النظام القانوني لخطابات الضمان
المصرفية في المناقصات والمزايدات
دراسة مقارنة

الدكتور
محمد حسين صالح طليان
أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد - كلية الشرطة
أكاديمية الشرطة اليمنية

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

النظام القانوني
لخطابات الضمان المصرفية
في المناقصات والمزايدات

«دراسة مقارنة»

الدكتور

محمد حسين صالح طليان

أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد – كلية الشرطة

أكاديمية الشرطة اليمنية

الطبعة الأولى

2017 -1438

مركز الدراسات العربية
للنشر والتوزيع

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

جميع حقوق الطبع محفوظة

لا يجوز نسخ أو استعمال أي جزء من هذا الكتاب في أي شكل من الأشكال أو بأي وسيلة من الوسائل – سواء التصويرية أم الإليكترونية أم الميكانيكية بما في ذلك النسخ الفوتوغرافي أو التسجيل على أشرطة أو سواها وحفظ المعلومات واسترجاعها – دون إذن خطي من الناشر

رقم الإيداع

2016/23905

ISBN 978-977-796-090-8

مركز الدراسات العربية
للنشر والتوزيع

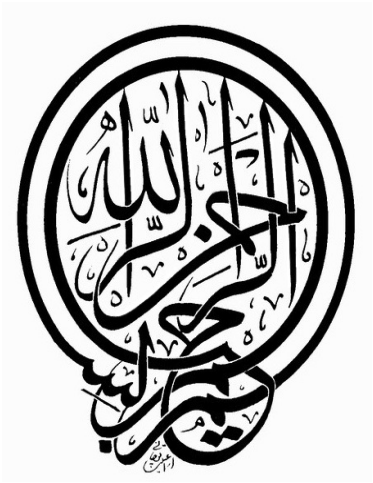
طريقك إلى المعرفة

جمهورية مصر العربية

الجيزة – 6 أكتوبر – الحي الخامس – ش 13
002 (02) 383 767 64
002 0100 440 490 6
002 01011270909
00966 543 044 662
www.ascpublishing.com
info@ascpublishing.com
markez.derasat@gmail.com
ahmed.tafesh@gmail.com

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691



Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

إهداء

إلى والدي...

يا من تحملت كل ذلك من أجلي وأسعدني رضاك وغمرني دعُائك أقدم لك ثمرة كدي وجهدي بفضل رضاء الله على ورضاك عني فى غدوِ ورواحي وسهري وكفاحي...

إليك يا والدتي...

يا من حملتني وهناً على وهن يا من رعيتني فى المهد تقضين ليلك وأنا على صدرك وتمضين نهارك وأنا فى حجرك يا من دعيتي لى بالتوفيق وطول العمر...

اليكي يا زوجتي العزيزة...

يا من تحملت معي عناء الحل والترحال والسهاد والآرق تشاركيني غربتي وتشدين من آزري إقرارا بالجميل والعرفان

إلي... الشموع التي إضاءة لي الطريق... أبنائي "أديبه".. و... "محمد"...و.... "يسرا".

المؤلف

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المقدمة

تختلف وتتعدد صور التسهيلات الائتمانية التي تقدمها البنوك التجارية في القيام بدورها كوسيط في مجال عرض النقود وطلبها، وهى في سبيل القيام بهذا الدور تلجأ إلي العديد من الوسائل والأدوات التي ابتكرها الفن المصرفي وخلقتها التطورات الاقتصادية والتجارية، ومن أهم تلك الوسائل منح القروض النقدية، وفتح الحسابات الجارية، وتأجير الخزائن الحديدية، وخصم الأوراق التجارية، وفتح الاعتمادات المستندية[1].

وفي تلك الأحوال إما أن يقدم البنك أموالاً يضعها تحت تصرف عميله، أو يحتفظ لهذا العميل بأموال في أمان، أو يضع تحت تصرفه خزانة يحفظ فيها أسراره ومقتنياته، أو يقوم عنه بتحصيل بعض الديون وتسديد بعضها الآخر، أو يوفر له الثقة التي يحتاج إليها في تعامله خاصة مع الخارج[2]، وفي هذه الصور يعرض البنك خدمات ذات قيمة مالية، غير أن هناك صورة أخرى من هذه الخدمات لا يعرض فيها البنك أمواله مباشرة، وهى خطابات الضمان المصرفية.

---

(1) انظر: د/عادل إبراهيم السيد مصطفي، مدي استقلال التزام البنك في خطاب الضمان والاعتمادات المستندية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1996م، بند2، ص8.

(2) انظر: د/محيي الدين إسماعيل، خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1967م، ص 3.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وفي هذه الصورة يتعهد البنك بأن يقوم بإصدار ضمان مستقل يوجهه إلى المستفيد صاحب المشروع الذي حدده له العميل في عقد الاعتماد بالضمان، يتعهد بموجبه دفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين عند أول طلب كتابي يقدم إليه من المستفيد خلال فترة صلاحية الخطاب[1].

ويتميز خطاب الضمان المصرفي الذي يقدمه البنك بخصائص تميزه عن غيره من العمليات الائتمانية الأخرى التي تمنحها البنوك التجارية؛ أهمها استقلاله القانوني عن العلاقات العقدية التي صدر بمناسبتها، ولذلك شاع استخدامه في الواقع العملي، وقد زادت الحاجة إليه باعتباره وسيلة حماية فعالة صادرة من مصرف معروف بيساره يضمن بموجبها إتمام عملية معينة يكون طالب الضمان طرفاً فيها[2].

وتتعدد أنواع خطابات الضمان المصرفية تبعاً لتعدد مجالات العمل وأغراض استخدامها، بحيث لا تقع تحت حصر؛ فهناك خطابات الضمان التي تطلبها مصلحة الضرائب في حالة سفر الأجانب بصفة نهائية إلى بلادهم ضماناً لما قد يظهر عليهم من ضرائب، كما قد يتطلب تقديم خطاب ضمان في حالة إرسال آلات للخارج لإصلاحها وإعادتها للبلاد، وحالة اصطحاب المسافرين إلى الخارج لمجوهرات أو سيارات خاصة بهم؛ ففي هذه الحالات وغيرها تتطلب مصلحة الجمارك خطاب ضمان لاستعادة ما تم تصديره. وقد تستلزم اللوائح التنفيذية والقواعد المنظمة للعمل لدى بعض الجهات والهيئات العامة والاقتصادية من الراغبين في احتراف مهنة معينة تقديم خطاب ضمان، مثل سماسرة بورصة الأوراق المالية، وبورصة العقود.....إلخ ضماناً لما قد يحدث منهم من إخلال بالتزاماتهم الناشئة عن ممارستهم لعملهم. وهناك خطابات الضمان التي تطلبها شركات الملاحة في حالة وصول الشحنة وتأخير وصول المستندات المثبتة لها[3].

---

(1) انظر: المادة (408) القانون التجاري اليمني رقم 31 لسنة 1991م المعدل بالقانون رقم "22" لسنة 2004م، المنشور في الجريدة الرسمية العدد (18) لسنة 2004م.

(2) انظر: هزاع أحمد سعيد الحمادى، قواعد العمليات المصرفية في التشريعات اليمنية – الأعراف الدولية الموحدة – أحكام الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولي، 2000م، ص124.

(3) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة =

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

غير أن هناك أنواع أخرى من خطابات الضمان المصرفية وهى خطابات ضمان المناقصات والمزايدات، والتي تعتبر من أكثر أنواع خطابات الضمان المصرفية شيوعاً في العمل وأكثرها أهمية؛ وسوف تركز الدراسة على هذا النوع نظراً لما تقوم به من دوراً هامً وحيوي في انجاز المشروعات الاقتصادية والاستثمارية والخدمية، وما تحققه من مزايا عديدة، وما يرتب عليها من مخاطر كبيرة على أطرافها خاصة البنك.

فعندما تعزم جهة حكومية أو مؤسسة أو شركة أهلية على تنفيذ مشروعات خاصة بها أو استيراد آلات أو أصناف أو معدات تحتاج إليها للقيام بأعمالها أو ترغب في بيع بعض الممتلكات الخاصة بها، فإنها تعلن عن ذلك في مناقصة أو مزايدة عامة أو محلية أو محدودة طبقاً لما تحدده اللوائح المالية، حتى يمكن اشتراك أكبر عدد من المتناقصين لضمان اختيار أفضل العطاءات المقدمة بأنسب الأسعار، وفي سبيل الحفاظ على حقوقها تشترط تلك الجهات على من يتقدم بعطائه أن يقدم تأميناً نقدياً يحدد بنسبة معينة من قيمة العملية المطروحة لضمان عدم تراجعه عن العطاء، وعلى من يرسى عليه العطاء من المتقدمين أن يقدم تأميناً نقدياً يحدد بنسبة معينة من قيمة العقد لضمان حسن تنفيذ المشروع موضوع العقد.

ولما كان الأصل أن يقدم هذا التأمين نقداً، إلا أنه كثير ما سيكون مرهقاً للمتعاقد (المقاول أو المورد أو المتعهد)، إذ قد يعجز عن تدبير مبلغ التأمين فيفلت المشروع من يده ويضيع عليه الكسب المأمول منه، وإذا فرض واستطاع المتعاقد تدبير مبلغ التأمين فإن تقديمه يترتب عليه تجميده وتعطيله في وقت يكون المتعاقد في أمس الحاجة إليه للأنفاق على المشروع الذي يقوم بتنفيذه[1]، وهنا تبرز أهمية الخدمة القصوى التي تؤديها البنوك لعملائها الذين يقومون بتنفيذ المشروعات الذي يشترط فيها تقديم تأمين نقدي؛ إذ يتولى البنك ضمان التزامات هؤلاء

= الجديد والقواعد الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007م، بند 13، ص25.

(1) انظر: د/علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، بند 5، ص14.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الأشخاص[1]، ويفرغ البنك ضمانه في خطاب يسمى بخطاب الضمان الابتدائي، أو النهائي أو ضمان الأشياء المعطاة للمقاول، أو ضمان الدفعة المقدمة....إلخ.

وتعد هذه الأنواع من خطابات الضمان المصرفية من أهم الوسائل المصممة لضمان حسن التنفيذ والوفاء بالالتزامات التعاقدية في عمليات المناقصات والمزايدات، فهي تقدم لطرفي التعاقد الضمانات التي تؤكد أن العملية المتعاقد عليها سوف تتم على أكمل وجه، وفقاً لشروطها ومواصفاتها وفي أوقاتها المحددة.

- **أهمية خطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات:**

لخطابات ضمان المناقصات والمزايدات أهمية بالغة في الحياة الاقتصادية والعملية، كونها وسيلة من وسائل الائتمان التي تساعد على تنشيط الاستثمار في قطاع المقاولات والتوريدات، وتبعث الثقة لدى المقاولين ورجال الأعمال في تسهيل إجراءاتهم التعاقدية الاستثمارية، خاصة عند دخولهم المناقصات والمزايدات الكبرى التي تطرحها الجهات الحكومية والشركات والمؤسسات الأخرى، والتي تحل هذه الخطابات محل التأمين النقدي التي تطلبه تلك الجهات بدلاً من تجميده لديها دون استغلالها واستثمارها في أوجه الاستثمار المختلفة.

وتكمن أهميتها من الناحية العملية في تحقيقها للعديد من المزايا بالنسبة للعميل والبنك والمستفيد، وذلك على النحو التالي:

1. أهميتها بالنسبة للعميل (المقاول، المورد، المتعهد):

لخطابات الضمان أهمية كبيرة بالنسبة للعميل في أنها تحل محل التأمين النقدي، الذي تطلبه منه عادة المصالح الحكومية والشركات الكبرى عند دخوله معها في عملية من عمليات التوريد أو الأشغال العامة[2]، إذ يتعين عليه ضماناً

---

(1) انظر: محمد طاهر العشري، خطابات الضمان، محاضرة بمعهد الدراسات المصرفية، القاهرة، ضمن مجموعة محاضرات العام الدراسي السابع عشر في يناير 1971م، ص2.

(2) انظر: د/ سميحة القليوبي، القانون التجاري، إصدار مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، 2005م، =

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

لجدية العطاءات التي يقدمها، وضماناً لحسن تنفيذها تقديم تأمين نقدي للجهة المتعاقد معها.

ولما كان تقديم هذه الضمانات النقدية قد يلحق الضرر بالعميل (المقاول أو متعهد التوريد) بسبب تجميدها لدى الجهة المتعاقد معها فترة طويلة كوديعة نقدية، مما لا يستطيع استثمارها وتشغيلها فيما يعود عليه بالنفع، لذلك يفضل أن يستبدل هذا التأمين النقدي بتقديم خطاب ضمان صادر من البنك[1]، يتعهد فيه البنك للمستفيد بتقديم قيمة هذا الخطاب عند أول طلب وبدون قيد أو شرط.

كما أن هناك مزايا أخرى يحققها خطاب الضمان بالنسبة للعميل، منها أن العمولة التي يتقاضاها البنك مقابل إصدار خطاب الضمان تكون أقل من سعر الفائدة التي يتقاضاها فيما لو أُقرض العميل مبلغ التأمين النقدي[2].

وعملية إصدار خطاب الضمان كثيراً ما تتضمن تسهيلاً ائتمانياً يمنحه البنك لعملائه؛ حيث إن البنك كثيراً ما يكتفي بمطالبة عميله بتقديم غطاء جزئي مقابل إصداره لخطابات الضمان، بحيث يبقى جزء من قيمة الضمان مكشوفاً، كما قد يصدر البنك الخطاب على المكشوف اكتفاء بثقته في العميل، وسمعته المالية الحسنة[3]، خاصة إذا كان العميل ممن يتعامل مع البنك بصفة دائمة ويتمتع بمركز مالي قوي.

= بند 2/2، ص 520، د/ محمود مختار بريري، قانون المعاملات التجارية - عمليات البنوك - الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م، بند 157، ص 155.

(1) انظر: د/ عبد الفضيل محمد أحمد، العقود التجارية وعمليات البنوك طبقاً لأحكام القانون رقم 17 لسنة 1999م، مكتبة الجلال الجديدة، المنصورة، ص 353، عماد الشر بيني، القانون التجاري الجديد،الكتاب الثاني، عمليات البنوك والأوراق التجارية ونظام الإفلاس، 9991م/2000م،ص113.

(2) انظر: د/ عبد الفضيل محمد أحمد، المرجع السابق، نفس الصفحة، د/ سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان فيما بين الأطراف وبالنسبة للغير، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد الصادرة من أساتذة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الأول والثاني، السنة "42"مارس - يونيو1972، بند 7، ص12.

(3) انظر: د/ سميحة القليوبي، مرجع سابق، بند2، ص3.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

والحقيقة أنه لا يكاد يخلو عقد من عقود المناقصات والمزايدات، خاصة تلك المناقصات والمزايدات التي تعلن عنها الحكومة، إلا ويطلب من العميل تقديم خطاب ضمان مصرفي لمصلحة الجهة المستفيدة.

لذا فخطاب الضمان قد يغني العميل عن إيداع التأمين النقدي لدى المستفيد وما يترتب على هذا الإيداع من صعوبات جمة؛ كتواجد المستفيد في الخارج، أو إفلاسه، أو صعوبة إقامة دعوى استرداد المبالغ المقبوضة بدون وجه حق، خاصة وأن خطابات ضمان المناقصات والمزايدات تتميز باستقلالية التزام البنك فيها وقطعيته، بحيث يتوجب على البنك دفع قيمتها إلى المستفيد فوراً وبمجرد الطلب.

2. أهميتها بالنسبة للبنك:

لا شك في أن البنك مصدر خطاب الضمان يستفيد من إصداره لمثل هذه الخطابات، حيث إن البنك يتقاضى عمولة نظير إصداره تتناسب مع قيمة المناقصة أو المزايدة التي يتقدم بها العميل.

كما أن خطابات الضمان لا تسدد قيمتها للجهات المستفيدة في أغلب الأحيان، وبذلك لا تكلف البنك مصدرها سوى نفقات إدارية بسيطة إذا ما تم مقارنتها بغيرها من العمليات المصرفية الأخرى التي يقدمها البنك، كفتح الاعتمادات وتقديم القروض وغيرها، كما أن البنك لا يتحمل أي خسارة في النهاية إذا قام بدفع قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد لكونه يحتفظ لنفسه بغطاء وضمانات كافية من العميل تكفل له استرداد ما دفعه من قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد[1].

كذلك قد يستفيد البنك من الغطاء الذي يقدمه له العميل باعتباره وديعة نقدية يستثمرها البنك كغيرها من الودائع النقدية التي يقوم باستثمارها، مما تعود عليه بأرباح كبيرة إذا ما تم إضافتها إلى مجموعة الأغطية التي يطلبها البنك من عملائه.

---

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، مطبعة جامعه القاهرة والكتاب الجامعي، 1988م بند85 ص433.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

لذلك فخطابات ضمان المناقصات والمزايدات عملية مربحة بالنسبة للبنك تعود عليه بالفائدة.

3. أهميتها بالنسبة للمستفيد (جهة حكومية، مؤسسة، شركة):

تعتبر خطابات الضمان بالنسبة للمستفيد بمثابة نقود بين يديه يقدمها البنك بدلاً من العميل الآمر، إذا طلب منه ذلك؛ لأن البنك محل ثقة ومبعث ائتمان يستطيع أن يحصل على مبلغ الضمان منه بسهوله ويسر خاصة وأن المستفيد قد يتطلب في خطاب الضمان شروطاً معينة تجعله يدفع المبلغ بمجرد الطلب وبدون قيد أو شرط، حتى ولو حدث اعتراض العميل على عملية الدفع[1].

كما أن قبول الجهة المستفيدة لخطابات الضمان بدلاً من التأمين النقدي يسهم في تشجيع المقاولين والموردين على الدخول في المناقصات والمزايدات التي تعلن عنها هذه الجهات؛ نظراً لما يحققه لهم خطاب الضمان من مزايا عديدة من عدم تجميد مبلغ التأمين النقدي لدى الجهة المستفيدة، وبالتالي تعطيلها عن الاستثمار، أو الاقتراض من البنك بفائدة مرتفعة، مما يترتب عليه حصول الجهة المستفيدة على أفضل الشروط وأرخص الأسعار[2] عن العمليات التي تعلن عنها، إضافة إلى أن هذا الخطابات تسهل للجهات المستفيدة في الحصول على حقوقها بسهولة ويسر بدلاً من اللجوء إلي القضاء في حالة توقف المقاولين أو الموردين أو المتعهدين عن تنفيذ التزاماتهم المترتبة عن عقد المناقصة أو المزايدة.

4. أهميتها بالنسبة للمحيط الاقتصادي والاجتماعي:

تسهم خطابات ضمان المناقصات والمزايدات في تحريك عجلة التنمية الاقتصادية وتسهيل تنفيذ المشاريع التنموية، التي تؤدي إلى توفير الخدمات التي يحتاج إليها أفراد المجتمع وتشغيل الأيدي العاملة العاطلة عن العمل، وبالتالي إلى

---

(1) انظر: د/ عبد الرحمن السيد قرمان، الوجيز في الجوانب القانونية لعمليات البنوك، مطبعة حمادة الحديثة، الطبعة الأولي، 1997م، ص 211، د/ عماد الشر بيني، مرجع سابق، ص 114.115.

(2) انظر: د/ سميحة القليوبي، خطابات الضمان المصرفية في ضوء مشروع قانون التجارة لدولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الأمن والقانون، الصادرة من كلية الشرطة، دبي، السنة الأولى، العدد الثاني، يوليو 1993م، بند 3 ص 293.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

انتعاش الاقتصاد وتحقيق معيشة أفضل للمجتمع، خصوصاً مع صدور العديد من القوانين الوطنية التي تشجع الاستثمار في اليمن والامتيازات الممنوحة للمستثمرين والتي تشكل عامل جذب لرؤوس الأموال الأجنبية والعربية في الاستثمار باليمن في المجالات المختلفة، خاصة في أعمال المقاولات و التوريدات.

- **مشكلة البحث:**

1. قصور التشريع اليمني عن معالجة بعض المسائل التي تحيط بخطابات ضمان المناقصات والمزايدات، كعدم تنظيمه لبعض أنواع هذه الخطابات، ومسألة الحجز وفرض الحراسة القضائية على قيمتها تحت يد البنك، وغير ذلك من المسائل والذي سوف نتناولها في هذه الدراسة.

2. ضعف الوعي القانوني في الواقع اليمني لدى الكثير من رجال الأعمال والمقاولين فيما يترتب على هذا النوع من خطابات الضمان من مخاطر قد تهدد مركزهم المالي في حالة ما إذا فشل أحدهم في إنجاح العملية التي صدر خطاب الضمان من أجلها.

3. وجود لبس في فهم الطبيعة القانونية الخاصة بخطاب ضمان المناقصات والمزايدات من قبل بعض رجال القضاء اليمني، مما جعلهم يصدرون أحكاماً قضائية لا تتفق البتة مع طبيعة هذا الخطاب.

- **أهداف البحث:**

1. التعرف على النظام القانوني الذي يحكم خطابات الضمان المصرفية في عمليات المناقصات والمزايدات.

2. تحديد مكامن القصور التي تعتري القانون اليمني في تنظيمه لهذا النوع من الخطابات، ومحاولة معالجتها معالجة قانونية سليمة، مستندين في ذلك إلي ما أثراه الفقهاء في هذا الجانب خاصةً الفقه المصري وما أرساه القضاء من مبادئ قانونية من خلال إصدار العديد من الأحكام القضائية في هذا

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الخصوص، حتى يتم إحاطة هذه الخطابات بإطار قانوني يتسم بالوضوح والحسم لحماية الأطراف المتداخلة في عمليات المناقصات والمزايدات التي تستند إلي أداة خطاب الضمان، لكي يسود تطبيقها مناخٌ مستقر تسوده الثقة والاستقرار واحترام الالتزامات المتبادلة.

3. تحديد الطبيعة القانونية لهذا النوع من الضمانات المصرفية وما يترتب عليها من آثار قانونية.

4. التعرف على مدى السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي في منع المستفيدين من مصادرة قيمة هذا الخطابات.

- **نطاق الدراسة:**

يتضح للباحث مما تقدم أهمية خطابات ضمان المناقصات والمزايدات وكيف أصبحت تؤدى دوراً حيوياً وهاماً في إنجاز المشروعات وتنشيط الاقتصاد القومي للدولة.

لذا سنتناول في نطاق هذه الدراسة النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات وفقاً لأحكام القانون التجاري اليمنى رقم 32 لسنة1991م وتعديلاته، وقانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية اليمني رقم 23 لسنة 2007م ولائحته التنفيذية، وقانون التجارة المصري رقم 17 لسنه 1999م، وقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنه 1998م ولائحته التنفيذية.

- **منهجية البحث:**

سوف نقوم بدراسة هذا الموضوع دراسة قانونية وعملية مستخدماً أسلوب التحليل والمقارنة بين القانونين اليمني والمصري لمعظم المسائل القانونية والمرتبطة بتنظيم خطابات ضمان المناقصات والمزايدات، مع التعرض لبعض التشريعات العربية وبعض الاتفاقيات الدولية الخاصة بخطابات الضمان محاولةً منا لسد النقص – إن وجد – في أحكام تلك الخطابات عند المشرع اليمني.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

- **خطة البحث:**

تركز خطة هذا الموضوع على ستة فصول رئيسية يسبقها فصلٌ تمهيدي، وتنتهي بخاتمة يتم فيها توضيح ما تم التوصل إليه من نتائج، وما سيتم اقتراحه من توصيات بمشيئة الله تعالى.

- **الفصل التمهيدي: تعريف خطابات الضمان المصرفية وأنواعها الرئيسية:**
- **المبحث الأول:** تعريف خطابات الضمان المصرفية وتميزها مع بعض الأنظمة المصرفية المشابه لها.
- **المبحث الثاني:** الأنواع الرئيسية لخطابات الضمان المصرفية.
- **الفصل الأول: أنواع خطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات وأطرافها.**
- **المبحث الأول:** أنواع خطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات.
- **المبحث الثاني:** أطراف خطاب الضمان في المناقصات والمزايدات وأساس العلاقة الناشئة عنه.
- **الفصل الثاني: الإجراءات العملية لإصدار خطاب الضمان المصرفي في المناقصات والمزايدات.**
- **المبحث الأول:** العقود أو الاتفاقيات المهدة لإصدار خطاب الضمان.
- **المبحث الثاني:** ضمانات البنك في إصدار خطابات الضمان في المناقصات والمزايدات (غطاء خطاب الضمان).

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

- **المبحث الثالث:** الخطوات التنفيذية لإصدار خطاب ضمان المناقصات والمزايدات.

- **الفصل الثالث: الالتزامات المترتبة على إصدار خطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات والقيود التي ترد على استيفاء قيمتها**

- **المبحث الأول:** التزامات البنك في مواجهة المستفيد.

- **المبحث الثالث:** القيود التي ترد على حق المستفيد في استيفاء قيمة خطاب الضمان

- **الفصل الرابع: تعديل وتجديد مدة خطاب ضمان المناقصات والمزايدات وانقضائه.**

- **المبحث الأول:** تعديل خطاب ضمان المناقصات والمزايدات.

- **المبحث الثاني:** مد أجل سريان خطاب ضمان المناقصات والمزايدات.

- **المبحث الثالث:** انقضاء خطاب ضمان المناقصات والمزايدات.

- **الفصل الخامس: التكييف القانوني لالتزام البنك تجاه المستفيد.**

- **المبحث الأول:** النظريات التي ترد التزام البنك إلى العقد.

- **المبحث الثاني:** نظرية الإرادة المنفردة.

- **الفصل السادس: الحجوز القانونية وفرض الحراسة القضائية على خطابات الضمان في المناقصات والمزايدات.**

- **المبحث الأول:** مدى قابلية قيمة خطاب ضمان المناقصات والمزايدات وغطائه للحجز.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

- **المبحث الثاني:** مدي جواز فرض الحراسة القضائية على قيمة خطاب الضمان.
- **الخاتمة.**

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الفصل التمهيدي

تعريف خطابات الضمان المصرفية وأنواعها الرئيسية

- **تمهيد وتقسيم:**

خطابات الضمان هي صورة من صور الائتمان المصرفي التي تمنحها البنوك التجارية، والتي ابتدعتها العقلية المصرفية لتسهيل وتسيير العمل المصرفي، فهي تقوم بدور فعال وهام في تنشيط الاقتصاد القومي، وهذه الخطابات متعددة ومتشعبة على مختلف أوجه النشاط الاقتصادي.

ونظراً لاقتصارنا في هذه الدراسة على معالجة نوع واحد من أنواع خطابات الضمان، وهو خطاب ضمان المناقصات والمزايدات، فقد رأينا أن نسبق دراستنا له بفصل تمهيدي نبين فيه تعريف خطابات الضمان المصرفية بشكل عام، والتمييز بينها وبين بعض العمليات المصرفية المشابهة لها، ثم نبين الأنواع الرئيسية لخطابات الضمان حتى نستطيع أن نبرز خطابات ضمان المناقصات والمزايدات من بين هذه الأنواع المتعددة والمتشعبة.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وتأسيساً على ما تقدم فإننا سنتناول هذا الفصل التمهيدي في مبحثين:

- **المبحث الأول** نتناول فيه تعريف خطابات الضمان المصرفية وتمييزها مع بعض الأعمال أو الأنظمة المصرفية المشابهة له.
- **ونتناول في المبحث الثاني** الأنواع الرئيسية لخطابات الضمان المصرفية.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المبحث الأول

تعريف خطابات الضمان المصرفية وتمييزها مع بعض العمليات المصرفية المشابهة لها

- **تمهيد وتقسيم:**

مع تنامي النشاط الاقتصادي وتشعبه يتعاظم دور خطابات الضمان المصرفية ويتعمق الإحساس بأهميتها، وهو ما يتطلب بالتبعية توافر ثقافة ووعي لدى الأطراف المختلفة التي تتعامل مع خطابات الضمان، وقد ظلت خطابات الضمان عقوداً طويلة تستمد جل أحكامها من العرف المصرفي باعتبارها أحد إفرازاته حتى تم تقنين غالبيتها في نصوص مكتوبة في صلب القوانين واللوائح التنفيذية، مما أثار خلافاً بين فقهاء القانون حول تكييف طبيعتها القانونية، ومن ثم انعكس هذا الخلاف على تعريف خطابات الضمان[1].

وبناء عليه فإنه سيتم استعراض أهم التعريفات التي وضعها الفقهاء لخطابات الضمان المصرفية بشكل عام؛ نظراً لعدم وجود تعريف خاص بكل نوع من أنواع خطابات الضمان، ثم نبين موقف المشرع التجاري من تعريف هذه الخطابات، كذلك نوضح مدى تجارية هذه الخطابات، والذي على ضوء ذلك تحدد قواعد الاختصاص القضائي للنظر في المنازعات التي تنشأ بين أطرافها، والقواعد الموضوعية التي تطبق عليها.

كما أن خطابات الضمان قد تختلط مع بعض الأنظمة المصرفية المشابهة لها مما يتطلب تمييز هذه الخطابات عن غيرها من الأعمال المصرفية التي تتشابه معها، حتى نستطيع أن نبين معالمها الرئيسية.

---

(1) انظر: أحمد غنيم، خطابات الضمان نظرياً وعملياً وقانونياً، بدون ناشر، طبعة 2008م، ص 4.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

لذلك يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

- **نتناول في المطلب الأول:** تعريف خطابات الضمان.
- **ونخصص المطلب الثاني:** لتمييز خطابات الضمان مع بعض العمليات المصرفية المشابهة لها.

وذلك على النحو التالي:

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الأول

تعريف خطابات الضمان المصرفية وتجاريتها

فيما يلي نتناول هذا المطلب في فرعين:

- **الفرع الأول:** تعريف خطابات الضمان المصرفية.
- **والفرع الثاني:** بيان مدى تجاريتها.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الأول

تعريف خطابات الضمان المصرفية

اختلف الفقهاء في تعريف خطاب الضمان المصرفي تبعاً لاختلافهم في التكييف القانوني لهذا الخطاب؛ فمنهم من كيَّف خطاب الضمان بأنه كفالة شخصية من قبل البنك يضمن فيه التزامات العميل قبل المستفيد، مما يترتب عليه وفقاً لهذا التكييف أن يكون التزام البنك التزاماً تابعاً لالتزام العميل، ويكون هذا الالتزام خاضعاً لأحكام الكفالة المدنية المنصوص عليها في التقنين المدني.

ومن ناحية أخرى كيَّف البعض خطاب الضمان – كما سنرى لاحقاً - باعتباره تصرفاً قانونياً ينشأ عنه التزام أصيل وليس تابعاً لالتزام العميل.

وبناء على ذلك فإننا سوف نستعرض تعريفات الفقهاء لخطاب الضمان في اتجاهين، ثم نبين بعد ذلك موقف التشريع التجاري من تعريف هذا الخطاب.

- **الاتجاه الأول:**

يرى بأن خطاب الضمان صورة من صور الكفالة المدنية يخضع لأحكامها المبينة في القانون المدني؛ فقد تعددت تعريفات أنصار هذا الاتجاه؛ وإن كانت تصب في نفس المعنى في كونه كفالة شخصية يضمن فيها البنك التزامات عملية.

فمنهم من عرف خطاب الضمان بأنه: "عقد كتابي بمقتضاه يتعهد البنك بكفالة أحد عملائه، في حدود مبلغ معين، تجاه طرف ثالث، بمناسبة التزام ملقي على عاتق العميل المكفول، ضماناً لوفائه بالتزامه تجاه ذلك الطرف"[1].

(1) انظر: راغب حبشي، محاضرة ألقاها بمعهد الدراسات المصرفية، القاهرة، بعنوان: خطابات الضمان، مجموعة محاضرات العام الدراسي 1960م، ص 1.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وقد عرفه البعض من أنصار هذا الاتجاه بأنه: "الخطاب الذي يكفل بموجبه البنك عميلاً لدى دائن هذا العميل، ومن ثم سمي بالكفالة المصرفية"[1].

بينما عرفه البعض بأنه: "تعهد كتابي يرسله البنك بناء على طلب عميل إلى دائن هذا العميل يضمن فيه تنفيذ هذا العميل لالتزاماته"[2].

وقد أخذت بوجهة النظر هذه بعض المحاكم؛ فقضت محكمة الأمور المستعجلة الجزئية بالقاهرة "بأن كفالة الشروط الواردة في القانون المدني تسري على الكفلاء جميعاً ولو كان الكفيل بنكا؛ لأن صفة البنك لا تخول الكفيل امتيازات خارج القانون، ولذا فدفع الكفيل مبلغ الكفالة دون إخطار المدين أمر غير جائز ولو كان ذلك مشروطاً على الكفيل، كما أن اشتراط الكفيل بالوفاء بالكفالة رغم اعتراض المدين غير جائز قانوناً"[3].

ويتضح لنا مما سبق أن التعريفات السابقة تتفق جميعها على اعتبار خطاب الضمان عقداً كتابياً يكفل بموجبه البنك التزامات عميله قبل شخص آخر يسمى المستفيد في حدود مبلغ معين، فالتزام البنك وفقاً لهذا الاتجاه التزام تابع لالتزام العميل، يبقى ما بقي هذا الالتزام وينتهي بانتهائه.

- **الاتجاه الثاني:**

وهو الاتجاه الغالب في الفقه، ويعرف خطاب الضمان على أساس تكييفه لهذا الخطاب، باعتباره تصرفاً قانونياً ينشأ عنه التزام أصيل تجاه المستفيد وليس تابعاً. وقد تعددت تعريفات أنصار هذا الاتجاه لخطاب الضمان؛ فمنهم من

---

(1) انظر: حسن أنور طه حبيب، محاضرة ألقاها بمعهد الدراسات المصرفية، القاهرة، بعنوان: الكفالة المصرفية (خطاب الضمان)، مجموعة محاضرات العام الدراسي 1968م، ص 1.

(2) انظر: عبد الجواد فرج، محاضرة ألقاها بمعهد الدراسات المصرفية، القاهرة، بعنوان: الضمانات في البنوك، مجموعة محاضرات العام الدراسي 1965م، ص12.

(3) انظر: حكم محكمة الأمور المستعجلة الجزئية القاهرة الصادر بتاريخ 5 مارس 1960م، المنشور في مجلة المحاماة، العدد التاسع، السنة الأربعون، 1959، 1960، ص 1710.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

عرف خطاب الضمان بأنه: "تعهد نهائي يصدر من البنك بناءً على طلب عميله، "ونسميه الآمر" بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك، خلال مدة محددة، ودون توقف على شروط أخرى"[1].

وقد عرفه البعض بأنه "صك يصدر من البنك بناء على طلب عميله يتعهد فيه بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين، خلال مدة محددة إلى المستفيد دون قيد أو شرط"[2].

كما يعرفه أحد الفقهاء بأنه: "اتفاق بين العميل والبنك يلتزم البنك بموجبه بالتعهد، نظير أجر، بسداد مبلغ نقدي معين، في خلال مدة معينة، لشخص آخر يسمى المستفيد إذا طلب المستفيد السداد"[3].

وقد عرفه أيضاً البعض بأنه: "صك ذو طابع شخصي يوجهه البنك إلى المستفيد بناء على طلب العميل، ويتعهد البنك بمقتضاه تعهداً مباشراً مجرداً غير قابل للتداول أو التنازل، بدفع مبلغ الضمان بمجرد الطلب خلال مدة معينة"[4].

---

(1) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، طبعة 1981م، بند 481، ص 485، د/ عبد الرحمن السيد قرمان، الوجيز في الجوانب القانونية لعمليات البنوك، مطبعة حمادة الحديثة، الطبعة الأولى 1997م، ص 209، د/ هاني محمد الدويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، توزيع دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 1994م، ص 230، د/ محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، الناشر عمادة شؤون المكتبات، جامعة الملك سعود، الرياض، بند 228، ص 231.

(2) انظر: د/ سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف وبالنسبة للغير، مرجع سابق، بند 7، ص 12، انظر: د/ عماد الشربيني، مرجع سابق، ص113، د/ محمد بهجت عبد الله قايد، عمليات البنوك والإفلاس، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية 2000م، بند 128، ص 113، د/ أحمد زكي الشيتي وفاروق غلاب، خطابات الضمان أو الكفالات المصرفية، مؤتمر المحامين العرب، مجلة المحاماة، العدد السادس، السنة الحادية والأربعون، فبراير 1961م، ص 864، د/ كمال الوادي، الأعمال المصرفية والقوانين المنظمة لها، الجزء الأول، دار المتنبي للطباعة والنشر، الإمارات العربية المتحدة، ص 113، صلاح الدين حسن السيسي، التسهيلات المصرفية للمؤسسات والأفراد، دار الوسام للطباعة والنشر، الطبعة الأولى 1998م، ص 147.

(3) انظر: د/ رضا عبيد، عمليات البنوك من الناحية القانونية، طبعة1994م، بدون ناشر، بند 161، ص130.

(4) انظر: د/ محمد حسني عباس، عمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1968، ص 138، محمد طاهرة العشري، مرجع سابق، ص 3، وقد عرفه أ.د/ محمود سمير الشرقاوي بأنه: "تعهد =

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وقد أيدت الأحكام القضائية الحديثة هذا الاتجاه حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن: "البنك في التزامه بخطاب الضمان أنما يلتزم بصفته أصيلا قبل المستفيد لا بوصفه كونه نائباً عن عميله، فإذا قام البنك بصرف مبلغ الضمان للمستفيد فإنه ليس للعميل أن يتحدى بوجوب أعذاره هو قبل صرف مبلغ التعويض المبين في خطاب الضمان"[1].

رأينا الخاص في الاتجاهين السابقين:

يتضح لنا من خلال استعراضنا لتعريفات الاتجاه الأول بأن أصحاب هذا الاتجاه يحاولون تعريف خطاب الضمان على أساس تكييفهم القانوني لطبيعة هذا الخطاب، حيث يكيفونه - كما سنرى فيما بعد - باعتباره صورة من صور الكفالة المدنية المنصوص عليها في القانون المدني، مما يترتب عليه وفقاً لهذا الاتجاه خضوع خطاب الضمان للأحكام التي تنطبق على الكفالة المدنية، من حيث جواز احتجاج البنك أمام المستفيد عند مطالبته بقيمة خطاب الضمان بكافة الدفوع التي تكون لعميله والناشئة عن عقد الأساس، نظراً لكون التزام البنك وفقاً لهذا الاتجاه التزاماً تابعاً لالتزام العميل، كما يجب أيضاً وفقاً لهذا الاتجاه أن يلتزم البنك بإخطار عميله بمطالبة المستفيد قبل وفائه إليه بقيمة الضمان.

وما نلاحظه على تعريفات أنصار هذا الاتجاه بأنها تجرد خطاب الضمان

= مكتوب صادر من بنك بناء على طلب عميله يلتزم فيه لصالح هذا العميل في مواجهة شخص ثالث هو المستفيد بأن يدفع إليه مبلغاً معيناً إذا طلبه المستفيد خلال أجل محدد في الخطاب"، القانون التجاري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، طبعة 1981م، بند 561، ص 596.

(1) انظر: حكم نقض مصري في الطعن رقم 370، سنة 29ق، جلسة 1964/5/14 السنة 15 ص 691، والطعن رقم 414 سنة 21ق جلسة 1954/4/15م، 25 عاماً، قضاء النقض التجاري، المبادئ التي قررتها محكمة النقض في ثمانية وستين عاماً، للمستشار الدكتور أحمد محمد حسني، دار المعارف، الإسكندرية، طبعة 2000م، ص394، وأيضاً الطعن رقم 106 سنة 37ق و 11 سنة 40ق، جلسة 1973/3/14م، س 23، حيث قررت محكمة النقض فيهما: "..... كما أن التزام البنك مصدر خطاب الضمان لا يعتبر وكيلاً عن العميل في الوفاء للمستفيد بقيمة خطاب الضمان، بل إن التزام البنك في هذا لحسابه التزام أصيل...." نفس المرجع السابق، ص 395.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

من أهم خصائصه والتي تتمثل في كونه تعهداً مجرداً ومستقلاً من جانب البنك، ويستحق فوراً أو بمجرد طلبه، دون أن يتوقف استحقاقه على إرادة العميل، ودون أن تجدي معه أي دفوع ناشئة عن عقد الأساس.

ولو أننا سلمنا مع أصحاب هذا الاتجاه على اعتبار خطاب الضمان صورة من صور الكفالة التي تنطبق عليها أحكام القانون المدني، فإننا بذلك سمحنا للبنك بأن يتخلص من التزاماته الناشئة عن خطاب الضمان، وذلك من خلال بحثه عن أي دفوع تكون لعميله قبل المستفيد ويكون مصدرها عقد الأساس؛ مما يفقد خطاب الضمان أهميته وقيمته في الواقع العملي باعتباره أداة من أدوات الائتمان المصرفي التي حل محل التأمين النقدي.

أما بالنسبة للاتجاه الثاني، يتضح من تعريفات أنصار هذا الاتجاه أن البعض منها اهتم في إبراز إرادة البنك، أو تعهده يتمثل في صك أو في محرر مكتوب، فيما خلا تعريف البعض الآخر لخطاب الضمان من هذا التحديد، حيث اكتفى بتعريفه بأنه "تعهد نهائي يصدر من البنك... إلخ"، وهو التعريف السابق الإشارة إليه للأستاذ الدكتور/ علي جمال الدين عوض، وقد أكد ذلك في موضع آخر عند محاولته التمييز بين خطاب الضمان والأوراق التجارية بقوله: "بأنه يصح ولو نظرياً أن يكون الخطاب شفوياً وبمجرد إخطار البنك بالمستفيد، ويستوي هذا التعهد بالتعهد المكتوب"[1].

والحقيقة أنه يصعب كما يرى البعض[2] ولو نظرياً تصور أن يكون خطاب الضمان شفوياً؛ لأن لفظ كلمة الخطاب نفسها تكاد تنطبق في معنى كتابته، ونشأة الخطاب في العرف المصرفي كانت منذ البداية نشأة كتابية، والعلاقات المتداخلة

(1) انظر: د علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، طبعة 1969م، ص360، د/ حسن حسني محمد حسني، الخدمات المصرفية في البنوك التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، بدون تاريخ، ص 277.

(2) انظر: د/ يعقوب صرخوة، خطاب الضمان المصرفي في القانون التجاري الكويتي، بحث منشور بمجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة السابعة عشر، العدد الثالث، سبتمبر 1993م، ص 116.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

التي يثيرها هذا الخطاب يستحيل تقريباً حسمها في حالة صدوره شفوياً، خصوصاً فيما يتعلق بمسألة إثبات الخطاب؛ نظراً لما قد يكون هناك من صعوبة بالغة في إثباته شفوياً.

وقد استلزمت بعض التشريعات ضرورة كتابة خطاب الضمان ومنها التشريع التجاري المصري[1]، بل وقد أكدت على ذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا القانون بقولها: "إنه لما كان خطاب الضمان في جوهره تعهد مكتوب، فإن المرجع لهذه الكتابة والتي يلزم فيها توافر شروط الكفاية الذاتية بأن تكون كافية بذاتها لبيان مضمون ومدى التزامات طرفيه"، خاصة وأنه لابد وأن يشمل الضمان المكتوب جميع مقوماته، فلابد وأن يتضمن اسم العميل واسم المستفيد، ومبلغ الضمان ومدته التي يجب أن يتقدم المستفيد خلالها إلى البنك لطلب الوفاء بقيمة مبلغ الضمان.

أما التعريف الذي يرى بأن خطاب الضمان عبارة عن" اتفاق بين العميل والبنك يلتزم بموجبه بالتعهد نظير أجر، بسداد مبلغ نقدي معين..." وهو التعريف السابق الإشارة إليه للأستاذ الدكتور رضا عبيد، فنري مع البعض[2] بأن هذا التعريف خلط بين الضمان في ذاته، كتعهد مجرد يصدر بإرادة البنك المنفردة، وبين العقد الذي يبرم بين العميل والبنك تمهيداً، لإصدار الأخير لخطاب الضمان، كما أن لفظ "السداد" المستخدمة في التعريف لتشعر بمعنى أن البنك كان مديناً قبل إصدار الخطاب وهذا ليس صحيحاً.

أما فيما يتعلق بتأييدنا لأي من الاتجاهين، فإننا وإن كنا نميل إلى الاتجاه الثاني إلا أننا نرجح منهُ التعريف الذي يرى بأن خطاب الضمان هو "صك يصدر من البنك بناء على طلب عميله يتعهد فيه بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين، خلال

---

(1) انظر: المادة 355من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999م، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد رقم19 (مكرر) الصادر في 17من مايو سنة 1999م.

(2) انظر: د/ يعقوب صرخوة، مرجع سابق، ص 17.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

مدة محددة إلى المستفيد دون قيد أو شرط"[1]. لأن هذا التعريف يتفق واعتبار خطاب الضمان التزاماً قطعياً صادراً من البنك بإرادته المنفردة وليس متوقفاً على إرادة العميل أو تابعاً لها، كما أنه يتفق والتعريف القانوني الذي نص عليه القانون التجاري اليمني والمصري من حيث اشتماله على أهم الخصائص التي يجب توافرها في خطاب الضمان، والتي تتمثل في اعتباره يصدر في صك مكتوب من قبل البنك لصالح مستفيد معين، وأن يكون تعهده مجرداً لا تجدي معه أي دفوع من أطراف الخطاب تأتي من خارج شروط الخطاب وعباراته، مما يجعل التزام البنك فيه يتصف بصفة الاستقلالية والقطعية، وأن يكون محله مبلغاً من النقود معيناً أو قابلاً للتعيين يدفع خلال مدة محددة، وعدم تعليق الوفاء به على قيد أو شرط [2].

- **موقف المشرع التجاري من تعريف خطاب الضمان المصرفي:**

عرفت المادة (408) من القانون التجاري اليمني خطاب الضمان بأنه:

1. "تعهد يصدر من بنك بناء على طلب عميل له (طالب الضمان) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويذكر في خطاب الضمان الغرض الصادر من أجله.

2. يجوز أن يصدر خطاب الضمان لمدة غير معينة".

وقد عرفه قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999م في المادة 355 بأنه: "تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص "يسمى الآمر" بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر "يسمى المستفيد" إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة".

---

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي وآخرين، التعريف السابق الإشارة إليه، مرجع سابق، ص 12.

(2) انظر: د/ رضا عبيد، مرجع سابق،بند 163 ،ص133ومابعدها، د/ محيي الدين إسماعيل، محاضره ألقاها بمعهد الدراسات المصرفية، القاهرة، بعنوان:خطابات الضمان أصولها العلمية ومشكلاتها العملية، في يناير1970، ص4ومابعدها.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وبهذه التعريفات حسم المشرع الخلاف الذي دار بين فقهاء القانون حول إيجاد تعريف موحد لخطاب الضمان، ومن خلالها يمكن القول بأن خطابات الضمان تعتبر من عمليات البنوك الائتمانية الناشئة من مجرد التوقيع[1]، فتوقيع البنك عليها يرتب للمستفيد جملة من المزايا التي يحققها دفع مبلغ نقدي له مقدماً من خزينة البنك، دون أن يلتزم بهذا الدفع استناداً إلى مركزة وسمعته المالية؛ فالبنك يقرض توقيعه في هذا النوع من الائتمان[2].

غير أن البنك قد يضطر أحياناً إلى دفع ما تعهد به في حالة تخلف عميله من أداء الدين الذي تعهد البنك بسداده، كما أن التزامه هو أداء مبلغ نقدي ويشترط أن يكون هذا المبلغ محدد تحديداً كافياً بالإضافة إلى أن تعهده تعهد قطعي لا يستطيع البنك أن يرجع فيه متى أخطر المستفيد به حيث يقوم البنك بسداد المبلغ المطلوب بمجرد طلبه من الجهة المستفيدة رغم أي اعتراض من العميل على ذلك[3].

(1) انظر: د/ فايز نعيم رضوان، القانون التجاري، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة 2002 - 2003م، بند 139، ص 513، د/ صلاح إبراهيم شحاته عطاء الله، ضوابط منح الائتمان المصرفي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، 2008م، ص 308، د/ سميحة القليوبي، شرح القانون التجاري المصري رقم 17 لسنة 1999، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 2000م، بند 1، ص726.

(2) انظر: د/ سميحة القليوبي، شرح قانون التجارة المصري، مرجع سابق، بند 1، ص 726.

(3) لمزيد من التفصيل انظر: د/ حياة شحاته، مخاطر الائتمان في البنوك التجارية مع إشارة خاصة لمصر، الناشر مكتبة النهضة المصرية، الأنجلو المصرية، عالم الكتب، القاهرة، بند 259، ص 294.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثاني
تجارية خطابات الضمان المصرفية

من الأهمية بمكان بيان ما إذا كان إصدار البنك لخطاب الضمان يعتبر عملاً تجارياً شأنه شأن الأعمال التجارية الأخرى التي يقوم بها البنك أم لا؛ لأنه على ضوء ذلك تتحدد قواعد الاختصاص بنظر ما ينشأ من منازعات بين أطرافه، والقواعد الموضوعية لهذا العمل.

وقد نصت المادة (10) من القانون التجاري اليمني على أنه يعد عملاً تجارياً الأعمال المتعلقة بالأمور التالية: "1 - معاملات البنوك..."، وهو ما أشارت إليه المادة (5) الفقرة "و" من قانون التجارة المصري بقولها: "تعد من الأعمال التجارية.. عمليات البنوك والصرافة...".

وبذلك فإن خطاب الضمان يعتبر عملاً تجارياً وفقاً للنصوص السابقة؛ لكونه أحد المعاملات التجارية التي تقوم بها البنوك التجارية لخدمة عملائها.

كما أن المادة (10) سالفة الذكر من القانون التجاري اليمني قد نصت في فقرتها الثامنة بأنه يعد من ضمن الأعمال التجارية... 8 - التأمين بأنواعه المختلفة...."، وهو ما أشارت إليه المادة (5) الفقرة "هـ" من قانون التجارة المصري.

ولما كان خطاب الضمان يعتبر صورة من صور التأمين[1] الذي يلتزم البنك بدفعه للمستفيد بدلاً من العميل الآمر، فإنه يعتبر عملاً تجارياً بالنسبة للبنك تطبق عليه قواعد القانون التجاري، كما أنه يعتبر تجارياً بالنسبة للعميل بالتبعية إذا كان متعلقاً بأعمال تجارته، وهو الوضع الغالب، أما إذا لم يكن كذلك فإنه يعتبر عملاً مدنياً بالنسبة له[2]، ونفس الشأن بالنسبة للمستفيد حيث يعد عملاً تجارياً

---

(1) المادة (70) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998م، الصادرة بقرار وزير المالية رقم 1367/1998م، الوقائع المصرية، العدد (201)، بتاريخ 6/9/1998م، السنة 171هـ.

(2) انظر: المستشار/ محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديدة المجلد الثالث، الالتزامات والعقود التجارية، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، بند 799، ص 1259.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

إذا صدر لضمان أعمال تجارية خاصة به، أما إذا كان غير ذلك فإنه يعد عملاً مدنياً بالنسبة له.

وعلى ذلك فإن خطاب ضمان المناقصات والمزايدات يعد عملاً تجارياً بالنسبة للبنك، وهو كذلك بالنسبة للعميل (المقاول أو المورد) إذا أجراها لشئون تتعلق بتجارته، فالمقاولات والتوريدات من الأعمال التجارية أيضاً بنص (المادة 5/9 - 15/10) تجاري يمني (المادة 5 الفقرتان أ، ل) تجاري مصري.

وبهذا النظر حكمت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بأن "جميع أعمال البنوك ومن بينها إصدار خطابات الضمان تعتبر عملاً تجارياً لنص الفقرتين "4، 5" من المادة (2) من قانون التجارة ولو تمت بصفة منفردة أو لصالح شخص غير تاجر..."[1].

وبناء عليه فإنه إذا أصدر البنك خطاب ضمان لصالح جهة معينة، فإن عمله هذا يعتبر عملاً تجارياً بالنسبة له كسائر الأعمال التي يقوم بها، أما بالنسبة للعميل والمستفيد فإنه يعتبر عملاً مدنياً إذا كانا غير تاجرين، أو يكون تجارياً إذا كانا تاجرين وأجراهما لشئون تتعلق بتجارتهما.

وسوف ينعكس تكييف هذا العمل على قواعد الاختصاص والقواعد الإجرائية في أية منازعة مع أطراف خطاب الضمان، كما أنه ينعكس أيضاً على القواعد الموضوعية التي تحكم كل علاقة منها، كما أنها قد تتأثر الفوائد القانونية التي يحكم بها ضد البنك بطبيعة هذا العمل، فإذا تخلف البنك عن الوفاء بالتزامه إلى جهة الإدارة أو أي جهة أخرى مستفيدة واضطرت إلى مقاضاته فإنه كعمل تجاري تستحق عنه فوائد قانونية تجارية 5 %[2].

---

(1) انظر: حكم نقض مصري، الطعن رقم 411 لسنة 49 في جلسة 1981/4/13 س 32 ص 110، الموسوعة التجارية لأحكام محكمة النقض منذ إنشائها حتى الآن المجلد الأول، للمستشار عبد المنعم دسوقي، ص 402.

(2) المادة (356) مدني يمني رقم 14 لسنة 2002م، الموسوعة التشريعية للقوانين التي أقرها مجلس النواب للفترة من 22 مايو 1990م وحتى 22 مايو 2004، الصادرة عن رئاسة مجلس النواب اليمني، المادة (226) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948م،الوقائع المصرية العدد(108) مكرر، 1948/7/29م.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثاني

تمييز خطاب الضمان مع بعض العمليات المصرفية المشابهة له

يختلط خطاب الضمان مع بعض الأنظمة المصرفية التي تجريها المصارف في إطار نشاطها كالأوراق التجارية والكفالة المصرفية والاعتماد المستندي، إلا أنها توجد خطوط دقيقة تفصل بينهما وبين خطاب الضمان؛ نتيجة اختلاف طبيعة كل منهما، وهذا ما نوضحه على النحو التالي:

أولاً: التمييز بين خطاب الضمان والأوراق التجارية

1. أوجه الشبه بينهما:

تتشابه خطابات الضمان مع الأوراق التجارية من ناحيتين:

الناحية الأولى: تمتع كلٌّ منهما بشرط الكفاية الذاتية حيث إنهما يستقلان عن علاقة الأساس التي صدرت بمناسبتهما[1].

وشرط الكفاية الذاتية التي يجب أن تتمتع به كلٌّ من خطابات الضمان والأوراق التجارية، يعني بأن لا يتوقف مضمون الالتزام الثابت بالخطاب ومقداره واستحقاقه على عنصر خارجي، مما يعني أن الالتزام المضمون في كلٍّ منهما محدد تحديداً كافياً من خلال بياناتهما دون الالتجاء إلى مستندات أخرى، أو حدوث أي وقائع معينة تقضي الخروج عن نطاق هذه البيانات.

أما الناحية الثانية التي يتشابه فيها كلٌّ من خطاب الضمان والأوراق التجارية هو في محل كل منهما فلابد أن يكون محل كلٍّ منهما مبلغاً من النقود، فالأوراق التجارية وخطابات الضمان تقوم مقام النقود في الوفاء فيتضمنان التزاماً

(1) انظر: د/ رضا السيد عبد الحميد، النظام المصرفي وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، طبعة 2008م، ص328.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

مباشراً ومستقلاً (مجرداً) وقطعياً بالوفاء بمبلغ كلٍّ منهما "للحامل" أو المستفيد في ميعاد معين أو قابل للتعيين أو بمجرد الاطلاع[1].

2. أوجه الاختلاف بينهما:

من الخصائص التي يتميز بها خطاب الضمان عن الأوراق التجارية بأنه لا يجوز للمستفيد التنازل عنه لأي شخص آخر بأي طريقة حتى ولو بالتبعية لتنازله عن عقد المقاولة الأصلي، لأن شخصية المستفيد وأمانته تكون محل اعتبار لدى عميل البنك فهو ليس ورقة تجارية بحيث يجوز تظهيرها إلى الغير كما تظهر الأوراق التجارية[2].

وقد ورد النص على هذا الخاصية في المادة (413) من القانون التجاري اليمني، حيث تقضي بأنه: "لا يجوز للمستفيد أن يتنازل عن الحق الناشئ عن خطاب الضمان إلا بموافقة البنك"، وهو ما تضمنته أيضاً المادة (357) من قانون التجارة المصري[3]، إلا أنها اشترطت لموافقة البنك على التنازل من قبل المستفيد، أن يكون مأذوناً له من قبل الآمر.

وقد علق الأستاذ الدكتور/ رضا السيد عبد الحميد على صياغة نص المادة (357) من القانون المصري بقوله: "أن اشتراط موافقة البنك على تنازل المستفيد عن حقه في خطاب الضمان، واشتراطه لصحة هذه الموافقة صدور إذن بها من الآمر للبنك غير سليم قانون، فالعبرة في النهاية هي موافقة الآمر على التنازل الذي يرى أنه كان من الأفضل من وجهة حسن الصياغة التشريعية - أن

---

(1) لمزيد من التفصيل انظر: د/ حسني المصري، عمليات البنوك في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1993 - 1994م، بند 244، ص 384، د/ رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 328.

(2) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، (1969م)، مرجع سابق، ص 360، د/ ثروت عبدالرحيم، القانون التجاري المصري، طبعة 1982، ص 968، د/ حياة شحاته، مرجع سابق، ص 310.

(3) حيث ينص بأنه: "لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الوارد بخطاب الضمان إلا بموافقة البنك، ويشترط أن يكون مأذوناً من قبل الآمر بإعطاء هذه الموافقة".

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

يقصر النص على تلك الموافقة بحيث يصبح على النحو التالي: "لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الوارد بخطاب الضمان إلا بموافقة العميل الآمر"[1].

إلا إننا نرى أنه لابد من أخذ موافقة البنك على التنازل؛ لأن خطاب الضمان - مثلما سنرى لاحقاً - قبل دفع قيمته للمستفيد، لازال في ملك البنك، ومن ثم لابد من أخذ موافقته.

وبهذه الخاصية التي يتميز بها خطاب الضمان فإنه يختلف عن الأوراق التجارية والتي من أهم خصائصها: قابليتها للتداول بالتظهير؛ لكونها تحتوي على شرط الإذن أو الأمر أو النص على أنها لحاملها[2].

وقد أكدت على ذلك محكمة استئناف القاهرة بتاريخ 12/11/1962م، حيث أكدت "أن الأوراق التجارية هي الصكوك التي تقوم مقام النقود في المعاملات بطريق التظهير أو التسليم، وخطابات الضمان لا تعتبر من الأوراق التجارية..."[3].

كما أكدت ذلك أيضاً المحكمة الإدارية العليا حيث قضت في حكمها الصادر في 20 يوليو سنة 1963م بأنه: "ليس خطاب الضمان مثل الشيك أداة وفاء وإنما هو أداة ضمان، فطبيعة خطاب الضمان تختلف عن طبيعة الشيك، إذ إن خطاب الضمان شخصي ولا يجوز للمستفيد تظهيره إلى غيره أو التنازل عنه لأي شخص بأي طريق، وبالتالي فليست له أية قيمة ذاتية إلا لشخص المستفيد"[4].

---

(1) د/ رضا السيد عبد الحميد، المرجع السابق، نفس الصفحة.

(2) انظر: د/ محمود سمير الشرقاوي، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، طبعة 1993م، ص 10، د/ مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002م، بند 299، ص 323.

(3) انظر: حكم محكمة استئناف القاهرة 12/11/1962م، طعن رقم 188 لسنة 78ق، المجموعة الرسمية، 1963م، السنة 60، ص 1026، مشار إليه د/ خليل فيكتور تادرس، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995م، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2004م/ 2005م، بند 265، ص385.

(4) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم 897 سنة 9ق، جلسة 20/7/1963م، مشار إليه د/ محمد حسني عباس، مرجع سابق، الهامش رقم "2"، ص 138.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ثانياً: التمييز بين خطاب الضمان والكفالة المصرفية.

1. أوجه الشبه بينهما:

تتشابه هاتين العمليتين في أن كلٌّ منهما يعتبر بمثابة ضمان يمنحه البنك لعميله أو لأي شخص آخر بمناسبة إبرام أو تنفيذ عملية معينة[1]، كما تتشابه هاتان العمليتان في أن كلٌّ ائتمان بطريق التوقيع أو الضمان.

2. أوجه الاختلاف بينهما:

يختلف خطاب الضمان عن الكفالة المصرفية في أن التزام البنك في خطاب الضمان التزام أساسي ومستقل، فلا يكون التزام البنك تابعاً لالتزام العميل من حيث وجوده وصحته، ولا يستطيع البنك الاحتجاج ببطلان علاقة العميل بالمستفيد أو فسخها، لكي يتحلل من التزامه بالوفاء الناشئ عن خطاب الضمان[2]؛ لأن البنك ملتزم بدفع قيمة الخطاب أياً كان مركز المضمون، وأياً كان مصير العقد بين البنك وعميله، ومصير العلاقة بين العميل والمستفيد من الخطاب[3].

---

(1) انظر: د/ رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 326، د/ محمود مختار أحمد بريري، الطبيعة القانونية لخطاب الضمان والفرق بينة وبين الكفالة، مجموعة محاضرات في الدورة التدريبية التي نضمها مركز البحوث والدراسات القانونية، جامعة القاهرة، تحت عنوان خطابات الضمان من الناحيتين النظرية والعملية، (بدون تاريخ نشر)، ص 68.

(2) انظر: حكم نقض مصري الطعن رقم 370، سنة 29ق، جلسة 1964/5/14م، س15 ص 691، والطعن رقم 414 سنة 21ق جلسة 1954/4/15م المبادئ التي قررتها محكمة النقض في ثمانية وستين عاماً، مشار إليه د/ أحمد محمود حسني، ص 396، حيث قررت المحكمة أن البنك في التزامه بخطاب الضمان إنما يلتزم بصفته أصيلاً قبل المستفيد لا بوصفه كونه نائباً عن عميله، فإذا قام البنك بصرف مبلغ الضمان للمستفيد فإنه ليس للعميل أن يتحدى بوجوب أعذاره هو قبل صرف مبلغ التعويض المبين في خطاب الضمان..."، انظر أيضاً د/ حياة شحاتة، مرجع سابق، ص 319، د/ هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 234، د/ سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، الطبعة الثانية 2003،دار النهضة العربية، بند11، ص 186، د/عبدالمجيد محمد عبود، النظام البنكي في المملكة العربية السعودية، الناشر معهد الإدارة العامة، ص213.

(3) انظر: د/ سامي حسن أحمد حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1976م، ص 325.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

أما في الكفالة المصرفية يستطيع البنك أن يتمسك بالدفوع المقررة للمدين المكفول؛ لأن التزام البنك الكفيل يعتبر التزاماً تابعاً لالتزام المدين المكفول من حيث صحته وبطلانه، وهذا ما جعل خطاب الضمان أكثر فعالية بالنسبة للمستفيد من الكفالة المصرفية[1].

فاستقلالية التزام البنك في خطاب الضمان هي التي جعلت هذا الالتزام ينفذ فوراً أو بمجرد طلبه من المستفيد، ومقتضى هذا التنفيذ الفوري أن يحصل المستفيد على مبلغ الضمان بمجرد تقديم طلب صرفه، بعكس الكفالة المصرفية، فلا يستطيع المستفيد أن يلزم الكفيل بتنفيذ التزامه في الكفالة إلا إذا أثبت بالفعل إخلال المدين الأصلي بتنفيذ التزامه، كما لو قدم شهادة من أحد الخبراء المعتمدين تثبت أن المكفول لم ينفذ التزاماته المتعاقد عليها، أو يقدم حكماً نهائياً يثبت ذلك.

كما يختلف خطاب الضمان عن الكفالة المصرفية في أن البنك مصدر خطاب الضمان ليس ملزماً، بإخطار العميل بالوفاء بمبلغ الضمان، فهو يقوم بالدفع عند الطلب رغم معارضة العميل، أما في الكفالة المصرفية يلتزم الكفيل فيها بإخطار المدين (العميل) بعزمه على الوفاء وإلا سقط حقه في الرجوع عليه[2].

ثالثاً: التمييز بين خطاب الضمان والاعتماد المستندي:

1. أوجه الشبه:

أ. يتشابه خطاب الضمان والاعتماد المستندي في أن كلٌّ منهما يتكون في علاقته القانونية من ثنائية الأطراف: البنك الضامن، والمستفيد.

ب. ويتفقان أيضاً في أن التزام البنك في كلٌّ منهما مستقل عن علاقة

---

(1) انظر: د/ رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 343، د/ علي البارودي، د/ محمد فريد العريني، القانون التجاري – العقود التجارية وعمليات البنوك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2006، بند 305، ص 419، د/ ثروت عبد الرحيم، مرجع سابق، بند 66، ص 970، 971.

(2) انظر: د/ نبيل محمد أحمد صبيح، مذكرات في الاعتمادات المصرفية، طبعة1994م، ص 52.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الأساس، غير أن هذا الاستقلال يزول في حالة وجود غشاً أو تواطؤاً، إلا أن إثبات الغش أو التواطؤ في مجال الاعتماد المستندي أيسر منه في خطاب الضمان، حيث يمكن إثبات أن هناك غشاً أو تواطؤاً في الاعتماد المستندي بإثبات وجود تزوير في المستندات المطلوبة أو عدم تطابق في بياناتها، أما في خطاب الضمان فإن إثبات ذلك يعتبر أمراً بالغ الصعوبة[1].

2. أوجه الاختلاف:

يختلف خطاب الضمان عن الاعتمادات المستندية من حيث المستفيد؛ ففي خطاب الضمان المستفيد هو المشتري، أو المستورد، أما في الاعتماد المستندي فالمستفيد هو البائع أو المورد[2].

(1) لمزيد من التفصيل انظر: د/ رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 325، د/ علي جمال الدين عوض، النظام القانوني لخطابات الضمان، تعليق منشور بمجلة المحاماة على حكم محكمة الأمور المستعجلة الجزئية بالقاهرة، الصادر في 5 مارس سنة 1960م، السنة الأربعون لعام 1959 - 1960م، ص 1730 - 1731، د/أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، طبعة 2008م، ص 328.

(2) انظر: د/ أكرم ياملكي، المرجع السابق، نفس الصفحة.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المبحث الثاني

الأنواع الرئيسية لخطابات الضمان المصرفية

تتعدد أنواع خطابات الضمان التي يحتاج إليها العملاء لتسيير أعمالهم وليس هناك أنواع محددة على سبيل الحصر لهذه الخطابات، وإنما تتنوع بحسب المعاملات التي تحتاج إلى توفير الثقة بين المتعاملين.

ويمكن تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب بحيث تشمل الأنواع الرئيسية لخطابات الضمان المصرفية، والأكثر شيوعاً في العمل، وذلك على النحو الآتي:

- **المطلب الأول:** أنواع خطابات الضمان من حيث شروط أعمالها:
- **النوع الأول:** خطابات الضمان غير المشروطة.
- **النوع الثاني:** خطابات الضمان المشروطة.
- **المطلب الثاني:** أنواع خطابات الضمان بحسب الالتزام المضمون:
- **النوع الأول:** خطابات الضمان في المناقصات والمزايدات.
- **النوع الثاني:** خطابات الضمان الملاحية.
- **النوع الثالث:** خطابات الضمان الجمركية.
- **النوع الرابع:** خطابات الضمان المهنية.
- **المطلب الثالث:** أنواع خطابات الضمان من حيث مكان المستفيد:
- **النوع الأول:** خطابات الضمان المحلية
- **النوع الثاني:** خطابات الضمان الأجنبية.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الأول

أنواع خطابات الضمان من حيث شروط أعمالها

إذا أخذنا بزاوية أو معيار الشروط المقترنة بخطابات الضمان المصرفية لوجدنا الفقه قسمها إلى نوعين:

النوع الأول: خطابات الضمان غير المشروطة

يلتزم البنك في هذا النوع من أنواع خطابات الضمان بأن يدفع قيمته لدى المستفيد بمجرد طلبه دون أن يتوقف الدفع على الرجوع إلى العميل مصدر خطاب الضمان؛ لأن خطابات الضمان التي تعتبر بديلاً عن الدفع النقدي يجب أن تكون غير مشروطة، وأن تتمثل في مجرد التزام البنك بدفع مبلغ نقدي محدد[1].

وهو ما أوضحته المادة (122/ب) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية اليمني رقم 23 لسنة 2007م[2] حيث تنص على أنه "يتم تقديم ضمان العطاء مع مظروف العطاء بإحدى الطرق التالية... 2 - ضمانة بنكية من أحد البنوك المصرح لها من قبل البنك المركزي بإصدار مثل هذه الضمانات وتكون الضمانة خالية من أي قيد أو شرط..."، وأيضاً المادة (127/ب) من ذات اللائحة حيث تنص على أنه "يقدم ضمان الأداء بإحدى الطرق التالية... 2 - خطاب ضمان غير مشروط صادر من أحد البنوك

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف بالنسبة للغير، مرجع سابق، بند 9، ص 14.

(2) اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية اليمني رقم 23 لسنة 2007م، الصادرة بقرار رئيس الوزراء رقم 53 لسنة 2009م، بتاريخ 8 فبراير 2009م.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المصرح لها بإصدار مثل هذه الخطابات، وهو ما أشارت إليه المادة (70) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 98 لسنة 1998م بقولها: "إذا كان التأمين خطاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة، وألا يقترن بأي قيد أو شرط، وأن يتعهد فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر الجهة الإدارية مبلغاً يوازي التأمين المطلوب، وأنه مستعد لأدائه بأكمله عند أول طلب منها دون الالتفاف إلى أية معارضة من مقدم العطاء".

وهناك صيغ معينة تستخدم في هذا النوع من أنواع خطاب الضمان كأن ينص في الخطاب بأن يدفع البنك لدى أول طلب، كما قد ينص على أن نتعهد بأن ندفع لكم لدى أول طلب من جانبكم ودون التمسك عليكم بأي دفع من عقد الأساس أياً كان، أو لدى الطلب دون تبرير صحته ودون حاجة إلى أعذار أو إجراء إداري أو قضائي أو إثبات من أي نوع وبغض النظر عن صحة وآثار عقد الأساس[1].

ومما يجب أن ننوه عليه في هذا الصدد بأن هناك شروطاً قد تلحق خطاب الضمان لا تؤثر في طبيعته القانونية باعتباره خطاب ضمان غير مشروط، ومن هذه الشروط أن ينص في خطاب الضمان النهائي على ألا يسري مفعوله إلا بعد اعتبار الخطاب الابتدائي لاغياً، أو ينص في خطاب الضمان على أن يسري مفعوله ابتداء من تاريخ معين كما هو الحال في خطابات الضمان الابتدائية، أو ينص في خطاب الضمان بأن يبدأ سريانه عند استلام العميل للمبلغ كما هو الحال في ضمان الدفعات المقدمة، إلى غير ذلك من الشروط التي قد لا يتوقف نفاذ الخطاب فيها على إرادة البنك أو إرادة العميل[2]؛ أي دون أن تنال من خاصية تجرد تعهد البنك واستقلاله، فإذا نالت من استقلال تعهد البنك بحيث أصبح التزامه يتوقف على إرادة العميل، فإننا نكون عندئذ أمام خطاب ضمان مشروط.

---

(1) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، طبعة 1991م، بند 35، ص 44.

(2) انظر: د/ سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف و بالنسبة للغير، مرجع سابق، بند 9، ص 15.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

النوع الثاني: خطابات الضمان المشروطة

وهذا النوع من خطابات الضمان هو الذي يضمن فيها البنك تنفيذ التزام عميله ويعلق دفع قيمتها على استيفاء شروط معينة، كأن يشترط بأن قيمة الخطاب تستحق إذا صدر حكم لصالح المستفيد، أو إذا أثبت بشهادة تحليل أو خبرة أن الأشياء الموردة للمستفيد غير سليمة، وغيرها من الشروط التي تلزم الجهة المستفيدة تقديم ما يثبت إخلال العميل المكفول بخطاب الضمان بالتزامه المتفق عليه[1]، مما يحتم على البنك في الأحوال التي يعلق فيها تنفيذ خطاب الضمان على شروط معينة أن يتحرى من توافر تلك الشروط قبل أن يبادر إلى الوفاء للمستفيد، فإذا أهمل شرطاً من تلك الشروط، كان للعميل أن يعترض، وإذا اعترض العميل صار البنك مسئولاً قبله عن تعويضه بقدر ما لحقه من ضرر إذا أوفى بقيمة الضمان إلى المستفيد[2].

وهنا ليس أمام البنك من خيار إلا أن يرجع على المستفيد لاسترداد ما دفعه له إذا ثبت أن ما حصل عليه كان عن طريق الغش أو أنه قدم له مستندات مزورة بحيث إن ما استلمه منه كان بغير وجه حق.

وما يجب الإشارة إليه إلى أن هناك اتجاهاً لبعض الفقهاء[3]، نؤيده وهو أن خطابات الضمان المشروطة لا تعد من صور خطابات الضمان؛ نظراً لأن التزام

---

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي، خطابات الضمان المصرفية في ضوء مشروع قانون التجارة لدولة الأمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، بند 6 ص 295.؛ جمال عبد الخضر عبد الرحيم، خطابات الضمان – الاعتمادات الضامنة – الكفالات في التشريعات والقواعد الدولية واتفاقيات الأمم المتحدة، اتحاد المصارف العربية، بيروت، ص 103.

(2) انظر: د/ نجاه بضراني، الائتمان المصرفي بطريق التوقيع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عام 1987م، ص 552.

(3) انظر: د/ سميحة القليوبي، المرجع السابق خطابات الضمان المصرفية في ضوء مشروع قانون التجارة لدولة الأمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، بند 6 ص295، د/ يعقوب صرخوة، مرجع سابق، ص 47، د/محمد عبد الحميد القاضي و د/نادية محمد معوضة، القانون التجاري، دار التعاون للطباعة، طبعة 2005/2004م، بند 96، ص 289، د/ مصطفى كمال طه، مرجع سابق، بند 302، ص 325.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

البنك فيها يكون مرتبطاً بالتزام العميل وتابعاً له وليس مستقلاً عنه؛ مما يجعل استحقاقه يتوقف على عوامل خارجية عن مجرد الخطاب، فيكون تعهد البنك على هذا النحو كفالة عادية تخضع لأحكام الكفالة الواردة في القانون المدني.

وتأسيساً على ذلك نري أن تخرج هذه الصورة من الأنواع المعتبرة قانوناً لخطابات الضمان المصرفية.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثاني

أنواع خطابات الضمان بحسب الالتزام المضمون

ليس هناك أنواع محددة على سبيل الحصر لخطاب الضمان بحسب الالتزام المضمون، وإنما تتعدد الخطابات بحسب المعاملات التي تستلزمها، وعليه فإننا سوف نقسم هذه الطائفة من خطابات الضمان إلى أربعة أنواع:

النوع الأول: خطابات الضمان في المناقصات والمزايدات

تعتبر خطابات الضمان في المناقصات والمزايدات من أهم أنواع خطابات الضمان شيوعاً في العمل، وهذا النوع من خطابات الضمان يتفرع إلى خطابات الضمان الابتدائية وخطابات الضمان النهائية، وخطابات الضمان عن الأشياء المعطاة للمقاول، وخطابات الضمان التمويلية، ونظراً لأهمية هذا النوع من خطابات الضمان بما تثيره من مشاكل عملية فإننا سوف نرجئ الكلام عنه إلى الفصل الأول من هذا البحث باعتباره موضوع دراستنا.

النوع الثاني: خطابات الضمان الملاحية في غياب سند الشحن

قد يحدث من الناحية العملية أن يقوم المصدر بإعداد البضائع استعداداً لإرسالها إلى المستورد، فيتخذ الإجراءات الخاصة بتسليمها إلى الناقل للبضائع، وفي نفس الوقت يسعى جاهداً لسرعة إتمام إجراءات التصديق على باقي مستندات الثمن وموافقة بعض الجهات المعنية إذا ما تطلب الأمر ذلك[1].

(1) انظر: صلاح الدين السيسي، مرجع سابق، ص156.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ولكن قد يحدث أن تغادر البواخر التي تحمل هذه البضائع موانئ الشحن قبل استكمال إعداد باقي مستندات الشحن لتقديمها إلى البنك القائم بعملية التداول، مما يعني أن على المستورد أن ينتظر حتى تصل المستندات ليتمكن من استلام البضائع، إلا أن هذا الانتظار قد يعود عليه بالضرر والخسارة[1]، كما أن البضاعة قد تشغل حيزاً كبيراً في المنطقة الجمركية، مما يعوق حركة الشحن والتفريغ، وهنا تقوم خطابات الضمان بوظيفتها الائتمانية الكبيرة، فيقدم المرسل إليه إلى وكيل شركة الملاحة للميناء خطاب ضمان مصرفي بقيمة الشحنة الواردة أو بدون تحديد القيمة، وهو الغالب صادر من أحد البنوك حيث يلتزم البنك بمقتضى الضمان بتسليم شركة الملاحة سند الشحن عند وصوله إلى المرسل إليه، ودفع التعويضات التي يحكم بها على الناقل نتيجة لتسليم البضاعة لغير الحامل الشرعي له، ويكون البنك مسئولاً عن ذلك أمام الناقل بالتضامن مع المرسل إليه[2]، وبذلك يسلمه الوكيل البضاعة مطمئناً أنه إذا لم تصل مستندات الشحن في وقت مناسب أن يدفع له البنك ما التزم به بمقتضى خطاب الضمان.

وعند ورود بوليصة الشحن يقدمها العميل أو البنك إلى شركة الملاحة البحرية والمستفيدة من خطاب الضمان؛ ليسترده [3]، أما إذا ظهرت بوليصة الشحن بيد شخص آخر غير من قدم خطاب الضمان وكان من حقه تسلم البضاعة فيحق لشركة الملاحة مطالبة البنك بقيمة خطاب الضمان المساوي لقيمة البضاعة[4].

---

(1) من الأضرار التي تلحق بالمستورد نتيجة انتظاره وصول مستندات الشحن التي تبرر قيامه بطلب إصدار خطاب ضمان لكي يتمكن من استلام البضاعة، حرمانه من استلامها فور وصولها مما يعرضها لاحتمالات تقلب الأسعار في السوق، كذلك قد يكون مرتبطاً بمواعيد مع عملاء لتسليمها لهم، كما قد يتحمل مصاريف تخزينها فترة طويلة بالمنطقة الجمركية مما قد يشكل أعباء إضافية على التكلفة الاستيرادية لنشاطه، وبذلك يتيح استخدام خطاب الضمان الملاحي للمستورد وسيلة مناسبة لتجنب مثل هذا الأعباء الإضافية.

(2) انظر: د/ حماد مصطفى عزب، دور خطابات الضمان في النقل البحري، دار النهضة العربية، طبعة 1996م، ص 14، د/ أحمد غنيم، الاعتمادات المستندية والتحصيل المستندي، الطبعة الرابعة، ص 60.

(3) انظر: د/ رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص334، د/ حماد مصطفى عزب، مرجع سابق، ص15.

(4) انظر: د/ رضا السيد عبد الحميد، المرجع السابق، نفس الصفحة.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ونفضل مع البعض[1] أن يتضمن خطاب الضمان بياناً بقيمة البضائع محل الضمان تحديداً لالتزام البنك فيه، كما يستحسن أن يحدد أجل لسريان الضمان.

غطاء خطاب الضمان الملاحي:

يجب أن نفرق في هذه المسألة بين ما إذا كان البنك مصدر خطاب الضمان الملاحي قد قام بفتح اعتماد مستندي للعميل المستورد بشأن البضاعة الصادر بشأنها خطاب الضمان أم لا.

ففي الحالة الأولى حيث يكون البنك سبق له أن فتح اعتماد مستندي للعميل المستورد بشأن هذه البضاعة، فقد جرت العادة لدى البنوك التجارية على أنها لا تطلب غطاء لخطاب الضمان، ويحصل البنك على إقرار من العميل على أنه سيقوم بخصم المبلغ إذا سدده البنك من حساب العميل أو أية أموال أخرى له لدى البنك[2].

أما إذا لم يكن هناك اعتماد مستندي مفتوح بواسطة البنك مصدر خطاب الضمان، فإنه يشترط على العميل إيداع غطاء نقدي كامل للخطاب قبل إصداره[3].

ولكن قد يصدر البنك خطاب ضمان لجملة ما يستورده العميل خلال فترة معينة هي في العادة سنة، وفي هذه الحالة يحدد البنك حداً أقصى لمبلغ الضمان فإذا زادت قيمة البضائع المستوردة عن مبلغ الضمان وجب تقديم تأمين جديد بقيمة الزيادة إلى البنك[4].

وما يجب أن نشير إليه بصدد خطابات الضمان الملاحية إلى أن هناك رأياً

---

(1) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، (1991م)، مرجع سابق، بند27 ص 30.

(2) انظر: د/ حياة شحاتة، مرجع سابق، ص 391.

(3) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، (1991م) مرجع سابق، بند 27 ص 31.

(4) انظر: د/ محيى الدين إسماعيل، خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1967م، بند9 ص 19.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

فقهياً[1] نميل إليه يذهب إلى القول بأن هذا النوع من خطابات الضمان والتي تصدر بمناسبة غياب بوالص الشحن قد لا تتضمن خصائص خطابات الضمان المستقر عليها فقهاً وقضاء[2] وهي أن تمثل بالضرورة تعهداً باتاً وقطعياً من قبل البنك في مواجهة المستفيد وغير معلقه على شرط، وفي حالة عدم تضمنها هذه الخصائص فإنها لا تعدو في جوهرها مجرد ضمان بنكي تخضع للأحكام العامة لعقد الكفالة المصرفية.

النوع الثالث: خطابات الضمان الجمركية

قد تستحق الرسوم الجمركية على السلع المستوردة ليس بمجرد وصولها إلى المنطقة الجمركية، وإنما قد يكون بعد توزيعها في الأسواق المحلية للاستهلاك[3]، كما أن هناك مواد أولية قد ترد ليعاد تصنيعها ثم تصديرها بعد ذلك إلى خارج البلاد، وقد تستوجب الضرورة الإسراع في إخراج البضائع المستوردة التي يخشى من تلفها والتي لا تتحمل التخزين في المنطقة الجمركية لفترة طويلة فيكتفي

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي، خطابات الضمان المصرفي في ضوء مشروع التجارة لدولة الأمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص 297، أحمد غنيم، حيث يرى أنه على الرغم من أن العمل جرى على تصنيفها ضمن خطابات الضمان فإنها ليست خطابات ضمان بالمعنى الفني، وذلك لتخلف فيها بعض الأركان الجوهرية المطلوبة في خطابات الضمان؛ نظراً لكونها تصدر دون تحديد مبلغ أو أجل معين، انظر مؤلفه خطابات الضمان، مرجع سابق، ص 26.

(2) وقد حكمت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها بأنه: "الأصل في خطاب الضمان أن لا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجة عنه ولا على تحقق شرط ولا حلول أجل، إلا أنه لا يغير من ذلك أن يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد من الخطاب"، الطعن رقم 2084 لسنة 58ق، جلسة 1989/5/29م، والطعن رقم 1013 لسنة 50ق في 1985/12/30م، نقض 79/12/31 س 30 ص 2097، انظر الموسوعة التجارية الحديثة في أحكام محكمة النقض منذ إنشائها حتى الآن للمستشار عبد المنعم دسوقي، بند 521، ص 403.

(3) انظر: حسن أنور طه حبيب، مرجع سابق، ص 6.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

بمراجعتها وحصرها دون انتظار تقدير رسومها والتي قد تستغرق إجراءات مطولة لتحديدها وحسابها[1].

في جميع هذه الحالات قد تتطلب مصلحة الجمارك من أصحابها تقديم تأمين نقدي أو خطاب ضمان مصرفي صادر من بنك معتمد، ضماناً لما قد يستحق من ضرائب أو رسوم جمركية عليها، وهناك أنظمة عديدة تتخذها مصلحة الجمارك بهدف المحافظة على ما يستحق من رسوم وضرائب لخزانة الدولة، ومن هذه الأنظمة التي تتخذها مصلحة الجمارك:

أولاً: نظام الإيداع:

نظراً للمدة التي قد تستغرقها بعض البضائع والتي قد تصل إلى أسابيع بل إلى شهور بين وصولها إلى المنطقة الجمركية وإعادة تصديرها إلى جهة أخرى تجعل مصلحة الجمارك تطلب من مالك البضاعة تقديم خطاب ضمان، يكفل ما يستحق على البضائع من رسوم إيداع عن المدة المحتملة والتي تظل فيها البضائع في المستودعات[2].

وينتهي الغرض من خطاب الضمان عند إعادة شحن البضائع للخارج، وبالتالي إعادة خطاب الضمان للبنك، وفي حالة عدم التزام العميل بإعادة شحن البضائع يتم مصادرة قيمة خطاب الضمان، ولا يصرح للمستورد في هذه الحالة بعرض البضاعة لبيعها بالداخل. ويشترط عند إعادة شحنها للخارج أن تخرج من نفس المنفذ الذي دخلت منه[3].

---

(1) انظر: صلاح الدين حسن السيسي، مرجع سابق، ص 158.

(2) لمزيد من التفصيل انظر: د/ محيى الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، الجزء الأول، طبعة 1987م، بند 476 ص 546، د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية،(1991م)، مرجع سابق، بند 23 ص 27.

(3) انظر: د/ يحيى إبراهيم علي، التمويل الدولي والعمليات المصرفية الدولية، الطبعة الثانية 2001م، ص 633.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ثانياً: نظام السماح المؤقت:

ويعني هذا النظام السماح لمواد أولية بدخولها للبلاد لتصنيعها، وكذا دخول الأصناف المستوردة لأجل إصلاحها أو تكملة صنعها أو دخول بعض آلات والممتلكات الشخصية بغرض استخدامها الشخصي من قبل رعايا دولة أخرى بصفة مؤقتة، وقد عفا قانون الجمارك اليمني رقم 14 لسنة 1990م[1]، وكذلك قانون الجمارك المصري رقم 66 لسنة 1963م المعدل بالقانون رقم 57 لسنة 2002م [2] هذه المواد والأصناف من الرسوم الجمركية المستحقة عليها، مقابل أن يودع تأميناً نقدياً أو خطاب ضمان إلى مصلحة الجمارك بقيمة الضرائب والرسوم المستحقة، بحيث إذا لم تصدر هذا المواد المستوردة إلى الخارج خلال المدة المحددة من تاريخ الاستيراد أصبحت الضرائب والرسوم واجبة الأداء، ويكون لمصلحة الجمارك أن تطلب تسييل خطاب الضمان سداداً للرسوم والضرائب المستحقة عن السلع والأدوات التي لم يتم إعادة تصديرها [3].

وقد حددت المادة (141) جمارك يمني مدة السماح بستة أشهر من تاريخ استيراد المواد والأصناف، قابلة للتمديد بحسب ما تقرره مصلحة الجمارك، بحيث إذا لم تصدر خلال هذه المدة أصبحت الضرائب والرسوم الجمركية واجبة عليها.

ويهدف هذا النظام إلى التوفير للمستورين ضريبة الوارد التي كانوا سيدفعونها، وبالتالي يمكنهم من استثمار هذه المبالغ في الصناعة بدلاً من تعطيلها عدة شهور، حتى تتم إجراءات تحويل المواد الأولية إلى مصنوعات وإعادة تصديرها إلى الخارج، ثم استرداد الضريبة الجمركية عنها، كما يرمي هذا النظام إلى غزو الأسواق الأجنبية ببضائع الدولة، وتشجيع التصدير والتجارة الخارجية؛ مما يؤدي إلى تحسين الميزان التجاري للدولة[4].

---

(1) منشور بالموسوعة التشريعية للقوانين التي اقرها مجلس النواب للفترة بين 22/ مايو/ 1990م حتى 22/ مايو/2004م، الصادرة عن رئاسة مجلس النواب اليمني.

(2) منشور بالجريدة الرسمية العدد 177 في 8/8/1963م. منشور التعديل بالجريدة الرسمية العدد25 تابع "ج" في 20 يونيو سنة 2002م.

(3) المادة (141) جمارك يمني، تقابلها المادة (98) جمارك مصري.

(4) انظر: مصطفى رضوان، التهريب الجمركي والنقدي فقهاً وقضاءً، عالم الكتب، القاهرة، طبعة 1970م، =

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ومن أمثلة السماح المؤقت السماح للسياح باصطحاب سياراتهم عند دخولهم إقليم الدولة على أن يقدموا تأميناً نقدياً أو خطاب ضمان لخروج السيارة خلال مدة معينة، وكذلك السماح للرعايا بالخروج من دولتهم مصطحبين سياراتهم أو مجوهراتهم بعد تقديم الضمان لخروجها بعد مدة معينة، فإذا لم يتم خروجها خلال تلك المدة قامت مصلحة الجمارك باقتضاء خطاب الضمان مقابل ما يستحق عليهم من رسوم وضرائب[1].

ومن قبيل السماح المؤقت - أيضاً - السماح بتصدير بعض السلع لاستكمال صنعها وإعادتها، مثل إرسال شركات الغزل والنسيج منسوجات إلى الخارج لطبعها وإعادتها، والسماح المؤقت في مثل هذه الحالات مشروط بتقديم خطاب ضمان إلى مصلحة الجمارك يضمن عودتها بعد استكمال صنعها[2].

ونفس الحكم يجري في حالة إرسال بعض الآلات والأجهزة الطبية إلى الخارج لغرض إصلاحها خاصة عندما تكون من الأجهزة الحساسة وذات تكلفة كبيرة، فيتطلب تقديم خطاب ضمان لمصلحة الجمارك يضمن عودتها بعد إصلاحها.

ثالثاً: تيسير التخليص على البضائع:

وهذا التيسير يهدف إلى الإفراج عن البضائع بمجرد قيام مصلحة الجمارك بمراجعتها وفحصها دون انتظار تحديد الرسوم والضرائب الواجبة عليها؛ نظراً لما قد يستغرقه هذا التحديد من وقت طويل يؤدي الي تكدس البضائع على الأرصفة الجمركية؛ مما يعوق حركة نقل وشحن البضائع، ويؤدي إلى تأخير وصولها إلى الأسواق، خاصة إذا كانت هذه البضاعة لا تتحمل البقاء طويلاً في المنطقة الجمركية، في مثل هذه الحالات يتم الإفراج عنها مقابل تقديم خطاب ضمان مصرفي يكفل سداد قيمة الرسوم المستحقة عليها عند تسويتها[3].

