر منه شخصياً؟. بمعنى آخر هل يلزم اقتراف الغش من جانب المستفيد حتى يُمنع من تقديم مطالبته بشأن الضمان، أم أنه من الممكن أن يصدر الغش من أي شخص ويترتب ذات الأثر المانع من الوفاء ما دام يعلم المستفيد؟.

ذهب الاتجاه الأول¹ بهذا الشأن إلى وجوب اقتصر الغش في عمل المستفيد نفسه، فالغش المانع من الوفاء والذي يعتبر استثناءً على المبدأ العام لا يشمل الغش الصادر من الغير²، فلا بد أن يقتصر الغش على أي عمل من جانب المستفيد بقصد الحصول على ما ليس له حق فيه، بحيث يستشف أنصار هذا الرأي موقفهم بأن كل الأحكام الصادرة في هذا الصدد قد عبرت ولو ضمناً عن ذلك باشتراطها صدور الغش من جانب المستفيد، أو أن يكون طلب الأخير قد شابه تعسف واضح³.

بينما ذهب الاتجاه الثاني⁴ إلى اعتبار الغش واقعة مادية، وأنه متى أرتكب فقد أوجب على البنك الامتناع عن الدفع والوفاء، بصرف النظر عن صدوره من الغير أو من المستفيد نفسه.

1. أبو صفية، باسم محمد محمد، مرجع سابق، ص 109.

2. المادة (221) من القانون المدني الأردني والذي نص على أن ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه. بحيث يتوجب عدم التوسع في الاستثناء تطبيقاً للقاعدة القانونية " العبرة للغالب الشائع لا للنادر " المادة (42) من مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876. انظر أيضاً المادة (41) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات. فيما خلا القانون المدني المصري من هذا النص.

3. Suprême de Canade, 05-3-1987, D.1988, P.186, note Vasseur ، حكم للمحكمة العليا في كندا والذي حصر الغش في كل فعل أو عمل صادر من المستفيد ويهدف من ورائه الحصول على ميزة من الاعتماد بطريق الغش، وأن استثناء الغش يجب أن يقتصر على عمل المستفيد نفسه، فلا يشمل الغير إذ يعتبر بريئاً منه. نقلاً عن مصطفى، حمدي محمد، مرجع سابق، ص 77.

4. والحقيقة أن غش الغير نادراً ما يتحقق، فالغش بحسب الأصل هو غش المستفيد نفسه، ولكن هذا لا يمنع من اقتراف الغش من الغير كسمسار الشحن، ونرى أن لفظ الغير هو من لم يكن له صلة بالمستفيد، أما نائب المستفيد أو وكيله فلا يعد من الغير لمسؤولية المستفيد عن أعمالهم "، انظر. تادرس، خليل فيكتور، مرجع سابق، ص 499.

بحيث يثور التساؤل في هذا الصدد حول من يتحمل مغبة هذا الوفاء، هل البنك الذي علم بالغش أم العميل على أساس تمسك البنك في مواجهته بأن الغش لم يكن صادراً من المستفيد وإنما من الغير، هذا من جهة. ومن جهة أخرى ما هي مصلحة الغير في اقتراف هذا الغش إن لم يكن ذلك لمصلحة المستفيد وربما بالتواطء فيما بينهما¹.

ويضيف البعض الآخر² في إطار هذا الاتجاه الثاني إلى وجوب التفرقة بين حالة صدور الغش من الغير مع علم المستفيد به، وحالة صدوره من الغير دون علم المستفيد به، بحيث يكون للعميل الأمر طلب وقف تنفيذ الضمان وعدم صرفه للمستفيد في الحالة الأولى، والعكس صحيح في الحالة الثانية.

بالمقابل لذلك فإن البنوك العاملة في فلسطين جاءت قاصرة من أي معالجة لهذه المسألة³، بحيث قد يفهم من هذا التوجه أنها ذهبت مع الاتجاه الثاني والذي عدّ الغش واقعة مادية تُرتب آثارها في مواجهة المستفيد، وبغض النظر عن الشخص الذي صدرت منه، طالما توافرت باقي الشروط من وضوح الغش وصدور حكم قضائي مانع من الوفاء.

هذا ويرى الباحث ضرورة اقتصار الغش المانع من الوفاء على الحالة التي يصدر فيها الغش من المستفيد وحده، دون سريان مفعول الغش - المانع من الوفاء - الصادر من الغير على حق المستفيد، والعلة في ذلك هو أن طريق الغش المانع من الوفاء يعتبر استثناءً عن الأصل المتمثل في مبدأ الاستقلالية، وأن التوسع فيه من شأنه أن ينفي الغاية الأساسية من كون الضمان بديلاً عن التأمين النقدي، كما أن اعتبار الغش الصادر من الغير هو مانع من موانع الوفاء للمستفيد سيؤدي

1. أبو جماعه، سوزان علي محمد، مرجع سابق، ص 99.

2. أبو صفية، باسم محمد محمد، مرجع سابق، ص 110.

3. محمد حويطات. المفتش الرئيسي في سلطة النقد، رام الله. 2017/8/28.

بنا إلى ترك مساحة للعميل وذلك للتوافق مع الغير وحمله على الغش في سبيل وقف الضمان المتحصل من خطاب الضمان .

المطلب الثاني: مدى فاعلية الغش المانع من الوفاء.

بعد الانتهاء من تعريف الغش أو التعسف وبيان شروطه الأساسية في خطاب الضمان، فإنه يجدر بنا التعرض للحالات التي يتحقق بشأنها منع المستفيد من أي مطالبة بقيمة الضمان، بحيث تتعدد الحالات التي تكون فيها مطالبة المستفيد مشوبة بالغش أو التعسف الظاهر، فما هذه الحالات التي يمكن للعميل الأمر الادعاء بها في مواجهة البنك الضامن ليقطع أي صلة من المستفيد بقيمة الضمان ؟، وما هي التدابير أو الوسائل التي منحت للعميل الأمر في سبيل حمايته من الأثر المترتب على توفر أحد الحالات التي يتحقق بشأنها شروط الغش المانع من الوفاء؟.

وعليه فإن الباحث قام بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين رئيسيين، الفرع الأول تناول فيه الباحث الحالات التي تشكل مانعاً أمام المستفيد من المطالبة بقيمة الخطاب، والفرع الثاني تناول الوسائل المتبعة في تقليل حدة الآثار الناجمة عن تحقق حالات الغش الصادر من المستفيد. وذلك وفقاً للآتي:

الفرع الأول: حالات الغش المانع من الوفاء.

لا شك وكما سبق بيانه في الالتزامات المترتبة على عاتق البنك الضامن نرى أن محاولة المستفيد للحصول على مبلغ الضمان قد تأتي بأكثر من صورة، منها ما يكون مؤسساً على حق ثابت للحصول على مبلغ الضمانة، ومنها ما يكون مبنياً على غش واضح من المستفيد، بحيث قد تمتد محاولات المستفيد للحصول على مبلغ الضمانة من خلال مخالفته لشروط الخطاب ذاته، وقد تمتد أيضاً لتشمل كل مطالبة ينعدم فيها الأساس القانوني للمطالبة.

وإجمالاً لكل ما سبق نرى أن المادة (19) من نصوص اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة¹ نصت على بعض الحالات التي يمكن القياس على بعضها في محاولة لحصر ما يستجد من أفعال قد تشكل سبباً مَخلاً في التزام البنك الضامن، بحيث يمكن اعتبار تلك الأفعال التي صدرت من المستفيد للحصول على مبلغ الضمانة دون وجه حق هي أفعال تنطوي على غش واضح وصريح من المستفيد، وفيها نوع من الاستغلال للالتزام المُلقى على عاتق البنك الضامن والمتسم بالاستقلالية.

وعليه فإن الباحث سيتناول كل حالة من هذه الحالات ابتداءً بمطالبة المستفيد لقيمة الخطاب وذلك بالاستناد إلى المستندات المزورة، ومروراً بالحالة التي لم يكن السداد فيها مستحقاً على الأساس الوارد في المطالبة، وانتهاءً بالحالة التي لم يكن فيها لمطالبة المستفيد أساس قانوني، وذلك وفق البنود الآتية:

البند الأول: المطالبة بالوفاء من خلال تقديم مستندات مزورة أو جرى تزيفها.

قد يلجأ المستفيد من أجل مطالبة البنك الضامن بتسليم قيمة الخطاب إلى تقديم أو اصطناع مستندات مزورة وغير حقيقية، سواء تَمَثَّل الغش في تزوير المستندات، أو عدم صحتها بإدخال بعض التزوير عليها بالحذف، أو التغيير، أو الإضافة²، وذلك طبقاً لما نصت عليه المادة

1. نشير هنا أن قواعد الأونسيترال التابعة للأمم المتحدة لسنة (1995م) تكون نافذة المفعول وواجبة التنفيذ في المعاملات والضمانات الدولية وفي الدول المنضمة إليها، كما تنطبق هذه القواعد أيضاً عندما تشير قواعد التنازع إلى تطبيق قانون دولة ما، وتكون هذه الأخيرة منضمة للاتفاقية الدولية لسنة (1995م)، أو أن الأخيرة غير منضمة للاتفاقية ولكنها أحالت النزاع لدولة متعاقدة، مع الإشارة إلى أن استبعاد تطبيق أحكام قواعد الأمم المتحدة لسنة (1995م) يحتاج إلى النص صراحة على استبعادها في الدول المنضمة إليها سواء كان الاستبعاد كلياً أم جزئياً بشرط عدم الإخلال بمضمون الاتفاقية، من جهة أخرى نرى الضمان إن كان محلياً وتم النص على إخضاعه لقواعد الأونسيترال التابعة للأمم المتحدة، فإن تلك القواعد لا تنطبق باعتبارها معاهدة تمثل التزاماً على الدولة المتعاقدة، بل تطبق باعتبارها قواعد مجردة من الصفة الإلزامية التي تنسم بها الاتفاقية، بحيث إن أي تعارض بينها وبين القواعد الآمرة للقانون الداخلي يحتم علينا تطبيق القانون الداخلي، انظر علم الدين، محي الدين اسماعيل: **مجموعات قواعد الضمانات الدولية باللغتين الانجليزية والعربية مع مقارنة بينهما والمذكرات التفسيرية**، بدون طبعة. القاهرة: النسر الذهبي للطباعة. 2006م. ص 16.

2. انظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم 657 - لسنة 48 قضائية - تاريخ الجلسة 22-12-2005، وفي ذات السياق انظر حكم محكمة النقض المصرية - طعن جنائي - الطعن رقم 1733 - لسنة 80 قضائية - تاريخ الجلسة 21-10-2010، والتي أشارت إلى حالة قيام المستفيد بتقديم مستندات مزورة للمطالبة بقيمة الخطاب، مع الإشارة إلى عدم علم المستفيد بتقديمه لهذه المستندات المزورة كونه قد احتصل عليها من العميل الأمر، فإن ذلك لا يعطي الحق للمستفيد بالرجوع على البنك الضامن وإنما

(1/1/19) من اتفاقية الأمم المتحدة لعام (1995م) بقولها " إذا كان من البين والواضح أن (أ) أي مستند مقدم مزور أو قد جرى تزيفه، كان للكفيل / المصدر، متصرفاً بحسن نية، الحق إزاء المستفيد أن يمتنع عن السداد ".¹

وتتحقق هذه الحالة عندما يكون تسهيل الخطاب مشروطاً بتقديم المستفيد لمستند أو مستندات ما، كقرار تحكيم صادر عن هيئة تحكيم، أو حكم محكمة صادر على الأمر، أو محضر خبرة يقرر عدم تنفيذ العميل لالتزاماته أو سوءه في التنفيذ، أو تأخير في التنفيذ، أو شهادة صادرة من مكتب خبرة أو من المستفيد نفسه كفاتورة قدمها ولم تدفع¹، بحيث تجدر الإشارة إلى وجوب تضمين الخطاب ذاته لهذه الشروط وذلك تأكيداً على مبدأ الكفاية الذاتية للخطاب واستقلالية التزام البنك تجاه المستفيد عن عقد الأساس².

ولا شك أن البنك الضامن هو صاحب التقدير في سلامة المستندات، وإن كان من الصعوبة بمكان اكتشاف التزوير بالطرق العادية، فواجب البنك في فحص المستندات يقتصر على الفحص الظاهري لها، فليس مفروضاً على البنك أن يبذل التحريات الخاصة للتحقق من صدق المستندات المقدمة إليه³، ولا يكون للعميل مسائلة البنك فيما لو تبين بعد ذلك أنها مزورة، طالما أن ظاهرها لا يشير إلى ذلك وقت إجراء الفحص، أو كان كشف التزوير أو الاصطناع يحتاج إلى تحريات خاصة لا يمكن تبيانها بالفحص الظاهري الذي يلتزم به البنك⁴.

عليه الرجوع على العميل ومطالبته بالتعويضات اللازمة، منشورة على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/13.

1. عوض، علي جمال الدين: **خطابات الضمان المصرفية**. المحاماة (نقابة المحامين المصرية)، مرجع سابق، ص 54.

2. بحيث أكدت المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الفلسطيني على مبدأ الكفاية الذاتية الذي يقوم عليه خطاب الضمان والذي جوهره التعهد المكتوب والمبين لالتزامات أطرافه دون الحاجة للبحث في علاقات أخرى خارجة عنه.

3. انظر حكم محكمة تمييز دبي - الأحكام المدنية - الطعن رقم 85 - لسنة 2004 قضائية - تاريخ الجلسة 19-12-2004 - مكتب فني 15 - رقم الجزء 2 - رقم الصفحة 2106، بحيث ان عبء اثبات ان المستند مزور يقع على من يدعى ذلك وهنا (البنك الضامن)، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/22.

4. راضية، امقران، مرجع سابق، ص 118، مصطفى، عادل إبراهيم السيد، مرجع سابق، ص 220.

وهو أيضا ما أقرته اتفاقية الأمم المتحدة على البنك الضامن في فحص المستندات بالمادة (1/16) والتي أوجبت على الأخير التصرف بحسن نية، وأن يتوخى قدرا معقولاً من الحرص مع مراعاة المعايير الدولية المتعارف عليها في هذا الشأن.

بحيث يقوم البنك بفحص المستندات والتأكد من سلامتها وخلوها من التزوير خلال مدة زمنية معقولة، وذلك طبقاً لم أكدته نص المادة (2/16) من اتفاقية الأمم المتحدة والتي أوجبت عدم زيادة هذه المدة عن سبعة أيام عمل اعتباراً من اليوم التالي ليوم تسليم المطالبة والمستندات المرفقة¹.

وأخيراً نشير إلى أن القواعد الدولية بنصها على عدم الوفاء في حالة تقديم مستندات مزورة، إنما قصدت بها التأكيد على ضرورة توافر حسن النية من قبل الأطراف في خطاب الضمان بتنفيذ التزاماتهم وتعهداتهم في ضوء الطمأنينة والثقة، وعليه اعتبرت أن تقديم أي مستند مزور يعد إخلالاً بهذه الثقة². وهو ما درجت عليه بعض البنوك العاملة في فلسطين³، حيث أيد الباحث هذه الحالة باعتبارها دليلاً واضحاً لا لبس فيه على الغش الصادر من المستفيد والذي يستوجب منعه من الحصول على مبلغ الضمانة.

البند الثاني: الحالة التي لم يكن فيها السداد مستحقاً على الأساس الوارد في المطالبة.

تعتبر مطالبة المستفيد للبنك الضامن وتماها بالسداد أساساً لانقضاء الخطاب واكتمال حلقاته، بيد أن تلك المطالبة المقرونة بالسداد قد لا تأتي منسجمة مع الخطاب والمستندات الداعمة له، فيكون على البنك واجب الامتناع عن السداد وذلك استناداً لشروط الخطاب ذاته، بحيث نصت

1. وفي ذات السياق انظر نص المادة (24/ج) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب والتي نصت على أنه " سوف يرسل الإشعار بدون تأخير ولكن ليس ابعد من اقبال يوم العمل الخامس الذي يلي يوم التقديم " .

2. تادرس، خليل فيكتور، مرجع سابق، ص 463.

3. أشرف الفار. محامي ومستشار قانوني، مكتب اتقان للمحاماة والاستشارات القانونية/ رام الله. 2017/9/10.

اتفاقية الأمم المتحدة في المادة (19/1/ب) على استثناء التزام البنك من السداد إن لم يكن مستحقاً على الأساس الوارد في المطالبة والمستندات الداعمة له، وفيما يلي بعض هذه الحالات نجملها بالآتي :

1) إذا كان الضمان قابلاً للدفع خلال مدة معينة تالية لصدور الخطاب، مما يعني أن الضمان لن ينفذ إلا بعد فترة معينة من إصداره، وحيث أن المطالبة قد تمت قبل هذا التاريخ، فعندئذ يكون للبنك الضامن الامتناع عن الوفاء استناداً إلى أن هناك مخالفة في المطالبة للشروط الواردة في الخطاب¹، كما إن توقيت الخطاب بمدة محددة يوجب على البنك الضامن أن يلتزم بهذه المواعيد، وأن لا يقبل أي مطالبة ترد إليه بعد هذه المدة وذلك تحت طائلة المسؤولية²، وهو ما درج عليه بنك الأردن في تعاملاته³، ذلك أن السداد - فيما لو تم إلى المستفيد بعد انتهاء مدة الضمان - لن يكون مستحقاً على الأساس الوارد في المطالبة.

2) إذا كان الضمان من النوع القابل للتخفيض، فيصبح هناك عدم تناسب بين المبلغ المطالب به بموجب الضمان ومبلغ الضمان الفعلي، بمعنى أن الضمان الذي يستحقه المستفيد سيُخفض إلى المستوى الذي لم يصل إليه العميل في تنفيذ عقد الأساس، وأن تقديم المستندات والدلائل المؤكدة على تخفيض الضمان يحتم على البنك الضامن عدم الوفاء بكامل قيمة الضمان إن جاءته المطالبة بذلك من المستفيد⁴.

1. المادة (2) فرع 3 من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة نصت على أن "... السداد قد يكون ... بالسداد الآجل ..."، انظر أيضاً المادة (1/17) من ذات الاتفاقية والتي نصت على أنه "... ما لم ينص التعهد على سداد آجل، وفي هذه الحالة يتم السداد في الوقت المنصوص عليه".

وفي ذات السياق انظر أيضاً نص المادة (7) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب والتي نصت على أنه " لا يجوز تعليق الضمان على شرط غير موثق إلا فيما يتعلق بالتاريخ أو إنقضاء أمد ... " انظر أيضاً المادة (6) من ذات القواعد والتي نصت على أنه " يصبح الضمان نافذاً من تاريخ إصداره مالم يتم النص صراحة على أن الضمان يكون نافذاً في تاريخ لاحق أو قابلاً للتحديد بواسطة الضمان على أساس أية مستندات محددة فيه ".

