

التنظيم القانوني لخطابات الضمان في مجال المناقصات العامة: دراسة مقارنة

د. بدر سعد العتيبي

محام لدى محكمة التمييز والمحكمة الدستورية
وعضو جمعية المحامين الكويتية

الملخص

يتناول موضوع البحث مسألة التنظيم القانوني لخطابات الضمان المصرفية وبخاصة في مجال المناقصات العامة، وخطاب الضمان هو تعهد يصدر من بنك بناءً على طلب عميل له (الأمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله.

ويعني ذلك أن خطاب الضمان هو تعهد شخصي ونهائي ينشئ بذاته في ذمة البنك التزاماً أصلياً مجرداً ومباشراً بأداء قيمته للمستفيد متى طلب ذلك خلال المدة المبينة فيه، وهو التزام يقوم على استقلال عن كل من العلاقة بين البنك والعميل، وتلك التي بين الأخير والمستفيد، وصدور خطاب الضمان بناءً على طلب العميل لا ينشئ له حقاً على قيمته؛ لأن البنك لم يتعهد بأدائها له، وإنما بضمانه في حدودها، كما لا تمثل حقاً للعميل لدى المستفيد بما تعتبر معه المبالغ التي يمثلها الخطاب أموالاً مملوكة للبنك إلى أن يتم صرفها للمستفيد، ومن ثم فإن العميل لا يستطيع المطالبة بها، ولا يجوز لدائنيه (لدائني العميل) توقيع الحجز عليها تحت يد البنك أو لدى المستفيد، ولا تدخل في ذمة الأخير المالية إلا إذا طلبها هو شخصياً، في حدود التزام البنك وشروط صياغة الخطاب، وهذه الصياغة يجب أن تتسم بالوضوح.

ولا يكاد يخلو عقد من عقود المناقصات والمزايدات وبخاصة تلك التي تعلن عنها الحكومة الكويتية، إلا ويطلب من العميل تقديم خطاب ضمان مصرفي لمصلحة الجهة المستفيدة، فقد أوجب قانون المناقصات الكويتي الجديد رقم 49 لسنة 2016 في المادة (45) أن يكون العطاء مصحوباً بالتأمين الأولي باسم مقدم العطاء ولصالح الجهاز (الجهاز المركزي للمناقصات العامة) وغير مقترن بأي قيد أو شرط، ويهدف إلى ضمان جدية العطاء، كما تطلب الجهة الإدارية صاحبة الشأن من المناقص تقديم تأمين نهائي في شكل خطاب ضمان، المادة (65) من قانون المناقصات العامة لسنة 2016، ويهدف إلى ضمان تنفيذ العقد على الوجه المنفق عليه، يحدد بنسبة مئوية بمبلغ لا يقل عن 10% من القيمة الإجمالية للعقد وفقاً للمادة (42) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات رقم 30 لسنة 2017. والتزام المناقص الفائز بتقديم

خطاب ضمان مصرفي نهائي أمر وجوبي بنص القانون، وإلا اعتبر منسحباً من تنفيذ عقده مع الجهة الإدارية صاحبة الشأن.

ثم أخيراً تقدم الجهة الإدارية «سلفة» أو «دفعة مقدمة» للمقاول، ويلتزم في هذه الحالة بتقديم خطاب ضمان يقبله رب العمل (الجهة الإدارية) صادر من بنك معتمد لضمان إعادة الدفعة المقدمة.

كلمات دالة: خطاب ضمان مصرفي، الضمانات المستقلة، ضمانات العطاءات، الضمانة بمجرد الطلب.

المقدمة

ابتكر العرف المصرفي ما يعرف بالضمانات المصرفية المستقلة، وقد ارتبط ظهورها وتطورها بالمعطيات الاقتصادية الجديدة التي أفرزها محيط التجارة الدولية، والذي كان من شأنه التأثير في خصوصية تقنيات الضمانات التقليدية التي كانت تتداول على مستوى الصفقات التجارية الدولية.

وهذا التطور كان من طبيعة إحلال خطابات الضمانات المصرفية أو الضمانات المستقلة كظاهرة قانونية حديثة مركز الصدارة في مجال التأمينات الشخصية، والحقيقة، أن خطابات الضمانات المصرفية نشأت لدى العديد من الدول مثل فرنسا وألمانيا وغيرهما، ثم انتشرت في كل بقاع العالم لتكون أداة فعالة في إبرام الصفقات سواء على المستوى المحلي أو الدولي⁽¹⁾.

إن خطابات الضمان لم يكن لها أن تفرض وجودها على المستوى العملي، لولا خصوصياتها القانونية وأهميتها ومزاياها العملية بالنسبة لأطرافها، حيث يتميز خطاب الضمان المصرفي الذي يقدمه البنك بخصائص تميزه عن غيره من العمليات الائتمانية الأخرى التي تمنحها البنوك التجارية، أهمها استقلاله القانوني عن العلاقات القانونية التي صدر بمناسبتها⁽²⁾. ولذلك شاع استخدامه في الواقع العملي، وقد زادت الحاجة إليه باعتباره وسيلة حماية فعالة صادرة من مؤسسة مالية لها ثقلها المالي وتتمتع بثقة المتعاملين معها.

ولا يخفى أن قبول خطاب الضمان بدلاً من التأمين النقدي من الجهات المستفيدة يشجع الموردين والمقاولين على التقدم إلى المناقصات والمزايدات التي يُعلن عنها بالنظر للمزايا التي يحققها خطاب الضمان لهم، مثل عدم ضرورة إيداع مبالغ نقدية وتعطيلها عن الاستثمار، أو الاقتراض من البنك بفائدة مرتفعة، مما يترتب عليه حصول الجهة المستفيدة على أفضل الشروط وأرخص الأسعار. وتتعدد أنواع خطابات الضمان المصرفية تبعاً لتعدد مجالات العمل وأغراض استخدامها، ومنها خطابات ضمانات المناقصات العامة، وهي تعتبر من أكثر أنواع خطابات الضمان المصرفية شيوعاً في العمل وأكثرها أهمية، ولذلك سوف تركز

(1) على المستوى الدولي، نجد اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1995 الصادرة عن هيئة الأونسيترال الدولية (لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي) في 11 ديسمبر 1995 بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، ويشار إليها باختصار *uncitral* وتسري أحكام هذه الاتفاقية متى كان خطاب الضمان صادراً من مصرف في دولة موقعة عليها، أو إذا أدت قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون تلك الدولة، أو إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى تطبيق أحكام الاتفاقية. كذلك على المستوى الدولي، نجد قواعد غرفة التجارة الدولية رقم 758، يوليو 2010 بشأن الضمانات تحت الطلب، كما أحال قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 في تفصيلات أحكام خطابات الضمان التي لم يرد بها نص أو عرف إلى القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان وفقاً لنص المادة (2/355)، وهو نص ليس له مثيل في قانون التجارة الكويتي.

(2) د. نبيل محمد صبيح، مذكرات في الاعتمادات المصرفية، دون ناشر، 1994، ص 7.

الدراسة على هذا النوع من الضمانات، نظراً لما تقوم به من دور هام وحيوي في إنجاز المشروعات الاقتصادية والاستثمارية والخدمية⁽³⁾.

لقد ارتبطت خطابات الضمان بالمناقصات العامة وأعمال المقاولات والتوريدات العامة، وتبدو أهمية هذه الخطابات في أن الشركات العامة والمقاولين يفضلونها على تقديم التأمين النقدي عندما يتعاملون مع الجهات الإدارية للدولة لعدة أسباب: منها أن خطابات الضمان تعتبر نوعاً من التسهيلات الائتمانية التي يحصل عليها المقاولون من البنوك، ولسهولة استردادها، بخلاف إيداع تأمين نقدي، حيث يخضع استرداده للروتين الإداري الحكومي. وتستغرق هذه الضمانات جميع مراحل حياة الصفقات العامة، بدءاً بالتحضير للصفقة مروراً بإبرامها ثم مرحلة تنفيذها، وهذه الضمانات تشكل صمام أمان، وتهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام.

وسنحاول بيان أهمية خطابات الضمان المصرفية في المناقصات العامة

1- بالنسبة للعميل (المقاول / المورد / المتعهد)

لخطابات الضمان أهمية كبيرة بالنسبة للعميل الأمر (المقاول) تتمثل في أنها تحل محل التأمين النقدي، الذي تطلبه منه الوزارات أو الإدارات الحكومية عند دخوله معها في مناقصات عامة، أو عقود توريد أو أشغال عامة، حسب كل مرحلة، لضمان جدية العطاءات التي يقدمها، وضماناً لحسن تنفيذها. والأصل أن يقدم التأمين نقداً، وهو كثيراً ما يكون مرهقاً للمتعاقد (المقاول أو المتعهد بالتوريد)، إذ قد يعجز عن تدبير مبلغ التأمين، كما أن هذا التأمين النقدي يبقى مودعاً دون استغلال، مما يؤدي إلى حرمان المودع من جزء هام من رأسماله، حيث يبقى مجمداً دون استثمار لمدة طويلة⁽⁴⁾. لذلك يفضل أن يستبدل هذا التأمين النقدي بتقديم خطاب ضمان صادر من بنك يتعهد فيه للمستفيد بالوفاء بقيمة هذا الخطاب عند أول مطالبة، ودون أي تحفظ أو قيد أو شرط⁽⁵⁾.

وكما يرى - بحق - بعض الفقه⁽⁶⁾ أنه لا يكاد يخلو عقد من عقود المناقصات والمزايدات،

(3) كذلك تبدو أهمية خطابات الضمان في عقود مقاولات الإنشاءات Fidic. انظر: د. ربحي أحمد عارف، خطابات الضمان في مقاولات الإنشاءات (الفيديك)، مجلة التربية الأساسية، العدد السابع والستون، الجامعة المستنصرية، بغداد، 2011.

(4) د. راضية أمقران، خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2013/2014، ص 25.

(5) د. عبد الفضيل محمد أحمد، العقود التجارية وعمليات البنوك طبقاً لأحكام القانون رقم 17 لسنة 1999، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، ص 353؛ والمؤلف نفسه، طبعة 2009، ص 320.

(6) د. محمد حسين طليان، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات: دراسة مقارنة، ط 1، مركز الدراسات العربية للنشر، القاهرة، 2017، ص 12، وبالمعنى نفسه: خطاب الضمان المصرفي وتطبيقاته ومدى توافقه مع الحدود الشرعية، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، بيروت، ج 2، ص 379. وانظر أيضاً: د. عادل إبراهيم مصطفى، مدى التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1996، ص 10، بند 3.

خاصة الحكومية منها، إلا ويطلب من العميل تقديم خطاب ضمان مصرفي لمصلحة الجهة المستفيدة.

2- بالنسبة للبنك مُصدر خطاب الضمان

يحقق البنك مُصدر خطاب الضمان فوائد من عملية إصدار الخطاب لصالح عميله الأمر، وتتمثل في أنه يتقاضى عمولة تتناسب مع قيمة المناقصة التي يتقدم بها العميل. وتختلف عملية إصدار خطابات الضمان عن التسهيلات الائتمانية الأخرى التي تقدمها البنوك مثل الإقراض أو فتح الاعتمادات، إذ غالباً لا تطلب الجهات الإدارية المستفيدة من الخطاب «تسييل» قيمته، وبالتالي لا يتكبد البنك مُصدر الخطاب سوى نفقات إدارية بسيطة، كما أن البنك لا يتحمل في النهاية خسارة إذا قام بدفع قيمة خطاب الضمان، إذ يحتفظ البنك عادة بغطاء، ويأخذ على العميل تعهدات كافية تضمن له سداد هذه القيمة.

3- بالنسبة للمستفيد (الجهة الحكومية)

يعتبر خطاب الضمان بمثابة نقود بين يدي المستفيد؛ لأن البنك يلتزم بالدفع فوراً وبمجرد الطلب، وبالتالي يسهل الحصول على قيمة خطاب الضمان منه، والبنك مؤسسة مالية تتمتع بثقة وانتمان الآخرين، وأيضاً فإن قبول الجهة المستفيدة لخطابات الضمان بدلاً من التأمين النقدي يسهم في تشجيع المقاولين والموردين على الدخول في المناقصات والمزايدات التي تطرحها الجهات الحكومية.

منهج الدراسة

سوف أعرض موضوع البحث متبعاً المنهج الوصفي التحليلي، والمقارن مع القوانين الأخرى، وذلك من خلال تسليط الضوء على النواحي الفقهية والقضائية والتشريعية، وأيضاً على المستوى الدولي وبخاصة القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية (القواعد الموحدة رقم 758)، حيث يلعب خطاب الضمان دوراً بالغ الأهمية في تأمين كثير من العقود الإدارية الشائعة - إحدى وسائل جهات الإدارة في تسيير المرافق العامة - لذا سيعالج البحث ضمانات العطاءات، أي تلك الضمانات التي تلازم المناقصات العامة، ومحاولة بحث المشكلات التي تثيرها تلك الضمانات في الواقع العملي.

خطة الدراسة

سنتناول موضوع البحث من خلال المباحث الآتية:

مبحث تمهيدي: الضمانات المصرفية وتمييزها عن غيرها من العمليات ذات الصلة.

المبحث الأول: التنظيم القانوني لخطابات الضمان في مجال المناقصات العامة.

المبحث الثاني: بعض المشكلات التي تثيرها خطابات الضمان.

المبحث التمهيدي

الضمانات المصرفية وتمييزها عن غيرها من العمليات ذات الصلة

سنتناول في هذا المبحث مفهوم الضمانات المصرفية تفصيلاً على المستويين المحلي والدولي، ثم نوضح أهمية التفرقة بين خطابات الضمان والكفالات المصرفية من حيث أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بينهما، وبعد ذلك نتعرض لبيان الفرق بين الضمانات المصرفية والاعتمادات المستندية.

المطلب الأول

مفهوم الضمانات المصرفية فقهاً وقضائياً وتشريعاً

تعددت تعريفات خطاب الضمان من الوجهة القانونية، سواء بين الفقهاء أو من خلال أحكام القضاء، وحاول المشرع الكويتي تقنين التعريف من خلال القوانين والتشريعات.

الفرع الأول

التعريف الفقهي

اختلف الفقهاء في تحديد المقصود بخطابات الضمان، وذلك نتيجة لاختلاف الدور الذي تقوم به هذه الضمانات، وتعددت التعريفات الفقهية والقضائية لخطابات الضمان، إلا أن هذا لا يعني اختلافها، فهي وإن اختلفت من حيث الصيغة إلا إنها تتفق في جوهرها وأحكامها، وأهم هذه الأحكام أو المبادئ هو الالتزام بالوفاء بمجرد الطلب ودون التمسك بأية دفعات مستمدة من أي علاقات أخرى⁽⁷⁾.

وقد عرّف بعض الفقه⁽⁸⁾ هذا الخطاب بأنه: «صك يصدر من البنك بناء على طلب عميله الأمر، يتعهد فيه بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين خلال مدة محددة إلى المستفيد دون قيد أو شرط»، وعرّفه البعض الآخر⁽⁹⁾ بأنه: «تعهد مكتوب يصدره البنك الضامن بناء على طلب العميل (الأمر) بشأن عملية محددة أو غرض محدد، يلتزم بموجبها البنك بأن يدفع إلى طرف ثالث (المستفيد) مبلغاً معيناً من النقود عند أول طلب منه، سواء أكان طلباً مجرداً أم مبرراً

(7) د. عبد الرحمن قيصر يعيش، مدى الالتزام القانوني للبنك في خطاب الضمان، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2018، ص 1.

(8) د. سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مارس/ يونيو 1971، العددان الأول والثاني، السنة 42، ص 12.

(9) د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 11-12.

أم مصحوباً بتقديم مستندات محددة في الخطاب، يقدمها المستفيد خلال أجل محدد عادة أو غير محدد في أثناء سريان أجله دون أية معارضة من العميل المضمون أو البنك الضامن، على أن يكون الضامن شخصاً غير المتعاقد مع المستفيد الذي طلب الضمان لصالح شخص المستفيد». وهذا التعريف مُوسَّع لكنه قد يؤدي إلى الخلط بين خطاب الضمان وبعض الأنظمة المشابهة.

كما عرّفه البعض الآخر من الفقه⁽¹⁰⁾ بأنه: «تصرف قانوني بإرادة منفردة، يرد في صك ذي طابع شخصي يوجهه البنك إلى المستفيد، بناء على طلب الأمر (عميل البنك) والذي بمقتضاه يتعهد المصرف بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين، تعهداً مباشراً مجرداً غير قابل للتداول أو التنازل، إذا طلب المستفيد ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة. وذهب البعض الآخر⁽¹¹⁾ إلى تعريفه بأنه: «تعهد نهائي يصدر عن البنك لصالح المستفيد، بناء على طلب عميل البنك، بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعين للمستفيد بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك خلال الأجل المحدد بالخطاب ودون توقف على شرط آخر».

ونرى أن خطاب الضمان هو: «تعهد صادر من البنك بناءً على طلب العميل الأمر، يلتزم فيه البنك بدفع مبلغ معين، أو قابل للتعين بمجرد أول مطالبة من جانب المستفيد، دون قيد أو شرط⁽¹²⁾ وهو ضمان يعادل التأمين النقدي».

ويلاحظ أن معظم التعريفات الفقهية حاولت جمع أكبر قدر ممكن من الخصائص التي تسمح بتمييز خطابات الضمان وتحديدها تحديداً دقيقاً، إلا أن بعض هذه الخصائص مازالت محل خلاف بين الفقهاء، وسنحاول بيان ذاتية خطابات الضمان من خلال التعريف القضائي ثم التشريعي.

الفرع الثاني

التعريف القضائي

نعرض لذلك في القضاء الكويتي (أولاً)، ثم في القضاء المصري (ثانياً)، وذلك على النحو التالي:

(10) د. هاني أحمد عبد الفتاح عطاي، التحكيم في الضمانات المصرفية، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر، القاهرة، 2018، ص 45.

(11) ميلاد سيدهم، مشكلات تأمين العقد الإداري بخطاب ضمان، مجلة هيئة قضايا الدولة، القاهرة، العدد الثاني، السنة 52، أبريل - يونيو 2008، ص 3.

(12) Ph. Simler, Cautionnement et Garantie Autonomes, 3ème ed., Litec, Paris, 2000, p.37. Cass.Com 23 fev 1999 in revue trimestrielle de droit com 1999. P. 480 obs cabrillac; Aussi: Ch. Mouly, L'Avenir de la Garantie Independante en droit francais, in melanges Breton Derrida, Dalloz, Paris, p. 267

أولاً- في القضاء الكويتي

عرّفت محكمة التمييز الكويتية في حكم لها سنة 1989 خطاب الضمان بأنه: «تعهد من جانب البنك بناءً على طلب العميل له بدفع مبلغ معين للمستفيد متى طلبه الأخير خلال الأجل المحدد به»⁽¹³⁾، وقد جانبها الصواب في هذا التعريف إذ إنها لم تبين أهم ما يميز خطاب الضمان عن الكفالات المصرفية، حيث إنها أغفلت استقلالية خطاب الضمان عن علاقة الأساس، وأن للمستفيد أن يطالب بقيمة الخطاب دون قيد أو شرط، بعكس الكفالات المصرفية.

كما عرّفته المحكمة نفسها في حكم حديث لها بأنه: «تعهد ينشئ بذاته في ذمة البنك مُصدِّره التزاماً أصلياً مجرداً أو مباشراً بأداء قيمته للمستفيد، متى طلب منه ذلك خلال المدة المبينة فيه، ودون اعتداد بأية معارضة من الأمر، وتبرأ ذمة البنك مثل المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريانه طلب من المستفيد بالدفع، واستثناءً إذا تم الاتفاق صراحة على تجديد خطاب الضمان قبل انتهاء مدته بناءً على طلب المستفيد دون موافقة العميل الأمر»⁽¹⁴⁾.

كما ذهب قضاء المحكمة نفسها⁽¹⁵⁾ إلى الإشارة إلى المادة (382) من قانون التجارة التي تنص على أن: «خطاب الضمان تعهد يصدر من بنك بناءً على طلب عميل له (الأمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين لشخص آخر (المستفيد)، دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله»، وهذا يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن خطاب الضمان هو تعهد شخصي ونهائي، ينشئ بذاته في ذمة البنك التزاماً أصلياً مجرداً ومباشراً بأداء قيمته للمستفيد، متى طلب منه ذلك خلال المدة المبينة فيه، وهو ما يستلزم قيام علاقات بين أطراف ثلاثة جنباً إلى جنب، هي علاقة العميل الأمر بالمستفيد، وعلاقة العميل الأمر بالبنك وهي اعتماد الضمان، وعلاقة البنك بالمستفيد الناشئة عن خطاب الضمان.

ثانياً- في القضاء المصري

تناول القضاء المصري في عدة أحكام قضائية تعريف خطاب الضمان من كل جوانبه بكل وضوح، ففي حكم لها بتاريخ 27 مايو 1969⁽¹⁶⁾ عرفته محكمة النقض بما مفاده: «إن خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، إذ يلتزم

(13) الطعن رقم 1998/88، تجاري، جلسة 1990/1/21، مجموعة القسم الثاني، المجلد الأول، ص 751.

(14) الطعن بالتمييز رقم 188 لسنة 2010، بتاريخ 2014/6/4 الدائرة الإدارية. وأيضاً: الطعن رقم 90/330 تجاري، جلسة 1992/11/9 مجموعة القسم الثالث، المجلد الأول، ص 905.

(15) الطعن بالتمييز رقم 97/395 تجاري، جلسة 1998/5/11، مجلة القضاء والقانون، الجزء الأول، قاعدة رقم 65، ص 279.

(16) نقض مدني في 27 مايو 1969، مجموعة أحكام النقض رقم 294، عدد 20 لسنة 35 ق، ص 811.

البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالبه به هذا الأخير، باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان مادام هو في حدود التزام البنك المبين به، ويكون على المدين (عميل البنك) أن يبدأ هو بالشكوى إلى القضاء، إذا قدر أنه غير مدين للمستفيد، أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد»⁽¹⁷⁾.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن: «خطاب الضمان كفالة شخصية من البنك للمدين الأصلي وهو المقاول لصالح الدائن وهو الجهة الإدارية المتعاقدة، وبهذه المثابة فإن البنك في التزامه بخطاب الضمان إنما يلتزم بصفته أصيلاً قبل المستفيد، لا بصفته نائباً عن عميله»⁽¹⁸⁾؛ ولذا فإن البنك يلتزم بما تعهد به دون تأخير بغض النظر عن سائر العلاقات السابقة سواء تلك التي نشأت بين العميل ودائنه المستفيد، أو التي نشأت بين البنك وعميله»⁽¹⁹⁾. يتضح من هذه الأحكام أنها تواترت على اتجاه واحد وهو بيان استقلال التزام البنك الذي أصدر خطاب الضمان عن العلاقات الأخرى.