= ص 70.69.

(1) انظر: د/محيى الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك، مرجع سابق، بند 477، ص 547.

(2) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية (1991م)، مرجع سابق، بند 24، ص 28.

(3) انظر: د/ عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك وفقاً لقانون التجارة الجديد =

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

غير أنه يمكن للمستورد أن يقدم ضماناً عاماً يغطي نشاطه التقديري خلال العام بحيث تقوم الجمارك باستنزال قيمة ما يفرج عنه أولاً بأول[1]، وهذا التيسير في رأينا يحقق فائدة كبيرة للمستورد إذ يخفف من الرسوم المستحقة للمخازن والمستودعات الجمركية في حالة إطالة مدة بقاء البضاعة فيها، كما يساعد المستورد على تلبية احتياجات عملائه من البضائع في المواعيد المحددة بينهما دون انتظار تقدير الرسوم الجمركية المستحقة عليها.

رابعاً: نظام البضائع العابرة:

وهذا النظام ينطبق على البضائع التي تعبر من إقليم الدولة براً دون أن تأخذ طريقها في البحر[2].

وبموجب هذا النظام تقوم مصلحة الجمارك في الدولة التي تعبر عن طريقها هذه البضائع بإعفائها من الضرائب والرسوم الجمركية، مقابل أن يقدم صاحب العملية تأميناً نقدياً يوازي قيمة الضرائب والرسوم الجمركية المستحقة عليها في حالة عدم وصولها إلى الجهة المطلوبة، أو تقديم خطاب ضمان مصرفي صادر من إحدى البنوك يتعهد فيه بدفع قيمة الضرائب والرسوم الجمركية في حالة عدم إيصال البضائع إلى الدولة المطلوب تصديرها إليها من قبل أصحاب الشأن [3].

ويشترط القانون[4] لكي تعيد مصلحة الجمارك قيمة التأمين أو خطاب الضمان تقديم شهادة من جمارك الدولة المطلوب إرسال البضاعة إليها يثبت فيها وصول البضاعة إلى أراضيها؛ فمثلاً البضائع التي يتم استيرادها من ليبيا إلى السودان بحيث تمر عبر الأراضي المصرية، وحتى لا يتم تهريبها داخل الأراضي

= رقم 17 لسنة 1999م، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 398.

(1) انظر: محمد طاهر العشري، مرجع سابق، ص 14.

(2) المادة (63) جمارك مصري.

(3) المادة (86) جمارك يمني – المادة (64) جمارك مصري.

(4) المادة (87) جمارك يمني – المادة (66) جمارك مصري.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المصرية دون أن تسدد الضرائب والرسوم الجمركية المستحقة عليها تطلب السلطات الجمركية المصرية، تقديم خطاب ضمان وذلك لضمان تصديرها بالكامل إلى السودان خلال المدة المحددة لذلك، ويثبت وصولها إلى الأراضي السودانية بتقديم شهادة من الجمارك في هذه الدولة تفيد دخول البضاعة إليها وبعد تقديم هذه الشهادة يقوم صاحب العملية باسترداد ضمانه، أما إذا لم يتم تصدير هذه البضاعة وجب سداد الرسوم عليها للسلطات المصرية.

ومما يجب ملاحظته هنا أن البضائع العابرة لابد وأن تدخل من منفذ جمركي وتخرج من منفذ آخر، وبالتالي لا يجوز السماح هنا بفك البضاعة أو استخدامها أو عرضها أو تصنيعها ويتعين إعادة شحنها بنفس شكلها وحالتها[1].

النوع الرابع: خطابات الضمان المهنية

يطلب تقديم هذا الضمان ممن يرغبون في مزاولة مهنة معينة كشرط من شروط مزاولة هذه المهنة ضماناً لما قد يحدث منهم من إخلال بالتزاماتهم الناشئة عن ممارستهم لعملهم، أو ما قد يستحق نتيجة للمخالفات التي قد تقع منهم عند مزاولتهم لهذه المهنة.

وهذه الضمانات متعددة ومتنوعة، وفيما يلي نورد بعضاً منها:

أولاً: الضمانات التي تطلب من أصحاب المستودعات:

تقضى المادة (117) من اللائحة التنفيذية لقانون الجمارك المصري رقم 66 لسنة 1963م[2] بأن يدفع كل صاحب مستودع تأميناً إلى مصلحة الجمارك

(1) انظر: د/ يحيى إبراهيم علي، مرجع سابق، ص 634.

(2) اللائحة التنفيذية لقانون الجمارك المصري رقم 66 لسنة 1963م الصادرة بقرار وزير المالية رقم 10 لسنة 2006م، منشوره في الوقائع المصرية، السنة 178هـ – العدد(9) تابع(أ) في 16 يناير سنة 2006م.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

أو يقدم إليها خطاب ضمان مصرفي يغطي 5 % من واقع الضرائب الجمركية أو غيرها من الضرائب التقديرية لمتوسط الطاقة التخزينية المتوقعة للمستودع في حالة المستودعات المقامة داخل الموانئ و10 % في حالة المستودعات المقامة خارج الموانئ.

والغرض من اشتراط تقديم هذا الضمان هو إحكام الرقابة على حركة الإيداع والسحب، وعدم حدوث أي إخلال من صاحب المستودع بالتزاماته الناشئة عن قانون الجمارك والقرارات المنفذة له، واقتضاء قيمة الأضرار والغرامات من قيمة خطاب الضمان[1].

ثانياً: خطابات الضمان التي تطلب من المخلص الجمركي:

المخلص الجمركي هو الوسيط الذي يقوم بمساعدة المصدرين والمستوردين والمسافرين في إنجاز الإجراءات الجمركية لتخليص بضائعهم من دائرة الجمارك[2].

وقد ألزمت المادة (73) من اللائحة التنفيذية لقانون الجمارك المصري أن يقدم قبل مزاولة هذه المهنة تأميناً نقدياً إلى مصلحة الجمارك مقداره خمسة ألف جنيه تخصم منه المصلحة ما يستحق عليه من غرامات وتعويضات عن المخالفات التي تقع منه أو من المخلصين التابعين له، وأيضاً لتعويض ما قد يقع منهم أو بسببهم من الأضرار أثناء القيام بأعمال التخليص.

ويجوز أن يقدم بدل هذا التأمين النقدي خطاب ضمان مصرفي صادر من أحد البنوك التجارية؛ لأنه لا شك في أن خطاب الضمان المصرفي يقوم مقام التأمين النقدي الذي يوضع تحت إدارة الجمارك، خاصة وأنه مع تطور النظام

(1) انظر: د/ صلاح حسن السيسي، مرجع سابق، ص 160.

(2) انظر: د/ محيى الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك، مرجع سابق، بند 488، ص 555، د/ عبدالحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 402.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المصرفي والعلاقات التجارية أصبح يحتم اللجوء إلى الوسائل المتطورة التي تعمل على عدم تجميد الأموال في خزانة الجمارك من جهة؛ وإلى توفير عنصر الضمان المطلوب من جهة أخرى[1].

ثالثاً: خطابات الضمان التي تطلب من السماسرة في سوق البورصة المصرية:

يتعين على من يعين كمرشح في سوق بورصة الأوراق المالية أن يقدم تأميناً نقدياً أو خطاب ضمان مصرفي، وفقاً لما تحدده لجنة البورصة؛ ضماناً لما يستحق عليه من مبالغ للعملاء أو ما تطلبه منه لجنة البورصة أو أعضاؤها، وكذلك لتسديد الغرامات التي قد تستحق عليه بسبب مخالفته لواجباته[2].

وبذلك فإن خطابات الضمان لها دور مهم في منع انحراف السمسار عن واجباته المؤكلة إليه، باعتبار السماسرة هم عماد حركة تداول الأوراق المالية في أسواق البورصة؛ فعمليات البيع والشراء تتم بواسطتهم.

(1) انظر: د/ يعقوب صرخوة، مرجع سابق، ص 66.65.

(2) لمزيد من التفصيل: انظر: د/ محيى الدين إسماعيل، المرجع السابق، بند 491، ص 556، صلاح الدين حسن السيسي، مرجع سابق، ص 161.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثالث

أنواع خطابات الضمان من حيث مكان إقامة المستفيد

نظراً لما أحدثه التطور الهائل في وسائل الاتصالات والمواصلات وخاصة في السنوات الأخيرة من تأثير إيجابي على العلاقات التجارية بحيث لم تعد محصورة ضمن منطقة جغرافية معينة، بل تعدتها لتشمل جميع بلدان العالم.

ولما كان خطاب الضمان يُعد من أهم العمليات الائتمانية التي تساعد على ضمان تبادل ونقل السلع والبضائع بين مختلف البلدان، فإنه يمكن تقسيمه من حيث إقامة المستفيد إلى نوعين:

النوع الأول: خطابات الضمان المحلية

وهي الخطابات التي يصدرها البنك المحلي بناء على طلب مواطنين، أو بناء على طلب مراسلين في الخارج لصالح مستفيدين مقيمين في الدولة التي يقع بها موطن البنك مصدر خطاب الضمان[1].

ويمكن أن نوضح الحالة الأخيرة بالمثال الآتي:

قيام شركة أجنبية للتقدم في مناقصة داخل الجمهورية اليمنية، بحيث يتعين عليها لكي يتم قبول عطائها أن تقدم خطاب ضمان ابتدائي، ولذا تلجأ هذه الشركة إلى البنك الذي تتعامل معه في الخارج ليصدر لها خطاب ضمان، غير أنه

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف وبالنسبة للغير، مرجع سابق، بند 11 ص 18، أحمد عبد الله بيومي، محاضرة ألقاها بمعهد الدراسات المصرفية المصري، بعنوان: خطاب التعهد، مجموعة محاضرات العام الدراسي 1975/1976، ص 9.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

لما كانت ملاءة هذا البنك غير معروفة للجهة التي طلبت الضمان، فإن بنك العميل الخارجي يطلب من أحد البنوك المحلية في اليمن مشاركته التوقيع على خطاب الضمان الذي يصدره لصالح المستفيد المقيم في اليمن.

غير أن على البنك المحلي أن يحتاط لنفسه من تدهور أسعار الصرف وقت قيامه بدفع قيمة خطاب الضمان، وذلك لحصوله على تعزيز من المراسل (البنك الأجنبي) بأنه عند المطالبة يكون حساب المقاول للعملية المحلية بالعملة الأجنبية على أساس سعر الصرف السائد وقت الدفع، ليس على أساس السعر وقت إصدار خطاب الضمان[1]، تجنباً لما قد يحدث من أزمات مالية في الفترة بين إصدار خطاب الضمان ووقت الوفاء به تؤثر على قيمة الصرف؛ مما قد يلحق خسارة كبيرة بالبنك المحلي.

وما يجب ملاحظته أن البنوك - سواء في مصر أو في اليمن - قد تصدر خطابات ضمان لحساب مراسليها في الخارج بدون أن تطلب غطاء نقدياً، إذا كان من بنوك الدرجة الأولى التي يعتمدها البنك المركزي، ولكن يشترط المعاملة بالمثل، غير أنه إذا لم تكن من بنوك الدرجة الأولى فإنه يتعين مطالبتها بتقديم ضمان مقابل من أحد بنوك الدرجة الأولى المعتمدة في بلدها وذلك على سبيل الاحتياط"[2].

النوع الثاني: خطابات الضمان الأجنبية

وهي الخطابات التي تصدرها البنوك المحلية بناء على طلب عملائها لصالح مستفيدين مقيمين في الخارج[3]، حيث يطلب البنك المحلي من أحد مراسليه في بلد المستفيد الاشتراك معه في التوقيع على خطاب الضمان، أو قد يكتفي البنك

(1) انظر: صلاح الدين حسن السيسي، مرجع سابق، ص 173.

(2) انظر: أحمد عبد الله بيومي، مرجع سابق، ص 10.

(3) انظر: د/ سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف وبالنسبة للغير مرجع سابق، بند 1، ص 19، د/ علي جمال الدين عوض، خطابا الضمان المصرفية، (1991م)، مرجع سابق، بند 32 ص 40.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المحلي بتكليف البنك الأجنبي بإصداره نيابة عنه بعد أن يتعهد له بأن يدفع له كل ما يتكبده نتيجة لإصدارة لخطاب الضمان[1]. كما هو الحال في مقاولات الأعمال التي تقع في الخارج ويرسي العطاء فيها على مقيم في الدولة ويلزمه تقديم خطاب ضمان إلى الجهة الأجنبية طارحة المناقصة ضماناً لحسن تنفيذ العملية التي رست عليها[2]، أو لضمان سداد الأقساط الآجلة المستحقة على المستوردين في تواريخ استحقاقها لصالح مصدريه في الخارج[3].

وقد يستخدم هذا النوع من خطابات الضمان في حالة قيام شركات القطاع لعام أو الخاص بالدخول في مناقصات خارجية بغرض تصدير أنواع معينة من البضائع أو المنتجات اليمنية على سبيل المثال إلى الخارج.

وهكذا يتضح لنا أهمية الدور الذي تلعبه خطابات الضمان الخارجية في العمليات التجارية والاقتصادية بشأن تبادل السلع والخدمات وتنفيذ التعاقدات والتعهدات الدولية، خصوصاً في الدول النامية التي يعتمد معظم استهلاكها على الاستيراد من الخارج؛ مما يكون لهذا الخطابات دور بالغ الأهمية في تسهيل استيرادها من البضائع والسلع الاستهلاكية لكونها توفر نوعاً من الأمان لكلٍّ من المصدرين والمستوردين.

(1) انظر: حسن أنور طه حبيب، مرجع سابق، ص 10، د/ محيى الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك، مرجع سابق، بند 496، ص 559.

(2) انظر: صلاح الدين حسن السيسي، مرجع سابق، ص 163.

(3) انظر: د/ يحيى إبراهيم علي، مرجع سابق، ص 649.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الفصل الأول

أنواع خطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات وأطرافها

- **تمهيد وتقسيم:**

عندما تطرح بعض الوزارات والمصالح والشركات مناقصات أو مزايدات، يتقدم المقاولون أو الموردون أو المتعهدون بعطاءاتهم في المناقصة أو المزايدة، وتفحص الجهة طارحة المناقصة أو المزايدة العطاءات المقدمة لاختيار أفضلها، ولكي تضمن هذه الجهات عدم تراجعهم عن المناقصة أو المزايدة، بسبب أخطائهم في التقدير أو ارتفاع الأسعار، فإنها تشترط عليهم أن يرفقوا بعطائهم تأميناً نقدياً، فإذا عدل أحدهم عن عطائه حق للجهة المستفيدة مصادره تأمينه، ويمكن للمقاول أو المورد أو المتعهد أن يقدم بدلاً عن هذا التأمين النقدي لكي لا يبقى مجمداً لدى الجهة المستفيدة مما يحرم من الانتفاع به خطاب ضمان مصرفي صادر من أحد البنوك التجارية، ويسمى هذا الخطاب "بخطاب الضمان الابتدائي"، وإذا رسيت عليه المناقصة أو المزايدة فإن للجهة طارحة المناقصة أو المزايدة ضماناً لحسن تنفيذ العملية أن تطلب منه تقديم تأمين نهائي يحدد بنسبة معينة من قيمة العملية، وللمقاول أن يقدم بدلاً منه خطاب ضمان مصرفي يسمى "بخطاب الضمان النهائي".

وقد تعطي الجهة طارحة المناقصة المقاول آلات أو معدات لإنجاز العملية المعهود بها إليه، وتطلب منه ضماناً لردها بحالتها عند الانتهاء من العملية، وهذا الضمان يسمى "بخطاب ضمان الأشياء المعطاة للمقاول".

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

كما قد يحتاج المقاول إلى مبالغ نقدية من الجهة المستفيدة؛ لكي تساعده على إنجاز المشروع أو للإفراج عن مبالغ له محجوزة لدى هذه الجهة لكي يستخدمها في تمويل عمليات أخرى، فتقوم الجهة المستفيدة بصرفها له مقابل خطاب ضمان يقدمه المقاول يسمى "بخطاب ضمان تمويلي"، وهذا الخطاب يتعدد ويتنوع إلى ثلاثة أنواع: خطاب ضمان مقابل دفعات مقدمة تقدمه الجهة المستفيدة للمقاول أو المورد، وخطاب ضمان مقابل صرف المبالغ المستقطعة من المستخلصات والمحجوز لدى أمانات الجهة المستفيدة، وخطاب ضمان مقابل المبالغ المستحقة للمقاول عن إنجازه للعملية التي لم يتم حصر أعمالها فتصرفها له الجهة مقابل إيداعه خطاب ضمان يضمن رد ما يزيد لديه من مبالغ بعد حصرها، كل هذه الأنواع تسمى بخطابات ضمان المناقصات والمزايدات.

وعلى الرغم من أن الغالبية العظمى من هذه الخطابات تصدر بمناسبة المناقصات والمزايدات التي تعلن عنها الجهات الحكومية، فإن ذلك لا يمنع من إصدارها بمناسبة المناقصات أو المزايدات التي تعلن عنها الشركات والمؤسسات الأهلية.

وهذه الأنواع من خطابات الضمان تتكون من طرفين محوريين، وهم البنك مصدر الخطاب، والمستفيد الذي يضمنه البنك، صحيح أن المستفيد ليس طرفاً في إنشاء خطاب الضمان، إلا أنه متى لم يعترض على الخطاب يصبح طرفاً رئيسياً فيه و يكون ركناً أساسيا في الخطاب فرفضه للخطاب يؤدي إلى انقضائه نهائياً، وعلى الرغم من أن لخطاب الضمان طرفين فإن أساس العلاقة التي تحكمهم تختلف عن أساس العلاقة التي تحكم المستفيد بالعميل أو تحكم هذا الأخير بالبنك.

وتأسيساً على ما تقدم نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول أنواع خطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات، ونبحث في المبحث الثاني أطراف عملية خطاب الضمان المصرفي في المناقصات والمزايدات وأساس العلاقة الناشئة عنه.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المبحث الأول

أنواع خطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات

وفي هذا المبحث نتناول أنواع خطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات في أربعة مطالب:

- **نتناول في المطلب الأول** خطاب الضمان الابتدائي أو ضمان العطاء.
- **وفي المطلب الثاني** نتناول خطاب الضمان النهائي.
- **ونتناول في المطلب الثالث** خطاب الضمان عن الأشياء المعطاة للمقاول أو المورد.
- **ونخصص المطلب الرابع** لخطابات الضمان التمويلية.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الأول

خطاب الضمان الابتدائي أو ضمان العطاء[1]

تتولى الوزارات والمصالح الحكومية والشركات والمؤسسات الخاصة، تنفيذ مشروعات إنشائية خاصة بها، يتم الإعلان عنها في مناقصات عامة أو محلية أو محددة طبقاً للوائح المالية، حتى يمكن اشتراك أكبر عدد من المقاولين بما يتيح الفرصة للمفاضلة بينهم، واختيار أحسن العطاءات المقدمة بأنسب الأسعار، وقد تقرر تلك الجهات أحياناً بيع بعض ممتلكاتها أو تأجيرها أو منح امتياز لاستغلال مرفق من المرافق العامة، وتقوم بذلك من خلال مزايدة عامة أو محلية وفقاً لما

---

(1) وقد حددت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية اليمني رقم 23 لسنة 2007، وكذلك اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998م صور ضمان العطاء ومنها خطابات الضمان غير المشروطة. حيث تنص المادة (121) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني على أنه: "يجب تقديم ضمان عطاء في كل المناقصات التي تزيد تكلفتها التقديرية عن السقف المالي المحدد في هذه اللائحة للمناقصة المحدودة...". كما تنص المادة (22) الفقرة "ب" من ذات اللائحة على صور ضمان العطاء (التأمين الابتدائي) أنه: "يتم تقديم ضمان العطاء مع مظروف العطاء بأحدى الطرق التالية: 1. شيك مقبول الدفع من البنك المسحوب عليه باسم الجهة صاحبة المناقصة كضمان لمقدم العطاء..... 2. ضمانة بنكية من أحد البنوك المصرح بها من قبل البنك المركزي بإصدار مثل هذه الضمانات، وتكون الضمانة خالية من أي قيد أو شرط وسارية المفعول لمدة لا تقل عن ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء فترة صلاحية العطاء باسم الجهة صاحبة المناقصة، وإذا كان الضمان البنكي مقدماً من بنك خارجي فيجب أن يكون معززاً من قبل بنك داخل الجمهورية مصرح له من قبل البنك المركزي"، وتنص على هذه الصور المادة (70) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري الجديد بقولها:

* "تؤدي التأمينات نقداً بإيداعها بخزينة الجهة الإدارية، بموجب إيصال رسمي يثبت في العطاء رقمه وتاريخه، ولا تحسب فائدة على هذه المبالغ، وتقبل الشيكات على المصاريف المحلية، إذا كان مؤشراً عليها بالقبول من المصرف المسحوب عليه...

* وإذا كان التأمين خطاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة، وألا يقترن بأي قيد أو شرط، وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر الجهة الإدارية مبلغاً يوازي التأمين المطلوب، وأنه مستعد لأدائه بأكمله عند أول طلب منها دون الالتفات إلى أية معارضة من مقدم العطاء.....".

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

تحدده اللوائح المنظمة لذلك لإتاحة الفرصة لأكبر عدد من المتزايدين، بما يمكنها من اختيار أعلى الأسعار.

ولجدية العطاءات التي يتقدم بها المتنافسون تطلب منهم الجهة المعلنة تقديم خطاب ضمان مؤقت يمثل نسبة معينة من قيمة التكلفة التقديرية للعملية المطروحة، يدلل على جديتهم في التعاقد معها وعدم تراجع مقدم العطاء إذا تغيرت الأسعار[1].

وهذا الخطاب يحل محل التأمين النقدي المطلوب تقديمه من المقاول أو المورد إلى الجهة المزمع التعاقد معها، ويسمى بخطاب الضمان الابتدائي أو بخطاب ضمان العطاء أو بخطاب الضمان عن التأمين المؤقت؛ لأنه ينتهي الغرض منه عند رسو المناقصة أو المزايدة على العميل وتقديم التأمين النهائي أو بعدم رسوها عليه.

فإذا لم ترسي عليه المناقصة أو المزايدة أورسيت عليه وقدم الضمان النهائي فإن له أن يسترد خطاب الضمان، أما إذا رسيت ولكنه امتنع عن توقيع العقد أو لم يقدم الضمان النهائي، فإنه يكون للجهة المستفيدة طارحة المناقصة أو المزايدة أن تصادر قيمة الضمان الابتدائي[2]، خاصة إذا كان العميل رافضاً التعاقد مع المستفيد يهدف من تقديم عطائه هو الكيد للغير ومنافسته منافسة غير مشروعة[3].

---

(1) انظر:محمد علي البربري، خطابات الضمان، محاضرة ألقاها بمعهدة الدراسات المصرفية القاهرة، فبراير سنة 1962م، ص 8.

(2) نظر: صلاح الدين حسن السيسي، مرجع سابق، ص 153، المستشار/ محمد عزمي البكري، مرجع سابق، بند 802، ص 1267، د/ محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الرابع، عمليات البنوك، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن عمان، طبعة 2008م، ص 360.

(3) انظر: د/ سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف و بالنسبة للغير، مرجع سابق بند 10، ص 16.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الغرض من إصدار خطاب الضمان الابتدائي:

أن قيام مقدم العطاء بتقديم خطاب ضمان ابتدائي يحل محل التأمين المؤقت الذي يتطلبه المشرع عند الإعلان عن أي مناقصة أو مزايدة، هو بمثابة إعلان من جانبه عن رغبته وجديته في الدخول في المناقصة أو المزايدة وقدومه على تنفيذها بحسب شروط الاتفاق الذي يعقده مع الجهة المستفيدة.

فالغرض الأساسي من هذا الخطاب هو ضمان عدم تراجع مقدم العطاء، والاطمئنان إلى حسن إتمام عملية التعاقد وعدم إعراضه عنها[1]، فهو يضمن جدية مقدم العطاء على الدخول في المناقصة أو المزايدة، خاصة وأن الجهة التي تطرح المزايدة أو المناقصة لا تلتفت إلى العطاءات غير المضمونة بتأمين نقدي في صورة خطاب ضمان أو أية صورة أخرى.

قيمة خطاب الضمان الابتدائي:

تتحدد قيمة خطاب الضمان الابتدائي بنسبة معينة من القيمة التقديرية للعملية المطروحة، ولكنها نسبة ضئيلة مقارنة بالنسبة التي يتحدد على ضوئها قيمة الضمان النهائي، لأن مقدمه يسترده إذا رسي عليه العطاء وقدم الضمان النهائي أو أحيل العطاء على غيره.

وتختلف نسبة قيمة الضمان الابتدائي بحسب نوع العملية المعلن عنها فيما إذا كانت مناقصة أو مزايدة:

1. قيمة خطاب الضمان الابتدائي في المناقصات

تحدد قيمة هذا النوع من الخطابات الجهة المعلنة عن المناقصة بنسبة لا تقل عن 2 % ولا تزيد عن 3 % من قيمة العملية المطروحة وفقاً للقانون اليمني، حيث تنص المادة (122) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات

(1) (3) انظر: المستشار/ محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 1266.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

اليمنى الحالي الفقرة "أ" بأنه "يجب أن يقدم مع كل عطاء ضمان عطاء بمبلغ مقطوع تحدد قيمته بنسبة لا تقل عن 2 % ولا تزيد عن 3 % من التكلفة التقديرية لعملية الشراء المطلوب".

وقد حدد قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنه 1998 قيمة هذا النوع من الضمان بنسبة لا تتجاوز 2 % من قيمة التكلفة التقديرية لعملية الشراء المطروحة تقدرها الجهة الإدارية المختصة[1].

ويتضح من هذه النصوص أن المشرع ألزم على كل مقدم عطاء إرفاق خطاب ضمان مع عطائه يحل محل التأمين الابتدائي المطلوب منه، وذلك بمبلغ مقطوع تحدده الجهة الإدارية بمحض سلطتها التقديرية التي تجد حدها في نسبة لا تقل عن 2 % ولا تزيد عن 3 % - في القانون اليمنى – ولا تتجاوز عن 2 % - في القانون المصري – من قيمة التكلفة التقديرية للعملية المطروحة.

وبذلك لا يجوز أن يحدد قيمة الضمان الابتدائي بنسبة أقل من النسبة المشار إليها وفقاً للقانون اليمني، إلا في حالة المناقصات الكبيرة أو الإستراتيجية ذات التكلفة الكبيرة؛ إذ يجوز فيها أن تحدد قيمة الضمان الابتدائي بمبلغ مقطوع أقل من النسبة السابقة، بشرط موافقة اللجنة العليا للمناقصات والمزايدات على هذه القيمة، وقد نصت على ذلك المادة (123) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمنى بقولها: "يجوز للجهة في المناقصات الكبيرة أو الإستراتيجية ذات الكلفة الكبيرة تحديد مبلغ مقطوع لضمان العطاء أقل من النسبة المشار إليها في الفقرة (أ) من المادة السابقة على أن يتم رفع مقترح بذلك مع وثائق المناقصة لأخذ الموافقة عليه من قبل اللجنة العليا"

---

(1) المادة (17) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنه 1998م حيث تنص على أنه: "يجب أن يؤدى مع كل عطاء تأمين مؤقت تحدد الجهة الإدارية مبلغه ضمن شروط الإعلان بما لا يجاوز (2 %) من القيمة التقديرية، ويستبعد كل عطاء غير مصحوب بكامل هذا المبلغ....." منشور بالجريدة الرسمية العدد 19 (مكرر) في 8 مايو سنه 1998م.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وقد كان قانوني المناقصات والمزايدات اليمني والمصري السابقان يتخذا من قيمة العطاء معياراً لتحديد قيمة الضمان الابتدائي[1]، في حين أن القانون الجديد اليمني والمصري حددها بنسبة معينة من قيمة العملية المطروحة للتعاقد، مما جعل جانباً من الفقه المصري[2]، ينتقد هذا الاتجاه الذي انتهجه المشرع في القانون الحالي، استناداً إلى أن تحديد التأمين الابتدائي على أساس القيمة التقديرية للعملية المطروحة من شأنه أن يؤدى إلى أن يتعرف المتناقصون على التكلفة التقديرية لها، فتبني العطاءات على أساسها، وبالتالي فإن ما هو سري ومحفوظ لدي جهة الإدارة أضحى معلوماً لمن قصد المشرع أن يخفيه عنهم.

بينما يري البعض[3] بأن المشرع قد أحسن صنعاً بهذا السلوك، حيث قضى على المشكلات التي كانت تنجم عن الأخطاء الحسابية في حساب قيمة العطاء، كما نفي أن يكون هناك كشف للسرية في هذه الصورة، على أساس أن النص لا يتجاوز قيمة التأمين الابتدائي 2 % من القيمة التقديرية يمنح جهة الإدارة المرونة الكاملة لتقدير مبلغ التأمين المناسب فيما لا يجاوز النسبة المشار إليها بين حدها الأدنى والأقصى، ومن ثم تبقى القيمة التقديرية للعملية أمراً غير معلوم، كما أن النقد المشار إليه يمكن الاعتداد به فيما لو كان معيار السعر بمفهومه الرقمي هو المعيار الوحيد للإرساء، لكن مع تبني المشرع لمفهوم جديد لمبدأ السعر الأقل على

---

(1) المادة (54) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمنى السابق رقم 3 لسنه 1997م الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم 234 لسنه 1997م، والتي تنص على أنه "يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين ابتدائي لا يقل عن (2.5 %) من قيمة العطاء في مقاولات الأعمال أو التوريدات أو الخدمات أو غير ذلك، ولا يلتف إلى العطاءات غير المصحوبة بالتأمين الابتدائي كاملاً" تقابلها المادة (19) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (9) لسنه 1983م، حيث تنص على أنه: "يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين مؤقت لا يقل عن 1 % من مجموع قيمة العطاء في مقاولات الأعمال، ولا يقل عن 2 % من قيمة العطاء فيما عدا ذلك".

(2) انظر: د/ صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنه 1998م المشاكل العلمية والحلول القانونية دراسة تحليلية تأصيلية مقارنه للعقود الإدارية، دار النهضة العربية، 2000م ص164.

(3) انظر: في ذلك د/ عاطف سعدي، عقود التوريد الإداري، صـ367، مشار إليه د/مطيع على جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2006م، ص359.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ضوء المعايير الفنية التي باتت تلعب دوراً حاسماً في تقدير العطاء الأفضل، فإن التقدير يغدو غير صحيح.

ونعتقد بأن النقد الذي وجهه أصحاب الرأي الأول يكون أكثر فعالية في ظل التشريع اليمنى الحالي الذي ضيق من حدود السلطة التقديرية للجهة الإدارية في تقديرها لقيمة الضمان، والتي تنحصر بين حد أدنى 2 % وحد أقصى 3 % من القيمة التقديرية للعملية المطروحة، وهى نسبة قد لا تعطى للجهة الإدارية المرونة الكافية في تقدير قيمة الضمان، بما يكفل بقاء القيمة التقديرية للعملية في نطاق السرية التي قصدها المشرع.

لذا نرى أن هذه النسبة تحتاج إلى تدخل تشريعي لتعديل نطاقها بحيث يتيح للجهة المعلنة حرية واسعة تدور في أطار هذا النطاق عند تقديرها لقيمة الضمان، ونقترح بأن تحدد هذه النسبة بحد أدنى لا يقل عن 1 % ولا يزيد عن 4 % كحد أقصى، ولاشك أن هذا الفارق بين الحدين كفيل بتحقيق ما يهدف إليه المشرع من إحاطة المناقصة بقدر من السرية، بما يجعل بقاء التكلفة التقديرية للعملية غير معلوم، حفاظاً على حقوق الخزانة العامة عندما تتعلق المناقصة بجهة حكومية، خاصة وأنه كثير ما تتساوي المعايير غير الرقمية لدي أغلب المقاولين مما يكون المعيار الرقمي هو الحاسم في اختيار أفضل العطاءات.

2. قيمة خطاب الضمان الابتدائي في المزايدات

إذا كان الغرض من المزايدة هو بيع أصناف أو أصول أو أي ممتلكات للجهة المعلنة فإن قيمة الضمان الابتدائي تتحدد بنسبة لا تقل عن 25 % من قيمة العطاء، وهو ما نصت عليه المادة (290) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمنى الحالي بأنه: "يجب أن يرفق بمظاريف المزايدة تأمين دخول مزاد بما لا يقل عن 25 % من قيمة المزايدة المحددة في العطاء، وذلك إما بضمان بنكي غير مشروط وغير قابل للإلغاء، أو بشيك مقبول الدفع باسم الجهة المعلنة للمزاد".

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ويتضح من النص السابق أن المشرع اليمنى لم يربط تحديد قيمة ضمان دخول المزايدة بنسبة من القيمة التقديرية للمزايدة التي تحددها الجهة المشرفة على البيع، وإنما تحدد هذه القيمة بنسبة لا تقل عن 25 % من قيمة العطاء الذي يتقدم به المتزايد.

وبذلك يكون المشرع اليمني قد تحاشى ما وجه إليه من نقد بشأن الطريقة التي نص عليها عند تحديد قيمة الضمان الابتدائي في عمليات المناقصات السابق الإشارة إليها. علاوة على ذلك لم يحدد المشرع هنا حداً أقصى لنسبة قيمة الضمان الابتدائي، وإنما ترك تحديد تلك النسبة لتقدير الجهة طارحة المزايدة والذي تجد حدها بنسبة لا تقل عن 25 % من قيمة العطاء الذي يقدمه المشتري، وهذا كفيل ببقاء المزايدة في إطار السرية التامة التي قصدها المشرع.

أما بالنسبة للقانون المصري لم يوجب نسبة معينة من قيمة العملية المطروحة يتحدد على ضوئها قيمة خطاب الضمان الابتدائي، وإنما ترك الأمر لتقدير الجهة المعلنة عن المزايدة في تحديد قيمة هذا الضمان بما يتفق مع أهميتها وقيمتها.[1]

أما إذا كان الهدف من المزايدة هو تأجير بعض الأماكن كالبوفيات والمطاعم والأسواق والساحات العامة وما في حكمها التابعة للجهات الخاضعة لأحكام قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، يلتزم كل متقدم بتقديم ضمان ابتدائي تتحدد قيمته بواقع إيجار شهر من قيمة العرض المتقدم به[2].

---

(1) وقد تضمنت على ذلك المادة (118) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري عند بيانها للشروط التي يجب توافرها في بيع المنقولات، ومن هذه الشروط: "1 – يدفع كل من يرغب في الدخول في المزايدة مبلغاً معيناً تقدره السلطة المختصة حسب أهمية اللوطات المعروضة، وذلك كتأمين مؤقت" وأيضاً ما نصت عليه المادة (120) من ذات اللائحة على أنه: "تحدد السلطة المختصة قيمة التأمين المؤقت لدخول المزاد بالنسبة لبيع العقارات والمشروعات التي ليس لها الشخصية الاعتبارية".

(2) المادة (195) الفقرة "د" من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمنى والتي تنص على أنه "يجب أن يقدم ضمان مؤقت من المشتركين في المزاد بما لا يقل عن أيجار شهر واحد من العرض المقدم"، أما بالنسبة لقانون المناقصات والمزايدات المصري فقد ترك تحديد قيمة هذا الضمان لمحض السلطة التقديرية للجهة المعلنة عن المزايدة، حيث تنص المادة (121) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون على أنه: =

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ميعاد تقديم خطاب الضمان عن التأمين الابتدائي:

أوردت المادة (17) من قانون المناقصات والمزايدات المصري نصاً صريحاً باستبعاد العطاء الذي لم يرفق معه خطاب الضمان عن التأمين النهائي المطلوب، وهذا يعني أنه لابد من تقديم هذا الخطاب قبل جلسة فتح المظاريف الفنية، فإذا قدم بعد جلسة فتح المظاريف امتنع على الجهة المستفيدة قبوله؛ لأن تقديم هذا الخطاب من المتقدم في الموعد المحدد شرط أساسي لقبول عطائه.

فالحكمة المتوخاة من تقديم هذا الخطاب هي ضمان جدية مساهمة المتقدم بالعطاء أو التحقق من سلامة قصده في تنفيذ العقد في حالة رسو عطائه عليه؛ فعدم تقديمه قبل الجلسة يعني عدم جديته ورغبته في الاشتراك في المناقصة أو المزايدة مما يترتب عليه رفض عطائه.

وهو ما أفتت به إدارة الفتوى لوزارة المالية والاقتصاد والتمويل بمجلس الدولة المصري بعدم جواز تأخير تقديم التأمين المؤقت عن جلسة فتح المظاريف، واستلزمت أن يكون العطاء مصحوباً بالتأمين المؤقت[1].

حالات إعادة خطاب الضمان الابتدائي:

يتم إعادة خطاب الضمان الابتدائي إلى صاحبه في حالات معينة حددها القانون وهي:

1. إذا تأخرت الجهة طارحة المناقصة والمزايدة عن إجراءات البت خلال سريان فترة صلاحية العطاءات، جاز لصاحب العطاء أن يطلب استرداد

= "في حالة طرح العقارات والمشروعات للتأجير أو الترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات بما في ذلك المنشآت السياحية والمقاصف يجب على من يتقدم للمزايدة سداد مبلغ تحدده السلطة المختصة حسب أهمية وقيمة العملية كتأمين مؤقت".

(1) انظر: فتواها رقم 780 بتاريخ 2001/7/17، ملف رقم 273/1/20، مشار إليه المستشار/ فتحي عطية مصطفى، الحلول العملية للمشكلات الناشئة عن تطبيق القانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات، بدون ناشر، بدون تاريخ، الطبعة الثانية، ص 229.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

خطاب الضمان الذي قدمه لضمان عطائه، بشرط أن يقدم طلبه كتابياً يوجهه إلى رئيس الجهة المعلنة عن المناقصة ليوجه بإعادة الخطاب إليه، وأن يقدم الطلب بنفسه أو عن طريق وكيله الذي يمثله قانوناً[1].

2. إذا قدم من رسى عليه العطاء خطاب الضمان النهائي يضمن حسن تنفيذ التزاماته، وقام بالتوقيع على عقد المناقصة[2].

3. إذا ألغيت المناقصة بموجب قرار مسبب من رئيس الجهة بعد موافقة لجنة المناقصات المختصة على ذلك[3].

4. إذا سحب مقدم العطاء عطاءه قبل فتح أول مظروف[4]؛ لأنه لم يكن قد ارتبط بأي التزام مع الجهة طارحة المناقصة مما يبرر مصادرة ضمانه، بالإضافة إلى أن هذه الجهة لم تتضرر من هذا السحب ما دامت المظاريف لم تفتح بعد.

وإذا سحب عطاءه ولم يطلب إعادة خطاب الضمان إليه، تعيده الجهة المستفيدة إلى البنك الضامن بموجب خطاب رسمي مع تأشير البنك بما يفيد استلامه له[5].

لكن الوضع يختلف في القانون المصري بالنسبة لهذه الحالة؛ إذ إنه وفقاً لما جاء بالمادة(60) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري الجديد يصبح قيمة خطاب الضمان الابتدائي للجهة الإدارية المستفيدة، حيث نصت على أنه: "إذا سحب مقدم العطاء عطاءه قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف

---

(1) المادة (125/ب) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية اليمني.

(2) المادة (125/أ) من ذات اللائحة.

(3) المادة (23) من قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية اليمني، رقم 23 لسنة 2007م،الجريدة الرسمية،العدد 15 لسنة 2007م.

(4) المادة (25) من قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية اليمني.

(5) المادة (158/ج) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمنى.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الفنية يصبح التأمين المؤقت للجهة الإدارية دون حاجة إلى إنذار أو الالتجاء إلى القضاء أو اتخاذ أيه إجراءات أو إقامة الدليل على حصول ضرر".

ويستفاد من هذه المادة أنه يجوز للجهة المستفيدة طارحة المناقصة أو المزايدة مصادرة خطاب الضمان الابتدائي الذي يحل محل التأمين المؤقت إذا سحب مقدم العطاء عطاءه قبل فتح المظاريف.

وبذلك يختلف الجزاء المترتب على السحب قبل ميعاد فتح المظاريف في القانون المصري عنه في القانون اليمنى؛ ففي القانون المصري تكون قيمة خطاب الضمان الابتدائي من حق الجهة المستفيدة، أما في القانون اليمنى يعاد لمقدم العطاء مع حقه في التقدم مرة أخري لذات المناقصة إذا أعيد الإعلان عنها.

وينتقد البعض[1] مسلك المشرع المصري هنا؛ لافتقاره إلى تحقيق العدالة، ذلك أن القانون أعطى للجهة الإدارية الصلاحية في إلغاء المناقصة أو العدول عنها، دون أن يرتب لمقدم العطاء أي حق في التعويض رغم ما قد يصيبه من أضرار بالغة من جراء هذا الإلغاء، في حين يعاقب المتقدم بسحب عطائه إذا أراد أن يسحب عطاءه قبل فتح المظاريف بمصادرة ضمانه، فكيف يترتب على عدم التزام مقدم العطاء بعطائه المدة التي حددتها الإدارة في الإعلان أثر مهم وهو مصادرة الضمان الابتدائي في حين تستطيع الإدارة إلغاء المناقصة دون تقرير حق مقدم العطاء في التعويض.

ومن ثم تبدأ المفارقة – كما يرى أصحاب هذا الرأي – بين مركز الإدارة ومركز مقدم العطاء الذي إذا أراد أن يسحب عطاءه أو يغيره فإنه لا يجوز له ذلك، وإذا حدث فإنه يخسر الضمان الابتدائي الذي قدمه مع عطائه.

لذا نري بأن العدالة تبدو فيما انتهجه المشرع اليمني.

---

(1) انظر: د/ جابر جاد نصار، مركز المتعاقد في العقد الإداري بين النظرية التقليدية وضرورات التطور، ص20، مشار إليه د/ مطيع جبير، مرجع سابق ص371.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

5 - إذا لم ترسي المناقصة على مقدم العطاء وفي ذلك تنص المادة (17) من قانون المناقصات والمزايدات المصري في فقرتها الثانية بأنه: "يجب رد التأمين المؤقت إلى أصحاب العطاءات غير المقبولة دون توقف على طلب منهم وذلك فور انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء".

كما تنص المادة (72) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون في فقرتها الأولى بأنه: "مع عدم الإخلال بأحكام هذه اللائحة يرد التأمين المؤقت إلى أصحاب العطاءات غير المقبولة بغير توقف على طلب منهم سواء كان نقداً أو بشيك، أو بخطاب ضمان، وذلك في خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء أو قبل ذلك إذا تم تحصيل التأمين النهائي من صاحب العطاء المقبول منه".

ويتضح من هذه النصوص أن المشرع المصري ألزم الجهة طارحة المناقصة أو المزايدة برد خطاب الضمان الابتدائي إلى مقدم العطاء خلال سبعة أيام تبدأ من اليوم التالي لانتهاء سريان تقديم العطاءات، أو من اليوم التالي من تقديم التأمين النهائي (خطاب الضمان النهائي) إذا تم تقديمه قبل انتهاء ميعاد سريان تقديم العطاء، ولم تشترط هذه النصوص مطالبة مقدم العطاء برد هذا الخطاب إليه، وإنما ألزمته الجهة برده حتى ولو لم يقع منه أي مطالبة، ويعد خطأ من جانبها يستوجب مسئوليتها إذا تأخرت عن رده دون سبب معقول.

ولم يتضمن قانون المناقصات والمزايدات اليمني الجديد ولائحته التنفيذية على مثل هذا النص، رغم أن اللائحة التنفيذية للقانون السابق رقم 3 لسنة 1997 نصت في المادة (56) على أن "تعاد التأمينات الابتدائية إلى أصحاب العطاءات غير المقبولة من غير طلب منهم وذلك بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاءات أو قبل ذلك إذا تم تحصيل التأمين النهائي من صاحب العطاء المقبول".

والحقيقة أنه إذا كان الغرض من تقديم خطاب الضمان الابتدائي كما سبق القول، هو ضمان عدم تراجع مقدم العطاء من الدخول في المناقصة إذا قبل

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

عطاءه، فإن هذا الغرض ينقضي إذا رفض العطاء من قبل الجهة المستفيدة، مما يترتب عليه إعادة الخطاب إلى صاحبه بمجرد رفض العطاء لانقضي السبب الذي وجد من أجله، دون حاجة إلى وجود نص يوجب ذلك.

أما في خطاب ضمان دخول المزاد يعاد إلي مقدمه في الجلسة ذاتها إذا لم يرسي عليه المزاد، وفي ذلك تنص المادة (290) الفقرة "ب" من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني بقولها: "ترد التأمينات المقدمة من المتزايدين الذي لم يرسى عليهم المزاد وذلك في الجلسة ذاتها بعد سحب إيصالات الضمان المؤقت بعد توقيعهم بما يفيد الاستلام".

وهو ما نصت عليه المادة (128) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري بقولها: "ترد إلى المتزايدين الذين لم يرسى عليهم المزاد التأمينات المؤقتة المسددة منهم بعد سحب الإيصالات الخاصة بها موقعة منهم باستلام القيمة".

الجدير بالذكر أن المادة (18) من قانون المناقصات والمزايدات المصري تنص بأنه: "إذا جاوز التأمين المؤقت التأمين النهائي وجب رد الزيادة فوراً بغير طلب".

هذا في حالة ما إذا كان التأمين المقدم نقداً وجب رد الزيادة، أما إذا كان التأمين المؤقت قدم في شكل خطاب ضمان ابتدائي، فإنه يجب على الراسي عليه العطاء أن يقدم بدله خطاب ضمان نهائي من أحد البنوك التجارية المعتمدة لكون قيمة هذا الخطاب ليس في حوزة الجهة المستفيدة حتى ترجع الزيادة وإنما لا تزال في ملك البنك.

أسباب مصادرة خطاب الضمان الابتدائي:

توجد العديد من الأسباب القانونية التي تعطى للجهة طارحة المناقصة أو المزايدة الحق في مصادرة خطاب الضمان الابتدائي، إذا توافر أحدها، دون حاجة

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

إلى إنذار صاحبه أو الالتجاء إلى القضاء لاستصدار أمر قضائي بمصادرته، وتتحدد هذه الأسباب في الآتي:

1. إذا لم يقم من رسا العطاء عليه بتقديم ضمان الأداء خلال الخمسة عشر يوماً التالية لإخطاره بقبول عطائه[1]؛ لأن عدم قيامه بأداء هذا الضمان في المهلة المحددة يظهر أنه لا يريد إتمام العقد.

2. إذا سحب مقدم العطاء عطاءه بعد قيام الجهة المختصة بفتح المظاريف، بشرط أن يقدم هذا الطلب خلال مدة صلاحية العطاءات التي تم تحديدها في وثائق المناقصة[2]، أما إذا قدم طلب السحب قبل فتح المظاريف فإنه طبقاً للقانون اليمنى كما تقدم[3] تلتزم الجهة المعلنة بإعادة ضمانه.

أما في القانون المصري فقد جعل للجهة الإدارية حق مصادرة الضمان الابتدائي في الحالتين سواء سحب المقاول أو المورد العطاء قبل فتح المظاريف أو بعد فتحها وفقاً للتفصيل السابق.

3. إذا قدم في المناقصة أكثر من عطاء سواء قدم من مقاول فرد أو من شركاء ائتلاف[4].

غير أن المادة (36) من قانون المناقصات والمزايدات اليمني استثنت حالتين يجوز فيهما تقديم أكثر من عطاء من متقدم، الأمر الذي يمتنع معه للجهة المستفيدة مصادرة ضمانه إذا توافر احدهما:

---

(1) المادة (37/أ) من قانون المناقصات والمزايدات اليمنى، تقابلها المادة (21) من قانون المناقصات والمزايدات المصري.

(2) المادة (37/ب) من قانون المناقصات والمزايدات اليمنى.

(3) انظر ما سبق ص (77) من هذا البحث.

(4) المادة (36) من قانون المناقصات والمزايدات اليمني.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

أ. إذا كان أحد العطاءات مقدماً من مقاول من الباطن مع عطاء آخر؛

لأنه وفقاً للمادة (35) من ذات القانون لا يجوز لأي مقاول أو مورد أو متعهد أو استشاري التنازل عن عقد المقاولة أو جزء منه إلى مقاول آخر ينفذ بدلاً منه إلا بعد أخذ موافقة لجنة المناقصات المختصة حتي تكون على علم بذلك؛ لكي لا يؤكل تنفيذ مشروع لأشخاص لا تتوافر لديهم المقدرة المالية والنزاهة الكافية التي يطمئن إليها. وتقديم عطاء من الباطن مع أحد العطاءات هو بمثابة أخذ الأذن منها لتنفيذ المشروع من مقاول من الباطن إذا رسى العطاء على صاحب العطاء الأصلي.

ب. إذا سمحت وثائق المناقصة بتقديم عطاءات بديلة.

ولم يشر القانون المصري لمثل هذه الحالة إلا أنه يمكن القول بأن تقديم أكثر من عطاء - دون أذن الجهة المستفيدة - من متقدم واحد منفرداً أو ضمن شركة أو ضمن مجموعة شركاء يؤكد سوء نية مقدمه وعدم مراعاته لقواعد المنافسة النزيهة؛ لأنه قصد من ذلك أن يتضمن كل عطاء سعر يختلف عن الآخر؛ لكي يضمن فوزه بالعملية المتقدم لها، مما يبرر مصادرة ضمانه.

وقد أحسن المشرع اليمنى صنعاً عندما عامله بنقيض قصده؛ حيث أوجب حرمانه من المناقصة باستبعاد كافة عطاءاته ومصادرة جميع ضماناته.

4. إذا لم يقبل صاحب العطاء بالتصحيحات الحسابية[1].

5. إذا ثبت للجهة أن صاحب العطاء ارتكب فعلاً من شأنه الإخلال بقواعد السلوك والمبادئ الأخلاقية الواجب احترامها في عمليات المناقصات والمزايدات، وذلك خلال أي مرحلة من المراحل التي تمر بها العملية المطروحة[2].

(1) المادة (126/ب) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني.

(2) المادة (126/د) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ومن ذلك تقديمه الرشوة لبعض القائمين على إجراءات المناقصة أو المزايدة أو التهديد بالإضرار بهم أو بممتلكاتهم، بقصد الحصول على معلومات منهم تتعلق بالعملية المتقدم لها، أو التأثير على أي مقدمي العطاءات الآخرين في المشاركة والمنافسة الحرة والمفتوحة، أو التواطؤ معهم في تحديد أسعار خيالية أو غير واقعية وتنافسية، وغيرها من التصرفات التي تخل بالمساواة والعدالة بين المتنافسين وتأثيرها على حقوق الجهة المستفيدة.

6. وأخيراً من الأسباب التي تؤدى إلى مصادرة خطاب الضمان الابتدائي وفقاً لما جاء بالمادة (291/أ) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات اليمني تأخر من رسى عليه المزاد عن أداء باقي ثمن الصفقة حيث تنص على أنه: " إذا تأخر من رسى عليه المزاد عن أداء باقي الثمن خلال خمسة عشر يوماً من رسى المزاد عليه يصادر التأمين المدفوع منه ويعاد طرح المزاد مرة ثانية بموافقة لجنه المناقصات والمزايدات المختصة ويمنع من دخول نفس المزاد عند إعادة طرحه".

وفي القانون المصري يصادر خطاب الضمان الابتدائي إذا لم يسدد من رسى عليه المزاد 30 % من قيمة الصفقة في جلسة رسو المزاد حيث تنص المادة (2/118) على أنه: "يجب من يرسو عليه المزاد أن يسدد (30 %) من ثمن الصفقة بمجرد رسو المزاد وفي حالة عدم السداد يكون التأمين المؤقت من حق الجهة الإدارية".

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثاني

خطاب الضمان النهائي أو ضمان حسن الأداء

عند انتهاء اللجنة المختصة من فحص العطاءات، ورسو الصفقة على أحد المشاركين في المناقصة أو المزايدة عليه أن يتقدم إلى الجهة طارحة المناقصة أو المزايدة لتوقيع عقد الصفقة معها، وأن يقدم خطاب ضمان مصرفي جديد لتغطية المخاطر الناجمة عن سوء التنفيذ أو التأخير فيه.

فهذا الخطاب يهدف إلى تغطية الخلل الذي يحدث أثناء التشغيل، ولذلك يسمي بخطاب ضمان الأداء أو خطاب ضمان حسن التنفيذ أو بخطاب الضمان النهائي.

وقد نصت على هذا النوع من خطابات الضمان المادة (127/أ) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني، حيث أوجبه على الراسي عليه المناقصة "...أن يقدم ضمان أداء في فترة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً تبدأ من تاريخ اليوم التالي لإخطاره بخطاب مسجل بقبول عطائه تتحدد قيمته بما لا يقل عن 10 % من قيمة عقود الأشغال وبما لا يقل عن 15 % من قيمة عقود التوريدات والخدمات الأخرى".

وقد حددت الفقرة (ب) من هذه المادة الطرق التي يؤدي بها هذا الضمان بقولها: " يقدم ضمان الأداء بإحدى الطرق التالية:

1. شيك مقبول الدفع.
2. خطاب ضمان غير مشروط من أحد البنوك المصرح لها بإصدار مثل هذه الخطابات".

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وهو ما أوجبته المادة (18) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنه 1998م بقولها: "على صاحب العطاء المقبول أن يؤدى خلال عشرة أيام تبدأ من اليوم التالي لإخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه، التأمين النهائي الذي يكمل التأمين المؤقت إلى ما يساوى 5 % من قيمة العقد" وقد أحالت المادة (20) من هذا القانون إلى اللائحة التنفيذية لتحديد كيفية أدائه وشروطه وإجراءاته[1].

وقد حددت المادة (70) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون، الطرق التي يؤدي بها التأمين النهائي، منها خطاب ضمان بنكي غير مشروط يصدر من أحد المصارف المحلية

قيمة خطاب الضمان النهائي:

تتحدد قيمة خطاب الضمان النهائي في عمليات المناقصات والمزايدات بنسبة معينة من قيمة العملية المطروحة، على النحو التالي:

1. قيمة خطاب الضمان النهائي في عقود المناقصات:

طبقاً للمادة (127/أ) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمنى سالفة الذكر تتحدد قيمة هذا الضمان بما لا يقل عن 10 % من قيمة عقود الأشغال وبما لا يقل عن 15 % من قيمة عقود التوريدات والخدمات الأخرى.

غير أنه لا يجوز تخفيض هذه القيمة من قبل الجهة طارحة المناقصة، بل يتعين عليها أن تبين قيمة هذا الضمان الذي يجب أن يؤدى في الإعلان عن المناقصة، بحيث لا يقل عن النسبة المشار إليها حتى يلتزم المقاول أو المورد الراسي عليه العطاء بإصدار خطاب الضمان النهائي في حدودها.

---

(1) المادة (20) من قانون المناقصات والمزايدات المصري الجديد حيث تنص على أنه: "تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون، الشروط والأوضاع الخاصة بالتأمين المؤقت والتأمين النهائي وكيفية أداء كلٍّ منهما وردهما واستبدالها والإجراءات الواجب إتباعها في شأنها".

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وفي القانون المصري الجديد رقم (89) لسنه 1998 عدل القانون عن الأسلوب الذي كان ينتهجه القانون السابق رقم (9) لسنه 1983م في التفرقة بين عقود مقاولات الأعمال والعقود الأخرى فيما يتعلق بتحديد نسبة قيمة الضمان النهائي[1]، فقد وحد هذه القيمة بالنسبة لجميع عقود المناقصات، بما يساوى 5 % من قيمة العقد[2].

وعلى الرغم من أن هذه النسبة قليلة مقارنة بما نصت عليه اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمنى - سالفة الذكر - فإننا نعتقد بأن المشرع المصري قصد من ذلك تشجيع المقاولين والموردين والمتعهدين، وتحبيذاً لهم على التقدم بعطاءاتهم في المناقصات الحكومية المعلن عنها، وبما يحقق مصلحة الجهة المعلنة في تقديم أفضل العطاءات.

2. قيمة خطاب الضمان النهائي في عقود المزايدات:

لا يشترط القانون تقديم خطاب ضمان نهائي إذا كانت محل المزايدة هو بيع بعض الممتلكات والأصناف والمواد الخاصة بالجهات الحكومية، وإنما يلتزم الراسي عليه المزاد بأداء ثمن الصفقة في الموعد المحدد، فإذا نكل عن ذلك حق للجهة المستفيدة مصادرة ضمانه الابتدائي.

أما إذا كان محل المزايدة هو طرح العقارات والإمكان والمشروعات السياحية والمقاصف للتأجير أو الترخيص بالانتفاع أو الاستغلال، فإن الراسي عليه المزاد يلتزم بتقديم خطاب ضمان نهائي بما يعادل إيجار ثلاثة أشهر طبقاً للقانون

---

(1) المادة (20) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (9) لسنه 1983م السابق حيث تنص " على صاحب العطاء المقبول أن يُودع في فترة لا تجاوز عشرة أيام تبدأ من تاريخ اليوم التالي لإخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه ما يكمل التأمين المؤقت إلى ما يساوى 5 % من قيمة مقاولات الأعمال التي رست عليه و10 % من قيمة العقود الأخرى..."

(2) المادة (18) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنه 1998م.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

اليمنى[1]، أو بما يوازى 10 % من القيمة الكلية الراسي عليها المزاد عن مدة العقد كاملة طبقاً للقانون المصري[2].

ميعاد تقديم خطاب الضمان النهائي:

أوجبت المادة (127/أ) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني الراسي عليه المناقصة تقديم خطاب ضمان الأداء خلال الخمسة عشر يوماً التالية لقبول عطائه، سواء كان مقيماً في الداخل أو الخارج.

ومما تجدر الإشارة إليه بأن هذه المدة وجوبيه وقصوى بحيث لا يجوز للجهة الإدارية أن تقصرها بمده اقل أو تمدها لمدة أطول، وإنما يلتزم المتعاقد معها بأداء الضمان خلالها، فإذا تأخر عن هذا المدة تلغي – أي الجهة الإدارية – عطاءه وتنفذه بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه بحسب ترتيب أولوياتها.

أما بالنسبة للقانون المصري، فقد ألزمت المادة(18) السابق الإشارة إليها صاحب العطاء المقبول بإيداع التأمين النهائي – الذي قد يتخذ صورة خطاب ضمان بنكي – خلال عشرة أيام تبدأ من اليوم التالي لإخطاره بقبول عطائه إذا كان المتعاقد داخل مصر، فإن كان خارج مصر فتكون المدة عشرين يوماً، مراعاة لظروفه ولطول الإجراءات التي قد يستغرقها إصدار خطاب الضمان؛ إذ قد يقتضي تدخل بنكين في إصداره؛ البنك المرسل والبنك المرسل إليه.

---

(1) المادة (295/د) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية اليمنى الجديد حيث تنص على أنه: "يقدم من رست عليه المزايدة ضمان نهائي قبل توقيع العقد بما يساوى إيجار ثلاثة أشهر، إما بشيك مقبول الدفع، أو خطاب ضمانا غير مشروط ساري المفعول حتى نهاية العقد بما يساوى إيجار ثلاثة أشهر مقدماً".

(2) المادة (121) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري الجديد حيث تنص "..... على أن يسدد من يرسو عليه المزاد ما يوازى 10 % من القيمة الكلية الراسي بها المزاد عن مدة العقد الكامل كتأمين نهائي ساري طوال مدة العقد وذلك فور رسو المزاد".

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

إلا أنه بخلاف القانون اليمني أعطى المشرع المصري للجهة الإدارية سلطة تقديرية في مد هذه المهلة إذا رأت أن هناك ضرورة تستدعي ذلك بحيث لا تتجاوز سلطتها عشرة أيام.

ولكن متى يبدأ حساب هذه المدة المقررة لتقديم خطاب الضمان عن التأمين النهائي، هل من تاريخ إرسال الإخطار بقبول العطاء أو من تاريخ وصوله إلى علم المتعاقد؟

يبدأ حساب المدة المقررة لتقديم خطاب الضمان من تاريخ علم المتعاقد بذلك وليس من تاريخ إرسال الإخطار.

وقد أفتت في ذلك إدارة الفتوى لرئاسة مجلس الدولة المصرية، حيث رأت" بأنه إذا كان التعاقد بين غائبين أو كان الإعلان مما يبدأ منه احتساب ميعاد في حق المعلن إليه فلا يبدأ حساب هذا الميعاد إلا من تاريخ علم من وجه إليه الإعلان، وحيث تريد جهة الإدارة من إعلان المتعاقد في الحالة المعروضة إخطاره بقبول عطائه، وكذا بدأ احتساب مدة العشرة أيام المقررة لاستكمال التأمين النهائي المقرر قانوناً، ومن ثم يتعين أن يكون بداية احتساب العشرة أيام المذكورة من بداية علم المتعاقد بقبول عطائه، وذلك باستلامه لإخطار قبول عطائه أو توقيعه على إيصال علم الوصول أو امتناعه عن استلام الصورة أو التوقيع على أصلها بالاستلام[1]".

وانتهت إلى أن حساب مدة العشرة أيام المقررة بنص المادة (18) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 98 لاستكمال تقديم خطاب الضمان عن التأمين النهائي تبدأ من تاريخ علم المتعاقد بقبول عطائه، كذلك الشأن في القانون اليمني حيث تبدأ مدة الخمسة عشر يوماً من تاريخ علم من وجه إليه الأخطار وليس من تاريخ إرساله.

---

(1) انظر: فتوى الرئاسة بمجلس الدولة المصري، الملف رقم 26/93/، 265 سجل 2001/523م، مشار إليه المستشار/ فتحي عطية السيد مصطفى، مرجع سابق، ص 353، 354.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

أما في العقود الزمنية المتعلقة بإيجار الأماكن الحكومية لم يحدد قانوني المناقصات والمزايدات اليمني والمصري ولائحتهما التنفيذية مدة معينة يلتزم الراسي عليه المزاد بتقديم خطاب الضمان خلالها، وإنما تركه تحديدها لتقدير الجهة المختصة، وكل ما أوجبته هو عدم جواز توقيع العقد الأبعد تقديم الضمان النهائي.

مدة سريان خطاب الضمان النهائي:

استوجبت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمنى، بأنه يجب أن يصدر خطاب الضمان النهائي لمده تبدأ من تاريخ إصداره وحتى انتهاء إجراءات التسليم الابتدائي الخالي من التحفظات؛ أي تستمر صلاحيته إلى ما بعد انتهاء المشروع أو اكتمال التوريدات بفترة كافية للتأكد من تنفيذ المقاول أو المورد أو المتعهد لالتزاماته المتفق عليها في عقد المناقصة أو المزايدة[1].

وقد أوجبت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري بأنه إذا كان التامين النهائي خطاب الضمان فلا تقل مدة سريانه عن مدة تنفيذ العقد إلى ما بعد نهايته بثلاثة أشهر إلا إذا اتفق على غير ذلك[2].

غير أنه إذا اتفق في عقد الصفقة أن يضمن خطاب الضمان النهائي العيوب التي تظهر فيما بعد، فإن صلاحيته تستمر إلى نهاية المدة المحددة لضمان ذلك، والتي غالباً ما تسرى لمدة سنه بعد الاستلام الابتدائي[3].

---

(1) المادة (127/ج) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمنى حيث تنص على أنه: "تتحدد فترة سريان ضمان الأداء بمدة تبدأ من وقت إصداره وحتى انتهاء إجراءات الفحص والاستلام الابتدائي الخالي من التحفظات..."

(2) المادة (70) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري عندما نصت على أنه: إذا كان خطاب الضمان النهائي محدد المدة فيجب أن يكون خطاب الضمان النهائي "سارياً لمدة تبدأ من وقت إصداره إلى ما بعد انتهاء مدة تنفيذ العقد بثلاثة أشهر إلا إذا اتفق على غير ذلك".

(3) حيث تنص المادة (261) من اللائحة التنفيذية للقانون اليمنى على أنه "تتحدد فترة المسئولية عن ضمان الصيانة (إصلاح العيوب) لأعمال الأشغال والتوريدات الصغيرة التي لا تتجاوز قيمتها السقف =

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وبذلك يظل خطاب الضمان النهائي سارياً بكامل قيمته الائتمانية لحين إتمام التنفيذ ومرور الفترة اللازمة للتأكد من سلامة العملية التي قام بها العميل[1]، فإذا كانت مدة العملية ثلاث سنوات لإتمام التنفيذ وسنة أخرى بعد التسليم والتشغيل لاكتشاف العيوب التي تظهر في المشروع، فإن خطاب الضمان النهائي يجب أن يصدر في هذه الحالة لمدة أربع سنوات.

وإذا لم يتفق أطراف العملية على تحديد مدة معينة ينتهي خلالها خطاب الضمان النهائي بعد إكمال العملية المضمونة، فإن صلاحيته تنقضي بمضي ثلاث سنوات من تاريخ تحريره المادة (2/411) تجارى يمني.

حالات إعادة خطاب الضمان النهائي:

يظل خطاب الضمان النهائي سارياً بكامل قيمته الائتمانية لحين انتهاء الغرض منه؛ أي لحين إتمام تنفيذ العقد، أو مرور فترة الضمان اللازمة لإنجاز المشروع، والتحقق من سلامته ومن خلوه من أي عيوب.

وقد نصت على ذلك المادة (128) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني، بقولها: "يجب الاحتفاظ بضمان الأداء ساري المفعول بأكمله ولا يرد إلا بعد التأكد من تنفيذ المورد أو المقاول أو المتعهد لكافة الالتزامات والشروط المحددة في وثائق المناقصة والعقد المبرم، مع مراعاة إجراء التسويات المحاسبية المحددة في دليل النظام المحاسبي، وتسليم الضمان لمقدمه سواء باليد أو بأي وسيلة أخرى مضمونة الاستلام".

= المالي للمناقصة المحددة بفترة لا تقل عن ثلاثة أشهر من تاريخ الفحص والاستلام ما لم تقتضى طبيعة عملية الشراء فترة أطول".كما أوجبت المادة (265/ب) من ذات اللائحة بأنه في عقود التوريدات يجب احتجاز نسبة 15 % من قيمة العقد لضمان إصلاح العيوب، غير أنها أجازت إطلاق هذا المبلغ المحتجز مقابل استبقاء ضمان الأداء حتى نهاية فترة إصلاح العيوب الخفية التي قد تظهر في المواد المستوردة.

(1) انظر: د/ محمد عبد الحميد القاضي ود/ نادية محمد معوض، مرجع سابق ص289.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

كما نصت على ذلك أيضاً المادة (18) من قانون المناقصات والمزيدات المصري بقولها: "..... يكون التأمين النهائي ضماناً لتنفيذ العقد ويجب رده فور إتمام التنفيذ بغير طلب". وهو ما نصت عليه اللائحة التنفيذية لهذا القانون في المادة (72) الفقرة الثانية بقولها: "ويجب الاحتفاظ بالتأمين النهائي بأكمله إلى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية، بما في ذلك مدة الضمان طبقاً للشروط، وحينئذ يرد التأمين أو ما تبقى منه لصاحبه بغير توقف على طلب منه، وذلك في خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد إتمام تنفيذ العقد بصفة نهائية".

ويتضح من هذه النصوص أن خطاب الضمان النهائي يعاد في حالة واحدة وهي حالة ما إذا نفذ المقاول أو المورد أو المتعهد كافة التزاماته على أكمل وجه طبقا لبنود وشروط عقد المناقصة أو المزايدة، وهذا ما سنوضحه تفصيلياً في التزامات المستفيد.

الأسباب القانونية لمصادرة خطاب الضمان النهائي:

يحق للجهة المستفيدة مصادرة خطاب الضمان النهائي إذا توافر أحد الأسباب الآتية:

1. إذا ثبت للجهة المستفيدة أن المقاول أو المورد استعمل الغش أو التلاعب، أو شرع أو قدم بنفسه أو بواسطة غيره بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على إرشاء أحد الموظفين أو تواطأ معه بهدف الحصول على العقد أو مزايا أو مكاسب بدون وجه حق[1].

2. إذا فسخت الجهة المستفيدة العقد بسبب تأخر أو امتناع المقاول أو المورد أو المتعهد عن تنفيذ الأعمال أو توريد الأصناف أو أداء الخدمات المتعاقد عليها في المواعيد المتفق عليها في العقد[2].

---

(1) المادة (28) من قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية اليمنى، يقابلها المادة (24،26) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنه 1998م.

(2) المادة (32) من ذات قانون المناقصات والمزايدات اليمني، يقابلها المادة (94) اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

3. إذا أخل المقاول أو المورد بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد الالتزامات المقررة أثناء التنفيذ[1].

4. إذا قدم المقاول أو المورد أكثر من عطاء في المناقصة أو المزايدة ولم يتبين للجهة المتعاقدة ذلك إلا بعد التعاقد معه؛ مما يكون لها إلغاء العقد معه ومصادرة ضمانه، ما لم يكن العطاء مقدماً من مقاول من الباطن مع عطاء آخر، أو أن وثائق المناقصة تسمح بتقديم عطاءات بديلة بجانب العطاء الأصلي،[2]ولم يشر القانون المصري لمثل هذه الحالة، إلا أنه يمكن القول بأن تقديم أكثر من عطاء من المقاول أو المورد في العملية المتقدم لها، يعد نوعاً من التدليس أو التلاعب في تعامله مع الجهة المستفيدة بقصد ضمان فوزه بالمناقصة، الأمر الذي يجيز لها فسخ العقد ومصادرة ضمانه استنادا إلى نص المادة (26،24) مناقصات مصري.

فإذا توافر أي سبب من الأسباب السابقة أصبح من حق الجهة الإدارية المستفيدة مصادرة خطاب الضمان، دون أن يكون هناك أي وجه لاتخاذ أي إجراء يحول دون استعمال الإدارة هذا الحق مهما يكن من أمر ما يدعيه المتعهد، وأساس ذلك اتصاله بمبدأ تغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية، في مجال روابط القانون المتعلقة بتسيير المرافق العامة، ومدى سلطة الدولة الضابطة لهذه المرافق ومسئوليتها عن إدارتها بانتظام واطراد[3].

---

(1) المادة (129/أ) اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمنى، يقابلها المادة (84) اللائحة التنفيذية المناقصات والمزايدات المصري.

(2) المادة (36) من قانون المناقصات والمزايدات اليمنى.

(3) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 436 لسنه 22ق، جلسة 1985/4/9م، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 18 بند رقم 676، ص1070، مشار إليه/ إسماعيل خلفي، شرح قانون المناقصات والمزايدات رقم 9 لسنة 1983م، توزيع مكتبة كومينت، القاهرة، 1997، بند 12، ص203.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الإعفاء من تقديم خطاب الضمان النهائي:

طبقاً للمادة (127/أ) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمنى يعفي من تقديم خطاب الضمان النهائي أصحاب العطاءات الفائزة في مناقصات الخدمات الاستشارية، والخدمات التي ترى اللجنة العليا للمناقصات والمزايدات استثناءها من تقديم خطاب الضمان النهائي بحسب طبيعتها وأهميتها، مثل خدمات النقل أو الصيانة أو النظافة وغيرها من الخدمات الاستشارية.

إلا أننا نرى حصر هذا الاستثناء الذي يكون من حق اللجنة العليا للمناقصات والمزايدات في أضيق الحدود بحسب ما تتطلبه تحقيق المصلحة العامة، وذلك بعد التحقق من قدرة المقاول أو المتعهد على تنفيذ التزاماته، حتى لا يسئ استخدامه.

أما القانون المصري، فإن الإعفاء فيه من تقديم خطاب الضمان النهائي يقتصر على العطاءات الخاصة بعقود التوريد دون غيرها، بشرط قيام صاحب العطاء المقبول بتوريد جميع الأشياء التي رسى عليه توريدها، وأن تقبل الإدارة هذا التوريد، وذلك خلال المدة المحددة لأداء الخطاب النهائي[1]، وهى عشرة أيام من اليوم التالي لإخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه[2].

(1) المادة (19) من قانون المناقصات والمزايدات المصري الجديد.

(2) المادة (18) من ذات القانون.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثالث

خطاب الضمان عن الأشياء المعطاة للمقاول

قد يحدث من الناحية العملية أن يرسو العطاء على أحد المقاولين، ولكن إمكانيات هذا المقاول قد لا تسمح له بتوفير جميع الآلات والمعدات اللازمة لإنجاز المشروع الذي رسا عليه، إلا إنها قد تتوفر هذه المعدات والآلات لدى الجهة المستفيدة فتقوم بإعطائها للمقاول حتى تسهل له سرعة إنجاز العمل المكلف به، غير أن الجهة المستفيدة تطلب من هذا المقاول تقديم خطاب ضمان من أحد البنوك يضمن رد هذه الأشياء المعطاة بحالتها السليمة عند التسليم[1].

ولم يشر قانوني المناقصات والمزايدات اليمني والمصري ولائحتهما التنفيذية إلى هذا النوع من الخطابات.

ونظراً لأهمية هذا النوع من أنواع خطابات الضمان المصرفية ودوره الحيوي والفاعل في تسهيل مهام المقاولين على إنجاز المشاريع المكلفين بتنفيذها، نقترح على المشرعان اليمني والمصري إضافة مادة في اللائحة التنفيذية لقانوني المناقصات والمزايدات اليمني والمصري، تجيز للجهة المستفيدة إذا كانت لديها معدات أو الآلات يمكن استخدامها في إنجاز المشرع أن تؤجرها للمقاول، نظير خطاب ضمان مصرفي غير مشروط صادر من أحد البنوك التجارية يضمن سلامة تلك المعدات وإعادتها إلى الجهة المستفيدة في الموعد المتفق عليه، وأن يتفق العميل والمستفيد على تحديد قيمته بحسب نوع وأهمية المعدات والآت المستأجرة وبحسب الثقة التي يتمتع بها المقاول لدى الجهة المستفيدة، وأن يصدر لمدة لا تقل عن مدة عقد إيجار المعدات أو الآلات إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك.

---

(1) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، 1991م، مرجع سابق، بند22، ص 37، د/ محيى الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك، مرجع سابق، بند 486، 554، د/ محمد عبدالحميد القاضي ونادية محمد معوض، مرجع سابق، بند 800 ص 292، حسن أنور طه حبيب، مرجع سابق، ص 6.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الرابع

خطابات الضمان التمويلية

تصدر هذه الخطابات لضمان مبالغ تصرف مقدماً من الجهات صاحبة العمليات، أو للإفراج عن مبالغ محتجزة لديها، وذلك لتوفير سيولة للمقاولين أو الموردين أو المتعهدين، وهي ثلاثة أنواع:

أولاً: خطاب ضمان الدفعات المقدمة:

القاعدة المتعارف عليها في المناقصات هي صرف تكاليف المقاولة بعد أداء الخدمة المطلوبة، ولكن قد تكون الإمكانيات اللازمة لتنفيذ المشروع كبيرة بالنسبة لموارد المقاول، لذا قد يشترط على الجهة طارحة المشروع عند توقيع العقد، أن تعجل له سلفة بنسبة معينة من قيمة العملية لمساعدته على المضي في التنفيذ، ويقدم المقاول خطاب ضمان بنكي مساوٍ لقيمة السلفة[1].

وقد سمح بذلك المشرع اليمني حيث تنص المادة (130) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني بأنه: "عندما تكون لدى الجهة إمكانية صرف دفعة مقدمة ونصت عليه وثائق المناقصة يجب أن لا تزيد الدفعة المقدمة عن 20 % من قيمة العقد شريطة تقديم ضمان بنكي غير مشروط وغير قابل للإلغاء بنفس مبلغ الدفعة المقدمة".

كما أجازت ذلك المادة (22) من قانون المناقصات والمزيدات المصري حيث تنص بأنه: "يجوز بموافقة السلطة المختصة صرف دفعات مقدمة تحت الحساب مقابل خطاب ضمان معتمد، وذلك بالنسب وفي الحدود، ووفقاً للشروط والقواعد والإجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية".

---

(1) لمزيد من التفصيل انظر: د/ محيي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك، مرجع سابق، بند485 ص 553، 554، د/ يحيى إبراهيم علي، مرجع سابق، ص940، د/ هزاز سليمان حيدر، الضمانات المصرفية التعاقدية في نطاق التجارة الدولية، اتحاد المصارف العربية، بيروت، 1989م، ص 57.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ويتضح لنا من النصوص السابقة أن المشرع أجاز للجهات المختصة أن تصرف دفعات مقدمة وفقاً لسلطتها التقديرية لمن رسا عليه العطاء من المقاولين أو الموردين أو المتعهدين، إذا كانت مواردهم المالية لا تسمح لهم بإنجاز العملية، ولكنها تتطلب تقديم خطاب ضمان مصرفي صادر من أحد البنوك التجارية تقبله الجهة المختصة كضمان لرد هذه المبالغ في الموعد المحدد، ومن استخدامها في الأغراض المخصصة لتنفيذ العقد.

ويشترط في هذا الخطاب أن تتساوى قيمته مع نفس القيمة والعملة للدفعات المقدمة، وأن يكون هذا الخطاب غير مقيد بأي قيد أو شرط يفرغه من مضمونه، وأن تحدد له مدة صلاحية معينة تتفق مع المدة المحددة لتنفيذ العقد[1]، فإذا لم يكن له صلاحية محددة فإنه ينتهي مفعوله بمضى ثلاث سنوات من تاريخ صدوره (المادة 2/411)تجاري يمني.

وبذلك يكون الغرض الأساسي من هذا الخطاب هو ضمان إعادة المبلغ المدفوع في حالة عدم تمكن المقاول من إتمام العمل الموكل إليه وكان الجزء المنجز من العمل لا يغطي المبلغ المدفوع بالكامل، بحيث يمكن للجهة المستفيدة الرجوع إلي البنك بقيمة الضمان أو بعض قيمته في حدود الجزء غير المنفذ[2].

وقد اشترط المشرع استرجاع الدفعة المقدمة من المستخلصات المدفوعة مقابل المنفذ من العملية في حدود نسبة معينة تخصم من كل مستخلص يتفق عليها الأطراف منذ البداية، شريطة استردادها كاملة قبل صرف 80 % من قيمة العقد وفقاً للقانون اليمني[3]، وبالتالي يجري تخفيض مبلغ خطاب الضمان بقدر هذه

---

(1) المادة (264/ ج) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات اليمني، تقابلها المادة (69) من اللائحة لقانون المناقصات المصري.

(2) انظر: محمد طاهر العشري، مرجع سابق، ص 29.

(3) المادة (264/د) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني حيث تنص على أنه: "يتم استرجاع مبالغ الدفعة المقدمة من المستخلصات المدفوعة شريطة استردادها كاملة قبل صرف 80 % من قيمة العقد، وفي حالة تأخر المقاول أو المورد أو الاستشاري عن البرنامج الزمني للتنفيذ لأسباب =

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

النسبة، إذا تضمن في صياغته النص على إجراء تخفيض لقيمته بقدر النسبة المستقطعة من المستخلصات سداداً للدفعة المقدمة، بحيث يصبح رصيد خطاب الضمان صفراً عند استقطاع آخر جزء من قيمة الدفعة المقدمة من المستخلصات المصروفة للمقاول أو المورد.

وحرصاً من البنوك مصدرة هذا الخطابات على أموالها، تطلب من عملائها التنازل لصالحها عن العملية الصادر بشأنها خطاب الضمان؛ حتى تضمن وصول الدفعات المقدمة إليها لتراقب أوجه صرفها، ولضمان قيام العميل باستخدامها في العملية المتعلقة بها، ولمتابعة تخفيض قيمة خطاب الضمان بحسب سير العمل[1] كما سنري لاحقاً.

الإعفاء من تقديم خطاب ضمان عن الدفعات المقدمة:

لم يتضمن قانون المناقصات والمزايدات اليمني الجديد ولائحته التنفيذية أي نص يعفى أي شخص طبيعي أو معنوي من أشخاص القانون العام أو الخاص، أو يستثني أي نوع من أنواع المناقصات أو المزايدات من تقديم خطاب الضمان عن الدفعات المقدمة.

وفي القانون المصري أعفت اللائحة التنفيذية من تقديم هذا الخطاب الجهات الخاضعة لأحكام قانون المناقصات والمزايدات عند التعاقد فيما بينهما[2]، وقد حددت المادة الأولى من قانون المناقصات والمزايدات المصري والمادة الأولى من اللائحة التنفيذية لهذا القانون الجهات التي يسري عليها، وهي وحدات الجهاز

= ليس للجهة دخل فيها فتتحمل الجهة مسئولية استعادة الدفعة المقدمة واتخاذ الإجراءات وفقاً لأحكام القانون وهذه اللائحة".

(1) انظر: د/ محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، مرجع سابق، بند 562، ص 567، د/ رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 332.

(2) المادة (69) من اللائحة التنفيذية للقانون المصري المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998م.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:14 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الإداري للدولة من وزارات ومصالح، والأجهزة التي لها موازنات خاصة، وعلى وحدات الإدارة المحلية، وعلى الهيئات العامة، خدمية كانت أو اقتصادية.

ومرجع إعفاء القانون لهذه الجهات هو ملاءتها وقدرتها على تسديد التزاماتها وضمان الدولة لها عند تعثر أحدها من سداد ما عليها من ديون أو ضمانات باعتبار أن هذه الجهات كلها تتبع الجهاز الإداري للدولة.

ومما تجدر الإشارة إليه أن هذا الإعفاء قاصر على التعاقد فيما بين هذه الجهات باعتبارها جهات عامة وليس ثمة مقتضى أن تطالب جهة حكومية جهة عامة بأداء تأمينات عند قيامها بعمل من الأعمال لصالحها[1].

أما إذا كان التعاقد بين جهة من هذه الجهات وجهة أخرى غير منصوص عليها في هذا القانون كالشركات والمؤسسات الخاصة فإنه لا يسري عليها هذا الإعفاء، وإنما لابد من تقديم خطاب ضمان مصرفي من أحد البنوك التجارية يلتزم فيه بضمان المبلغ المدفوع مقدماً في حالة التعثر في إنجاز العملية أو عند تبقي جزء من قيمة الدفعة لم يتم خصمه من قيمة المستخلصات عند صرف آخر مستخلص .

ثانياً: خطابات الضمان لصرف مستحقات عن أعمال منفذة ولم يتم حصرها:

قد يتقدم المقاولون أحياناً قرب نهاية السنة المالية للجهات صاحبة العمليات طالبين صرف مبالغ تحت الحساب عن أعمال نفذت ولم يتم حصرها بعد، ولما كان الصرف في هذه الحالة يشبه الاقتراض من الجهة صاحبة العملية، فإنها تطلب منهم تقديم خطاب ضمان يكفل استرداد المبالغ الزائدة من قيمة الأعمال التي تم تنفيذها، وبعد حصر الأعمال المنفذة وتقدير قيمتها تقوم الجهة صاحبة العملية

(1) انظر: د/ محيي الدين إسماعيل، خطابات الضمانات في عهد التطبيق الاشتراكي، مقالة منشورة بمجلة إدارة قضايا الدولة، العدد الثاني، السنة الثالثة عشر، إبريل يونيو 1969م، ص 358.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

بخصم القيمة السابق صرفها من المستخلص وتعيد خطاب الضمان إلى البنك لإلغائه[1].

ولم يشر قانوني المناقصات والمزايدات اليمني والمصري الجديد ولائحتهما التنفيذية لمثل هذا النوع من الخطابات، رغم أهميتها في توفير السيولة النقدية للمقاول أو المورد، والذي قد يحتاج إليها في إنجاز مشاريعه وأعماله الأخرى، خاصة وأنه قد يتأخر المهندسون المشرفون على المشروع من حصر الأعمال التي قام بتنفيذها حتى تنتهي السنة المالية - حيث تمتنع وزارة المالية - في اليمن - من صرف أي مستخلصات تقدم إليها في شهر ديسمبر من كل عام حتى تحصل على عائدات من الموارد تستطيع أن تمول بها المشاريع الإستثمارية، ويستمر إيقاف الصرف إلي شهر مارس من كل سنة - أو قد يكون المشروع المنفذ من المشاريع الضخمة التي تحتاج إلى وقت طويل لحصرها، الأمر الذي يعوق المقاول في الحصول على المبالغ المستحقة له من تنفيذها للمشروع.

لذا نقترح إضافة مادة في اللائحة التنفيذية لقانوني المناقصات والمزايدات المصري واليمني، تجيز للجهة المستفيدة، صرف المبالغ المستحقة للمقاول عن الأعمال التي نفذها ولم يتم حصرها بعد، نظير خطاب ضمان مصرفي غير مشروط صادر من أحد البنوك التجارية المعتمدة، بذات القيمة والعملة التي يتم صرفها للمقاول، وأن يظل ساري المفعول حتى تاريخ رفع التقرير النهائي بحصر الأعمال المنفذة وتقدير قيمتها.

ثالثاً: خطابات الضمان لصرف المبالغ المستقطعة من المستخلصات:

غالباً ما يتم استقطاع نسبة من قيمة كل مستخلص يتم صرفه للمقاول أو للمورد قد تصل من 5 % إلى 15 % خاصة في عقود مناقصات البناء والتشييد، واحتجازها بالأمانات لصالح المستفيد على ذمة التسليم الابتدائي، غير أن الجهة

(1) انظر: أحمد عشري، مرجع سابق، ص 3.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

صاحبة العملية قد توافق أحياناً على صرف المبالغ المحجوزة لديها بالأمانات للمقاولين مقابل تقديم خطاب ضمان بقيمتها[1].

وهو ما تضمنته اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري في المادة (85) حيث أجاز بموافقة الجهة الإدارية المتعاقدة مع المقاول صرف دفعات تحت الحساب تبعاً لتقدم العمل على النحو التالي:

1. بحد أقصى (95 %) من القيمة المقررة للاعتماد التي تمت فعلاً مطابقة للشروط والمواصفات، وذلك من واقع الفئات الواردة بالجدول.

2. كما يجوز صرف (5 %) الباقية نظير خطاب ضمان معتمد من أحد البنوك المحلية ينتهي سريانه بعد مضي ثلاثين يوماً من تاريخ حصول الاستلام المؤقت.

وقد يكون سبب احتجاز هذه المبالغ لما قد يظهر في المبنى أو المشروع من عيوب خلال فترة احتجازها، ولكن قد يرغب صاحب العمل في الإفراج عنها مقابل خطاب ضمان يلزم بتقديمه المقاول رغبة منه في التسهيل على هذا المقاول في توفير السيولة النقدية اللازمة لتمويله في الإسراع لإكمال باقي التنفيذ[2].

وفي اليمن أوجبت المادة (265) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني، حجز 10 % من قيمة المستخلصات التي تدفع للمقاول في مقاولات الأشغال، و 15 % في عمليات التوريدات، سواء كان التوريد تم من الأسواق المحلية أو الأسواق الخارجية.

---

(1) وقد يلجأ أحياناً بعض المقاولين إلى البنك يطلب منه إصدار خطاب ضمان لصرف هذه المبالغ مقابل ورود قيمتها إلى البنك، وهذا يتم عادة بالنسبة للعمليات الكبيرة التي تكون المبالغ المحجوزة بالأمانات ضخمة. انظر: أحمد عشري، المرجع السابق، ص 4، جمال عبد الخضر عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 102.

(2) انظر: د/ يحيى إبراهيم علي، مرجع سابق، ص 637، عازر فرج عازر، القواعد الموحدة لخطابات الضمان تحت الطلب، بحث منشور في كتاب الأهرام الاقتصادي، يصدر عن موسوعة الأهرام، القاهرة، العدد 91، أغسطس 1995م، ص15.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ولم تشر هذه المادة إلى إمكانية صرف المبالغ المحجوزة نظير خطاب ضمان مصرفي، كما هو الشأن في اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المصري السابق الإشارة إليه.

إلا أن الفقرة "ب" من ذات المادة أجازت في حالة التوريدات من الأسواق المحلية إطلاق المبلغ المحتجز مقابل استبقاء ضمان الأداء حتى انتهاء فترة الصيانة (إصلاح العيوب) المحددة في العقد، والحقيقة أنه مادام سبب احتجاز هذه المبالغ هو ضمان ما قد يظهر في المشروع من العيوب خلال فترة احتجازها، فليس هناك ما يمنع من الإفراج عنها مقابل خطاب ضمان مصرفي تتساوى قيمته مع قيمة المبالغ المحجوزة، يلتزم بتقديمه المقاول أو المورد إذا قبلته الجهة المستفيدة، أو استبقاء خطاب الضمان النهائي إذا لم تنتهِ صلاحيته إلا بعد انتهاء المدة المحددة لإصلاح العيوب، أياً كان نوع المناقصة؛ لأن في ذلك تسهيلاً على المقاول أو المورد في توفير السيولة النقدية التي يحتاجها لتمويله في الإسراع في إنجاز المشروعات التي يقوم بتنفيذ

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المبحث الثاني

أطراف خطاب الضمان المصرفي في المناقصات والمزايدات وأساس العلاقة الناشئة عنه

عندما تعلن جهة حكومية أو مؤسسة أو شركة عن مناقصة أو مزايدة معينة يتقدم المقاولون أو الموردون في هذه المناقصة بعطاءاتهم في المواعيد التي تحددها هذه الجهة، وقد يكون من بين الشروط التي تتطلبها هذه الجهة تقديم خطاب ضمان مصرفي من أحد البنوك يضمن فيه البنك بتقديم مبلغ نقدي معين إلى المستفيد، يتم الاتفاق عليه بناء على طلب العميل الآمر، إذا لم يقم بتنفيذ ما تعهد به وفقاً لشروط العقد، وهذه العملية (عملية إصدار خطاب الضمان) تضم طرفين هم: البنك مصدر خطاب الضمان، والمستفيد من هذا الخطاب.

وبذلك لا يمكن اعتبار العميل طرفاً في خطاب الضمان، وإنما يقتصر دوره على مجرد الاتفاق مع البنك على إصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد دون أن يكون طرفاً فيه.

وعلى الرغم من أن أطراف خطابات الضمان في المناقصات والمزايدات تتكون من البنك مصدر الخطاب والمستفيد، إلا إن الأساس الذي يحكم علاقتهم يختلف عن الأساس الذي يحكم علاقة البنك بالعميل أو علاقة هذا الأخير بالمستفيد.