2. انظر حكم محكمة النقض المصرية- المدني - الطعن رقم 288 - لسنة 39 قضائية - تاريخ الجلسة 27-2-1975 - مكتب فني 26 - رقم الجزء 1 - رقم الصفحة 503، والذي أشار إلى أن المطالبة اللاحقة لمدة الضمان تكون مطالبة غير متفقة والقانون، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/4.

3. أسامه الزاغة. مدير مبيعات وخدمات، بنك الأردن/ فرع نابلس. 2017/11/23.

4. تادرس، خليل فيكتور، مرجع سابق، ص 448 و 462.

إضافة إلى ما سبق فإن المطالبة قد تأتي بما هو زائد عن مبلغ الضمان الأصلي وبلاستناد إلى قرارات مخالفة للقانون كما جاءت به قرارات المفاضلة السابق شرحها بخصوص زيادة مبلغ الضمان في المبحث الثاني من الفصل الأول.

وعليه فإن الباحث يرى أن قيام البنك الضامن بالوفاء الكامل أو بما هو زائد من الخطاب إلى المستفيد بالرغم من وجود نص صريح في صيغة الخطاب يؤكد على تخفيض قيمة الخطاب، فإن سداده لن يكون مستحقاً على الأساس الوارد في المستندات الداعمة للخطاب، وهو ما درجت عليه بعض البنوك العاملة في فلسطين وإن كانت لا تحبذ إيراد مثل هذه النصوص في متن الخطابات التي تصدرها لصالح المستفيدين¹.

(3) قيام البنك الضامن بوفاء مبلغ الضمان للمستفيد على الرغم من أن لديه تأكيد ودليل بواسطة المستفيد على انتهاء العلاقة بينه وبين العميل، وعليه فإن البنك الضامن سيتحمل نتيجة هذا الوفاء إن تم دون الرجوع إلى العميل الأمر².

بحيث اعتبر الباحث أن هذه الحالة تندرج ضمن حالات وضوح الغش الظاهر من المستفيد والتي رتب عليها اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة مسؤولية البنك الضامن عن الوفاء دون مراعاة لشروط الغش المانع من الوفاء، في حين درج العمل في بنك فلسطين على ضرورة تنازل المستفيد بكتاب خطي عن مبلغ الضمانة حتى ترتب آثارها تجاه أطراف الخطاب وتمنع المستفيد من المطالبة بقيمة الضمان³.

1. أشرف الفار. محامي ومستشار قانوني، مكتب اتقان للمحاماة والاستشارات القانونية/ رام الله. 2017/9/10.

2. (lyon, 3/7/1991, D 1993, Somm, p . 100, note Vasseur) حكم محكمة ليون الفرنسية، نقلاً عن تادرس، خليل فيكتور، مرجع سابق، ص 448.

3. كوين مسعود. رئيس قسم التسهيلات/ الشركات، بنك فلسطين، رام الله. 2017/9/6.

4) قيام البنك بوفاء مبلغ الضمان للمستفيد على الرغم من علمه بأن الطلب غير مشمول بالضمان أو أن المطالبة لا تستند إلى أي اتفاق، أو إلى أي نص قانوني، أو قرار إداري، أو عرف مصرفي متفق وأحكام القانون يجيز المطالبة بشأنها¹. بحيث يرى الباحث أن هذا السداد من قبل البنك الضامن لم يكن مستحقاً على الأساس الوارد في المطالبة، أي أن المطالبة جاءت دون أساس يرتكز على المطالبات المتاحة في خطاب الضمان وبالتالي يتحمل البنك وحده مغبة هذا الوفاء، وهو ما استقر عليه بنك القدس في تعاملاته².

5) وفقاً للقواعد العامة المسلم بها في القانون الجنائي وهي قاعدة (الجزائي يعقل المدني)، فإنه يتعين على البنك الضامن التوقف عن الدفع متى كانت هناك دعوى جزائية للتزوير مع الشق المدني، بحيث يجب أن يراعي البنك قواعد القانون في تعاملاته³، في حين استقرت بعض البنوك في تعاملاتها على أن إدعاء التزوير لوقف الضمان بحاجة إلى حكم قضائي، وليس بمجرد رفع الشكوى الجزائية⁴.

1. انظر مرقص، سمير مرقص: *مشاكل ضريبة الدمغة في خطابات الضمان والحساب الجاري وإيصالات شركات الصرافة. إدارة الأعمال. مجلة المال والتجارة. مصر. عدد 84. الجزء 2/ 1999م. ص 59*، مرقص، سمير مرقص: *مشاكل ضريبة الدمغة على الأعمال المصرفية. مجلة المال والتجارة. مصر. عدد 2000/375م. ص 11*، تريزا، عدلي: *مشاكل ضريبة الدمغة المتعلقة بخطاب الضمان. مجلة المال والتجارة. مصر. عدد 2011/503م. ص 20*.

كما أن هناك جهات تم اعفائها من تقديم خطاب الضمان أصلاً (ومنها الهيئات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية) وفقاً للقانون وذلك عن العروض الداخلة في نشاطها بشرط تنفيذها للعملية بنفسها. وعليه فإن قيام البنك الضامن بتسييل قيمة الخطاب ظناً منه أن العملية التي قام بها العميل _ سابق الإشارة إليه _ لم تكن داخلة بين العمليات المعفاة من الضمان، أو أن العميل قد أصبح من إحدى الهيئات العامة كما لو تم تأمين المنشئة لصالح الدولة، انظر، امام، أمين هاشم: *عقود المقاوالت والتوريدات وخطابات الضمان. مجلة المال والتجارة، مرجع سابق، ص 35*.

2. نهاد عمير. مدير الدائرة القانونية، بنك القدس/ رام الله. 2017/11/8.

3. (Versailles, 16/9/1992, D, 1993 Somm. P. 102, note vasseur) حكم محكمة فرساي الفرنسية . نقلاً عن تادرس، خليل فيكتور، مرجع سابق، ص 449.

4. نهاد عمير. مدير الدائرة القانونية، بنك القدس/ رام الله. 2017/11/8، و أشرف الفار. محامي ومستشار قانوني، مكتب اتقان للمحاماة والاستشارات القانونية/ رام الله. 2017/9/10

وهو أيضاً ما يؤيده الباحث بالنظر إلى أن إعمال القاعدة السابقة دون الاستناد إلى حكم قضائي مانع من الوفاء سيجتنب المجال إلى العملاء الأمرين بوقف ضمانات الخطاب دون أي أساس قانوني، وهو ما يرتب بالنتيجة انتفاء غاية الضمان كبديل للتأمين النقدي.

وعليه نُخلص ما تقدم أن هذه أمثلة قضائية يلتزم البنك فيها بالامتناع عن الوفاء استناداً إلى مخالفة المستفيد للشروط المنصوص عليها في الضمان، بحيث سيُسأل البنك الضامن في حال مخالفته متى قام بالوفاء والدفع لمبلغ الضمان ودون وجه حق.

البند الثالث: المطالبة من المستفيد ليس لها أساس قانوني

تعتبر المطالبة المتفقّة وأحكام الخطاب من المستفيد إلى البنك الضامن بقيمة الخطاب أساساً لانقضاء الخطاب وتمهيداً للمرحلة اللاحقة لما بعد الخطاب، بحيث يتوجب أن يكون للمطالبة شروط قانونية مبنية وفق ما هو مبين في خطاب الضمان وأن لا تحيد عنه، وعليه فإن أي مطالبة من المستفيد لم تكن مبنية على الأساس الوارد في الخطاب ستعتبر مطالبة لاغية مع إعطاء الحق للبنك الضامن بعدم التجاوب معها، استناداً للاتفاقيات الدولية والأحكام القضائية المؤيدة لها.

كما نصت المادة (1/19 ج) من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة بإعفاء البنك الضامن من التزامه بسداد قيمة الخطاب في الحالة التي لم تكن فيها لمطالبة المستفيد أساس يمكن تصوره، بحيث أكملت الفقرة الثانية من المادة المذكورة أنواع الحالات التي لا يتصور أن يكون فيها أي أساس للمطالبة وجاءت بالآتي :

1 (عدم وقوع الحدث أو الخطر الاحتمالي الصادر من أجله خطاب الضمان.

تتعلق هذه الحالة بعدم وقوع الحدث أو الخطر الذي أراد المستفيد التأمين من وقوعه، وذلك متى كان مؤكداً بأن لم يكن هناك أدنى شك على عدم تحققه، وهو ما نصت عليه المادة (2/19 أ) من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة بقولها "

ألا يكون هناك شك في عدم وقوع الحدث أو الخطر الاحتمالي الذي أريد بالتعهد أن يؤمن المستفيد من وقوعه".

وطبقاً لهذه الفقرة فقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على أنه يعتبر تعسفاً من المستفيد طلبه مصادرة الضمان بالرغم من عدم وقوع الحدث أو الخطر الذي بسببه قد صدر خطاب الضمان¹، ومن أمثلة ذلك الضمان الصادر لضمان حسن تنفيذ العميل الأمر لالتزاماته، فقيام العميل بتنفيذ كامل التزاماته وفقاً للشروط المطلوبة يجعل من مطالبة المستفيد لمبلغ الضمان مبنية على غير أساس، وذلك لعدم وقوع الخطر الاحتمالي الذي صدر الضمان من أجله، وكذلك الحال كما هو متعلق بضمان استرداد المستفيد للدفعة المقدمة للعميل الأمر وتام استردادها من قبل المستفيد.

كما ويرى الباحث أن هذه الحالة ممكنة طالما تم تأييدها بجهة رقابة للإشراف على تحقق الشروط وعدم مخالفة ما تم الاتفاق عليه، ذلك أن ترك الأمر بيد المستفيد وحده ليقرر وقوع الخطر الاحتمالي من عدمه بالاستناد إلى مبدأ الاستقلالية المطلق هو أمر مخالف لهذه الحالة.

ومما لا شك فيه أن تطرق البنك الضامن للبحث في وقوع الخطر من عدمه سيؤدي إلى الإخلال بمبدأ الاستقلال إن ترتب على هذا البحث رجوعه إلى عقد الأساس، بحيث يجب أن يقتصر تأكد الضامن على عدم تحقق الخطر الاحتمالي من خلال المستندات أو التبريرات المقدمة وظروف الحال حتى يستوحي منها توافر هذه الحالة أم لا، ودون النظر إلى خارج هذه الحدود².

1. انظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية- الطعن رقم 4709 - لسنة 47 قضائية - تاريخ الجلسة 24-1-2006، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/15، والذي اعتبر أن قيام العميل الأمر بجميع التزاماته يجعل من مطالبة البنك الضامن لقيمة الخطاب مبنية على غير أساس، وأن من حق العميل الأمر الرجوع على المستفيد بقيمة ما تم تسويله له.

2. بحيث يجب ألا يتعرض البنك الضامن لأي شروط أو أحكام خارج صك التعهد (الخطاب) وذلك عند البحث في مدى وقوع الخطر محل الضمان، انظر شحاتة، حياة: مخاطر الائتمان في البنوك التجارية. القاهرة: مكتبة الأنجلو المصرية. 1990م. ص 365، نقلاً عن مصطفى، حمدي محمد، مرجع سابق، ص 68، وعثمان، صابر عمر إبراهيم، مرجع سابق، ص 234.

في حين درجت البنوك العاملة في فلسطين على أن أي تدخل بعقد الأساس هو اختلالاً بمبدأ الاستقلالية بالنظر إلى استقرار العرف المصرفي على أن غالبية الخطابات هي خطابات غير مشروطه (غير مؤيدة بالمستندات)¹.

2) صدور حكم يقضي ببطان عقد الأساس.

طبقاً للمادة (19/2/ب) من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة فإنه يعد من حالات الغش المانع من الوفاء للمستفيد هو طلب الأخير للضمانة على الرغم من صدور حكم قضائي، أو من هيئة تحكيمية يقضي ببطان عقد الأساس²، بحيث نصت المادة على أنواع الحالات التي لا يتصور أن يكون فيها أساس للمطالبة بقولها " أن يكون الالتزام الأصلي الواقع على الأصيل/ الطالب قد أعلنت عن بطلانه محكمة أو هيئة تحكيم، مالم يبين التعهد أن هذا الحدث الاحتمالي يندرج ضمن المخاطر التي يغطيها التعهد".

يتبين مما سبق أن الحكم ببطان عقد الأساس قد صدر بالفعل سواء كان نتاجاً لحكم محكمة أو هيئة تحكيم³، إلا أن ما تجب ملاحظته بهذا الصدد هو أن الحكم الصادر بمنع الوفاء للمستفيد لا يشمل ما تم الاتفاق على استثنائه، بحيث قد يتفق الأطراف على أن بطلان عقد الأساس أو أي عارض من عوارض الضمان لا يبطل الضمانة ولو استند إلى حكم نهائي يقضي ببطلانه. ذلك إن

1. محمد حويطات. المفتش الرئيسي في سلطة النقد، رام الله. 2017/8/28.

2. انظر حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية- الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 672 - لسنة 25 قضائية - تاريخ الجلسة 2006-12-11، انظر أيضاً حكم محكمة النقض المصرية- الطعن رقم 154 - لسنة 70 قضائية - تاريخ الجلسة 2008-4-10، وهي أحكام أبطلت خطاب الضمان لبطلان عقد الأساس وأعطت الحق للعميل بالرجوع إلى المستفيد، منشورة على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/13

3. وفي ذات السياق انظر حكم محكمة النقض المصرية- الطعن رقم 4660 - لسنة 80 قضائية - تاريخ الجلسة 2012-4-4 - رقم الصفحة 210، والذي حكم ببطان خطاب الضمان ذاته لصدوره ممن لا يملك حق اصداره، بالتالي بناؤه على عقد الأساس يجب أن يكون صحيحاً وليس ترتيب آثاره على العميل الذي لم يصدر الخطاب باسمه، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/24.

اتفاق الطرفين هو الفيصل في هذا الشأن، وإن كان البعض¹ لا يحبذ ترك الأمر لاتفاق الطرفين على اعتبار أن نص المادة (19) من اتفاقية الأمم المتحدة يعد نصاً آمراً ولا يجوز مخالفته، وذلك حتى لا يفتح ثغرة تتسرب منها الاختلافات في مفهوم هذه الإشارة.

بالمقابل لذلك فإن بعض البنوك العاملة في فلسطين قد درجت على اصباغ طابع التجرد على الالتزام المُلقى على عاتق البنك الضامن في خطاب الضمان، وذلك من خلال عدم تأثير علاقة العميل الأمر بالمستفيد (عقد الأساس) على خطاب الضمان، ما لم يكن الحكم صادراً بإلغاء خطاب الضمان بالتبعية لإلغاء عقد الأساس².

3 (حسن تنفيذ عقد الأساس.

يعتبر تنفيذ عقد الأساس من قبل العميل الأمر على النحو المطلوب منه هي من إحدى الحالات التي لا يتصور فيها أساس لمطالبة المستفيد بقيمة الضمانة، وذلك كما صورتها المادة (19/2/ج) من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة بقولها " إن المطالبة بحكم نوع التعهد وغرضه ليس لها أساس يمكن تصوره إذا كان عقد الأساس قد نفذ بطريقة لا يتطرق إليها الشك كما طلبه المستفيد ".

تقتضض هذه الحالة أن العميل الأمر نفذ جميع التزاماته طبقاً لعقد الأساس، وعليه فإن أي طلب من المستفيد بعد ذلك يُعد غشاً يمنع من استجابة البنك الضامن لطلبه.

1. تادرس، خليل فيكتور، مرجع سابق، ص 461.

2. أسامه الزاغة. مدير مبيعات وخدمات، بنك الأردن/ فرع نابلس. 2017/11/23. و كوين مسعود. رئيس قسم التسهيلات/ الشركات، بنك فلسطين، رام الله. 2017/9/6.

بحيث يستطيع العميل الأمر أن يقي نفسه من تعسف المستفيد في طلب الضمانة سواء قبل تقديم المستفيد لمطالبته أو بعدها، وعليه فقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها إلى أن وجود شهادات مصادق عليها من المستفيد تُفيد بتنفيذ العميل لكامل التزاماته، أو وجود إثباتات تؤكد شحن البضاعة الموصوفة، أو وصولها إلى بلد الوصول، أو الحصول على حكم نهائي يثبت تنفيذ العميل لجميع التزاماته، فجميعها تعد إثباتات على تنفيذ العميل الأمر لالتزاماته¹.

في حين درجت بعض البنوك العاملة في فلسطين على أن إيقاف تسهيل الخطاب لا يكون إلا بناء على حكم قضائي²، بحيث تبتعد البنوك عن فحص المستندات الداعية لتقييم وضع العمل الموكل إلى العميل الأمر ومدى رضا المستفيد به.

والسؤال هنا هل يلزم أن يكون تنفيذ العميل الأمر لالتزاماته في عقد الأساس مرضية للمستفيد، أم أن ذلك يعود لتقدير البنك الضامن في قبول المستندات المؤيدة لموقف العميل الأمر؟.

في الحقيقة إن المستفيد في هذه الحالة - وحرصاً منه على مبلغ الضمان - قد يتعنت في مواصفات حسن التنفيذ، لذلك فقد ذهب بعض الفقه³ إلى وجوب تفسير هذا النص تفسيراً ضيقاً، بمعنى أننا ننظر في البداية إلى توفر المستندات الداعمة والمؤيدة لتنفيذ العميل لالتزاماته، ثم ننظر إلى قناعة البنك الضامن في هذه المستندات المقدمة، بحيث إن تكونت لدى البنك قناعة بحسن تنفيذ العميل الأمر لالتزاماته من خلال المستندات المقدمة، فيكون على البنك أن يمتنع عن الوفاء،

1. انظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية- الطعن رقم 1431 - لسنة 38 قضائية - تاريخ الجلسة 27-12-2005، انظر أيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية- الطعن رقم 4415 - لسنة 51 قضائية - تاريخ الجلسة 19-5-2009، بحيث أيدت هذه الأحكام قيام العميل الأمر بتقديم الدليل على قيامه بتنفيذ التزامه لمنع تسهيل الخطاب، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/13.

2. أشرف الفار. محامي ومستشار قانوني، مكتب اتقان للمحاماة والاستشارات القانونية/ رام الله. 2017/9/10.

3. عثمان، صابر عمر إبراهيم، مرجع سابق، ص 235.

