

قواعد غرفة التجارة الدولية الموحدة رقم 758 لسنة 2010 بشأن خطابات الضمان: دراسة تحليلية مقارنة^(*)

د. فهد علي الزميع^(**)
أستاذ القانون الخاص المشارك
كلية الحقوق، جامعة الكويت

الملخص:

تزايدت أهمية خطابات الضمان، في الآونة الأخيرة، نتيجة التطور الكبير الحادث في التجارة بشكل عام، ولضمان الثقة في المعاملات الدولية والمحلية. ومع انتشار خطابات الضمان، أصبح من الأهمية بمكان ضبط الإطار القانوني والتنظيمي لهذه الخطابات على الصعيد الدولي، وهو ما دفع غرفة التجارة الدولية بباريس ICC إلى إصدار عدد من القواعد الموحدة للضمانات تحت الطلب؛ بهدف توحيد القواعد الدولية المتباينة التي كان آخرها في النشرة رقم 758 لسنة 2010، وهي القواعد التي سيتم تناولها بالتفصيل في هذه الدراسة بالتحليل، والمقارنة مع بقية القواعد الدولية والمحلية المنظمة للضمانات تحت الطلب.

وتأتي أهمية الدراسة في ظل تزايد أهمية قواعد غرفة التجارة الدولية الموحدة للضمانات تحت الطلب لسنة 2010، في ظل تباين السياسات التشريعية للدول حول هذه القواعد؛ لذا تهدف الدراسة إلى تسليط الضوء على أهم ما جاء في هذه القواعد الدولية الموحدة، مقارنة مع غيرها من القواعد والتشريعات الوطنية.

وتتناول الدراسة تطور مفهوم قواعد تنظيم خطاب الضمان، والطبيعة القانونية الخاصة لهذه القواعد، ونطاق سريان هذه القواعد، إضافة إلى إلقاء الضوء على المسؤولية القانونية للبنك، في إطار مبدأ استقلال الالتزامات وأثر الغش والتعسف على هذا المبدأ، كما تتناول الدراسة حالات انقضاء خطاب الضمان، سواء بتسييله أو تمديده.

كلمات دالة: خطاب الضمان، وغرفة التجارة الدولية، والقواعد الموحدة للضمانات تحت الطلب، وخطابات الاعتماد الضامنة، وقواعد غرفة التجارة الدولية رقم 758.

وتاريخ قبوله للنشر: 10 يونيو 2024

(*) تاريخ تقديم البحث للنشر: 29 فبراير 2024

(**) محام أمام المحاكم الملكية في إنجلترا وويلز ومحاكم ولاية كاليفورنيا في الولايات المتحدة الأمريكية.

Alzumai.f@ku.edu.kw

المقدمة:

أولاً- موضوع الدراسة:

نشأت الضمانات تحت الطلب بناء على العرف التجاري الدولي⁽¹⁾، والذي كان له الدور البارز في تطورها وفقاً لظروف التجارة الدولية المتغيرة؛ حيث اقتضت الحاجة المتزايدة سرعة إتمام الصفقات التجارية، وضمان الثقة في المعاملات الدولية إلى ابتكار هذه الضمانات كبديل عن الضمانات المالية التقليدية.

لقد تزايدت أهمية هذه الضمانات في الآونة الأخيرة، إلى أن أصبحت القلب النابض للتعاملات التجارية⁽²⁾. وقد برزت مكانة هذه الضمانات منذ خمسينيات القرن الماضي، من خلال إصرار العديد من الدول النامية - ومن بينها دول الخليج العربي، في علاقاتها مع الشركات العالمية - على ضرورة إصدار ضمانات مستقلة من قبل بنوك عالمية في حال إخلال الشركات بالتزاماتها التعاقدية مع هذه الدول⁽³⁾. وهذا التطور والعلاقة بين الغرب والدول النامية ودول الشرق الأوسط نراه منعكساً في القضايا المنظورة أمام المحاكم الفرنسية والألمانية؛ حيث إن ما يقارب 80 إلى 90% من القضايا الخاصة بخطابات الضمان كانت متعلقة بالشرق الأوسط، وذلك في نهاية ثمانينيات القرن الماضي.

ومع انتشار خطابات الضمان التي كانت تُستخدم تحت مسميات مختلفة مع بدايات انتشارها في منتصف القرن الماضي⁽⁴⁾ أصبح من الأهمية بمكان ضبط الإطار القانوني والتنظيمي لهذه الخطابات، خاصة على الصعيد الدولي، وهو ما دفع غرفة التجارة الدولية بباريس ICC⁽⁵⁾ إلى إصدار عدد من القواعد الموحدة للضمانات تحت الطلب؛

(1) بدر سعد العتيبي، التنظيم القانوني لخطابات الضمان في مجال المناقصات العامة: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س8، ع2، 30، يونيو 2020، ص89.

(2) Michelle Kelly-Louw, The Doctrine of Strict Compliance in the Context of Demand Guarantees, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol.49 No.1, March 2016, pp.85-129.

(3) Boris Kozolchik, Bank Guarantees and Letters of Credit: Time for a Return to the Fold, University of Pennsylvania journal of international business law, USA, Vol. 11, Iss.1, (1989), pp.13-14.

(4) استعملت البنوك مصطلحات مختلفة للتعبير عن خطابات الضمان من بينها: «ضمانات بنكية»، و«خطابات ضمان بنكية دولية»... وغيرهما من المسميات.

(5) غرفة التجارة الدولية (ICC): هي منظمة تجارية دولية غير حكومية، أسست في باريس في العام 1919، وتعد الشريك التجاري الأكثر أهمية للأمم المتحدة. تمثل أكثر من 45 مليون شركة في 142 دولة، وتهدف إلى جعل الأعمال التجارية مناسبة للجميع. تتمثل أنشطتها الرئيسية في وضع القواعد، والتحكيم وتسوية النزاعات، والدفاع عن التجارة الحرة واقتصاد السوق، والتنظيم

بهدف توحيد القواعد الدولية المتباينة، والتي كان آخرها في العام 2010، وهي القواعد التي سيتم تناولها بالتفصيل في هذه الدراسة بالتحليل والمقارنة مع بقية القواعد الدولية المنظمة للضمانات تحت الطلب.

ثانياً - أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى استعراض أهم القواعد المستحدثة في القواعد الدولية رقم 758 لسنة 2010 (URDG 758)، والخاصة بخطابات الضمان؛ حيث إن كثيراً من الكتابات العربية تتناول القواعد رقم 458 والتي كان معمولاً بها إلى العام 2010 وتم استبدالها بالقواعد الدولية رقم 758، وعليه فإن الدراسة تسعى إلى تقديم أهم القواعد الجديدة التي تم تبنيها ضمن القواعد الدولية رقم 758 لسنة 2010، والتي يعتقد الباحث أنها ستسهم في إثراء النقاش العلمي والعملية الخاص بخطابات الضمان، خاصة أن بعضها يتعارض مع ما هو مستقر في أغلب التشريعات العربية المنظمة لخطابات الضمان، كما سيتم تناوله لاحقاً في هذه الدراسة.