وبناء عليه فإننا سنتناول هذا المبحث في مطلبين؛ المطلب الأول نتناول فيه أطراف خطابات الضمان في المناقصات والمزايدات، ونتناول في المطلب الثاني: الأساس الذي يحكم العلاقة بين أطراف خطاب الضمان.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الأول

أطراف خطابات الضمان في المناقصات والمزايدات

ترتكز عملية إصدار خطاب الضمان على طرفين محوريين هما البنك مصدر خطاب الضمان والمستفيد من الخطاب؛ وذلك علي النحو التالي:

1. البنك "الضامن":

وهو الجهة التي تصدر الضمان بناء على طلب العميل الآمر، والذي ارتضى في إطار دراسته لمركز العميل الآمر بأن يصدر له هذا الضمان، وأن يرتب في ذمته التزاماً نهائياً وباتاً لا رجوع فيه في مواجهة المستفيد من الخطاب[1]، وكون خطابات الضمان في المناقصات والمزايدات إحدى خطابات الضمان المصرفية التي تصدرها البنوك التجارية، فإنه لا يجوز أن تصدر من غير البنوك وهو ما أوجبته المواد(122/ ب/2) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني وكذلك المادة (70) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري، من أنه إذا كان التأمين خطاب ضمان فيجب أن يصدر من أحد البنوك المحلية المصرح لها من قبل البنك المركزي بإصدار خطابات الضمان.

2. المستفيد:

وهو الشخص الذي يصدر خطاب الضمان لمصلحته ويستطيع مطالبة البنك بالوفاء له متى شاء، ولكن غالباً ما يكون المستفيد في خطابات الضمان في المناقصات والمزايدات جهات حكومية من وزارات وهيئات ومؤسسات القطاع العام، ووحدات الحكم المحلي وغيرها من الجهات الحكومية التي نصت عليه المادة الرابعة من قانون المناقصات والمزايدات اليمني، والمادة الأولى من قانون المناقصات والمزايدات المصري.

---

(1) انظر: أحمد غنيم، خطابات الضمان، مرجع سابق،ص13.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وإذا كان خطاب الضمان يصدر باسم مستفيد معين فإنه لا يجوز للبنك أن يوفي بقيمته إلا لشخص المستفيد أو وكيله، فلا يجوز له أن يوفي به إلى دائني المستفيد أو لحامله في حالة ما إذا فقد الخطاب على المستفيد كما هو الشأن في الأوراق التجارية التي تصدر لحاملها[1].

(1) انظر: د/ عبد الرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص 224، د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية،(1991م)، مرجع سابق، بند 297 ص281.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثاني

الأساس الذي يحكم العلاقة بين أطراف خطاب الضمان

تثور العديد من المشاكل العملية والنزاعات القضائية بين أطراف خطاب الضمان نتيجة عدم الفهم الدقيق والواضح لمبدأ استقلال الخطاب عن العقود أو الاتفاقات المهدة له. وهذا الاستقلال عادةً ما يحكمه اختلاف الأساس الذي يحكم علاقة أطراف الخطاب – البنك الضامن والمستفيد – مع العميل الآمر.

فأساس علاقة المستفيد بالبنك عادةً ما يحكمها خطاب الضمان؛ حيث تبدأ هذه العلاقة من تاريخ استلام المستفيد الخطاب دون الاعتراض عليه من جانبه، فلا يشترط القبول الصريح للخطاب من جانب هذا الأخير، ومنذ هذا الوقت تبرأ ذمة العميل تجاه المستفيد في الالتزام بتقديم التأمين المطلوب، وبذلك يعتبر التزام البنك تجاه المستفيد هو التزام بصفته أصيلاً وليس نائباً عن العميل، وأساس التزام البنك هو إرادته المنفردة التي عبر عنها في خطاب الضمان[1]، مثلما سنرى لاحقاً.

وإذا كان خطاب الضمان هو أساس العلاقة بين المستفيد والبنك، إلا أن هذه العلاقة منفصلة ومستقلة تماماً عن علاقة المستفيد بالعميل، أو علاقة العميل بالبنك[2] فعلاقة المستفيد بالعميل يحكمها العقد المبرم بينهما، ويسمى "عقد

---

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك (1988م)، مرجع سابق، بند 94، ص 443، د/ عبد الرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص 218.

(2) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، (1981م)، مرجع سابق، بند 502، ص 504. وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بقولها: "بأن خطاب الضمان وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة وأن صدر تنفيذ للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، من مقتضاها أن يلتزم البنك وبمجرد إصدار خطاب الضمان ووصوله إلى المستفيد بأداء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير فور طلبه، باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان وحده، وعبارته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها، حتى إذا ما طولب بالوفاء أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وجب عليه الدفع فوراً طالما كان هذا الأداء في حدود التزام البنك المبين به"، الطعن رقم 2395 لسنة 61ق جلسة 93/1/4، الطعن =

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الأساس"، وهو يختلف باختلاف نوع هذه العلاقة، فقد تكون عقد توريد أو عقد مقاولة أو عقد أشغال عامة، ويشترط فيه المستفيد على العميل تقديم خطاب ضمان لضمان حسن التنفيذ[1]، وهذا يعني أن العلاقة بين الآمر والمستفيد غالباً ما تكون علاقة تعاقدية يحكمها عقد المناقصة أو المزايدة، بعكس بعض خطابات الضمان الأخرى التي لا تسبقها علاقة تعاقدية، كالخطابات التي تطلبها مصلحة الهجرة والجوازات ومصلحة الضرائب ومصلحة الجمارك، فلا يوجد علاقة عقدية بين من تطلب منه هذه الخطابات وبين هذه الجهات، وإنما تحكم هذه العلاقة لوائح تنظيمية .

وعقد الأساس الذي يحكم العلاقة بين العميل الآمر والمستفيد هو السبب في إصدار خطاب الضمان[2]، فهو يتضمن تنظيماً واضحاً ومتكاملاً للعلاقة بين العميل الآمر والمستفيد، وينص بشكل صريح على نوع الخطاب المطلوب تقديمه، والغرض منه، ومدته، وأية مستندات قد تتطلبها عملية المطالبة بالوفاء، وهذا العقد يعتبر الأساس الذي يحكم علاقة الطرفين والذي قد يتفقان فيه حول مضمون وشروط الخطاب المطلوب تقديمه[3]، غير أن هذا العقد مستقل تماماً عن العلاقة التي تحكم أطراف خطاب الضمان (البنك الضامن والمستفيد)، بحيث لا يجوز للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بأي دفوع تكون للعميل قبل المستفيد ناشئة عن عقد المناقصة أو المزايدة المبرم بينهما.

كذلك بالنسبة لعلاقة العميل الآمر بالبنك فأساس هذه العلاقة يختلف عن

= رقم 7304 لسنة 63ق جلسة 94/6/27، مشار إليه في موسوعة التجارية الحديثة في أحكام محكمة النقض منذ إنشائها حتى الآن للمستشار عبد المنعم دسوقي، بند 528، ص407.

(1) انظر: د/ مصطفى كمال طه، مرجع سابق، بند 298، ص 312، د/ على البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999م، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بند 205، ص 418.

(2) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية،(2007م)، مرجع سابق، بند 164، ص177.

(3) انظر: أحمد غنيم، خطابات الضمان، مرجع سابق، ص14، د/ عبد الرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص 214، 215.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الأساس الذي يحكم علاقة أطراف خطاب الضمان، حيث يحكمها عقد الاعتماد بالضمان[1]، أو عقد الاعتماد بالتوقيع[2]، فتبدأ هذه العلاقة عندما يتقدم هذا العميل إلى البنك يطلب منه إصدار خطاب الضمان، وهذا الطلب بمثابة إيجاب يصدر من العميل يوجه إلى البنك، ويتضمن هذا الإيجاب البيانات المطلوبة في استصدار خطاب الضمان، وهي اسم المستفيد، ومبلغ خطاب الضمان والغرض منه، وصلاحيته، كما يتضمن تصريحاً للبنك بدفع قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد عند أول طلب يرد من هذا الأخير دون الالتفات إلى أي معارضة من العميل الآمر[3].

غير انهُ يمكن القول بأن هذا العقد – أي عقد الاعتماد بالضمان – وأن تضمن الشروط التي يتوجب على البنك إصدار خطاب الضمان على ضوئها إلا أنه يظل مستقل استقلال تام عن الخطاب، بحيث لا يجوز للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بأي دفوع تكون له قبل العميل الآمر.

وهو ما نصت عليه المادة (410) تجاري يمني بقولها: "لا يجوز للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بالدفوع الناجمة عن علاقة البنك بطالب الضمان أو علاقة طالب الضمان بالمستفيد"، وهو ما أشارت إليه أيضاً المادة (358) تجاري مصري.

(1) انظر: د/ مصطفى كمال طه، مرجع سابق، بند 297، ص 322.

(2) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، (1991م)، مرجع سابق، بند 75 ص90.

(3) انظر: د/ محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، مرجع سابق، بند 564، ص 569، د/ يحيى إبراهيم علي، مرجع سابق، ص 621.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الفصل الثاني

الإجراءات العملية لإصدار خطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات

- **تمهيد وتقسيم:**

تعد خطابات ضمان المناقصات والمزايدات من العمليات المصرفية التي لا تتجرد عن سببها، فالسبب لازال له دور في هذا الخطابات[1]،حيث تعتبر ثمرة سلسلة من العقود التي تسبق إصدارها [2].

لذا فإن البنك لا يصدر خطاب الضمان لأي شخص يتقدم إليه وبدون سبب يبرره، وإنما تسبق إصداره العديد من المراحل التي تمهد له والتي فيها تتبلور الشروط التي على ضوئها يصدر خطاب الضمان.

وتكمن أهمية تناولنا لهذا الفصل في التعرف على العقود الممهدة لإصدار خطاب الضمان والذي على أساسها تتحدد التزامات أطراف عقد الاعتماد بالضمان هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لمعرفة مدي اتصال أو انفصال واستقلال خطاب

(1) انظر: د/رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص354، د/ خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق، بند 275، ص 402.

(2) انظر: د/علي جمال الدين عوض خطابات الضمان المصرفية (2007م) مرجع سابق، بند47، ص 61.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ضمان المناقصات والمزايدات بعد إصدارة عن تلك العقود أو الاتفاقات المهدة له والذي قد يساعدنا ذلك - عند البحث في التكييف القانوني لخطاب الضمان - في تحديد التكييف القانوني الصحيح لالتزامات البنك تجاه المستفيد.

وبذلك فإننا سنتناول هذا الفصل في ثلاثة مباحث:

- **نتناول في المبحث الأول:** الاتفاقات والعقود المهدة لإصدار خطاب الضمان (عقد المناقصة أو المزايدة - وعقد الاعتماد بالضمان).
- **ونتناول في المبحث الثاني**: ضمانات البنك في فتح الاعتماد بالضمان (غطاء خطاب الضمان)، على اعتبار أن تقديم غطاء خطاب الضمان إجراء سابق على إصدار الخطاب، بحيث قد يمتنع البنك عن اصدرا خطاب الضمان إذا لم يقدم له العميل الغطاء المتفق عليه في عقد الاعتماد بالضمان الذي يضمن حقوق البنك إذا ما أوفى بقيمة الخطاب للمستفيد.
- **فيما نخصص المبحث الثالث** للخطوات التنفيذية لإصدار الخطاب.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المبحث الأول

العقود أو الاتفاقات الممهدة لإصدار خطاب الضمان

- **تمهيد وتقسيم:**

سبق وأن أشرنا بأن الأساس الذي يحكم علاقة أطراف خطاب الضمان في المناقصات والمزايدات يختلف عن الأساس الذي يحكم علاقة العميل بالمستفيد، وعلاقة هذا الأخير بالبنك لاستقلال كل علاقة عن الأخرى.

وإن كان خطاب الضمان مستقلاً ومنفصلاً عن أي عقود أو اتفاقات تسبق إصداره، إلا أنه يجد سبب وجوده في اتفاقات أو عقود ممهدة له، وهي إما أن تكون بين العميل والمستفيد، وتعرف في النشاط المصرفي بعقد الأساس، والذي على ضوئه تتحدد التزامات الأطراف ومن بينها تقديم خطاب ضمان مصرفي أيا كانت وظيفته (ضمان دخول مناقصة أو ضمان حسن تنفيذ، أو ضمان تمويلي أيا كان نوعه)، فهو الذي يحدد شروط هذا الخطاب، ونوعه، ومقداره... الخ، أو تكون بين العميل والبنك وتعرف بعقد الاعتماد بالضمان أو التوقيع، ومن ثم لابد أن يكون هذا العقد متفقاً مع عقد الأساس فيما يتعلق بتحديد شروط الخطاب وإلا كان للمستفيد الحق أن يرفضه، وعلى الرغم من أن العلاقات التي ترتبها هذه العقود - كما سنري - لاحقاً، مستقلة عن خطاب الضمان، إلا أنها تلعب دوراً حيوياً ومهماً في الواقع، بحيث يصعب الإنكار بأنها السبب في وجود خطاب الضمان.

لذا آثرنا أن نبين أهميتها وأحكامها، وذلك تعميقاً للفهم والفائدة، ولمعرفة مدي تأثيرها على خطاب الضمان، مقسمين هذا المبحث إلى مطلبين:

- **المطلب الأول:** عقد الأساس (عقد المناقصة أو المزايدة).
- **المطلب الثاني:** عقد فتح الاعتماد بالضمان.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الأول

عقد الأساس "عقد المناقصة أو المزايدة"

غالباً ما يشترط المستفيد على المقاول أو المتعهد أو المورد في عقد الأساس أن يقدم له خطاب ضمان مصرفي أيا كانت وظيفته (ضمان دخول المناقصة أو المزايدة، ضمان حسن التنفيذ، ضمان دفعات تمويلية يقدمها المستفيد للمقاول.....إلخ).

وبذلك يكون عقد الأساس هو السبب في إصدار خطاب الضمان؛ مما يعني أن التزام البنك لا ينشأ إلا تنفيذاً للالتزامات الناشئة عن عقد الأساس[1]. وهذا القول لا يؤدي إلى جعل خطاب الضمان مرتبطاً بعقد الأساس، لاستقلال التزام البنك عنه كما سنرى.

والواقع أن العلاقة العقدية بين العميل والمستفيد في عمليات المناقصات والمزايدات تتخذ شكلين بحسب العقد المبرم بينهما؛ فقد تكون علاقة عقد مناقصة (مقدم عطاء مقاول أو مورد أو متعهد – صاحب عمل جهة حكومية أو مؤسسة أو شركة أهلية)، عقد مزايدة (مقدم عطاء مشتري – بائع جهة حكومية أو شركة أو مؤسسة خاصة).

غير أن الأساليب التي تتخذها الجهات المستفيدة في اختيار المتعاقد معها تتخذ أشكالاً متعددة ومتنوعة حسب قيمة وأهمية المناقصات أو المزايدة.

وإن كانت غالبية خطابات ضمان المناقصات والمزايدات تصدر بمناسبة العمليات التي تطرحها الجهات الحكومية، فإن هذه الجهات تتبع في اختيار المتعاقد معها الإجراءات التي نص عليها القانون، حيث نص على العديد من الضمانات التي تحقق المصلحة العامة.

---

(1) انظر: د/ علي جمال الدين، خطابات الضمان المصرفية (2007م)، مرجع سابق، بند 164، ص 177.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وفيما يلي نبحث عقد الأساس (عقد المناقصة أو المزايدة) في فرعين؛ في الفرع الأول نبحث بإيجاز مفهوم أساليب اختيار الجهة الحكومية للمتعاقد معها حسبما جاء في قانون المناقصات والمزايدات اليمني رقم 23 لسنة 2007م، وقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998م ولائحتهما التنفيذية، والمراحل التي يمر بها التعاقد عن طريق المناقصة العامة؛ نظراً لانطباق معظم قواعد وإجراءات التعاقد في هذه المناقصة على بقية الطرق الأخرى للتعاقد في المناقصات والمزايدات، وفي الفرع الثاني نبحث مدى تعليق مصير عقد المناقصة أو المزايدة على إصدار خطاب الضمان.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الأول

طرق إجراء التعاقد في المناقصات والمزايدات والمراحل التي يمر بها التعاقد عن طريق المناقصة العامة

أولاً: طرق إجراء التعاقد في المناقصات والمزايدات:

تتم عمليات المناقصات والمزايدات بعدة طرق حددها قانون المناقصات والمزايدات، وهذه الطرق تختلف من عملية لأخرى بحسب طبيعتها وقيمتها، لذا فإننا سنوضح هذه الطرق بشكل موجز على النحو التالي:

1. المناقصة:

هي "مجموعة الإجراءات الإدارية والفنية والقانونية التي تتخذها الجهة لتنفيذ أعمالها بطريقة تنافسية وفق وثائق المناقصة بهدف الوصول إلى أفضل العطاءات، وذلك استناد إلى معايير ودرجات التقييم المحددة للمناقصة العلنية بما يتفق وأحكام القانون"[1]، والمناقصة تأخذ إحدى صور ثلاث هي:

1. المناقصة العامة:

وهي الأصل العام الذي قرره المشرع بالنسبة لعقود وشراء المنقولات وتقديم الخدمات ومقاولات الأعمال ومقاولات النقل، وهي مناقصة مفتوحة وغير مقيدة بعدد معين من المتنافسين يتمكن كل شخص تتوافر فيه شروطها أن يتقدم بعطائه[2].

---

(1) المادة (2) من قانون المناقصات والمزايدات اليمني.

(2) انظر: د/ محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري - العقد الإداري)، طبعة 1999م، ص 313، حسين درويش عبد العال، وسائل تعاقد الإدارة – المناقصات والمزايدات والممارسة، مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1959، ص 32.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وقد عرفتها المادة الثانية من قانون المناقصات والمزايدات اليمني الجديد بأنها: "المناقصة التي يتم فيها فتح باب المنافسة للراغبين في المشاركة لتنفيذ الأعمال المختلفة للمستوفين للشروط الأساسية للتأهيل المحددة في وثائق المناقصة، وذلك عن طريق إعلان يتم نشره من قبل الجهة المختصة في وسائل الإعلام الحكومية وأي وسائل إعلام أخرى وفقاً للشروط المحددة في هذا القانون".

والمناقصة العامة تخضع لعدد من المبادئ الأساسية وهي: العلانية، وتكافؤ الفرص، والمساواة، وحرية التنافس[1]، وهذه المبادئ تشترك فيها المناقصة المحدودة والمناقصة المحلية، وتكون المناقصة العامة داخلية؛ أي يقتصر الإعلان عنها في داخل إقليم الدولة، ولكنها قد تكون أيضاً خارجية فيعلن عنها داخل إقليم الدولة وخارجها[2].

2. المناقصة المحدودة:

ويقصد بالمناقصة المحدودة "هي تلك العملية التي يحصر التنافس فيها بين عدد محدود من المقاولين والمتعهدين والموردين لا يقلون عن ثلاثة، وتسري عليها جميع قواعد المناقصة ما عدا النشر في وسائل الإعلام"[3]. وبذلك فإن المناقصة المحدودة هي صورة من صور المناقصة تتقيد الإدارة فيها باختيار المتناقص الذي يقدم أفضل العطاءات، إلا أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في تحديد المتناقصين الذين يحق لهم الدخول في المناقصة المحدودة؛ إذ هي مقصورة على عدد من الأفراد أو الشركات تختارهم الإدارة مقدماً بعد التثبت من كفايتهم المالية والفنية وحسن السمعة[4].

---

(1) وقد نصت على هذه المبادئ المادة الثانية من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998م، بقولها بأنه: "تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة، وكلتاهما إما داخلية يعلن عنها في مصر، أو خارجية يعلن عنها في مصر وفي الخارج، ويكون الإعلان في الصحف اليومية، ويصح أن يضاف إليها غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار".

(2) المادة (2) من قانون المناقصات والمزايدات اليمني، تقابلها المادة (2) مناقصات مصري.

(3) المادة (2) من قانون المناقصات والمزايدات اليمني.

(4) انظر: د/ عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، العقود الإدارية "أحكام إبرام العقد الإداري =

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وتختلف المناقصة المحدودة عن المناقصة العامة في الإعلان؛ ففي المناقصة العامة يتم الإعلان في الصحف الرسمية وفقاً لما يحدده القانون، وبحسب نوع المناقصة، أما المناقصة المحدودة فيكتفي فيها بتوجيه الدعوة لمن يجوز لهم الاشتراك فيها بخطاب موصي عليه أو ترسله مخصوص بموجب إيصال مؤرخ[1].

3. المناقصة المحلية:

وهذه الطريقة من طرق التعاقد لم ينص عليها قانون المناقصات والمزايدات اليمني الجديد رغم أن قانون المناقصات والمزايدات القديم رقم 49 لسنة 1991م اعتبرها إحدى طرق التعاقد في المادة (17) حيث أجازت "عند الضرورة أن يتم الشراء أو التكليف بأداء الأعمال أو الخدمات أو النقل بإحدى الطرق التالية... ب - المناقصة المحلية فيما لا يزيد قيمته عن ستين ألف ريال".

وأجازت هذا النوع من أنواع التعاقد المادة الأولى من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998م بقولها: "... ومع ذلك يجوز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة التعاقد بإحدى الطرق الآتية... ب - المناقصة المحلية...."

ويكون التعاقد بطريق المناقصة المحلية فيما لا يزيد قيمته على مائتي ألف جنيه، ويقصر الاشتراك فيها على الموردين والمقاولين المحليين الذين يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي يتم بدائرتها تنفيذ التعاقد[2].

= وفقاً للقانون رقم 89 لسنة 1998م، الخاص بالمناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية"، بدون ناشر، طبعة 2002/2001م، ص 248.

(1) انظر: د/ محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، طبعة 2000م، ص 127.

(2) المادة (4) من قانون المناقصات والمزايدات المصري

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

- **الفرق بين المناقصة المحدودة والمناقصة المحلية:**

تختلف المناقصة المحلية عن المناقصة المحددة في الأمور التالية:

1. المناقصة المحلية تقتصر على المشتغلين بالنشاط الخاص موضوع المناقصة في نطاق المحافظة التي تتم فيها المناقصة[1]، أما المناقصة المحدودة فتكون الدعوة موجهة لعدد محدود من المشتغلين بالنشاط الخاص موضوع المناقصة، سواء في نطاق المحافظة التي تتم فيها المناقصة، أو أي محافظة أخرى أو في الخارج.

2. قيمة المناقصة المحلية لا تزيد على مائتي ألف جنيه في القانون المصري، أما المناقصة المحدودة فلم يحدد قيمتها القانون المصري[2]، إلا أن القانون اليمني حدد قيمتها بما زاد عن 1.5 مليون ريال وبما لا يتجاوز مبلغ 3 مليون ريال بالنسبة للجان المناقصات في السلطة المركزية الوزارات ودواوين عموم المؤسسات والهيئات والشركات والجامعات والمصالح والأجهزة المركزية الأخرى وأمانة العاصمة صنعاء، وما زاد عن 500 ألف ريال وبما لا يجاوز مليون ريال بالنسبة للجان المناقصات في السلطة المحلية وفروع المؤسسات والهيئات والشركات والمصالح والأجهزة في المحافظات والمديريات[3].

3. المدة المحدودة التي تترك للمتقدم في المناقصة المحلية هي عشرة أيام على الأقل قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية، وفي حالة الاستعجال ترسل الدعوة مع مخصوص قبل المدة المحددة بثمانية وأربعين ساعة على الأقل وتسلم بموجب إيصال مؤرخ[4]، أما المناقصة المحدودة فإن الفترة

---

(1) انظر: د/ محمد أنس قاسم جعفر، المرجع السابق، ص 128.

(2) ولم يحدد قانون المناقصات والمزايدات المصري الجديد ولائحته التنفيذية سقفاً معيناً لهذا النوع من المناقصات، وإنما أجاز التعاقد عن طريقها في حالة القيام بالأعمال الفنية أو لشراء الأشياء التي تكون حكراً على أشخاص معينين لاعتبارات الأمن القومي المادة (5) مناقصات مصري.

(3) المادة (80 - 81) اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني.

(4) المادة (37) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

التي تترك للمتقدم هي خمسة عشر يوماً على الأقل ولا يجوز الانتقاص منها بأي حال من الأحوال[1].

2. المزايدة:

يتبع أسلوب المزايدة في بيع المنقولات التي تستغني عنها الجهات الحكومية، والهدف من إتباع هذا الطريق في التعاقد هو المحافظة على الممتلكات العامة للدولة، ومنع أي تواطؤ أو تلاعب بهذه الممتلكات من قبل القائمين على عملية البيع.

والمزايدة تخضع لنفس النظام القانوني الذي تخضع له المناقصة العامة، والأصل أنه يتم بيع المنقولات المملوكة للدولة عن طريق المزايدة العلنية العامة، إلا أن المشرع أجاز البيع عن طريق المزايدة المحدودة متى توافرت شروطها التي حددها القانون، حيث تنص المادة (79) من قانون المناقصات والمزايدات اليمني الجديد بأنه: "يكون بيع جميع الأصول أو الأصناف أو أي ممتلكات أخرى والتي تقتضي طبيعتها البيع بالمزاد أو تلك المستغني عنها التي لا يمكن الاستفادة منها في الجهة نفسها أو أي جهة من الجهات الخاضعة لهذا القانون عن طريق إجراء مزايدة عامة يتم الإعلام عنها داخل الجمهورية فقط، أو داخل الجمهورية وخارجها حسب طبيعة كل مزايدة، ويجوز البيع عن طريق المزايدة المحدودة متى توافرت الشروط المحددة في هذا القانون، وتحدد اللائحة السقف المالي للبيع عن طريق المزايدة المحدودة".

وبناء عليه فإن التعاقد في المزايدات يتم إما عن طريق المزايدة العلنية أو عن طريق المزايدة المحدودة، وسنوضح بإيجاز مفهوم هذه الأنواع على النحو التالي:

1. المزايدة العلنية:

هي مجموعة من الإجراءات المعلن عنها وفقاً للأوضاع الموضحة بهذا القانون للوصول إلى أعلى الأسعار للأصناف المراد بيعها المادة(2) من قانون المناقصات والمزايدات اليمني.

---

(1) المادة (35) من ذات اللائحة.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وتخضع هذه الطريقة من طرق التعاقد لنفس الإجراءات التي تخضع لها المناقصة العامة سواء من حيث الإعلان أو إجراءات التقدم أو البت، غير أنها تختلف عن المناقصة العامة من حيث الإرساء حيث يتم الإرساء فيها على أعلى سعر مستوفٍ للشروط، أما في المناقصة العامة كما سنرى يتم الإرساء على أقل سعر في العطاءات المتقدمة.

واللجان التي تقوم بالبت في المزايدات هي نفسها لجان المناقصات، وتسري عليها نفس الأحكام والاختصاصات التي تسري على لجان المناقصات[1].

2. المزايدة المحدودة:

ويقصد بها مجموعة الإجراءات الإدارية والفنية والقانونية التي تقوم بها الجهة في المزايدة العامة - عدا الإعلان - لفتح باب المنافسة بين عدد محدود من المتزايدين تقوم بإخطارهم وفقاً للشروط المحددة في هذا القانون[2].

وقد نصت المادة (82) من قانون المناقصات والمزايدات اليمني الجديد على: "أنه يتم البيع بالمزايدة المحدودة عن طريق إخطارات توجه من الجهة صاحبة العطاء لعدد محدود من الأشخاص المقيدين لدى الجهة لفتح باب المنافسة العلنية لبيع الأصول والأصناف أو الممتلكات الأخرى، وذلك عن طريق تقديم عطاءات مغلقة، ويبدأ المزاد علناً بين المتزايدين المتقدمين بعد فتح المظاريف بقيمة أعلى الأسعار المقدمة في المزايدة وتحدد اللائحة الإجراءات التنفيذية لذلك".

ويتضح من ذلك أن المزايدة المحدودة تخضع لذات الإجراءات والقواعد التي تخضع لها المزايدة العلنية فيما عدا الإعلان؛ إذ الإعلان في المزايدة العلنية يتم عن طريق توجيه الدعوة إلى العامة من خلال النشر في الصحف الرسمية واسعة الانتشار، أما الإعلان في المزايدة المحدودة يتم عن طريق توجيه الدعوة من قبل

(1) المادة (84) من قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية اليمني.

(2) المادة (2) من ذات القانون.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الجهة الإدارية إلى أشخاص معينين بذاتهم ممن تتوافر فيهم الكفاية المالية أو الفنية، حيث تتمتع الجهة الإدارية فيها بسلطة تقديرية واسعة في تحديد المتزايدين الذين يحق لهم الدخول في شراء الأصناف التي تريد بيعها؛ إذ هي تقتصر على عدد من الأفراد والشركات تختارهم بعد التأكد من حسن سمعتهم ومن مقدرتهم في تنفيذ التزاماتهم.

وقد حددت المادة (81) من قانون المناقصات والمزايدات اليمني حالات المزايدة المحدودة، بقولها على أن:

"يتم البيع بالمزايدة المحدودة في أي من الحالات الآتية:

1. عندما تكون قيمة المزايدة في إطار السقف المالي للبيع بالمزايدة المحدودة.
2. عندما تكون قد أجريت مزايدتان عامتان دون تحقيق نتيجة إيجابية.
3. عندما تكون الأصول والأصناف أو الممتلكات الأخرى المراد بيعها مرتبطة بعدد محدود من الأشخاص لا يجدي طرحها في مزايدة عامة".

وفي كل الأحوال يجب موافقة لجنة المناقصات المختصة قبل اللجوء لهذه الطريقة.

غير أن الوضع في القانون المصري يختلف عما هو عليه في القانون اليمني، إذ حدد طرق التعاقد عن طريق المزايدة في ثلاث طرق وهي: المزايدة العلنية، والمزايدة المحلية، والمزايدة بفتح المظاريف المغلقة، حيث تنص المادة (30) من قانون المناقصات والمزايدات المصري بأن: "يكون البيع وتأجير العقارات والمنقولات والمشروعات التي ليس لها الشخصية الاعتبارية والترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات بما في ذلك المنشآت السياحية والمقاصف عن طريق مزايدة علنية عامة أو محلية أو بالمظاريف المغلقة...".

وقد ألزمت المادة (120، 124، 125) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون وجوب إتباع في هذه الطرق من طرق التعاقد ذات القواعد والإجراءات المتبعة في المناقصة العامة بما لا يتعارض مع طبيعة البيع أو التأجير أو الترخيص.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ثانياً: المراحل التي يمر بها التعاقد عن طريق ا لمناقصة العامة

يمر التعاقد عن طريق المناقصة العامة بالمراحل التالية: الدعوة للتعاقد، التقدم إلى المناقصة، فحص العطاءات، الإرساء، إبرام العقد. وسنتناول هذه المراحل على النحو التالي:

1. الدعوة للتعاقد:

تتم عملية الدعوة للتعاقد من خلال الإعلان عن المناقصة التي تتضمن توجيه الدعوة العامة من جانب الجهة الإدارية التي اتجه عزمها إلى إبرام عقد معين، وفقاً للشروط التي تتضمنها هذه الدعوة إلى التعاقد، وذلك بهدف تقديم العطاءات المطابقة لهذه الشروط خلال أجل معين[1].

وهذا الإعلان يحقق المبادئ التي تخضع لها المناقصة، وهي العلانية، والمساواة بين المتناقصين، وحرية المنافسة، ولهذا فإن الإعلان شرط ضروري ولازم لتحقيق مبادئ المناقصة.

لذا فإن الإعلان يجب أن يتم في الوقت المناسب، وأن يبين فيه بطريقة وافية الجهة التي تتقدم إليها العطاءات، وآخر موعد لتقديمها، والصنف أو العمل المطلوب، والشهادات والبطاقات القانونية المطلوبة، وثمن النسخة من شروط العطاء، وقيمة التأمين الابتدائي المطلوب تقديمه، والذي قد يتخذ صورة خطاب ضمان بنكي، وفترة سريانه، وأية بيانات أخرى تقدر الجهة ضرورتها لصالح العمل، وأن يتم الإعلان بالنشر في وسائل الإعلام الواسعة الانتشار[2]: (الصحف - التليفزيون - الراديو - الإنترنت).

وبذلك يجب على المتقدم للمناقصة أو المزايدة أن يلتزم عند إصداره لخطاب الضمان الابتدائي بالشروط المحددة في الإعلان سواء من حيث مدته أو قيمته.

---

(1) انظر: د/ مطيع علي جبير، مرجع سابق، ص 331، د/ محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 313.

(2) المادة (115) من اللائحة التنفيذية للقانون اليمني، تقابلها المادة (12) اللائحة التنفيذية للقانون المصري.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

2. التقدم إلى المناقصة:

وهذا أمر متروك لرغبة المتناقصين على أن يلتزموا بالشروط التي يتطلبها الإعلان عن المناقصة.

3. فحص العطاءات:

ويتم في القانون اليمني على ثلاث مراحل، وتقوم به ثلاث لجان:

الأولى: لجنة فتح المظاريف:

ومهمتها فتح مظاريف العطاءات المتقدمة، وذلك في اليوم والساعة المحددين، تمهيداً لفحص العطاءات، والتأكد من مطابقتها للشروط المعلن عنها، واستبعاد العطاءات التي تخالف ذلك، ورغم ما يبدو من أن دور هذه اللجنة إعدادي، إلا أنها تتمتع باختصاص نهائي في بعض الحالات؛ لأن من حقها أن تستبعد كل عطاء لا يكون مستوفياً لأحد الشروط المطلوبة، كتقديم العطاء في غير الموعد المحدد أو على نماذج غير النماذج المعدة لذلك[1]، أو عدم إرفاق خطاب الضمان الابتدائي أو البطاقة الضريبية، وغير ذلك من الشروط التي يتطلبها الإعلان.

الثانية: اللجنة الفنية:

وتكون مهمتها تفريغ وتحليل العطاءات بعد مراجعتها مراجعة محاسبية وإجمالية وتفصيلية، وترتيب العطاءات وفقاً لأقل الأسعار المقدمة المستوفية للمواصفات الفنية والشروط والمتطلبات المحددة في وثيقة المناقصة، وإبداء الرأي في العطاءات التي ترى استبعادها مع إيضاح أسباب استبعاد كل عطاء على حده، وإثبات أوجه النقص والمخالفات للشروط والمواصفات، وأية ملاحظات أخرى لكشوفات التفريغ[2].

---

(1) المادة (161) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني، د/ مطيع علي جبير، مرجع سابق، ص 377، محمد علي البربري، مرجع سابق، ص 4.

(2) المادة (161) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الثالثة: لجنة البت في العطاءات:

وينحصر دورها في مراجعة التقارير الفنية والكشوفات النهائية الخاصة بتفريغ وتحليل العطاءات والتوصيات المقدمة من اللجنة الفنية أو وحدة المشتريات الفنية والتأكد من سلامتها، ومن ثم تقوم بإرساء المناقصة إذا لم تتجاوز حدود صلاحيتها المالية، أما إذا تجاوز مبلغ الإرساء صلاحيتها المالية وجب عليها رفع كافة وثائق المناقصة والتقارير الفنية والمالية والمحاضر إلى لجنة المناقصة في المستوى الأعلى، مبينة صاحب العطاء الفائز والمبلغ النهائي للإرساء.[1].

ويلاحظ أن المشرع اليمني أسند مهمة تفريغ وتحليل العطاءات إلى لجنة فنية، في حين أن المشرع المصري قد أوكل هذه المهمة لمدير المشتريات ليكلف موظفاً أو أكثر تحت إشرافه ليقوما بتفريغ العروض الفنية على الاستمارات المعدة لذلك، وبذلك فإن فحص العطاءات في القانون المصري يمر على لجنتين فقط؛ لجنة فتح المظاريف، ولجنة البت في العطاءات.

4. الإرساء:

تقوم لجنة البت بعد الانتهاء من مراجعة التقارير الفنية والتأكد من سلامتها بإرساء المناقصة على أقل عطاء متى كان ذلك مستوفياً لجميع الشروط والمواصفات الفنية والمالية والقانونية والمطالبات الأخرى المحددة في وثائق المناقصة، وأنه أصبح أنسب العطاءات وذلك تحقيقاً لمبدأ اقتصادية الشراء.

ولا يعد قرار لجنة البت بإرساء العطاء على أحد المتناقصين أو المتزايدين قبولاً صادف إيجاباً فهو لا يولد من جانب الإدارة التزامات تعاقدية، وإنما يقتصر أثره على التزام الإدارة بألا تتعاقد إلا مع من يرسو عليه المزايدة أو المناقصة، وهذا ما يعرف بآلية المزاد أو المناقصة حيث لا تستطيع الإدارة الفكاك من هذا الالتزام إلا بعد إتمام التعاقد أو العدول عنه بإلغاء المناقصة[2].

(1) المادة (188) من اللائحة لقانون المناقصات والمزايدات اليمني.

(2) انظر:د/ عبد النعيم عبد الحميد شرف، مرجع سابق، ص 237، حسين درويش عبد العال، مرجع سابق، ص 111.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

5. إبرام العقد:

إن قرار لجنة البت بإرسال المناقصة لا ينشئ أثارة إلا بعد تصديق الجهة الحكومية المختصة على ذلك القرار، ثم يلي ذلك التصديق إخطار المتناقص الفائز بقبول عطائه، ومطالبته بإيداع خطاب الضمان النهائي وتوقيع العقد.

ويعتبر إبرام العقد نقطة حيوية ومهمة بالنسبة لخطاب الضمان النهائي، فهذا العقد يحدد الشروط الأساسية التي يشترطها المستفيد على العميل لكي يصدر خطاب الضمان على ضوئها، ومخالفة العميل لشرط من تلك الشروط، قد يؤدي الي رفض المستفيد للخطاب، مما يترتب على رفضه له إنهاء عقد المناقصة أو المزايدة؛ نظراً لكون خطاب الضمان شرطاً أساسياً وضرورياً لنفاذ عقد المناقصة أو المزايدة واستمراره.

غير أنه يجب أن يراعى عند الاتفاق على الشروط الواجب إصدار خطاب الضمان على ضوئها ما أوجبت المادة (127) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات أو المزايدات اليمني والمادة (70) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات مصري، حيث أوجبته عدم اقتران خطاب الضمان بأي قيد أو شرط قد يمنع المستفيد من الحصول على قيمة الضمان إلا بعد تحققه، وأن يصدر الخطاب من أحد البنوك المحلية المعتمدة من قبل البنك المركزي، فلا يجوز إصداره من إحدى الهيئات العامة أو شركات التأمين أو الشركات والمؤسسات التي تصدر صكوكاً تأخذ حكم خطابات الضمان لما يتبعها من شركات أو جمعيات وفي ذلك قضت إدارة الفتوى لوزارة الدفاع بمجلس الدولة المصري بعد أن استعرضت المادتين (18، 20) من قانون المناقصات المصري رقم 89 لسنة 1998م والمادة(70) من لائحته التنفيذية بقولها: " ومن حيث إن المستفاد من النص السابق أنه يجوز أن يدفع التأمين سواء كان نهائياً بموجب خطاب ضمان بشروط محددة، ومن بين هذه الشروط أن يكون خطاب الضمان صادراً من أحد المصارف المحلية المعتمدة.

ومن حيث إنه بإعمال ما تقدم على الحالة المعروضة وكان الثابت من الأوراق أن خطاب الضمان عن التأمين النهائي المقدم من الشركة المصرية للغازات الطبيعية (ماسكو) هو خطاب صادر من الهيئة المصرية العامة للبترول، وهذه الهيئة ليست

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

من المصارف المحلية المعتمدة، وبالتالي فإن خطاب الضمان سالف الذكر لا تتوافر فيه أية مقومات خطاب الضمان، بل يكون مجرد من وصف خطاب الضمان بالمعنى الفني لخطاب الضمان؛ لأنه غير صادر من المصارف البنكية المحلية المعتمدة، ومن ثم لا يجوز قبوله عن التأمين النهائي للمشروع.....[1] ".

وهذا العقد؛ أي عقد المناقصة أو المزايدة، ينقضي بتسليم المشروع أو الأصناف الموردة أو انقضاء مدة الضمان المتفق عليها بعد التسليم، ويسري على عقود التوريدات أو التشغيل نوعان من الاستلام[2]:

1. استلام مؤقت.
2. استلام نهائي.

ويعني بالاستلام المؤقت أن يسلم المقاول أو المورد المبني أو الأصناف المتعاقد عليها في المواعيد المحددة والمكان المتفق عليه مطابقة لمواصفات وشروط البناء أو التوريد عدداً أو وزناً أو مقياساً والمتفق عليها في العقد مقابل إيصال مؤقت بذلك من أمين المخازن.

ثم يخطر المقاول أو المورد بموعد اجتماع لجنة الفحص حتى يمكنه حضور إجراءات الفحص والتسليم النهائي، ولكن للجنة الفحص إما أن ترفض الأعمال أو الأصناف الموردة كلها أو بعضها، فتتطلب من المقاول إكمالها ومن المورد سحبها وتوريد غيرها موضحة له أسباب الرفض، ومن حقها في هذه الحالة مصادرة التأمين النهائي أو الرجوع إلى البنك الذي أصدر خطاب الضمان المقدم إليها في هذا الخصوص لمصادرته.

وإما أن تقرر قبول الأعمال المنجزة أو الأصناف فيترتب على قرارها هذا بعد اعتماده أن ينتقل إليها ملكية المشرع أو البضائع، ويصبح للمقاول الحق في الثمن أو ما بقي منه، كما يتعين رد خطاب الضمان النهائي إليه.

---

(1) انظر: فتوى إدارة الفتوى لوزارة الدفاع رقم 158 في 8 / 7 / 2000م، الملف رقم 19 / 1 / 97، مشار إليه المستشار فتحي عطية مصطفى، مرجع سابق، ص240.

(2) انظر: محمد علي البربري، مرجع سابق، ص 7.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثاني

تعليق مصير عقد المناقصة أو المزايدة على إصدار خطاب ضمان

قد يعلق طرفا عقد المناقصة أو المزايدة مصيره من حيث إبرامه أو نفاذه على إصدار خطاب ضمان طبقاً للشروط وفي الموعد المحدد.

وتفصيل ذلك، إذا اتفق طرفي عقد الأساس لإمكانية تنفيذه تقديم خطاب ضمان مصرفي لصالح المستفيد، فيعد هذا الشرط من قبيل الشرط الواقف لا ينفذ الإ بتحققه[1]. بمعنى أن عقد المناقصة أو المزايدة الذي أبرمه العميل والمستفيد كان من شروطه استصدار خطاب ضمان مصرفي لصالح المستفيد يقدم خلال الموعد المحدد في عقد الأساس، ويتوقف نفاذه على تحقق الشرط الوارد فيه وهو استصدار خطاب ضمان.

فإذا لم يقم العميل بإصدار خطاب الضمان خلال المدة المتفق عليها فلا وجود لعقد المناقصة أو المزايدة، لتخلف الشرط المتوقف نفاذه عليه.

وفي بعض الحالات قد يتفق أطراف عقد المناقصة أو المزايدة على اعتبار هذا الشرط من قبيل الشرط الفاسخ، يعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد[2].

ويكون مثل هذا الشرط عندما يتفق المتعاقدان عند إبرام عقد المناقصة أو المزايدة على اعتبار هذا العقد مفسوخاً إذا لم يقدم خطاب الضمان خلال الموعد المحدد لذلك.

---

(1) انظر: د/ على جمال الدين عوض خطابات الضمان المصرفية، (1991م) مرجع سابق، بند 72، ص88.

(2) انظر: د/محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 370، د/ خليل فيكتور، بند 136، ص 172.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وفي هذه الحالات ربط طرفي عقد الأساس تنفيذه أو إبرامه على تقديم خطاب مصرفي لصالح المستفيد إلا أننا نؤكد بأن ذلك لا يمس استقلالية خطاب الضمان ونهايته؛ إذ يظل البنك ملتزماً في مواجهة المستفيد دون أن يعتد بأي دفُوع مستمدة من عقد الأساس، حتى ولو بطل هذا العقد أو لم ينفذ بعد تقديم خطاب الضمان.

فربط عقد الأساس بخطاب الضمان ليس إلا تعليق تنفيذ هذا العقد أو إبرامه بإصدار خطاب ضمان بنكي غير مشروط.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثاني

عقد فتح الاعتماد بالضمان

- **تمهيد وتقسيم:**

قد يجد العميل نفسه في حاجة ماسة إلى مبلغ من النقود كضمان يقدمه عند عزمه على الدخول في مناقصة أو تقدمه في مزايدة، ولكن لا يرى أن يرتبط بقرض قبل إتمام هذه الصفقة حتى لا يتحمل بمزيد من الفوائد، فيتفق مع البنك على أن يفتح له اعتماد بمبلغ التأمين المطلوب ليضمنه تجاه المستفيد لإبرام عقد مناقصة أو مزايدة، أو غير ذلك من أوجه الاستخدام التي يحتاجها هذا العميل.

وفتح الاعتماد هو عقد بسيط أو عادي يبرمه البنك والعميل يلتزم بموجبه البنك بإصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد الذي يعينه العميل[1]. وبالتالي تسري على هذا العقد الأحكام القانونية التي تسري على فتح الاعتماد البسيط، ويرتب نفس الآثار التي تترتب عليه بما يتفق وطبيعته.

غير أن هذا العقد - أي عقد فتح الاعتماد بالضمان - يتميز بأن العميل لا يستطيع أن يسحب مبلغ الضمان متى شاء؛ لأن البنك إعارة توقيعية فقط، وإنما يكون ذلك من حق المستفيد إذا طالب بذلك طبقاً للشروط المحددة في الخطاب.

وفي إطار دراستنا لهذا العقد، سوف نتناوله في فرعين الفرع الأول نتناول فيه تعريف عقد فتح الاعتماد بالضمان وتكوينه وتجاريته، ونخصص الفرع الثاني لالتزامات أطرافه عقد الاعتماد بالضمان، باعتباره الأرضية أو اللبنة الأولى - إن جاز لنا التعبير - لإصدار خطاب الضمان:

---

(1) انظر: د/ محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 302.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الأول

تعريف عقد فتح الاعتماد وتكوينه ومدى تجاريته

أولاً - تعريف عقد فتح الاعتماد بالضمان:

لكون عقد فتح الاعتماد بالضمان أحد التسهيلات الائتمانية التي تمنحها البنوك التجارية لعملائها.

فقد عرفه القانون التجاري اليمني في المادة (1/394) بأنه: "عقد يضع البنك بمقتضاه تحت تصرف طالب التسهيل مبلغاً من النقود ولمدة معينة أو غير معينة".

كما عرفه قانون التجارة المصري في المادة (338) بأنه: "عقد يضع البنك بمقتضاه تحت تصرف المستفيد، وسائل دفع في حدود مبلغ معين".

وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة المصري الجديد: "أن للاعتماد البسيط صوراً كثيرة، فقد يكون اعتماداً بالقرض أو بالتوقيع؛ أي يتدخل فيه البنك بتوقيعه كان يكفل عميله أو يصدر له خطاب ضمان، أو يقبل كمبيالات أو يخصم أوراقاً... وهذا كله صور للضمان لا يتجرد فيها البنك فوراً من نقود".

وتقول محكمة النقض المصرية: "إن الاعتماد بمعناه الفني الدقيق هو الاعتماد الذي يمثل ديناً على العميل قبل البنك دون أن يغطي كلياً أو في جزء منه"[1]، وهذا العقد على الرغم من أنه عقد نهائي يرتب آثاره فور انعقاده، فإنه

(1) انظر: حكم نقض مصري صادر بتاريخ 3 مايو 1972م، مجموعة أحكام النقض 203 ص 806 مشار إليه، د/ على جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 2000م، ص 472.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

يعتبر عقداً تمهيداً لعمليات أخرى تتم تنفيذاً له[1]، مثل إصدار خطاب ضمان لصالح جهة معينة.

ولكن كون هذا العقد يعتبر تمهيدياً لخطاب الضمان، فإنه لا ينفي أنه مستقل عنه، حيث إنه يرتب آثاراً خاصة به تختلف عن آثار الخطاب التي يمهد لإصداره.

ثانياً - تكوين عقد فتح الاعتماد بالضمان:

عقد فتح الاعتماد يعتبر من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول دون حاجة لإفراغها في شكل معين[2]، على أنه يشترط أن يصدر هذا الرضا من طرفيه بكافة شروط العقد الأساسية[3].

وهذا العقد قد يتم بطريقة الكتابة كما هو الوضع الغالب في عمليات البنوك، أو يتم بطريقة المراسلة بين طرفيه، أياً كان نوع المراسلة تقليدية أو تكنولوجية حديثة، وهذا الكتابة ليست شرط لصحة العقد أو شرط لإثباته[4]، فقد يتم إثباته عن طريق الكتابة أو أي طريقة أخرى من طرق الإثبات المنصوص عليها في قانون الإثبات، كما يمكن أن يتم هذا العقد شفوياً، ثم يطلب العميل من البنك أن يرسل خطاب تأكيدي يؤكد له فتح الاعتماد[5]، وأهم ما يجب أن يضمنه الأطراف في عقد فتح الاعتماد من بيانات مبلغ الخطاب الذي تم فتح الاعتماد من أجله، والمستفيد منه، والغرض من إصداره ومدة صلاحيته، والتصريح للبنك بدفع قيمته للمستفيد عند الطلب، دون الألتفات إلى أي معارضة من العميل، والضمانات التي تقدم للبنك ونوعها وطريقة سحبها، وبيان العمولة ورسوم الخدمة التي يتقاضها البنك

(1) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 474.

(2) انظر: د/ أحمد بركات مصطفى، العقود التجارية وعمليات البنوك، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2005/ 2006م، ص 220.

(3) انظر: د/ محمد عبد الله القاضي و نادية محمد معوض، مرجع سابق، ص259.

(4) انظر: د/ سميحة القليوبي، شرح قانون التجارة المصري، مرجع سابق، بند 3، ص 681.

(5) انظر: د/ أحمد بركات مصطفى، المرجع السابق، ص 220، د/علي البارودي، مرجع سابق، بند 285، ص 389.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

مقابل فتح الاعتماد، وغير ذلك من البيانات التي تلزم لإصدار خطاب الضمان دون أن تغير من طبيعته واستقلاليته.

ثالثاً - تجارية عقد فتح الاعتماد:

يعتبر عقد فتح الاعتماد عقداً تجارياً بالنسبة للبنك، وذلك استناداً إلى ما نصت عليه المادة (1/10) تجاري يمني، والمادة (5/الفقرة "و") تجاري مصري، أما بالنسبة للعميل طالب فتح الاعتماد؛ فقد يكون العقد بالنسبة له تجارياً وقد يكون مدنياً، فإذا كان هذا العميل تاجراً وطلب فتح الاعتماد لشئون تتعلق بتجارته، فإن العقد يكون بالنسبة له عقداً تجارياً تطبيقاً لنص المادة (3) تجاري يمني، والمادة (1/8) تجاري مصري، أما إذا كان العميل غير تاجر وتم فتح الاعتماد لغرض مدني كان العقد مدنياً[1].

ووفقاً لهذا التكييف المشار إليه يمكن إثبات عقد فتح الاعتماد بكافة طرق الإثبات في مواجهة البنك، أما في مواجهة العميل فالبنك يتقيد بطرق الإثبات المدنية إذا كان العمل من جانبه مدنياً[2].

(1) انظر: د/ أحمد بركات مصطفى، مرجع سابق، ص 221.

(2) انظر: سميحة القليوبي، شرح قانون التجارة المصري، مرجع سابق، بند 5، ص 684.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثاني

الالتزامات المترتبة على عقد فتح الاعتماد بالضمان

يترتب على إبرام العقد بين البنك والعميل عدة التزامات تقع على عاتق كل منهما، ويعد البنك الطرف الذي يتحمل العبء الأثقل من حيث الالتزامات المترتبة على إبرامه، - كما سنري - فيلتزم بإصدار خطاب الضمان وفقاً للصيغة التي حددها له العميل، وإخطار العميل بدفع قيمة الخطاب، وبرد قيمة الغطاء إذا لم يتقدم إليه أي طلب للوفاء بقيمته.

كما يقع على عاتق العميل الآمر العديد من الالتزامات، فيلتزم بتقديم غطاء الخطاب، ودفع العمولة، والفوائد، والمصاريف التي يتكبدها البنك، وعدم اعتراضه على الوفاء بقيمة الخطاب وغيرها من الالتزامات، وسنوضح هذه الالتزامات على النحو التالي:

أولاً - التزامات البنك

1. التزامه بإصدار خطاب الضمان:

يلتزم البنك بإصدار خطاب الضمان للجهة المستفيدة وفقاً للشروط والبنود التي حددها عقد الاعتماد بالتوقيع الذي أبرمه مع العميل، فلا يكفي أن يتعهد بإصدار الخطاب، وإنما لابد وأن يصدر بالفعل، وهذا أول التزام يقع على عاتق البنك تجاه العميل.

ونظراً لخطورة الالتزام الذي يقع على عاتق البنك من جراء إصداره لخطاب الضمان؛ إذ يضمن العميل من أمواله، وهذه الأموال غالباً ما تكون ودائع لعملائه، فله أن يقوم قبل إصداره لخطاب الضمان بدراسة المركز المالي للعميل دراسة وافية، كما يتأكد من كفاية رصيد العميل، وذلك على النحو التالي:

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

2. دراسة المركز المالي للعميل دراسة وافية:

وفي هذه الحالة يقوم المسئولون في البنك بفحص الطلب المقدم من العميل على نماذج البنك بعناية ودقة فائقة، والتحقق من صحة توقيع العميل على الطلب قبل إصداره الضمان، ولما كان إصدار خطاب الضمان يترتب عليه التزام غير مشروط على البنك، فعلى المسئولين أن يراعوا الدقة والحيطة البالغة عند وضع أية شروط بخطاب الضمان، تجنباً لأي مسئولية قد يتحملها البنك من جراء إصداره خطاب الضمان فيما بعد[1]، خاصة في خطابات ضمان المناقصات والمزايدات التي تعلن عنها الجهات الحكومية، وبالذات في المشروعات الضخمة حيث تكون قيمة خطاب الضمان المطلوب في هذه العمليات مرتفعة، مما يكون على البنك مراعاة الحيطة والدقة عند إصداره لمثل هذه الخطابات، فله على سبيل ذلك أن يتعرف على إمكانيات المقاول الفنية والمالية ودرجة يساره، ومدى حرصه على الوفاء بتعهداته، وله أن يتعرف على التسهيلات الائتمانية التي قد يحتاجها هذا المقاول في تنفيذ العملية، ومدى استعداد البنك على تمويلها حتى لا يتورط البنك في فتح تسهيلات لا يستطيع الوفاء بها فيما بعد.

3. التحقق من كفاية رصيد العميل:

يكون للبنك قبل إصداره لخطاب الضمان التحقق من كفاية رصيد العميل لتغطية الضمان، وله في سبيل ذلك أن يطلب استيفاء عقد رهن الأوراق المالية والتجارية[2]، واستيفاء إجراءات تنازل العميل عن حقوقه في العملية إذا كان الغطاء يتمثل في حقوق العميل قبل المستفيد.

---

(1) انظر: د/ حياة شحاته، مرجع سابق، بند 266، ص 304.

(2) انظر: د/ حياة شحاته، المرجع السابق، بند 267، ص 304.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ما يجب على البنك مراعاته عند إصدار خطاب الضمان:

أ. التزامه بإصدار خطاب الضمان في حدود ما ورد في عقد فتح الاعتماد بالضمان المبرم بينه وبين العميل:

فلا يجوز له أن يصدر الخطاب بأقل من المتفق عليه، وإلا تحمل مسئولية ما يترتب على فعله من أضرار للعميل؛ كأن يترتب على ذلك عدم قبول عطاء مقدم من العميل في مناقصة كانت فرصة منافسته على السعر فيها كبيرة، وتشهد الدلائل إلى رسو العطاء عليه في حالة لو تمكن من الدخول في المناقصة، وأن لا يذكر في الخطاب مبلغاً أكثر من المتفق عليه مع العميل، إذ قد يلجأ المستفيد إلى طلب صرف قيمة الخطاب فيكون بذلك الحق ضرراً بالعميل، وفي الحالة الأخيرة لا يحق للبنك الرجوع بالزيادة على العميل[1].

كما عليه أن يراعي بأن يكون محل التزامه في صك الخطاب هو دفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين[2]، فإذا كان تعهد البنك متمثلاً في الوفاء العيني فلا نكون بصدد خطاب ضمان[3]، وأيضاً لا نكون بصدد خطاب ضمان إذا كان تعهد البنك هو أداء خدمة للمستفيد[4]؛ مما يعني أن على البنك أن يتبع تعليمات العميل فيما يتعلق بمبلغ الخطاب بحيث لا يجوز له أن يتجاوز هذا المبلغ، فإذا تجاوزه تحمل

---

(1) انظر: د/ رضا عبيد، مرجع سابق، ص 138، 139.

(2) انظر: د/ محمد فريد العريني و هاني الدويدار، مبادئ القانون التجاري البحري، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، طبعة، 2000م، أكرم ياملكي، مرجع سابق، ص 326.

(3) انظر: د/ خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق بند 153، ص202.

(4) انظر: د/ رضا عبيد، مرجع سابق، بند 162، ص 131، د/ حياة شحاته، مرجع سابق، بند 271 ص 306. ويرى بعض الشراح أن الخطاب الذي يتعهد فيه البنك بأن يضمن عميله في كل ما يسببه من ضرر للمستفيد لا يكون خطاب ضمان بالمعنى الدقيق، صحيح أن تعهد البنك هنا لم يكن محدداً، وإنما قابل للتحديد، ولكن بما أن البنك لن يدفع إلا بقدر الضرر الذي يثبت المستفيد أنه أصابه فإن ضمان البنك يكون متوقفاً على واقعة خارجية عن الخطاب فنكون في هذه الحالة بصدد كفالة مدنية مما ينظمه القانون المدني، د/علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك (1988)، مرجع سابق، بند 487، ص 489، د/ يعقوب صرخوه، ص 38.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

مسئولية هذه الزيادة، وأن يكون وفاؤه للمستفيد وفاءً نقدياً وليس عينياً، أو مقابل أداء خدمة معينة.

ب. إصدار الخطاب ممن يملك سلطة إصداره في البنك[1]:

فإذا صدر من سلطة غير مختصة فإن ذلك يؤدي إلى بطلانه وعدم قبوله من الجهة المستفيد، وخاصة وأنه لابد أن يحمل توقعات معتمدة من البنك الذي أصدره، وهذه التوقيعات تعتبر عنصراً أساسياً في إصدار خطاب الضمان.

ج. أن يوضح في الخطاب الغرض الذي صدر من أجله الخطاب وهو ما أشارت إليه المادة (408) تجاري يمني عند تعريفها لخطاب الضمان بأنه:

"... يذكر في الخطاب الغرض الذي صدر من أجله..." [2]، والغرض الذي يصدر من أجله خطاب الضمان يختلف باختلاف نوع العملية المضمونة، ونوع الضمان، فيما إذا كان ضماناً ابتدائيا أو نهائيا أو ضماناً أشياء معطاةً للمقاول أو عن ضمانات تمويلية تدفع للمقاول.

ولكن ما مدى مسئولية البنك إذا أصدر الخطاب خلافاً لتعليمات العميل الآمر:

يتوجب على البنك أن يصدر الخطاب طبقاً لتعليمات العميل الآمر تماماً[3]، فيلتزم بحرفية هذه التعليمات عند إفراغها في صيغة خطاب الضمان[4]، فإذا خالف البنك تلك التعليمات تحمل كامل المسئولية قبل العميل؛ فعلى سبيل المثال، لو أعطي العميل تعليماته إلى البنك بإصدار خطاب ضمان ابتدائي بواقع 2 % من قيمة العملية المتقدم لها، ولكن البنك خالف تلك التعليمات وأصدر الخطاب بواقع

---

(1) انظر: د/ خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، نفس الصفحة السابقة.

(2) ولم يشر القانون المصري إلى مثل هذا الفقرة، وإنما ترك ذلك للعرف والعادات المصرفية التي تتبعها البنوك عند إصدارها لمثل هذه الخطابات.

(3) انظر: د/ حياة شحاته، مرجع سابق، بند 279، ص 310.

(4) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، (1991) مرجع سابق، بند 89، ص 108.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

1 % أو أصدره بأكثر من هذه النسبة أو بمدة أطول من تلك التي حددها العميل، مما يلحق الضرر بالعميل، والذي قد يتمثل هذا الضرر في عدم قبول عطائه في المناقصة المتقدم لها، مما يؤدي إلى مسئولية البنك قبل العميل، كذلك يكون البنك مسئولاً لو أصدر خطاب الضمان لجهة غير الجهة التي حددها له العميل، مما يؤدي إلى تفويت فرصة قبول عطائه.

صيغة التعهد الذي يجب أن يصدر فيه خطاب الضمان:

يشترط أن يصدر تعهد البنك في خطاب الضمان كتابه، ولا تهم صيغة الكتابة، وإن كان العرف جرى على صيغة معينة تشتمل على اسم المستفيد، واسم العميل، ومبلغ الضمان والغرض منه ومدة سريانه[1]، وأن لا يتضمن الخطاب الإحالة إلى العقود أو الاتفاقات أو المراسلات أو غيرها التي بين العميل والمستفيد، مما يتعين أن تكتب عبارة خطاب الضمان في صيغة تعهد بسيط، بأن يدفع عند أول طلب[2].

فعليه أن يُوضح العبارات التي تمنع إقحامه في المنازعات التي قد تنشأ بين العميل والجهة المستفيدة عند طلب الوفاء به، بحيث يقطع الصلة بين خطاب الضمان وعقد الأساس "عقد المناقصة أو المزايدة" تحسباً لدخوله في أي منازعة تنشأ نتيجة تنفيذ عقد الأساس.

ويترتب على إصدار خطاب الضمان أن ينشئ التزامات مباشرة في ذمة البنك قبل المستفيد وتبعاً لذلك يلتزم البنك بصفته أصيلاً لا بصفته نائباً عن العميل؛ لأن النيابة لا تقوم في خطاب الضمان، ويتفرع على ذلك أن التزام البنك التزام مستقل عن التزام العميل نحو المستفيد، وليس التزماً تابعاً لالتزام العميل[3].

---

(1) انظر: د/ رضا عبيد، مرجع سابق، ص 138.

(2) انظر: ليون كرس، خطابات الضمان، محاضرة ألقاها بمعهد الدراسات المصرفية، القاهرة، مجموعة محاضرات العام الدراسي الثالث والعشرون 76/ 1977م، ص 3، 4.

(3) انظر: د/ محمد حسني عباس، مرجع سابق، بند 202، ص 141.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ولكن متى يبدأ التزام البنك؟

يرى البعض أن[1] التزام البنك يبدأ في مواجهة المستفيد بمجرد صدور خطاب الضمان ووصوله إلى علم المستفيد، ولا يشترط في هذه الحالة الموافقة الصريحة من قبل المستفيد على الخطاب، وإنما يكفي مجرد وصول الخطاب إليه وعدم الاعتراض عليه، وتفريعاً على ذلك يجوز للبنك قبل وصول خطاب الضمان إلى المستفيد الرجوع فيه أو تعديله، كما يجوز له أن يعدمه نهائياً، دون أن يتحمل أدنى مسئولية في مواجهة المستفيد؛ لأنه في هذه الحالة لم يرتبط معه بأي التزام.

لذا يمكن القول وفقاً لهذا الرأي إن واقعة وصول خطاب الضمان إلى المستفيد هي مناط ثبوت التزام البنك.

بينما يرى بعض[2] **الفقه بأنه** لا يكفي مجرد علم المستفيد بالخطاب لكي يبدأ التزام البنك، وإنما لابد من قبول المستفيد للخطاب صراحة أو ضمناً في وقت معقول من تاريخ وصوله إليه.

ونحن من جانبنا نؤيد الرأي الأول؛ لأن خطاب الضمان ليس عقداً بين البنك والمستفيد، لكي يلزم لانعقاده قبول هذا الأخير له، بل إن البنك يصدره بناءً على إرادته المنفردة التي يكفي مجرد العلم بها لترتيب آثارها.

مصدر التزام البنك:

يكون مصدر التزام البنك هو خطاب الضمان الذي أصدره[3]، فيتحدد التزام البنك وفقاً لمضمون هذا الخطاب، وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن "بأن علاقة البنك بالمستفيد يحكمها هذا الخطاب وحده، وعباراته هي

---

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي، القانون التجاري، (2005م)، مرجع سابق، بند 1/4/2، ص 523، د/محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، بند 566، ص 571 ؛ د/ محمد عبد الحميد القاضي و نادية محمد معوض، مرجع سابق، بند 112، ص310، د/ عبد الرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص 218

(2) انظر: د/ محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 385، د/ رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص340.

(3) انظر: د/ محمد حسن الجبر، مرجع سابق، بند 134، ص 326.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها، حتى إذا ما طُلب بالوفاء في أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط، وقدمت إليه المستندات المحددة في الخطاب، وجب عليه الدفع فوراً، بحيث لا يلتزم إلا في حدود تلك الشروط أو يعتد بغير هذه المستندات..."[1].

وهذا يعني أن التزام البنك لا يخرج عن العبارات الواردة في الخطاب بحيث لا يعتد بأي علاقة أخرى بين العميل والمستفيد، وبناء على ذلك إذا نص في الخطاب على الوفاء للمستفيد بمجرد طلبه بدون الاعتداد بأي قيد أو شرط وجب على البنك الوفاء بالخطاب فوراً، وليس له حق الرجوع على العميل لأخذ موافقته، ودون أن يتمسك بأي دفوع أخرى تكون لعميله قبل المستفيد.

2. مدى التزام البنك بإخطار العميل قبل الدفع:

إن من أهم المسائل التي أثارها الفقه القانوني في خطابات الضمان المصرفية، مسألة مدى التزام البنك بإخطار عميله قبل الدفع للمستفيد، إذا طلب هذا الأخير تسييل قيمة خطاب الضمان، فقد بينا عند تمييزنا لخطاب الضمان مع الكفالة المصرفية، بأن التزام البنك في خطاب الضمان هو التزام مستقل بالنسبة لعقد الأساس، بحيث لا يستطيع البنك أن يحتج في مواجهة المستفيد بكافة الدفوع التي تكون للعميل، بعكس الكفالة المصرفية حيث يكون التزام البنك فيها تابعاً لالتزام العميل مما يكون له الاحتجاج بكل الدفوع التي تكون لهذا الأخير قبل المستفيد، فهي دائماً "أي الكفالة" تخضع للأحكام التي تخضع لها الكفالة المدنية.

ويؤكد استقلال التزام البنك في خطاب الضمان تضمينه عبارة الدفع عند أول طلب وبدون أي معارضة من قبل العميل، وهذه العبارة تؤكد انقطاع صلة علاقة البنك بالعميل فيما يتعلق بالتزام البنك قبل المستفيد، بحيث يلتزم البنك بالدفع بمجرد الطلب ودون التوقف على اتخاذ أي إجراء من تحقيق أو تحرٍّ أو قيام العميل بأي إجراء من شأنه أن يحد من التزام البنك قبل المستفيد [2]، وهو ما قررته

---

(1) انظر: حكم محكمة النقض المصرية والطعن رقم 1342 لسنة 49ق جلسة 1980/12/22م، أحكام محكمة انقض منذ إنشائها حتى الآن للمستشار عبد المنعم دسوقي، مرجع سابق، بند 523، ص 404.

(2) انظر: د/علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية،(2007م)،مرجع سابق، بند118، ص117.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

محكمة النقض المصرية بقولها: "بأن البنك في التزامه بخطاب الضمان إنما يلتزم بصفته أصيلاً قبل المستفيد لا بوصف كونه نائباً عن عميلة، فإذا قام البنك بصرف مبلغ الضمان للمستفيد فإنه ليس للعميل أن يتحدى بوجوب أعذاره هو قبل صرف مبلغ التعويض المبين في خطاب الضمان"[1].

ونظراً لما تثيره هذه المسألة من أهمية بالغة في الحياة العملية، وما ترتبه من إشكاليات كبيرة، خاصة في خطابات ضمان المناقصات والمزايدات باعتبارها أكثر أنواع الخطابات انتشاراً في الواقع العملي، فقد أثارت خلافاً واسع النطاق بين فقهاء القانون بين مؤيد ومعارض لعملية الإخطار ولكل منهم حججه وأسانيده، وسنوضح آراء الفقهاء في اتجاهين؛ الاتجاه الأول نبين فيه آراء المؤيدين لعملية الأخطار وأسانيدهم، أما الاتجاه الثاني نوضح فيه آراء المعارضين لهذا الإخطار وأسانيدهم في ذلك، مع بيان ما نؤيده في هذه المسألة.

- **الاتجاه الأول: الاتجاه المؤيد لعملية الإخطار:**

أ. فقد ذهب بعض أنصار[2] هذا الاتجاه إلى القول بأنه يجب على البنك أن يخطر العميل بمطالبة المستفيد قبل أن يدفع لهذا الأخير قيمة الخطاب،

---

(1) انظر: حكم نقض مصري، الطعن رقم 370 سنة 29ق جلسة 1964/5/14 ص15، الطعن رقم 414 سنة 21ق جلسة 1954/4/15، والمبادئ التي قررتها محكمة النقض في ثمانية وستون عاماً، مشارالية د/ أحمد محمد حسني، ص 396.

(2) انظر: د/ محيي الدين إسماعيل، خطاب الضمان، مرجع سابق، بند 43، ص 47، د/ محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، مرجع سابق، بند 565، ص 570، د/ عادل إبراهيم السيد مصطفى، مرجع سابق، بند 38، ص85، د/ عبد الرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص 220، د/ أحمد محمد محرز، القانون التجاري، 1998م، بند 188، ص 208، ليون كيرلس، مرجع سابق، ص14، د/ محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 388، د/ محمد أحمد مرغم، النظام القانوني للنشاط المصرفي في الجمهورية العربية اليمنية دراسة مقارنة مع النظام المصرفي بجمهورية مصر العربية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عام1985م، ص 441، عازر فرج عازر، مرجع سابق، ص 35، د/ نجاة بطراني، مرجع سابق، ص 591، محمد الموفق أحمد عبد السلام، محاضرات مختصرة عن الأقسام المختلفة بالبنوك التجارية، بدون ناشر، طبعة 1998م، ص 61، د/ يحيى إبراهيم علي، مرجع سابق، ص 625، د/ أحمد غنيم، خطاب الضمان، مرجع سابق، ص 17، صلاح الدين حسن السيسي، مرجع سابق، ص 169، د/ عبد الرحمن عبد الله شمسان، أحكام المعاملات التجارية – العقود وعمليات البنوك التجارية في القانون التجاري اليمني، طبعة 2003، ص 211.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وبخاصة إذا كان خطاب الضمان مشروطاً حتى يستطيع البنك الاستيثاق من تحقق الشرط أو تخلفه، ويستند أصحاب هذا الرأي إلى الحجج التالية:

1. الحرص على ألا يفاجأ عميله بدفع قيمة خطاب الضمان دون أن يكون على بينة من أمره.

2. أن الإخطار يجنب البنك الإضرار بعميله، ويحافظ على سمعة البنك أمام عملائه، كما يحافظ على استمرار علاقته بهم، خاصة عملاءه الدائمين الذي تربطه بهم علاقات سابقة.

3. أن الإخطار قد يتيح للعميل الاتصال بالمستفيد لتسوية الموضوع معه ودياً، خاصة إذا كان لدى هذا العميل من الأسباب الجدية ما يستطيع إقناع المستفيد بها لمد أجل الخطاب بدلاً من طلب دفعه، خصوصاً إذا كان في مد الأجل فرصة تمكنه من تنفيذ التزاماته قبل المستفيد على نحو ينتهي الغرض من خطاب الضمان ويجنبه المطالبة به.

4. كذلك قد يكون العميل خلال فترة سريان مدة خطاب الضمان قد قام بتنفيذ جميع التزاماته قبل المستفيد، ويثبت ذلك بإخلاء طرف أو مخالصة صادرة من المستفيد إلى العميل، فيكون عندئذ خطاب الضمان غير ذات موضوع ولا حاجة لقيام البنك بدفع قيمة الخطاب.

5. كما يرون أن هذا الإخطار يدعو له واجب الاحتياط والحذر تجنباً للمخاطر التي قد يتعرض لها البنك، خاصة في خطابات الضمان المشروطة، وذلك فيما لو قدر البنك أن ثمة حاجة إلى التأكد من تحقيق الشرط أو تخلفه.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ويضيف بعض[1] **أصحاب هذا الرأي بأنه** على الرغم من أن البنوك تستوثق من العميل بإقرار كتابي منه في نماذج إصدار خطاب الضمان المطبوعة، تضمن التصريح لها بدفع قيمة الضمان عند أول مطالبة ترد إليها من المستفيد، وذلك بدون الرجوع إليه وبغض النظر عن أي معارضة قد يبديها، فإنه يجب أن لا يفسر مثل هذا التصريح بأنه إعفاء من واجب الإخطار، وإنما يمكن حمله بأن لا حاجة بالبنك إلى الحصول على موافقة العميل المسبقة أو أذنه لدفع قيمة الخطاب.

وقد تبنت هذا الرأي المادة (17) **من القواعد الموحدة لخطابات الضمان التي تدفع تحت الطلب حيث نصت على أنه** "دون إخلال بالشروط الواردة بالمادة (10) فإنه في حالة المطالبة يجب على الضامن بدون تأخير إخطار الأصيل أو الطرف المصدر للتعليمات، وفي هذه الحالة على الطرف المصدر للتعليمات إخطار الأصيل"[2].

والحقيقة أن هذا الإخطار يضع البنك في حيرة من أمره، فإذا رد العميل بالموافقة على الوفاء فلا مشكلة، وإنما قد تبدو الصعوبة في حالة رفض العميل الدفع، فإذا قام البنك بالوفاء رغم تنبيه العميل بالرفض، فهذا مما يسبب للبنك الحرج في مواجهة العميل، وإذا استجاب لطلب العميل فرفض الوفاء فيكون قد أخل بالتزامه القطعي في مواجهة المستفيد.

ب. بينما يرى البعض من أنصار هذا الاتجاه[3]، بأن البنك ملزم بإخطار عميله، ولكن هذا الأخطار يجب أن يتم بعد الدفع؛ لأن الإخطار قبل الدفع قد يجعل العميل يعترض على عملية الدفع، في حين أن البنك متى قام بإصدار

---

(1) انظر: د/ محيي الدين إسماعيل، خطابات الضمان، مرجع سابق، بند 43، ص 47، محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، مرجع سابق، بند 565، ص 570.

(2) وتنص المادة (10) من الاتفاقية على انه "أ. يكون للضامن وقت معقول يجب خلاله أن يفحص طلب الدفع في نطاق الضمان ويقرر إذا كان سيدفع أو سيرفض الطلب. ب. إذا قرر الضامن رفض الطلب وجب عليه أن يخطر المستفيد فوراً برقياً وإذا لم يتمكن من ذلك يقوم بإخطاره بأسرع الطرق الممكنة، وأن أي مستندات قدمت في نطاق الضمان سوف تكون تحت تصرف المستفيد" القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس، لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب، الكتيب رقم (458) لسنه 1992م.

(3) انظر: راغب الحبشي، خطابات الضمانات، محاضرة بمعهد الدراسات المصرفية المصري، مجموعة محاضرات العام الدراسي الخامس عشر، في يناير 1969م، ص13، د/ محمد حسن الجبر، مرجع سابق، بند 233، ص 324.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

خطاب الضمان وأخطر به المستفيد فإنه يلتزم في مواجهة هذا الأخير بدفع قيمة الخطاب عند أول طلب ولو اعترض العميل على الدفع.

ولهذا يرى، أصحاب هذا الرأي، أن الإخطار يكون بعد الدفع، إذ الغرض أن يصبح العميل على علم بما اتخذه المستفيد من إجراء، وبفقدان حقه نهائياً في الاحتياطي النقدي الذي كان مودعاً بالبنك، إذا كان الخطاب مغطي بالكامل، أما إذا كان الخطاب غير مغطي، أو بغطاء جزئي، فإن الإخطار يعني قيام البنك بالخصم من حساب العميل لديه أو مطالبته بتسديد القيمة إن لم يكن لديه مال كاف في البنك وقت السداد.

وقد علق الأستاذ الدكتور رضا عبيد على أصحاب هذا الاتجاه[1] بالقول: أن الخطأ في هذه الحالة ليس خطأ البنك في عدم الإخطار، وإنما خطأ العميل الذي وجد تحت يده مكتوب من المستفيد مبرئ لذمته، ولم يبادر إلى تسوية معاملاته مع البنك، فهو عميل مهمل في تسوية أموره المالية، ولا يحق أن يتحمل البنك نتيجة إهمال عميله، لذا يؤكد بعدم التزام البنك بالإخطار سواء قبل التسديد أو بعده.

- **الاتجاه الثاني: الاتجاه المعارض لعملية الإخطار:**

ويرى أنصار[2] هذا الاتجاه بأن البنك ليس ملزماً بإخطار العميل لا قبل الدفع ولا بعده؛ لأن هذا الإخطار يتعارض مع مبدأ استقلال وقطعية خطاب الضمان، وكون التزام البنك فيه التزاماً نهائياً ومجرداً.

---

(1) انظر: د/ رضا عبيد، مرجع سابق، بند 167، ص 142.

(2) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، (1981م)، مرجع سابق، بند 506 ص 508، د/ رضا عبيد، المرجع السابق نفس الصفحة، د/ محمد العريني وهاني دويدار، مرجع سابق، ص 415، د/ السيد محمد اليماني، القانون التجاري، الجزء الثاني، 2002م، ص 417. مصطفى كمال طه، مرجع سابق، بند 300، ص 324، د/ خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق، بند 159، ص 211، المستشار/ميلاد سيدهم، مشكلات تأمين العقد الإداري بخطاب الضمان، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الثالث، السنة الحادية والأربعين، يوليو – سبتمبر 1997م، العدد رقم 163، ص 41، د/ عباس عيسى هلال، مسئولية البنك في عقود الائتمان، رسالة دكتوراه، كلية حقوق، جامعة القاهرة، 1993م، ص 268، د/ حياة شحاته، مرجع سابق، بند 295 ص 331، د/ السيد إبراهيم تركي، دور ضمان ائتمان الصادرات في مواجهة مخاطر الائتمان في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عام 2002م، ص 116، محمد علي البربري، مرجع سابق، ص 27.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

كما يرون بأن قيام البنك بإخطار العميل ليس الهدف منه إعلام العميل بالوفاء للمستفيد، وإنما المقصود منه هو مطالبته بمستحقات له في ذمة العميل نتيجة إتمام العملية القانونية التي أنشأها خطاب الضمان، فهي تقابل حالة إخطاره من قبل العميل بإعادة هذه المستحقات إذا انقضت مدة الضمان ولم يطالب المستفيد بقيمته.

ويضيف البعض[1] من أصحاب هذا الاتجاه بأن رجوع البنك إلى عميله قبل الدفع فيه تعطيل للغاية التي قصدها المشرع عندما أجاز اقتضاء التأمين النقدي في شكل خطاب ضمان، كما أنه يؤدي إلى عدم قبول المصالح لتلك الخطابات وإلزام المتعاقدين بتقديم تأمين نقدي، مما يحد من نشاط البنوك ويؤدي إلى حبس جانب كبير من النقود المتداولة، فالبنك في التزامه لا يعتبر نائباً عن عميله، بل هو ملتزم بصفته أصيلاً، وهذا الرأي يؤكد حق المستفيد في الحصول على مبلغ خطاب الضمان، ويلتزم البنك بالدفع أياً كان مركز العميل، وأياً كان مصير العقد المبرم بين المستفيد وبين عميل البنك، ودون حاجة إلى إخطار هذا الأخير لعميله عند الدفع.

رأينا الخاص:

من جانبنا نؤيد ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني، من حيث إن البنك ليس ملزماً بإخطار العميل بالسداد لا قبل الدفع ولا بعده، خاصة فيما يتعلق بخطابات الضمان في المناقصات والمزايدات؛ إذ هذا النوع غالباً ما يصدر لصالح جهات حكومية، فهي تحل محل التأمين النقدي الواجب دفعه إلى هذه الجهات، وهو ما نصت عليه اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية في المادة (70) بقولها: "إذا كان التأمين خطاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية، ولا يقترن بأي قيد أو شرط، وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر الجهة الإدارية مبلغاً يوازي التأمين النقدي المطلوب، وأنه مستعد لأدائه بأكمله عند أول

(1) انظر: محمد علي البربري، مرجع سابق، ص 27.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

طلب منها دون الالتفات إلى أي معارضة من مقدم العطاء..."، وهو ما أشارت إليه المواد (122/ ب - 127/ج) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المزايدات اليمني سالفة الذكر.

فلولا ثقة هذه الجهات المستفيدة في قدرة البنك على دفع قيمة هذا الخطابات بمجرد الطلب دون حاجة لإخطار العميل لما قبلت إعفاء الأخير من تقديم التأمين النقدي نظير خطاب ضمان صادر من هذا البنك.

كما أن إخطار البنك لعميله لمجرد طلب قيمة خطاب الضمان وليس لأخذ موافقته حول الوفاء، وما إذا كان يدفع من عدمه، يتعارض مع مبدأ استقلال خطاب الضمان ونهائيته وقطعيته؛ لأن هذا الإخطار ربما يحمل العميل إلى البحث عن مبررات ودفوع يمكن من شأنها أن تؤدي إلى عدم حصول المستفيد على حقه من قيمة خطاب الضمان، كما يتعارض - أيضاً- مع نصوص المواد السابقة التي تشترط في خطابات ضمان المناقصات والمزايدات أن تصدرها البنوك خالية من أي قيد أو شرط، قد يعرقل إجراءات دفع قيمة الخطاب إلى المستفيد، لأن الأصل في هذا الخطابات أن تكون منجزة غير معلقة على شرط، وأن تكون واجبة الدفع عند أول طلب من الجهة المستفيدة.

كما أن الإخطار قد ينشئ منازعات بين أطراف خطاب الضمان[1]؛ مما من شأنه أن يؤدي إلى زعزعة الثقة في احترام البنوك لتوقيعها على تعهداتها، ويجعل المتعاملين معها يترددون في قبول خطابات الضمان المصرفية الصادرة منها، خاصة في عمليات المناقصات والمزايدات لما تثيره هذه العمليات من مشاكل كبيرة بين المقاولين أو الموردين والجهات المتعاقد معها.

كذلك يندر من الناحية العملية أن تقوم الجهات الحكومية المستفيدة منها بالتعسف في طلب تسييل قيمتها، فهي لا تقوم بمطالبة البنك بالدفع إلا إذا تأكدت بشكل قاطع على إخلال العميل لالتزاماته.

---

(1) انظر: د/ عباس عيسى هلال، مرجع سابق، ص 268.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وهـذا مـا استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية في حكمها السابق الإشارة إليه، من أنة "أذا قام البنك بصرف مبلغ الضمان للمستفيد فإنه ليس للعميل أن يتحدى بوجوب أعـذاره هو قبل صرف مبلغ التعويض المبين في خطاب الضمان"[1].

3. التزامه برد غطاء الضمان:

إذا انتهت مدة خطاب الضمان دون أن يتقدم المستفيد إلى البنك لطلب تسييل قيمة الخطاب، أو قام المستفيد برد خطاب الضمان لانتهاء الغرض منه، فإن البنك تبرأ ذمته من دفع قيمته، وينقضي التزامه تجاه المستفيد، كما تبرأ ذمة العميل من الالتزام بتعويض البنك عما يدفعه بصدد الخطاب، ويترتب على ذلك ضرورة الإفراج عن الغطاء الذي قدمه العميل إليه، وإعادته إلى العميل، والعلة في ذلك هو أن خطاب الضمان ليس أداة وفاء، وإنما ضمان للوفاء، فإن قام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان رغم انتهاء الأجل المحدد للخطاب، فإنه يعتبر مسئول عن ذلك ولا يحق له الرجوع على العميل المتعاقد[2].

فإذا كان غطاء خطاب الضمان من غير النقود كالأوراق التجارية والأوراق المالية قدمها العميل إلى البنك على سبيل الرهن، فإن البنك يلتزم بردها إلى العميل، دون حاجة إلى مطالبة من العميل بعد محو أثر الرهن، أما إذا كان الغطاء نقداً فإن البنك ملتزم برده نقداً أو يقيده في حساب العميل الجاري[3].

---

(1) انظر: حكم نقض مصري الطعن رقم 470 سنة 29ق جلسة 1964/5/14م، الطعن رقم 414 سنة 21ق جلسة 1954/4/15م، مشار الية د/ أحمد حسني، مرجع سابق، ص 397.

(2) انظر: د/ سميحة القليوبي، شرح قانون التجارة المصري، مرجع سابق، بند 20، ص 765، د/ السيد محمد اليماني، مرجع سابق، ص416 د/ محيي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك، مرجع سابق، بند 515، ص575، د/ عباس عيسى هلال، مرجع سابق، ص270، د/ خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق، بند 154 ص 203، د/ رضا السيد عبدالحميد، مرجع سابق، ص 339، د/ محمد أحمد مرغم، مرجع سابق، ص423.

(3) انظر: د/ أحمد محمد محرز، مرجع سابق، ص 209، د/ محيي الدين إسماعيل، المرجع السابق، بند 515، ص576، كما يرى: "بأن البنك لا يرد الغطاء إلى العميل غداة انتهاء مدة الخطاب، وإنما يتريث أسبوعاً؛ مثلاً خشية أن تكون قد وردت مطالبة من المستفيد إلى البنك قبل انتهاء مدة سريان الخطاب بوقت قصير".

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وقد نصت على ذلك المادة (359) تجاري مصري في الفقرة الثانية بقولها: "يلتزم البنك بأن يرد للآمر في نهاية مدة سريان خطاب الضمان ما قدمه من تأمين للحصول على هذا الخطاب".

ولم ينص القانون التجاري اليمني على إلزام البنك برد غطاء خطاب الضمان عند انتهاء سريان هذا الخطاب، كما هو الحال عليه في القانون المصري، وإنما نص في المادة (2/412) على أنه: "يلتزم طالب الضمان بإعادة خطاب الضمان لإلغائه بعد تحقيق الغرض منه، وإلا ظلت مسئوليته منشغلة".

ويوحي هذا النص أن العميل لا يمكنه استرداد قيمة غطاء خطاب الضمان إلا إذا أعاد للبنك الخطاب الذي أصدره لصالح المستفيد، حتى يتسنى للبنك اتخاذ الإجراءات العملية والقانونية لإلغاء خطاب الضمان من سجلاته.

وهذا ما يسبب حرجاً كبيراً للعميل في استرداد قيمة الغطاء الذي دفعه، إذا ما رفض المستفيد تسليم الخطاب إلى البنك أو إلى العميل ليقوم بدوره بإعادته إلى البنك.

لذا فإننا نقترح على المشرع اليمني تعديل نص هذه الفقرة، وذلك بإلزام البنك بأن يرد للآمر في نهاية مدة سريان خطاب الضمان، أو بعد انتهاء الغرض منه، ما قدمه من تأمين نظير إصداره خطاب الضمان، على غرار ما نص عليه المشرع المصري، دون ربط رد هذا المبلغ بإعادة أصل الخطاب إليه؛ حتى يجنب العميل مشقة استرداد الخطاب من المستفيد إذا ما تعسف في تسليم الخطاب.

ثانياً: التزامات العميل:

تنص المادة (412) تجاري يمني على أنه:

"1. يلتزم طالب خطاب الضمان بتخصيص الغطاء لما أعد له، ويدفع العمولة ورسوم الخدمة، وبتنفيذ ما تحمله من تعهدات.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

2. ويجب عليه إعادة خطاب الضمان لإلغائه بعد تحقيق الغرض منه، وإلا ظلت مسؤوليته منشغلة".

لذا سنتناول أهم الالتزامات الواقعة على عاتقه، وذلك على النحو التالي:

1. التزامه بدفع غطاء خطاب الضمان:

يعتبر تقديم غطاء خطاب الضمان من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق العميل، وهذا الالتزام يتوقف على حسب الاتفاق بين العميل والبنك.

ويعرف الغطاء بأنه: "الضمانات التي يقدمها العميل عند الاتفاق مع البنك لكي يغطي بها مقدار ما قد يدفعه الأخير إلى المستفيد، مضافاً إليه أي مبالغ ينفقها البنك، وكذلك العمولات والفوائد والمصاريف"[1].

ويرصد الغطاء لضمان حقوق البنك قبل العميل، ولا يكون للمستفيد أي حق على هذا الغطاء، لأنه يتقرر في علاقة البنك بالعميل، وهي علاقة يعد المستفيد أجنبياً عنها، مما يمتنع على المستفيد المطالبة بهذا الغطاء[2].

والغطاء الذي يلتزم العميل بتقديمه قد يكون نقداً، يحدد مقداره البنك، ولكن قد يتفق العميل مع البنك أن يقدم بدل الغطاء النقدي أوراقاً مالية، أو تجارية، أو بضائع، أو عقارات، أو كفالة تجارية، أو تنازلاً من العميل عن حقوقه قبل الجهة المستفيدة (م 409 تجاري يمني - م 356 تجاري مصري).

وقد يصدر البنك الخطاب على المكشوف بدون تقديم أي غطاء، غير أن ذلك يتوقف على مدى ثقة البنك في العميل، وما يتمتع به من سمعة طيبة، ومركز مالي متين، وسوف نبحث هذا الموضوع بحثاً وافياً في المبحث الثاني من هذه الفصل.

وبدفع الغطاء إلى البنك تبرأ ذمة العميل من الالتزام بتقديمه، وتنشغل ذمة

---

(1) انظر: د/ خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق، بند 162 ص 214.

(2) انظر: د/ حسني المصري، مرجع سابق، بند 247 ص 390.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

البنك بالالتزام برده عند انقضاء مدة سريان خطاب الضمان دون مطالبة بالدفع من المستفيد[1].

2. التزام العميل بأداء العمولة والفوائد والمصاريف:

يلتزم العميل بأن يعطي للبنك العمولة المستحقة له نظير إصداره خطاب الضمان، وتعتبر العمولة حقاً مكتسباً للبنك حتى تاريخ إعادة الخطاب أو إلغائه، فهي مقابل خدمة حقيقية يؤديها البنك للعميل تتمثل هذه الخدمة في توفير السيولة النقدية للعميل في صورة خطاب ضمان بدلاً من تقديم تأمين نقدي لصاحب المشروع[2].

