الجامعة العربية الأمريكية

كلية الدراسات العليا

القواعد الناظمة لخطاب الضمان المصرفي في القانون الفلسطيني

إعداد

ربيع حسان عبد الحق

إشراف

د. أنس أبو العون

تم تقديم هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في تخصص القانون التجاري

© الجامعة العربية الأمريكية – 2022. جميع حقوق الطبع محفوظة

القواعد الناظمة لخطاب الضمان المصرفي في القانون الفلسطيني

إعداد

ربيع حسان عبد الحق

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ 2022/10/1م، واجيزت.

أعضاء لجنة المناقشة	التواقيع
1. د. أنس أبو عون / مشرفاً ورئيساً	.....
2. د. أحمد أبو زينة / ممتحناً داخلياً	.....
3. د. غسان خالد / ممتحناً خارجياً	.....

الاقرار

أنا الموقع أدناه، مقدِّم الرسالة التي تحمل العنوان:

القواعد الناظمة لخطاب الضمان المصرفي في القانون الفلسطيني

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الاطروحة إنما هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الاشارة عليه حيثما ورد. وأن هذه الرسالة كاملة، أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أي درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

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

اسم الطالب: الشيخ حسام عبد القادر عبد الكريم

Student's Name:

التوقيع:

Signature:

التاريخ: ١/١٠/٢٠٢٢

Date:

الاهداء

إلى أمي وأبي

إلى أساتذتي

إلى زملائي وزميلاتي

في تخصص القانون التجاري

إلى الشموع التي تحترق لتضيء للآخرين

إلى كل من علمني حرفاً

إلى كل العيون الساهرة على أمن أوطانها وسعادة إنسانها

إلى كل من أدرك أن الأمن نعمة فسعى إلى صونها وحمايتها

إلى الباذلين أغلى ما يملكون من أجل أن يعيش الإنسان بأمن وأمان بعيدا عن

آفة الإرهاب والظلم والطغيان

أهدي هذه الرسالة المتواضعة راجياً من المولى

عز وجل أن يجد القبول والنجاح.

الشكر والتقدير

"كن عالما .. فإن لم تستطع فكن متعلما ، فإن لم تستطع فأحب العلماء ،فإن لم تستطع فلا تبغضهم"

أول مشكور هو الله عز وجل، ثم والداي على كل مجهوداتهم منذ ولادتي إلى هذه اللحظات، أنتم كل شيء أحبكم في الله أشد الحب، ويسرني أن أوجه شكري لكل من نصحني أو أرشدني أو وجهني أو ساهم معي في إعداد هذه الرسالة بإيصالي للمراجع والمصادر المطلوبة في أي مرحلة من مراحله، وأشكر على وجه الخصوص استاذي الفاضل الدكتور انس أبو العون على مساندتي وإرشادي بالنصح والتصحيح وعلى اختيار العنوان والموضوع، كما أن شكري موجه لإدارة كلية الدراسات العليا في الجامعة العربية الأمريكية.

الملخص

تبحث هذه الدراسة في القواعد الناظمة لخطاب الضمان المصرفي في القانون الفلسطيني، حيث تناول الباحث تحت هذا العنوان ماهية خطاب الضمان في القانون الفلسطيني من حيث تعريف خطاب الضمان من الناحية الفقهية، وأنواع خطابات الضمان وخصائصها، والاثار القانونية لخطاب الضمان المصرفي من حيث التزامات الأطراف في خطاب الضمان المصرفي، وحقوق الأطراف في خطاب الضمان المصرفي.

لم ينظم المشرّع الفلسطيني ضمن التشريعات السارية في فلسطين تنظيماً ولو كان بسيطاً لعملية خطاب الضمان، وهذه ليست العملية الأولى التي يغفل عنها المشرّع الفلسطيني، فهناك العديد من العمليّات المصرفية التي لم يقم المشرّع بتنظيمها، مما يدفعنا للجوء للتشريعات الأخرى من أجل سدّ هذه الفجوة التشريعية.

وخطاب ضمان حسن التنفيذ هو أكثر أنواع الخطابات التي يلجأ إلى طلبها العميل من البنك المتعامل معه، إذ أنّ أحكام وقواعد هذا النوع من الخطاب، تنطبق على واقع التعاملات التجارية التي يقوم بها العميل مع الغير وهي الجهة المستفيدة، أي أنّ هذا النوع يلبّي متطلبات الجهة مانحة المشروع ويقوم على توفير الضمانة المناسبة والمطلوبة له.

فهرس المحتويات

الاقرار ..... ب
الاهداء ..... ج
الشكر والتقدير ..... د
الملخص ..... ه
فهرس المحتويات ..... و
المقدمة 1
أسباب اختيار الموضوع 2
إشكالية الدراسة 2
أهداف الدراسة 3
منهجية الدراسة 3
نطاق الدراسة 3
حدود الدراسة 3
الدراسات السابقة 4
تقسيم الدراسة 5
الفصل الأول: الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي 6
المطلب الأول: مفهوم خطاب الضمان وعلاقات أطرافه 7
الفرع الأول: مفهوم عقد خطاب الضمان 7
الفرع الثاني: علاقات أطراف عقد خطاب الضمان 11
المطلب الثاني: خصائص خطاب الضمان وأشكاله 13
الفرع الأول: خصائص خطاب الضمان 14
الفرع الثاني: أشكال خطاب الضمان 15
المبحث الثاني: تمييز خطاب الضمان عن غيره من الأنظمة المشابهة 24
المطلب الأول: تمييز خطاب الضمان عن بعض الأنظمة الائتمانية المصرفية غير المباشرة . 25
الفرع الأول: تمييز خطاب الضمان عن الكفالة المصرفية 26
الفرع الثاني: تمييز خطاب الضمان عن الشيك البنكي 30
المطلب الثاني: تمييز خطاب الضمان عن بعض الأنظمة الائتمانية المصرفية المباشرة 32

الفرع الأول: تمييز خطاب الضمان عن الاعتماد المستندي: 32
الفرع الثاني: التمييز بين خطاب الضمان والحساب الجاري..... 35
الفصل الثاني الاثار القانونية لخطابات الضمان..... 38
المبحث الأول: آثار عقد خطاب الضمان..... 39
المطلب الأول: التزامات أطراف عقد خطاب الضمان 39
الفرع الأول: التزامات العميل الآمر (طالب الخطاب) 40
الفرع الثاني: التزامات البنك (مُصدِر الخطاب) 46
الفرع الثالث: التزامات المستفيد 50
المطلب الثاني: حقوق أطراف عقد خطاب الضمان 52
الفرع الأول: حقوق العميل الآمر (طالب الخطاب) 52
الفرع الثاني: حقوق البنك (مُصدِر الخِطاب)..... 54
الفرع الثالث: حقوق المستفيد من الخطاب 58
المبحث الثاني: الاشكاليات القانونية المتعلقة بتنفيذ خطاب الضمان 62
المطلب الأول: مسؤولية البنك عن عدم تنفيذ الخطاب بناء على الغش الصادر من المستفيد .. 63
الفرع الأول: أنْ يكون خطاب الضمان صحيحاً وساري المفعول 63
الفرع الثاني: أن يكون الغش ظاهراً وثابتاً بدليل قطعي..... 64
الفرع الثالث: صدور الغش ممّن يُحْتَجّ به عليه أي من المستفيد 64
المطلب الثاني: أحكام انتهاء خطاب الضمان والقواعد الخاصة به 65
الفرع الأول: حالات انتهاء خطاب الضمان بالوفاء 66
الفرع الثالث: الاحكام الخاصة بانتهاء خطاب الضمان..... 70
الخاتمة..... 72
أولاً: النتائج 73
ثانياً: التوصيات..... 74
قائمة المصادر والمراجع..... 75

المقدمة

تحتل البنوك في اقتصاد القرن الواحد والعشرين مكانة مميزة وهامة، ويعود ذلك إلى طبيعة النشاط الاقتصادي المالي متعدد الجوانب الذي تؤديه البنوك، بالإضافة لما تمتلكه من رأس مال، نقود وعقارات تمكنها من لعب دور مؤثر في عدة نواح اقتصادية، سواء على صعيد التمويل، أو صعيد الاستثمار، أو صعيد النقد والصرف... الخ، وهذا الدور الذي تؤديه البنوك جعل منها الركيزة الأساسية للنظام المالي في الدولة، وفي إنجاز مشاريع تنموية[1].

وتلعب البنوك دوراً مهماً في تقديم التأمين لعملائها، ولا يخفى على أحد ان الاعمال التجارية قائمة على السرعة والثقة بين أطرافها، فلا يوجد عقد تجاري ألا وجدت معه الثقة المتبادلة بين أطرافه، أو بطلب أحد الأطراف تقديم الضمان ويظهر ذلك بشكل واضح في اعمال التوريدات والمقاولات أو عند استيراد أو تصدير أحد العملاء بضائعه الى الخارج.

ومن ضمن العمليات المصرفية المتعددة التي تقوم بها البنوك لأداء دورها ما يعرف بخطابات الضمان، وهذه الخطابات تعد عملية مصرفية ائتمانية، دعا إليها النشاط التجاري للأفراد أو الشركات، ولخطاب الضمان أهمية كبيرة كونه أحد أهم صور الائتمان المصرفي ، فبموجبه يضمن المصرف عميله إزاء شخص آخر بصورة تعهد من المصرف بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين، وقد ارتبطت خطابات الضمان بفكرة العطاءات، فعند طرح عطاء ما يطلب من المتقدمين للمشاركة في العطاء تقديم تأمين نقدي بنسبة معينة من قيمة العطاء للتأكد من جدية والتزام المشاركين في العطاء ومنعاً من المراوغة والتسويف وهذا يعتبر تأمين أولي، وبعد أن يرسو العطاء على أحد المشاركين سواء كان عطاء لبناء عقارات أو تنفيذ مشاريع، أو توريد بضائع ومستلزمات، أو تقديم خدمات ...الخ، يطلب منه صاحب العمل تقديم كفالة نقدية ويعتبر هذا التأمين مستقل عن التأمين الأول من حيث الهدف ، فهذا النوع من التأمين يطلب من أجل ضمان حسن التنفيذ والتسليم في المواعيد المتفق عليها دون أي تأخير ووفقاً للشروط الفنية والقانونية المتفق عليه بين صاحب العمل والمكلف بالعطاء، ونظراً لأن هذه العطاءات تتصف بطبيعتها بأنها ذات قيمة مالية كبيرة من حيث التنفيذ فإن التأمين النقدي المطلوب لابد أيضاً أن يكون مرتفع القيمة المالية حتى يحقق الغرض الذي شرع من أجله وهو ضمان الجدية والالتزام من قبل الشخص الذي رسا عليه العطاء وقت التنفيذ[2].

---

[1] العكيلي، عزيز: **الوسيط في شرح القانون التجاري " الأوراق التجارية وعمليات البنوك** " ج2. ط7. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2018. ص: 45.

[2] الشمري، صادق: **ادارة العمليات المصرفية**. ط1. الأردن: دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع. 2019. ص:23.

أسباب اختيار الموضوع

1. وجود أهمية اقتصادية لخطابات الضمان الصادرة عن البنوك، والتي لها تأثيرها ووزنها في العمل المصرفي وعلى القطاع المصرفي والمتعاملين معه، نظراً لسعي المشرع إلى حماية مصالح وحقوق أطراف خطاب الضمان وحفظها وصونها.
2. وجود حاجة قانونية في فلسطين لتشريع مصرفي ينظم الآليات القانونية للتعامل مع خطابات الضمان المصرفي في ظل نقص تشريعي في القوانين السارية بشأن تنظيم خطابات الضمان المصرفي.
3. الحداثة النسبية التي يتصف بها موضوع التنظيم القانوني لخطاب الضمان المصرفي، كون الخطاب المصرفي وتنظيمه يعتبر عملية مصرفية حديثة.

إشكالية الدراسة

تتمثل إشكالية هذه الدراسة في كيفية المعالجة التشريعية لخطاب الضمان المصرفي في فلسطين، حيث يعد إصدار خطابات ضمان مصرفية من أكثر العمليات الائتمانية التي تقوم بها البنوك الفلسطينية ومع ذلك لم تحظ خطابات الضمان المصرفية بتنظيم تشريعي فلسطيني حديث يتناسب مع أهميتها وشيوع استخدامها، حيث خلا قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 النافذ في الضفة الغربية من أي نص قانوني أو مادة قانونية تنظم خطاب الضمان المصرفي، وترك مسألة تنظيم هذا النوع من العمليات الائتمانية المصرفية للأعراف المصرفية، كما هو الحال في المملكة الأردنية ، وهذا الأمر بحد ذاته يعد نقصا قانونياً، ويتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات فرعية نذكرها على النحو التالي:

أولاً: ما هو خطاب الضمان المصرفي وما الذي يميزه عن غيره من العمليات من الناحية القانونية ومن الناحية المصرفية؟

ثانياً: ما هي الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي؟

ثالثا: ما هي أبرز الحقوق والالتزامات التي تنشأ عن عملية اصدار خطاب ضمان مصرفي بالنسبة لأطرافه الثلاثة؟

رابعا: كيف ينتهي خطاب الضمان وماهي حالات انتهائه؟

أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق مجموعة من الأهداف منها:

أ. توضيح آليات التنظيم القانوني لخطاب الضمان المصرفي في القانون الفلسطيني.

ب. شرح الجوانب القانونية والمصرفية المتعلقة بخطاب الضمان المصرفي بصورة تفصيلية.

ج. استعراض اثار الحقوق والواجبات الخاصة بأطراف الخطاب المصرفي.

د. استعراض الموقف الفقهي والقضائي فيما يتعلق بالتنظيم القانوني لخطاب الضمان المصرفي.

ه. البحث في الإشكاليات والصعوبات العملية التي تواجه التعامل بخطابات الضمان المصرفي في فلسطين.

منهجية الدراسة

اعتمد الباحث في هذه الدراسة على كل من المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال تناول النصوص والمعطيات والمعلومات المتعلقة بهذه الدراسة وتحديدها بأسلوب قانوني علمي محكم، ودراسة الإشكاليات الخاصة بخطابات الضمان المصرفي من خلال استقراء النصوص المتعلقة بخطابات الضمان المصرفي في التشريعين المصري والأردني.

نطاق الدراسة

تناولت هذه الدراسة القواعد العامة التي تنظم خطاب الضمان المصرفي في فلسطين وفق ما جاء في مجلة الأحكام العدلية وقانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 والنافذ في الضفة الغربية ومشروع قانون التجارة الفلسطيني، وقانون التجارة المصري رقم (17) لسنة (1999).

حدود الدراسة

الحدود الموضوعية: التشريعات الفلسطينية وبعض التشريعات العربية، ومن أبرز تلك التشريعات: قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966، القانون المدني الأردني رقم 43

لسنة 1976، قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001، قانون تشكيل المحاكم النظامية الأردني رقم 17 لسنة 2001، اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995، القواعد الموحدة لخطاب الضمان الصادرة من غرفة التجارة الدولية في باريس لعام 1992، النشرة (590) الخاصة بالقواعد الدولية لخطاب الاعتماد الضامن.

الدراسات السابقة

الدراسة الأولى: شذى وليد أبو عياد: وثيقة خطاب الضمان المصرفي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة اليرموك، أربد، المملكة الأردنية الهاشمية، 2010.

تناولت هذه الدراسة وثيقة خطاب الضمان المصرفي في التشريع الأردني من حيث التنظيم القانوني والمصرفي وجاءت هذه الدراسة في العديد من جوانبها مركزة على الجانب الفني المصرفي الخاص بخطابات الضمان، بينما دراستنا هذه تختلف عن الدراسة السابقة في النطاق المكاني حيث تسعى هذه الدراسة إلى البحث في التنظيم القانوني الخاص بخطاب الضمان في فلسطين.

الدراسة الثانية: طلال علي سليمان الشوبكي: أثر الغش في التزام المصرف مصدر خطاب الضمان، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، 2013.

تختلف دراسة الباحث عن هذه الدراسة في الإشكالية والأهداف، فالدراسة السابقة تناولت إشكالية محددة الا وهي موضوع الغش وتأثيره على التزام المصرف في عملية خطاب الضمان حيث سعى الباحث لتناول كافة الآثار القانونية المترتبة على حصول الغش والمسؤولية القانونية الواقعة على المصرف سواء المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية، بينما دراستنا هذه جاءت في نطاق مغاير يتصل بالبحث في التنظيم القانوني لخطابات الضمان.

الدراسة الثالثة: سليمان القرم: خطاب الضمان في المصارف الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2003.

تختلف دراسة الباحث عن هذه الدراسة في الإشكالية والأهداف، فالدراسة السابقة تناولت خطاب الضمان في المصارف الإسلامية من حيث الماهية والتنظيم المصرفي والقانوني لهذه

العملية في نطاق مصرفي محدد محصور وهو المصارف الإسلامية دون المصارف الأخرى حيث سعى الباحث في هذه الدراسة إلى إبراز أوجه الاختلاف في عملية خطاب الضمان في المصارف الإسلامية عن ما هو متبع في نفس العملية في المصارف الأخرى ، بينما دراستنا هذه جاءت أكثر شمولية حيث سعى الباحث لبيان القواعد الناظمة لخطاب الضمان المصرفي في فلسطين وبالتحديد في المصارف العادية.

الدراسة الرابعة: عبد الرحمن يعيش: مدى الالتزام القانوني للبنك في خطاب الضمان، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين،2018.

تختلف هذه الدراسة في الأهداف، فالدراسة السابقة تناولت جزئية متخصصة في خطاب الضمان والمتمثل في التزام البنك في عقد الخطاب والآثار المترتبة على هذا التنفيذ وما يحيطه به من إشكاليات تؤثر على التزام البنك الضامن في الخطاب والتي تتمثل بالغش الصادر من المستفيد بينما دراستنا هذه جاءت أكثر شمولية فهي تبحث في القواعد التي تنظم خطاب الضمان في فلسطين.

تقسيم الدراسة

سيقوم الباحث بتقسيم الدراسة وفق الخطة الآتية:

الفصل الأول: الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي.

الفصل الثاني: الآثار القانونية لخطابات الضمان.

الفصل الأول:
الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي

يتمثل الضمان في القانون المصرفي بأنّه يُعدُّ جزءاً من الكفالات المصرفية التي غالباً ما تلجأ فئة التجار والمستثمرين لطلبها ممن يصدرها ألا وهي البنوك، فالبنوك تسعى بشكل دائم لإرضاء المتعاملين معها وخاصّة الفئة التي اكتسبت ثقتها بملاءتها الماليّة وتغطيتها المثالية، بمعنى أنها ليست مدينة أمام البنك وتقوم على تسديد المستحقات المالية سواء للبنك أو لغيره بشكل مستمر، بحيث يرتكز هؤلاء الأشخاص على قوة تعاملاتهم البنكية في طلب هذه الكفالات لتقديمها كضمان أمام جهات استثمارية كبيرة، أو أمام شركات تجارية متعدّدة تعمل في إقامة المشاريع وإنجازها؛ وبحيث تكون هذه الجهات قد طلبت هذ الكفالات بشكل مسبق، وبالتالي فإنّ هذه الكفالات تُعَدُّ أداة حيوية فعّالة من أدوات الاقتصاد[3] التي أصبحت وسيلة مهمة للمضي قدماً في خدمة الاقتصاد المحلي، وخدمة الأفراد والمجتمع ككل.[4]

وبناء على ما سبق **سنسعى لتحديد ماهية الطبيعة القانونية والفقهية لخطاب الضمان وكيف يتم العمل به في فلسطين؟**

للإجابة عن هذا السؤال جرى تقسيم هذا البحث إلى مبحثين كالتالي:

المبحث الأول: ماهيّة خطاب الضمان المصرفي.

المبحث الثاني: تمييز خطاب الضمان عن غيره من الأنظمة المشابهة

سعياً للوقوف على ماهية هذه العمليّة المصرفية وتبيان أهميتها؛ فسيقوم الباحث بالبحث في أحكام هذه العملية فقهياً وقانونياً، بحيث يهدف الباحث من ذلك لإبراز أهم الأفكار والأحكام الخاصة بهذه العملية في القوانين والتشريعات المختلفة، وثم بقيام الباحث بتبيان الأنظمة المصرفية الأخرى التي تتشابه مع الخطاب، وذلك ضمن المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مفهوم خطاب الضمان المصرفي وعلاقات أطرافه.

المطلب الثاني: خصائص خطاب الضمان وأشكاله.

---

[3] أبو زيد، عبد العظيم جلال: **فقه الربا "دراسة مقارنة وشاملة للتطبيقات المعاصرة"**. ط1. بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون.2004. ص436. العايب، وليد وبوخاري، لحلو: **اقتصاديات البنوك والتقنيات البنكية**. ط1. بيروت: مكتبة حسن العصرية. 2013. ص277.

[4] العكيلي، عزيز: **مرجع سابق**، ص476.

المطلب الأول: مفهوم خطاب الضمان وعلاقات أطرافه

يستعرض الباحث في هذا المطلب الأحكام الخاصة بالمفهوم القانوني لخطاب الضمان، وذلك من ناحية تشريعية وُوجْهَة نظر فقهية، ويعمل الباحث من خلال هذا المطلب على تبيان مجموعة من التعريفات المختلفة لخطاب الضمان المصرفي فقهيّاً وتشريعيّاً، وذلك باعتبار أنّ عمليّة وعقد خطاب الضمان تعتبر من أبرز العمليات والعقود التي تتعامل بها البنوك وتبرمها في الوقت الحاضر، ثم يقوم الباحث أيضاً باستعراض علاقات أطراف عقد خطاب الضمان، والقواعد التي تحكمها، وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:[5]

الفرع الأول: مفهوم عقد خطاب الضمان

اتفقت التشريعات المصرية والاردنية على تعريف شبه موحّد لها، إلّا أنّ الفقه قد اختلف في أساس هذه العملية وطبيعتها القانونية، ووجوب قيام البنوك بتحديث سياساتها الائتمانية بشكل مستمر، وبما يخدم تنوع المشاريع وتطوّرها الدائم، فالإشكالية الكامنة هنا تقع في أساس طبيعة عملية خطاب الضمان والموقف القانوني، والتعريفات مبينة كالتالي:

يعرف جانب من الفقه خطاب الضمان بأنه: " تعهد بدفع مبلغ نقدي في حدود مُعينة، يقوم بالنظر إلى عقد الأساس، ولكنه يُنشئ التزاماً مُنفصلاً عنه، ويتميز بعدم جواز الاحتجاج بالدفوع المُستمدة من عقد الأساس، فالبنك يلتزم بالدفع لدى أول طلب من المُستفيد دون أن يكون للبنك أن يتمسك بالدفوع المُستمدة من روابط قانونية أخرى بل ورغم مُعارضة العميل الآمر لأي سبب"[6]، وعقد الأساس هو العقد الذي يلتزم بموجبه العميل الامر استصدار خطاب الضمان، وعلى ذلك يصدر خطاب الضمان عندما يتقدم العميل للبنك طالباً منه اصدار خطاب ضمان لمصلحة شخص آخر يسمى المستفيد[7]

وباستقراء وتحليل التعريف السابق، يتبيّن بأنّه يقوم على اعتبار أنّ عقد خطاب الضمان هو عبارة عن تعهّد مكتوب صادر من البنك تجاه عميله الآمر لمصلحة المستفيد ، وبالتالي فإنّ التزام البنك محل اعتبار أمام العميل من جهة، والمستفيد من جهة أخرى، وأنّ مسؤولية البنك تقوم في حال إخلاله بهذا التعهد، ويلاحظ أن هذا التعريف يعزز موقف المستفيد في حصوله

---

[5] نجاة، بضراني: **الائتمان المصرفي بطريق التوقيع " الاعتماد بالقبول، الكفالة المصرفية، خطاب الضمان** ". ط1. الأردن: منشورات الجامعة الأردنية. 1997. ص33

[6] القليوبي، سميحة: **الأسس القانونية لعمليات البنوك**. ط8. القاهرة: دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع.2019. ص231.

[7] الجبر، محمد حسين: العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية ،ط1،السعودية :عمادة شؤون المكتبات في جامعة الملك سعود ،1984.

على مبلغ الخطاب وقت الطلب، فقد يقوم العميل الآمر بالتراجع عن العقد الذي أبرمه مع البنك لِيُضر بالمستفيد بشكل متعمد؛ لذلك فإنّ البنك يلتزم بدفع مبلغ الضمان للمستفيد حتى ولو اعترض العميل على ذلك.

يُعاب على هذا التعريف بأنه يجعل التزام البنك مرتبطاً بعقد الأساس، وكذلك فإنه يفصل بين هذين العقدين، فيحظر على الأطراف التمسك بالدفوع المتعلقة بعقد الأساس، وأن الدفوع التي يجوز التمسك بها هي فقط المتعلقة بعقد الخطاب ذاته الذي يجري تنفيذه.

ويعرف جانب آخر من الفقه خطاب الضمان بأنه: " تعهد مصرفي مكتوب بدفع مبلغ نقدي معيّن لدى أول طلب من المستفيد بالتطبيق لنصوص التعهد، ودون إمكانية التمسّك بأي دفع مرتبط بالعقد الأصلي، مع التحقّظ بالنسبة لحالة الغش"[8]، ويلاحظ على هذا التعريف انه يتجه لتقريب خطاب الضمان من الكفالات المصرفية، إذ هو أصلاً صورة من صور هذه الكفالات مع وجود بعض الاختلافات بينهما، ثم أنّ ذكره لحالة الغش يُعَدُّ أمراً جيّداً، اذ أنّ البنك في حالة توجه المستفيد له من أجل طلب الوفاء بقيمة خطاب الضمان؛ لا يقع عليه التزام بأن يخطر الآمر (العميل) قبل تسييل خطاب الضمان أي أن يتم صرفه للشخص الذي طلب اصداره ليستعمله في أمور أخرى، لكن الوفاء الفوري بقيمة الخطاب للمستفيد قد يوقع البنك في خطأ ومن ثم قيام مسؤوليته تجاه الآمر (العميل) وذلك في حالة ما اذا كان طلب المستفيد لمبلغ خطاب الضمان ينطوي على غش أو تدليس، لذلك فتحقّظ البنك على مسألة الغش أو التدليس من خلال الامتناع عن إجابة طلب المستفيد بالوفاء بقيمة خطاب الضمان يعتبر أمر جيّد له وينأى به عن كثير من المشاكل التي قد يقع بها عند تنفيذ الخطاب لمصلحة المستفيد، ويكون هذا التحفظ عندما يقوم المستفيد بتقديم وثائق مزورة فيدفع ذلك البنك للامتناع عن الوفاء.

وبقراءة هذا التعريف، يتبيّن بأنه أشمل وأوسع من التعريف السابق، فهو يُبيّن أنّ خطاب الضمان عبارة عن تعهّد مصرفي مكتوب، وهو الأمر الذي لم يذكره التعريف الأول، ثمّ بذكره أنّ مبلغ الضمان هو عبارة عن مبلغ معيّن يكون مُتّفقاً عليه بين العميل الآمر والمستفيد، وكذلك في اعتباره أنّ حالة الغش هي حالة لا يُمكن تجاهُلُها أو إغفالها، بحيث تجري مساءلة الطرف الذي حَصَلَ الغش من قِبَلِه.

---

[8] الكيلاني، محمود: **الموسوعة التجارية والمصرفية المجلد الرابع** " **عمليّات البنوك** ".ط1. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2009. ص308

لكن يُعاب على هذا التعريف بأنه لم يذكر أطراف هذا العقد، ولم يتكلّم عن الالتزامات الواقعة على عاتق طرف من الأطراف على الأقل.

ويُلاحظ أنّ هناك جانب من الفقه[9] المصري يرى أن البنك يمنح توقيعه في خطابات الضمان على أساس أنه يُقدم بموجبها تسهيلاً مصرفيّاً مُهماً لعملائه، وعليه فإنه ليس من التزامات البنك الوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد، لأن توقيع البنك على الخطاب يُعَدّ ذو قيمة ائتمانية ممنوحة لعميله، وبالتالي فهو لا يقوم بدفع قيمته على الفور بل في أجل يتم الاتفاق عليه.

يلاحظ أن هذا التعريف هو تعريف وتفصيل جوهري لطبيعة عقد الخطاب، وتمهيد دقيق لطبيعة التزام البنك تجاه العميل وتجاه المستفيد، وهو يتضمن توضيح للأجل الذي يتم الوفاء فيه، والحقوق التي يمتلكها كل طرف من الأطراف.

وبناء على ذلك، فإنّ التعريف الذي يميل إليه الباحث، هو التعريف الثاني الذي يُعدُّ تعريفاً مميّزاً وشامِلاً في توضيحه لفكرة عقد الخطاب، وأساسه القانوني، وطبيعة هذا العقد وجوهر الالتزامات الواقعة على كل طرف من أطرافه، فضلاً عن تبيانه أنه عقد يمثل تعهداً من قِبَل البنك، وأنه مكتوب.

ويرى الباحث، أنّه مهما اختلفت صِيَغ وعبارات تعريف خطاب الضمان فقهيّاً؛ إلّا أنها تجتمع على أنّ الالتزام الناشئ عنه في ذمة البنك هو التزام أصيل مشتق من الالتزام الأصلي للعميل الذي يطلب الخطاب من البنك وذلك تلبية لطلب جهة أخرى قد اشترطت وجود كفالة مصرفية لإتمام عقدها مع هذا العميل.

وعلى صعيد آخر، وبتعريف خطاب الضمان تشريعياً

يُعَرّف المشرّع المصري خطاب الضمان 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 ".[10]

---

[9] البارودي، علي: **العقود وعمليّات البنوك التجارية وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999**. بدون طبعة. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 2001. ص416. الكيلاني، محمود: مرجع سابق. ص311.

[10] انظر المادة (1/355) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 وتتقابل هذه المادة مع المادة (287) من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 والمنشور في صحيفة الوقائع العراقية في العدد رقم 2987 وعلى الصفحة رقم 230 وذلك بتاريخ 1984/4/2، والمادة (382) من القانون التجاري الكويتي رقم 68 لسنة 1980 المنشور في الجريدة الرسمية الكويتية بتاريخ 1981/2/25.

ونجد من خلال هذا التعريف أنّ المشرّع المصري كان دقيق في توضيحه لمفهوم عمليّة خطاب الضمان، إذ بيّن أنه تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب عميله، ثم حدّد أطراف هذا الخطاب وقواعد المطالبة به.

وتعرّف اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة خطاب الضمان : " بأنه عبارة عن كفالة مستقلة، أو خطاب اعتماد ضمان مقدم من مصرف أو مؤسسة مالية أخرى أو شخص آخر وهو الكفيل، بأن يدفع للمستفيد مبلغاً معيناً أو قابلاً للتعيين لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مطالبة مشفوعة بمستندات أخرى، وذلك حسب أحكام التعهد أو أي من شروطه المستندية التي يُستدل منها على وجه استحقاق السداد، بسبب تقصير في أداء التزام ما أو بسب حادث طارئ آخر، أو سداداً لمال مُقْتَرَض أو مُسْتَلَف، أو سداداً لأي دين مستحق السداد واقع على الأصيل/الطالب أو أي شخص آخر ".[11]

ويرى الباحث أنّ التعريف الذي أوردته الاتفاقية المذكورة أعلاه يُعَدّ أفضل وأنسب التعاريف، وذلك لأكثر من سبب، **الأول:** في ذكر أنّ خطاب الضمان يُعد بمثابة كفالة مستقلة، والواقع أنّ خطاب الضمان المصرفي هو جزء من الكفالات المصرفية التي تقدمها هذه المصارف لكفالة عملائها أمام جهة معينة دائماً ما تكون صاحبة مشروع استثماري تجاري هام، **الثاني:** عند الحديث عن مبلغ الكفالة، فقد تم ذكر عبارة (معيّن أو قابل للتعيين) وهذا أمر جيّد بالنسبة لأي عقد مدنياً كان أو تجارياً، حيث يكون من الأنسب ذكر ذلك والا كان واجباً تعيين قيمة المبلغ عند التعاقد، لكن في خطاب الضمان ومع أن الأصل أنْ يُحَدّد ضمان البنك بمبلغ معين، ومع ذلك فمن المتصوّر أن يصدر الخطاب دون تحديد للمبلغ ، **الثالث:** أنّ هذا التعريف دقيق وواضح وذلك باستخدامه مصطلحات أوسع وأكثر استخداماً على الصعيد المحلّي والدولي كمصطلح " مطالبة مشفوعة بمستندات " وذلك بما يوضح أنّ المطالبة بمبلغ الضمان يجب أن تكون مقرونةً بالمستندات الضرورية، ومصطلح" التعهد " وذلك باعتبار أنّ خطاب الضمان هو

---

[11] انظر المادة (1/2) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995. وقد وردت الاتفاقية على موقع https://uncitral.un.org/ar/texts/payments/conventions/independent_guarantees. تاريخ الزيارة 2021/7/15 الساعة 8.50 م. على صعيد آخر عرفت القواعد الموحدة لخطاب الضمان الصادرة من غرفة التجارة الدولية في باريس لعام 1992 "في المادة الثانية منها ما يُسمّى بخطاب الضمان تحت الطلب بأنه " أي ضمان أو سند أو تعهد بالدفع أياً كانت مسماه أو بوصفه صادر من بنك أو شركة تأمين أو شركة أو أي جهة أو شخص يشار إليه بأنه الضامن، بحيث يتعهد فيه كتابة بأن يدفع مبلغاً محدداً ونقداً عند تقديم ما يتفق مع نصوص الضمان بناء على طلب كتابي بالدفع وأي مستند آخر أو مستندات أخرى". أنظر في ذلك عوض، علي جمال الدين: **خطابات الضمان المصرفية**. ط1. القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع. 1998. ص443

بمثابة تعهّد واضح من البنك تجاه عميله الآمر، ومصطلح " وجه استحقاق السداد" ما يعني أن دفع المبلغ يكون عند الاستحقاق كأي تعهّد مصرفي آخر.