وهو ما يؤكد للبنك أن طلب المستفيد مشوب بالغش، وإن الهدف منه هو الحصول على حقوق ليست له، وذلك بما يتنافى مع مبدأ حسن النية السائد في المعاملات المصرفية¹.

أما إن كانت المستندات المقدمة من العميل الأمر لا تقطع بوجود غش من المستفيد، أي أن تأكد البنك من غش المستفيد غير واضح من المستندات المقدمة من العميل الأمر، وأن البنك الضامن قد يحتاج إلى بحث خارجي للتأكد من تنفيذ العميل الأمر لالتزاماته، فنتيجة ذلك أن البنك لا يُعفى من التزامه المقطوع عليه في خطاب الضمان ويتوجب عليه الدفع لعدم وضوح الغش أمام البنك مراعاة لاستقلال التزام البنك في خطاب الضمان².

لكل ما تقدم فإن الباحث يرى أنه يتوجب على القاضي أن يوازن بين المصالح والدفع المقدمة إليه ليقطع بتوافر حسن التنفيذ من العميل الأمر من عدمه، وما إذا كان العميل على حق فيما يدعيه، ذلك أن بعض المستفيدين من سيء النية يحاولون إلقاء العيوب على العملاء الأمرين ونسبتها إليهم حتى يكون لهم الحق بتسجيل الخطاب، بحيث تلعب المحاكم ومن قبلها البنوك دوراً كبيراً في تقدير الطلب التعسفي من عدمه .

4 (عدم أداء الالتزام الأصلي لصدور تصرف معيب من المستفيد.

من المعروف أن اخلال العميل الأمر بالتزاماته في عقد الأساس يعطي الحق للمستفيد في طلب تسيل خطاب الضمان، وهذا هو المسلك الطبيعي للأمر، في حين إن كان السبب وراء عدم تنفيذ عقد الأساس من قبل العميل الأمر راجعاً إلى سلوك متعمد من المستفيد نفسه، فإن طلبه للضمانة في هذه الحالة يعد تعسفاً ظاهراً ينعدم فيه الأساس القانوني لمطالبته، وهو ما نصت عليه المادة (2/19د) من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات

1. انظر المادة (1/148) من القانون المدني المصري، والتي نصت على أن " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية "، والمقابلة لنص المادة (1/202) من القانون المدني الأردني، وكذلك المادة (1/246) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات .

2. راضية، امقران، مرجع سابق، ص 110.

الاعتماد الضامنة بقولها "حيث يكون من الواضح أن الذي حال دون أداء الالتزام الأصلي هو تصرف معيب متعمد من المستفيد نفسه".

فإذا طلب المستفيد تسيل الضمان بالرغم من تسببه في عدم تنفيذ العميل الأمر لالتزاماته طبقاً لعقد الأساس، أو في التأخير في تنفيذ هذه الالتزامات، أو أن من شأن أفعال المستفيد أن تشكل عائقاً يعوق العميل الأمر، أو أنه قد ترتب عليها فسخ لعقد الأساس، أو التعديل في عقد الأساس من جانب المستفيد وبإرادته المنفردة، فإن جميع تلك الأفعال وحسب أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية تُشكل سبباً مانعاً من الوفاء للمستفيد بقيمة الخطاب¹.

وبالنظر إلى الجزء الأخير من المادة (2/19 د) من ذات الاتفاقية نرى أنها نصت على ضرورة أن يكون عدم تنفيذ العميل الأمر لالتزاماته سببه سلوك متعمد معيب من المستفيد نفسه حتى يكون للعميل الأمر حق المطالبة بمنع الوفاء للمستفيد، أي أن يكون قاصداً متعمداً ذلك السلوك المعيب، وبالرغم من ذلك فإن الباحث يرى صعوبة في إثبات التعمد وسوء نية المستفيد دون الرجوع إلى تصرفه، بحيث أكدت المحكمة العليا الإدارية المصرية على أن صدور تصرف معيب أو خطأ جسيم من جانب المستفيد تسبب في نفس الوقت بضرر للعميل، وتزامن بطلب الضمانة من المستفيد يُعد سبباً كافياً لوصف سلوكه بالغش بعيداً عن الخوض في إثباتات التعمد والقصد في فعل المستفيد².

1. انظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية- الطعن رقم 2187 - لسنة 49 قضائية - تاريخ الجلسة 22-4-2008، والذي أكد على أن وجود عوائق من المستفيد أثرت في تأخر العميل الأمر عن القيام بأعماله إلى وقت انتهاء مدة الخطاب يجعل من المستفيد غير مستحقاً لقيمة الخطاب، وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم 10181 - لسنة 50 قضائية - تاريخ الجلسة 25-12-2007، والذي أكد أن قيام الإدارة بالعدول عن العقد المبرم بينها وبين العميل وفسخه يحرمها من حقها بالمطالبة بقيمة الضمان، انظر أيضاً حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 612 - لسنة 23 قضائية - تاريخ الجلسة 26-12-2004 - مكتب فني 26 - رقم الجزء 4 - رقم الصفحة 2712، والذي أكد على أن تسبب المستفيد في عرقلة العمل الموكل إلى العميل الأمر سيتسبب في منع المطالبة من قبل المستفيد، مالم يتم الأخير بتدارك خطئه، وجميع هذه الأحكام منشورة على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/21.

2. انظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم 825 - لسنة 39 قضائية - تاريخ الجلسة 28-2-2006، والذي أشار إلى أن عدم توافر التصريح الخاص للبدء في المشروع الذي يتم الحصول عليه من المستفيد (الجهة الإدارية) يشكل مانعاً من استمرار

في حين استقر بنك فلسطين في تعاملاته على عدم النظر إلى مجريات عقد الأساس بين العميل الأمر والمستفيد من الخطاب، ومدى نسبة تنفيذ المستفيد للعمل الموكل له، وذلك بالاستناد إلى مبدأ الاستقلالية¹.

5 (الغش من البنك المباشر(المثبت) تجاه البنك المقابل.

في هذا الغرض نعالج حالة غش البنك المباشر تجاه البنك المقابل في طلب الضمانة دون وجه حق بالاستناد إلى طلب المستفيد، وهو ما نصت عليه المادة (2/19 هـ) من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة وذلك ضمن تعدادها لحالات المطالبة بتسييل خطاب الضمان دون أساس بقولها " في حالة المطالبة بمقتضى كفالة مقابلة، حيث يكون المستفيد من الكفالة قد قام بالسداد بسوء نية باعتباره الكفيل/ المصدر للتعهد الذي تتعلق به الكفالة المقابلة " .

بداية نؤكد أن العلاقة بين البنك المباشر والبنك المقابل هي علاقة مستقلة عن مجموع الروابط العقدية الأخرى، وهو ما أكدته الفقه بشكل مفصل وتناولته أحكام القضاء، ومع هذا الاستقلال نبين أن مطالبة البنك المباشر للبنك المقابل منوطة بمطالبة المستفيد للبنك المباشر، وعليه فلن تقوم أي مطالبة للبنك المقابل طالما لم تصل أي منها إلى البنك المباشر من المستفيد، وبالنتيجة فلن يتحرك الضمان لعدم المطالبة².

العميل الأمر من القيام بأعماله وبالنتيجة إلحاق الضرر به، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/18.

1. كوين مسعود. رئيس قسم التسهيلات/ الشركات، بنك فلسطين، رام الله. 2017/9/6.

2. عثمان، صابر عمر إبراهيم، مرجع سابق، ص 236.

في حين سنبين في هذه الحالة مسألة تحريك الضمان من قبل المستفيد وما سيلحقه من مطالبة البنك المباشر إلى البنك المقابل، بحيث نحتاج إلى التفرقة بين فرضيتين:

الفرضية الأولى: طلب الوفاء دون غش: في هذه الحالة يقوم الافتراض على مطالبة البنك المباشر من قبل المستفيد دون غش منه أو تعسف، والنتيجة الطبيعية أن البنك المباشر سيلتزم بالوفاء له استناداً للالتزام الملقى عليه في خطاب الضمان، ومن جهة أخرى فإن هناك مطالبة ستتع المطالبة الأولى لتكون من البنك المباشر إلى البنك المقابل، وأن على الأخير واجب الوفاء للبنك المباشر قيمة ما دفعه. وهنا لا تثور أي إشكالية طالما كانت المطالبة الأولى من المستفيد مبنية على أساس معقول للمطالبة ودون أي غش أو تعسف¹.

الفرضية الثانية: طلب الوفاء بغش: في هذا الفرض تكون مطالبة المستفيد لتسجيل الخطاب مبنية على سوء نية منه، بحيث يثور السؤال عن موقف البنك المباشر من هذا الطلب، وما أثر ذلك على التزام البنك المقابل تجاه البنك المباشر، وعليه فإننا سنبين حالات هذا الطلب بما يلي :

الحالة الأولى: عدم علم البنك المباشر بغش المستفيد. تقوم هذه الحالة على عدم علم البنك المباشر بغش المستفيد، وأن البنك المباشر لم يكن في مقدوره أن يعلم بهذا الغش من جانب المستفيد، وبعبارة أخرى لم تصل إليه بأي وسيلة أن هناك غش قد ارتكب من جانب المستفيد، ففي مثل هذه الحالة لا توجد مسؤولية على البنك المباشر، ولا شأن للبنك بهذا الغش ولا يتحمل نتيجته ما دام أنه لم يكن عليه من السهل اكتشافه، وما دام أنه قد بذل كل ما عليه من حيلة وحذر وحسن نية ولم يحد عن جادة الصواب وقت وفائه بقيمة الضمان للمستفيد².

1. مصطفى، حمدي محمد، مرجع سابق، ص 69.

2. تادرس، خليل فيكتور، مرجع سابق، ص 504.

فجهل البنك المباشر بغش المستفيد بأن كان غش الأخير غير واضح، كما لو لم تفصح عنه المستندات المقدمة ولم يستظهره الضامن من ظروف الواقع، فهنا لا شأن للبنك بهذا الغش ويصبح من حقه الحصول على الضمان المقابل واسترداد ما وفى به للمستفيد¹. بحيث يؤيد الباحث هذا الاتجاه بالنظر إلى أن العبرة لاكتشاف الغش من عدمه هو بوقت الوفاء من جانب البنك المباشر إلى المستفيد، بحيث إن اكتشف المباشر غش المستفيد بعد وفائه له فلا أثر عليه في استرداد ما دفعه للمستفيد من البنك المقابل، في حين سيكون المباشر شريكاً بالغش إن علم به قبل الوفاء، وسيكون شريكاً أيضاً إن علم بغش المستفيد بعد أن أخبره المقابل بهذا الغش وقبل الوفاء للمستفيد².

الحالة الثانية: علم البنك المباشر بغش المستفيد. يعتبر علم البنك المباشر بالغش الصادر من المستفيد حالة من الحالات التي يعتبر فيها البنك المباشر شريكاً بالغش المانع من الوفاء، بحيث لن يكون من حق البنك المباشر استرداد ما دفعه للمستفيد لقاء طلبه المستمد من خطاب الضمان والمبني على الغش الواضح من المستفيد.

كما ويرى الباحث أن علم البنك المباشر بغش المستفيد قد يأتي بأكثر من صورة كما لو علم البنك المباشر علماً مباشراً بسوء نية المستفيد في طلبه لتسييل قيمة الخطاب، أو أن يكون لديه من الظروف التي لا شك فيها افتراض علمه حتماً بغش المستفيد، كما ويعتبر شريكاً بالغش الصادر من المستفيد علم البنك المباشر بظروف المستفيد ونواياه المتجهة نحو استخدام الغش في خطاب الضمان.

في حين جاءت تعاملات البنوك العاملة في فلسطين خالية من أي إشارة لموضوع الغش الصادر من البنك المباشر تجاه البنك المقابل، وذلك بالنظر إلى أن أحكام العرف المصرفي

1. Cass. com, 26/11/2003 , D 15-1-2004, J.P. 133, Rev Banque & Droit, 2004/Jan-Fev, p.66,note .

Stoufflet et Affaki نقلاً عن راضية، امقران، مرجع سابق، ص 116.

2. أبو صفية، باسم محمد محمد، مرجع سابق، ص 113.

المحلي لم تعالج أحكام الغش الصادر من المستفيد تجاه البنك الضامن بصورته البسيطة¹، بحيث يرى الباحث أهمية الإشارة إلى تطبيق أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لما تحتويه من قواعد قادرة على معالجة ما يُستجد من حالات الغش المانع من الوفاء على الصعيدين المحلي والدولي.

الفرع الثاني: وسائل حماية العميل الأمر من غش المستفيد.

يعتبر لجوء العميل الأمر إلى القضاء بغية حماية حقه من غش المستفيد هي من أحد الوسائل التي أشارت إليها اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة في المادتين (19 و 20) منها، بحيث سيتناول الباحث في هذا الفرع ماهية التدابير القضائية المتخذة في الاتفاقيات الدولية، ومدى جواز احتماء العميل الأمر بالقضاء قبل صدور أي مطالبة من المستفيد لقيمة الضمان، بالإضافة إلى نطاق احتماء غير العميل الأمر بالقضاء لمنع الوفاء للمستفيد وذلك ضمن البنود الآتية:

البند الأول: التدابير القضائية المانعة من الوفاء.

أجازت الفقرة الثالثة من المادة (19) من اتفاقية الأمم المتحدة للعميل الأمر حق اتخاذ التدابير القضائية المؤقتة والحامية له من طلب المستفيد التعسفي أو المؤسس على غش منه، بحيث نصت على أنه " في الظروف المذكورة في الفقرات الفرعية (أ) و (ب) و (ج) من الفقرة (1) من هذه المادة، يكون للأصيل/ الطالب الحق في اتخاذ تدابير قضائية مؤقتة عملاً بالمادة 20 ". بحيث يتضح للباحث أن حق العميل الأمر باللجوء إلى التدابير القضائية المانعة من الوفاء للمستفيد وفق نص المادة (20) من الاتفاقية الدولية هو أمر متاح إذا كان طلب المستفيد للضمانة منطوياً على سوء نية منه، وذلك بالاستناد إلى أحد الحالات التي نصت عليها المادة (19) من ذات الاتفاقية.

1. محمد حويطات. المفتش الرئيسي في سلطة النقد، رام الله. 2017/8/28.

إضافة لما سبق فإن اتفاقية الأمم المتحدة وإن أجازت اللجوء إلى التدابير القضائية المؤقتة إلا أنها حرصت في المادة (3/20) على عدم جواز التوسع في حالات منع المستفيد من الحصول على الضمانة وذلك عندما حصرت حالات المنع بما هو متاح بنص المادة (19) من ذات الاتفاقية، وأضافت إليها حالة جديدة تتمثل باستعمال الخطاب لغرض إجرامي، كما لو تم استخدام التعهد في تمويل العمليات غير المشروعة، أو العمليات الإرهابية، أو فيما يخص عملية من عمليات غسيل الأموال، كون أن هذه العمليات لها تأثير واضح على النظام العام الدولي ولها ما يبررها¹.

كما أن القانون الفلسطيني أعطى للعميل الأمر حقاً باللجوء إلى القضاء لاتخاذ التدابير القضائية المانعة من طلب الوفاء بقيمة الضمان للمستفيد، طالما انطوت مطالبة المستفيد لقيمة الضمان على احتمالية حدوث ضرر محتمل للعميل².

بالإضافة لما سبق فإن قانون التجارة الإماراتي قد نص صراحة على جواز الحجز على مبلغ الضمان لدى المصرف شريطة أن يستند الأمر في ادعائه على أسباب جدية وأكيدة³.

1. انظر أيضاً القليوبي، سميحة: *أثر الغش على مبدأ الاستقلال في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية*. (الجوانب القانونية للعمليات المصرفية). المؤتمر العلمي الثالث للقانونيين المصريين. مصر. القاهرة: الجمعية المصرية للإقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع. 2002م. ص 14، والتي أشارت إلى عدم جواز التوسع في الاستثناء الوارد في نص المادة (19) من الاتفاقية أو القياس عليها وإلا أفرغ مبدأ الاستقلال من مضمونه .

في حين أنكر البعض الآخر حق العميل الأمر أو القضاء في منع البنك من الوفاء بقيمة الضمان وذلك طبقاً لاستقلال التزامات أطراف خطاب الضمان، انظر أيضاً عثمان، صابر عمر إبراهيم، مرجع سابق، ص 175.

2. المادة (102) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001. والمنشور في العدد 38 من الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية) بتاريخ 2001/09/05 صفحة 5، والتي نصت على "يجوز لمن يخشى حدوث ضرر محتمل من فوات الوقت أن يقدم طلباً إلى قاضي الأمور المستعجلة يطلب فيه اتخاذ إجراءات وقائية وفقاً لمقتضى الحال بما لا يمنع قاضي الموضوع من نظر هذا الطلب تبعاً للدعوى الأصلية". ولا شك أيضاً أن نص المادة (266/1/3) من ذات القانون أعطت حقاً للعميل الأمر بحجز مستحقات المستفيد لدى البنك باعتباره من الغير، حال طلبها من قبل المستفيد باعتبارها من مستحقاته. بحيث يُعتبر الحجز التحفظي شكلاً من أشكال الطلبات المستعجلة.

3. انظر المادة (417) من قانون التجارة الإماراتي، بالمقابل خلا قانون التجارة المصري من هذا النص.

بحيث عللت محكمة تمييز دبي حق العميل الأمر باللجوء إلى القضاء المستعجل للحصول على حكم يقضي بوقف صرف مبلغ الضمان للمستفيد على أساس أن أثر الحجز هو مجرد تجميد حق المستفيد في قيمة الخطاب لحين الفصل في النزاع، ولا يعني انقضاء الالتزام البنك بتنفيذ خطاب الضمان¹.

فمنع العميل الأمر من اللجوء إلى القضاء المستعجل للحصول على حكم قضائي مؤقت يقضي بتجميد صرف مبلغ الضمانة يُعد إضراراً بالعدالة إذا اتضح سوء نية وغش المستفيد، بحيث يكون للعميل اللجوء إلى هذا الطريق ولو بحالات استثنائية .

إضافة لذلك فإن قيام العميل الأمر بالحجز لا يعني إنكاره للتعهد أو الرجوع فيه، كما أن تنازل العميل عن التمسك بأي دفع لا يعني تنازله عن ممارسة حقه في الحجز الذي يُعد من أهم الحقوق المقررة للعميل في مواجهة سوء نية المستفيد².

البند الثاني: مدى حق العميل الأمر باللجوء إلى التدابير القضائية قبل مطالبة المستفيد.