وتحدد العمولة التي يتقاضاها البنك وفقاً لأسعار الخدمات المصرفية التي يتبعها البنك مصدر الخطاب، والتي يكون له كامل الحرية في تحديدها.

ويتم تقاضي عمولة الخطابات الابتدائية والنهائية عن مدة سريان كاملة ومرة واحدة عند الإصدار، وفي حالة التجديد لمدد أخرى، وتحتسب العمولة المستحقة حتى تاريخ انتهاء الأجل الجديد، وبحد أدنى عمولة ثلاثة شهور، ويمكن تجزئة احتساب العمولة على فترات كل ثلاثة شهور، في حالة خطابات الضمان القابلة للتخفيض مثل خطابات الضمان عن الدفعات المقدمة، وذلك حتى تكون قيمة العمولة متمشية مع التخفيضات التي تحدث في قيمة خطابات الضمان، ومع مراعاة أن كسور الفترة تعتبر فترة كاملة.

كما يلتزم العميل بدفع الفوائد المتفق عليها، في حالة تأخيره في سداد قيمة الضمان، الذي دفعه البنك للمستفيد، وكافة المصاريف التي تكبدها البنك من هذه التصرفات[3].

---

(1) انظر: د/ محيي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك، مرجع سابق، بند 527 ص 581، د/ محمد أحمد مرغم، مرجع سابق، ص 444.

(2) انظر: د/ عبد الرحمن عبد الله شمسان، مرجع سابق، ص 209.

(3) انظر: د/ رضا عبيد، مرجع سابق، ص 147، د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان =

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

3. التزام العميل بدفع قيمة خطاب الضمان:

إذا قام البنك بدفع قيمة الخطاب للمستفيد تعين على العميل بأن يدفع للبنك المبلغ الذي دفعه المستفيد؛ لأن البنك يلتزم بتقديم الضمان للمستفيد، وتبرأ ذمة العميل في مواجهة المستفيد، ولكن يظل ملتزماً في مواجهة البنك بدفع قيمة الخطاب، هذا في حالة ما إذا كان الخطاب قد صدر بدون غطاء، أو كان هذا الغطاء دون قيمة الخطاب.

أما إذا كان البنك قد أصدر الخطاب مقابل غطاء ضمان قدمه إليه العميل فإن البنك ينفذ على هذا الغطاء، دون أن يكون للعميل الحق في الاعتراض على ذلك.

والتزام العميل ينحصر في دفع قيمة خطاب الضمان إلى البنك، لا إلى المستفيد؛ إذ أنه بتقديم خطاب الضمان إلى المستفيد تبرأ ذمته قبله، ويكون البنك هو الملتزم بموجب الخطاب، ويكون العميل بالتالي ملتزماً في مواجهة البنك[1].

4. التزام العميل بإعادة أصل الخطاب إلى البنك بعد انتهاء الغرض منه:

طبقاً للمادة(412/ 2) تجاري يمني السابق الإشارة إليها، يلتزم العميل بإعادة صك الخطاب إلى البنك مصدره بعد تحقيق الغرض منه الذي صدر من أجله الخطاب، وإلا ظلت مسؤوليته قائمة في مواجهة البنك، بمبلغ الضمان والعمولات المستحقة عنه، ويكون ذلك في حالة ما إذا لم يقم البنك بدفع قيمة الضمان للمستفيد.

وقد ذكرنا فيما سبق أن مثل هذا الالتزام قد يسبب حرجاً كبيراً للعميل في إنهاء التزاماته تجاه البنك واستعادة الغطاء الذي قدمه للبنك نظير إصدار الخطاب، إذا ما رفض المستفيد إعادة الخطاب إليه ليعيده بدوره إلى البنك.

= المصرفية (1991م)، مرجع سابق، بند 84 ص 106.

(1) انظر: د/ محيي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك، مرجع سابق، بند 525 ص 581.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وقد سبق[1] وأن اقترحنا على المشرع اليمني بتعديل نص الفقرة السابقة، وذلك بإلزام البنك بإعادة الغطاء في نهاية سريان الخطاب، أو بعد انتهاء الغرض منه إذا لم يكن محدد المدة، دون ربطه بإعادة أصل الخطاب، على غرار ما نص عليه القانون المصري، لأن إعادة الغطاء من قبل البنك إلى صاحبه معناه إلغاؤه من سجلاته، وانتهاء علاقته القانونية مع العميل دون حاجة لإعادة أصل الخطاب.

5. التزام العميل بعدم الاعتراض على قيام البنك بدفع قيمة الخطاب:

يلتزم العميل بأن لا يعترض على تصرف البنك إذا دفع إلى المستفيد قيمة خطاب الضمان لدى طلب هذا الأخير [2]، وهو التزام بامتناع عن عمل، وتصوغ البنوك هذا الالتزام - في نماذج الطلبات - في عبارة تفيد التصريح للبنك بالدفع دون اعتراض من العميل، فإذا أثار العميل أي اعتراضات مما ترتب على ذلك تأخير الوفاء إلى المستفيد وسريان الفوائد التأخيرية على البنك، كان العميل مسئولاً عن هذه الفوائد.

والحقيقة أن هذا الالتزام مرتبط بصحة وفاء البنك للمستفيد، وفقاً للشروط التي يحددها خطاب الضمان، فمتى قام البنك بالوفاء متعسفاً، أو بالتواطؤ مع المستفيد في الاستجابة لمثل هذه المطالبة رغم عدم توافر شروط خطاب الضمان، كان للعميل الحق في إثارة هذه الدفوع أو الاعتراضات على البنك؛ إذ يكون البنك مخطئاً في قيامه بدفع قيمة الخطاب خلافاً لشروطه

(1) انظر: ما سبق، ص 159 من هذا البحث.

(2) المادة (355) تجاري مصري.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المبحث الثاني

ضمانات البنك في إصدار خطابات الضمان في المناقصات والمزايدات (غطاء خطاب الضمان)

- **تمهيد وتقسيم:**

نظراً لأن المصارف غالباً ما تتعامل في أموال هي في الأصل ودائع لعملائها، لذلك فهي تحرص على هذه الأموال خشية تعرضها للضياع؛ مما يؤثر على سمعة البنك ويؤدي إلى انهياره[1]، وتحمل المسئولين عن إدارته مسئولية تبديد أموال الغير نتيجة لسياسة خاطئة.

وقد تواجه البنوك مخاطر جمة بصدد إصدارها خطابات الضمان، مما تتطلب تقديم الضمانات اللازمة قبل الإقدام على الموافقة على إصدارها، وإبرام الاتفاقات الصريحة بشأنها للحد من تعرضها لمثل هذه المخاطر، وهذه الضمانات تسمى "بغطاء خطاب الضمان".

وقد أشارت المادة (409) تجاري يمني إلى هذه الضمانات حيث تنص بأن: "1. للبنك أن يطلب تقديم غطاء الضمان الصادر منه في صورة وديعة نقدية أو رهن أو كفالة، 2. يجوز أن يكون الغطاء تنازلاً من طالب الضمان عن حقه قبل المستفيد".

و**هو ما أشارت إليه المادة (356) تجاري مصري بأنه:** "يجوز للبنك أن يطلب تأميناً مقابل إصدار خطاب الضمان، ويكون هذا التأمين نقداً أو صكوكاً أو بضائع أو تنازلاً من الآمر عن حقه قبل المستفيد".

---

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي، المرجع السابق، بند 11، ص 690، د/حياة شحاتة، مرجع سابق،بند346،ص385.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ويتضح من هذه النصوص أنها أجازت للبنك أن يطلب ضمانات عند إصداره لخطاب الضمان، وهذه الضمانات قد تتخذ أشكالاً مختلفة؛ فقد تكون في صورة مبلغ من النقود يقدمها العميل إلى البنك، أو يصدر العميل إلى البنك أمراً بتجميد مبلغ معين على حسابه كغطاء لخطاب الضمان يقيده البنك تحت حساب احتياطي لغطاء خطاب الضمان، كما قد يتخذ الغطاء شكل رهن أو كفالة يقدمها العميل إلى البنك، كرهن أوراق مالية، أو مستندات، أو بضائع، أو عقارات. لكن قد لا يتوفر لدى العميل ما يقدمه كغطاء لخطاب الضمان، فيلجأ إلى التنازل عن حقة في العملية لدى الجهة المستفيدة لصالح البنك، وقد يتخذ الغطاء صورة وثيقة تأمين لصالح البنك بمثابة كفالة تضمن للبنك اقتضاء حقه من شركة التأمين في حالة اضطراره إلى أداء قيمة خطاب الضمان[1].

والحقيقة أن مقدار الغطاء الذي يقدمه العميل للبنك يتوقف على مدى ما يتمتع به هذا العميل من ثقة لدى البنك، حيث يقوم البنك بدراسة المركز المالي لعميله من حيث مدى قدرته على تسديد التزاماته المالية في مواجهة المستفيد وإمكانياته على الوفاء بها، ومن حيث سلوكه الخاص وماضيه في تنفيذ المشروعات المسندة إليه، ويستطيع البنك التوصل لذلك من خلال الاطلاع على أعماله المالية وعمل التحريات اللازمة عنه، وإذا كان العميل شركة يمكن للبنك أن يطلع على ميزانيتها في السنوات الثلاث الأخيرة، حتى يكون على بينة كاملة من موقعها المالي ودرجة يسارها.[2]

وبناء عليه فإننا سنتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب:

- **المطلب الأول -** أنواع غطاء خطاب الضمان.
- **المطلب الثاني -** مقدار غطاء خطاب الضمان.
- **المطلب الثالث -** تكييف غطاء خطاب الضمان

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، (1987م)، بند 87 ص435.

(2) انظر: د/ محيي الدين إسماعيل، موسوعة إعمال البنوك، مرجع سابق، بند539، ص587، د/سميحة القليوبي،الأسس القانونية لعمليات البنوك،(2003م)، مرجع سابق، بند7، ص180.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الأول

أنواع غطاء خطاب الضمان

أوضحت المادة (409) تجاري يمني، والمادة (356) تجاري مصري أنواع الغطاء الذي يلتزم العميل بتقديمه للبنك، وقد يتخذ هذا الغطاء عدة صور كما ذكرنا؛ فقد يكون في صورة مبلغ نقدي أو صورة رهن يتمثل في رهن أوراق مالية، أو أوراق تجارية، أو رهن بضائع، أو رهن عقارات، أو كفالة تجارية، وقد يكون في صورة تنازل العميل عن حقوقه في العملية إلى البنك مصدر خطاب الضمان.

لذا.. فإننا سنتناول هذه الصور بشيء من التفصيل.

أولاً - الغطاء النقدي:

قد يقدم العميل إلى البنك مبلغاً نقدياً ضماناً لإصداره لخطاب الضمان، يوازي قيمة خطاب الضمان بالكامل، أو جزءاً منه وذلك بحسب نظرته إلى هذا العميل، ومدى قدرته المالية في الوفاء بالتزاماته[1]، ويستطيع البنك تحديد قدرته على الوفاء من خلال دراسته لمركزه المالي، وما إذا كان يتعامل معه بصفة دائمة ومستمرة، فيتطلب منه إيداع ضمان كامل، إذا كان لا يتعامل معه بصفة دائمة، أما إذا كان معروفاً لدى البنك وتتم معاملاته عن طريقه فلا يطلب منه سوى غطاء جزئي.

وفي بعض الأحيان قد يستغني البنك عن تقديم غطاء خطاب الضمان ويصدر الخطاب على المكشوف[2]، أي بدون غطاء، ويعتبر ذلك تسهيلاً ائتمانياً من البنك،

---

(1) انظر: د/ على البارودي، مرجع سابق، بند 204، ص 417، د/ محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، مرجع سابق، بند 347 ص 568 حيث يرى: "أن هذا الغطاء لا يكون نقدياً في هذه الحالة؛ لأن العميل يكون قادراً أن يدفعه إلى رب العمل بدلاً من اللجوء إلى البنك لطلب الضمان".

(2) انظر: د/ رضا عبيد، بند168،ص 147. وهذا التسهيل الائتماني الذي يمنحه البنك بدون غطاء =

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ولكن هذا التسهيل يتوقف على متانة المركز المالي للعميل وكثرة تعاملاته مع البنك وسمعته الطيبة وبعده عن المجازفة، وكثيراً ما تستغني البنوك في طلب تقديم الغطاء عند تعاملها مع الشركات الكبرى التي تقوم بأعمال المناقصات الضخمة، وتتعامل معها بصفة دائمة ومستمرة خاصة عندما تكون لديها أرصدة حسابات جارية لدى هذه البنوك.

وقد لا يودع العميل مبلغاً نقدياً إلى البنك كغطاء لخطاب الضمان، وإنما يصدر أمره إلى البنك بخصم هذا المبلغ من حسابه الخاص الجاري لديه. ويقيد ما يدفعه العميل نقدا أو يخصم من حسابه الخاص في حساب يسمى حساب احتياطي خطابات الضمان[1].

وبهذا القيد يصبح العميل غير قادر على التصرف في المبلغ الذي تم تجنيبه كغطاء لخطاب الضمان، حتى انتهاء التزام البنك المتعلق بالخطاب، علماً بأن هذه الحساب لا يختلط بأية مبالغ أخرى للعميل لدى البنك، وتفريعاً على ذلك لا يدرج هذا المبلغ بكشف الحساب الذي يرسل للعميل، كما أنه عند وفاة العميل مودع الغطاء لا يذكر البنك مبلغ خطاب الضمان عند الإقرار بما في الذمة من أموال للعميل مودعه لديه، مع مراعاة قيامه بتقديم إقرار تكميلي عند إلغاء خطاب الضمان وإضافة مبلغه لحساب المتوفى[2].

وإذا كان للعميل حساب وديعة نقدية لأجل، وطلب تخصيصها كغطاء لخطاب الضمان، فإن البعض[3] يري إنهاء عقد الوديعة وخصم ما يساوي قيمة الضمان وإضافته إلى حساب احتياطي خطابات الضمان؛ وذلك للمبررات التالية:

= يسميه البعض بالغطاء المعنوي، د/ يعقوب صرخوه، مرجع سابق، ص 32.

(1) انظر: د/ أحمد بن حسن بن أحمد الحسيني، خطابات الضمان المصرفية وتكيفها الفقهي، مؤسسة شباب الجامعات، الإسكندرية، 1999م، ص 11.

(2) انظر: د/ راغب الحبشي، (1969م)، مرجع سابق، ص 8.

(3) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، (2007م)، بند 373، ص 411.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

1. أنه لا يجوز للعميل اقتضاء فائدة على غطاء خطاب الضمان، والإبقاء على عقد الوديعة يجعل البنك ملزماً باحتساب الفائدة الدائنة للعميل، وتستحق له هذه الفائدة حتى ولو جرى التأشير على الوديعة بالتحفظ باعتبارها مخصصة كغطاء لخطاب الضمان.

2. كما أن هذه الوديعة تكون في متناول الدائنين الحاجزين حجز ما للدين لدى الغير، مما لا يستطيع البنك إجراء المقاصة القانونية بين حقه في الغطاء وبين دينه قبل المقاول "العميل" المتمثل في الوديعة إذا كان أجل استحقاق الوديعة لاحقاً لتاريخ توقيع الحجز.

وهذا ما نؤيده حتى يصبح البنك في مأمن من دائني العميل، وحتى يتم سد أي تحايل من جانب العميل على مبلغ الوديعة؛ وذلك بتخصيصها كغطاء لخطاب الضمان والحصول على فائدة في نفس الوقت وهذا ما لا يجوز.

وإذا اكتفي البنك بالتأشير على حساب العميل إذا كان له حساب لديه، وذلك بالتحفظ على المبلغ المطلوب كغطاء خطاب الضمان، يجب عليه أن يراعى بألا يقل رصيد العميل الدائن عن المبلغ لمطلوب كغطاء، غير أن هذه الحالة لا تخلو من المخاطر؛ لأن الرصيد الدائن الذي يظهره الحساب كل يوم ليس نهائياً، وإنما يغطي مركزاً تقريباً للعميل، لذلك يحتمل أن تكون لهذا العميل كمبيالات خصمها لدى البنك ثم ارتدت إلى البنك غير مدفوعة فأعاد خصمها على حسابه، ويحتمل أن يكون للعميل اعتماد محلي مفتوح لدى بنك آخر أو لدى فرع آخر للبنك وتصرف الشيكات التي يسحبها بموجب هذا الاعتماد على حسابه الجاري المؤشر عليه بالغطاء لدي البنك، مثل هذه الظروف تجعل احتمالات فقد البنك لجزء من مبلغ الغطاء غير قليلة، ومن الأفضل أن يحتجز البنك الغطاء في حساب احتياطي إصدار خطابات الضمان[1]، وهذا ما يجرى عليه العمل في البنوك تجنباً للخلط بين رصيدي الحساب الجاري وحساب العملية المضمونة.

---

(1) انظر: د/ محيي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك، مرجع سابق، بند 532 ص 584، د/ محمد بهجت عبد الله قايد، مرجع سابق، بند 135 ص 120، د/سميحة القليوبي، القانون التجاري، طبعة 2005م، مرجع سابق، بند 1/3/2/، ص 521، د/يعقوب صرخوه، مرجع سابق، ص 31.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وتزداد هذه المخاطر في خطابات ضمان المناقصات والمزايدات الكبرى حيث يكون غطاء خطاب الضمان كبيراً يحدد بنسبة معينة من العملية، مما يكون هناك احتمال كبير لقيام المقاول بسحب شيكات من هذا الرصيد الذي يتم التأشير بالتحفظ منه بقيمة الغطاء، وذلك لتسديد التزاماته المترتبة على تنفيذه للعملية.

وبذلك نخلص إلى القول أن الغطاء النقدي يعتبر أسهل وأفضل وسيلة للبنك في الحصول على حقه، في حالة ما إذا قام بدفع قيمة الخطاب للمستفيد، كما يحقق فائدة للبنك وذلك بتشغيله ضمن الودائع النقدية التي يقوم باستثمارها مما يعود عليه بأرباح كبيره تزيد من استثماراته وتقوي ائتمانه مما تزيد في النهاية من ثقة المتعاملين معه واطمئنانهم إلي قوة ومتانة مركزه المالي.

وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية: "إذا كان الثابت من الأوراق، أن المبلغ محل التداعي هو قيمة غطاء نقدي سددته المطعون ضدها للطاعن كتأمين غير قابل للسحب مقابل خطابات ضمان إصدارها بناء على طلبها فيتعذر دخول هذا المبلغ كمفرد فيما قد يوجد بين الطرفين من حساب جار. ويوضع في حساب خاص مجمد ليس له صفة الحساب الجاري، مما لا يكون معه الحكم المطعون فيه بحاجة إلى بحث ما تمسك به الطاعن من مبدأ عدم تجزئة الحساب الجاري وما يترتب من إجراء المقاصة القانونية بين مفردات الحساب يضحي النعي على غير أساس"[1].

ثانياً: الرهن:

يعد الرهن من التأمين العيني الذي يقرر للدائن حق امتياز على المال المرهون، بحيث يستوفي حقه منه بالأولوية على غيره من دائني المدين، ومقتضى عقد الرهن كما ورد في المادة (983) مدني يمني تخصيص مال معين يحوزه

(1) انظر: حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 28/ 11 / 1996م في الطعن رقم 1446 لسنة 65ق، مجلة القضاة (نادي القضاة) السنة 29 العدد الثاني ص 448، مشار إليه، د/ محيي الدين إسماعيل، شرح قانون التجارة المصري الجديد، بدون ناشر، بدون تاريخ، ص 697.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

البنك تأميناً له مقابل إصداره خطاب الضمان، إذا استوفى منه المستفيد قيمة الخطاب.

وقد قيدت المادة (216) تجاري يمني نفاذ الرهن في مواجهة الغير بوجوب انتقال حيازته إلى البنك أو شخص آخر يعينه المتعاقدان، وهو ما يعرف بالرهن الحيازي الذي يخضع للقواعد الرهن التجاري المواد (215 – 216 تجاري يمني)، والمواد (119 – 129 تجاري مصري) وما يكملها من قواعد القانون المدني.

ويتمثل الرهن الذي يقدمه العميل كغطاء لخطاب الضمان في أوراق مالية أو تجارية أو بضائع أو عقارات يقبله البنك، وذلك على النحو التالي:

1.. تغطية خطاب الضمان برهن أوراق مالية:

قد يكون غطاء خطاب الضمان أوراقاً مالية يقدمها العميل فيقبلها البنك، وفي هذه الحالة يقدم البنك هذه الأوراق لتحديد قيمتها، مع الأخذ في الحسبان القيمة السوقية لها مع احتياطي مناسب تحسباً لتقلبات الأسعار عند بيعها[1].

ويشترط في هذه الحالة:

أ. أن تغطى القيمة السوقية للأوراق المتحفظ عليها قيمة خطاب الضمان[2].

ب. حصر البنك لهذه الأوراق حصراً دقيقاً بعد فحصها والتأكد من سلامتها.

ج. إبرام العميل مع البنك عقد رهن لهذه الأوراق رهناً تجارياً[3].

د. حصول البنك من العميل على أمر بيع هذه الأوراق في أي وقت، دون الرجوع إلى العميل في حالة تسييل قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد.

---

(1) انظر: محمد علي البربري، مرجع سابق، ص 17.

(2) انظر: د/علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية (1991م)، مرجع سابق، بند 79، 96.

(3) انظر: محمد طاهر العشري، مرجع سابق، ص 5.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

هـ. إيداع البنك لهذه الأوراق في ملف شخصي يعرف في البنوك باسم "إيداعات بضمان"[1]. وذلك ضماناً لدينه الذي ينشأ عندما يدفع قيمة الخطاب إلى المستفيد.

والأوراق المالية التي يمكن رهنها كغطاء لخطاب الضمان لدى البنك تتمثل في الصكوك ذات القيمة النقدية، كالسندات والأسهم التي تصدر من الشركات، وكذلك سندات الاستثمار، وأذون الخزانة، وسندات الدين العام التي تصدرها الدولة أو المؤسسات العامة[2].

وفي ذلك تنص المادة (217) تجاري يمني بقولها: " يجوز رهن الحقوق. ويتم رهن الحقوق الثابتة في صكوك اسمية بنزول كتابي يذكر فيه أنه على سبيل الضمان... ويقيد في دفاتر الجهة التي أصدرت الصك ويؤشر به على الصك ذاته، ويتم رهن الحقوق الثابتة في صكوك لأمر بتظهير يذكر فيه أن القيمة للضمان...." وهو ما أشارت إليه المادة (121) تجاري مصري.

وبذلك يلزم في رهن الصكوك الاسمية بالإضافة إلى الاتفاق اتخاذ إجراءين الأول: كتابة على الصك تفيد الرهن، والثاني: قيد الرهن في سجلات الجهة المصدرة للصك فهذا القيد هو الذي يعد أداة لشهر الرهن ونفاذه على الغير، كذلك هو الذي يحدد مرتبة الرهن.

أما بالنسبة لرهن الصكوك للأمر فيجب على العميل تظهيرها إلى البنك تظهيراً تأمينياً؛ أي يذكر فيه ما يفيد أن القيمة للضمان.

---

(1) انظر: د/ محيي الدين إسماعيل، موسوعة عمليات البنوك من الوجهة القانونية، بند 533، ص 585، د/سميحة القليوبي، العلاقات الناشئة عن خطابات الضمان، مجموعة محاضرات أصدرها مركز البحوث والدراسات القانونية، جامعة القاهرة، تحت عنوان خطابات الضمان من الناحيتين النظرية والعملية، (بدون تاريخ نشر)، ص 33.

(2) انظر: يعقوب صرخوة، مرجع سابق، ص 32.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

أما الصكوك لحاملها فتعتبر من قبيل المنقولات المادية ويخضع رهنها لقواعد رهن هذه المنقولات [1]

غير أنه قد يلجأ بعض المقاولين إلى بعض شركات التأمين لتصدر لهم "بوالص تأمين" لصالح أحد البنوك، تكفل بموجبها للبنك اقتضاء حقه من شركة التأمين في حالة اضطراره إلى أداء قيمة خطاب الضمان الذي أصدره لصالح المؤسسة أو الجهة المستفيدة المتعاقد معها المقاول على القيام بالإنشاءات والأعمال الخاصة بها، غير أن هذه الطريقة قد تسبب لشركات التأمين خسائر كبيرة مما جعل أغلب هذه الشركات تقبض يدها عن إصدارها إلا لعملائها ذات السمعة الطيبة[2].

وتزداد هذه الخسائر التي يمكن أن تتكبدها شركات التأمين في حال ضمانها لغطاء خطابات الضمان التي تصدر بمناسبة المناقصات الكبرى، لذلك يتعين على هذه الشركات أن تحتاط لنفسها وتتأكد من المركز المالي للعميل ومدى قدرته على تنفيذ المشروع الذي صدر خطاب الضمان بمناسبته، وما إذا كانت موارده تسمح بذلك، وإذا كان هذا العميل عبارة عن شركة تمارس أعمال المقاولات والتشييد، فإن على شركة التأمين أن تتأكد من صحة تأسيسها ومعرفة مركزها المالي، وذلك من خلال الاطلاع على ميزانياتها السنوية السابقة لتحديد مدى قدرتها على تنفيذ المشروع، وما إذا كان حجم مواردها المالية يسمح بذلك.

وتقضي المادة(222) تجاري يمني، والمادة (125)تجاري مصري بإلزام البنك المرتهن بأن يستعمل لحساب العميل الراهن جميع الحقوق المتعلقة بالشيء المرهون وأن يقبض قيمته وأرباحه وفوائده التي تحل بعد الرهن، على أن يخصم ما يستولى عليه من المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين المضمون بالرهن ما لم ينص الاتفاق أو القانون على غير ذلك.

---

(1) المادة (1118) مدني مصري.

(2) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، (2007م)، مرجع سابق، بند 178، ص190.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وبذلك يكون ناتج الحقوق الثابتة بالأوراق هو حق الراهن؛ لأن الرهن لا ينزع ملكية الأوراق المرهونة من المدين، ولذا ليس للبنك أن يمتلكها وإنما تظل تحت يده على سبيل الرهن؛ لأنها توابع للشيء المرهون، وله أن يقتطعها مما له من فوائد وأصل الدين وتظل هذا الصكوك محفوظة لدى البنك، فلا يجوز له التصرف فيها، أو بالأرباح الناشئة عنها إلى الغير، ولا يفرج عنها للمقاول العميل إلا إذا لم يطلب المستفيد تسييل خطاب الضمان، أو بعد انقضاء فترة الضمان وسقوط أي مسئولية للعميل تجاه البنك[1].

فإذا قام البنك بالوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد ولم يقم العميل الراهن بالوفاء خلال ميعاد الاستحقاق، كان للبنك بعد مرور ثلاثة أيام من إبلاغه بالوفاء رسمياً أن يطلب من المحكمة المختصة أمراً على عريضة بيع الشيء المرهون كله أو بعضه المادة (223) تجاري يمني لاستيفاء ما يكون له من حقوق قبل العميل الراهن.

وإذا اشترط وقت تقرير الرهن أو بعد تقريره على تملك البنك الشيء المرهون أو التصرف فيه دون اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في المواد (223، 224، 225)، تجاري يمني فإن هذا الشرط يبطل وإنما يجوز له – أي البنك – أن يطلب من القاضي أن يأمر بتمليكه الشيء المرهون أو جزءاً منه وفاءً ما على الراهن بعد تقديره بواسطة خبير المادة(226) تجاري يمني.

ومن ناحية أخرى يمنع قانون البنوك اليمني رقم 38 لسنة 1998 المصارف من تقديم ائتمان لصالح عملائها بضمان الأسهم التي يتكون منها رأس مال المصرف المادة(17) وذلك لأن هذه الوسيلة لا تمثل تأميناً حقيقياً للمصرف مقدم الضمان كون قيمتها تمثل جزءاً من رأس مال المصرف، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى حتى لا تستغل هذا الوسيلة للإضرار بالمصارف ذاتها، باسترداد قيمة الأسهم وتصبح مساهمة أصحاب هذه الأسهم مساهمة صورية، وهذا غير جائز بنص القانون[2].

---

(1) انظر: د/ نجوى كمال ابو الخير، البنك والمصالح المتعارضة في الاعتماد المستندي، 1993، ص 504.

(2) انظر: د/ حمود محمد شمسان، مبادئ القانون التجاري اليمني، الطبعة الثانية، 2001م، بند 356، ص 250.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وأخيراً ورغم أهمية هذه الأوراق كبديل لغطاء الضمان، وبالذات في الواقع المصري، إلا أننا نرى أن الأسهم والسندات التي تصدرها شركات المساهمة بخلاف سندات أذون الخزانة والسندات الأخرى لا تكون لها فعالية كبيرة في تغطية خطابات الضمان التي تصدرها المصارف اليمنية، بسبب عدم وجود سوق بورصة أوراق مالية يستطيع أن يبيع البنك من خلاله الأسهم والسندات المقدمة له كغطاء لخطاب الضمان إذا لم يدفع العميل قيمة الخطاب إليه، إذا وفاء بهذه القيمة للمستفيد، كذلك قلة شركات المساهمة التي تصدر هذه الأسهم؛ نظراً لأن أغلب الشركات في الواقع اليمني تتخذ أشكال الشركات العائلية التضامنية، والتي لا يمكن تداول حصصها كما تتداول الأسهم في شركات المساهمة.

2. تغطية خطاب الضمان برهن أوراق تجارية:

قد تلجأ بعض البنوك إلى أن تطلب من عملائها سحب كمبيالات لصالحها بمقدار غطاء خطاب الضمان، أو الجزء الواجب تغطيته منها حسب الاتفاق، وتحرص على أن يكون تاريخ استحقاق هذه الكمبيالات موازياً لتاريخ سريان خطاب الضمان، أو للتواريخ التي يتوقع أن يقوم فيها المستفيد بإيداع دفعات لصالح العميل، وهذه الإجراء مبعثه سهولة الرجوع بدين الكمبيالة عن سواه من الديون، فيكفي أن يقدم البنك الكمبيالة للعميل كي يحفزه على دفع قيمتها؛ خوفاً من لجوء البنك إلى اتخاذ إجراءات البروتستو، وما يتبع ذلك من أضرار بسمعة العميل[1]، كما قد تطلب تقديم سندات إذنيه أو سندات لحاملها يتم الاتفاق على رهنها لها مقابل غطاء خطاب الضمان.

ولكن لا يتم رهن هذه الأوراق إلا بتظهير الورقة مستوفياً لكافة البيانات التي يتطلبها أي تظهير، وأن يذكر فيه ما يفيد أن القيمة للضمان أو للرهن أو التأمين[2].

---

(1) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطاب الضمان(1991م)، مرجع سابق، بند 79، ص 99.

(2) المادة(449) تجاري يمني، المادة(399) تجاري مصري.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وقد يلجأ العميل إلى طريقة أخرى لتقديمه غطاء خطاب الضمان المطلوب منه دفعه للبنك؛ فقد يكون لديه كمبيالات أو سندات إذنيه محررة لصالحه من الغير، يتفق مع البنك أن يظهرها له تظهيراً تأمينياً[1].

ولكن قد يطلب البنك في بعض الأحيان من العميل تظهيرها له تظهيراً ناقلاً للملكية أو تطهيراً توكيلياً[2].

وتقضي المادة (448) تجاري يمني في هذه الشأن بأنه: "إذا اشتمل التظهير على عبارة "القيمة للضمان" أو "القيمة للرهن" أو أي بيان آخر يفيد الرهن جاز لحامل الكمبيالة أن يباشر جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة، فإذا ظهرها اعتبر التظهير على سبيل التوكيل.

وليس للمدين بالكمبيالة الاحتجاج على حامل الكمبيالة بالدفوع المبنية على علاقته الشخصية بالمظهر، ما لم يكن قصد حامل الكمبيالة وقت حصوله عليها الإضرار بالمدين"، وهو ما نصت عليه المادة 399) تجاري يمني.

كما تنص المادة (447) تجاري يمني بقولها: "إذا اشتمل التظهير على عبارة (القيمة للتحصيل) أو القيمة للقبض أو (بالتوكيل أو أي بيان آخر يفيد التوكيل) جاز لحامل الكمبيالة مباشرة جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة، وإنما لا يجوز له تظهيرها إلا على أساس التوكيل، وليس للملتزمين في هذه الحالة الاحتجاج على حامل الكمبيالة إلا بالدفوع التي يجوز الاحتجاج بها على المظهر.

ولا تنقضي الوكالة التي يتضمنها التظهير التوكيلي بوفاة الموكل وبحدوث ما يخل بأهليته" وهذا ما قضت به المادة (398) تجاري مصري.

وما دام للحامل أن يباشر جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة المظهرة له أياً كان نوع التظهير فإن البنك يستطيع أن يحصلها لحساب العميل بشرط أن يقوم

---

(1) انظر: د/ يعقوب صرخوه، مرجع سابق، ص 33.

(2) انظر: د/ محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 378.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

بمطالبة المدين بقيمة هذه الأوراق في مواعيدها، ويتحمل نتائج تراخيه في المطالبة، كما يطالب المدينين بقيمة هذه الأوراق إذا تم تظهيرها له تظهيراً ناقلاً للملكية، وفي هذه الحالة الأخيرة يوضع ما يتم تحصيله من مقابل في حساب البنك وليس في حساب العميل، وكذلك الشأن في السندات الأذنية لحاملها[1].

كما قد تتطلب بعض البنوك من العميل أن يقدم لها شيكاً موقعاً لصالحها ومسحوب على بنوك أخرى كغطاء لخطاب الضمان، نظراً لما تتمتع به هذه الشيكات من ضمانات قوية خاصة عند إصدارها بدون رصيد[2].

وقد تضمنت هذه الضمانات المادة (805) من القانون التجاري اليمني والمعدلة بالقانون رقم (6) لسنة 1998م، حيث أوجبت عقوبة الحبس لمدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن 10 % من قيمة الشيك على من أصدر شيكاً بدون رصيد.

3. تغطية غطاء خطاب الضمان برهن عقار:

قد يتمثل غطاء خطاب ضمان المناقصات والمزايدات الذي يقدمه المقاولون والمتعهدون أو الموردون من عقارات يتم رهنها للبنك من خلال تقديم المستندات المثبتة لملكيتها، إلا أنه يشترط في هذه المستندات أن تكون معتمدة من إدارة السجل العقاري، وأن يتم تحرير عقد رهن عليها بين البنك والعميل يتيح للبنك الحق في بيع العقار إذا ما أوفى بقيمة الخطاب للمستفيد، ودون حاجة للرجوع إلى العميل لأخذ موافقته على البيع، على أن يتم تسجيل هذا العقد بالسجل العقاري، لكي يتحقق العلم للغير بما تم ترتيبه من حقوق للبنك على العقار.

وعلى رغم من أهمية هذه الصورة في تغطية خطابات ضمان المناقصات والمزايدات لما تحققه من تسهيل ائتماني للعميل، فإن معظم المصارف لا تحبذها؛ نظراً لما تواجهها من صعوبات ومشاكل عديدة خاصة عند القيام ببيعها.

---

(1) انظر: د/ محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 378.

(2) انظر: محمد طاهر العشري، مرجع سابق، ص 5.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

4. تغطية خطاب الضمان برهن بضائع:

إذا كان الغطاء المقدم للبنك بضائع يمتلكها العميل، فإنه إذا أراد البنك الاحتفاظ بحق الامتياز المقرر له على البضاعة ضماناً لدينه، فيجب أن تسلم إليه البضاعة أو إلى من ينوب عنه، وأن تبقى في حيازته أو حيازة من ينوب عنه المادة (216) تجارى يمنى – المادة (120) تجارى مصري.

وبذلك يكون خروج البضاعة المرهونة من حيازة العميل المدين ودخولها حيازة البنك الدائن أو شخص آخر يتفق عليه شرطاً لنفاذ الرهن على الغير، إذ يتحقق به إعلام الغير بتعلق حق البنك الدائن بالبضاعة المرهونة وأنه لم يعد جزءاً من الأموال الحرة للمدين الراهن.

وتطبيقاً لذلك جرى العمل لدى المصارف – إذا كان المرهون بضائع – على نقلها إلى حيازة المصرف بوضعها في مخازنه الخاصة، أو بوضعها في مخازن يملكها العميل الراهن مع وضع لافتة على المخزن باسم البنك لإعلام الغير بسيطرة البنك عليه وعلى ما يوجد فيه من بضائع[1].

وإذا لم يتوافر لدى البنك أو العميل مخزن، فيمكن الاحتفاظ بالبضاعة في مخزن عام، على أن تحرر سندات إيداعها لصالح البنك وتسلم إليه، بحيث يصبح هو حائزها القانوني وصاحب الحق في تسليمها.

وبذلك يظل البنك محتفظاً بالبضاعة ولا يفرج عنها إلا بعد انتهاء مدة الخطاب دون أن تصله أية مطالبة من المستفيد بدفع قيمته، أما إذا دفع قيمته للمستفيد ولم يقم العميل بسداد ما دفعة البنك للمستفيد، كان للبنك بعد التنبيه على العميل بالوفاء وانقضاء ثلاثة أيام طبقاً للقانون اليمنى وخمسة أيام طبقاً للقانون المصري من تاريخ التنبيه عليه ولا يزال متخلفاً عن الوفاء، أن يقدم عريضة إلى رئيس المحكمة الابتدائية الكائن محله في دائرتها للحصول على

(1) انظر: د/ نجوى محمد كمال أبو الخير، مرجع سابق، ص498.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

أذن بيع البضاعة المرهونة كلها أو بعضها المادة (223) تجارى يمنى – المادة (1/126) تجارى مصري، بما يفي سداد الدين وتوابعه من فوائد ومصروفات، وبإذن القاضي البيع بالمزايدة العلنية بمعرفة سمسار يعينه في الأذن المذكور، ويتم البيع في المكان والزمان اللذين يعينهما رئيس المحكمة المادة (225) تجارى يمنى – المادة (3/126) تجارى مصري.

وإذا كانت هذه الصورة للغطاء توافق عليها بعض البنوك أحياناً إلا أنها غير شائعة في العمل خاصة عندما تحتاج البضائع إلي عناية خاصة في تخزينها ونقلها.

لذا فهي غالباً تشترط في البضائع المقدمة لها كضمان أن تكون ذات سوق منظمة وغير قابلة للتلف[1].

ثالثاً: تغطية خطاب الضمان بتقديم كفالة تجارية:

لم يشر قانون التجارة المصري لهذه الصورة من صور غطاء خطاب الضمان كما هو الحال عليه في القانون اليمني المادة (409)، ولعل السبب في ذلك يرجع إلي المساوئ العديدة التي قد تسببها الكفالة، ومن ذلك مماطلة الكفيل في تنفيذ التزاماته إذا لم يقم العميل بالوفاء به في ميعاد الاستحقاق،خاصة إذا لم يكن له حسابات لدي البنك.

وهذه الصورة لا تقبل المصارف عليها إقبالاً كبيراً، وإذا قبلتها فإنها تزيد من تحرياتها لمعرفة المركز المالي للكفيل قبل الموافقة عليها، وتحبذ المصارف غالباً في هذه الصورة أن يكون الكفيل من العملاء الذين لهم حسابات لديها؛ كي تتمكن من استيفاء حقوقها من حساب الكفيل طرف المصرف، إذا لم يقم المدين بالوفاء خلال ميعاد الاستحقاق، ومثل هذا الإجراء يبعث الاطمئنان لدى المصارف على حقوقها[2].

---

(1) انظر: محمد عبد المنعم رشدي، قروض وسلفيات البنوك، محاضرة ألقاها بمعهد الدراسات المصرفية القاهرة، مجموعة محاضرة العام الدراسي السابع، مايو 1961م، ص20.

(2) انظر: د/ حمود محمد شمسان، مرجع سابق، بند 357، ص 251.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

رابعاً - تغطية خطاب الضمان بتنازل العميل عن حقوقه الناشئة عن عقد المناقصة أو المزايدة المطلوب ضمانها:

التنازل هو عبارة عن اتفاق بين العميل "المحيل" والبنك "المحال إليه" على تحويل حق العميل المحيل الذي في ذمة المستفيد المحال عليه إلى البنك المحال إليه[1]، ويتبع في هذه الحالة قواعد حواله الحق[2]، وبذلك قد يضطر الراسي عليه المناقصة خاصة في عمليات الإنشاءات والتوريدات الكبيرة التي تحتاج إلى تمويل ضخم وبالذات في المراحل الأولى من التنفيذ أن يطلب من الجهة المتعاقد معها تقديم له دفعات مقدمة تحت الحساب في حدود نسبة معينة من قيمة العقد تساعده على تنفيذه، وقد تشترط عليه هذه الجهات تقديم خطاب ضمان مصرفي صادر من بنك معتمد لضمان رد المبلغ المدفوع في حالة عدم تمكنه من تنفيذ العملية، أو كان المنفذ منها لا يغطي كل المبلغ المدفوع له.

وتتطلب البنوك في هذه الحالة من عملائها التنازل لصالحها عن حقوقهم الناشئة لهم لدى الجهة المستفيدة عن العملية الصادر بشأنها خطاب الضمان، حتى تضمن وصول الدفعات المقدمة إليها لتراقب أوجه صرفها، ولضمان قيام العميل باستخدامها في العملية المتعلقة بها، ولمتابعة تخفيض قيمة خطاب الضمان حسب تقدم سير العمل[3].

وقد أشارت إلى ذلك المادة (2/409) تجاري يمني حيث نصت بأنه "...2. يجوز أن يكون الغطاء تنازلاً من طالب الضمان عن حقه قبل المستفيد"، وهو ما تضمنته أيضاً المادة (356) تجاري مصري.

ويكون تنازل هذا العميل لصالح البنك عن حقوقه الناشئة له عن العملية المطلوب تنفيذها من قبله، بموجب عقد يرسله إلى الجهة المستفيدة، فتدفع هذه

---

(1) انظر: د/ خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق، بند166، ص 217.

(2) انظر: د/ محمد سمير الشرقاوي، القانون التجاري، مرجع سابق، بند 562 ص567، د/ يعقوب صرخوه، مرجع سابق، ص 34، وهذه القواعد تضمنها القانون المدني اليمني في المواد (383-393).

(3) انظر: محمد طاهر العشري، مرجع سابق، ص 19، محمد علي البربري، مرجع سابق، ص20.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الجهة للبنك كل المبالغ المستحقة للعميل عن العمليات التي تم تنفيذها بموجب العقد الأصلي[1].

غير أن هذا التنازل لا يدخل البنك طرفاً في عقد الأساس "عقد المناقصة والمزايدة بل يظل أجنبياً عن علاقة العميل بالمستفيد، وإنما تؤل إليه حقوق العميل الناتجة عن هذه العلاقة، دون أن يصبح شريكاً فيها.

وقد يشترط في عقد فتح الاعتماد تحويل نسبة من كل مبلغ يرد إلى البنك يتم الاتفاق عليها سداداً للغطاء، ويضاف الباقي على حساب جارٍ للعميل، حتى تنتهي العلاقة ويقفل حساب الاعتماد نهائياً[2].

إلا أن هذه الصورة من صور غطاء خطاب الضمان لا تحبذها البنوك غالباً بسبب المخاطر الكبيرة التي تتعرض لها إذا تخلف العميل عن تنفيذ التزاماته تجاه المستفيد.

وما ينبغي أن نشير إليه في هذا الصدد إلى أن المادة (75) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري، تنص على أنه: "لا يجوز للمتعاقد النزول عن العقد أو عن كل المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها، ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك، ويكتفي في هذه الحالة بتصديق البنك دون الإخلال بمسئولية المتعاقد عن تنفيذ العقد، كما لا يخل قبوله نزوله عن المبالغ المستحقة بما يكون للجهة الإدارية قبله من حقوق".

ويتضح من هذا النص أن المشرع جعل الأصل هو عدم جواز تنازل المتعهد أو المقاول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها، وإن كان قد خرج عن هذا الأصل باستثناء وحيد أجاز فيه التنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك، واكتفى في هذه الحالة بتصديق البنك.

---

(1) انظر: محمد علي البربري، مرجع سابق، ص 19.

(2) انظر: محمد طاهر العشري، المرجع السابق، ص 19، محمد علي البربري، المرجع السابق، ص 20.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وقد رتبت هذه اللائحة على تنازل المتعهد أو المقاول بقاء المتنازل مسئول عن تنفيذ العقد، بمعنى أن المتعاقد مع الجهة المستفيدة هو الذي يظل مسئولاً وحدة عن تنفيذ العقد ولا شأن للبنك بهذا الالتزام، إلا فيما يتعلق بمسئوليته بصرف قيمة الخطاب إذا أخل العميل بالتزامه تجاه المستفيد.

كما أن قيام الجهة الحكومية المستفيدة بخصم من المستخلصات المستحقة للمقاول لتسديد ديون لمصلحة حكومية أخرى، على اعتبار أن هذه المصالح العامة لها حق الأولوية والامتياز فإنها تكون قد أخطأت في التكييف القانوني للتنازل، فمتى وافقت الجهة الحكومية طارحة المناقصة أو المزايدة على هذا التنازل وأصبح الحق للعميل انتقل بموجب هذا التنازل للبنك، ولا يحق المساس بهذا الحق؛ لأنه لم يعد حقاً للمقاول وإنما حق للبنك، والقول بغير ذلك يجعل البنوك تتردد في تقديم هذا التسهيل الائتماني؛ خوفاً من مزاحمة الجهات الحكومية الأخرى لها فيما يصبح للعميل من حقوق لدى الجهة المستفيدة[1].

وما ينبغي أن ننوه إليه بصدد الحالات السابقة، أنه أياً كان غطاء خطاب الضمان سواء كان نقدياً أو أوراقاً مالية أو تجارية أو تنازلات المقاول عن حقه، إلا أن دين هذا الضمان لا يستحق للبنك في ذمة العميل، إلا إذا طالبت الجهة الصادر إليها خطاب الضمان بقيمته، ومن تاريخ دفع البنك مبلغ الضمان، ومن ثم لا يجوز للبنك أن يضيفه في الجانب المدين من حساب العميل إلا من هذا التاريخ، إذ قد لا تطلب الجهة الصادر إليها الخطاب قيمته إذا أوفى العميل بالتزاماته قبلها، وفي هذه الحالة لا يكون هناك محل لإضافة قيمته على حساب العميل المدين[2]؛ لأن قيمة خطاب الضمان قبل قيام البنك بدفعه للمستفيد يظل ملكاً للبنك بحيث لم يكن هناك ثمة دين أوفاء به البنك بدلاً من العميل حتى يستطيع أن يطالبه به.

---

(1) انظر: د/ عمر محسون، خطابات الضمان من الوجهة القانونية وتعاميم مؤسسة النقد العربي السعودي، اصدرا البنك الأهلي التجاري، الرياض، ص 41.

(2) انظر: حكم محكمة طنطا الابتدائية 3 نوفمبر / 1952م، مشار إليه د/ علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك (1981)، مرجع سابق، بند 511 ص 512.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثاني

مقدار غطاء خطاب الضمان

سبق وأن ذكرنا أن العميل يلتزم بناء على طلب البنك تقديم غطاء لخطاب الضمان عند قيام هذا الأخير بإصداره، سواء كان هذا الغطاء يضمن إصدار خطاب ضمان ابتدائي أو نهائي أو لتغطية الضمانات التمويلية، حتى يأمن البنك نفسه من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها في حالة طلب الجهة المستفيدة تسييل قيمة خطاب الضمان، غير أن نسبة هذا الغطاء تتحكم فيه عدة عوامل أهمها:

1. وجود حسابات جارية وتعاملات سابقة ومتعددة بين العميل والبنك.

2. مدى الثقة التي يتمتع بها هذا العميل لدى البنك، ويعتمد ذلك على قيام البنك بدراسة المركز المالي للعميل دراسة مستفيضة من خلال تحريات دقيقة يقوم بها البنك عن هذا العميل، والذي قد تتركز هذه الدراسة على عدة نواح: من حيث قدرته على تنفيذ التزاماته، معرفة البنك ميزانياته السابقة خاصة في السنوات الثلاث الأخيرة، دراسة طبيعة العملية المطلوب تمويلها والغرض من ذلك، البحث عن صفاته الشخصية من حيث أمانته، نزاهته، سمعته في الوسط التجاري، وهل سبق وأن تم تحرير ضده بريستو عدم الوفاء، ويستطيع البنك في سبيل حصوله على هذه المعلومات أن يستعين بغيره من البنوك والجهات والهيئات التي يتعامل معها هذا العميل، علاوة على ما يقوم به البنك من تحريات حول مجموعة التسهيلات التي يتمتع بها العميل لدى البنوك الأخرى ومقدار مديونيتها إلى غير ذلك من التحريات حتى يطمئن البنك إلى تقديم ضمان للعميل[1].

(1) انظر: د/ محيي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك، مرجع سابق، بند 539 ص 587، د/ سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك (2003م)، مرجع سابق، بند 7، ص 180، محمد عبد المنعم رشدي، مرجع سابق، ص 15.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وعلى ضوء هذه الدراسة يستطيع البنك أن يحدد فيما إذا كان يحجم عن إصدار خطاب الضمان، أو يقدر في حالة قبول إصداره مقدار الغطاء الذي يلتزم هذا العميل بدفعه، وهذا المقدار يختلف بحسب نوع الخطاب المطلوب إصداره وظروف كل عملية على النحو التالي:

أولاً: مقدار غطاء خطاب الضمان الابتدائي:

نظراً لأن خطاب الضمان الابتدائي لا ينطوي على التزام من جانب العميل سوى ذلك الالتزام المتعلق بعدم نكوصه عن قبول التعاقد مع المستفيد إذا قبل عطاؤه. وبذلك فإن الغطاء النقدي الذي تطلبه البنوك لهذا النوع من الضمانات قد يخفض إلى 10 % من قيمة الخطاب[1]، إذا كان هذا العميل يتمتع بثقة البنك، غير أنه يفضل في البداية عند إصدار خطاب الضمان الابتدائي أن يتفق العميل مع البنك على نسبة قيمة الغطاء لخطاب الضمان النهائي فيما لو طلب إلى العميل تقديمه؛ لأنه ليس من حسن السياسة المصرفية أن يصدر البنك خطاب ضمان ابتدائي، ثم يمتنع عن إصدار خطاب ضمان نهائي، فيصبح العميل في حرج إذا ما رسا عليه العطاء خاصة وأن الفترة التي يلتزم بتقديم الخطاب خلالها قد تكون قصيرة.

ثانياً: مقدار غطاء خطاب الضمان النهائي:

خطاب الضمان النهائي هو الذي يضمن كما سبق وأن ذكرنا حسن تنفيذ المقاول أو المورد للعملية، ونظراً للخطورة التي قد تلحق البنوك عند ضمانها لهذا النوع من الخطابات في حالة عدم تنفيذ العميل لالتزاماته، فإنها تطلب نسبة مرتفعة للغطاء قد تصل من 20 % إلى 30 % من قيمة العملية، بل وأكثر في بعض الحالات، حسب ثقة البنك في العميل ومدى قدرته على تنفيذ المشروع الذي يضمنه فيه.

---

(1) انظر: راغب حبشي، خطابات الضمان، محاضرة القاها بمعهد الدراسات المصرفية، القاهرة، مجموعة محاضرات العام الدراسي الثامن عشر، في يناير، 1973م، ص 9.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ثالثاً: مقدار غطاء خطاب الضمان عن الدفعات المقدمة:

قد يرهن العميل حقوقه الناشئة له عن عقد المناقصة أو المزايدة للبنك الذي يصدر له الخطاب، فالغطاء المميز لهذا الخطاب هو تنازل العميل عن حقوقه ومستحقاته التي تكون له لدى الجهة المستفيدة، ويكون تنازله هذا – كما أسلفنا – عن طريق تتبع إجراءات حول الحق[1] المنصوص عليها في المواد (383 - 394) مدني يمني، ولكن الضمان الفعلي للبنك في هذا الغطاء يكمن في مدى قدرة العميل على إنجاز العملية وفقاً للمواصفات والشروط المتفق عليها.

غير أن البعض[2] يرى أن هذا التنازل لا يمثل قيمة حقيقية فعلية، وإنما يدخل في إطار التسهيلات الائتمانية التي يمنحها البنك بدون ضمان عيني؛ لأن هذا الضمان يفقد قيمته في حالة عدم قيام العميل بتنفيذ التزاماته المتفق عليها؛ ففي هذه الحالة لا يكون هناك مستحقات يمكن التنازل عنها، حتى يضمن للبنك حقه في غطاء خطاب الضمان إذا أوفى بالخطاب إلى الجهة المستفيدة.

وبذلك تتحدد نسبة الغطاء في هذا النوع من الضمان بمقدار مستحقات العميل لدى الجهة المستفيدة، وهذه المستحقات لا يمكن تحديدها إلا من خلال مراحل التنفيذ التي يتم إنجازها.

غير أن بعض البنوك في هذا الضمان ترفض أن يكون الغطاء بمنزلة تنازل العميل عن حقوقه لدى الجهة المستفيدة وإنما تطلب تقديم غطاء نقدي تتحدد نسبته بمدي ما يتمتع به العميل من ثقة لدى البنك، قد تصل هذه النسبة إلى 100 % إذا لم توجد تعاملات سابقة بين العميل والبنك.

---

(1) انظر: د/ محمد سمير الشرقاوي، القانون التجاري، مرجع سابق، بند 562 ص 567، راغب الحبشي، مرجع سابق، ص 10 حيث يرى بأنه: "لا يجب إطلاق تعميم هذا المنهج؛ إذ قد يصدر خطاب ضمان عن دفعات مقدمة دون غطاء نقدي، وبغير التنازل عن العملية لاعتبارات قد تراها إدارة البنك، كما لو كان تحت يد البنك ضماناً مقابل صادر من بنك أجنبي، أو كان مبلغ الدفعة المقدمة لا يشكل إلا جزءاً من التسهيلات المكشوفة التي يقررها البنك لصالح كبار عملائه من شركات القطاع العام".

(2) انظر: د/ خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق، بند 166 ص 216، د/ حياة شحاتة، مرجع سابق، ص 370.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وأياً كان الأمر في الحالات السابقة فقد يتطلب البنك من العميل تقديم غطاء نقدي كامل بنسبة 100 % من قيمة العملية، وإن كان يبدو من ذلك عدم أهمية خطابات الضمان بالنسبة للعميل؛ لأنه يضع ضماناً لدى البنك يعادل قيمة الغطاء، ولذا كان يمكن أن يدفعه إلى صاحب العمل بدلاً من اللجوء إلى البنك لطلب الضمان، إلا أن الفائدة تظل قائمة بالنسبة لهذا العميل، وذلك لأن قيمة الغطاء قد تكون حسابات أو ودائع للعميل لدى البنك[1]، وقد تكون هذه الودائع آجلة لم يحل تاريخ استحقاقها، ولكن البنك يقبل أن تكون غطاء لخطاب الضمان الذي يصدره.

وفي أحيان أخرى يصدر البنك في الحالات السابقة خطاب ضمان بدون غطاء؛ أي على المكشوف - كما ذكرنا - إذا كان العميل موضع ثقة تامة من البنك.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذه الشأن: "وللبنك أن يصدر خطاب ضمان بغطاء مالي أو دون غطاء أو بضمان رهن في حدود المعاملات القائمة بين العميل والبنك، وهو الذي يقدر مصلحته في كيفية تغطية خطاب الضمان"[2].

وما ينطبق على الحالات السابقة ينطبق أيضاً على خطابات ضمان المناقصات والمزايدات الأخرى التي تصدر لضمان الأعمال المنفذة ولم يتم حصرها بعد أو لضمان المبالغ المستقطعة من المستخلصات أو لضمان الأشياء المعطاة للمقاول، حيث تتحدد نسبة الغطاء فيها بحسب ثقة البنك في العميل فقد يحدد بنسبة معينة من العملية، وقد يصدر البنك الخطاب على المكشوف.

---

(1) انظر: د/ عبد الرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص 217.

(2) انظر: حكم نقض مصري - الطعنان رقما106 سنة 37ق، و 11 سنة 40ق، جلسة 1972/3/14، س23، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، المكتب الفني العدد الأول يناير إلي مارس 1972م ص401.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثالث

التكييف القانوني لغطاء خطاب الضمان

لا خلاف بين فقهاء القانون على أن الغطاء العيني لخطاب الضمان يعتبر رهناً تجارياً يخضع للقواعد التي يخضع لها الرهن التجاري، سواء من حيث إنشاؤه أو انقضاؤه، أو من حيث التنفيذ على الأموال المرهونة إذا اقتضى الأمر.

أما الغطاء النقدي فقد اختلف الرأي بشأنه:

فهناك رأي يرى[1] بأن قيام العميل بتخصيص الغطاء النقدي لضمان البنك في إصدار خطاب الضمان، إنما يقابل فكرة تخصيص مقابل الوفاء للكمبيالة أو الشيك، بحيث يتملك البنك هذا المبلغ الذي يقدم له، مما يكون الحجز عليه من قبل دائن العميل غير ذي موضوع، كما أن إفلاس العميل لا ينال من حق البنك عليه إذا لم ينفذ التزامه أمام المستفيد؛ لأنه يكون ملكاً للبنك لا للعميل.

ولكنه يلاحظ أن فكرة الوفاء في الأوراق التجارية و طبيعة الغطاء في خطاب الضمان يفصل بينهما فوارق أساسية أهمها[2]:

1. أن المقصود من تقرير ملكية حامل الكمبيالة لمقابل الوفاء هو التيسير في تداولها حتى تطمئن نفوس المتعاملين عليها وتزداد لديهم الثقة في الحصول على قيمتها، أما خطاب الضمان فلا يتداول كما تتداول الأوراق التجارية، إذ إنه خاص بشخص المستفيد بحيث لا يجوز التنازل عنه أو تداوله إلى الغير.

---

(1) انظر: أمين صادق سرى، في بحث مقدم للإدارة القانونية للبنك الأهلي المصري، مشار إليه د/ محيي الدين إسماعيل، خطاب الضمان، مرجع سابق، بند 7، ص 70.

(2) انظر: د/ محيي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك، مرجع سابق، بند 543، ص 589، د/ نجوى محمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 489.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

2. أن مقابل الوفاء في الكمبيالة إنما خصص ضماناً للحامل المستفيد، أما غطاء خطاب الضمان فليس لضمان المستفيد، وإنما هو مخصص لضمان البنك إذا ما اضطر إلى الوفاء بقيمة الخطاب إلى المستفيد.

3. أن المسحوب عليه في الكمبيالة إنما يتلقى مقابل الوفاء ليقوم بدفع قيمة الكمبيالة، فإذا لم يكن لديه مقابل وفاء كان من حقه الامتناع عن الوفاء بقيمتها، أما في خطاب الضمان فبمجرد أن يصدر الخطاب لا يستطيع البنك أن يحتج على المستفيد بنقض خطاب الضمان حتى ولو صدر الخطاب على المكشوف، فإن ذلك لا يؤثر في التزام البنك، بل يبقى المستفيد حقه كاملاً على قيمة الخطاب قبل البنك.

4. يستطيع الساحب أن يتصرف في مقابل الوفاء الموجود لدى المسحوب عليه؛ لأن الساحب لا يضمن وجود مقابل الوفاء إلا عند حلول ميعاد الاستحقاق، أما في خطاب الضمان لا يستطيع العميل مقدم الغطاء أن يتصرف به خلال فترة سريان الخطاب.

وقد اتجه غالبية الفقه[1] إلى تكييف الغطاء النقدي الذي يقدمه المقاول "العميل" إلى البنك مقابل إصداره خطاب الضمان باعتباره رهناً تجارياً، لأن رهن النقود جائز قانوناً ولكنه رهن ناقص قياساً على الوديعة الناقصة؛ لأن تملك البنك الغطاء النقدي لا يتعارض مع فكرة قواعد الرهن؛ ولأن النقود لا تبقى على حالتها التي يتسلمها البنك، بل يتملكها بمجرد أن يدفعها إليه العميل، ويصبح البنك مديناً بما يوازي ما تسلمه إذا حل أجل الخطاب دون أن يُستعمل، أما إذا استعمل قيمة الضمان قبل انقضاء مدته، فإن المقاصة القانونية تقع بقوة القانون، وبأثر

(1) انظر: د/ محيي الدين إسماعيل، خطاب الضمان، مرجع سابق، بند 72 ص 73، د/ سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان فيما بين الأطراف وبالنسبة للغير، مرجع سابق، بند 90، ص 118، د/ خليل فيكتوري تادرس، مرجع سابق، بند 168، ص 220، د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية (1991م)، مرجع سابق، بند 289، ص 270، حسن أنور طه حبيب، مرجع سابق، ص 11، د/يحيي إبراهيم على، مرجع سابق، ص 654، د/ كمال الوادي، مرجع سابق، ص 160.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

رجعي بين دين البنك على العميل، ودين العميل على البنك بمبلغ الغطاء في حدود الأقل منهما، لأن شروط المقاصة القانونية متوافرة فالدينان متقابلان، ومحلهما متماثل، وصالح للمطالبة بهما قضاء، ومحققان الوجود، ومعلومان المقدار، وقابلان للحجز، لذا تقع المقاصة القانونية بينهما في حدود الأقل منهما.

وهذا الرأي هو الذي نؤيده، إذ إن تقرير حق رهن للبنك على مبلغ الغطاء من شأنه تأمين حقوقه لدى العميل الآمر.

وقد أكدت على ذلك المادة (356) تجاري مصري بقولها: "يجوز للبنك طلب مقابل إصدار خطاب الضمان تأميناً، ويكون هذا التأمين نقداً أو صكوكاً أو بضاعة أو تنازلاً من الآمر عن حقه قبل المستفيد" ونستخلص من هذا النص، أن الغطاء الذي يقدمه العميل للبنك، إنما يقدمه على سبيل الرهن، مما يكون للبنك أن يستقطع حقه منه متى وفى بقيمة الخطاب للمستفيد، فالهدف من تجميد هذا الغطاء في حساب احتياطي هو تقرير حق رهن حيازى للبنك عليه، بحيث يستطيع أن يستوفي حقه منه بالأولوية على غيره من الدائنين، كما هو الحال عليه عند تجميد الغطاء العيني.

وهذا الحكم يسري أيضاً في حالة ما إذا كان الغطاء خصما من حساب العميل الجاري.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المبحث الثالث

الخطوات التنفيذية لإصدار خطاب ضمان المناقصات والمزايدات

لو تتبعنا الخطوات التنفيذية لإصدار خطاب ضمان المناقصات والمزايدات طبقاً لما يجرى عليه العمل المصرفي في المصارف، فإننا نلاحظ أنه يمر بمرحلتين كل منهما مستقلة عن الأخرى، وذلك على النحو التالي:

- **المرحلة الأولي:**

وهى مرحلة الاتفاق بين البنك والعميل على إصدار خطاب الضمان، حيث يتقدم المقاول أو المورد أو المتعهد إلى مصرفه يطلب منه إصدار خطاب ضمان لصالح مستفيد معين بشروط خاصة ولمدة محددة، ويتبع في هذه المرحلة الخطوات التالية:

1. قيام العميل بتعبئة نموذج إصدار خطاب ضمان بحسب نوع الضمان المطلوب إصداره (ابتدائي، نهائي، دفعات مقدمة، لضمان الأشياء المعطاة للمقاول، لضمان المبالغ المستقطعة عن المستخلصات، لضمان الأعمال التي تم إنجازها ولم يتم حصرها بعد).

- على أن يبين في هذا الطلب:
- نوع الضمان.
- اسم المستفيد من خطاب الضمان.
- الغرض من إصدار الخطاب.
- تاريخ انتهاء خطاب الضمان.
- اسم صاحب الحساب الذي يتم الخصم منه، إذا كان غطاء الخطاب

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

يتمثل في كفالة شخص آخر لديه حساب في البنك المطلوب إصدار الخطاب منه.

- رقم الحساب الذي يتم الخصم منه، إذا كان غطاء خطاب الضمان يتم تجنيبه من حساب للعميل لدى البنك.
- عنوان طالب إصدار خطاب الضمان تفصيلياً.
- اسم الشخص الذي يتم إصدار خطاب الضمان لصالحه.

2. يقوم العميل بالتوقيع على طلب إصدار خطاب الضمان بعد كتابة اسمه كاملاً، حيث يفوض البنك تفويضاً كاملاً للقيام بما يلي:

- خصم العمولة التي يستحقها البنك مقابل إصدار خطاب الضمان.
- تمديد خطاب الضمان وخصم العمولة المستحقة على التمديد إذا طلب المستفيد ذلك.
- تسييل قيمة خطاب الضمان لصالح المستفيد في حاله مطالبته بذلك رغم أي معارضه قد تصدر منه.

3. يتسلم الموظف طلب إصدار خطاب الضمان ويقوم بمراجعته والتأكد من تعبئة البيانات بشكل صحيح ومطابقتها بناءً على تعليمات الإدارة العامة للائتمان والتعليمات الصادرة بهذا الخصوص، ومن ثم يقوم الموظف بمطابقة توقيع العميل.

4. يتم إرسال طلب الإصدار إلى إدارة التسهيلات للموافقة على إصدار خطاب الضمان، وتحديد نسبة التأمين (الغطاء) والعمولة على ضوء التسهيل المقدم للعميل.

وبموافقة البنك على طلب العميل ينعقد بينهما عقد يسمى في النشاط

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المصرفي بعقد الاعتماد بالضمان[1] أو عقد الاعتماد بالتوقيع[2]، وقد سبق أن أشرنا إلي الأحكام القانونية لهذا العقد.

وحتى هذه المرحلة فليس أمامنا سوى عمل قانوني واحد (عقد) بين طرفين وهما البنك والعميل، يتحدد بموجبه التزامات كل منهما، فيلتزم البنك بإصدار خطاب الضمان وفقاً للشروط التي حددها العميل، وإنهائه إلى المستفيد، ويلتزم العميل بدفع العمولة، والفوائد، والمصاريف وعدم الاعتراض على دفع البنك قيمة الخطاب، وغير ذلك من الالتزامات التي تقع على عاتقه – كما سنرى لاحقاً – ومع ذلك لا ينشأ حق المستفيد في هذه المرحلة رغم تمام الاتفاق بين البنك والعميل، ورغم وجود التزام البنك بإنشاء حق المستفيد[3].

- **المرحلة الثانية:**

وهى مرحلة إصدار خطاب الضمان، وفيها ينشأ حق المستفيد في الخطاب، ويتم تنفيذ هذه المرحلة بأتباع الخطوات التالية:

1. تقوم إدارة التسهيلات بعد الموافقة على طلب العميل بإصدار خطاب الضمان بإرساله إلى الموظف في قسم الضمانات، والذي يقوم بما يلي:
   - تسجيل الضمان في السجل البياني وإعطائه رقماً تسلسلياً.
   - فتح ملف جديد لخطاب الضمان.
   - إجراء القيود المحاسبية المتعلقة بحجز مبلغ التأمين، وخصم العمولة المستحقة على إصدار خطاب الضمان.
   - طباعة الخطاب علي الورقة الخاصة بالبنك وفقاً للشروط التي تم الاتفاق عليها في عقد الاعتماد بالضمان.

---

(1) انظر: د/ مصطفى كمال طه، مرجع سابق، بند 297، ص 322.

(2) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، (1991م)، مرجع سابق، بند 75 ص90.

(3) انظر: د/السيد محمد اليماني، الاعتماد المستندي النظام القانوني لتمويل التجارة الخارجية في العرف المصرفي والسوابق القضائية، الطبعة الثانية، 2007م، ص462.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

- عادة ما يذكر في الخطاب أن البنك يلتزم بسداد القيمة عند أول طلب من المستفيد، دون الاعتداد بأية معارضة قد ترد من العميل، وهذه الفقرة هي التي تؤكد استقلالية خطاب الضمان عن سائر العقود الأخرى التي صدر بمناسبتها.

2. يتم إرسال خطاب الضمان إلى رئيس قسم الضمانات، والذي يقوم بدوره بمراجعة القيود المحاسبية لمبلغ التأمين والعمولة ومراجعة خطاب الضمان من الناحية الفنية.

3. يتم توقيع خطاب الضمان من شخصين مفوضين بالتوقيع، المفوض (أ) والمفوض (ب)، ومن ثم ختم خطاب الضمان بختم البنك.

4. يستلم العميل أصل خطاب الضمان بعد توقيعه على النسخة الثانية بما يفيد الاستلام أو يقوم البنك بإرساله إلى المستفيد.

5. يتم إعداد قيد نظامي للضمان المصدر لغرض تحميله على الالتزامات المتعلقة بالعميل.

6. يحفظ ملف الضمان في درج خاص لحين الحاجة إليه.

وهذه المرحلة هي عمل قانوني آخر يتم من جانب البنك بإرادته المنفردة، دون أن تشترك معها إرادة العميل (المقاول أو المورد) أو إرادة المستفيد من الخطاب.

وبذلك ينشأ حق المستفيد تجاه البنك من هذا المرحلة، حيث يصبح التزام البنك قبله التزاماً نهائياً وقطعياً لا يجوز له الرجوع فيه أو العدول عنه متى وصل إلى علمه [1].

(1) انظر: د/ السيد محمد اليماني، الاعتماد المستندى النظام القانوني لتمويل التجارة الخارجية في العرف المصرفي والسوابق القضائية، مرجع سابق، ص352.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وقد تتعاصر المرحلتان السابقتان في العمل فتتمان في وقت واحد بأن يقوم البنك بإصدار خطاب الضمان فور اتفاقه مع عميله؛ أي أن البنك يبادر بتنفيذ الالتزام بإصدار خطاب الضمان فور تلقيه طلباً بذلك من عميله، فيبدو الأمر كما لو كانت المرحلتان مرحلة واحدة، أو عملاً قانونياً واحداً، ولكن الواقع – ومن وجهة النظر القانونية – أن كل واحدة من هاتين المرحلتين (أي مرحلة الاتفاق على إصدار خطاب الضمان ومرحلة الإصدار نفسها) تتميز عن الأخرى من حيث الطبيعة القانونية، ومن حيث الآثار التي تترتب على كل منهما؛ فالأولي عقد يتم بتوافق إرادتي البنك والعميل يلتزم كل منهما بعدة التزامات تجاه الآخر، والثانية تصرف أحادى من جانب البنك يلتزم فيه بإرادته المنفردة تجاه المستفيد[1].

وبذلك نخلص إلي القول إن مرحلة إصدار خطاب الضمان هي مرحلة منفصلة ومستقلة عن المراحل الممهدة لها، فبمجرد إتمامها بإصدار البنك الخطاب لصالح المستفيد ووصوله لي علم هذا الأخير ينشأ على عاتقه أي البنك التزام جديد لصالح المستفيد يتميز عن التزامه تجاه العميل سواء من حيث أطرافه أو من حيث مضمونه أو من حيث مصدره، فهذا الالتزام ينشئه البنك بناء على إرادته المنفردة – كما سنري لاحقاً – دون أن تشترك إرادة أخرى معه، لذا فهو يعد مستقلاً عن الروابط العقدية التي تربط العميل بالمستفيد من جهة أو تلك التي تربط البنك بالعميل من جهة أخرى والذي تعد السبب في وجوده.

(1) انظر: د/ السيد محمد اليماني، النظام القانوني لتمويل التجارة الخارجية في العرف المصرفي والسوابق القضائية، مرجع سابق، ص352.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الفصل الثالث

الالتزامات المترتبة على إصدار خطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات والقيود التي ترد على استيفاء قيمتها

- **تمهيد وتقسيم:**

تنفيذاً للعقد الذي ابرمه العميل مع البنك يلتزم الأخير بإصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد الذي عينه العميل في عقد الاعتماد بالضمان، وبمجرد إصدار البنك للخطاب يستقل – كما أسلفنا – استقلال نهائي عن العلاقات التي صدر بمناسبتها، إلا أنه يرتب على كاهل البنك التزامات في مواجهة المستفيد، دون أن يتحمل الأخير بأي التزام قانوني في مواجهة البنك، لأن الخطاب ليس عقد بين البنك والمستفيد حتى يمكن القول بأن المستفيد يصبح ملتزم بالتزامات معينة يلتزم بأدائها.

ورغم أن المستفيد لا يتحمل بأي التزامات في مواجهة البنك إلا أن هناك قيود معينة لابد أن يراعيها لكي يحصل على قيمة الضمان، وهذه القيود لا يكون مصدرها عقد بينه وبين البنك أو العميل، وإنما يكون مصدر البعض منها العادات والأعراف المصرفية، ومن ذلك احترامه الشروط والبنود الواردة في الخطاب، فما دام وأنه لم يعترض على الخطاب منذ البداية، فهذا يعني أنه لابد وأن يحترم كافة

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

شروطه وبنوده، والبعض من هذه القيود قد يكون مصدرها القانون، ومن ذلك عدم تنازله عن قيمة الخطاب للغير إلا بعد موافقة البنك.

وبناً على ما تقدم سوف نقسم هذا الفصل إلي مبحثين:

- **نتناول في المبحث الأول** التزامات البنك تجاه المستفيد.
- **ونخصص المبحث الثاني** للقيود التي ترد على حق المستفيد في استيفاء قيمة خطاب الضمان.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المبحث الأول

التزامات البنك في مواجهة المستفيد

يقع على عاتق البنك العديد من الالتزامات يرتبها عليه إصداره خطاب الضمان لصالح المستفيد، ومن ذلك التزامه بالوفاء بقيمته للمستفيد، وان يكون التزامه في مواجهة البنك التزاماً نهائياً ومستقلاً، وسوف سنفصل هذه الالتزامات في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

- **المطلب الأول:** التزام البنك بالوفاء بقيمة خطاب الضمان.
- **المطلب الثاني:** التزام البنك بالوفاء بقيمة الخطاب التزام نهائي.
- **المطلب الثالث:** استقلال التزام ا لبنك تجاه المستفيد والنتائج المترتبة عليه.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الأول

التزام البنك بالوفاء بقيمة خطاب الضمان

يعد التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان من أهم الالتزامات التي يقوم بها، فهو يمثل الهدف الأساسي من خطاب الضمان؛ لأن التزامه بدفع مبلغ الخطاب إلى المستفيد التزام بات ونهائي فلا يجوز له الرجوع فيه، أو أن يتمسك بما يكون للعميل من دفوع قبل المستفيد، لأن التزام البنك التزاماً مستقلاً[1]، كما سنوضحه تفصيلياً في البنود اللاحقة.

لذا يلتزم البنك بالدفع رغم ما قد يعتري علاقة العميل بالمستفيد من بطلان أو فسخ[2] لكون البنك لا شأن له بعلاقة العميل بالمستفيد[3].

وإذا كان القانون ينص على عدم جواز تضمين خطابات ضمان المناقصات والمزايدات أي قيد أو شرط، حرصاً منه على حصول المستفيد على حقه من مبلغ الضمان؛ فمن باب أولى لا يجوز الاعتداد بأي اعتراضات تأتي من خارج شروط وعبارات الخطاب لمنع المستفيد من الحصول على هذا الضمان؛ مما يعني أن البنك يلتزم في هذا النوع من الخطابات بدفع قيمتها للمستفيد فوراً وبمجرد الطلب، وهذا الالتزام محدد من حيث الكيف، والكم، والمدة.

فمن حيث الكيف يتعهد البنك بأن يدفع إلى المستفيد مبلغ الضمان عند أول طلب رغم أي معارضة قد تصدر من العميل، وهذا التعهد هو أهم ما يميز خطاب الضمان[4].

---

(1) انظر: د/ محمد فضل بهجت، مرجع سابق، بند 146 ص 123.

(2) انظر: د/ عباس عيسى هلال، مرجع سابق، ص 261.

(3) انظر: د/ رضا عبيد، مرجع سابق، بند 168 ص 144.

(4) انظر: د/ محيي الدين إسماعيل، خطابات الضمان أصولها العلمية ومشكلاتها العملية، =

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وتعهد البنك بالدفع فوراً، وبمجرد الطلب هو الذي يجعل علاقة البنك بالمستفيد علاقة مستقلة عن علاقة العميل بهذا الأخير، بحيث يلتزم البنك بالدفع عند أول مطالبة تقدم إليه من المستفيد مهما كانت معارضة العميل.

أما من حيث الكم فالأصل في التزام البنك في خطاب الضمان أن يكون محدد المقدار[1]، تحديداً دقيقاً بحيث لا يستطيع المستفيد أن يطالب البنك إلا في حدود هذا المقدار، فلا يستطيع أن يطالب بأموال أكثر من قيمة خطاب الضمان، وإن كان له أن يطلب أقل من ذلك؛ إذ تمثل القيمة الواردة في خطاب الضمان الحد الأقصى الذي يلتزم البنك بالوفاء به[2].

وفي ذلك تنص المادة (16) من القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارية الدولية بباريس بقولها: "الضامن ملتزم أمام المستفيد فقط فيما يتعلق بالشروط المحددة بالضمان وأي تعديل أو تعديلات عليه وبهذه القواعد وفي حدود مبلغ لا يتجاوز المبلغ المذكور في الضمان وأي تعديل أو تعديلات عليه"

وإذا كان الأصل في مبلغ خطاب الضمان كما ذكرنا أن يكون محدد المقدار في صلب الخطاب، إلا أنه قد يكون قابلاً للتحديد في وقت معين تحدده الأطراف[3]، كما هو الحال في بعض خطابات ضمان المناقصات والمزايدات، إذ قد تكون قابلة للتعيين في حالة ما إذا ورد تعهد البنك بالوفاء بنسبة معينة من قيمة المقاولة والتي تتحدد بإنجاز كل مرحلة من مراحلها، كذلك قد تكون قابلة للتعيين في حالة إصدار البنك خطاب ضمان لجملة دفعات مقدمة تدفعها الجهة المستفيدة للمقاول خلال فترة معينة، فيتحدد قيمة الخطاب بنسبة هذه الدفعات، وهو ما أشارت إلى ذلك

= مرجع سابق، ص11، د/ عباس عيسى هلال، المرجع السابق، ص 261، د/ حياة شحاتة، مرجع سابق، بند 383، ص 318.

(1) انظر: د/ عباس عيسى هلال، مرجع سابق، ص 262.

(2) انظر: د/ رضا عبيد، مرجع سابق، بند170، ص 152.

(3) انظر: د/ محيي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك، ص 570، د/ عباس عيسى هلال، المرجع السابق، ص 262.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المادة (408) تجاري يمني بأن تعهد البنك في خطاب الضمان هو دفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بناء على طلب عميله لشخص آخر يسمى المستفيد.

ولالتزام البنك في خطاب ضمان المناقصات والمزايدات بداية يبدأ بها ونهاية ينتهي بها.

مدة صلاحية خطاب الضمان الواجب تقديم المطالبة بالوفاء خلالها:

المقصود بمدة خطاب الضمان هي: "المدة التي يكون خطاب الضمان فيها صالحاً ونافذاً لكي يتقدم المستفيد خلالها بطلب الوفاء، فإن قدم الطلب قبل أو بعد هذه المدة فلا حق للمستفيد قبل البنك الضامن"[1].

والأصل في خطابات الضمان أن تصدر خلال مدة معينة يحرص الأطراف على تأكيدها، باعتبارها مدة سريان مفعول خطاب الضمان، بحيث يظل التزام البنك فيها قائماً لا يسقط إلا إذا لم ترد إليه أي مطالبة من قبل المستفيد بقيمة الضمان خلالها، فإذا لم تحدث أي مطالبة من قبل المستفيد في أثناء سريان هذه المدة فإن التزام البنك يسقط تلقائياً دون حاجة إلى إخطار المستفيد بذلك أو اتخاذ أي إجراء آخر يدل على هذا السقوط[2].

وقد نصت على ذلك المادة (1/408) تجاري يمني عند تعريفها لخطاب الضمان بأن البنك يتعهد في خطاب الضمان الصادر منه بناء على طلب العميل بأن يدفع للمستفيد مبلغ الضمان إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، وهو ما نصت عليه أيضاً المادة (1/350) تجاري مصري.

---

(1) انظر: صلاح مرسي، الوفاء بقيمة خطابات الضمان وإمكانية منع الوفاء، مجموعة محاضرات في الدوره التدريبية التي نضمها مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني بجامعة القاهرة، تحت عنوان خطابات الضمان من الناحيتين النظرية والعملية، (بدون تارخ نشر)، ص 79.

(2) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان من الوجهة القانونية، محاضرة القاة بمعهد الدراسات المصرفية المصري، في يونيو 1961م، ص4، صلاح مرسي، المرجع السابق، نفس الصفحة السابقة، د/ السيد إبراهيم تركي، مرجع سابق، ص 115، وهو ما أشارت إليه المادة 1/359 تجارى مصري.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

كما أشارت المادة (1/411) تجاري يمني والمادة (1/359) تجاري مصري إلى أن ذمة البنك تبرأ من دفع قيمة خطاب الضمان إذا لم تصله مطالبة من المستفيد بالدفع خلال مدة سريان الخطاب.

وغالباً ما تتضمن خطابات ضمان المناقصات والمزايدات عند إصدارها تحديد تاريخ بدأ سريان التزام البنك تجاه المستفيد؛ ففي خطاب الضمان الابتدائي قد يبدأ التزام البنك من تاريخ فتح المظاريف، وفي خطاب الضمان النهائي قد يبدأ من التاريخ الذي يتم فيه توقيع عقد المناقصة أو المزايدة، أومن تاريخ الخطاب نفسه إذا كان لاحقاً لتاريخ توقيع العقد[1]، وفي خطاب ضمان الأشياء المعطاة للمقاول قد يبدأ هذا الالتزام من تاريخ تسليم الأشياء المعطاة للمقاول، وفي خطاب ضمان الدفعات المقدمة قد يبدأ من تاريخ تسليم هذه الدفعات إلى العميل نفسه أو من تاريخ تسليمها للبنك إذا كان قد اتفق على أن تسلم له، أما في خطاب ضمان صرف المبالغ المستقطعة من المستخلصات والمحجوزة لدى أمانات الجهة المستفيدة، وخطاب ضمان عن المبالغ المصروفة عن العمليات التي تم تنفيذها ولكن لم يتم حصرها بعد فيبدأ التزام البنك من تاريخ صرف هذه المبالغ، هذا في حالة ما إذا اتفق على تحديد بدء سريانها، أما إذا لم يتفق على ذلك فإنه يسرى مفعولها من تاريخ صدورها[2].

وهذا التاريخ لا يعتبر بداية استحقاق التزام البنك، بل يلتزم البنك بالدفع طوال مدة الضمان[3]، وهو ما عبرت عنه محكمة النقض المصرية بقولها: "إن

---

(1) انظر: د/ محيي الدين إسماعيل، محاضرته بمعهد الدراسات المصرفية، مرجع سابق، ص 13.

(2) وفي ذلك تنص المادة (6) من القواعد الموحدة لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب " بأن كل الضمانات يسرى مفعولها في يوم صدورها ما لم تكن شروطها تنص صراحة على أن سريان المفعول في تاريخ لاحق أو أن سريان المفعول معلق على تحقيق شروط محددة تفصيلاً في الضمان".

(3) انظر: د/ عادل إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، بند 39، ص 87، د/ حياة شحاته، مرجع سابق، بند 296 ص 333، د/ علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، (1981م)، الهامش رقم "2"، ص 490، وأيضاً محاضرته بمعهد الدراسات المصرفية، مرجع سابق، ص 4.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

مؤدي سريان خطاب الضمان خلال مدة معينة هو التزام البنك بوفاء قيمته خلال هذه المدة بحيث لا يعتبر التاريخ الوارد فيه هو بداية استحقاق التزام البنك، بل يلتزم بالدفع طوال مدة الضمان حتى التاريخ المذكور في خطاب الضمان باعتباره حد أقصى لنفاذه"[1].

وبذلك يتعين أن تصل أي مطالبة للوفاء بقيمة الضمان إلى البنك خلال مدة صلاحية الخطاب، وأن تقدم إليه في يوم عمل أي في ساعات الدوام التي تحددها البنوك، إلا أنه قد يكون نهاية مدة صلاحية الخطاب يوم عطلة رسمية، فهل يحق للمستفيد أن يتقدم بطلب دفع قيمة الضمان في أول يوم عمل، أم يكون آخر موعد لاستحقاقه هو اليوم السابق على العطلة؟

اختلف الفقهاء في ذلك؛ فهناك رأي[2] يذهب إلى القول بأنه إذا صادف نهاية مدة خطاب الضمان عطلة رسمية، فإن حق المستفيد في المطالبة يمتد إلى أول يوم عمل، وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى نص المادة (18 مرافعات مصري) والذي تقضى بأنه: "إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها".

كذلك يستند على نص المادة (48) من لائحة الاعتمادات المستندية لسنة 1983م الذي تنص بأنه: "إذا كان انتهاء ميعاد صلاحية الاعتماد أو آخر ميعاد لتقديم مستندات يقع في يوم عطلة البنك الواجب تقديم المستندات إليه، فإن هذه المواعيد تمتد إلى أول يوم عمل يبدأ فيه عمل البنك"، وعلى نص المادة(545) من قانون التجارة المصري من باب القياس على الورقة التجارية.

---

(1) انظر: حكم نقض مصري، الطعن رقم 294 لسنة 35ق، جلسة 1969/5/27م، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، المكتب الفني، السنة العشرون، العدد الثاني، ابريل - يونيه سنة 1969م، ص 811.

(2) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، (1991م)، مرجع سابق، بند 194 ص 185 لنفس المؤلف خطابات الضمان المصرفية (2007م)، مرجع سابق، بند 256، ص273، د/ يعقوب صرخوه، مرجع سابق، ص41.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

غير أن هناك رأياً[1] آخر يرى أن حق المستفيد في المطالبة بقيمة خطاب الضمان يسقط بمجرد انتهاء صلاحيته حتى ولو صادف هذا الانتهاء عطلة رسمية، بحيث يمتنع عليه أن يتقدم بالمطالبة به في أول يوم عمل بعد انتهاء الصلاحية؛ لعدم حرصه في المحافظة على حقه.

وينتقد هذا الرأي أصحاب هذا الرأي السابق بالقول بأنه وإن كانت قواعد لائحة الاعتمادات المستندية تبيح ذلك في المادة (48) منها إلا أن هذه اللائحة غير ملزمة ما لم ينص على ذلك صراحة، كما أنها تنظم الاعتمادات المستندية ولا تنظم خطابات الضمان هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن المادة (545) من قانون التجارة المصري إنما تحكم الكمبيالة ولا تحكم خطابات الضمان التي لا تعد من قبيل الكمبيالة، أما ما يتعلق بالمادة(18 مرافعات)، فإن نص المادة الخامسة من ذات القانون تقضي بأنه إذا نص القانون على ميعاد حتمي يجب أن يتم الإجراء خلاله ولا يعتبر الميعاد مرعياً إلا إذا تم الإجراء في هذا الميعاد وهو ما يسميه فقه قانون المرافعات بالميعاد الناقص.

رأينا الخاص:

نؤيد ما ذهب إليه الرأي الثاني من القول بأن حق المستفيد يسقط في مطالبة البنك بقيمة خطاب الضمان إذا كانت هذه المطالبة قد تقدمه للبنك في أول يوم عمل بعد انتهاء آخر موعد لسريان خطاب الضمان، وذلك للمبررات السابقة، بالإضافة إلى أن هذا المستفيد ليس حريصاً على المحافظة على حقه، فأمامه أجل محدد ينتهي بتاريخ معين، فإذا لم يتقدم قبل انقضائه فإنه يفقد حقه في المطالبة، خاصة وإن بعض البنوك تضمن خطابات الضمان التي تصدرها، نصاً على أن تصل أية مطالبة بقيمة الخطاب إلى البنك حتى هذا التاريخ على الأكثر – أي تاريخ نهاية سريان الخطاب المذكور فيه – وإذا وافق هذا التاريخ يوم عطله للبنك أو عيد رسمي فإنه يكون مستحقاً في يوم العمل الذي يسبقه، بالإضافة إلى أن خطاب ضمان

(1) انظر: د/ صلاح مرسي، مرجع سابق، ص 80.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المناقصات والمزايدات غالباً ما يصدر لمدة طويلة، وأجازة البنوك عادة ما تكون قصيرة ومعلومة للجميع تتراوح بين يوم وأربعة أيام، فإذا لم يتقدم المستفيد لطلب حقه قبل هذه العطلة إذا كان سينتهي الضمان خلالها تحمل مسئولية نفسه.

وإذا أرسلت المطالبة بالبريد ولكنها تأخرت في الطريق بحيث لم تصل إلا بعد انتهاء الأجل المحدد في الخطاب، لا يعتبر أنها وصلت البنك قبل التاريخ المبين في صلب الخطاب، ولو كانت المطالبة قد أرسلت قبله؛ لأنه يشترط لكي ينفذ البنك التزامه أن تكون المطالبة قد وصلت إليه خلال الموعد، وإلا ترتب على القول بغير ذلك استمرار التزام البنك قبل المستفيدين من خطابات الضمان حتى تصله المطالبات التي في طريقها إليه مهما كانت المدة التي تستغرقها في الطريق[1].

وهذا أمر منطقي حيث يقوم عميل البنك باسترداد غطاء خطاب الضمان في اليوم التالي لانتهاء الضمان، ومن العدل إبراء ذمة البنك من التزامه من هذه اللحظة؛ لأنه فقد ضمانه ضد عميله بمجرد استرداد هذا الأخير له[2]، ويعتبر ذلك من أهم النتائج المترتبة على عدم اعتبار البنك مصدر خطاب الضمان مجرد كفيل لكونه يعتبر ملتزماً أصلياً، حيث لو اعتبر كفيلاً فإن ذمته لا تبرأ لمجرد أن الدائن تأخر في اتخاذ الإجراءات اللازمة للمطالبة بحقه[3] وذلك تطبيقاً لنص المادة (785) مدني مصري الذي ينص على أن "لاتبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر في اتخاذ الإجراءات ولمجرد أنه لم يتخذها".

---

(1) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المصرف(1991م)، مرجع سابق بند 197 ص185، 186، د/ حسني المصري، بند 248 ص391، د/صلاح مرسي ص80، د/ محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، مرجع سابق، بند 566، ص 571.

(2) انظر: د/ رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 359، د/ علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، (1981م)، مرجع سابق، بند 488 ص 491.

(3) انظر: د/ رضا السيد عبد الحميد، المرجع السابق، نفس الصفحة.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:17 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ولكن ما هو الحكم لو أن المطالبة أرسلت بالفاكس بعد ساعات العمل في آخر يوم من مدة خطاب الضمان؟.