الفرع الثاني: علاقات أطراف عقد خطاب الضمان

بما أنّ عقد الخطاب يُمَثّلُ التزاماً مباشراً على البنك مُصْدره ويأتي على اعتباره كضمان أو كفالة وخاصّة –كما سبق القول– في الأعمال التي تتطلب في العادة تقديم بعض الضمانات تأميناً؛ فإنّ عقد الخطاب هو عقد واسع يحتوي على الكثير من التفاصيل والقضايا التي سيقوم الباحث بالوقوف على أهمها ألا وهي حقوق وواجبات الطرفين.[12]

ويود الباحث أن يتعرّض للعلاقات الثلاثة –والتي سبق ذكرها– بشيء من التفصيل على النحو التالي:

اولاً: العلاقة بين العميل طالب الخطاب والبنك مصدِرُه:

تخضع العلاقة القائمة بين العميل الآمر والبنك مُصْدِرْ الخطاب لعقد يسمى بعقد إصدار الخطاب[13]، وهو في الأصل عقد سابق على اصدار خطاب الضمان ذاته، فيصدر خطاب الضمان عندما يتقدم العميل للبنك طالباً منه اصدار خطاب ضمان لمصلحة شخص آخر يسمى المستفيد، فبعد أن يقوم البنك بالتحقق من ملاءة العميل الآمر والضمانات التي سيحصل عليها نتيجة اصداره لهذا الخطاب واتفاقه مع العميل على الغطاء الذي سيتم وضعه لتأمين الخطاب والمقصود بالغطاء هنا الضمانة التي يقدمها العميل طالب الخطاب للبنك من اجل اصدار الأخير خطاب ضمان؛ حيث يقوم البنك بإصدار الخطاب (عن طريق عقد يجري توقيعه مع العميل) لمصلحة المستفيد بناء على مجموعة من المعلومات التي يقوم العميل الآمر على تحديدها، اذ يلتزم العميل بموجب هذا العقد بتقديم الغطاء الذي تمّ الاتفاق عليه وبدفع العمولة المتفق عليها أيضاً أو المحدّدة في العقد مقابل قيام البنك بإصدار هذا الخطاب، كما أنه يكون مُلْزَماً برد مبلغ الخطاب في حالة قيام البنك بدفع المبلغ لمصلحة المستفيد وذلك عند طلب هذا

---

[12] الأفندي، محمد أحمد: **الاقتصاد النقدي والمصرفي**. بدون طبعة. الأردن: مركز الكتاب الأكاديمي، 2020، ص131.

[13] هناك من الفقهاء من يسمي هذا العقد بعقد الاعتماد بالضمان كالدكتور علي جمال الدين عوض وغيره، أنظر في ذلك: عوض، علي جمال الدين: مرجع سابق. ط1 ص569– 570 . علي، سعيد حسين: **عقود قانون التجارة الدولية** " **عقد النقل الجوي، عقد النقل البحري، خطابات الضمان، الاعتمادات المستندية: دراسة مقارنة** ". ط1. القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية، 2017، ص74.

الأخير ذلك[14]، مع وجود مجموعة من الالتزامات الأخرى التي يلتزم بها العميل في عقد الخطاب يوردُها الباحث فيما بعد.

وبناء على هذه العلاقة، فإنّ محكمة التمييز الأردنية قد بيّنت في ذلك أنه: " إنّ تعهد البنك الكفيل بأن يدفع المبلغ المتفق عليه أو الرصيد المستحق منه عند أول طلب خطي من المستفيد، وبصرف النظر عن أي اعتراض أو تحفظ يبديه المكفول هو تعهد مستقل عن العلاقات التي تنشأ بين المكفول (العميل) والمستفيد (طالب مبلغ الكفالة)، ويكون البنك ملزماً بدفع قيمة خطاب الضمان، ولا يجوز له رفض الوفاء لأسباب تتعلق بعلاقة العميل بالمستفيد، حتى أنّ التزام البنك تجاه المستفيد لا يتبع التزام العميل المكفول، بحيث أنّ التزام كل منهما يكون مستقلاً عن الآخر ".[15]

ثانياً: العلاقة بين البنك مصدر الخطاب والمستفيد منه

يحكم هذه العلاقة شروط وعبارات خطاب الضمان ذاته الموقّع بين البنك وعميله طالب الخطاب، سواء أكان عقد الخطاب مشروطاً أو غير مشروط، فعقد الخطاب المشروط يلتزم به البنك بدفع مبلغ الضمان في حالة عجز العميل عن السداد أو بحالة عدم قدرته الوفاء بالتزاماته وبهذه الحالة يكون على المستفيد تقديم المستندات التي تثبت عجز العميل عن الوفاء، في حين أن الخطاب الغير مشروط لا يشترط به وجود تقصير من جهة العميل وفي هذه الحالة يكون للمستفيد حق استيفاء مبلغ الضمان من البنك.[16]

إذ في هذا العقد يجري تحديد المستفيد من الخطاب تحديداً دقيقاً ووافياً والغرض من الخطاب وطبيعته ومدّته وقيمته التي ستُدْفَع للمستفيد، وكيفية الوفاء لمصلحة المستفيد، وبناء على ذلك لا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع الى علاقته مع العميل الآمر أو علاقة العميل الآمر بالمستفيد، وهذا يجسد استقلال التزام البنك عن باقي أطراف عقد الخطاب ولا يتأثر بها[17]، أي أنه لا أثر لعدم قيام العميل الآمر بالتزاماته تجاه البنك على حق المستفيد قِبَل هذا البنك، اذ يبقى التزامه قائماً تجاهه، اذ أنّ حق المستفيد مستمد في الأصل من خطاب

---

[14] الجبر، محمد حسن: **مرجع سابق**، ص324-325.

[15] راجع في ذلك حكم محكمة التمييز الأردنية في القضية الحقوقية رقم 1995/511 والصادر بتاريخ 3/4/1995.

[16] ظاظا، عائشة حمد: خطاب الضمان، مجلة الجامعة الاسمرية الإسلامية، مج10، ع19، ص166.

[17] إنّ استقلال التزام البنك تجاه المستفيد يدخل ضمن ما يسمّى بخطاب الضمان غير المشروط، اذ في هذا النوع من الخطاب يقوم البنك بالسداد للمستفيد بشكل تلقائي عند المطالبة ودون تعليق ذلك على أمر خارجي عن الخطاب، لذلك فهو يوصف بالتجريد ابرازاً للخاصيّة الرئيسية وهي استقلال التزام البنك. أنظر في ذلك: الفقي، محمد السيد: **القانون التجاري** " **الافلاس وعمليات البنوك** ". ط1. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. 2011. ص308.

الضمان وليس من العقد المُبْرم بين العميل والبنك[18]، وفي هذا الاطار حكمت محكمة النقض المصرية[19] بأن: " استقلال التزام كل من العميل الآمر والبنك قبل المستفيد، والتزام البنك بموجب خطاب الضمان يُعَدّ التزاماً أصيلاً ونهائياً قبل المستفيد بمجرد إصداره ووصوله إلى علم المستفيد، وأنّ ضمان البنك لصالح المستفيد لا يعد تنفيذاً لعقد بين العميل والمستفيد وعدم اعتبار البنك نائباً أو وكيلاً عن العميل أو كفيلاً له في تنفيذه ".

وعلى ذلك النحو يترتب على استقلال التزام البنك انه لا يجوز للمصرف ان يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع الى علاقة المصرف بالعميل الآمر كعدم قدرته على تقديم الغطاء ففي خطاب الضمان لا يكون التزام البنك تابعاً لالتزام المدين من حيث صحته وبطلانه، لان البنك دائما يلتزم بقيمة الخطاب بغض النظر عن مركز المضمون[20]

ثالثاً: العلاقة بين العميل الآمر والمستفيد

قد تكون هذه العلاقة في الأصل علاقة عقدية أي ناجمة عن عقد تم ابرامه بين الطرفين ودعت ظروفه لأن يطلب المستفيد من العميل ضمانا لتنفيذ التزامه، وقد تكون تمهيداً للتعاقد وهي كحالة الدخول في مناقصة لشراء مواد معيّنة وتقديم خطاب ضمان أوّلي كضمانة لحسن التنفيذ فيما بعد.[21]

المطلب الثاني: خصائص خطاب الضمان وأشكاله

يمتاز خطاب الضمان المصرفي بخصائص ذات طابع مستقل من الناحية القانونية والتي تجعله يلعب دوراً كبيراً في العمليات المصرفية إذ تجعل المستفيدين من عقود خطاب الضمان يشعرون بالأمان بسبب هذه الخصائص والتي تكون بمثابة تأمين نقدي ويمكن اجمال هذه الخصائص بما يلي:

---

[18] نصت المادة (358) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 على: " لا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالآمر أو إلى علاقة الآمر بالمستفيد ". وتتقابل هذه المادة مع المادة (389) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لسنة 2014.

[19] راجع في ذلك حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 13040 لسنة 79 قضائية والصادر بتاريخ 2017/10/18 والوارد لدى موقع أحكام محكمة النقض المصرية https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111369638&&ja=196414. تاريخ الزيارة 2021/11/13 الساعة 6.33م.

[20] عوض، علي جمال الدين: مرجع سابق، ص 590.

[21] العكيلي، عزيز: **الوسيط في شرح القانون التجاري " الأوراق التجارية وعمليات البنوك ج2** ". ط5. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2013، ص452.

الفرع الأول: خصائص خطاب الضمان

تتمثل خصائص خطاب الضمان فيما يلي:

أولاً: إنّ عملية إصدار خطاب الضمان هي عملية تجارية بالنسبة للبنك، وتخضع لأحكام القانون التجاري، كما هو الحال بالنسبة لكل اعمال البنك، أما فيما يخص العميل الآمر فتعد هذه العملية بالنسبة له عملاً تجاريّاً بالتبعيّة، باعتبار أنه تاجر في الأصل ومع ذلك ليس بالضرورة ان يتمتع الشخص بصفة التاجر فعملية اصدار خطاب الضمان لا تقتصر على فئة التجار فقط.[22]

ثانياً: عقد اصدار خطاب الضمان بين العميل والبنك عقد ملزم حيث يتضمن خطاب الضمان مبلغا مالياً محدّداً لا يجوز تجاوزه، بحيث يدفعه البنك عند المطالبة به من قبل المستفيد، لكن بالمقابل يجب على العميل سداد هذه القيمة في الموعد الذي يجري الاتفاق عليه أو في موعدٍ لاحقٍ له، لكن شريطة ألّا يتجاوز ميعاد الوفاء بقيمة خطاب الضمان للمستفيد ويسمى هذا الموعد تاريخ استحقاق الخطاب[23].

ثالثاً: يتميز خطاب الضمان بأنه التزام مباشر وفوري، لأن المستفيد بقبوله خطاب الضمان يمتاز بميزة السداد الفوري، وعلى ذلك يدفع البنك مبلغ الخطاب إذا طلبه المستفيد وحده دون المناقشة بقيام العميل بتنفيذ التزاماته او لا.[24]

رابعاً: يقوم خطاب الضمان على الاعتبار الشخصي سواء فيما يخص العميل أو البنك، ويترتب على ذلك أنّه لا يجوز تظهير الخطاب من قِبَل المستفيد ولا يجوز له تداوله، وكذلك في عدم جواز قيام المستفيد بالتنازل عن الخطاب إلى أي شخص وبأي طريق حتى ولو بالتبعية لتنازله عن عقد المقاولة الأصلي.[25]

خامساً: يقوم خطاب الضمان على مبدأ استقلال التعهد الصادر من المصرف، عن كل من العقد الذي صدر الخطاب من أجله؛ والعقد المبرم بين العميل والمصرف من أجل اصداره،

---

[22] قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة (1966) المادة(8) " جميع الاعمال التي يقوم بها التاجر لغايات تجارية تعد تجارية أيضا في نظر القانون 2- وعند قيام الشك تعد اعمال التاجر صادرة منه لهذه الغاية الا اذا ثبت العكس" .التكروري، عثمان: مرجع سابق . ص228-229.

[23] إرشيد، محمود عبد الكريم أحمد: **الشامل في معاملات وعمليّات البنوك الاسلامية**. ط1. الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع. 2001. ص175

[24] طرابلسي، عماد الدين: خطاب الضمان البنكي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح. الجزائر. ص9.

[25] الشمري، صادق: **مرجع سابق** ص98، نصت المادة (357) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 على: " لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الوارد بخطاب الضمان إلا بموافقة البنك، وبشرط أن يكون البنك مأذوناً من قبل الآمر بإعطاء هذه الموافقة".

فمبدأ استقلال الخطاب يعني انفصال الخطاب وعدم ارتباطه باي علاقة أخرى، اذ يكون التزام المصرف في الخطاب مستقلاً عن علاقة المستفيد بالعميل الآمر، وعن علاقة هذا العميل بالمصرف، ثم أنّ الوفاء بالخطاب لا يتوقف على واقعة خارجة عنه ولا على تحقق شرط معين.[26]

الفرع الثاني: أشكال خطاب الضمان

تتنوّع وتَتَعَدّد أشكال خطابات الضمان البنكية وذلك بحسب الغرض منها أو بحسب ما إذا كانت العملية التجارية التي تستلزمها محلية أو خارجية، مع القول أنه يصعب حصر هذه الأشكال تحت قاعدة واحدة أو غرض واحد، فكل شكل منها له خاصيّته وأهميته بالنسبة للبنك من جهة وللعميل طالب الخطاب من جهة أخرى.

ونجد أنّ قانون التجارة المصري ومشروع قانون التجارة الفلسطيني مثلاً لم ينصا بشكل واضح وصريح على أشكال خطابات الضمان، لذلك فإننا سنتعرّض لهذه الأشكال التي يجري التعامل بها على أرض الواقع في البنوك وهي: خطاب الضمان الابتدائي، خطاب الضمان النهائي، خطاب ضمان حسن الإنجاز أو التنفيذ، خطاب ضمان الصيانة، خطاب ضمان الدفعة المقدمة، خطاب ضمان الدفعة النهائية، خطاب الضمان الملاحي، خطاب الضمان الجمركي، خطاب الضمان المهني، وسيقوم الباحث بتوضيح كل شكل منها على النحو التالي:

أولاً: خطاب الضمان الابتدائي (خطاب ضمان دخول العطاء).

يُلاحظ أنّ هذا النوع من خطابات الضمان والتي تسمى بـِ(خطابات ضمان العطاءات) يبرز بشكل واضح في أعمال المقاولات الانشائية وأعمال التوريدات، وتظهر بشكل جلّي أيضاً فيما يتعلق بالمناقصات أو المزايدات التي تطرحها الجهات الحكومية، والتي تشترط على كل من يتقدم للعطاء والدخول في المناقصة أو المزايدة أن يقدم ضمن عرضه خطاب ضمان بنسبة معينة من قيمة أسعار العطاء المطروح أو تحديد مبلغ معين يرفق مع العطاء المقدم، والغرض الأساسي من هذا الخطاب يكمن في ضمان جديّة المتقدم بالعطاء وصدق التزامه بتوقيع عقد التنفيذ متى رسا العطاء عليه، ويُعَدّ هذا النوع من خطابات الضمان من أكثر أنواع خطابات الضمان شيوعاً، وتنتهي صلاحيته بمجرد رسو العطاء على أحد المتقدمين وتوقيع الاتفاق

[26] الكيلاني، محمود: **مرجع سابق**. ص324-325. الشمري، صادق: مرجع سابق. ص98.

معه، ويحل محله وقتئذ خطاب ضمان حسن التنفيذ ، وفي حال عدم رسو العطاء على أي شخص فيكون منتهيا كأن لم يكنً.[27]

والواقع أنّ البنك يصدر هذا الخطاب بناء على طلب عميله الذي يرغب في تقديم عطاء معين، لمصلحة الجهة التي أعلنت عن هذا العطاء، وذلك لأن من شروط قبول العطاء أن يكون مرفقاً به خطاب ضمان يصدر بنسبة مئوية تختلف من مؤسسة ماليّة لأخرى، فهناك من يشترط أن يكون الخطاب بنسبة تتراوح من 1–2% من قيمة العطاء، وهناك من يشترط أن يكون الخطاب بنسبة أكثر من ذلك، أو قد يكون عبارة عن مبلغ مقطوع، وتكون مدة صلاحية هذا الضمان قصيرة لا تتعدّى الأربعة أشهر.[28]

وبحسب ما هو مطبّق في البنوك، فلا يجوز فالأصل أن يعلق خطاب الضمان على قيْدٍ أو شرْط، لكن استثناءً قد يرتبط الخطاب بشرط، وذلك عندما تحدث في الفترة ما بين تقدّم العميل الآمر للعطاء، وطلبه المبلغ من البنك، وما بين توقيع العقد بشكل نهائي؛ ظروف أو تداعيات معينة يمكن أن تؤدي الى ارتفاع في الأسعار أو تدنّي في الانتاج أو انخفاض في قيمه العملة ؛ فيدفع ذلك الأمر مقدّم العطاء الى أن يسحب عطاءه حتى لا يتعرض عند تنفيذ مشروعه لخسارة، لذلك يكون عندئذ من حق صاحب المشروع أن يحجز على مبلغ الضمان كتعويض مالي يوازي ما قد يخسره.[29]

ثانياً: خطاب الضمان النهائي

وهو عبارة عن تعهد للجهة طالبة الخطاب الحكومة أو غيرها بدفع مبلغ معين من النقود يتمثل في الغالب بنسبة تتراوح ما بين 5% الى 10% من قيمة المشروع محل الخطاب وذلك كتأمين نقدي لتنفيذ العقد المبرم بينهم حيث يكون هذا الخطاب مستحقاً في حالة عدم استطاعة العميل الوفاء بالتزاماته المنصوص عليها في العقد ويكون الغرض من هذا الخطاب ضمان جدية وحسن تنفيذ العميل لالتزاماته المبرمة مع المستفيد[30].

---

[27] غنيم، أحمد: **خطابات الضمان " اطار متكامل نظرياً وعملياً وقانونياً** ". ط1. القاهرة: دون دار النشر، 2004، ص18.

[28] مقابلة أجريتها مع اسلام جعيدي مدير بنك فلسطين فرع قلقيلية، تاريخ 23–5–2022، الساعة 12:00 مساء.

[29] السعودي، جميل: **إدارة المؤسسات المالية المتخصصة**.ط1. الأردن: دار زهران للنشر والتوزيع، 2014، ص56. طليان، محمد حسين صالح: **النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات "دراسة مقارنة"**، ط1. الأردن: مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع. 2017. ص286.

[30] الحسني، احمد: خطابات الضمان المصرفية ، المجلد1 ، مصر: جامعة الازهر مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي.ص9.

لكن قد لا تسمح الحالة الماليّة للعميل في أغلب الأحيان من أن يدفع جزء من قيمة المشروع و التي سبق الحديث عنها، لذلك فيتضمن العقد المبرم بينه وبين البنك بنداً ينص على أن يتم تسديد قيمة المستحقات بالكامل للعميل (المقاول) مقابل تقديم خطاب ضمان بقيمة المبالغ التي كان يجب أن يتم دفعها، وتتزايد قيمة هذا الخطاب بحسب زيادة المستحقات التي كان يجب أن تُسْتَقطع.[31]

ثالثاً: خطاب ضمان حسن التنفيذ

يقوم العميل باستبدال هذا الخطاب بخطاب الضمان الابتدائي –والذي يُسَمّى بالخطاب النهائي أيضاً– وذلك عند رسو العطاء أو المناقصة عليه، وقيامه بالتوقيع على العقد الخاص بالتنفيذ، وغالباً يكون هذا الضمان في حدود 10% من قيمة العطاء وتستمر صلاحيته للمدة المتفق عليها في العقد حتى يتحقق المستفيد من حسن التنفيذ وسلامة الأداء، وتصبح مصادرة الضمان حقاً للبنك في حال تخلف العميل عن الوفاء بالتزاماته في إنجاز المشروع أو تنفيذ العقد، وبذلك تضمن الجهة صاحبة المشروع عدم التورط في مشاكل أو تحمل خسائر مع أحد العملاء متى أخفق في الوفاء بالتزامه وفقاً لنصوص وشروط العقد، والواقع أنّ هذا النوع من خطابات الضمان عادةً ما يُستخدم لتوريد السلع المهمة كالنفط والسكر والأرز، بحيث يكون حجم استيراد هذه السلع بحجم بواخر تزن 12500 طن وأكثر.[32]

ومن خصائص هذا النوع من الخطاب أنّ هذا الخطاب هو بمثابة عنصر أمان يتيح للمستفيد أو صاحب المشروع من أن يوفّر لنفسه الحماية اللازمة إزاء أيّ إخلال محتمل من قبل منفّذ المشروع في تطبيق التزاماته التعاقديّة، وأما مزاياه فتتلخص في أنه يضمن حسن سير الصفقات العمومية أو/والخاصّة، ويجنّب الشركة التسديد الفوري لمبلغ الضمان، ويمكّن بذلك من توفير السيولة لاستعمالات أخرى.[33]

---

[31] العكيلي، عزيز: **مرجع سبق ذكره**. ص455. الكيلاني، محمود: **مرجع سابق**، ص360–461. ضيف، خيرت: **محاسبة البنوك**. ط1. القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1987، ص191–192.

[32] القراري، عبد اللطيف حمزة: **المصارف الاستثمارية الاسلامية "النظرية والتطبيق"**. ط2. بريطانيا: دون ذكر لدار النشر. 2016. ص58.

[33] انظر في ذلك موقع مصرف الزيتونة .https://www.banquezitouna.com/ar/business/engagements-par-signature/mes-cautions-de-marche/caution-definitive-ou-de-bonne-execution. تاريخ الزيارة 2021/9/26 الساعة 6.35م.

ويمتاز هذا الضمان بأنه يسند من قبل المصرف لضمان حسن تنفيذ الصفقات وفقا للبنود المتفق عليها ما بين العميل والمستفيد فهو يعتبر بمثابة الأمان والحماية لصاحب المشروع في حالة قيام العميل بالأخلال بالتزاماته التعاقدية وبالتالي يحقق هذا النوع من الضمان العديد من المزايا منها ضمان حسن سير الصفقات المصرفية؛ وتجنّيب العميل التسديد الفوري لمبلغ الضمان، ويعمل بذلك على توفير السيولة لاستعمالات أخرى[34]

وقد جاء الحديث عن هذا النوع من الخطابات في حكم لمحكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، فبيّنت فيه أنه: " الكفالات البنكية المقدمة لضمان تنفيذ الالتزام والمعلّقة على تسليم المبيع؛ لا تسري أحكامها إلّا بعد نشوء الديْن بتسليم المبيع وهي قابلة للتجزئة تبعاً لمقدار الدين المضمون، فإذا انقضى جزء منه أو لم ينشأ أصلاً؛ سرت الكفالة في الجزء الباقي، وعليه فإن إلزام البنك بقيمة الكفالات التي تغطي قيمة الجزء المسلم من المبيع وادراج اسم المميز ضدهما ضمن كشف دائني البنك يتفق وأحكام القانون ".[35]

وفي حكم آخر لذات المحكمة، فقد بيّنت فيه أنّ: " إنّ كفالة حسن التنفيذ هي بمثابة خطاب ضمان له خصائصه وشروطه التي يستقل ويختلف بها عن الكفالة، بحيث يلتزم بموجبه البنك بأداء قيمته للمستفيد عند أول طلب خطي منه، دون أن يكون للكفيل أي حق في منع البنك من الدفع، وتبقى قيمته ديْناً مستحقاً على المكفول ما لم يرد اشعار من المستفيد بإلغائه، ولخطاب الضمان وهو نوع من أنواع الكفالات مدة ينتهي بانتهائها، فَيَسْقُط الضمان تلقائياً ويمتنع على المستفيد المطالبة به بعد انتهاء مدته، ولا يملك فيه البنك الرجوع على المكفول إلا إذا أثبت أنه قام بدفع قيمة الخطاب فعلياً لمصلحة المستفيد طبقاً لنص المادة 979 من القانون المدني ".[36]

ويبين الباحث بعد استقراء وتحليل الحكم السابق أنّ إعمال نص المادة 979 من القانون المدني الأردني فهو أمر مهم، إذ يتساوى خطاب الضمان في أحكامه مع الكفالة، فهو يعد في الأصل جزءاً ونوعاً منها، وتأكيداً على ذلك تنص المادة السابق ذكرها على: " 1-ليس للكفيل أن يرجع على الأصيل بشيء مما يؤديه عنه الا إذا كانت الكفالة بطلبه أو موافقته وقام الكفيل بأدائها، 2-وليس له ان يرجع بما عجل اداءه من الدين المؤجل الا بعد حلول الاجل ".[37]

---

[34] القراري، عبد اللطيف حمزة: مرجع سابق، ص62.

[35] راجع في ذلك حكم محكمة التمييز الأردنية في القضية الحقوقية رقم 1994/741.

[36] راجع في ذلك حكم محكمة التمييز الأردنية في القضية الحقوقية رقم 1995/68.

[37] انظر نص المادة (979) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

رابعاً: خطاب ضمان الصيانة

غالباً ما تكون مدة هذا النوع من الخطابات سنة واحدة، فبعد أن ينفذ العميل كافة الالتزامات والشروط الواردة في العقد المُبرم بينه وبين المستفيد؛ فإنّ هذا الأخير يقوم باستلام المشروع بعد تنفيذ العميل المشروع على المواصفات والشروط المتفق عليها، لكن بعد التسليم قد تحدث بعض الثغرات أو تظهر بعض العيوب، لذلك فقد جاءت من هنا فكرة خطاب ضمان الصيانة، بحيث يضمن هذا النوع قيام العميل الآمر بإصلاح أي تلف أو عيب يظهر في المشروع، وفي حال رفضه ذلك فإنّ الجهة المستفيدة تقوم بالتعاقد مع عميل آخر، ويسترد العميل الاول قيمة خطاب ضمان الصيانة اذا لم تظهر أي عيوب أو تلف في المشروع.[38]

ويحدث في هذا الخطاب أن يقوم العميل بالطلب من البنك الحصول على مبلغ لصيانة الآلات التي يتم استيرادها من الدول الأجنبية، بحيث يتعهد البنك المراسل فيها بصيانة الآلات خلال سنة من تاريخ ابرام العقد، بحيث يكون أطرافها هم البنك المراسل والبنك المستفيد، ويعتبر العملاء المستوردين للآلات والماكنات أكثر من يلجأ لطلب هذا النوع من الخطاب، والواقع أن نسبة عمولة هذا الخطاب كغيره من الخطابات تتراوح بين 15–20 دولار على كل خطاب ضمان يصدر من البنك، لكن عادة ما تطلب البنوك تقديم كفالات لضمان حقها، بحيث تتمثل هذه الكفالات إما بتقديم كفيل مليء، أو بالحصول على مبلغ مالي يقدّر بـِ 20% من قيمة الآلات المستوردة.[39]

وبالإشارة الى البنك المراسل فهو البنك الذي يقوم بتبليغ خطاب الضمان بناء على طلب البنك المصدر للخطاب ولا يكون هناك علاقة للمصرف المراسل بتنفيذ أو تعزيز خطاب الضمان فتنحصر مسؤولية البنك المراسل هنا بتبليغ خطاب الضمان للمستفيد فقط، بحيث يلعب دور الوسيط ما بين البنك مصدر الخطاب والمستفيد وبدون ان يترتب عليه أي التزامات جزاء ذلك العمل[40]، وقد يقوم البنك المراسل بإضافة تعزيزه الى خطاب الضمان فيصبح عندئذ ملتزم بالالتزام الذي يقع على عاتق البنك المصدر وهنا يسمى بالبنك المعزز[41]

---

[38] عمران، فارس محمد : **موسوعة الفارس " قوانين ونظم التحكيم بالدول العربية والخليجية ودول أخرى** ". ط2. القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية. 2015. ص484–485.

[39] مقابلة أجريتها مع اسلام جعيدي مدير بنك فلسطين فرع قلقيلية، تاريخ 23–5–2022، الساعة 12:00 مساء.

[40] بعيو، محمد يوسف: دور البنك المراسل في تبليغ خطاب الاعتماد المستندي، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، ص 12.

[41] بخيت ، محمد يسري احمد : الاعتمادات المستندية في التجارة الدولية ،نادي التجارة ،ع 657 ،ص30.

خامساً: خطاب ضمان الدفعة المقدمة

قد يطلب المتعاقد مع الجهة صاحبة المشروع مبلغا ماليا كدفعة مقدمة وذلك لمساعدته في تنفيذ التزاماته وذلك يتمثل في المشاريع الكبيرة وعادة ما توافق الجهة صاحبة المشروع على ذلك اذ تقدم له دفعات مقدما وبنسبة معينة وذلك على الاستثناء من الأصل الذي يكون فيه الدفع بعد تماما انجاز المهمة او العقد المبرم بينهم وعلى ذلك ولضمان استرداد الدفعة المقدمة سلفا تطلب الجهة صاحبة المشروع خطاب ضمان على ان يتم خصم هذه الدفع المقدمة من مستحقات العميل ومن ناحية أخرى يتم تخفيض مبلغ الخطاب بقدر هذه النسبة وعادة ما يتم الاتفاق على هذه النسبة في خطاب الضمان وعلى ان تتم عملية التخصيص تلقائيا بقد النسبة المستقطعة والمستحقات سدادا للدفعة المقدمة وفي هذه الحالة تقوم البنوك بالطلب من عملائها التنازل عن العملية الصادر بشأنها الخطاب لصالحها حتى تضمن وصول الدفعات المقدمة سلفا للعملاء ولكي تراقب أوجه صرفها ولكي تضن ان هذا الصرف يكون على العملية التي صدر خطاب الضمان من اجلها ، وأيضا متابعة تخفيض خطاب الضمان حسب تقدم سير العمل[42]

سادساً: خطاب ضمان الدفعة النهائيّة

يمكن أن تتضمن عقود المقاولة شرطاً يسمح للجهة صاحبة المشروع (المستفيد) أن يقتطع نسبة من مستحقات المقاول الماليّة الموجودة لديه تتراوح بين 5–10% من قيمة كل عمل تم انجازه، بحيث تكون هذه المبالغ بمثابة ضمان للجهة صاحبة المشروع لقيام المقاول (العميل) بتنفيذ كافة الأعمال المطلوب منه انجازها، وعند انتهاء المشروع بشكل كامل يتم دفع المبالغ المستقطعة كاملة، لكن قد يعجز أو يصعب على المقاول أن يسمح للجهة صاحبة المشروع باستقطاع تلك النسبة من المستحقات الواجبة له؛ مما يؤدي الى عدم امكانية تنفيذ المشروع بشكل كامل، فيحدث أن يتضمن العقد المبرم بينهما شرطاً يقضي بأن تُسَدّد كافة المستحقات للمقاول كاملة مقابل تقديم خطاب ضمان بقيمة المبالغ التي كان يجب أن تستقطع بشكل مسبق، علماً أن قيمة هذا الضمان تتزايد مقابل زيادة قيمة المستحقات التي كان يجب أن يتم استقطاعها.[43]

[42] صرخوه، يعقوب يوسف: خطاب الضمان المصرفي في قانون التجارة الكويتي، مج13، عدد2، جامعة الكويت مجلس النشر العلمي الكويت.

[43] العكيلي، عزيز: مرجع سابق. ص455.