يعد الطلب الصادر من العميل الأمر إلى البنك الضامن لوقف تسجيل الخطاب - إن ظهرت حالة من الحالات المنصوص عليها في اتفاقية الأمم المتحدة - هو أمر جائز طالما استند في طلبه إلى المستندات المؤيدة له، والظاهرة على غش المستفيد في طلبه لتسجيل الخطاب، لكن ما هو الحال إن جاء طلب العميل الأمر بوقف تسجيل الخطاب حتى قبل أن تصله أو تصل البنك الضامن أي مطالبة من المستفيد، فهل تعتبر حالة جود إمارات أو دلائل تدعو إلى الخوف من غش قد يصدر من المستفيد، أو مجرد شك العميل بنوايا من له الحق بطلب الضمانة (المستفيد) هي حالة من الحالات التي تجيز له وقف تسجيل الضمانة أو تجميد مفعولها؟.

1. انظر حكم محكمة تمييز دبي - الأحكام المدنية - الطعن رقم 261 - لسنة 2009 - تاريخ الجلسة 2010/6/28 - رقم الصفحة 445.

منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/8.

2. انظر مصطفى، عادل إبراهيم السيد، مرجع سابق، ص 164.

نرى أن نص المادة (1/20) من اتفاقية الأمم المتحدة واضح عندما أشارت إلى أنه " إذا ورد في التماس من الأصيل/ الطالب أو الطرف الأمر ما يدل على قيام احتمال قوي بوجود ظرف من الظروف المشار إليها في الفقرات الفرعية (أ) أو (ب) أو (ج) من الفقرة (1) من المادة (19) فيما يتعلق بمطالبة قدمها المستفيد أو يتوقع أن يقدمها ".

يتبين من صياغة هذه المادة أنه لا يشترط - لاحتماء العميل بالقضاء - أن تكون هناك مطالبة فعلية قد حدثت من المستفيد لمبلغ الضمانة، وإنما يكفي مجرد ظهور علامات وإمارات حملت العميل على توقع مطالبة غير مشروعة من اتجاه المستفيد، كما لو تهرب المستفيد من صدور حكم في موضوع النزاع¹، وهو أيضاً ما استقر عليه القانون الفلسطيني².

وغني عن البيان أن السماح المطلق للعميل الأمر بوقف الضمانة حتى قبل صدور أي مطالبة له من قبل المستفيد هو أمر غير مسموح طالما لم يتوافر للعميل الاحتمال القوي والمؤكد على توافر إحدى حالات الغش أو التعسف المنصوص عليها في المادة (19) من اتفاقية الأمم المتحدة³، ذلك أن مجرد خوف العميل دون توافر العلامات الاحتمالية لغش المستفيد أو تعسفه هو أمر غير كافٍ لاحتماء العميل بالقضاء، ولمحكمة الموضوع سلطة تقدير تلك الظروف ومدى احتمالية وقوع غش أو تعسف من المستفيد لإستصدار أو عدم إستصدار الأمر بمنع الوفاء أو تجميد مبلغ الخطاب⁴.

1. عوض، علي جمال الدين: *خطابات الضمان المصرفية. المحاماة (نقابة المحامين المصرية)*، مرجع سابق، ص 360.
2. المادة (2/3) من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001)، والتي نصت على أنه " تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه " .
3. انظر حكم محكمة النقض المصرية- طعن مدني - الطعن رقم 4167 - لسنة 68 قضائية - تاريخ الجلسة 22-11-2010، انظر أيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية- الطعن رقم 11455 - لسنة 47 قضائية - تاريخ الجلسة 20-3-2007، والذي أجاز اللجوء إلى القضاء المستعجل حتى قبل مطالبة المستفيد له بقيمة الخطاب إن توافرت له أركان الطلب المؤقت (المستعجل). كما ويرى الباحث بعدم مشروعية أي شرط مسبق يقيد العميل الأمر من اللجوء إلى احكام القضاء للحصول على حكم يمنع المستفيد من تسهيل الخطاب، ذلك أن هذا الشرط يخالف النظام العام.

4. Stoufflet , La convention des Nations unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit .stand-by, Rev. Droit Bancaire et de la Bourse, 1995 P.138 . نقلا عن مصطفى، حمدي محمد، مرجع سابق، ص

هذا وقد أنكر البعض¹ حق العميل بتوقيف مبلغ الضمان أو تجميده وذلك إن جاء مبنياً على توقعات بسوء نية المستفيد، فحق العميل كما ذهب إليه هذا الرأي ينحصر بالمطالبات المقدمة من المستفيد فعلاً والمنطوية على سوء نية منه، وعلة هذا الرأي هو أن المساواة بين حالة إيقاف مبلغ الضمان قبل تقديم المستفيد لطلبه بتسييل الخطاب أم بعده يتنافى مع شرط وضوح الغش ويكون سبباً في شل حركة الضمان²، ذلك أن لجوء المستفيد إلى مثل هذا الخطاب لم يكن إلا لكونه بديلاً عن التأمين النقدي، كما أن التوسع في الاستثناء المانع من الوفاء من شأنه أن يعطل الفائدة المرجوة من استقلال خطاب الضمان وذلك بإفساح المجال للبنوك من التحلل والإفلات من الوفاء بالتزاماتهم بمقتضى الضمان³.

أما فيما يتعلق بالنتيجة المتوقعة من طلب العميل بوقف الضمانة - سواء استندت إلى وقوع إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة (19) أو يتوقع حدوثها - فقد أشارت إلى ذلك المادة (1/20) عندما نصت على أنه ".... جاز للمحكمة استناداً إلى ما يتاح فوراً من أدلة قوية :- (1) أن تصدر أمراً مؤقتاً بأن لا يحصل المستفيد على مبلغ المطالبة بما في ذلك الأمر بأن يحتفظ الكفيل المصدر بمبلغ التعهد . (2) أن تصدر أمر مؤقتاً بتجميد عائدات التعهد التي دفعت للمستفيد، وازعة في الاعتبار ما اذا كان من المحتمل أن يعاني الأصيل/ الطالب من ضرر جسيم في حالة عدم إصدار مثل هذا الأمر ".

وعليه ولما تقدم فإنه يجوز للمحكمة واستناداً لما بين يديها من أدلة قوية ودامغة أن تصدر أمراً مؤقتاً بعدم حصول المستفيد على المبلغ المطالب به، وأن تأمر باحتفاظ الضامن بمبلغ الضمانة،

1. تادرس، خليل فيكتور، مرجع سابق، ص 520.

2. انظر حكم محكمة النقض المصرية- الطعن رقم 508- لسنة 73 قضائية- تاريخ الجلسة 2005/4/14- مكتب فني 56- رقم الجزء 0- رقم الصفحة 365. منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2018/1/7. والذي أكد على عدم جواز الحجز على قيمة الخطاب كونه ينطوي على تجريد للخطاب من خصائصه، ذلك أن مبلغ الخطاب سيبقى ملكاً للبنك وليس للمستفيد طالما لم تصدر عن هذا الأخير أي مطالبة بسحب حقه لدى البنك، في حين يعود مبلغ الضمان إلى طبيعته كونه تأمين نقدي مملوك للعميل بعد طلبه من المستفيد، بحيث يستحق منه المستفيد القدر اللازم من المبالغ الدائن بها قبل العميل وفقاً للعلاقة الأصلية بينهما والتي ينظمها عقد المقاوله، مع التزامه برد الباقي من هذا التأمين إلى العميل إذا كانت مستحقته أقل من قيمة خطاب الضمان.

3. مصطفى، عادل إبراهيم السيد، مرجع سابق، ص 120.

كما أن لها أن تُصدر أمراً مؤقتاً بتجميد عائدات التعهد التي دُفعت للمستفيد والمودعة في حسابه، فطبيعة الإجراء متروك للقاضي الذي ينظر موضوع النزاع¹.

ويرى الباحث أن للمحكمة حق في اتخاذ الإجراءات معاً عند الحاجة، وذلك للحفاظ على حق الأصل أو الطرف الأمر، ولها أيضاً اتخاذ أي من الإجراءات حسب ما يتضح لها من ظروف الطلب وذلك بالموازنة بين ما إذا كان عدم إصدار مثل هذا الأمر من شأنه أن يلحق ضرراً جسيماً بالعمل الأمر أم أن هذا الأمر لا يتوافر بالنسبة له.

البند الثالث: مدى إمكانية الاحتفاء بالقضاء من غير العمل الأمر.

يعتبر حق العمل باتخاذ الإجراءات القضائية المانعة من تسهيل مبلغ الضمانة للمستفيد هو أمر مفروغ منه إن توافرت شروطه وحالاته، وذلك بالاستناد لنصوص اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، لكن السؤال الذي يثور في هذا الصدد هو هل يعتبر هذا الحق مقتصرًا على العمل الأمر دون غيره، أم أنه يجوز للبنك الأصلي في الضمان المقابل اتخاذ هذه الاجراءات في مواجهة البنك المباشر إن صدر هذا الغش أو التواطؤ من هذا الأخير مع المستفيد ؟ .

ذهب الاتجاه الأول² وهو ما يؤيده الباحث إلى أن الحق في اتخاذ التدابير القضائية المانعة من الوفاء للمستفيد لا تقتصر على العمل الأمر فقط، بل يشمل البنك الأصلي في الضمان المقابل، فنص المادة (1/20) من اتفاقية الأمم المتحدة لا توجي بحصر اتخاذ التدابير القضائية على العمل الأمر فقط، وذلك عندما أشارت إلى أنه " إذا ورد في التماس من الأصل / الطالب أو الطرف الأمر".

1. تادرس، خليل فيكتور، مرجع سابق، ص 521 .

2. تادرس، خليل فيكتور، المرجع سابق، ص 519 .

فإيراد أداة العطف كما هو واضح لا يفيد سوى أن الطرف الأمر هو شخص غير العميل الأمر، ومما يؤيد هذا الاتجاه هو ما نصت عليه المادة (20/2 ب) عندما نصت على أنه "يجوز إعطاء التعهد بناء على أمر من مصرف آخر أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر (طرف أمر) يتصرف بناء على طلب من الأصيل الطالب عميل ذلك الطرف الأمر"، فالمقصود بالأمر هو الضامن المقابل الذي يتصرف بناء على تعليمات من العميل الأمر.

كما أن القانون الفلسطيني قد استقر على اعطاء حق اللجوء إلى القضاء لكل ذي مصلحة، وذلك لإتخاذ التدابير القضائية المانعة من طلب المستفيد والقائم على غش واضح منه.¹

في حين ذهب الاتجاه الثاني ممثلاً بالمحكمة الاقتصادية المصرية² إلى اقتصار الحق في اتخاذ التدابير القضائية - المانعة من الوفاء للمستفيد - على العميل الأمر دون البنك في الضمان المقابل، وذلك مراعاة لخاصية الاستقلال التي تؤمن للمستفيد حقه في طلب السداد دون توقع حرمانه من ذلك بإصدار هذه الإجراءات من أي شخص قد تكون علاقته بالتعهد علاقة مباشرة أو غير مباشرة، كما أن المستفيد سيكون معلوماً له مسبقاً أن شخص الأصيل هو فقط من له حق اتخاذ الإجراءات القضائية.

وبالنهاية فإن الباحث يرى أن ترك المجال مفتوحاً للضامن المقابل كما هو بالنسبة للعميل الأمر في اتخاذ الإجراءات القضائية والمانعة من تسيل الخطاب، أو اقتصار تلك الصلاحية للعميل الأمر دون غيره، هو أمر في كلتا الحالتين لا يُفضل أن يكون خالياً من التأمين المقدم للمستفيد، لاسيما إن نظرنا إلى المخاطر التي يمكن أن تتحقق عند التغول في اتخاذ هذه الإجراءات المانعة من الوفاء للمستفيد دون أي ضمانات للطرف الذي أُتخذ هذا الإجراء بحقه وهو المستفيد.

1. المادة (1/3) من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 والتي نصت على أنه " لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون ".

2. انظر حكم المحكمة الاقتصادية المصرية- الطعن رقم 147 - لسنة 4 قضائية - تاريخ الجلسة 12-6-2012، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق. <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/8.

فمصلحة العميل في دفع ما قد يتعرض له من ضرر جسيم من جراء تسجيل المستفيد للضمانة دون وجه حق، ومصلحة المستفيد في عدم ممانعته بطلب تسجيل الضمانة بمجرد الطلب هو أمر يجب الوقوف عنده باتخاذ التوازن بين المصلحتين، بحيث نصت المادة (2/20) من ذات الاتفاقية على أنه " يجوز للمحكمة عند إصدار الأمر المؤقت المشار إليه في الفقرة (1) من هذه المادة أن تلزم الشخص الذي يلتزم إصدار هذا الأمر بأن يقدم تأميناً في الشكل الذي تراه المحكمة مناسباً " ¹.

وعليه فإن الباحث يرى أن للمحكمة سلطة في إجبار طالب وقف الضمان بتقديم الضمان المناسب من عدمه، وهو أمر اختياري وجوازي لها، بحيث لها أن تتغاضى عن طلب هذا التأمين إن تبين لها أن هناك غشاً واضحاً وثابتاً في المستندات المقدمة من المستفيد، كما أن لها أن تُجبر طالب وقف الضمان بتقديم التأمين إن لم تكن إدعاءات العميل كافية لتوقيف الضمانة المسيلة للمستفيد.

نشير أخيراً أن فرض التأمين بحال أقرت به المحكمة لا يجوز أن يفرض إلا على العميل أو من التمس إجراء التدابير القضائية المانعة من الوفاء للمستفيد، ولا يُقبل أيضاً فرض هذا التأمين على المستفيد كما لو رُفض طلب العميل بعدم الوفاء، ذلك أن حق المستفيد بطلب الضمانة ثابت ونابع من التزام البنك في خطاب الضمان، فممارسة الحق لا يقتصر بتقديم الضمانات ².

1. انظر أيضاً المادة (114) من قانون الاصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 والتي نصت على أنه " لقاضي الأمور المستعجلة أن يكلف طالب الإجراء المستعجل بتقديم كفالة مالية تضمن للمستدعي ضده كل عطل أو ضرر يترتب على الإجراء المتخذ إذا تبين أن المستدعي غير محق في طلبه ". وفي ذات السياق انظر المادة (266/2) من ذات القانون والتي أوجبت اقتران طلب الحجز التحفظي بكفالة تضمن ما قد يلحق بالمحجوز عليه من عطل أو ضرر إذا ظهر أن طالب الحجز غير محق في دعواه.

انظر أيضاً حكم محكمة الاستئناف الأردنية رقم 1992/482 (هيئة خماسية) تاريخ 1992/4/14 والذي حكم بمنع مطالبة المستفيد لقيمة الضمان بالاستناد إلى وجود تأمين يضمن جدية العميل الأمر في طلبه، منشور على موقع عدالة للمعلومات القانونية <http://www.adaleh.info>، تاريخ الدخول 2017/4/9.

2. وفي حكم مخالف أصدرت محكمة استئناف باريس حكماً لها بتاريخ 23-9-1988، بحيث علقت فيه المحكمة تنفيذ الضمان بشرط تقديم المستفيد كفالة بنكية، وذلك لغش وسوء نية الأخير، لكن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 6-11-1990 نقضت هذا الحكم بقولها: " إن القضاة لا يستطيعون إلا تعليق دفع الضمان، متى كانت هناك أمارات دالة على وجود الغش، فإذا لم يقتنعوا بذلك فلا

المبحث الثاني: انقضاء التزام البنك الضامن في خطاب الضمان.

سابقاً لما تم تبيانه في المبحث الأول عن الغش الصادر من المستفيد باعتباره عائقاً يهدد الالتزام المُلقى على عاتق البنك الضامن، بحيث تناول فيه الباحث مفهوم الغش على المستوى الموسع والضيق، ثم ناقشها الباحث من خلال توضيح الشروط المطلوبة لاعتبار الغش واقعة تجعل من مطالبة المستفيد للبنك الضامن مطالبة مبنية على غير أساس، ولأهمية هذا الموضوع بالنسبة لالتزام البنك الضامن كان واجباً على الباحث تعداد الحالات التي تتوافر بشأنها المؤثرات المانعة من الوفاء للمستفيد باعتبارها حالات متفقة والقانون.

وعليه فإن الباحث يرى أن حالة الغش من المستفيد هي بمثابة حالة طارئة مهددة لالتزام البنك الضامن في خطاب الضمان.

وسيتناول الباحث في هذا المبحث حالة انقضاء الالتزام المُلقى على عاتق البنك الضامن باعتبارها حالة متوقعة الحدوث، فبالرغم من احتمالية ترتيب ذات الأثر - المتمثل بعدم الوفاء للمستفيد - المتوقع لحالة الغش على حالة الانقضاء دون الوفاء، إلا أن الأخيرة تبقى حالة ذات أثر منسجم مع الالتزام الطبيعي لالتزام البنك الضامن في خطاب الضمان.

فغالباً ما يمر الخطاب بعدة عوامل تكون كفيلة بانقضاء الالتزام المُلقى على عاتق البنك في الوفاء للمستفيد، فالانقضاء قد يكون نتيجة للوفاء من قبل البنك الضامن بناء على طلب المستفيد، وقد يكون الانقضاء أيضاً لنتيجة مختلفة عن الانقضاء الإيجابي، فانتهاؤ مدة صلاحية الخطاب دون أي مطالبة من المستفيد، أو بوجود المطالبة لكن من غير اتباع للشروط المطلوبة، أو إعادة الخطاب من قبل المستفيد قبل انتهاء مدته لانتهاء الغرض منه، أو التقادم لالتزام البنك، أو القيام

يستطيعون فرض هذه الشكلية الغريبة (الضمانة) - 11-6 Cass.com. 1989, P.156. et CA.Paris 23-9-1988,

1990, RTD.Com. 1991, P.41، نقلاً عن مصطفى، حمدي محمد، مرجع سابق. ص 111.

بإبراء ذمة المدين (العميل الأمر)، أو استحالة التنفيذ، فجميعها كفيلة بانقضاء الالتزام من غير الوفاء للمستفيد¹.

وعليه نتعرض فيما يلي لحالة انقضاء خطاب الضمان بالوفاء في المطلب الأول، ثم نتعرض لحالة انقضاء خطاب الضمان بغير الوفاء في المطلب الثاني، بالإضافة إلى تناول الآثار المترتبة على حالات الانقضاء في مطلب ثالث، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: انقضاء خطاب الضمان بالوفاء.