اختلف الفقهاء في ذلك، فمنهم؛ [1] من اتجه إلى القول بأنه إذا أرسلت المطالبة بطريق الفاكس ووصلت في الميعاد المحدد في الخطاب، ولكن البنك مغلق فإن المطالبة تعتبر قد وصلت خلال مدة سريان خطاب الضمان، ولو أنه لم يطلع على المطالبة إلا عندما يفتح أبوابه.

غير أن هناك رأياً آخر[2]، نؤيده، يذهب إلى القول بأن هذه المطالبة التي ترسل إلى البنك عبر الفاكس بعد ساعات العمل وفي آخر يوم من مدة الخطاب لا تعتبر قد أرسلت أثناء سريان خطاب الضمان؛ لأن نهاية مدة صلاحية خطاب الضمان تتحدد بتاريخ معين ضمن ساعات عمل ذلك اليوم، فلا يعقل أن مطالبة قد أرسلت عبر فاكس بعد الساعة العاشرة مساءً مثلاً ليقال بأنها أرسلت خلال مدة سريان خطاب الضمان؛ لأن البنك ليس ملزماً بالانتظار إلى مثل هذا الوقت لاستقبال مثل هذه الطلبات.

وقد يستعاض عن تعيين مدة خطاب الضمان ببيان الغرض منه، خاصة في الخطابات الصادرة لضمان أعمال التشييد والبناء، وقد اقتضت ذلك المادة (408) تجاري يمني بقولها: "... يذكر في خطاب الضمان الغرض الصادر من أجله"، ولم يشر إلى ذلك قانون التجارة المصري في المادة (355)، كما هو الحال عليه في القانون اليمني، إلا أن المادة (72) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري تقضي بأنه: "يجب الاحتفاظ بالتأمين النهائي بأكمله إلى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية بما في ذلك مدة الضمان طبقاً للشروط، وحينئذ يرد التأمين أو ما تبقى منه لصاحبه بغير توقف على طلب منه، وذلك في خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد إتمام تنفيذ العقد بصفة نهائية".

(1) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان (2007م)، مرجع سابق، بند 259 ص 276.

(2) انظر: د/ يعقوب صرخوه، مرجع سابق، ص 41.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وهذا يعني أن خطاب ضمان المناقصات والمزايدات باعتباره بديلاً عن التأمين النقدي يظل ساري المفعول حتى يتحقق الغرض منه، مثال ذلك أن يذكر في الخطاب أنه صدر لضمان تسليم المبنى أو توريد الأصناف التي تعهد العميل الآمر بإقامته أو توريدها للجهة المستفيدة، بحيث يكون للجهة المستفيدة تقديم المطالبة بالوفاء حتى التاريخ المحدد للتسليم، فإذا تم التسليم دون أن تقدم أي مطالبة من المستفيد إلى البنك للوفاء بقيمة الخطاب انقضى التزام البنك تجاه المستفيد.

ويثار التساؤل في الفقه المصري حول ما إذا صدر خطاب الضمان دون أن يحدد مدة لانتهاء صلاحيته ولم يذكر الغرض الذي صدر من أجله، هل يظل التزام البنك فيه قائماً إلى ما لانهاية، أم أن التزامه بالدفع يخضع للقواعد العامة في التقادم، وهل بإمكان البنك أن ينهيه في أي وقت يشاء، وبشرط إخطار كلٍّ من العميل والمستفيد بذلك؟.

للإجابة على ذلك ذهب بعض الفقهاء[1]، إلى القول بأنه يجوز للبنك أن ينهي خطاب الضمان غير المحدد المدة في أي وقت يشاء، ولكن بشرط إخطار العميل والمستفيد قبل الانتهاء بوقت مناسب، فإذا لم ينهه البنك انقضى التزامه بالتقادم الطويل.

بينما هناك رأي[2] يرى بأنه ليس من المستساغ أن ينهي البنك التزامه في خطاب الضمان غير المحدد المدة بإرادته المنفردة؛ لأن ذلك لا يستقيم مع ما جرى عليه العرف المصرفي بشأن هذا الخطاب؛ إذ تحتفظ البنوك بملفاتها وقيودها لديها خمسة عشر عاماً من بدء التزام البنك، كما أن التزام البنك في مواجهة المستفيد التزام مجرد، الأمر الذي لا يمكن التسليم بأن للبنك حقاً في إنهاء حق المستفيد بإرادته المنفردة، بل ولا باشتراك إرادة العميل معه.

---

(1) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، محاضرته بمعهد الدراسات المصرفية، مرجع سابق، ص4، د/ رضا السيد عبدالحميد، مرجع سابق، ص 359، المستشار/ محمد عزمي البكري، مرجع سابق، بند 808 ص1279، صلاح الدين السيسي، مرجع سابق، ص 150، د/ حسني المصري، مرجع سابق، بند 448 ص391.

(2) راجع: د/ محيي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك، مرجع سابق، بند 513، ص 572.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وبذلك لا ينقضي خطاب الضمان غير محدد المدة، وفقاً لهذا الرأي إلا بانقضاء مدة التقادم الطويل.

والمدة التي يتقادم فيها خطاب الضمان غير محدده كما يرى غالبية الفقهاء[1] خمسة عشر عاماً تطبيقاً للقواعد العامة في القانون المدني المصري، إلا أن بداية سريان هذه المدة كما يرى أصحاب هذا الرأي تختلف بحسب نوع الخطاب فيما إذا كان مشروطاً أو غير مشروط، وبحسب علاقة العميل بالمستفيد فيما إذا كانت علاقة تعاقدية (كما في المناقصات والمزايدات)، أو تنظيمية (كالخطابات التي تصدر لصالح مصلحة الضرائب أو إدارة الجوازات). وما يهمنا في هذه المسألة هو خطابات ضمان المناقصات والمزايدات التي تصدر بمناسبة علاقة تعاقدية بين العميل والمستفيد دون غيرها من خطابات الضمان التنظيمية والتي ليست محل بحثنا.

حيث يرى أصحاب هذا الرأي بأنه إذا كان الخطاب غير محدد المدة وغير مشروط كان حق المستفيد على مبلغ الضمان منجزاً، بحيث يجوز له المطالبة بصرف قيمته في أي وقت يشاء، ولا يتقادم التزام البنك بالنسبة لهذا النوع إلا بمضي خمسة عشر عاماً من تاريخ بدء التزام البنك، بشرط ألا يكون قد حدث أثناء هذه المدة ما يعتبر من الوجهة القانونية قاطعاً أو موقفا للتقادم، أما بالنسبة لخطابات الضمان غير المحددة المدة والمشروطة بشرط واقف وهو إخلال المقاول أو المورد بتعاقده مع الجهة المستفيدة، فإن حقه في صرف قيمة خطاب الضمان أو

(1) لمزيد من التفصيل، انظر: د/ محيي الدين إسماعيل، المرجع السابق نفس الصفحة، د/ محمد حسني عباس، مرجع سابق، بند 200 ص 140، المستشار/ محمد عزمي البكري، المرجع السابق، بند 809 ص1282، د/ حياة شحاتة، مرجع سابق، ص 335، راغب حبشي، مرجع سابق (1973/1972) ص 28 حيث يرى "أن التزام البنك يتقادم بمضي خمس عشرة سنة متصلة من تاريخ إصدارها، إعمالاً للقاعدة العامة في تقادم الالتزامات الثابتة بالكتابة، بشرط ألا يكون قد نشأ أثناء تلك المدة ما يعتبر قانوناً قاطعاً أو موقفاً للتقادم، سواء بمطالبة المستفيدين فيها بقيمتها أو مد أجل سريانها أو أية مراسلات يوجهها البنك إليهم تفيد إقراره صدور خطاب الضمان صراحة أو ضمنا، فيبدأ حينئذ تقادم جديد من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع (مطالبة أو مكاتبة)، وتكون مدته هي مدة التقادم الأول".

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

عدم صرفه لا يبدأ إلا من وقت تحقق الشرط الموقوف أو تخلفه نهائياً وصيرورته مستحيلاً، فإذا تحقق الشرط بإخلال العميل بالتزامه تجاه المستفيد أو عدم قيامه به في الموعد المحدد له أو بأعذار المستفيد له وتخلفه مع ذلك عن التنفيذ استند تحقق الشرط بأثر رجعي إلى وقت إصدار الخطاب، وبذلك يبدأ تقادم حق المستفيد من هذا الوقت، وإذا تخلف الشرط بقيام العميل بتنفيذ التزاماته، أصبح تحقق الشرط مستحيلاً وبالتالي لا يقوم التزام البنك.

إلا أن البعض[1] يرى بأن مدة التقادم تكون خمسة عشر عاماً إذا كان المستفيد غير تاجر، أما إذا كان تاجراً فإن العلاقة بين المستفيد والبنك تكون بين تاجرين؛ لأن البنك تاجر دائماً، ومن ثم ينقضي التزامه قبل المستفيد بانقضاء المدة التي يسقط بها حق الإدعاء في المواد التجارية[2].

وبذلك يكون للمستفيد وفقاً للآراء السابقة الحق في مطالبة البنك بالدفع في أي وقت يشاء إلى أن ينقضي التزام البنك بالتقادم، فإذا انقضى هذا الالتزام بالتقادم امتنع على المستفيد مطالبة البنك لسقوط حقه قبله.

ومن جهتنا لا نتفق مع ما اتجه إليه أصحاب الرأي الأول من القول بأن من حق البنك أن ينهي التزامه في أي وقت يشاء؛ لأن ذلك يسلب المستفيد من حقه في الضمان، كما أنه يتعارض مع مبدأ استقلالية ونهائية التزام البنك، بالإضافة إلى أن ذلك يؤدي إلى فقدان الثقة في خطابات الضمان باعتبارها بديلاً عن التأمين النقدي الذي تطلبه الجهات المستفيدة خاصة وأن خطابات ضمان المناقصات والمزايدات، غالباً ما تصدر لضمان عمليات قد تستغرق وقتاً طويلاً، مما يحتم

(1) راجع: د/ حسني المصري، مرجع سابق، بند 255، ص 401، 402، د/ محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 410.

(2) انظر: المادة (68) تجاري مصري حيث تنص على أنه "تتقادم الدعاوي الناشئة عن التزامات التجار قبل بعضهم البعض والمتعلقة بمعاملاتهم التجارية بمضي سبع سنوات من تاريخ حلول ميعاد الوفاء بالالتزامات إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، وكذلك تسقط بمضي عشر سنوات الأحكام النهائية الصادرة في تلك الدعوى".

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

بقاء هذا الخطاب حتى تنفيذ هذه العمليات، دون أن يكون من حق البنك - قبل الانتهاء من هذا العمليات - إنهائه في أي وقت.

ومن ناحية أخرى.. نرى أن التفرقة بين خطابات الضمان المشروطة وغير المشروطة لا تثير أهمية كبيرة بالنسبة لخطابات ضمان المناقصات والمزايدات لتحديد بدأ تقادم التزام البنك فيها، لأن هذه الخطابات دائماً تكون منجزة وغير معلقة على شرط كما استوجبته المادة (122/ب - 127/ب) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية اليمني، والمادة (70) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري السابق الإشارة إليها، وإن كان لا يمنع من تضمين هذه الخطابات كما سبق وأن ذكرنا بعض الشروط التي لا تتعارض مع الطبيعة الخاصة التي تتميز بها هذه الخطابات.

لذا نرى بأنهُ ليس من العدل أن يمتد التزام البنك في هذه النوع من الخطابات إلى فترة طويلة قد تصل إلى خمسة عشر سنة، مما يثقل كاهل البنك بالتزامات طويلة الأجل.

وقد عالج المشرع اليمني هذه المسألة في المادة (2/411) حيث نص على أنه: "إذا كان خطاب الضمان صادراً لمدة غير معينة انتهت صلاحيته بمضي ثلاث سنوات من تاريخ إنشائه"[1]، وبهذا النص حسم المشرع اليمني أي خلاف حول المدة التي يتقادم فيها التزام البنك في حالة ما إذا صدر الخطاب لمدة غير معينة، بحيث يتقادم بمرور ثلاث سنوات بدءً من تاريخ إصداره.

---

(1) كما عالجت هذا المسألة المادة (12/ج) من اتفاقية أونسترال الخاصة بخطابات الضمان المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، الصادرة في نيويورك 1995/12/11م، والذي تقضي بأنه "إذا لم يذكر في التعهد أي موعد للانقضاء، أو إذا لم يكن قد تم بعد إثبات حدوث الفعل أو الواقعة التي ذكر بأن الانقضاء متوقف عليها بتقديم المستند المطلوب ولم يكن تاريخ الانقضاء قد ذكر علاوة على ذلك، فعندئذ ينقضي بمضي ست سنوات على تاريخ إصدار التعهد".

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ولذلك نقترح على المشرع المصري أن يعالج هذه المسألة، وذلك بإضافة نص في القانون التجاري أو حتى في اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات، يحدد فيه صلاحية المدة التي يظل فيها البنك ملتزماً بالدفع في مواجهة المستفيد في حالة ما إذا لم تحدد هذه المدة في صلب الخطاب؛ أي يحدد المدة التي يتقادم فيها التزام البنك في مواجهة المستفيد، وأن تكون هذه المدة قصيرة ومتوازنة مع مصالح الأطراف المتعاملة بخطابات الضمان، وذلك على غرار ما نص عليه المشرع اليمني، بحيث لا تتجاوز هذه المدة ثلاث سنوات من تاريخ إصدار الخطاب، خاصة وأن المستفيدين من خطابات الضمان في معظم الأحيان لا يحترفون مهنة التجارة حتى يمكن القول بأن التزام البنك يتقادم قبلهم بمضي سبع سنوات طبقاً لنص المادة (68) تجارى مصري.

- كيفية تقديم طلب الوفاء:

يجب أن يقدم طلب الوفاء إلى البنك المذكور في الضمان، ويرى البعض[1] أنه يجوز تقديمه لأي فرع في الميعاد وعلى الفرع أن يرسل الطلب إلى البنك الضامن، إلا أننا نؤيد ما ذهب إليه البعض[2] من ضرورة تقديم الطلب إلى الفرع المحدد في الضمان، لأنه في العادة يكون هو الضامن أو المتعهد بالوفاء والذي لديه كافة المستندات التي عليه أن يتحقق منها، وتفادياً لأية مخاطر تنتج عن الوفاء بالمخالفة لشروط الضامن، كما أنه من الناحية العملية أيضاً يكون ذلك في صالح المستفيد لكي يتفادى أية مشاكل قد تنجم عن الالتزام بالمدة.

والمطالبة التي توجهها الجهة المستفيدة للبنك يجب أن تكون في حدود المبلغ الذي تضمنه الخطاب إما بكامل مبلغ خطاب الضمان، أو بجزء منه، أي على دفعات

(1) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية(1991م)، مرجع سابق، بند 191 ص180، حيث يرى بأنه لابد وأن يصل هذا الطلب إلى الفرع خلال الميعاد المحدد بالضمان حتى يستطيع إرسال هذا الطلب إلى المركز الرئيسي ليتحقق من واقع السجلات منه.

(2) انظر: صلاح مرسي، ص 78.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

إذ نص الخطاب على جواز ذلك، على أنه يشترط أن تتم المطالبة سواء دفعة واحدة أو على دفعات ضمن المدة المحددة في الخطاب.

والطلب الذي يقدمه المستفيد للبنك لا يشترط أن يقدم في شكل معين؛ لأن من المقرر في المعاملات التي تجري مع البنوك أن تقوم على الثقة وحسن النية، غير أن ذلك لا يمنع من الاتفاق بين الأطراف على أن يقدم الطلب في شكل معين زيادة في الحيطة[1]، كما لو اتفق مع الجهة طارحة المناقصة أو المزايدة بإرسال طلبها إلى البنك في شكل خطاب مسجل بعلم الوصول، وما يجري من الناحية العملية أن تتم المطالبة كتابة، أو برد خطاب الضمان إلى البنك لصرف قيمته[2].

وغالباً ما تحرص الجهات طارحة المناقصة أو المزايدة، على أن يصل طلبها إلى البنك بوسيلة واضحة قاطعة الدلالة يسهل عليها إثباتها عند الاقتضاء إذا نازعها البنك في وصول الطلب إليه خلال مدة سريان خطاب الضمان، كما تصلح في ذات الوقت أن تكون سنداً للبنك يواجه به عميله إذا نازعه بأن المطالبة صدرت عن الجهة المستفيدة بعد انتهاء أجل خطاب الضمان[3].

وعندما تصل هذه المطالبة إلى البنك عليه أن يتأكد - قبل الدفع للمستفيد - من أنها مستوفية لكافة الشروط التي يتضمنها خطاب الضمان.

- تحقق البنك قبل الدفع من توافر شروط الالتزام حسبما حددتها عبارات خطاب الضمان ونصوصه:

فإذا تضمن خطاب الضمان شروطاً معينة، فإنه يجب على البنك أن يمتنع من دفع قيمة خطاب الضمان قبل تحقق هذه الشروط، رغم أن غالبية البنوك لا ترحب بإصدار خطابات ضمان مشروطة، إلا إذا كان التحقق من الشرط أمراً يسيراً، لا يدعو إلى الزج بالبنك فيما قد ينشأ من نزاع بين العميل والمستفيد[4].

(1) انظر: د/ علي جمال عوض، خطابات الضمان المصرفية(1991م)، مرجع سابق، بند 188، ص179.
(2) انظر:د/ رضا عبيد، مرجع سابق، بند 170، ص 144.
(3) انظر: ميلاد سيدهم، مرجع سابق، ص 10.
(4) انظر: راغب حبشي، (1969م)، مرجع سابق، ص 31.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وهـذا الأمـر لا يثير أهمية كبيرة فيما يتعلق بخطاب ضمان المناقصات والمزايدات فهذه الخطابات غالباً ما تكون منجزة وغير معلقة على شرط - كما سبق وأن ذكرنا، خاصة عندما تصدر لصالح جهات حكومية، حيث إن لائحة قانون المناقصات والمزايدات اليمني والمصري تلزم عدم تضمين خطابات الضمان التي تحل محل التأمين النقدي أي قيد أو شرط يمنع من الحصول على قيمتها فوراً أو بمجرد الطلب.

غير أن هذا لا يمنع من تضمين هذه الخطابات شروطاً معينة يحددها المقاول العميل في طلب إصدار الضمان، متى كانت هذه الشروط لا تتعارض مع الالتزامات الأساسية في الخطاب، ومن أمثلتها أن يعلق التزام البنك بالدفع على قيام البنك بتخفيض قيمة الضمان عن الدفعات المقدمة في حدود نسبة المستخلصات التي ترد إلى البنك، أو ينص على تحديد أجل لسريان الخطاب، وفي مثل هذه الحالات يتعين على البنك أن يتحرى من توافر الشروط التي حددها خطاب الضمان قبل أن يبادر بالدفع إلى المستفيد، فإذا تجاوز شرطاً من الشروط التي حددها خطاب الضمان، بأن قام بدفع أصل المبلغ الوارد في خطاب الضمان دون أن يجري تخفيض بقدر النسب المحددة من قيمة المستخلصات، أو صرف قيمة الخطاب إلى المستفيد رغم أن المطالبة بالدفع قد وردت بعد انقضاء سريان الخطاب، فإذا حدث ووقع من البنك أي مخالفة لأي من هذه الشروط، تحمل مسئولية نفسه، بحيث يمتنع عليه أن يرجع على العميل بما دفعه للمستفيد؛ لأن من مصلحة البنك أن يقوم قبل الدفع بفحص الخطاب جيداً للتأكد من تطابق طلب الوفاء مع شروط وعبارات خطاب الضمان، فذلك يعتبر شرطاً أساسياً لرجوع البنك على عميله الآمر.

هذا وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "لا يكون دفع البنك إلى المستفيد صحيحاً، كما لا يكون له أن يرجع بما دفعه على عميله إلا إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لخطاب ضمان صدر صحيحاً ومطابقاً لتعليمات العميل (كما هي في خطاب ضمان المناقصات والمزايدات) وإلا تحمل البنك مسئولية الدفع"[1].

(1) انظر: حكم نقض مصري، طعن رقم 1013 لسنة 30ق في 30 ديسمبر 1985، غير منشور، =

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ولكن ما الحكم إذا تضمن خطاب الضمان الابتدائي شرطاً يمنع المطالبة به قبل صدور قرار بإسناد الأعمال على مقدم العطاء ؟.

رفضت محكمة القضاء الإداري هذا الشرط واعتبرته لا يحقق الغاية من التأمين الابتدائي حيث قضت بأنه : "ومن حيث إنه باستقراء نصوص القانون رقم 89 لسنة 1998م بشأن المناقصات والمزايدات فإنه يبين أنه نص في المادة (16) منه على أن يجب استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط والمواصفات.... وتنص المادة (17) من ذات القانون على أنه يجب أن يُؤدي مع كل عطاء تأمين مؤقت تحدد الجهة الإدارية مبلغه في شروط الإعلان بما لا يجاوز 2 % من القيمة التقديرية، ويستبعد كل عطاء غير مصحوب بكامل هذا المبلغ... وتضمنت المادة (70) من قرار وزير المالية رقم 367 لسنة 1998م باللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998م الطرق التي يؤدي بها التأمين للجهة الإدارية، فقدمت التأمين النقدي على التأمين بشيكات مقبولة الدفع من المصرف المسحوبة عليه، وعلى التأمين المقدم في صورة خطاب ضمان، واشترطت ألا يكون خطاب الضمان مشروطاً؛ لأن الأصل في التأمين أنه شرع لضمان جدية مقدم العطاء في التنفيذ فيما لو رست عليه العملية المطروحة، ولضمان جديته في الاستمرار في إجراءات السير فيها إلى منتهاها والتي تتخرج بالترسية عليه، فوقتئذ تطلب منه الجهة الإدارية أن يقدم تأميناً نهائياً بدلاً من التأمين الابتدائي الذي يتعين تقديمه مع المظروف الفني، ومؤدى ذلك أنه إذا ما قدم خطاب الضمان مقترناً بأي تحفظ من البنك مصدره أو بأقل من القيمة فإن من حق الجهة الإدارية أن تستبعد العطاء لهذا السبب دون أن يكون لمقدمه الحق في المنازعة في ذلك حيث لا يلومن إلا نفسه في هذه الحالة.

ومن حيث إنه لما ما تقدم وكان الثابت من الأوراق أن الشركة قدمت خطاب ضمان ابتدائي في العملية سالفة الذكر صادر من بنك سوسيته جنرال متضمناً

= مشار إليه د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية (1991م)، مرجع سابق، بند 186 ص 177.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

عبارة "أن أي مطالبة بهذا الضمان يجب أن تصلنا مسحوبة بإقرار منكم يفيد إسناد العملية على مقدم الضمان "الأمر الذي جعل الجهة الإدارية المدعي عليها تقدم قرارها باستبعاد عطاء الشركة لهذا السبب مع أربعة عطاءات أخرى تماثلت في المركز القانوني مع الشركة المدعية فإن هذا القرار يكون قد صدر على سبب يبرره ومتفقاً مع القانون"[1].

وفي نظرنا أن مثل هذا الشرط يدل على أن مقدم العطاء ليس مجداً في الدخول في العملية المعلن عنها، وبذلك فإن هذا الشرط يفقد خطاب الضمان الابتدائي من أهم خصائصه كما سبق وأن ذكرنا، من حيث كونه لابد أن يكون باتاً ونهائياً في دلالته ومجرد، وغير معلق على شرط أو على إرادة أحد أطرافه، كما أن مثل هذا الشرط يتعارض مع ما نص عليه القانون من عدم تضمن هذا الخطاب أي قيد أو شرط يمنع المستفيد من الحصول على قيمته.

هل يجوز للبنك أن يعترض على مطالبة الجهة المستفيدة طارحة المناقصة أو المزايدة التي تصله خلال مدة خطاب الضمان ؟

سبق وأن ذكرنا بأن خطاب الضمان صك مكتوب يتعهد فيه البنك بناء على طلب عميله بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك خلال المدة المحددة في صلب الخطاب دون توقف على شرط آخر، وقد ذكرنا بأن التزام البنك فيه التزام باتاً ونهائياً ومستقل في علاقته بالعميل.

وكما سبق القول بأن المادة (122/ ب - 127/ ب – 130) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني، والمادة (69 - 70) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري، تشترط في خطابات ضمان المناقصات والمزايدات أن تكون صادرة من أحد المصارف المحلية المعتمدة من قبل البنك المركزي، وألا تقترن بأي قيد أو شرط، وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت

(1) راجع: حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 5559 لسنة 53، بجلسة 2002/12/12م، مشار إليه المستشار/ فتحي عطية السيد مصطفى، مرجع سابق، ص 237.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

أمر جهة الإدارة المختصة مبلغاً يوازي التأمين المطلوب، وأنه مستعد لأدائه بأكمله دون الالتفات إلى أية معارضة من مقدم العطاء.

فإذا توافر في الخطاب هذه الشروط التي أوضحتها النصوص السابقة، فلا يجوز للبنك أن يعترض على مطالبة الجهة المستفيدة - طارحة المناقصة أو المزايدة - التي تصله خلال الميعاد بأي وجهة من الوجوه، سواء كان ذلك استجابة لمعارضة عميله أياً كانت أسباب معارضته ودواعيها، أو كان راجعاً إلى علاقة البنك بعميله، أو حتى راجعاً إلى علاقة سابقة أو لاحقة للبنك بالجهة المستفيدة على إصداره لخطاب الضمان، وتتفق هذه النتيجة مع الوظيفة التي من أجلها نشأ خطاب الضمان[1]، من كونه بديلاً للتأمين النقدي الذي يطلبه المستفيد، ومع ما هو مقرر قانوناً من أن خطاب الضمان ينشئ علاقة مستقلة بين البنك والمستفيد عن تلك التي بين البنك وعميله، أو بين العميل والمستفيد[2].

وقد قنن المشرع التجاري هذه القواعد في المادة (410) تجاري يمني، والمادة (358) تجاري مصري، حيث ألزمت البنك بالدفع إلى المستفيد دون أن يتمسك في مواجهته بالدفوع الناجمة عن علاقة البنك بطالب الضمان، أو علاقة طالب الضمان بالمستفيد.

غير أنه يستثنى حالة وحيدة يجوز للبنك فيها المعارضة على طلب الجهة المستفيدة إذا قدمت خلال سريان خطاب الضمان، وهي حالة الغش الواضح، مثلما سنرى فيما بعد.

• هل يعتبر حق المستفيد من الخطاب ذي طابع شخصي:

اختلف الفقهاء في هذا الجانب إلى رأيين:

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي، شرح قانون التجارة المصري، بند 10 ص 737.

(2) انظر: ميلاد سيدهم، مرجع سابق، ص 15.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

- **الرأي الأول**[1]:

يرى بأن حق المستفيد في مبلغ خطاب الضمان يقوم على الاعتبار الشخصي؛ لأن الضمان يُمنح للمستفيد بالنظر إلى أمانته وحسن نيته، وبالنظر إلى أنه لا يتوقع أن يطلب وفاءه غشاً منه.

وقد رتبوا على ذلك العديد من النتائج أهمها:

1. أنه لا يجوز تحويل الضمان إلى تأمين عقد غير الذي عقد تأميناً له، ولو كان بين طرفي عقد الأساس.

2. لا يجوز للمستفيد تظهيره إلى غيره كما تظهر الأوراق التجارية؛ لأنه لا يتضمن شرط الإذن، بل ولا يجوز له أن يتنازل عنه لأي شخص آخر بأي طريق حتى ولو بالتبعية لتنازله عن عقد المقاولة الأصلي؛ لأن شخصية المستفيد من الخطاب وأمانته محل اعتبار لدى عميل البنك.

3. إذا كان المستفيد شخصاً طبيعياً وتوفى فإن ورثته التي تنتقل إليهم تركته لا يحق لهم أن يحلوا محله في طلب الوفاء بخطاب الضمان؛ بمعنى أن قيمة الخطاب لا تنتقل ضمن عناصر تركة المتوفى؛ لأن شخصيته محل اعتبار، ونفس الوضع لو كان المستفيد شركة وتغير شكلها القانوني بحيث أصبحت لها شخصية قانونية جديدة، فإن هذه الشخصية الجديدة لا يحق لها طلب التنفيذ على قيمة خطاب الضمان، ما لم يتفق الأطراف مسبقاً في الخطاب، أو يكونوا قد اتفقوا على علاج هذه المسألة عند التعاقد إذا

---

(1) لمزيد من التفصيل، انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، (ط 1991م)، مرجع سابق، ص 152 وما بعدها، د/ محمد حسني عباس، مرجع سابق، بند 197 ص 138، د/عبدالفضيل محمد أحمد، مرجع سابق، بند 226 ص 362، د/ حياة شحاته، مرجع سابق، ص 310 وما بعدها، د/ محمد أحمد مرغم، مرجع سابق، ص 438، د/ محمد حسن الجبر، مرجع سابق، بند 235 ص 328، د/كامل الوادي، مرجع سابق، ص 162، حسن أنور طه حبيب، مرجع سابق، ص 13، د/ نجاة بضراني، مرجع سابق، ص556، د/ خليل فيكتور تادرس، وقد ذهب (بإن الطابع الشخصي للتعهد لا ينطبق فقط على المستفيد وإنما يشمل عملية الضمان برمتها فالمستفيد لم يقبل الضمان إلا لثقته في الكفاءة المالية للضامن. كذلك فإن المستفيد لم يتعاقد مع أي عميل وإنما شخص محدد "بذاته" انظر مرجعه السابق، الهامش رقم "2"، ص 384.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

كان خطاب الضمان صادرا بعد إبرام عقد الأساس، وأظهر هذا الاتفاق في خطاب الضمان حيث يكون طلب تنفيذه متفقاً مع عبارة الخطاب.

4. كذلك لا يجوز لدائني المستفيد أن يحجزوا على قيمة الخطاب تحت يد البنك، لأن المطالبة بتنفيذه حق شخصي لا يجوز لدائنين المستفيد أن يستعملوه بدلاً عنه أو يجبروه على استعماله.

ويضيف أصحاب هذا الرأي أن خطاب الضمان باعتباره يمثل علاقات شخصية مباشرة، فإنه لا يجوز تداوله، فليس له قيمة ذاتية، فلا يكون لحائزه حق لمجرد هذه الحيازة، وبالتالي لا يجوز للبنك أن يدفع قيمته إلا لشخص المستفيد أو وكيله، فإذا فقد الخطاب وجب على البنك أن يعطي المستفيد بدل فاقد أو يدفع له قيمة الخطاب، وليس له أن يرفض بحجة عدم تقديم الخطاب ما دامت شروط الدفع متوافرة، وبالعكس عليه أن يمتنع عن الدفع إذا لم يكن المطالب هو المستفيد لو كان حاملاً للخطاب، فإذا دفع البنك قيمة الخطاب إلى شخص غير المستفيد الذي حدده العميل في صلب الخطاب، أو دفعه للمستفيد، ولكن عن عملية أخرى غير العملية المحددة في الخطاب، فإن ليس للبنك حق في الرجوع على العميل بما أداه؛ لأن رجوع البنك على العميل لا يكون إلا إذا أوفى بقيمة الخطاب وفاءً صحيحاً وفقاً لما تحدده شروط وعبارات الخطاب نفسه.

- **الرأي الثاني**[1]:

هذا الرأي خلاف للرأي الأول؛ إذ يري بأن خطاب الضمان وإن كان لا يجوز التنازل عنه أو تداوله، إلا أنه لا يمثل حقاً ذو طابع شخصي للمستفيد، فلا يكون كذلك إلا إذا كان الحق بسبب طبيعته متصلاً اتصالاً وثيقاً بشخص الدائن؛ لأنه

(1) رأي الأستاذة الدكتورة سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات المصرفية فيما بين الأطراف وبالنسبة للغير، بند 80 ص 101 وما بعدها، وقد أيدها بعض الفقهاء، د/ عيسى عباس هلال، مرجع سابق، ص287، 288، د/ عبد الرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص 222، د/ عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص375 وما بعدها، د/ فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، بند 342 ص 515، ص 516، د/ صلاح إبراهيم شحاتة عطاء الله، مرجع سابق، هامش رقم "1"، ص 312.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

في هذه الحالة لا يمكن النزول عنه لشخص آخر، وقد ضرب هذا الرأي العديد من الأمثلة على الحقوق الشخصية التي تتصل بشخص الدائن منها حق الدائن في النفقة، وحقه في التعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق به ما دام لم يتحدد التعويض بمقتضى اتفاق، أو يطلبه الدائن أمام القضاء.

وفي مجال القانون التجاري يعتبر حق الشريك في شركات الأشخاص حقاً متصلاً بشخص الشريك؛ حيث يكون لشخصية الشريك اعتبار في تكوين الشركة، وأيضاً في عقود الائتمان بالتوقيع التي تعقدها البنوك مع عملائها؛ ومنها إصدار خطاب ضمان المناقصات والمزايدات من جانب العميل.

وبتطبيق هذه الخصائص على حق المستفيد من خطاب الضمان لا تكون لشخصية المستفيد محل اعتبار لدى البنك مصدر الخطاب، فيستوي للبنك أن يدفع لأي جهة يحددها العميل، وذكر اسم المستفيد في خطاب الضمان لا يعتبر دليلاً على أن لشخصية المستفيد اعتباراً لدى البنك، على خلاف ذلك بالنسبة لشخصية العميل طالب إصدار الخطاب فهي دائماً محل اعتبار لدى البنك.

ويؤسس هذا الرأي عدم جواز تداول الخطاب أو التنازل عنه على أساس أن المبالغ التي يمثلها الخطاب، خلال فترة سريانه وقبل دفع قيمة الضمان للمستفيد، ليست مملوكة للمستفيد وليس له حق عليها ما دام لم يطلبها بعد، ولم ترد مطالبة بشأنها، مستنداً إلي نص المادة (302) من مشروع القانون التجاري المصري، والتي تنص (على أن خطاب الضمان لا يجوز التنازل عنه من قبل المستفيد إلا بموافقة البنك).

- **رأينا الخاص:**

من جهتنا نؤيد ما اتجه إليه الرأي الثاني الذي يرفع عن خطاب الضمان طابع الحقوق ذات الصلة بشخص الدائن، فهو ليس كدين النفقة أو التعويض عن الضرر الأدبي، أو حق العميل في عقود الائتمان أو حق الشريك في شركات الأشخاص،

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وإنما يستوي لدى البنك أن يفي بقيمة الخطاب لأي جهة يحددها العميل، وذكر اسم المستفيد في خطاب الضمان لا يعني أن شخصيته محل اعتبار لدى البنك، وإنما الهدف منه تحديد التزامات البنك تجاهه بطريقة واضحة ودقيقة، ولكن شخصية العميل هي التي تكون محل اعتبار لدى البنك؛ لأنه لم يتعاقد معه إلا بعد التأكد من سمعته في الوسط التجاري ودراسة مركزه المالي، ومدى قدرته على الوفاء بالتزاماته، فالبنك سيرجع عليه إذا ما دفع قيمة الخطاب للمستفيد، ومن ثم يهمه الرجوع على الشخص الذي وثق فيه عند إصدار خطاب الضمان، والذي أصدره بناء على طلبه، كما أننا نؤيد ويتفق مع النتيجة التي انتهى إليها أصحاب هذا الرأي من القول بعدم قابلية خطاب الضمان للتداول أو التنازل، على أساس أن قيمة خطاب الضمان قبل دفعها للمستفيد لازالت ملكاً للبنك وليس ملكاً للمستفيد.

ويؤكد ذلك نص المادة (413) تجاري يمني بأنه: "لا يجوز للمستفيد أن يتنازل عن حقه الناشئ عن خطاب الضمان إلا بموافقة البنك، "فالعبارة الأخيرة من هذا النص تؤكد بأن البنك هو الذي يملك إعطاء هذا الحق للمستفيد، لكونه المالك الحقيقي لمبلغ الضمان قبل صرفه، وهو الذي يتحمل مسئولية سداد قيمة الخطاب للمستفيد في مواجهة العميل.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثاني

التزام البنك بالوفاء بقيمة الخطاب التزام نهائي

إن التزام البنك بإصدار خطاب الضمان بإرادته المنفردة، يجعل هذا الالتزام باتاً ونهائياً تجاه المستفيد بمجرد صدوره ووصوله إلى علمه، بحيث لا يستطيع البنك الرجوع عليه لإلغائه أو تعديله أو يمتنع عن الدفع مهما كانت الأسباب التي قد يتعلل بها باستثناء حالة الغش الثابت قبل المستفيد[1].

أي لا يعني أن التزام البنك أمام المستفيد في خطاب الضمان يتحقق بمجرد توقيعه عليه، بل أن هذا الالتزام لا يتحقق إلا منذ وصوله إلى علم المستفيد، غير أنه إذا قام البنك وأصدر خطاب الضمان وحبسه عنده أو أرسله بالبريد أو برقية للمستفيد، واستطاع استرداده قبل وصوله إلى هذا المستفيد فإن التزامه يسقط تلقائياً[2].

وهذا التعهد النهائي والبات من جانب البنك تجاه المستفيد يجعل خطاب

---

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي، شرح قانون التجارة المصري، مرجع السابق، بند 9 ص 737، د/ محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، مرجع سابق، بند 566، ص571، د/ محمد أحمد مرغم، مرجع سابق، ص 440، د/ فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، بند 147 ص 518.

(2) انظر: / جمال عبد الخضر عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 34، "وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه، إلا أن 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، بصرف المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان، ما دام في حدود الالتزام البنك المبين به..."، راجع حكمها، الطعن رقم 294 سنة 35ق جلسة 1969/5/27 س02 ص811 مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، المكتب الفني، س 20، العدد الثاني، ابريل - يونيه سنة 1969م، ص 811. - الطعنان رقما106 سنة 37ق، و 11 سنة 40ق، جلسة 1972/3/14، س23، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، المكتب الفني العدد الأول يناير إلي مارس 1972م ص401.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الضمان صالحاً لتأدية الوظيفة التي خلق من أجلها، وهو كونه بديلاً عن التأمين النقدي الذي يشترط المستفيد إيداعه سواء عند إبداء الرغبة في التعاقد لضمان جدية رغبة العميل في التقدم كما في خطاب الضمان الابتدائي، أو عند التعاقد لضمان حسن التنفيذ كما في خطاب الضمان النهائي، ولذلك فإن أي سبب يمكن البنك من سحب التزامه بعد تأكده بوصوله إلى علم المستفيد يفقد الخطاب ميزته الوحيدة، ألا وهي كونه بديلاً عن التأمين النقدي كما ذكرنا[1].

والتزام البنك البات والنهائي تجاه المستفيد هو الذي يميز خطاب الضمان عن الكفالة المصرفية كما ذكرنا سابقاً.

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي، شرح قانون التجارة المصري مرجع سابق، بند 10 ص 737، 738، د/ عباس عيسى هلال، مرجع سابق، ص 273، د/ محمد بهجت عبد الله قايد، مرجع سابق، بند 147 ص128 حيث يرى بأن نهائية التزام البنك ضرورية لتحقيق الوظيفة الاقتصادية المنشودة من خطاب الضمان وهو حلوله محل التأمين النقدي، فيجب على من يتلقى خطاب الضمان أن يشعر بنفس الأمان الناتج عن إيداع مبلغ نقدي تحت تصرفه، وهذا لا يتحقق إلا أن يكون التزام البنك نهائياً وباتاً قبل المستفيد ومستقلاً عن العلاقة مع العميل".

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثالث

استقلال التزام ا لبنك تجاه المستفيد والنتائج المترتبة عليه

نصت المادة (410) تجاري يمني على أنه: "لا يجوز للبنك أن يتمسك بالدفوع الناجمة عن علاقة البنك بطالب الضمان أو علاقة طالب الضمان بالمستفيد".

كما نصت المادة (358) تجاري مصري بأنه: "لا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالآمر وإلي علاقة الآمر بالمستفيد".

ويقصد باستقلال التزام البنك قبل المستفيد عن علاقة البنك بالعميل أو علاقة هذا الأخير بالمستفيد، أنه لأثر لدفوع العميل قبل البنك والناشئة عن العقد المبرم بينهما، والذي أعرب فيه العميل عن طلبه إصدار خطاب الضمان وفقاً لشروط محددة وموافقة البنك على ذلك[1].

كما أنه لا يحق للبنك التمسك بالدفوع التي للعميل الآمر في مواجهة المستفيد والناتجة عن عقد الأساس (عقد المناقصة أو المزايدة)، لاستقلال التزام كل منهما.

فالاستقلال بهذا المعنى يعني نشأة تعهد جديد على عاتق البنك منفصل عن الالتزام المضمون.

فإذا نظرنا إلى وظيفة الاستقلال من الناحية الاقتصادية، لوجدنا أن البنك عند إصداره خطاب الضمان لصالح الجهة المستفيدة لا يتعهد أن يقوم بدلاً من العميل المدين بتنفيذ التزام هذا الأخير، ولا بسداد ما يكون عليه من دين فهو ليس نائباً عنه، وإلا كان تدخل البنك مجرد كفالة منه للمدين طبقاً لأحكام الكفالة

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي، شرح قانون التجارة المصري، مرجع سابق، بند 11 ص 740، د/ فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، بند 148 ص 519.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المدنية، بل هو يصدر تعهد يمكن القول إنه تعهد مجرد عن ظروف التزام المقاول العميل أمام المستفيد، فهو يلتزم بدفع المبلغ المحدد في الخطاب أياً كان مقدار مديونية العميل، ولو كان هذا المقدار أكبر أو أقل من دين العميل للمستفيد، وهو تعهد منقطع الصلة بكيفية تنفيذ العميل لالتزامه، فلا يعتبر ما تعهد البنك بدفعه تعويضاً للدائن المستفيد عن عدم تنفيذ العميل التزامه أو إساءة هذا التنفيذ[1]، فاستقلال التزام البنك معناه انفصاله أو استقلاله عن كل علاقة أخرى غير علاقة البنك بالمستفيد من الخطاب[2].

ويتأكد هذا الانفصال بعبارة البنك بأنه: (يتعهد بالدفع لدى أول طلب بالرغم من معارضة العميل أيا كان مصدر التزام العميل)، فهذه العبارة من شأنها أن تدل على التنازل الصريح عن إمكانية التمسك بدفوع متعلقة بالعلاقات الأخرى، خلاف علاقته بالمستفيد.

وبذلك يحقق هذا الاستقلال في التزام البنك أكبر قدر ممكن من الحماية للمستفيدين على حقوقهم، وتجعلهم في مأمن من المخاطر الناجمة عن عجز العميل المقاول من تنفيذ التزاماته الناتجة عن عقد المناقصة والمزايدة.

لذا يعد مبدأ الاستقلال هو حجر الزاوية بالنسبة لخطاب ضمان المناقصات والمزايدات، بل جوهر وعصب هذا النظام البنكي، والذي من شأنه أن يؤدي إلى أن الضامن لا يستطيع التهرب أو التنصل من التزامه بالوفاء إلا في حالة الغش الظاهر الذي يؤدى كما سنري إلى تراجع مبدأ الاستقلال.

والقضاء مستقر على استقلال التزام البنك تجاه المستفيد، فقد قضت المحكمة التجارية بأمانة العاصمة صنعاء في حكمها الصادر بتاريخ 2006/3/27م بقولها بأنه"... يترتب على التزام البنك بناً على إرادته المنفردة قبل المستفيد انه يلتزم بصفته أصيلاً وليس نائباً عن العميل أو متعهدا في عقد الاشتراط لمصلحة الغير، ونتيجة ذلك استقلال التزامه عن العلاقات الأخرى التي

(1) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك (1981م)، مرجع سابق، بند 498، ص 500.

(2) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية (1991م)، مرجع سابق، بند 129 ص 140.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

قد تثور بمناسبة الخطاب كعلاقة البنك بالعميل أو هذا الأخير بالمستفيد..."[1] وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها والتي قد سبق الإشارة إلى البعض منها حيث قضت بأن: "خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، من مقتضاها أن يلتزم البنك وبمجرد إصدار خطاب الضمان ووصوله إلى المستفيد بأداء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير فور طلبه، باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان طالما كان هذا الأداء في حدود التزام البنك المبين به، ولا يسقط هذا الالتزام إذا طالب المستفيد البنك أثناء مدة سريان الخطاب بالوفاء أو مد أجل الضمان، إذ لا يتصور أن يضار المستفيد لمجرد أنه عرض إمكان انتظاره إذا امتد خطاب الضمان مدة أخرى، والقول بغير ذلك من شأنه تبديد الطمأنينة التي يستهدفها نظام خطابات الضمان في التعامل، ومن ثم يكون سداد البنك في هذه الحالة وفاءً صحيحاً متى وصلت إليه مطالبة المستفيد خلال سريان مفعول خطاب الضمان، ويرتب له حق الرجوع على عميله بقدر المبلغ المدفوع، حتى ولو تم هذا الوفاء بعد انتهاء مدة سريان الخطاب؛ لأن العبرة في ذلك بتاريخ وصول المطالبة بالوفاء بصرف النظر عن تاريخ الوفاء ذاته"[2].

النتائج المترتبة على استقلال التزام البنك تجاه المستفيد:

يترتب على استقلال التزام البنك تجاه المستفيد العديد من النتائج أهمها:

---

(1) انظر: حكم المحكمة التجارية الابتدائية بأمانة العاصمة صنعاء، بتاريخ 2006/3/27، في الدعوي التجارية ، رقم 240 لعام 1426هـ.

(2) انظر: حكم محكمة النقض المصرية، الطعنان رقما 106 لسنة 37ق، 11لسنة 40ق جلسة 3/14سنة 1972 الطعن رقم 1189، سنة 49ق، جلسة1984/2/13، والطعن رقم 1013 سنة 50 ق، جلسة 1985/12/30، والطعن رقم 2084 سنة 58ق، جلسة 1989/5/29، مشار إليه سابقاً.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

أولاً: عدم جواز الاحتجاج بدفوع مستمدة من العقود الممهدة لإصدار الخطاب

يترتب على اعتبار التزام البنك في خطاب الضمان التزاماً مستقلاً، أنه لا يجوز له أن يتمسك في مواجهة المستفيد عند مطالبته تسييل قيمة خطاب الضمان بالدفوع الناجمة عن علاقته بعميله مهما كانت هذه الدفوع، مثل عدم قيام العميل بدفع غطاء الضمان إلى البنك، أو عدم قيامه بتسديد العمولة المتفق عليها هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لا يجوز للبنك أن يحتج في مواجهة المستفيد بالدفوع الناجمة عن علاقة هذا الأخير بالعميل، مثل فسخ عقد المناقصة أو المزايدة، وغيرها من الدفوع التي تنشأ للعميل في مواجهة المستفيد حتى ولو كانت إرادة العميل في هذا العقد مشوبة بعيب من عيوب السبب أو عيوب الإرادة، فإن ذلك لا يؤثر على التزام البنك قبل المستفيد[1].

ثانياً: التزام البنك بالسداد الفوري:

يلتزم البنك في مواجهة المستفيد بالسداد الفوري بمجرد طلب المستفيد لقيمة خطاب الضمان، دون مناقشته في مدى قيامه بتنفيذ التزاماته قبل العميل؛ لأنه ليس وكيلاً عن العميل ولا كفيلاً عنه، إلا إذا كان خطاب الضمان مشروطاً، أي ينص فيه على عدم دفع قيمته إلا عند تحقق شرط معين، وهو فرض نادر في الحياة العملية؛ إذ تعزف البنوك عن إقحام نفسها في نزاع بين العميل والمستفيد[2]، خاصة وأن هذا الفرض يمتنع قبوله في خطابات ضمان المناقصات والمزايدات الصادرة لصالح جهات حكومية، والذي يكون من شروط قبولها لهذا الخطاب لكي يحل محل التأمين النقدي الذي تطلبه هذه الجهات ألا تكون متوقفة على قيد أو شرط يمنع الوفاء بها.

---

(1) انظر: د/ فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، بند 148 ص519.

(2) لمزيد من التفصيل، انظر: د/ محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، مرجع سابق بند 566 ص571، د/ حياة شحاتة، مرجع سابق، بند 294 ص326، د/ رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص356.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ثالثاً: عدم جواز الدفع بالمقاصة من قبل البنك لدين له أو لعميله في مواجهة المستفيد:

قد يحدث من الناحية العملية أن يكون للمتعاقد مع الجهة المستفيدة طارحة المناقصة أو المزايدة سواء كانت هذه الجهة حكومية، أو شخص معنوي خاص (شركة أو مؤسسة)، ثمة مبالغ نشأت له عن علاقته التعاقدية مع هذه الجهة، سواء التي صدر خطاب الضمان بشأنها، أو تلك التي تكون سابقة أو لاحقة عليها، فهل يجوز للعميل أن يطلب إلى البنك أن يجري مقاصة مع ما له من مستحقات لدى هذه الجهة إذا كان مع هذه الجهة حساب جار لدى البنك؟.

لا يجوز ذلك؛ لأن البنك حين أصدر خطاب الضمان والتزم بأداء قيمته خلال مدة سريانه عند وصول أول طلب إليه من الجهة المستفيدة، إنما التزم بالتزام أصيل، وهو في هذا لا ينوب عن عميله المتعاقد معه، فلا يملك تحت أي سبب راجع إلى هذا الأخير أن يمتنع عن الوفاء بقيمته خطاب الضمان[1].

كذلك يترتب على استقلال التزام البنك في مواجهة المستفيد، أنه لا يجوز للبنك التمسك بالمقاصة في مواجهة المستفيد بدين في ذمة العميل لصالحه؛ لأن علاقة البنك بالمستفيد مستقلة عن علاقة البنك بالعميل، وكذلك لا يجوز للبنك التمسك بالمقاصة بين المبلغ المستحق للمستفيد من خطاب الضمان والدين المستحق في ذمة المستفيد للبنك؛ لأن قيمة خطاب الضمان قبل المطالبة به أو تحقق شروطه دين غير مستحق الأداء، ومن ثم لا تتوافر فيه شروط المقاصة، وبعد أن يطالب المستفيد بقيمة خطاب الضمان لا يكون ملكاً له، وإنما يفقد صفته كخطاب ضمان، ويعود إلى صفته الأصلية بالنسبة للمستفيد، وهو كونه تأميناً نقدياً مقدماً من العميل، وبالتالي تكون يد المستفيد عليه يد دائن مرتهن له أن يستوفي منها ما يستحقه نتيجة علاقته الأصلية بالعميل، ثم يرد الباقي إلى الأخير وليس على

(1) انظر: د/ ميلاد سيدهم، مرجع سابق، بند 17 ص 27.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

البنك[1]، ولكن إذا أصبح مبلغ الخطاب ملكاً للمستفيد وفتح له حساب لدى البنك فلا يكون هناك مانع من إجراء المقاصة إذا توافرت شروطها القانونية.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن بقولها: "ومن حيث إنه متى كان الأمر كذلك، وأن الثابت مما تقدم أن مطالبة الجهة الإدارية المطعون ضدها بصرف قيمة خطابي الضمان، كانت خلال فترة مد أجل الضمان، فمن ثم يكون القضاء بإلزام البنك الطاعن بالقيمة المشار إليها والفوائد القانونية قد جاء متفقاً مع أحكام القانون، ولا ينال من ذلك ما تذرع به البنك الطاعن من المطالبة بإجراء مقاصة قانونية بين قيمة خطابي الضمان، وما هو مستحق له من مبالغ على النحو المتقدم، ذلك أن المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن علاقة البنك بالمستفيد، في هذا الخصوص علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل أو علاقة العميل (المقاول) بالمستفيد (جهة الإدارة)، ومن ثم فإنه لا يجوز للبنك الطاعن التمسك بإجراء المقاصة المشار إليها لتعارض ذلك مع نظام خطاب الضمان الذي يخول للجهة المستفيدة الحق في اقتضاء قيمته فوراً دون اعتراض من البنك أو المقاول لأي سبب كان"[2].

---

(1) لمزيد من التفصيل، انظر: د/ سميحة القليوبي، شرح قانون التجارة المصري، بند 12، ص 741، د/فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، بند 148، ص 520، د/ عبد الرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص221، د/ عبد الفضيل محمد أحمد، مرجع سابق، بند 285 ص 362، د/ عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 382، ص 383، د/ محمد حسن الجبر، مرجع سابق، بند 224، ص 329، د/ علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، (1981م)، مرجع سابق بند 506 ص 508، فهو يرى "بأن البنك لا يجوز له التمسك بالمقاصة في مواجهة المستفيد لأن نظام خطاب الضمان له وظيفة زرع الطمأنينة المطلقة لدى المستفيد منه في اقتضاء قيمته دون أي عقبة كانت وهو يرتب أموره على ذلك، والبنك الذي يقبل إصدار خطاب للمستفيد يفترض أنه قبل إعطاءه ما يستهدفه من طمأنينة وأنه – أى البنك – ينزل مقدماً عن كل فرصة له لتعطيل حق المستفيد"، هامش رقم "1".

(2) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة 1995/3/28م في الطعن رقم 1131 لسنة 33ق مشار إليه المستشار/ ميلاد سيدهم، مرجع سابق، ص 30.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

رابعاً: عدم تأثر استقلال التزام البنك بما يجريه العميل والمستفيد من تعديل لعقد المناقصة أو المزايدة:

قد يحدث من الناحية العملية أن يقوم المقاول أو المورد بالاتفاق مع المستفيد على تعديل عقد المناقصة أو المزايدة، وبعد أن يكون قد قام بإصدار خطاب الضمان، غير أن هذا التعديل لا يؤثر على استقلال التزام البنك تجاه المستفيد.

لذا يستطيع هذا المستفيد الحصول على قيمة الخطاب في أي وقت يشاء، إذا كان مستوفياً شروط المطالبة به، ومرد ذلك إلى أن خطاب الضمان بعد صدوره يكون مستقلاً استقلالاً تاماً عن عقد الأساس الذي يحكم العلاقة بين العميل والمستفيد.

خامساً: عدم جواز الحجز على قيمة خطاب الضمان تحت يد البنك بالنسبة للبنك نفسه أو دائني المستفيد أو من قبل العميل الآمر كما سنرى لاحقاً [1].

سادساً: حق البنك في التمسك قبل المستفيد بالدفوع الناشئة عن التزامه بإرادته المنفردة:

أن استقلال التزام البنك في خطاب الضمان لا يمنعه من التمسك في مواجهة المستفيد بالدفوع الناشئة عن إصداره لهذا الخطاب، وذلك أن أرادة البنك عند إصداره للخطاب لابد وأن تكون خالية من أي عيوب قد تشوبها، فإذا وقع البنك في خطأ في شخصية المستفيد أو بانعدام إرادته بأن إصدار خطاب الضمان بتوقيع مزور، فإنه يكون للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بما وقع فيه من خطأ أو بانعدام إراداته، كما يجب أن يكون محل وسبب الالتزام مستجمعين للشرائط اللازمة، وليس هذا التمسك من قبل البنك ماساً بخاصية استقلال التزامه وذلك

(1) انظر ص(346) وما بعدها من هذا البحث.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

أن هذه دفوع ناشئة عن العلاقة المباشرة المترتبة على إصدار خطاب الضمان[1].

وتتفق هذه النتائج مع الوظيفة التي من أجلها وجد خطاب الضمان - كما أسلفنا - وذلك أن أي منازعة في حق المستفيد من البنك أو العميل تجعله غير صالح لأداء وظيفته كبديل عن التأمين النقدي.

وهذه النتائج المترتبة على استقلال التزام البنك تختلف اختلافاً تاماً عما إذا كان الخطاب مشروطاً والدفع فيه معلق على علاقات أخرى سابقة عليه، أو وقائع خارجة عنه، حيث إنه في هذه الحالة يعتبر التزام البنك تابعاً لالتزام أخر، وهو ما لا يتفق وطبيعة خطابات ضمان المناقصات والمزايدات بالمعنى الذي نقصده في هذا المجال.

أثر الغش على مبدأ استقلال التزام البنك في خطاب ضمان المناقصات والمزايدات

أكدنا فيما سبق على أن القاعدة هي استقلال التزام البنك في خطاب الضمان عن باقي العلاقات القانونية التي صدر بمناسبتها، كما أكدنا على أنه لا يجوز للبنك أن يتراجع عن التزامه في الوفاء بقيمة الضمان للمستفيد بدفوع مستمدة من عقد الأساس، أو من عقد الاعتماد بالضمان، وذلك كله تطبيقاً لمبدأ استقلال تعهد البنك الضامن في مواجهة المستفيد عن التعهدات الأخرى.

ورغم أن هذا الاستقلال في تعهد البنك مقرر بالدرجة الأولي لمصلحة المستفيد، بحيث يستطيع أن يحصل على قيمة الخطاب بمجرد تقديم طلبه للبنك بصرف النظر عن عقد المناقصة أو المزايدة الذي يربطه بالعميل الآمر، إلا أن الفقه والقضاء خصوصاً القضاء الفرنسي قدروا أن الاستقلال المطلق في التزام البنك قد ينطوي على إجحاف لمصالح العميل الآمر وأحيانا البنك؛ نظراً لتجرد

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك،(2003م)، مرجع سابق، بند 15 ص190، د/ عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 389.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

كليهما من كل وسيلة في الإشراف على مطالبة المستفيد، وعدم إمكانية تمسك البنك بدفوع مستمدة من عقد المناقصة أو المزايدة لتعارض ذلك مع جوهر التزامه المستقل[1].

لذا حاول الفقهاء تقيد هذا الاستقلال في حالة الغش من جانب المستفيد لضمان تحقيق نوع من التوازن بين مصالح الأطراف المختلفة، حيث يؤدي إلي تراجع مبدأ الاستقلال وفقدان سبب وجودة، وبالتالي فان أي مطالبة للوفاء بقيمة الخطاب المنطوي على غش يجب رفضها، إذا يجب أن لا يستخدم الضمان كوسيلة للغش[2].

ويستند هذا القيد إلى مبدأ أن الغش يفسد كل شيء[3]. فالغش ظاهرة ترتبط بنظام خطاب الضمان نفسه وباستقلاله عن عقد الأساس، فالخطاب يُدفع بمجرد توافر شروط وفائه، أي فوراً دون إمكانية المنازعة بدفع مستمد من عقد الأساس[4].

لكن ما المقصود بالغش المانع من الوفاء بقيمة خطاب الضمان؟

الحقيقة أن تحديد مجال تطبيق الغش في خطابات الضمان لا يزال يثير صعوبات كبيرة، فالرأي لا زال غير مستقر تماماً في تحديد العناصر التي ينبغي توافرها في التصرف الصادر عن المستفيد لاعتباره غشاً يسمح للبنك الضامن رفض طلب المستفيد بدفع قيمة الخطاب، كما هو الشأن في الاعتماد المستندي غير

(1) انظر: د/ رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص351.

(2) انظر: د/خليل فيكتور تادرس ،مرجع سابق، بند295،ص433، د/عادل إبراهيم مصطفي، مرجع سابق، بند50، ص109.

(3) انظر: د/ سميحة القليوبي، المنظمات الدولية، اتفاقيتي الأمم المتحدة في شأن الكفالات المستقلة وخطابات الأعتماد الضامنة والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولي، 2002م، بند 83، ص98، د/ رضا السيد عبد الحميد،المرجع السابق، ص352.

(4) انظر د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، (2007م)، مرجع سابق، بند 235، ص225.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

القابل للإلغاء، والذي يجد تطبيقه فيها على المستندات المطلوبة تقديمها للبنك، فيما إذا كانت هذا المستندات محرفة أو مزورة أو تثبت معلومات غير صحيحة [1]

وبذلك نجد أنفسنا أمام فراغ تشريعي، ولم نجد أحكاماً قضائية في القضاء المصري[2] واليمني تعالج هذا المسألة والتي على ضوئها يمكن استخلاص العناصر الواجب توافرها في تصرف المستفيد لكي يمكن اعتباره غشاً يسمح للبنك بالامتناع عن الوفاء بقيمة الضمان.

وقد ساوت محكمة النقض الفرنسية بين الغش والتعسف من حيث أثره على قاعدة استقلال التزام البنك، حيث اشترطت في حكمها الصادر بتاريخ 1997/6/10م لكي يمتنع البنك عن الوفاء بقيمة الضمان، أن يكون التعسف ظاهراً من جانب المستفيد، وأن مجرد الطلب لا يعد تعسفاً لعدم توافر شروط الغش لتخلف دلائل قاطعة وحاسمة تدل عليه[3].

كذلك حكمها الصادر بتاريخ 10/ يناير/1986م بعد إن قررت صراحة مبدأ استقلال العلاقات الناشئة عن خطاب الضمان قضت برفض طلب الشركة المستفيدة بمصادرة قيمة خطاب الضمان، كما تبين لها وجود غش ظاهر من جانب هذا الأخير يتمثل في عدم سدادها لمستحقات العميل رغم قيامه بتنفيذ كافة الإشغال التي كلف بها والتي قدم عنها مخالصة موقعة من المهندسين المسئولين ورئيس حسابات الشركة المستفيدة بتمام حسن التنفيذ.

ففي هذا الحكم اعتبرت المحكمة طلب الشركة المستفيدة تسييل خطاب الضمان برغم علمها الأكيد بتمام تنفيذ العميل بما كلف به، من قبيل الغش الذي يفسد كل شيء والذي يحق للعميل تجميد مبلغ الضمان تحت يد البنك[4].

---

(1) انظر: د/ بظراني نجاة، مرجع سابق، ص595.

(2) فأكثر الإحكام الذي أصدرتها محكمة النقض المصرية كانت تتصدى لإبراز استقلال التزام البنك في مواجهة المستفيد.

(3) انظر: حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1997/6/10م مشار إليه، د/ سميحة القليوبي، المنظمات الدولية، مرجع سابق، بند 80، ص 90.

(4) انظر: حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 10/ يناير/1996م نقلاً عن، =

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ونري مع الأستاذة الدكتورة / سميحة القليوبي أن الأحكام التي تساوي بين التعسف والغش فيها خلط بين العلاقة الأصلية بين العميل والمستفيد وبين العلاقة المستقلة الناشئة بين البنك والمستفيد والتي كان ينبغي ألا تتأثر بالعلاقة الأولية السابقة؛ لأن من شأن هذا الخلط المساس بالدور الذي يؤديه خطاب الضمان كبديل للتأمين النقدي، وبما استقر عليه العرف المصرفي من حيث استقلال التزام البنك في مواجهة المستفيد عن التزام العميل في مواجهة هذا الأخير، وربما الذي دفع القضاء إلى هذا الاتجاه هو الرغبة في تحقيق العدالة التي تحول دون تجريد التزام البنك تجريدا مطلقاً عن العلاقة الأصلية السبب في نشوء هذا الالتزام[1].

وهذا الخلط بين فكرة الغش وفكرة التعسف تبناه أحد الفقهاء[2]، حيث حاول إدراج مفهوم فكرة التعسف ضمن مفهوم الغش وكأنهما لفظان مترادفان للتعبير عن معنى الغش.

فيري صاحب هذا الرأي أن من الصواب إيجاد تعريف موحد لكل من الغش والتعسف الظاهر في مفهوم واحد، وذلك من ناحية صعوبة التفرقة بينهما بوضع معيار محدد وفاصل لكل فكرة عن الأخرى بما يمنع من اختلاطهما، ومن ناحية أخري لوحدة الأثر المترتب على كليهما وهو عدم الدفع والوفاء من جانب الضامن.

وقد استهدى هذا الرأي في وضع التعريف الموحد لتلك الفكرتين إلى نص المادة (19) من اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995م بشأن الضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة بقوله: (وعلى هدي ما ورد بنص المادة (19)، لا يمكن استخلاص تعريف محدد للغش أو التعسف إلا بقولنا: "إن الغش هو انعدام الأساس القانوني للمطالبة بجانب تزوير المستندات")

= د/ سميحة القليوبي، محاضرتها بمركز البحوث والدراسات القانونية، جامعة القاهرة، مرجع سابق، ص 51، 52.

(1) انظر: د/ القليوبي، محاضرتها السابقة بمركز الدراسات القانونية بجامعة القاهرة، ص52، أيضا د/ عباس عيسي هلال، مرجع سابق، ص 281، د/محمد بهجت عبد الله، مرجع سابق، بند 148، ص 130.

(2) انظر: د/ خليل فيكتور، مرجع سابق، ص 434، 439.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وبذلك يضيق هذا الرأي من مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان بمحاولته إيجاد نوع من التوازن بين المصالح المتعارضة بين المقاول العميل والمستفيد، حيث يوسع في مفهوم الغش بطريقة قد تؤدي إلى التشديد في معاملة المستفيد.

إلا أننا نؤيد ما اتجه إلية البعض[1] بأن هذا التوسع في مفهوم الغش من شأنه تعطيل الفائدة المرجوة من خطابات ضمان المناقصات والمزايدات وإفساح المجال للعملاء الآمرين والبنوك الضامنة للإفلات من تنفيذ التزاماتهم.

لذا نري الأخذ بالمفهوم الضيق لفكرة الغش وقصرها على الطرق الاحتيالية والتدليسيه، الصادرة من جانب المستفيد بهدف الحصول على مبلغ الضمان مع علمه وإدراكه بأن ما يقوم به من سلوك يتنافى مع روح القانون وهدفه ومع مبدأ حسن النية الواجب في عمليات المناقصات والمزايدات.

وهذا المفهوم الضيق لفكرة الغش تبنته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 1985/12/11م بقولها بان الغش هو: "عبارة عن طرق احتيالية من جانب المستفيد"[2].

وقد حاول بعض الفقهاء[3] الفصل بين تلك الفكرتين بإيجاد تعريف لكل منهما على حدة، وإن كان كلاهما يترتب عليه نفس الأثر وهو عدم الدفع والوفاء من جانب الضامن، فيعرف الغش بأنه" التأكد من عدم وجود أي حق للمستفيد في قيمة الضمان"، أما التعسف هو" إقامة الدليل على عدم وجود الحق الذي صدر خطاب الضمان لتنفيذه"، مثل قيام العميل بتنفيذ كافة الإشغال التي كلف بها على أكمل وجه وقدم تقريراً من المهندسين المشرفين على المشروع يثبت حسن تنفيذه

(1) انظر: د/ نجاة بضراني، مرجع سابق، ص 601، د/ حياة شحاتة، مرجع سابق، بند 305، ص 345.

(2) انظر: حكم محكمة النقض الفرنسية، الصادر بتاريخ 1985/12/11م، مشار إليه د/ خليل فيكتور، مرجع سابق، بند ،296، ص 436.

(3) انظر: د/ رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 353،352، أحمد غنيم، خطابات الضمان، مرجع سابق، ص 51.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

للمشروع، إلا أن المستفيد يتعسف رغم ذلك ويطلب من البنك تسييل قيمة خطاب الضمان.

وهذا الرأي كسابقة يضيق من نطاق مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان ويتوسع في الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ، فلا يقصر أسباب وقف الخطاب إلي مجرد استخدام المستفيد لطرق احتيالية وتدليسية تمس شروط الخطاب ذاته، وإنما أيضاً إلى أسباب مستمدة من عقد الأساس، كالتمسك بقيام العميل بتنفيذ كافة التزاماته التعاقدية، الأمر الذي يتعارض مع مبدأ استقلال العلاقات القانونية في هذا النوع من الخطابات، ويزعزع الثقة فيها.

لذا نري مع البعض[1] أن يقتصر رفض الوفاء بمبلغ الضمان على حالة الغش الماس بشروط تنفيذ الضمان ذاته، ومثال ذلك أن يكون لدي البنك الضامن الدليل على عدم صحة التقرير المشترط تقديمه من المستفيد من عدم تنفيذ الآمر للمشروع... أو لجوء هذا الأخير إلى طرق وأساليب احتيالية للوفاء له بمبلغ الضمان.

وإذا كان رفض البنك الوفاء بمبلغ الضمان يقتصر- كما أسلفنا - على حالة الغش الماس بشروط الخطاب، فإنه يشترط في هذا الغش أن يكون ثابتاً وواضحاً بما لا يدع مجالاً للشك، فمجرد الإدعاء بوجود غش دون سند أكيد أو يحتاج إلى تحقيق

(1) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك (1981م)، بند 506، ص508، د/ نجاة بضراني، مرجع سابق، ص 602، د/ عادل إبراهيم مصطفي، مرجع سابق، ص 121، وفي ذات المعني ايضاً د/سميحة القليوبي، حيث تري بأنه" يكفي عملاً أعمال قاعدة الغش يفسد كل شيء في علاقة البنك والمستفيد في حدود خطاب الضمان.. كما إذا كانت المطالبة تتعارض وشروط خطاب الضمان سواء من حيث القيمة أو التاريخ أو شخص المستفيد، وهو ما استقر عليه أحكام النقض المصري؛ بمعني أن غش المستفيد أو مطالبته التعسفية التي تتضح عند المطالبة للبنك، كما إذا انتحل طالب السداد شخص المستفيد بمستندات مزورة، أو زور في الخطاب، أساس المطالبة، بياناته أو بعضها، أو كان الخطاب مزوراً من أساسه، فلا بد من إعمال قاعدة الغش يفسد كل شيء طالما أنها في حدود ونطاق مستندات وأدوات المطالبة بالسداد دون الاعتماد على علاقات سابقة مثل التمسك بفسخ عقد الأساس، أو تمسك البنك بعدم تقديم العميل الضمانات التي التزم بها كغطاء لخطاب الضمان"المنظمات الدولية، مرجع سابق، بند 83، ص 98، 99.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وتحرٍ للتأكد منه، أو واضح عدم جدية الادعاء به، لا أثر له على مبدأ استقلال التزام البنك في السداد عند أول طلب[1]؛ بمعني أن يكون الغش ثابتاً بأسلوب قاطع لا رجوع فيه لعقد الأساس أو أية علاقة أخرى، بائنا بموجب أدلة واضحة للعيان ودامغة لأول وهلة يتضح منها دون أدني شك.

وبذلك نخلص الى القول بأن على البنك الضامن أن يمتنع عن الوفاء بقيمة الضمان من تلقاء نفسه إذا ظهر له أن مطالبة المستفيد تنطوي على غش واضح مؤكد إعمالا لقاعدة الغش يفسد كل شيء طالما أنها في حدود ونطاق مستندات وأدوات المطالبة بالسداد دون الاعتماد على علاقات سابقة مثل التمسك بفسخ عقد الأساس أو تمسك البنك بعدم تقديم العميل الضمانات التي التزم بها لغطاء خطاب الضمان[2].

كذلك يكون للعميل الآمر إذا استطاع أن يثبت وجود غش من جانب المستفيد يمس شروط الخطاب ذاته أن يوقع الحجز عليه تحت يد البنك الضامن ليتعطل الوفاء بقيمة الضمان، وسنستعرض لهذه الوسيلة ومدي تعارضها مع مبدأ استقلال التزام البنك تجاه المستفيد في خطاب الضمان في الفصل السادس من هذه الدراسة.

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي، المنظمات الدولية، مرجع سابق بند 78، ص 86.

(2) انظر: د/ سميحة القليوبي، المنظمات الدولية، مرجع سابق،ص 99، سبق الإشارة إلي ذلك.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المبحث الثاني

القيود التي ترد على حق المستفيد في استيفاء قيمة خطاب الضمان

كما يقع على عاتق البنك عدة التزامات كما أوضحنا، فإن المستفيد رغم أنه ليس طرفاً في عملية إصدار خطاب الضمان، إلا أن هناك بعض القيود يجب عليه مراعاتها لكي يحصل على قيمة الضمان؛ ومن ذلك احترامه الشروط الواردة في الخطاب، وبعدم التنازل عن قيمة الخطاب للغير إلا بعد موافقة البنك.

لذا سنتناول هذا القيود في مطلبين وذلك على النحو التالي

- **المطلب الأول:** احترام الشروط الواردة في الخطاب.
- **المطلب الثاني:** عدم التنازل عن قيمة الخطاب للغير إلا بعد موافقة البنك.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الأول

احترام الشروط الواردة في الخطاب

يتوقف حصول المستفيد على قيمة خطاب الضمان على التزامه بمراعاة الشروط الـواردة في الخطاب الصادر إليه من البنك باعتباره أساس العلاقة بينهما[1]، خاصة فيما يتعلق بمطالبته بمبلغ خطاب الضمان، بحيث لا يجوز له مطالبة البنك بمبلغ يزيد عن ما هو محدد في الخطاب، وإن كان يجوز له أن يطلب أقل؛ إذ تمثل القيمة الواردة في الخطاب الحد الأقصى الذي يلتزم البنك بالوفاء في حدوده[2]؛ لأن الخطاب لا يلقي على البنك التزاماً بتعويض المستفيد عن الأضرار التي لحقته من جراء تنفيذ عقد المناقصة أو المزايدة.

كذلك يلتزم بالمطالبة خلال مدة صلاحية الخطاب؛ أي المدة التي يجوز له أن يطالب البنك بقيمة الخطاب خلالها، ومن ثم لا يستطيع أن يطالب البنك بقيمة الخطاب بعد انقضاء هذه المدة؛ لأن التزام البنك ينقضي بانقضاء المدة المحددة في صك الخطاب.

وغير ذلك من الشروط التي لا يتم الوفاء بقيمة الخطاب إلا بعد استيفائها والتي لا تتعارض مع طبيعة الخطاب.

---

(1) لمزيد من التفصيل، انظر: د/ عبد الرحمن السيد قرمان، مرجع سابق ص 223، د/ رضا عبيد، مرجع سابق، بند170، ص 151 وما بعدها، د/ سميحة القليوبي، شرح قانون التجارة المصري، مرجع سابق، بند 18، ص 751.

(2) انظر: د/ رضا عبيد، المرجع السابق، ص 152.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثاني

عدم التنازل عن قيمة الخطاب للغير إلا بعد موافقة البنك

ومن التزامات المستفيد عدم جواز التنازل عن حقه للغير في قيمة خطاب الضمان دون الرجوع وأخذ الموافقة المسبقة من البنك الذي أصدر خطاب الضمان، وفي ذلك تنص المادة (413) تجارى يمنى بأنه: "لا يجوز للمستفيد أن يتنازل عن حقه الناشئ عن خطاب الضمان إلا بموافقة البنك"

وأساس ذلك لدى غالبية الفقهاء[1] - كما أسلفنا – بأن حق المستفيد من قيمة خطاب الضمان يقوم على أساس الاعتبار الشخصي؛ بحيث يكون له وحده حق استعماله دون غيره.

وقد انتهينا فيما سبق مع البعض في هذه المسألة بأن خطاب الضمان لا يمثل حقاً من الحقوق ذات الطابع الشخصي، لكون شخصية المستفيد فيه ليست محل اعتبار، وإنما يستوي لدى البنك أن يكون المستفيد أي شخص يعينه العميل، ومن ثم يصدر الخطاب لصالحه، إلا أنه لا يجوز التنازل عنه على أساس آخر، وهو أن قيمته قبل دفعها للمستفيد لا زالت ملكاً للبنك ليس للمستفيد.

ولم يتطلب القانون اليمنى في هذا الخصوص رجوع البنك إلى العميل الآمر أولاً لأخذ أذنه بالموافقة على تنازل المستفيد للغير عن حقه على مبلغ الخطاب، كما هو الحال عليه في القانون المصري حيث تنص المادة (357) تجارى مصري: "لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الوارد بخطاب الضمان إلا بموافقة البنك، ويشترط أن يكون البنك مأذونا من قبل الآمر بإعطاء هذه الموافقة".

ونعتقد بأن المشرع اليمنى يرجع السبب في عدم وجوب أخذ موافقة الآمر إلى

(1) انظر: تفصيلاً أراء الفقهاء في هذه الخصوص، فيما سبق من هذا البحث (ص228) وما بعدها.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

جانب موافقة البنك عند تنازل المستفيد للغير عن حقه في خطاب الضمان للصفة الأساسية لخطاب الضمان، التي تجعل الخطاب تعهداً مباشرً للمستفيد يصدره البنك بناءً على إرادته المنفردة، ومن دون أي صفة أساسية للآمر إلا في حدود إطار أمر الإصدار.

إلا أننا نقترح على المشرع اليمنى تعديل نص المادة سالفة الذكر، وذلك بإلزام البنك أخذ موافقة العميل قبل موافقته على تنازل المستفيد عن حقه في الخطاب، على غرار ما نص عليه المشرع المصري، وليس في ذلك مساس بخاصية استقلال التزام البنك في مواجهة المستفيد، فاستفادة هذا الأخير بتلك الخاصية مقيد باحترامه للشروط الواردة في الخطاب، ومن ذلك استخدامه في الغرض المخصص له؛ وتنازله عن قيمته للغير يجعل هذا الأخير يستخدمه في غير الغرض المخصص له،لأن هذا الغير، أي الطرف المتنازل إليه سيكون هو الطرف الوحيد الذي يستطيع مطالبة البنك المصدر لخطاب الضمان الوفاء بقيمته، حيث يحل بهذا التنازل محل المستفيد الأصيل، وهذا ما يتنافى مع الهدف الذي من أجله تم إصدار خطاب الضمان، والذي كان من المفترض أن يتم مصادرته في حالة إخفاق المقاول أو المورد من تنفيذ التزاماته في العقد المضمون بالخطاب، وليس لأسباب خارجة عن هذا العقد.

ويؤكد ذلك ما اشترطته المادة (408 تجارى يمنى) عند تعريفها لخطاب الضمان، من ضرورة ذكر الغرض الصادر من أجله الخطاب؛ كي تضمن عدم تغيير الضمان إلى التزام آخر، وتنازل المستفيد عن قيمة الخطاب للغير يجعله يستخدم في غير الالتزام المخصص له. لذا لابد من موافقة العميل الآمر على ذلك رغم انهُ ليس طرفاً في خطاب الضمان؛ إلا أن هذا التنازل قد يلحق بالعميل الآمر أضراراً بالغة لا يمكن تداركها فيما بعد، إذا لم يوافق عليه مقدماً، فقد ينفذ هذا العميل التزاماته على أكمل وجه، ولكن قد يفاجئ بمطالبه البنك له بتسديد قيمة الخطاب إذا ما أوفى بقيمته إلى المتنازل إليه، الأمر الذي يؤثر على، مركزة المالي ويحمله بأعباء لا موجب لها.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الفصل الرابع

تعديل وتجديد مدة خطاب ضمان المناقصات والمزايدات وانقضائه

- **تمهيد وتقسيم:**

يحدث كثيراً بعد إصدار الخطاب أن تطرأ مستجدات في علاقة أطراف عقد الأساس أو عقد الاعتماد بالضمان، وبشكل أساسي في علاقة العميل الآمر والمستفيد من الخطاب، وذلك بشأن تنفيذ عقد المناقصة أو المزايدة، مما تدعو الحاجة إلى إجراء بعض التعديلات على خطاب الضمان تماشياً مع التعديل الذي طرأ في "عقد الأساس"؛ مثل إسناد بعض الأعمال إلى العميل الآمر، أو رفع تكلفة المناقصة أو المزايدة بسبب ارتفاع بعض المواد أو السلع اللازمة لإنجاز العملية، أو تعديل شروط التنفيذ في عقد الأساس، كل هذه المستجدات وغيرها تؤثر على خطاب الضمان، صحيح أنه نشأ مستقلاً عن عقد الأساس، إلا أنه في الواقع ترجمة له ووجد بسببه.

إذن يتم تعديل خطاب الضمان لترجمة تعديل جديد طرأ على علاقة أطراف عملية المناقصة أو المزايدة ورأوا معه الاتفاق على إجراء التعديل المطلوب.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ولكن يجب لإجراء أي تعديل على خطاب الضمان بعد أن صدر فعلاً اتفاق أطرافه (البنك والمستفيد) وكذلك العميل لأن هذا الأخير هو سيتحمل في النهائية رد قيمة الضمان إذا أوفى بها البنك للمستفيد.

وقد يحدث في أغلب الأحيان ألا ينتهي الغرض الصادر من أجله خطاب الضمان في الوقت الذي يقترب فيه التاريخ المحدد لانتهاء سريانه، وحتى لا يسقط حق المستفيد فيه فإنه يبادر قبل حلول التاريخ المحدد لانتهاء سريانه إلى مطالبة البنك لمد سريانه إلى تاريخ جديد، وترد معظم طلبات التجديد من الجهات المستفيد، وأحياناً من العملاء طالبي الإصدار.

وإذا كان الهدف من مد أجل سريان خطاب الضمان الحفاظ على بقاء البنك ملتزما في مواجهة المستفيد لمدة أطول دون مصادرة قيمته، فإن هذا الالتزام كغيره من الالتزامات عموماً التزام مؤقت يزول بأسباب متعددة تؤدي إلى إنهائه.

وفيما يلي نبحث هذا الفصل في ثلاثة مباحث؛ نتناول في المبحث الأول إمكانية تعديل خطاب الضمان الذي سنتطرق إلى أهم الجوانب التي ينصب عليها التعديل وأكثرها شيوعاً في العمل، ونتناول في المبحث الثاني إمكانية تجديد مدة خطاب الضمان لمعرفة صاحب الحق في طلب التجديد ومدى تأثيره على التزامات البنك أو العميل، ونخصص المبحث الثالث لأسباب انقضاء خطاب الضمان وآثارها.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المبحث الأول

تعديل خطاب ضمان المناقصات والمزايدات

ويقصد بالتعديل تلك الحالات التي يكون فيها حق المستفيد قد ثبت بقبول الخطاب أو عدم الاعتراض عليه، ثم أفصح عن رغبته في التعديل، فإذا لم يتم التعديل بقي حقه في الخطاب الأصلي[1])، وهذا عكس لو اعترض المستفيد على الخطاب عند إنشائه وقبل قبوله، فتغييره من قبل البنك لا يعتبر من قبيل التعديل، وإنما إنشاء لخطاب ضمان جديد.

وتعديل خطاب الضمان يعتبر من أهم الموضوعات المهمة في الممارسة العملية، والتي تتطلب نوعاً من الحيطة والحذر نظراً لتأثيرها على التزامات البنك أو العميل سلباً أو إيجاباً.

وهذا التعديل ينصب على عدة جوانب أهمها التعديل في مبلغ الضمان وذلك بالزيادة أو النقصان، والتعديل في اسم المستفيد خاصة إذا كان هذا المستفيد شخصاً معنوياً جهة حكومية أو شركة، والتعديل في غرض خطاب الضمان، لذا سنتناول هذا التعديل على النحو التالي:

أولاً: تعديل مبلغ الضمان:

وهذا التعديل في قيمة خطاب الضمان قد يتمثل في الانخفاض أو الزيادة على النحو التالي:

(1) انظر: د/ محيي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك، مرجع سابق، بند 546 ص 593.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

1. تخفيض قيمة خطاب الضمان:

إذا كان التعديل ينصب على تخفيض قيمة خطاب الضمان، وقدم من العميل فلا يتم تنفيذة إلا بعد الحصول على موافقة كتابية من المستفيد، لأن التعديل في هذه الحالة من شأنه أن ينقص من حقه في المبلغ الأصلي الصادر به[1]، وهناك حالات معينة يتم فيها إجراء التخفيض تلقائياً دون الحصول على موافقة من أحد فيجري التخفيض هنا تنفيذاً لشروط خطاب الضمان، ومن أمثلة ذلك خطاب الضمان عن الدفعات المقدمة، حيث يتضمن في الغالب نصاً على تناقص قيمة الضمان تلقائياً بنسبة معينة من قيمة المستخلصات التي ترد إلى المصرف، فلو كان الضمان صادر بنسبة 25 % من قيمة العملية، فيتم تخفيضه من كل مستخلص بما يعادل هذه النسبة، أي بما يعادل 25 % من قيمة كل مستخلص.

2. زيادة قيمة خطاب الضمان:

ويتطلب ذلك موافقة الآمر والبنك بصفة أساسية، لأن الزيادة تمثل عبئاً كبيراً على كل من العميل الآمر والبنك لأنها تزيد من التزاماتهم تجاه المستفيد، كما تزيد في المخاطر التي يتعرض لها البنك، وتتمثل هذه الأعباء في مواجهة العميل في قيامه بتسديد غطاء نقدي موازي للزيادة المطلوبة للبنك، كذلك سداده للمصروفات التي يتكبدها البنك من جراء هذه الزيادة، والعمولات المصرفية المرتبطة بتعديل الخطاب، وتتمثل أعباء البنك في زيادة المخاطر التي قد يتعرض لها من جراء احتمالات تسييل قيمة خطاب الضمان، وفي إعادة تقييمه للإطار الائتماني لعميله، وشروط التسهيلات الممنوحة له، وتتمثل زيادة الخطاب بالنسبة للمستفيد في أنها ترفع من حقوقه الناشئة عن الخطاب[2].

ويراعى أن تكون الزيادة في خطاب الضمان في نطاق حدود التسهيلات

(1) انظر: د/ يحي إبراهيم علي، مرجع سابق، ص 656، صلاح الدين السيسي، مرجع سابق، ص 172، محمد الموفق أحمد عبد السلام، مرجع سابق، ص 58.

(2) انظر: أحمد غنيم، خطاب الضمان، مرجع سابق ص 43.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المصرح بها للعميل، مع توافر رصيد كافٍ بحساب العميل لاحتجاز قيمة الغطاء المطلوب عن مبلغ الزيادة - إن وجد - وكذلك مصاريف البنك وفقاً للتعريفة المقررة[1]، وبعد ذلك يقوم البنك بإصدار خطاب بالزيادة، وهذا الخطاب يصدر إما في صورة خطاب ضمان تكميلي ينتهي سريانه في نفس تاريخ انتهاء الضمان الأصلي، أو في صورة خطاب ضمان جديد بالقيمة الجديدة بعد الزيادة، وبذات شروط الضمان الأول، وعلى أن يذكر به أن الخطاب السابق ملغى، وأنه يحل محله، مع مطالبة المستفيد برد صك الضمان الأصلي لإلغائه.

ثانياً: تعديل اسم المستفيد:

قد يتعذر الحصول على موافقة المستفيد على تعديل خطاب الضمان، إذا كان هذا التعديل سيتناول اسم المستفيد ذاته، نتيجة انقضاء شخص المستفيد الأصلي إذا كان شخصاً معنوياً وإضافة اختصاصاته إلى شخص معنوي آخر، ولكن هل هناك طريقة أخرى يمكن بها إجراء هذا التعديل؟

يرى البعض[2] أنه يمكن إجراء هذا التعديل دون الحصول على موافقة المستفيد القديم، إذا كانت إحالة اختصاصات الشخص المعنوي المنقضي قد تمت بقانون أو قرار إداري، فهذا القرار أو ذلك القانون يكون سند التعديل المطلوب، أما إذا كانت الإحالة نتيجة اتفاق بين الشخص المعنوي المنقضي على أن يمتص الشخص الجديد الشخص القديم بحيث يتمتع بحقوقه ويتحمل بالتزاماته، فإن هذا الاتفاق وحده يتضمن إضافة حق المستفيد القديم في الخطاب إلى الشخص الجديد، ولا يبقي إلا اعتراف البنك بهذا الاستخلاف بإصدار خطاب الضمان المعدل باسم الشخص الجديد، ولا يلزم في هذه الحالة أن تشترك إرادة العميل مع البنك في التعديل، حتى لا تكون فرصة الإفلات من التزامه بمناسبة الاندماج

(1) انظر: د/ يحيى إبراهيم علي، مرجع سابق، ص 656.

(2) انظر: د/ محيى الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك، مرجع سابق، بند 549 ص 594، د/ يحيى إبراهيم علي، المرجع السابق، نفس الصفحة.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الحاصل بين الشخصين المعنويين، وليس للبنك أيضاً أن يرفض طلب المستفيد الجديد تعديل الاسم في الخطاب، خاصة وإن شخص المستفيد ليس موضوع اعتبار البنك في أي حال.

ويضيف أصحاب هذا الرأي أن كل ما يجب على البنك أن يستوثق قبل إجراء أي تعديل من أن العملية التي يقوم بها العميل لحساب الشخص القديم قد أصبحت من اختصاص الشخص المعنوي الجديد أو من حقوقه.

ومن جانبنا نتفق مع ما اتجه إليه هذا الرأي، إلا أنه يري بأنه لابد من أخذ موافقة العميل على إجراء التعديل، إذا كان التعديل سينتج عنه إضافة بعض الالتزامات على عاتقه، لأنه لا يجوز إلزام الشخص بغير إرادته، كان يلزمه بدفع عمولة جديد مقابل تعديل الخطاب، أو يطلب المستفيد الجديد إلى جانب تعديل الخطاب باسمه إطالة مدة سريانه ويوافق البنك على ذلك، فإذا لم تأخذ موافقة العميل على هذا التعديل امتنع على البنك الرجوع عليه بما وفاءه للمستفيد نتيجة التعديل.

ثالثاً: التعديل في غرض خطاب الضمان:

إذا انصب التعديل على الغرض الذي صدر من أجلة الخطاب، كأن يصدر خطاب ضمان ابتدائي أو خطاب ضمان نهائي لضمان إنشاء قاعات محاضرات بكلية التربية بجامعة المنيا، فيطلب منه تعديله ليكون ضمان لإنشاء قاعات بكلية التربية بجامعة أسيوط، فهل يجوز إجراء هذا التعديل ؟.

الواقع أن التعديل في الغرض على هذا النحو لا يسهل تصوره إلا إذا كان منصباً على خطأ مادي وقع في الخطاب الأصلي[1]، بأن كانت العملية أصلاً في جامعة أسيوط وكتبت في الخطاب على أنها جامعة المنيا، والخطأ المادي لا يثير أي صعوبة إذ أنه يمكن تصحيحه دائماً، ولكن الأمر الذي يثير صعوبة فعلاً حالة ما

(1) لمزيد من التفصيل انظر: أحمد العشري، مرجع سابق ص 15.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

يكون المقصود من التعديل جعل خطاب الضمان سارياً بالنسبة إلى عملية أخرى بعد أن انتهت العملية الأولى، بقصد عدم استصدار خطاب ضمان جديد، أو لضمان مستحقات على المتعاقد ناشئة عن عملية أخرى وليس عن العملية التي صدر خطاب الضمان بصددها، ففي هذه الحالة يري البعض[1] بأنه لابد وأن يكون تعديل خطاب الضمان في أضيق الحدود وبحذر شديد مع التأكد من سلامة الدوافع التي أدت إليه، وأخذ موافقة جميع أطراف الخطاب وأيضاً العميل، لأن هذا التعديل ينعكس على التزاماتهم مما يؤدي إلى إعادة تقييمهم للموقف بحسب الظروف الجديدة التي أوجدها التعديل.