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن: «خطاب الضمان هو تعهد يلتزم بموجبه البنك بناء على أمر عميله بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين للمستفيد - بمجرد طلب هذا الأخير له - خلال مدة معينة»، وغني عن البيان أن خطاب الضمان وإن كان يقوم مقام التأمين النقدي، إلا أنه ليس أداة وفاء كالشيك أو بقية الأوراق التجارية، إنما هو أداة ضمان فقط، وعادة ما تطلب البنوك ضمانات كافية من عملائها نظير خطابات الضمان أو فتح الاعتمادات، وتسمى هذه الضمانات في حالة خطابات الضمان بالغطاء، ويتنوع هذا الغطاء فقد يكون نقدياً أو عينياً، وقد يتخذ صورة تنازل العميل عن حقوقه قبل المستفيد الناشئة عن العملية الصادر بشأنها خطاب الضمان، ويعتبر التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان قبل المستفيد التزاماً ناشئاً بالإرادة المنفردة، وهو أمر مستقل عن علاقة العميل بالمستفيد، أو علاقة البنك بالعميل، ويترتب على إصدار خطاب الضمان للمستفيد وإخطاره به تحديد حقوقه وفقاً للشروط الواردة بالخطاب والتي يتعين على المستفيد احترامها، فإذا حُدّد بالخطاب حد أقصى للمبلغ أو فترة محددة يحق استخدامه خلالها، فيجب احترام هذه الشروط، وإلا جاز للبنك أن يتحلل من تنفيذ التزامه المستمد من الخطاب، وينقض التزام البنك بانقضاء الأجل

(17) الطعن رقم 648 لسنة 48 ق، جلسة 1981/3/30. د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 591.

(18) يختلف خطاب الضمان عن الإناية وفقاً لنص المادة (422) مدني كويتي في أن الإناية عقد يتم بتراضي أشخاص ثلاثة على خلاف الحال في خطابات الضمان التي تتم بتراضي البنك والعميل، ويبدو الاختلاف بينهما في أن البنك إذا دفع قيمة الخطاب للمستفيد فإنما يدفع ديناً عليه هو بصفته أصيلاً، لا بوصفه نائباً عن عميله. انظر: أيمن سيد محمد، خطاب الضمان المصرفي في تنفيذ العقد الإداري في القانون الكويتي: دراسة مقارنة بالقانون المصري، مجلة معهد القضاء، الكويت، ديسمبر 2007، ص 88.

(19) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقمي 1387، 1361 لسنة 48 ق، جلسة 2004/12/7. ميلاد سيدهم، مرجع سابق.

المحدد في خطاب الضمان دون استعماله أو مد فترته بالاتفاق مع العميل، حيث لا يجوز أن يصدر الأمر بامتداد خطاب الضمان من المستفيد، ويسقط التزام البنك إذا لم تصل إليه مطالبة المستفيد بالدفع قبل حلول الأجل⁽²⁰⁾.

الفرع الثالث

التعريف التشريعي

عرّفت المادة (382) تجاري كويتي خطاب الضمان بأنه: «تعهد يصدر من بنك بناءً على طلب عميل له (الأمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله».

يتضح من خلال هذا التعريف التشريعي أن خطاب الضمان يقوم على ثلاث علاقات منفصلة، «ثلاث علاقات لا تتداخل ولا يؤثر بعضها في بعض»⁽²¹⁾.

الأولى: بين البنك مُصدر خطاب الضمان إلى العميل الأمر (المقاول)، ويحكمها عقد الاعتماد المبرم بينهما.

الثانية: تتم بين عميل البنك (المقاول) غير المستفيد (جهة الإدارة أو صاحب المشروع).

الثالثة: تتم بين البنك مُصدر الخطاب المستفيد، ويحكمها خطاب الضمان.

ويترتب على استقلال هذه العلاقات الثلاث أن البنك لا يستطيع أن يتمسك في مواجهة المستفيد بأية دفعات حتى يتخلص من التزامه، كالدفع بانقضاء عقد الاعتماد المبرم بينه وبين العميل الأمر أو فسخه أو بطلانه، كما لا يجوز للعميل الأمر أن يعترض على وفاء البنك للمستفيد بدعوى انقضاء عقد المقاولة أو فسخه أو بطلانه⁽²²⁾.

وقنَّ المشرِّع المصري ما جرى به الفقه والقضاء بتنظيم تشريعي لخطاب الضمان في المواد (من 355 إلى 360) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، حيث عرّف خطاب الضمان بأنه: «تعهد مكتوب يصدر من البنك بناءً على طلب شخص (يسمى الأمر)، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (يسمى المستفيد)، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ودون اعتداد بأية معارضة، ونصت الفقرة الثانية على أنه: «تسري فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف في هذا الفرع، القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان».

(20) الطعن رقم 1933 لسنة 31 ق، جلسة 1990/1/19. د. عاطف محمد عبد اللطيف، مرجع امتيازات الإدارة في قانون المناقصات ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 95.

(21) الطعن رقم 90/330 تجاري، جلسة 1992/11/9، مجموعة القسم الثالث، مج 1، ص 92 و 905.

(22) أيمن سيد محمد، مرجع سابق، ص 96.

الفرع الرابع

تعريف خطاب الضمان على المستوى الدولي

إزاء تعدد العادات والأعراف التجارية التي تتناول خطابات الضمان، فقد اهتمت الاتفاقيات الدولية بتوحيد الجهود وتقريب المصطلحات المستخدمة في هذه الخطابات، ومن أهم هذه الاتفاقيات؛ اتفاقية الأونسيترال سنة 1995 وهي لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية⁽²³⁾، والقواعد الموحدة لخطاب الضمان الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس ICC سنة 2010، وسنحاول القاء الضوء على ما سبق ذكره.

أولاً- لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (الأونسيترال - Uncitral)

وفقاً للمادة الثانية، الفقرة الأولى من اتفاقية الأونسيترال 1995 نجد أن خطاب الضمان هو: «لأغراض هذه الاتفاقية يمثل التعهد التزاماً مستقلاً، يعرف في الممارسة الدولية بأنه كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن مقدم من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر (الكفيل أو المصدر) بأن يدفع للمستفيد مبلغاً معيناً أو قابلاً للتعيين، لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مشفوعة بمستندات أخرى حسب أحكام التعهد وأي من أحكام التعهد وأي من الشروط المستندية، تبين أو يستدل منها استحقاق السداد بسبب تقصير قبي أداء التزام ما، أو بسبب حدث طارئ آخر، أو سداد لمال مقترض، أو سداد لأي دين مستحق السداد واقع على الأصيل / الطالب أو شخص آخر».

وقد أوضحت المذكرة التفسيرية التي أعدتها أمانة الأونسيترال بشأن اتفاقية الأمم المتحدة سنة 1995 أنها تنطبق على الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، ولا تنطبق على الكفالات «التبعية» أو «المشروطة».

ثانياً- القواعد الموحدة لخطاب الضمان الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس

أصدرت غرفة التجارة الدولية أول تقنين للأعراف والمعاملات المصرفية لخطابات الضمان بمجرد الطلب في عام 1991، ثم أصدرت قواعد أخرى حازت قبول وموافقة كثير من الدول، وهي القواعد رقم 458 التي أثبتت فعاليتها في الفترة من 1992 لغاية 2009 في شكل قواعد موحدة للضمانات المصرفية، وقد عرّفت هذه القواعد في المادة (2) خطاب الضمان تحت الطلب بأنه: «... أي ضمان أو سند أو تعهد بالدفع أياً كان مسماه أو بوصفه صادراً من بنك أو شركة تأمين أو شركة أو أي جهة أو شخص (يشار إليه فيما يلي بالضامن) يتعهد فيه

(23) نصت الفقرة الثانية من المادة (355) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 على أنه: «تسري فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف في هذا الفرع القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان؛ ولا شك في أهمية هذه الفقرة بالنسبة للاعتمادات المستندية بنص المادة (3/341) من قانون التجارة المصري».

كتابة بأن يدفع مبلغاً محدداً نقدياً عند تقديم ما يتفق مع نصوص الضمان بناءً على طلب كتابي بالدفع وأي مستند آخر أو مستندات (على سبيل المثال شهادة صادرة من معماري أو مهندس، أو حكم محكمة، أو حكم تحكيم حسبما ورد في شروط الضمان)⁽²⁴⁾.

وأخيراً صدرت في 3 ديسمبر 2009 القواعد الجديدة المتعلقة بالضمانات المصرفية بمجرد الطلب والضمانات المقابلة رقم 758، ودخلت حيز التنفيذ في 1 يوليو 2010، وقد وضعت هذه القواعد الجديدة لغرفة التجارة الدولية كي تتناسب مع القرن الـ21، على غرار القواعد الموحدة رقم 600 المتعلقة بالاعتمادات المستندية⁽²⁵⁾. وقد عرّفت هذه القواعد رقم 758 خطاب الضمان بأنه: «أي تعهد أياً كانت تسميته أو وصفه ينص على الدفع عند تقديم طلب مستوفٍ (المادة الثانية)».

وقد تضمنت هذه القواعد العديد من الإيجابيات، وتجاوزت بعض ما كان موجوداً في القواعد السابقة رقم 458، ومنها تحقيق التوازن المطلوب بين المصالح المشروعة لكل الأطراف كمدقم الطلب والضامن والمستفيد من الضمان أو الضمان المقابل.

ويتميز النظام الجديد بأنه أكثر وضوحاً ودقة، ويتضمن تفاصيل شاملة تتناول مراحل دورة التنفيذ كلها، كما تنطبق القواعد الموحدة الجديدة على الضمانات والضمانات المقابلة⁽²⁶⁾، (المادة الأولى من القواعد) هذه القواعد من خلال عرض وتحليل موضوعات البحث وتحليلها.

المطلب الثاني

خطاب الضمان والكفالات المصرفية

يقصد بالكفالة المصرفية: «عقد بمقتضاه يكفل البنك تنفيذ الالتزام، بأن يتعهد الدائن بالوفاء بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه وذلك مقابل أجر»⁽²⁷⁾، وسنبين فيما يلي أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بينها وبين خطابات الضمان.

(24) د. طلال علي سليمان الشوبكي، أثر الغش في التزام المصرف مصدر خطاب الضمان، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2015، ص 17.

(25) Dr. Gorges Affaki, Amopnea Hauptman Regles uniformes de la chambre de commerce internationale (icc) Avantage d'une standardisation des regles Applicables aux garanties internationales.

(26) د. عبد القادر ورسمة غالب، URG القواعد الموحدة رقم 758 لطلب الضمان، بحث منشور بجريدة عُمان، 23 أغسطس 2018.

(27) وفقاً للتعريف التشريعي لعقد الكفالة بوجه عام فإنه: «عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ التزام عليه، بأن يتعهد للدائن بأدائه إذا لم يؤديه المدين، المادة (745) مدني، د. عبد الفضيل محمد أحمد، العقود التجارية وعمليات البنوك طبقاً لأحكام قانون رقم 17 لسنة 1999، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 2009، ص 281.

الفرع الأول أوجه التشابه

يتفق خطاب الضمان مع الكفالة المصرفية في أن كلاهما:

1. من عمليات الائتمان التي تقدمها البنوك للعملاء، حيث إن جميع أعمال البنوك تعد أعمالاً تجارية؛ لأن البنك يزاول تلك الأعمال على سبيل الاحتراف، سواء في حالة إصدار الكفالة المصرفية أو خطاب الضمان، نص المادة (1/5) تجاري كويتي⁽²⁸⁾.
2. يقوم على الاعتبار الشخصي؛ إذ تعتبر الضمانات البنكية إحدى الآليات الهامة لتقوية الائتمان، حيث إن وجود شخص معنوي يتدخل ككفيل أو ضامن يجعلها محل اعتبار بالنسبة للغير، المتعاقد مع المكفول (المدين) أو المستفيد من خطاب الضمان⁽²⁹⁾.
3. عقد ملزم لجانب واحد، حيث يلتزم البنك في خطاب الضمان بإرادته المنفردة، ويلتزم الكفيل أيضاً بإرادته المنفردة في عقد الكفالة⁽³⁰⁾.

(28) تخضع الكفالة المصرفية رغم كونها تجارية لقواعد القانون المدني المتعلقة بالكفالة، ومع ذلك تطبق عليها بعض القواعد الخاصة، فهي تضامنية عملاً بقاعدة افتراض التضامن في المسائل التجارية، ولا يجوز للبنك الكفيل أن يدفع بتجريد المدين. انظر: د. مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2009، ص 319. د. عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2010، ص 132.

على النقيض من ذلك نجد بأن خطابات الضمان تعد من أعمال البنوك وتحكمها قواعد قانون التجارة دون أحكام القانون المدني، الطعن رقم 1988/94 تجاري جلسة 1989/1/23، المبادئ القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال أربعين عاماً، أبريل 2016، مجموعة القسم الثاني، المجلد الأول، ص 747. (29) ذهب البعض من الفقه إلى أن حق المستفيد على الخطاب حق شخصي، ومن ثم لا يجوز له التنازل عنه ولا يقبل التداول، إلا أن هذا الرأي منتقد؛ لأن شخصية المستفيد ليس لها اعتبار بالنسبة للبنك، ومع ذلك يبقى الرأي الراجح هو أن حق المستفيد على خطاب الضمان ذو طابع شخصي، ويؤيد المشرّع ذلك بنص المادة (384) تجاري كويتي: «لا يجوز للمستفيد التنازل للغير عن حقه الناشئ عن خطاب الضمان إلا بموافقة البنك»، لأن خطاب الضمان ليس ورقة تجارية، انظر: د. مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 323، حيث يرى أن خطاب الضمان يعتبر أداة ضمان، والضمان مرتبط بالاعتبار الشخصي، فإنه لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الوارد بخطاب الضمان إلا بموافقة البنك، وبشرط أن يكون البنك مأذوناً من قبل العميل الأمر.

(30) الأصل أن الكفيل وحده هو الذي يلتزم بعقد الكفالة بوفاء الدين للدائن في حالة عدم وفاء المدين الأصلي به، والدائن لا يلتزم بشيء، والكفالة المصرفية تبقى عقداً ملزماً لجانب واحد حتى لو التزم المدين بدفع مقابل للبنك الكفيل لأن المدين ليس طرفاً في الكفالة. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، في التأمينات الشخصية والعينية، مج 10، دار النهضة العربية، القاهرة، 1949، ص 25. د. عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 140.

4. كلاهما ينشئ علاقة بين ثلاثة أطراف، ففي خطاب الضمان نجدها بين العميل، والبنك الضامن، والمستفيد، وتضم الكفالة المصرفية عميل البنك أو الشخص المكفول (المدين) والكفيل وهو البنك أو المؤسسة المالية المصدرة للكفالة، والمستفيد (الدائن) بمبلغ الكفالة المصرفية.

الفرع الثاني

أوجه الاختلاف

يمكن حصر أوجه الاختلاف بين خطاب الضمان وبين الكفالة المصرفية في العناصر التالية:

1. يعتبر التزام الكفيل في عقد الكفالة التزاماً تبعياً، فالتزام الكفيل يتبع التزام المدين الأصلي في صحته وفي بطلانه، وحتى تكون الكفالة صحيحة وترتب التزاماً في ذمة الكفيل بضمنان الالتزام المكفول، يجب أن يكون هذا الالتزام الأخير في ذاته صحيحاً⁽³¹⁾. وفقاً للمادة (1/750) مدني كويتي، إذا كان الالتزام المكفول باطلاً أو قابلاً للإبطال كان التزام الكفيل بدوره باطلاً أو قابلاً للإبطال، يبطل بإبطال الالتزام الأصلي ويصح بإجازته، ولأن التزام الكفيل التزم تابع فإنه كما يبطل ببطلان الالتزام الأصلي فإنه ينقضي أيضاً بانقضائه، لذا تنص المادة (753) مدني كويتي على أن: «بيراً الكفيل ببراءة المدين، وبالتالي يسقط التزام الكفيل بمجرد وفاء المدين بالمدين». نخلص من ذلك، إلى أن التزام البنك الكفيل في عقد الكفالة المصرفية التزم تابع؛ لأن محله ضمان الوفاء بالالتزام الأصلي، ولذلك فإنه يتأثر بكل ما يؤثر في الالتزام الأصلي من حيث وجوده أو انقضائه أو صحته أو بطلانه، ومفاد ذلك أن الكفالة تدور وجوداً وعملاً مع الالتزام الأصلي. بناءً عليه، يستطيع البنك الكفيل أن يدفع ببطلان عقد الكفالة المصرفية لأي سبب من أسباب بطلانه، سواءً أكان باطلاً مطلقاً أم باطلاً نسبياً، فحينئذ يكون للبنك أن يتمسك ببطلان الكفالة المصرفية حتى يمكنه التخلص من تعهده.

فضلاً عن ذلك، يكون للكفيل المصرفي أن يتمسك ببراءة ذمته بقدر ما أضعاه الدائن بخطئه من الضمانات وفقاً للمادة (1/756) مدني كويتي، حيث تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضعاه الدائن بخطئه من التأمينات التي يقصد بها: «كل تأمين تم تخصيصه لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة»، وكذلك كل تأمين مقرر بحكم القانون، أما التزام البنك في خطاب الضمان فهو التزام مستقل عن التزام العميل الأمر الذي صدر الخطاب لضمانه؛ وينتج عن هذه الاستقلالية أن التزام البنك يعد التزاماً أساسياً

(31) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص 604.

ومستقلاً ولا يتأثر بصحة أو بطلان عقد الأساس الذي صدر بمناسبته⁽³²⁾، كما أن البنك في خطاب الضمان لا يعتبر نائباً عن عميله، بل هو يلتزم به بصفته أصيلاً⁽³³⁾.
2. في عقد الكفالة يجب على الدائن أن يرجع على المدين أولاً ويطالبه قضائياً، فإذا رجع على الكفيل أولاً كان للكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه إلا بعد رجوعه على المدين، كما لا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله، وذلك كله ما لم يكن الكفيل متضامناً مع المدين، المادة (760) مدني كويتي. ومفاد ذلك أنه يجوز للكفيل أن يدفع بدفعين هما: الأول الدفع بوجوب الرجوع أولاً على المدين، والثاني الدفع بالتجريد، فالدفع الأول يقدم عند مطالبة الدائن للكفيل، أما الدفع الثاني فيقدم عند التنفيذ على مال الكفيل⁽³⁴⁾.

وغني عن البيان أنه إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين، فإنه لا يكون له أن يدفع بوجوب الرجوع أولاً على المدين، ولا أن يوجب تجريد المدين من أمواله. ووفقاً لنص المادة (99) تجاري كويتي في الكفالة التجارية، يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين، والدائن مُخَيَّرٌ في المطالبة، إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل، ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبته للآخر، فبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر، وله أن يطالبهما معاً.

بناءً على ذلك، فإن الكفالة المصرفية تعد تضامنية، عملاً بقاعدة افتراض التضامن في المسائل التجارية، ولا يجوز للبنك الكفيل أن يدفع بتجريد المدين⁽³⁵⁾، في حين يتميز خطاب الضمان - وإن كان ضماناً في الواقع - باستقلاله قانوناً وبعده تماماً عن عقد الكفالة، فإذا كانت الكفالة تنشئ على الكفيل التزاماً تابعاً لالتزام الأصيل، فإن خطاب الضمان ينشئ على الضامن التزاماً مستقلاً ومنفصلاً عن الالتزام المكفول، وعن العقد الذي يربط الأمر بالبنك، ويترتب على هذا الاستقلال أنه لا يجوز للبنك الضامن أن يمتنع عن وفاء التزامه استناداً إلى سبب مستمد من عقده الأساس وعلاقته بالأمر لاستقلال العلاقات عن بعضها، وهذه روح خطاب الضمان، وما يفرق بينه وبين الكفالة التي ينظمها القانون المدني⁽³⁶⁾.

(32) د. راضية أمقران، مرجع سابق، ص 40. د. عادل علي المقدادي، عمليات البنوك وفقاً لقانون التجارة العماني، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2013، ص 196، وعلى الرغم من كون التزام البنك في خطاب الضمان مستقلاً عن عقد الأساس من الناحية القانونية، فإنه مع ذلك مرتبط به من الناحية الاقتصادية، انظر: د. علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 571.

(33) الطعانان 1 و 93/3 تجاري، جلسة 1993/6/27 مجموعة القسم الثالث، المجلد الأول، ص 906. وأيضاً: مج 9، أبريل 2016 (المبادئ)، ص 93.

(34) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ط 2014، ص 609، 610. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 139.

(35) د. مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 319.

(36) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 199. انظر: د. علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 570، بند 481، حيث يقرر أن هذه العلاقات لا تتداخل ولا يؤثر بعضها في البعض الآخر.

وبناء على استقلالية التزام البنك مصدر خطاب الضمان، يلتزم هذا الأخير بالوفاء للمستفيد بمجرد الطلب، ولا يحق له التمسك بالدفع المقررة للعميل والمستمدة من عقد الأساس للتخلص من التزامه الناشئ عن خطاب الضمان؛ لأن التزام البنك في خطاب الضمان التزام قطعي بات غير قابل للرجوع فيه، باستثناء حالتي الغش والتعسف.

إذاً الأصل في خطاب الضمان ألا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجية عنه، ولا على تحقق شرط ولا حلول أجل، ولا يُغيّر من ذلك أن يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد من الخطاب⁽³⁷⁾، وأحياناً تكون بعض خطابات الضمان مشروطة أو مبررة *justifiee Garantie* وهي التي يكون التزام البنك بدفع قيمتها معلقاً على تحقق شروط معينة تجعله تابعاً لالتزام العميل المضمون تجاه المستفيد، ومرتباً بعقد الأساس، مثلاً لقصور في تنفيذ عقد الأساس أو للتأخير، أو لعدم التنفيذ، وهذه الخطابات - كما يرى بعض الفقه⁽³⁸⁾ ليست خطابات ضمان بالمعنى الدقيق، بل هي في الحقيقة كفالة تسري عليها أحكام الكفالة المنصوص عليها في القانون المدني الكويتي⁽³⁹⁾، أما خطاب الضمان المستندي فهو يكون مصحوباً بمستند أو أكثر لقبول طلبه بتسييل الخطاب، كحكم محكمة أو حكم تحكيم، أو شهادة صادرة من مكتب هندسي تفيد عدم التنفيذ.

نخلص مما سبق إلى أنه يترتب على استقلال التزام البنك تجاه المستفيد النتائج الآتية:

1. لا يستطيع البنك أن يطلب من المستفيد الرجوع على العميل أولاً ومطالبته بالمبلغ المحدد في الخطاب، عكس الحال في الكفالة، كذلك لا يجوز للبنك أن يشترط لدفع قيمة الخطاب أن يرفق المستفيد (جهة الإدارة) إقراراً كتابياً يفيد أن العميل (مقدم العطاء) لم يف بالتزاماته؛ لأن هذه العبارة تجعل التزام البنك تابعاً لالتزام العميل.
2. يلتزم البنك بأن يدفع المبلغ المحدد في خطاب الضمان إلى المستفيد بغض النظر عن أية اعتراضات يبديها العميل، لذا فإن البنك لا يلزم بإخطار العميل قبل الدفع⁽⁴⁰⁾، ولكن إذا قام البنك بإخطار عميله وإن لم يكن له أثر على التزام البنك تجاه المستفيد، إلا أنها تسمح للعميل إذا كانت لديه أسباب جدية أن يطلب من المحكمة حجز مبلغ الضمان.

(37) الطعن رقم 1013 لسنة 50 ق، جلسة 1985/12/30. د. علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 592.

(38) د. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 325.

(39) وفقاً للمادة (16) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، يلتزم الكفيل/ المصدر بفحص المطالبة وأي مستندات مرفقة بها، وأن تكون هذه المستندات مطابقة ظاهرياً لشروط وأحكام التعهد.

(40) أكدت المادة (5) من القواعد الموحدة رقم (758) استقلالية الضمان والضمان المقابل، حيث أوضحت هذه الخاصية بالنسبة لعقد الأساس، وأن وجود إحالة في الضمان المقابل إلى عقد الأساس لا يؤثر في هذه الاستقلالية.