تعتبر مطالبة المستفيد لقيمة الخطاب خلال المدة المحددة وضمن شروطه المتفق عليها من الأمور الهامة التي يستوجب على البنك الضامن أخذها بعين الاعتبار في سبيل تأكيده لمبدأ الاستقلالية الذي يتمتع به التزام البنك الضامن، فالالتزام البنك بهذا الوفاء وضمن شروطه المتفق عليها يجعل من الخطاب أمراً منقضياً، ذلك أنه يشترط في الوفاء حتى يكون سبباً من أسباب الانقضاء أن يتم إلى المستفيد، أو وكيله فعلاً² عن طريق القبض أو بتسجيل قيمة الخطاب في

1. موسى، حمدي حسن: *خطابات الضمان. إدارة الأعمال. مجلة المال والتجارة*، مرجع سابق، ص 89.

2. وفي ذات السياق نلاحظ أحكام الوكالة الظاهرة التي يستند إليها وكيل المستفيد لحصوله على مبلغ الضمانه فإننا نرى أن **الوكالة الظاهرة** تعني: هو قيام الوكيل بعد انتهاء وكالته لسبب العزل أو لأي سبب آخر بالاستمرار بأعمال الوكالة باسم موكله وتوهم وعدم علم الغير الذي يتعامل مع الوكيل أن الوكالة لا تزال باقية ومستمرة، كما لو أن سند التوكيل لا يزال بيد الوكيل بعد انتهاء مهمته، انظر حكم محكمة النقض المصرية - الطعن رقم 3989 لسنة 60 ق جلسة 13/4/1995 س 46 ج 1 ص 631. منشور على موقع محكمة النقض المصرية، http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation-Court_All_Cases.aspx تاريخ الدخول 2017/6/12، تاريخ الدخول 2017/6/26.

تجدر الإشارة هنا إلى أن المقصود بحدثة التاريخ في الوكالة الظاهرة وحسب ما درجت عليه البنوك العاملة في فلسطين في تعاملاتها مع وكلاء المستفيدين هو ألا تزيد عمر الوكالة من المستفيد لوكيله عن خمس سنوات، وإلا كان لازماً على الوكيل إحضار تصريح مشفوع بالقسم يؤكد استمراره في الوكالة وأن الموكل لم يقم بعزله، أو أن الوكالة لم تنتهي. أما إن زاد عمر الوكالة على خمسة عشر سنة فإن الدوائر القانونية في البنوك لا تتعامل معها على الإطلاق، أشرف الفار. محامي ومستشار قانوني، مكتب اتقان للمحاماة والاستشارات القانونية/ رام الله. 2017/9/10، و نهاد عمير. مدير الدائرة القانونية، بنك القدس/ رام الله. 2017/11/8.

حسابه ، أو بإجراء المقاصة¹، بحيث لا يكفي أن يتم الوفاء لأي شخص يحمل الخطاب، وإنما يجب التأكد من صلته المشروعة بالخطاب وإمكانية تسهيلها له، وإلا لما برأت ذمة البنك الضامن تجاه المستفيد عن الوفاء لشخص آخر، وسيلتزم بالوفاء إلى المستفيد مرة أخرى².

كما قد تكون المطالبة من المستفيد والوفاء من البنك الضامن مقتصرة على جزء من الخطاب دون أن تكون كاملة لقيمة الخطاب، بحيث إن هذه المطالبة الجزئية لا تعني حرمان المستفيد من أي مطالبة مستقبلية لباقي مبلغ الضمان طالما بقيت مدة الخطاب سارية المفعول³، وهو ما استقر عليه العمل في بنك فلسطين⁴.

مع الإشارة إلى أن التزام البنك بالوفاء للمستفيد قد يكون بموجب شيك مصرفي يُصدره البنك الضامن، أو بطريق الحولة المصرفية إلى حساب المستفيد مع مطالبة الأخير برد أصل الخطاب وما لحقه من تجديدات طرأت عليه خلال مدة سريانه⁵.

هذا وأن انقضاء الالتزام المُلقى على عاتق البنك الضامن بالوفاء لا يعني بجميع الحالات قيام البنك الضامن بتسييل قيمة الضمانة للمستفيد، ذلك أن انقضاء الخطاب قد يتم بما يقوم مقام

1. انظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية- الطعن رقم 3850 - لسنة 50 قضائية - تاريخ الجلسة 28-11-2006، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/12.

كما أجاز البعض إجراء المقاصة إن تم تسييل الضمانة باسم المستفيد لدى نفس البنك في حساب تابع للمستفيد، انظر عارف، ربحي أحمد، مرجع سابق، ص 37.

2. موسى، طالب حسن: الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، ط 1. عمان: دار الثقافة. 2011. ص 23، الجنيبي، منير وممدوح: أعمال البنوك، بدون طبعة. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2000م. ص 244.

3. صرخوة، يعقوب: خطاب الضمان المصرفي في القانون التجاري الكويتي. مجلة الحقوق. جامعة الكويت. عدد3، مجلد 17/ 1993م. ص 86.

4. كوين مسعود. رئيس قسم التسهيلات/ الشركات، بنك فلسطين، رام الله. 2017/9/6.

5. المادة (2) فرع 3 من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة نصت على أن السداد قد يكون بعملة معينة أو بواسطة كمبيالة أو شيك أو بالسداد الآجل أو بتقديم شيء محدد ذي قيمة .

الوفاء، بحيث تعتبر المقاصة القانونية جائزة ومعتبرة بين دين للبنك في ذمة المستفيد وقيمة خطاب الضمان إذا طالب الأخير به، كما لو تم إثراء المستفيد بلا سبب لوجود خطأ في عمليات البنوك.

كما يقوم مقام الوفاء أيضاً حالة اتحاد الذمتين فيما بين البنك والمستفيد، بحيث يصبح العميل مديناً للكيان الجديد بأصل الالتزام الذي أنشأه خطاب الضمان. وفي الوقت ذاته يقوم مقام الوفاء أيضاً إتحاد ذمتي العميل والمستفيد في شخص أي منهما، بحيث يصبح من حصل اتحاد الذمة في شخصه دائناً ومديناً بما يترتب عليه انقضاء الحق والدين فيما بينهما¹.

المطلب الثاني: انقضاء خطاب الضمان بغير الوفاء.

يعتبر انقضاء خطاب الضمان ومن ثم انقضاء التزام البنك بغير وفاء للمستفيد من أحد الأمور التي يثيرها الخطاب في حالات كثيرة، بحيث قد تتشكل حالات الانقضاء تبعاً لانقضاء مدة صلاحية الخطاب دون مطالبة، أو لإعادة الخطاب من قبل المستفيد قبل انتهاء مدته، أو نتيجة للتقادم إذا كان الخطاب غير محدد المدة، كما قد يكون الانقضاء أيضاً نتيجة للإبراء الصادر من المستفيد إلى العميل، بالإضافة إلى إمكانية انقضائه نتيجة استحالة تنفيذ عقد الأساس من قبل العميل الأمر، وعليه سنبحث فيما يلي تفاصيل هذه الحالات في الفروع الآتية :

1. فضل، مدثر عبدالله علي: الآثار القانونية لأطراف خطاب الضمان. (رسالة ماجستير غير منشورة). معهد بحوث ودراسات العالم

الاسلامي جامعة أم درمان. السودان. 2015م. ص 247.

فاتحاد الذمة هو اجتماع صفة الدائن والمدين في شخص واحد على نحو يستحيل معه المطالبة بالدين، لاستحالة مطالبة الشخص نفسه، ويتحقق هذا عادة عن طريق الخلافة العامة، انظر أبو عياد، شذى وليد، مرجع سابق، ص 113.

الفرع الأول: انتهاء مدة صلاحية الخطاب دون أي مطالبة من المستفيد.

تتقضي خطابات الضمان المحددة بانتهاء أجل سريانها دون أن ترد أي مطالبة من المستفيد خلال المدة المحددة لها، بحيث يتمتع على المستفيد المطالبة خارج هذه المدة والتي تبدأ من تاريخ إصدار الخطاب ووصوله إلى علم المستفيد، وانتهاءً بحلول التاريخ الذي نص عليه الخطاب أو أي تعديلات لحقت بالخطاب¹. مع الإشارة إلى أنه لا عبرة أيضاً بمدة عقد الأساس الذي كان سبباً في إصدار الخطاب ولو نص على أي مدد إضافية لخطاب الضمان، وذلك لاستقلال العقدين من الناحية القانونية.²

وتأكيداً لمنع اللبس الذي قد يقع به بعض المستفيدين عند عدم تحديد تاريخ الانتهاء فإن البنوك تكون حريصة على ذكر تاريخ انتهاء أجل سريان الخطاب³، بحيث يرى الباحث أن أي مطالبة ترد إلى البنك الضامن بعد هذا التاريخ تكون عديمة الأثر ومنطوية على إهمال وتقصير من المستفيد وواجبة الرد.

فالعبرة بتاريخ وصول المطالبة للبنك خلال مدة الضمان لا بتاريخ إرسال المطالبة من المستفيد التي قد ترد في وقت لاحق لانتهاء الضمان⁴. وهو ما درجت عليه بعض البنوك العاملة في فلسطين¹.

1. المادة (418) من قانون التجارة الإماراتي، بحيث نصت على "تبرأ ذمة المصرف قبل المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع..."، والمقابلة لنص المادة (359) من قانون التجارة المصري، والمقابلة لنص المادة (391) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني، كما أكدت المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الفلسطيني على هذا النص وجعلت انقضاء المدة دون طلب الدفع سبباً لبراءة ذمة المصرف من الدفع.

انظر أيضاً حكم محكمة النقض المصرية- طعن رقم 10248 لسنة 75 جلسة 27/01/2009 س 60 ص 235 ق 38، منشور على موقع محكمة النقض المصرية http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx، تاريخ الدخول 2017/6/6، والتي أشارت إلى إلغاء مفعول المطالبات اللاحقة لمدة الخطاب واعتبارها كأن لم تكن،

2. الكيلاني، محمود: الموسوعة التجارية والمصرفية عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 407.

3. المادة (2) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب والتي نصت على أن المقصود بالانتهاء هو تاريخ الانتهاء أو حدث الانتهاء، كذلك (المادة 3 / ث / ج) من ذات القواعد نصت على بعض المصطلحات والأحرف التي يمكن استخدامها في تحديد مدة الخطاب سواء بتحديد تاريخ بداية الضمان أو انتهاء تاريخه أو المدة التي يسري خلالها.

4. صرخوة، يعقوب، مرجع سابق، ص 86، أحمد، عبد الفضيل محمد: عمليات البنوك، بدون طبعة. المنصورة: دار الفكر والقانون. 2010م. ص 147.

وعليه نحيل تفصيل كل ما يتعلق بمدة الضمان ابتداءً بوصول الخطاب إلى علم المستفيد وانتهاءً بانقضاء مدة الضمان ومروراً بتجديدها وما يلحقها من آثار، وذلك إلى المبحث الثاني من الفصل الأول تحت عنوان مظاهر سريان التزام البنك الضامن تفادياً للتكرار.

الفرع الثاني: التقادم.

عند قيام البنك بإصدار الخطاب فإنه عادةً ما يُرفقه بعدة أمور جوهرية تكون أساساً لتحديد الخطاب وشكله، ومنها مدة صلاحية الخطاب كما سبق ذكرها في الفرع الأول، أي المدة التي يظل البنك خلالها ملتزماً بتعهدده بالدفع لصالح المستفيد، بحيث إذا انتهت هذه المدة دون أي مطالبة انتهى التزام البنك معها بالدفع.

إلا أن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو أن مدة الخطاب قد تكون غير محددة، أو أن الفعل أو الحدث لم يتحقق بشأن الواقعة التي دُكر أن الانقضاء متوقف عليها، بحيث تثار مسألة تقادم التزام البنك بدفع قيمة الضمان للمستفيد، أي ما هو الوقت الذي يبقى فيه البنك ملتزماً تجاه المستفيد بدفع قيمة الخطاب؟.

اختلفت الآراء حول مسألة تقادم التزام البنك، وإلى أي حد سيبقى معه ملتزماً بقيمة الخطاب، وهل سيبقى التزام البنك فيها قائماً إلى ما لا نهاية؟. أم أن لهذا الالتزام غاية يسقط بعدها التعهد؟.

1. أسامه الزاغة. مدير مبيعات وخدمات، بنك الأردن/ فرع نابلس. 2017/11/23. و قيس أبو شهاب. مسؤول علاقة معتمدين الشركات الموظف، البنك العربي/ فرع نابلس. 2017/8/23. و كوين مسعود. رئيس قسم التسهيلات/ الشركات، بنك فلسطين، رام الله. 2017/9/6.

ذهب الاتجاه الأول¹ إلى إعطاء الحق للبنك الضامن بإنهاء خطاب الضمان غير محدد المدة في أي وقت بإرادته المنفردة شريطة إخطار المستفيد بوقت مناسب قبل الانهاء، وأكد أيضاً أن عدم لجوء البنك إلى هذا الإنهاء لا يجعل من الخطاب مؤبداً، بل يسقط بمرور الزمان المسقط للإدعاء وفق القواعد العامة.

في المقابل لذلك خالف الاتجاه الآخر² رأي الاتجاه الأول وجاء برؤية مختلفة، وذلك بقوله أن الاتجاه الأول لا يستقيم مع ما جرى عليه العرف المصرفي بشأن خطابات الضمان غير محددة المدة، بحيث استند إلى أن العرف المصرفي في خطابات الضمان قائم على الاستقلالية، وأن إنهاء العقد بإرادة البنك المنفردة في العقود غير محددة المدة إنما ينتج أثره فيما بين المتعاقدين، ولا يمس الحقوق التي تترتب للغير، وكون أن المستفيد ليس متعاقداً مع البنك ولكنه باعتباره من الغير يكتسب حقاً ناشئاً عن علاقة البنك بعميله.

فالتزام البنك مجرداً تجاه المستفيد، وعليه فلا يعطيه حقاً في إنهاء حق المستفيد بإرادته المنفردة بل ولا بالاشتراك مع إرادة العميل.

وتوضيحاً لرؤية الاتجاه الثاني فقد تم تقسيم الخطابات إلى مشروطة وغير مشروطة على أساس أنها غير محددة المدة، فإذا كان الخطاب غير محدد المدة وغير مشروط حسب ما أشارت إليه محكمة النقض المصرية فإن من حق المستفيد طلب صرف وتسيل الخطاب في أي وقت خلال مدة التقادم العام³.

1. الكيلاني، محمود: الموسوعة التجارية والمصرفية عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 409، صرخوة، يعقوب، مرجع سابق، ص 87، عبد المنعم، حمدي، مرجع سابق، ص 267.

2. علم الدين، محي الدين اسماعيل: موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعلمية، مرجع سابق، ص 809.

3. انظر حكم محكمة النقض المصرية- الطعن رقم 1293 - لسنة 48 قضائية - تاريخ الجلسة 8-3-1982 - مكتب فني 33 - رقم الجزء 1 - رقم الصفحة 295، منشورة على موقع شبكة قوانين الشرق. <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/10، والذي أشار إلى أن فراغ الخطاب من أي مدة تحدد مجاله سيؤدي إلى فتح المجال للمستفيد بالمطالبة دون التقيد بمدة معينة، مع مراعاة القواعد العامة في التقادم.

أما إذا كان الخطاب غير المحدد مشروطاً، فإن سريان التقادم بالنسبة إليه لا يبدأ إلا من وقت تحقق الشرط، كما لو أخل العميل بالتزامه تجاه المستفيد أو عدم قيامه به في الموعد المحدد له، وبذلك يبدأ تقادم حق المستفيد من هذا الوقت، أما إذا تخلف الشرط أو استحالة تحققه فإن التزام البنك ينقضي كما لو قام العميل بتنفيذ التزاماته فيصبح معه تحقق الشرط مستحيلاً¹.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو أن اتفاقية الأمم المتحدة لعام (1995م) قد حددت ميعاد تقادم خطاب الضمان غير محدد المدة بستة سنوات من تاريخ اصدار الخطاب²، وذلك على خلاف قواعد غرفة التجارة الدولية التي اقتصرت هذه المدة بثلاث سنوات من تاريخ اصدار الخطاب³.

وعليه فإن الباحث يرى أن مشكلة التأييد لمدة الضمان لا تنحصر على حقيقتها إلا في فروض نادرة جداً، فالبنوك عادة ما تتفادى اللجوء إلى أن تكون خطابات الضمانات غير محددة المدة، وذلك على أساس أن التزام البنك سيبقى مجرداً ومستقلاً لفترة قد تطول على عمر المشروع المشمول بالضمان، بحيث استقر البنك العربي في تعاملاته على أن تصدر خطابات الضمان محددة بمدة معينة يسري خلالها الخطاب⁴.

1. انظر حكم المحكمة الاقتصادية المصرية - الطعن رقم 308 - لسنة 2 قضائية - تاريخ الجلسة 20-11-2012، منشورة على موقع

شبكة قوانين الشرق. <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/10.

2. انظر المادة (12/ج) من اتفاقية الأمم المتحدة لعام (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة.

3. المادة (24/ز) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب.

4. قيس أبو شهاب. مسؤول علاقة معتمدين الشركات الموظف، البنك العربي/ فرع نابلس. 2017/8/23.

الفرع الثالث: إعادة خطاب الضمان إلى البنك الضامن قبل انتهاء مدته.

يعتبر إعادة الخطاب من قبل المستفيد إلى البنك الضامن قبل انتهاء مدته سبباً من أسباب انقضاء التزام البنك في مواجهة المستفيد¹، فقد تُبنى هذه الحالة لانقضاء الغرض الذي صدر الخطاب من أجله، كما لو نفذ العميل التزامه في علاقته بالمستفيد وفقاً للشروط المحددة بينهم، أو لزوال الأسباب التي دعت إلى اقتضاء خطاب الضمان².

كما أكدت محكمة النقض المصرية جواز الاتفاق بين العميل والمستفيد على إنهاء العلاقة بين المستفيد والبنك الضامن والتي بسببها نشأ الضمان، وذلك عندما يُقدم العميل للمستفيد ضماناً آخر غير الخطاب، فيعيد المستفيد على أثره الخطاب إلى البنك ويترتب عليه براءة ذمة الأخير فيما يخص الخطاب المُعاد³.

وإجمالاً للحالات السابقة فإن الباحث يرى أنها تتدرج ضمن حالات الإبراء الصادرة من المستفيد والتي ينقضي بها الالتزام المُلقى على عاتق البنك الضامن في خطاب الضمان، ذلك أنها تُرتب ذات الأثر المُنهى لالتزام البنك الضامن دون الوفاء، في حين أن ما تجب ملاحظته بشأن

1. انظر أيضاً المادة (11/1/أ/ب) والمادة (2/11) من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة بيننا بأنه سواء كان إعادة الخطاب نتيجة الاتفاق أو بتلقي بيان الإعفاء من المستفيد، كما قد يكون بتسليم المستند في شكل غير ورقي بالإضافة إلى الاتفاق على الإعفاء، وفي ذات السياق انظر المادة (24/ر) قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب.