(1) انظر: د/ محيي الدين إسماعيل، خطابات الضمان أصولها العلمية ومشكلاتها العملية، مرجع سابق، ص18.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المبحث الثاني

مد أجل سريان خطاب ضمان المناقصات والمزايدات

ويثور التساؤل في هذا الصدد عن مدى أحقية المستفيد في طلب مد أجل خطاب الضمان؟

سبق وإن ذكرنا بأن الأصل في خطاب الضمان أن يصدر لمدة محددة يتوجب على المستفيد مطالبة البنك خلالها بقيمة الضمان، وإلا انقضى التزامه نهائياً دون حاجة إلى إخطار منه أو اتخاذ أي إجراء.

ولكن أحياناً لا ينتهي المقاول من إنجاز العملية قبل انتهاء أجل الخطاب، مما يضطر المستفيد إلى المطالبة بمد صلاحية خطاب الضمان إلى فترة أخرى، لذا يجب أن تصل المطالبة بالتجديد قبل انتهاء مدة الضمان، فإذا لم تصل إلا بعد انتهاء الضمان فإن التزام البنك يسقط تلقائياً.

والأصل أن يتفق العميل مع المستفيد على مدة فترة سريان الخطاب، فيصدر العميل أوامره إلى البنك بتجديد المدة[1]، باعتبار العميل هو الذي أمر البنك بإصدار خطاب الضمان ابتداء، وهو الذي يأمر البنك بتجديده[2]، ويكون للبنك عندئذ أن يقدر ما إذا يقوم بتجديده أم لا، بحسب تقديره لموقف العميل، كما لو كان يصدر الخطاب لأول مرة [3]، وله الحق في الامتناع عن التجديد إذا انتهى تقديره إلى أن العميل قد صار في مركز لا يشجع على التعامل معه.

وما تقدم هو الوضع العادي، ولكن قد يحدث أن يلجأ المستفيد مباشرة إلى البنك مطالباً إياه مد أجل خطاب الضمان دون أن يرجع على عميلة، وفي هذا المجال نفرق بين حالتين:

---

(1) انظر: د/ رضا عبيد، مرجع سابق، بند 171 ص 153.

(2) انظر: د/ رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 343.

(3) انظر: د/ محيى الدين إسماعيل، خطابات الضمان أصولها العملية ومشكلاتها العملية، مرجع سابق، ص 19.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

- **الأولى:** إذا نص صراحة في خطاب الضمان عند إصداره على حق المستفيد في هذا الطلب، لا توجد في هذه الحالة أية مشكلة، إذ يكون للمستفيد أن يطلب من البنك مد أجل الخطاب مباشرة دون حاجة للرجوع إلى عميله، على أساس أن هذا العميل قد وافق على المد مقدماً، ولكن بشرط أن يقدم طلب المد قبل نهاية المدة المحددة في خطاب الضمان.
- **الثانية:** إذا لم يتضمن الخطاب نصاً صريحاً يقرر للمستفيد الحق في طلب مدة فترة الضمان. اختلف الفقهاء في هذه الحالة إلى رأيين:
- **الرأي الأول:**[1]

يرى غالبية الفقهاء بأنه لا يجوز للبنك مد سريان خطاب الضمان بناء على طلب موجه من المستفيد مباشرة دون أخذ موافقة العميل، ذلك لأن التزام البنك بإصدار خطاب الضمان ما هو إلا تطبيق للأثر المترتب على عقد الاعتماد بالضمان المبرم بين البنك والعميل، كما أن التزام البنك بمقتضي خطاب الضمان إنما يقتصر فقط على دفع قيمته بناء على طلب المستفيد أثناء صلاحيته، فإذا شاء المستفيد مد فترة الضمان عليه طلب ذلك من العميل، والبنك لا يلتزم أمام المستفيد باتخاذ أي إجراء في هذا الشأن إلا إذا كان مفوضاً من العميل أو بالاتفاق معه.

(1) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، (2007م)، مرجع سابق، ص153 وما بعدها، د/ سميحة القليوبي، القانون التجاري،(2005م)، مرجع سابق، بند 6/2/ص528، د/ رضا عبيد، مرجع سابق بند 171، ص153، د/ محمود بريري، قانون المعاملات التجارية، مرجع سابق بند 163، ص160،، د/محمود كيلاني، مرجع سابق، ص356، د/ عبد الرحمن السيد قرمان، ص227، راغب حبشي، مرجع سابق،(1973/72م) ص24،23، محمد البربري، ص23، احمد غنيم، خطاب الضمان، مرجع سابق، ص40،39، محمد طاهر العشري، مرجع سابق، ص26، ميلاد سيدهم، مرجع سابق، بند14، ص17. د.عادل إبراهيم مصطفي، مرجع سابق، ص98.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ويضيف هذا الرأي بأن مد البنك فترة الخطاب دون موافقة العميل على ذلك يعتبر في رأيهم تدخلاً في حريته الشخصية وتحميله بمسئوليات والتزامات دون سماع رأيه فيها، فضلاً عن أن العميل قد يعارض في الامتداد لأي سبب من الأسباب، كانتهاء الغرض الصادر من اجله أو لوجود نزاع قضائي بين الطرفين.

وبناء على هذا الرأي لا يجوز مد أجل الضمان بناء على طلب المستفيد فهذا الأخير أخطأ في توجيه مطالبته، لأنه كان من المفترض أن يوجهها إلي العميل المتعاقد معه الذي أمر البنك بإصدار الخطاب لأول مرة، وبذلك يعد البنك مخطئاً إذا قام بتجديد الخطاب بناء على طلب المستفيد دون الرجوع إلي العميل أو رغم معارضته للتجديد.

ويستند أصحاب هذا الرأي إلي أحكام القضاء المصري، فقد قضت محكمة النقض المصرية على أنه" لا يجوز للبنك أن يستقل بمد أجل خطاب الضمان دون موافقة عميله ما دام للضمان أجلاً موقوتاً في الخطاب الصادر للمستفيد..... والمتفق على تحديده مقدماً....."[1]

ويضيف البعض[2] – من أصحاب هذا الرأي – أن البنك بسلوكه مد أجل الخطاب دون الرجوع لعمليه قد يجد تبريره في أحكام الفضاله – المنصوص عليها في المواد (188الى 197) مدني مصري – إذا توافرت شروطها، وأثبت أنه عندما قرر مد أجل خطاب الضمان منفرداً أنما تصرف بصفته فضولياً عن

(1) انظر/ حكم محكمة النقض المصرية، الطعن رقم562، سنة40ق، جلسة1977/4/18م، السنة28، "المبادي التي قررتها محكمة النقض في ثمانية وسنون عاماً" د/احمد حسني، ص396.

(2) لمزيد من التفصيل انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية (2007م)، مرجع سابق، بند 145، ص154، د/ عبد الرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص228، أحمد غنيم، مرجع سابق، ص41. انظر عكس هذا الرأي د/ محمود كيلاني حيث يرى أن البنك أذا أوفي قيمة خطاب الضمان بعد انقضاء مدته فأنه لا يعتبر فضولي عن العميل بحيث يلتزم هذا الأخير بما وفاء عنه، وسنده في ذلك أن الفضاله كما وردت في المادة (301) أردني تحتم أن يتوافر في تصرف الفضولي خصائص من بينها القيام بفعل نافع أوجبته الضرورة أو قضى به عرف، وهذا ما لا يتوفر في خطاب الضمان إذ أنه يحمله التزاماً يتمثل في تعويض البنك بما أوفاه المستفيد.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

العميل، يقوم بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً به، وذلك لما بين شأنه (البنك)، وشأن العميل من ارتباط لا يمكن الفصل بينهما.

ومتى تحققت شروط الفضالة في تصرف البنك اعتبر مركزه كنائب لعميله في عملية التجديد، وعلى العميل أن يلتزم بما التزم به نيابة عنه وأن يوفي البنك بكل ما تحمله نتيجة وفائه بخطاب الضمان وأن يعوضه عن أي ضرر قد لحقه بسبب التمديد.

وما تجدر الإشارة إليه بأنه وإن كانت المادة (1/359) من قانون التجارة المصري قد أقرت التجديد في حالتين هي: الاتفاق صراحة في الخطاب على تجديد مدته، وموافقة البنك على مد تلك المدة[1].

إلا أن هذه الموافقة من قبل البنك لا تنتج أثرها إلا إذا كان مأذونا له بالمد صراحة من قبل العميل الآمر[2].

- **الرأي الثاني:** [3]

ويرى بأنه يجوز للبنك مد أجل خطاب الضمان بناء على طلب المستفيد دون حاجة لأخذ موافقة العميل، لأن التزام البنك ليس كفالة وإنما التزام أصلي ومباشر، ومن ثم يكون من حقه أن يوافق على طلب المد الموجهة إليه من المستفيد لأنه مديناً أصلياً في الوفاء بقيمة الخطاب، بالإضافة إلى أن المد يحقق العديد من المزايا لأطرافه، فهو يؤدي إلى تأجيل الوفاء فترة أخرى يستطيع خلالها المستفيد التأكد نهائياً من مدى قدرة العميل على الوفاء بالتزاماته المتفق عليها، علاوة على ما يحققه للمدين والبنك الضامن من المزايا التي يحققها لهما ابتداء قبول الدائن المستفيد خطاب الضمان بدلاً من التأمين النقدي.

---

(1) حيث تنص هذه المادة على أن "تبرأ ذمه 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"

(2) انظر: محمود بريري، مرجع سابق، ص163،ص160، د/ رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص344.

(3) انظر: د/ أحمد زكى الشيتي وفاروق غلاب، مرجع سابق، ص874، المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية، الخدمات المصرفية في المصارف الإسلامية، مطابع المختار الإسلامي، القاهرة، ص15

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وتؤكد هذا الرأي المادة (127) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمنى رقم (23) لسنه 2007م والتي تنص الفقرة "ج" منها على أنه "تتحدد فترة سريان ضمان الأداء بمدة تبدأ من وقت إصداره وحتي انتهاء إجراءات الفحص والاستلام الابتدائي الخالي من التحفظات، مع حق الجهة في تمديد صلاحية الضمان عند الاقتضاء وإشعار مقدم الضمان بذلك دون أن يكون له حق الاعتراض".

ويتضح من هذا النص أنه أجاز للمستفيد أن يطلب مباشرة من البنك مد سريان مفعول خطاب الضمان، إذا أوشكت مدته على الانقضاء قبل انتهاء العميل من تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد المناقصة التي صدر الخطاب بمناسبتها، دون أن يلتزم المستفيد بالرجوع إلى العميل لأخذ موافقته على المد، فإن أجابه البنك في ذلك التزم الأخير بإخطار العميل بما تم اتخاذه دون أن يكون للعميل الحق في الاعتراض على ذلك.

ولا يوجد نص مماثل لهذا النص في قانون المناقصات والمزايدات المصري الجديد رقم (89) لسنة 1998 ولائحته التنفيذية، إلا أن اللائحة التنفيذية للقانون السابق رقم (9) لسنة 1983 أجازت ذلك في المادة (4/69) التي تضمنت الشروط الواجب توافرها في خطاب الضمان المقدم لجهة الإدارة ومن بينها أن يكون البنك مستعداً "لأدائه بأكمله أو تجديد مدة سريان كتاب الضمان لمدة أخرى حسبما تراه الجهة الصادر لصالحها التأمين عند الطلب دون الالتفاف إلى معارضه من مقدم الطلب".

ويرى البعض[1] أنه وفقاً لهذا النص لا يمكن اعتبار طلب المستفيد مد سريان الضمان تعديلاً للخطاب، وإنما من مقتضاه أن يصبح حق المستفيد في طلب التمديد مدة أخرى حقاً طبيعياً مستمداً من صيغة الخطاب الصادر بناء على

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي، محاضرتها بمركز البحوث والدراسات القانونية بجامعة القاهرة، مرجع سابق، ص42.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

إرادة البنك في هذا الشأن، أما ذا صدر خطاب الضمان خالياً من حق المستفيد في طلب تجديد سريان الخطاب فإنه يعتبر مخالفاً لتعليمات النصوص القانونية المشار إليها، وإذا قبلته الجهة المستفيدة فهي تلتزم بما جاء به ولا تملك طلب تمديد سريانه.

- **رأينا الخاص:**

ومن جانبنا نؤيد ما اتجه إليه الرأي الأول والذي يرى بأن التمديد لا يتم إلا إذا وافق العميل على ذلك، دون الاعتداد بمطالبه المستفيد إلا إذا ورد في صيغة الخطاب نص يعطى للمستفيد الحق في أن يطلب مباشرة من البنك مد أجل الخطاب دون الرجوع إلى العميل.

ونعتقد بأن ما تضمنته الفقرة "ج" من المادة (127) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمنى، من حق الجهة المستفيدة في التقدم مباشرة إلى البنك لطلب تمديد الضمان، دون أخذ موافقة العميل بل إنها حرمت هذا الأخير من أي حق في الاعتراض على ذلك، فيه إجحاف وتعسف بحقوق العميل ومصالحه، خاصة إذا كان قد أوفى بجميع التزاماته تجاه المستفيد، وتحميله بالتزامات وواجبات لم يوافق عليها.

لذا نرى أن النص يحتاج إلى تدخل تشريعي لتعديله، بحيث يوجب أخذ موافقة العميل مقدماً عند إجراء أي تمديد لسريان مفعول خطاب الضمان من قبل الجهة المستفيدة، مع حذف عبارة "أن لا يكون له حق الاعتراض"، لتعارضها مع حرية مقدم الضمان في الدفاع عن حقوقه والامتناع عن كل ما يمكن أن يثقل ذمته المالية من التزامات دون رضاه، وذلك بإعادة صياغة الفقرة "ج" بحيث تصبح على النحو التالي "تتحدد فترة سريان ضمان الأداء بمدة تبدأ من وقت إصداره وحتي انتهاء إجراءات الفحص والاستلام الابتدائي الخالي من التحفظات مع حق الجهة في تمديد صلاحية الضمان عند الاقتضاء بعد أخذ موافقة مقدم الضمان على هذا التمديد ".

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ولكن قد يجري من الناحية العلمية أن يوجه المستفيد إلى البنك طلباً يخيره بين دفع قيمة الخطاب أو مد مدته، في محاولة من جانبه للإبقاء على العلاقة التي كانت مبناها حسن النية في تعامله مع عميله، وهو إذ يفعل ذلك تكون مدة الخطاب قد أشرفت على الانتهاء، واحتياطاً منه فيما لو رفض العميل تجديد أجل الخطاب يقترن بطلبه دفع قيمته، أثار هذا الطلب جدلاً بين فقهاء القانون، لاسيما وأن الذي يطلب مثل هذا الطلب عادة ما تكون جهة حكومية.

فيرى غالبية الفقهاء[1] بأن البنك يلتزم بدفع قيمة خطاب الضمان فوراً بمجرد طلب المستفيد ذلك دون حاجة إلى الرجوع لعميله لأخذ الإذن منه في الدفع، أما فيما يتعلق بمدة صلاحية الخطاب فيرون أنه لا يجوز للبنك أن ينفرد بقرار المد دون الرجوع لعميله، وذلك ما لم يكن البنك مفوضاً ابتداء من قبل عميله بالمد دون الرجوع إليه؛ لأن خطاب الضمان صدر بمقتضى تعهد البنك في عقد الاعتماد بالضمان بين البنك والعميل وليس المستفيد طرفاً فيه، فإذا انتهت مدة العقد لم يكن من حق أحد الطرفين (العميل والبنك) أن يمد أجله دون موافقة الآخر، فإذا قام البنك بمد أجله بناء على طلب المستفيد دون الحصول على موافقة العميل، فإن النتيجة الحتمية لذلك أن يكون البنك ملتزماً قبل المستفيد بتعهده في خطاب الضمان، ولا يكون العميل ملتزماً قبل البنك لأنه لم يوافق على التجديد، فإذا اقتضى المستفيد قيمة خطاب الضمان من البنك لا يستطيع البنك أن يرجع على العميل ويطالبه بهذه القيمة، وبذلك يخسر البنك قيمة الخطاب.

ويؤيد هذا الرأي المادة (26) من الاتفاقية الموحدة لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب والذي تقتضي هذه المادة بأنه إذا طلب المستفيد مد أجل الضمان كبديل لطلب الدفع قدم طبقاً لشروط الضمان وقواعده وبالمطابقة لهذه الشروط

(1) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، (1981م)، مرجع سابق، بند 489 ص 492، د/رضا عبيد، مرجع سابق، بند 172 ص 155، د/ حياة شحاتة، مرجع سابق، بند 300 ص 338، ميلاد سيدهم، مرجع سابق، ص 18، د/محيي الدين إسماعيل، المرجع السابق، بند 689، ص 707، د/ عادل إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، بند 46، ص 100، د/ محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص395.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وجب على البنك الضامن وبدون تأخير أن يخطر عميله بالطلب، ويكون لهذا العميل أن يقرر فيما إذا كان يوافق على طلب المد أم لا فإذا لم يوافق وجب على البنك الضامن أن يدفع قيمة الضمان للمستفيد دون الحاجة لاتخاذ أي إجراء آخر من جانب المستفيد.

كما يؤيد هذا الرأي العديد من أحكام القضاء حيث قضت محكمة النقض المصرية بقولها "لا يسقط هذا الالتزام "التزام البنك بأداء مبلغ الضمان للمستفيد عند الطلب" إذا طالب المستفيد البنك أثناء مدة سريان الخطاب بالوفاء أو مد أجل الضمان، إذ لا يتصور أن يضار المستفيد لمجرد أنه عرض أمكان انتظاره إذا أمتد خطاب الضمان مدة أخرى، والقول بغير ذلك من شأنه تبديد الطمأنينة التي يستهدفها نظام خطابات الضمان في التعامل، ومن ثم يكون سداد البنك في هذه الحالة وفاء صحيحاً متى وصلت إليه مطالبة المستفيد خلال سريان مفعول خطاب الضمان، ويترتب له حق الرجوع على عملية بقدر المبلغ المدفوع، حتى ولو كان هذا الوفاء بعد انتهاء سريان الخطاب لأن العبرة في ذلك بتاريخ وصول المطالبة بالوفاء بصرف النظر عن تاريخ الوفاء ذاته"[1].

كما قضت "من المقرر بأنه وإن كان البنك – مصدر خطاب الضمان – يلتزم بسداد قيمته إلى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك أثناء سريان أجله دون حاجة إلى الحصول على موافقة العميل، إلا أنه لا يسوغ للبنك مد أجل خطاب الضمان إلا بموافقة العميل"[2].

(1) انظر: حكم نقض مصري، الطعن رقم 1189 سنة 49ق، جلسة 1984/2/13م، أيضاً طعن رقم 1013 لسنة 50 ق 1985/12/30، الطعن رقم 2395، سنة 61ق، جلسة 1993/1/14م، "المبادئ التي قررتها محكمة النقض في ثمانية وستين عاماً" د/أحمد حسني، بند 552، ص 394.

(2) الطعن رقم 59 لسنة 46ق، جلسة 1980/2/11م، الطعن رقم 5176 سنة 64ق، جلسة 1996/7/8م، وكذلك الطعن رقم 911 سنة 47ق، جلسة 1979/12/31، مشار إليه د/أحمد حسنى، مرجع سابق، ص 396.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

غير أن هناك رأياً آخر[1] **ذهب إلى القول بأنه** يجب على البنك إجابة طلب المستفيد، لاسيما إذا كان المستفيد جهة حكومية في مد فترة سريان خطاب الضمان دون الرجوع إلى العميل الذي يتعين إخطاره بخطاب موصي عليه بالإجراء الذي قام به البنك، ويبرر ذلك بأن عدم استجابة البنك لطلب المستفيد بمد أجل الخطاب سيجعل هذا المستفيد يطلب الوفاء بقيمة الخطاب كبديل لطلب مد فترة سريانه، مما يضطر البنك إلى تسديد مطالبة المستفيد تنفيذاً لتعهده، وهذا الوفاء يلحق الضرر بالعميل في حالة خطابات الضمان المغطاة نقداً، فهو لن يتأتي له استرداد المبلغ المسدد إلا بعد تقديم خطاب جديد يدفع عموله أخرى نظير إصداره، بينما يتم التجديد بدون عمولة، وهو ما يلحق أيضاً الضرر بالبنك في حالة خطابات الضمان غير المغطاة، لأن الوفاء سيتم من أموال البنك، مما يكون المد في هذه الحالة أنسب للبنك وأقل وزناً من تسديد قيمته.

وهناك تعقيب لأحد الشراح[2]**، على هذا الرأي بقوله:** "بأن قبول البنك مد خطاب الضمان، لأن طالب المد هو جهة حكومية، أو أن في هذا القبول تفادياً لضرر أي طرف أمر لا يطابق أحكام القانون والمبادئ الواجب احترامها بالنسبة لقواعد خطاب الضمان، التي تقوم أساساً على توفير الثقة في التزام البنك، والثقة لا تقتصر على التزام البنك بالوفاء للمستفيد فحسب، أي على التزام البنك بعدم الإخلال بحقوق المستفيد، وإنما تعني أيضاً التزام البنك بعدم الإخلال بحقوق العميل، والاعتبارين على نفس القوة القانونية، فلا يمكن التضحية بأحدهما على حساب الآخر" لذا فهو يرى عدم جواز مد البنك أجل خطاب الضمان بإرادته المنفردة بدون تفويض من عميله في ذلك، إلا أنه يؤكد على مبدأ عدم جواز طلب المستفيد من البنك مباشرة مد فترة خطاب الضمان، ولا خروج على هذا المبدأ إلا في حالتين، الحالة الأولى: وهي أن يطلب العميل ذلك لأنه هو الشخص الذي يملك إصدار الأمر للبنك للقيام بهذا الإجراء وفقاً لعقد إصدار خطاب الضمان، والحالة

(1) انظر: راغب حبشي، مرجع سابق، (1973/72)، ص 25.

(2) انظر: د/ رضا عبيد، مرجع سابق، بند 172، ص 156.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الثانية هي الحالة التي ينص فيها عند إصدار خطاب الضمان على حق المستفيد في أن يطلب من البنك مباشرة امتداد سريان فترة خطاب الضمان دون حاجة إلى الرجوع إلى العميل.

- **رأينا الخاص:**

ونحن نؤيد الرأي الأول الذي يرى بأنه يتوجب على البنك أن يدفع قيمة الخطاب للمستفيد بمجرد الطلب، وأنه لا يجوز له أن ينفرد بقرار المد دون الرجوع لعميله، وإنما لابد من موافقة العميل أولاً ما لم يكن مفوضاً من قبل، فإذا خالف ذلك وقام بمد صلاحية خطاب الضمان بدون موافقة العميل، تحمل تبعية ذلك، فلو أوفى بقيمة الضمان بناء على طلب المستفيد أثناء فترة التجديد فإن وفاءه هذا يكون وفاءً خاطئاً يلتزم بتسديده من أمواله الخاصة، لأن التزام العميل برد قيمة الخطاب يكون في حدود ما التزم به وفقاً لشروط خطاب الضمان، والتجديد بدون موافقة العميل لا يعتبر من ضمن شروط الخطاب الملزمة للعميل والذي حددها عقد الاعتماد بالضمان المبرم مع البنك، كما قد يتعرض البنك لخطر قيام العميل بسحب مبلغ الضمان في نهاية مد صلاحية الخطاب، حيث لا يستطيع البنك الامتناع عن الإفراج عن الضمان بحجة مد فترة خطاب الضمان.

تفويض العميل للبنك في مد أجل خطاب الضمان:

ويجري العمل لدى معظم البنوك التجارية أما كثرت الطلبات التي تصل إليها من الجهات المستفيد لتمديد أجل خطابات ضمان المناقصات والمزايدات أن تستوقع عملائها إقراراً في الطلبات التي يتقدمون بها لإصدار خطاب الضمان، بمقتضاه يقررون موافقتهم المسبقة على تفويض البنك مد أجل الضمان إذا ما طلب المستفيد ذلك، ويصرحون للبنك بإجراء ذلك دون الرجوع إليهم لأخذ موافقتهم بالمد.

غير أن هناك من يرى[1] بأن هذا الإقرار الذي يشترطه البنك على عميله

(1) انظر: د/ محيى الدين إسماعيل موسوعة أعمال البنوك، مرجع سابق، بند 552 ص 598.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

عند إصدار خطاب الضمان، فيه إجحاف وتعسف بمصلحة العميل مما يبرر اعتبار العقد الذي يتضمنه عقد إذعان، وبذلك يجب عدم التوسع في تفسيره فلا يجوز إجراء التجديد بناء عليه إلا لمدة واحدة.

ولكن هل يجوز للعميل فيما بعد أن يرجع في هذا التفويض؟

هناك رأي[1] نؤيده يذهب إلى القول إن هذا التفويض لا شأن للمستفيد به، بل قد لا يعلم به في بعض الأحيان، فهو في الحقيقة اتفاق بين البنك والعميل ولصالح كل منهما، بحيث لا يجوز للعميل وحده الرجوع فيه وإعادة البنك إلى الوضع العملي الذي كان يشكو منه البنك في كيفية مواجهة طلب التجديد، ومن الأفضل أن يدون البنك هذا التفويض بصيغة تحرم العميل من الرجوع فيه.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن خطابات الضمان الابتدائية تمثل في بعض الأحيان خطورة كبيرة بالنسبة للعميل، لأن طلب الجهة طارحة المناقصة أو المزايدة مد أجل سريانها، قد يمد التزامات العميل والبنك لفترة زمنية طويلة، يرى معها العميل مقدم العطاء أن هناك عدداً من المتغيرات طرأت خلال هذه الفترة قد تؤثر سلباً على دراساته السعرية التي أجراها على العملية المتقدم فيها - كارتفاع أسعار المواد الأولية المستخدمة في إنجاز العملة - فيرى أن عدم مد أجل خطاب الضمان الابتدائي يأتي منسجماً مع المتغيرات الجديدة التي أثرت على القيمة السعرية التي قدرها، فقد ترسو عليه العملية ويصبح توقيع العقد وتقديم خطاب الضمان النهائي تهديداً كبيراً يلحق به ضرر أكبر من الضرر الذي يلحقه من جراء تسييل قيمة خطاب الضمان الابتدائي.

ومن جهة أخرى يجب على البنك في حالة طلب تجديد خطاب الضمان الابتدائي أكثر من مرة مراجعة كلٍّ المستفيدة والعميل في نفس الوقت للتعرف على مبررات التجديد ومصير العطاء موضوع الضمان، وذلك حتى يمكن تلافي تجديد

(1) انظر: د/علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك (1981م)، مرجع سابق، الهامش رقم "1"، بند 491 ص 495.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

يتضح أن ليس هناك مبرراً جدي لتجديده، كذلك الحال في خطابات الضمان النهائية التي يمر على إصدارها سنوات طويلة ويراد تجديدها إذ يجب على البنك مراجعة أطراف عقد الأساس العميل والمستفيد، لمعرفة سبب التجديد بعد أن مضى عليها مدة طويلة، فربما أن العميل قد وفى بالتزاماته، وأن المطالبة الواردة روتينية وأنه لا حاجة من حيث الواقع لإعادة تجديد الخطاب[1]، ولكن هذه المراجعة من جانب البنك للأطراف لا تعني امتناعه عن إجراء التجديد إذا كان مفوضاً من قبل العميل للقيام به متى طلب المستفيد منه ذلك، وإنما للتأكد من وجود مبررات حقيقية لهذا التجديد، فقد تكون العلاقة الأصلية بين العميل والمستفيد انتهت ووفاء العميل بجميع التزاماته المترتبة عليها، ومن ثم يصبح ليس هناك أي مبرر لإجراء التجديد.

(1) انظر: أحمد عشري، مرجع سابق، ص 13.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المبحث الثالث

انقضاء خطاب الضمان في المناقصات والمزايدات

ينتهي التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان، إما بالوفاء بقيمة الخطاب إلى المستفيد، أو ما يقوم مقام هذا الوفاء باتحاد الدين في ذمة شخص واحد، كما ينتهي هذا الالتزام بانتهاء الغرض من الخطاب، أو انتهاء مدته، أو إبراء المستفيد للعميل، أو تقادم التزام البنك للخطاب، أو بإعادة الخطاب إلى البنك قبل انتهاء مدته، كل هذه الأسباب تؤدي إلى انقضاء خطاب الضمان، وترتب العديد من الآثار يلتزم بها كلٌ من البنك العميل.

وفيما يلي نتناول هذا المبحث في مطلبين:

- **المطلب الأول:** أسباب انقضاء خطاب الضمان في المناقصات والمزايدات.
- **المطلب الثاني:** الآثار المترتبة على انقضاء خطاب الضمان في المناقصات والمزايدات.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الأول

أسباب انقضاء خطاب الضمان في المناقصات والمزايدات

تتعدد الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء التزام البنك في خطاب المناقصات والمزايدات إلى الأسباب الآتية:

أولاً: الوفاء بقيمة خطاب الضمان إلى المستفيد أو وكيله:

إذا طالب المستفيد بقيمة خطاب الضمان خلال المدة المحددة، وفي حدود المبلغ المحدد في الخطاب، واستجاب البنك لطلبه وقام بدفع المبلغ وفقاً للشروط المتفق عليها، فإن التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان ينقضي، لأن البنك يلتزم في حدود معينة، يرسم معالمها خطاب الضمان، فإذا أوفى في هذه الحدود انقضى التزامه.

ويشترط في الوفاء حتى يكون سبباً من أسباب انقضاء الالتزام أن يتم إلى المستفيد أو وكيله، فلا يكفي أن يتم الوفاء لأي شخص يحمل خطاب الضمان، وإنما يجب أن يتأكد البنك من صفته المشروعة بالخطاب وبإمكانية صرفه، ومن ثم يجوز صرف قيمة خطاب الضمان للمستفيد، ولو لم يكن معه خطاب الضمان، كما إذا سرق أو فقد منه مثلاً[1]، لأن خطاب الضمان - كما ذكرنا - ليس أداة وفاء كالأوراق التجارية، وإنما هو ضمان للوفاء، فإذا أوفى البنك بقيمة خطاب الضمان لغير المستفيد أو وكيله كان غير مبرئ لذمته تجاه المستفيد، ويلتزم بالوفاء مرة أخرى، ثم يرجع على من استوفى قيمة الخطاب دون وجه حق[2].

وإذا اشترط في خطاب الضمان عدم قيام البنك بالوفاء للمستفيد إلا

(1) انظر: د/ عبد الرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص 224.

(2) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية،(1991م)، مرجع سابق، بند 297 ص281.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

بعد تقديم تقرير من المهندس المشرف على المشروع، يؤكد بعدم إخلال العميل بالتزاماته المنصوص عليها في العقد، فيرى البعض[1] أنه يجب على البنك في هذه الحالة الامتناع عن الوفاء للمستفيد إلا بعد إحضار مثل هذا التقرير، ويكون للعميل أن يثبت بأن إخلال لم يقع منه وإنما يرجع ذلك إلى فعل المستفيد، فإذا لم يستطع العميل أن يثبت براءة ذمته من الإخلال الذي وصفه به المستفيد، كان على البنك أن يدفع للمستفيد مبلغ الضمان الذي طلبه، لأن الأصل إشغال ذمة العميل بالالتزام المشروط بالخطاب حتى يثبت براءة ذمته من هذا الالتزام، إلا إننا يعتبر أن مثل هذا الشرط فيه مخالفة لنصوص المادة (122/ب - 127/ب) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني، والمادة (70) من اللائحة التنفيذية مصري، كما انهُ يؤدي إلى فقد الثقة والطمأنينة في خطابات الضمان باعتبارها بديلاً عن التأمين النقدي الذي تطلبه الجهات المستفيدة.

وينقضي التزام البنك إذا اقتصر المستفيد على طلب دفع جزء من قيمته، وطلب في الوقت نفسه إلغاء خطاب الضمان لانتهائه بحسبان أن الجزء الذي طلب سداده من قيمته كافٍ لتعويضه في علاقته بالعميل[2].

أما إذا طلب المستفيد جزاً من قيمته دون أن يطلب إلغائه فإن حقه يظل قائماً في الباقي، وله الحق أن يطلبه إلى نهاية مدة الخطاب، لأن النزول عن الحق لا يفترض، ولأن ضمان البنك ينصب على شيئين مبلغ معين ومدة معينة، فإذا ما زالت المطالبات ترد في حدود المبلغ وأثناء المدة، فالبنك يظل ملزماً بالدفع، غير أنه يشترط أن لا تزيد المطالبات الجزئية التي ترد إلى البنك في مجموعها عن قيمة خطاب الضمان[3].

---

(1) انظر: د/ محيي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك، مرجع سابق، بند 454 ص 559.

(2) انظر: د/ يحي إبراهيم علي، مرجع سابق ص 657، د/ محيي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك مرجع سابق، بند 554 ص 600، أحمد غنيم، خطاب الضمان، مرجع سابق، ص 46.

(3) انظر: د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية،(1991م)، مرجع سابق، بند 297، ص281.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ويدفع البنك قيمة خطاب الضمان بموجب شيك مصرفي يصدره لصالح الجهة المستفيدة، أو حوالة إلى حسابها طالباً إياها إعادة خطاب الضمان لاتخاذ الإجراءات اللازمة لإلغائه من سجلاته.

إلا أن هذا الشيك أو الحوالة لا تقضى التزام البنك ولا تبرئ ذمته إلا إذا قبض المستفيد القيمة نقداً أو أن القيمة قيدت في حسابه فعلاً.

ثانياً: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء:

يقوم مقام الوفاء بالدفع للمستفيد وإبراء ذمة البنك اتحاد الذميتين بين البنك والمستفيد على أساس يصبح العميل مديناً للكيان الجديد بأصل الالتزام الذي أنشاه خطاب الضمان (م437 مدني يمني - م1/370 مدني مصري)، ويترتب على هذا الاتحاد انقضاء الحق والدين فيما بينهما[1].

ثالثاً: انقضاء التزام البنك في خطاب الضمان بانقضاء أجله:

كما ينقضي خطاب الضمان المحدد المدة بانتهاء أجل سريانه دون أن ترد مطالبة من المستفيد إلى البنك بدفع قيمته، وهو ما نصت عليه المادة (1/411) تجاري يمني "إذا كان خطاب الضمان معين المدة انتهت صلاحيته وبرأت ذمة البنك إذا لم يصله خلال مدة سريان الخطاب طلب من المستفيد بالدفع..."، وهو ما أشارت إليه المادة 359 تجاري مصري

وبانقضاء مدة الخطاب يرسل البنك إخطاراً إلى المستفيد يشير فيه إلى أن التزامه في خطاب الضمان قد انقضى بعدم وصول أي مطالبة إليه خلال مدة سريانه، وأنه قد أجرى إلغاؤه من سجلاته[2]، ويطلب منه إعادة خطاب الضمان وما لحقه من تجديدات أن وجدت، دون أن يتوقف إلغاؤه من سجلات البنك على

(1) لمزيد من التفصيل انظر: د/ محمد إبراهيم دسوقي، القانون المدني الالتزامات، دار الطباعة الحديثة، أسيوط، طبعة 2000/ 2001م، ص 470، د/ يعقوب صرخوه، مرجع سابق، ص 87.

(2) انظر: صلاح الدين السيسي، مرجع سابق، ص 74.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

إعادة أصل صك الضمان وإنما لاستيفائه من ملفاته، لأن الخطاب يصبح بانقضاء مدته معدوم القيمة في يد المستفيد، وما يجري عليه العمل لدى الكثير من المصارف أن يتضمن خطاب الضمان عند إصدارها له عبارة بأنه "يجب إعادة أصل خطاب الضمان هذا عند انتهاء صلاحيته حيث يعتبر ملغياً سواء أعيد إلينا أو لم يعاد" وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بأنه يسقط التزام البنك إذا لم تصل إليه مطالبة من المستفيد بالدفع قبل حلول نهاية أجل الخطاب[1].

وإذا وصل الطلب قبل نفاذ أجل خطاب الضمان التزم البنك بالدفع ولو حصل الدفع بعد انقضاء مدة الخطاب، لأن العبرة في ذلك بتاريخ وصول المطالبة بالدفع بصرف النظر عن تاريخ الدفع[2]، وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية بأنه: "... يكون سداد البنك وفاءً صحيحاً متى وصلت إليه مطالبة المستفيد خلال سريان مفعول خطاب الضمان، ويرتب له حق الرجوع على عميله بقدر المبلغ المدفوع، حتى ولو تم هذا الوفاء بعد انتهاء مدة سريان الخطاب لأن العبرة في ذلك بتاريخ وصول المطالبة بالوفاء بصرف النظر عن تاريخ الوفاء ذاته"[3].

ويتحمل البنك وحده مسئولية الوفاء قبل العميل إذا قام بالوفاء بعد مدته، على أن ذلك لا يمنع رجوع البنك على عميله بما تم الوفاء به للمستفيد على أساس إحكام الفضاله إذا ما توافرت شروطها[4].

وقد ينقضي التزام البنك في خطاب الضمان تدريجياً كما هو الشأن في خطاب الضمان عن الدفعات المقدمة، إذ أنه ينقضي جزئياً على مراحل تبعاً لمراحل تنفيذ عقد الأساس[5].

---

(1) انظر: حكم نقض مصري، طعن رقم 1342 سنة 49، جلسة 1980/2/22، مشار إليه سابقاً.

(2) انظر: د/ يعقوب صرخوه، مرجع سابق، ص 87.

(3) انظر: حكم نقض مصري الطعن رقم 1189 لسنة 49ق جلسة 1984/2/13م مشار إليه سابقاً.

(4) انظر: د/ سميحة القليوبي، شرح قانون التجارة المصري، مرجع سابق، بند 1/20 ص754، د/ محمد حسن الجبر، مرجع سابق، بند 335 ص 329.

(5) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، (1991م)، مرجع سابق، بند 398 ص 282.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وفي خطابات الضمان الابتدائية يثور التساؤل حول الوقت الذي ينتهي فيه صلاحيتها، فيرى البعض[1] بأن صلاحية هذا النوع من الخطابات ينتهي بتقديم خطاب الضمان النهائي وليس مجرد قبول العطاءات وإلا أصبح العطاء بدون أي ضمان، وهذا الرأي تؤكده المادة (125) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني والتى تنص على أنه "يعاد ضمان العطاء إلى صاحبه بعد تقديم ضمان الأداء والتوقيع على العقد من قبل صاحب العطاء الفائز" وأيضاً ما نصت عليه المادة (126) من اللائحة ذاتها والتي تنص على أنه "يحق للجهة مصادرة ضمان العطاء في أي من الحالات الآتية:

.....ج/ إذا لم يقدم صاحب العطاء الفائز ضمان الأداء في المدة المحددة بإخطار قبوله عطائه"

ويفهم من هذه النصوص أن خطاب الضمان الابتدائي لا ينتهي مفعوله إلا بعد تقديم خطاب الضمان النهائي وتوقيع العقد، وإلا ما كان للجهة المستفيدة الحق في مصادرته بسبب عدم تقديم الضمان النهائي.

رابعاً: انقضاء التزام البنك بالإبراء:

يختلف الأثر الذي يرتبه إبراء المستفيد للعميل على التزام البنك بصدد خطاب الضمان، بحسب ما إذا كان الخطاب مشروطاً أو غير مشروط على النحو التالي[2]:

1. إذا كان خطاب الضمان مشروطاً - وهو فرض نادر في خطابات ضمان المناقصات والمزايدات الصادرة لصالح جهات حكومية - بحصول إخلال في التزام العميل تجاه المستفيد، في هذه الحالة يكون للإبراء أثر منهي لالتزام

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي، شرح قانون التجارة المصري، مرجع سابق، بند 20، ص755.

(2) انظر: د/ محيي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك، مرجع سابق، بند559، ص 602 وما بعدها، يعقوب صرخوه، مرجع سابق، ص88، 89، صلاح الدين السيسي، مرجع سابق، ص 175، د/ عبد الرحمن قرمان، مرجع سابق، ص 229، د/ محمد حسني عباس، مرجع سابق، بند 205 ص 143.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

البنك بانقضاء التزام العميل نحو المستفيد بالإبراء، لأن الشرط يستحيل تحققه بعد الإبراء.

2. إذا كان خطاب الضمان غير مشروط فإن التزام البنك لا يتأثر بالإبراء إلا إذا نص هذا الإبراء على تنازل المستفيد عن حقه في خطاب الضمان.

كما يعتبر من قبيل الإبـراء قيام المستفيد بالتنازل عن حقه في الخطاب وإعادته إلى العميل أو إلى البنك، وغالباً ما يكون ذلك في حالة تقديم العميل للمستفيد ضماناً آخر ليحل محل خطاب الضمان، وبهذا تبرأ ذمة البنك قبل المستفيد وتبرأ ذمة العميل قبل البنك، ويكون له أن يسترد غطاء خطاب الضمان.

وقد أشارت إلى ذلك المادة (23) من القواعد الموحدة لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس حيث نصت على أنه "بغض النظر عن أي شرط موجود يحدد الانتهاء موجود في الضمان يلغي..... إذا قام المستفيد بتحرير إقرار بإخلاء الضامن من التزاماته في نطاق الضمان بغض النظر في الحالة الأخيرة عما إذا كان تم رد الضمان وتعديلاته أم لا.

ولكي ينتج التنازل – في هذه الحالة – أثرة في إبراء البنك من التزامه، لابد أن يصل إلى علم البنك فإذا لم يصل إلى علمه فإنه لا ينتج أثره.

كذلك يجب أن يتم هذا التنازل خلال مدة صلاحية خطاب الضمان لا بعد انقضائها.

خامساً: انقضاء التزام البنك بالتقادم:

إذا كان خطاب الضمان محدد المدة، فإن مسألة التقادم لا تعرض بصدده إذ ينقضي التزام البنك فيه بانقضاء مدته أو الوفاء به، أما إذا كان خطاب الضمان غير محدد المدة فهنا تثار مسألة التقادم، وقد عرضنا هذه المسألة سابقاً، وبينا أن هناك من يرى بأن خطاب الضمان غير المحدد المدة يستطيع البنك إنهائه في أي وقت يشاء بشرط إخطار العميل والمستفيد قبل الإنهاء بوقت مناسب، وهناك من

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الفقهاء[1] من يفرق في هذه المسألة بين خطابات الضمان المشروطة وغير المشروطة، ففي الأولى يبدأ تقادم الخمس عشرة سنة من وقت تحقق الشرط الموقوف، والذي يستند تحققه بأثر رجعي إلي وقت إصدار خطاب الضمان، أما إذا تخلف الشرط أو استحال تحققه فإن التزام البنك ينقضي لأنه لا يمكن أن يظل قائم الالتزام المعلق على شرط مستحيل، أما بالنسبة للثانية، فلا يتقادم التزام البنك إلا بمرور خمس عشرة سنة، تبدأ من آخر مطالبة صحيحة تطبيقاً للقواعد العامة في التقادم.

وقد بينا أن هناك من يفرق بين ما إذا كان المستفيد تاجر أو غير تاجر ففي الحالة الأولى يتقادم التزام البنك بمرور سبع سنوات تطبيقاً للمادة (68) تجاري مصري من تاريخ بداء الالتزام دون أن تصل أي مطالبة إلى البنك بقيمته، وفي الحالة الثانية يتقادم بمرور خمس عشرة سنة.

وقد انتهينا في هذه المسألة بأنه ليس من العدل أن يظل التزام البنك قائماً لفترة طويلة قد تصل إلى خمسة عشر عاماً لأن ذلك يثقل كاهل البنك بالتزامات طويلة الأجل، وأوضحنا بأن المشرع اليمني عالج هذه المسألة وأخضعها للتقادم القصير في المادة (2/411) والتي تنص على أنه: ".....2. أما أذا كان خطاب الضمان لمدة غير معينة انتهت صلاحيته بمضي ثلاث سنوات من تاريخ إنشائه".

وبذلك ينقضي التزام البنك في خطاب الضمان غير المحدد المدة بمضي ثلاثة سنوات من تاريخ صدوره طبقاً للقانون اليمني.

سادساً: إعادة خطاب الضمان إلى البنك قبل انتهاء مدته:

ومن أسباب انقضاء التزام البنك في خطاب الضمان، إعادة المستفيد للخطاب إلى البنك الذي أصدره قبل انتهاء مدته.

---

(1) انظر: تفصيلياً أراء الفقهاء في هذه المسائلة (ص216) وما بعدها من هذا البحث.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ويحدث ذلك غالباً إذا قام العميل بتنفيذ التزاماته قبل المستفيد وفقاً للشروط والموصفات المحددة بعقد المناقصة المبرم بينهما، كما قد يتفق العميل والمستفيد على رد خطاب الضمان دون الإفادة منه حتى إتمام العملية الأصلية، وذلك إذا قدم العميل للمستفيد ضماناً آخر يعادل قيمة خطاب الضمان[1].

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي، خطاب الضمان كأحد صور التأمين طبقاً للقانون 89/ 1998م في شأن المناقصات والمزايدات، محاضرة في الدورة القانونية التي نضمها مركز الدراسات القانونية بكلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2006م، ص 6.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثاني

الآثار التي ترتب على انقضاء خطاب الضمان في المناقصات والمزايدات

يترتب على انقضاء خطابات ضمان المناقصات والمزايدات عدد من الآثار أهمها:

1. قيام البنك بإلغائه من سجلاته، ولا يتوقف هذا الإلغاء على رد خطاب الضمان من قبل الجهة المستفيد، وإنما يستطيع البنك إلغائه حتى ولو لم ترده هذه الجهة[1]، لأن قيمة الخطاب ليس من الحقوق المثبتة في أصل الصك، وإنما يكون للسبب دور في هذه الخطابات[2].

2. إذا كان الانقضاء بسبب الوفاء بقيمة الخطاب للجهة المستفيدة أو ما يقوم مقامه (كإتحاد الذمة في شخص واحد)، كان للبنك أن يرجع على عميله بالمبلغ الذي دفعه مضاف إليه الفوائد والمصاريف والعمولة المستحقة له، وإذا كان للعميل حساب جاري لدي البنك فهذا الأخير يقوم بإجراء قيد المبالغ المدفوعة في الجانب المدين من الحساب بغير حاجة إلى إخطار العميل[3]، ويستند البنك في رجوعه على العميل بدعوى الحلول التي نصت عليها المادة (1/414) تجاري يمني والتي تنص على أنه: "يحل البنك بالوفاء للمستفيد وبقدر ما دفع له، محل هذا الأخير في حقوقه تجاه طالب الضمان" [4].

---

(1) انظر: حسن أنور طه حبيب، مرجع سابق، ص 17.

(2) انظر: د/ خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق، بند 275، ص 402.

(3) انظر: د/ محيي الدين إسماعيل، موسوعة اعمال البنوك، مرجع سابق، بند 554 ص 601

(4) يقابل هذا الفقرة المادة (387) من قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980 حيث تنص بأنة "إذا أوفى البنك للمستفيد المبلغ المتفق علية حل محلة في الرجوع على الآمر بمقدار المبلغ الذي دفعة" وبذلك تكون دعوي الحلول وفقاً لهذا القانون هي أساس رجوع البنك على العميل إذا أوفى البنك بقيمة الخطاب للمستفيد، وليس دعوي الضمان التي تستند إلي عقد الاعتماد بالضمان.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

والحقيقة أن المشرع اليمني لم يكن موفقاً في نصه في الفقرة الأولى على هذا الحلول، لأن فكر الحلول تقوم على أساس أن الموفى هو شخص من الغير يفي بدين المدين، أي يفي بدين غيره، في حين أن البنك حين يدفع للمستفيد قيمة خطاب الضمان، فإنما يفي بدينه هو الذي تعهد به في خطاب الضمان في مواجهة المستفيد لا دين الآمر[1].

إلا أنه كان موفقاً عندما أجاز للبنك في الفقرة الثانية من ذات المادة أن يرجع على العميل بدعوى الضمان[2]، وهذه الدعوى تستند أساساً إلى عقد الاعتماد بالضمان الذي صدر خطاب الضمان تنفيذاً له، وليس دعوى الحلول التي تصلح أن يؤسس البنك دعواه عليها في حالة الكفالة التي يكون فيها التزام البنك التزام تابع لالتزام العميل، بحيث يحل محل المستفيد في دعوة ضد الآمر.

وعلى أية حال لا يجوز للبنك أن يرجع على عميله إلا إذا كان وفاؤه وفاءً صحيحاً طبقاً للشروط التي حددها خطاب الضمان، فإذا خالف ذلك وقام بالدفع للمستفيد فلا يجوز له الرجوع على عميله، بل يتحمل مسئولية وفائه من أمواله الخاصة.

3. أما إذا انقضى خطاب الضمان دون تسديد قيمته للمستفيد، ترتب على ذلك أن تبرأ ذمة البنك من دفع قيمته، وتبرأ ذمة العميل من الالتزام بتعويض البنك عما يدفعه بصدد الخطاب، ويلتزم البنك بالإفراج فوراً عن الغطاء الذي قدمه العميل لضمان إصدار الخطاب للمستفيد، حيث يتعين على البنك أن يرفع الالتزام المؤشر على حساب العميل، أو يخطر قسم الأوراق المالية أو التجارية بالإفراج عن هذه الأوراق المتحفظ عليها، وإعادة إيداعها إيداعاً حراً في ملف العميل[3].

---

(1) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، (1991م)، مرجع سابق، هامش رقم 1، ص274، د/ يعقوب صرخوه، مرجع سابق، ص 91، المستشار/ محمد عزمي البكري، بند 810 ص 1283، د/ محمود كيلاني، مرجع سابق، هامش رقم 2، ص 410.

(2) تقابلها المادة (360 تجاري مصري) حيث تنص على أنه "إذا دفع البنك للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان جاز له الرجوع على الأمر بمقدار المبلغ المدفوع وعائده من تاريخ دفعة"

(3) انظر: حسن أنور طه حبيب، المرجع السابق، ص 17، راغب الحبشي، مرجع سابق، (1973/72م)، ص 31.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الفصل الخامس

التكييف القانوني لالتزام البنك تجاه المستفيد

- **تمهيد وتقسيم:**

يقصد بالتكييف القانوني لنظام أو مسألة معينة " تفسير ذلك النظام أو هذه المسألة بالاستناد إلى قاعدة من القواعد أو مبدأ من المبادئ القانونية السائدة في مجتمع معين، بحيث يمكن إيجاد مكان لذلك النظام أو تلك المسائلة في ضمن الإطار القانوني العام لذلك المجتمع، دون أن يشكل شذوذاً أو يمثل خروجاً على القواعد القانونية المعترف بها في ذلك المجتمع"[1].

وفي إطار بحثنا عن التكييف القانوني لخطابات الضمان في المناقصات والمزايدات، نجد بأن هذا الأنواع من الخطابات لا تختلف في تكييفها القانوني عن غيرها من الخطابات المصرفية الأخرى التي تصدرها البنوك التجارية؛ لأن التزام البنك في معظم تلك الخطابات، يتميز بأنه التزام مستقل ونهائي، لا تجدي معه أي دفوع من تأتي من خارج شروط الخطاب وعباراته، تنال من حق المستفيد على مبلغ الضمان.

(1) انظر: د/ محمد عارف الشناق، الاشتراط لمصلحة الغير، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1993م، ص 139.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وقد آثار هذا التكييف جدلاً واسعاً في أوساط الفقه والقضاء، خاصة في النصف الثاني من القرن الماضي، عندما ظهرت بعض الاتجاهات التي تنادي بالتخلص من نظرية الكفالة كأساس قانوني لالتزام البنك في خطاب الضمان، نظراً لفشلها في تفسير الآثار التي ترتبت على التزام البنك فيه.

وإزاء هذا الجدل والتباين في الآراء فقد حاول الفقه والقضاء تكييف هذه العملية بإرجاعها إلى أحد أنظمة القانون المدني.

وقد تعددت النظريات التي تناولت تكييف طبيعة هذا الالتزام، إلا أن معظمها أخفق في تحديد تلك الطبيعة، نتيجة عجزها عن تفسير بعض السمات التي يتميز بها خطاب الضمان والتي تتمثل في الآتي:

- **السمة الأولى:** وتتمثل في أن التزام البنك في خطاب الضمان التزام مستقل عن كل العلاقات القانونية التي صدر بمناسبتها.
- **السمة الثانية:** أنه لا يتطلب لنشوء التزام البنك في خطاب الضمان قبول المستفيد، وإنما يكفى عدم اعتراضه عليه.
- **السمة الثالثة:** وتتمثل في شخصية التزام البنك، فالبنك يتعامل مع المستفيد من خلال خطاب الضمان، باسمه الشخصي وليس باسم العميل طالب إصدار خطاب الضمان.
- **السمة الرابعة:** التي يتميز بها خطاب الضمان وهي سمة القطعية، بحيث لا يجوز للمصرف أن يعود عن تعهده أيا كانت بواعث الرجوع.

وهذه السمات الأربع لم ينظر إليها بعض الفقهاء باعتبارها ذات أهمية متكافئة، ومن ثم كان الخلاف في تحديد طبيعة خطاب الضمان يتركز في مدى صلاحية فكرة قانونية معينة على تفسير هذه السمات تفسيراً متكاملاً، دون محاولة للافتراض أو التأويل، الذي يخرج هذه الفكرة عن إطارها القانوني التي حدده لها القانون.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وبذلك يمكن حصر النظريات التي حاول الفقه تكييف التزام البنك في خطاب الضمان على أساسها في اتجاهين[1]**:**

- **الاتجاه الأول:** يذهب إلى تكييف التزام البنك وفقاً لأحكام تصرف قانوني واحد، في صورة عقد يتم بين العميل والبنك، أو بين البنك والمستفيد أو بين الأطراف الثلاثة العميل والبنك والمستفيد.
- **الاتجاه الثاني:** ويذهب إلى فصل العلاقة القائمة بين البنك والمستفيد، ليحكمها تصرف قانوني مختلف عن التصرف القانوني الذي يحكم العلاقة بين البنك والعميل، فيرد حق المستفيد إلى تصرف مبتدأ من جانب البنك ينشأ عنه التزام البنك تجاه المستفيد.

وسيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

- **نعرض في المبحث الأول:** الآراء التي ترد التزام البنك إلى العقد>
- **ونخصص المبحث الثاني:** للآراء التي ترد التزام البنك إلى غير العقد (الإرادة المنفردة) مع بيان ما نرجحه.

(1) انظر: د/ السيد اليماني، النظام القانوني لتمويل التجارة الخارجية، مرجع سابق، ص 436.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المبحث الأول

النظريات التي ترد التزام البنك إلى العقد

أن أهم ما يجمع هذه النظريات هو توجهها إلى العلاقات العقدية لتكييف التزام البنك تجاه المستفيد؛ حيث يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى تفسير هذا الالتزام باعتباره أثراً قانونياً ينشأ نتيجة الاتفاق بين البنك والمستفيد كالكفالة، والعقد الملزم لجانب واحد، أو بين الأطراف الثلاثة كالإنابة القاصرة، أو بين العميل والبنك كالاشتراط لمصلحة الغير، وفيما يلي نفصل هذه النظريات في أربعة مطالب:

- **المطلب الأول:** نظرية الكفالة.
- **المطلب الثاني:** نظرية الإنابة القاصرة.
- **المطلب الثالث:** نظرية الاشتراط لمصلحة الغير.
- **المطلب الرابع:** نظرية العقد الملزم لجانب واحد.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الأول

نظرية الكفالة

نظراً للتشابه في الأحكام بين خطاب الضمان والكفالة المصرفية، فقد حاول البعض إرجاع طبيعة خطاب الضمان إلى الكفالة المصرفية، باعتبار أن كلاهما يندرج تحت الضمانات التي يمنحها البنك بمجرد التوقيع، إلا أنه في الواقع توجد بعض الحدود والفواصل التي تفصل بينهما، مما يجعل الكفالة غير قادرة على تفسير كافة الآثار القانونية التي تترتب على التزام البنك في خطاب الضمان، لذلك سيتم عرض هذه النظرية والنتائج المترتبة عليها، وتقديرها كأساس قانوني لالتزام البنك، وذلك فيما يلي:

- **الفرع الأول:** عرض النظرية ونتائجها.
- **الفرع الثاني:** تقدير نظرية الكفالة كأساس قانوني لالتزام البنك تجاه المستفيد.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الأول

عرض النظرية ونتائجها

لقد استمر إجماع الفقه والقضاء الفرنسي على اعتبار خطاب الضمان صورة من صور الكفالة العادية تخضع للقانون المدني حتى أواخر السبعينيات، حيث ظل الفقه والقضاء يطبق أحكام الكفالة العادية على خطاب الضمان خلال تلك الفترة، دون أي محاولة لإيجاد أساس قانوني آخر ما دامت أحكام الكفالة كافية لتفسير جميع الآثار التي تترتب على الكفالة المصرفية، وقد أيدت هذه النظرية بعض أحكام القضاء المصري، غير أنه حدث تحول جوهري في الفقه والقضاء الفرنسي نحو خطاب الضمان منذ بداية الثمانينيات، حيث وجد أن الكفالة لم تعد تصلح أساساً قانونياً لالتزام البنك في خطاب الضمان[1]، ويذكر الفقيه جافلدا وستوفيله: "أنه رغم أن الكفالة تبدو من أول وهلة إنها مناسبة لضمان التنفيذ، إلا أنها لم تعد الآن حازمة بدرجة كافية في التجارة الدولية"[2].

ونظراً للتداخل بين الكفالة وخطاب الضمان فإن الأمر يتطلب التعرف على أحكام الكفالة المصرفية وخصائصها - بإيجاز - وذلك لمعرفة ما إذا كانت هذه الكفالة تصلح لأن تكون أساساً قانونياً لخطاب الضمان أم لا، باعتبار أن كفاله البنك كفاله مصرفيه وليست كفاله مدنية.

الكفالة المصرفية:

يتدخل البنك في هذه الكفالة لضمان عملائه بعدة صور، فهو يقرض توقيعه مقابل عمولة في صورة ضامن احتياطي على ورقة تجارية، أو في صورة قبول للأوراق التجارية، وأخيراً في صورة إصداره لخطاب الضمان، ففي هذه الحالات يقدم البنك توقيعه لضمان عملائه[3].

---

(1) انظر: د/ حياة شحاتة، مرجع سابق، بند 307، ص 347.

(2) انظر: جافلدا وستوفليه دالوز: 81، 85، 86، مشار إليه، د/ حياة شحاتة مرجع سابق، بند 307، ص 347.

(3) انظر: د/ سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفي، فيما بين الأطراف =

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

تعريف الكفالة المصرفية

تعرف المادة (230) تجاري يمني الكفالة التجارية بأنها "ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام، وتنعقد بإيجاب وقبول من الكفيل والدائن".

وقد عرفها القانون المدني المصري في المادة (772) أنها (عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه).

ويتضح من هذا التعريفات أن الكفالة التزام يقوم بجانب الالتزام الأصلي لضمان الوفاء، أي أن الكفيل يلتزم بالوفاء إذا لم يقم به المدين الأصلي.

وتقوم الكفالة المصرفية على التضامن بين العميل والبنك [1]، بخلاف الكفالة المدنية التي لا يفترض فيها التضامن وإنما لابد من النص عليه[2]، وهذا التضامن في كفالة البنك يحقق فائدة كبيرة للدائن تتمثل في عدم أحقية الكفيل في الدفع بالتجريد، أو تجزئة الدين المقرر له في الكفالة المدنية[3].

وعقد الكفالة عقد رضائي ملزم لجانب واحد؛ لأنه يتم بمجرد الإيجاب والقبول بين الدائن والكفيل (البنك)، وتعتبر كفالة البنك كفالة تجارية تتميز بالطابع التجاري، حيث يجوز إثابتها بكافة طرق الإثبات، فلا يشترط فيها الكتابة كما هو مقرر في القانون المدني[4].

وإذا كانت الكفالة تفترض وجود ثلاثة أطراف، وهم "الدائن والمدين

= وبالنسبة للغير، مرجع سابق، بند 36، ص 46، د/ مصطفى كمال طه، بند 93، ص 319.

(1) المادة (236)تجاري يمني، المادة (1/47) تجاري مصري.

(2) المادة (1044) مدني يمني، المادة (1/792) مدني مصري.

(3) انظر: د/ محمود بريري، قانون المعاملات التجارية، مرجع سابق، بند 54، ص 152، د/ سميحة القليوبي، بحثها المشار إليه، بند 43، ص 56.

(4) المادة (773) مدني مصري حيث تنص على انه "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولوكان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة".

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

والكفيل"، فإن عقد الكفالة ذاته يتم بين الكفيل والدائن فقط، أما المدين فهو ليس طرفاً في العقد، بل إن الكفالة قد تتم دون علمه[1]، أو رغماً عنه[2]، ولا يعتبر ذلك خروجاً عن القواعد العامة، بل هو مجرد تطبيق للمادة (397) مدني يمني، التي تجيز أن يحصل الوفاء ممن ليس له مصلحة فيه، ولو كان دون علم المدين، فضلاً عن أن العميل ليس طرفاً في الكفالة فلا يلزم رضاءه، ولا تظهر أهميته هذا التطبيق عند إصدار الخطاب الذي يصدر بناء على طلب العميل، وإنما تظهر أهميته عندما يطلب المستفيد من البنك مد سريان خطاب الضمان، إذ يجوز في نظر أنصار الكفالة دون حاجة إلى موافقة العميل، بل ورغم معارضته[3].

ويخضع عقد الكفالة لأحكام العقد، فلابد من توافر التراضي الصحيح، وأن تنصب على محل معين أو قابل للتعيين فضلاً عن توافر السبب المشروع[4].

وإذا كان الأصل في ظل القواعد المدنية أن التزام الكفيل تبرعي فإن الأصل في كفالات البنك أنها معاوضة فالبنك يتقاضي من المكفول عمولة تتحدد تبعاً لمدى المخاطر وأهمية التزام المكفول[5].

تجارية الكفالة المصرفية

الأصل في الكفالة أن تكون عملاً مدنياً ولو كان الدين عملاً تجارياً، وهذا ما نصت عليه المادة(1/979) مدني مصري بأن "كفالة الدين التجاري عملاً مدنياً ولو كان الكفيل تاجراً" غير أن الكفالة المصرفية تعد دائماً عملاً تجارياً بوصفها من العمليات المصرفية التي تقوم بها البنوك عند ممارستها لنشاطها[6]

(1) المادة (1034) مدني يمني، المادة (775) مدني مصري.

(2) المادة (775) مدني مصري.

(3) انظر: راغب حبشي، مرجع سابق، (1973/72)، ص 23، 24.

(4) انظر: د/علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، (1969م)، مرجع سابق، بند 412، ص 354.

(5) انظر: د/ محمود مختار بريري، المرجع السابق، نفس الصفحة.

(6) انظر: د/ سليمان مرقس، عقد الكفالة، الطبعة الثالثة، بدون ناشر، المجلد الثالث، طبعة 1994م، بند 11، ص 18، د/ سميحة القليوبي، بحثها السابق الإشارة إليه، بند 42، ص 54، 55.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المادة (1/10) تجاري يمني، المادة(5/ و) تجاري مصري، وتنص المادة (231) تجاري يمني على أنه "تكون الكفالة تجارية إذا كان الكفيل يضمن ديناً تجارياً بالنسبة إلى المدين. والكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو تظهير هذا الأوراق تكون دائماً كفالة تجارية"، وقد أشارت إلى ذلك المادة(1/48) تجاري مصري بقولها "لا تعتبر كفالة الدين التجاري عملاً تجارياً إلا إذا نص القانون على ذلك، أو كان الكفيل بنكاً.....".

وبذلك تخضع الكفالة المصرفية باعتبارها كفالة تجارية لأحكام الكفالة التجارية وقواعدها المنصوص عليها في القانون التجاري في المواد (230 - 249) تجاري يمني، مما يتعين عدم الرجوع للأحكام المنظمة للكفالة المدينة في القانون المدني، إلا في حالة عدم وجود نص خاص في القانون التجاري المنظم للكفالة التجارية.

خصائص عقد الكفالة:

1. عقد الكفالة عقد رضائي.

2. عقد الكفالة ملزم لجانب واحد وهو جانب الكفيل، الذي يعتبر ملتزم بموجبه بوفاء الدين للدائن إذا لم يفي به المدين الأصلي، أما الدائن فلا يلتزم عادة بشيء نحو الكفيل، وهذا هو الأصل، ولكن ذلك لا يمنع من أن تكون الكفالة عقد ملزم للجانبين، إذا التزام الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل في نظير كفالته له، فيصبح كل من الكفيل والدائن ملتزماً نحو الآخر، ويكون عقد الكفالة في هذه الحالة عقداً ملزماً للجانبين[1].

(1) انظر: د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، ج10، تنقيح المستشار أحمد المراغي، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، طبعة 2004م، ص 21. ويذهب د/ سليمان مرقس أن القول بأن الكفالة أصبحت في التقنين الجديد عقد ملزم للجانبين، لأن هذا التقنين فرض على الدائن أن يتخذ إجراءات المطالبة في الوقت المناسب، بحيث إذا أخل بهذا الالتزام وأضر ذلك بمصلحة الكفيل صار مسئولاً عن تعويض هذا الضرر، وبرأت ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر. لمزيد من التفصيل انظر: المرجع السابق، بند 8، ص 11، 12.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

3. التزام الكفيل "البنك" التزام تابع لالتزام المدين؛ بمعني أن التزام الكفيل "البنك" في الكفالة يعتبر حتماً تابعاً لالتزام المدين الأصلي؛ لأن الغرض من الكفالة ضمان التزام المدين[1]، ولعل عبارة "إذا لم يفي به المدين نفسه"، الواردة في المادة (772) مدني مصري تؤكد تبعية التزام البنك في الكفالة المصرفية لالتزام العميل (المدين الأصلي).

النتائج المترتبة على اعتبار التزام الكفيل تابع لالتزام المدين:

يترتب على هذه التبعية أن الكفيل يستطيع أن يدفع بكل الدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول؛ لأن التزام الكفيل يتبع التزام المدين من حيث وجوده وصحته، فإذا كان الالتزام الأصلي باطلاً بطل تبعاً له التزام البنك الكفيل، كذلك إذا كان معلقاً على شرط فاسخ أو واقف اتصف التزام الكفيل بذلك الوصف، وإذا بطل الالتزام الأصلي بسبب انعدام الرضاء أو بسبب مخالفة محله للنظام العام، أو الآداب العامة بطل تبعاً لذلك التزام الكفيل[2])، وقد عبرت عن ذلك المادة (782) مدني مصري "أن يبرأ الكفيل مجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين".

كما يترتب على صفة التبعية أن الكفالة تتحدد في نطاقها ومقدارها تبعاً للالتزام الأصلي، بحيث لا يجوز أن يكون التزام البنك الكفيل أشد من الالتزام المكفول، ولكنه يجوز أن يكون أهون فالكفيل مدين من الدرجة الثانية، ولهذا يستفيد من كل تغيير طارئ في التزام المكفول، ولكنه لا يضار من هذا التغيير المادة (1043) مدني يمني، المادة (780) مدني مصري.

---

(1) انظر: د/عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 22، د/ سليمان مرقس، مرجع سابق، بند 9، ص13.

(2) انظر: د/ أحمد حمود سيد، التأمينات الشخصية والعينية في القانونيين المصري واليمني، (الكفالة – الرهن الحيازي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى عام 1993م، بند 24 ص 93، د/ سميحة القليوبي، بحثها المشار إليه، بند 35، ص 45، د/ رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 343، د/ على البارودي، د/ محمد العريني، بند 305، ص 419.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وإذا كان الأصل في الكفالة المدنية أن الدائن لا يستطيع أن يطالب الكفيل بالوفاء إلا إذا عجز المدين الأصلي عن ذلك، إلا أن وصف التضامن الذي يلحق بكفالة البنك التجارية تجعله يكون ضامناً متضامناً مع المدين، أي لا يكون له الحق في الدفع بواجب الرجوع على المدين أولاً، بل يكون للدائن الخيار بين أن يرجع أولاً على المدين أو البنك الكفيل، وهو ما أشارت إليه المادة (236) تجاري يمني بقولها: "... والدائن مخير في المطالبة، إن شاء طالب المدين، وإن شاء طالب الكفيل، ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبته للأخر....".

- **حلول البنك محل الدائن:**

أساس دعوى الحلول:

نصت المادة (242) تجاري يمني بقولها: "يحل الكفيل محل الدائن في جميع ما لهذا الدائن من حقوق سواء كانت الكفالة بأمر المدين أو بأمر غيرة" وهي في ذلك لا تعدو من كونها تطبيقاً للمادة (400) مدني يمني الفقرة "1" التي تقضي بحلول الموفي محل الدائن بقوة القانون: "إذا كان الموفي ملتزماً بالحق مع المدين أو ملتزماً بالوفاء عنه" و في الكفالة المصرفية يلتزم البنك بوفاء الدين عن المدين، وهذا وحدة يكفي بمجرد الوفاء حلوله محل الدائن الذي استوفى حقه.

فهذا النصوص القانونية هي أساس دعوي الحلول والتي لم تشرع رعاية لكل من يوفي دين غيره، ولو كان ذلك باختياره، وإنما شرعت لمصلحة من يؤمن دين غيره، وهو ملزم بذلك كالكفيل.

شروط دعوى حلول البنك محل المدين:

يشترط لكي يحل البنك محل الدائن الشروط التالية[1]:

1. أن تكون كفالة البنك كفالة صحيحة.
2. أن يكون الكفيل ملزماً بالدين مع المكفول أو عنه.

(1) لمزيد من التفصيل انظر: د/ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 182، وما بعدها.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

3. أن يوفي الكفيل بالدين فعلاً، حتى يثبت له هذا الحق، وبالتالي لا يستطيع الكفيل أن يحل محله إذا لم يوف بالدين.

4. أن لا يكون قد وقع من الكفيل في وفاء الدين خطأ سبب ضرر للمدين.

وبهذا يكون للبنك بوصفه موفياً عن غيره الحق في أن يحل محل الدائن الذي استوفى حقه، وهو يتمتع في هذه الحالة بكل الضمانات والتأمينات الخاصة بحق الدائن في مواجهة المدين المكفول، ولكي يتمتع البنك بدعوى الحلول يلزم أن يكون وفاؤه قد تم من أمواله بصفته كفيلاً، فإذا تم من اعتماد مفتوح لصالح العميل وبمقتضى شيك مسحوب على هذا الاعتماد، فإن الوفاء وإن تم من البنك إلا أنه بصفته فاتح اعتماد لا بصفته كفيلاً؛ وبالتالي لا يتصور وجود دعوى حلول ابتداء، وعادةً ما يحرص البنك على عدم إدراج الوفاء الذي يقوم به بصفته كفيلاً في الحساب الجاري للعميل، وذلك تفادياً للأثر التجديدي الذي قد يجرده من مزايا الرجوع بصفته كفيلاً[1].

الكفالة وخطاب الضمان:

يرى بعض الفقهاء[2]، بأن خطاب الضمان هو كفالة "تضامنية"؛ نظراً لأن البنك يكفل عميله في تنفيذ التزامه تجاه المستفيد، وذلك في حالة إخلال العميل بالقيام بهذا الالتزام، وبناءً على ذلك فإن أصحاب هذا الرأي يعتبرون أن التزام البنك ليس التزاماً أصلياً وإنما هو التزام تابع لالتزام المدين (العميل)، ولذلك يتعين على البنك أن يقوم بإخطار عميله قبل قيامه بالوفاء، فإذا لم يوف العميل قام البنك بالوفاء.

---

(1) انظر: د/ محمود بريري، محاضرته بمركز البحوث والدراسات القانونية بجامعة القاهرة، مرجع سابق، ص 64، 65.

(2) انظر: د/ علي العريف، القانون التجاري، الجزء الأول، طبعة عام 1959م، ص 466، مشار إليه، د/حياة شحاته، بند 308، ص 350، د/ الياس ناصيف، الموسوعة التجارية الشاملة، عمليات المصارف، الجزء الثالث، عويدات للنشر والطباعة، بيروت، 1999م، ص 470 وما بعدها.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ولعل حكم محكمة الأمور المستعجلة الجزئية بالقاهرة الصادر في 5 مارس سنة 1960م، يظهر بوضوح خضوع التزام البنك إلى أحكام الكفالة العادية، حيث قضت: "بأن كفالة الشروط الواردة في القانون المدني تسري على الكفلاء جميعاً ولو كان الكفيل بنكاً؛ لأن صفة البنك لا تخول الكفيل امتيازات خارج القانون، ولذا فدفع الكفيل مبلغ الكفالة دون إخطار المدين أمر غير جائز ولو كان ذلك مشروطاً على الكفيل، كما أن اشتراط الكفيل للوفاء بالكفالة رغم اعتراض المدين غير جائز قانوناً"[1].

وتري الأستاذة الدكتورة سميحة القليوبي "على أنه إذا كان الأمر مستقراً في فرنسا على أن ضمانات البنوك لعملائها في مواجهة المستفيدين من تعهداتها هي بمثابة كفالة تخضع في أحكامها لما ورد بالقانون المدني، إلا أن ذلك لا يعني أن البنوك الفرنسية لا تصدر ضمانات مجردة عن الالتزام الأصلي المضمون وتمثل تعهداً باتاً ومنجزاً من قبل البنك في مواجهة المستفيد، وتصدر البنوك الفرنسية مثل هذه التعهدات الباته المنجزة في حالات خطابات الضمان الصادرة إلى الخارج بالنسبة للبلاد التي تشترط أن تكون خطابات الضمان الصادرة غير مشروطة وواجبة الدفع عند أول طلب ودون ألتفات لمعارضة العميل أو صدور أمر منه للبنك بعدم الدفع، وتطبيقاً لذلك ترسل البنوك الفرنسية خطابات ضمان غير مشروطة تمثل تعهداً مستقلاً من جانبها بناء على طلب عملائها لضمانهم في الخارج، في مواجهة الجهات الحكومية الأجنبية مثل جمهورية مصر العربية والتي تشترط أن تكون العطاءات المقدمة من المتعهدين أو المقاولين مضمونة بتأمين نقدي أو خطاب ضمان غير مشروط يتضمن تعهداً من البنك بدفع مبلغ نقدي عند أول طلب ودون التفات إلى معارضة العميل، وفي هذه الحالة لا تعتبر الخطابات المجردة كفالة صادرة من أحد البنوك، بل تعهد بدفع مبلغ معين في تاريخ معين، بمجرد أول طلب من المستفيد ودون التفات إلى أية معارضة تصدر من العميل بمعنى أن التزام البنك الفرنسي في هذه الحالة التزام بات وغير تابع لالتزام عميله.

(1) المحاماة، السنة الأربعون، ص 1710، مشار إلية سابقاً.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ويتضح من ذلك أن البنوك الفرنسية قد تصدر ضمانات غير مشروطة، على أن الوضع الغالب في فرنسا هو إصدار كفالات مصرفية تأخذ حكم الكفالة الواردة في القانون المدني"[1].

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي، بحثها السابق الإشارة إليه، بند 39 ص 49، 50.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثاني

تقدير نظرية الكفالة كأساس قانوني لالتزام البنك تجاه المستفيد

نستخلص من استعراض أحكام خطاب الضمان والعرض الموجز الذي قدمناه عن الكفالة المصرفية بإن هذه الكفالة لا تصلح لتفسير كافة الآثار التي ترتب على التزام البنك في خطاب الضمان؛ وذلك لعدة أسباب أهمها:

1. أن التزام الكفيل طبقاً للقواعد العامة في الكفالة التزام تابع لالتزام المدين الأصلي، وبالتالي ينقضي التزام الكفيل متى انقضى التزام المدين الأصلي، بينما يتميز التزام البنك في خطاب الضمان بأنه التزام مستقل عن العلاقة الأصلية بين العميل والمستفيد، فيظل التزام البنك قائماً تجاه المستفيد طوال مدة صلاحية الخطاب مهما طرأ على العلاقة القانونية بين العميل والمستفيد من تغيير[1].

وقد عبرت عن ذلك المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة المصري الجديد بقولها "يتميز خطاب الضمان وإن كان ضماناً في الواقع باستقلاله قانوناً وبعده تماماً عن عقد الكفالة، فإذا كانت الكفالة تنشئ على الكفيل التزاماً تابعاً لالتزام الأصيل فإن خطاب الضمان ينشئ على الضامن إلتزاماً مستقلاً ومنفصلاً عن الإلتزام المكفول، ويترتب على هذا الاستقلال أنه لا يجوز للبنك الضامن أن يمتنع عن وفاء التزامه استناداً إلى سبب مستمد من عقد الأساس، علاقته بالآمر،

(1) انظر: د/السيد اليماني،النظام القانوني لتمويل التجارة الخارجية، ص 443، د/محمود مختار بريري، محاضرته السابقة، ص 68، د/ عبد المجيد محمد عبود، مرجع سابق، ص 213، د/ مصطفى كمال، مرجع سابق، بند 301، ص 335، د/حياة شحاتة، مرجع سابق، بند 2 ص 319، د/ سامي حسن أحمد حمود، مرجع سابق، ص 325، د/ رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 343، د/ ثروت عبد الرحيم، مرجع سابق، بند 66 ص 971.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

لاستقلال العلاقات عن بعضها وهذه روح خطاب الضمان وما يفرق بينه وبين الكفالة التي ينظمها القانون المدني".

والقول بأن كفالة البنك تضامنية، وتمنع الكفيل من الدفع بالتجريد والتقسيم قول لا يمنع تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين وارتباطه به وجوداً وعدماً، كما أن فكرة التضامن لا تصلح لمنع البنك الدفع بالتجريد وفقاً للنظام المصري واليمني لخطابات الضمان، وذلك أن البنك لا يعتبر هو العميل في مركز الملتزمين بالتزام تضامني؛ لأن هذا المركز يفترض تعدد روابط الدائن بالمدنيين في محل واحد في حين أن التزام البنك هنا يختلف محله عن محل التزام المدين العميل[1].

وهذه التبعية في التزام الكفيل في الكفالة تعطيه الحق في التمسك في مواجهة الدائن بكافة الدفوع التي يستطيع أن يتمسك بها المدين، بخلاف الحال بالنسبة لخطاب الضمان، إذ يمتنع على البنك فيه الاحتجاج في مواجهة المستفيد بالدفوع المستمدة من علاقة هذا المستفيد بالعميل "المقاول أو المتزايد".

2. وإذا كان الدائن يستطيع أن يرجع في الكفالة على الكفيل أو المدين أيهما شاء، فإن المستفيد لا يستطيع بموجب خطاب الضمان أن يرجع إلا على البنك، أما العميل فلا رجوع للدائن عليه بموجب الخطاب، وإنما يكون بدعوى العقد المبرم بينهما، ولو اعتبر خطاب الضمان كفالة وفقاً لما يراه أصحاب هذه النظرية لأدى إلى إمكان حصول المستفيد على قيمة الخطاب مرتين مرة من العميل لأنه المدين، ومرة من البنك لأن خطاب الضمان ورقة قابلة للصرف رغم معارضة العميل أو امتناعه عن الوفاء[2].

3. يوجب القانون على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بالوفاء للدائن وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا الأخير قد أوفى **بالدين، أو**

---

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي، بحثها المشار إليه، بند 46 ص 60، د/ حسن حسني محمد حسني، مرجع سابق، ص 280.

(2) انظر: د/ محيى الدين إسماعيل، خطاب الضمان، مرجع سابق، بند 131، ص147.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

كانت عنده – وقت الاستحقاق – أسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه[1]، في حين نجد البنك في خطاب ضمان المناقصات والمزايدات – وفقاً لما انتهينا إليه سابقاً – ليس ملزم بإخطار العميل بمطالبة المستفيد بالوفاء[2]، بل أنه يلتزم بالوفاء لهذا المستفيد ولو كان عند عميله – وقت الاستحقاق – أسباب تقضي ببطلان علاقته التعاقدية مع المستفيد أو انقضائها، ويظل البنك ملتزماً بالوفاء ومسئولاً في ذمته تجاه المستفيد ولو اعترض العميل على ذلك.

يتبين من كل ما سبق بوضوح أن الكفالة بقواعدها المعروفة لا تصلح لتفسير طبيعة التزام البنك في خطاب الضمان، مما يحتم البحث عن أساس قانوني آخر يستطيع أن يحدد هذه الطبيعة، وقد اتجه بعض الفقه إلى الأخذ بنظرية الإنابة القاصرة، وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني.

(1) انظر: د/ السيد محمد اليماني، النظام القانوني لتمويل التجارة الخارجية، مرجع سابق، ص 444.

(2) انظر تفصيلات الفقهاء في هذا الخصوص، ص 155 من هذا البحث.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثاني

نظرية الإنابة القاصرة

بسبب الانتقادات التي وجهت لنظرية الكفالة وعدم قدرتها على تفسير التزام البنك في خطاب الضمان حاول البعض إرجاع هذا التكييف إلى نظرية الإنابة القاصرة، وفيما يلي نوضح هذه النظرية وذلك لمعرفة مدى قدرتها على تفسير التزام البنك في مواجهة المستفيد.

- **الفرع الأول:** عرض النظرية ونتائجها.
- **الفرع الثاني:** تقدير نظرية الإنابة القاصرة كأساس قانوني لالتزام البنك تجاه المستفيد.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الأول

عرض النظرية ونتائجها

الإنابة طبقاً لنص المادة (447) مدني يمني عقد يحصل بمقتضاه مدين على رضاء الدائن بأن يلتزم شخص آخر بوفاء الدين مكانه، وقد أوضحت هذه المادة بأن عقد الإنابة يستلزم وجود ثلاثة أطراف، وهم المنيب والمناب والمناب لديه، ويقصد بالمنيب المدين الذي ينيب الشخص الأجنبي ليفي الدين الذي عليه إلى الدائن، أما المناب فهو الشخص الأجنبي ينيبه المدين ليفي الدين إلى الدائن، أما المناب لديه فهو الدائن الذي يفي إليه الشخص الأجنبي بالدين الذي على المدين.

وقد يقصد بها تسوية العلاقتين القائمتين بين المنيب والمناب من ناحية وبين المنيب والمناب لديه من ناحية أخرى بعملية وفاء واحدة من جانب المناب، ويلزم لانعقادها رضاء المناب لكي يلتزم بالوفاء، وقبول المناب لديه هذا الالتزام[1]. فإذا رفض المناب الالتزام بالوفاء أو اعتراض المناب لديه على هذا الالتزام، أدى ذلك إلى عدم انعقاد عقد الإنابة الذي لابد فيه من رضاء جميع الأطراف.

وتتميز الإنابة القاصرة في الوفاء عن الإنابة الكاملة، بأنها لا تنطوي على تجديد بتغيير المدين بل يظل المنيب مديناً للمناب لديه إلى جانب المناب، وبذلك يكون للمناب لديه مدينان بدلاً من مدين واحد، وفيها لا تبرء ذمة المنيب نحو المناب إليه، بل يظل التزامه قائماً إلى جانب المناب، أما الإنابة الكاملة فهي تنطوي على تجديد الدين بتغيير المدين؛ مما يستتبع انقضاء التزام المنيب قبل المناب لديه "الدائن"[2] ويظل المناب هو الملتزم الوحيد تجاه المناب لديه.

---

(1) انظر: د/ سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، القاهرة، 1961م، مشار إليه د/ السيد محمد اليماني، النظام القانوني لتمويل التجارة الخارجية، مرجع سابق، ص445.

(2) انظر: د/ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظريه الالتزام بوجه عام، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، طبعة 1958م، ص859.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وقد أسس بعض الفقهاء[1] تكييف التزام البنك تجاه المستفيد في خطاب الضمان على فكرة الإنابة القاصرة، ويفسر أصحاب هذا الرأي ذلك بأن المدين عندما ترسو عليه مقاولة عامة على سبيل المثال، يلتزم بأن يقدم للدائن تأميناً نقدياً يضعه تحت تصرفه وبدلاً من تجميد هذا التأمين النقدي لدى الدائن؛ مما قد يحرم مقدمه من الانتفاع به في شكل مال سائل، فله أن يتفق مع دائنه على أن يقدم له ضماناً لهذا التأمين مديناً آخر، يلتزم بوفاء هذا الدين مكانه، فإذا ارتضى الدائن هذا المدين الثاني (البنك الضامن) انعقد بينهما عقد إنابة من مقتضاه أن يلتزم البنك الضامن قبل الدائن التزاماً أصلياً مباشراً ومستقلاً عن التزام الدين.

وقد رتب أصحاب هذا الرأي على اعتبار خطاب الضمان إنابة قاصرة العديد من النتائج أهمها:

1. بقاء المنيب مديناً للمناب لديه ولا تبرأ ذمته إلا إذا أوفى المناب الالتزام الجديد الذي فى ذمته للمناب لديه، أو قام المنيب بنفسه بالوفاء بالدين الأصلي الذي في ذمته للمناب لديه، وبمجرد قيام أحدهما؛ سواءً المنيب أو المناب بالوفاء للمناب لديه تبرأ ذمة الآخر.

2. للبنك إذا قام بالوفاء بالدين إلى المناب لديه الحق في أن يرجع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب بحسب الأحوال.

3. أن يكون للمناب لديه مدينان مدينه الأصلي وهو المنيب، والمدين الجديد وهو المناب، بحيث يستطيع أن يرجع على أيهما شاء دون أن يلتزم بترتيب معين، فإذا وفَّاه أحدهما برئت ذمة الاثنين معا نحوه.

---

(1) انظر: د/ أحمد زكي الشيتي وفاروق غلاب، مرجع سابق، ص 782 وما بعدها، إسماعيل الخلفي، شرح قانون المناقصات والمزايدات رقم 9 لسنة 1983م، توزيع مكتبة كومينت، القاهرة طبعة 1997م، ص 104، صلاح الدين فوزي، مرجع سابق، ص 107.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

4. استقلال التزام البنك المناب عن الالتزام العميل المنيب بسبب اختلاف مصدر التزام كل منهما، فمصدر التزام البنك المناب هو عقد الإنابة، أما مصدر التزام العميل المنيب فهو مصدر الالتزام الأصلي (وهو في المناقصات عقد المناقصة، وفي المزايدات عقد المزايدة) ومن ثم لا يكون هناك تضامن بين المدينين كما هو الحال في الكفالة المصرفية.

5. أن التزام المناب تجاه المستفيد المناب لدية التزام مجرد لا يتأثر بالدين الذي بين المنيب والمناب، ولكنه على النقيض من ذلك يتأثر بالدين الذي للمناب لديه على المنيب، إذ إن محل الدينين واحد، وينتج عن ذلك أن البنك يستطيع التمسك بدفوع العميل في مواجهة المستفيد، دون أن يستطيع أن يتمسك بدفوعه قبل المدين.

6. أن شرطا الدفع عند أول مطالبة، ورغم معارضة المدين صحيحين، إذ أن العقد ليس كفالة بحيث يمكن القول إنهما يخالفا أحكام الكفالة المبينة في القانون المدني، بل يعتبر أنهما شرطان طبيعيان ونتيجة منطقية وحتمية لإنابة البنك في الوفاء.

7. أن الإنابة القاصرة تفسر امتداد خطاب الضمان إذا أوشكت مدة سريان خطاب الضمان على الانتهاء قبل أن يتبين الدائن مصير الالتزام الأصلي، وهل سينفذ على الوجه الأكمل من عدمه، ذلك أن مصلحة البنك والمدين" العميل" هي الموافقة على الامتداد وإلا كان للدائن أن يطلب من البنك الوفاء بالمبلغ المضمون.

بالإضافة إلي إن البنك غير ملزم بالرجوع على المدين قبل الوفاء؛ لأن التزامه نحو الدائن "المستفيد" التزام أصلي ومباشر، ولذا كان من حقه الموافقة على المد بدلاً من الدفع، فإذا حصل هذا بموافقة العميل "المدين" كان للبنك حق الرجوع عليه بدعوي الوكالة، أما إذا حصل الامتداد بدون موافقة العميل" المدين"، كان له الرجوع عليه بدعوي الفضاله لأن المد في صالح العميل، خاصة وأن تأجيل الوفاء النقدي قد يتيح الفرصة للمدين في تنفيذ التزامه وإنهاء خطاب الضمان.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ويؤكد هذا الاتجاه فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، الصادرة بتاريخ 12/4/ سنة 1963م في النزاع المعروض عليها بين بنك مصر ووزارة الاقتصاد بخصوص خطابي ضمان صادرين منه لصالح هذه الأخيرة بقولها: "بأن البنك يقدم الخطاب إلي جهة الإدارة كتنفيذ منه لالتزام المتعاقد معها بتقديم التأمين المطلوب من العميل، وبذلك يكون هو الملتزم بهذا القيمة تطالبه بها الإدارة ابتداء إن شاءت ذلك، ولا يخل ذلك بالتزام المتعاقد مع الإدارة نفسه بهذا الالتزام، إذا هو لا يبرأ منه إلا إذا أوفى البنك بالتزامه هذا، وبذلك يكون لجهة الإدارة في هذا الحالة مدينان هما المتعاقد مع الإدارة والبنك يلتزم كل منهما بأداء قيمة التأمين النهائي نقداً عند طلبه، ويقوم التزام الثاني إلي جانب التزام الأول، ومصدر التزام الأول العقد المبرم مع الإدارة وهو مصدر التزاماته قبلها، أما مصدر التزام البنك فليس العقد المشار إليه، وإنما هو عقد أخر بمقتضاه وقع الاتفاق بين جهة الإدارة والمتعاقد معها والبنك على أن يعتبر هذا الأخير مديناً بقيمة التأمين النقدي، بوفاء هذه القيمة مكان المتعاقد معها، وبهذا يكون التزام البنك قبل جهة الإدارة التزاما أصليا ومباشراً ومستقلاً عن التزام المتعاقد معها، ويتضمن الأمر في هذا الحالة إنابة للبنك في الوفاء بالدين الذي لجهة الإدارة، قبل المتعاقد معها وهو قيمة التأمين مكان المتعاقد المشار إليه، مع استمرار قيام التزام هذا المتعاقد بالدين المذكور إلي جانب التزام البنك به، وهذه هي الإنابة القاصرة..."[1]

وبهذه الفتوى انتهت الجمعية العمومية للقسم الاستشاري إلي النتائج نفسها التي انتهى إليها أصحاب هذا الرأي واعتبرت أن التكييف الصحيح لخطاب ضمان من قبيل الإنابة القاصرة المعروفة في القانون المدني وليس من قبيل الكفالة.