من جانب آخر تقوم هذه الدراسة بمقارنة القواعد الموحدة رقم 758 لسنة 2010 (URDG 758) مع غيرها من القواعد الدولية مثل القواعد الدولية لخطابات الاعتماد الضامنة ISP 98، واتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995. ولا يخفى على القارئ الكريم أنه - بحكم أن هذه الدراسة محكمة بقواعد النشر في المجالات العلمية، والتي من أهمها الحد الأقصى لعدد الكلمات - في بعض المواضيع سيتم تناولها بشيء من الاختصار تماشياً مع طبيعة الدراسة.

ثالثاً - أهمية الدراسة:

تأتي أهمية الدراسة في ظل تزايد أهمية قواعد غرفة التجارة الدولية الموحدة للضمانات تحت الطلب لسنة 2010، في ظل الاختلاف الكبير في السياسات التشريعية للدول بشأن هذه القواعد؛ لذا تهدف الدراسة إلى تسليط الضوء على هذه القواعد وأهم ما جاء بها، وذلك مقارنة مع غيرها من القواعد الدولية. وتختلف هذه الدراسة عن غيرها من الدراسات الخاصة بخطابات الضمان بأنها تتناول القواعد الدولية النازمة لخطابات الضمان والصادرة في العام 2010، وليست معنية بالتشريعات الوطنية لخطابات الضمان بشكل رئيسي.

الذاتي لمؤسسات الأعمال، ومحاربة الفساد ومكافحة الجريمة التجارية. غرفة التجارة الدولية International Chamber of Commerce، دليل مصطلحات هارفارد بزنس ريفيو، 9 يوليو 2019، <http://tinyurl.com/46dd8ndx>، تاريخ آخر زيارة للموقع: 2024/4/1.

رابعاً - منهج الدراسة:

اعتمدت الدراسة المنهج التحليلي المقارن، باستعراض قواعد غرفة التجارة الدولية الموحدة للضمانات تحت الطلب رقم 758 لسنة 2010 (URDG 758) وتحليلها، ومقارنتها مع القواعد الدولية الأخرى ذات الصلة.

خامساً - خطة الدراسة:

تم تقسيم الدراسة إلى أربعة مباحث؛ حيث جاء **المبحث الأول** تحت عنوان «تطور مفهوم قواعد تنظيم خطاب الضمان»، وتضمن مطلبين، جاء أولهما تحت عنوان «مفهوم خطاب الضمان في ضوء القواعد الدولية المقارنة»، فيما جاء المطلب الثاني تحت عنوان «التطور التاريخي والتنظيمي للضمانات تحت الطلب». وجاء **المبحث الثاني** بعنوان «الطبيعة القانونية للقواعد الدولية الموحدة لخطابات الضمان ونطاقها وسريانها»، وتضمن بدوره مطلبين؛ جاء المطلب الأول تحت عنوان «الطبيعة القانونية للقواعد الدولية الموحدة لخطابات الضمان»، أما المطلب الثاني فتتمت عنونته بـ «القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي لمنازعات خطابات الضمان ووقت سريانها».

وجاء **المبحث الثالث** تحت عنوان «استقلال التزام البنك وأثر الغش والتعسف وفقاً للقواعد الدولية الموحدة لخطابات الضمان»، والذي تضمن مطلبين، جاء أولهما تحت عنوان «استقلال التزامات البنك»؛ وجاء المطلب الثاني بعنوان «أثر الغش والتعسف على التزامات البنك». وجاء **المبحث الرابع** تحت عنوان «تسييل خطاب الضمان وتمديد صلاحيته»، والذي تضمن مطلبين، جاء أولهما تحت عنوان «تسييل خطاب الضمان»؛ وجاء المطلب الثاني بعنوان «تمديد أو سداد خطاب الضمان». وفي نهاية الدراسة تم إلحاق خاتمة تتضمن عدداً من النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

تطور مفهوم قواعد تنظيم خطاب الضمان

يتطلب تتبع تطور مفهوم قواعد تنظيم خطابات الضمان توضيح المقصود بها وفقاً للقواعد الدولية ومقارنتها بالتشريعات المختلفة. ومن الضروري استعراض التطور التاريخي لقواعد تنظيم خطابات الضمان على المستويين الدولي والمحلي. فقد مرت هذه القواعد بعدة مراحل تطور، مما يتضح من خلال تطور مفهومها والتطور التاريخي والتنظيمي لها، والتي سنستعرضها من خلال مطلبين:

- المطلب الأول: مفهوم خطاب الضمان في ضوء القواعد الدولية المقارنة
- المطلب الثاني: التطور التاريخي والتنظيمي للضمانات تحت الطلب

المطلب الأول

مفهوم خطاب الضمان في ضوء القواعد الدولية المقارنة

اجتهد واضعو القواعد الدولية في وضع تعريف لخطاب الضمان؛ فوفقاً للمادة الثانية من قواعد غرفة التجارة الدولية الموحدة للضمانات تحت الطلب رقم 758 لسنة 2010 (URDG 758) الصادرة من غرفة التجارة الدولية بباريس ICC، تم تعريف خطاب الضمان عند الطلب Demand Guarantee على أنه «أي ضمان أو سند أو تعهد بالدفع أيًا كان مسماه، أو يتعهد كتابة بأن يدفع مبلغًا نقديًا محددًا عند تقديم ما تم الاتفاق عليه وفقاً لشروط التعهد»⁽⁶⁾. ويقترح الباحث أن يكون التعريف «أي سند أو تعهد مكتوب، أيًا كان مسماه بدفع مبلغ نقدي محدد عند تقديم ما تم الاتفاق عليه وفقاً لشروط التعهد».

ويرى أن القواعد الموحدة تبنت تعريفاً مختصراً مقارنة بالتعريف الذي ورد في قواعد 458 لسنة 1992، والذي جاء بشيء من التفصيل. ولعل من أهم ما يراه الفقه في التعريف هو أن هناك افتراضاً بأن الخطاب لن يستخدم إلا في حال وجود مخالفة في العلاقة الأصلية التي تجمع الأمر والمستفيد⁽⁷⁾، وهو الأمر الذي سيتم تبيان لاحقاً في هذا البحث. ويتضح من التعريف أنه لا يشترط أن تكون الجهة المصدرة بنكاً، وهو الأمر

(6) URDG 458 -The Uniform Rules for Demand Guarantees, International Chamber of Commerce "ICC", Publication No. 458, ICC publications, 1992.

(7) Roy Goode and Ewan McKendrick, Goode and McKendrick on commercial law, Penguin UK, 2021, p.1154

الذي يميز التعريف عن المتعارف عليه في أغلب القوانين العربية، من حيث ربطها خطابات الضمان بالبنوك⁽⁸⁾.