سابعاً: خطاب الضمان الملاحي:

يرتبط هذا النوع من الخطابات بأمور الشحن البحرية للبضائع وهو نادر الحصول، فالبنوك تقوم بإصدار توكيلات ملاحيّة بناء على طلب المستوردين (المشترين للبضائع)، ويأتي دور هذا الخطاب عندما تصل البضاعة المشتراة ذاتها[44] فيصدر البنك هذا الخطاب ضمانا لوصول مستندات الشحن وذلك في حالة وصول البضائع قبل وصول مستندات الشحن حيث يقدم هذا الخطاب لضمان أي مسؤولية عن تسليم البضائع للمستورد قبل وصول مستندات الشحن وهي تصدر لصالح مصلحة الجمارك ودوائر التوكيل الملاحي[45]

والواقع أنّ هذا النوع من خطابات الضمان يُعَدّ نوعاً هامّاً وذلك بسبب أنها تقوم مقام مستندات الشحن الأصلية الخاصة بالبضاعة المشتراة، فهي تساعد العميل في الحصول على أمر التسليم الخاص بالبضاعة من دوائر التوكيل الملاحي التي تختص بتسيير أمور وشؤون السفينة حاملة البضاعة، ومن ثم التقدم لدائرة الجمارك من أجل أن يتم الافراج عن البضاعة المحتجزة، لذلك فإن البنوك غالباً ما تحرص على اصدار هذه الخطابات لعملائها اللذين يتمتعون بثقة مالية من قِبَلِهم وبسمعة حسنة، وكذلك شريطة أن تكون البضاعة واردة على اعتمادات مستندية مفتوحة أصلاً من خلال هذه البنوك.[46]

ثامناً: خطاب الضمان الجمركي

هذه الضمانات تتعلق بشكل أساسي بحقوق الخزانة العامة للدولة، فالرسوم الجمركية التي تفرضها الدولة على السلع المستوردة لا تستحق بمجرد وصولها إلى أرض الشخص المستورد أو كما تسمى بأرض الاستيراد، وإنما تُستَحق بمجرد خروجها من الدائرة الجمركية إلى الأسواق المحلية، وقد تستوجب حالات الضرورة والطوارئ في بعض الأحيان الإسراع في إخراج البضائع المستوردة مراعاة لطبيعتها التي لا تتحمل طول التخزين كالأطعمة مثل اللحوم وغيرها، أو تفاديا لتكدسها على رصيف ميناء البلد المستورد، فيُكْتَفى بمراجعتها وحصرها دون انتظار تقدير الرسوم الجمركية التي تطول إجراءات تحديدها وحسابها،[47] وقد

---

[44] محمد، طه عبد العظيم: الاصلاح المصرفي للبنوك الاسلامية والتقليدية في ضوء قرارات بازل 111، ط1، الاسكندرية: دار التعليم الجامعي، 2020، ص49.

[45] عوض، علي جمال الدين " خطابات الضمان المصرفية"، مرجع سابق ، ص34.

[46] حليمة، حوالف: ***خطاب الضمان الملاحي البنكي.*** **مجلة البحوث القانونية والسياسية**. جامعة سعيدة، 11. مج1. 490/2018-506. ص495-496. غنيم، أحمد: مرجع سابق، ص27.

[47] المنظمة العربية للتنمية الادارية: **حركة انتقال التجارة العربية عبر المنافذ الجمركية "الإطار التنظيمي ومقترحات التطوير** ". جامعة الدول العربية. القاهرة. 2003. ص456 وما بعدها.

يطول وجود بعض البضائع داخل المستودعات لفترة زمنية مما يشكل عبئاً مالياً بسبب الأجور باهظة الثمن، وعلى ذلك تطلب إدارة الجمارك من مالك البضاعة تقديم خطاب ضمان وذلك لضمان ما يستحق من أجور تخزين ورسوم إيداع تلك البضائع في المستودعات[48]

تاسعاً: خطابات الضمان الأجنبية

قد يتقدم الأجنبي إلى عطاءات أو مناقصات وترسو عليه ، وبذلك تستدعي الحاجة إلى اصدار خطاب ضمان لحسن التنفيذ أو قد يحصل بموجبها على دفعات مقدمة ويحتاج مقابلها الى إستصدار خطاب ضمان ، تتعدد الصور التي تصدر بها خطابات الضمان فقد يقوم المستفيد بالاشتراط على العميل أن يكون خطاب الضمان صادر عن بنك محلي لأسباب معينة منها سهولة استيفاء قيمة الخطاب أو في تطبيق القانون المحلي وذلك في حالة نشوب أي نزاع ، وعلى ذلك يصدر البنك الأجنبي خطاب الضمان ويرسله إلى البنك المحلي ويطلب منه أن يسلمه الى مصلحة المستفيد وذلك بعد المصادقة عليه، وبذلك يكون التزام الآمر الى جانب التزام البنك الأجنبي في مواجهة المستفيد، أو من خلال طلب البنك الأجنبي من البنك المحلي اصدار خطاب ضمان الذي طلبه عميله لصالح المستفيد ويكون التزام البنك المحلي ملزما له بالرغم من انه يقوم بذلك عن البنك الاجنبي، ولا يقوم البنك الأخير بإيداع غطاء الخطاب بل يقوم بالتعهد بإن يتحمل كافة المدفوعات لقاء إصداره خطاب الضمان وذلك عند اول طلب من البنك المحلي، وهذا النوع من الخطاب لا يصدر إلا بقيام العميل بإيداع غطاء كامل مقابل اصدار الخطاب وبالحديث عن مدة الخطاب وقيمته فيجوز التعديل قائمة وذلك إذا كانت مصحوبة بموافقة المستفيد وكان ذلك بطلب من العميل الامر.[49]

عاشرا: خطاب الضمان المِهَني

تتطلب بعض القوانين من الأشخاص اللذين يزاولون مِهَناً معينة أن يقدّموا خطاب ضمان لصالح جهة حكومية بمبلغ يحدد من قبلها ولمدة غير محددة لمزاولة هذه المهن، وذلك من أجل ضمان حسن القيام بمهنهم، أو من أجل ضمان ما قد يستحق عليهم من تعويض للغير ــ والأمثلة على هذه الخطابات كثيرة كخطابات الضمان التي تصدر لصالح دائرة الجمارك من شركات التخليص الجمركي، وكذلك الخطابات التي تصدر لصالح سوق الأوراق المالية من

[48] الصوافية، مروة بنت حمود : النظام القانوني لخطاب الضمان في القانون العماني ، رسالة ماجستير، جامعة السلطان قابوس ، سلطنة عمان، ص 38.

[49] الصوافية، مروة بنت حمود: مرجع سابق ص46.

سماسرة ووسطاء الأوراق المالية والبورصة، والخطابات التي تصدر لصالح وزارة النقل والمواصلات من نقابة قطاع النقل ومن شركات السياحة والسفر.[50]

وبالاطلاع على ما هو مطبّق في البنوك الفلسطينية، فإنّ الأنواع التي يجري التعامل بها هي أنواع عديدة وكثيرة، لكن أغلب خطابات الضمان التي يجري التعامل بها على أرض الواقع هي خطابات ضمان السلع المستوردة، أي أنها خطابات تخص عمليات شحن البضاعة والسلع من خارج فلسطين الى داخلها، وأنّ التجّار هم أكثر من يلجأ لطلب هذه الخِطابات.[51]

[50] التكروري، عثمان: مرجع سابق. ص231. العكيلي، عزيز: مرجع سابق. ص456

[51] مقابلة أجريتها مع عفيف هلال مدير فرع بنك فلسطين في بديا، تاريخ المقابلة 22-5-2022، الساعة 10 :00 صباحاً

المبحث الثاني: تمييز خطاب الضمان عن غيره من الأنظمة المشابهة

يقوم الباحث في هذا المبحث بتمييز العملية المصرفية – خطاب الضمان–عن غيرها من الأنظمة المصرفيّة التي تشابهها، فالباحث من خلال مطلبين، سيقوم بتمييز خطاب الضمان عن الكفالة المصرفية وان تشابهت معه الى حدّ كبير فقهاً وقانوناً، ثم تمييز الخطاب عن الاعتماد المستندي الذي يُعدّ عملية مصرفية مهمّة، فضلاً عن تمييز الخطاب عن الشيك البنكي من جهة، وعن الحساب الجاري وذلك على النحو التالي.[52]

---

[52] جاء فيما يخص تمييز خطاب الضمان عن الكفالات المصرفية وغيرها من الأعمال البنكية، حكم لمحكمة التمييز الأردنية في القضية رقم 1998/654 وذلك بتاريخ 1998/5/30، بحيث بيّن الحكم أنّ: " بعد التدقيق والمداولة وعن السبب الثاني من اسباب التمييز نجد : ان ما ذهب اليه المميزون في هذا السبب بان الوكالة التي قدمت الدعوى ، بالاستناد اليها باطلة لان فيها جهالة وعمومية ، قولا لا اساس له من القانون ، اذ ان المدقق فيها يجدها وكالة خاصة ذكر فيها اسماء الخصوم والخصوص الموكل به والامور التي خولت الى الوكيل ، وبالتالي فان ما جاء في هذا السبب حقيق بالرد . وعن السبب الثالث: بما ان الدعوى قامت على سبب قانوني واحد بمواجهة جميع المميزين (المدعى عليهم) مستهدفة فسخ عقود البيوع التي نظمت ببيع حصص شائعة في قطعة ارض واحدة وبما انه ليس في القانون ما يمنع المدعي من اقامتها ضد المميزين وبالصورة التي قدمت فيها، فان ما يثيره المميزون في هذا السبب حقيق بالرد، وعن الاسباب السابع والثامن والبند (أ) من السبب الثالث عشر: نجد ان الكفالة المصرفية الصادرة عن بنك الاردن والخليج بتاريخ 1997/4/26 بناء على طلب المميز ضده ولغايات هذه القضية، تتضمن انها سارية المفعول حتى تاريخ 1997/9/12 وقد استمر تجديد هذه الكفالة وهي ما زالت سارية المفعول حتى تاريخ 1998/9/12 كما هو ثابت بالتجديد الصادر عن البنك المشار اليه في 1997/10/1 وبالتالي فان ما يثيره المميزون في هذه الاسباب حقيق بالرد لأنه لا يرد على القرار المطعون فيه، وعن السبب الثاني عشر: نجد انه ليس في القانون ما يمنع اي قاض او هيئة قضائية من الفصل في اي قضية، لأنه سبق لذلك القاضي او تلك الهيئة القضائية، ان فصلت في قضية اخرى بين ذات الاطراف وبذات الصفة والسبب وبموضوع مماثل، ولذلك فان ما يثيره المميزون في هذا السبب غير وارد ولا أثر له على القرار المطعون فيه، وعن الاسباب التاسع والعاشر والحادي عشر: نجد ان الخبرة الفنية قد اثبتت ان الطريق الذي يخدم القطعة التي يتصرف بها المدعي والقطعة المطلوب فسخ عقود البيع التي نظمت بشأنها هي طريق خاص فتح لخدمة قطعة محددة وليس طريقا عاما، وقد قنعت محكمة الموضوع بتقرير الخبراء ومخطط الاراضي المبرز بذلك، الامر الذي تغدو معه هذه الاسباب حقيقة بالرد، وعن الاسباب الاول والرابع والخامس والسادس والبند (ب) من السبب الثالث عشر نجد: انه ورد في البند 2 من لائحة المميزين التي اجابوا فيها على لائحة الدعوى ،)ان الدعوى مستوجبة الرد لإقامتها بعد مرور الثلاثين يوما من تاريخ علم المدعي بتسجيل عقود البيع وانه قد سبق اقامة الدعوى مفاوضات بينهم وبين المدعي وان المدعي اسقط حقه في اقامة الدعوى(مفاوضات بينهم وبين المدعي وان المدعي اسقط حقه في اقامة الدعوى) وطلبوا السماح لهم بتقديم البينة الشخصية لاثبات ما جاء في هذا البند من حيث ان الدعوى قدمت بعد مرور شهر على علم المميز ضده)المدعي(بالبيع وانه جرت مفاوضات بينهم وبينه وانه اسقط حقه بالمطالبة بالحصص المبيوعة التي يطالب بها ، الا ان محكمة البداية رفضت السماح لهم بتقديم البيّنة الشخصية ، خلافاً لأحكام القانون، وقد اثار المميزون هذا الدفع في السبب الثالث من اسباب استئنافهم، الا ان محكمة الاستئناف لم تعالج هذا السبب ولم تناقشه بالرغم من ان وكيل المميزين قد اثاره مرة ثالثة في مرافعته امام محكمة الاستئناف، وقد اكتفت محكمة الاستئناف بمعالجة هذا الدفع بقولها كما هو وارد في قرارها المميز :)اما بالنسبة للسبب الثالث فتجد محكمتنا من الرجوع الى محضر المحاكمة لدى محكمة بداية حقوق السلط ان هذه الاخيرة قررت عدم جواز سماع البينة الشخصية للغاية التي طلبها وكيل الجهة المستأنفة ، حيث ان وكيل الجهة المستأنفة قد طلب سماع الشهود على واقعة العلم بالبيع وعلى واقعة التفاوض بين طرفي الدعوى والثابت من اللائحة والبينة المقدمة ان المستأنف عليه اقام الدعوى ضمن المهلة القانونية ، هذا بالإضافة الى ان المستقر فقها وقضاء ان التفاوض لا يسقط دعوى الاولوية بخلاف دعوى الشفعة ... وبما انه من الثابت من عقود البيع انها سجلت جميعها بتاريخ 1995/8/7 وثابت بملف القضية البداية ان الدعوى قدمت بتاريخ 1995/9/16 فإنها تكون مقدمة بعد مرور اكثر من شهر على اليوم الذي سجلت فيه عقود البيع، ويكون ما توصلت اليه محكمة الاستئناف في قرارها المميز من حيث قولها ان (المستأنف عليه) اقام الدعوى ضمن المهلة القانونية

المطلب الأول: تمييز خطاب الضمان عن بعض الأنظمة الائتمانية المصرفية غير المباشرة.
المطلب الثاني: تمييز خطاب الضمان عن بعض الأنظمة الائتمانية المصرفية المباشرة.

المطلب الأول: تمييز خطاب الضمان عن بعض الأنظمة الائتمانية المصرفية غير المباشرة

يحاول الباحث من خلال هذا المطلب التمييز بين خطاب الضمان كأحد العمليات المصرفية المهمّة والبارزة على أرض الواقع، وبين غيره من الأنظمة الائتمانية غير المباشرة، فالائتمان غير المباشر هو الائتمان الذي يتم بين المصرف والعميل، بحيث يتمثل بقيام المصرف بتسديد

استخلاص غير سليم ويخالف ما هو ثابت بعقود البيع ولائحة الدعوى. الامر الذي تغدو معه هذه الاسباب واردة على القرار المميز من حيث مخالفة محكمتي الموضوع للقانون بعدم السماح للمميزين (المدعى عليهم) لتقديم البينة الشخصية لإثبات ان الدعوى قدمت بعد اكثر من شهر على علم المميز ضده بالبيع، ولإثبات دفعهم بان المدعي اسقط حقه بإقامة الدعوى وبالتالي فان القرار المميز حقيق بالنقض لما جاء في ردنا على هذه الأسباب، وعن البند (ج) من السبب الثالث عشر نجد: ان المميز(المدعى عليه)ماهر داوود عيسى بوشة يملك على الشيوع نصف قطعة الارض رقم 68 من الحوض رقم 71 ابو طارة الشرقي من اراضي السلط وهي من القطع التي تخدمها الطريق الخاص التي تخدم قطعة ارض المدعي وهو بالتالي خليط مثله مثل المدعي بالنسبة لقطعة الارض موضوع عقود البيع المطلوب فسخها وقد اثار وكيل المميزين هذا الدفع في مطالعته على الصحيفة (48)من محضر المحاكمة البدائية وكرره في مرافعته النهائية ص 58 من محضر المحاكمة البدائية الا ان محكمة البداية اغفلت النهائية ص 58 من محضر المحاكمة البدائية الا ان محكمة البداية اغفلت الرد على هذا الدفع مخالفة بذلك احكام القانون وكذلك فعلت محكمة الاستئناف مع انه كان عليها ان تفصل في هذا الدفع الذي لم تعالجه محكمة الموضوع البدائية وبالتالي فان هذا السبب وارد على القرار المميز...، ولكل ما تقدم واستنادا الى ما جاء في ردنا على اسباب التمييز التي وجدنا انها واردة على القرار المميز نقرر نقض القرار المميز واعادة الاوراق الى محكمة الاستئناف لإجراء المقتضى ". والمنشور في موقع قسطاس.

وفي حكم آخر، فقد قضت محكمة التمييز الأردنية بِصِفَتِها الحقوقية في حكم لها يحمل الرقم 1993/1133 والصادر بتاريخ 1993/10/31 بِ: " وحول ادعاء المميز ان المميز ضدهما قد خالفا احكام البند (ب) من الفقرة الاولى من المادة الثانية من القانون رقم 51 لسنة 1958 والمتعلق بالأموال غير المنقولة لان الكفالة البنكية المقدمة منهما لم تكن منجزة ومستحقة عند كل طلب .من الرجوع الى الكفالة البنكية المقدمة من المميز ضدهما نجد انها كانت تتجدد باستمرار اثناء السير في الدعوى وبما يتفق مع احكام القانون رقم 51 لسنة 1958 المشار اليه وعليه فان ما جاء في هذا الادعاء في غير محله . عن السبب السابع: حيث ان الشفيع المميز ضدهما ملزمان برسوم الفراغ المدفوعة من المميز. وحيث ان المميز لم يثبت ان هنالك اتفاق بينه وبين من اشترى منه العقار موضوع هذه الدعوى بان يدفع الرسوم عنه او انه دفع الرسوم عن ذلك البائع. وبما ان محكمة الاستئناف قد توصلت الى ذلك من حيث النتيجة فيكون ما جاء في هذا السبب غير وارد. وعن السبب الثامن: والمتعلق بادعائه بانه دفع رسوما للأمانة وكان على محكمة الموضوع الحكم له بها. وبما ان المميز لم يثبت دفعه لتلك الروسم الانشائية او انها من النفقات المترتبة على الشفيع وفقا للمادة 1150 من القانون المدني وعليه فان ما جاء في هذا السبب في غير محله. وعن السبب التاسع: والمتعلق بالضرائب التي يدعي المميز انه قد دفعها عن العقار موضوع الدعوى. وبما ان محكمة الموضوع لم تقنع انه هو الذي قام بدفعها بموافقة المالك السابق للعقار وعليه فقد اصابت محكمة الاستئناف بعدم الحكم على المميز ضدهما بقيمة تلك الضرائب. وعن السبب الحادي عشر: والمتعلق بالنفقات التي أنفقها المميز على العقار. وحيث ان محكمة الموضوع قد تثبتت من المبالغ التي أنفقها المميز على العقار. وبما ان الايصالات والفواتير التي أبرزها تدخل ضمن النفقات التي قنعت محكمة الموضوع ان المميز انفقها على العقار وعليه فان ما جاء في هذا السبب غير وارد. وعن السبب الثاني عشر: المتعلق بصيغة اليمين. وحيث ان محكمة البداية حلفت المميز ضدهما يمين الشفعة بما يتفق والنص الوارد في القانون فيكون ما جاء في هذا السبب في غير محله. وعن السبب الثالث عشر والمتعلق بنعيه على محكمة الموضوع لعدم حكمها بنفقات الرهن والتأمينات التي يدعي المميز انه قد دفعها ". والمنشور في موقع قسطاس.

الالتزام الذي سيترتب على العميل عند مطالبة طرف ثالث للبنك بالمبلغ المحدد في العقد، ولا يمثل التزام من البنك تجاه العميل نفسه، ولا يكون تنفيذه متوقفاً على رغبة العميل، وانما على رغبة طرف ثالث عند توافر الشروط المتفق عليها في هذا الطرف.

وسيقوم الباحث تقسيم هذا المطلب الى فرعين كالتالي:

الفرع الأول: تمييز خطاب الضمان عن الكفالة المصرفية

يتشابه خطاب الضمان بشكل أو بآخر مع الكفالة المصرفيّة، فهناك من الفقهاء من اعتبر أنّ خطاب الضمان أصلاً هو عقد كفالة [53]، بحيث يكفل البنك العميل الآمر قِبَلَ المستفيد، ويكون للبنك العودة على العميل بكل ما يحق للكفيل العودة فيه على المكفول[54]، فالكفالة المقصودة هنا هي الكفالة المصرفية التي تعد أصلاً جزءاً من الكفالة المدنية الواردة في القانون المدني[55]، فالكفالة المصرفية هي عقد يكفل البنك بمقتضاه تنفيذ الالتزام، بأن يتعهد الدائن بالوفاء بهذا الالتزام اذا لم يفِ به المدين من تلقاء نفسه وذلك مقابل أجر معيّن[56]، ومن ثم فإنّ محل الكفالة غالباً ما يكون مبلغاً من النقود، فاذا لم يكن محل الكفالة مبلغاً من النقود؛ فإنّ الكفيل وهو البنك لا يتعهدان بالقيام بعمل العميل الآمر طالما تخلف العميل نفسه عن القيام به، بل أنه يضمن ما سَيُحْكَم به على هذا العميل من تعويض جرّاء اخلاله بتنفيذ التزامه الواقع في ذمته.[57]

---

[53] الدكتور محي الدين اسماعيل علم الدين والدكتور محمد حسني عباس والدكتور علي السالوس، والدكتور جمال الدين عوض. نصت المادة (612) من مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876 على: " الْكَفَالَةُ ضَمُّ ذِمَّةٍ إلَى ذِمَّةٍ فِي الْمُطَالَبَةِ بِشَيْءٍ يَعْنِي أَنْ يَضُمَّ أَحَدٌ ذِمَّةَ آخَرَ وَيَلْتَزِمَ أَيْضًا الْمُطَالَبَةَ الَّتِي لَزِمَتْ فِي حَقِّ ذَلِكَ".

[54] نصت المادة (634) من مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876 على: " حُكْمُ الْكَفَالَةِ الْمُطَالَبَةُ يَعْنِي لِلْمَكْفُولِ لَهُ حَقُّ مُطَالَبَةِ الْمَكْفُولِ بِهِ مِنْ الْكَفِيلِ "

[55] نصت المادة (950) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 على: " الكفالة هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام"، وتتقابل هذه المادة مع المادة (772) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

[56] طه، مصطفى كمال: **العقود التجارية وعمليات البنوك " وفقا لأحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999**". بدون طبعة. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 2002. ص319-320.

[57] جاء في حكم لمحكمة النقض الفلسطينية في الطعن رقم 2012/459 والصادر بتاريخ 2013/9/1 قولها: " ان الطاعن قد تقدم باستدعاء مؤرخ في 1999/4/5 لسحب الكفالة الشخصية قبل اتمام عمليه تسييل المبلغ ، فأن المحكمة وبالرجوع الى سند الدين المبرز م/1 والى خطاب الضمان المبرز م/2 والذي كفل فيه الطاعن الثاني للمدين " الطاعن الاول" الاصيل ، تجد ان كلاهما قد تم في ذات اليوم بتاريخ 99/2/25 ، وحيث انه ليس للكفيل ان يخرج من الكفالة بعد انعقادها ، وبصفته كفيلا يكون ملزما بتسديد المبلغ ، اما القول بانه لم يقم بالتوقيع على سند الدين المطالب بقيمته للكفيل لا يعفيه من الالتزام بقيمته وفق ما نصت عليه المواد 624 و 640 من مجلة الاحكام العدلية ، وبالتالي فان هذا السبب في غير محله. وردا على السبب الخامس من اسباب الطعن والنعي فيه على حكم محكمة الاستئناف بان دعوى المطعون ضدها سابقة لأوانه حيث لم يثبت اغلاقها لحساب الطاعن الاول قبل اقامة الدعوى، تجد المحكمة انه وبتدقيق اوراق هذه الدعوى ان العلاقة بين الطاعنين والمطعون ضدها لا تقوم على اساس فتح حساب جاري للطاعنين لدى البنك المطعون ضده "، والمنشور في موقع قسطاس.

وبحسب هذا الرأي فإنّ عقد خطاب الضمان والكفالة يقومان على الاعتبار الشخصي، ففي خطاب الضمان تكون لشخصية البنك أهمية كبيرة، اذ لا يتم العقد دون وجوده، وكذلك في عقد الكفالة فإنّ شخصية الكفيل هي محل اعتبار، فضلاً عن أنّ كلا من العقدين يحتوي على ثلاثة أطراف، ففي عقد خطاب الضمان يكون لدينا ثلاثة أطراف وهم العميل الآمر والبنك الضامن والمستفيد، وكذلك في عقد الكفالة لدينا ثلاثة أطراف وهم العميل (الشخص المكفول) والبنك الكفيل والمستفيد.[58]

لكن ومع ذلك فإنّ خطاب الضمان يختلف ويتميز عن الكفالة المصرفية في العديد من النقاط، وتتمثل في أنّ التزام الكفيل يُعَدّ التزاماً تابعاً لالتزام المكفول، بحيث يجوز للكفيل أن يتمسك بكافة الدفوع التي يحق للمكفول أن يتمسك بها في مواجهة الدائن، بينما في خطاب الضمان، فإنّ التزام البنك هنا يُعَدّ التزاماً أصلياً تجاه المستفيد وليس التزاماً تبعِيّاً، بحيث أنه لا يجوز للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بأي دفوع يحق للعميل التمسك بها، كما أنه لا يحق للعميل أن يعارض في الوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد، وليس للعميل أيضاً أن يطلب من البنك القيام بإخطاره قبل الوفاء لمصلحة المستفيد.[59]

وفي هذا السياق، جاء في حكم لمحكمة التمييز الأردنية[60] أنه: " يختلف خطاب الضمان عن الكفالة المصرفية أو العادية من حيث أنّ خطاب الضمان هو تعهد مكتوب يصدره البنك الضامن بناء على طلب عميله الآمر بشأن عملية محددة او غرض محدد يلتزم بموجبه البنك بأن يدفع الى طرف ثالث وهو المستفيد مبلغاً معيناً من النقود عند اول طلب منه سواء كان طلبا مجرداً او مبرراً او مصحوباً بتقديم مستندات محددة في الخطاب يقدمها المستفيد خلال اجل محدد او غير محدد اثناء سريان مدته رغم اي معارضة من العميل المضمون او البنك الضامن، بينما الكفالة المصرفية أو العاديّة هي عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل الذي يلتزم امام الدائن بالتزام المكفول وانها كإحدى صور الضمان المصرفي ضم ذمة البنك الكفيل الى ذمة عميله في ضمان الوفاء بالتزام المكفول وفقاً لأحكام المادة (950) من القانون المدني

---

[58] العتيبي، بدر سعد: ***التنظيم القانوني لخطابات الضمان في مجال المناقصات العامة "دراسة مقارنة"*** **. مجلة كلية القانون الكويتية العالمية.** 2. مج1. 87/2020–150. ص99–100.

[59] " طه، مصطفى كمال: مرجع سابق. ص325. علي، سعيد حسين: **عقود قانون التجارة الدولية** " **عقد النقل الجوّي، عقد النقل البحري، خطابات الضمان، الاعتمادات المستندية** " **دراسة مقارنة.** ط1. القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية. 2017. ص141 مرجع سابق.

[60] راجع في ذلك حكم محكمة التمييز الأردنية في القضية الحقوقية 2021/3053 والصادر بتاريخ 2021/7/29 والمنشور في موقع قسطاس.

والتي عرفت الكفالة انها ضم ذمة الى ذمة، حتى أنّ آثار الكفالة تدور وجوداً وعدماً مع التزام المدين وينقضي بانقضائه في حين ان خطاب الضمان يكون التزام البنك فيه اتجاه المستفيد مستقلاً عن التزام المدين، وبالتالي فإن الكفالة المصرفية تلتقي في هذه الخاصية مع الكفالة بوجه عام في أنها عقد ملزم لجانب واحد ذلك لأن البنك الكفيل يتحمل بمفرده الالتزام الذي ينشئه هذا العقد ".[61]

وفي حكم آخر لمحكمة التمييز الأردنية، فقد قضت بـِ: " القرار بعد التدقيق والمداولة وعـــن السببين الاول والخامس من اسباب التمييز نجد أن الفصل في هذه القضية يتوقف على تحديد ماهية الكفالة التي اصدرها البنك المميز، وهل هي كفالة عادية تحكمها النصوص التي تحكـــم الكفالة في القانون المدني ام هي خطاب ضمان يخضع للأحكام والقواعد التي اقرها العـــرف

---

[61] وقد جاءت كذلك محكمة التمييز الأردنية في الدعوى الحقوقية رقم 2011/3147 والصادر بتاريخ 2012/1/19 بالنص على : " خطاب الضمان هو تعهد مكتوب يرسله البنك بناء على طلب عميله إلى دائن هذا العميل (المستفيد) بدفع مبلغ محدد من المال حال طلب المستفيد ذلك بغض النظر عن موافقة أو عدم موافقة طالب إصدار خطاب الضمان وبغض النظر عن وجود أو عدم وجود سبب لطلب المستفيد دفع قيمة خطاب الضمان له، 2-يعتبر النص في الكفالة المؤسسة عليها الدعوى (بناء على طلب السادة شركة ابراهيم عبدالعال وشركاه مؤسسة مطالقة وموسى للنقل ، يكفل البنك العقاري المصري العربي السادة المذكورين اعلاه بكفالة مالية بمبلغ (395) الف دينار لمدة سنة) يجعل منها كفالة عادية تخضع لأحكام القانون المدني وليست خطاب ضمان ، وعليه فإنّ التزام الكفيل يدور وجودا وعدما مع التزام المدين وينقضي بانقضائه . 3-إذا كانت الكفالة وان كان لها مظهر خطاب الضمان فإنها في حقيقتها كفالة مدنية ذلك ان مسؤولية الكفيل المميزة فيها غير منفصلة او مستقلة عن مسؤولية العميلة بل تابعة لها ".

وفي حُكْم آخر لمحكمة التمييز الأردنية في الدعوى الحقوقية رقم 2013/2053 والصادر بتاريخ 2013/8/22 فقد جاء بالقول: " تتلخص اسباب التمييز في الاتي: 1-اخطأت محكمة الاستئناف باعتبار تجديد الكفالة عام 2001 وما بعدها بالشروط السابقة نفسها بشرط التجديد التلقائي وان الكفالة تنتهي بتاريخ 2005/1/23 دون الاخذ بعين الاعتبار انه لم يرد من الجهة المستفيدة من الكفالة كتاب يتضمن الغاء الكفالة وفقا لما تتطلبه المادة (73) من القواعد العامة لكفالات العملاء وتعليمات البنك المركزي، 2-اخطات محكمة الاستئناف بعدم فسخ قرار محكمة الدرجة الاولى ورد الدعوى لعدم قيامها على اساس قانوني سليم، حيث اصدرت محكمة الدرجة الاولى قرارها على ان موضوع الدعوى هو خطاب ضمان وليست كفالة بنكية خلافا لما هو ثابت في البينات المقدمة. 3-اخطأت محكمة الاستئناف باعتبار الكفالة ملغاة بتاريخ 2005/1/23 ودون ان يتم رد أصلها او يرد كتاب من المستفيد بإلغائها خلافا للأصول والقانون وتعليمات البنك المركزي. " لهذه الاسباب يطلب وكيلا المميزة قبول التمييز شكلا ونقض القرار المميز موضوعاً ".

وفي حكم آخر لمحكمة التمييز في القضية الحقوقية التي تحمل الرقم 2021/3607 والصادر بتاريخ 2021/8/12، فقد جاء فيه: " ان خطاب الضمان هو تعهد مكتوب يصدره البنك الضامن بناء على طلب عميله الآمر بشأن عملية محددة او غرض محدد يلتزم بموجبه البنك بأن يدفع الى طرف ثالث وهو المستفيد مبلغاً معيناً من النقود عند اول طلب منه سواء كان طلب مجرد او مبرر او مصحوباً بتقديم مستندات محددة في الخطاب يقدمها المستفيد خلال اجل محدد او غير محدد اثناء سريان مدته رغم اي معارضة من العميل المضمون او البنك الضامن ، وفقاً لقرار تمييز حقوق (2001/1885). 2-ان الكفالة العادية البنك ملزماً بما يلزم به مكفولة اي بما يستحق في ذمة المكفول بحدود ما هو مكفول به وذلك وفقاً لأحكام مواد الفصل الأول من الباب الخامس من القانون المدني المتعلق بالكفالة ويترتب على تلك التفرقة العديد من الآثار منها ان التزام الكفيل في الكفالة يدور وجوداً وعدماً مع التزام المدين وينقضي بانقضائه على خلاف خطاب الضمان اذ يعد فيه التزام البنك تجاه المستفيد مستقلاً عن التزام المدين، وفقاً تمييز حقوق (2000/1095 ".

وقد ميزت محكمة استئناف رام الله بين الكفالة المصرفية والخطاب بقرارها في الدعوى الحقوقية رقم 2011/123 والصادر بتاريخ 2011/9/11، والمنشورة على موقع قسطاس، والذي جاء فيه: " ان العلاقة ناتجة مباشرة عن خطاب الضمان وتوضح التزام البنك بشكل نهائي بدفع قيمة الخطاب إلى المستفيد فور المطالبة بغض النظر عن أية معارضة من العميل الأمر الذي يوضح مسؤولية البنك القانونية اتجاه المستفيد، وبهذا الصدد تجدر الإشارة بان خطاب الضمان يختلف عن الكفالة المصرفية من حيث استقلالية التزام البنك فيه اتجاه المستفيد عن التزام العميل المستفيد وهذا الأمر يرتب عدم السماح للبنك بالتمسك بأي دفع تجاه المستفيد مما يجعل البنك ملزماً بدفع قيمة خطاب الضمان فور طلب المستفيد أمراً لا مفر منه رغم أية معارضة من العميل الأمر الذي يرتب عدم تطبيق المادتين (111 و 112) من قانون التجارة على وقائع الدعوى موضوع الاستئناف وبالتالي فإننا نجد بأن هذين السببين غير واردين على القرار المستأنف ".