بالمقابل إن إعادة الخطاب من قبل المستفيد إلى العميل بعد انتهاء المدة وبمطالبة مسبقة خلال مدة الضمان لا تعتبر تنازلاً عن قيمة الخطاب إلا إذا تضمن الخطاب مثل هذا الاتفاق، انظر حكم محكمة النقض المصرية- الطعن رقم 7304 - لسنة 63 قضائية - تاريخ الجلسة 27-6-1994 - مكتب فني 45 - رقم الجزء 2 - رقم الصفحة 1125، منشور على موقع محكمة النقض المصرية، http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx، تاريخ الدخول 2017/6/12.

2. غنيم، أحمد: خطابات الضمان/ اطار متكامل نظرياً وعملياً وقانونياً، ط1. القاهرة: دار النهضة العربية. 2004م. ص 47، أحمد، عبد الفضيل محمد، مرجع سابق، ص 147 .

3. انظر حكم محكمة النقض المصرية- الطعن رقم 452 - لسنة 72 قضائية - تاريخ الجلسة 27-4-2004 - مكتب فني 55 - رقم الجزء 1 - ص 478، يعتبر إصدار الخطاب النهائي بمثابة إنهاء لخطاب الضمان الابتدائي، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/13، انظر أيضاً حكم محكمة النقض المصرية- طعن تجاري رقم 443 لسنة 72 جلسة 27/04/2004 س 55 ع 1 ص 478 ق 87) منشور على موقع محكمة النقض المصرية، http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx، تاريخ الدخول 2017/6/10، والتي أكدت أن الخطاب اللاحق ينسخ الخطاب السابق إن ورد فيه نص يفيد هذا الإلغاء، مع الإشارة إلى تفاصيل الخطاب السابق.

الإبراء هو اختلاف أثر الإبراء المترتب على التزام البنك وذلك بحسب ما إذا كان هذا الخطاب مشروطاً أو غير مشروط .

فإن كان الخطاب مشروطاً بحصول إخلال من العميل بالتزامه تجاه المستفيد كان للإبراء أثر منهي لالتزام البنك بصدد خطاب الضمان، ذلك أن الشرط يستحيل تحققه بعد حصول الإبراء منه، إذ لا يتصور أن يقع من العميل إخلال بالتزامه نحو المستفيد بعد أن أبرأه الأخير منه، الأمر الذي ينقضي به التزام العميل تجاه المستفيد¹.

أما إذا كان الخطاب غير مشروط فلا يكون للإبراء أثر على التزام البنك تجاه المستفيد، بحيث يبقى هذا الالتزام قائماً كون الإبراء لم يقع على التزام معلق على شرط ، فأصل هذا الالتزام جاء منجزاً مجرد من أي سبب، الأمر الذي يعطي معه الحق للمستفيد بمطالبة البنك بقيمة الضمان سواء كان ناتجاً عن إخلال العميل بالتزامه أم لا، وعليه فلا يمكن القول بوجود إبراء لالتزام البنك طالما كان مجرداً، فالتزام البنك سيظل قائماً بدفع مبلغ الضمان للمستفيد².

في حين أيد الباحث ما ذهب إليه محكمة النقض المصرية في حكمها من أن للإبراء أثراً في انقضاء الالتزام المُلقى على عاتق البنك الضامن وفي جميع الحالات، وذلك من غير تفريق بين الخطابات المشروطة وغير المشروطة³، بحيث ينتقي معه أي حق للمستفيد في قيمة الخطاب

1. عبد المنعم، حمدي، مرجع سابق، ص 266 .

2. صرخوة، يعقوب، مرجع سابق، ص 88 .

3. انظر حكم محكمة النقض المصرية- الطعن رقم 503 - لسنة 40 قضائية - تاريخ الجلسة 3-6-1975 - مكتب فني 26 - رقم الجزء 1 - رقم الصفحة 1141، والذي أكد أن الاعفاء الصادر من المستفيد للعميل هو قرار اداري محصن من السحب والالغاء، وبغض النظر عن طبيعة الخطاب، بحيث يصبح لصاحب الشأن حق مكتسب ولا يمكن للادارة الرجوع عنه على أساس أنه تسوية مالية خاطئة. منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/12، انظر أيضاً حكم محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2005/2500 (هيئة خماسية) تاريخ 2005/12/8 والذي أكد أن استلام كتاب من المستفيد بالغاء الخطاب يعفي البنك من التزامه بدفع مبلغ الضمان، منشور على موقع عدالة للمعلومات القانونية، <http://www.adaleh.info>، تاريخ الدخول 2017/4/6.

ليكون عليه إعادة أصل الخطاب إلى البنك الضامن مباشرةً أو عن طريق العميل الأمر ليرده إلى البنك الضامن، بحيث تبرئ به ذمة الأخير وذمة العميل الأمر تبعاً لها¹.

بحيث يعتبر وجود أصل الخطاب في يد العميل الأمر أو البنك الضامن - من غير أي مطالبة بقيمة الخطاب - دليلاً على براءة ذمة العميل الأمر وذمة البنك الضامن تجاه المستفيد من الخطاب، وعليه فإن فقد أكدت المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية على أن إثبات خلاف ما هو ظاهر سيقع على المستفيد بإثبات أن حيازة العميل أو البنك الضامن لصك الخطاب كانت لسبب آخر غير الإبراء، وذلك حتى لا يحرم المستفيد نفسه حق الرجوع على العميل الأمر، ومثاله كأن يكون قد طلب تعديل الخطاب أو تجديده²، أو أن إعادة الخطاب للعميل كانت لغايات تنازل المستفيد عن الخطاب لمستفيد آخر³.

بحيث عالجت محكمة النقض المصرية هذه المسألة عندما أشارت إلى وجوب إخطار المستفيد بإلغاء الخطاب من قبل البنك الضامن عند إعادة الخطاب إليه بواسطة العميل قبل انتهاء مدته، وذلك حتى يتأكد البنك الضامن من الغاية الرئيسية وراء الإعادة⁴.

في حين استقر بنك فلسطين في تعاملاته على ذات نهج قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010)⁵، وذلك عن طريق الزام المستفيد بتقديم كتاب (إشعار) مرافق لأصل

1. عمر، سليمان رمضان محمد، مرجع سابق، ص 307.

2. انظر حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية- الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 705 - لسنة 25 قضائية - تاريخ الجلسة 10-10-2006، على المستفيد إثبات التهديد المبطل للرضا الذي تعرض له لتسليم الخطاب لكي لا يعتبر تنازلاً عن حقه بالخطاب. منشور على موقع شبكة قوانين الشرق. <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/12

3. المادة (357) من قانون التجارة المصري، والمقابلة لنص المادة (389) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني، وكذلك نص المادة (416) من قانون التجارة الإماراتي، والتي نصت على أنه " لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الوارد بخطاب الضمان إلا بموافقة البنك، ويشترط أن يكون البنك مأذوناً من قبل الأمر بإعطاء هذه الموافقة "، وهو ما يُفسر وجود الخطاب بيد البنك الضامن أو العميل الأمر.

4. انظر حكم محكمة النقض المصرية- الطعن رقم 7304 لسنة 63 جلسة 27/06/1994 س 45 ع 2 ص 1125 ق 213، منشور على موقع محكمة النقض المصرية. http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx، تاريخ الدخول 2017/6/10.

5. انظر المادة (24 / ر) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب والتي اشترطت أن يكون الإبراء بكتاب إخلاء إلى البنك الضامن وموقع من المستفيد بموجب خطاب الضمان .

الخطاب يُفيد بعدم ممانعته على الإبراء وبنزوله عن الخطاب إلى البنك الضامن وما قد يترتب له من حقوق عليه¹.

الفرع الرابع: استحالة التنفيذ.

إن المقصود باستحالة التنفيذ وكما أشارت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية هو استحالة تنفيذ العميل الأمر لالتزاماته في علاقته بالمستفيد والتي كانت سبباً لإصدار خطاب الضمان²، فعلاقة العميل بالمستفيد قد تشوبها بعض الأمور التي تجعل من التزام العميل مستحيلاً، وعليه فإننا سنبين أثر هذه الاستحالة على التزام البنك تجاه المستفيد، وما هو السبب القانوني والفعلي وراء هذه الاستحالة؟.

تعتبر الاستحالة الراجعة إلى تقصير العميل الأمر سبباً يُعطي الحق للمستفيد بطلب تسيل قيمة خطاب الضمان، أي أن الإستحالة في هذه الحالة وحسب اتجاه الأحكام المصرية لا تعتبر سبباً لانقضاء التزام البنك بغير الوفاء³.

في حين إن كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للعميل فيها، أو كانت راجعة إلى فعل الدائن (المستفيد)، فإن أثرها على التزام البنك في خطاب الضمان يختلف بحسب ما إذا كان الخطاب مشروطاً أو غير مشروط⁴.

1. كوين مسعود. رئيس قسم التسييلات/ الشركات، بنك فلسطين، رام الله. 2017/9/6.

2. انظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية- الطعن رقم 5955 - لسنة 43 قضائية - تاريخ الجلسة 8-5-2001 - مكتب فني 46 - رقم الجزء 2 - رقم الصفحة 1727، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/18.

3. انظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية- الطعن رقم 8836 - لسنة 47 قضائية - تاريخ الجلسة 27-3-2007، انظر أيضاً حكم محكمة القضاء الإداري المصري- دائرة المنازعات الاقتصادية - الطعن رقم 15206 - لسنة 61 قضائية - تاريخ الجلسة 14-3-2009، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/20، والتي أكدت حق البنك الضامن في مبلغ الضمان نتيجة لتقصير العميل بتنفيذ التزاماته.

4. وفي ذات السياق انظر أيضاً حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية- الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 387 - لسنة 17 قضائية - تاريخ الجلسة 28-2-1996 - مكتب فني 17 - رقم الجزء 1 - رقم الصفحة 220، والذي تناول الاستحالة ومدى قوة التزام البنك، كما لو كان التزاماً أصيلاً أو فرعياً أو تبعياً وتأثير الاستحالة بالنتيجة على التزام البنك في تسيل الخطاب من عدمه. منشور على موقع شبكة قوانين الشرق. <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/12.

فإذا كان الخطاب غير مشروط بشرط يعفي البنك من التزامه إذا استحال قيام العميل الأمر بالتزامه فلا يتأثر التزام البنك باستحالة التنفيذ، سواء كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي أو بفعل الدائن، وسيبقى معه البنك ملتزماً تجاه المستفيد بمبلغ الضمان¹.

بالمقابل إن كان الخطاب مشروطاً، بحيث شرط فيه البنك انقضاء التزامه في مواجهة المستفيد إذا استحال تنفيذ الالتزام الأصلي الملقى على عاتق العميل في علاقته بالمستفيد فإنه ينقضي باستحالة التنفيذ².

في حين يرى البعض³ خلاف الرأي السابق، وذلك بالاستناد إلى أن مثل هذا الشرط يهدر استقلالية خطاب الضمان الذي يصدر منجزاً ومستقلاً وغير مشروط، وفيه مساس باستقلالية الخطاب عن العلاقة فيما بين المستفيد والعميل، بحيث لا يترتب على الاستحالة أي مانع من طلب الوفاء بقيمة الضمان للمستفيد وبجميع حالاتها، وهو ما درجت عليه بعض البنوك العاملة في فلسطين تأكيداً على طابع الاستقلالية الذي يتسم به التزام البنك الضامن⁴.

بالمقابل لذلك فقد أيد الباحث الأثر المترتب على استحالة التنفيذ المانعة من الوفاء للمستفيد والراجعة إلى سبب أجنبي أو بفعل الدائن دون الخوض في طبيعة الخطاب من كونه خطاباً

-
1. انظر، علم الدين، محي الدين اسماعيل: موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعلمية، مرجع سابق، ص 839 . وفي ذات السياق انظر أيضاً حكم محكمة التمييز الكويتية- الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 131 - لسنة 1993 قضائية - تاريخ الجلسة 15-5-1994 - مكتب فني 22 - رقم الصفحة 346، بحيث لم يعتبر الاستحالة المؤقتة سواء المشروطة أو غير المشروطة سبباً لإنقضاء التزام البنك في خطاب الضمان، بل هي عارض توقفه لحين انقضاء الاستحالة ويبقى معه التزام البنك مستمراً لحين انقضاء التزام البنك باحدى وسائل الوفاء أو غير الوفاء، وهو على خلاف القوة القاهرة التي تنهي التزام المدين حسب هذا الحكم، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/12.
 2. انظر حكم المحكمة الادارية العليا المصرية- الطعن رقم 6653 - لسنة 51 قضائية - تاريخ الجلسة 19-6-2007، وكذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصري - الطعن رقم 660 - لسنة 6 قضائية - تاريخ الجلسة 24-11-2005، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/13، والتي جعلت التزام البنك منقضيّاً نتيجة استحالة تنفيذ العميل الأمر لإلتزاماته بسبب المستفيد.
 3. انظر أيضاً، غنيم، أحمد: خطابات الضمان / اطار متكامل نظريا وعمليا وقانونيا، مرجع سابق، ص 47.
 4. أشرف الفار. محامي ومستشار قانوني، مكتب اتقان للمحاماة والاستشارات القانونية/ رام الله. 2017/9/10.

مشروطاً أو غير مشروط ، ذلك أنه لا يمكن حرمان العميل الأمر من حقه الراض للوفاء للمستفيد مجرد عدم اشتراط انقضاء الالتزام بوقوع الاستحالة الراجعة إلى سبب أجنبي أوبفعل المستفيد.

وعلى صعيد المعاملات الدولية فقد أنكرت قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010م) انقضاء التزام البنك لوجود قوة قاهرة، وإنما علقت هذا الالتزام ليتم استئنافه بعد انتهاء القوة القاهرة بثلاثون يوماً¹، بالمقابل لذلك نرى أن اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) قد عالجت مسألة استحالة تنفيذ العميل الأمر لالتزاماته بسبب صدور تصرف مُعيب من المستفيد نفسه أثر في التزام البنك الضامن، بحيث تُحيل تفصيل هذه المسألة إلى المبحث الأول في الفصل الثاني تحت عنوان حالات الغش المانع من الوفاء تفادياً للتكرار.

المطلب الثالث: آثار انقضاء التزام البنك الضامن في خطاب الضمان.

لا بد لالتزام البنك أن ينقضي بحدوث إحدى تلك الحالات السابقة سالفة الذكر، بحيث تظهر آثار هذا الانقضاء بحسب طبيعة الالتزام والعقد الذي نشأ عنه، فانقضاء التزام البنك في خطاب الضمان يُرتب بذمة البنك الضامن التزامات في مواجهة العميل، والتزامات متقابلة من الأخير تجاه البنك الضامن.

فحالات انقضاء التزام البنك دون الوفاء كانتهاء مدة الخطاب دون المطالبة وإعادة الخطاب قبل انتهاء مدته وتقادم التزام البنك واستحالة التنفيذ والإبراء للعميل، فجميعها حالات تحتم على البنك الضامن مجموعة من الالتزامات والتي تعتبر بمثابة استحقاق للعميل، بحيث يكون على البنك الضامن الإفراج عن غطاء خطاب الضمان للعميل لانتهاء الغرض الذي وجد بسببه أحقية البنك بالغطاء²، كما يكون عليه تقديم كشف بالحساب يتضمن مقدار ما دفعه للمستفيد، سواء كان الوفاء جزئياً أم كلياً، وتقديم كشف بما يستحق من فوائد وعمولات لقاء خدمة الضمان.

1. انظر المادة (26) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب .

2. وفي ذات السياق فقد أكدت المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الفلسطيني على أن التأمين (الغطاء) لا يقيد لدى البنك في حساب جار لصالح العميل الأمر، وإنما يوضع في حساب خاص مجمد لا تطبق عليه قواعد الحساب الجاري من مبدأ عدم التجزئة

كما يلتزم البنك الضامن أيضاً بإلغاء أي قيد على حساب هذا العميل، كذلك القيد التي تدل على أن العميل مدين للبنك بقيمة الخطاب، وكذلك إلغاء أي رهن على الأوراق التجارية والإفراج عنها وعن الأوراق المالية التي كان يحتفظ عليها على أساس أنها غطاء لخطاب الضمان¹.

واستكمالاً للإجراءات الخاصة بانقضاء الخطاب فإن البنوك دأبت على إخطار المستفيد بأن التزامها في الخطاب قد انقضى بعدم حصول مطالبة له خلال أجل سريان الخطاب، وأنه بالتالي قد جرى إلغاؤه من سجلاتها مع مطالبة المستفيد برد أصل الخطاب وما لحقه من تجديدات أو أي تعديلات²، بحيث إن تاريخ انتهاء الخطاب مفترض لدى المستفيد وحجة عليه، وعليه لا يجبر البنك على إخطار المستفيد قبل حلول موعد انتهاء الخطاب أو اتخاذ أي إجراء من شأنه استدعاء المستفيد لمطالبة البنك بالوفاء³.

أما في حال انقضاء خطاب الضمان بالوفاء أو بما يقوم مقامه فيكون للبنك الرجوع على العميل بقيمة المبلغ الذي دفعه للمستفيد، طالما كان في حدود مبلغ ومدة الضمان، ذلك أن رجوع البنك على العميل الأمر يعتبر تطبيقاً للعقد الذي أبرم فيما بينهم، وتأسيساً لمبدأ الاستقلالية الذي يتميز به خطاب الضمان⁴.

والمقاصة القانونية بين المفردات وغيرها، وهو أيضاً ما درجت عليه البنوك العاملة في فلسطين وذلك بتجنب هذه المبالغ (الغطاء) عن بقية أموال العميل خوفاً من الحجز عليها أو التصرف بها، بحيث تضعها تحت عنوان احتياطي خطاب الضمان أو (استاذ تأمينات نقدية) يخصص لهذه الغاية، وذلك حسب المقابلة مع كوين مسعود. رئيس قسم التسهيلات/ الشركات، بنك فلسطين، رام الله. 2017/9/6.