وعلى صعيد الاتفاقات الدولية المنظمة، فإن الفقرة الأولى من المادة الثانية من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995م قد عرّفت التعهد «خطاب الضمان» على أنه «لأغراض هذه الاتفاقية، يمثل التعهد التزاماً مستقلاً، يُعرّف في الممارسة الدولية بأنه كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن، مقدم من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر (الكفيل / المصدر) بأن يدفع للمستفيد مبلغاً معيناً أو قابلاً للتعيين، لدى تقديم مطالبة بسيطة (بمجرد المطالبة أنسب)، أو بمطالبة مشفوعة بمستندات أخرى، وفق أحكام التعهد، وأيّ من شروطه المستندية، تفيد أو يستدل منها على استحقاق السداد بسبب تقصير في أداء التزام ما، أو بسبب حدث طارئ آخر، أو لسداد مال مقرض أو مستلف، أو سداد أي دين مستحق السداد واقع على الأصيل / الطالب أو شخص آخر»⁽⁹⁾.

ولم تضع القواعد الدولية لخطابات الاعتماد الضامنة ISP 98 تعريفاً صريحاً لخطاب الضمان، ولكن تمت الإشارة في القاعدة الأولى منها إلى أنها تنطبق على خطابات الاعتماد الضامنة، وأي تعهد مشابه، بغض النظر عن مسماه يمكن أن يخضع للممارسات الدولية شريطة الاتفاق على ذلك من قبل الأطراف⁽¹⁰⁾. وتؤكد الشروح الرسمية لهذه القواعد أنها مصممة للتعهدات المستقلة، وغير مناسبة للكفالات وغيرها من التعهدات غير المستقلة، كما تؤكد أن خطابات الاعتماد الضامنة هي أي خطاب اعتماد غير مستندي أو تجاري،

(8) انظر: المادة (382) من المرسوم بقانون رقم 68 لسنة 1980 بإصدار قانون التجارة الكويتي، الجريدة الرسمية، ع1338، س27، 19 يناير 1981. والمادة (355) من القانون رقم 17 لسنة 1999 بإصدار قانون التجارة المصري، الجريدة الرسمية، ع19 مكرر، 17 مايو 1999. والمادة 413 من القانون رقم 27 لسنة 2006 بإصدار قانون التجارة القطري، الجريدة الرسمية، ع10، 13 نوفمبر 2006. والمادة (414) من القانون الاتحادي رقم 18 لسنة 1993 بشأن إصدار قانون المعاملات التجارية الإماراتي، الجريدة الرسمية، ع255، 20 سبتمبر 1993.

(9) اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، الجمعية العامة للأمم المتحدة، نيويورك، 1995، تاريخ الاعتماد: 11 ديسمبر 1995، بدء السريان: 1 يناير 2000، ص1.

"https://uncitral.un.org/ar/texts/payments/conventions/independent_guarantees"

تاريخ آخر زيارة للموقع: 2024/4/1.

للمزيد عن الاتفاقية انظر: خليل فيكتور تادرس، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص396.

(10) ISP 98 - International Standby Practices, International Chamber of commerce "ICC", Publication N.590, Paris, October 1998, (Article 1).

وأن تحديد المقصود بخطابات الاعتماد مسألة متروكة للممارسات العملية⁽¹¹⁾.

المطلب الثاني

التطور التاريخي والتنظيمي للضمانات تحت الطلب

سيتم تخصيص هذا المطلب لرصد التطور التاريخي لقواعد تنظيم خطابات الضمان على المستويين الدولي (الفرع الأول)، وفي القوانين المقارنة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التطور التاريخي لقواعد تنظيم خطاب الضمان دولياً

تعتبر خطابات الضمان جزءاً لا يتجزأ من البيئة التشغيلية والقانونية في المجتمعات المعاصرة؛ حيث تزايدت أهميتها منذ ستينيات القرن الماضي، ولعبت لجنة عمليات البنوك Banking Commission في غرفة التجارة الدولية في باريس ICC دوراً محورياً في تطوير التنظيم التشريعي للضمانات تحت الطلب بإصدارها منذ ثلاثينيات القرن الماضي مجموعة من القواعد الموحدة لخطابات الضمان والاعتمادات المستندية. وقد اعتمدت اللجنة - في صياغة تلك القواعد - على الأعراف البنكية والممارسات التجارية في القطاع البنكي عالمياً.

وقد تم إصدار أول مجموعة من هذه القواعد في العام 1978 تحت اسم القواعد الموحدة للضمانات التعاقدية URCG 325: Uniform Rules for Contract Guarantees⁽¹²⁾، والتي على الرغم من أهميتها فإنها جاءت قاصرة⁽¹³⁾، وأخفقت في تحقيق أهدافها المرجوة، وفشلت فشلاً ذريعاً بسبب تفريغها خطاب الضمان من أهم مبادئه، وهو استقلالية العلاقات؛ حيث كانت تتطلب أن يقدم المستفيد في خطاب الضمان حكم محكمة أو قرار تحكيم أو موافقة الأمر لصرف المبلغ، وهو الأمر الذي أدى إلى إهمال هذه القواعد، وعدم الاعتداد بها عملياً⁽¹⁴⁾.

(11) James E. Byrne, the official commentary on the international standby practices, Institute of International Banking Law & Practice, Maryland, USA, 1998, pp.1-3.

(12) URCG 325- Uniform Rules for Contract Guarantees, International Chamber of Commerce "ICC", Publication No 325, ICC publications, 1978.

(13) Boris Kozolchyk, op. cit., p.36.

(14) Ibid., p.12.

وكان للثورة الإيرانية، في نهاية سبعينيات القرن الماضي، أثر على تطور الأطر التنظيمية لخطابات الضمان، خاصة في ظل النزاع الدولي بين إيران والولايات المتحدة الأمريكية، بعد قيام الثورة الإسلامية الإيرانية 1979م؛ حيث أثّرت جملة من التساؤلات حول ما إذا كان في إمكان البنوك الغربية الامتناع عن السداد، من خلال إجراءات التقاضي والتحكيم، وذلك استناداً إلى ادعاء هذه البنوك وجود حالات غشٍّ من قبل المستفيدين – جهات إيرانية مختلفة – من هذه الخطابات⁽¹⁵⁾.

وقد عملت الغرفة، من خلال لجانها الفنية، على صياغة قواعد جديدة في بدايات ثمانينيات القرن الماضي، بإصدار النماذج القياسية لإصدار ضمانات العقود⁽¹⁶⁾ وفقاً للقرار رقم 406 لسنة 1982⁽¹⁷⁾، واستمرت الجهود إلى أن تم إصدار القواعد الموحدة لخطابات الضمان تحت الطلب URDG 458 في العام 1992⁽¹⁸⁾، وذلك بهدف توحيد القواعد الدولية المنظمة للممارسات المتعارف عليها عالمياً، وخلق حالة توازن بين الأطراف المختلفة في خطابات الضمان⁽¹⁹⁾، ومن ضمنها ما يعرف بالطلبات التعسفية Unfair Calling من قبل المستفيدين، وتم إجراء بعض التعديلات على هذه القواعد في العام 1998⁽²⁰⁾.

(15) De Lx, F. «The UN Convention on independent guarantees and stand-by letters of credit» In Int'l L., Vol. 33, 1999, p.833.