المصرفي وآراء فقهاء القانون وقضاء المحاكم، ولتحديد هذه الماهية لا بد من التـــدقيق فـــي مضمون هذه الكفالة على ضوء الاحكام والنصوص التي تحكم كلا من الكفالـــة المصـــرفية العادية وخطاب الضمان.

فالكفالة حسبما عرفها المشرع في المادة (950) من القانون المدني هي (ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام) وعرفت في بعض التشريعات العربية ومن قبل بعض الفقهاء بانها (عقد يضمن الكفيل بمقتضاه تنفيذ ما التزم به المكفول للدائن إذا لم يف به المكفول نفسه).

اما خطاب الضمان فهو (تعهد نهائي غير معلق على شرط، يصدره البنك بناء على طلب من عميله (الامر) بدفع مبلغ نقدي الى المستفيد فور طلبه خلال مدة محددة).

ومن احكام الكفالة العادية أن التزام الكفيل امام الدائن (المستفيد) تابع لالتزام المدين (المكفول) فالكفيل لا يلزم بالوفاء للدائن الا إذا اثبت مديونية المكفول وللكفيل أن يدفع دعوى الدائن بأي دفع يحق للمدين دفع الدعوى به.

اما تعهد البنك بموجب خطاب الضمان فالتزام منقطع الصلة بالتزام الامر (المكفول) ومديونيته وذلك لان خطاب الضمان ينشئ بين البنك والمستفيد علاقة مباشرة لا صلة لها مـــن الناحيـــة القانونية بالعلاقة بين البنك والمكفول أو بين المكفول والدائن المستفيد من خطاب الضمان.

والبنك في خطاب الضمان لا يضمن حسن تنفيذ المكفول للعمل أو الالتزام الذي التزم بـــه أو التعهد الذي تعهد به أو اتفق عليه مع الدائن. وانما يلتزم بإرادته المنفردة وبشكل مجرد التزاما مباشرا غير معلق على شرط ودون تحقق اي واقعة خارجة عن خطاب الضمان بدفع المبلـــغ المحدد به الى المستفيد فور طلبه ذلك.

مما تقدم نخلص الى أن التزام الكفيل في الكفالة العادية تابع لالتزام المكفول (المدين) يـــدور معه في وجوده وعدمه وفي صحته وبطلانه وفي مقداره الاقصى واستحقاقه وفـــي بقائـــه أو انقضائه. فتبرا ذمة الكفيل ببراءة ذمة المكفول ويحق للكفيل أن يدفع دعوى الدائن بكل الدفوع التي يحق للمكفول أن يدفع دعوى الدائن بها، اما في خطاب الضمان، فالتزم البنـــك مصـــدر خطاب الضمان، فغير مرتبط بالتزام عميله (الامر) ولا تابع له، ولا يتوقف عليـــه، أو علـــى تحقق اي شرط أو عنصر خارج عن خطاب الضمان الذي هو تعهد مجرد بدفع مبلغ محدد او قابل للتحديد الى المستفيد (المكفول) فور طلبه، والقول للفصل فـــي تحديـــد ماهيـــة الكفالـــة موضوع هذه القضية الى محتوياتها وما تضمنته من عبارات منها تستظهر ارادة البنك وماهية الالتزام الذي تعهد به.

ومن الرجوع الى هذه الكفالة نجد انها تضمنت ما يلي:

(حضرة السادة سلطة المياه تحية واحتراماً.. ان بنك القاهرة عمان /فرع اللويبدة يكفل لـــديكم السادة شركة اسيا للمقاولات المحترمين بمبلغ 62700 دينار فقط. اثنان وستون ألف وسبعمائة دينار لغاية 1986/11/10 (العاشر من تشرين ثاني من عام 1986). وذلك تامينا كفالة حسن تنفيذ لمشروع محطة تنقية مجاري مأدبا، ويتعهد البنك بدفع القيمة او اي جزء منها متى طلب منه ذلك ولا يعد البنك مسؤولا بعد استحقاق الكفالة ... وتفضلوا بقبول فائق الاحترام).

ومن التدقيق في نصوص الكفالة وعباراتها نجد انها صدرت تامينا ولكفالة حسن تنفيذ المتعهد (الآمر) للعطاء الذي احيل عليه، وبما ان هذه الكفالة وحسب عباراتها كفالة حسن تنفيذ، بمعنى ان استحقاقها مشروط بتحقق اخلال المتعهد بشروط العطاء، وثبوت ســـوء تنفيـــذه للأعمـــال المحالة عليه، وعدم تنفيذه لتعهده وحسب الشروط التي تضمنها العطاء، الامر الذي يســـتظهر منه بكل وضوح ان التزم البنك بدفع المبلغ مشروط بعدم تنفيذ المتعهد الامر العطاء المحـــال عليه حسب الشروط المتفق عليها، والالتزام بهذه الصورة وبهذه العبارات ليس خطاب ضمان، ولا تتحقق فيه صفات خطاب الضمان، وهو في حقيقة الامر وعى ضوء ما اسلفنا من فروق بين الكفالة وخطاب الضمان، كفالة مصرفية عادية اعطيت تامينا لحسن تنفيذ المتعهد لإعماله وقيامه بالتزاماته، تخضع في احكامها واثارها للنصوص التي تحكم الكفالة في القانون المدني وبما ان محكمة الاستئناف قد قضت بقرارها المميز واحكام القانون ويكون ما اثاره المميز في هذين السببين واردا على القرار المميز وموجبا لنقضه، ولذلك نقرر دون بحث باقي اســـباب التمييز نقض القرار المميز واعادة القضية الى محكمة الاستئناف للسير بها على هدي ما جاء في هذا القرار... ".[62]

الفرع الثاني: تمييز خطاب الضمان عن الشيك البنكي

بيّن الباحث سابقاً بأنّ التزام البنك في خطاب الضمان هو التزام تجاري، وأنّ العقد المُبرم مع العميل هو عقد تجاري بطبيعته بالنسبة للبنك، لذلك فقد تم الاعتقاد بأنّ خطاب الضمان كصك

[62] راجع في ذلك حكم محكمة التمييز الأردنية في القضية رقم 1996/1522 والصادر بتاريخ 1996/5/10 والمنشور على موقع قسطاس.

يصدر عن البنك يُعتبر ورقة تجارية خاضعة لأحكام القانون التجاري مثلها مثل الشيك البنكي تماماً، لكن هذا الاعتقاد خاطئ؛ فخطاب الضمان الذي يحمله العميل لا يعتبر ورقة تجاريّة، وبتعريف الشيك البنكي فهو عبارة عن صك يتضمن البيانات الإلزامية التي يتضمنها الشيك العادي ولكن باختلاف حتى يتضمن اعتماده يكون بالتأشير عليه من قبل البنك المسحوب عليه قبل تسليمه الى المستفيد وذلك لغايات طمأنة المستفيد لتوفر رصيد لدى المسحوب عليه وبهذا الاعتماد يتم تجميد الرصيد الموجود لدى المسحوب عليه لحساب حامل الشيك المصدق (البنكي)[63]وبهذا التعريف يتضح الفرق بين الشيك البنكي وخطاب الضمان والتي يمكن اجمالها بالاتي:

1. الورقة التجارية تُعَدّ أداة وفاء وائتمان تقوم مقام النقود، لكن خطاب الضمان لا يقوم مقام النقود بل هو بمثابة تعهد لدفع مبلغ للمستفيد في حال طلبه ذلك.
2. الورقة التجارية قابلة للتداول سواء أكان التداول بطريق التظهير أو غيره، بينما خطاب الضمان لا يقبل التداول ولا بأي طريقة من الطرق التجارية المتاحة.[64]
3. الأوراق التجارية وردت في القانون على سبيل الحصر ولم يُذْكَر من ضمنها خطاب الضمان.[65]
4. إنّ عقد خطاب الضمان الذي يُبْرِمُهُ البنك مع عميله يقوم على الاعتبار الشخصي، أي أنه خاص بالعميل فقط، ولا يجوز للعميل أن يقوم بتظهيره لأي شخص آخر، حتى أنه لا يجوز له أن يتنازل عنه ولا بأي شكل من أشكال التنازل، وهذه الإلزامية بعدم التنازل تكون واردة ضمن بنود خطاب الضمان الذي يجري توقيعه بين العميل والبنك تبعاً للتعليمات المصرفية الصادرة عن البنك المركزي.[66]

وبناء على ذلك فلا يُمْكِن اعتبار خطاب الضمان ورقة من الأوراق التجارية، فلا يُمكن اعتباره شيكاً أو كمبيالة أو سند سحب، لكن تحديداً لا يمكن اعتباره شيكاً بنكيا.

---

[63] العطين، عمر فلاح بخيت: الشيك المصدق بين الاطار القانوني والتطبيق الواقعي، جامعة ال البيت – عمادة البحث العلمي ،مجلة المنارة للبحوث والدراسات،ص260.

[64] بطرس، صليب والعشماوي، ياقوت: **الاعتماد المستندي من المنظور العلمي والمنظور القانوني**. بدون طبعة. القاهرة: المركز العربي للصحافة. 1984. ص163

[65] هناك اراء فقهية تعتبر ان الأوراق التجارية الواردة في قانون التجارة الأردني على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، الكيلاني محمود: الموسوعة التجارية والمصرفية، مج 3، ط1، جامعة عمان الاهلية ، الأردن. أنظر المادة (123) من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 والساري في الضفة الغربية. تتقابل هذه المادة مع المادة (378) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999.

[66] عوض، علي جمال الدين، **مرجع سابق** . ص573-574

فالفرق بين خطاب الضمان والشيك البنكي يكمن في أنّ خطابات الضمان هي نوع من أنواع الضمانات البنكية التي يمكن للمتعاملين مع البنوك طلبها وذلك من أجل الحصول على مبلغ معين كضمانة لتنفيذ عقد أو مشروع، ومن ثم فإنّ خطابات الضمان بشكل عام أداة إثبات حق البنك في الحصول على أمواله التي اقرضها بالطريقة القانونية الصحيحة، أمّا الشيكات فهي أوراق تجارية تقوم مقام النقود في التعامل، وتهدف لضمان حصول الأشخاص المتعاملين بها على حقوقهم تجاه بعضهم البعض، وهذا يعني أنّ خطابات الضمان تدخل ضمن دوائر تجارية أكبر وأعمق من الحدود التي تدخل فيها الشيكات، فضلاً عن أنّ خطابات الضمان تدخل في صحتها العديد من الشروط والأحكام التي لا توجد في الشيكات.[67]

المطلب الثاني: تمييز خطاب الضمان عن بعض الأنظمة الائتمانية المصرفية المباشرة

يقوم الباحث من خلال هذا المطلب بتمييز خطاب الضمان عن غيره من الأنظمة المصرفيّة الائتمانية المباشرة، والتي هي في الأصل عبارة عن مجموع التسهيلات المباشرة التي تقدمها البنوك لعُمَلائها، اذ أنّ عقد الائتمان الذي تم ابرامه بين البنك وعميله يمكن تنفيذه بشكل فوري عند رغبة العميل بذلك والبدء باستغلال تسهيلاته دون أي شرط وخاصّة اشتراط وجود طرف ثالث، ومن الأمثلة على هذه التسهيلات ما يتعلق بالقرض الشخصي والقرض السكني وقروض تمويل العقارات والسيارات وغيرها وكذلك الاعتماد المستندي[68]، فبناءً على ذلك ومن أجل ألا يقع خلط بين خطاب الضمان والإئتمانات المصرفية المباشرة؛ فإنّ الباحث سيقوم بوضع تمييز علمي وقانوني بين خطاب الضمان من جهة وبعض هذه الأنظمة من جهة أخرى على النحو التالي.

وعليه فإنّ الباحث يقسم هذا المطلب الى فرعين كالآتي:

الفرع الأول: تمييز خطاب الضمان عن الاعتماد المستندي:

عرفت محكمة التمييز الأردنية الاعتماد المستندي بأنه: تعهد صادر عن البنك بناء على طلب الآمر (المشتري) يلتزم البنك بمقتضاه بدفع ثمن البضاعة للمستفيد (البائع) وفق شروط معينة، ويفتح تنفيذا لالتزام المشتري بدفع الثمن، فان الالتزامات المترتبة على انشائه تنحصر في ذمة

[67] مقابلة أجريتها مع اسلام جعيدي مدير بنك فلسطين فرع قلقيلية، تاريخ 23-5-2022، الساعة 12:00 مساء.

[68] عفانة، محمد كمال: **ادارة الائتمان المصرفي**. ط1. الأردن: دار اليازوري للنشر والتوزيع. 2018. ص23-25.

طرفي العقد وهما الآمر (المشتري) والبنك فقط، ولا يتحمل المستفيد (البائع) من الاعتماد باي التزام[69]

وقد عرفته النشرة 600 بخصوص الاعتمادات المستندية بأنه: " أي ترتيب مهما كان اسمه أو وصفه ويكون غير قابل للنقض وبالتالي يشكل تعهداً محدداً من المصرف المصدر للوفاء بتقديم مطابق ".[70]

وبذلك نجد أن عقد الاعتماد المستندي كعقد الخطاب يعتبران من التقنيات والخدمات المصرفية التي ابتكرتها ضرورات التجارة الدولية والتي تهدف بشكل أساسي لتقوية أواصر الثقة والطمأنينة بين المتعاملين في هذه التجارة ، ثم بتضمينها ذات على العناصر المكونة لهما كالأطراف مثلاً، فكلاهما يحتوي على ثلاثة أطراف، البنك والعميل والمستفيد، وأوجه الشبه هذه قد تؤدي الى الخلط أو الغلط من قبل الاطراف في طبيعة العقد ذاته وتكييفه الصحيح[71]، ثم أنّ التزام البنك في كل منهما يكون التزاماً متشابهاً من وجوب قيامه بتنفيذ تعليمات العميل الآمر في كل منهما، وأنّ التزامه في كل منهما يُعَدّ التزاماً مستقلاً عن أية التزامات بين أطراف العلاقات القانونية الناشئة عن التعاقد، بحيث أن البنك لا يستطيع أن يتهرّب من الوفاء بالمبلغ طِبْقاً لالتزامه في العقدين لأي سبب مستمد في الأصل من العقد الأصلي وهو عقد البيع، بل عليه أن يدفع المبلغ في الخطاب متى طلب المستفيد ذلك، وعليه أن يدفع في الاعتماد إذا قدّم البائع المستندات المطلوبة المُطابقة لتعليمات العميل الآمر.[72]

لكن على الرغم من وجود هذه التشابهات إلا أنّ هناك بعض الاختلافات بين العقدين، وهي كالتالي:

1: الاعتماد المستندي يصدر بمناسبة التعاقد على بضائع ولا يتم دفع قيمتهم الا بعد تقديم الوثائق أو المستندات المطلوبة بينما يصدر خطاب الضمان بناء على التزام يقع على عاتق العميل الامر والبنك يكون بموقع الضامن بحيث يقوم بتنفيذ الالتزام ودفع قيمة الخطاب عند طلب المستفيد ذلك.

---

[69] راجع في ذلك حكم محكمة التمييز الأردنية في القضية الحقوقية رقم 1975/152 والصادر بتاريخ 1975/7/3 والمنشور على موقع قسطاس.

[70] انظر المادة (2) من **نشرة 600 بخصوص الاعتمادات المستندية – الأصول والأعراف الموحّدة للاعتمادات المستندية**–.غرفة التجارة الدولية. باريس. 2007.

[71] موسى، طالب حسن: **الأوراق التجارية والعمليات المصرفية**. ط1. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2011. ص241.

[72] العجيل، ايمان حسني حسن: **الغش في الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان " دراسة مقارنة** ". ط1. القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية.2019. ص55.

2: الاعتماد المستندي لا يستحق بمجرد الطلب بل يستحق بتقديم المستندات المتفق عليها، في حين أنّ خطاب الضمان يكون مستحق الدفع بمجرد طلب المستفيد ذلك من البنك.

3: يختلف الاعتماد المستندي عن خطاب الضمان من حيث طبيعة الواقعة التي تفيد استحقاق كلا من العقدين فالاعتماد المستندي يستحق بحدوث واقعة إيجابية وهي تنفيذ المستفيد للعقد المبرم، وذلك على خلاف عقد خطاب الضمان الذي يستحق بمجرد إخلال العميل أو عدم تنفيذه لالتزاماته الملقاة على عاتقه بموجب عقد الخطاب فبهذه الحالة تكون الواقعة سلبية ويستحق معها دفع قيمته للمستفيد[73]

وبالحديث عن الاعتماد المستندي وجب التطرق إلى الاعتماد الضامن (اعتماد الجهوز) وتمييزه عن خطاب الضمان فيعرف الاعتماد الضامن بأنه تعهد بنكي يصدر عن المصدر ويتعهد بموجب ذلك بقبول السحوبات من المستفيد بمبالغ محددة لا تزيد في قيمتها عن مبلغ معين وخلال فترة محددة وذلك مقابل أن يقوم المستفيد بتقديم بعض المستندات ويتم تحديد نوعها بحسب طبيعة الكفالة محل العقد.

إن هذا النوع من الاعتمادات يصدر بناء على طلب عميل البنك (المقاول) والذي بدوره يطلب من بنكه اصدار إعتماد الضمان لصالح المستفيد، وعلى ذلك يقوم المستفيد بالسحب من هذه المبالغ الموضوعة كضمان للآمر وذلك في حالة إخفاق الأخير في تنفيذ التزاماته الواقعة عليه ويتم بذلك الدفع للمستفيد وفق الشروط المتفق عليها عن اصدار هذا النوع من الضمان، وعلى ذلك تكون طبيعة اعتماد الضمان بمثابة اعتماد خدمات وليس اعتماد تصدير أو استيراد[74]

وحول المواصفات القانونية المتعلقة بهذا الاعتماد ISP99 NO590، فإنّ خطاب الاعتماد هذا يحدّد بشكل كامل الشروط التي يجري الاتفاق عليها، ولا يجوز بأي حال من الأحوال تعديل أو تغيير أو إلغاء، أو تكبير حجم التعهد بالرجوع إلى أي مستند.[75]

وعلى ذلك يختلف اعتماد الجهوز عن خطاب الضمان من حيث جواز تعديله فخطاب الضمان يجوز للمستفيد المطالبة بتعديله فور الوصول إلى علمه كما يجوز تعديله في مرحلة ثانية وذلك

---

[73] العتيبي، بدر سعد : التنظيم القانوني لخطابات الضمان في مجال المناقصات العامة " دراسة مقارنة" . مجلة كلية القانون الكويتية العالمية.ص106.

[74] غالب ، عبد القادر ورسمة : اعتماد الضمان او خطاب الجهوز ، المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية ، ع 59 ،المنشور على موقع دار المنظومة .

[75] Indira Carr, Peter Stone: International Trade Law. 5th edition. United states of America. 2014. P431.

بحالة موافقة العميل على هذا التعديل أو من خلال النص صراحة في خطاب الضمان على جواز تعديله ودون الرجوع الى العميل[76]

الفرع الثاني: التمييز بين خطاب الضمان والحساب الجاري

عرفت المادة (106) من قانون التجارة الأردني الحساب الجاري بأنه: " الاتفاق الحاصل بين شخصين على أنّ ما يسلمه كل منهما للآخر بدفعات مختلفة من نقود واموال واسناد تجارية قابلة للتمليك يسجل في حساب واحد لمصلحة الدافع ودينا على القابض دون ان يكون لأي منهما حق مطالبة الاخر بما سلمه له بكل دفعة على حدة بحيث يصبح الرصيد النهائي وحده عند اقفال هذا الحساب ديناً مستحقاً ومهيأ للأداء "[77].

رغم الاختلاف بالطبيعة القانونية لكل من العقدين إلا أن هناك فرقاً بين الحساب الجاري وخطاب الضمان ويتضح هذا الفرق في مجموعة من الأحكام القضائية الأردنية والفلسطينية والتي اظهرت استقلال عقد الحساب الجاري عن عقد خطاب الضمان:

فقد جاء في حكم لمحكمة التمييز الأردنية[78]، أنّ: " حيث إن الحكم المميز مخالف لأحكام المواد (106 و112 و113) من قانون التجارة حيث إن المدعية قامت بإغلاق الحساب الذي يعتبر إنهاءً للعلاقة العقدية بين الطرفين. وفي ذلك نجد أن موضوع (خطاب الضمان) لا علاقة له بموضوع إغلاق الحساب الجاري للمميز (المدعى عليه) حيث إن المبلغ المدعى به مترتب عن نفقات ورسوم على خطاب المضان خلال فترة سريانه ولا علاقة له بموضوع رصيد الدين بموجب الحساب الجاري. وبما أن الالتزام الناشئ في ذمة الطاعن عن خطاب

---

[76] الصوافية، مروة بنت حمود: مرجع سابق،ص61.

[77] وقد صدر عن محكمة التمييز الأردنية حكمها الذي يحمل الرقم رقم 2018/1882 والصادر بتاريخ 2018/5/10، والذي جاء فيه: " من المقرر قانونا وفقا للمواد 106 و112 و113 من قانون التجارة أن الحساب الجاري عقد بين شخصين على أن ما يسلمه كل منهما للأخر بدفعات مختلفة من نقود وأموال وأسناد تجارية قابلة للتمليك يسجل في حساب واحد لمصلحة الدافع ودينا على القابض دون أن يكون لأي منهما حق مطالبة الآخر بما سلمه له بكل دفعة على حدة بحيث يصبح الرصيد النهائي وحده عند إقفال هذا الحساب ديناً مستحقاً ومهيأ للأداء, ولا يعد أحد الفريقين دائناً أو مديناً للفريق الآخر قبل ختام الحساب الجاري وإن إيقاف هذا الحساب هو وحده الذي يحدد حالة العلاقات القانونية بين الطرفين وهو الذي تنشأ عنه حتماً المقاصة الجماعية لجميع بنود الحساب من تسليف واستلاف وهو الذي يعين الدائن والمدين, ويوقف الحساب ويصفى في آجال الاستحقاق المعينة بمقتضى العقد أو بحسب العرف المحلي وإلا ففي نهاية كل ستة أشهر ويؤلف الرصيد الباقي ديناً صافياً مستحق الأداء ينتج ابتداء من يوم التصفية فائدة بالمعدل المعين في الحساب الجاري إذا نقل هذا الرصيد إلى حساب جديد وإلا فبالمعدل القانوني ".

[78] راجع في ذلك حكم محكمة التمييز الأردنية في القضية الحقوقية رقم 2004/202 والصادر بتاريخ 2004/6/29 والمنشور في موقع قسطاس.

الضمان هو التزام مستقل ومختلف عن الدين المطالب به بالدين المترصد في ذمة المدين الناشئ عن إغلاق الحساب الجاري

ويتضح من هذا الحكم أن الالتزام المفروض على عاتق الطاعن وهو المدين هو التزام مستقل ومختلف عن الدين المطالب به والواقع في ذمة المدين الناشئ عن إغلاق الحساب الجاري، وعليه فإن ما توصلت إليه محكمة الاستئناف بتأييد محكمة الدرجة الأولى بالحكم للمدعية بالمبلغ المدعى به لا يخالف القانون.

في حكم آخر لذات المحكمة جاء أن[79]: " تخطئة محكمة الاستئناف بعدم تطبيق المادتين (2/112 و1/113-2) من قانون التجارة. في ذلك نجد أن هذه المادة تتعلق بوقف الحساب الجاري ولا علاقة لها بموضوع هذه الدعوى وهي مطالبة بقيمة سند رهن تأميناً لكفالة خطاب ضمان (وذلك كما جاء في السبب الأول من أسباب التمييز وبالتالي فإن المميزة تخلط ما بين التسهيلات المصرفية للحساب الجاري وما بين (خطاب الضمان) وبالتالي فإن المادتين المشار إليهما لا تنطبقان على واقع هذه القضية جراء تنفيذ سند الرهن وتقدير قيمة المديونية لدائرة التنفيذ وقيام دائرة التنفيذ بحساب الفوائد وفق ما جاء بطلب تنفيذ السند وعليه فإن ما جاء بهاذين السببين مستوجب الرد"، وبناء على قرار المحكمة وبحسب رأي الباحث فإن خطاب الضمان رغم دخوله الحساب الجاري الا انه لا يخضع لمرتكزات الحساب الجاري وهو يشكل التزاماً مستقلاً بحد ذاته حتى وان كان خطاب الضمان ناشئاً عن الحساب الجاري.

وقد فرقت محكمة استئناف رام الله بين الحساب الجاري وخطاب الضمان بحكمها[80]في

---

[79] حكم محكمة التمييز الأردنية في القضية الحقوقية رقم2018/602 والصادر بتاريخ 2018/2/6 منشور في موقع قسطاس.

[80] راجع في ذلك حكم محكمة استئناف رام الله في القضية الحقوقية التي تحمل الرقم 2011/123 والصادر بتاريخ 2011/9/12 والمنشور في موقع قسطاس.

وفي حكم اخر لمحكمة استئناف عمان نجد ان المحكمة ميزت بين عقد حساب جاري وعقد خطاب الضمان بقولها ان اغلاق الحساب تم في تاريخ (2015/6/24). وفي ذلك تجد محكمتنا بان موضوع الكفالة (خطاب الضمان) لا علاقة له بموضوع اغلاق الحساب الجاري للمدعى عليه حيث ان المبالغ المدعى بها ناشئة عن نفقات ورسوم على الكفالة خلال فترة سريانها وتمديدها ولا علاقة لها بموضوع رصيد الدين المترصد بذمة المستأنف (المدين) بموجب الحساب الجاري والذي تم مطالبته بموجبه بموجب الدعوى البدائية المقدم صورة عنها ضمن بينات المستأنف (المدعى عليه) والتي تقرر بموجبها الزام المدعى عليه (المستأنف) بالمبالغ المطالب بها والمترصدة بذمته والناشئة عن الحساب الجاري فيما بينه وبين المدعية (بنك الاردن) وحيث ان الالتزام الناشئ في ذمة المدعى عليه (المستأنف) عن خطاب الضمان هو التزام مستقل ومختلف عن المطالبة بالدين المترصد بذمة الناشئ عن اغلاق الحساب الجاري، وبالتالي فان ما توصلت اليه محكمة الدرجة الاولى بإلزامها للمستأنف بالمبلغ المدعى به هو في محله.

وانطلاقا من قرار المحكمة وما توصلت اليه في قرارها فأن استقلال عقد الخطاب عن عقد الحساب الجاري يكون متوافقا والقانون بحيث ان أي مديونية تقع في عقد الخطاب اثناء فترة سريانه لا تترصد في الحساب الجاري وذلك وفق مبدأ الاستقلال بين العقدين وذلك اعمالا لنصوص المواد(112/111) من قانون التجارة الأردني، وبناءا على ذلك تكون المحكمة قد طبقت القانون بشكل سليم.

(الاستئناف) رقم 2011/123 1- الحكم المستأنف مخالف للأصول والقانون وخصوصا للمواد (106-112) من قانون التجارة الساري. 2- الحكم المستأنف ضد وزن البينة. 3- الحكم المستأنف واجب الفسخ للتناقض حيث اعتبر قاضي الموضوع في جزء من متن القرار بان كفالة حسن التنفيذ ناشئة عن الحساب الجاري المدين والجزء الآخر من متن القرار أفاد بعدم أعمال النصوص القانونية المتعلقة بالحساب الجاري المدين. 4- أخطأ قاضي الموضوع فيما توصل اليه من حيث القول (صحيح ان كفالة حسن التنفيذ ناشئة عن العقد الجاري المدين إلا ان الكفالة هي التزام بحد ذاتها..... وطالما أننا أمام خطاب ضمان (كفالة حسن تنفيذ) وليس كفالة عادية فلا مجال لأعمال نص المادة (111) و(112) من قانون التجارة على خطاب الضمان ولا يستدعي الأمر إغلاق الحساب طالما ان المطالبة قد انحصرت بقيمة كفالة حسن التنفيذ ولم تقيد على حساب الجاري المدين".

ويُستفاد من هذا القرار أنّ هناك فرقاً بين الحساب الجاري والكفالة، وكذلك بين الحساب الجاري وخطاب الضمان، ويرجع هذا الفرق لطبيعة كل من العمليّتين، ولأساسِهِمَا القانوني، سواء في نشأة كل منهما، أو حتى في انتهائهما، وهي الأمور التي سبق أن أشارَ إليها الباحث في الفروع السابقة في هذه الدراسة.[81]

بالرجوع الى المادتين112/111 من قانون التجارة نجد انهما تحدثتا عن الحساب الجاري وما يدخل ضمن هذا الحساب من دفعات وتأمينات خاصة به، وعلى ذلك وحتى وإن كان خطاب الضمان ناشئ عن عقد الحساب الجاري ومترتباً عليه إلا أنه مستقل عنه، ولا مجال لإعمال النصوص القانونية المتعلقة بالحساب الجاري عليه، وبالرجوع إلى الطبيعة القانونية الخاصة بخطاب الضمان نجد أن خطابات الضمان لها نظامها الخاص والمستقل والذي يميزها عن غيرها من الأنظمة القانونية ولا تخضع لأي نظام قانوني من حيث إصداره وانتهائه.

[81] انظر المواد من (106-114) من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 والساري في الضفة الغربية.

الفصل الثاني

الاثار القانونية لخطابات الضمان

عند الرجوع الى أساس عملية خطاب الضمان كما ذكرنا في الفصل الأول؛ فإنّ الضرورات التجارية وسرعة التبادل التجاري بين الأطراف في العقود التجارية، هي التي كانت الحافز الأساسي وراء نشأة هذه العمليّة ووجودها على أرض الواقع كعمل من أعمال المصارف، لكن مع تطوّر هذه العمليّة شيئاً فشيئاً واتساع عدد المتعاملين بها ورقعة هذا التعامل ومع تطوّر حركة التجارة على الصعيد المحلي والدولي؛ فإنّ تنظيم هذه العملية قانونياً وقضائيّاً أصبح أمراً أساسيّاً ومطلوباً.[82]

وتجدر الملاحظة أنّ الاطار النظري الذي يتناوله الباحث في هذا الفصل يكمن في تحديد الآثار القانونية المترتبة على ابرام عقد الخطاب، فعقد الخطاب كما ذكرنا يتكون من ثلاثة أطراف وهم العميل الآمر الذي طلب اصدار الخطاب، البنك مُصْدِرْ الخطاب، والمستفيد من هذا الخطاب، فهناك العديد من العلاقات القانونية التي يمكن أن تنشأ بين هؤلاء الأطراف الثلاثة، فيما يخص علاقة البنك بالعميل، وعلاقة البنك بالمستفيد، وعلاقة العميل بالمستفيد، وما يترتب على هذه العلاقات من حقوق لكل طرف منها وواجبات عليه، اذ أنّ عقد خطاب الضمان هو عقد تبادلي أي أنّ ما يرتبه العقد من حقوق في ذمة طرف من أطرافه تعتبر بمثابة التزامات في ذمّة الطرف الآخر والعكس صحيح[83]، اذ يلتزم كل طرف من أطرافه بمجموعة من الالتزامات التي يؤدي عدم تنفيذها الى الاضرار بالطرف الآخر وبالتالي وقوعه تحت طائلة المسؤولية[84].

إنّ تعدّد العلاقات الناجمة عن ابرام عقد خطاب الضمان يؤدي لإحداث مجموعة من التشابك بين أطراف هذه العلاقات وتعاملاتهم تجاه بعضهم البعض، الأمر الذي يتطلب فصل هذه العلاقات والنظر في كل منها على حدة إذ قد تنشأ العديد من المشاكل العمليّة وذلك نتيجة إلى

---

[82] عوض، علي جمال الدين: **عمليّات البنوك من الوجهة القانونية " دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربية "**. طبعة مطوّرة. القاهرة: المكتبة القانونية للنشر والتوزيع. 1993. ص569. الجبر، محمد حسن: **العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية**. ط1. السعودية: مطابع جامعة الملك سعود. 1984. ص321.

[83] العقد التبادلي هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، بحيث أنّ كل من المتعاقدين يأخذ مقابلاً لما أعطى. أنظر في ذلك: الأزهري، محمد علي البدوي: **النظرية العامّة للالتزام " مصادر الالتزام الجزء الأول "**.ط3. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2019. ص39.

[84] موسى، طالب حسن: **مرجع سابق** ص295.