3. لا يستطيع البنك أن يتمسك تجاه المستفيد بالدفع التي له تجاه العميل والناشئة عن عقد خطاب الضمان، ولكن يجوز للبنك أن يتمسك تجاه المستفيد من الخطاب بالدفع المستمدة من علاقتهما الشخصية المباشرة، كما لو كان للبنك دين على المستفيد ويطلب المستفيد وفاء الخطاب، فيقيد قيمته في حسابه، ويجري بها قيدها عكسياً⁽⁴¹⁾.

ورغم وضوح أوجه الاختلاف بين خطابات الضمان والكفالات، إلا إنه يثور أحياناً التباس حول طبيعة الالتزام⁽⁴²⁾، ويحدث ذلك في حالة احتواء الخطاب على إحالة صريحة إلى عقد الأساس، وكما يرى بعض الفقه⁽⁴³⁾ - بحق - أنه لا يجب الوقوف عند المعنى الحرفي أو الظاهر للعبارة المستخدمة في نص الخطاب، إنما يجب البحث عن الإرادة الحقيقية والنية المشتركة للطرفين للتعرف على نوع الالتزام، ويتوقف حسن أداء هذه الضمانات المستقلة على دقة صياغتها ووضوحها، حتى تؤدي دورها على المستوى الدولي، وتؤدي أيضاً إلى تجنب تفسيرها من قبل المحاكم على أنها كفالات مصرفية⁽⁴⁴⁾، حيث يجب على الأطراف البعد عن الغموض في استخدام المصطلحات، ومحاولة الرجوع دائماً إلى تلك المصطلحات الواردة بالقواعد الجديدة رقم 758 لسنة 2010.

وأخيراً يلتزم البنك مصدر خطاب الضمان بتقديم النصح والإرشاد للعملاء، وجذب انتباههم للفرق بين الضمانات المستقلة التي هو بصدد الإقدام عليها وبين الكفالات العادية، ومخاطر هذه العملية والآثار المترتبة عليها وما هو مناسب له ولعملياته الائتمانية.

المطلب الثالث

الضمانات المصرفية والاعتمادات المستندية

تمثل الاعتمادات المستندية شريان الحياة للتجارة الدولية خاصة في البيوع البحرية، حيث تستعمل في تمويل التجارة الخارجية، كما تمثل الإطار الذي يحظى بالقبول من جانب سائر الأطراف المتعاملين في ميدان التجارة الدولية، بما يحفظ المصالح المتعارضة لهؤلاء الأطراف جميعاً من مصدريين ومستوردين، ومن ثم فإن الاعتماد المستندي يوفر الاطمئنان

(41) المرجع السابق.

(42) Alain Cerles, Le Cautionnement et la Banque, Revue Banque edition, Paris, 2004, p.29. فالأصل عدم جواز التمسك بالمقاصة من قبل البنك مصدر الخطاب عند الوفاء بقيمة الخطاب إلى المستفيد بما يكون له بذمة الأخير من دين.

(43) د. علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 134. كما وصفت محكمة النقض المصرية التزام البنك الضامن بأنه التزام حرفي أو شكلي، وعبارات الخطاب هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يتم الدفع بمقتضاها، منشور في بحث عبد الرحمن يعيش، مرجع سابق، ص 35.

(44) Regles uniformes de la chambre de commerce internationale (icc) relative aux garanties sur demande et formulaires' type revision 2010.

للطرفين⁽⁴⁵⁾، فبالنسبة للمصدر يكون لديه الضمان بواسطة الاعتماد المستندي بأنه سوف يقبض قيمة البضائع التي يكون قد تعاقد على تصديرها، وذلك فور تقديم المستندات المطابقة لشروط الاعتماد إلى البنك الذي يكون قد أبلغه بورود الاعتماد، وبالنسبة للمستورد، فإنه يضمن كذلك أن البنك فاتح الاعتماد لن يقوم بوفاء قيمة البضاعة المتعاقد على استيرادها، إلا بتقديم المستندات المطابقة لشروط الاعتماد المستندي المفتوح لديه⁽⁴⁶⁾.

ويعرف الاعتماد المستندي وفق قواعد الممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية نشرة رقم 600ucp بأنه: «أي ترتيب مهما كان اسمه أو وصفه، يكون غير قابل للنقض، وبالتالي يشكل تعهداً محدداً من المصرف المصدر وفاء بتقديم مقابل»⁽⁴⁷⁾.

إذاً يمكن القول بأن الاعتماد المستندي هو عبارة عن تعهد يصدره المصرف⁽⁴⁸⁾ بناء على طلب فاتح الاعتماد، وهو في العادة المشتري في عقد البيع التجاري الدولي، لمصلحة شخص ثالث وهو المستفيد الذي يكون عادة البائع، يلتزم بموجبه المصرف مصدر الاعتماد بقيمة هذا الاعتماد، أو يقوم بناءً على العلاقات المصرفية التي تربطه مع مصرف آخر بتفويض الأخير بالوفاء عن طريق الدفع بالاطلاع أو بالتعهد بالدفع الآجل، والدفع بتاريخ الاستحقاق أو بقبول السحب المسحوب من قبل المستفيد، ودفعه في تاريخ الاستحقاق مقابل قيام المستفيد بتقديم مستندات مطابقة لما هو منصوص عليه في شروط الاعتماد، وخلال الفترة المحددة المتفق عليها.

يتضح مما تقدم أن أطراف الاعتماد هم:

1. عميل البنك الأمر بفتح الاعتماد، وهو مشتري أو مستورد البضاعة والمدين بالثمن.

(45) د. عبد الفضيل محمد أحمد، العقود التجارية وعمليات البنوك في القانون الكويتي، ط 1، دار العلم للنشر، الكويت، 2008، ص 302. وتم إطلاق هذه التسمية على الاعتماد المستندي استناداً للمستندات المرافقة له، والتي تعتبر الأداة الوحيدة التي يتم التعامل بها بين أطرافه، وحياسة البضاعة تكون للطرف الذي يحوز المستندات التي تمثلها. د. مصطفى كمال طه ود. علي البارودي، القانون التجاري: الأوراق التجارية - الإفلاس - العقود التجارية - عمليات البنوك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ص 655.

(46) يلتزم البنك فاتح الاعتماد بالتحقق من مطابقة المستندات لتعليمات العميل الأمر بفتح الاعتماد، الطعانان: 159 و190 تجاري، جلسة 1992/2/16 مجموعة القسم الثالث، منشور بالمبادئ القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال أربعين عاماً، مج 9، أبريل 2016، ص 90.

(47) د. جمال عبد الكريم العساف، الاعتمادات المستندية في ظل قواعد الممارسات والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، سلطات، المغرب، مارس 2018. وقد أوضحت المادة (3/341) تجاري مصري ذلك بقولها: «تسري فيما لم يرد في شأنه نص خاص في هذا الفرع القواعد الواردة بالأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة من غرفة التجارة الدولية»، يعني ذلك أن هذه القواعد تعد أحد المصادر الواجبة التطبيق في حالة عدم وجود نص في قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 والمتعلقة بالاعتمادات المستندية.

(48) الطعان رقم 549/2001، جلسة 2001/1/27، مجموعة القسم الرابع، المجلد الخامس، المبادئ القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال أربعين عاماً، أبريل 2016، ص 88.

2. البنك مُصدر الاعتماد، وهو الذي يفتح الاعتماد لصالح بائع أو مصدر البضاعة بناءً على اتفاق بينه وبين العميل المشتري.
3. المستفيد من الاعتماد، وهو الذي يرتبط مع العميل الأمر بعقد بيع يكون هو فيه البائع أو المصدر الدائن بالثمن.
4. وقد يكون هناك بنك مراسل إذا كان للبنك المصدر للاعتماد بنك مراسل في بلد البائع يتولى إبلاغه بالاعتماد بدلاً من قيام البنك المصدر بالإبلاغ مباشرة، وقد لا يتولى البنك المراسل إبلاغ المستفيد البائع مباشرة، وإنما يقوم بتبليغ بنك ثالث يتعامل معه هذا المستفيد⁽⁴⁹⁾، وورد تعريف الاعتماد المستندي بالمادة (367) تجاري كويتي والمادة (341) من قانون التجارة المصري بأنه: «عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناءً على طلب أحد عملائه (الأمر بفتح الاعتماد) لصالح شخص آخر (المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل»⁽⁵⁰⁾.

الفرع الأول

أوجه التشابه بين خطاب الضمان المصرفي والاعتمادات المستندية

1. تُعد الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان تقنيات ناشئة عن احتياجات التجارة الدولية، وتهدف كل منهما إلى سد فجوة عدم الثقة بين الطرفين، كما أنهما يمثلان علاقة قانونية ثلاثية الأطراف: البنك الضامن، العميل الأمر، والمستفيد⁽⁵¹⁾.
2. التزام البنك الضامن في كل منهما أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد الأساس، ويبقى البنك أجنبياً عن هذا العقد، وكما يرى بعض الفقه⁽⁵²⁾ فإن التزام البنك بخطاب الضمان يشبه تماماً التزام البنك في مواجهة البائع المستفيد في عملية فتح الاعتماد المستندي، ودور البنك في الاعتماد المستندي هو دور الحكم أو المشرف على العملية بين الطرفين⁽⁵³⁾، كما نجد الاستقلالية في كل منهما، حيث إن التزام البنك فيهما نهائي ومستقل عن باقي العلاقات، بحيث يبقى هذا الالتزام قائماً حتى لو أبطل عقد

(49) د. عبد الفضيل محمد أحمد - العقود التجارية، مرجع سابق، ص 302.

(50) أكد ذلك الطعن رقم 2001/549 تجاري جلسة 2001/1/27، مجموعة القسم الرابع، المجلد الخامس، ص 638.

(51) د. عبد الفضيل محمد أحمد، العقود التجارية، مرجع سابق، ص 276.

(52) د. علي البارودي، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 398.

(53) تنص المادة (2/367) تجاري كويتي على أنه: «يعتبر عقد الاعتماد المستندي مستقلاً عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه، ويبقى البنك أجنبياً عن هذا العقد»، ومع ذلك وفقاً للرأي الراجح من الفقه، فإن هذا لا ينفي ارتباط العقد من الناحية الاقتصادية والواقعية. د. عبد الفضيل محمد أحمد، العقود التجارية، مرجع سابق، ص 246.

الأساس⁽⁵⁴⁾، فلا يستطيع البنك التحلل من التزامه بوفاء قيمة الاعتماد في مواجهة المستفيد استناداً إلى دفع مستمدة من علاقة البائع والمشتري التعاقدية الناشئة عن عقد البيع الدولي⁽⁵⁵⁾.

3. يتحدد نطاق التزام البنك في كل منهما وفقاً لصياغة كل من خطاب الضمان وخطاب الاعتماد، وذلك دون النظر إلى غيرها أو الرجوع لعقد الأساس.

الفرع الثاني

أوجه الاختلاف بين خطابات الضمان والاعتمادات المستندية

1. يكمن الاختلاف بين خطاب الاعتماد المستندي وخطاب الضمان، في أن خطاب الاعتماد يصدر بمناسبة التعاقد على بضائع، ولا يتم دفع قيمته إلا بعد تقديم المستندات المطلوبة، في حين أن خطاب الضمان يصدر بمناسبة التزام يقع على عاتق العميل الأمر، والبنك يقوم بضمان تنفيذ هذا الالتزام بدفع قيمة الخطاب إذا ما طلبه المستفيد. ولكن قد يقع أحياناً الخلط بين خطاب الاعتماد المستندي وخطابات الضمان فيما يعرف بخطابات الاعتماد الضامنة التي ظهرت في الولايات المتحدة الأمريكية، وتتشابه مع خطابات الضمان المصرفية، وهي اعتمادات تسمح بضمان الدفع أو الوفاء من خلال الوفاء بالكمبيالة المسحوبة، أو تسديد الاعتماد المصرفي، أو الدفع عند تسليم البضائع إذا لم يف العميل بما عليه، فللمستفيد أن يقتضي حقه من البنك الذي يضمن التعهد بالدفع.

2. يكون المستفيد في الاعتماد المستندي هو المصدر/ البائع، أما المستفيد في خطاب الضمان فهو المشتري أو المستورد.

3. لا يستحق الاعتماد المستندي فوراً وبمجرد الطلب كما هو الحال في خطاب الضمان، وإنما يتوقف الوفاء به على تقديم المستندات المتفق عليها، حيث تعتبر المستندات في الاعتماد المستندي عنصراً أساسياً لا تتم العملية من دونه، وتسمى بالشكلية⁽⁵⁶⁾.

4. كما يتميز خطاب الضمان عن خطاب الاعتماد المستندي من حيث طبيعة الواقعة التي تؤدي إلى استحقاق وفاء كل منهما، ففي الاعتماد المستندي يلتزم البنك بوفاء قيمة الاعتماد إذا قدم المستفيد المستندات المطلوبة، وكانت هذه المستندات مطابقة

(54) الطعن رقم 97/2 تجاري، جلسة 1980/5/21، مجموعة القسم الأول، مج 1، المبادئ القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال أربعين عاماً، أبريل 2016، ص 89.

(55) جورجيت صبحي قليني، مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 118.

(56) الطعان 159، 190 تجاري، جلسة 1992/2/16، مجموعة القسم الثالث، المبادئ القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال أربعين عاماً، مج 9، أبريل 2016، ص 90.

لشروط الاعتماد، وحيث إن المستندات المطلوبة في الاعتماد وهي مستندات الشحن التي تثبت أن المستفيد قام بشحن البضاعة المطلوبة، فإن الواقعة التي تجعل وفاء الاعتماد مستحقاً هي واقعة إيجابية تثبت تنفيذ المستفيد للعقد الأساسي، أما في خطاب الضمان فإن التزام البنك يقوم على واقعة سلبية تفيد عدم تنفيذ العميل الأمر لالتزاماته، ويعبر عن ذلك بعض الفقه⁽⁵⁷⁾ بقوله: «إن بينهما فارقاً كبيراً، ويرجع في الأصل إلى أن الاعتماد المستندي لا ينفذ إلا نظير مستندات تؤكد في الظاهر تنفيذ عقد الأساس، أما الضمان فهو يستحق بمجردده وبالرغم من أي شيء ولدى الطلب».

(57) د. علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 255.

المبحث الأول

التنظيم القانوني لخطابات الضمان

تضطلع خطابات الضمان بدور فعال في الحياة الاقتصادية بما توفره من ائتمان خاصة في مجال المقاولات وأعمال التوريد؛ لذا تقوم البنوك التجارية بإصدار هذه الخطابات لصالح عملائها ضماناً لهم لدى الجهة الإدارية التي تتعاقد معهم لتنفيذ هذه الأعمال.

وتبدو أهمية هذا النوع من خطابات الضمان أو ما يسمى بضمانات العطاءات في أنه يتلزم مع العقود الإدارية وتحديدًا فيما يتعلق بعمليات المناقصات التي تطرحها الجهات الحكومية، والتي تشتت على كل من يتقدم للعطاء أو الممارس أو المزايد للدخول في المناقصة أو المزايدة أن يضمن عرضه خطاب ضمان بنسبة معينة من قيمة أسعار العطاء المطروح. وقد أوضح ذلك د. محسن شفيق⁽⁵⁸⁾ بقوله: «إنه جرى العمل عند تنفيذ المشروعات الكبرى أن يشترط صاحب المشروع على المتعهد بتنفيذه تقديم تأمين لضمان التنفيذ وفقاً للمواصفات وفي المواعيد التي تم عليها الاتفاق، وبالمثل كثيراً ما يشترط في عقود التوريد تقديم تأمين من جانب المتعهد لضمان تنفيذ الالتزامات التي يفرضها عليه عقد التوريد».

والأصل أن التأمين يقدم نقداً، بيد أن التأمين النقدي كثيراً ما يكون مرهقاً للمتعاقد (المقاول أو المتعهد بالتوريد)، إذ قد يعجز عن تدبير مبلغ التأمين، فيفلس المشروع من يده، ويضيع عليه الكسب المأمول منه، وإذا فرض واستطاع المتعاقد تدبير مبلغ التأمين فإن تقديمه يترتب عليه تجميده وتعطيله في وقت يكون فيه في أشد الحاجة إليه للصرف على المشروع الذي يقوم بتنفيذه، ولا شك في أن صاحب المشروع لا يعارض في إعفاء المتعاقد من تقديم التأمين النقدي لو استطاع المتعاقد تقديم تأمين آخر يقوم مقامه ويعادله في القوة، وهنا تبرز الحكمة التي يمكن أن تؤديها البنوك لرجال الأعمال الذين يقومون بتنفيذ المشروعات الكبرى التي يشترط فيها تقديم التأمين، إذ يتولى البنك ضمان هؤلاء الأشخاص، ويفرغ البنك الضمان في خطاب يرسله - بناء على طلب عميله - إلى صاحب المشروع يبلغه فيه أنه يتعهد بدفع مبلغ التأمين متى طلبه خلال مدة معينة، وذلك على الرغم من أية معارضة من جانب العميل، ويطلق على هذا الخطاب اسم (خطاب الضمان)⁽⁵⁹⁾.

ويشترط في مقدم العطاء في المناقصة العامة أو المحدودة أو في حالات الممارسة والتعاقد المباشر وفقاً لأحكام قانون رقم 1 لسنة 2016 بشأن الشركات التجارية، والمادة (31) من قانون المناقصات العامة ما يلي:

(58) د. محسن شفيق، القانون التجاري، ج 3، طبعة 1968/67، دون ناشر، دون بلد نشر، بند رقم 547، ص 441. وأيضاً:

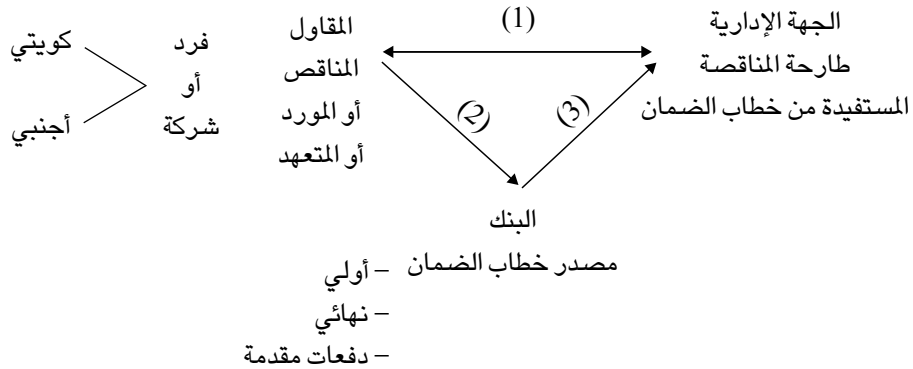
Les cautions et les garanties bancaires internationales 4 janvier 2011، in wiki memoires.
(59) أحياناً تعطي الجهة طارحة المناقصة للمقاول آلات أو معدات لإنجاز العملية المهدود إليه بها، وتطلب منه خطاب ضمان الأشياء المعطاة له، وتهدف إلى ضمان ردها بحالتها عند الانتهاء من العملية.

أ- أن يكون كويتيياً - فرداً أو شركة - مقيداً في السجل التجاري⁽⁶⁰⁾.

ب- أن يكون مسجلاً في سجل الموردين أو المقاولين أو حسب طبيعة المناقصة أو الممارسة أو التعاقد المباشر، ويجوز أن يكون مقدم العطاء أجنبياً، بل ويجوز أن يكون الطرح مقتصرًا على الشركات الأجنبية حال طلبت الجهة العامة طارحة المناقصة لتنفيذ أعمال تتطلب تخصصات تقنية لا تتوفر في السوق المحلي، وفقاً لأحكام القانون رقم 116 لسنة 2013 بشأن تشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر.

يُستفاد مما سبق أن قانون المناقصات الجديد أجاز أن يكون مقدم العطاء شركة أجنبية ودون وكيل محلي كويتي؛ ويهدف المشرع من وراء ذلك إلى جذب الشركات الأجنبية المتقدمة تكنولوجياً والاستفادة من خبراتها⁽⁶¹⁾.

ويمكن لنا أن نتصور العلاقات الناشئة عن ضمانات العطاءات وأليتها في المناقصات العامة على النحو التالي:



شرح العلاقات

وسنحاول بيان ضمانات العطاءات وفقاً لكل مرحلة من مراحل تنفيذ العقد الإداري. تضم العملية أطرافاً ثلاثة هم:

- **العميل:** وهو المقاول الذي يتقدم بطلب خطاب الضمان.

(60) طبقاً للقرار رقم 52 لسنة 1982 بشأن السماح لمواطني دول مجلس التعاون الخليجي أنه: «يجوز لمواطني هذه الدول من اولة النشاط الاقتصادي، ويخضعون في هذا الصدد إلى الشروط ذاتها الواجب توافرها في المواطن الكويتي». انظر: فتوى رقم 83/379/2 بتاريخ 1983/2/21. فتاوى إدارة الفتوى والتشريع المتعلقة بالعقود الإدارية والمناقصات في دولة الكويت، 2012، ص 473.

(61) قارن مع ذلك نص المادة (5) من قانون المناقصات القديم رقم 37 لسنة 1964 التي أجازت أن يكون مقدم العطاء أجنبياً، بشرط أن يكون له شريك كويتي، وموافقة لجنة المناقصات المركزية، وبالتالي يخالف تماماً أهداف القانون الجديد.

- **البنك:** وهو الذي يصدر خطاب الضمان.
- **المستفيد:** وهو الجهة الحكومية المتعاقدة مع المقاول، والتي يصدر خطاب الضمان لصالحها.

تفسير الرسم

يتضح من هذا الرسم البياني أن هناك ثلاث علاقات مستقلة تنشأ من ضمانات العطاءات وهي:

العلاقة الأولى: تتم بين الجهة الإدارية صاحبة الشأن (طارحة المناقصة)، والمقاول أو المورد أو المتعهد سواء أكان فراداً أم شركة، وتوقيع العقد بينهما عند فوز المناقص.

العلاقة الثانية: وتتم بين العميل الأمر (المناقص) والبنك، ويحكمها عقد الاعتماد بالضمان أو عقد الاعتماد بالتوقيع.

العلاقة الثالثة: تتم بين البنك والجهة الإدارية المستفيدة، ويحكمها خطاب الضمان. وتطبيقاً لذلك، لا يجوز للبنك أن يتخلص من مطالبة المستفيد بمبلغ الضمان بانقضاء عقد فتح الاعتماد المبرم بينه وبين العميل الأمر أو فسخه أو بطلانه. وأيضاً لا يجوز للعميل الأمر أن يعترض على وفاء البنك للمستفيد بدعوى انقضاء عقد المقاول أو فسخه أو بطلانه.

المطلب الأول

التأمين الأولي (التأمين الابتدائي)

سنتناول هذا المطلب من خلال ثلاثة فروع نستعرض فيها تعريف التأمين، وشروطه وإجراءاته، وحالات رده كالتالي:

الفرع الأول

تعريف التأمين الأولي وأهميته

يطلق عليه خطاب ضمان دخول المناقصة أو التأمين المؤقت أو الابتدائي، وقد أوجبت المادة (27) من قانون المناقصات الملغى رقم 37 لسنة 1964 في شأن المناقصات العامة على المناقص أن يودع مع عطاءه مرفقاً بصيغة المناقصة التأمين الأولي في صورة شيك مصدق أو كتاب ضمان من بنك محلي أو من شركة تأمين معتمدة من بنك محلي. كما نصت الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه: «يجب أن يكون التأمين صالحاً لمدة سريان العطاء، ولا تقبل التأمينات النقدية ولا الشيكات غير المصدقة»⁽⁶²⁾.