(16) النماذج القياسية لإصدار ضمانات العقود The Model Forms for Issuing Contract Guarantees هي وثائق موحدة تُستخدم كمرجع لإصدار الضمانات المالية في العقود المختلفة، وتشمل عادةً البنود والشروط المتعارف عليها دولياً. هذه النماذج تهدف إلى توفير إطار قانوني وتنظيمي موحد يسهل التعامل مع الضمانات، ويضمن حقوق جميع الأطراف المتعاقدة. وتعتبر وثيقة ضمان الطلب (Demand Guarantee) التي تصدرها الغرفة التجارية الدولية نموذجاً شائعاً يتضمن شروطاً ومعايير موحدة لخطابات الضمان.

Georges Affaki and Goode Royston Miles, Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758. International Chamber of Commerce "ICC", 2011, p.438.

(17) The Model Forms for Issuing Contract Guarantees, International Chamber of Commerce "ICC", Publication No. 406, ICC publications, 1982.

URDG 758: key concepts, tradefinance, 11/08/2016 "https://www.tradefinance.training/blog/articles/urdg-758-key-concepts/" (Accessed: 1/7/2024 9:27 AM).

(18) URDG 458, op. cit.

(19) مصطفى حمدي محمد، الغش من المستفيد في خطابات الضمان البنكية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسفال 1995: دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والحقوق، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مج26، ع50، 2012، ص25.

(20) Janet K. Levit, «Bottom-Up Lawmaking Through a Pluralist Lens: The ICC Banking Commission and the Transnational Regulation of Letters of Credit», Emory Law Journal, School of Law, Emory University, Atlanta, Georgia, USA, Vol. 57, 2008, p.1170.

وفي العام 2010 تم إصدار النسخة المحدثّة من القواعد الموحدة لخطابات الضمان تحت الطلب URDG 758⁽²¹⁾، وهي النسخة الأخيرة التي لا يزال معمولاً بها حتى اليوم، وتصبو هذه القواعد إلى تعزيز الثقة وتوحيد الممارسات ذات الصلة بخطابات الضمان، وذلك من خلال ما يعرف بالقواعد والعادات الموحدة⁽²²⁾. وقد استحدثت هذه القواعد آلية للتعامل مع استخدام الوثائق الإلكترونية، بالإضافة إلى مراجعة حالات الرفض والاعتراض التي قد ترد على خطابات الضمان⁽²³⁾.

ولأهمية هذه القواعد قامت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) UNCITRAL⁽²⁴⁾ بالصادقة عليها في العام 2011⁽²⁵⁾، كما قام البنك الدولي World Bank بتضمينها في عقود البناء والتشييد (الفيديك) FIDIC النموذجية⁽²⁶⁾.

وبالإضافة إلى جهود غرفة التجارة الدولية برزت بعض الجهود الدولية الأخرى لتنظيم خطابات الضمان دولياً، مثل اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة 1995؛ وقد دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في 1 يناير 2000⁽²⁷⁾، وانضم إليها عدد محدود من الدول (ثمانى دول) من بينها الكويت وتونس في العام 1998⁽²⁸⁾.

(21) URDG 758 -The Uniform Rules for Demand Guarantees, International Chamber of Commerce "ICC", Publication No. 758, ICC publications, 2010.

(22) عصام حنفي محمود، استقلال ونهاية خطاب الضمان في ضوء قواعد التجارة الدولية الموحدة، مجلة جامعة الملك سعود - كلية الأنظمة والعلوم السياسية، الرياض، المملكة العربية السعودية، مج 23، ع 1، يناير 2011.

(23) لولوة المسند، خطاب الضمان في القانون القطري: دراسة مقارنة مع تطبيقاته في دول مجلس التعاون، المجلة القانونية والقضائية، مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل، قطر، س 4، ع 1، (2010).

(24) أنشأت الجمعية العامة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) في العام 1966، وذلك بهدف توحيد القوانين الوطنية التي تنظم التجارة الدولية وإزالة العوائق أمام تدفق التجارة الدولية. نبذة عن الأونسيترال، الموقع الإلكتروني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي - الأمم المتحدة: "https://uncitral.un.org/ar/about"، تاريخ آخر زيارة للموقع: 2024/4/1.

(25) UN endorses ICC Demand Guarantee Rules, Chambers services, International Chamber of Commerce "ICC", 7 July 2011, "https://iccwbo.org/news-publications/news/un-endorses-icc-demand-guarantee-rules", (Accessed: 1/4/2024 9:37 AM).

(26) Roy Goode and Ewan McKendrick, op. cit., p. 1153.

(27) اتفاقية الأمم المتحدة للضمانات المستقلة، مرجع سابق.

(28) الحالة: اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي - الأمم المتحدة، نيويورك، 1995، "https://uncitral.un.org/ar/texts/ payments/conventions/independent_guarantees/status"، تاريخ آخر زيارة للموقع: 2024/4/1.

وعلى صعيد الولايات المتحدة الأمريكية، فقد أصدرت رابطة الخدمات المالية الدولية International Financial Services Association ما يعرف بقواعد خطابات الاعتماد الدولية International Standby Practices Project، في العام 1998، وذلك كمنظومة تنظيمية لخطابات الاعتماد الضامنة، وبعد اعتماد هذه القواعد أقرتها غرفة التجارة الدولية بباريس في العام 1998، وأصبحت نافذة بداية من العام 1999⁽²⁹⁾.

وقد تم إصدار هذه القواعد لمعالجة الخصوصية الأمريكية عندما يتعلق الأمر بخطابات الضمان، والتي سيتم تناولها لاحقاً. وعليه فإن اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995م، والقواعد الموحدة رقم 747 لسنة 2010، والصادرة عن غرفة تجارة باريس وقواعد خطابات الاعتماد الدولية لسنة 1998-98 ISP، والصادرة عن رابطة الخدمات المالية الدولية أصبحت هي المراجع الدولية الأساسية عندما يتعلق الأمر بتنظيم خطابات الضمان دولياً.

الفرع الثاني

تطور الأطر التنظيمية للضمانات تحت الطلب في القوانين المقارنة

أصبحت القواعد الدولية الموحدة المنظمة لخطابات الضمان جزءاً من المنظومة الدولية، انطلاقاً من توحيد القواعد، واستقرت في الممارسة العالمية، وهو ما دفع عدداً من القوانين المحلية - مثل القانونين المصري والقطري - إلى الإحالة في تنظيمها إلى القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية؛ وهو ما سيتم تناوله بالتفصيل لاحقاً، بل إن الفقه المصري يؤكد أن القواعد الدولية المشار إليها في القانون، هي القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية بباريس⁽³⁰⁾.

وتهدف التشريعات المختلفة المنظمة لخطابات الضمان إلى تحقيق عدد من الأهداف العامة، والتي من بينها صياغة قواعد قانونية قادرة على خلق حالة من التوازن في علاقات الأطراف ذات الصلة بخطاب الضمان (الأمرو المصدر والمستفيد)، وبشكل خاص محاولة الحد من حالات الغش وإساءة استخدام مبدأ استغلال العلاقات.