عدم الاخذ بمبدأ استقلال العلاقات في خطاب الضمان، ثم تنتهي هذه العلاقات بنشوء مجموعة من الحقوق والتي تقابلها مجموعة من الالتزامات لكافة الأطراف والتي تحتاج منا الوقوف على أحكامها بشيء من التفصيل.

جرى تقسيم هذا الفصل الى مبحثين، يتحدث الباحث في المبحث الأول عن آثار خطاب الضمان ويعرض فيه الباحث التزامات أطراف عقد خطاب الضمان الناتجة عن العلاقة بينهم، وحقوق أطراف عقد خطاب الضمان الناتجة عن العلاقة بينهم، اما المبحث الثاني فيتناول الإشكاليات القانونية الخاصة بخطاب الضمان ومنها مسؤولية البنك عن عدم تنفيذ الخطاب بناء على الغش الصادر من المستفيد، وأحكام انتهاء خطاب الضمان والقواعد الخاصّة به.

المبحث الأول: آثار عقد خطاب الضمان

إنّ تنوّع العلاقات بين أطراف عقد خطاب الضمان الثلاثة يؤدي لخلْق تشعّب واضح بين هذه العلاقات من ناحية التراتبية والاستقلالية في التعامل معها، فضلاً عن احداث طائفة من الحقوق والالتزامات التي تقع على عاتق كل طرف من أطراف هذا العقد، وان كان الأصل في أنْ يجري الفهم الواضح والدقيق لمسألة استقلال العلاقات في خطاب الضمان، اذ تكون العلاقات مستقلة من جرّاء الاختلاف الواضح في الأساس القانوني والمصرفي الذي يحكم كل علاقة من بين هذه العلاقات[85].

وبناء على ذلك، فإنّ الباحث يقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب كالتالي:

المطلب الأول: التزامات أطراف عقد خطاب الضمان.

المطلب الثاني: حقوق أطراف عقد خطاب الضمان.

المطلب الأول: التزامات أطراف عقد خطاب الضمان

يتناول الباحث في هذا المطلب الالتزامات التي يفرضُها عقد خطاب الضمان في ذمة أطرافه، فحتى يكون انعقاد العقد وتنفيذه صحيحاً؛ يجب أن يلتزم كل طرف بما أوجبه العقد عليه، وإلّا فسيخْلق المخالف مجموعة من الاشكاليات بشأن دوره في العقد واستفادته منه، هذه الالتزامات والمتعلّقة بكل طرف من الأطراف هي على الشكل الآتي:

---

[85] المحجوب، عز الدين مصطفى: **معوقات الضمانات المصرفية المستقلة: دراسة تحليلية مقارنة في أثر الغش والتعسف على فعاليّة الاعتمادات المستنديّة وخطابات الضمان**. ط1. صنعاء: دار المجد للطباعة والنشر والتوزيع. 2017. ص12. الشمري، صادق: **ادارة العمليّات المصرفيّة**. ط1. الأردن: دار اليازوري للنشر والتوزيع. 2019. ص98.

الفرع الأول: التزامات العميل الآمر (طالب الخطاب)

يلتزم العميل الآمر بمجموعة من الالتزامات التي تقع على عاتقه من جرّاء ابرامه عقد الخطاب مع البنك، فيلتزم هذا العميل بردّ مبلغ الخطاب الذي دَفَعَهُ البنك لمصلحة المستفيد عندما طلبه المستفيد أصلاً وذلك عند انتهاء العقد المبرم بينه وبين العميل، ويلتزم كذلك بتأمين غطاء نقدي كضمان لعملية التنفيذ، كما يلتزم بأن يدفع للبنك العمولة التي يطلبها من جرّاء قيامه بإصدار الخطاب والمصاريف اللازمة، ثم التزامه أخيراً بعدم المعارضة في الوفاء بقيمة الخطاب لمصلحة المستفيد، وهذه الالتزامات هي على النحو التالي:

أولاً: رد مبلغ الخطاب الذي دَفَعَه البنك للمستفيد

إنّ أول وأهم التزام يقع في ذمّة العميل الآمر من جرّاء ابرامه عقد الخطاب هو في قيامه بردّ قيمة خطاب الضمان الذي دَفَعَه البنك مصدر الخطاب لمصلحة المستفيد، اذ يحق للبنك في هذه الحالة العودة على العميل الآمر بمقدار المبلغ المدفوع وفوائده من تاريخ دفعه[86]، وهذا الالتزام قد نصت عليه المادة (360) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 بقولها: " إذا دفع البنك للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان جاز له الرجوع على الآمر بمقدار المبلغ المدفوع وعائده من تاريخ دفعه ".[87]

والواقع أنّه حتى يلتزم العميل بهذا الالتزام، فإنّ البنك يجب أن يكون قد راعى الشروط التي تمّ الاتفاق عليها في عقد الخطاب المبرم بينهما، فكما سبق القول، يجب على البنك أن يدفع للمستفيد بناء على تعليمات العميل الآمر، فان خالف البنك هذه التعليمات أو لم يراعيها أصلاً كان دفعه للمستفيد غير صحيح، ولا يكون له بالتالي حق الرجوع على عميله بما دفعه، أي أنّ العميل يتحلل من هذا الالتزام عند عدم وجود التزام متقابل من قِبَل البنك بما يجب مراعاته عند التسديد لمصلحة المستفيد.[88]

وبموجب ذلك فإنّ البنك قد يكون أمام ثلاث حالات فيما يتعلق بمسألة الدفع للمستفيد، الحالة الأولى تكمن في أن يطالب البنك عميله الآمر بقيمة الخطاب قبل أن يطلبها منه المستفيد، وهذا

---

[86] رضوان، فايز نعيم: **القانون التجاري ج1 " العقود التجارية وعمليّات المصارف وفقاً لمشروع قانون التجارة الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة**". بدون طبعة. دبي: كلية شرطة دبي. 1990. ص410. أحمد، عبد الفضيل محمد: **عمليات البنوك**. ط1. القاهرة: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع. 2017. ص131. الطراونة، بسام حمد وملحم، باسم محمد: **شرح القانون التجاري " الأوراق التجارية والعمليات المصرفية** ". ط2. الأردن: دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة. 2014. ص446 مرجع سابق.

[87] تتقابل هذه المادة مع المادة (39) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لسنة 2014 ، ولا مقابل في قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966.

[88] العكيلي، عزيز: **مرجع سابق**. ص460-461.

غالباً ما يحدث عندما يكون هناك ما يهدّد أو يدعو للشك في أن العميل الآمر سيقوم بدفع ما سيؤديه البنك للمستفيد، أو بعدم قيامه بتقديم الغطاء النقدي المطلوب –وهو ما سيتحدث عنه الباحث تباعاً– يضمن حق البنك تجاه عميله، أو قيامه بتقديم غطاء ضمان لكن لا يكون شاملاً لقيمة الخطاب ككل، والحالة الثانية أن يقوم البنك بدفع قيمة الخطاب بناء على ثقته الكاملة بعميله، لكن الظروف الاقتصادية جعلت العميل في وضع مالي متزعزع أدّى لعدم قدرته على دفع ما قام البنك بسداده للمستفيد، لكن دون أنْ يشترط البنك ذلك في العقد المُبرم بينه وبين العميل الآمر.

والحالة الثالثة تتمثل في أنّه يكون البنك وضع شرطاً جوهرياً في عقد الخطاب، يكون مؤدّاه أن للبنك الحق في مطالبة العميل الآمر بقيمة المبلغ المدفوع متى شاء وفي أي وقت كان، وسواء كان المستفيد قد حَصَلَ فعليّاً على قيمة الخطاب أم لم يحصل بعد، ويعتمد الفرق بين الحالات السابقة على ملاءة العميل وسمعته التجارية حيث ان من التزامات البنك المهنية الاستعلام عن العميل قبل الدخول معه بعقود مختلفة.

لكن وفي سياق متصل، فهناك من الفقهاء من يرى بأنّ من حق البنك القيام بتحقيق واحدة من هاتين الحالتين أو كليهما وذلك تجنباً لأية مشاكل أو صعوبات قد تلحق بتنفيذ عقد الخطاب المبرم بينه وبين العميل كإعسار العميل أو عدم قدرته على سداد المبلغ أو تقصيره في تنفيذ التزامه وغيرها من الأمور.[89]

ولما كان هذا العقد يتحدد وفقا للشروط الواردة فيه والتي تم الاتفاق عليها بين الطرفيْن، لذلك يكون واجباً على المصرف الالتزام بهذه الشروط، فإذا قام بالوفاء للمستفيد دون مراعاتها كان مسؤولاً عن المخالفة التي ارتكبها فيما يتعلق بالوفاء، وبالتالي لا يكون له الرجوع على عميله بما دفعه للمستفيد، بل يقتصر حقه في بعض الأحيان على الرجوع على المستفيد [90]، وهو الأمر الذي حكمت به محكمة النقض المصريّة[91] بقولها : " التزام العميل الآمر مناطه عقد اعتماد الضمان المبرم بينه وبين البنك وليس وفقاً لشروط خطاب الضمان الذى يصدره البنك لصالح المستفيد وذلك بالاستناد لنص المادة 360 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 ".

---

[89] علم الدين، محيي الدين اسماعيل: **خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك**. ط1. القاهرة: دار عالم الكتب للنشر والتوزيع. 1999. ص211.

[90] التكروري، عثمان: مرجع سابق. ص235.

[91] راجع في ذلك حكم محكم النقض المصرية في الطعن رقم 3756 لسنة 77 قضائية والصادر بتاريخ 2017/12/20 بِ: " وقد ورد الحكم لدى موقع محكمة النقض المصرية https://www.cc.gov.eg/civil_judgments. تاريخ الزيارة 2021/11/13 الساعة 4.50م.

ثانياً: التزام العميل بتقديم غطاء نقدي

نصت على هذا الالتزام المادة (356) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 وذلك بقولها: " يجوز للبنك أن يطلب تأمينا مقابل إصدار خطاب الضمان، ويكون هذا التأمين نقدا أو صكوكاً أو بضائع أو تنازلاً من الآمر عن حقه قبل المستفيد"[92].

وحيث أنّ العميل يلتزم بموجب عقد خطاب الضمان الموقّع بينه وبين البنك بتقديم غطاء تأميني للخطاب لمصلحة البنك مُصْدِر الخطاب وذلك بسبب أنّ البنك يتحمّل مخاطر الوفاء بمبلغ الضمان للمستفيد في حال عدم تنفيذ العميل لالتزاماته تجاهه[93]، فالغطاء المقصود هنا هو الضمانات التي يقدمها العميل طالب الخطاب لمصلحة البنك وذلك عندما يحدث اتفاق بين هذا الأخير وبين العميل على قيمة الخطاب ومدّته، بحيث يكون الهدف من هذه الضمانات تأمين مقدار ما قد يدفعه البنك الى المستفيد مع إضافة أية مبالغ قد يدفعها البنك من جرّاء تنفيذه للخطاب بالإضافة أيضاً للعمولات والمصاريف المتفق عليها مسبقاً.[94]

وفي بعض الحالات يقوم البنك بالتأشير على حساب عميله إذا كان يتمتع بائتمان قوي وثقة لديه ويقوم العميل بهذه الحالة باستغلال موجوداته داخل الحساب وذلك بالقدر الذي يحدده البنك وبذات الوقت تتوافر السهولة بالنسبة للعميل لاسترداد مبلغ غطاء خطاب الضمان وذلك إذا لم يطلب المستفيد دفع قيمة الخطاب في المدة المحددة، إذا ما قيس في حالة استرداد قيمة الغطاء الذي وضع تامينا في يد المستفيد وخاصة إذا وضع كتأمين لجهة حكومية[95]

وهذا الغطاء قد يكون نقداً أو صكوكاً كأوراق تجارية أو مالية، أو بضائع، أو أموالاً عينية أو تنازلاً واضحاً من قِبَل الآمر عن حقه تجاه المستفيد، وهذه الأنواع هي على النحو التالي:

أ. **الغطاءالنقدي**

يمكن أن يكون الغطاء مبلغاً من النقود يدفعه العميل الآمر للمصرف أو يقوم المصرف بخصمه من حساب العميل الجاري لديه، ويودع المصرف هذا المبلغ في حساب يحمل اسم

---

[92] تتقابل هذه المادة مع المادة (388) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لسنة 2014.

[93] الشمري، عبد الرزاق رحيم: **المصارف الاسلامية بين النظرية والتطبيق**. ط2. الأردن: دار الكتاب الثقافي للنشر والتوزيع. 2016. ص318.

[94] جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية في الطعن رقم 2367 لسنة 80 قضائية والصادر بتاريخ 1972/3/14 قولها فيه : " لا يُعتبر مُصدر الخطاب وكيلاً عن العميل في الوفاء بقيمة هذا الخطاب، ويترتب على ذلك أن يقوم العميل بدفعه مبلغ كتغطية للخطاب تنفيذاً للعلاقة بين البنك وعميله وليس للمستفيد علاقة به، وللبنك أن يصدر الخطاب بغطاء مالي أو دون غطاء أو بضمان رهن في حدود المعاملات القائمة بين البنك وعميله، وهو الذي يقرّر وحده مصلحة في كيفية تغطية الخطاب". وقد ورد الحكم لدى مجلة المحاماة التابعة لنقابة المحامين المصرية في العدد السابع من سنة 1972 وعلى الصفحة رقم 55.

[95] الصوافية ، مروة بنت حمود ، مرجع سابق . ص76

احتياطي خطاب الضمان أو يودَع في حساب مودعي تأمينات خطاب الضمان لدى البنك، بحيث أنّ هذا المبلغ يبقى مجمّداً أي لا يجوز للعميل التصرف فيه أو استخدامه حتى ينتهي التزام المصرف الذي نشأ بموجب خطاب الضمان.[96]

وقد صَدَرَ عن محكمة النقض المصرية[97] حُكْمَ فيما يخص هذا النوع من الغطاء، اذ بيّنت أنّ: " من المقرّر استخدام المبالغ النقدية المودَعَة لدى البنك كغطاء لائتمان يمنحه، بحيث يستلزم تجنيب هذه المبالغ بإخراجها من الحسابات المودعة به وبما ينفي كل سلطة للعميل المودِع عليها ووضعها في حساب خاص مُجَمّد وتحت عنوان يحمل اسم العملية المضمونة وتخصيصها للوفاء بما يُسفر عنه الاعتماد المفتوح وهو ما لا يتحقق بالنسبة لشهادات الايداع "

ب. الغطاء المتمثل بأوراق تجارية أو مالية:

يمكن أن يكون الغطاء الذي يقدّمه العميل للبنك عبارة عن أوراق تجارية كشيكات أو كمبيالات، فإنْ كان كذلك وجب على العميل القيام بتظهير هذه الأوراق تظهيراً تأمينياً، اذ تنص المادة 149 من قانون التجارة الأردني الساري في الضفة الغربية على كيفية حدوث هذا النوع من التظهير وذلك بقولها: " 1- اذا اشتمل التظهير على عبارة "القيمة ضمان" أو "القيمة رهن" أو أي بيان آخر يفيد التأمين جاز لحامل سند السحب مباشرة جميع الحقوق المترتبة عليه، 2- فإن ظهره اعتبر التظهير حاصلاً على سبيل التوكيل، 3- وليس للمسؤولين عن السند أن يحتجوا على الحامل بالدفوع المبينة على علاقاتهم الشخصية بالمظهر ما لم يكن الحامل قد حصل على السند بقصد الإضراربالمدين"[98].

وقد يكون الغطاء عبارة عن أوراق ماليّة كأسهم أو سندات، فإذا كان كذلك وكانت هذه الأوراق مملوكة للعميل ومودعة في البنك، فيجب التحفظ على هذه الأوراق بعد قيام العميل بالتوقيع عليها وإيداعها في قسم الضمانات في البنك، ليحصل البنك بعد ذلك من العميل الآمر على أمر بيع بدون تاريخ يخول للبنك حق بيع هذه الأوراق في أي وقت دون الرجوع الى العميل في حالة مصادرة قيمة خطاب الضمان، واذا كان الضمان عبارة عن ودائع لأجل أو

---

[96] مقابلة أجريتها مع، اسلام الجعيدي مدير بنك فلسطين، فرع قلقيلية. أنظر في ذلك أيضاً: التكروري، عثمان: **مرجع سابق**. ص233. حسن، اياد منصور: **إدارة العمليات البنكية والنقدية**. ط1. الأردن: دار ابن النفيس للنشر والتوزيع. 2019. ص97.

[97] راجع في ذلك حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 1151 لسنة 64 قضائية والصادر بتاريخ 2001/3/29، والوارد لدى موقع محكمة النقض المصرية https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111398523&ja=273808. تاريخ الزيارة 2021/11/18 الساعة 7.35م.

[98] قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966، تتقابل هذه المادة مع المادة (399) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، والمادة (429) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لسنة 2014 والساري في قطاع غزة.

شهادات استثمار أو ادّخار، فيجب الحصول على تصريح بإصدار خطابات الضمان حسب الاختصاص وطبقا للتعليمات الخاصّة بالبنك، حيث يتوجب على العميل في هذه الحالة ان يوقع على إقرار تنازله عن قيمة الوديعة او الشهادة على ذمة خطابات الضمان المصدرة ويعطى تاريخ ثابت ويراعى اخذ إقرار من العميل بتجديد الوديعة تلقائياً لمدة أخرى حتى انتهاء التزام العميل في خطاب الضمان، وعلى غرار الأوراق الماليّة الأخرى، يتم حجز هذه الودائع أو الشهادات ولا يجوز التصرف فيها حتى انتهاء كل عملية خطاب الضمان.[99]

ج. **الغطاء المتمثل بأموال عينية**

قد يكون الغطاء الذي يقدمه العميل للبنك من قبيل الأموال العينيّة كبيت مثلاً أو سيّارة، وفي الحالة هذه فإنّ البنك يقوم بتقدير قيمة هذه الأموال حسب قيمتها السوقيّة، أي حسب ما يجري التعامل به على أرض الواقع بشأن بيعها وشرائها، وذلك كله بحسب ما تم الاتفاق عليه مسبقاً بين البنك وعميله، بحيث يكون من حق البنك الضامن بيع هذه الأموال في حال عدم تنفيذ العميل لالتزاماته المفروضة عليه بموجب عقد الخطاب، على أنّ البنك لن يقوم بالإفراج عن هذه الأموال واعادتها للعميل إلّا بعد انتهاء الالتزام الواقع على عاتق البنك المتعلّق بخطاب الضمان.[100]

د. **الغطاء المتمثل بتنازل العميل عن حقوقه تجاه المستفيد**

يأتي هذا الغطاء في الغالب فيما يخص نوع الخطاب الصادر لضمان حسن التنفيذ، فقد يطلب المستفيد من العميل خطاب ضمان لضمان تنفيذ العقد المبرم بينهما، فغالباً وعندما يقوم العميل بتقديم هذا النوع من الخطاب؛ فقد يقوم بالتنازل عن حقوقه التي في ذمة المستفيد للبنك، ومنها إعفاء البنك بموجبها من الرجوع عليه في حالة قيام المستفيد بطلب مد أجل خطاب الضمان ، والملاحظ أنه يتعيّن على البنك أن يتحقق في هذه الحالة من مركز العميل المالي وسمعته التجارية والأعمال السابقة بينهما، بالإضافة إلى قيامه بدراسة طبيعة ونوع العملية المطلوب تمويلها والغرض منها ومدى كفاءة العميل للقيام بها، واذا كان العميل تاجراً، فيتوجب على البنك مراجعة ميزانيّة التاجر لأربع أو خمس سنوات سابقة على هذه العملية للتحقق من قوتّه التجارية ومدى ملاءته الماليّة.[101]

---

[99] مقابلة أجريتها مع اسلام الجعيدي مدير بنك فلسطين فرع قلقيلية بتاريخ 13-5-2021 الساعة 9 صباحا.

[100] العكيلي، عزيز: مرجع سابق. ص461.

[101] القليوبي، سميحة: **الوسيط في شرح قانون التجارة المصري ج2 " الالتزامات والعقود وعمليّات البنوك** ". ط5. القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع. 2007. ص855. علي، سعيد حسين: مرجع سابق، ص142.

ثالثاً: التزام العميل بأداء العمولة والمصاريف

يلتزم العميل الآمر بموجب عقد الخطاب بدفع العمولة التي جرى الاتفاق عليها للبنك الضامن، اذ تُعْتَبَر هذه العمولة بمثابة حق للبنك قِبَلَ العميل الآمر، اذ يستحق البنك هذه العمولة –التي يجري عادةً تحديدها بشكل مسبق– بمجرد اصداره خطاب الضمان وليس عند دفع قيمته للمستفيد، بحيث يجب على العميل أن يدفع هذه العمولة بمجرد توقيعه على عقد الخطاب، أو أثناء اتمام العمليّة، وسواء دفعها بشكل مستقل، أو من خلال قيدها في حسابه لغاية اتمام كل عملية الخطاب.[102]

ويلتزم العميل أيضاً بدفع المصاريف الخاصّة التي تكبّدها البنك في اصداره لخطاب الضمان، وكافة ما يتحمّله البنك من أعباء ماليّة في سبيل ابلاغ المستفيد بالخطاب، خصوصاً في الحالات التي يتطلب مراسلة وتدخّل أكثر من بنك محلي وأجنبي من أجل ابلاغ المستفيد بالخطاب وقيمته وهو ما يحدث غالباً فيما يخص خطابات الضمان الخارجيّة.[103]

وتجدر الاشارة إلى أنّ على العميل دفع العمولة والمصاريف للبنك بشكل تلقائي بعد صدور الخطاب ودون انتظار نهاية كل مدة عقد الخطاب، أو دفع قيمة الخطاب للمستفيد، اذ يكون واجباً على العميل دفع هذه الرسوم والمصاريف حتى قبل قيام البنك بدفع قيمة الخطاب للمستفيد، اذ يُعد البنك بمجرد اصداره للخطاب مُوفِيَاً لكل التزاماته.[104]

رابعاً: التزام العميل بعدم معارضة البنك في الوفاء لمصلحة المستفيد

يتمثل هذا الالتزام في كونه يُعَدّ التزاماً سلبيّاً واقعاً على عاتق العميل، بحيث يجب ألّا يعارض البنك عند مطالبة المستفيد بمبلغ الخطاب، وعموماً يجب على البنك ألّا يكترث أصلاً لمعارضة عميله في الوفاء لمصلحة المستفيد، إذ لا يحق للعميل أن يعترض على قيام البنك بدفع قيمة الخطاب فعلياً أو حُكْمِيّاً لمصلحة المستفيد، وهذا الأمر متفق عليه قانونيّاً وعقدياً، قانونياً بحيث ورد في تعريف خطاب الضمان أنه: " تعهد مكتوب يصدر من البنك... خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة"[105]، أما عقديّاً فيكون منصوصاً عليه في عقد الخطاب

---

[102] عبد الحميد، عبد المطلب: **البنوك الشاملة "عملياتها وادارتها"**. بدون طبعة. الاسكندرية: الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع. 2000. ص110.

[103] غنيم، أحمد: مرجع سابق، ص16.

[104] أحمد، عبد الفضيل محمد: مرجع سابق، ص131.

[105] أنظر المادة (1/355) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، والمادة (1/386) من قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لسنة 2014 والساري في قطاع غزة.

الموقع بين البنك وعميله، من خلال النص على أنه لا يكون من حق العميل الاعتراض على قيام البنك الضامن بدفع قيمة الخطاب للمستفيد، ومع ذلك فإنّ هذا لا يعني عدم التزام البنك بتعليمات وشروط العميل في دفعه لقيمة الخطاب لصالح المستفيد، اذ يكون واجباً على البنك تعويض العميل عن الأضرار التي لحِقَت به من جرّاء عدم التزام البنك بشروطه وتعليماته بموجب عقد الخطاب.[106]

وقد ورد هذا الالتزام في حكم لمحكمة النقض المصرية[107] جاء فيه أنه: " وإنْ كان البنك عند اصداره لخطاب الضمان يلتزم بسداد قيمته الى المستفيد بمجرّد مطالبته بذلك أثناء سريان أجله دون الحاجة الى الحصول على موافقة العميل، إلّا أنه لا يسوغ للبنك مد أجل الخطاب إلّا بموافقة العميل أو الوفاء للمستفيد إلّا اذا وصلت المطالبة بالقيمة قبل انقضاء الميعاد المحدّد لسريان خطاب الضمان وإلّا تحمّل البنك مسؤولية هذا الوفاء قبل انقضاء الميعاد المحدّد لسريان الخطاب".

لكن ومع ذلك يكون من حق العميل الاعتراض فقط في حالة قيام البنك بتأدية مبلغ يفوق المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان لصالح المستفيد، اذ بذلك يكون البنك قد تجاوز الحد المالي المسموح به والمتفق عليه مع العميل وبالتالي كان من حق العميل تقديم اعتراضه على هذا الأمر.[108]

الفرع الثاني: التزامات البنك (مُصْدِر الخطاب)

يلتزم البنك كالعميل بمجموعة من الالتزامات التي يرتّبها عقد الخطاب في ذمّته، فيكون واجباً على البنك الوفاء بقيمة الخطاب لمصلحة المستفيد وذلك حسب مقدار المبلغ الذي طلبه هذا المستفيد وخلال المدة المحدّدة في الخطاب، مع التزامه بإخطار العميل قبل السداد، وأخيراً التزامه برد قيمة الغطاء للعميل، وهي على النحو التالي:

أولاً: التزام البنك بسداد قيمة الخطاب

يعتبر هذا الالتزام التزاماً بديهيّاً واقعاً في ذمة البنك، فالبنك بموجب عقد الخطاب يتعهّد للعميل بأنْ يفي بقيمة الخطاب لصالح المستفيد عند أول مطالبة صحيحة منه، هذا التعهّد له طابع

---

[106] عوض، علي جمال الدين: **خطابات الضمان المصرفية**. ط3. القاهرة: دار النهضة العربية. 2004. ص40.

[107] راجع في ذلك حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 5176 لسنة 64 قضائية والصادر بتاريخ 1996/7/8، وقد ورد الحكم لدى: عثمان، صابر عمر ابراهيم: رسالة سبق ذكرها. ص107.

[108] عبد الله، خالد أمين: **العمليات المصرفية " الطرق المحاسبية الحديثة**". بدون طبعة، القاهرة: دار الكتب المصرية. 1998. ص331.

فوري، فبمجرّد طلب المستفيد قيمة الخطاب، يكون واجباً على البنك دفع هذه القيمة له مباشرة ودون أي تأخير، حتى ودون الرجوع للعقد الأساسي المبرم بين البنك وعميله، وقد سبقت الاشارة إلى أنّ يُمْنَع على البنك أنْ يمتنع أو يتأخر في السداد لمصلحة المستفيد بناء على دفوع موجودة بينه وبين العميل، إذ يكون التزامه بذلك التزاماً مستقلاً ولا يتعلق بأية دفوع أو منازعات متعلقة بعلاقات سابقة، فلو كانت مثلاً ارادة العميل في العقد الأساسي المُبْرَم بينه وبين البنك معيبة بأي عيب من عيوب الارادة، فإن التزام البنك تجاه المستفيد لن يتأثر وسيبقى قائماً وصحيحاً بناء على استقلال العلاقات في خطاب الضمان، كذلك لو قام العميل بفسخ عقد الخطاب بينه وبين البنك؛ فإنّ ذلك لن يؤثر أيضاً على التزام البنك تجاه المستفيد[109]، وفي حالة مخالفة البنك شروط الضمان وتسرع في السداد أو قام بدفع قيمة الخطاب بعد انتهاء سريان أجله فعلى المصرف أن يتحمل مسؤولية ذلك قبل العميل الذي قد تصيبه اضرار نتيجة للسداد الخاطئ.[110]

ويلاحظ أنّ قيام البنك بدفع مبلغ الخطاب للمستفيد يكون بصِفَتِهِ أصيلاً عن نفسه لا وكيلاً عن العميل، وذلك باعتبار أنّ البنك والعميل يُعَدّان مدينان للمستفيد لكن كل منهما بشكل مستقل عن الآخر، فالعميل يعتبر مديناً للمستفيد بقيمة المشروع المطلوب إنجازه، والبنك يكون مديناً للمستفيد بقيمة الضمان المطلوب دفعه له[111]، لكن يجدر التنويه هنا الى أنّه طالما أنّ ديْن البنك والعميل يكون كل منهما مستقلاً عن الآخر؛ فإنّ هذا ما يؤكد حق المستفيد في مبلغ الخطاب، فلو كان الديْنان مجتمعين في ديْن واحد، فلن يتمكّن البنك من أنْ يتمسّك في مواجهة المستفيد بنفس الدفوع التي من حق العميل أن يتمسك بها في مواجهة ذلك المستفيد، إذ أن البنك يستطيع التمسك تجاه المستفيد بناء على الدفوع التي المستمدة من ارادته المنفردة وهذا ما ترتبه خاصية استقلال الدين في خطاب الضمان ، وهو الأمر الذي عبّرت عنه المحكمة الاتّحاديّة العليا[112] في دولة الامارات بقولها : " البنك مَصْدِر الخطاب يلتزم بسداد قيمة الضمان الى المستفيد بمجرد المطالبة وأنّ علاقة البنك بالمستفيد من الخطاب هي علاقة منفصلة عن علاقة البنك بالعميل، فيكون واجباً على البنك أداء المبلغ المتفق عليه، ولا يكون البنك هنا وكيلاً عن

---

[109] رضوان، فايز نعيم: **القانون التجاري " العقود التجارية، عمليات البنوك، الاوراق التجارية، الافلاس** ". ط4. القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع. 2003. ص519.

[110] المادة 24 من القواعد الموحدة لضمانات الطلب التي تقرها غرفة التجارة الدولية في باريس.

[111] مدغمش، جمال ومصطفى، طارق ربحي: **عمليات البنوك في ضوء قرارات محكمة التمييز من سنة 1952 وحتى بداية سنة 1993**. ط1. الاردن: دون ذكر لدار النشر. 1997. ص69.

[112] راجع في ذلك حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم 38 لسنة 14 قضائية والصادر بتاريخ 1993/7/13.

العميل أو نائباً عنه، ذلك أن التزام البنك في الخطاب هو التزام أصيل منفصل عن التزام العميل... ".

وقد صدر عن محكمة النقض المصرية[113] في ذات السياق حكم يقضي بِـ: " إنّ علاقة البنك بالمستفيد منفصلة عن علاقته بالعميل، فمؤدى ذلك إلزامه بسداد المبلغ الذى يطلبه المستفيد مادام في حدود التزام البنك، وباعتبار ذلك التزاماً أصيلاً مستقلاً لا بالوكالة عن العميل".

ويجب على البنك أن يدفع الى المستفيد قيمة المبلغ الذي تمّ الاتفاق عليه أصلاً مع العميل في عقد انشاء الخطاب، اذ لا يجوز للبنك أن يدفع قيمة أقل أو أكثر من ما هو محدّد في العقد، لأنه بذلك يكون قد أخلّ بشروط العقد التي يمكن أن تدفع العميل الى فسخه[114].

ولا يخل بصحة أو شروط العقد –العقد الأساسي– أن يُذْكَر فيه قيمة المبلغ المراد دفعه للمستفيد والمدة التي سيتم الدفع خلالها، أو حتى ذكر العمليّة التي صدر بشأنها الخطاب ما دام أن تعهّد البنك لا يرتبط بها، ولا يتوقف تحديده على تنفيذها.[115]

وأخيراً، فإنّ التزام البنك يبقى قائماً حتى انتهاء أجل عقد الخطاب، فما دام أنّ التزام البنك تجاه المستفيد هو من قبيل الكفالة المصرفية؛ فإنّ هذه الكفالة لا تسقط ضمناً أو استنتاجاً، بل تبقى قائمة طالما أنّ الديْن المكفول لم يُسَدّد بعد بشكل كامل، وأنّ العميل لم يبلّغ بإشعار رسمي بإعفائه منها، فالكفالة تبقى قائمة حتى انتهاء الالتزام بالكامل وتصفيته نهائياً.[116]

ثانياً: التزام البنك بإخطار عميله قبل سداد قيمة الخطاب

استقرت الأعراف المصرفية في تعاملاتها في خطابات الضمان على قيامها بإخطار العميل الآمر بمجرد تلقّيها الطلب من المستفيد بدفع مبلغ الخطاب، فقيام البنك بهذا الاخطار يكون من باب التحوَط لدى البنك من أن يكون العميل الآمر قد قام بتنفيذ التزاماته التي رتبها في ذمته

---

[113] راجع في ذلك حكم محكمة النقض المصريّة في الطعن رقم 10088 لسنة 89 قضائية والصادر بتاريخ 2020/6/25 . والوارد لدى موقع https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111399305&&ja=279330 . تاريخ الزيارة 2021/11/20 الساعة 12.00 ص.