(62) حكم محكمة التمييز، جلسة 1998/3/9 في الطعن رقم 1996/5/9، مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية في أربعين عاماً، مج 1، (إبرام العقد)، ص 65. وأيضاً: فتوى رقم 2241/2 بتاريخ 1975/6/16. أحمد منصور ونجوى بكر، موسوعة المناقصات: دراسة عملية تفصيلية لنصوص قانون المناقصات العامة والنصوص المرتبطة به في ضوء فتاوى إدارة الفتوى والتشريع وأحكام القضاء بدولة الكويت، مشرف للتجارة والمقاولات، 2004، ص 382.

ونصت المادة (45) من قانون المناقصات الكويتي الجديد رقم 49 لسنة 2016 على أنه: «يجب أن يكون العطاء مصحوباً بالتأمين الأولي، وإذا كانت المناقصة وفقاً لنظام العرضين الفني والمالي، يجب على المناقص أن يرفق مع عطاءه الفني⁽⁶³⁾ التأمين الأولي المنصوص عليه في شروط المناقصة المعلنة، ويكون هذا التأمين بشيك مصدق أو خطاب ضمان من بنك معتمد لدى دولة الكويت، وصادر باسم مقدم العطاء ولصالح الجهاز وغير مقترن بأي قيد أو شرط، ولا يلتفت إلى العطاءات غير المصحوبة بهذا التأمين حتى وإن كانت مقبولة فنياً، ويجب أن يكون التأمين صالحاً لمدة سريان العطاء، وتحدد اللائحة التنفيذية الشروط والأوضاع الخاصة بالتأمين الأولي، والإجراءات الواجب اتباعها بشأنه».

ويبدو لنا من خلال سرد هذا النص بعض الملاحظات:

أ- يهدف التأمين الأولي إلى ضمان جدية العطاء، وحتى لا يسهل على مقدم العطاء العدول عن هذا العطاء أو سحبه أو التعديل فيه بما يتنافى مع مصلحة جهة الإدارة صاحبة الشأن⁽⁶⁴⁾.

ب- إن من شروط قبول العطاء من مقدم العطاء أن يكون مصحوباً بالتأمين الأولي، وأن يكون التأمين بشيك مصدق أو خطاب ضمان من بنك معتمد، ويكون صالحاً لمدة سريان العطاء، وإلا كان للجهة صاحبة الشأن أن تستبعد العطاءات غير المصحوبة بهذا التأمين.

ج- عدم جواز اقتران التأمين الأولي بأي قيد أو شرط، يعني ذلك أن الجهة صاحبة الشأن يجوز لها أن ترفض العطاء في حالة تقديم كفالة مصرفية مع العطاء؛ لأن

أيضاً تنص المادة (17) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 على أنه: «يجب أن يؤدي مع كل عطاء تأمين مؤقت تحدد الجهة الإدارية مبلغه ضمن شروط الإعلان بما لا يجاوز 2% من القيمة التقديرية، ويستبعد كل عطاء غير مصحوب بكامل هذا المبلغ. انظر: محمد علي سكيكر، موسوعة المناقصات والمزايدات بشأن الجهات الحكومية وشركات قطاع الأعمال العام في مصر والدول العربية، دون سنة طباعة، ص 274.

(63) يطلق عليها الفقه الفرنسي:

Garantie d'adjudication ou garantie d'offre – lesguillons in les cautions et les garanties bancaire internationales.

انظر: أساليب التعاقد في قانون المناقصات الجديد المادة (13)، الفصل الثاني.
(64) انظر: الطعن 2003/161 إداري، جلسة 2004/3/29، القسم الخامس، المجلد الثامن، المبادئ القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال أربعين عاماً، ص 426.
كما يقول بعض الفقه الفرنسي لمعرفة مدى مصداقية مقدم العطاء:

La credibilite du soumissionnaire in les cautions et les garanties bancaires internationales.

وانظر أيضاً: فتحي عطية السيد مصطفى، الحلول العملية لمشكلات المناقصات والمزايدات الناشئة عن تطبيق القانون رقم 89 لسنة 1998 وتعديلاته، ط 9، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص 313.
وأيضاً: د. محمد حسين طليان، مرجع سابق، ص 65.

الكفالات معلقة على شرط، والتزام البنك يكون التزاماً تبعياً⁽⁶⁵⁾.

الفرع الثاني

شروط وإجراءات التأمين الأولي وفقاً لللائحة التنفيذية

تنص المادة (30) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات العامة رقم 49 لسنة 2016 على شروط وإجراءات التأمين الأولي على النحو التالي:

(1) تحدد الجهة المختصة بالشراء مبلغ التأمين الأولي، ويدرج ضمن شروط المناقصة، وذلك بما لا يقل عن 1% ولا يجاوز 5% من إجمالي القيمة التقديرية للمناقصة، ويستبعد كل عطاء غير مصحوب بكامل التأمين المطلوب⁽⁶⁶⁾.

(2) يجب أن يكون التأمين الأولي بشيك مصدق أو خطاب ضمان من بنك معتمد لدى الكويت، صادر باسم مقدم العطاء ولصالح الجهة صاحبة الشأن، وغير مقترن بأي قيد أو شرط أو تحفظ، وغير قابل للرجوع فيه، ولا يلتفت إلى العطاءات غير المصحوبة بهذا التأمين وإن كانت مقبولة فنياً، ويجب أن يكون التأمين صالحاً لمدة سريان العطاء.

(3) لا يجوز للمناقص سحب التأمين الأولي إلا بعد مرور 90 يوماً من تاريخ إقفال المناقصة، أو عند توقيع العقد ما لم يتم إلغاء المناقص⁽⁶⁷⁾.

ويرى بعض الفقه⁽⁶⁸⁾ أن المشرع الكويتي يرتب جزاء «البطلان» في حالة تخلف المناقص عن تقديم التأمين الأولي، ويهدف المشرع من وراء ذلك إلى التأكد من ضمان جدية المناقص

(65) فتحي عطية السيد مصطفى، مرجع سابق، ص 316. د. عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 95.

(66) إذا تطلبت شروط طرح المناقصات عرضاً فنياً وعرضاً مالياً، يجب النص على أن تقدم العطاءات في مظروفين مغلقين أحدهما للعرض الفني والآخر للعرض المالي، ويكون التأمين الأولي مرفقاً بالمظروف الفني، (المادة 28 من اللائحة التنفيذية للقانون الجديد).

(67) يجب أن يظل التأمين الأولي صالحاً للصرف طوال مدة 90 يوماً من تاريخ فتح المناقصة، اعتباراً من تاريخ تصدير العطاء إلى نهاية مدة سريانه، انظر: مجموعة المبادئ التي قررتها إدارة الفتوى خلال عشر سنوات من 1960/9/15 حتى 1970/9/14، المبدأ رقم 264.

(68) د. فؤاد نصر الله عوض، عملية الأسس والأساليب العامة لتكوين العقود الإدارية للمناقصات العامة، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017، ص 477 - 478، لكن تذهب بعض أحكام القضاء المصري إلى أن إيداع التأمين المؤقت (الأولي) من مقدم العطاء في الوقت المحدد شرط أساسي للنظر في عطائه، وهذا الشرط مقرر للصالح العام، دون ترتيب جزاء البطلان على مخالفته إذا ما اطمأنت جهة الإدارة إلى ملاءة مقدم العطاء، حكم رقم 4/288 (1959/5/9)، 1252/109/4، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا المصرية في العقود الإدارية في أربعين عاماً، الصادر من مجلس الدولة، المكتب الفني من أول أكتوبر سنة 1955 حتى آخر سبتمبر 1995، ص 220.

واستعداده للاستمرار طوال فترة مدة التأمين الأولي، وأن تستمر صلاحية التأمين لمدة 90 يوماً من تاريخ فض مظاريف العطاءات. وي طرح السؤال الآتي نفسه، ما مصير التأمين الأولي في حالة إرساء المناقصة على المناقص، وتوقيع العقد مع جهة الإدارة طارحة المناقصة؟ سنحاول الإجابة عن هذا السؤال في الفرع التالي.

الفرع الثالث

حالات رد التأمين الأولي ومصادره

أولاً- حالات رد التأمين الأولي

أوضحت المادة (69) من قانون المناقصات الجديد حالات رد التأمين الأولي، حيث نصت على أنه: «عندما يقوم المناقص الذي ترسو عليه المناقصة بتقديم التأمين النهائي وتوقيع العقد يرد إليه التأمين الأولي، كما ترد التأمينات الأولية لأصحابها من المناقصين الذين لم ترس عليهم المناقصة»، يتضح من نص المادة المذكورة ما يلي:

1. يرد التأمين الأولي للمناقص الذي لم ترس عليه المناقصة⁽⁶⁹⁾.
2. يرد التأمين الأولي للمناقص الذي قدم التأمين النهائي وقام بتوقيع العقد.

ثانياً- حالات مصادرة التأمين الأولي

إذا تخلف المناقص الفائز عن توقيع العقد في الميعاد المحدد له، أو عن تقديم التأمين النهائي، أو انسحب لأي سبب آخر في أي مرحلة من مراحل المناقصة، خسر تأمينه الأولي، فضلاً عن توقيع أي جزء آخر يفرضه المجلس⁽⁷⁰⁾ وفقاً لأحكام هذا القانون، المادة (66) من القانون رقم 49 لسنة 2016⁽⁷¹⁾.

(69) توجب الفقرة الأخيرة من المادة (17) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 على جهة الإدارة أن ترد التأمين المؤقت إلى أصحاب العطاءات غير المقبولة، دون توقف على طلب منهم، وذلك فور انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء. لمزيد من التفصيل انظر: محمد على سكيكر، مرجع سابق، ص 274.

(70) يقصد بالمجلس: مجلس إدارة الجهاز المركزي للمناقصات العامة، المادة (1) من القانون رقم 49 لسنة 2016.

(71) كما نصت أيضاً المادة (38) من التعميم رقم 2 لسنة 2017 الصادر عن وزارة المالية الكويتية بشأن نظم الشراء للجهات العامة على أنه: «عندما يقوم من رست عليه الممارسة بتقديم التأمين النهائي وتوقيع العقد يرد إليه التأمين الأولي الذي أداه، كما ترد التأمينات الأولية لأصحابها من الممارسين الذين لم ترس عليهم الممارسة. وأضافت المادة (40) من ذات التعميم أنه: «يرد التأمين الأولي للموردين/ المتعهدين/ المقاولين أصحاب العطاءات غير المقبولة دون الحاجة إلى تقديم طلبات منهم، وذلك بمجرد انتهاء مدة سريان العطاء، أو قبل ذلك إذا تم تحصيل التأمين النهائي من صاحب العطاء الفائز وتوقيع العقد. وأكد ذلك المبدأ رقم 955 من مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع، حيث ينص على أنه: «إذا تخلف من أرسيت عليه المزايدة عن التقدم لتوقيع العقد أو تقديم التأمين النهائي في الموعد المحدد اعتبر منسحباً من المزايدة ويصادر التأمين الابتدائي المقدم منه...»، وفي جميع الأحوال يلتزم

يتضح من سياق نص المادة المذكورة من قانون المناقصات، أن المناقص الفائز يخسر تأمينه الأولي في الحالات الآتية:

(أ) إذا لم يتم من رسا العطاء عليه بتقديم ضمان حسن الأداء (التأمين النهائي) خلال مدة إخطاره بقبول عطاءه.

(ب) إذا سحب مقدم العطاء عطاءه بعد قيام الجهة المختصة بفتح المظاريف.

(ج) في حالة رفض المناقص تمديد مدة سريان التأمين الأولي، رغم إخطاره بتمديد مدة سريان العطاء⁽⁷²⁾.

(د) في حالة فسخ العقد، وفي حالة تنفيذه على حساب المتعاقد بسبب ارتكابه خطأً جسيمة⁽⁷³⁾.

وأضاف التشريع الاتحادي بدولة الإمارات العربية المتحدة سبباً آخر لمصادرة التأمين الأولي وهو حالة عدول مقدم العطاء (مورد أو مقاول ...) عن عطاءه بعد فتح المظاريف، وتأخره في استكمال أو أداء التأمين النهائي خلال 14 يوماً من تاريخ إخطاره كتابياً أو إلكترونياً بقبول عطاءه، فإنه يحق للجهة الإدارية مصادرة التأمين الأولي، وتوقيع غرامة بنسبة 10% من قيمة المواد أو الخدمات أو الأعمال كمصاريف إدارية، وذلك دون الإخلال بحق الجهة الاتحادية المعنية في مطالبته بالتعويض المناسب عن أية خسارة تلحقها⁽⁷⁴⁾.

المزايد بتعويض الوزارة عن كافة الأضرار التي لحقتها نتيجة لإلغاء المزايدة أو ترسيبها على المزايد التالي له في السعر. فتوى رقم 3350 في 2000/10/4، مرجع رقم 2000/321/2 منشور بموسوعة المناقصات، أحمد منصور، ونجوى بكر، طبعة 2004، ص50، والحكم نفسه بالنسبة للممارسة: «إذا تخلف الممارس الفائز (المتعهد) عن التقديم لتوقيع العقد في الميعاد المحدد، أو عن تقديم التأمين النهائي أو انسحب لأي سبب، فإنه يخسر تأمينه الأولي. انظر: الطعن رقم 519 السنة القضائية رقم 1996 بتاريخ 1998/3/9، أحكام التمييز الكويتية.

وجدير بالذكر أنه يجوز للجهات العامة التي تسري عليها أحكام هذا القانون أن تتعاقد لأي غرض من الأغراض المنصوص عليها في هذا القانون دون إذن من الجهاز وبالطريقة المناسبة ووفقاً للتعاميم التي تصدرها وزارة المالية، حسب احتياجات الجهة صاحبة الشأن إذا لم تزد قيمة التعاقد على 75.000 د.ك، (المادة (19) من القانون رقم 49 لسنة 2016)، يعني ذلك أن التعاميم التي تصدرها وزارة المالية تطبق بالنسبة للتعاقدات التي لا تزيد قيمتها عن 75.000 د.ك.

(72) المذكرة الإيضاحية للمادة (66) من قانون المناقصات الجديد رقم 49 لسنة 2016.

(73) د. موسى مصطفى شحادة، الجزاءات المالية في نطاق العقود الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 3 لسنة 2018، ص229.

(74) الطعن بالتمييز رقم 519 السنة القضائية رقم 1996، بتاريخ 1998/03/09، وتتلخص وقائع الدعوى في أن الطاعنة أخطرت المطعون ضدها بالحضور للتوقيع على العقد النهائي في خلال مدة التسعين يوماً، إلا أن المطعون ضدها تخلف عن ذلك، وقامت بسحب التأمين الأولي مما يعد انسحاباً منها من الممارسة دون عذر مقبول، بما يترتب عليه فقدها لذلك التأمين، وبما يحق لجهة الإدارة مصادرته إعمالاً لحكم المادة (55) من قانون المناقصات العام رقم 1964/37.

ويستفاد مما سبق أنه يحق لجهة الإدارة ولمجلس إدارة الجهاز المركزي للمناقصات العامة مصادرة التأمين الأولي، إذا تخلف المناقص أو المزايد أو الممارس عن إتمام إجراءات التعاقد في المدة المحددة مباشرة دون اللجوء إلى اتخاذ أي إجراء قضائي.

المطلب الثاني التأمين النهائي

يتضمن هذا المطلب ثلاثة فروع هي:

الفرع الأول

مفهوم وأهداف التأمين النهائي

الأصل في القواعد العامة وفقاً للمادة (666) مدني كويتي التزام المقاول بإنجاز العمل طبقاً للشروط الواردة في عقد المقاولة، وفي المدة المتفق عليها، ووفقاً للأصول المتعارف عليها، وطبيعة العمل وعرف الحرفة، وفي مجال ضمانات العطاءات تطلب الجهة الإدارية صاحبة الشأن من المناقص تقديم تأمين نهائي في شكل خطاب ضمان أو ضمان حسن التنفيذ للأعمال موضوع العقد الإداري؛ ويهدف خطاب الضمان أو التأمين النهائي إلى ضمان تنفيذ العقد الإداري⁽⁷⁵⁾ ويتعين لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية، وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة لروابط القانون الخاص⁽⁷⁶⁾.

والنص في العقد الإداري على التزام المتعاقد بتقديم تأمين نهائي «كفالة الإنجاز»، إنما هو من الشروط التي يتميز بها العقد الإداري عن سائر العقود، ذلك أنه يستهدف كأصل عام ضمان تنفيذ العقد على الوجه المتفق عليه، إضافة إلى كفالة حصول جهة الإدارة على ما عساه أن

(75) الطعن رقم 2003/161 إداري، جلسة 2004/3/29، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز الكويتية، 11 مايو 2009، ص 175، وانظر أيضاً: فتاوى إدارة الفتوى والتشريع التي تذهب إلى الأتي:

أ. شرعت الكفالة النهائية لضمان تنفيذ العقد الإداري على الوجه المتفق عليه.

ب. شرعت الكفالة النهائية ضماناً لجهة الإدارة وتأميناً لها من الأخطاء التي قد تصدر عن المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد الإداري. د. فؤاد نصر الله، مرجع سابق، ص 889.

(76) الطعن رقم 2001/581 إداري، جلسة 2002/5/26، مجموعة القسم الخامس، المجلد الثامن، ص 425. وأيضاً: حكم محكمة التمييز في الطعن رقم 88/122 تجاري، جلسة 1989/1/23، مجلة القضاء والقانون السنة 17، العدد الأول، قاعدة رقم 19، ص 70. ويترتب على ذلك أن القرارات الصادرة عن الجهاز المركزي للمناقصات العامة، وهو هيئة عامة ذات شخصية معنوية ملحق بمجلس الوزراء تعتبر قرارات إدارية؛ لأنها تصدر منه بوصفه سلطة عامة، الطعن رقم 2004/862 تجاري، محكمة التمييز (الدائرة التجارية) جلسة 2004/862 تجاري، محكمة التمييز (الدائرة التجارية) جلسة 2005/11/26.

يستحق لها على المتعاقد من غرامات أو تعويضات أو غيرها جرأً إخلاله بأي من التزاماته، ومن ثم فهو شرط يقتضيه الصالح العام، ويتطلبه حسن سير المرافق العامة⁽⁷⁷⁾.

ووفقاً للمادة (54) من قانون المناقصات الملغى رقم 37 لسنة 1964 فإنه: «يطلب من المناقص الفائز - قبل توقيع العقد - أن يقدم إلى الجهة الحكومية المختصة الكفالة النهائية، فإذا لم يقدمها اعتبر منسحباً، ويجب أن تكون الكفالة النهائية صالحة طوال مدة تنفيذ العقد، وتقدر لجنة المناقصات قيمة الكفالة النهائية الواجب تقديمها».

كما نصت الفقرة الثانية من المادة (65) من قانون المناقصات رقم 49 لسنة 2016 على أنه: «يجب أن يكون التأمين النهائي بخطاب ضمان من بنك معتمد لدى دولة الكويت، وأن يكون صادراً باسم المناقص الفائز، ولصالح الجهة صاحبة الشأن، وغير مقترن بأي شرط أو تحفظ، وساري المفعول من وقت إصداره إلى ما بعد انتهاء مدة تنفيذ العقد بثلاثة أشهر، إلا إذا نصت شروط المناقصة على مدة أطول⁽⁷⁸⁾». وتقدر قيمة التأمين النهائي بنسبة مئوية من القيمة الإجمالية للعقد تحددها اللائحة التنفيذية وينص عليها في وثائق المناقصة، ويكون التأمين النهائي ضامناً لتنفيذ العقد.... وتحدد اللائحة التنفيذية الشروط والأوضاع الخاصة بالتأمين النهائي والإجراءات الواجب اتباعها بشأنه....».

يُستفاد مما سبق ما يلي:

1. التأمين النهائي أو ما يسمى أحياناً بضمان حسن التنفيذ يكون بخطاب ضمان يصدر من بنك معتمد لدى دولة الكويت، ويكون صادراً باسم المناقص الفائز ولصالح الجهة صاحبة الشأن (طالبة المناقصة).

2. يكون التأمين النهائي بخطاب ضمان غير مقترن بأي شروط أو تحفظات، وغير قابل للرجوع فيه، وساري المفعول من وقت إصداره إلى ما بعد تاريخ انتهاء مدة تنفيذ العقد بثلاثة أشهر، ويحق للجهة الحكومية أثناء فترة تنفيذ العقد أن تطلب من البنك تمديد فترة سريان التأمين النهائي، خاصة في حالة تعثر وتأخر المقاول في تنفيذ العقد. (وهو ما سنراه لاحقاً).

(77) فتوى رقم 744، بتاريخ 1990/4/9، أحمد منصور ونجوى بكر، مرجع سابق، ص 559؛ هدى محمد نور شحاتة، مدى حق الجهة الإدارية في تسهيل خطابات الضمان المصرفية في عقد الأشغال العامة، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 2010، ص 63، وانظر أيضاً: الطعن رقم 1989/235 تجاري، جلسة 1990/1/28 القسم الثاني، المبادئ القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال أربعين عاماً، مجموعة 8، يناير 2016، ص 176، حيث يبين أن العقود الإدارية تستهدف أساساً المصلحة العامة وتتضمن جزاءات مالية تتلاءم وطبيعتها لتحقيق احتياجات المرافق العامة.

(78) وجود هذا التأمين النهائي في العقد الإداري (عقد توريد أو عقد إشغال) لصالح الوزارة كي تضمن حسن تنفيذ المناقص الفائز للعمل أو تنفيذه في الموعد المحدد بالعقد أمر وجوبي بنص القانون، فإذا لم يقدمها اعتبر منسحباً. انظر: فتوى رقم 2004/127/2، 1630، في 27 أبريل 2004، المبدأ رقم 948 منشور بمجموعة المبادئ القانونية التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع، الجزء التاسع، ط 1، 2015، ص 394.

3. تحدد الجهة صاحبة الشأن قيمة التأمين النهائي بنسبة مئوية من القيمة الإجمالية للعقد حسب اللائحة التنفيذية (المادة 42 منها) بمبلغ لا يقل عن 10% من القيمة الإجمالية للعقد، ويكون ساري المفعول من وقت إصداره إلى ما بعد انتهاء تنفيذ العقد بثلاثة أشهر، أو بمبلغ معين على وجه التحديد⁽⁷⁹⁾.
4. ألزمت اللائحة التنفيذية الجهة صاحبة الشأن الاحتفاظ بكامل التأمين حتى يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية، بما في ذلك مدة الصيانة، كما ألزمت الجهة الإدارية بمراعاة تمديد خطاب الضمان النهائي وبخاصة في عقود الأشغال العامة في حالة تأخر المتعاقد في تنفيذ أعمال الصيانة.
5. التزام المناقص الفائز بتقديم خطاب ضمان مصرفي نهائي أمر وجوبي بنص القانون، وإلا اعتبر بنص القانون منسحباً من تنفيذ عقده مع الجهة الإدارية صاحبة الشأن⁽⁸⁰⁾.