وتجدر الإشارة إلى أن خطابات الضمان تحت الطلب معمول بها في أغلب دول أوروبا وآسيا والشرق الأوسط، بينما على الجانب الآخر فإن الولايات المتحدة الأمريكية

(29) De Lx, F, op. cit., p.836.

(30) علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص28.

لا تستخدم خطابات الضمان، وبدلاً منها تستخدم أداة أخرى تُعرف بخطابات الاعتماد الضامنة (Stand-by Letter of Credits (SPLC)، ويعود هذا الاختلاف إلى أسباب خاصة في البنية التشريعية للبنوك في الولايات المتحدة الأمريكية. وسيقوم الباحث بتفصيل التطور التاريخي والتشريعي في الولايات المتحدة الأمريكية؛ كونه يمثل حالة استثنائية نتج عنها تبني أحد أهم الأسواق العالمية تنظيمًا مغايرًا عما هو معمول به - وان كان اختلافًا شكليًا - في أوروبا والعالم العربي.

ويعود انتشار هذه الخطابات في الولايات المتحدة الأمريكية إلى خمسينيات القرن الماضي⁽³¹⁾؛ حيث تم استحداثها والبدء في استخدامها لأسباب اقتصادية وضرورات تجارية وسياسية مغايرة نسبيًا عن مثيلاتها في أوروبا؛ فكثير من خطابات الاعتماد الضامنة يتم استخدامها من قبل بعض المدن الأمريكية للحصول على تمويل لمشاريعها العامة بضمان من البنوك بسداد أصل السندات، بالإضافة إلى فوائدها في حال تخلف المدينة عن الوفاء بالتزاماتها المالية. وما يُميّز هذه الخطابات هو أنها - في مثل هذه الحالات - تصدر لمصلحة عدد كبير من المستفيدين، وليست لمستفيد واحد⁽³²⁾.

كما يرجع استخدام خطابات الاعتماد الضامنة إلى عدد من الأسباب القانونية المتعلقة بالبيئة التشريعية التجارية في أمريكا؛ حيث إنه - وعلى الرغم من عدم وجود قانون تجاري فدرالي موحد لتنظيم عمل البنوك في الولايات المتحدة الأمريكية، واستقلال كل ولاية بإصدار قانون خاص بها - يُستثنى من ذلك القطاع البنكي (الذي يتضمن نحو 1200 بنك) الذي ينظم عمله قانون البنوك الوطنية الفدرالي لسنة 1864 National Bank Act⁽³³⁾.

وقد أدى التنظيم الفدرالي للقطاع البنكي إلى محدودية أهلية البنوك الأمريكية وأغراضها الواردة في عقود تأسيسها، وذلك على خلاف مع الشركات الأخرى التي يتم تأسيسها وفقًا لقوانين الشركات الصادرة من الولايات، والتي عادة ما تكون أغراضها المنصوص عليها في عقود تأسيسها شاملة أي عمل تجاري، وهذا التقيد لأغراض البنوك يهدف إلى منعها من الدخول في أي عمليات تجارية غير اعتيادية قد تنتج عنها مخاطر غير مدروسة. ومن أهم المسائل التي لم تتضمنها أغراض البنوك في الولايات المتحدة الأمريكية هي قدرتها على ضمان التزامات عملائها؛ ما يعني - بصورة غير مباشرة -

(31) Boris Kozolchyk, op. cit., p.4.

(32) Ibid., p.19.

(33) Lev Menand and Ricks Morgan, Federal corporate law and the business of banking, The University of Chicago Law Review, Vol.88, Iss.6, (2021), p.1363.

تجدر الإشارة إلى أن هذا القانون خلق وضعًا استثنائيًا للبنوك الوطنية العاملة في الولايات المتحدة الأمريكية، فعلى سبيل المثال لا يحق لمساهمي البنوك عزل أعضاء مجلس الإدارة قبل انتهاء دورتهم.

حظر قيام البنوك بهذا الضمان كونها خارجة عن نطاق أغراضها Ultra Vires⁽³⁴⁾.

ولقد بدأت البنوك الأمريكية - بعد التطورات الاقتصادية اللاحقة لانتهاء الحرب العالمية الثانية - في محاولة لتخطي هذا الحظر، وتمثل الخيار الأمثل والأسهل في استخدام خطابات الاعتماد الضامنة SPLC، وهو نشاط مسموح به وفقاً لأغراض البنوك، ويتم تنظيمه بموجب المادة الخامسة من القانون التجاري الموحد الأمريكي Uniform Commercial Code، كبديل عن خطابات الضمان المتعارف عليها حول العالم. وللقيام بذلك قامت البنوك الأمريكية بإجراء تعديل بسيط، باستبدال المستندات المتعارف عليها في الاعتمادات المستندية التقليدية؛ والتي عادة ما تشمل بوليصة الشحن والفاتورة التجارية وشهادة المنشأ وشهادة الوزن وبيان التعبئة وبيان المواصفات وشهادة المعاينة؛ بطلب يُقدّم من قبل المستفيد، يفيد فيه بأن الأمر قد أحل بالتزاماته، من دون أن يكون البنك ملزماً بالتحقق من صحة الادعاء؛ كقاعدة عامة، وعليه تم استحداث ما يعرف بخطاب الاعتماد الضامن لتمييزه عن الاعتماد المستندي التقليدي⁽³⁵⁾.

وفي تطور رئيسي قامت إحدى الجهات الرقابية على البنوك في الولايات المتحدة الأمريكية، في العام 1971، بإصدار قرار ينص على قانونية خطاب الاعتماد الضامن SPLC، وذلك لتأكيد مشروعية وقانونية هذه الممارسات من قبل البنوك في الولايات المتحدة الأمريكية.

وعلى الرغم من أن إصدار خطاب الاعتماد الضامن يتضمن مخاطر عالية على البنوك، إلا أن الجهات الرقابية ذات الصلة بالقطاع البنكي لم تلزم البنوك - في البداية - بأخذ المخصصات اللازمة، كما هي الحال في الإقراض... وغيره من عمليات الائتمان. ومع ذلك، شهد هذا الموقف تغيراً في العام 1974؛ حيث تم إصدار تعليمات جديدة من قبل هذه الجهات تلزم البنوك بضرورة أخذ المخصصات⁽³⁶⁾ اللازمة في حال إصدار خطابات

(34) Kenneth C. Kettering, Securitization and its discontents: The dynamics of financial product development, Cardozo Law Review, Yeshiva University, New York, USA, Vol. 29, (2007), p.1662.

(35) Ibid., pp.1663-1664.

(36) المخصصات (Provisions): تُشير إلى الأموال التي يتم خصمها من إيرادات الشركة، وتُستخدم لتعويض نفقات مؤكدة أو محتملة الحدوث، مثل تجديد الأصول الثابتة أو تعويض الديون المشكوك في تحصيلها. وتعتبر المخصصات جزءاً أساسياً من النظام المحاسبي للشركات لضمان استدامة الأعمال وتحقيق الاستقرار المالي.