(1) راجع: فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري في 1963/12/4م، مشار إليه د/ محيي الدين إسماعيل، خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك، مرجع سابق، بند 136، ص 152.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثاني

تقدير نظرية الإنابة القاصرة كأساس قانوني لالتزام البنك تجاه المستفيد

وعلى الرغم من وجاهة هذه النظرية وتفسيرها لكثير من خصائص خطاب الضمان، إلا أنه ما يزال يعتريها كثير من الصعوبات؛ مما يجعلها غير قادرة على تفسير الأمور التالية:

1. أن عقد الإنابة لابد وأن ينعقد بين كل من المناب والمناب لديه، وهذا مالا يتفق وعملية إصدار خطاب الضمان، إذ أن هذا الخطاب لابد وأن يصدر من البنك بناء على طلب عميله دون أن يكون المستفيد طرفاً في هذا العقد.

2. إذا كانت الإنابة تستلزم توافر الرضاء من المنيب والمناب لديه، إلا أن الأمر يختلف في خطاب الضمان إذا لا يستلزم توافر الرضاء من جانب المستفيد؛ لأنه ليس طرفاً في عملية إصدار خطاب الضمان، فلا يشترط رضاءه، وأن المطلوب هو عدم الاعتراض على الخطاب، وهناك فرق بين الرضاء وعدم القبول وبين عدم الاعتراض، فإذا كان عدم الاعتراض يستفاد من سكوت المستفيد عند اتصال الخطاب بعلمه فإن هذا السكوت لا يكفي أن يكون قبولاً تعاقدياً إلا إذا كان سكوتاً ملابساً، أي تحمل الظروف المحيطة به على اعتباره قبولاً ضمنياً، وإن اعتبر قبولاً فهو من قبيل القول المؤكد لا المنشئ[1]، فبمجرد السكوت البعيد عن أي ظرف وإن كان يحمل دلاله الرضاء، فليس تعبير عن الإرادة أصلاً حيث لا ينسب لساكت قول، لأن لا يمكن التكهن بقبول المستفيد أو رفضه للخطاب من مجرد سكوته؛ لان قواعد خطاب الضمان لا تلزمه بشيء من ذلك اطمئناناً للحصول على حقه بمجرد تلقيه الخطاب.

(1) انظر: د/ محيي الدين إسماعيل، موسوعة إعمال البنوك، مرجع سابق، بند 601، ص 638.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

3. لم يفسر أنصار نظرية الإنابة القاصرة سبب استقلال التزام البنك في خطاب الضمان تجاه المستفيد، ومن كونه يلتزم قبله بصفته أصيلاً وليس نائبا أو وكيلاً عن عميله، فليس صحيحاً كما يدعي أصحاب هذه النظرية بأن المستفيد يكون له مدينان مدينة الأصلي وهو المنيب" العميل" والمدين الجديد وهو المناب" البنك"؛ بحيث يستطيع أن يرجع على أيهما شاء دون إن يلتزم بترتيب معين.

أما في خطاب الضمان فإن الأمر يختلف؛ حيث لا ينتج عن التزام البنك في صك الخطاب بدفع مبلغ الضمان إضافة التزام العميل إلى جواره بدفع مبلغ التأمين النقدي إلي المستفيد، بل إن البنك يظل الملتزم الوحيد قبل المستفيد طوال مدة صلاحية خطاب الضمان(1)، والقول بغير ذلك يفقد خطاب الضمان أهميته ودوره في الحلول محل التأمين النقدي الذي تطلبه الجهة المستفيدة، فالعميل عندما يلجأ إلي إصدار خطاب الضمان إنما يقصد من ذلك هو الاحتفاظ بمبلغ التأمين المطلوب منه تقديمه في شكل مال سائل لاستغلاله في انجاز المشروع، وبخاصة عندما يكون غطاء الخطاب الذي يتطلبه البنك يساوي نسبة قليلة من قيمة العميلة أو على المكشوف، فلو ظل العميل ملتزم إلي جوار البنك بدفع التأمين النقدي لفضل ابتداء تقديمه إلي المستفيد، بدلاً من إصدار خطاب الضمان، حتى لا يفاجأ بمطالبة المستفيد له بدفع التأمين المطلوب بعد أن يكون قد استنفذ جزءاً كبيراً من سيولته النقدية في تنفيذ المشروع.

4. إن استقلال التزام البنك وفقا لنظرية الإنابة القاصرة يقتصر على التجريد من الدفوع المستمدة من علاقة المناب بالمنيب، ولا يشمل الدفوع المستمدة من علاقة المنيب بالمناب لديه، إذا يجوز للمناب إن يتمسك بهذه الدفوع تجاه المناب لديه، والأمر على خلاف ذلك في خطاب ضمان المناقصات

(1) لمزيد من التفصيل انظر: د/ سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان فيما بين الإطراف وبالنسبة للغير، بند 56، ص 71 وما بعدها، د/ حياة شحاتة، مرجع سابق، بند 316، ص 359.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

والمزايدات حيث يتميز التزام البنك تجاه المستفيد - كما ذكرنا سابقاً- باستقلال تام عن علاقة العميل (المقاول أو المورد أو المتعهد) بالمستفيد وعن علاقة البنك بالعميل أيضاً.

5. إن نظرية الإنابة القاصرة تفترض رجوع البنك المناب على المنيب المدين في حالة وفاء البنك للمناب لدية الدائن، على أساس الوكالة إذا وافق المنيب على مد اجل الخطاب وعلى الفضاله أو الإثراء بلا سبب إذا رفض المدين" المنيب" الموافقة على مد سريان صلاحية خطاب الضمان فقام البنك بمدها دون موافقته باعتبار أن ذلك شاناً عاجلاً من شئون العميل ولصالحه.

أما في خطاب الضمان فإن البنك يتصرف فيه بما يتفق مع الشروط الواردة في عقد الاعتماد بالضمان المبرم بينه وبين العميل، وغالباً ما تنص العقود بين البنوك والعملاء على حق البنوك في اقتضاء ما تقوم بدفعه خصماً من حساب العميل أو خصماً مما لديها من غطاء بناء على موافقة العميل المسبقة، ومن ثم يكون هذا العقد أي عقد فتح الاعتماد بالضمان هو أساس رجوع البنك على عميلة وليس وفقاً لما يراه أصحاب الإنابة القاصرة[1].

6. أن نظرية الإنابة القاصرة لم تستطع أن تفسر ما استقر عليه العرف المصرفي بشأن حق البنك في الاحتفاظ بالعمولة التي يتقاضاها نظير إصدارة خطاب الضمان، حتى ولو رفض المستفيد الخطاب وإعادة إليه، وإنما تؤدي إلي عكس ذلك إذا يترتب على رفض المستفيد ألا تنعقد الإنابة ويغدو احتفاظ البنك بالعمولة بلا سند قانوني[2]، بينما هذا الاحتفاظ بالعمولة في الواقع يجد سنده في عقد فتح الاعتماد بالضمان الذي يبرم

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي، بحثها السابق الإشارة إليه، مرجع سابق، بند 57، ص 72، د/ يعقوب صرخوة، مرجع سابق، 98.

(2) انظر: د/ محيي الدين إسماعيل، الاعتماد المستندي في الفقه والقضاء والعمل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، بند 226، ص 252، د/ السيد محمد اليماني، النظام القانوني لتمويل التجارة الخارجية، مرجع سابق، ص 448.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

بين البنك والعميل فقط، والذي يظل هذا العقد قائما ولو رفض المستفيد الخطاب؛ لأن الرفض يرد على الخطاب وليس على فتح الاعتماد بالضمان.

ومما سبق يتضح أن نظرية الإنابة القاصرة لا تصلح أن تكون أساساً قانونياً لتكييف التزام البنك في خطاب ضمان المناقصات والمزايدات، وإنما لا بد من البحث عن أساس آخر يستطيع أن يفسر لنا طبيعة هذا الالتزام، وقد اتجه بعض الفقهاء إلي الأخذ بنظرية الاشتراط لمصلحة الغير.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثالث

نظرية الاشتراط لمصلحة الغير

نتيجة للانتقادات التي وجهت للنظريات السابقة في قدرتها على تفسير التزام البنك، حاول البعض رد هذا التكييف إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، وفيما يلي نوضح هذه النظرية في فرعين:

- **الفرع الأول** نبحث فيه عرض النظرية ونتائجها.
- **ونخصص الفرع الثاني** لتقدير نظرية الاشتراط لمصلحة الغير كأساس قانوني لالتزام البنك في مواجهة المستفيد.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الأول

عرض النظرية ونتائجها

- **تعريف الاشتراط لمصلحة الغير:**

يعرف الاشتراط لمصلحة الغير بأنه" تصرف قانوني يشترط فيه أحد الطرفين ويسمي المشترط على الطرف الآخر ويسمي المتعهد التزاماً أو حقا معيناً بإعطاء شيء أو بعمل شيء لمصلحة شخص ثالث ليس طرفاً في العقد ولا ممثلاً فيه ويسمي المنتفع، فينشأ بذلك للمنتفع حقاً مباشراً في مطالبة المتعهد بتنفيذ هذه المصلحة"[1].

ويتضح من ذلك بأن الاشتراط لمصلحة الغير يتطلب وجود أطراف ثلاثة وهم المشترط والمتعهد والمستفيد الذي يطلق عليه الغير، كما أن هذا المشترط يتعاقد باسمه الشخصي لا بأسم المنتفع؛ لأن هذا الأخير ليس طرفاً في عقد الاشتراط لمصلحة الغير.

وقد نظم القانون المدني المصري واليمني أحكام الاشتراط لمصلحة الغير في المواد (217 - 218) مدني يمني، (154 - 156) مدني مصري.

- **الشروط اللازمة لقيام الاشتراط لمصلحة الغير[2]**

لكي يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير لا بد من توافر شروط ثلاثة:

---

(1) انظر: د/ محمد عارف الشناق، مرجع سابق، ص 48، نفس المعني د/ محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص160.

(2) لمزيد من التفصيل انظر: د/ محمد عارف قاسم الشناق، مرجع سابق، ص 50 وما بعدها د/ حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، طبعة عام 1999م، ص 457 وما بعدها، د/ محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 162 - 163، د/ سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان فيما بين الإطراف والغير، مرجع سابق بند 59، ص 74،78.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

أن يتم تعاقد المشترط باسمه الشخصي لا باسم المستفيد، وأن يترتب على الاشتراط حقاً مباشر للمستفيد" المنتفع"، وأن توجد مصلحة شخصية للمشترط من وراء الاشتراط، وفيما يلي شرحٌ مختصر لهذه الشروط.

1. أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المستفيد "المنتفع":

وهذا الشرط هو الذي يعطي للاشتراط خصوصيته، إذ بهذا الشرط يتميز نظام الاشتراط عما قد يلتبس به من أنظمة مجاورة، مثل الفضاله والنيابة، ويترتب على هذا الاختلاف مغايرة في الإحكام القانونية، فالاشتراط نظام مفتوح أمام أي شخص يريد أن يشترط لحساب غيره، والحال غير ذلك في النيابة أو الفضالة، كما أن المشترط لابد أن تكون له مصلحه شخصية فيما يقوم به، أما النائب فليس له بالضرورة مصلحه، وتمتنع هذه المصلحة فيما يقوم به الفضولي، وأخيراً فإن الفضولي يلتزم الاستمرار فيما بداه من عمل، أما المشترط فله الرجوع عن الاشتراط أو تغيير شخص المستفيد أو يستأثر به لنفسه، بشرط أن يتم ذلك قبل أن يعلن المستفيد للمتعهد أو للمشترط رغبته في الاستفادة من الاشتراط، المادة (4/217) مدني يمني، المادة(1/155) مدني مصري.

2. أن يشترط المشترط على المتعهد حقاً مباشرا للمستفيد:

ويعكس هذا الشرط مغزى الاشتراط وحقيقته، فهو بحكم منطوقه يتضمن اشتراط حقاً للغير، لذا يجب أن تتجه إرادة المشترط والمشترط عليه" المتعهد" إلي انشأ حق مباشر للمستفيد "للمنتفع"، فإذا اشترط المشترط حقاً لنفسه لم يكن اشتراط لمصلحة الغير، ولو عاد هذا الحق بالفائدة على الغير، فالأجنبي يكتسب هذا الحق المباشر من ذات عقد الاشتراط دون عقد آخر.

3. وجود مصلحة شخصية للمشترط:

لم ينص القانون المدني اليمني على هذا الشرط كما هو الحال عليه في القانون المدني المصري في المادة(1/154)؛ إلا أن طبيعة الاشتراط لمصلحة الغير

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

تحتم وجود هذا الشرط وإلا كان المشترط فضولياً، تطبق عليه إحكام الفضالة المنصوص عليها في القانون المدني اليمني في المواد(323 - 331) وليس أحكام الاشتراط لمصلحة الغير، باعتبار هذا الشرط يميز عقد الاشتراط عن غيره من العقود الشبيهة له كعقد الفضالة والنيابة.

لذا لا بد من وجود مصلحة شخصية للمشترط من وراء عقد المشارطه، وهذه المصلحة لا تقتصر على المصلحة المادية، وإنما قد تكون هذه المصلحة أدبيه تطبيقاً لنص المادة (1/154) مدني مصري.

أحكام الاشتراط لمصلحة الغير:

عقد الاشتراط لمصلحة الغير عقد ثلاثي الإطراف وهم المشترط والمتعهد والمنتفع ويترتب على هذا الاشتراط أن تنشأ بينهم علاقات مختلفة، وسنتناول هذه العلاقات في الآتي:

1. العلاقة بين المشترط والمتعهد:

تخضع العلاقة بين المشترط والمتعهد للعقد المبرم بينهم، فهو الذي يحدد حقوق كل طرف تجاه الآخر والتزاماته، فإذا ابرم شخص عقد تأمين على حياة أولادة مع شركة تأمين، فإن هذا العقد هو الذي يحدد الالتزامات المتقابلة بين المؤمن له وشركة التأمين، ولما كان للمشترط مصلحة شخصية في التزام المتعهد نحو المنتفع، فإن للمشترط الحق في أن يراقب المتعهد في تنفيذ التزامه قبل المنتفع، فهو طرف في العقد الذي أنشأ هذا الالتزام[1]، كما إن له أن يطالب المتعهد بتنفيذ ما اشتراط لصالح الغير المنتفع من عقد الاشتراط، إلا إذا اتضح من العقد أن المنتفع هو وحده صاحب الحق في المطالبة بذلك، وذلك تطبيقاً لنص المادة (2/217) مدني، يمني، والمادة (3/154) مدني مصري.

كذلك يترتب على عقد الاشتراط أن يكون لكل متعاقد أن يحتج قبل الآخر

(1) انظر د/ محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص162.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

بالدفوع الناشئة عن هذا العقد، بسبب عدم التنفيذ أو البطلان أو الأنقضى، تطبيقا للقواعد العامة في الالتزامات[1].

2. العلاقة بين المشترط والمستفيد" المنتفع"

تخضع العلاقة فيما بين المشترط والمنتفع للقواعد التي تحكم التبرع أو المعاوضة، حسب الغرض الذي أنشئ من أجله الاشتراط، فإذا كان غرض المشترط في الاشتراط هو التبرع للمنتفع سرت عليه أحكام عقد الهبة، وإن كان غرضه وفاء دين للمنتفع سرت عليه أحكام الوفاء وإن كان غرضه إقراض المنتفع سرت أحكام القرض[2]، والحق الذي ينشئه المشترط للمنتفع يستطيع أن يرجع فيه؛ لأن من حقه أن ينقض المشارطة أو أن يعدل فيها، وأن يحرم المنتفع منها ويحل محله منتفعاً آخر، كما يجوز له أيضاً أن يرد هذا الحق لنفسه فيجعل نفسه هو المنتفع به ما لم يتعارض ذلك مع مقتضي العقد، وهذا الحق الذي يكون للمشترط مشروطاً بأن يتم قبل إعلان المنتفع قبوله للمشارطه التي نشأ عنها الحق لصالحه، أما بعد قبوله لها، فإنه يترتب على ذلك عدم جواز نقض المشارطة من قبل المشترط ولو كان الاشتراط تبرعاً محضاً، المادة (5/4/217) مدني يمني، المادة (155) مدني مصري.

وهذا القبول من جانب المنتفع – والذي يقطع حق المشترط في نقض المشارطة – لا يعتبر قبولاً لإيجاب صادر من المشترط، كما أنهُ ليس أجازه، لأنها لا تكون إلا من طرف في عقد قابل للإبطال[3].

3. العلاقة بين المتعهد والمنتفع:

(1) انظر د/ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، 2003م، ص 337.

(2) انظر: د/ حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 464، د/ محمد الشناق، مرجع سابق، ص 338، د/سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان فيما بين الإطراف وبالنسبة الغير، بند 60، ص 75

(3) انظر: د/ سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان فيما بين الإطراف وبالنسبة الغير، مرجع سابق، بند 62، ص76.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وفي هذا العلاقة يصبح المنتفع دائناً مباشراً للمتعهد من وقت توقيع الاتفاق بين المشترط والمتعهد؛ بمعني أن حقه يولد منذ ميلاد هذا الاتفاق، وليس منذ قبوله للاشتراط، فالقبول يؤدي فقط إلي تثبيت حق المنتفع، وجعله نهائياً، فضلاً عن أن هذا القبول ينأى بالاشتراط من أي إمكانية للنقض من جانب المشترط[1].

ولكن يلاحظ أن المنتفع لا يصبح طرفاً في عقد المشارطة، رغم ثبوت حقه الناشئ عنها، إلا أنه يستطيع أن يرفع دعوي مباشرة ضد المتعهد لمطالبته بالتنفيذ العيني لالتزامه، المادة (1/217) مدني يمني، المادة (2/155) مدني مصري غير أنه لا يملك أن يطلب فسخ عقد المشارطة لأنه ليس طرف في هذا العقد.

وهذا الحق المباشر الذي يتلقاه المنتفع من عقد الاشتراط دون أن يمر بذمة المشترط، هو الذي يميز عقد الاشتراط عن غيرة من العقود، ويبرر الخروج على قاعدة نسبية أثر العقد.

كما ترتب هذا العلاقة للمتعهد الحق في أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع الناشئه له عن عقد المشارطة، المادة (3/217) مدني يمني، المادة (2/155) مدني مصري، فله مطالبة المستفيد المنتفع ببطلان المشارطة، كما يجوز له أن يتمسك عليه بدعوي فسخ العقد نتيجة عدم تنفيذ المشترط لالتزاماته.

وبتطبيق قواعد الاشتراط لمصلحة الغير على خطاب الضمان يظهر أثر هذه النظرية فيما يلي[2]:

1. أن حق المستفيد ينشأ فور انعقاد العقد.
2. أن التزم البنك يصبح قطعياً منذ الوقت الذي يظهر فيه قبول المستفيد.
3. أن المستفيد يحتفظ بحقه في الرجوع على العميل" المقاول" إذا امتنع البنك عن الدفع.

---

(1) انظر: د/ حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 462.

(2) انظر: د/ السيد اليماني، النظام القانوني لتمويل التجارة الخارجية، مرجع سابق ص 449.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

من أجل ذلك ظهر رأي[1] يتخذ من هذا النظرية أساسا قانونياً لتحديد طبيعة العلاقة القانونية بين البنك والمستفيد في خطاب الضمان، باعتبارها في نظره تقدم تفسيراً معقولاً للنظام القانوني لهذه الخطابات، فالمشترط في الاشتراط لمصلحه الغير يتعاقد باسمه مع المتعهد على إنشاء حق مباشر للمنتفع، وأنه يلزم توافر مصلحة شخصية ماديه أو أدبية لدي المشترط.

وهذه الشروط متوافرة في خطاب الضمان؛ حيث يتعاقد العميل" المشترط" مع البنك المتعهد على أنشاء حق مباشر للمستفيد، يلتزم البنك بأدائه.

كما أن للعميل مصلحة شخصية ماديه دائماً في ترتيب حق للمستفيد في ذمة البنك، ذلك أن هذا الحق ينشئه العميل بدلاً من التأمين الذي يلتزم بدفعه إلي المستفيد، إذ بهذا الاشتراط يخف الجانب السلبي من ذمة العميل، ويزيد الجانب الإيجابي في ذمة المستفيد بمقدار خطاب الضمان، وإذا كان للعميل أن يشترط للمستفيد حقاً، فإن هذا المستفيد لا يدخل بذلك طرفاً في العقد، فليست ثمة رابطة تعاقدية بين البنك والمستفيد خلافاً لما ذهبت إليه نظرية الكفالة والإنابة.

ويستطرد هذا الرأي قائلا بأن القبول الذي يصدر من المستفيد لا يمكن اعتباره قبولاً مما تنعقد به العقود؛ بل تعبير يقصد به توكيد حق موجود من قبل بناءً على الاشتراط، فالاشتراط لمصلحة الغير هو طريق يستطيع بها المشترط إغناء شخص أخر" الغير" دون الحاجة إلي قبول يصدر من ذلك الشخص.

ويضيف بأنه إذا كان قبول المنتفع ونقض المشترط من طبيعة الاشتراط لمصلحة الغير، فإنها ليس من مستلزماته، لذلك فإنه لا يلزم صدور قبول من المستفيد ويكفي منه القبول الضمني أو عدم الاعتراض، كما أنه يمكن أن ينشأ للمستفيد حق غير قابل للنقض من أول الأمر دون أن يقدح ذلك في صحة الاشتراط، أما إذا رفض المستفيد الخطاب عند اتصاله بعلمه يعني عدم قبول أي حق له قبل البنك، مما يكون على العميل تقديم التأمين النقدي المطلوب منه، بدلاً من خطاب الضمان.

(1) انظر: د/ محيي الدين إسماعيل موسوعة إعمال البنوك، مرجع سابق بند 641، ص 666وما بعدها.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وترتيباً على ذلك فحق المستفيد في الخطاب قابل للنقض قبل أن يتصل بعلمه، فإذا اتصل بعلمه أصبح حقه غير قابل للنقض ولو لم يصدر منه قبول؛ لأن العميل والبنك قد اتفقا على أن يقوم البنك بالدفع عند أول طلب من المستفيد، دون الالتفات إلي معارضة العميل؛ ومعني ذلك أنه لا يجوز المساس بحق المستفيد بعد اتصاله بعلمه، وإنما يجب أداؤه إليه لدي طلبه.

ويقر هذا الرأي بأن ما يميز الاشتراط عن خطاب الضمان، هو أن المتعهد يجوز له أن يدفع مطالبة المشترط بالدفوع الناشئة عن عقد الاشتراط، وهذا غير جائز في خطاب الضمان نتيجة خاصية التجريد التي يتصف بها هذا الخطاب.

ورغم ذلك عجز هذا الرأي في تفسير خاصية التجريد التي يتميز بها خطاب الضمان، والتي لم تسعفه النصوص المنظمة للاشتراط لمصلحة الغير على تفسيرها، إلا أنه حاول إسنادها إلي العرف المصرفي، حيث عبر عن ذلك بقوله:" ومصدر التجريد في خطاب التعهد ذلك النص الذي يدرج فيه متضمنا تعهد البنك بالدفع" عند أول مطالبة تصله من المستفيد، ورغم أي معارضة قد تصدر من العميل" والشق الأول في هذا التعهد يعني أن البنك لن يثير أي دفوع تتصل بعلاقته مع عميله، والشق الثاني يعني أن البنك لن يتمسك بأي دفوع تكون للعميل قبل المستفيد، وقد أصبح عرف مستقراً وإذا كان التجريد لا يتقرر إلا بالقانون فإن العرف قانون، ولا غضاضة في إضفاء صفة التجريد على بعض عمليات البنوك، حيث إن تلك العمليات لم تنظم بالتشريع، وإنما نشأت من العادات التجارية، التي لم تلبث مع الزمن أن أصبحت عرفاً مستقرا، ولعل هذا المعني يعطي للتجريد صيغة منطقية وعملية، إذ إن العرف يستجيب للحاجات العملية ويعطي صورة صادقة لها"[1].

(1) انظر: د/ محيي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك، مرجع سابق، بند 672، ص 694، ومن ذلك ايضاً د/ حمدي عبد الرحمن، حيث يري" بأن هناك حالات استثنائية تتجرد فيها علاقة المستفيد من الاشتراط عن علاقة الأساس بين المشترط والمتعهد، أو بين المشترط والمستفيد، كما هو الحال في خطابات الضمان، والتي ينشأ عنها التزام مستقل عن علاقة الأساس، وهو ما اقتضته طبيعة خطابات الضمان وفق ما استقرت عليه الأعراف التجارية والبنكية"، مرجع سابق، ص 457 - 458.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثاني

تقدير نظرية الاشتراط لمصلحة الغير كأساس قانوني لالتزام البنك

إن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير كغيرها من النظريات السابقة التي قيلت في تكييف التزام البنك في خطاب الضمان، لم تلق قبولاً لدي غالبية الفقهاء، فهي وإن كانت شروطها توحي بتوافقها مع شروط خطاب الضمان، إلا أنها تظل عاجزة عن تفسير أساس التزام البنك تجاه المستفيد في الخطاب تفسيراً دقيقاً، وقد وجه الفقهاء الانتقادات إلي بعض الجوانب التي عجزت عن تفسيرها، من أهم هذه الانتقادات ما يلي

1. أن من شأنها أن تجعل التزام البنك تجاه المستفيد في خطاب الضمان التزاماً تابعاً لالتزام العميل؛ بمعني أنها تسمح للبنك أن يمتنع عن الدفع كلما تخلف العميل عن تنفيذ التزاماته تجاه البنك، فينشئ بذلك ارتباطاً بين حق المستفيد لدي البنك ومركز العميل أمام هذا البنك، مع ما يترتب على ذلك من إمكانية التمسك بكافة الدفوع الناشئة عن هذا العلاقة[1].

الأمر الذي لا يتفق وطبيعة التزام البنك تجاه المستفيد في خطاب ضمان المناقصات والمزايدات، حيث يتميز بالاستقلال المطلق، الذي لا تجدي معه أي دفوع أخرى قد تؤثر أو تغير من حق المستفيد في الحصول على مبلغ الضمان، وقد حاول صاحب هذا الرأي سد هذه الثغرة التي تنتاب فكرته بإقحام خاصية التجريد على قواعد الاشتراط لمصلحة الغير، لكي تتناسب مع طبيعة خطاب الضمان مستنداً في ذلك على العرف، ومقتضي هذا الخاصية ألا يجوز للبنك تعطيل الدفع إلي المستفيد

(1) انظر: د/ السيد محمد اليماني، النظام القانوني لتمويل التجارة الخارجية، مرجع سابق، ص 451، د/يعقوب صرخوه، مرجع سابق، ص 99، د/ مختار بريري، محاضرته السابقة، ص 69.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

عند مطالبته مستخدماً في ذلك دفوع علاقته بالعميل، أو على وجود عيب شاب إرادته من غلط أو تدليس أو إكراه أو عدم وجود غطاء لخطاب الضمان، أو أموال للعميل لديه تمكنه من مواجهة الدفع أو لعدم تنفيذ العميل تعهده للبنك بتقديم ضمان معين[1].

ومع تسليمنا بفكرة التجريد التي يتميز بها خطاب ضمان المناقصات والمزايدات، إلا أنه من غير المقبول عند تكييف علاقة قانونية إسناد بعض إحكامها إلي فكرة قانونية معينة و إسناد البعض الآخر إلي فكرة قانونية أخرى، حيث يؤدي ذلك إلي اضطراب روح هذا العلاقة نتيجة عدم الانسجام والاتساق بين الأحكام القانونية التي تطبق عليها، ففكرة الاشتراط لمصلحة الغير فكرة قائمة بذاتها لها أحكامها وقواعدها وآثارها التي تعرف بها في المجال القانوني والقضائي، ومحاولة اقحام خاصية التجريد على قواعدها محاولة لإخراجها عن الطبيعة التي رسمها لها القانون.

لذا كان الأجدر بصاحب هذا الرأي الالتجاء إلي العرف منذ البداية، كأساس لكل عملية خطاب الضمان، دون تجزئة أحكامها بين العرف ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير، تلك النظرية التي تعجز عن تفسير أحكام خطاب الضمان وآثاره.

2. من مقتضي قواعد الاشتراط لمصلحة الغير أن حق المنتفع لا يصبح قطعياً، إلا إذا أعلن قبوله للمشارطة، بحيث يكون للمشترط حق نقص المشارطة في أي وقت يشاء طالما أن المستفيد لم يعلن قبوله له، وذلك تطبيقاً لنص المادة (4/217) مدني يمني، والمادة (1/155) مدني مصري؛ بمعني أن التزام البنك وفقاً لهذه النظرية لا يكون نهائياً إلا إذا قبل المستفيد هذا الالتزام، أما قبل قبول المستفيد فإن للبنك أن يرجع عن التزامه بناءً على حق النقض المقرر للمشترط.

وذلك لا يمكن قبوله في خطابات الضمان التي تتميز بأن حق المستفيد فيها

(1) انظر: د/ محيي الدين إسماعيل، موسوعة إعمال البنوك، مرجع سابق، بند 684، ص 702.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

يتأكد بمجرد وصوله إلي علمه، وذلك سواءً أعلن رغبته بالقبول أم لا، لأن قبول تلك النتيجة معناه هدم أهم خصائص التزام البنك في خطاب الضمان باعتباره التزاماً نهائياً منذ صدوره ووصوله إلي المستفيد[1].

ومع ذلك لم تستطع نظرية الاشتراط لمصلحة الغير تفسير أساس التزام البنك وعدم إمكان الرجوع فيه، في الفترة بين إنهاء الخطاب إلي المستفيد وبين ظهور رغبته في الاستفادة منه، والذي قد تستغرق هذا الرغبة بعض الوقت، خاصة في الخطابات التي تصدر لصالح بعض الجهات الحكومية التي تنتهج روتين يوصف بالبطء في تسير ومتابعة أعمالها وبرامجها، والذي قد تتباطأ في إظهار رغبتها في قبول الخطاب.

وقد حاول صاحب هذا الرأي تفسير ذلك، بمخالفة القواعد المنظمة للاشتراط لمصلحة الغير بإقراره حرمان المشترط" العميل" من حقه في نقض اشتراطه رغم عدم إظهار المستفيد رغبته، معتمداً في ذلك على العرف لتأسيس هذا الحرمان.

3. أن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، حتى بعد استكمالها بالتجريد، فإنها تقضي أن ينشأ حق المستفيد من عقد فتح الاعتماد بالضمان، وهو العمل القانوني المبرم بتوافق إرادة كل من البنك والعميل، ويترتب على ذلك أن ينشأ حق المستفيد قبل إصداره خطاب الضمان ووصوله إلي المستفيد، الأمر الذي لا يمكن التسليم به فحق المستفيد لا ينشأ من الاتفاق المبرم بين البنك والمقاول" العميل"، وإنما ينشأ من خطاب الضمان بعد إصداره ووصوله إلي علم المستفيد[2] فلا دخل لإرادة العميل في ذلك وإنما يقتصر دورة على الاتفاق المسبق مع البنك على إصدار الخطاب المنشئ لحق المستفيد دون أن يتدخل في إصداره.

---

(1) انظر: د/ القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف وبالنسبة للغير، مرجع سابق، بند 64، ص 78، د/ حياة شحاتة، مرجع سابق، بند 319، ص361.

(2) انظر: د/ السيد اليماني، النظام القانوني لتمويل التجارة الخارجية، مرجع سابق، ص 452.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الرابع

نظرية العقد الملزم لجانب واحد

ذهب أنصار هذا النظرية[1] إلى أن التزام البنك هو عقد ملزم لجانب واحد وهو جانب البنك وأن التزامه يجد أساسه ومصدره في الاتفاق الذي يربطه بالمستفيد، لذا يحتاج الأمر إلى قبول من جانب المستفيد، على أن هذا القبول قد يكون ضمنياً يستفاد من وصول الخطاب إليه وسكوته عن الاعتراض على أي عنصر فيه؛ لأنه يرتب حقاً له خالصاً في الضمان.

ويستند هذا الرأي إلى نص المادة (98) من القانون المدني المصري التي تنص بأنه " إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجهة إليه"

والحقيقة أن طبيعة المعاملة في خطابات الضمان في المناقصات والمزايدات والممارسة العملية جرت على أن الضامن لا ينتظر تصريحاً بالقبول من جانب المستفيد والحالة الوحيدة التي لا ينتج فيها التزام البنك أثره هو رفض المستفيد الخطاب لأي سبب.

وبذلك يري أصحاب هذا الرأي بأن هذا التكييف هو الذي يفسر التزام

(1) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية (2007م)، مرجع سابق، ص61وما بعدها، محمد علي البربري، مرجع سابق، ص20، د/ محمود مختار بريري، إلا أنه يري بأن القبول يكون من جانب البنك – وليس من المستفيد – والمتمثل في قبوله للشروط التي حددها المستفيد والتي تمثل إيجاباً حمله عميل البنك وابلغه للبنك من خلال الاتفاق على إصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد، وبمجرد وصول هذا القبول لعلم المستفيد يمتنع على البنك العدول عنه دون حاجه لقبول جديد من الموجب أي المستفيد. انظر: محاضرته السابقة، ص72.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

البنك تجاه المستفيد باعتباره التزاماً نهائياً وقطعياً بمجرد إصداره الخطاب؛ بحيث لا يجوز له التذرع في مواجهة المستفيد بأيه دفوع مستمدة من علاقة أخرى إعمالاً لمبدأ حسن النية، كما يفسر عدم تجريد التزام البنك عن سببه، إذ يعتبر العقد الأصلي المزمع إبرامه بين العميل والمستفيد هو سبب التزام البنك، لذا لا يتصور إلزام البنك بالوفاء إذا كان الخطاب مقدماً كبديل لتأمين مؤقت ولم يتم رسوء العطاء على العميل، فهنا يجب رد الخطاب، والأمر نفسه إذا كان الخطاب مقدماً كتأمين نهائي وتم تنفيذ العميل لكل التزاماته إذا يتعين رد الخطاب أيضاً، والقول بغير ذلك يؤدى إلى استخدام خطاب الضمان في عمليات مضاربه تسمح للمستفيد بالجمع بين حصوله على كامل حقوقه من العميل، والحصول على قيمة خطاب الضمان المقدم كتأمين أداء دورة.

وأهم ما يؤخذ على هذه النظرية من نقد أنها تشترط قبول الطرف الآخر للإيجاب الموجه إليه من الطرف الملتزم[1]، رغم أن البنك عند إصداره لخطاب الضمان التزم التزاماً نهائياً بمجرد إصداره الخطاب ووصوله إلى علم المستفيد دون الحاجة إلى قبول الأخير؛ لأن المستفيد ليس طرفاً في عقد بينه وبين البنك، كما أنه لم يطلب من البنك إصدار له خطاب الضمان، وإنما إصداره البنك بناء على طلب عميله، والعميل لم يطلب من البنك إصداره الخطاب إلا تنفيذ لالتزام على عاتقه تجاه المستفيد. لذا نرى بأن هذه النظرية لا تصلح أن تكون أساساً قانونياً لالتزام البنك تجاه المستفيد.

ونستخلص من كل ما تقدم قصور النظريات التي ترد التزام البنك إلى فكرة العقد، فهي لم تستطع أن تقدم تفسيراً كافياً ودقيقاً يحدد طبيعة التزام البنك تجاه المستفيد بما يتفق مع الخصائص التي يتميز بها خطاب الضمان؛ مما جعل البعض يحاول رد هذا الالتزام إلى نظرية الإرادة المنفردة، وهو ما سيتم توضيحه في المبحث التالي:

---

(1) انظر: د/ السيد اليماني، الاعتماد المستندي، النظام القانوني لتمويل التجارة الخارجية، مرجع سابق، ص461، د/ عادل إبراهيم مصطفي، مرجع سابق، ص337.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المبحث الثاني

نظرية الإرادة المنفردة

تنص المادة (126) **مدني يمني على أن** "مصدر الحق هو كل ما ينشأ عنه وجودة، والمصادر الأساسية للحقوق التي تتفرع عنها المصادر المباشرة لها (أسبابها) ثلاثة هي:

1. التصرف الإرادي.
2. الفعل المجرد.
3. الواقعة."

وتنص المادة (127) **مدني يمني بأن** "التصرف الإرادي أو العمل القانوني هو ما يصدر عن الإنسان بقصد ترتيب أثاره القانونية الشرعية عليه وتتفرع عنه المصادر الآتية:

1. العقد وهو تلاقي إرادتين بأي صفة كانت وتنشأ عنه المسؤولية العقدية.
2. الإرادة المنفردة وهي الإيجاب المجرد الذي ترتب عليه آثاره القانونية الشرعية دون توقف على قبول وتلحق بالمسؤولية العقدية."

ويتضح من النصوص السابقة أن القانون اليمني جعل الإرادة المنفرد مصدراً عاماً من مصادر الالتزام وليس مصدراً استثنائياً[1]، حيث خصص الباب

(1) ويري في هذا الخصوص الأستاذ الدكتور/ محمد بن حسين الشامي" انه لم يعثر على مبرر شرعي، يمنع الإرادة المنفردة من أن تكون مصدراً للالتزام، ذلك أن المعتبر شرعاً في العقود والتصرفات إنها من قبيل المصالح والعادات، وما كان من هذا القبيل فالأصلح فيه الإباحة ما لم يرد نهي من الشارع الحكيم، وطالما والله سبحانه وتعالي، كما نعلم، أوضح ما يشمله التحريم من العقود والتصرفات والمتمثلة في الربا والغش والمنافع غير المباحة أما عدا ذلك تبقي على الأصل الإباحة، وبهذا تكون الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام، كما هو الشأن في العقود، طالما استوفي التصرف ما أوجبه الشرع من حيث المحل والغاية المشروعة ونحوها" انظر مؤلفة النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، =

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الثاني من الكتاب الثاني للإرادة المنفردة واستهله بوضع القاعدة العامة لنظرية الإرادة المنفردة وذلك بالمادة (301) والتي تنص على أن "الالتزام بالإرادة المنفردة هو صدور إيجاب من شخص لا يتوقف على قبول من آخر يلتزم به الموجب لشخص معين أو قابل للتعيين، فيترتب على الالتزام آثره من تولد الحق لصاحبه وإجبار الملتزم به على أدائه عند الامتناع، ومن ذلك النذر والوعد بالجائزة، ويرجع في الأحكام الخاصة بالنذر إلي قانون الهبة"

ويستفاد من النص أنه مكن الإرادة المنفردة من أن تكون أحد مصادر الالتزام، بحيث يستند قيام الالتزام على الإرادة المنفردة، كما هو الشأن في العقد شريطه أن يكون التصرف - كالعقد -، مشروعاً من حيث القصد والغاية من الانتفاع.

وقد أورد النص عدة تطبيقات للإرادة المنفردة وذلك على سبيل المثال وليس الحصر (ومن ذلك النذر والوعد بالجائزة) فلفظه ومن ذلك يؤكد بأن الإرادة المنفردة لا تقتصر على النذر والوعد بالجائزة، وإنما تصلح أن تكون مصدر لأي التزام تتوافر فيه خصائصها، كالتزام البنك تجاه المستفيد في خطاب ضمان المناقصات والمزايدات.

ويتجه بعض الفقه[1] تؤيده بعض الأحكام القضائية إلي تأسيس التزام البنك في خطاب الضمان على الإرادة المنفردة التي أعلن عنها البنك عندما أصدر الخطاب لصالح المستفيد، وهذا الرأي الذي نختاره ونؤيده، فخطاب ضمان المناقصات أو المزايدات يمر كما سبق توضيحه[2] بمرحلتين:

= الطبعة السابعة، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، بند 326، ص 324.

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف وبالنسبة للغير، مرجع سابق، ص82 وما بعدها د/ محمد حسني عباس، مرجع سابق، بند 199، ص139، د/ فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، بند 147، ص517، د/ محمد أحمد مرغم، مرجع سابق، ص438، د/ ثروت عبدالرحيم، مرجع سابق، بند 65، ص970، د/ السيد اليماني، النظام القانوني لتمويل التجارة الخارجية، مرجع سابق، ص462، د/ حسن حسني محمد حسني، مرجع سابق، ص280، د/خليل فيكتور، مرجع سابق، ص269، د/ عباس عيسي هلال، مرجع سابق، ص316.

(2) انظر: ما سبق ص 197ومابعدها من هذا البحث.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

- **المرحلة الأولي:** وهي مرحلة الاتفاق على إصدار خطاب الضمان، وفيها يتفق المقاول الآمر مع البنك على إصدار خطاب ضمان وفقاً لشروط محددة وخلال مدة معينة أو قابلة للتعيين يتم الاتفاق عليها، وبعد أن يتأكد البنك من قوة و سلامة المركز المالي للعميل وقدرته على تنفيذ التزاماته، يوافق على طلبه فينعقد بينهما عقد يسمي بعقد الاعتماد بالضمان أو بالتوقيع، وفي هذا المرحلة لا يتم إصدار الخطاب وإنما ينعقد بينهما عقد يتم بموجبه تحديد التزامات كل منهما تجاه الآخر.
- **المرحلة الثانية:** وهي مرحلة إصدار الخطاب، وفيها ينشأ حق المستفيد على مبلغ الضمان من جانب واحد وهو جانب البنك منفرداً دون أن تتدخل أي إرادة أخري في إنشائه وتعد كل مرحلة من هاتين المرحلتين عملاً قانونياً مستقلاً عن الأخرى من حيث طبيعتها القانونية والآثار التي ترتب عليها.

فالمرحلة الأولي تتم بعقد بين العميل والبنك يتحدد بموجبه التزامات كل طرف، ومنها إصدار خطاب الضمان، والثانية تتم بتصرف أحادي من جانب البنك يلتزم فيه بإرادته المنفردة تجاه المستفيد دون حاجة إلي قبول من جانب الأخير ولو ضمني، وإنما يكفي مجرد علمه بهذا التصرف، فله فقط أن يقبل الخطاب دون اعتراض أو يرفضه، وفي الحالة الأولي ليس هناك قبول بل يكفيه السكوت وهذا السكوت لا يعد قبولاً، وإنما هو تثبيت لحقه[1]، بحيث لا يستطيع البنك بعد ذلك أن يتحلل من التزامه متى استخدام المستفيد الخطاب وفقاً لشروطه.

كذلك إرادة العميل لا تتدخل في تكوين هذا التصرف وإنما تظل مقصورة على الاتفاق مع البنك على إصداره لصالح المستفيد دون أن تشترك في هذا الإصدار.

ومتى نشأ التزام البنك بإرادته المنفردة على النحو السابق كما عبر عنها في

(1) انظر: د/ السيد اليماني، النظام القانوني لتمويل التجارة الخارجية، مرجع سابق ص 462، د/ خليل فيكتور، مرجع سابق، بند 198، ص 262

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

تعهده بخطاب الضمان، فإنه ينشأ مستقلاً استقلالاً نهائياً وقطعياً عن العلاقات بين العميل والمستفيد أو بين البنك والعميل، الأمر الذي لا يستطيع البنك معه التمسك في مواجهة المستفيد بالدفوع التي تنشأ للعميل في مواجهة المستفيد بمقتضي عقد المناقصة أو المزايدات، أو تلك التي تنشأ للبنك في مواجهة العميل بمقتضي عقد فتح الاعتماد بالضمان[1].

وقد اعترض على الإرادة المنفردة بأنها ليست مصدراً عاماً للالتزام، وإنما هي مصدر استثنائي في الحالات التي أوردها القانون فقط، وإن كان يبدو هذا الاعتراض مسلماً به لدي معظم الفقه المصري[2]، إلا أنه لا يمكن التسليم به في ظل التشريع اليمني الذي اعتبر الإدارة المنفردة - كما أسلفنا - مصدراً عاماً من مصادر الالتزام، شأنها شأن العقد دون أن يحصرها على حالات معينة على سبيل الحصر، كما هو الحال عليه في القانون المصري[3]، وإنما أورد عليها بعض التطبيقات على سبيل المثال، مما يمكن القول معه بأن الإرادة المنفردة في ظل القانون اليمني تصلح أن تكون أساساً قانونياً لأي التزام تتوافر فيه خصائصها وشروطها، ومن ذلك التزام البنك في خطابات ضمان المناقصات والمزايدات.

وإذا كان غالبية الفقهاء[4] يقرون بأن النص القانوني هو الذي يبين أركان

---

(1) انظر: د/السيد اليماني، المرجع السابق، ص 464، د/ سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك (1988م)، مرجع سابق، بند 97،ص 446.

(2) انظر: د/ أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام العقد والإرادة المنفردة، بدون ناشر، بدون تاريخ، ص 271، د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 307، د/ محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 15، د/ محمود مختار بريري، محاضرته السابقة، ص 71.

(3) رغم أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في المادة "228" اعتبر الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام على غرار المشروع الفرنسي والايطالي بجعل فصل خاص للإرادة المنفردة بوصفها مصدراً عاماً للالتزام، لكن المشروع المصري حذف هذا النص وكان حذفه عدولا عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة واكتفاء بالحالات المنصوص عليها في القانون من أن الإرادة المنفردة تنشئ التزاماً، انظر: مجموعة الإعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ص 339، مشار إليه د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 36، وبذلك يكون القانون المصري قد عدل من أن تكون الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام وجعلها مصدراً للالتزام في حالات استثنائية يقررها القانون بنص خاص كحالة الوعد للجمهور بجائزة "162 مدني مصري".

(4) انظر د/ محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 16، د/ سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف بالنسبة للغير، مرجع سابق، بند 68، ص85.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الالتزام الناشئ عن الإرادة المنفردة وأحكامه، فإن البعض الآخر[1] يحاول تبرير الأخذ بنظرية الإدارة المنفردة بالاستناد إلي العرف، حيث يري أن ليس من الضروري أن يكون المصدر القانوني في هذا الحالة قاعدة تشريعية كنص القانون المدني أو نص القانون التجاري، وإنما قد يكون المصدر القانوني قاعدة عرفيه باعتبار القاعدة العرفية قانوناً يجري مجري النص التشريعي، بحيث يلتزم القاضي بتطبيقها ما لم تكن قاعدة مفسره واستبعدها الأطراف من التصرف، وبذلك يمكن اعتبار العرف التجاري إلي جانب إرادة البنك هو أساس التزام الأخير في خطاب الضمان.

إلا أن البعض[2] يبرر الأخذ بنظرية الإرادة المنفردة وهو ما نؤيده في مجال خطابات الضمان بالاستناد إلي نصوص مالية، ومن ذلك ما بينته لائحة المخازن والمشتريات المصرية المصدق عليها من مجلس الوزراء بجلسته المنعقدة في 6/ يونيو/1948م، فالنصوص التي تضمنتها هذه اللائحة قد تكفلت بيان أحكام التزام البنك الناشئة عن خطاب الضمان، كذلك ما تضمنه المادة (29) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (236) لسنة 1953م الصادرة بقرار وزير المالية رقم 1957/542 فقد تكلفت هذه المادة بيان أحكام خطاب الضمان؛ حيث نصت في فقرتها الرابعة على أنه: "إذا كان التأمين كتاب ضمان وجب أن يصدر من احد المصارف المحلية المعتمدة، وألا يقترن بأي قيد أو شرط، وأن يقر فيه المصرف بأنه يدفع تحت أمر الوزارة المختصة أو المصلحة أو السلاح المختص مبلغاً يوازي التأمين المؤقت، وأنه مستعد لأدائه بإكماله أو تجديد مدة سريان كتاب الضمان لمدة أخري، حسبما تراه الجهة الصادر لصالحها التأمين عند الطلب منها دون التفاف إلي أية معارضة من المتعهد أو المقاول[3]".

---

(1) انظر: د/ السيد اليماني، النظام القانوني لتمويل التجارة الخارجية، مرجع سابق، ص 465.

(2) انظر: د/ القليوبي، مرجع سابق، بحثها المشار الية، بند 69 - 70، ص 85 وما بعدها.

(3) تقابلها المواد (122 - 127) اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية =

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ويستفاد من هذا النصوص أن ضمان البنك لا يعتبر عقداً بينه وبين المستفيد، وإنما أنشأته إرادة البنك المنفردة استناداً إلي النصوص القانونية التي حددت أحكامه وصيغته، ولا يعتبر عقداً بين البنك والعميل؛ لأن إرادة العميل لا وجود لها في هذا الخطاب على خلاف العقد بينه وبين البنك والذي طلب فيه العميل إصدار خطاب الضمان ووافق عليه البنك[1].

ولا يقدح من صلاحية هذا النظرية ما ينعيه عليها خصومها، من عجزها عن تفسير التزام العميل بتغطية التزامات البنك الناجمة عن إرادته المنفردة، كالتزامه بدفع غطاء الخطاب، ودفع العمولة والفوائد التي تكبدها البنك في سبيل إصدار خطاب الضمان[2]، فهذا النعي لا يلقي قبولا لدينا؛ لأن التزامات العميل تجاه البنك – كما أسلفنا – لا ينشئها خطاب الضمان، وإنما تنشأ بموجب عقد يبرمه البنك والعميل يسمي بعقد فتح الاعتماد بالضمان أو بالتوقيع، وهذا العقد يعد عملاً قانونياً مستقلاً ومنفصلاً عن عملية إصدار خطاب الضمان الذي يصدر بناء على إرادة البنك المنفردة دون اشتراك من أحد؛ مما يعني أن عقد فتح الاعتماد بالضمان هو مصدر التزام العميل وليس خطاب الضمان.

وبذلك نخلص إلي القول إن نظرية الإرادة المنفردة أقرب النظريات صحة إلى تفسير كافة الآثار القانونية المترتبة على التزام البنك، في خطابات ضمان المناقصات والمزايدات، وهو ما أكدته المحكمة التجارية الابتدائية بأمانة العاصمة صنعاء حيث قضت في حكمها الصادر بتاريخ 27/مارس /2006 بقولها:" ولما كان الأمر كذلك وكان خطاب الضمان ينشىء التزام البنك قبل المستفيد بصفته (البنك) أصيلا وليس نائبا عن العميل (استقلال) التزام البنك فإنه ما كان للمدعى عليها الثانية أن تحكم بمصادرة خطاب الضمان لغرض غير الغرض الذي خصص من اجله، كون العلاقة الناشئة بين المدعي والمدعى عليها الثانية بشأن التنازل المدعى به لا علاقة له بالعلاقة الناشئة بين البنك والمدعى عليها الثانية

= اليمني رقم 23 لسنة 2007م، المادة (70) اللائحة التنفيذية لقانون المادة المناقصات والمزايدات المصري الجديد رقم 89 لسنة 1998م السابق الإشارة إليهن.

(1) انظر: د/ القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف بالنسبة للغير، مرجع سابق، ص 87.

(2) انظر: د/ محيي الدين إسماعيل موسوعة أعمال البنوك، بند 616، ص 645، 646، د/ يعقوب صرخوة، ص 102.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

بشأن خطاب الضمان، ولذلك يترتب على التزام البنك بناء على إرادته المنفردة قبل المستفيد انه يلتزم بصفته أصيلا وليس نائبا عن العميل أو متعهداً في عقد اشتراط لمصلحة الغير، ونتيجة ذلك استقلالي التزامه عن العلاقات الأخرى التي قد تثور بمناسبة الخطاب كعلاقة البنك بالعميل أو هذا الأخير بالمستفيد....."[1]

وهو ما أكدته - أيضا - العديد من إحكام القضاء المصري، ففي حكم للمحكمة الإداريـة العليا بتاريخ 1990/1/9م قضت بموجبه "يتميز التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان قبل المستفيد بأنه التزام ناشئ عن إرادته المنفردة، هو أمر مستقل عن علاقة العميل بالمستفيد أو علاقة البنك بالعميل...."[2]

كما قضت ذات المحكمة بتاريخ 1963/7/20م بذات المبدأ بقولها " ذلك إن ضمان البنك لا يعتبر عقداً بينه وبين المستفيدين من خطابات الضمان، ولذلك فانه لا يشترط لإلـزام البنك أن يقبل المستفيدين الخطابات، وإنما يلتزم البنك نهائياً بمجرد إصدار الخطابات، وإذا كان المستفيد يفيد من مطالبته للبنك من عدم اقتران الصرف في خطابات الضمان بأي قيد أو شرط، فليس معني ذلك لأنه طرف في عقد بينه وبين البنك؛ وإنما لأن ذلك هو التزام البنك الذي أنشأته خطابات الضمان لصالح المستفيد"[3].

وهو ما أكدت ذلك محكمة جنوب القاهرة الابتدائية في حكمها الصادر بتاريخ 1978/5/9م بقولها "خطاب الضمان - العلاقة بين البنك والمستفيد لا تنشأ من عقد يتم بتلاقي إيجاب للبنك الذي يعبر عنة خطاب الضمان بقبول المستفيد الذي يعبر عنة عادة سكوته وعدم رفضه، إذ أن التزام البنك ينشأ منذ إصدار خطاب الضمان ويستند إلي ارادتة المنفردة" [4]

---

(1) انظر: حكم المحكمة التجارية الابتدائية بأمانة العاصمة صنعاء، بتاريخ 2006/3/27، في الدعوي التجارية، رقم 240 لعام 1426هـ، مشار إلية سابقاً.

(2) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 1932م لسنة 31ق بتاريخ 1990/1/9م، مشار إليه المستشار/ ميلاد سيدهم، مرجع سابق، ص 32.

(3) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم 897، لسنة 9ق، بتاريخ 1963/7/20م، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا في عشر سنوات 1955 - 1965م مجموعة أبو أشادي ص 1389.

(4) انظر: حكم محكمة جنوب القاهرة الابتدائية الدائرة 17 تجاري كلي، القضية رقم 339 لسنة77 تجاري كلي جنوب 1978/3/9م، وتأيد بالاستئناف القاهرة، في الاستئناف رقم 219، لسنة 95ق تجاري، جلسة 30من مايو سنة 1978م، 1978/5/30م، رقم 219 لسنة 95 تجاري، مجله ادارة قضايا الحكومة، العدد الأول، السنة الثانية والعشرون، عام 1979م، ص 237.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

فالبنك تعهد بصفته أصيلا قبل المستفيد وليس بوصفه نائباً عن العميل؛ مما يعني أن التزامه في هذا الصدد يعد التزاما بإرادة منفردة.

وقد أكدت هذا المبدأ ايضاً محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1985/12/30**م حيث قالت** "لأن هذه هي حدود التزام البنك كما بينها البنك في الخطاب المنشئ لالتزامه قبل المستفيد، فالبنك يلتزم بمجرد إصدار الخطاب، ويلتزم إذا لم يصدره ولو اتفق مع العميل على أن يضمنه قبل المستفيد؛ لأن هذا الاتفاق يظل مقصوراً على طرفية دون أن يكون للمستفيد إن يتمسك به، ولكن يجب لالتزام البنك بالخطاب أن يصل إلى علم المستفيد وليس معني ذلك أنه يلزم قبول المستفيد بحيث يلتقي مع إيجاب صادر من البنك بل إن البنك يلتزم بإرادته وحدها وهي كافية لذلك، ولكن معني اشتراط وصول هذا الإرادة إلى المستفيد أن البنك يستطيع الرجوع في إرادته طالما لم يصبح للمستفيد حق نهائي ضد البنك"[1]

لذا خلص القضاء المصري إلى كون إرادة البنك المنفردة هي أساس التزامه تجاه المستفيد من خطاب الضمان، وما قيل عن كونه عقد عرفي أنشأة العرف التجاري المصري[2] فهذا صحيح، لكن هذا الرأي يقرر الواقع ولا يفسره[3].

---

(1) انظر: حكم محكمة النقض المصرية الطعن رقم 1023 لسنة50ق، بتاريخ 1985/12/30م، مشار إلية د/علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية (2007م) بند 59، ص 72.

(2) انظر: د/ حسني المصري، مرجع سابق، بند 230، ص 381، د/ يعقوب صرخوة، ص 103، د/ عادل إبراهيم مصطفي، مرجع سابق، ص 343، حيث يري أنه يصعب رد الخطاب إلى أحد أنظمة القانون المدني المعروفة، بل يجب النظر إليه على أساس طبيعته الخاصة التي يتحدد مضمونها على ضوء الأعراف المصرفية والعادات التجارية التي استقر العمل بها منذ سنين، ودعت الحاجة إلى الاعتراف بها في جميع مصارف العالم، باعتبارها أصبحت بمنزلة القانون غير المكتوب إن لم تكن أقوي في جميع المصارف والدوائر التجارية.

(3) انظر: د/ عباس عيس هلال، مرجع سابق، ص 316.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الفصل السادس

الحجوز القانونية وفرض الحراسة القضائية على خطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات

- **تمهيد وتقسيم:**

لما كان خطاب الضمان عبارة عن تعهد مكتوب يصدره البنك، بناء على طلب العميل الآمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين للمستفيد إذا طلب منه ذلك، خلال المدة المعينة في الخطاب، دون الاعتداد بأية معارضة. وبما أن خطاب الضمان يصدر مقترناً بعبارة "بالرغم من معارضة العميل، أو بالرغم من أية معارضة تنشأ من العميل الآمر"، فإن هذه العبارة هي التي تبتر العلاقة بين عقد الأساس وخطاب الضمان، بحيث يصبح التزام البنك في مواجهة المستفيد التزام مستقلاً ونهائياً لا تجدي معه أية دفوع يبديها العميل، القصد منها منع البنك من الوفاء بقيمته إلي المستفيد.

ومما تقدم يثور التساؤل حول مدي إمكانية استصدار حكم قضائي بوقف مصادرة خطاب الضمان وعدم الدفع للمستفيد، سواء بطريق الحجز أو بطريق فرض الحراسة القضائية على مبلغ الضمان.

وقد تبدو الأهمية العملية في استصدار هذا الحكم، فيما تحققه من فائدة

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

كبري للعميل الآمر، إذ قد يقدر أنه غير مدين للمستفيد، وأن استيفاء هذا الأخير لمبلغ الضمان قد يكبده مشقة كبيرة في استرداده، وأن اللجوء إلي قاضي الأمور المستعجلة لتوقيع الحجز أو فرض الحراسة القضائية على هذا المبلغ تحت يد البنك، قد يجنبه هذه المشقة.

غير أن الاعتراف للعميل الآمر بمنع البنك من الوفاء - بالحجز أو فرض الحراسة القضائية عن مبلغ الضمان - من شأنه أن يعطل الميزة الكبرى التي يطمئن إليها المستفيد، وهي قيام البنك بالدفع له بمجرد الطلب، ودون الاعتداد بأية معارضة تصدر من العميل، وبالتالي يتلاشي دور هذه الخطابات في النشاط المصرفي نتيجة أحجام الجهات طارحة المناقصات أو المزايدات عن قبولها، كبديل عن التأمين النقدي الواجب تقديمه، بسبب تخوفها في الحصول على حقها من مبلغ الضمان.

وعلى أية حالة فأن مسألة أمكانية منع البنك من الوفاء للمستفيد بمبلغ الضمان عن طريق الحجز أو فرض الحراسة القضائية، لا زالت مثار جدل في الفقه والقضاء نتيجة تعارض ذلك مع مبدأ استقلالية التزام البنك، ولعدم معالجة القانون التجاري لها.

وفي أطار دراستنا لهذا الفصل، فإننا سنتناوله في مبحثين:

- **المبحث الأول:** نتناول فيه مدي قابلية كل من قيمة خطاب ضمان المناقصات والمزايدات وغطائه للحجز.
- **المبحث الثاني:** سنبحث فيه عن مدي إمكانية فرص الحراسة القضائية على مبلغ الضمان.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المبحث الأول

مدى قابلية قيمة خطاب ضمان المناقصات والمزايدات وغطائه للحجز

يقصد بالحجز:

(وضع المال تحت يد القضاء لمنع صاحبه " المحجوز عليه" من أن يقوم بأي عمل مادي أو قانوني من شأنه إخراج هذا المال أو ثماره من ضمان الدائن الحاجز، ويترتب على حجز المال حجز ثماره، ولا يرتفع الحجز إلا بما يقرره هذا القانون)[1].

ولم يتضمن القانون التجاري اليمني والمصري، وكذا قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، نصاً يجيز الحجز على قيمة الضمان تحت يد البنك[2].

إلا أن قانون المرافعات أورد تنظيماً مكتملاً للحجز بصفة عامة،(الحجز التحفظي - وحجز ما للمدين لدي الغير) في المواد (385 - 391 والمواد 406 - 417) مرافعات يمني، والمواد (316 - 352) مرافعات مصري[3]، دون أن يفرد خطابات الضمان بنص خاص، وقد نصت المادة (387) مرافعات يمني على أنه (مع عدم الإخلال بما ينص عليه أي قانون آخر يجوز للدائن بدين محقق الوجود حال الأداء ولو لم يكن بيده سند تنفيذي أن يطلب الأمر بإجراء الحجز التحفظي على أموال مدينه في أي الحالتين الآتيتين:

---

(1) المادة (377) مرافعات يمني، رقم 40 لسنة 2002م ، منشور بالموسوعة التشريعية للقوانين التي اقرها مجلس النواب اليمني للفترة بين 22/ مايو/ 1990م وحتى 22/ مايو/2004م، الصادرة عن رئاسة مجلس النواب اليمني.

(2) وقد أورد القانون التجاري القطري رقم 27 لسنة 2006م نصا يمنع الحجز تحت يد البنك على قيمة خطاب الضمان، حيث نصت المادة (410) منهُ بأنه: (لا يجوز لأي سبب من الأسباب فرض الحراسة أو توقيع الحجز لدي البنك على قيمة خطاب الضمان).

(3) قانون المرافعات المصري رقم 13، لسنة1968م، وتعديلاته، منشور بالجريدة الرسمية العدد 9 مايو سنة 1968م.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

1. إذا كان الدائن يخشي فقدان ما يضمن له الوفاء بحقه.

2. إذا كان الدائن مؤجراً للعقار فيجوز له في مواجهة المستأجر أو المستأجر من الباطن طلب الحجز على المنقولات والثمار والمحاصيل الموجودة بالعين المؤجرة لضمان دين الأجرة، ويجوز له طلب الحجز عليها إذا كانت قد نقلت دون علمه إلي مكان آخر خلال عشرين يوماً من تاريخ نقلها) [1].

كما تنص المادة (406) **مرافعات يمني بأنه** (يجوز لكل دائن بدين محقق الوجود حال الأداء أن يحجز على ما يكون لمدينة لدي الغير من المنقولات أو الديون أو الحقوق الأخرى ولو كانت مؤجلة أو معلقة على شرط، ويبدأ الحجز تحفظياً وينتهي تنفيذياً ويتناول الحجز كل دين ينشأ للمدين في ذمة المحجوز لديه إلي وقت التقرير بما في ذمته، ما لم يكن موقعاً على دين بذاته ويمنع المحجوز لديه من الوفاء بالحق المحجوز عليه، ويلزم طالب الحجز دفع أمانة يقدرها القاضي لحساب النفقات، محسوبه على المحجوز عليه) [2].

ويتضح من هذه النصوص أنها تشترط لتوقيع الحجز، أن يكون حق الدائن مؤكداً، ومعين المقدار، ومستحق الأداء، وأن يكون في حالة خطر يخشي منه فقد المال أو نقصه إذا بقي الوضع كما هو.

ولكن هل يمكن الاستناد إلي هذه النصوص لتوقيع الحجز على قيمة وغطاء خطاب ضمان المناقصات والمزايدات تحت يد البنك؟

هذا ما سنبحثه فيما يلي، حيث سنتناول هذا المبحث في مطلبين، نتناول في المطلب الأول مدي جواز الحجز على مبلغ الضمان، ونخصص المطلب الثاني للحجز على غطاء خطاب الضمان.

---

(1) وتنص المادة(316) مرافعات مصري بقولها " للدائن أن يوقع الحجز التحفظي على منقولات مدينة في الأحوال الآتية: 1. أذا كان حاملاً للكمبيالة أو سند تحت الأذن وكان المدين تاجر له توقيع على الكمبيالة أو سند يلزمه بالوفاء بحسب قانون التجارة. 2. في كل حالة يخشي فيها فقد الدائن لضمان حقه". - وتنص المادة (319) من ذات القانون بقولها " لا يوقع الحجز التحفظي في الأحوال المتقدمة إلا اقتضاء لحق محقق الوجود وحال الأداء....."

(2) وتنص المادة (325) مرافعات مصري " يجوز لكل دائن بدين محقق الوجود حال الأداء أن يحجز ما يكون لمدينة لدي الغير من المنقولات أو الديون ولو كانت مؤجلة أو معلقة على شرط ، ويتناول الحجز كل دين ينشا للمدين في ذمة المحجوز لدية إلي وقت التقرير بما في ذمته، مالم يكن موقعاً على دين بذاته".

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الأول

مدي جواز الحجز على مبلغ الضمان

أن من أهم المبادئ التي يقوم عليها خطاب الضمان في المناقصات والمزايدات، أن التزام البنك فيه تجاه المستفيد التزام مستقل وقطعي ونهائي.

كذلك يشترط القانون في هذه الخطابات، أن تصدر خالية من اي قيد أو شرط، قد يغير في طبيعتها أو يعدل من إحكامها[1].

ومن المستقر عليه - أيضا - بأن خطاب الضمان وأن صدر بناءاً على طلب العميل الآمر، إلا أنه لا ينشي له حقاً على قيمته يلتزم البنك بدفعة له، وإنما يلتزم بضمانه في حدوده[2].

كذلك المستفيد لا يتملك هذه القيمة وإنما تظل في ملك البنك؛ لأن هذا الأخير لا يلتزم في مواجهة المستفيد بالوفاء وإنما بضمان الوفاء.

ومن أهم المبادئ التي يقوم عليها قانون المرافعات بطلان الحجز الواقع على أموال الغير، بما يعني الشيء محل الحجز لا بد وأن يكون مملوكاً للمدين وليس للغير[3].

وفي ضوء تلك المبادئ العامة يتعين علينا أن نوضح تفصيلاً مدي جواز توقيع الحجز تحت يد البنك على مبلغ الضمان، وذلك بحسب شخصية طالب الحجز سوء قبل تسييل الخطاب أو بعد تسييلة على النحو التالي:

---

(1) المواد (2/122 - 2/127 - 130) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني، تقابلها المادة (70) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المصري.

(2) انظر: د/عادل إبراهيم مصطفي، مرجع سابق، بند 88، 160.

(3) انظر: د/ أحمد المليجي، قواعد التنفيذي، طبعة 2007م، ص 335

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

أولاً: طلب توقيع الحجز من العميل الآمر:

قد يحدث أحياناً في عمليات المناقصات وبخاصة المناقصات الحكومية، بعض الخلافات بين المقاول" العميل" والجهة طارحه المناقصة" المستفيدة" فيما يتعلق بتنفيذ التزامات كل منها، مما ينتج عن هذا الخلافات خلاف آخر حول مدي حق المستفيد في طلب قيمة خطاب الضمان من البنك، فقد يري المستفيد أن المقاول قصر في تنفيذ بعض التزاماته المتفق عليها في عقد المناقصة، مما يتوجب مطالبه البنك بدفع له قيمة الضمان، في حين يري المقاول بأنه ليس مديناً للمستفيد بتنفيذ التزامه وفقاً لما نص عليه في عقد الاتفاق بينهما، بل في أحيان أخري قد يري المقاول"العميل" أنه دائناً للمستفيد بدين محقق ومؤكد. فهل يستطيع هذا العميل أن يطلب الحجز على حق المستفيد تحت يد البنك الناشئ له من قيمة الخطاب؟

قبل الإجابة على ذلك نقطع بأن قيمة الخطاب تظل في ملكية البنك الضامن؛ لأن الأخير قصد من إصداره الخطاب ضمان عميله المقاول فقط، بتقديم له التسهيلات الائتمانية التي يقبلها المستفيد للتعاقد معه.

وبذلك تظل هذه المبالغ مملوكه للبنك وليس للعميل، بغض النظر عما إذا كان العميل قد قدم غطاء في هذا الصدد أم لا، فعلى فرض قيام العميل بتقديم غطاء لخطاب الضمان، فالبنك لا يقوم بالوفاء بقيمة هذا الغطاء، إضافة إلي ذلك فإن نسبة الغطاء الذي يقدمه العميل الآمر لا تصل إلي حد التغطية الكاملة لمبلغ الضمان، أخيراً على فرض أن العميل الآمر قدم غطاء كاملاً فتوضع هذا الأموال في حساب شخصي تحت احتياطي خطابات الضمان[1].

(1) انظر: د/ خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق، بند 267، ص391.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلي عدة اتجاهات بين مؤيد ومعارض على النحو التالي:

- **الرأي الأول[1]:**

يذهب أصحاب هذا الرأي إلي أن الأصل عدم جواز الحجز على حق المستفيد تحت يد البنك من قبل المقاول العميل؛ لأن ذلك يعطل الميزة الكبرى التي ينشئها الخطاب وهى اطمئنان رب العمل إلى دفع البنك قيمة الخطاب فوراً وبمجرد الطلب وإلا أصبح نظام خطاب الضمان ضعيف الأثر.

غير أن هذا الرأي أجاز الحجز من قبل العميل الآمر في بعض الحالات الاستثنائية، حيث يرى في المنع المطلق إضرار بالعدالة لاسيما إذا وضحت عدم أمانة رب العمل، كسوء نيته أو صدور غش منه يجعل الحجز على مبلغ الضمان أفضل وسيلة لحماية حقوق المقاول المتعاقد معه.

ويشترط لإمكان الحجز أن يكون حق المقاول" العميل" حقاً مؤكداً ضد المستفيد، لا سيما وأن أثر الحجز مجرد تجميد المبلغ لدي البنك ريثما يفصل القضاء في أساس النزاع من الناحية الموضوعية.

ويضرب هذا الرأي مثلاً على ذلك ففي حالة ما إذا رسى العطاء على المقاول ثم بادر رب العمل فأعطي العملية إلي مقاول أخر، فلا شك في مثل هذا الفرض أن للمقاول حقاً في التعويض ضد رب العمل، وله أن يخشي أن يلجأ رب العمل إلي مطالبة البنك بتنفيذ خطاب الضمان مع أنه لم يعد له مبرر.

وقد استند البعض[2] من أصحاب هذا الراي على حكم صادر من القضاء

(1) انظر: د/ علي جمال الدين، عمليات البنوك(1981م)، مرجع سابق بند 513،ص516، د/ محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق بند 566، ص 572، حسن أنور حبيب، مرجع سابق، ص15.

(2) انظر: حكم محكمة استئناف باريس،26يونيو5910/4/1950، مشار إليه، د/على جمال الدين عوض، عمليات البنوك (1969م)، بند 44، ص376.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الفرنسي في حالة الاعتمادات المستندية القطعية، حيث أجاز القضاء الحجز تحت يد البنك على حق المستفيد في الاعتماد إذا أثبت الحاجز أن له حق دائنية مؤكد ضد المستفيد.

ويقال في تأكيد هذا الحل إن المقاول يستطيع توقيع الحجز على حق رب العمل تحت يد البنك إذا كان دائنا بدين آخر مؤكد وناشئ من علاقة أخرى غير عقد المقاولة، فلا محل لاستبعاد حجزه في الفرض الذي نحن بصدده[1].

ويؤيد هذا الاتجاه حكم المحكمة الابتدائية التجارية[2] بأمانه العاصمة صنعاء الصادر بتاريخ 2006/12/20 وتتلخص وقائع هذا الحكم فيما يلي:

أنه في تاريخ 2004/9/25 وقعت لجنة المناقصات بوزارة الادارة المحلية مع مقاول عقد مناقصة لتنفيذ مشروع بناء المجمع الحكومي لمديرية مستبا بمحافظة حجه، وفي تاريخ 2006/5/10م وقعت تلك اللجنة مع نفس المقاول عقد آخر لتنفيذ أعمال إضافية لمشروع بناء سكن لمدير المديرية(مستبا) مضافة مدته إلي مدة العقد السابق، إلا أن الوزارة لم تقم بصرف المستخلصات المستحقه للمقاول عن الأعمال المنجزة، واعتماد الأعمال الإضافية وفوارق الأسعار المقرة من لجنة المناقصات، بحجة عدم التزامه بما طلبته منه الوزارة، من استبدال خطاب ضمان حسن التنفيذ، على اعتبار أن الضمان المقدم منه صادر من البنك الوطني الذي أشهر إفلاسه في يونيو2005م.

ونظر لامتناع الوزارة من صرف مستحقات المقاول، قدم الأخير بديلاً عن الضمان السابق ضمان صادر من بنك اليمن و الكويت، إلا أنه في تاريخ 2006/11/12م أصدرت لجنة المناقصات بالوزارة قرارها رقم (115) لسنة 2006 بسحب المشروع من المقاول ومصادر الضمان، بسبب إخلاله بتنفيذ

(1) انظر: د/ على جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص377.

(2) انظر: حكم المحكمة التجارية الابتدائية بأمانه العاصمة صنعاء الصادر بتاريخ 2006/12/20م في الدعوي التجارية مستعجلة رقم "977" لسنة 1427هـ، رقم الملف 161.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

التزاماته وعدم إنجازه المشروع في الوقت المحدد له، وعلى أثر هذا القرار تظلم المقاول إلي الجهة المستفيدة إلا أنه لم يقبل تظلمه، مما اضطر اللجوء إلي المحكمة لطلب الحجز على مبلغ الضمان تحت يد البنك وإيقاف مصادرته.

وقضت المحكمة بأنه (لما كان القضاء المستعجل وفقاً لما ورد في نص المادة (238) من قانون المرافعات حكم مؤقت بتدبير وقتي أو تحفظي يصدر في المسائل المستعجلة التي يخشي عليها من فوات الوقت دون التعرض لأصل الحق، وقد بينت المادة (240) الحالات التي تعتبر من المسائل المستعجلة وحتى لا يقع الضرر على المدعي بشأن سحب ضمان التنفيذ دون تقييم المشروع وبإجراء وقتي حكمنا بما هو آت:

1. قبول طلب المدعي بشأن عدم مصادر خطاب الضمان رقم (2006/645م الصادر بتاريخ 2006/11/4م بمبلغ وقدره ثمانية مليون وستمائة وخمسون الف ريال الصادر من بنك اليمن والكويت.

2. على المدعي لإيقاف المصادرة إيداع ضمان بنكي بمبلغ خمسة مليون ريال خزينة المحكمة ضماناً لإجراءات وقف التنفيذ.....).

وقضت ذات المحكمة في حكمها الصادر بتاريخ 2009/7/29م بقولها إنه

" من خلال الإطلاع على ظاهر الأوراق فإن المحكمة لم تجد ما يستدعى إقدام المدعى عليها على مصادر خطابي الضمان حسب الثابت من مذكرتها الموجهة للبنك الأهلي اليمني المؤرخة 2009/7/22م، إذ لا يوجد بالملف ما يشير إلى أن المدعى عليها قد سلمت كامل الدفعة المقدمة المتفق عليها في العقد، وطالما وأن المدعية ممتثلة بتوريد البضاعة الملتزمة بتوريدها، حسبما تشير إليه مذكرتها للمدعى عليها بتاريخ 2009/5/3م.

وبما أن إيقاف مصادرة خطابي الضمان إجراء وقتي لا يمس أصل الحق ولا يؤثر على الفصل فيه موضوعياً، فإنه يندرج ضمن الطلبات المستعجلة التي بينت

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

شروطها المادة (238) من قانون المرافعات، وبالتالي فإن المحكمة تستجيب لذلك الطلب، مع إلزام المدعية بتقديم الكفالة اللازمة..... وذلك حفاظاً على حقوق المدعي عليها فيما لو أخفقت المدعية في كسب الدعوى الموضوعية المتعين عليها رفعها ضد المدعى عليها....." [1]

وقد انتهت المحكمة في هذا الحكم إلى إلزام المدعى عليها بإيقاف مصادر خطابي الضمان حتى يتم الفصل في النزاع موضوعياً، الأمر الذي يتعارض مع استقلالية التزام البنك في خطاب الضمان.

وبذلك نرى أن مسلك القضاء اليمني في الحكمين السابقين يتعارض مع الطبيعة الخاصة التي يتميز بها خطاب الضمان، الأمر الذي يفقد الخطاب أهميته ودوره في الواقع العملي في تأمين عمليات المناقصات والمزايدات التي يصدر لضمانها.

كما أن هذه المحكمة تناقض نفسها بنفسها فهي في حكم سابق لها[2] قضت بأن التزام البنك في خطاب الضمان التزام مستقل عن العلاقات القانونية الأخرى الذي تثور بمناسبة الخطاب كعلاقة البنك بالعميل أو علاقة هذا الأخير بالمستفيد، في حين أنها في هذا الحكمين تجيز الحجز على قيمة الضمان باعتبار أن هذا الإجراء من وجهة نظرها استثنائي لا يمس أصل الحق، متناسية أن الحجز يؤدى إلي أهدار مبدأ استقلال التزام البنك في خطاب الضمان ويجافي الطبيعة القانونية التي يتميز بها.

وهذا التناقض في أحكام القضاء اليمني يدل على عدم فهم الطبيعة القانونية لخطاب الضمان من قبل بعض القضاة فهما دقيقاً وعميقاً خاصة وأن هذا الحكمين الأخيرين صادراً من نفس القاضي الذي اصدر الحكم السابق.

---

(1) انظر: حكم المحكمة التجارية الابتدائية بأمانه العاصمة صنعاء الصادر بتاريخ 2009/7/29م، في الدعوي التجارية المستعجلة رقم "1487" لسنة 1430هـ، الرقم الآلي 1487.1.51.033.2.1.1430هـ.

(2) انظر: حكمها الصادر بتاريخ 2006/3/27، في الدعوى التجارية رقم 240، لعام 1426هـ ، مشار إلية سابقاً في ص (343) من هذا البحث.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

كما يؤيد هذا الاتجاه أيضاً قرار هيئة حسم المنازعات بجدة عندما عرض عليها العميل الآمر بإصدار الضمان موضوع خلافة مع المستفيد منه، ولما اقتنعت اللجنة بجدية النزاع فقد قضت بقرارها في 1406/1/24هـ بتوقيع الحجز على الضمانين و بقاء قيمتهما لدي البنك المصدر لهما[1].

- **الرأي الثاني:**

يذهب أصحاب هذا الرأي[2] إلى وجوب التفريق بين حالتين فيما يتعلق بمدي جواز توقيع الحجز من قبل العميل الآمر على مبلغ الضمان وعدم جوازة.

- **الحالة الاولي:** وهي حالة صدور طلب توقيع الحجز من المقاول قبل حصول أية مطالبة من المستفيد بمبلغ الضمان، في هذا الحالة يري عدم جواز الحجز من قبل المقاول" العميل" تحت يد البنك على مبلغ الضمان؛ لأن مبلغ الضمان في هذا الحالة لازال في ملك البنك.
- **الحالة الثانية:** حالة صدور الطلب بعد مطالبة المستفيد للبنك بسحب مبلغ الضمان، ففي هذا الحالة يري بأن مبلغ الضمان يصبح بمجرد الطلب ملكاً للمستفيد، وبالتالي يجوز الحجز عليه من قبل المقاول" العميل" تحت يد البنك.

ويشترط البعض من أصحاب هذا الرأي[3] أن يكون للعميل الآمر دين مؤكد

---

(1) انظر: قرار هيئة فض المنازعات بجدة رقم 1406/40هـ، الصادر بتاريخ 1406/1/24هـ القضية رقم 1405/704 مشار اليه، د/ عمر بامحسون، مرجع سابق ص.32، ويؤيد هذا الرأي أيضاً المادة (2/417) من قانون المعاملات التجارية لدولة الأمارات العربية المتحدة رقم 18 لسنة 1993م بقولها"وفي حالات استثنائية يجوز للمحكمة بناً على طلب الآمر الحجز على مبلغ الضمان لدي المصرف شريطة أن يستند الآمر ادعائه على أسباب جدية وأكيدة"

(2) انظر: د/ نجاة بضراني، مرجع سابق ص 564 وما بعدها، ايضاً صلاح مرسي، مرجع سابق ص 87، 88.

(3) انظر: د/ نجاة بضراني، مرجع سابق ص 565 وما بعدها، إلا أن البعض الآخر من أصحاب هذا الرأي ايضاً صلاح مرسي، لم يحدد مصدر الدين الذي يجوز الحجز عليه، وذلك فيما إذا كان مصدره عقد الأساس أو علاقة أجنبية، مما يعني أن جواز الحجز لديه في الحالة الثانية مطلق أي كان مصدر الدين فهو يؤكد بأن مجرد تقديم طلب الوفاء من المستفيد يصبح له تحت يد البنك مبلغ من المال يجوز الحجز علية، صلاح مرسي، مرجع سابق ص 87، 88.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

في ذمة المستفيد مستحق الاداء، والا يكون مصدره عقد الأساس، وإنما يكون ناشئا عن علاقة أخرى خارجة عن عقد الأساس.

مما يمتنع على المقاول الآمر الاحتجاج في توقيعه للحجز على مبلغ الضمان الي مبالغ مستحقه له عن تنفيذه للعقد الأصلي الصادر بمناسبته الضمان، حتى لا يخالف رغبته التي سبق وابداها في الفصل بين الدين الناشئ عن عقد الاساس، والدين الناشئ عن خطاب الضمان.

ويضيف بعض[1] أصحاب هذا الرأي بأن الحجز يجوز حتي في الحالة التي يكون فيها دين العميل ضد المستفيد ناشئاً عن أشغال أضافية كُلف الآمر بتنفيذها فيما بعد ولم ينص عليها العقد الأصلي.

ويستند البعض[2] – من هذا الرأي – في جواز الحجز إلي إحكام المواد (3/319 - 325، 327) مرافعات مصري. بينما يستند البعض الاخر[3] إلي حكم صادر من محكمة استئناف باريس بتاريخ 1982/5/5م والذي أقرت فيه المحكمة مبدأ الحجز وذلك بشرط أن يثبت الآمر بأن دينه في ذمة المستفيد لا يجد مصدرة في المنازعة التي كانت السبب في مطالبه هذا الاخير بالوفاء.

وتتخلص وقائع الحكم المشار إليها فيما يلي:

في أن شركة فرنسية وأخري أرجنتينية تعاقدتا مع شركة قطاع عام أرجنتينيه للقيام بمد أنابيب غاز، وبعد تنفيذهما للعقد المذكور، ادعت الشركة المستفيدة وجود عيوب في العمل المنفذ وطالبت بصرف قيمة خطاب الضمان، غير أن الشركتين الآمرتين طلبتا توقيع الحجز على قيمة الضمان تحت يد البنك استناداً إلي أنهما دائنين للشركة المستفيدة بثمن أشغال إضافية تقدر بأكثر من

(1) انظر: د/ نجاة بضراني، المرجع السابق ص566.

(2) انظر: د/ صلاح مرسي، مرجع سابق ص88.

(3) انظر: د/ نجاة بضراني، مرجع سابق، ص566، د/ عادل إبراهيم مصطفي، مرجع سابق، بند95 ص170.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

18 مليون دولار أمريكي، ولقد حصلت الشركتان المذكورتان - بالفعل - على إذن من رئيس محكمة أول درجة بباريس بأجراء الحجز، لكن محكمة الاستئناف ألغت الأذن السابق وقضت برفع الحجز.

وقد ذهبت محكمة الاستئناف - مع ذلك - إلي أن الدين المثار من طرف الشركتين الآمرتين هو من الديون التي تبرر إجراء الحجز على قيمة خطاب الضمان؛ لأنه دين ناشئ عن انجاز أشغال إضافية لم ينص عليه العقد الأصلي، وانه بذلك يفترق عن الدين المثار من المستفيد - الذي يستند إليه في المطالبة بالوفاء بالضمان - والمتمثل في وجود عيوب في العمل المنفذ.

وقد انتهت المحكمة، إلي انه لا يلزم بالضرورة لإجراء الحجز أن يكون دين العميل الآمر في ذمة المستفيد ناشئا - وفي جميع الأحوال - من علاقة قانونية أجنبية عن العقد التجاري الأصلي، وانما يكفي أن لا يجد الدين مصدره في النزاع الدائر بين العميل الآمر والمستفيد، والمتعلق بمدي حق هذا الاخير في المطالبة بالضمان.

وكان من الممكن أن تؤيد المحكمة قرار الحجز الصادر من أول درجة لكن اتضح لها أن الدين المثار من الشركتين الآمرتين ليس مؤكداً تماماً، وترتب على ذلك قضائها بعدم جواز توقيع الحجز؛ لأن الحجز مستحيل، أو لا يجوز توقيعه على قيمه خطابات الضمان لكون الشروط التي تتطلبها المحكمة للأمر بالحجز غير متوافرة وهي كونه مؤكد ومعين المقدار ومستحق الأداء[1].

ويتضح من هذا الرأي انه أجاز الحجز تحت يد البنك على مبلغ الضمان أذا كان دين العميل لا يجد مصدرة في المنازعة التي كانت سبب المطالبة بالضمان من قبل المستفيد، وأن يكون هذا الدين مؤكداً، ومستحق الأداء، ومعين المقدار و قابلاً للتعيين .

(1) انظر: حكم محكمة استئناف باريس بتاريخ 5/ مايو/ 1982م، مشار اليه، د/ نجاة بضراني، المرجع السابق ص 567،568، د/ عادل إبراهيم مصطفي، المرجع السابق ص 170، 171.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ونرى بأن هذا الرأي يتعارض مع مبدأ استقلالية وقطعية خطاب الضمان، إذا لو أجيز الحجز على خطاب الضمان لأي سبب حتى ولو كان مصدرة علاقة أجنبية عن العقد الأصلي، لأدي ذلك إلي فقد الخطاب أهميته ودوره في الحلول محل التأمين النقدي، خاصة في عمليات المناقصات والمزايدات، نتيجة عدم اطمئنان المستفيدين اليها، وبالتالي أحجامهم عن قبولها، تخوفاً من عدم الحصول على حقهم في مبلغ الخطاب.

- **الرأي الثالث:**

يذهب بعض الفقهاء[1] إلي أن تمكين العميل من إجراء الحجز يؤدى إلى فقد خطاب الضمان لميزته الأساسية وهى استقلاله عن التزام العميل باعتباره تعهد نهائي وقطعي بات، لا تجدي معه أي دفوع قد تحرم المستفيد من الحصول على قيمته لمجرد الطلب، علاوة على ذلك أن قيمه الخطاب قبل أدائها للمستفيد أنما هي مملوكة للبنك دون المستفيد، طالما لم تصدر من المستفيد مطالبة بسحب حقه لدي البنك، بالإضافة إلي أن السماح بالحجز في بعض الحالات الاستثنائية يفسح المجال للتذرع بالأسباب لمخالفة وإهدار هذه الخصائص لخطاب الضمان.

ويضيف بعض[2] - أصحاب هذا الرأي - (أن أساس هذا المنع قد يرجع إلي إن العميل هو الذي يطلب تخصيص هذا المال إلي فترة معينة، وتعلق بهذا التخصيص التزام مقابل على البنك في مواجهة المستفيد، وهو في ذات الوقت التزام مستقل عن التزام العميل، فهناك ضرر سيصيب البنك لو انه أخل بالالتزام

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي، النظام الخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف وبالنسبة للغير، مرجع سابق، بند 85، ص 110، لنفس المؤلفة، الأسس القانونية لعمليات البنوك، (1988)، ص 462، د/ رضا عبيد، مرجع سابق، ص 139،140، د/ محمد حسن الجبر، مرجع سابق، بند 234، ص 328، د/ ثروت عبد الرحيم، مرجع سابق، بند 73، ص 975، د/ خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق، بند 69 م، ص 394،395، د/ يعقوب صرخوة، ص 84، ميلاد سيدهم، مرجع سابق، ص 26، د/ عمر بامحسون، مرجع سابق، ص 33، د/ عباس عيس هلال، مرجع مسابق ، ص 425.

(2) انظر: د/ رضا عبيد، مرجع سابق، بند167، ص 139 - 140.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

بالدفع الفوري لخطاب الضمان للمستفيد لدي الطلب فيما لو رجع عليه المستفيد بالتعويض نتيجة التأخير في صرف قيمة الخطاب.

فالمركز الحقيقي لذلك أنه مدين بالوفاء الفوري بقيمة الخطاب لدي الطلب، وهو القصد الحقيقي من طلب المستفيد أن يكون الضمان عن طريق خطاب من البنك، والذي يحول دون استجابة البنك لادعاءات العميل هو مبدأ استقلال العلاقات الداخلة في خطاب الضمان).

ويرد البعض من أنصار هذا الرأي على ما ذهب إليه بعض الفقهاء[1] من حق المقاول في توقيع الحجز على حق رب العمل تحت يد البنك إذا كان هو دائنا للمستفيد بدين آخر مؤكد وناشئ عن علاقة أخرى غير عقد المقاولة، قول مردود عليه[2] بأنه في هذه الحالة إنما المقاول يحجز على أموال أخري تكون مملوكة للمستفيد لدي البنك دون أن تدخل فيها قيمة خطابات الضمان، ويؤكد ذلك أن البنك لا يدلى بتلك المبالغ في إقراره بالذمة المالية عند توقع الحجز.

كما يري البعض[3] من أنصار هذا الرأي، بأن قياس أصحاب الرأي الأول خطاب الضمان على الاعتمادات المستنديه لا يجوز، لأنه قياس مع فارق ففي خطاب الضمان يتعهد البنك بدفع مبلغ الضمان للمستفيد بلا قيد ولا شرط بخلاف الاعتماد المستندى الذي يجب عليه التحقق من أن المستفيد قام بتنفيذ التزاماته.

ويدعم الرأي الأخير العديد من أحكام القضاء المصري والتي تؤكد بعدم جواز الحجز تحت يد البنك على مبلغ الضمان من المقاول" العميل".

---

(1) انظر: د/ علي جمال الدين، عمليات البنوك (1981م)، مرجع سابق 513، 516، د/ نجاة بضراني، مرجع سابق، ص 564، د/ عادل إبراهيم مصطفي، المرجع السابق ص 165.

(2) انظر: د/ سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعلميات البنوك،(1988م)، مرجع سابق ص 463.

(3) انظر: المستشار/ ميلاد سيدهم، مرجع سابق ص 26.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

فقد قضت محكمة جنوب القاهرة الابتدائية بتاريخ 1978/3/19م وقد تأيد الحكم بالاستئناف بتاريخ 1978/5/30م بقولها (ليس للعميل حق على مبلغ الضمان؛ لأن البنك لم يتعهد بأدائه وإنما بضمانه في حدوده، وبالتالي لا يجوز لدائني العميل توقيع الحجز تحت يد البنك على مبلغ الخطاب، وبالمثل لا يجوز لدائني المستفيد توقيع الحجز تحت يد البنك، كما لا يجوز للعميل توقيع الحجز تحت يد البنك على مبلغ الضمان إذ ما شجر الخلاف بينة وبين المستفيد فادعي بحقوقه قبله)[1].