ويطرح السؤال الآتي نفسه: هل يجوز لجهة الإدارة صاحبة الشأن أن تعيد النظر في قيمة التأمين النهائي بالزيادة أو النقصان؟

أجابت عن ذلك الفتوى رقم 95/297/2⁽⁸¹⁾ بقولها: «إن التأمين النهائي (كفالة الإنجاز) إنما شرع ضماناً لتنفيذ العقد الإداري على الوجه المتفق عليه، وتأميناً لما قد يرتبه تنفيذ هذا العقد من حقوق لجهة الإدارة قبل المتعاقد معها، ومن المقرر أن تقدير قيمة هذا التأمين أمر تستقل به جهة الإدارة في كل حالة على حدة، وذلك بمراعاة أهمية الأعمال محل العقد، ومدى كفاية المتعاقد فنياً وملائته مالياً، ويستوي أن يكون تحديد هذه القيمة بنسبة مئوية من قيمة العقد أو بمبلغ معين على وجه التحديد».

إذاً من المسلم به أن جهة الإدارة تملك أن تعدل بإرادتها المنفردة في التزامات المتعاقد معها في العقد الإداري، سواء فيما يتعلق بالأعمال المراد إنجازها في العقد، أو الشروط المتفق عليها، أو مدى التنفيذ.

ويترتب على ذلك، أن لجهة الإدارة أن تعيد النظر بإرادتها المنفردة في قيمة التأمين النهائي

(79) فتوى رقم 95 / 297/2 - 366 بتاريخ 1996/2/11، فتاوى إدارة الفتوى والتشريع المتعلقة بالعقود الإدارية والمناقصات في دولة الكويت 2012، ص 177. وانظر أيضاً: المادة (18) من القانون رقم 89 لسنة 1998 من قانون المناقصات والمزايدات المصري.

(80) فتوى رقم 2004/127/2 بتاريخ 27 أبريل 2004، المبدأ رقم 948، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع، الجزء التاسع، ط 1، 2015، ص 394. وانظر أيضاً: الطعن رقم 2011/237 إداري جلسة 2012/12/19، مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن محكمة التمييز (المستحدث)، فبراير 2017، ص 824.

(81) فتوى رقم 95/297/2 - 366 بتاريخ 11 فبراير 1996، القاعدة 511، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع، الجزء الثالث، يونيو 2007، ص 318. وأيضاً: فتوى رقم 2009/559/2 - 89 بتاريخ 7 يناير 2010، مجموعة المبادئ القانونية، الجزء التاسع، ط 1، 2015، ص 416.

أثناء تنفيذ العقد، وذلك بما يحفظ التناسب بين هذه القيمة وما طرأ من زيادة في أعمال العقد، كما يكون لها تخفيض هذه القيمة؛ فالأمر جوازي لها في نطاق سلطتها التقديرية، ولكن أعمال هذه السلطة ليس مطلقاً من كل قيد، إنما هو رهين بتوافر مبرراتها وقيام دواعيها وتحقيق المصلحة العام⁽⁸²⁾. كذلك يكون لجهة الإدارة صاحبة الشأن، ولا اعتبارات المصلحة العامة وفقاً لسلطتها التقديرية عدم تضمين العقد لشرط إلزام الطرف الثاني (المتعاقد مع الإدارة) بتقديم الكفالة النهائية⁽⁸³⁾.

الفرع الثاني

التأمين النهائي وغرامات التأخير

غرامة التأخير هي جزء مالي اتفاقي تملك جهة الإدارة توقيعه على المتعاقد الذي يخالف الشروط التعاقدية، حتى ولو لم تلحق أضرار بالإدارة⁽⁸⁴⁾، وتعد غرامة التأخير أحد الجزاءات التي تلجأ إليها الإدارة لضمان تنفيذ بنود العقد الإداري، وتلجأ الإدارة إلى هذه الغرامات في حال إخلال المتعاقد معها بالتزامه بتنفيذ أداؤه العقدية في المواعيد المتفق عليها في العقد⁽⁸⁵⁾.

ويعرفها د. سليمان الطماوي بأنها: «مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدماً، وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين، لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ، وهذه الجزاءات لا يكاد يخلو منها عقد إداري، وغرامة التأخير من حيث كونها جزءاً إدارياً ذات طبيعة اتفاقية مصدرها العقد ذاته»⁽⁸⁶⁾.

نخلص من ذلك إلى إن الهدف من غرامات التأخير هو:

1. ضمان تنفيذ العقد الإداري في الموعد المتفق عليه، حرصاً على حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد.
2. مساعدة الجهة الإدارية في حفظ حقها تجاه المتعاقد معها عند تأخره عن تنفيذ التزاماته في الوقت المحدد.

(82) فتوى رقم 2009/559/2 - 89 بتاريخ 7 يناير 2010، حيث ذهبت إلى أن تخفيض قيمة الكفالة النهائية (كفالة الإنجاز) بما يتناسب مع قيمة الأعمال التي سوف يتم تخفيضها أمر جوازي للمجلس، «الجهاز المركزي للمناقصات» يجريه في نطاق سلطته التقديرية وفقاً لمبرراته ودواعيه والمصلحة العامة. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع، الجزء التاسع، ط 1، 2015، ص 416.

(83) فتوى رقم 2010/8/2 - 1736 بتاريخ 23 مارس 2010، حيث أجازت لجهة الإدارة «وزارة الإعلام» ولا اعتبارات المصلحة العامة وفقاً لسلطتها التقديرية عدم تضمين العقد لشرط إلزام الطرف الثاني «المقاول» بتقديم الكفالة النهائية متى دعت اعتبارات المصلحة العامة ذلك.

(84) موسى مصطفى شحادة، مرجع سابق، ص 229.

(85) د. أيمن محمد عفيفي، غرامات التأخير في العقود الإدارية، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017، ص 4؛ د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية: دراسة مقارنة، ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975، ص 170.

(86) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 512.

وللإدارة الحق في توقيع غرامات التأخير بمجرد حدوث التأخير من جانب المتعاقد دون حاجة إلى حكم قضائي أو إثبات الضرر أو إنذار من قبل الإدارة⁽⁸⁷⁾، ولا يعفى المتعاقد منها إلا إذا كان سبب التأخير هو الإدارة⁽⁸⁸⁾، فمن المسلم به فقهاً وقضاً أن المتعاقد مع جهة الإدارة يبرأ من كل مسؤولية عن التأخير الذي يرجع إلى إصدار الجهة الإدارية أوامر تغييرية بإجراء بعض التعديلات والإضافات التي تقتضي بطبيعة الحال زيادة المدة اللازمة للتوريد، وعلى نحو يمكن المتعاقد مع جهة الإدارة من الاستجابة لطلبها، في هذه الحالة يسقط حق الإدارة في اقتضاء غرامة التأخير المستحقة عن الفترة التي امتد إليها تنفيذ العقد⁽⁸⁹⁾.

واختلف الرأي حول التكييف القانوني لغرامات التأخير، فقد ذهب بعض أحكام القضاء في مصر⁽⁹⁰⁾ إلى أنها تعد صورة من صور التعويض الاتفاقي، فيلزم لتوقيعها توافر ركن المسؤولية الموجبة للتعويض وهو ركن الخطأ، في حين جرى قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر على أن غرامة التأخير نوع من الجزاءات التي تملكها جهة الإدارة قبل المتعاقد المقصر، ومن ثم لا يجب عليها إثبات حصول الضرر، بل لها أن توقع الغرامة دون إثبات حصول الضرر⁽⁹¹⁾، كما قضت بأن الغرامة جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد بالتزامه في المواعيد المتفق عليها حرصاً على سير المرفق العام، وأن يكون للإدارة توقيع الغرامة بمجرد وقوع المخالفة التي تقرررت الغرامة جزاءً لها⁽⁹²⁾.

يترتب على هذا التكييف القانوني لغرامات التأخير ما يلي:

أ- إن غرامة التأخير ذات صفة تعاقدية، فإذا خلا منها العقد امتنع على جهة الإدارة توقيعها على المخالف، ويقوم مقامها التعويض⁽⁹³⁾.

(87) فتوى رقم 95/176/2 - 2440 بتاريخ 1995/10/21، والتي ذهبت إلى الآتي: «وتستحق الغرامة دون حاجة لإثبات الضرر الذي يعتبر في جميع الأحوال متحققاً ودون حاجة إلى إخطار أو توجيه إنذار أو أية إجراءات قضائية، وسوف لا تطبق غرامة التأخير في حالة التأخير الناجمة عن الوزارة أو لأسباب قاهرة خارجة عن إرادة الما قول، ولم يكن في وسعه توقعها.

(88) فتوى رقم 95/305/2 - 2714، التي تذهب إلى أن: «قيام الوزارة بمنح الجهة المتعاقدة فترة سماح لتجهيز العمالة والمعدات يسقط حقها في اقتضاء غرامة تأخير عن الإخلال بهذا الالتزام خلال تلك الفترة»، فتاوى إدارة الفتوى والتشريع، ص 195-196.

(89) فتوى رقم 95/176/2 - 2440، بتاريخ 1995/10/21، حيث أصدرت الوزارة أمرين تغييرين دون أن تحدد موعداً معيناً لتنفيذهما، مما تسبب في تأخير التسليم النهائي للمشروع، ومن ثم فلا محل لتوقيع غرامات التأخير، طالما أن هذا التأخير كان في سببه راجعاً إلى مسلك الوزارة. فتاوى العقود الإدارية في دولة الكويت، القسم الأول، 2012، ص 170، 171.

(90) الطعن رقم 774 سنة 55 ق عليا، بتاريخ 2015/3/24، منشور بمرجع غرامات التأخير في العقود الإدارية. د. أيمن محمد عفيفي، مرجع سابق، ص 117.

(91) د. أيمن محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 118.

(92) أيمن سيد محمد، خطاب الضمان المصرفي في تنفيذ العقد الإداري في القانون الكويتي، دراسة مقارنة، مجلة معهد القضاء، الكويت، 2007، ص 105.

(93) فتوى رقم 785/2 بتاريخ 1966/11/5، فتاوى إدارة الفتوى والتشريع المتعلقة بالعقود الإدارية والمناقصات في الكويت، 2012، ص 11.

ب- لجهة الإدارة سلطة توقيع الجزاءات العقدية على المتعاقد معها، إذا تقاعس عن تنفيذ التزاماته، سواء بامتناعه عن التنفيذ أو بالتأخير فيه، وتخضع لرقابة القضاء الإداري في استعمالها لهذه السلطة⁽⁹⁴⁾.

ومن المستقر عليه في قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية أنه: «من المقرر أن غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية هي جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزامه في المواعيد المتفق عليها، حرصاً على سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وأنه يحق للإدارة أن توقع الغرامة المنصوص عليها في العقد من تلقاء ذاتها، وبمجرد وقوع المخالفة التي تقرررت الغرامة جزاءً لها، ولا يتوقف استحقاق الغرامة على ثبوت وقوع ضرر للإدارة من جراء إخلال هذا المتعاقد بالتزامه، وإنه لا يعفى منها إلا إذا أثبت أن إخلاله بالتزامه يرجع إلى قوة قاهرة أو إلى إخلال جهة الإدارة المتعاقد معها»⁽⁹⁵⁾.

كما ذهب محكمة التمييز الكويتية إلى أن: «الاتفاق على غرامات التأخير في مثل العلاقة القائمة بين الطرفين يعتبر من قبيل الشرط الجزائي الذي يتضمن تحديد التعويض المستحق مقدماً، فإنه يكون للمحكمة سلطة الهيمنة على هذه الغرامات استحقاقاً وتقديراً، ذلك أن مسؤولية المفاوض في إنجاز العمل المنوط به خلال المدة المتفق عليها لا يكون لها محل، متى ثبت أن هذا التأخير مرده يرجع إلى رب العمل، أو أن هذا الأخير قد ساهم بخطئه في هذا التأخير»⁽⁹⁶⁾.

في حين اتجهت المحكمة الإدارية العليا اتجاهاً آخر بقولها: «إن غرامات التأخير في العقد الإداري تختلف عن طبيعة الشرط الجزائي في العقود المدنية؛ فيشترط لاستحقاقه التعويض بوجه عام حصول ضرر للمتعاقد الآخر، وإنذار الطرف المقصر وصدور حكم به، وللقضاء أن يخففه متى ثبت له أنه لا يتناسب والضرر الذي لحق بالمتعاقد، بينما الحكمة من الغرامة التي ينص عليها في العقود الإدارية هي ضمان تنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها، حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فالإدارة لها الحق في توقيع هذه الغرامة بمجرد حصول التأخير، ولو لم يترتب عليه ضرر ودون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو

(94) الطعن رقم 2005/1091 إداري، جلسة 2009/2/10، مجلة القضاء والقانون س37، ج 1، ص 148؛ وأيضاً: الطعن رقم 2007/189 إداري جلسة 2010/4/27، مجلة القضاء والقانون، س38، ج2، المبادئ القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال أربعين عاماً، مجلد 8 إداري، 2016، ص543. وانظر: الطعن رقم 2003/487 تجاري جلسة 2005/11/26، مجلد القسم الخامس، مج 9، المبادئ القانونية التي قررتها محكمة التمييز في أربعين عاماً، أبريل 2016، ص94، حيث قرر أن الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد إذا ما خالف شروط العقد، هدفها سير المرافق العامة، ولا يشترط لتوقيعها إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق العام.

(95) أيمن سيد محمد، مرجع سابق، ص105.

(96) الطعن رقم 2551 لسنة 31 ق، جلسة 1989/5/30 السنة 34، مبدأ رقم 155، مرجع سابق، ص105.

اتخاذ أي إجراءات قضائية أخرى»⁽⁹⁷⁾.

وأخيراً يطرح السؤال الآتي نفسه، هل يجوز خصم غرامات التأخير من قيمة التأمين النهائي؟

من المقرر أن التأمين النهائي المنصوص عليه في العقد الإداري قد شُرِعَ ليكون ضماناً لإجراء العمل على الوجه الأكمل، ولتحصيل الجزاءات والتعويضات وغير ذلك من المبالغ التي تستحق على المقاول طبقاً للعقد إلى أن يتم تنفيذه بصفة نهائية وبطريقة مرضية، كما أنه من المبادئ المقررة في الفقه والقضاء الإداري أن غرامات التأخير في العقود الإدارية قد شُرِعَتْ ضماناً لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها، حرصاً على سير المرافق العامة بانتظام واطراد؛ لذا فإن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهة الإدارة من تلقاء نفسها دون التزام بإثبات حصول الضرر، لأنه في حالة التأخير في التنفيذ يكون الضرر مفترضاً وقائماً حتماً بمجرد حصول التأخير، وترتيباً على ذلك فإنه لجهة الإدارة أن تقوم بخصم قيمة غرامات التأخير المستحقة على المقاول من قيمة الكفالة البنكية المقدمة إليها ضماناً لتنفيذ هذا العقد، وذلك دون حاجة لإثبات وقوع ضرر أصاب المرفق⁽⁹⁸⁾.

الفرع الثالث

حالات مصادرة التأمين النهائي (كفالة الإنجاز)

أوضحت المادة (70) من قانون المناقصات الجديد رقم 49 لسنة 2016 بأنه: «في جميع حالات فسخ العقد، وكذا في حالة تنفيذه على حساب المتعاقد بسبب أخطاء جسيمة وقعت منه، يصبح التأمين النهائي من حق الجهة صاحبة الشأن، كما يكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات منصوص عليها في العقد، وقيمة كل خسارة تلحق بها من أي مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أي جهة حكومية أخرى أياً كان سبب الاستحقاق، دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراءات قضائية، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقوقها في الرجوع عليه قضائياً بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري»⁽⁹⁹⁾.

يتضح مما سبق أن للجهة صاحبة الشأن الحق في مصادرة التأمين النهائي المقرر لضمان تنفيذ العقد المبرم بينها وبين المقاول، واعتباره حقا خالصاً لها في حالة إلغاء العقد، أو سحب

(97) الطعن بالتمييز رقم 90/284 تجاري، جلسة 1992/3/9، مجلة القضاء والقانون، 20، لسنة 1997، قاعدة رقم 65، ص 229.

(98) فتوى بتاريخ 1988/6/8، أحمد منصور ونجوى بكر، مرجع سابق، ص 565.

(99) الطعن رقم 2003/161 إداري، جلسة 2004/3/29، مجموعة القواعد القانونية التي قررت محكمة التمييز، مج 11، مايو 2009، ص 175.

العمل من المقاول عندما يخل بالتزامه أو بأي شرط من شروط العقد، أو أهمل أو أغفل القيام بأحد الالتزامات المقررة أثناء التنفيذ، وذلك دون مساس بحقوقها في الرجوع عليه بالتعويض عن الأضرار التي تلحقها نتيجة لذلك إذا كان له وجه.

نخلص مما سبق إلى أن مصادرة التأمين النهائي تُعد بمثابة تعويض لجهة الإدارة عن عدم تنفيذ المتعاقد معها للالتزامات المنصوص عليها في العقد على وجه يؤمن حسن سير المرفق، وتقوم الجهة الإدارية بتطبيق جزاء مصادرة التأمين النهائي بنفسها دون حاجة للجوء إلى القضاء، أي أنه يتم بطريقة آلية.

ويطرح التساؤل الآتي نفسه: هل تعتبر مصادرة التأمين النهائي جزاء عقدياً بذاته بمعزل عن فسخ العقد أو سحب الأعمال والتنفيذ على الحساب، أم جزاء تبعياً توقعه جهة الإدارة بمجرد توقيعها لجزاء فسخ العقد أو جزاء التنفيذ على الحساب؟

أجابت المحكمة الإدارية العليا المصرية⁽¹⁰⁰⁾ عن هذا التساؤل في حكم لها، وأكدت أن مصادرة التأمين النهائي لا تكون حقاً لجهة الإدارة إلا في حالة فسخ العقد أو سحب الأعمال وتنفيذها على حساب؛ لإخلاله بأي شرط من شروط العقد، فالحق في مصادرة التأمين يكون إذا قررت الجهة الإدارية إما فسخ العقد أو سحب الأعمال من المقاول، فإذا كانت الجهة الإدارية لم تقر فسخ العقد أو سحب الأعمال من المقاول في العملية محل التنفيذ، فلا يكون لها الحق في مصادرة التأمين النهائي.

ومفاد هذا الحكم أن مصادرة التأمين النهائي تأتي كجزاء تبعي توقعه الجهة الإدارية بمجرد توقيعها لجزاء فسخ العقد أو جزاء التنفيذ على الحساب.

وكما يذهب الفقه⁽¹⁰¹⁾ إلى أن حق الإدارة في مصادرة التأمين النهائي يرتبط بسلطتها التقديرية طالما كانت متفقة مع المشروعية وبعيدة عن التعسف في استعمال السلطة، وتغليبها للمصلحة العامة على المصلحة الفردية، وإلا كانت الإدارة قد أثرت على حساب المتعاقد معها دون سبب، متى كانت قيمة التأمين النهائي تفوق قيمة الخسارة التي لحقت الإدارة من جراء فعل المتعاقد.

ولجهة الإدارة الحق في الحصول على تعويض من المتعاقد معها، متى قدرت أن قيمة التأمين النهائي الذي تمت مصادرته لا تكفي لجبر الخسارة التي وقعت بسبب إخلال المتعاقد معها.

(100) الطعن رقم 9359 لسنة 50 ق، جلسة 2006/12/12، د. عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات: دراسة مقارنة بأحكام العقود الحكومية في القانون الأمريكي - دراسة تطبيقية لسلطات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات مدعمة بأحدث فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع وأحكام المحكمة الإدارية العليا حتى عام 2008، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 423 - 424.

(101) د. عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 428.

نخلص مما سبق إلى أن لجهة الإدارة أن تجمع بين التعويض ومصادرة التأمين، حيث يختلف مصدر كل منهما، فالتعويض يجد مصدره في القواعد العامة في القانون، أما مصادرة التأمين فهو جزء مالي يضمه القانون، واستقر عليه العرف الإداري في العقود الإدارية، ويجب على جهة الإدارة أن تلجأ إلى القضاء للحصول على تعويض من المتعاقد معها. كذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية⁽¹⁰²⁾ بأنه: «إذا أخطأت جهة الإدارة في فسخ العقد ومصادرة التأمين، فإن المتعاقد يستحق التعويض عن ذلك عما يلحقه من أضرار مادية ومعنوية، ويشمل التعويض ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب وفقاً للقواعد العامة».

المطلب الثالث

ضمان الدفعات المقدمة

الأصل في المناقصات الحكومية هو الصرف بعد تنفيذ المقاول، ولكن قد تكون الإمكانات المادية اللازمة لتنفيذ المشروع كبيرة بالنسبة إلى ميزانية المقاول، لذلك تتفق الجهة طارحة المناقصة مع المقاول على أن تقدم له هذه الجهة الإدارية سلفة أو دفعة مقدمة، ويلتزم المقاول بتقديم خطاب ضمان يقبله رب العمل (الجهة الحكومية) يكون صادراً من بنك معتمد لضمان إعادة المبلغ المدفوع (أو الدفعة المقدمة) في حالة عدم تمكن المقاول من إتمام العمل المكلف به، وبهذا يستطيع رب العمل الرجوع على البنك بقيمة خطاب الضمان أو ببعض قيمته في حدود الجزء الذي لم يتم تنفيذه وفقاً لنصوص وصياغة الخطاب.

نخلص مما سبق إلى أن خطاب ضمان الدفعات المقدمة يهدف إلى ضمان إعادة المبلغ المدفوع إلى الجهة الحكومية (رب العمل) في حالة عدم تمكن المقاول من إتمام العمل المكلف به⁽¹⁰³⁾، ويحدث في الواقع العملي أن تنص صياغة خطاب ضمان رد الدفعة المقدمة على استنزال نسبة من الدفعة وذلك بخصمها من المستخلصات المدفوعة مقابل ما تم تنفيذه من العملية، ويتم ذلك بالاتفاق بين الأطراف على تخفيض مبلغ خطاب الضمان بصفة تلقائية.

ويشترط البنك عند إصدار هذا النوع من الخطابات قيام العميل الأمر (المقاول) بالتنازل عن مستحقاته المالية الناشئة عن تنفيذ هذه العملية لصالح البنك⁽¹⁰⁴⁾، ويقتضي هذا النوع من الضمانات تدخل البنك الضامن والنظر في مدى تنفيذ عقد الأساس حتى يستطيع حساب الأقساط والمستحقات واستنزال النسب من الدفعات المقدمة، وهذا لا ينفي - في رأي بعض

(102) الطعن رقم 4682 لسنة 35 ق.ع. جلسة 1994/4/26. فتحي عطية السيد مصطفى، مرجع سابق، ص 656.

(103) د. علي جمال الدين عوض، خطاب الضمانات المصرفية، مرجع سابق، ص 242.

(104) محمد حسين طلبان، مرجع سابق، ص 99.

الفقه⁽¹⁰⁵⁾ – استقلال عقد الأساس عن العلاقات الأخرى، بل يرى أن هذا مجرد تحديد لنطاق الضمان، ولكننا نرى أن آلية هذا الضمان المتدرج تقترب من الكفالة؛ لأن البنك يكون مضطراً إلى النظر في تنفيذ عقد الأساس لمعرفة حجم الأعمال والتخفيض التدريجي، مما يؤدي إلى وجود الصفة المستندية لهذا الضمان، ولا يتم تنفيذ خطاب الضمان المتدرج إلا مقابل ونظير مستندات⁽¹⁰⁶⁾.

(105) د. علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 245. يسمي البعض هذا الخطاب بخطاب الضمان المتدرج.