[114] الشامسي، عمر علي: **فسخ العقد**. بدون طبعة. القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية. 2010. ص40–42. الشواربي، عبد الحميد: **المشكلات العملية في تنفيذ العقد " تنفيذ العقد بحسن نية والتعسف في استعمال الحق، تفسير العقد، تكييف العقد، نظرية الظروف الطارئة، الدفع بعدم التنفيذ، الحق في الحبس، البطلان، فسخ العقد، المسئولية العقدية** ". بدون طبعة. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 1988. ص312

[115] فهيم، مراد منير: **القانون التجاري " العقود التجارية وعمليات البنوك** ". بدون طبعة. الاسكندرية: منشأة المعارف. 1982. ص318

[116] ناصيف، الياس: **الكامل في قانون التجارة ج3 " عمليات المصارف** ". ط2. بيروت: منشورات بحر المتوسط. 1996. ص471.

العقد المبرم بينه وبين المستفيد والذي نشأ عقد الخطاب بناء عليه، مع العلم بأنّ هذا الإخطار لا يؤثر على نهائية التزام البنك الناشئ عن الخطاب، أو التزامه بالوفاء لمصلحة المستفيد عند أول مطالبة منه.[117]

لكن وعلى الرغم من ذلك نجد أنّ مسألة قيام البنك بإخطار العميل الآمر بالدفع هي محل خلاف ، فهناك من يرى بأنّه ما دام أنّ البنك يكون مستقلاً في التزاماته عن العميل، وأنّ علاقة كل طرف في الخطاب مستقلة عن الطرف الآخر، لذلك فإنّ البنك يؤدي التزامه بعيداً عن العميل دون الرجوع اليه، وبالتالي فلا حاجة لقيام البنك بإخطاره عند قيامه بعمليّة السداد، حتى أنه غير مُجْبَر على الرجوع على عميله قبل تمام السداد، انما يكون واجباً عليه اخطار عميله بعد اتمام عمليّة السداد، وذلك حتى يكون العميل على علم تام بما تمّ من اجراءات في موضوع الدفع[118]، وهو الأمر الذي أخذت به محكمة النقض المصرية[119] بقولها : " يكون البنك ملتزماً بالوفاء للمستفيد لدى أول مطالبة صحيحة منه دون الحاجة الى اخطار العميل مقدّماً، وذلك بسبب أنه يفي بدين واقع في ذمته وليس واقعاً في ذمة العميل..."

وعلى الضفة الأخرى، فهناك من يرى ضرورة قيام البنك بإخطار عميله قبل قيامه بأي عملية سداد لمصلحة المستفيد، غير أن هذا الإخطار لا يمنح العميل الحق في معارضة البنك من أجل عدم اتمامها، أو قيامه بالضغط على البنك بعدم تنفيذ العملية إذا ما أبدى ذلك العميل أسباباً مقبولة كحالة إثبات العميل وجود الغش أو حصوله على حكم يفيد بتقييد دفع البنك لمبلغ الخطاب للمستفيد، بل إنّ حدوث ذلك الإخطار يهدف فقط إلى ان يصبح لدى العميل معرفة بما قام به البنك وبأنه قام بالوفاء لمصلحة المستفيد وبالتالي تبرأ ذمته في مواجهته.[120]

يميل الباحث للموقف الفقهي الأول الذي يرى عدم وجوب قيام البنك بإخطار العميل قبل القيام بعملية الدفع، وذلك لثلاثة أسباب، **الأول** وهو أنّ علاقة البنك بالمستفيد هي علاقة مستقلة عن علاقته بالعميل الآمر، وأن كلّ ما يترتب في ذمة البنك من التزامات بالنسبة لعلاقته مع عميله، لا تنعكس على علاقته مع المستفيد، وأنّ أي دفع يمكن أن يتمسك به البنك في مواجهة العميل، لا يستطيع أن يحتج به أمام المستفيد، أما عن **السبب الثاني** وهو أنّ عملية الاخطار

---

[117] غنيم، أحمد: مرجع سابق. ص17.

[118] علم الدين، محي الدين اسماعيل: **العمليات الائتمانية في البنوك وضماناتها**. ط1. القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع. 1975، ص90. الشرقاوي، محمود سمير: **شرح القانون التجاري**. ط1. القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع. 1980. ص42.

[119] راجع في ذلك حكم محكمة النقض المصرية في الطعن الصادر بتاريخ 1964/5/14.

[120] الكيلاني، محمود: **مرجع سابق**. ص240.

تكون مهمة في حالة ما اذا كان الخطاب مشروطاً بتقديم ضمانات عينية أو نقدية أو أوراق ومستندات وغيرها، لكن ان كان الخطاب غير مشروط كانت عملية الاخطار غير ضروريّة، **والسبب الثالث** يتمثل في أنّ قيام البنك بإخطار عميله بكل ما يقوم به من اجراءات سيكون سبباً لوجود تعارض وتناقض مع الصفة المستقلة التي يتمتع بها البنك في عقد خطاب الضمان وعدم تبعيته للعميل الآمر.

ثالثاً: التزام البنك برد قيمة الغطاء للعميل

يتوجّب على البنك مُصدر الخطاب؛ أن يرد قيمة غطاء الضمان أي التأمين الذي حصل عليه من العميل بمجرد انتهاء مدّة الخطاب، أو في حالة حصول المستفيد على قيمة هذا الخطاب، لكن دون أن يطلب صرف قيمته، فيقوم التزام البنك حينها بإعادة هذا المبلغ لمصلحة العميل الآمر، وهو الأمر الذي نصت عليه المادة (359) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 والتي جاء فيها: " 1. تبرأ ذمة البنك قبل المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع إلا إذا اتفق صراحة على تجديد تلك المدة تلقائياً أو وافق البنك على مدها 2. يلتزم البنك بأن يرد للآمر في نهاية مدة سريان خطاب الضمان ما قدمه من تأمين للحصول على هذا الخطاب "[121]

ويود الباحث الاشارة إلى أنّه يجوز للمصرف أن يستثمر غطاء الضمان الذي حصل عليه سابقاً من العميل، بحيث يقوم البنك باعتباره رهناً ففي هذه الحالة يكون له فوائده وتحصيلاته ويكون عليه ضمانه، أو بوضعه في الحسابات الاستثمارية، حيث يُعامل عندئذ على أنه جزء منها ويُعامل معاملتها سواء من حيث الربح أو الخسارة.[122]

الفرع الثالث: التزامات المستفيد

إنّ المستفيد في خطاب الضمان هو الشخص الذي يتلقى مبلغ الخطاب بناء على طلبه اياه من العميل، فيتوجه للبنك لاستيفائه منه، فبحيث أنه متى صدر الخطاب وأُخْطِرَ المستفيد به أصبح

---

[121] تتقابل هذه المادة مع المادة (390) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لسنة 2014.

[122] الصوا، علي محمد الحسين الموسى: ***خطابات الضمان كما تجريها البنوك الإسلامية وأحكامها الشرعية***. **مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون**، الجامعة الاردنية 1.مج23. 1996/149-164. ص164.

له حق مباشر تجاه البنك في استلامه في الوقت الذي يختاره طالما أنّ مدة الخطاب ما زالت قائمة[123]، والواقع أنّه لا يترتب في ذمّة المستفيد التزامات كثيرة، لكن مع ذلك فإنّه يكون واجباً عليه القيام بما يلي:

أولاً: يلتزم المستفيد بتنفيذ شروط خطاب الضمان، بحيث يجب ألّا يقوم بمطالبة البنك بمبلغ الخطاب إلّا ضمن المدة المحدّدة فيه، اذ أنه من شروط هذا الخطاب أن يكون من حق المستفيد المطالبة ضمن المدة المتفق عليها، فإنْ طلب المبلغ بعد انتهاء هذه الفترة يجب عليه أن يمتنع عن السداد.[124]

ثانياً: يلتزم المستفيد أيضاً بناء على تنفيذه شروط الخطاب؛ بأنْ يقوم بمطالبة البنك بمبلغ الخطاب المتفق عليه مع العميل، اذ لا يحق للمستفيد أن يطالب بمبلغ يفوق الحد الأقصى الوارد في عقد الخطاب، فان حصلَ وطلب ذلك وجب على البنك أن يمتنع عن ذلك ويقوم بسداد القيمة المتّفق عليها فقط.

ثالثاً: يلتزم المستفيد بالموافقة وقبول الخطاب الصادر بناء على العقد المُبْرَم بين البنك وعميله، بحيث يكون امام المستفيد خيارين إما الموافقة على الخطاب أو رفضه، فلا يحق له إدخال أية تعديلات عليه كمد فترة عقد الخطاب، فمن اللحظة التي يقبل فيها الخطاب يكون قد استمد حقه منه وذلك في الحدود المبيّنة فيه، إلّا إذا كان عقد الخطاب قد نصّ بشكل واضح على أنّ من حق المستفيد مد أجل الخطاب.[125]

ويود الباحث الاشارة إلى أنّه وبعد أن يصدر خطاب الضمان لمصلحة المستفيد؛ يصبح في مركز قوي، بحيث يكون في هذه الحالة قد تملّك بشكل مبدئي قيمة خطاب الضمان، وان كان على شكل شيكات، أو كمبيالات، أو حتى ايداع المبلغ في حسابه في ذات البنك، أو في بنك آخر، إذ أنه بقبول قيمة الخطاب بديلاً عن الايداع النقدي يكون قد قدّمَ للعميل الآمر خدمة خاصة في مساعدته على تجنب تجميد أمواله، لكنه في مقابل ذلك لا يرضى أن يُنْتَقّص من حقه، أو أن يعارض العميل في الوفاء بقيمة الخطاب.[126]

---

[123] خليفة، محمد أحمد كاسب: **عقود الاستثمار في اطار المبادئ والضمانات والقانون الواجب تطبيقه**.ط1. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2020. ص130 وما بعدها.

[124] رضوان، فايز نعيم: **القانون التجاري " العقود التجارية، عمليات البنوك، الاوراق التجارية، الافلاس** ". مرجع سابق. ص522. طه، مصطفى كمال: مرجع سبق ذكره. ص323.

[125] طراد، كامل خير الله: ***خطابات الضمان وأهميتها في عقود المقاولات والتجهيز الحكومية***. **مجلة كليّة التراث الجامعية**. 19.مج1. 82/2019-107. ص88-89. القليوبي، سميحة: **مرجع سابق، ط8**، ص197.

[126] عثمان، صابر عمر ابراهيم: **مرجع سابق**. ص154-155.

المطلب الثاني: حقوق أطراف عقد خطاب الضمان

يتناول الباحث في هذا المطلب الحقوق التي يَمْنَحُها عقد خطاب الضمان لأطرافه الثلاثة (العميل الآمر طالب الخطاب، البنك مُصْدِرْ الخطاب، المستفيد من الخطاب)، بحيث أنّ كلّ واحدٍ منهم له من الحقوق ما يقابل ما عليه من الالتزامات، فحقوق الأطراف واجبة الاحترام وعدم المساس بها من أي طرف، وهي مستمدّة في الأصل من العلاقات المستقلة بينهم والتي سبق الحديث عنها، فكل التزام يقع على كل طرف من الأطراف؛ يمثل حقاً للطرف الآخر، وهي على النحو التالي:

الفرع الأول: حقوق العميل الآمر (طالب الخطاب)

يمكن القول في هذا الإطار أنّ الالتزامات التي فرضها القانون من جهة، وعقد خطاب الضمان من جهة أخرى على البنك مُصدر الخطاب، تعدّ بمثابة حقوق يُمكن للعميل الآمر المطالبة بها، فالالتزام الواقع على عاتق البنك بدفع قيمة خطاب الضمان في حال طلبه من قِبَل المستفيد، والتزامه برد قيمة غطاء الخطاب أو التأمين الذي قدّمه العميل للبنك كضمان على السداد؛ هي جميعها جزء من حقوقه التي يكون له المطالبة بها، فقيام البنك بهذه الأمور، هو بمثابة تحقيقه لمصلحة العميل الآمر وإعطائه لحقوقه.[127]

وفضلاً عن ذلك، فإنّ للعميل الآمر حقوقاً أخرى، تتمثل في أنّ من حقه أن يصْدُرْ البنك خطاب الضمان وفقاً للبيانات التي قام بتحديدِها والاتفاق عليها مع البنك مُصدر الخطاب، فهذا الأخير يتعهد في مواجهة المستفيد الذي يعينه العميل، وبمقدار المبلغ وشروط الدفع، وفي المدة التي يحددها ذلك العميل، فيكون من حق العميل أن يلتزم البنك بكل هذه الشروط وتطبيق التفاصيل بالشكل المطلوب، وهذا يعني أنه لا يحق للبنك الرجوع في التزامه الوارد في خطاب الضمان أو تعديله بإرادته المنفردة ولو قبل وصول الخطاب إلى علم المستفيد، وإلا كان مخلا بالتزامه تجاه العميل، ومضرّاً بحق من حقوقه.[128]

ويكون كذلك من حق العميل أن يقوم البنك بإصدار الخطاب لمصلحة الشخص الذي قام بتحديده في العقد المُبرَم بينهما، بحيث يقوم العميل بتحديد شخص المستفيد من خطاب الضمان، ليقوم البنك بدفع قيمة الخطاب لمصلحته، وذلك خلال مدّة معيّنة.[129]

---

[127] ظاظا، عائشة حسن: ***خطاب الضمان*. مجلة الجامعة الأسمرية الاسلامية**. 19. مج10. 157/2013-204. ص172.

[128] التكروري، عثمان: مرجع سابق، ص6.

[129] الشرقاوي، محمود سمير: **العقود التجارية-الإفلاس-الأوراق التجارية-عمليات البنوك**. بدون طبعة. القاهرة: بدون ذكر لدار النشر. 2015. ص571-572.

وحيث أنّ القيام بتحديد مستفيد معيّن في عقد الأساس المبرم بين البنك والعميل له أهمية كبيرة، إذ أنّ اسم المستفيد يعدّ عنصراً أساسيّاً في هذا العقد، ذلك أنه دون ذكر هذا الاسم؛ لا نكون أمام خطاب ضمان، بل أمام عملية مصرفية أخرى، وذلك على اعتبار أنّ ذكر اسم المستفيد يعدّ ركناً من أركان عقد خطاب الضمان، أي أنّ العقد لا ينعقد صحيحاً بدون وجوده، ولكن بالمقابل، فإنّ شخص المستفيد ليس محل اعتبار، فيمكن أن يكون أهلاً لإبرام التصرفات القانونية، أو غير أهل لذلك، وقد يكون شخصاً طبيعياً، أو شخصاً اعتبارياً، وقد يكون موسِراً، أو يمكن أن يكون مُعْسِراً، الأهم أن شخصيته ليست محل اعتبار، أما اسمه فهو محل اعتبار وركن أساسي.[130]

وعليه، فلا يجوز للمستفيد أن يتنازل عن حقّه في خطاب الضمان لأي شخص آخر، ولا يجوز له كذلك أن يقوم بتداوله بأية طريقة من طرق التداول القانونية، فتعامل البنك مُصدر الخطاب مع المستفيد هو تعامل شخصي، ويقوم على عدّة اعتبارات أهمها حماية مصلحة المستفيد نفسه، فتنازله عن الخطاب، أو تداوله إياه يعرّض مصلحته ومصلحة البنك مصدر الخطاب للخطر.[131]

وأخيراً، فإنّ من حق العميل الآمر أن يعود البنك عليه في حال أراد مدّ أجل الخطاب، وبعبارة أخرى، لا يحق للبنك تمديد أجل خطاب الضمان دون العودة على العميل الآمر، ولا يمكنه كذلك الاحتجاج في وجه العميل الآمر بأنه يمكن اعتباره فضولياً عند قيامه بالتمديد، حتى أن هناك من الفقهاء من يرى أنّ الأحكام الخاصة بالشخص الفضولي حسب القانون المدني لا يمكن أن تسري بشأن البنك في هذه الحالة، لذلك فإنّ ادّعاء البنك بأنه كان فضولياً في القيام بتمديد أجل الخطاب؛ هو ادّعاء باطل.[132]

---

[130] الكيلاني، محمود: مرجع سابق . ص373-374. الزحيلي، وهبة: **خطابات الضمان**. ط2. الامارات العربية المتحدة. 2016. ص30.

[131] غالب، عبد القادر ورسمة: ***خطاب الضمان المصرفي " مبادئه، متطلباته، أهميته "*. مجلة بنك فيصل الاسلامي السوداني**. 77. مج11. 54/2015-55. ص55.

[132] الشمري، صادق: **ادارة العمليات المصرفية مداخل وتطبيقات**. ط1. الأردن: دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع. 2019. ص388.

وقد حكمت محكمة النقض المصرية[133] بذلك، فبيّنت أنّه: " الأمر بمد أجل خطاب الضمان يتوقف على العلاقة بين المستفيد والعميل لذلك فإن البنك لا يلزم أمام المستفيد باتخاذ إجراءات في هذا الشأن إلا إذا كان مفوضاً من العميل أو بالاتفاق معه".

وفي حكم آخر لذات المحكمة[134] جاء انه: " وان كان المصرف مُصدر الخطاب يلتزم بسداد قيمته إلى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك أثناء سريان أجله ودون حاجة إلى الحصول على موافقة العميل، إلا أنه لا يسوّغ للمصرف مدّ أجل الخطاب إلا بموافقة العميل...".

ومع ذلك، لا يكون للعميل الآمر أي حق على مبلغ الضمان، اذ أنّ المبلغ الموجود تحت يد البنك كضمان للبنك من جهة، ولدفعه للمستفيد من جهة أخرى، وهو الأمر الذي حكمت به محكمة جنوب القاهرة الابتدائية[135] بقولها: " ليس للعميل حق على مبلغ الضمان؛ لأنّ 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 إذا ما وقع الخلاف بينه وبين المستفيد فادعى بحقوق قبله ".

وعلى صعيد آخر يكون من حق دائني العميل الآمر الحجز على غطاء خطاب الضمان وبما فيهم المستفيد اذ كان دائنا للعميل لأن ما يقدمه العميل للبنك من غطاء هو ملك للعميل ولذلك يصح إيقاع الحجز عليه ويكون للبنك المرتهن حق الامتياز على الدين، وبناء على ذلك يجوز لدائني العميل الحجز على مبلغ غطاء خطاب الضمان وفي حالة وقوع الحجز تحت يد البنك كان له أن يقرر بما في ذمته للعميل[136]

الفرع الثاني: حقوق البنك (مُصْدِر الخِطَاب)

إنّ للبنك مُصدِر خطاب الضمان حقوقاً كثيرة ومتعددة، تتثمل في النقاط التالية:

---

[133] راجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 15733 لسنة 76 قضائية والصادر بتاريخ 2008/1/14 والوارد لدى موقع محكمة النقض المصرية. https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111263103&ja=66485. تاريخ الزيارة 2022/2/9 الساعة 5.00 م.

[134] راجع في ذلك حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 59 لسنة 46 قضائية، والصادر بتاريخ 1980/2/11 والوارد لدى موقع محكمة النقض المصرية: مرجع سابق.

[135] راجع في ذلك حكم محكمة جنوب القاهرة الابتدائية الصادر بتاريخ 1991/12/13 والوارد لدى https://moj.gov.eg/ar/Courts/SouthCairo/Pages/Home.aspx . تاريخ الزيارة 2022/2/9 الساعة 5.41م.

[136] العتيبي، بدر سعد: التنظيم القانوني لخطابات الضمان في مجال المناقصات العامة دراسة مقارنة. مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، مج 8. ص 140.

أولاً: حق البنك أن يعود على العميل بقيمة خطاب الضمان

إنّ من حق البنك العودة على عميله بقيمة خطاب الضمان، وذلك في حال قيامه بتسديد قيمته لمصلحة المستفيد دون أن يكون الخطاب مغطى أي كان بدون غطاء ضمان، أو كان مغطّى بشكل جزئي.[137]

فخطاب الضمان كما سبق القول هو تعهد من قِبل أحد البنوك بدفع مبلغ من النقود لمن يصدر لصالحه الخطاب، بناء على طلب العميل طالب الضمان في حال عدم قدرته على الوفاء بالالتزامات تجاه المستفيد، وعادة يحدد هذا الخطاب بفترة زمنية، فهو لذلك لا يعدو كونه تعهداً بالدفع الفوري للمستفيد وكالة عن العميل؛ وعلى هذا فهو مكون من معاملتين: الضمان، والوكالة، وكلاهما جائز بشروطه.

لذلك فإنّ مطالبة البنك بقيمة الخطاب بعد دفعه للمستفيد هو حق له، وذلك باعتبار أنه أدّى مبلغاً من المال بالنيابة عن العميل، ليحق له عندئذ العودة عليه والمطالبة بما أدى، مع الفوائد والعمولة.[138]

ثانياً: حق البنك في أن يتقاضى عمولة جرّاء قيامه بإصدار الخطاب

يكون من حق البنك أنْ يتقاضى عمولة عن قيامه بدور الضامن لعميله دون أن يقرضه نقوداً بشكل مباشر، وذلك من خلال قيامه بإصدار خطاب ضمان بقيمة معيّنة لمصلحة شخص معيّن ألا وهو المستفيد، فهذه العمولة التي يحصلها البنك من فتح خطاب الضمان وتنفيذه، يختلف حكمها بناء على الاختلاف في طريقة تغطية خطاب الضمان من قبل العميل، فإن كان خطاب الضمان مغطى من قِبل العميل بالكامل، كان الخطاب وكالة بأجر أو بعمولة؛ لأن العميل يكون حينئذ قد وكّل البنك بإجراءات خطاب الضمان من ماله المدفوع، فيجوز للوكيل أن يحصل أجراً من الموكل، أما إن كان خطاب الضمان غير مغطى من قبل العميل صار كفالة، وحينئذ لا يستحق المصرف عليه أجراً، إلا بمقدار المصاريف الإدارية الفعلية المباشرة، وبالمعايير البنكية المتبعة، أما الأجرة الزائدة فلا تجوز في هذه الحالة، كما لا يجوز أن تكون الأجرة مرتبطة بمقدار الضمان أو مدته الزمنية؛ وذلك ابتعاداً عن شبهة أخذ الأجرة على الضمان.[139]

---

[137] الجنبيهي، منير والجنبيهي، ممدوح: **أعمال البنوك**. ط1. القاهرة: دار الفكر الجامعي. 1998. ص231-232

[138] الحضرمي، خليفة بن محمد: **مسؤولية البنك في إطار عمليات الائتمان الخارجي: خطاب الضمان، الاعتماد المستندي**. ط1. القاهرة: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع. 2015. ص11-12

[139] أبو زيد، محمد عبد المنعم: **الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية**. ط1. القاهرة: المعهد العالي للفكر الاسلامي. 1996. ص53 وما بعدها. عبد العظيم، حمدي: **خطاب الضمان في البنوك الإسلامية**.ط1. القاهرة: المعهد العالي

ثالثاً: حق البنك في قيام المستفيد بتقديم أية مستندات تفيد استحقاقه لمبلغ الخطاب

يكون من حق البنك قبل وفائه بقيمة الخطاب للمستفيد؛ أن يقدّم المستفيد مستنداً أو مجموعة مستندات تثبت التأكد من عدم وجود أية مشاكل في عملية أداء قيمة الخطاب لمصلحته، وكذلك فيما يخص حالة مطالبته بقيمة الخطاب، خصوصاً اذا لم يقم العميل الآمر نفسه بتقديم هذه المستندات في التاريخ المحدّد من قِبَل البنك، وتعد الفاتورة الجمركية مثالاً على هذه المستندات، التي يقدمها المستفيد للبنك في إشارة لوصول البضاعة المطلوب تغطيتها من قِبَل العميل الآمر، ويكون من حق البنك كذلك أن يطلب من المستفيد تقديم قرار تحكيمي أو قضائي لتجيير قيمة الخطاب لمصلحته والقيام بإيداعه في حسابه، وذلك في حالة شمول خطاب الضمان على نص يقضي بضرورة وجود قرار تحكيمي أو قضائي لاستحقاق مبلغ الخطاب حيث أنّ الهدف من طلب هذه المستندات من المستفيد يتمثل في تحقق السبب لطلب مبلغ الخطاب.[140]

وقد تبنّت محكمة النقض المصرية[141] هذا الأمر، فحكمت بإنه: " وإن كان الأصل في خطاب الضمان ألّا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجة عنه، ولا على تحقق شرط، ولا على حلول أجل ، إلا أنه اذا ما أصدر البنك خطاب ضمان لكفالة عميله، فإن علاقة البنك بالمستفيد يحكمها هذا الخطاب وحده، وعباراته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها حتى اذا ما طولب بالوفاء أثناء سريان أجل الضمان، وتحققت الشروط وقدمت إليه المستندات المحددة في هذا الخطاب وجب عليه الدفع فوراً، بحيث لا يلتزم إلا في حدود تلك الشروط أو يعتد بغير هذه المستندات ".

ويُشير الباحث إلى أنّه غالباً ما يكون المستند/المستندات التي يطلبها البنك من المستفيد وثيقة العلاقة بالعقد الرئيسي والذي صدر الخطاب بسببه وتتمثل بالعلاقة العقدية ما بين العميل الآمر والمستفيد، مما يجعل من تعهد البنك أكثر مصداقية، وأكثر قرباً الى الكفالة المصرفية منه الى خطاب الضمان، على أنّ هذه المستندات قد تتمثل بما يلي:

للفكر الاسلامي. 1996. ص26. بو سعد، أسامة: **الخدمات المالية في المصارف الإسلامية**. بدون طبعة. الامارات العربية المتحدة: بدون ذكر لدار النشر. 2019. ص50.

[140] الفهري، عبد الرحيم بن فؤاد الفاسي: **الاعتمادات المستندية وتطبيقاتها في البنوك الإسلامية**. بدون طبعة. بيروت: دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع. 2016. ص46

[141] راجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 478 لسنة 67 قضائية والصادر بتاريخ 1998/11/30 والوارد لدى موقع قسطاس.

أولاً: أن يكون المستند عبارة عن طلب خطّي أو إعلام يتضمن بعض الايضاحات، كأن يتعهد البنك للمستفيد بأنه سيدفع مبلغ الخطاب لمصلحته مقابل قيامه بتقديم تصريح خطّي بأنه استلم البضاعة مثلاً طبقاً لنص الاتفاق بينه وبين العميل، وأنه لم يحصل على دفعة مالية مقابل هذا التسليم.[142]

ثانياً: أن يكون المستند عبارة عن قرار تحكيمي أو قضائي صادر ضد العميل الآمر، وذلك في حالة النزاع أو وجود شرط في عقد الخطاب يقضي بذلك حيث أنه في هذه الحالة تنصرف النية لإقامة خطاب ضمان احتياطي وهو قيام البنك بإيداع المبالغ التي اودعت من العميل في حساب يسمى احتياطي خطاب الضمان، وبذلك لا يجوز للعميل التصرف بالمبلغ حتى انتهاء التزام البنك الناشئ عن الخطاب وذلك لإزالة أية شكوك حوله، لأن البنوك عادة ما تطلب من أجل دفع قيمة الخطاب أو تجييره لمصلحة المستفيد، قيام الأخير بتقديم قرار تحكيمي أو قضائي يتعلق بعقد الأساس المبرم بين هذا المستفيد والعميل.[143]

ثالثاً: أن يكون المستند عبارة عن دليل يقدمه المستفيد يثبت من خلاله تخلف الآمر عن تنفيذ التزاماته أو سوء تنفيذه لالتزاماته، أو التأخر في تنفيذ هذه الالتزامات.

رابعاً: أن يكون المستند عبارة عن شهادة خبير مُعْتَمَد، تفيد التحقق من أمر أو عدة أمور خاصة بتنفيذ العقد المبرم بين المستفيد والعميل، كأن يتحقق البنك من أنّ البضاعة التي قام العميل بتقديمها للمستفيد هي بضاعة مخالفة للشروط والمواصفات المتفق عليها، سواء من حيث الشكل أو النوعية، أو العدد، ففي هذه الحالة يكون الضمان احتياطياً، لأن ما يطلبه البنك من المستفيد هو التحقق من أمر غاية في الأهمية ويقوم عليه مدى تطبيق الخطاب من عَدَمِهِ.[144]

رابعاً: حق البنك في التمسّك تجاه المستفيد بالشروط الواردة في الاخطار بالضمان

بحسب القواعد العامة في خطاب الضمان، فإنّ التزام كل طرف من أطراف الخطاب يكون مستقلاً عن التزام الآخر، فالبنك يستقل في التزامه عن التزامات الأطراف الأخرى، وكذلك العميل الآمر، والمستفيد، وحتى أنّه لا يحق لكلّ طرف من أطراف الخطاب التمسك بأي دفع يخص علاقة الأطراف الأخرى ببعضها البعض، وعليه فإنّ استقلال التزام البنك عن التزامات

---

[142] البكري، محمد عزمي: **موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد – المجلد الأول** –. ط1. القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع. 2018. ص1117.

[143] القليوبي، سميحة : مرجع سابق ، ط2، ص22.

[144] المحجوب، عز الدين مصطفى: مرجع سابق، ص54.

الأطراف الأخرى؛ لا يمنعه من التمسك في مواجهة المستفيد بالدفوع الناشئة عن التزامه بإرادته المنفردة، ذلك أنّ محل التزام البنك وسببه يجب أن يكونا قانونيّين ومستوفيين للشروط المفروضة في العقود بشكل عام.[145]

وعليه، فإذا وقع البنك في غلط في شخصية المستفيد أو كان معدوم الأرادة في اصداره للخطاب، كأن يكون توقيع المستفيد الوارد على الخطاب مزوّر، فإنّ للبنك في هذه الحالة التمسك أمام المستفيد بما وقع منه، أو ما أدى لانعدام ارادته، وتمسك البنك بذلك لا يؤثر على الخاصيّة المتعلقة باستقلال التزامه عن التزامات الآخرين، وعن عدم وجوب التمسك بالنتائج والدفوع المترتبة على العلاقة القائمة بين الأطراف الأخرى، فهذه الدفوع ناشئة عن علاقة البنك بالمستفيد بشكل خاص ومستقل.[146]

الفرع الثالث: حقوق المستفيد من الخطاب

ترتّب عمليّة خطاب الضمان مجموعة من الحقوق للمستفيد، لكن هذه الحقوق تكون في الغالب مستمدّة من العقد الأساسي المبرم بين هذا المستفيد والعميل، ومع ذلك فإن للمستفيد حقوقاً تجاه البنك مصدر خطاب الضمان، وعليه، فتقسم حقوق المستفيد الى قسمين، الأول وهو ما يتعلق بحقوقه قِبَلَ العميل بموجب عقد الأساس، والثاني فيما يخص حقوقه تجاه البنك بموجب خطاب الضمان، وهي على النحو التالي:

أولاً: حقوق المستفيد بناء على عقد الأساس المبرم بينه وبين العميل

إنّ من أهم حقوق المستفيد تجاه العميل الآمر؛ قيام هذا الأخير بتنفيذ جميع التزاماته بدون أية معارضة أو امتناع، أي أن يقوم العميل بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه مـــع المستفيد في عقد الأساس على نحو يرضي المستفيد وبأكمل وجه، ومع تقديم مستندات تثبت حسن تنفيذ العميل لالتزاماتـــه، وبالتالي فأي طلب من المستفيد بعد ذلك يعد غشاً يمنع من استجابة البنك لطلبه، كما أن إثبات حسن تنفيذ العقد الأساسي وتأكد البنك الضامن من هذا التنفيذ لا يكون بالرجوع للعقد وإنمـــا مـــن خـــلال المستندات المقدمة من المستفيد أو وكيله.[147]

---

[145] رضوان، فايز نعيم: **مرجع سابق**. ص408-409.

[146] القليوبي، سميحة: **مرجع سابق**. ط 8، ص190-191.

[147] الجربا، معن: **الطبيعة القانونية للضمانات المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة و قواعد غرفة التجارة الدولية**. ط1. القاهرة: دار النهضة العربية، 2014 ، ص211.

على أنّ مسألة التنفيذ هذه تتضمن شرطاً مهماً وأساسياً وهو أن يكون هذا التنفيذ مُرْضِيَاً للمستفيد بشكل كامل، أي أن يكون العمل متكاملاً من وجهة نظر المستفيد، وإثبات ذلك ليس بالأمر السهل، فقد لا يرتضي المستفيد العمل المنجز ومدى تنفيذه على النحو الذي يريده لذا، ومنعاً لأية بلبلة قد تحدث بشأن ذلك؛ فمتى اقتنع البنك بحسن التنفيـــذ من قِبَل عميله الامر وأنه قام بما تمليه عليه التزاماته في العقد المبرم؛ وجب على البنك الامتناع عن الدفع.[148]

ويكون من حق المستفيد أيضاً أنْ يقوم بالاعتراض على عبارات وشروط خطاب الضمان وذلك بعد تسلمه لخطاب الضمان وبشكل مباشر، فإن عدم اعتراض العميل على طلب المستفيد يجعل من التزام البنك قائم تجاه المستفيد متى طلب منه الأخير ذلك، اما في حالة قيام المستفيد بطلب التعديل بعد ذلك فبهذه الحالة يشترط موافقة العميل ويجب على البنك أن يرفض في حالة عدم موافقة العميل على التعديل.[149]

ويجب أن يكون خطاب الضمان بحسب القواعد العامة غير معلق على قيْدٍ أو شرط، أي خال من أية شروط أو قيود، فإذا كان الخطاب مقيداً بأي شرط وقبله المستفيد، فلا يجوز له المطالبة بقيمة الخطاب ما لم يكن الشرط الوارد قد تحقق.