For more see: International Accounting Standard 37 "IAS 37": Provisions, Contingent Liabilities and Contingent Assets, International Accounting Standards Board (IASB), 1998, "https://www.iasplus.com/en/standards/ias/ias37", (Accessed: 27-Feb-24 10:59 AM).

الاعتماد الضامنة⁽³⁷⁾.

ولقد أدى هذا التنظيم الاستثنائي لخطابات الاعتماد الضامنة في الولايات المتحدة الأمريكية إلى حالة من التضارب في العلاقات التجارية الدولية؛ حيث لا يمكن اعتبارها خطابات ضمان تحت الطلب بالشكل المتعارف عليه حول العالم، وعليه تم استبعادها من القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية المنظمة لخطابات الضمان، كما واجهت صعوبة في تطبيق القواعد الموحدة للاعتمادات المستندية UCP عليها؛ حيث إن خطابات الاعتماد الضامنة ليست في حقيقتها اعتمادات مستندية.

ولمعالجة هذه الإشكالية أصدرت رابطة الخدمات المالية الدولية International Financial Services Association، في الولايات المتحدة الأمريكية، ما يعرف بقواعد خطابات الاعتماد الدولية International Standby Practices Project في العام 1998، وذلك كمنظومة تنظيمية لخطابات الاعتماد الضامنة، وبعد اعتماد هذه القواعد أقرتها غرفة التجارة الدولية بباريس في العام 1998، وأصبحت نافذة بداية من العام 1999⁽³⁸⁾.

(37) Ibid., p.1666.

(38) De Lx, F, op. cit., p.836.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للقواعد الدولية الموحدة لخطابات الضمان ونطاقها وسريانها

تثار العديد من التساؤلات القانونية لتحديد الطبيعة القانونية للقواعد الموحدة لخطابات الضمان تحت الطلب، كما تؤدي الطبيعة الخاصة لهذه الخطابات إلى إثارة بعض الإشكاليات المتعلقة بنطاق سريانها، والتي سيستعرضها الباحث من خلال مطلبين:

- المطلب الأول: الطبيعة القانونية للقواعد الدولية الموحدة لخطابات الضمان
- المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي لمنازعات خطابات الضمان ووقت سريانها

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للقواعد الدولية الموحدة لخطابات الضمان

تعتبر القواعد الدولية الموحدة لخطابات الضمان ذات طبيعة تعاقدية مكملّة وليست إلزامية (الفرع الأول)، كما أنها تتميز بطبيعتها التنظيمية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الطبيعة التعاقدية المكملّة للقواعد الدولية الموحدة لخطابات الضمان

تعتبر القواعد الموحدة لخطابات الضمان تحت الطلب، والصادرة من غرفة التجارة الدولية بباريس بالنشرة رقم 758 في عام 2010، قواعد مكملّة وليست أمرّة تنطبق على خطابات الضمان في حالة الاتفاق عليها صراحة من قبل الأطراف؛ لذا فإن مجرد الاتفاق بين المستفيد والأمر على نفاذ القواعد المشتركة دون النص عليها صراحة في خطاب الضمان لا يؤدي إلى تطبيقها، وهو الأمر الذي أكدته المادة الأولى من هذه النشرة.

ونظرًا إلى تلك الطبيعة التعاقدية المكملّة، فإن الأطراف يحق لهم استبعاد أي قاعدة من القواعد الواردة في النشرة أو تعديلها، أو إضافة قواعد خاصة بالعلاقة التجارية بين الأطراف. ولم تشترط القواعد أي صياغة محددة في خطاب الضمان حتى يخضع الخطاب لها، فمجرد الإشارة إلى القواعد الموحدة لخطابات الضمان URDG، من دون

الإشارة إلى رقم النشرة، يكفي لنفاذها على خطاب الضمان⁽³⁹⁾.

واستثناء من اشتراط النص صراحة على القواعد الموحدة حتى يخضع خطاب الضمان لأحكامها، هناك حالتان يتم إنفاذ هذه القواعد، على الرغم من عدم الإشارة إليها في الخطاب، وهما:

الاستثناء الأول: حالة إصدار خطاب ضمان ينص صراحة على نفاذ القواعد الموحدة، بينما خطاب الضمان المقابل Counter-Guarantee لم يتضمن إشارة إلى نفاذ القواعد، وهذه الحالة تم النص عليها في الفقرة (ب) من المادة الأولى من القواعد الموحدة⁽⁴⁰⁾؛ وذلك لأن خطاب الضمان المقابل يعتبر أساس إصدار خطاب الضمان؛ لذا فإن هذه المادة وضعت افتراضاً ضمنياً بخضوع الخطابين للقواعد القانونية ذاتها⁽⁴¹⁾، وذلك ما لم يرد في خطاب الضمان المقابل نص صريح باستبعاد هذه القواعد.

وينبغي الانتباه إلى أن هذا الاستثناء لا يسري في حال تضمن خطاب الضمان المقابل نصاً صريحاً بتطبيق القواعد الموحدة، بينما خطاب الضمان الآخر لا يتضمن الإشارة إلى القواعد الموحدة؛ ففي هذه الحالة تنطبق القاعدة الرئيسية، والتي تشترط وجود اتفاق صريح على نفاذ القواعد الموحدة.

ويرجع هذا التمييز في الحكم بين افتراض خضوع خطاب الضمان المقابل للقواعد الموحدة في حال النص صراحة في خطاب الضمان على الخضوع لها، وعدم افتراض خضوع خطاب الضمان للقواعد ذاتها، في حال النص صراحة في خطاب الضمان المقابل على الخضوع لها، إلى أن هناك أسباباً عملية تدعو إلى إلزام المصدر لخطاب الضمان خاصة في المناقصات العامة في كثير من الدول بإصدار خطاب ضمان بصياغة محددة عادة لا تسمح بأن تشير إلى أي قواعد موحدة بخلاف القانون المحلي، وعليه فرض القواعد الموحدة على هذا النوع من الحالات يتعارض مع فلسفة واستنتاج وجود اتفاق ضمني على إنفاذ القواعد الموحدة على خطاب الضمان⁽⁴²⁾.

ويشمل **الاستثناء الثاني** الحالات التي تعتبر فيه هذه القواعد بمنزلة أعراف تجارية، وعليه تكون مصدرًا من مصادر القانون واجبة التطبيق وفقاً للقوانين المحلية. وارتباط القواعد والأعراف الدولية بالقوانين المحلية، في إطار خطابات الضمان، مسألة مستقرة، وهو ما دفع عدداً من القوانين العربية كالقانونين المصري والقطري إلى الإحالة

(39) URDG 758, op. cit., Article 1.

(40) URDG 758, op. cit., Article (1/b).

(41) Georges Affaki and Royston Miles Goode., op. cit., p.35.

(42) Ibid., p.35.

في تنظيمها إلى القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية⁽⁴³⁾، وعليه تصبح هذه القواعد مصدرًا احتياطيًا لقانون التجارة في هذه الدول.