(106) فتوى رقم 97/265/2، فتاوى إدارة الفتوى والتشريع المتعلقة بالعقود الإدارية والمناقصات في دولة الكويت، 2012، ص 213. وأحياناً يثور نزاع بين الأطراف في تحديد تلك النسب، ويتفقون على عرض هذا النزاع أمام محكمة تحكيم، مما يؤدي – كما أوضحنا – إلى تحول هذه الضمانة من ضمانة غير مشروطة *inconditionnelle* إلى ضمانة مشروطة أو مبررة *a premiere demande* . justifiee .

المبحث الثاني بعض المشكلات التي تثيرها خطابات الضمان في مجال المناقصات العامة

تنشأ عن خطاب الضمان علاقة بين البنك والعميل الأمر، وعلاقة أخرى بين المستفيد والبنك؛ أما علاقة العميل بالمستفيد فإنها لا تنشأ عن الخطاب وإنما تكون سابقة على الخطاب، وإن كان الخطاب يصدر بمناسبة⁽¹⁰⁷⁾، وتثير خطابات الضمان مشاكل عديدة في الواقع العملي، مردها أساساً إلى ما يتمتع به التزام البنك من استقلال عن عقد الأساس، ومدى تأثير هذا الاستقلال على فترة صلاحية الخطاب، وأيضاً على جواز الاحتجاج بشرط التحكيم المدرج بعقد الأساس، وكذلك أثر هذا الاستقلال على جواز توقيع الحجز على قيمة الخطاب. وسنوضح ذلك كله من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

مشكلة تمديد فترة صلاحية خطاب الضمان

يُعد عنصر مدة خطاب الضمان من البيانات الجوهرية في الخطاب، أي إلى أي مدى يبقى التزام البنك سارياً؛ وتترتب على هذه المدة آثار قانونية، فالأصل أن يصدر الخطاب لمدة محددة، وإذا طالبت جهة الإدارة البنك بقيمة خطاب الضمان خلال فترة سريانه، فإن هذه المطالبة لا تثير أية مشكلات طالما وصلت قبل حلول أجل خطاب الضمان⁽¹⁰⁸⁾؛ لأن التزام البنك باتٍ ونهائي في مواجهة المستفيد، فلا يجوز للبنك أن يعترض على مطالبة جهة الإدارة أياً كان سبب الاعتراض، سواء أكان ذلك استجابة لمعارضة عميله أم لعدم قيام العميل بتوفير غطاء لخطاب الضمان، كما لا يجوز للبنك متى طلب منه الوفاء بقيمة الخطاب أن يطلب مهلة للسداد، حيث يترتب الالتزام في ذمته من تاريخ إصداره وخلال مدة سريانه⁽¹⁰⁹⁾.

والأصل أن يتفق العميل مع المستفيد على مد فترة سريان الخطاب، فيصدر العميل أوامره إلى البنك بتجديد المدة، باعتبار أن العميل هو الذي أمر البنك بإصدار خطاب الضمان في بداية الأمر، وهو الذي يأمر البنك بتجديده، ويكون للبنك سلطة تقديرية في التجديد من عدمه، بحسب تقديره لموقف العميل معه، ولكن قد يحدث أن يلجأ المستفيد مباشرة إلى البنك ويطلبه بمد أجل خطاب الضمان دون الرجوع على عميله، وهنا كما يرى بعض الفقهاء⁽¹¹⁰⁾ نفرق بين فرضين:

(107) د. محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 569.

(108) د. عبد الرحمن يعيش، مرجع سابق، ص 51.

(109) د. رضا عبيد، عمليات البنوك من الناحية القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 153.

(110) د. محمد حسين طليان، مرجع سابق، ص 245.

الفرض الأول: وجود نص صريح في خطاب الضمان عند إصداره ينص على حق المستفيد في هذا الطلب، فيكون للمستفيد أن يوجه مطالبته بمد أجل خطاب الضمان إلى البنك مباشرة دون حاجة للرجوع إلى العميل الأمر.

الفرض الثاني: عدم وجود نص صريح في خطاب الضمان عند إصداره ينص على حق المستفيد في طلب مد أجل الخطاب. وقد اختلف الفقهاء في هذا الفرض إلى رأيين:

الرأي الأول: ويمثله غالبية الفقهاء⁽¹¹¹⁾ الذين يرون أنه لا يجوز للبنك مد فترة خطاب الضمان بناء على طلب موجه من المستفيد مباشرة دون أخذ موافقة العميل، وأدلتهم في ذلك هي:

1. إن التزام البنك بإصدار خطاب الضمان ما هو إلا أثر من آثار عقد الاعتماد المبرم بين البنك والعميل. ويضيف أصحاب هذا الرأي أن مد فترة الخطاب دون موافقة العميل على ذلك يعتبر تدخلاً في حرته الشخصية، فضلاً عن أن العميل قد يعترض على مد فترة الخطاب. ووفقاً لهذا الرأي، لا يجوز للبنك مد فترة خطاب الضمان بناءً على طلب جهة الإدارة (المستفيد) دون موافقة العميل وإلا كان مخطئاً، لأنه بعد انتهاء أجل خطاب الضمان ينقضي التزام البنك قبل الجهة المستفيدة⁽¹¹²⁾.

2. إن البنك لا يعتبر وكيلًا عن العميل في تمديد خطاب الضمان، ومن ثم لا يسوغ له مد أجل الخطاب إلا بموافقة العميل، وليس له ذلك إذا رفض العميل التجديد، إلا إذا كان البنك مفوضاً من العميل في التمديد⁽¹¹³⁾. وقد قضت محكمة التمييز الكويتية⁽¹¹⁴⁾ بأنه لا يجوز للبنك مد صلاحية خطاب الضمان بغير موافقة صريحة من الأمر، وإلا كان تصرفه غير نافذ في حق الأمر، ولا يكون للبنك الحق في الرجوع عليه بما دفعه، ولا يسري على تصرفات البنك بتجديد صلاحية خطاب الضمان أحكام الفضالة⁽¹¹⁵⁾.

يستفاد من هذا الحكم ما يلي:

(111) د. عادل إبراهيم مصطفى، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1996، ص 100؛ ميلاد سيدهم، مرجع سابق، ص 53.

(112) ميلاد سيدهم، المرجع السابق، ص 53.

(113) حكم التمييز في الطعن رقم 97/395 تجاري جلسة 1988/5/11، أحمد منصور، ونجوى بكر، مرجع سابق، ص 582؛ وأيضاً: حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية في الطعن رقم 93/57 جلسة 1993/7/13 الذي جاء فيه: «ولا يعتبر المصرف في التزامه نائباً عن عميله في الوفاء للمستفيد بقيمة خطاب الضمان»، منشور بالمؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، ص 397، وانظر: المبادئ القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال أربعين عاماً، مج 9، أبريل 2016، ص 92، بند رقم 467، منشور بموسوعة المناقصات، مرجع سابق، ص 589.

(114) حكم التمييز، الطعن رقم 90/330 تجاري، جلسة 1992/11/9، منشور بموسوعة المناقصات، مرجع سابق، ص 589. وأيضاً: حكم التمييز رقم 93/175 تجاري، جلسة 1994/3/1، المرجع السابق.

(115) د. عبد الرحمن يعيش، مرجع سابق، ص 58 - 59.

أ- إنه في حالة قيام البنك بمد صلاحية خطاب الضمان بغير موافقة صريحة من العميل الأمر، فإن تصرف البنك يكون غير نافذ (عدم نفاذ التصرف).

ب- استبعدت المحكمة تطبيق أحكام الفضالة على تصرفات البنك، لأن هذا الأخير يكون قد أتى أمراً منهيًا عنه وهو مد صلاحية الخطاب دون موافقة من الأمر، ويعني ذلك - وفقاً للحكم - أن شروط الفضالة غير متوفرة، حيث تنص المادة (269) مدني كويتي على أنه: «دون أن يكون ملزماً بذلك أو منهيًا عنه سواء من رب العمل أو بحكم القانون»، يعني ذلك أن المحكمة استبعدت تطبيق أحكام الفضالة على تصرف البنك لعدم توافر شروطها⁽¹¹⁶⁾.

الرأي الثاني⁽¹¹⁷⁾: يرى فيه الفقه أنه يجوز للبنك مد أجل خطاب الضمان بناء على طلب المستفيد دون الحصول على موافقة العميل؛ لأن التزام البنك يعتبر التزاماً أصلياً وليس تابعاً كما هو الأمر في الكفالة، وبالتالي يكون من حقه أن يوافق على طلب المد الموجه إليه من المستفيد، لأنه مدين أصلي في الوفاء بقيمة الخطاب، فضلاً عن أن المد يحقق العديد من المزايا لأطرافه.

وأيد هذا الرأي حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية⁽¹¹⁸⁾ بقولها: «لا يجوز للمصرف مد أجل خطاب الضمان إلا بعد موافقة العميل، وإلا كان ذلك على مسؤولية المصرف»، إلا إنها - استثناءً - على ما قررت، أجازت مد أجل خطاب الضمان دون موافقة العميل إذا كان في التمديد مصلحة للعميل.

نخلص من ذلك إلى أن ذمة البنك تبرأ قبل المستفيد إذا لم يصل إلى البنك خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع، إلا إذا اتفق صراحة قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها، المادة (386) تجاري كويتي⁽¹¹⁹⁾.

وبمعنى آخر، فإنه متى انتهت مدة خطاب الضمان سقط نهائياً التزام البنك الناشئ منه، ويجوز مد الضمان الأصلي قبل انتهائه وذلك باتفاق بين المستفيد من الخطاب وعميله أي بين الجهة صاحبة الشأن والمقاول، ولذلك إذا اتضح أن العملية المضمونة (المناقصة) سوف

(116) د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص 579. ونرى مع بعض الفقه أن هناك التزاماً يقع على عاتق البنك بتوجيه النصح والإرشاد للعملاء عند منحهم الائتمان، لمزيد من التفصيل د. نبيل محمد صبيح، التزام البنك مانح الائتمان بتقديم النصيحة أو (المشورة) للعملاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 39.

(117) د. أحمد زكي الشيتي وفاروق غلاب، مرجع سابق، ص 874.

(118) حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية، الطعن رقم 164 لسنة 11 نقض مدني، جلسة 1993/1/26. وأيضاً: الطعن رقم 9 لسنة 23 ق، جلسة 2003/11/12 مكتب فني، موقع شبكة قوانين الشرق <http://www.eastlaws.com>

(119) المادة (359) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، فضلاً عن براءة ذمة البنك يكون للعميل أن يسترد غطاء خطاب الضمان من البنك.

تمتد مدة أكبر من المدة التي كانت مقدرتها لها، وأصر رب العمل أو الجهة طارحة المناقصة على مد أجل الضمان، فيصدر المفاوض الأمر إلى بنكه طلباً بمد أجل الخطاب، وكما أن الخطاب الأصلي قد أصدره البنك تنفيذاً لأمر عميله، كذلك لا يستطيع البنك أن يمد فترة الضمان دون موافقة العميل الأمر، وإلا وقع هذا التصرف تحت مسؤولية البنك، وقد حكمت محكمة النقض المصرية في ذلك بقولها: «إنه من المقرر إن كان البنك - مصدر خطاب الضمان - يلتزم بسداد قيمته إلى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك أثناء سريان أجله دون حاجة إلى الحصول على موافقة العميل، إلا أنه لا يسوغ للبنك مد أجل خطاب الضمان إلا بموافقة العميل»⁽¹²⁰⁾.

ووفقاً لللائحة التنفيذية المادة (42/3) من قانون المناقصات الكويتي الجديد رقم 49 لسنة 2016 هناك بعض القواعد التي تتعلق بموضوع مد أجل خطاب الضمان كالتالي:

أ- يجب تمديد فترة صلاحية خطاب الضمان قبل انتهاء مدة سريانه بمدة لا تقل عن شهرين، وذلك في حالة توافر الأسباب المبررة للتمديد إعمالاً لأحكام القانون وهذه اللائحة وشروط التعاقد.

ب- يتم توجيه طلب التمديد إلى البنك مباشرة، ويزود المتعاقد بصورة منه، ويكون التمديد للفترة الضرورية اللازمة، ويشار في طلب التمديد إلى أنه إذا لم يمه البنك إجراءات التمديد قبل انتهاء مدة سريان الضمان، يجب عليه دفع قيمة الضمان للجهة فوراً.

ج- يجب تمديد مدة سريان خطاب الضمان النهائي في عقود الأشغال العامة إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ أعمال الصيانة والضمان، وذلك بمدة لا تقل عن مدة التأخير، وينص على ذلك في وثائق المناقصة.

من جانبنا نرى أن نص المادة (42/3)⁽¹²¹⁾ من اللائحة التنفيذية يحتاج إلى تدخل تشريعي لتعديله، بحيث يستلزم أخذ موافقة العميل مقدماً عند إجراء أي تمديد لسريان مفعول خطاب الضمان من قبل الجهة المستفيدة، حيث إن هذا النص غامض، ولا يؤدي إلى حسم الخلافات الفقهية في هذا الموضوع.

ووفقاً للمادة (23) من القواعد الموحدة بغرفة التجارة الدولية رقم 758 والمتعلقة بالضمانات المستقلة، يجوز للبنك الضامن أن يعلق طلب التمديد لمدة لا تتجاوز 30 يوماً من استلامه

(120) الطعن رقم 59 لسنة 46 ق، جلسة 1980/2/11. مشار إليه لدى: د. أحمد حسني، المبادئ التي قررتها محكمة النقض في ثمانية وستين عاماً، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 204.

(121) المادة (23) من قواعد غرفة التجارة الدولية رقم 758 لسنة 2010 بشأن الضمانات تحت الطلب، حيث أشارت إلى أنه يمكن للضامن The Guarantor أو للضامن المقابل Counter Guarantor أن يرفض منح أي تمديد حتى لو تم إيعازه بالعمل على ذلك، وسوف يسدد عندها المطالبة، مع ملاحظة أن تكون تلك المطالبة مشمولة بحل بديل على طلب لتمديد أجل الخطاب، وبالتالي يلتزم البنك الضامن بالوفاء إن رفض تجديد أجل الخطاب.

الطلب المقدم من المستفيد، كما نصت على أن يعتبر طلب الدفع قد تم سحبه في حالة موافقة البنك على تمديد أجل الخطاب.

وأخيراً نقترح الآتي: أولاً، وجوب تدخل المشرع الكويتي لتنظيم مسألة مدة خطاب الضمان. وثانياً، يجب على البنوك عدم إدراج أي مصطلح من شأنه أن يخلق غموضاً حول مدة الضمان لما يترتب عليه، لأن كل كلمة مدة تقديرية أو احتمالية غير كافية لتحديد مدة الضمان.

المطلب الثاني

أثر التحكيم على خطاب الضمان

التحكيم هو وسيلة من وسائل فض المنازعات بالطرق السلمية، يلجأ إليه أطراف المنازعة بإرادتهم، فالتراضي أساس اتفاق التحكيم⁽¹²²⁾، حتى يتوصلوا إلى حل ملزم لتسوية المنازعة التي قد تثور بينهم، في صدد علاقاتهم الاقتصادية أو التعاقدية التي تربط بينهم، وغير ذلك من المنازعات، وذلك دون حاجة للجوء إلى القضاء المختص⁽¹²³⁾.

ويتخذ اتفاق التحكيم صورتين هما: مشاركة التحكيم وهو الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بشأن نزاع قائم بين الخصوم، وشرط التحكيم وهو الاتفاق السابق على وقوع النزاع، وذلك بالالتجاء بخصوصه إلى التحكيم، ويعد كذلك اتفاق على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد، وتسمى هذه الإحالة بشرط التحكيم بالإحالة.

ولا يختلف اتفاق التحكيم في المعاملات التجارية عنه في المعاملات المصرفية من حيث الشروط والإجراءات والآثار، بل ويعبر عن ذلك بعض الفقه⁽¹²⁴⁾ بأن هناك نوعاً من التعايش بين التحكيم والضمانات المصرفية⁽¹²⁵⁾.

(122) د. فتحي والمي، التحكيم في المنازعات الوطنية التجارية الدولية - علماء وعملاً، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014، ص100، حيث يذهب إلى أن: «شرط التحكيم هو اتفاق بين طرفين على أن ما قد ينشأ بينهما من نزاع بشأن علاقة قانونية معينة يفصل فيه بواسطة التحكيم».

(123) كما ذهب محكمة النقض المصرية إلى أن التحكيم ما هو إلا طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، وما تكفله من ضمانات، فهو يكون مقصوراً حتماً على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم، واتفاق التحكيم هو دستور، ومنه يستمد المحكمون سلطاتهم للفصل في النزاع؛ انظر: الطعن رقم 537 لسنة 73 ق، جلسة 25 مارس 2014 نقض مصري.

(124) د. عادل إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص139، بند 71.

(125) أوضحت المادة (35) من القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية الجديدة رقم 758 لسنة 2010 أنه: «ما لم يوجد اتفاق مخالف ينعقد الاختصاص القضائي في حالة نشوب نزاع بشأن هذه الضمانات، لمحاكم الدولة التي يوجد بها البنك الذي أصدر خطاب الضمان، بسبب أي نزاع بين هذا الأخير والمستفيد»، وهذه قاعدة مكملة يمكن للأطراف في عقد الأساس الاتفاق على ما يخالف أحكامها، ووضع شرط تحكيم لحسم النزاع.

الفرع الأول

مفهوم شرط التحكيم في الضمانات المصرفية

يترتب على النظام القانوني لخطاب الضمان - كما سبق أن أوضحنا - وجود علاقات قانونية مستقلة عن الأخرى، وتتمثل في العلاقة العقدية بين البنك والعميل الأمر، وهو عقد الاتفاق على إصدار البنك لخطاب الضمان، وأيضاً العلاقة التعاقدية بين العميل الأمر والمستفيد، وهو عقد الأساس، وأخيراً علاقة قانونية بين البنك والمستفيد من خطاب الضمان تقوم على الالتزام بالإرادة المنفردة.

وهذه العلاقات يسميها الفقه⁽¹²⁶⁾ بالتجمع العقدي أو المجموع التعاقدية وليس مجرد عقد واحد يربط البنك بالعميل، وتبدو مشكلة هذا المجموع أو التجمع في مدى تأثير كل عقد من العقود التي تنتمي إلى هذا التجمع على العقود الأخرى، فقد يتفق أطراف عقد الأساس على اللجوء إلى التحكيم لفض النزاع الذي قد يثور بينهم، فما أثر شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس على العلاقات العقدية الأخرى؟ وبمعنى آخر أثر العلاقة العقدية بين الماويل (عميل البنك) وبين الجهة الإدارية طالبة المشروع (المستفيد) على علاقة البنك بعميله الأمر.

الفرع الثاني

شرط التحكيم المدرج في عقد الأساس

يطرح السؤال الآتي نفسه، هل يجوز للعميل الأمر أن يتمسك في مواجهة المستفيد بشرط التحكيم المدرج بعقد الأساس؟ كما يرى الفقه⁽¹²⁷⁾ فإن العميل يهدف من التمسك بشرط التحكيم إلى تعطيل فورية وتلقائية التزام البنك بالسداد الفوري لمبلغ الضمان، لإجبار المستفيد على الانتظار لحين الفصل في النزاع من هيئة التحكيم، وأيضاً تعود الفائدة على البنك الضامن في التمسك بشرط التحكيم الوارد بعقد الأساس في أنه يحتفظ بالعلاقة الطيبة بينه وبين عميله، واحترام توقيعه بإصداره للضمانة.

وقد يتقدم المستفيد إلى البنك مطالباً بقيمة خطاب الضمان، ويمتنع البنك عن الوفاء لأسباب تتعلق بخطاب الضمان ذاته، ففي هذه الحالة يتفق الطرفان (البنك والمستفيد) على إحالة النزاع إلى التحكيم للفصل فيه، ففي هذا الفرض يتحول الخطاب وإرادة الطرفين من خطاب ضمان غير مشروط إلى خطاب ضمان مشروط أو مبرر، ويتجسد هذا الشرط في حصول

(126) حسن محمد سليم، النظام القانوني للتحكيم في إطار المجموعة العقدية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2007، ص 100؛ د.نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والدولية، ط 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

(127) من الناحية العملية يدرج شرط التحكيم في العلاقة بين البنك الضامن وسلسلة البنوك الضامنة ضمان مقابل، كما هو الحال في الضمانات الجماعية، انظر: د. عادل إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص 140.

المستفيد على حكم تحكيمي لصالحه من أجل صرف قيمة خطاب الضمان، أي يعتبر مستنداً «لتسييل» خطاب الضمان.

ومن المقرر - كما سبق أن أوضحنا - أنه من النتائج التي تترتب على استقلال التزام البنك هو عدم جواز تمسك العميل بأوجه الدفع التي تستند إلى عقد الأساس في مواجهة المستفيد، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

أولاً- استقلال التزام البنك في خطاب الضمان عن عقد الأساس كسبب لعدم التمسك بشرط التحكيم

يعد استقلال خطاب الضمان من أهم الخصائص التي تميزه عن غيره من النظم القانونية المشابهة له مثل الكفالة، وهذا الاستقلال يجد أساسه بنص المادة (385) تجاري كويتي بقولها: «لا يجوز للبنك أن يفرض الوفاء للمستفيد بسبب يرجع إلى علاقة البنك بالأمر أو علاقة الأمر بالمستفيد»، ويبرر هذا الاستقلال من الناحية القانونية أن لكل من شرط التحكيم وعقد الأساس محلاً مختلفاً، فمحل هذا الشرط هو الفصل في منازعات يمكن أن تنشأ بشأن العقد، أما محل عقد الأساس فهو أمر مختلف حسب نوع العقد (مقاوله / توريد / ...)، ومن ناحية أخرى فإن سبب كل منهما مختلف⁽¹²⁸⁾.

ويتربت على ذلك، عدم إمكانية التمسك بأي دفع ناشئ عن عقد الأساس، وقد أوضحت محكمة النقض الفرنسية في حكم قديم لها هذا المبدأ في قضية كروزات لوار Creusot-loire، حيث ذهبت إلى عدم إمكانية الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس في مواجهة المستفيد؛ ومفاد هذا الحكم الصادر في 20 ديسمبر 1982 أنه: «لما كان التزام البنك في مواجهة المستفيد هو التزام بالدفع بمجرد الطلب، ومستقل عن عقد الأساس، وهو عقد محكوم بالشروط الواردة في خطاب الضمان وحدها، فإن محكمة الاستئناف لم تخالف هذه الشروط عندما قضت بأن شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس لا تأثير له على تطبيق أو أعمال خطاب الضمان (حتى لو تم الادعاء ببطلان هذا الأخير)⁽¹²⁹⁾.

ومفاد هذا الحكم أن مبدأ استقلالية خطاب الضمان يمنع من التمسك بشرط التحكيم في مواجهة المستفيد، غير أن هذا الأساس القانوني وهو مبدأ الاستقلالية يعتبر محلاً للنقد لأنه حتى في الكفالة المصرفية التي تتصف بالتبعية لا يجوز الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد بعقد الأساس المبرم بين الدائن والمدين على البنك الكفيل، على الرغم من عدم وجود مبدأ الاستقلال بين الدائن والمدين في العقد الأصلي والكفالة المصرفية، وعلى الرغم - كذلك -

(128) د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 104.

(129) Court of Cassation, 1984/477, revue de l'arbitrage, 1984, p.477.