والمستفيد عندما يصله خطاب الضمان فانه، غير ملزم بإرسال خطاب خاص بقبوله لخطاب الضمان ويكفي أن يتلقى المستفيد الخطاب ولا يعترض عليه وهذا يثبت حقه في المطالبة بالمبلغ، أما إذا اعترض المستفيد على خطاب الضمان ورده للمصرف فإن حقه في المطالبة يسقط لانقضاء التزام البنك بناء على اعتراض المستفيد.[150]

وقد جاء بخصوص ذلك حكم من المحكمة الاتحادية العليا[151] في دولة الامارات العربية المتحدّة قولها: " ... أن التزام البنك في مواجهة المستفيد من خطاب الضمان مطلق دون قيد أو شرط، ولا عبرة لاعتراض البنك أو العميل على تنفيذ ذلك الالتزام، ولا يغيّر من ذلك ما ورد بشأن خطاب البنك المركزي لأن التزام البنك في مواجهة المستفيد من خطاب الضمان مستقل عن أي علاقة سواء بين العميل أو المستفيد، أو بين البنك مُصدر الخطاب وبين البنك المركزي، ومؤدى ذلك أنه طالما لم يثبت من تقرير الخبير أو تقرير الحكم المطعون فيه توفر

---

[148] تادرس، فيكتور خليل: **مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995**. بدون طبعة. القاهرة: دار النهضة العربية. 2005. ص452-453.

[149] الصوافية، مروة بنت حمود: مرجع سابق. ،ص61.

[150] خاطر، محمود ربيع: **قانون المعاملات التجارية والافلاس في دولة الامارات العربية المتحدة معلقاً عليه بأحدث أحكام القضاء (اتحادية عليا-تمييز-نقض)**. ط1. القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع. 2022. ص281.

[151] راجع حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم 653 لسنة 26 قضائية والصادر بتاريخ 2008/6/30 والوارد لدى خاطر، محمود ربيع : مرجع سابق. ص282.

حالة من حالات انقضاء حق البنك الطاعن في أي أمر بخصوص خطاب الضمان؛ فلا يجوز له العودة على العميل ما دام أنّ المستفيد لا يزال يحتفظ بأصل الخطاب، ولم يصدر منه ما يفيد التنازل عن حقه الثابت في الخطاب..."

كما وتجدر الإشارة إلى أنه يجوز للعميل الآمر أن يستصدر قرار مستعجل لوقف صرف وتسييل مبلغ الخطاب وفق قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية إذ ان شرط الطلب المستعجل هو الخشية من حصول ضرر محتمل، وبذلك يكون طلب وقف تسييل مبلغ الخطاب للمستفيد متفقاً للقانون[152]

ثانياً: حقوق المستفيد تجاه البنك

يجب على البنك الوفاء للمستفيد بقيمة خطاب الضمان بمجرد طلبه اياه ولو كانت هناك معارضة من العميل، فالتزام البنك الضامن لا يعد تابعاً للالتزام الأصلي الذي منح الضمان بموجبه، فبمجرد صدور خطاب الضمان واحتوائه على الشروط الواجب توافرها فيه، يكون واجباً على البنك أنْ يؤدي وظيفته بموجب العقد، ألا وهي الوفاء بمبلغ الخطاب الى المستفيد بحالة طلب الأخير ذلك، وعلى هذا يضمن المستفيد استيفاء حقوقه وذلك من خلال الالتزام الذي يمليه عقد خطاب الضمان والذي يتميز باستقلالية الأطراف عن بعضها البعض.[153]

والواقع أنّ التزام البنك تجاه المستفيد يتحدد بمضمون خطاب الضمان الذي قام بإرساله له، فقد استقرت البنوك على أن يتضمن خطاب الضمان تعهداً نهائياً من البنك بأن يدفع للمستفيد قيمة الخطاب متى طلبها هذا الأخير، ودون أي تأخير، وذلك بشكل مؤكد خلال مدة سريان الخطاب، وسواء أكان العميل الآمر موافقاً على ذلك وهو الوضع الطبيعي أو معترضاً عليه من قبله والتي لا تؤثر على استقلالية الالتزامات وبالتالي لا يأخذ البنك بهذا الاعتراض ويؤدي التزامه نحو المستفيد.[154]

---

[152] حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 3009 /2022 والصادر بتاريخ 2022/7/18 والمنشور في موقع قسطاس.

[153] العكيلي، **عزيز: مرجع سابق**، ص458.

[154] هذا ما حكمت به محكمة استئناف عمان في القضية رقم 2008/23320 والصادر بتاريخ 2008/7/16 والذي جاء فيه أنّ: " ... وورد بمتن هذه الكفالة :- اننا نتعهد بان ندفع لكم المبلغ اعلاه عند اول طلب منكم بصرف النظر عن أي اعتراض من قبل المكفول وحيث ان الجهة المدعية تستند بمطالبة الجهة المدعى عليها بقيمة الكفالة موضوع الدعوى على اعتبار انها خطاب ضمان . في حين تدفع الجهة المدعى عليها دعوى المدعية بان الكفالة موضوع الدعوى هي كفالة مدنية وفقا لما ورد فيها. ونجد ان خطاب الضمان كما عرفه الفقه انه تعهد مكتوب يصدر من البنك بناءً على طلب شخص يسمى الامر بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين لشخص اخر يسمى المستفيد اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة، فخطاب الضمان عملية مصرفية يتعهد البنك بتنفيذها وقف الشروط المحددة في الخطاب الذي يصدره بناء على طلب عميله لمصلحة المستفيد، وأنّه على ضوء البيانات الواردة فيه تتحدد التزامات البنك في مواجهة عميله وفي مواجهة المستفيد وعليه فان خطاب الضمان تعهد نهائي غير معلق على شرط يصدره البنك بناء على طلب من عميله بدفع مبلغ نقدي الى المستفيد فور

ويترتب على احقية المستفيد وحده المطالبة بقيمة خطاب الضمان أن يمتنع على دائني المستفيد توقيع الحجز على قيمة الخطاب وذلك لان مبلغ الخطاب لا يمثل حقا خالصا للمستفيد في تلك اللحظة ولا يمكن لأحد أن يباشر الحق في المطالبة بقيمته بدلاً منه أو حتى أن يجبره على ذلك[155]

طلبه خلال مدة محددة ويكون تعهد البنك منقطع الصلة بالتزام العميل الامر وبمديونية لأنه ينشأ بين البنك والمستفيد علاقة مباشرة لا صلة لها من الناحية القانونية بين العلاقة بين البنك المكفول او بين المكفول والدائن المستفيد في خطاب الضمان "، والمنشور في موقع قسطاس.

[155] غريبي، محمد عبد الناصر: خطاب الضمان المصرفي من حيث اثاره القانونية واشكاليات تنفيذه . رسالة ماجستير منشورة . جامعة مصراته.ليبيا.ص29.

المبحث الثاني: الاشكاليات القانونية المتعلقة بتنفيذ خطاب الضمان

يتطرق الباحث في هذا المبحث للحديث عن الاشكاليّات القانونيّة التي ترتبط بتنفيذ عمليّة خطاب الضمان من طرف البنك مُصدر الخطاب، فالبنك يلتزم بمجموعة من الالتزامات التي يفرُضُها عليه العقد المبرم بينه وبين العميل، فضلاً عن الالتزامات التي تترتب في ذمّته قِبَلَ المستفيد باعتباره طرفاً مهماً في العملية ككل.

وبما أنّ البنك بموجب عقد الخطاب يتحمل مجموعة من الالتزامات –وهي التي تعرّض لها الباحث في المبحث الأول–، فتقتضي هذه الالتزامات منه التعامل مع المستفيد بصفته أصيلاً وليس نائباً عن العميل، فالبنك يقوم بتنفيذ التزامه بصورة جديّة ونهائية رغم وجود معارضة من عميله أو ممانعة منه للوفاء –وهو الأمر الذي سبقت الإشارة اليه–، ولا يكون للعميل في هذه الحالة إلا اللجوء للقضاء إن قدر أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد دون وجه حق أو أنه غير مدين له فعلاقة البنك بالمستفيد كما سبق القول مجردة عن علاقة البنك بعميله أو علاقة العميل بالمستفيد، غير أن مبدأ الاستقلالية بالنسبة لالتزام البنك ليس على إطلاقه، ذلك أن التزام البنك قد يتغيّر ويتبدّل بناء على الظروف التي تحيط به، فالغش الصادر من المستفيد يجعل لزاماً على البنك الامتناع عن الوفاء بالتزامه متى كان الغش واضحاً ثابتاً لا لُبْسَ فيه، فهي حالة تستوجب انقضاء التزام البنك في خطابات الضمان دون الوفاء للمستفيد[156]، وبالتالي فإنّ أي غش يصدر من المستفيد يُعدّ مانعا من قيام البنك بتنفيذ التزامه تجاهه، وربما يؤدي ذلك لسقوط التزام البنك تجاه هذا المستفيد الذي صَدرَ منه ما يؤدي لتعطيل التزام البنك في مواجهته.

ويعتبر المستفيد الطرف الأكثر تمايزاً في هذه العلاقة لأن الوفاء بقيمة الخطاب يكون مقروناً بطلبه فهو الدائن والذي صدر الخطاب من أجله وهو الذي يحدد الشروط الواردة به ، فمسألة وقوع الغش من قبله هي الأعلى من بين الأطراف ويحصل ذلك عندما يقوم بمطالبة البنك بقيمة الخطاب على الرغم من قيام العميل الآمر بتنفيذ التزاماته تجاهه بموجب العقد المبرم بينهما؛ مستغلاً خاصيّة استقلال التزام البنك عن بقية العلاقات الأخرى في خطاب الضمان، ومستفيداً من ذلك بالحصول على مبلغ الخطاب من البنك من جهة، وتنفيذ العميل لالتزاماته وانهاء عقد الأساس من جهة أخرى.[157]

---

[156] يعيش، عبد الرحمن قيصر شوقي: **مدى الالتزام القانوني للبنك في خطاب الضمان**. رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2018. ص37.

[157] عوض، علي جمال الدين: **خطابات الضمان المصرفية**. مرجع سابق، ص372.

وعليه، وحتى يستطيع الباحث ايصال الصورة الحقيقية لمسألة الغش الصادر من المستفيد، وانعكاس ذلك على انقضاء عقد الخطاب؛ فيقسم هذا المبحث الى مطلبين كالتالي:
المطلب الأول: مسؤولية البنك عن عدم تنفيذ الخطاب بناء على الغش الصادر من المستفيد.
المطلب الثاني: أحكام انتهاء خطاب الضمان والقواعد الخاصّة به.

المطلب الأول: مسؤولية البنك عن عدم تنفيذ الخطاب بناء على الغش الصادر من المستفيد

بما أن الغش هو الحالة الوحيد التي يترتب عليها عدم تنفيذ خطابات الضمان والتي تقوم على اساس استقلال الخطاب وأطرافه عن عقد الأساس، فلا يمكن القول باننا امام غش مانع من الوفاء بخطاب الضمان إلّا بشروط يجب توافرها وبدون هذه الشروط لا يمكن ان يعتبر هذا الغش مبرراً للمصرف يمتنع بموجبه عن اجابته طلب المستفيد بتنفيذ خطاب الضمان وهذه الشروط هي أن يكون خطاب الضمان صحيحاً وساري المفعول، وأن يكون الغش ثابتاً، وأن يصدر الغش ممن يحتج به عليه، وهي الأمور التي سيعالجها الباحث في الفروع التالية:

الفرع الأول: أنْ يكون خطاب الضمان صحيحاً وساري المفعول

لا يمكن القول بأننا أمام حالة غش صادر من المستفيد في خطاب الضمان إلّا إذا كان طلب المستفيد صحيحاً ومكتمل الأركان والعناصر وساري المفعول وعلى ذلك لا يمكن القول بوجود الغش إذا قام البنك برفض الوفاء وذلك بالإستناد الى شروط الخطاب ذاته كحالة الخطاب الذي لم يبدأ بعد أو الخطاب المنتهي الصلاحية وذلك لعدم توافر حق المستفيد على مبلغ الخطاب للقول ان طلبه فيه غش أو مخالف للنظام العام والآداب العامة.[158]

وبناء على ذلك لا يمكن القول أنّ رفض المصرف الوفاء للمستفيد بسبب اقتران طلب الوفاء بغش، لكن رفضه للوفاء يكون بناء على شروط خطاب الضمان ذاته، وهذا ما استقرت عليه أحكام المحاكم المصرية، بحيث ورد في حكم لمحكمة النقض المصرية[159] قولها: " لا يكون دفع البنك الى المستفيد صحيحاً، كما لا يكون له أن يرجع بما دفعه على عميله، إلّا إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لخطاب ضمان صدر صحيحا ومطابقاً لتعليمات العميل، و إلّا يتحمل البنك مسؤولية الوفاء.

---

[158] الشوبكي، طلال علي سليمان: **أثر الغش في التزام المصرف مُصدِر خطاب الضمان**. رسالة ماجستير منشورة. جامعة الشرق الأوسط. عمان. الأردن. 2015. ص83.

[159] راجع في ذلك حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 1013 لسن 30 قضائية والصادر بتاريخ 1985/12/30، والوارد لدى موقع المحكمة الالكتروني.

الفرع الثاني: أن يكون الغش ظاهراً وثابتاً بدليل قطعي

يجب أن يكون الغش الصادر من المستفيد ظاهراً وثابتاً بدليل قطعي، فظهور هذا الغش هو الذي يميز الدفع به في مجال خطابات الضمان وعليه نجد أن الغش في خطابات الضمان يختلف عن التمسك بالغش على الحامل المظهر إليه في الورقة التجارية[160] كذلك لا يمكن القول بوجود غش إذا استلزم إثباته بالاستعانة بالخبراء أو بالغير وبذلك نصت المادة (1176) من القانون المدني الأردني " يعد حسن النية من يحوز الشيء، وهو يجهل انه يعتدي على حق الغير ويفترض حسن النية، ما لم يقم الدليل على غيره.

فقيام العميل مثلاً بشحن البضاعة بذات المواصفات المتفق عليها وإيصالها لبلد الوصول وتقديم المستندات الجمركية التي تثبت ذلك، يعد دليلاً واضحاً على غش المستفيد إن لجأ هذا الأخير الى مطالبة الضامن بقيمة الخطاب، أما مجرد الادعاء بالغش من جانب العميل لا يكفي لوقف صرف قيمة الخطاب طالما لم يستند الى دليل ظاهر قاطع على وجود الغش من المستفيد، فلا يمكن افتراض سوء النية، إنما يجب اثباته بدليل واضح.[161]

فلذلك لا يجوز الرجوع لعقد الأساس للقطع بوجود الغش بجانب المستفيد لان مبدأ الاستقلال لازال قائما فإما أن يتوافر دليل اثبات ظاهر وواضح خارج عقد الأساس وبالتالي يتأكد الغش وإما أن لا يتوافر وبالتالي ينتفي الغش ويكون الغش واضحاً حينما يقع التزوير في أحد المستندات وعليه لا يجوز للبنك ان يتمسك بالغش للامتناع عن الوفاء إذا لم يكن الغش ظاهرا وثابتا بدليل واضح[162].

الفرع الثالث: صدور الغش ممّن يُحْتَجّ به عليه أي من المستفيد

بالرجوع الى مجلة الاحكام العدلية فقد اشترطت لوجود عيب مفسد للرضا أن يكون الالتزام مصحوب بالتغرير والغبن الفاحش ولا يكفي الغبن الفاحش لوحده للحكم بوجود العيب وهذا ما جاءت به المجلة في نص المادة (356) "إذَا وُجِدَ غَبَنٌ فَاحِشٌ فِي الْبَيْعِ وَلَمْ يُوجَدْ تَغْرِيرٌ؛ فَلَيْسَ لِلْمَغْبُونِ أَنْ يَفْسَخَ الْبَيْعَ إلَّا أَنَّهُ إذَا وَجَدَ الْغَبَنَ وَحْدَهُ فِي مَالِ الْيَتِيمِ لَا يَصِحُّ الْبَيْعُ وَمَالُ الْوَقْفِ

---

[160] عوض، علي جمال الدين ، مرجع سابق، ص361.

[161] يعيش، عبد الرحمن قيصر شوقي: رسالة سابقة، ص85.

[162] **احمد إبراهيم الردامة "التنظيم القانوني لعلاقة المصرف بالمستفيد في خطاب الضمان ، رسالة ماجستير ،جامعة مصراته،ليبيا، 2021، ص81.**

وَبَيْتُ الْمَالِ حُكْمُهُ حُكْمُ مَالِ الْيَتِيمِ"[163] وبالرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني الاردني نجد أن المشرع الاردني لا يأخذ بالغش والتدليس وانما يأخذ بالتغرير والغبن كعيوب للرضا في العقد، فقد اشترطت المادة 143 في التغرير المفسد للرضا، أن يكون ناتجاً عن اجراءات احتيالية من شأنها التأثير على إرادة المتعاقد ، بمعنى ان تكون الوسائل الاحتيالية التي يتحقق بها الغش المفسد للرضا ايجابية وذلك باستعمال طرق احتيالية[164].كما يمكن ان تكون الوسائل الاحتيالية سلبية ، وهذا ما بينته المادة (144) من القانون المدني الاردني " يعتبر السكوت عمدا عن واقعة او ملابسة تغريرا اذا ثبت ان المغرور ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة او هذه الملابسة[165].

ولانطباق نظرية الغش في خطاب الضمان، يجب أن يصدر هذا الغش من الشخص الذي يُحْتَجّ به عليه، أي من المستفيد، فالغش الصادر من هذا الأخير، هو الذي يحرمه من الاستفادة من مبلغ الضمان، وللقول بوجود غش حقيقي، فإنه يتوجب أنْ يصدر الغش من المستفيد نفسه وكذلك يكون لو صدر من غير المتعاقدين مع علم المستفيد به وسكوته عنه، فصدور الغش من الغير يجعله مساوياً لصدوره من المستفيد متى انطوى على وسائل احتيالية بحيث لولاها لما قام المصرف بالوفاء الى المستفيد.[166]

المطلب الثاني: أحكام انتهاء خطاب الضمان والقواعد الخاصة به

يعالج الباحث في هذا المطلب الأحكام الخاصة بانتهاء خطاب الضمان والقواعد المتعلقة بهذا الانتهاء، وذلك من خلال تقسيم المطلب الى ثلاث أفرع، يعالج في الفرع الأول حالات انتهاء الخطاب بالوفاء، أما في الفرع الثاني فيعالج حالات انتهاء الخطاب بغير بالوفاء اما في الفرع الثالث فيعالج الاحكام الخاصة بانتهاء خطاب الضمان.

---

[163] نص المادة (356) من مجلة الاحكام العدلية لسنة (1976).

[164] نص المادة (143) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة(1976) " التغرير هو أن يخدع أحد العاقدين الاخر بوسائل احتيالية قولية او فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها"، المنشور بعدد 2645 على الصفحة 2 بتاريخ 1\8\1976 والساري بتاريخ 1\1\1977.

[165] نص المادة (144) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة (1976)، قد نصت على" يعتبر السكوت عمدا عن واقعة او ملابسة تغريرا إذا ثبت ان المغرور ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة او هذه الملابسة".

[166] نص المادة (143) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

الفرع الأول: حالات انتهاء خطاب الضمان بالوفاء

إنّ المقصود بانتهاء خطاب الضمان " سقوط التزام البنك الناشئ عن الخطاب بالوفاء بقيمته لمصلحة المستفيد، أو وفاء البنك بهذا الالتزام وغيره من الالتزامات المفروضة عليه، واتمامها على أكمل وجه ".[167]

وعليه، فإنّ حالات انتهاء خطاب الضمان عديدة ومتعدّدة، وهي قيام البنك بالوفاء بقيمة الخطاب لمصلحة المستفيد، إذ يحدث ذلك عندما يطلب المستفيد من البنك دفع مبلغ الخطاب أو جزء منه خلال المدة المحددة فيه، فيلتزم البنك حينها بالدفع للمستفيد، دون أن يكون له الحق في مناقشته بذلك.[168]

وينتهي خطاب الضمان أيضاً بقيام المستفيد بإعادة الخطاب أو مبلغه للبنك، فبمجرد قيام المستفيد بإعادة مبلغ الخطاب للبنك وقبل انتهاء المدة المحددة لانتهائه؛ يكون خطاب الضمان في هذه الحالة قد انتهى، وتحدث هذه الحالة عندما لا يقبل المستفيد بالعطاء المقدم له من قِبَل العميل الآمر، أو عندما يقوم العميل بتنفيذ التزاماته تجاه المستفيد مباشرة وبمعزل عن البنك بالمستفيد، فعندئذ ينتهي الخطاب[169]، وهي الحالة التي حكمت بها محكمة استئناف عمّان[170] بقولها: " وان مطالبة المستأنفة للمستأنف عليه بقيمة الكفالة فإنّ من أولى موجباته إرسال الكفالة المطالب بها الى الكفيل ليقوم بدفع قيمتها بعد مطالبتها بها ليقوم الآخر بالاستناد اليها بمطالبة عميله المكفول، إذ أنّ ما يربط الطرفين هو هذه الكفالة فكيف تطالب المستأنفة بقيمة الكفالة وليس لديها الكفالة المطالب بها، وان القول بوجود تمديد الكفالة دون وجود الاصل الذي مدد لا يغني عن إحضار الاصل خاصة، وان انهاء الكفالة واعادتها قد تم بعد تاريخ التمديد وهذا موافق للواقع اذا تم انهاء عقد الكفالة بعد تمديده وليس هناك مخالفة للقانون أو الاصول بذلك، ومن جهة اخرى فان اعادة خطاب الضمان إلى البنك قبل انتهاء مدته من

---

[167] نظّم القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 في المواد (444-464) حالات انقضاء الالتزام أو على ما ورد في القانون بسقوط الحق، اذ بيّن القانون في ذلك أنّ حالات انقضاء الالتزام تدور بين الابراء، استحالة التنفيذ، مرور الزمن المسقط للالتزام، وغيرها، وقد جاءت المادة 448 من ذات القانون بالنص على: " ينقضي الالتزام اذا أثبت المدين ان الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب اجنبي لا يد له فيه ".

القليوبي، سميحة: **مرجع سابق** . ط.5 ص 199 . غنيم، أحمد: **مرجع سابق** . ص46. الجبر، محمد حسن: **مرجع سابق** . ص329. الكيلاني، محمود: **مرجع سابق** . ص406 وما بعدها.

[168] عباس، محمد حسني: **عمليات البنوك**. ط1 القاهرة: دار النهضة العربية. 1972. ص133. البارودي، علي: **العقود وعمليّات البنوك التجارية وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999**. ط1. القاهرة: دار المطبوعات الجامعية. 2001. ص245

[169] عوض، علي جمال الدين: **خطابات الضمان المصرفية**. الطبعة الثالثة. ص423 – 431.

[170] راجع في ذلك حكم محكمة استئناف عمّان في القضية الحقوقية رقم 2015/36768 والصادر بتاريخ 2015/12/27 والمنشور في موقع قسطاس.

المستفيد مباشرة أو من العميل فان ذلك يعني انقضاء الضمان كونه احد اسباب الانقضاء لخطاب الضمان، وأنّ القول بأن وجود أصل الكفالة لدى البنك لا يعني أنّ المدين قد أوفى الدين فان ذلك يرجع للعلاقة بين المستأنفة والمكفول ولا علاقة للبنك الكفيل بها وبإمكانه الرجوع عليه ان توافرت احكام الرجوع . كما نجد أنّ الاحكام القضائية التي يستند اليها وكيل المستأنفة تتحدث عن الكفالة بوجه عام وبخصوص مواضيع مختلفة عن موضوع هذه الدعوى المتعلقة بانتهاء الكفالة لإعادة الاصل الى الكفيل وبالتالي فهي لا تنطبق على موضوع هذه القضية... ".

وقد يتفق العميل والمستفيد على رد خطاب الضمان دون استعماله أو الاستفادة منه حتى إتمام العقد الأصلي الموقّع بينهما، ويحدث ذلك عندما يقدّم العميل للمستفيد ضمانة أو مجموعة ضمانات تعادل أو ربما تزيد على قيمة الخطاب.[171]

حالات انتهاء خطاب الضمان بغير الوفاء

كما ينتهي خطاب الضمان –وهي من أهم حالات انتهائه– بانقضاء أو انتهاء المدة المحددة له، أي بانتهاء مدة صلاحيّته، فإذا انتهت مدة صلاحيّة الخطاب دون أن يطالب المستفيد به طيلة هذه المدة، فنكون عندئذ أمام حالة من حالات انتهاء وانقضاء الخطاب، وما يحدث في هذه الحالة، هو في قيام البنك بالإفراج عن الغطاء أو مبلغ التأمين الذي قدّمه العميل لصالح هذا الأخير، ويكون من حق هذا الأخير أن يُطالب به طالما أن الخطاب قد انتهى.[172]

وهذا ما نصت عليه المادة (1/359) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 وذلك بقولها: " تبرأ ذمة المصرف قِبَل المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع، إلا إذا اتفق صراحة على تجديد تلك المدة تلقائياً أو وافق المصرف على مدّها".[173]

---

[171] جاسم، فاروق إبراهيم: **القانون التجاري ج2 " العقود التجارية وعمليات المصارف"**. ط2. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. 2016. ص210.

[172] أبو صد، عماد أحمد: **أحكام خطابات الضمان المصرفية**. رسالة ماجستير منشورة. الجامعة الأردنية. عمّان. الأردن. 1988. ص87.

[173] تتقابل هذه المادة مع المادة (1/390) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لسنة 2014 والساري في قطاع غزة.

وفي ذلك أيضاً حكمت النقض المصرية[174]بأنه: " إذا أصدر البنك خطاب الضمان لكفالة عميله، فإنّ علاقة البنك بالمستفيد يحكمها هذا الخطاب وحده، وبعباراته التي تحدّد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها ...، وفي ذات الوقت ليس له أن يستقل دون موافقة العميل بمدّ أجل الخطاب عن الأجل الموقوف فيه والمتفق على تجديده مقدّماً، ويسقط التزام البنك إذا لم تصل إليه مطالبة من المستفيد بالدفع قبل حلول نهاية ذلك الأجل ... ".

وهذا يعني أن مسؤولية البنك تقوم في حال قيامه بالوفاء لمصلحة المستفيد بعد انتهاء مدّة خطاب الضمان، على أنّ ذلك لا يمنع البنك من الرجوع على العميل الآمر بما أدّاه لمصلحة المستفيد على أساس أنه كان فضولياً في ذلك، وهو ما حكمت به محكمة النقض المصرية[175] بقولها: " إنّ رفض دعوى رجوع البنك على العميل بعد أن مدّ أجل خطاب الضمان دون موافقته مع اغفال الحكم المطعون فيه ما استند إليه البنك من أحكام الفضالة يعد قصوراً... ".

وحيث أنّ العبرة في صحة وفاء البنك من عدمها، بطلب المستفيد الوفاء بمبلغ الخطاب، وليس بتاريخ هذا الوفاء، فيعتبر الوفاء صحيحاً ولو وقع بعد انتهاء مدة الخطاب؛ متى طلب المستفيد من البنك القيام بالوفاء أثناء سريان أجل الخطاب، أما في حالة أنْ كان الخطاب غير محدد المدة، جاز للبنك أن يقوم بإنهاء الخطاب في أي وقت شاء، شريطة أن يقوم بإخطار العميل والمستفيد بذلك، ما لم يكن الخطاب قد صَدَرَ في الأصل لضمان تنفيذ العميل لالتزاماته، فحينها يبقى الخطاب سارياً إلى أن ينفذ العميل التزاماته، ودون أن يكون للبنك أن يتدخل في مثل هذه الحالة.[176]

وينتهي خطاب الضمان كذلك باستحالة تنفيذ العميل لالتزاماته نحو المستفيد، شريطة أن تكون هذه الاستحالة راجعة إلى قوة قاهرة، أو ظرف فجائي لا يد للمدين فيه، أو كانت راجعة إلى فعل الدائن نفسه (المستفيد) ، فأن اثرها على التزام البنك هنا يختلف بحسب اذا ما كان خطاب الضمان مشروطا او غير مشروط، ففي حالة الخطاب المشروط تنقضي التزامات البنك لاستحالة تنفيذ العميل لالتزاماته لأن الشرط المعلق عليه اصبح غير ممكن التحقق للسبب الأجنبي أو لفعل المستفيد اما إذا كان خطاب الضمان غير المشروط فلا يتأثر التزام

---

[174] راجع في ذلك حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 911 لسنة 47 قضائية والمنشور على موقع قسطاس والصادر بتاريخ 1979/12/31.

[175] راجع في ذلك حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 562 لسنة 40 قضائية والصادر بتاريخ 1977/4/18 والوارد على موقع المحكمة الالكتروني.

[176] أحمد، عبد الفضيل محمد: مرجع سابق، ص138.

البنك باستحالة التنفيذ ويبقى قائما متى طلبه المستفيد فلا تبرأ ذمة البنك اتجاه المستفيد باستحالة التنفيذ سواء بفعل المستفيد أو لسبب اجنبي.[177]

ويرى الباحث أنّ انتهاء خطاب الضمان بوفاء البنك بالتزاماته حالة غير طبيعية من حالات انقضاء الالتزام بوجه عام، حيث يقوم المستفيد باللجوء للبنك من أجل المطالبة بقيمة مبلغ الضمان، وبالتالي ينتهي التزام البنك، فانتهاء الخطاب في هذه الحالة يقوم على أساس الوفاء من قِبَل البنك، وعدم الوفاء من جانب العميل، لكن حتى ينتهي الخطاب بالوفاء وتحقيق المطالبة؛ يجب أن يقوم المستفيد بتقديم مطالبته خلال فترة سريان الضمان، وإلا كانت مطالبته غير محقة.

ومن الأحكام الخاصة بانتهاء خطاب الضمان، تحقق حالة الابراء، فالإبراء هو قيام الدائن بإبراء مدينه من الديْن الواقع في ذمّته طوعاً واختياراً منه[178]، فيحدث الإبراء في خطاب الضمان، بقيام المستفيد بإبراء العميل الآمر من الديْن الواقع في ذمته، لكنْ مع أثر الإبراء الصادر من المستفيد إلى العميل الآمر على التزام البنك في خطاب الضمان يختلف فيما إذا كان هذا الخطاب مشروطاً أو غير مشروط، فإذا كان الخطاب مشروطاً في حصول إخلال من العميل بالتزامه تجاه المستفيد، كان للإبراء أثره على التزام البنك بخطاب الضمان، لأن الشرط يستحيل تحققه بعد حصول الإبراء إذ لا يتصور أن يقع من الزبون إخلال بالتزامه نحو المستفيد بعد أن أبرأه منه ولذلك ينقضي التزام البنك بانقضاء التزام الزبون قبل المستفيد بالإبراء، أما إذا كان الخطاب غير مشروط فلا يكون للإبراء أثر على التزام البنك قبل المستفيد إذ يظل هذا الالتزام قائما ومع ذلك يكون لهذا الإبراء أثر إذا نص فيه على تنازل المستفيد عن حقه في خطاب الضمان، كما يعتبر من الإبراء تسليم المستفيد الخطاب إلى الزبون لإعادته إلى البنك بعد أن قام الزبون بتنفيذ التزامه تجاه المستفيد، بهذا تبرأ ذمة البنك قبل المستفيد وتبرأ ذمة الزبون قبل البنك ويكون من حقه أن يسترد غطاء خطاب الضمان.[179]

---

[177] يعيش، عبد الرحمن قيصر شوقي: مرجع سابق،ص126.

[178] تنص المادة (444) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 على: " إذا أبرأ الدائن مدينة مختارا من حق له عليه سقط الحق وانقضى الالتزام ". وتتقابل هذه المادة مع المادة (371) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 والمنشور في الجريدة الرسمية المصرية في العدد 19 مكرر وعلى الصفحة رقم 11 وذلك بتاريخ 1948/7/29 والتي تنص على: " ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده ".

[179] غالب، عبد القادر ورسمة: **انقضاء خطاب الضمان**. صحيفة عُمَان اليوم. 29 سبتمبر 2020.- تمت الاشارة إليه سابقاً-.

الفرع الثالث: الاحكام الخاصة بانتهاء خطاب الضمان

إنّ لانتهاء خطاب الضمان أحكاماً في غاية الأهمية، فخطاب الضمان شأنه شأن العديد من العمليات التي تقوم بها المصارف؛ تكون مسألة انتهائه أو انتهاء مدة سريانه، أمراً لا بد من الوقوف عند قواعده وأساساته القانونية والمصرفية.