من جانب آخر فإن المادة (13/1) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة، وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995 تنص على سريان القواعد الدولية والأعراف على الخطابات الخاضعة للاتفاقية، وعليه يُثار تساؤل بشأن ما إذا كانت القواعد الموحدة رقم 758 وغيرها من القواعد الدولية تسري على هذه الخطابات متى ما خضعت للاتفاقية؛ بغض النظر عن الإشارة إليها صراحة؟

يذهب بعض الفقه العربي إلى أنه بالنسبة إلى قوانين التجارة العربية التي لم تحل في تنظيمها إلى القواعد السائدة في المعاملات الدولية، فإنه لا يمكن فرض هذه القواعد من باب الأعراف التجارية، وذلك لأن هذه القواعد غير معلومة للكافة وغير متوافرة باللغة العربية بشكل واسع، وعليه لا تتحقق معها الشروط الواجب توافرها في العرف التجاري⁽⁴⁴⁾. ولقد تباين رأي الفقه الفرنسي بشأن هذه المسألة بين رأي يذهب إلى أن تلك القواعد ترقى إلى العرف التجاري، ورأي آخر يذهب إلى أنها عادات اتفاقية يجب أن يتفق المتعاقدون عليها لتصبح ملزمة⁽⁴⁵⁾.

وعلاوة على ذلك، كانت هناك ممارسة تقوم بها غرفة التجارة الدولية بباريس، تتمثل في سؤال لجان عمليات البنوك لفروع غرف التجارة المحلية في الدول المختلفة، ومطالبتها بتحديد البنوك المحلية التي تأخذ وتعمل بالقواعد الموحدة في تعاملاتها المصرفية الخاصة بخطابات الضمان، وذلك لإثبات ما إذا كان هناك عرف محلي من عدمه، ولكن هذه الممارسة تم انتقادها بشدة؛ الأمر الذي أدى إلى التخلي عنها في العام 2000، وذلك نظرًا إلى حالة اللابيقين التي نتجت عنها⁽⁴⁶⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الطبيعة التعاقدية لهذه القواعد ينتج عنها أن أحكامها تعتبر قائمة بذاتها، ولها تفسير مستقل بها مبني على أسس دولية، ولا تخضع لقواعد تفسير

(43) راجع في ذلك: الفقرة الثانية من المادة (355) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، والتي تنص على أن «تسري فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف في هذا الفرع القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان»، ونص المادة (413) من قانون التجارة القطري رقم 27 لسنة 2006 والتي تنص على أن «تسري فيما لم يرد بشأنه نص في هذا الفرع، القواعد السائدة في المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان».

(44) نادر محمد إبراهيم، عدم امتداد شرط تحكيم عقد المقاولة إلى عقد تمويل خطاب الضمان - تعليقًا على حكم محكمة التمييز القطرية في 26 مايو 2015، في الطعن رقم 119 لسنة 2015، مجلة التحكيم العالمية، جامعة قطر، ع37، سنة 2018، ص490.

(45) المرجع السابق، ص489.

(46) Georges Affaki and Goode Royston Miles, op. cit., p.31.

العقود المعمول بها في القوانين المحلية لكل دولة، وهو ما أكدته أحد الأحكام الصادرة من محكمة العدل العليا في لندن في نزاع حول خطاب ضمان صادر من بنك كوريا للتنمية، وخاضع للقواعد الموحدة رقم 758 والقانون الإنجليزي، وفي هذا النزاع أكدت المحكمة الإنجليزية أنه يجب ألا يتم اعتبار القواعد الموحدة جزءاً من بنود خطاب الضمان التعاقدية، وإسقاط قواعد التفسير الخاصة بالعقود عليها لفهمها وتحديد فحواها⁽⁴⁷⁾. وتم تأكيد المبدأ ذاته في حكم لمحكمة قطر الدولية ومركز تسوية المنازعات⁽⁴⁸⁾.

الفرع الثاني

الطبيعة التنظيمية للقواعد الدولية الموحدة لخطابات الضمان

تعتبر القواعد الموحدة لخطابات الضمان تحت الطلب، والصادرة من غرفة التجارة الدولية بباريس بالنشرة رقم 758 في عام 2010 قواعد تنظيمية، وتلك الطبيعة الخاصة تميزها عن اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995، والتي تهدف إلى أن تكون مرجعية تشريعية للدول وليست مجموعة من القواعد المنظمة للعلاقات التجارية بين الأطراف. وعلى الرغم من ذلك فإن اتفاقية الأمم المتحدة - بحكم طبيعتها - تخضع خطاب الاعتماد الضامن لأحكامها، في حال أن كان المصدر في دولة صادقت على الاتفاقية، أو أن قواعد القانون الدولي الخاص ينتج عنها تطبيق قانون دولة مصدقة على الاتفاقية⁽⁴⁹⁾.

وعليه فإن قواعد غرفة التجارة الدولية لا تعتبر تشريعاً ولا معاهدة دولية، وإنما هي قواعد تنظيمية تعاقدية صادرة من جهة خاصة؛ لذلك فهي ليست جزءاً من المنظومة التشريعية في الدولة، ونتيجة لهذه الطبيعة فإن هذه القواعد قد افترضت أنه سيكون هناك قانون محلي ينظم خطاب الضمان، بالإضافة إلى القواعد الموحدة⁽⁵⁰⁾.

(47) Tecnicas Reunidas Saudia for Services and Contracting Co. Ltd V The Korea Development Bank, Ewhc 968 (2020).

(48) شركة ليوناردو اس بي ايه ضد شركة بنك الدوحة للتأمين المحدودة، (2020) 1 (QIC (A)).

(49) De Lx, F, op. cit., p.838.

(50) Georges Affaki and Goode Royston Miles, op. cit., p.39.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي لمنازعات

خطابات الضمان ووقت سريانها

الطبيعة الدولية الخاصة بخطابات الضمان تثير بعض الإشكاليات القانونية المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي بنظر منازعاتها (الفرع الأول)، كما تثير إشكالية تحديد وقت بدء سريان خطاب الضمان (الفرع الثاني).

الفرع الأول

القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي

بنظر منازعات خطابات الضمان

تخضع خطابات الضمان لاتفاق الأطراف المتعاقدين، بما في ذلك حرية اختيار القانون الواجب التطبيق، مع ضرورة تحديده في خطاب الضمان وليس في أي مستند آخر ينظم علاقة الأطراف، مثل طلب إصدار خطاب الضمان⁽⁵¹⁾، ولكن تثار إشكالية تنازع القوانين في حال عدم تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق.

وقد تضمنت القواعد الموحدة لخطابات الضمان الصادرة بنشرة 758 لسنة 2010 آلية لتحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة؛ فوفقاً للمادة (34) فإنه في حال عدم تحديد القانون الواجب التطبيق في خطاب الضمان فإن قانون الموطن القانوني للجهة المصدرة لخطاب الضمان يكون هو القانون الواجب التطبيق، وينطبق الأمر ذاته على خطابات الضمان المقابلة؛ فيطبق القانون ذاته، وإن اختلف الموطن عن خطاب الضمان الذي صدر خطاب الضمان المقابل لأجله، وهو ما أعادت تأكيده المادة (27) من القواعد الموحدة، ولقد جاءت هذه المواد لكي تكون متوافقة مع المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص.