وانتهت إلي هذا الرأي أيضا محكمة استئناف القاهرة في حكمها الصادر بتاريخ 1997/1/19م حيث قضت (من المقرر أنه لا يجوز للعميل الآمر بإصدار خطاب الضمان توقيع الحجز على قيمة ذلك الخطاب تحت يد البنك مصدره، وأن هذا الحجز في حال توقيعه لا يمكن أن يمنع البنك من تنفيذ التزامه المباشر والقطعي أمام المستفيد.....، ولا يجوز للعميل الآمر أو البنك أن يعطل صرف قيمة خطاب الضمان في غير حالة الغش - عن طريق توقيع الحجز على تلك القيمة أو المنازعة في صرفها؛ لأن أباحه شئ من ذلك يخل بمبدأ القوة الملزم لعقد الأساس الذي ألزم العميل بتقديم خطاب ضمان.....، كذلك فإن إباحة الحجز على خطاب الضمان أو المنازعة في صرف قيمته عند الطلب من جانب العميل يفقد خطابات الضمان أهميتها العملية، إذا من شأنه إزالة الطمأنينة التي يستهدفها هذا النظام)[2].

---

(1) انظر: حكم محكمة جنوب القاهرة الابتدائية الدائرة 17 تجاري كلي، القضية رقم 339 لسنة77 تجاري كلي جنوب 1978/3/9م، وتأيد بالاستئناف القاهرة، في الاستئناف رقم 219، لسنة 95ق تجاري، جلسة 30من مايو سنة 1978م، 1978/5/30م رقم 219 لسنة 95 تجاري، مجله إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول، السنة الثانية والعشرون، عام 1979م، ص 238.

(2) انظر: حكم محكمة استئناف القاهرة 1997/11/19م دائرة 61 تجاري، مشار إليه في مؤلف د / علي جمال الدين، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري (2007م)، ص 405، ويؤيد هذا الرأي أيضا المذكرة الإيضاحية لقانون التجاري المصري رقم 17 لسنة 1999م بقولها في أن خطاب الضمان (يمكن المستفيد منه اعتبار نفسه حائزاً للتأمين النقدي الذي كان يريد الحصول عليه، بحيث أنه متى طلب وفاء تنفيذ تعهد البنك حصل عليه فوراً ويكون على الأمر أن يلجا إلي القضاء بعد ذلك يشكو أذا كان المستفيد حصل على ما ليس من حقه أو على أزيد من حقه.....)، أي أن الدفع حتمي وتأتي الشكوى فيما بعد =

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ونحن نتفق مع الرأي الأخير بصورة مطلقة، دون تخوف من أن يكون فيه إضرار بالعدالة، خاصة في خطابات ضمان المناقصات والمزايدات، والتي غالباً ما تصدر لصالح جهات حكومية لا يخشي من إعسارها، لضمان الدولة لملاءتها، كما أن القول بجواز الحجز قول يتعارض مع مبدأ استقلالية التزام البنك وقطعيته في هذا النوع من الخطابات.

ثانياً: الحجز من قبل دائني العميل.

انتهينا فيما سبق أن خطاب الضمان لا يجوز التنازل عنه أو تداوله، ليس لأنه حق شخصي للمستفيد كما يري البعض[1]؛ وإنما على أساس آخر أنه قبل المطالبة به من قبل المستفيد لازال في ملك البنك، فلم تنتقل ملكيته خلال تلك الفترة إلي المستفيد.

كذلك أن قيمة الخطاب حتى بعد مطالبة المستفيد له، لا يصبح ملكاً لهذا الأخير، وإنما يعود إلي حالته الأصلية كونه تأميناً نقدياً، بحيث تكون يد المستفيد عليه يد دائن مرتهن يستوفي حقه منه بالأولوية على غيره من الدائنين، ويلتزم بإعادة ما تبقي منه إلي العميل وليس للبنك.

وبناءً على ما تقدم هل يجوز لدائني العميل الحجز تحت يد البنك على مبلغ الضمان؟

للإجابة على ذلك يجب التفرقة بين حالتين:

- **الحالة الأولي:** مطالبة دائني العميل بالحجز على مبلغ الضمان قبل أن يتقدم المستفيد إلي البنك يطلب سحب مبلغ الضمان، ففي هذا الحالة لا يجوز توقيع الحجز من قبل دائني العميل تحت يد البنك[2]؛ لأن

= فهي تؤكد أن ليس للعميل أن يوقف صرف الخطاب حتى يفصل في دعواه بالحجز أو غيره، بل أن له أن يشكو القضاء فيما بعد بحسب المجري الطبيعي للأمور.

(1) راجع تفصيلات الفقهاء في هذا الشأن، (ص228) وما بعدها من هذا البحث.

(2) انظر: د/ محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 402، د/ سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات =

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الأموال التي تمثل قيمة خطاب الضمان، لا زالت في ملك البنك وليس ملك العميل، وحجز ما للمدين لدي الغير يقتضي أن يكون لهذا المدين أموال لدي الغير، لأن ضمان الشخص في تنفيذه لالتزاماته يكون محله أمواله، وليس أموال غيره، ومن ثم لا يصلح في هذه الحالة التنفيذ على مال البنك باعتباره من الغير؛ لأن ذلك يعد اعتداء على حقه، وبالتالي يقع هذا التنفيذ باطلاً.

- **الحالة الثانية:** وهي حالة طلب توقيع الحجز بعد مطالبة المستفيد القيمة من البنك وحصوله عليها، فهي محل خلاف بين الفقهاء.

فيري البعض [1] بأنه لا يجوز لدائني العميل المقاول الحجز تحت يد الجهة المستفيدة على قيمة الخطاب.

ويبرر البعض[2] من أصحاب هذا الرأي ذلك بقوله (بأنه لا يجوز لدائن المقاول "العميل المدين"أن يحجز لدي المستفيد على حق المقاول في خطاب الضمان الموجود لدي المستفيد؛ لأن الخطاب إنما يمثل ضمان البنك للمقاول ولا يمثل حقاً للمقاول ضد المستفيد، وحتى إذا دفع البنك قيمة الخطاب لتعذر مع ذلك القول أن لدائن المقاول أن يحجز على الجزء المتبقي من قيمته تحت يد المستفيد؛ لأن الأصل أن المستفيد يرد الخطاب في نهاية مدته إلى البنك فإذا نفذ المقاول المدين تعهده كان على المستفيد أن يرد المبلغ الزائد إلي البنك أيضا لا إلي المقاول).

= الضمان المصرفية فيما بين الأطراف بالنسبة للغير، مرجع سابق، بند 83، ص 108، د/ ثروت عبد الرحيم، مرجع سابق، بند 73، ص 984، د/ رضا عبيد، مرجع سابق، بند167، ص139، المستشار/ محمد عزمي البكري، بند 806، ص 1269، د/ محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، مرجع سابق، بند 566، ص572، د/ أحمد محمد محرز، مرجع سابق، بند 189، ص 211، د/ علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك (1981م)، بند 513، ص 515.

(1) انظر: د/ علي جمال الدين، المرجع السابق، نفس الصفحة، د/ خليل فيكتور، مرجع سابق، بند 270، ص 397، ميلاد سيدهم، مرجع سابق، بند 16، ص 24.

(2) انظر: د/ علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك (1981م) مرجع سابق، بند 513، ص 515.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وينتقد بعض الفقهاء[1] ذلك؛ حيث يرى بأن هذا الرأي يكتنفه غموض شديد؛ لأن صاحبه يقرر أولاً ما يفهم منه أن الحق في خطاب الضمان الموجود تحت يد المستفيد هو حق للعميل، ثم عاد ليقول أن الخطاب يمثل ضمان البنك للعميل، ولا يمثل حقاً للعميل لدي المستفيد، وفي معرض مواجهته لفرض مدى جواز الحجز على الخطاب ذاته لدي البنك أكد - في تبريره لعدم جواز ذلك - إن الخطاب لا يمثل حقاً للعميل، بل ديناً على البنك لصالح المستفيد لا لصالح العميل.

بينما يبرر البعض[2] من أصحاب هذا الرأي، عدم جواز الحجز من دائني العميل، بأن الحجز يتعارض مع مبدأ الاستقلال، وكون التزام البنك بأداء قيمة الضمان مستقلاً عن أي حق أخر، علاوةً على ذلك فإن من حق المستفيد الحصول على حقوقه كاملة دون أي عوائق أو حجز على مبلغ الضمان، بالإضافة إلي انه في حجز ما للمدين لدي الغير تلتزم الجهة المحجوز لديها بالإقرار بما في ذمتها من أموال مملوكه للعميل المدين، إذا كان له أموال مملوكه لديها، إلا أن هذا الرأي يفترض في هذا الحالة عدم وجود أموال مملوكه للمقاول" العميل" تلتزم الجهة الموقع تحت يدها الحجز الإقرار بها، مما يترتب على ذلك إن ليس هناك أموال صالحة للحجز، بل هي حقوق المستفيد بعد طلبها.

ويذهب رأي آخر[3] إلي جواز الحجز من قبل دائني العميل وفقاً لقواعد حجز

---

(1) انظر: د/ عادل إبراهيم، مرجع سابق، بند 89، ص 161، د/ يعقوب صرخوة، مرجع سابق، ص 83.

(2) انظر: د/ خليل فيكتور، مرجع سابق، بند 270، ص 397، ويستند هذا الرأي إلي حكم محكمة القاهرة الابتدائية بتاريخ 1978/3/19م، والسابق الإشارة اليه حيث قضت بأنه (ليس للعميل حق على مبلغ الضمان لأن البنك لم يتعهد بأدائه له وإنما بضمانه في حدوده، وبالتالي لا يجوز لدائني العميل توقيع الحجز تحت يد البنك)

(3) انظر: د/ سميحة القليوبي بحثها المشار اليه، مرجع سابق، بند 88، ص 114،115، وهناك رأي يري(بإن المبالغ التي يتلقها المستفيد من البنك باعتباره قيمة خطاب الضمان لا تعود لطبيعتها الأصلية وصفتها كتأمين نقدي مقدم له كضمان لحسن تنفيذ العميل لالتزاماته لأن ذلك القول يجعل البنك أميناً على أموال مودعه لديه من قبل عملية، وأنه ينقلها إلي المستفيد بذات الصفة، وهو ماينأي بخطاب الضمان عن مدلوله وطبيعته واستقلاله) انظر: د/ محمود الكيلاني ، مرجع سابق، ص 402.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

ما للمدين لدي الغير، وذلك بعد طلب مبلغ الضمان من جانب المستفيد، فبخروج مبلغ الضمان من الذمة المالية للبنك، وحصول المستفيد عليه تنتهي العلاقة بين البنك والمستفيد، وتعود المبالغ إلي صفتها الأصلية باعتبارها تأمينا نقدياً مقدماً للمستفيد لضمان حسن تنفيذ التزام العميل، وبالتالي فإن هذا التأمين النقدي يظل على ملك المقاول العميل لدي المستفيد ليصرف به شئونه في حدود التزامه، ويرد الباقي منه لصاحبه، وعلى ذلك يجوز لدائني المقاول" العميل" توقيع الحجز على قيمة خطاب الضمان لدي المستفيد مع تقرير حق الأولوية للأخير باعتباره دائناً مرتهناً.

وهذا الرأي الأخير هو الذي نرجحه؛ لأن الحجز في هذا الحالة لا يتعارض مع مبدأ الاستقلال - كما يقر الرأي السابق - لأنه إذا كان الهدف من تقرير مبدأ الاستقلال هو تأكيد واطمئنان المستفيد في الحصول على حقوقه كاملة من مبلغ الضمان دون أي اعتراض، فإن الحجز هنا لا يؤثر في هذه الطمأنينة، فليس فيه إجحاف أو أضرار بحقوق المستفيد من قيمه الخطاب، لأنه يستوفي حقوقه بالأولوية على غيرة من الدائنين، بالإضافة إلي أن قيمة الضمان تعود إلي ملكية المقاول العميل دون أن تنتقل إلي المستفيد، وإنما يثبت لهذا الأخير حق رهن عليه يستوفي حقوقه منه بالأولوية على غيره من الدائنين.

مما يترتب على ذلك جواز توقيع الحجز من قبل دائني العميل على قيمة الضمان تحت يد المستفيد لتوافر شروط الحجز في هذا الحالة.

وما يجب أن نشير إليه في هذا الصدد أن يراعي في إعلان الحجز على قيمة خطابات ضمان المناقصات والمزايدات الصادرة لصالح الجهات الحكومية أن يتم إلي الرئيس المباشر لتلك الجهة أو من ينوب عنه، وإذا كان لهذه الجهة عدة فروع فيتم الإعلان إلي رئيس الفرع الذي عينه القاضي في أمر الحجز أو من ينوب عنها لمادة(416) مرافعات يمني، وأن تعفى هذا الجهات الحكومية من تقديم تقرير بما في الذمة، وإنما يكتفي بتقديم شهادة تقوم مقام الاعتراف بما في الذمة(412)

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

مرافعات يمني، وأن تحتوي هذه الشهادة على كافة البيانات اللازمة التي تثبت حقوق المدين لديها.

ثالثاً: الحجز من قبل دائني المستفيد:

لا يتصور - بداهةً - بأن يطالب المستفيد توقيع الحجز على مبلغ الضمان، لأن ليس له مصلحة في ذلك، فإذا فرض وأصبح دائناً للعميل فإنه يستطيع أن يطلب تسييل قيمة الخطاب إليه، دون حاجة إلي اتخاذ إي إجراء إذا توافرت الشروط المطلوبة في صك الخطاب، ولكن هل يجوز توقيع الحجز من قبل دائني المستفيد؟

للإجابة على ذلك، نسلك الطريق التي اتبعناها في الحجز من قبل دائني العميل، وهو التمييز بين حالتين:

- **الحالة الأولي:** طلب توقيع الحجز من قبل دائني المستفيد قبل مطالبته هذا الأخير لقيمة الضمان من البنك، ففي هذه الحالة يمتنع إجراء الحجز من قبل دائني المستفيد؛ لأن قيمة الضمان قبل مطالبة المستفيد لها لازالت في ملك البنك، ولا تنتقل إلي ملكية المستفيد إلا بعد طلبها، والسبب في ذلك أن الحق المباشر الذي يقرره الخطاب للمستفيد هو عدم تعليق دفع البنك على إرادة العميل أو غيرة، حتى يكون بمثابة التأمين النقدي الذي يودع بين يدي المستفيد، وليس مقصود به نقل ملكية المبالغ التي يمثلها الخطاب إلي المستفيد[1].
- **الحالة الثانية**: حالة طلب توقيع الحجز من دائني المستفيد بعد مطالبته هذا الأخير لقيمته من البنك وحوزته له بالفعل، ففي هذا الحالة يتجه البعض[2] إلي القول بجواز الحجز تحت يد المستفيد؛ لأن ليس من شأنه أن يتعارض مع مبدأ الاستقلال، وذلك لأنه بعد وفاء قيمه الضمان من البنك تنتهي علاقته بالمستفيد ويصبح الأخير وشأنه مع دائنيه.

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك (1988م)، مرجع سابق، ص 466.

(2) انظر: د/ خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق، بند 271، ص 396.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

إلا أننا نرى في هذه الحالة الأخيرة وجوب التفرقة بين ما إذا قدم طلب توقيع الحجز بعد مطالبة المستفيد لقيمة الضمان وحوزته له ولكن قبل تسوية حسابه مع العميل، وبين ما إذا قُدم بعد حوزة المستفيد لهذه الأموال وبعد تسوية حسابه مع العميل، ففي الحالة الأولى نرى بعدم جواز توقيع الحجز من قبل دائني المستفيد؛ لأن الأموال التي يمثلها خطاب الضمان بعد حوزة المستفيد لها وقبل تسوية حسابه مع العميل تعود – كما أسلفنا – إلى صفتها الأصلية باعتبارها تأميناً نقدياً مقدماً للمستفيد دون أن تنتقل ملكيتها إلى هذا الأخير، وإنما تظل يده عليها يد دائن مرتهن له أن يستوفى حقه منها بالأولوية على غيره من الدائنين، مما يمكن القول معه بأن توقيع الحجز عليها من قبل دائني المستفيد يكون في غير محله.

أما بالنسبة للحالة الثانية فنرى بجواز توقيع الحجز من قبل دائني المستفيد؛ لأن قيمة الخطاب في هذه الحالة أصبحت ملكاً للمستفيد ومن ضمن أمواله الخاصة الذي يجوز لدائنيه الحجز عليها، لأن علاقته مع العميل – فيما يتعلق بقيمة التأمين المطلوب – بعد تسوية الحساب معه تنتهي ويصبح وشأنه مع دائنية.

ويؤكد ذلك ما ذهبت إليه الأستاذة الدكتورة/ سميحة القليوبي بقولها (ولما كان هذا التأمين يظل على ملك صاحبه إلي أن يخصم منه المستفيد ما يراه مستحقاً له، فإن هذا المبالغ لا تدخل في ذمة المستفيد إلا بالقدر الذي يستحق منها عند تسوية الحساب مع العميل)[1].

رابعاً: الحجز من قبل دائني البنك:

إذا كان طالب الحجز دائن للبنك بمبالغ معينه، فإن إجراء الحجز وإن كان يتعارض مع مبدأ استقلالية وقطعية خطاب الضمان - مما قد يؤدي إلي حرمان المستفيد في الحصول على حقه من مبلغ الضمان - إلا أن ذلك لا يمنع دائني البنك من توقيعه على جميع أمواله بما فيها قيمه خطاب الضمان[2]، وسبب شمول الحجز

(1) انظر: د/ سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك (1988م)، مرجع سابق، ص470.

(2) انظر: د/خليل فيكتور،مرجع سابق، بند272، ص399.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

لمبلغ الضمان بقاء هذا الأموال - كما أسلفنا - في ملكية البنك؛ لأن البنك يتعهد بضمان المستفيد في حدودها دون أن تنتقل ملكيتها إلى هذا الأخير.

ويتضح لنا مما سبق أن مسألة الحجز على قيمة الضمان تثير جدلاً فقهياً واسع النطاق في أوساط الفقه القانوني، لعدم تعرض المشرع التجاري لحل هذا المسألة، مما أحدثه خلاف بين الفقهاء لمحاولة إيجاد حل لها.

ورغم أن غالبية الفقهاء تتجه إلي القول بمنع توقيع الحجز على قيمة الضمان تحت يد البنك، إلا أن هذا المنع ليس على إطلاقه، فقد أدخل بعضهم عليه بعض الاستثناءات التي تبيح الحجز، وقد رأينا أن من شأن هذه الاستثناءات أن تتسبب في إهدار مبدأ الاستقلال الذي يتميز به خطاب الضمان، والذي بمقتضاه يلتزم البنك بدفع قيمة الخطاب فوراً وبمجرد الطلب، دون أن يعتد بأية دفوع تأتي من خارج شروط الخطاب وعباراته، تحد من حصول المستفيد على حقوقه من مبلغ الضمان

وقد يؤدي سكوت المشرع التجاري عن معالجة هذا المسألة إلي إساءة الفهم من قبل بعض رجال القضاء، وذلك بمحاولة اللجوء إلي إقحام قواعد قانونية أخري لتطبيقها على هذه المسألة، رغم عدم انسجامها في اغلب الأحيان مع خصائص وطبيعة الخطاب، كاللجوء إلي قواعد الحجز المقررة في قانون المرافعات، استناداً إلي نص المادة (5) تجاري يمني والتي توجب في حالة سكوت هذا القانون على حكم مسالة معينة، اللجوء إلي نصوص القوانين الأخرى على جميع المسائل التي تتناولها هذا النصوص في لفظها أو في فحوها، وهذا ما لاحظناه في العديد من الأحكام القضائية التي أصدرتها المحاكم اليمنية والتي سبق الإشارة إليها، حيث تستند في أحكامها إلى قواعد الحجز المنصوص عليها في قانون المرافعات، رغم عدم انطباق الشروط التي تتطلبها هذه النصوص على خطاب الضمان لتوقيع الحجز علية تحت يد البنك في معظم الأحيان.

ولكن حفاظاً على الدور التي تقوم به هذا الخطابات، في تسهيل أعمال

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المقاولين والموردين في انجاز المشروعات المكلفين بتنفيذها، وما تقوم به من دور حيوي في تنشيط الاقتصاد القومي، وتقوية اطمئنان وثقة المستفيدين إليها، نأمل من المشرعان اليمني والمصري أن يضيفا مادة في صلب القانون التجاري أو حتى في اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات، تعالج مسألة الحجز على قيمة الخطاب، بما يتفق وطبيعته وخصائصه التي يتميز بها، آملين أن تصاغ المادة المقترح إضافتها من قبل المشرع في فقرتين:

- **الفقرة الأولي:** تتعلق بتنظيم الحجز قبل مطالبة المستفيد لقيمة الخطاب، في هذه الفقرة نقترح بأن توجب منع طلب توقيع الحجز على قيمة الضمان تحت يد البنك بصورة مطلقة، ومن أي شخص سواء كان من العميل أو دائنيه أو من دائني المستفيد، عدا حاله الغش الواضح من جانب المستفيد إذا توافرت لدي القاضي دلائل قاطعه لا تقبل الشك بوجود هذا الغش، حتى يعامل المستفيد بنقيض قصده.
- **الفقرة الثانية:** تتعلق بتنظيم الحجز بعد مطالبة المستفيد لقيمة الضمان، ففي هذا الفقرة نقترح بأن توجب عدم الاعتداد بأية مطالبه تُقدم إلي القاضي من العميل الآمر بتوقيع الحجز التحفظي على قيمه الضمان، كذلك تمنع قبول أي مطالبة تقدم من قبل دائني المستفيد للحجز على قيمة الخطاب بعد حوزة هذا الأخير لها وقبل تسوية حسابه مع العميل؛ لأن مجرد انتقال قيمة خطاب الضمان من البنك إلى المستفيد لا يعني – كما أسلفنا – أن هذا الأخير مالكاً لها، وإنما تقرر له عليها حق امتياز يخوله الحصول على حقه منها بالأولوية على غيره من الدائنين، وبالتالي أصبح المالك الحقيقي لها هو العميل الملتزم بتقديم التأمين النقدي للمستفيد، بحيث يكون الحجز عليه من قبل دائني هذا الأخير قبل تسوية حساباته مع العميل في غير محله.

وفيما يتعلق بطلب الحجز من قبل دائني العميل ودائني المستفيد بعد حوزة

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

هذا الأخير لقيمته وتسوية حساباته مع العميل، فلا نري مانعاً من إجازة المشرع لذلك، لعدم تعارض ذلك مع مبدأ استقلال الخطاب؛ لأن المستفيد هنا يستطيع الحصول على حقوقه كاملة رغم توقيع الحجز، ففي الحالة الأولي تكون له الأولوية على غيره من الدائنين الحاضرين، في استيفاء حقوقه كاملة، أما في الحالة الثانية لا يتم الحجز إلا بعد أن يتسلم المستفيد حقه من مبلغ الضمان كاملاً وبعد تسوية حساباته مع العميل، فبمجرد التسليم تنتهي العلاقة القانونية بين البنك والمستفيد كما أنه بعد تسوية حساباته مع العميل ينقضي التزام العميل تجاهه، وبالتالي يصبح المستفيد بعد ذلك وشأنه مع دائنيه مما يكون لهم توقيع الحجز على أمواله بما فيها قيمة الضمان الذي استوفاه من البنك لكونه أصبح ضمن أمواله الخاصة الذي يجوز توقيع الحجز عليها.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثاني

الحجز على غطاء خطاب الضمان

سبق الإشارة إن المقاول العميل يلتزم بأن يقدم للبنك غطاء لضمان هذا الأخير فيما يتخذه من تعهداته تجاه المستفيد، وهذا الغطاء – كما بينا سابقاً – تتعدد صوره بحسب الاتفاق بين العميل والبنك سواء كان الغطاء نقداً، أو رهن أوراق مالية، أو تجارية، أو بضائع، أو كفالة، أو تنازلات من العميل عن حقوقه لدي الجهة المستفيدة.

كما انتهينا إلي أن الغطاء يكيف باعتباره رهناً حيازياً للبنك له أن يستوفي منه حقوقه بالأولوية على غيره من الدائنين، إذا وفاء بقيمة الخطاب إلي المستفيد، أما إذا لم يقم بالدفع لهذا الأخير فإنه يرده للعميل.

وفي ضوء ما سبق هل يجوز الحجز على غطاء خطاب الضمان؟

للإجابة على ذلك يتعين علينا بحث ذلك بحسب شخصية الحاجز فإذا كان طالب الحجز هم دائني العميل، فأنه يجوز لهم توقيع الحجز على الغطاء المقدم من العميل للبنك بما فيهم المستفيد إذا أصبح دائنا للعميل أيا كان سبب مديونيته، مع مراعاة حق البنك كدائن مرتهن في حدود حقه في مواجهة العميل بمقتضي علاقتهما معاً، والتي ينظمها عقد الضمان[1].

غير أنه يجب على البنك في سبيل الحفاظ على حقوقه، ومنها حق التقدم على غيره من دائني العميل متى ما أراد الحجز على هذا الأموال، أن يجنب هذا الأموال أو الأوراق المالية في حساب خاص يعرف باسم "احتياطي طلب الضمان" كما ذكرنا سابقاً.

---

(1) انظر: د/ محمود كيلاني، مرجع سابق، ص 405، د/ عادل إبراهيم،، مرجع سابق، ص 180، د/ علي جمال الدين، عمليات البنوك، مرجع سابق (1981م)، بند 513، ص 515، ميلاد سيدهم، مرجع سابق، بند 30، ص45.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وإذا كان دائني العميل جهة حكوميه تطلب الحجز وفاء لحقوق الخزانة العامة التي لها دائما امتياز على جميع أموال المدين، فإنها تزاحم البنك الدائن المرتهن حيازياً على الشيء المرهون، وفي هذه الحالة يتقدم البنك في استيفاء مطلوبة على الخزانة العامة؛ لأن الدائن المرتهن حيازياً للمنقول هو في عداد الحائزين بحسن نية طبقاً للمادة (1/1133) من القانون المدني المصري التي قضت بأن" لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية"[1].

أما إذا كان طالبي الحجز هم دائني البنك، فلا يجوز لهم توقيعه على غطاء الضمان؛ لأن الأموال التي يمثلها الغطاء قدمها العميل إلي البنك على سبيل الرهن ضماناً لما ينفذه البنك من تعهداته في مواجهة المستفيد، دون أن تنتقل ملكيتها إليه.

فالحجز لا يجوز إجرائه إلا على أموال المدين دون أموال الغير، باعتبار أن جميع أموال المدين ضامنة لديونه إلا ما استثناء القانون بنص خاص، والغطاء ليس من أموال البنك المدين، فلا تنتقل إليه إلا بعد تسوية حساباته مع العميل، والتي تخضع لإحكام عقد الضمان المبرم بين العميل والبنك بصدد إصدار خطاب الضمان.

كذلك لا يجوز لدائني المستفيد توقيع الحجز على غطاء خطاب الضمان؛ لأن مدينهم ليس مالك لهذا الأموال وإنما تظل على ملك العميل، حتى تسوية الحساب بينه وبين البنك[2].

ويستند منع الحجز على غطاء الخطاب من قبل دائني المستفيد أساساً على مبدأ استقلال حق المستفيد قبل البنك واستقلال التزام هذا الأخير عن العلاقة بين العميل الآمر والمستفيد" علاقة الأساس"[3].

---

(1) انظر: ميلاد سيدهم، مرجع سابق، ص 46.

(2) انظر: د/ خليل فيكتور، مرجع سابق، بند274، ص401، د/ عادل إبراهيم، مرجع سابق، بند101 ،ص180.

(3) انظر: د/ عادل إبراهيم، المرجع السابق، بند 101ص 181.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

المبحث الثاني

مدي جواز فرض الحراسة القضائية على مبلغ الضمان

تعريف الحراسة القضائية:

عرفة المادة (392) **مرافعات يمني الحراسة القضائية بأنها** "إجراء تحفظي يأمر به القاضي المختص في الأحوال المنصوص عليها في هذا القانون".

كما عرفتها المادة (729) **مدني مصري بأنها** "عقد يتعهد الطرفان بمقتضاه إلي شخص أخر بمنقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم في شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت، فيتكفل هذا الشخص، بحفظه أو بإدارته وبردة مع غلته المقبوضة إلي من يثبت له الحق فيه".

وقد حددت المادة (394) **مرافعات يمني الحالات التي تفرض فيها الحراسة القضائية بقولها:** "تكون الحراسة القضائية فيما يلي:

1. على الأموال المحجوزة للتنفيذ.
2. على أي عقار أو منقول أو حق قام في شأنه نزاع أو كان غير ثابت أثناء نظر الدعوي.
3. على تركه المتوفى قبل قسمتها حتى استيفاء الديون منها.
4. على أموال المدين الذي ثبت بحكم اعسارة أو إفلاسه ".

كما تنص المادة (730) **مدني مصري بأنه** "يجوز للقضاء أن يأمر بالحراسة:

1. في الأحوال المشار إليها في المادة السابقة المادة (729) إذا لم يتفق ذو الشأن على الحراسة.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

2. إذا كان صاحب المصلحة في منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشي معه خطر عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزة.

3. في الأحوال الأخرى المنصوص عليها في القانون ".

يتضح لنا من هذه النصوص أن الحراسة القضائية، ما هي إلا إجراء تحفظي استثنائي، القصد منها المحافظة على الحقوق المتنازع عليها، حتى تثبت الملكية لصاحبها، وأن محلها منقول أو عقار قام بشأنه نزاع ويراد المحافظة عليه، حتى يفصل في أصل الحق ويحدد صاحب الحق عليه؛ مما يعني أنه لا يجوز توقيع هذا الإجراء على الديون والالتزامات الشخصية أو على ضمانات الوفاء بالحقوق والالتزامات؛ لأن هذه ليست من الأشياء المادية التي تقتضيها الحراسة القضائية.

وقد انتهينا فيما سبق إلي عدم جواز توقيع الحجز على مبلغ الضمان من قبل العميل الآمر لتعارض ذلك مع مبدأ استقلالية وقطعية خطاب الضمان، ولكن السؤال الذي يثار هنا هل يمكن الاستناد إلي النصوص السابقة لفرض الحراسة القضائية على مبلغ الضمان إذا نشب نزاع بين العميل والمستفيد يتعلق بالحق في طلب هذه الأموال ؟

للإجابة على ذلك نقطع بعدم جواز وضع هذا المبالغ تحت الحراسة القضائية وذلك للمبررات التالية:

1. إن إجراء الحراسة القضائية لا ينصب إلا على مال يحتاج إلي إدارة فيلتزم الحارس بإدارته، وتقديم حساب عن هذه الإدارة، فلا تصح الديون الشخصية أن تكون محلاً للحراسة[1].

وفي هذا المعني حكم القضاء المصري مستندا إلي إن "الحراسة بحسب الأصل إجراء تحفظي استثنائي، القصد منه حماية الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنها، فلا يجوز الالتجاء إليها لضمان الوفاء بالحقوق والالتزامات، كما لا

(1) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك (1981م)، مرجع سابق، بند 268، ص 355.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

يجوز أن يكون محلها ديناً أو التزاماً شخصيا؛ لأن طبيعة الحراسة تقتضي أن يكون محلها شيء ماديا، خاصة وأنه بالنسبة للديوان الشخصية فقد رسم لها القانون سبلاً أخرى للمحافظة عليها كسلوك طرق التنفيذ المقررة، متى توافر حقه على الشروط اللازمة لمباشرته"[1].

وعلى ذلك لا يجوز للعميل الآمر طلب فرض الحراسة القضائية على مبلغ الضمان بتعيين حارس لإدارته، ذلك أن حق المستفيد الناشئ عن خطاب الضمان هو مبلغ من النقود، وليس بشيء مادي يصح أن يكون محلاً للحراسة، فضلاً عن أن النقود لا تحتاج إلي حارس يقوم على إدارتها[2].

2. يشترط لفرض الحراسة القضائية وجود خطر جدي، يصيب الحق المطلوب صيانته بوضعه تحت الحراسة، ومثل هذا الخطر الجدي الذي يخشي منه فقد المال أو نقصه، والذي يسبب ضرر يتعذر تداركه لا ينطبق على خطابات الضمان في المناقصات والمزايدات، فصعوبة استرداد العميل

(1) انظر: حكم محكمة القاهرة المستعجلة، في 15 فبراير 1960م، المجموعة الرسمية، لسنة 61، ص459، مشار إليه د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، (2007م)، مرجع سابق، بند 350، ص390، وبذات المعني قضت محكمة القاهرة المستعجلة في 5/ مارس/1960م في شان طلب العميل من المحكمة الحكم بصفة مستعجلة فرض الحراسة القضائية على خطاب الضمان، وتعيين حارس قضائي يتسلم هذا الخطاب من المدعي عليه ويحافظ عليه لحين تسليمه لمن يحكم لصالحه نهائياً في النزاع الموضوعي، حتى لا يتم صرفه ما دام أن خطأ ما لم يقع من جانبه. وعبرت المحكمة بقولها(بالنسبة لموضع الحراسة عن خطاب الضمان، فقد سبق البيان أن وضع الخطاب تحت الحراسة لا يمنع البنك من صرف قيمته لأن الكفالة" خطاب الضمان" لا تعتبر من قبيل الالتزامات المجردة التي تندمج قيمتها في السند المثبت لها، فإنها على العكس من ذلك، تعتبر من الالتزامات المسببة والقائمة على العلاقات الشخصية القائمة بين المتعاقدين وأن قيمتها تنحصر في التعاقد ذاته بصرف النظر عن حامل سند الكفالة ذاته). (وبذلك تري المحكمة بما لها من سلطة تحوير الطلبات إلي تقرير إجراء أخر يتفق والغرض الذي يقصده المدعي من وراء طلب فرض الحراسة على خطاب الضمان وهو إيقاف صرفه). وانتهت المحكمة بقولها (إن المحكمة تري حتى يستقر هذا الوضع نهائياً في النزاع الموضوعي حول قيام العقد وفسخه، في هذا الإيداع ما يكفل مصلحة المدعي في عدم صرفه المبلغ مباشرة للدائن، كما أن فيه صيانة لحق الدائن في صرف مبلغ خطاب الضمان قبل أن ينتهي مدة سريانه، وكذلك أيضا من صالح البنك لأنه يعفيه من مسئولية التعهد قبل الطرفين)، مجله المحاماة، ص 1710 وما بعدها، مشار الية سابقاً.

(2) انظر: د/ عيس عباس هلال، مرجع سابق، ص 438.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الآمر لمبلغ الضمان من المستفيد ليس مبرراً كافياً ولا يتمثل في خطر يتعذر تداركه، مما يتوجب فرض الحراسة[1].

فالمبدأ إن العميل يبدءا بالشكوى إذا قدر أنه غير مدين للمستفيد أو أن مديونية لا تبرر ما حصل عليه المستفيد من البنك، فالدفع أولاً والمقاضاة بعد ذلك[2].

3. غالبا ما يستند العميل في طلب فرض الحراسة القضائية على مبلغ الضمان، إلي نزاع مع المستفيد بخصوص عقد المناقصة أو المزايدة "عقد الأساس"، وليس إلي نزاع متعلق بأصل الضمان المطلوب وضعه تحت الحراسة، وهذا ما يتعارض مع استقلال التزام البنك بتنفيذ تعهده القطعي والنهائي تجاه المستفيد، ودون إمكانية للتنصل عنه بالتمسك بدفوع مستمدة من علاقة قانونية أخري.

4. إن فرض الحراسة القضائية على مبلغ الضمان يتنافى مع قصد المستفيد عند قبوله للخطاب، إذا أنه لم يقبله بديلاً عن التأمين النقدي، إلا على أساس أن البنك سيدفع قيمته فوراً وبمجرد الطلب دون وضع أي عوائق تمنعه من الحصول على قيمته، كوضعه تحت الحراسة القضائية، بمعني أن المستفيد فضل قبول الخطاب بديلاً عن التأمين النقدي الواجب دفعه اعتماداً على ثقته في البنك، وقدرته على تنفيذ التزامه بمجرد الطلب، واعتقاداً منه بأن العميل ليس له الحق في وقف مصادرته.

---

(1) انظر: د/ خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق، بند 279، ص 406.

(2) انظر: حكم نقض مصري رقم 294 سنة 35ق، جلسة 1969/5/27م مشار إليه د/ أحمد حسني، مرجع سابق 395.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وبذلك ننتهي مع الفقه السائد[1] إلي عدم جواز وضع مبلغ الضمان تحت الحراسة القضائية، وعدم جدوى مثل هذا الإجراء، استناداً إلي المبررات السابقة.

وهذا الحل ينطبق أيضاً على صك الخطاب ذاته، فلا يجوز وضعه تحت الحراسة القضائية؛ لأنه لا تكون له قيمه ذاتيه، فهو ليس من الالتزامات المجردة التي تندمج قيمتها في الصك المثبت لها، بل مازال للسبب دور في نطاق هذه الخطابات[2].

كذلك لا يجوز للبنك أن يتهرب من مسئوليته بإيداع قيمة الخطاب خزانه المحكمة لحساب من يثبت له الحق فيه، بل عليه أن يدفع قيمته للمستفيد فور طلبه؛ لأن هذه هو محل التزامه الثابت بالخطاب[3].

وبذلك نخلص إلي القول بعدم جواز الاستناد إلي القواعد السابقة، لفرض الحراسة القضائية على خطابات ضمان المناقصات والمزايدات لعدم انطباق شروطها على هذه الخطابات من جهة، ولتعارض ذلك مع مبدأ استقلال التزام البنك فيها من جهة أخري.

وبالرغم من عدم معالجة المشرع التجاري اليمني والمصري لهذه المسألة إلا أننا نرى بأنه يمكن سد هذا النقص التشريعي، وذلك بإضافة مادة في صلب القانون التجاري أو حتي في اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات، تمنع بصورة مطلقة ولأي سبب كان فرض الحراسة القضائية على مبلغ الضمان بناءً على طلب العميل الآمر، عدا حالة الغش إذا توافرت لدي القاضي دلائل قوية تثبت

---

(1) انظر: د/ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية،(2007)، ص389 لنفس المؤلف، عمليات البنوك (1981م)، بند 514، ص 517، محمود سمير الشرقاوي القانون التجاري، مرجع سابق بند 566، حسن أنور طه حبيب، مرجع سابق،ص 15، د/ أحمد محمد محرز، مرجع سابق، بند 189، ص 211، د/ خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق، بند 275، ص 402، د/ عيسي عباس هلال، مرجع سابق، ص 437.

(2) انظر: د/ خليل فيكتور، مرجع سابق، بند 275 ص402.

(3) انظر: د/ حسن أنور طه حبيب، مرجع سابق، ص 16، د/ علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك (1981)، مرجع سابق، بند 51، ص 519.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وجودة، حتى لا يتم إقحام القواعد المنظمة للحراسة القضائية المنصوص عليها في قانون المرافعات اليمني والقانون المدني المصري على هذه المسألة، رغم عدم انطباقها عليها، ومنعاً من اتخاذ طريق الحراسة القضائية، وسيلة ملتوية من قبل العملاء الآمرين لشل حركة خطاب الضمان، وذلك بسد الطريق على المستفيدين نحو الحصول على حقوقهم على مبلغ الضمان، وبالتالي تضعف الحماية التي يقررها خطاب الضمان لهؤلاء المستفيدين؛ لأن البنك ملزم بالوفاء به فوراً وليس بالتحفظ على قيمة الضمان لديه وإيداعه خزينة المحكمة.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الخاتمة

1. النتائج:

انتهينا وبحمد الله تعالى وفضله من بحث موضوع النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات وفقاً للقانون اليمني والقانون المصري.

وبالرغم من أن بعض التشريعات الحديثة كالقانون التجاري اليمني سنة 1991م المعدل بالقانون رقم 18 لسنة 2004، والمصري سنة 1999م، وقانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية اليمني سنة 2007م، ولائحته التنفيذية، والمصري سنة 1998م، ولائحته التنفيذية ساهمت في حل العديد من المسائل المتعلقة بخطابات ضمان المناقصات والمزايدات.

إلا أن العديد من المسائل ظلت بدون حلول قانونية، على سبيل المثال مسألة التكييف القانوني لخطاب الضمان، والحجز وفرض الحراسة القضائية على قيمة الخطاب تحت يد البنك الضامن وغيرها، والتي من المؤسف آلا يكون أي من القوانين السابقة قد عالجتها، وقد حاولنا وبذلنا قصارى جهدنا من خلال هذه الدراسة، لإيجاد حلول لمسائل ظلت بدون حل، كما عالجنا المشاكل التي تحيط في تفاصيل الأحكام القانونية في موضوع خطابات ضمان المناقصات والمزايدات، وعقدنا في مواضيع متعددة مقارنات بين أحكام القانونين اليمني والمصري وأراء الفقه وأحكام القضاء، وقد استقصينا جوانب البحث في الفقه المصري وهو مصدر هام وخصب للقانون اليمني، وقبله القانون المصري.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وقد بدأنا البحث بفصل تمهيدي بحثنا فيه تعريف خطابات الضمان المصرفية بشكل عام لعدم وجود تعريف خاص بكل نوع من أنواع خطابات الضمان، وتمييزها مع بعض الأنظمة المصرفية المشابهة لها، ومدى تجاريتها وأنواعها الرئيسية، وقد بينا اختلاف الفقهاء في تعريفهم لخطاب الضمان المصرفي، وأن مرد هذا الخلاف هو خلافهم في تكييفهم القانوني له وفقاً للتفصيل السابق ذكره، وقد أيدنا التعريف الذي يرى بأن خطاب الضمان هو عبارة عن "صك يصدر من البنك بناءً على طلب عميله يتعهد فيه بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين خلال مدة محددة إلى المستفيد دون قيد أو شرط" لكون هذا التعريف أكثر اتفاقاً مع التعريف القانوني الذي نص عليه القانون التجاري اليمني في المادة (408)، والمصري في المادة (355)، اللذان حسما الخلاف الدائر بين الفقهاء حول إيجاد تعريف موحد لخطابات الضمان المصرفية.

وقد بينا أن من بين أنواع خطابات الضمان المصرفية خطابات الضمان المشروطة ورأينا إخراج هذه الصورة من الأنواع المعتبرة قانوناً لخطابات الضمان المصرفية، لفقدانها أهم الخصائص الواجب توافرها في خطابات الضمان، وهو عدم توقف الوفاء بها على عوامل خارجية عن صك الخطاب.

واستعرضنا في موضوع الدراسة أنواع خطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات وأطرافها، وبينا بأنها تنقسم إلى خطابات ضمان ابتدائية، ونهائية، وضمان الأشياء المعطاة للمقاول، وخطابات ضمان تمويلية، وبحثنا الغرض منها، وقيمتها، وميعاد تقديمها، ومدة سريانها، وحالات إعادتها للمقاول، والأسباب القانونية لمصادرتها، والإعفاء منها.

وقد بينا بأن المشرعين اليمني والمصري عدلا من الأسلوب الذي كان ينتهجاه في قانوني المناقصات والمزايدات السابقين، عند تحديدهما لقيمة الضمان الابتدائي في عمليات المناقصات، من نسبة معينة من قيمة العطاء إلي نسبة معينة من قيمة العملية المطروحة ومع ذلك فإن هذا المسلك الجديد يهدر السرية التي

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

أراد المشرع إخفائها علي المتناقصين، خصوصاً في القانون اليمني الذي ضيق من السلطة التقديرية للجهة الإدارية في تقديرها لقيمة الضمان بين حد أدنى 2 % وحد أقصى 3 % من قيمة العملية المطروحة، وهى نسبة لا تعطى للجهة الإدارية المرونة الكافية في تقديرها قيمة الضمان.

وبينا بأن القانون لا يشترط تقديم خطاب الضمان النهائي في المزايدات إذا كان محل المزايدة هو بيع بعض الممتلكات والأصناف الخاصة بالجهة المعلنة، وإنما يلتزم الراسي عليه المزاد أداء ثمن الصفقة في المدة المحددة لذلك.

وبخصوص الإعفاء من تقديم خطاب الضمان النهائي بينا بأن المشرع اليمني عفا من تقديم هذه الضمان مناقصات الخدمات الاستشارية، والخدمات التي ترى اللجنة العليا للمناقصات والمزايدات استثنائها، ورأينا وجوب حصر الاستثناء الأخير في أضيق الحدود بحسب ما تتطلبه دواعي تحقيق المصلحة العامة، وبعد التحقق من مقدرة المقاول على تنفيذ التزاماته حتى لا يسيء استخدامه.

أما بالنسبة لخطاب الضمان عن الأشياء المعطاة للمقاول والتي تضمن رد الأشياء المعطاة إلى الجهة المستفيد بحالتها السليمة عند تسليم المشروع، أوضحنا بأن المشرعان اليمني والمصري لم ينص على هذا النوع من الخطابات رغم أهميتها في تسهيل أعمال المقاولين والموردين وسرعة إنجاز المشروعات.

وفي نطاق بحثنا لخطابات الضمان التمويلية التي تهدف إلى توفير السيولة النقدية للمقاولين أو الموردين، بينا بأنها تتكون من خطابات ضمان الدفعات المقدمة وضمان صرف مستحقات عن أعمال منفذة ولم يتم حصرها بعد، وضمان صرف المبالغ المستقطعة من المستخلصات.

وبينا بأن المشرعان اليمني والمصري لم ينصا على تقديم خطاب ضمان لصرف المستحقات عن الأعمال المنفذة ولم يتم حصره بعد رغم أهمية هذا النوع من الخطابات خاصة في المشروعات الضخمة التي تحتاج إلى وقت طويل لحصرها أو إذا كان الحصر يتأخر إلى نهاية السنة المالية.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

كما استعرضنا الإجـراءات العملية لإصـدار خطابات ضمان المناقصات والمـزايـدات حيث بحثنا الاتفـاقات أو العقود المهدة لإصـدار خطاب الضمان، والمتمثلة في عقد الأساس (عقد المناقصة أو المزايدة) وعقد الاعتماد بالضمان، وبينا بأن هذه الاتفاقات أو العقود تعد السبب في وجود خطاب الضمان، إذ فيها يتفق الأطراف على الشروط الواجب إصدار الخطاب على ضوئها، وأن ليس لها أي تأثير على استقلالية ونهائية التزام البنك في خطاب الضمان، حيث يظل البنك ملتزماً بدفع قيمته للمستفيد دون أن يعتد بأية دفوع مستمدة من هـذه العقود حتى ولو أبطلت أو لم ينفذ أي طرف فيها التزاماته، بعد تقديم خطاب الضمان للمستفيد .

وفي تناولنا للالتزامات المترتبة على عقد الاعتماد بالضمان تبين لنا بأن البنك يلتزم في مواجهة العميل بإصدار الخطاب وفقاً للشروط والبنود التي حددها معه في عقد الاعتماد، ما لم يتحمل مسئولية نفسه إذ أصدر الخطاب خلافاً لتلك الشروط، وفي تعرضنا لاختلاف الفقه حول مدي التزام البنك بإخطار عميله قبل الدفع إلى المستفيد، رجحنا عدم وجود أي التزام قانوني على البنك لا قبل الدفع ولا بعده.

وبينا في التزام البنك برد غطاء خطاب الضمان للعميل إذا لم يطلب المستفيد قيمة الخطاب إشكالية التفسير الذي تثيره المادة (2/412) تجاري يمني، والذي يتبين من فحو النص بأن العميل لا يمكنه استرداد غطاء الخطاب إلا إذا أعاد للبنك أصل الخطاب الذي أصدره لصالح المستفيد، لكي يتسنى للبنك اتخاذ الإجراءات العملية والقانونية لإلغاء الخطاب من سجلاته، ورأينا بأن ذلك يسبب حرج كبير للعميل في استرداد قيمة الغطاء الذي دفعه للبنك إذا رفض المستفيد تسليم أصل الخطاب إلى البنك، أو إلى العميل ليقوم بدوره بإعادته إلى البنك.

ثم بحثنا ضمانات البنك في إصدار خطاب الضمان (غطاء خطاب الضمان) من عدة جوانب من حيث أنواع الغطاء، ومقداره، وتكييفه، وبينا بأن الغطاء الذي

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

يقدمه العميل للبنك، إما أن يكون نقداً يقدمه العميل إلى خزينة البنك، أو يصدر أمره إلى البنك بخصمه من حسابه الجاري لديه، وقد يتمثل في رهن عيني يقدمه العميل أو كفالة شخصية أو تنازل العميل للبنك عن حقوقه الناشئة له عن عقد المناقصة أو المزايدة، وأيدنا الرأي القائل بأنه إذا كان للعميل لدي البنك وديعة نقدية لآجل وخصصها لتغطية خطاب الضمان وجوب أنها عقدها، لكي يصبح البنك في مأمن من توقيع الحجز عليها من قبل دائني العميل، وسد أي تحايل من جانب العميل في تخصيص الوديعة كغطاء لخطاب الضمان والحصول على فائدة منها في نفس الوقت.

كما رأينا بأن رهن الأسهم والسندات التي تصدرها شركات المساهمة لا تكون لها فعالية كبيرة في تغطية خطاب الضمان في المصارف اليمنية بخلاف مصر، بسبب عدم وجود سوق بورصة أوراق مالية يستطيع البنك أن يبيع فيه الأسهم والسندات إذا لم يدفع العميل قيمة خطاب الضمان إلى البنك، إذا أوفاء هذا الأخير بقيمته إلى المستفيد. وفي تحديد مقدار غطاء خطاب الضمان بينا بأن هذا المقدار يتوقف على مدى ثقة البنك بالعميل وما إذا ما كان بينهم تعاملات سابقة ومتعددة.

وبخصوص التكييف القانوني لغطاء خطاب الضمان أوضحنا بأن لا خلاف بين الفقهاء إذا كان الغطاء عيني على اعتباره رهناً تجارياً يخضع لقواعد الرهن التجاري، سواء من حيث إنشاءه، أو انقضاءه، ومن حيث التنفيذ عليه، وإنما الخلاف إذا كان الغطاء نقداً، وقد رجحنا الرأي الذي يكيفه رهناً تجارياً قياساً على الوديعة الناقصة.

وفي عرضنا للخطوات التنفيذية لإصدار خطابات ضمان المناقصات والمزايدات، رأينا بأن هذه الخطوات تمر بمرحلتين، مرحلة الاتفاق على إصدار الخطاب، ومرحلة إصدار الخطاب من جانب البنك وإنهائه للمستفيد، وأوضحنا بأن كل مرحلة من هاتين المرحلتين تعد عملاً قانونياً مستقلاً عن الأخر، سوى من حيث الطبيعة القانونية، أو من حيث الآثار التي ترتب على كل منها.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وفي استعراضنا للالتزامات المترتبة على إصدار خطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات والقيود التي ترد على استيفاء قيمتها تبين لنا بإن البنك يلتزم تجاه المستفيد بالوفاء بقيمة الخطاب فور وصول أي مطالبة تقدم إليه من المستفيد إذا قدمه إليه خلال مدة صلاحية الخطاب، فإذا صادف نهاية صلاحية الخطاب عطلة رسمية للبنك وتقدم المستفيد في أول يوم عمل، رجحنا الرأي القائل بأن حق المستفيد يسقط في مطالبة البنك، لأنه ليس حريصاً في المحافظة على حقه فأمامه أجل محدد ينتهي بتاريخ معين فإذا لم يتقدم قبل انقضائه فقد حقه في المطالبة.

وفيما يتعلق بالتساؤل الذي أثاره الفقه المصري – بسبب سكوت القانون التجاري – حول ما إذا صدر الخطاب غير محدد المدة ولم يذكر الغرض من العملية في صلب الخطاب، هل يظل التزام البنك إلى ما لا نهاية أم يخضع للقواعد العامة للتقادم؟

لم نتفق مع الرأي القائل بجواز إنهاء خطاب الضمان غير المحدد المدة في أي وقت، لأن ذلك يسلب المستفيد من حقه في الضمان، ويتعارض مع مبدأ استقلالية ونهائية التزام البنك فيه، كما أن ذلك يؤدى إلى فقدان الثقة في حلول الخطاب محل التأمين النقدي الواجب دفعه، ومن ناحية أخرى رأينا بأن ليس من العدل أن يمتد التزام البنك إلى فترة طويلة قد تصل إلى خمس عشر سنة مما يثقل كامل البنك بالتزامات طويلة الأجل، بل لابد أن يكون هذا الالتزام قصير ومتوازن مع مصالح الأطراف المختلفة في خطاب الضمان.

ورأينا بأنه لا يجوز تضمين خطاب الضمان الابتدائي شرط يمنع المطالبة به قبل صدور قرار بإسناد الأعمال إلى مقدم العطاء، لأن مثل هذا الشرط يفقد الخطاب أهم خصائصه، ويتعارض مع ما اشترطه القانون في هذا النوع من الخطابات من عدم تعليق الوفاء به على أى قيد أو شرط يتعارض مع طبيعته القانونية.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وحول مدي اعتبار حق المستفيد من خطاب الضمان ذو طابع شخصي رجحنا الرأي الذي يرفع عن خطاب الضمان طابع الحقوق ذات الصلة بشخص الدائن، وذكرنا بأن عدم قابلية الخطاب للتنازل أو التداول يقوم على أساس آخر، هو أن قيمة خطاب الضمان قبل دفعها للمستفيد لا زالت ملكاً للبنك وليس ملك للمستفيد.

كما أوضحنا ما استقر عليه العرف المصرفي والقضاء اليمني و المصري على استقلال التزام البنك في خطاب الضمان عن بقية العقود السابقة له، ونتائج هذا الاستقلال المتمثلة في عدم جواز الاحتجاج بدفوع مستمدة من العقود المهدة لإصدار خطاب الضمان، والسداد الفوري له من أول طلب، وعدم جواز الدفع بالمقاصة من قبل البنك لدين له أو لعميله في مواجهة المستفيد، ومن عدم تأثر هذا الاستقلال بما يجريه العميل والمستفيد من تعديل لعقد المناقصة أو المزايدة، وعدم جواز الحجز على قيمته تحت يد البنك بالنسبة للبنك نفسه أو العميل الآمر، ولا يعطل هذا الاستقلال إلا حالة الغش الظاهر المساس بشروط الخطاب ذاته و الثابت ثبوتاً يقيناً.

وفي نطاق بحثنا للقيود الواجب على المستفيد احترامها للحصول على قيمة الخطاب بينا بأن هذه القيود لا يكون مصدرها عقد بينه وبين العميل أو البنك، وإنما مصدر البعض منها العادات الأعراف المصرفية، والبعض الآخر القواعد القانونية المنظمة لخطابات الضمان، وبينا في التزام المستفيد بعدم التنازل عن حقه في قيمة الخطاب إلى الغير إلا بعد أخذ موافقة البنك بأن المادة (413 تجاري يمني) لم توجب على البنك أخذ موافقة العميل الآمر على تنازل المستفيد، كما هو الشأن في المادة (357 تجاري مصري)، ورأينا بأن عدم أخذ موافقة العميل على ذلك قد يُلحق به أضرار بالغة لا يمكن تداركها فيما بعد إذا لم يوافق عليه مقدماً، كما قد يؤدى التنازل إلى استخدام الغير للخطاب في غير الغرض المخصص له وهذا ما يتنافى مع الهدف الذي صدر من أجله خطاب الضمان.

وفي بحثنا لتعديل وتجديد مدة خطاب ضمان المناقصات والمزايدات

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

وانقضائها رجحنا في حالة طلب المستفيد من البنك مباشر مد أجل خطاب الضمان أو تخييره بين الدفع أو التجديد، التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان بمجرد الطلب دون أن يكون من حقه تمديد سريانه إلا إذا وافق العميل على ذلك، أو كانت صيغة الخطاب تجيز له ذلك دون الرجوع للعميل لأخذ موافقته.

وفي شأن تكييف الطبيعة القانونية لالتزام البنك تجاه المستفيد، تعرضنا بالتفصيل لأغلب النظريات التي حاولت تفسير هذه الطبيعة، وبينا بأن هذه النظريات انحصرت في اتجاهين الأول عقدي، والثاني تصرف أحادى يبدأ من جانب البنك بإرادته المنفردة.

وقد رجحنا الاتجاه الثاني الذي يرد هذا الالتزام إلى نظرية الإرادة المنفردة باعتبارها أقرب النظريات صحة إلى تفسير التزامات البنك تجاه المستفيد في خطابات ضمان المناقصات والمزايدات، خاصة وأن القانون المدني اليمني اختار أن تكون هذه النظرية في حد ذاتها مصدر عام ومباشر لأي التزام تتوافر فيه خصائصها وشروطها، كما هو الشأن في التزام البنك في خطاب ضمان المناقصات والمزايدات.

وأخيراً بحثنا الحجوز القانونية وفرض الحراسة القضائية على خطابات ضمان المناقصات والمزايدات، وبينا بأنه لا يجوز توقيع الحجز على حق المستفيد تحت يد البنك من قبل العميل الآمر مطلقاً سواء قبل مطالبة المستفيد لقيمة الخطاب أو بعد مطالبته لها وفقاً للتفصيل السابق ذكره، لأن من شأن ذلك أن يجرد الخطاب من مميزاته الأساسية، ولم نؤيد ما ذهب إليه قاضي الأمور المستعجلة اليمني بجواز الحجز والتحفظ على قيمة الضمان، وفي الحجز من قبل دائني العميل بينا بأنه لا يجوز توقيعه تحت يد البنك قبل مطالبه المستفيد له، لأن قيمة الخطاب قبل مطالبة المستفيد لها لا زالت في ملك البنك وليس في ملك المستفيد وتوقيع حجز ما للمدين لدي الغير يقتضي أن يكون من أموال المدين وليس من أموال الغير، ورجحنا الرأي الذي يجيز لدائني العميل توقيع الحجز على قيمة الضمان وفقاً لقواعد حجز ما

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

للمدين لدي الغير بعد مطالبة المستفيد لقيمته وحصول عليها فعلاً، وليس في ذلك مساس بخاصية استقلال الخطاب، لأن المستفيد يحصل على حقه كاملاً بالأولوية على غيره من الدائنين باعتباره دائناً مرتهن.

كما بينا بأنه لا يجوز لدائني المستفيد بعد حوزة الأخير لقيمة الخطاب وقبل تسوية حساباته مع العميل أن يطلبوا توقيع الحجز التحفظي على قيمة الضمان، لأن قيمة الخطاب لا تنتقل إلى ملك المستفيد بمجرد حوزته لها، وإنما تعود إلى طبيعتها الأصلية كونها تأميناً نقدياً مقدماً من العميل للمستفيد، كما أن الغطاء النقدي لخطاب الضمان لا يسرى عليه حجز ما للمدين لدى الغير.

وبينا بأنه لا يجوز فرض الحراسة القضائية على قيمة الضمان لأن حق المستفيد الناشئ من خطاب الضمان هو مبلغ من النقود وليس بشيء مادي يصح أن يكون محلاً للحراسة، فضلاً عن أن النقود لا تحتاج إلى حارس يقوم على إدارتها، كذلك صك الخطاب لا يجوز وضعه تحت الحراسة القضائية لأنه ليس له قيمة ذاتية فهو ليس من الالتزامات المجردة التي تندمج قيمتها في الصك المثبت لها، بل ما زال للسبب دور فيه.

2. التوصيات:

لذلك لا يسعني إلا أن يُبدي بعض التوصيات للمشرع بشان خطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات، عسي أن تُساهم تلك التوصيات في الارتقاء بهذا النوع من الضمانات، حيث تتلخص التوصيات في اسلتالي:

1. ضرورة تعديل الفقرة "أ" من المادة (122) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية اليمني التي تحدد نطاق نسبة قيمة الضمان الابتدائي، بحيث تحدد هذه النسبة بحد أدني لا يقل عن 1 % ولا يزيد عن 4 % من قيمة العملية المطروحة حتى تتيح هذه النسبة للجهة طارحة المناقصة حرية واسعة عند تقديرها لقيمة خطاب

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الضمان الابتدائي، بما يكفل بقاء التكلفة التقديرية للمشروع غير معلومة للمتنا قصين.

2. ضرورة إضافة مادة في اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني والمصري تجيز للجهة المستفيدة إذا كان لديها الآلات أو معدات أن تاجرها للمقاول أو المورد مقابل خطاب ضمان مصرفي غير مشروط صادر من أحد البنوك المصرح لها، يضمن سلامة إعادة تلك المعدات أو الآلات في المدة المحددة لذلك، ويتفق العميل والمستفيد على تحديد قيمته ومدته على أن لا تقل مده سريانه عن مدة سريان عقد إيجار الآلات أو المعدات المؤجرة.

3. ضرورة إضافة مادة في اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني والمصري تجيز للجهة المستفيدة صرف المبالغ المستحقة للمقاول عن الأعمال التي نفذها ولم يتم حصرها بعد، نظير خطاب ضمان مصرفي غير مشروط وغير قابل للإلغاء يصدر من أحد البنوك التجارية المعتمدة بذات القيمة والعملة، وأن يظل سارياً المفعول حتى تاريخ رفع التقرير النهائي بحصر الأعمال وتقدير قيمتها.

4. تعديل الفقرة الثانية من المادة (412) تجاري يمني بحيث تلزم البنك أن يرد للآمر في نهاية مدة سريان خطاب الضمان أو بعد انتهاء الغرض منه ما قدمه من تأمين نظير إصداره خطاب الضمان لصالح المستفيد على غرار ما نص عليه المشرع التجاري المصري في المادة (2/359)، بدلاً من إلزام العميل بإعادة الخطاب والذي قد لا يتسنى له إعادته إذا تعنت المستفيد ورفض إعادته.

5. إضافة مادة في صلب قانون التجارة المصري تحدد المدة التي يتقادم فيها التزام البنك في مواجهة المستفيد في خطاب الضمان غير المحدد المدة، بحيث لا تتجاوز ثلاث سنوات من تاريخ إصدار الخطاب على غرار ما نص عليه المشرع التجاري اليمني في المادة (2/411).

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

6. ضرورة تعديل الفقرة الثانية من المادة (412) تجاري يمني بحيث تلزم البنك الرجوع على العميل لأخذ إذنه على تنازل المستفيد عن حقه في قيمة خطاب الضمان على غرار ما نص عليه المشرع التجاري المصري في المادة (357).

7. ضرورة تعديل نص الفقرة "ج" من المادة (127) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني التي تعطي للمستفيد الحق في تمديد صلاحية الخطاب دون أن يكون للعميل أي حق في الاعتراض على ذلك، وذلك بإعادة صياغتها بحيث توجب على المستفيد أخذ موافقة العميل مقدماً عند إجراء أي تمديد لسريان مفعول خطاب الضمان من قبل الجهة المستفيدة، حتى لا يتحمل العميل بالتزامات لم يوافق عليها.

8. ضرورة إضافة مادة في القانون التجاري اليمني والمصري أو حتى في اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني و المصري تعالج مسألة الحجز على قيمة خطاب الضمان بما يتفق وطبيعته وخصائصه التي تميزه، ونقترح وأن تصاغ المادة في فقرتين:

- **الفقرة الأولى:** تنظم الحجز قبل مطالبة المستفيد لقيمة الضمان من البنك ففي هذه الفقرة نقترح بأن توجب عدم الاعتداد بأية مطالبة تقدم لقاضي الأمور المستعجلة لطلب توقيع الحجز على قيمة الضمان تحت يد المستفيد بصورة مطلقة ومن أي شخص كان، سواء كان من العميل أو دائنيه أو من دائني المستفيد، عدى حالة الغش الواضح من جانب المستفيد إذا توافرت لدى القاضي دلائل قاطعة لا تقبل الشك بوجود هذا الغش حتى يعامل المستفيد بنقيض قصده.
- **الفقرة الثانية:** وتنظم الحجز بعد مطالبة المستفيد لقيمة الضمان، ففي هذه الفقرة نقترح بأن توجب عدم الاعتداد بأية مطالبة تقدم إلى قاضي الأمور المستعجلة من قبل العميل الآمر بتوقيع الحجز التحفظي

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

على قيمة الضمان، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى تمنع قبول أي مطالبة تقدم من قبل دائني المستفيد للحجز على قيمة الخطاب بعد حوزة هذا الأخير لها وقبل تسوية حساباته مع العميل.

9. ضرورة إضافة مادة في القانون التجاري اليمني والمصري أو حتى في اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات، تمنع بصورة مطلقة ولأي سبب كان فرض الحراسة القضائية على مبلغ الضمان بناءً على طلب العميل الآمر، عدى حالة الغش الواضح من جانب المستفيد، إذا توافرت لدى القاضي دلائل قوية ثبت وجودة، حتى لا يتم إقحام القواعد المنظمة للحراسة القضائية المنصوص عليها في قانون المرافعات اليمني والقانون المدني المصري على هذه المسألة رغم عدم انطباقها عليها، وحتى لا يتخذ طريق الحراسة القضائية وسيلة ملتوية من قبل العملاء الآمرين لشل حركة خطاب الضمان.

وأخيراً وعلى الرغم من المشقة والعناء في الحصول على المادة العلمية لهذا البحث فإني لأرجو من الله العلي القدير أن أكون قد أديت بعض ما يجب على خدمة لوطني وأمتي بإخراج هذا البحث على هذه الصورة، كما أني لا أدعي ولا يحق لي ذلك أن هذا العمل مبرأ من النقص أو خال من العيب، فلا كمال ألا لله تعالي ولا عصمة إلا لأنبيائه بل أنه كأي عمل إنساني محكوم بقدرة البشر ومن ثم فإنه عرضة للصواب والخطأ.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

قائمة المراجع

- **البحوث العامة والمتخصصة:**

1. د/ إبراهيم دسوقي، القانون المدني - الالتزامات، دار الطباعة الحديثة، أسيوط، 2000/2001م.
2. د/ أحمد بركات مصطفي، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2005/2006م.
3. د/ أحمد بن حسن بن أحمد الحسيني، خطابات الضمان المصرفية وتكييفها الفقهي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1999م.
4. د/ أحمد حسني، قضاء النقض التجاري، المبأدي التي قررتها محكمة النقض في ثمانية وستين عاماً 1931 - 1999م، دار المعارف، الإسكندرية، 2000م.
5. د/ أحمد حمود سيد، التأمينات الشخصية والعينية في القانونين المصري واليمني – الكفالة – الرهن الحيازي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1993م.
6. د/ أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006م.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

7. أحمد غنيم، الاعتمادات المستندية، بدون ناشر، بدون تاريخ.

8. خطابات الضمان، بدون ناشر، 2008م.

9. د/ أحمد محمد محرز، القانون التجاري، بدون ناشر، 1998م.

10. د/ أحمد مليجي، قواعد التنفيذ، بدون ناشر، 2007م.

11. د/ إسماعيل الخلفي، شرح قانون المناقصات والمزايدات رقم 9 لسنة 1983م، توزيع مكتبة كومينت، القاهرة، 1997م.

12. د/ أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008م.

13. د/ السيد محمد اليماني، الاعتماد المستندي والنظام القانوني لتمويل التجارة الخارجية في العرف المصرفي والسوابق القضائية، الطبعة الثانية، بدون ناشر، 2007م.

14. .....، القانون التجاري، الجزء الثاني، بدون ناشر، 2002م.

15. المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية والخدمات المصرفية في المصارف الإسلامية، مطابع المختار الإسلامي، القاهرة، بدون تاريخ.

16. الياس ناصيف، الموسوعة التجارية الشاملة، عمليات المصارف، الجزء الثالث، عويدات للنشر والطباعة، بيروت، 1999م.

17. د/ ثروت عبد الرحيم، القانون التجاري المصري، بدون ناشر، 2008م.

18. جمال عبد الخضر عبد الرحيم، خطابات الضمان والاعتمادات الضامنة، الكفالات في التشريعات القواعد الدولية واتفاقية الأمم المتحدة، بدون ناشر، بدون تاريخ نشر.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

19. د/ حسنى المصري، عمليات البنوك في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1993/1994م.

20. حسين درويش عبد العال، وسائل تعاقد الإدارة، المناقصات والمزايدات والممارسة، مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1959م.

21. د/ حماد مصطفى عزب، دور خطابات الضمان في النقل البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996م.

22. د/ حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999م.

23. د/ حمود محمد شمسان، مبأدي القانون التجاري، الطبعة الثانية، بدون ناشر، 2001م.

24. د/ حياة شحاتة، مخاطر الائتمان في البنوك التجارية مع إشارة خاصة لمصر، مكتبة دار النهضة المصرية، الانجلو المصرية، عالم الكتب، القاهرة، بدون تاريخ.

25. د/ خليل فيكتور تادرس، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995م، دار النهضة العربية، 2004/2005م.

26. د/ رضا السيد عبد الحميد، النظام المصرفي وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

27. د/ رضا عبيد، عمليات البنوك من الناحية القانونية، بدون ناشر، 1994م.

28. د/ رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، بدون ناشر، 2003.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

29. د/ سليمان مرقص، عقد الكفالة، المجلد الثالث، الطبعة الثالثة، بدون ناشر، 1994م.

30. د/ سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة، 1988م.

31. .....، الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2003م.

32. .....، القانون التجاري، إصدار مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، 2005م.

33. .....، المنظمات الدولية اتفاقيتين الأمم المتحدة في شأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتمادات الضامنة والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2002م.

34. .....، شرح القانون التجاري المصري رقم 17 لسنة 1999م، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، عام 2000م.

35. صلاح الدين حسن السيسي، التسهيلات المصرفية للمؤسسات والأفراد، دار الوسام للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 1998م.

36. د/ صلاح فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998م، المشاكل العملية والحلول القانونية دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة للعقود الإدارية، دار النهضة العربية، 2000م.

37. د/ عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك وفقاً لقانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999م، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

38. د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، ج10، تنقيح المستشار/ أحمد المراغي، منشاة دار المعارف، الإسكندرية، 2004م.

39. د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف – الحوالة – الانقضاء، دار إحياء التراث العربي، 1958م.

40. د/ عبد الرحمن السيد قرمان، الوجيز في الجوانب القانونية لعمليات البنوك التجارية، مطبعة حماد الحديثة، الطبعة الأولى، 1997/1996م.

41. د/ عبد الرحمن عبدالله شمسان، أحكام المعاملات التجارية في العقود وعمليات البنوك التجارية في القانون التجاري اليمني، بدون ناشر، 2003م.

42. د/ عبد الفضيل محمد أحمد، العقود التجارية وعمليات البنوك طبقاً لأحكام القانون رقم 17 لسنة 1999م، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة.

43. د/ عبد المجيد محمود عبود، النظام البنكي في المملكة العربية السعودية، الناشر معهد الإدارة العامة، بدون تاريخ.

44. عبد المنعم دسوقي، الموسوعة التجارية الحديثة في أحكام محكمة النقض منذ إنشائها حتى الآن، بدون ناشر، بدون تاريخ.

45. د/ عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، العقود الإدارية، أحكام إبرام العقد الإداري وفقاً للقانون رقم 89 لسنة 1998م الخاص بالمناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، 2002/2001م.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

46. د/ على البارودي ود/ محمد فريد العرينى، القانون التجاري، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006م.

47. د/ على البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية وفقاً لأحكام القانون التجاري رقم 17 لسنة 1999م، دار المطبوعات الجامعية، 2001م.

48. د/ علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969م.

49. .....، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981م.

50. .....، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 2000م

51. .....، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1991م.

52. .....، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007م.

53. د/ عماد الشربيني، القانون التجاري الجديد، الكتاب الثاني، عمليات البنوك والأوراق التجارية ونظام الإفلاس، 1999/2000م.

54. د/ عمر بامحسون، خطابات الضمان من الوجهة القانونية وتعاميم مؤسسة النقد العربي، البنك التجاري الأهلي، السعودية، بدون تاريخ.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

55. د/ فايز نعيم رضوان، القانون التجاري، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، 2002/2003م.

56. فتحي عطيه السيد مصطفى، الحلول العملية للمشكلات الناشئة عن تطبيق القانون رقم 89 لسنة 1998، بشأن المناقصات والمزايدات، الطبعة الثانية، بدون تاريخ.

57. د/ كمال الوادي، الأعمال المصرفية والقوانين المنظمة لها، الجزء الأول، دار المتنبي للطباعة والنشر، الأمارات العربية المتحدة، بدون تاريخ.

58. محمد الموفق أحمد عبد السلام، محاضرات مختصرة عن الأقسام المختلفة بالبنوك التجارية، بدون ناشر، 1998م.

59. د/ محمد بن حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة السابعة، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، بدون تاريخ.

60. د/ محمد بهجت عبد الله قائد، عمليات البنوك والإفلاس، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2000م.

61. د/ محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، الناشر عمادة شئون المكتبات، جامعة الملك سعود، الرياض، بدون تاريخ.

62. د/ محمد حسنى عباس، عمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م.

63. د/ محمد عبد الحميد القاضي ود/ نادية محمد معوضه، القانون التجاري، دار التعاون للطباعة، 2004/2005م.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

64. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد، المجلد الثالث، الالتزامات والعقود التجارية، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، بدون تاريخ.

65. د/ محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية القرار الإداري، العقد الإداري، بدون ناشر، 1999م.

66. د/ محمد فريد العريني ود/ هاني دويدار، مبأدي القانون التجاري والبحري، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، 2000م.

67. د/ محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية المصرفية، عمليات البنوك، المجلد الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008م.

68. د/ محمود سمير الشرقاوي، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م.

69. .....، القانون التجاري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981م.

70. محمود مختار أحمد بريري، قانون المعاملات التجاري، عمليات البنوك والأوراق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م.

71. محيي الدين إسماعيل علم الدين، الاعتماد المستندي في الفقه والقضاء والعمل مع شرح القواعد والعادات الدولية الموحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968م.

72. .....، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، الجزء الأول، بدون ناشر، 1987م.

73. .....، شرح قانون التجارة الجديد، بدون ناشر، بدون تاريخ.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

74. مصطفى رضوان، التهريب الجمركي والنقدي فقهاً وقضاءاً، عالم الكتب، القاهرة، 1970م.

75. د/ مصطفي كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون ناشر، 2002م.

76. د/ مطيع على جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م.

77. د/ نبيل محمد أحمد صبيح، مذكرات في الأعتمادات المصرفية، بدون ناشر، 1994م.

78. د/ نجوى محمد كمال الدين ابوالخير، البنك والمصالح المتعارضة في الأعتماد المستندي، بدون ناشر، 1993م.

79. د/ هاني محمد الدويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، توزيع الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 1994م.

80. د/ هزاز سليمان حيدر، الضمانات المصرفية التعاقدية في نطاق التجارة الدولية، اتحاد المصارف العربية، بيروت، 1989م.

81. هزاع أحمد سعيد الحمادي، قواعد العمليات المصرفية في التشريعات اليمنية، الأعراف الدولية الموحدة – أحكام الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، 2000م.

82. د/ يحي إبراهيم علي، التمويل الدولي والعمليات المصرفية الدولية، بدون ناشر، الطبعة الثانية، 2001م.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

- **رسائل الدكتوراه:**

1. د/ السيد إبراهيم تركي، دور ضمان ائتمان الصادرات في مواجهة مخاطر الائتمان في عقود التجارة الدولية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2002م.
2. د/ حسن حسني محمد حسني، الخدمات المصرفية في البنوك التجارية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، بدون تاريخ.
3. د/ سامي حسن أحمد محمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1976م.
4. د/ صلاح إبراهيم عطاالله، ضوابط منح الائتمان المصرفي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008م.
5. د/ عادل إبراهيم السيد مصطفي، مدي استقلال التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1996م.
6. د/ عباس عيسي هلال، مسئولية البنك في عقود الائتمان، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1993م.
7. د/ محمد أحمد مرغم، النظام القانوني للنشاط المصرفي في الجمهورية العربية اليمنية، دراسة مقارنة مع النظام المصرفي بجمهورية مصر العربية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1985م.
8. د/ محمد عارف الشناق، الاشتراط لمصلحة الغير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1993م.
9. د/ محيي الدين إسماعيل علم الدين، خطابات الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1967م.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

10. د/ نجاة بضراني، الائتمان المصرفي بطريق التوقيع، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1987م.

- **الأبحاث والمقالات:**

1. د/ أحمد زكى الشيتي وفاروق غلاب، خطابات الضمان أو الكفالات المصرفية، مجلة المحاماة، العدد السادس، السنة 41، 1961م.
2. احمد عبدالله بيومي، خطاب التعهد، معهد الدراسات المصرفية، القاهرة، 1976م.
3. احمد عشري، خطاب الضمان محاضرة منشورة على شبكة المعلومات (الانترنت)، منتدى المحاسبين العرب.

   hhp: H www.acc4.arab.com/acc/slow thread. php.?t 4566.

4. حسن أنور طه حبيب، الكفالات المصرفية (خطاب الضمان)، معهد الدراسات المصرفية، القاهرة، 1965م.
5. راغب حبشي، خطابات الضمان، معهد الدراسات المصرفية، القاهرة، 1960م.
6. خطابات الضمان، معهد الدراسات المصرفية، القاهرة، 1969م.
7. خطابات الضمان، معهد الدراسات المصرفية، القاهرة، 1973م.
8. د/ سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف وبالنسبة للغير، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العددان الأول والثاني، السنة 42 مارس، يونيو 1972م.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

9. د/ سميحة القليوبي، خطاب الضمان كأحد صور التأمين طبقاً للقانون 89 لسنة 1998م، في شأن المناقصات والمزايدات، محاضرة في الدورة التدريبية التي نظمها مركز الدراسات القانونية بكلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2006م.

10. .....، خطابات الضمان المصرفية في ضوء مشروع قانون التجارة لدولة الأمارات العربية المتحدة، مجلة الأمن والقانون، تصدر من كلية الشرطة، دبي، العدد الثاني، السنة الأولى، يوليو 1993م.

11. العلاقات الناشئة عن خطاب الضمان، مجموعة محاضرات في الدورة التدريبية التي نضمها مركزا لبحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني والقانوني بجامعة القاهرة ،عن خطابات الضمان، تحت عنوان خطابات الضمان من الناحيتين النظرية والعملية، بدون تاريخ.

12. صلاح مرسى، الوفاء بقيمة خطابات الضمان وإمكانية منع الوفاء، مجموعة محاضرات في الدورة التدريبية التي نضمها مركزا لبحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني والقانوني بجامعة القاهرة ،عن خطابات الضمان،تحت عنوان خطابات الضمان من الناحيتين النظرية والعملية، بدون تاريخ.

13. عازر فرح عازر، القواعد الموحدة لخطابات الضمان تحت الطلب، كتاب الأهرام الاقتصادي، مؤسسة الأهرام، القاهرة، العدد 91، 1995م.

14. عبد الجواد فرج، الضمان الشخصي في العمليات المصرفية مع الإشارة إلى ضمان المؤسسات العامة لشركاتها، معهد الدراسات المصرفية، القاهرة، 1966م.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

15. .....، الضمانات في البنوك، معهد الدراسات المصرفية، القاهرة، 1965م.

16. د/ علي جمال الدين عوض، النظام القانوني لخطابات الضمان، تعليق على حكم محكمة الأمور المستعجلة الجزئية بالقاهرة، مجلة المحاماة السنة 40،1960م.

17. .....، خطابات الضمان من الوجهة القانونية، معهد الدراسات المصرفية، القاهرة، 1961م.

18. ليون كرس، خطابات الضمان، معهد الدراسات المصرفية، القاهرة، 1977م.

19. محمد طاهر العشري، خطابات الضمان، معهد الدراسات المصرفية، القاهرة، 1971م.

20. محمد عبد المنعم رشدي، قروض وسلفيات البنوك، معهد الدراسات المصرفية، القاهرة، 1961م.

21. محمد على البريري، خطابات الضمان، معهد الدراسات المصرفية، 1962م.

22. د/ محمود مختار بريري، الطبيعة القانونية لخطاب الضمان والفرق بينه وبين الكفالة، مجموعة محاضرات في الدورة التدريبية التي نظمها مركز الدراسات والبحوث القانونية جامعة القاهرة، تحت عنوان خطابات الضمان من الناحيتين النظرية والعملية، بدون تاريخ نشر.

23. د/ محيي الدين إسماعيل علم الدين، خطابات الضمان في عهد التطبيق الاشتراكي، مجلة إدارة قضايا الدولة، العدد 2، السنة 13، 1969م.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

24. ميلاد سيدهم، مشكلات تأمين العقد الإداري بخطاب الضمان، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الثالث، السنة 41، 1997م.

25. د/ يعقوب صرخوة، خطاب الضمان المصرفي في القانون التجاري الكويتي، مجلة الحقوق، الكويت، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة السابعة عشر، 1993م.

- **القوانين:**

1 . القانون التجاري اليمني رقم (31) لسنة 1991م المعدل بالقانون رقم (22) لسنة 2004م.

2 . قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999م.

3 . قانون التجارة القطري رقم (27) لسنة 2006م.

4 . قانون التجارة الكويتي رقم (68) لسنة 1980م.

5 . قانون المعاملات التجارية لدولة الأمارات العربية المتحدة رقم 18لسنة 1993م.

6 . قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية اليمني رقم (23) لسنة 2007م.

7 . قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998م.

8 - قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (9) لسنة 1983م.

9 . قانون الجمارك اليمني رقم (14) لسنة 1990م.

10 . قانون الجمارك المصري رقم 66 لسنة 1963م وتعديلاته.

11 . القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002م.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

12 . القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م وتعديلاته.

13 . قانون المرافعات اليمني رقم (40) لسنة 2002م.

14 . قانون المرافعات المصري رقم(13) لسنة 1968م وتعديلاته.

15 . اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية اليمني رقم(23) لسنة 2007م.

16 . اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية اليمني رقم (3) لسنة 1997م.

17 . اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89لسنة 1998م.

18 - اللائحة التنفيذية لقانون الجمارك المصري رقم (57) لسنة 2002م.

- **الاتفاقيات الدولية:**

1 . القواعد الموحدة الجديدة التي أصدرتها الغرفة التجارية الدولية بباريس لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب (الكتيب رقم"458")، لسنة 1992م.

2 . اتفاقية أونسترال، خطابات الضمان المستقلة وخطابات الاعتمادات الضامنة، لسنة 1995م.

- **الجرائد الرسمية والموسوعات القانونية والقضائية:**

1 . الجريدة الرسمية اليمنية.

2 . الجريدة الرسمية المصرية.

3 . الموسوعة التشريعية للقوانين التي اقرها مجلس النواب للفترة بين

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

22/ مايو/ 1990م وحتى 22/ مايو/2004م، الصادرة عن رئاسة مجلس النواب اليمني.

4 . الوقائع المصرية.

5 . مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية يصدرها المكتب الفني لمحكمة النقض.

6 . مجموعة المبادئ التي تضمنتها فتاوى القسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري.

- **قائمة الدوريات:**

1 . مجلة القانون والاقتصاد تصدرها كلية الحقوق - جامعة القاهرة.

2 . مجلة الحقوق يصدرها مجلس النشر العلمي – جامعة الكويت.

3 . مجلة الأمن والقانون، تصدرها كلية الشرطة – دبي.

4 . مجلة هيئة قضايا الدولة، تصدرها هيئة قضايا الدولة - مصر.

5 . مجلة المحاماة، تصدرها نقابة المحاميين المصريين - مصر.

6 . مجلة إدارة قضايا الدولة، تصدرها إدارة قضايا الدولة - مصر.

7 . مجلة قضايا الحكومة، تصدرها هيئة قضايا الحكومة (إدارة قضايا الدولة حاليا) – مصر.

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
إهداء.....	7
المقدمة.....	9
الفصل التمهيدي: تعريف خطابات الضمان المصرفية وأنواعها الرئيسية	21
المبحث الأول: تعريف خطابات الضمان المصرفية وتمييزها مع بعض العمليات المصرفية المشابهة لها.....	23
المطلب الأول: تعريف خطابات الضمان المصرفية وتجاريتها.....	25
الفرع الأول: تعريف خطابات الضمان المصرفية.....	27
الفرع الثاني: تجارية خطابات الضمان المصرفية.....	35
المطلب الثاني: تمييز خطاب الضمان مع بعض العمليات المصرفية المشابهة له	37
المبحث الثاني: الأنواع الرئيسية لخطابات الضمان المصرفية.....	43
المطلب الأول: أنواع خطابات الضمان من حيث شروط أعمالها.....	45
النوع الأول: خطابات الضمان غير المشروطة.....	45
النوع الثاني: خطابات الضمان المشروطة.....	47
المطلب الثاني: أنواع خطابات الضمان بحسب الالتزام المضمون.....	49
النوع الأول: خطابات الضمان في المناقصات والمزايدات.....	49
النوع الثاني: خطابات الضمان الملاحية في غياب سند الشحن.....	49
النوع الثالث: خطابات الضمان الجمركية.....	52
النوع الرابع: خطابات الضمان المهنية.....	57

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الموضوع	الصفحة
المطلب الثالث: أنواع خطابات الضمان من حيث مكان إقامة المستفيد.	61
النوع الأول: خطابات الضمان المحلية.....	61
النوع الثاني: خطابات الضمان الأجنبية.....	62
الفصل الأول: أنواع خطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات وأطرافها.....	65
المبحث الأول: أنواع خطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات	67
المطلب الأول: خطاب الضمان الابتدائي أو ضمان العطاء.....	69
المطلب الثاني: خطاب الضمان النهائي أو ضمان حسن الأداء.....	85
المطلب الثالث: خطاب الضمان عن الأشياء المعطاة للمقاول.....	95
المطلب الرابع: خطابات الضمان التمويلية.....	97
المبحث الثاني: أطراف خطاب الضمان المصرفي في المناقصات والمزايدات وأساس العلاقة الناشئة عنه.....	105
المطلب الأول: أطراف خطابات الضمان في المناقصات والمزايدات.....	107
المطلب الثاني: الأساس الذي يحكم العلاقة بين أطراف خطاب الضمان	109
الفصل الثاني: الإجراءات العملية لإصدار خطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات.....	113
المبحث الأول: العقود أو الاتفاقات المهدة لإصدار خطاب الضمان.....	115
المطلب الأول: عقد الأساس "عقد المناقصة أو المزايدة".....	117
الفرع الأول: طرق إجراء التعاقد في المناقصات والمزايدات والمراحل التي يمر بها التعاقد عن طريق المناقصة العامة.....	119
الفرع الثاني: تعليق مصير عقد المناقصة أو المزايدة على إصدار خطاب ضمان	131
المطلب الثاني: عقد فتح الاعتماد بالضمان.....	133
الفرع الأول: تعريف عقد فتح الاعتماد وتكوينه ومدى تجاريته.....	135
الفرع الثاني: الالتزامات المترتبة على عقد فتح الاعتماد بالضمان.....	138
المبحث الثاني: ضمانات البنك في إصدار خطابات الضمان في المناقصات والمزايدات (غطاء خطاب الضمان).....	157

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الموضوع	الصفحة
المطلب الأول: أنواع غطاء خطاب الضمان.....	159
المطلب الثاني: مقدار غطاء خطاب الضمان.....	175
المطلب الثالث: التكييف القانوني لغطاء خطاب الضمان.....	179
المبحث الثالث: الخطوات التنفيذية لإصدار خطاب ضمان المناقصات والمزايدات	183
الفصل الثالث: الالتزامات المترتبة على إصدار خطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات والقيود التي ترد على استيفاء قيمتها	189
المبحث الأول: التزامات البنك في مواجهة المستفيد.....	191
المطلب الأول: التزام البنك بالوفاء بقيمة خطاب الضمان.....	193
المطلب الثاني: التزام البنك بالوفاء بقيمة الخطاب التزام نهائي.....	215
المطلب الثالث: استقلال التزام ا لبنك تجاه المستفيد والنتائج المترتبة عليه	217
المبحث الثاني: القيود التي ترد على حق المستفيد في استيفاء قيمة خطاب الضمان	231
المطلب الأول: احترام الشروط الواردة في الخطاب.....	233
المطلب الثاني: عدم التنازل عن قيمة الخطاب للغير إلا بعد موافقة البنك	235
الفصل الرابع: تعديل وتجديد مدة خطاب ضمان المناقصات والمزايدات وانقضائه	237
المبحث الأول: تعديل خطاب ضمان المناقصات والمزايدات.....	239
المبحث الثاني: مد أجل سريان خطاب ضمان المناقصات والمزايدات...	245
المبحث الثالث: انقضاء خطاب الضمان في المناقصات والمزايدات.....	257
المطلب الأول: أسباب انقضاء خطاب الضمان في المناقصات والمزايدات	259
المطلب الثاني: الآثار التي ترتب على انقضاء خطاب الضمان في المناقصات والمزايدات	267
الفصل الخامس: التكييف القانوني لالتزام البنك تجاه المستفيد	269
المبحث الأول: النظريات التي ترد التزام البنك إلى العقد.....	273

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691

الموضوع	الصفحة
المطلب الأول: نظرية الكفالة.....	275
الفرع الأول: عرض النظرية ونتائجها.....	277
الفرع الثاني: تقدير نظرية الكفالة كأساس قانوني لالتزام البنك تجاه المستفيد	286
المطلب الثاني: نظرية الإنابة القاصرة.....	289
الفرع الأول: عرض النظرية ونتائجها.....	291
الفرع الثاني: تقدير نظرية الإنابة القاصرة كأساس قانوني لالتزام البنك تجاه المستفيد	295
المطلب الثالث: نظرية الاشتراط لمصلحة الغير.....	299
الفرع الأول: عرض النظرية ونتائجها.....	301
الفرع الثاني: تقدير نظرية الاشتراط لمصلحة الغير كأساس قانوني لالتزام البنك	308
المطلب الرابع: نظرية العقد الملزم لجانب واحد.....	311
المبحث الثاني: نظرية الإرادة المنفردة.....	313
الفصل السادس: الحجوز القانونية وفرض الحراسة القضائية على خطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات.....	321
المبحث الأول: مدى قابلية قيمة خطاب ضمان المناقصات والمزايدات وغطائه للحجز	323
المطلب الأول: مدي جواز الحجز على مبلغ الضمان.....	325
المطلب الثاني: الحجز على غطاء خطاب الضمان.....	347
المبحث الثاني: مدي جواز فرض الحراسة القضائية على مبلغ الضمان	349
الخاتمة	355
قائمة المراجع.....	367
فهرس الموضوعات.....	383

Copyright © 2017. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 12/5/2018 3:18 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1504826 ; .; :
Account: s5900691