فيلاحظ أنّ خطاب الضمان يقوم على الاعتبار الشخصي، ولذلك وحتى تكون المطالبة صحيحة، لا بدّ من صدورها من المستفيد نفسه، أو من يمثّله قانوناً، كما أنه لا يجوز للمستفيد أن يتنازل عن حقه للغير في المطالبة بمبلغ الخطاب دون موافقة البنك على ذلك[180]، ويشترط أيضاً حصول البنك على موافقة مقدّم خطاب الضمان "الآمر"، أي أنّ العملية تسلسلية وتراتبية، فموافقة العميل ثم البنك على التنازل الصادر من المستفيد؛ يؤدي لانتهاء خطاب الضمان، وبالتالي سقوط كافة الأحكام المرتبطة بكل طرف من هؤلاء الأطراف[181].

والواقع أن انتهاء خطاب الضمان يكون إما بالوفاء، وهو الأمر الذي سبق الحديث عنه في الفرع الأول، أو بغير وفاء، ففي حالة انقضاء أو انتهاء خطاب الضمان بغير الوفاء؛ فإنّ التزام البنك تجاه المستفيد قد ينتهي بدون الوفاء بقيمة الخطاب، وذلك في حالات معينة استثنائية منها انتهاء المدة المحددة في الخطاب دون تقديم طلب بالوفاء، أو تقادم الخطاب بمرور الفترة المخصصة للمطالبة به، إذ أنّ تقادم الخطاب، يُسقط حق المستفيد به، أو استحالة تنفيذ الخطاب إذا لم يكن مشروطاً، وأخيرا بالإبراء الصادر من المستفيد إلى العميل الآمر خلال مدة الأجل المحدد في الخطاب.[182]

---

[180] الشمري، صادق: **مرجع سابق**. ص98-99.

[181] نصت المادة (357) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 على: " لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الوارد في خطاب الضمان إلا بموافقة البنك، وبشرط أن يكون البنك مأذوناً من قِبَل الآمر بإعطاء هذه الموافقة ". لسنة 1999.

[182] كافي، مصطفى يوسف: **النقود و البنوك الإلكترونية في ظل التقنيات الحديثة**. بدون طبعة. دمشق: دار مؤسسة رسلان للطباعة والنشر والتوزيع. 2011. ص285

وفيما يخص مسألة انتهاء خطاب الضمان في حالة خلوّه من مسألة التجديد التلقائي، فقد جاء في حكم لمحكمة التمييز الكويتية قولها: " أنّ النص في المادة 382 من قانون التجارة على أن " خطاب الضمان تعهد يصدر من بنك بناء على طلب عميل له (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص أخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ....، والنص في المادة 386 منه على أن " تبرأ ذمة البنك قبل المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع إلا إذا اتفق صراحة قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها " يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أن خطاب الضمان هو تعهد شخصي ونهائي، ينشئ بذاته في ذمة البنك التزاما أصلياً مجرداً ومباشراً بأداء قيمته للمستفيد متى طلب منه ذلك خلال المدة المبينة فيه ودون اعتداد بأية معارضة من الآمر. وتبرأ ذمة البنك قبل المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع، إلا إذا اتفق صراحة على تجديد تلك المدة تلقائياً دون ما حاجة إلى موافقة العميل (الآمر)، أو اتفق صراحة على تجديد خطاب الضمان قبل انتهاء مدته بناءً على طلب المستفيد دون موافقة العميل (الآمر)".

يرى الباحث أن خلو خطاب الضمان من فكرة التجديد التلقائي أو من حق المستفيد في طلب تجديده قبل انتهاء مدته لمدة او لمدد أخرى، يعني عدم جواز قيام البنك بتمديد مدة الخطاب الا بموافقة العميل أو بناء على طلب منه، إذ أن مد الاجل مقرر لمصلحة العميل فاذا تم التجديد دون موافقته يكون البنك مسؤولا عن ذلك؟

الخاتمة

شهدت العمليّات البنكيّة في الآونة الأخيرة سلسلة من التحديثات والتطورات الواضحة والمهمّة في التاريخ المصرفي الحديث، اذ تتربّع العمليات الائتمانية على قمّة التسهيلات التي تقدمها البنوك لعملائها، حيث أنّ خطاب الضمان يُعَدُّ من أهم هذه العمليات، اذ لا تخدم هذه الخطابات فئة التجار أو أصحاب رؤوس الأموال فحسب، بل تخدم كافة أفراد المجتمع وذلك بسبب اعتبارها كضمان في التعامل وبالتالي المساعد على توفير السيولة الماليّة المطلوبة والدعم المادي المناسب وفي الوقت المناسب.

والواقع أنّ خطابات الضمان تلعب دوراً مهماً على الصعيدين المحلي والدولي فخطاب الضمان له من الخواص والسمات ما يجعله متميزاً ومستقلاً عن غيره من العمليات البنكيّة الأخرى.

ولا شك في أن خطابات الضمان المصرفية تعتبر من الوسائل والخدمات البنكية التي تشكل التزاماً مِهَنِيّاً مصرفياً من جهة وقانونياً من جهة أخرى، وذلك فور صدورها من البنك وحتى وصولها لصالح المستفيد، وعلى البنوك الالتزام بدورها القائم على تنفيذ واجباتها القانونية والمصرفيّة حتى تسير الأمور بشكل صحيح وسليم، لكن بالمقابل فإنه يتوجب على كل طرف من أطراف الخطاب؛ العمل على إعداد وصياغة الخطاب بصورة واضحة وسليمة ولا مجال فيها للشك، اذ أن ذلك الأمر سيعمل على تسهيل تنفيذ الالتزامات ووفق ما تم الاتفاق عليه، خاصة وأن كل طرف يعرف ما له وما عليه بصورة قاطعة لا تحتمل اللبس أو الغلط.

وقد قام الباحث من خلال هذه الدراسة بعمل مقارنة تشريعية وفقهية واضحة حول أساس خطاب الضمان وتنظيمه التشريعي والمصرفي، توصل من خلالها بأنّ المشرّع المصري كان الأفضل في تقنين هذه العملية وتنظيم قواعدها ووضع أحكامها، وذلك بسبب أنه قد عالج كافة التفاصيل الخاصة بهذه العملية دون استثناء، وذلك على عكس قانون التجارة الأردني الذي اعتراه النقص في عدم تنظيمه لمثل هذه العملية.

إن لخطاب الضمان دور مهمة في توفير ضمان قوي للمستفيد الذي يطلبه تجنبا لأي تقصير أو يحدث من طرف العميل، فسرعان ما يلبي خطاب الضمان والمبلغ الوارد فيه مطلبه بحفظ حقه ووقوفه كسند مالي يُغنيه عن المطالبة الحثيثة في كل وقت، وفي كل مكان.

وطالما أنّ لخطاب الضمان كل هذه الأهمية التي يُبنى عليها تحقيق كثير من الصفقات التجارية، وبالتالي تحقيق الانجاز الاقتصادي المطلوب، فالواجب أنْ تسعى الجهات صانعة السياسات النقدية في فلسطين والعالم لإحيائه وتحقيق التقدم العلمي والمصرفي بشأنه، إذ يكون

إحياؤه بمثابة إنعاش لطبيعة هذه العملية وأهميتها في كسب رضا المتعاقدين والنزول عند رغباتهما.

وحيث أن البنك في هذه العملية وغيرها من العمليات دائماً ما يكون الطرف الأقوى؛ فإنّ تحقيقه لرغبة العميل والمستفيد بتوفير السيولة النقدية المطلوبة وبوقت قصير هو ما يجب الوقوف عنده للبحث والتحري عن طبيعة هذا الأمر وما يجري بهذا الشأن على أرض الواقع.

وقد سعى الباحث من خلال هذه الدراسة للبحث والتحري في طبيعة هذه العملية القانونية وجدواها الاقتصادي والقانوني، والوقوف على آثارها بالنسبة للأطراف، والغير، من حيث حقوق وواجبات كل طرف من الأطراف، وآثار ذلك بالنسبة لهم وللكافة، وحيث أنه عَمِدَ من أجل ذلك لفكرة المقارنة الفقهية والقانونية والقضائية من أجل تحقيق هذا الهدف، ويأمل أن يكون قد وُفِّقَ في ذلك.

وفي الختام، فقد توصّل الباحث لمجموعة من النتائج والتوصيات، وهي كالتالي:

أولاً: النتائج

أ. المقصود بخطاب الضمان تعهد صادر من البنك الضامن بناء على طلب عميله الآمر لسداد مبلغ معين او قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد دون أي قيد أو شرط.

ب. يعتبر التزام المصرف مستقل عن التزام العميل الآمر كما انه التزام مباشر وقطعي ويترتب على ذلك الزامية وفاء المصرف للمستفيد بقيمة خطاب الضمان بمجرد طلب المستفيد ذلك ودون الرجوع على العميل كما انه ليس للمصرف الأمتناع مستنداً الى دفوع مستمدة من العقد الأساس أي في علاقته بعميله.

ت. يمتاز خطاب الضمان بالاستقلالية في علاقات اطرافه وأنه قائم على الاعتبار الشخصي فلذلك لا يجوز للمستفيد أن يتنازل عن حقه الناشئ في الخطاب للغير دون موافقة البنك على ذلك.

ث. يعتبر خطاب الضمان عملاً تجارياً أنشئته الحياة الاقتصادية بسبب التطور التجاري والاقتصادي فلا يمكن اعتباره كفالة مصرفية فهو نظام قائم وخلص وله احكامه التي تميزه عن غيره.

ج. تتنوع وتتعدد أشكال خطاب الضمان فلكل شكل خاصيته التي تتناسب مع العقد الذي صدر بصدده.

ح. يرتب خطاب الضمان التزامات على عاتق اطرافه ويعتبر التزام البنك بسداد قيمة الخطاب للمستفيد من أهم الالتزامات داخل عقد الخطاب.

خ. لا يمكن الحجز على قيمة خطاب الضمان من قبل دائني العميل أو دائني المستفيد باعتبار انها مملوكة للبنك اما إذا قدم المستفيد طلب للبنك من اجل الوفاء بقيمة الخطاب فهنا يجوز الحجز على مبلغ الخطاب باعتبار انها صارت مملوكه له.

د. تعتبر الحالة الوحيدة التي يجوز بها امتناع البنك عن دفع قيمة الخطاب للمستفيد هي صدور الغش من هذا الأخير وأن يكون ظاهراً بدليل قطعي وثابت فلا يجوز الأدعاء بوجود الغش بل يجب إقامة الدليل عليه.

ذ. لم تتناول التشريعات السارية في فلسطين تنظيماً ولو كان بسيطاً لعملية خطاب الضمان شأنها شأن العديد من العمليات المصرفية التي لم يقم المشرع بتنظيمها.

ثانياً: التوصيات

أ. ضرورة القيام بتنظيم عملية خطاب الضمان ضمن قانون أو قرار بقانون، ليسهل على كافة الافراد التعامل بهذا العقد.

ب. ضرورة ابراز خاصية الاستقلال للعلاقات داخل عقد الخطاب، باعتبار ان مبدأ الاستقلال هو جوهر هذا العقد.

ج. وجوب الإشارة الى الاتفاقيات الدولية التي نظمت خطاب الضمان وذلك بإحالة أطراف الخطاب الى تلك القواعد فيما لم يرد بشأنه نص خاص في القانون (بعد التنظيم).

د. وجوب النص على إعادة التأمينات وقيمة الخطاب الى العميل الامر اذ استنفذ الوقت المقرر لطلب الخطاب ولم يقم المستفيد بالمطالبة به خلال فترة السريان.

ه. وجوب الإشارة الى الحالة الوحيدة التي يجوز بها وقف تسييل خطاب الضمان وهي وجود الغش مع تبيان الشروط التي يجب توافرها للقول بوجود غش مانع من الوفاء.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر:

مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876م/1293ه.

التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 والمنشور بجريدة الوقائع المصرية في العدد (108) بتاريخ 1948/7/29.

قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 المنشور بالجريدة الرسمية رقم (1910) صفحة(472) الصادر بتاريخ 1966/3/30.

القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 المنشور بالجريدة الرسمية في العدد (2645) على الصفحة (2) والصادر بتاريخ 1976/8/1.

القانون التجاري الكويتي رقم 68 لسنة 1980 المنشور في الجريدة الرسمية في العدد (1338) الصادر بتاريخ 1981/1/19.

قانون التجارة العماني رقم 90/55 المنشور في الجريدة الرسمية في العدد (435) الصادر بتاريخ 1990/7/15

قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 والمنشور بالجريدة الرسمية العدد (19) مكررا الصادر في 1999/5/17.

قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001 والمنشور في العدد 38 من الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2001/9/5 صفحة 5.

- **قواعد وأنظمة:**

القواعد الموحّدة المتعلّقة بالضمانات التعاقدية لسنة 1978.

اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995.

قواعد غرفة التجارة الدولية الموحدة لخطابات الضمان (URDG 758) لعام 1992.

- **مشاريع القوانين:**

مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012

مشروع قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لسنة 2014.

- **تعليمات:**

نشرة 600 بخصوص الاعتمادات المستندية – الأصول والأعراف الموحّدة للاعتمادات المستندية– 2007.

نشرة 590 بخصوص الاعتماد الضامن والصادر عن غرفة التجارة الدولية في باريس عام 1999.

تعليمات سلطة النقد رقم 2 لسنة 2015 بشأن محددات وضوابط منح الائتمان.

تعليمات سلطة النقد بشأن الاقراض المسؤول رقم 2 لسنة 2016.

تعليمات رقم 3 لسنة 2017 بشأن التقارير الائتمانية

- **المراجع**

1) الكتب

أبو زيد، عبد العظيم جلال: **فقه الربا "دراسة مقارنة وشاملة للتطبيقات المعاصرة"**. ط1. بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون.2004.

العايب، وليد وبوخاري، لحلو: **اقتصاديات البنوك والتقنيات البنكية.** ط1. بيروت: مكتبة حسن العصرية. 2013.

العتيبي، بندر بن حمدان: **مبادئ القانون التجاري "الأعمال التجارية - التاجر - الشركات التجارية"**. ط1. السعودية: مكتبة القانون والاقتصاد. 2016

الشرقاوي، محمود سمير: **القانون التجاري " المجلّد الثاني** ". ط3. القاهرة: دار النهضة العربية. 1984.

نجاة، بضراني: **الائتمان المصرفي بطريق التوقيع " الاعتماد بالقبول، الكفالة المصرفية، خطاب الضمان** ". ط1. الأردن: منشورات الجامعة الأردنية. 1997. ص33

السالوس، علي أحمد: **الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة "دراسة في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون** ". ط2. الكويت: دار الاعتصام للنشر والتوزيع. 1987.

محمد، طه عبد العظيم: **الاصلاح المصرفي للبنوك الاسلامية والتقليدية في ضوء قرارات بازل 111**. ط1. الاسكندرية: دار التعليم الجامعي. 2020.

العدوي، جلال علي: **أحكام الالتزام " دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني ".** بدون طبعة. الاسكندرية: الدار الجامعية. 1986 لم يستخدم بالبحث

ضيف، خيرت: **محاسبة البنوك**. ط1. القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع. 1987.

القراري، عبد اللطيف حمزة: **المصارف الاستثمارية الاسلامية "النظرية والتطبيق"**. ط2. بريطانيا: دون ذكر لدار النشر. 2016.

عمران، فارس محمد : **موسوعة الفارس " قوانين و نظم التحكيم بالدول العربية و الخليجية و دول أخرى ".** ط2. القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية. 2015.

الأزهري، محمد علي البدوي: **النظرية العامّة للالتزام " مصادر الالتزام الجزء الأول**". ط3. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2019.

الحسني، احمد: "**خطابات الضمان المصرفية** ". **ج1** ، مصر: جامعة الازهر مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي.ص9

الشامسي، عمر علي: **فسخ العقد**. بدون طبعة. القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية. 2010.

الشواربي، عبد الحميد: **المشكلات العملية في تنفيذ العقد** " **تنفيذ العقد بحسن نية والتعسف في استعمال الحق، تفسير العقد، تكييف العقد، نظرية الظروف الطارئة، الدفع بعدم**

التنفيذ، الحق في الحبس، البطلان، فسخ العقد، المسئولية العقدية". بدون طبعة. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 1988.

خليفة، محمد أحمد كاسب: **عقود الاستثمار في اطار المبادئ والضمانات والقانون الواجب تطبيقه**. ط1. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2020.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني ج10 " التأمينات الشخصية والعينية** ". طبعة منقحة. بيروت: دار احياء التراث العربي. 1954.

كافي، مصطفى يوسف: النقود والبنوك الإلكترونية في ظل التقنيات الحديثة. بدون طبعة. دمشق: دار مؤسسة رسلان للطباعة والنشر والتوزيع. 2011.

عبد الله، خالد أمين: العمليات المصرفية " الطرق المحاسبية الحديثة ". بدون طبعة. القاهرة: دار الكتب المصرية. 1998.

العكيلي، عزيز: **الوسيط في شرح القانون التجاري " الأوراق التجارية وعمليات البنوك " ج2**. ط7. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2018.

الطراونة، بسام حمد وملحم، باسم محمد: **شرح القانون التجاري " الأوراق التجارية والعمليات المصرفيّة** ". ط2. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2014.

الجبر، محمد حسن: **العقود التجارية وعمليّات البنوك في المملكة العربية السعودية**. ط1. السعودية: عمادة شؤون المكتبات في جامعة الملك سعود. 1984.

عوض، علي جمال الدين: **خطابات الضمان المصرفية**. ط1. القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع. 1998.

إرشيد، محمود عبد الكريم أحمد: **الشامل في معاملات وعمليّات البنوك الاسلامية**. ط1. الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع. 2001. ص175

عوض، علي جمال الدين: **عمليّات البنوك من الوجهة القانونية " دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربية".** طبعة منقحّة. القاهرة: المكتبة القانونية. 1993.

طه، مصطفى كمال: **العقود التجارية وعمليات البنوك " وفقا لأحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 "**. بدون طبعة. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 2002.

الكيلاني، محمود: **الموسوعة التجارية والمصرفية المجلد الرابع " عمليّات البنوك ".**ط1. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2009.

البارودي، علي: **العقود وعمليّات البنوك التجارية وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999.** بدون طبعة. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 2001. ص416. الكيلاني، محمود: مرجع سبق ذكره.

الزحيلي، وهبة: **خطابات الضمان.** ط2. القاهرة: دار المكتبي للنشر والتوزيع. 2016.

عبودة، عبد المجيد محمد: **الكفالات البنكية في المملكة العربية السعودية " دراسة مقارنة".** ط1. السعودية: معهد الادارة العامة. 2003.

عبد العظيم، حمدي: **خطاب الضمان في البنوك الإسلامية.** ط1. القاهرة: المعهد العالي للفكر الاسلامي. 1996.

أبو بكر بن مسعود بن أحمد: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.** المجلد العاشر. ط2. بيروت: دار الكتب العلمية. 1986.

الحضرمي، خليفة بن محمد: **مسؤولية البنك في عمليات الائتمان الخارجي " خطاب الضمان، الاعتماد المستندي".** ط1. القاهرة: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع. 2015.

الوادي، كامل: **الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان والقوانين المنظمة لها.** ط1. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2001.

المحجوب، عز الدين مصطفي: **معوقات الضمانات المصرفية المستقلة " دراسة تحليلية مقارنة في أثر الغش والتعسف على فعالية الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان".** ط1. الأردن: دار أمجد للنشر والتوزيع. 2017.

أبو زيد: محمد عبد المنعم: **الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية.** ط1. القاهرة: المعهد العالي للفكر الاسلامي. 1996.

ناصيف، الياس: **موسوعة العقود المدنية والتجارية ج10.** ط3. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. 2014.

سعد، نبيل ابراهيم: **التأمينات الشخصية والتبعية وغير التبعية " الكفالة، الانابة الناقصة، الضمان المستقل، خطابات النوايا".** بدون طبعة. الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة. 2017.

التكروري، عثمان : **الوجيز في شرح القانون التجاري الجزء الخامس " عمليات المصارف ".** ط1. فلسطين: بدون ذكر لدار النشر. 2020.

موسى، طالب حسن: **الأوراق التجارية والعمليات المصرفية.** ط1. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2011.

العجيل، ايمان حسني حسن: **الغش في الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان " دراسة مقارنة ".** ط1. القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية. 2019.

بطرس، صليب والعشماوي، ياقوت: **الاعتماد المستندي من المنظور العلمي والمنظور القانوني.** بدون طبعة. القاهرة: المركز العربي للصحافة. 1984.

علي، سعيد حسين: **عقود قانون التجارة الدولية " عقد النقل الجوّي، عقد النقل البحري، خطابات الضمان، الاعتمادات المستندية " دراسة مقارنة.** ط1. القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية. 2017.

طليان، محمد حسين صالح: **النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات "دراسة مقارنة".** ط1. الأردن: مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع. 2017.

السعودي، جميل: **إدارة المؤسسات المالية المتخصصة.** ط1. الأردن: دار زهران للنشر والتوزيع. 2014.

غنيم، أحمد: **خطابات الضمان " اطار متكامل نظرياً وعملياً وقانونياً".** ط1. القاهرة: بدون ذكر لدار النشر. 2004.

إرشيد، محمود عبد الكريم أحمد: **الشامل في معاملات وعمليّات البنوك الاسلامية.** ط1. الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع. 2001.

الهويدي، محمد زياد: **الهويدي في قانون وأعراف الاعتمادات المستندية.** ط1. القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع. 2021.

الشمري، صادق: **ادارة العمليات المصرفية.** ط1. الأردن: دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع. 2019.

عفانة، محمد كمال: **ادارة الائتمان المصرفي.** ط1. الأردن: دار اليازوري للنشر والتوزيع. 2018.

صرخوه ، يعقوب يوسف: خطاب الضمان المصرفي في قانون التجارة الكويتي ، مج13،عدد2، جامعة الكويت مجلس النشر العلمي.1993.

الجبر، محمد حسن: **العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية.** ط1. السعودية: مطابع جامعة الملك سعود. 1984.

المحجوب، عز الدين مصطفى: **معوقات الضمانات المصرفية المستقلة: دراسة تحليلية مقارنة في أثر الغش والتعسف على فعاليّة الاعتمادات المستنديّة وخطابات الضمان.** ط1. صنعاء: دار المجد للطباعة والنشر والتوزيع. 2017.

الأفندي، محمد أحمد: **الاقتصاد النقدي والمصرفي.** بدون طبعة. الأردن: مركز الكتاب الأكاديمي. 2020.

الفقي، محمد السيد: **القانون التجاري " الافلاس وعمليات البنوك**". ط1. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. 2011.

التكروري، عثمان: **الوجيز في شرح القانون التجاري ج5: عمليّات المصارف.** ط1. فلسطين: بدون ذكر لدار النشر. 2020.

الحضرمي، خليفة بن محمد: **مسؤولية البنك في إطار عمليات الائتمان الخارجي: خطاب الضمان، الاعتماد المستندي.** ط1. القاهرة: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع. 2015.

رضوان، فايز نعيم: القانون التجاري ج1 " **العقود التجارية وعمليّات المصارف وفقاً لمشروع قانون التجارة الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة** ". بدون طبعة. دبي: كلية شرطة دبي. 1990.

أحمد، عبد الفضيل محمد: **عمليات البنوك.** ط1. القاهرة: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع. 2017.

الطراونة، بسام حمد وملحم، باسم محمد: **شرح القانون التجاري " الأوراق التجارية والعمليات المصرفية** ". ط2. الأردن: دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة. 2014.

علم الدين، محيي الدين اسماعيل: **خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك**. ط1. القاهرة: دار عالم الكتب للنشر والتوزيع. 1999.

الشمري، عبد الرزاق رحيم: **المصارف الاسلامية بين النظرية والتطبيق**. ط2. الأردن: دار الكتاب الثقافي للنشر والتوزيع. 2016.

الكيلاني، محمود: **الموسوعة التجارية والمصرفية " المجلّد الرابع: عمليات البنوك: دراسة مقارنة"**. ط1. الأردن : دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2009

حسن، اياد منصور: **إدارة العمليات البنكية والنقدية**. ط1. الأردن: دار ابن النفيس للنشر والتوزيع. 2019.

عبد الحميد، عبد المطلب: **البنوك الشاملة "عملياتها وادارتها"**. بدون طبعة. الاسكندرية: الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع. 2000.

عوض، علي جمال الدين: **خطابات الضمان المصرفية**. ط3. القاهرة: دار النهضة العربية. 2004.

رضوان، فايز نعيم: **القانون التجاري " العقود التجارية، عمليات البنوك، الاوراق التجارية، الافلاس** ". ط4. القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع. 2003.

مدغمش، جمال ومصطفى، طارق ربحي: **عمليات البنوك في ضوء قرارات محكمة التمييز من سنة 1952 وحتى بداية سنة 1993**. ط1. الاردن: دون ذكر لدار النشر. 1997.

فهيم، مراد منير: القانون التجاري "**العقود التجارية وعمليات البنوك**". بدون طبعة. الاسكندرية: منشأة المعارف. 1982.

ناصيف، الياس: **الكامل في قانون التجارة ج3 " عمليات المصارف** ". ط2. بيروت: منشورات بحر المتوسط. 1996.

علم الدين، محي الدين اسماعيل: **العمليات الائتمانية في البنوك وضماناتها**. ط1. القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع. 1975.

الشرقاوي، محمود سمير: **شرح القانون التجاري**. ط1. القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع. 1980.

مصطفى كمال: **العقود التجارية وعمليات البنوك وفقا لأحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999**. بدون طبعة. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 2002.

الشرقاوي، محمود سمير: **العقود التجارية-الإفلاس-الأوراق التجارية-عمليات البنوك**. بدون طبعة. القاهرة: بدون ذكر لدار النشر. 2015.

الزحيلي، وهبة: **خطابات الضمان**. ط2. الامارات العربية المتحدة. 2016.

الشمري، صادق: **ادارة العمليات المصرفية مداخل وتطبيقات**. ط1. الأردن: دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع. 2019.

الجنبيهي، منير والجنبيهي، ممدوح: **أعمال البنوك**. ط1. القاهرة: دار الفكر الجامعي. 1998.

الحضرمي، خليفة بن محمد: **مسؤولية البنك في إطار عمليات الائتمان الخارجي: خطاب الضمان، الاعتماد المستندي**. ط1. القاهرة: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع. 2015.

عبد العظيم، حمدي: **خطاب الضمان في البنوك الإسلامية**. ط1. القاهرة: المعهد العالي للفكر الاسلامي. 1996.

بو سعد، أسامة: **الخدمات المالية في المصارف الإسلامية**. بدون طبعة. الامارات العربية المتحدة: بدون ذكر لدار النشر. 2019.

الفهري، عبد الرحيم بن فؤاد الفاسي: **الاعتمادات المستندية وتطبيقاتها في البنوك الإسلامية.** بدون طبعة. بيروت: دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع. 2016.

البكري، محمد عزمي: **موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد** – المجلد الأول. ط1. القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع. 2018.

الجربا، معن: **الطبيعة القانونية للضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة وقواعد غرفة التجارة الدولية.** ط1. القاهرة: دار النهضة العربية. 2014.

تادرس، فيكتور خليل: **مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995.** بدون طبعة. القاهرة: دار النهضة العربية. 2005.

خاطر، محمود ربيع: **قانون المعاملات التجارية والافلاس في دولة الامارات العربية المتحدة معلقاً عليه بأحدث أحكام القضاء (اتحادية عليا-تمييز-نقض).** ط1. القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع. 2022.

عباس، محمد حسني: **عمليات البنوك.** ط1 القاهرة: دار النهضة العربية. 1972.

البارودي، علي: **العقود وعمليّات البنوك التجارية وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999.** ط1. القاهرة: دار المطبوعات الجامعية. 2001.

جاسم، فاروق إبراهيم: **القانون التجاري ج2 " العقود التجارية وعمليات المصارف**". ط2. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. 2016.

علم الدين، محي الدين اسماعيل: **العمليات الائتمانية في البنوك وضماناتها.** بدون طبعة. القاهرة: دار النهضة العربية. 1975.

2: الرسائل الجامعية:

القرم، سليمان أحمد محمد : **خطاب الضمان في المصارف الاسلامية.** رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة النجاح الوطنية. نابلس . فلسطين. 2003.

غريبي، محمد عبد الناصر: **خطاب الضمان المصرفي من حيث آثاره القانونية واشكاليّات تنفيذه** . رسالة ماجستير منشورة. جامعة مصراته. مصراته. ليبيا. 2021.

حرز الله، نانسي مؤيد: **الاشتراط لمصلحة الغير في التشريعات الفلسطينية : دراسة مقارنة.** رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2020.

البقور، مالك فواز أحمد: **التنظيم القانوني للعلاقات التعاقدية الناشئة عن خطاب الضمان البنكي.** رسالة ماجستير منشورة. جامعة عمّان العربية. عمّان. الأردن. 2016.

طرابلسي، عماد الدين: **خطاب الضمان البنكي**، رسالة ماجستير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح. الجزائر. ص9.

عثمان، صابر عمر ابراهيم: **حقوق والتزامات أطراف خطاب الضمان المصرفي.** رسالة دكتوراه منشورة. جامعة أم درمان الاسلامية. السودان. الخرطوم. 2010.

أبو صد، عماد أحمد: **أحكام خطابات الضمان المصرفية.** رسالة ماجستير منشورة. الجامعة الأردنية. عمّان. الأردن. 1988.

بعبو ، محمد يوسف : **دور البنك المراسل في تبليغ خطاب الاعتماد المستندي** ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ، عمان. الأردن. ص 12.

يعيش، عبد الرحمن قيصر شوقي: **مدى الالتزام القانوني للبنك في خطاب الضمان.** رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2018.

الشوبكي، طلال علي سليمان: **أثر الغش في التزام المصرف مُصدِر خطاب الضمان.** رسالة ماجستير منشورة. جامعة الشرق الأوسط. عمان. الأردن. 2015.

3: المجلات والمقالات العلمية (المحكمة).

أبو فضة، مروان محمد: **عقد الوكالة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية.** مجلة الجامعة الاسلامية للبحوث الانسانية. 2.مج17. 2009/789-856.

الندوي، علي أحمد: ***خطاب الضمان المصرفي***. **مجلة جمعية المسلم المعاصر**. 143. مج36. 145/2012-192.

العتيبي، بدر سعد : ***التنظيم القانوني لخطابات الضمان في مجال المناقصات العامة "دراسة مقارنة"*** **. مجلة كلية القانون الكويتية العالمية**. 2. مج1. 87/2020-150.نعم

علي، أكرم حيّاوي طعمه الشيخ: **التكييف الشرعي والقانوني لخطاب الضمان "دراسة مقارنة".** صحيفة الحوار المتمدن. العدد 6269. 2019.نعم

حليمة، حوالف: ***خطاب الضمان الملاحي البنكي***. **مجلة البحوث القانونية والسياسية**. 11. مج1. 490/2018-506.نعم

طراد، كامل خير الله: ***خطابات الضمان وأهميتها في عقود المقاولات والتجهيز الحكومية***. **مجلة كليّة التراث الجامعية**. 19.مج1. 82/2019-107.

ظاظا، عائشة حسن: ***خطاب الضمان***. **مجلة الجامعة الأسمرية الاسلامية**. 19. مج10. 157/2013-204.

4: المجلات والمقالات العلمية (الغير محكمة).

غالب، عبد القادر ورسمة: **انقضاء خطاب الضمان.** صحيفة عُمَان اليوم. 29 سبتمبر 2020.

بن ابحيدة، سالم فال: ***خطاب الضمان بين التأصيل والحكم " إضاءة فقهية موجزة"*** **. مجلة العلوم القانونية** . 2. مج1. 31/2016-45.

غالب، عبد القادر ورسمة: **خطاب الضمان المصرفي " مبادئه، متطلباته، أهميته ". مجلة المال والاقتصاد**. 77. مج1. 54/2015-55.

5: الاحكام القضائية والمواقع الالكترونية :

- موقع المقتفي http://muqtafi.birzeit.edu/ .
- موقع محكمة النقض المصرية https://www.cc.gov.eg/
- موقع شبكة قوانين الشرق https://www.eastlaws.com/ .

- موقع بنك القدس https://www.qudsbank.ps .
- موقع مقام: موسوعة القوانين وأحكام المحاكم الفلسطينية https://maqam.najah.edu/ .
- موقع مصرف الزيتونة

  https://www.banquezitouna.com/ar/business/engagements-par-signature/mes-cautions-de-marche/caution-definitive-ou-de-bonne-execution
- موقع قسطاس: https://qistas.com/ .

THE RULES GOVERNING THE LETTER OF BANK GUARANTEE IN PALESTINIAN LAW