منشور لدى: راضية أمقران، مرجع سابق، ص 123، وانظر في ذلك تفصيلاً: د. هاني أحمد عبد الفتاح عطاي، مرجع سابق، ص 75 وما بعدها.

من أنه يجوز الاحتجاج في مواجهة البنك الكفيل بالدفع الناشئة عن هذا العقد، وعليه فلو كان استقلال علاقة الأساس هو السبب في عدم الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في هذه العلاقة، لكان من الجائز الاحتجاج بهذا الشرط، إذا ورد في العقد المبرم بين الدائن والمدين على البنك الكفيل⁽¹³⁰⁾.

لذلك ذهب جانب آخر من الفقه⁽¹³¹⁾ إلى القول بأن الأساس القانوني لعدم الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس في المنازعات المتعلقة بخطاب الضمان يجد أساسه في طبيعة شرط التحكيم ذاته، باعتباره اتفاقاً تحكمه القواعد العامة في العقود، وهي قاعدة نسبية أثر العقد، وهو ما سنبينه فيما يلي:

ثانياً- نسبية أثر شرط التحكيم كسبب لعدم الاحتجاج

يعد شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكمه قواعد عامة في القانون المدني تسري على جميع العقود، فشرط التحكيم وفقاً لمبدأ نسبية أثر العقد لا يرتب آثاراً إلا بالنسبة لطرفيه في عقد الأساس⁽¹³²⁾، أي لا يرتب العقد أي التزامات، ولا يكسب أي حقوق لغير أطرافه، وهو ما أكدته محكمة التمييز الكويتية بقولها: «إن الاتفاق على التحكيم بشأن نزاع معين، لا يمتد إلى عقد آخر ولو كان مرتبطاً به⁽¹³³⁾».

وبالتالي لا يمكن للعميل الأمر أن يتمسك بشرط التحكيم في مواجهة البنك؛ لأنه لم يكن طرفاً في عقد الأساس الذي ورد به هذا الشرط. بناءً على ذلك، فإن اتفاق التحكيم لا يمتد أثره إلى الغير، أي لا يمتد أثره ليفيد منه البنك مصدر خطاب الضمان في النزاعات التي قد تنشأ بينه وبين المستفيد، كما يضيف بعض الفقه⁽¹³⁴⁾، حيث إن عدم امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير يتطابق مع مبدأ تفسير اتفاق التحكيم تفسيراً ضيقاً، ولا يجوز التوسع في نطاقه سواء من حيث الأطراف أو محل النزاعات التي يحكمها هذا الاتفاق، لأنه طريق استثنائي لفض المنازعات يؤدي إلى حرمان أطرافه من قاضيهم الطبيعي.

(130) د. هاني أحمد عبد الفتاح عطاوي، مرجع سابق، ص 80 وما بعدها.

(131) د. عادل إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص 142.

(132) المادة (201) مدني كويتي؛ وانظر: د. محمد سليمان الرشيدوي ود. نبيل صبيح، مصادر الالتزام، ط 3، المكتبة الأكاديمية، الكويت 2005، ص 139؛ وأيضاً: د. محمد نور شحاتة، مفهوم الغير في التحكيم: دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 236.

(133) الطعن رقم 2007/1196 تجاري، جلسة 2008/11/9، مجلة القضاء والقانون، السنة 36، الجزء الثالث، أبريل 2012، ص 782.

(134) د. سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 100 وما بعدها؛ وأيضاً: د. حفيظة الحداد، شروط التحكيم والضمانات البنكية المستقلة، ورقة عمل في المؤتمر السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت، تحت عنوان: الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، ص 424.

وتأكيداً لذلك قضت محكمة النقض المصرية⁽¹³⁵⁾ بأن: «خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك وعميله، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، يحكمها خطاب الضمان وحده بشروطه وقبوده، وتضمن اتفاق طرفيه على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية الخلافات بشأنه، إما أن يرد بنص صريح فيه أو بالإحالة إلى وثيقة تتضمنه تقطع بأنه جزء من شروط هذا الخطاب. لما كان ذلك وكان خطاب الضمان - موضوع الدعوى - قد خلت بنوده من شرط التحكيم أو الإحالة الواضحة إلى اعتبار شرط التحكيم المحرر بين العميل الأمر والمستفيد جزءاً من بنود هذين الخطابين، فإن النزاع بين الطاعن والمطعون ضده بشأن صرف قيمتها تتولى نظره المحكمة.

وفي حكم آخر لمحكمة استئناف باريس⁽¹³⁶⁾ قضت بأنه لا يجوز الاحتجاج بشرط التحكيم المدرج في عقد الأساس في علاقات الضمان المقابل، نظراً لأن البنك الضامن ضماناً مقابلاً يعتبر من الغير بالنسبة للعلاقة الأصلية. كما أكد ذلك حكم آخر لمحكمة استئناف باريس بتاريخ 14 ديسمبر 1987⁽¹³⁷⁾ مفاده أنه: «لا يجوز للعميل الأمر التمسك بشرط التحكيم المنصوص عليه في أحد الشروط الواردة بعقود الأساس والخاصة بإخضاع المنازعات الناشئة عن دفع قيمة الضمان الأصلي، والضمان المقابل للتحكيم، إذ إن الالتزامات الواقعة على البنك الضامن المقابل تجاه البنك الضامن، تقع على عاتق الأول بصفة شخصية وأصلية، وكل من هذين البنكين يعد غريباً عن عقود الأساس، ومن ثم لا يعدان أطرافاً في شرط التحكيم، وبهذه المثابة لا يكون لهذا الشرط أي أثر على وضع الضمانات البنكية موضع التنفيذ.

ومع ذلك يذهب بعض الفقه⁽¹³⁸⁾ إلى عكس ذلك، ويرى ضرورة التوسع في تطبيق شروط التحكيم، قياساً على شروط التحكيم بالنسبة لغير الموقعين في إطار مجموعة الشركات، لا بد من الاعتراف باتساع محل عقد التحكيم في حالة المجموعة العقدية، نظراً لتعدد الأطراف ووجود هدف اقتصادي واحد، فإنه احتراماً لفكرة الوحدة الاقتصادية التي توجد خلف مجموعة الشركات والأسرة العقدية، فإنه لا يجب التوقف عند فكرة التوقيع المادي الصريح على اتفاق التحكيم، بل لا بد من قبول اتساع شرط التحكيم ليشمل كافة المنازعات التي تنشأ بمناسبة المجموعة العقدية.

(135) الطعن رقم 495 لسنة 72 ق، جلسة 2004/1/13 الدائرة التجارية، الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994. د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 100.

(136) Cour d'appel de Paris, Juin 1982: note vasseur

(137) مشار إليه لدى: د. حفيظة الحداد، مرجع سابق، ص 424؛ وأيضاً، note Vasseur Revue de L'arbitrage, 1989, p.240

(138) د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 57.

نخلص من ذلك إلى الآتي :

أولاً: إن إدراج شرط التحكيم في عقد الأساس لا يعطي العميل (الامر) الحق في الاحتجاج بهذا الشرط في العلاقات الناشئة عن خطاب الضمان، وهي العلاقة بين البنك مصدر الخطاب والمستفيد، وذلك للاستقلال التام بين عقد الأساس وخطاب الضمان؛ وتطبيقاً لمبدأ نسبية أثر شرط التحكيم⁽¹³⁹⁾.

ثانياً: يترتب على هذا الاستقلال التام بين شرط التحكيم وعقد الأساس الاعتراف للمستفيد بحق الحصول على قيمة الضمان من البنك الضامن بمجرد الطلب، ما لم يوجد غش ظاهر من المستفيد⁽¹⁴⁰⁾.

ثالثاً: نرى ضرورة تدخل المشرع الكويتي لتخصيص نظام تحكيم خاص بالعمليات المصرفية ومن بينها خطابات الضمان، بما يضمن سرعة الفصل في منازعاتها، وكذلك في تنفيذ الحكم.

المطلب الثالث

مدى قابلية قيمة خطاب الضمان وغطائه للحجز

لم يعالج المشرعان التجاريان الكويتي أو المصري مسألة مدى قابلية قيمة خطاب الضمان وغطائه للحجز، لذلك احتدم الخلاف والجدل بين الفقهاء. وتبدو الأهمية العملية لهذه المسألة في ناحيتين: الأولى أن الحجز يحقق فائدة كبرى للعميل الأمر، إذ قد يقدر أنه غير مدين للمستفيد وإن استيفاء هذا الأخير لمبلغ الضمان قد يكبده مشقة في استرداده، وإن توقيع الحجز أو فرض الحراسة القضائية على هذا المبلغ هو الذي يجنبه هذه المشقة⁽¹⁴¹⁾.

والناحية الثانية أن الاعتراف للعميل الأمر بمنع البنك من الوفاء سواء بالحجز أو فرض الحراسة يعطل الميزة الأساسية التي تحققها خطابات الضمان، وهي قيام البنك بالدفع للمستفيد بمجرد الطلب ودون الاعتداد بأية معارضة من العميل الأمر⁽¹⁴²⁾.

(139) Georges Affaki, Guide to icc uniform rules for demand guarantees URDG 758, 2011, p.10.

(140) Ibid. And Article 35-2.

(141) د. محمد حسين طليان، مرجع سابق، ص 321؛ د. إلياس نصيف، العقود المصرفية، المجلد الثاني، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014، ص 329.

(142) قضي بأنه لا يجوز للعميل الأمر مطالبة البنك بعدم التصرف في خطاب الضمان، ومن باب أولى لا يجوز له أن يطلب عدم تسويله أو إلغائه وذلك لاستقلالية العلاقات في خطاب الضمان، الطعن رقم 2011/768 تجاري، جلسة 2012/5/17، مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة التمييز (المستحدث)، فبراير 2017، ص 410.

وسنحاول بيان هذه المعادلة وكيفية التوفيق بين الاعتبارات المختلفة في الفروع التالية:

الفرع الأول

الحجز على قيمة خطاب الضمان من قبل دائني المستفيد

يبدأ التزام البنك في مواجهة المستفيد بمجرد صدور خطاب الضمان وقبول المستفيد للخطاب صراحة أو ضمناً⁽¹⁴³⁾، ويستطيع المستفيد (جهة الإدارة) أن يطلب من البنك كلاً أو بعضاً من قيمة خطاب الضمان أي «تسييل خطاب الضمان» خلال مدة سريانه، ولا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء أو أن يطلب مهلة للسداد أو الحصول على موافقة العميل الأمر. ويترتب على ذلك أنه من غير المتصور منطقياً أن يقوم المستفيد، بتوقيع الحجز على قيمة الخطاب، لأنه يستطيع تسييل الخطاب.

ولكن يثور التساؤل الآتي: هل يجوز توقيع الحجز من جانب دائني المستفيد؟ للإجابة عن هذا التساؤل نفرق بين أمرين فيما يلي: حالة إذا تم الحجز على قيمة خطاب الضمان قبل أدائها للمستفيد، وحالة إذا تم الحجز على قيمة خطاب الضمان بعد أدائها للمستفيد.

أولاً- الحجز على قيمة خطاب الضمان قبل أدائها للمستفيد

لا يجوز لدائني المستفيد الحجز على قيمة خطاب الضمان، لأن المبالغ التي يمثلها خطاب الضمان تعتبر أموالاً مملوكة للبنك إلى أن يتم صرفها للمستفيد⁽¹⁴⁴⁾. والمبدأ أنه لا يجوز الحجز على مال غير مملوك للمدين وإلا كان باطلاً المادة (307) مدني كويتي، وبالتالي لا يجوز لدائني المستفيد الحجز على قيمة خطاب الضمان؛ لأن حق مدينيهم المستفيد حق شخصي متروك إعماله له، وله وحده حق تقرير الإفادة منه، ومن ثم لا يجوز لدائنيه أن يستعملوه لا مباشرة ولا بواسطة الحجز⁽¹⁴⁵⁾.

(143) قضت محكمة النقض المصرية بأن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إليه، يحكمه خطاب الضمان، مادام هو في حدود التزامات البنك، كما أن البنك مصدر الخطاب لا يعتبر وكيلاً عن العميل في الوفاء للمستفيد بقيمة خطاب الضمان، ذلك أن التزام البنك في هذا لحسابه التزام أصيل... الطعن رقم 648 لسنة 48 ق، جلسة 1981/3/30، د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 591.

(144) الطعن رقم 89/215 تجاري، جلسة 1990/1/28 مجلد القسم الثاني، المبادئ القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال أربعين عاماً، أبريل 2016، ص 92؛ وانظر: الطعن 94/211 تجاري، جلسة 1994/5/15، مجلد القسم الثالث، المرجع السابق، ص 93؛ وانظر أيضاً: ميلاد سيدهم، مرجع سابق، ص 29.

(145) قضي بأن خطاب الضمان شخصي للمستفيد وليس ورقة تجارية، أثر ذلك عدم قابليته للتداول، وعدم جواز الحجز على قيمته تحت يد البنك، الطعن رقم 1988/94 تجاري، جلسة 1989/1/23 مجموعة القسم الثاني، مجلد 7، مرجع سابق، ص 712؛ وانظر: د. عادل إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص 162.

ثانياً- الحجز على قيمة الخطاب بعد أدائها للمستفيد

عندما يقوم المستفيد بمطالبة البنك بقيمة خطاب الضمان وحيازته لها بالفعل، في هذه الحالة اختلف الفقه بين مؤيد ومعارض نحو إمكانية الحجز عليها من جانب دائني المستفيد، فذهب البعض⁽¹⁴⁶⁾ إلى القول بجواز الحجز تحت يد المستفيد؛ لأن ذلك لا يتعارض مع مبدأ استقلالية خطاب الضمان؛ لأن علاقة البنك بالمستفيد تكون قد انتهت بعد وفاء البنك بقيمة الخطاب، ويصبح المستفيد وشأنه مع دائنيه، ويؤيد البعض الآخر⁽¹⁴⁷⁾ من الفقه هذا الرأي بقوله إن قيمة الخطاب في هذه الحالة أصبحت ملكاً للمستفيد عندما طلبها من البنك ودخلت في حيازته أو في ذمته المالية وضمن أمواله الخاصة، وبخاصة إذا قام المستفيد بعد طلب قيمة الخطاب بإيداع هذه القيمة في حساب له لدى البنك، فتكون في ملك المستفيد⁽¹⁴⁸⁾.

الفرع الثاني

الحجز على قيمة خطاب الضمان من العميل الأمر أو من دائنيه

أولاً- طلب توقيع الحجز من العميل الأمر

يقع أحياناً في عمليات المناقصات العامة نزاع بين المقاول (العميل الأمر) والجهة الحكومية طارحة المناقصة (الجهة المستفيدة) بشأن تنفيذ التزامات كل منهما، ويدور ذلك في محور عقد الأساس، فقد يرى المستفيد أن المقاول لم يف بالتزاماته الناشئة عن عقد المناقصة، فهل يستطيع العميل أن يطلب الحجز على حق المستفيد تحت يد البنك؟

للإجابة عن هذا التساؤل نقول إن البنك مصدر خطاب الضمان لا يتعهد بأداء قيمة خطاب الضمان للعميل الأمر (المقاول)، ولكنه يتعهد بضمان هذا الأخير في حدود ما ورد في الخطاب⁽¹⁴⁹⁾. ومن المسلم به أن خطابات الضمان تعتبر من عمليات البنوك الائتمانية الناشئة عن مجرد اعتماد بالتوقيع، فالبنك يقرض توقيعه في هذا النوع من الائتمان.

وقد اختلف الفقهاء في هذا الموضوع بين مؤيد ومعارض؛ فذهب الرأي الأول⁽¹⁵⁰⁾ إلى

(146) د. خليل فيكتور تادرس، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004/2005، ص 396.

(147) د. راضية أمقران، مرجع سابق، ص 38.

(148) د. عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 293؛ انظر: الطعون رقم 1988/122 تجاري، جلسة 1989/1/23، والطعن رقم 1989/215 تجاري، جلسة 1991/1/28، المبادئ القانونية التي قررتتها محكمة التمييز الكويتية خلال أربعين عاماً، مجلد 7 (مرافعات)، ديسمبر 2015، ص 712.

(149) تمييز كويتي 1988/1/23، الطعن رقم 94 لسنة 1988 تجاري، د. عزمي عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات الكويتي، ط 4، مؤسسة دار الكتب للنشر، الكويت، 2018، ص 398؛ وأيضاً: الطعن رقم 2015/1989 تجاري، جلسة 1990/1/28، مجموعة القسم الثاني، المجلد الثاني، ص 505.

(150) د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مرجع سابق، 1981، ص 516؛ د. محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 572.

أن الأصل هو عدم جواز الحجز على حق المستفيد تحت يد البنك من جانب العميل الأمر (المقاول)؛ لأن السماح بذلك يؤدي إلى تعطيل الميزة الكبرى التي ينشئها الخطاب وهي ثقة رب العمل (الجهة الإدارية) في البنك، ويزعزع الثقة في الخطاب، حيث يمكن الحصول عليه فوراً وبمجرد الطلب - واستثناءً - وفقاً لهذا الرأي يجوز الحجز من جانب العميل الأمر في بعض الحالات الاستثنائية مثل حالة غش يصدر من الجهة المستفيدة من الخطاب، ففي هذه الحالة يكون الحجز على مبلغ الضمان وسيلة لحماية حقوق المقاول، ولكن يشترط أن يكون حق هذا الأخير حقاً مؤكداً ضد المستفيد، لاسيما وأن أثر الحجز هو مجرد تجميد المبلغ تحت يد البنك حتى يفصل القضاء في النزاع بين العميل والمستفيد⁽¹⁵¹⁾.

وذهب الرأي الثاني⁽¹⁵²⁾ إلى وجوب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا وقع الحجز من المقاول قبل حصول آية مطالبة من المستفيد بمبلغ الضمان؛ في هذه الحالة لا يجوز للمقاول العميل توقيع الحجز تحت يد البنك على قيمة الضمان، لأن مبلغ الضمان في هذه الحالة مازال ملكاً للبنك.

الحالة الثانية: إذا وقع الحجز من المقاول بعد قيام المستفيد بمطالبة البنك بقيمة خطاب الضمان، ففي هذه الحالة - وفقاً لهذا الرأي - تصبح قيمة خطاب الضمان ملكاً للمستفيد، وبالتالي يجوز الحجز عليه من جانب المقاول العميل تحت يد البنك إذا أثبت المقاول أنه دائن بدين مؤكد مستحق الأداء للمستفيد، وألا يكون عقد الأساس هو مصدر الدين.

ونرى مع بعض الفقه⁽¹⁵³⁾ أن هذا الرأي يتعارض مع مبدأ استقلالية وقطعية خطاب الضمان، إذ لو أجز الحجز على خطاب الضمان لأي سبب حتى ولو كان مصدره علاقة بعيدة عن عقد الأساس (عقد المقاولة) لأدى ذلك إلى فقد الخطاب أهميته ودوره في الحلول محل التأمين النقدي، وبخاصة في مجال المناقصات العامة، ولذلك على القاضي ألا يسمح بالحجز إلا على سبيل الاستثناء، وبعد فحص دقيق لجدية طالبه، حتى لا تتعطل وظيفة خطابات الضمان وفقاً لأصحاب هذا الرأي⁽¹⁵⁴⁾.

ثانياً - طلب توقيع الحجز من دائني العميل الأمر

كما سبق أن أوضحنا، فإن صدور خطاب الضمان بناء على طلب العميل الأمر، لا ينشئ له حقاً على قيمته، حيث إن البنك لم يتعهد بأدائها له، وإنما بضمانه في حدودها، كما لا تمثل حقاً للعميل لدى المستفيد، وبالتالي لا يجوز للعميل ولا لدائنيه توقيع الحجز على قيمة

(151) د. محمود سمير الشرفاوي، المرجع السابق، ص 572.

(152) د. محمد حسين طليان، مرجع سابق، ص 207؛ د. نجات بضراني، الائتمان المصرفي بطريق التوقيع، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1987، ص 564.

(153) د. إلياس نصيف، مرجع سابق، ص 330، محمد طليان، مرجع سابق، ص 334.

(154) ميلاد سيدهم، مرجع سابق، ص 33.

خطاب الضمان⁽¹⁵⁵⁾.

موقف القضاء الكويتي والمقارن من المسألة

قضت محكمة التمييز الكويتية⁽¹⁵⁶⁾ بأن: «صدور خطاب الضمان بناءً على طلب العميل، لا ينشئ له حقاً على قيمته؛ لأن البنك لا يتعهد بأدائها له، وإنما بضمانه في حدودها، كما لا يمثل حقاً للعميل لدى المستفيد، مما تعتبر معه المبالغ التي يمثلها خطاب الضمان أموالاً مملوكة للبنك، إلى أن يتم صرفها للمستفيد، ومن ثم فإن العميل لا يستطيع المطالبة بها، ولا يجوز لدائنيه توقيع الحجز عليها تحت يد البنك أو لدى المستفيد، ولا تدخل في ذمة الأخير المالية إلا إذا طلبها هو شخصياً، في حدود التزام البنك وشروطه المبينة في الخطاب».

كما قضت محكمة جنوب القاهرة الابتدائية⁽¹⁵⁷⁾ بأنه: «ليس للعميل حق على مبلغ الضمان؛ لأن البنك لم يتعهد بأدائه وإنما بضمانه في حدوده، وبالتالي لا يجوز لدائني العميل توقيع الحجز تحت يد البنك على مبلغ الخطاب، وبالمثل لا يجوز لدائني المستفيد توقيع الحجز تحت يد البنك، كما لا يجوز للعميل توقيع الحجز تحت يد البنك على مبلغ الضمان إذا ما شجر الخلاف بينه وبين المستفيد فادعى بحقوق قبله».

وقضت أيضاً محكمة باريس⁽¹⁵⁸⁾ بأن: «العميل الأمر هو المحرك لعملية الضمان، ولكن حتى ولو أصبح دائماً للمستفيد من خطاب الضمان، فلا يجوز له الحجز لأن الضمان الصادر في الخطاب من جهة يعد تعهداً شخصياً بالدفع مباشرة من البنك تجاه المستفيد، ومن جهة أخرى يعد تعهداً مجرداً منفصلاً عن العلاقة بين أطراف عقد الأساس، فاستقلال التزام البنك يمنع الحجز على الخطاب، ونتيجة لاستقلال الأخير عن عقد الأساس، لا يجوز للعميل الأمر أن يتمسك بالتنفيذ المعيب من المستفيد لالتزاماته الناشئة من العقد لكي يوقع حجزاً على الخطاب، حيث إنه تنازل عن الاعتراض على مدى صحة الأساس القانوني للدفع، وإن التسليم بالحجز سيكون من شأنه وقف تنفيذ الضمان».

وعبرت عن ذلك محكمة استئناف القاهرة بوضوح بقولها بأنه: «لا يجوز للعميل الأمر بإصدار خطاب الضمان توقيع الحجز على قيمة ذلك الخطاب تحت يد البنك مصدره، وإن هذا الحجز في حالة توقيعه لا يمكن أن يمنع البنك من تنفيذ التزامه المباشر والقطعي أمام المستفيد، ولا يجوز للعميل الأمر أو البنك أن يعطل صرف قيمة خطاب الضمان - في غير حالة الغش - عن طريق توقيع الحجز على تلك القيمة أو المنازعة في صرفها؛ لأن

(155) الطعن رقم 68 لسنة 2002 تجاري، محكمة التمييز، الدائرة التجارية، جلسة 2003/12/10.