1. الكيلاني، محمود: الموسوعة التجارية والمصرفية عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 410 .
2. عمر، سليمان رمضان محمد، مرجع سابق، ص 302. عبد المنعم، حمدي، مرجع سابق، ص 364.
3. عبد المنعم، حمدي، المرجع السابق، ص 364 .
4. انظر المادة (419) من قانون التجارة الإماراتي والتي نصت على أنه " اذا وفي المصرف للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان حل محله في الرجوع على الأمر بمقدار المبلغ الذي دفعه "، في حين أضافت المادة (360) من قانون التجارة المصري، والمقابلة لنص المادة (392) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني، نصاً يفيد بأنه " اذا دفع البنك للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان جاز له الرجوع على الأمر بمقدار المبلغ المدفوع وعائده من تاريخ دفعه "، بحيث أجاز القانون المصري والمشروع الفلسطيني أن يكون رجوع البنك الضامن على العميل مقروناً بالعوائد المترتبة على عملية الضمان، كما بينت المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الفلسطيني هذا الأمر وعللته بأن قيام البنك الضامن بأداء مبلغ الضمان للمستفيد إنما يكون تنفيذاً لالتزامات البنك لا تنفيذاً لالتزامات العميل الأمر.

فسداد قيمة خطاب الضمان للمستفيد يُعد إيداناً للبنك بإلغائه من سجلاته حتى ولو لم يتسلم أصل الخطاب من المستفيد، ويعد بمثابة مرحلة جديدة لما بعد الوفاء¹.

غير أن الوفاء الذي يقوم به البنك الضامن للمستفيد لا يعني بالضرورة استيفاءه للشروط المطلوبة منه، فقد يقوم بالوفاء بعد انتهاء مدة الضمان إستجابة لطلب المستفيد، وقد يقوم بتجديد الخطاب دون وجود أي نص يسمح له بذلك التجديد، وقد يقوم بالوفاء ومع عدم توافر للشروط ظناً منه بأن رجوعه على العميل هو أمر محتّم استناداً للقواعد العامة في المطالبة².

بحيث أيدت محكمة النقض المصرية واجب العميل الأمر بالوفاء للبنك الضامن قيمة المبلغ الذي دفعه الأخير إلى المستفيد من الخطاب، ولو تمت المطالبة بعد انقضاء مدة الضمان طالما كان السداد مستنداً لأحكام الفضالة³. في حين استند حكم آخر لمحكمة النقض المصرية على أحكام الإثراء بلا سبب، فالبنك تولى عملاً لصالح شخص آخر (العميل الأمر)، وأبرم له تصرفاً قانونياً رغماً عن إرادته. الأمر الذي ينتج عنه إلى افتقار في جانب البنك وإلى إثراء بالنسبة إلى العميل الأمر، وعليه سيلتزم المُثري بتعويض المفتقر بأقل القيمتين إما الإثراء أو الافتقار⁴.

وفي ذات السياق انظر أيضاً حكم محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2004/3818 (هيئة خماسية) تاريخ 2005/2/24 والذي أشار إلى حق رجوع البنك الضامن على العميل الأمر بقيمة الضمان الذي قام بتسويله ضمن حدود خطاب الضمان، منشور على موقع عدالة للمعلومات القانونية، <http://www.adaleh.info>، تاريخ الدخول 2017/4/7.

1. صرخوة، يعقوب، مرجع سابق، ص 86، غنيم، أحمد: **خطابات الضمان/ اطار متكامل نظريا وعمليا وقانونيا**، مرجع سابق، ص 47، الكيلاني، محمود: **الموسوعة التجارية والمصرفية عمليات البنوك**، مرجع سابق، ص 406.
2. غنيم، أحمد: **خطابات الضمان/ اطار متكامل نظريا وعمليا وقانونيا**، مرجع سابق، ص 47، عمر، سليمان رمضان محمد، مرجع سابق، ص 311.

3. **الفضالة** هي (أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك) انظر حكم محكمة النقض المصرية - الطعن رقم 1188 لسنة 53 جلسة 08/03/2012 س 63 ص 386 ق 58، منشور على موقع محكمة النقض المصرية، http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx، تاريخ الدخول 2017/6/10 .

4. انظر حكم محكمة النقض المصرية- طعن مدني رقم 312 - لسنة 37 قضائية - تاريخ الجلسة 16-5-1972 - مكتب فني 23 - رقم الجزء 2 - رقم الصفحة 919، والذي ناقش الإثراء الحاصل من جانب العميل والافتقار من جانب البنك، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com>، تاريخ الدخول 2017/3/10.

بالمقابل لذلك يرى الباحث انتفاء حق البنك بالرجوع على العميل استناداً للقواعد العامة للفضالة ولالإثراء بلا سبب، فوجود عقد الاعتماد بين البنك الضامن والعميل الأمر سيجعل من رجوع البنك الضامن على العميل مستنداً ومحصوراً في خطاب الضمان ذاته وبشروطه الذي صدر بها بناء على طلب العميل وتنفيذاً لعقد الاعتماد، بمعنى أن رجوع البنك على العميل يعتبر تطبيقاً للعقد الذي أبرم فيما بينهما وكان من آثاره إصدار خطاب الضمان، وليس من خلال الفضالة أو الإثراء التي يمكن أن تُرتب آثارها بعيداً عن توافر العلاقات العقدية.

الخاتمة .

يعد موضوع الدراسة والمتعلق بجوهر الالتزام المُلقى على عاتق البنك الضامن في خطاب الضمان من الموضوعات التي تلامس العمليات الائتمانية بشكل خاص، فقد جاءت هذه الدراسة شاملة وفق إطار جامع بين الأعمال القانونية والقضائية والمصرفية، كونها قامت بتوضيح النصوص القانونية ذات الصلة بالالتزام البنك الضامن، وبيان الاتفاقيات الدولية بهذا الخصوص، إضافة إلى الكشف عن الأحكام القضائية وما تلاها من معالجة للأعراف المصرفية والتعاملات الجارية في البنوك الفلسطينية، وذلك لمحاولة تجميعها وفقاً للقواعد الدولية والإقليمية سابق الذكر لها.

وبالنظر إلى الجانب الفقهي نرى أن الباحث لم يكتف أثناء دراسته بوصف التزام البنك الضامن دون ترتيب الآثار القانونية والعملية عليه، حيث تم في هذه الدراسة مناقشة الالتزام المُلقى على عاتق البنك الضامن في خطاب الضمان وذلك بإسقاط الضوء على التزاماته الرئيسية ومظاهر هذه الالتزامات وذلك تأكيداً على طابع الاستقلالية الذي يتميز به التزام البنك الضامن، وتم الحديث أيضاً عن العامل والمهدد الرئيسي لطابع الاستقلالية في التزام البنك والمتمثل في الغش الصادر من المستفيد، كما تم الإشارة إلى الآثار القانونية لهذا الالتزام وما يُعتبر سبباً في انقضائه أو استمراره.

وعليه فإن الباحث يأمل في أن يُستفاد من هذه الدراسة في الواقع العملي لكل ذي تخصص في العمليات المصرفية والبنكية ورجال القانون، كون أن هذه الدراسة جاءت جامعة وملامسة لأغلب المشاكل التي يمكن أن تواجه البنك الضامن في خطابات الضمان، كما أنها تُجيب عن العديد من التساؤلات التي من الصعب اختزالها في مشروع قانون التجارة الفلسطيني المنوي اقراره، بحيث تترك هذه الدراسة للقارئ حرية تفضيل الحكم المناسب على كل حالة يُمكن أن تعترض البنك الضامن إزاء عمله في خطابات الضمان، فالأحكام القضائية الحديثة التي تناولها الباحث في متن بحثه تعتبر ميزة في استخلاص الحلول القانونية القادرة على مواكبة ما يعترض مشروع قانون التجارة الفلسطيني عند اقراره فيما يخص خطابات الضمان.

وفي نهاية هذه الدراسة تم التوصل إلى مجموعة من النتائج ووضع مجموعة من التوصيات يمكن أخذها بعين الاعتبار في تحسين الواقع التشريعي في فلسطين وفق الآتي:

النتائج:

1. إن خطابات الضمان من العمليات المصرفية الموجودة فعلاً في البنوك الفلسطينية، إلا أن هناك خلط في التسمية بينها وبين الكفالات، الأمر الذي قد ينطوي عليه العديد من الإشكاليات القانونية، سيما أن عملية الخطاب غير معروفة على وجه التخصيص بنود تفصل أحكامها مقارنة بالعمليات المصرفية الأخرى، بحيث تم الإكتفاء بما هو وارد في القرار بقانون بشأن المصارف والذي أشار إلى الأعمال المصرفية التي يحق للبنوك القيام بها ومن ضمنها تقديم الائتمان بكافة أشكاله .

2. يبدأ التزام البنك الضامن تجاه المستفيد بوصول الخطاب إلى علم المستفيد مع عدم رفضه من قبل الأخير، فالبنك يلتزم بإرادته المنفردة تجاه المستفيد، بحيث يُلقى على عاتق البنك الضامن واجب الوفاء الفوري لقيمة خطاب الضمان حال طلبها من المستفيد، وبالرغم من أي ادعاء من البنك الضامن ذاته أو أي معارضة من العميل الأمر، مالم تكن المعارضة مبنية على حكم قضائي يمنع الوفاء للمستفيد.

3. التزام البنك الضامن في خطابات الضمان قد يُصادف خطابات مشروطة وخطابات غير مشروطة، إلا أن تعاملات البنوك استقرت على عدم وجود أي شرط يُقيد التزام البنك الضامن ويُضعف من استقلالية الخطاب. بالإضافة لذلك نرى أن التزام البنك الضامن قد يكون محدداً بمدة معينة يسري خلاله التزام البنك، وقد يكون خالياً من أي مدة، تاركاً تحديد هذه المدة لظروف الخطاب وحالاته، في حين أن تعاملات البنوك أيضاً قد استقرت على تحديد التزام البنك بمدة محددة بعيداً عن اللبس الذي قد يتعرض له التزام البنك الضامن لإنهاء التزاماته.

4. العبرة بالوفاء للمستفيد تكون بتاريخ وصول مطالبة السداد من المستفيد إلى البنك الضامن لا بتاريخ ارسالة المطالبة التي قد تصل في وقت لاحق لمدة الضان.

5. يبقى للمستفيد حق المطالبة الجزئية والمتعددة لمبلغ الضمان من البنك الضامن، طالما لم تنتهي مدة الخطاب ولم يتبع المستفيد مطالبته الأولى بما يفيد تنازله عن باقي مبلغ الضمان.

6. ان التوسع في مفهوم الغش المانع من الوفاء وذلك بشمول كل مطالبة بُنيت على سوء نية من المستفيد لغرض تسييل الخطاب يؤدي إلى خلق روابط بين خطاب الضمان وعقد الأساس، الأمر الذي يؤدي إلى هدم مبدأ الاستقلالية الذي يقوم عليه الخطاب باعتباره بديلاً عن النقود.

7. أجازت اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامن - على خلاف القوانين محل الدراسة- طلب وقف تسييل الخطاب لمجرد توقع وجود مطالبة من المستفيد مبنية على احتمال قوي بوجود ظرف من الظروف المشار إليها في المادة (19) من ذات الاتفاقية والتي تناولت حالات غش المستفيد المانعة من الوفاء.

8. يترتب على حالة انتهاء الخطاب دون مطالبة من المستفيد وحالة توافر الغش من المستفيد ذات الأثر المتمثل في انقضاء الالتزام الملقى على عاتق البنك الضامن دون الوفاء للمستفيد، إلا أن الحالة الأولى متوقعة الحدوث في الآثار المترتبة على التزام البنك الضامن، بخلاف الحالة الثانية التي تعتبر حدثاً طارئاً غير متوقع على التزام البنك الضامن المتسم بالاستقلالية.

التوصيات :

1. ضرورة اتباع مسلك اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامن فيما يخص معالجتها للغش الصادر من المستفيد وتأثيره على تسهيل الضمانة للمستفيد، وذلك ضمن مشروع قانون التجارة الفلسطيني، أو على أقل تقدير أن يتم الإشارة إلى تطبيق مفعول هذه الاتفاقية من خلال الإشارة إليها صراحة ضمن نصوص خطاب الضمان كونها لا تنطبق إلا على الدول المنضمة لها وبخصوص الانتمانات الدولية، بالتالي لزم الإشارة إليها صراحة لنعبر مرجعاً ملزماً لكلا أطراف الخطاب.

2. ضرورة اقتصار مفعول الغش المانع من الوفاء للمستفيد على الأفعال التي يأتي بها الأخير لطلب تسهيل الضمانة دون غيره، بحيث لا يجوز حرمان المستفيد من حقه بطلب تسهيل الضمانة لمجرد حصول فعل يشكل مانعاً من تسهيل الخطاب من شخص لا علاقة له بمبلغ الضمان.

3. وجوب النص صراحة في خطاب الضمان على تخفيض التزام البنك الضامن عن طريق تخفيض قيمة الضمان وذلك بما يوازي نسبة الأعمال المنجزة من العمل الأمر، حتى يتم تطبيق مفعوله ويستفيد العميل الأمر من الأثر المترتب عليه والمانع من تسهيل كامل الضمان.

4. مع الاحتفاظ بطابع الاستقلالية لالتزام البنك الضامن، إلا أنه لا يضر بهذا المبدأ قيام البنك الضامن بترك مجال للعميل الأمر للتفاوض مع المستفيد وذلك بإعطائه مدة يومين على أقل تقدير بعد مطالبة المستفيد لقيمة الخطاب، محاولة منه للتوصل إلى تسوية ودية بينهم، أو لترك مجال للعميل الأمر لإثبات غش المستفيد، وإلا قام البنك الضامن بواجبه بالوفاء بقيمة الخطاب.

5. وضع نص في صيغة خطاب الضمان يفوض البنك الضامن بإجراء أي تعديل يمس مدة الخطاب، وبالاستناد إلى الموافقة المسبقة من العميل الأمر، وذلك من أجل تحقيق السرعة

والابتعاد عن المسؤولية التي قد تلحق البنك الضامن في حال قيامه بهذا التجديد دون وجود نص يسعفه، وأيضاً حتى يتفادى المستفيد الإشكاليات المتعلقة بهذا الموضوع وخاصة فيما يتعلق بالتفسيرات المانعة من الوفاء له والتي تم إيرادها في متن البحث.

6. ضرورة اتباع مسلك قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب فيما يخص تمديد مدة الخطاب في الحالة التي يصبح بها التقديم (المطالبة بالوفاء) أو السداد معاقين بالقوة القاهرة، بحيث تعتبر فترة انقطاع يتم استئنافها بانتهاء القوة القاهرة .

7. بخصوص التزام البنك الضامن بفحص المستندات في الخطابات المشروطة، فإن الملاحظ أن المادة (2/16) من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامن، والمادة (24/ج) من قواعد غرفة التجارة الدولية لسنة (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب، اقتضت بإعطاء البنك الضامن فترة محددة من الزمن لا تتجاوز سبعة أيام على أفضل حال، وذلك للرد على مطالبة الدفع من المستفيد، لكن المشكلة تكمن في الحالة التي تأتي فيها مطالبة المستفيد للبنك الضامن في نهاية مدة الضمان، أو قبل انتهائه بعدة أيام، وبالنظر إلى المواد السابقة فإنه لا يمكن إجبار البنك الضامن بالرد على مطالبة المستفيد فيما لو كانت بحاجة إلى بعض التصحيحات ولم تنتهي المدة الممنوحة للبنك الضامن بفحص المستندات، لأن البنك الضامن سيكون من حقه الرد خارج مدة الضمان وخلال مدة الفحص، وبالتالي من الممكن حرمان المستفيد من مبلغ الضمانة فيما لو كان رد البنك الضامن سلبياً بعد انتهاء مدة الضمان.

بحيث يُوصى الباحث أن يتم تجميد هذه المدة (مدة الفحص) خلال الفترة المُشار إليها ولو للمرة الأولى ليتم استئنافها عند سماع رد البنك على هذه المطالبة بالتفصيل وبيان أسبابها، الأمر الذي يمكن معه تحقيق أفضل ضمانات للمستفيد خلال مدة الضمان.

المصادر والمراجع

المصادر.

الاتفاقيات الدولية.

(1) اتفاقية الأمم المتحدة لسنة (1995م) والصادرة عن هيئة الأونسيترال الدولية (هيئة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي) في 11 كانون الأول/ديسمبر (1995م) بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة.

<http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/payments/guarantees/guarantees-a.pdf>

(2) قواعد غرفة التجارة الدولية رقم (758) يوليو / (2010) بشأن الضمانات تحت الطلب.
<http://www.dolyco.com/urdg-758.html>

القوانين:

(1) قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة (1966) المنشور بالجريدة الرسمية رقم (1910) صفحة (472) الصادر بتاريخ 1966/03/30.

(2) قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة (1999) والمنشور بالجريدة الرسمية العدد (19) مكررا الصادر في 1999/5/17.

(3) قانون اتحادي رقم (18) لسنة (1993) بإصدار قانون المعاملات التجارية (القانون التجاري الإماراتي) والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 1993/9/7.

(4) مشروع قانون التجارة الفلسطيني.

(5) د. غسان خالد، د، أمين دواس: المذكرة الايضاحية لمشروع قانون التجارة الفلسطيني، 2000، وزارة العدل الفلسطينية.

(6) مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876م / 1293هـ .

(7) القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة (1976)، المنشور بالجريدة الرسمية في العدد (2645) على الصفحة (2) والصادر بتاريخ 1976/8/1.

8) القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) والمنشور بجريدة الوقائع المصرية في العدد (108) مكرر (أ) بتاريخ 1948/7/29.

9) قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون الاتحادي رقم (5) لسنة (1985) م والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة (1987) م. والمنشور بالجريدة الرسمية الصادرة عن الأمانة العامة لمجلس الوزراء بدولة الإمارات العربية - الجزء (12) - السنة الخامسة عشر - العدد (158) - 17 ربيع الثاني 1406 هـ - الموافق 29 ديسمبر 1985م.

10) قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية رقم (2) لسنة (2001). والمنشور في العدد 38 من الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2001/09/05 صفحة 5.

11) قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة (1988) والمعدل باخر قانون رقم 16 لسنة 2006 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 4751 بتاريخ 2006/3/16.

12) قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (3) لسنة (1968).

13) قانون الاجراءات المدنية الإماراتي رقم (11) لسنة (1992) والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد 235 بتاريخ 1992/3/8.

14) القرار بقانون رقم (9) لسنة (2010) بشأن المصارف. المنشور في الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز (4)، بتاريخ 2010/11/27. صفحة 5.

15) قانون سلطة النقد الفلسطيني رقم (2) لسنة (1997). المنشور في العدد (21) نم الوقائع الفلسطينية / صفحة 5 بتاريخ 1998/1/31.

16) قانون معدل لاحكام المتعلقة بالاموال غير المنقولة المعدل رقم (33) لسنة (1968).

الأنظمة والتعليمات.

1) الأمر العسكري رقم (705) 31 تموز لسنة 1981. (ساري في قطاع غزة).

2) تعليمات سلطة النقد رقم (2) لسنة (2015) بشأن محددات وضوابط منح الائتمان والصادرة بتاريخ 15 شباط من العام 2015.

المراجع الفقهية.

1. أحمد، عبد الفضيل محمد: **عمليات البنوك**، بدون طبعة. المنصورة: دار الفكر والقانون. 2010م.
2. إرشيد، محمود عبد الكريم أحمد: **الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية**، ط1. الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع. 2001م.
3. البارودي، علي: **العقود وعمليات البنوك التجارية**، بدون طبعة. الاسكندرية: منشأة المعارف. 1984م.
4. باسيلي، مكرم عبد المسيح: **المعاملات المصرفية المحاسبية والإستثمار وتحليل القوائم المالية**، بدون طبعة. القاهرة: المكتبة العصرية. 2007م.
5. بريري، محمود مختار أحمد: **قانون المعاملات التجارية عمليات البنوك - الأوراق التجارية**، بدون طبعة. القاهرة: دار النهضة العربية. 2001م.
6. جبر، هشام: **إدارة المصارف الإسلامية**، ط2. نابلس - فلسطين: عمادة البحث العلمي - جامعة النجاح الوطنية. 2006م.
7. الجنابي، هيل عجمي جميل: **إدارة البنوك التجارية والأعمال المصرفية**، ط1. الأردن: دار المسار للنشر والتوزيع. 2005م.
8. الجنبهي، منير وممدوح: **أعمال البنوك**، بدون طبعة. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2000م.
9. الحضرمي، خليفة بن محمد: **مسؤولية البنك في إطار عمليات الائتمان الخارجي**، ط1. المنصورة: دار الفكر والقانون. 2015م.
10. حنون، محمد حسن: **الأعمال والخدمات المصرفية في المصارف التجارية والإسلامية** "دراسة مقارنة"، بدون طبعة. عمان - الأردن: المؤلف. 2005م.
11. خيرى، محمد: **الاعتمادات البنكية وخطاب الضمان طبقاً لقانون التجارة الجديد**، بدون طبعة. القاهرة: المركز القومي للاصدارات القانونية. 2011م.

12. دويدار، هاني: النظام القانوني للتجارة، العقود التجارية-العمليات المصرفية-الاسناد التجارية- الافلاس، ط1. بيروت: مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. 1997م.
13. رضوان، فايز نعيم: القانون التجاري العقود التجارية - عمليات البنوك - الاوراق التجارية - الإفلاس، ط 4. القاهرة: دار النهضة العربية. 2003م.
14. رمضان، زياد سليم. جودة، محفوظ أحمد: الاتجاهات المعاصرة في إدارة البنوك، ط 1. عمان: دار وائل للنشر. 2000م.
15. سمحان، حسين محمد: أسس العمليات المصرفية الإسلامية، ط1. عمان: دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة. 2013م.
16. السيسي، صلاح الدين حسن: قضايا مصرفية معاصرة، ط1. القاهرة: دارالفكر العربي. 2004م.
17. شبير، محمد عثمان: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط2. الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع. 1998م.
18. الشرع، مجيد جاسم: المحاسبة في المنظمات المالية المصارف الإسلامية، ط 1. عمان-الأردن: إثراء للنشر والتوزيع. 2008م.
19. شفيق، محسن: الوسيط في القانون التجاري المصري، الجزء الثالث. بدون طبعة. القاهرة: مكتبة النهضة المصرية. 1959 م.
20. شكري، ماهر كنج: العمليات المصرفية الخارجية، بدون طبعة. عمان - الأردن: دار الحامد للنشر والتوزيع. 2004م.
21. الشواربي، محمد وعبد الحميد: إدارة المخاطر الائتمانية من وجهتي النظر المصرفية والقانونية، بدون طبعة. الاسكندرية: المكتب الجامعي الحديث. 2010م.
22. الطرونة، بسام حمد. ملحم، باسم محمد: الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، ط 1. عمان: دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة. 2010م.

23. طه، مصطفى كمال: العقود التجارية وعمليات البنوك وفقاً لقانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999، بدون طبعة. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 2002م.
24. العامري، رشاد نعمان شايع: الخدمات المصرفية الائتمانية في البنوك الإسلامية، ط 1. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2012م.
25. عباس، محمد حسني: عمليات البنوك، بدون طبعة. القاهرة: دار النهضة العربية. 1968م.
26. عبد السلام، محمد الموفق أحمد: الأقسام المختلفة بالبنوك التجارية، بدون طبعة. الاسكندرية: مكتبة ومطبعة الاشعاع الفنية. 1999م.
27. عبد العال، عكاشة محمد: قانون العمليات المصرفية الدولية، بدون طبعة. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 1994م.
28. عبد الله، خالد أمين. سعيان، حسين سعيد: العمليات المصرفية الإسلامية - الطرق المحاسبية الحديثة، ط 1. عمان: دار وائل للنشر والتوزيع. 2008م.
29. عبد المنعم، حمدي: العمليات المصرفية في قانون المعاملات التجارية الاتحادي رقم (18) لسنة 1993 م لدولة الإمارات العربية المتحدة في ضوء الفقه والقضاء والنصوص المقارنة في دول مجلس التعاون الخليجي، ط 1. القاهرة: دار النهضة العربية. (1995) م.
30. العكيلي، عزيز: الوسيط في شرح القانون التجاري الأوراق التجارية وعمليات البنوك، الجزء الثاني. ط 1. الإصدار الرابع. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2010م.
31. علم الدين، محي الدين اسماعيل: موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعلمية، الجزء الثاني. بدون طبعة. القاهرة: شركة مطابع الطناني. 1987م.
32. علم الدين، محي الدين اسماعيل: مجموعات قواعد الضمانات الدولية باللغتين الانجليزية والعربية مع مقارنة بينهما والمذكرات التفسيرية، بدون طبعة. القاهرة: النسر الذهبي للطباعة. 2006م.
33. عمر، سليمان رمضان محمد: النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، ط 1. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2009م.

34. عوض، علي جمال الدين: **عمليات البنوك من الوجهة القانونية**، بدون طبعة. القاهرة: دار النهضة العربية. 1988م.
35. غنيم، أحمد: **خطابات الضمان/ اطار متكامل نظريا وعمليا وقانونيا**، ط1. القاهرة: دار النهضة العربية. 2004م.
36. غنيم، أحمد: **الاعتماد المستندي والتحصيل المستندي (اضواء على الجوانب النظرية والنواحي التطبيقية)**، ط7. القاهرة: دار النهضة العربية. 2003م.
37. الفقي، محمد: **القانون التجاري الإفلاس - عمليات البنوك**، ط1. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. 2011م.
38. القليوبي، سميحة: **الاسس القانونية لعمليات البنوك**، بدون طبعة. القاهرة: مكتبة عين شمس. 1977م.
39. الكيلاني، محمود: **عمليات البنوك الكفالات المصرفية وخطابات الضمان**، الجزء الأول. ط1. عمان - الأردن: دار الجيب للنشر والتوزيع. 1992م.
40. الكيلاني، محمود: **الموسوعة التجارية والمصرفية عمليات البنوك " دراسة مقارنة "**، المجلد الرابع. ط3. عمان - الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2014م.
41. مراد، عبد الفتاح: **موسوعة البنوك**، بدون طبعة. الإسكندرية: المؤلف. [19--].
42. مصطفى، عادل إبراهيم السيد: **مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية**، بدون طبعة. القاهرة: دار النهضة العربية. 1997م.
43. موسى، طالب حسن: **الأوراق التجارية والعمليات المصرفية**، ط1. عمان: دار الثقافة. 2011.
44. الهمشري، مصطفى عبد الله: **الأعمال المصرفية والاسلام**، ط2. بيروت: الشركة المصرية للطباعة والنشر. 1983م.
45. الهيتي، عبد الرازق رحيم جدي: **المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق**، ط1. عمان: دار اسامة للنشر والتوزيع. 1998م.

الأبحاث والرسائل الجامعية.

1. أبو جماعه، سوزان علي محمد: **استقلال التزام البنك في خطاب الضمان** " دراسة مقارنة " (رسالة ماجستير غير منشورة). كلية الدراسات الفقهية والقانونية جامعة آل البيت. الأردن. 2005م.
2. أبو صد، عماد أحمد عيسى: **أحكام خطابات الضمان المصرفية**. (رسالة ماجستير غير منشورة). الجامعة الأردنية. عمان. الاردن. 1995م.
3. أبو صفية، باسم محمد محمد: **الغش كإستثناء على مبدأ استقلال التزام البنك في خطاب الضمان**. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة عمان العربية للدراسات العليا. عمان. الأردن. 2003م.
4. أبو عياد، شذى وليد: **وثيقة خطاب الضمان المصرفية**. (رسالة ماجستير غير منشورة). كلية القانون. جامعة اليرموك. الاردن. 2010م.
5. راضية، امقران: **خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها**. (رسالة دكتوراه غير منشورة). جامعة الجزائر. الجزائر. 2014/2013م.
6. الشوبكي، طلال علي سليمان: **أثر الغش في التزام المصرف مصدر خطاب الضمان**. (رسالة ماجستير غير منشورة). كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط. الأردن. 2015م.
7. طلافحة، محمد عبد الله علي: **الكفالات المصرفية في الفقه الاسلامي والقانون الأردني** " دراسة مقارنة ". (رسالة ماجستير غير منشورة). كلية الدراسات الفقهية والقانونية جامعة آل البيت. الأردن. 1999م.
8. عثمان، صابر عمر إبراهيم: **حقوق والتزامات أطراف خطاب الضمان المصرفي**. (رسالة دكتوراه). كلية الشريعة والقانون جامعة أم درمان. السودان. 2010م.
9. فضل، مدثر عبدالله علي: **الآثار القانونية لأطراف خطاب الضمان**. (رسالة ماجستير غير منشورة). معهد بحوث ودراسات العالم الاسلامي جامعة أم درمان. السودان. 2015م.
10. تادرس، خليل فيكتور: **مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995**. (رسالة دكتوراه منشورة). جامعة القاهرة. القاهرة. 2005/2004م.

11. قليني، جورجيت صبحي عبده: مبدأ الاستقلال في الإعتماد المستندي. (رسالة ماجستير منشورة). القاهرة: دار النهضة العربية. 1992.

الأبحاث العلمية المنشورة.

1. امام، أمين هاشم: عقود المقاولات والتوريدات وخطابات الضمان. مجلة المال والتجارة. مصر. عدد 315، مجلد 1995/27م. 2. منشور على موقع دار المنظومة
<http://search.mandumah.com/Record/97328>
2. تريزا، عدلي: مشاكل ضريبة الدمغة المتعلقة بخطاب الضمان. مجلة المال والتجارة. مصر. عدد 2011/503م. 8. منشور على موقع دار المنظومة
<http://search.mandumah.com/Record/91037>
3. خليل، باسم محمد: التأصيل الفقهي لخطاب الضمان. مركز البحوث والدراسات الإسلامية. (كلية دار العلوم-جامعة القاهرة) مصر. عدد 42/ 2013م. 45. منشور على موقع دار المنظومة
<http://search.mandumah.com/Record/474223>
4. صرخوة، يعقوب: خطاب الضمان المصرفي في القانون التجاري الكويتي. مجلة الحقوق. جامعة الكويت. عدد 3، مجلد 17/ 1993م. 103.
5. عارف، رحي أحمد: خطابات الضمان في مقابلة الإنشاءات (الفيريك). مجلة كلية التربية الأساسية- كلية الحقوق. جامعة جرش. الأردن. عدد 67/ 2011م. 39.
6. غالب، عبدالقادر ورسمه: خطابات الضمان المصرفي. مجلة المال والاقتصاد. بنك فيصل الإسلامي السوداني. عدد 2015/77م. 2. منشور على موقع دار المنظومة
<http://search.mandumah.com/Record/671174>
7. العنزي، عياد بن عساف بن مقبل: زكاة خطاب الضمان والاعتماد المستندي. مجلة العلوم الشرعية والدراسات الإسلامية. جامعة القصيم. المملكة العربية السعودية. عدد 1، مجلد 5/ 2011م. 71. منشور على موقع دار المنظومة
<http://search.mandumah.com/Record/422514>

8. عوض، علي جمال الدين: *خطابات الضمان المصرفية*. المحاماة (نقابة المحامين المصرية).

مصر. عدد 10، مجلد 41 / 1961م. 10. منشور على موقع دار المنظومة

<http://search.mandumah.com/Record/292897>

9. محمود، عصام حنفي: *استقلال ونهاية خطاب الضمان في ضوء قواعد التجارة الدولية*

الموحدة. مجلة جامعة الملك سعود. كلية الأنظمة والعلوم السياسية. الرياض. عدد 1،

مجلد 23 / 2011م. 52. منشور على موقع دار المنظومة

<http://search.mandumah.com/Record/476937>

10. مرقص، سمير مرقص: *مشاكل ضريبة الدمغة في خطابات الضمان والحساب الجاري*

وابيصالات شركات الصرافة. إدارة الأعمال. مجلة المال والتجارة. مصر. عدد 84. الجزء 2/

1999م. 14. منشور على موقع دار المنظومة.

<http://search.mandumah.com/Record/60702>

11. مرقص، سمير مرقص: *مشاكل ضريبة الدمغة على الأعمال المصرفية*. مجلة المال

والتجارة. مصر. عدد 375 / 2000م. 8. منشور على موقع دار المنظومة

<http://search.mandumah.com/Record/88123>

12. مصطفى، حمدي محمد: *الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على*

التزام البنك طبقاً لاتفاقية الأونسيفرال 1995. مجلة الشريعة والقانون. الإمارات العربية

المتحدة. عدد 50، مجلد 26 / 2012م. 108.

13. موسى، حمدي حسن: *الزوايا الائتمانية للاعتمادات المستندية وخطابات الضمان*. إدارة

الأعمال. مجلة المال والتجارة. مصر. عدد 44 / 1989م. 2. منشور على موقع دار

المنظومة <http://search.mandumah.com/Record/61252>

14. موسى، حمدي حسن: *خطابات الضمان*. إدارة الأعمال. مجلة المال والتجارة. مصر. عدد

68 / 1995م. 3. منشور على موقع دار المنظومة

<http://search.mandumah.com/Record/62519>

أبحاث مقدمة في مؤتمرات قانونية .

1. الشامي، جاسم علي سالم: *الضمان المصرفي. الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية*. أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية. الجزء الثاني. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. 2002م.
2. القليوبي، سميحة: *أثر الغش على مبدأ الاستقلال في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية*. (الجوانب القانونية للعمليات المصرفية). المؤتمر العلمي الثالث للقانونيين المصريين. مصر. القاهرة: الجمعية المصرية للإقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع. 2002م.

الأحكام القضائية والمواقع الالكترونية :

- 1) شبكة قوانين الشرق. <http://www.eastlaws.com>.
- 2) المقتفي. منظومة القضاء والتشريع في فلسطين. <http://muqtafi.birzeit.edu>.
- 3) مركز عدالة للمعلومات القانونية. <http://www.adaleh.info>.
- 4) موقع محكمة النقض المصرية. http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx.
- 5) دار المنظومة. <http://www.mandumah.com>.

المقابلات الشخصية.

- 1) أسامه الزاغة. مدير مبيعات وخدمات، بنك الأردن/ فرع نابلس. 2017/11/23.
- 2) أشرف الفار. محامي ومستشار قانوني، مكتب اتقان للمحاماة والاستشارات القانونية/ رام الله. 2017/9/10، مستشار (بنك الأردن/ القاهرة عمان/ الاسلامي العربي/ الاسلامي الفلسطيني/ القدس/ فلسطين الدولي).
- 3) قيس أبو شهاب. مسؤول علاقة معتمدين الشركات الموظف، البنك العربي/ فرع نابلس. 2017/8/23.

- 4) كوين مسعود. رئيس قسم التسهيلات/ الشركات، بنك فلسطين، رام الله. 2017/9/6.
- 5) محمد حويطات. المفتش الرئيسي في سلطة النقد، رام الله. 2017/8/28.
- 6) نهاد عمير. مدير الدائرة القانونية، بنك القدس/ رام الله. 2017/11/8.

An-Najah National University
Faculty of Graduate Studies

The Extent of the Bank Obligation Under the Letter of Guarantee

By
Abdelrahman Qaisar Shawqi Yaeesh

Supervisor
Dr. Naeem Salameh

**This Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for
the Degree of Master of Private Law, Faculty of Graduate Studies, An-
Najah National University, Nablus, Palestine.**
2018

The Extent of the Bank Obligation Under the Letter of Guarantee

By

Abdelrahman Qaisar Shawqi Yaeesh

Supervisor

Dr. Naeem Salameh

Abstract

The commitment of the guaranteeing bank to the credit operations, in general, and the letter of guarantee, in particular, are considered essential parts of the development of the banking performance due to the role being played by the letter of guarantee in the economic life. This process has a number of advantages over the other credit forms.

More specifically, the bank commitment is based on the principle of independency. That is, the bank is entitled to repay the beneficiary as soon as he/she duly submits his/her request -during the period of the validity of the guarantee- to obtain the value of the letter.

The ensuing obligations against the guaranteeing bank oblige the bank to deal with the beneficiary concerned as being a principal not as an agent. Consequently, the bank will fully fulfill its commitment despite the objection or refusal of its customer, who will have no other option except for resorting to the court if his/her calculations showed that the volume of his/her indebtedness is illegal or baseless. That is, the relationship between the bank and its beneficiary is separated from the bank relationship with its customer and the relationship of the customer with the beneficiary.

However, with reference to the bank commitment, the principle of independency is not always taken for granted. That is, the bank may encounter some obstacles, which may impede the implementation of this principle. For example, if the beneficiary is cheating, the bank cannot fulfill its obligations; clear cheating undoubtedly severs and ends the bank commitment in the letter of guarantee.

The termination of commitment fluctuates from one case to another due to the nature of accompanying circumstances. For instance, some letters of guarantee end with the fulfillment of the guaranteeing of its obligations, others end without the fulfillment of the guaranteeing bank of its obligations to the beneficiary, such as the cancellation of the letter of guarantee, obsolescence, the impossibility of the implementation and the beneficiary's revocation of his/her claim against the customer.