(156) تمييز كويتي، الطعن رقم 215 لسنة 1989 تجاري، جلسة 1990/1/28، مجلة القضاء والقانون، س18، مايو 1996، ص 84؛ وانظر: حكم التمييز في الطعن رقم 211/94 تجاري، جلسة 1995/1/3، موسوعة المناقصات، مرجع سابق، ص 589.

(157) د. محمد حسين طليان، مرجع سابق، ص 336.

(158) محكمة باريس بتاريخ 1981/10/28؛ د. عادل إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص 166 وما بعدها.

إباحة شيء من ذلك يخل بمبدأ القوة الملزمة لعقد الأساس الذي ألزم العميل بتقديم خطاب الضمان، كما يتعارض مع التزام البنك القطعي والمباشر بالوفاء بقيمة خطاب الضمان للمستفيد، فضلاً عن أنه يناقض مبدأ استقلال خطاب الضمان عن عقد الأساس، ذلك المبدأ الذي يمنع الأمر من التمسك بشروط العقد المذكور لتعطيل أحكام الوفاء بقيمة الخطاب، كذلك فإن إباحة الحجز على خطاب الضمان أو المنازعة في صرف قيمته عند الطلب من جانب العميل الأمر يفقد خطابات الضمان أهميتها العملية، إذ من شأنه إزالة الطمأنينة التي يستهدفها نظام خطابات الضمان في التعامل، بما يؤدي إلى شل حركة المعاملات التجارية⁽¹⁵⁹⁾.

الفرع الثالث

الحجز على غطاء خطاب الضمان

نصت المادة (383) من قانون التجارة الكويتي على الآتي: «1- يجوز للبنك أن يطلب تقديم تأمين مقابل إصدار خطاب الضمان. 2- يجوز أن يكون التأمين تنازلاً من الأمر عن حقه قبل المستفيد».

مفاد هذا النص أن البنوك تواجه مخاطر متعددة وهي بصدد إصدار خطابات الضمان، مما يجعلها تطلب من العميل الأمر تقديم الضمانات اللازمة، وهذه الأخيرة تسمى بـ «غطاء خطاب الضمان» وتأخذ صورة تأمين نقدي أو بضائع أو أوراق تجارية أو تنازل من العميل الأمر عن حقه قبل المستفيد⁽¹⁶⁰⁾، وقد يتخذ الغطاء صورة وثيقة تأمين لصالح البنك، بحيث يقتضي البنك حقه كمستفيد من الوثيقة من شركة التأمين⁽¹⁶¹⁾ في حالة تسهيل خطاب الضمان، وفي بعض الأحيان قد يستغني البنك عن تقديم غطاء خطاب الضمان ويصدر الخطاب على المكشوف⁽¹⁶²⁾ «غطاء معنوي».

ويطرح التساؤل الآتي نفسه، هل يجوز الحجز على غطاء خطاب الضمان تحت يد البنك؟ للإجابة عن هذا التساؤل يجب تحديد شخصية الحاجز، فإذا كان الدائن الحاجز هو دائن العميل الأمر، جاز له توقيع الحجز على قيمة الغطاء المقدم من هذا العميل إلى البنك بمن فيهم المستفيد⁽¹⁶³⁾ إذا أصبح دائناً للعميل. ومما لا شك فيه أن ما يقدمه هذا العميل هو مال مملوك له، واتجه الفقه إلى أن ما يقدمه العميل للبنك كغطاء يجعل البنك دائناً مرتهاً يكون له حق التقدم على غيره من الدائنين العاديين، وفقاً للمادة (307) مدني كويتي.

(159) استئناف القاهرة، جلسة 1997/11/19، الدائرة 16 تجاري؛ د. راضية أمقران، مرجع سابق، ص 139.

(160) لا تفضل البنوك هذه الصورة من صور غطاء خطاب الضمان بسبب المخاطر التي تحيط بها، وبخاصة إذا تخلف العميل عن تنفيذ التزامه تجاه المستفيد.

(161) د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 116.

(162) د. رضا عبيد، عمليات البنوك من الناحية القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 147.

(163) د. محمد حسين طليان، مرجع سابق، ص 348.

بناء على ذلك يجوز لدائني العميل الأمر الحجز على غطاء خطاب الضمان، وإذا وقع الحجز تحت يد البنك، كان على هذا الأخير أن يقرر بما في ذمته للعميل، وأن يبين البنك في إقراره صفته كدائن مرتهن له الأولوية، ويتقدم الدائن في استيفاء حقه على الخزنة العامة.

وكما يرى بعض الفقه⁽¹⁶⁴⁾ أن نتيجة الحجز من جانب دائني العميل لا تتضح إلا بعد انتهاء أجل خطاب الضمان، كذلك لا يجوز لدائني المستفيد توقيع الحجز على غطاء خطاب الضمان لأن مدينهم ليس مالكا لهذه الأموال، وإنما هي ملك للعميل، وأيضا تطبيقاً لمبدأ استقلال حق المستفيد عن علاقة الأساس.

(164) ميلاد سيدهم، مرجع سابق، ص 58.

الخاتمة

تعددت محاولات الفقه لوضع تعريف لخطابات الضمان يكون شاملاً لجميع عناصره، مبرزاً جميع خصائصه، قابلاً لاستقبال أي تحديثات عليه، وتعرّض القضاء الكويتي والمقارن إلى تعريف هذه الخطابات بالنظر إلى زوايا مختلفة في كل حكم تمييز أو قضاء مصرفي. وقد حاولنا بيان أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين خطابات الضمان والكفالات المصرفية، وأوضحنا أن خطاب الضمان أصلح للمستفيد الدائن من الكفالة، فالبنك لا يضمن العميل في تنفيذ التزامه قبل الغير كما هو الحال في الكفالة، بل إن كفالة البنك لها معنى أبعد ووظيفة أهم تبدو في أن خطاب الضمان يقوم مقام النقود تماماً، فكأن مَنْ يطلب خطاب ضمان مصرفي إنما يريد أن يطمئن كما لو كانت لديه كفالة نقدية.

لذا استقر العرف المصرفي والقضائي على خصائص وشروط يجب توافرها في الخطاب حتى تحقق هذه الغاية من أهمها: استقلال التزام البنك مصدر خطاب الضمان، ويقصد باستقلال التزام البنك عن التزام المدين أن يختلف محل كل منهما، وأن يتعهد البنك بالدفع لدى الطلب على الرغم من معارضة المدين، وأياً كان مصير التزام المدين.

كما حاولنا بيان أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، حيث تُعد كل منهما تقنيات ناشئة عن احتياجات التجارة الدولية، وتهدفان إلى سد فجوة عدم الثقة بين الطرفين (المستورد والمصدر) ومحاولة التوفيق بين مصالحهما المتعارضة، كما أن كلا منهما يمثل علاقة قانونية ثلاثية الأطراف وهي البنك الضامن والعميل الأمر والمستفيد، كما أن التزام البنك الضامن في كل منهما يكون التزاماً مستقلاً عن عقد الأساس. وانتقلنا إلى التنظيم القانوني لخطابات الضمان في مجال المناقصات العامة، حيث تنقسم إلى أنواع ومنها التأمين (الأولي) أو (الابتدائي) وفقاً للمادة (45) من قانون المناقصات الكويتي الجديد رقم (49) لسنة 2016، وهو يهدف إلى ضمان جدية العطاء، ولا يقل عن 1% ولا يجاوز 5% من إجمالي قيمة المناقصة، ثم أوضحنا حالات رد التأمين الأولي ومصادرته.

وفي سياق الموضوع تعرضنا للتأمين النهائي (ضمانة حسن التنفيذ) من حيث مفهومه وأهدافه، وهو يهدف إلى ضمان تنفيذ العقد، ويكون بخطاب ضمان غير مقترن بأي شرط أو تحفظ، وغير قابل للرجوع فيه، ولا تقل قيمته عن 10% من قيمة العقد. والتزام المناقص بتقديم خطاب ضمان مصرفي نهائي أمر وجوبي بنص القانون وفقاً للمادة (65) من قانون المناقصات الجديد رقم 49 لسنة 2016، وإلا اعتبر منسحباً من تنفيذ العقد. وقد حاولنا بعد ذلك التفرقة بين التأمين النهائي وغرامات التأخير بوصفها جزاءً مالياً اتفاقياً توقعه جهة الإدارة على المتعاقد الذي يخالف الشروط التعاقدية، ثم تعرضنا لحالات مصادرة التأمين النهائي وفقاً لقانون المناقصات الكويتي الجديد (المادة 70).

وتناولنا أيضاً النوع الثالث من هذه الضمانات وهي ضمان الدفعات المقدمة، حيث تهدف إلى ضمان إعادة المبلغ المدفوع إلى الجهة الحكومية (رب العمل) في حالة عدم تمكن المقاول من إتمام العمل المكلف به.

وبعد ذلك انتقلنا إلى عرض بعض المشكلات التي تثيرها خطابات الضمان، ومحاولة التركيز في مجال المناقصات العامة. أول هذه المشكلات مشكلة تمديد فترة صلاحية خطاب الضمان، وعرضنا للآراء الفقهية، ورأينا أن الرأي الراجح هو أنه لا يجوز للبنك مد فترة خطاب الضمان بناء على طلب موجه من المستفيد مباشرة دون أخذ موافقة العميل.

وتعرضنا بعد ذلك لأثر التحكيم على خطاب الضمان، وعرضنا لآراء الفقه بصدد هذا الموضوع، وانتهينا إلى أن إدراج شرط التحكيم في عقد الأساس لا يعطي العميل الأمر الحق في الاحتجاج بهذا الشرط في العلاقة الناشئة عن خطاب الضمان، وهي العلاقة بين البنك ومصدر الخطاب والمستفيد.

وأخيراً، بحثنا مدى قابلية قيمة خطاب الضمان وغطائه للحجز، وهو موضوع ذو أهمية عملية، وقد تعرضنا لمدى إمكانية الحجز على قيمة خطاب الضمان من قبل دائني المستفيد، وأيضاً الحجز على قيمته من العميل الأمر أو من دائنيه. وفي نهاية هذا الموضوع رأينا أنه يجوز لدائني العميل الأمر الحجز على غطاء خطاب الضمان.

وقد توصلنا للتوصيات التالية:

1. من حيث صياغة عقود الضمانات المصرفية المستقلة، يجب أن تتضمن هذه العقود بين نصوصها بنداً يقضي بتعهد البنك الضامن بأن يدفع للمستفيد خلال مدة سريانها مبلغاً من النقود بغض النظر عن أي اعتراض أو طعن أو إخطار من أي طرف آخر، ونصوص هذه العقود لا بد أن تصاغ بطريقة تكشف عن كونها التزاماً قائماً بذاته بين البنك والمستفيد، فالأصل في خطاب الضمان ألا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجية عنه، ولا على تحقق شرط ولا حلول أجل، ولا يغير من ذلك أن يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد من الخطاب، فالعبرة بما ورد بصلب خطاب الضمان ذاته.

ونوصي في هذا الصدد بالآتي: محاولة توحيد وتقريب صياغة العقود المصرفية من خلال لجان متخصصة «قانونية ومصرفية»، ونشر الوعي القانوني لدى العاملين بالبنوك عن أهمية عمليات البنوك وبخاصة إنها ذات صبغة دولية كالاتمادات المستندية وخطابات الضمان.

2. يجب أن تكون التعليمات الصادرة بشأن إصدار الضمانات المصرفية واضحة ودقيقة، ولا تتضمن تفصيلات مكثفة أو مبالغاً فيها، وكل ذلك يؤدي إلى تقليل حالات وقوع المنازعات (المادة 8 من القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية رقم 758).

3. يلتزم البنك مُصدر خطاب الضمان بتقديم النصح والإرشاد بجذب انتباه العميل للفرق بين الضمانات المستقلة التي هو بصدد الإقدام عليها وبين الكفالات العادية، وما هي مخاطر هذه العملية والآثار المترتبة عليها، وما هو مناسب له ولعمليته الائتمانية، بما من شأنه تقليل حالات وقوع المنازعة عند طلب الوفاء. وقد أكد كل من الفقه والقضاء الفرنسيين التزام البنك بتقديم النصيحة للعملاء في الكثير من أحكامه⁽¹⁶⁵⁾، وسكوته عنه يشكل تدليسا من جانبه، ويذهب إلى أن التزام البنك في هذه الحالة هو التزام أو واجب تبعي أو ضمني للعقود المصرفية، ويتضمن التزام بتحذير العملاء من المخاطر التي قد يتعرضون لها.
4. يجب على البنوك أن تستكتب عملاءها عند طلب منح الاعتماد بإصدار خطاب الضمان تفويضا منهم إلى البنوك يفيد التجديد التلقائي لفترة صلاحية خطاب الضمان متى طلب المستفيد ذلك، ويكون تفويضا غير قابل للرجوع فيه حتى لا تثور مشكلة تتعلق بسلطة البنك في التجديد من عدمه، وعدم وجود هذا الشرط في الصياغة يؤدي إلى براءة ذمة البنك عن الوفاء للمستفيد.
5. يجب على البنوك التي تمنح الائتمان لعملائها وبخاصة إصدار خطابات ضمان في مجال المناقصات العامة أن تتأكد من جدية العطاءات وتنفيذها، وأن تلعب دور الشريك للعميل الأمر، وبخاصة أنها تصدر أكثر من نوع من أنواع خطابات الضمان (تأمين أولي / تأمين نهائي / رد دفعات مقدمة .. وهكذا).
6. مع الاحتفاظ بطابع استقلالية التزام البنك الضامن، إلا أنه لا يضر بهذا المبدأ قيام هذا البنك بترك مجال للعميل الأمر للتفاوض مع المستفيد في حالة طلب تمديد صلاحية الخطاب، ويجوز للبنك الضامن أن يعلق الدفع لمدة لا تتجاوز 30 يوماً من وقت استلامه الطلب، وهو ما يتفق مع قواعد غرفة التجارة الدولية رقم 758 مادة 23 منها.

(165) R.T.D com 2000 – 966. Obs cabrillac R.D bancaire et financier 2000 No 155, obs J.P. Mattout.

المراجع

أولاً- باللغة العربية

- د. أحمد حسني، المبادئ التي قررتها محكمة النقض في ثمانية وستين عاماً، منشأة العاف، الإسكندرية، 2000.
- أحمد منصور ونجوى بكر، موسوعة المناقصات: دراسة عملية تفصيلية لنصوص قانون المناقصات العامة والنصوص المرتبطة به في ضوء فتاوى إدارة الفتوى والتشريع وأحكام القضاء بدولة الكويت، مشرف للتجارة والمقاولات، 2004.
- د. أسيل باقر جاسم، أثر التحكيم على خطاب الضمان: دراسة تحليلية، مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الخامسة.
- د. إلياس نصيف، العقود المصرفية - المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014.
- أيمن سيد محمد، خطاب الضمان المصرفي في تنفيذ العقد الإداري في القانون الكويتي: دراسة مقارنة بالقانون المصري، مجلة القضاء، السنة السادسة، العدد الرابع عشر، ديسمبر 2007.
- د. أيمن محمد عفيفي، غرامات التأخير في العقود الإدارية: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017.
- د. جمال عبد الكريم العساف، الاعتمادات المستندية في ظل قواعد الممارسات والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، سلطات، المغرب، مارس 2018.
- جورجيت صبحي قليني، مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي، رسالة ماجستير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- د. هاني أحمد عبد الفتاح عطاي، التحكيم في الضمانات المصرفية، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر، القاهرة، 2018.
- هدى محمد نور شحاتة، مدى حق الجهة الإدارية في تسهيل خطابات الضمان المصرفية في عقد الأشغال العامة، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 2010.
- د. حسن حمد سليم، النظام القانوني للتحكي في إطار المجموعة العقدية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2007.

- طلال على سليمان الشوبكي، أثر الغش في التزام المصرف مصدر خطاب الضمان، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2015.
- د. محسن شفيق، القانون التجاري، الجزء الثالث، دون ناشر، دون بلد نشر، 1968/1967.
- د. محمد حسين طليان، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات: دراسة مقارنة، ط 1، مركز الدراسات العربية للنشر، القاهرة، 2017.
- محمد على سكيكر، موسوعة المناقصات والمزايدات بشأن الجهات الحكومية وشركات قطاع الأعمال العام في مصر والدول العربية، دون سنة طبع.
- د. محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016.
- د. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- د. مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2009.
- د. مصطفى كمال طه، ود. علي البارودي، القانون التجاري: الأوراق التجارية- الإفلاس- العقود التجارية- عمليات البنوك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001.
- د. موسى مصطفى شحادة، الجزاءات المالية في نطاق العقود الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 3 لسنة 2018، ص 229.
- ميلاد سيدهم، مشكلات تأمين العقد الإداري بخطاب ضمان، مجلة هيئة قضايا الدولة، القاهرة، العدد الثاني، السنة 52، 2008.
- د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والدولية لاتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- د. نبيل محمد أحمد صبيح،
 - التزام البنك مانح الائتمان بتقديم النصيحة للعملاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
 - مذكرات في الاعتمادات المصرفية، دون ناشر، 1994.

- د. نبيل محمد أحمد صبيح ود. محمد سليمان الرشيدى، مصادر الالتزام، مكتبة دار العلم للنشر، الكويت، 2016.
- د. نجات بضراني، الائتمان المصرفي بطريق التوقيع، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1987.
- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية: دراسة مقارنة، ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975.
- د. سميحة القليوبي،
- الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
- القانون التجاري - عمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
- النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مارس/ يونيو 1971، العددان الأول والثاني، السنة 12.
- د. عادل إبراهيم مصطفى، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1996.
- د. عادل علي المقدادي، عمليات البنوك وفقاً لقانون التجارة العماني، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2013.
- د. عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات: دراسة مقارنة بأحكام العقود الحكومية في القانون الأمريكي - دراسة تطبيقية لسلطات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات مدعمة بأحدث فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع وأحكام المحكمة الإدارية العليا حتى عام 2008، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- عبد الرحمن يعيش، مدى الالتزام القانوني للبنك في خطاب الضمان، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008.
- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، في التأمينات الشخصية والعينية، المجلد العاشر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- د. عبد الفضيل محمد أحمد،
- العقود التجارية وعمليات البنوك طبقاً لأحكام قانون رقم 17 لسنة 1999، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 2009.

- عمليات البنوك، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2010.
- العقود التجارية وعمليات البنوك في القانون الكويتي، ط 1، دار العلم للنشر، الكويت، 2008.
- د. عبد القادر ورسمه غالب، القواعد الموحدة رقم 758 لطلب الضمان، جريدة عُمان، 2018.
- د. عزمي عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات الكويتي، ط 4، مؤسسة دار الكتب للنشر، الكويت، 2018.
- د. علي البارودي، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
- د. علي جمال الدين عوض،
- خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- عمليات البنوك من وجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- د. فؤاد نصر الله عوض، عملية الأسس والأساليب العامة لتكوين العقود الإدارية للمناقصات العامة، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017.
- فتحي عطية السيد مصطفى، الحلول العملية لمشكلات المناقصات والمزايدات الناشئة عن تطبيق القانون 89 رقم لسنة 1998 وتعديلاته، ط 9، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.
- د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية التجارية الدولية - علماء وعملاً، ط 1، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014.
- د. راضية أمقران، خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2013/2014.
- د. ربحي أحمد عارف، خطابات الضمان في مقالة الإنشاءات (الفيديك)، مجلة التربية الأساسية، العدد السابع والستون، الجامعة المستنصرية، بغداد، 2011.
- د. رضا عبيد، عمليات البنوك من الناحية القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- د. خليل فيكتور تادرس، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004/2005.

ثانياً - باللغة الأجنبية

- Alain Cerles, Le Cautionnement et la Banque, Revue Banque edition, Paris, 2004.
- Alexander Domanico, Comprendre les garanties financières ... pour mieux avoir le choix – 15 Juin 2015. Sun www.francmarches.com/blog/2015/comprendre-garanties-financieres/.
- Georges Affaki – Andrea Hauptman, Regles uniformes de la chambre de commerce international (icc) Avantage d'une standardisation des regles Applicables aux garanties internationales, n° 758 .
- Ch. Mouly, L'Avenir de la Garantie Independante en droit francais, in melanges Breton Derrida, Dalloz, Paris.
- Ph. Simler, Cautionnement et Garantie Autonomes, 3^{ème} ed., Litec, Paris, 2000.

المحتوى

الصفحة	الموضوع
87	الملخص
89	المقدمة
92	مبحث تمهيدي- الضمانات المصرفية وتمييزها عن غيرها من العمليات ذات الصلة
92	المطلب الأول- مفهوم الضمانات المصرفية فقهاً وقضاً وتشريعاً
92	الفرع الأول- التعريف الفقهي
93	الفرع الثاني- التعريف القضائي
94	أولاً- في القضاء الكويتي
94	ثانياً- في القضاء المصري
96	الفرع الثالث- التعريف التشريعي
97	الفرع الرابع- تعريف خطاب الضمان على المستوى الدولي
97	أولاً- لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة (الأونسيترال)
97	ثانياً- القواعد الموحدة لخطاب الضمان الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس
98	المطلب الثاني- خطاب الضمان والكفالات المصرفية
99	الفرع الأول- أوجه التشابه
100	الفرع الثاني- أوجه الاختلاف
103	المطلب الثالث- الضمانات المصرفية والاعتمادات المستندية
105	الفرع الأول- أوجه التشابه بين خطاب الضمان المصرفي والاعتمادات المستندية
106	الفرع الثاني- أوجه الاختلاف بين خطابات الضمان والاعتمادات المستندية
108	المبحث الأول- التنظيم القانوني لخطابات الضمان
110	المطلب الأول- التأمين الأولي (التأمين الابتدائي)
110	الفرع الأول- تعريف التأمين الأولي وأهميته
112	الفرع الثاني- شروط وإجراءات التأمين الأولي وفقاً لللائحة التنفيذية

الصفحة	الموضوع
113	الفرع الثالث- حالات رد التأمين الأولي ومصادرته
113	أولاً- حالات رد التأمين الأولي
113	ثانياً- حالات مصادرة التأمين الأولي
115	المطلب الثاني- التأمين النهائي
115	الفرع الأول- مفهوم وأهداف التأمين النهائي
118	الفرع الثاني- التأمين النهائي وغرامات التأخير
121	الفرع الثالث- حالات مصادرة التأمين النهائي
123	المطلب الثالث- ضمان الدفعات المقدمة
125	المبحث الثاني- بعض المشكلات التي تثيرها خطابات الضمان في مجال المناقصات العامة
125	المطلب الأول- مشكلة تمديد فترة صلاحية خطاب الضمان
129	المطلب الثاني- أثر التحكيم على خطاب الضمان
130	الفرع الأول- مفهوم شرط التحكيم في الضمانات المصرفية
130	الفرع الثاني- شرط التحكيم المدرج في عقد الأساس
131	أولاً- استقلال التزام البنك في خطاب الضمان عن عقد الأساس كسبب لعدم التمسك بشرط التحكيم
132	ثانياً- نسبية أثر شرط التحكيم كسبب لعدم الاحتجاج
134	المطلب الثالث- مدى قابلية قيمة خطاب الضمان وغطائه للحجز
135	الفرع الأول- الحجز على قيمة خطاب الضمان من قبل دائني المستفيد
136	الفرع الثاني- الحجز على قيمة خطاب الضمان من العميل الأمر أو من دائنيه
139	الفرع الثالث- الحجز على غطاء خطاب الضمان
141	الخاتمة
144	المراجع