وتتفق هذه القواعد مع اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1995؛ فوفقاً للمادة (21) فإن القانون الواجب التطبيق على خطاب الاعتماد الضامن أو الكفالة المستقلة هو القانون المنصوص عليه في الخطاب، وفي حال عدم ذكر قانون معين، فإن قانون دولة البنك المصدر للخطاب يكون القانون الواجب التطبيق⁽⁵²⁾.

(51) Ibid., p.406.

(52) De Lx, F, op. cit., p.838.

اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة، مرجع سابق، المادة (21).

وتجدر الإشارة إلى أن إنفاذ القواعد الموحدة رقم 758 مقيد بعدم تعارضها مع القواعد الأمرة في القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان؛ ففي حال أي تعارض بينهما فإن قواعد القانون تسمو على القواعد المشتركة، مع إنفاذ بقية القواعد غير المتعارضة⁽⁵³⁾.

وتنطبق القواعد الموحدة رقم 758 على خطابات الضمان المحلية والدولية على حد سواء، شريطة توافر الشروط الأخرى. وبذلك فهي تختلف عن اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995، والتي تنص في المادة الأولى على أنها تنطبق على خطابات الضمان الدولية⁽⁵⁴⁾.

ويُثار تساؤل في حال تم الاتفاق على أن خطاب الضمان تحت الطلب خاضع للقواعد الموحدة رقم 758، فهل يعتبر هذا الأمر بمنزلة استبعاد ضمني لقواعد اتفاقية الأمم المتحدة في حال سريانها نتيجة تصديق الدولة عليها؟

يذهب الرأي الفقهي الراجح إلى أن الاستبعاد يجب أن يكون صريحاً، وأنه في مثل هذه الحالات تطبق قواعد الاتفاقية والقواعد الموحدة في الوقت ذاته⁽⁵⁵⁾. ويرى الباحث صحة هذا الرأي، ولكن في حال التعارض بين القواعد الموحدة وقواعد اتفاقية الأمم المتحدة، فإن القواعد الواردة في الاتفاقية يجب استبعادها، بحكم أن إرادة الأطراف في الخطاب أكدت رغبتها في إنفاذ القواعد الموحدة رقم 758 على الخطاب. في المقابل فإن قواعد اتفاقية الأمم المتحدة قد عالجت مسألة تعارض قواعد أخرى مشابهة بالنص على أنه في حال التعارض فإن قواعد الاتفاقية تسمو على غيرها من القواعد⁽⁵⁶⁾.

وقد تضمنت القواعد الدولية الموحدة لخطابات الضمان رقم 758 آلية لتحديد المحكمة المختصة بنظر منازعات خطابات الضمان في هذه الحال؛ فوفقاً للمادة (35) فإن المحكمة

(53) Georges Affaki and Goode Royston Miles, op. cit., p.39.

(54) تنص المادة الأولى على أن «1 - تنطبق هذه الاتفاقية على أي تعهد دولي مشار إليه في المادة (2)؛ أ - إذا كان مكان عمل الكفيل / المصدر الذي يصدر فيه التعهد واقعاً في دولة متعاقدة، أو: ب - إذا كانت قواعد القانون الدولي الخاص تؤدي إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة ما لم يستبعد التعهد تطبيق الاتفاقية. 2 - تنطبق هذه الاتفاقية أيضاً على أي خطاب اعتماد دولي لا يندرج في إطار المادة (2) إذا كان ينص صراحة على أنه يخضع لهذه الاتفاقية. 3 - تنطبق أحكام المادتين (21) و(22) على التعهدات الدولية المشار إليها في المادة (2) بصرف النظر عن الأحكام الواردة في الفقرة (1) من هذه المادة». اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة، مرجع سابق، المادة (1).

للمزيد راجع: خليل فيكتور تادرس، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995، مرجع سابق، ص 396.

(55) De Lx, F, op. cit., p.838.

(56) Byrne, James E., op. cit., p.9.

المختصة بنظر أي نزاع حول الخطاب هي محكمة إقليم الجهة المصدرة لخطاب الضمان، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، والأمر ذاته ينطبق على خطاب الضمان المقابل⁽⁵⁷⁾، وهو ما أعادت تأكيده المادة (28) من القواعد الموحدة. ولقد جاءت هذه المواد للتوافق مع المبادئ العامة القانون الدولي الخاص.

الفرع الثاني

بدء سريان خطاب الضمان

تبرز أهمية تحديد وقت بدء سريان خطاب الضمان، في تحديد بدء احتساب رسوم إصدار خطاب الضمان من قبل المصدر، كما تترتب حقوق للمستفيد من وقت بدأ سريان خطاب الضمان. وقد تضمنت القواعد الدولية الموحدة لخطابات الضمان تحديد بدء سريان خطاب الضمان؛ فوفقاً للمادة (4 / أ) من القواعد الموحدة رقم 758، يحدد بدء سريان الخطاب من لحظة خروجه من سيطرة المصدر، ولا يشترط اتصال علم المستفيد بصدور خطاب الضمان حتى يبدأ سريانه⁽⁵⁸⁾.

ويعد خطاب الضمان قد خرج من سيطرة المصدر لحظة تسليمه للمستفيد أو لشركة توصيل بريدية مستقلة، في حين أن وكيل المصدر لخطاب الضمان لا تجعل الخطاب نافذاً لمصلحة المستفيد؛ حيث لا يزال من حق المصدر تعديله أو إلغاؤه أو التراجع عن إصداره، وعليه يتضح أن القواعد الموحدة قد تبنت معياراً قانونياً لنفاذ الخطاب من عدمه، بدلاً من المعيار المادي والمتمثل في التسلم الفعلي لخطاب الضمان⁽⁵⁹⁾.

ولا يشترط قبول المستفيد لسريان خطاب الضمان وتحقيق التزام المصدر؛ فوفقاً للمادة (4 / ب)؛ يعتبر المصدر ملتزماً بخطاب الضمان، بغض النظر عن موقف المستفيد، وعليه فلا يجوز للمصدر التمسك بعدم قبول المستفيد للتخلص من التزاماته الناتجة عن الخطاب. وعلى الرغم من ذلك فإنه في حال الرفض الصريح للمستفيد يسقط التزام المصدر في هذا الخطاب⁽⁶⁰⁾.

وهذا التوجه في القواعد الموحدة رقم 758 مُغاير لما هو مستقر عليه في الفقه العربي؛ حيث إن التزام البنك المصدر ونفاذ خطاب الضمان في مواجهته لا يتحقق إلا في حال علم

(57) URDG 758, op. cit., Article 35.

(58) URDG 758, op. cit., Article 4(A).

(59) Georges Affaki and Goode Royston Miles, op. cit., p.234.

(60) URDG 758, op. cit., Article 4(b).

المستفيد، ويفترض هذا العلم بتسلم المستفيد لخطاب الضمان⁽⁶¹⁾، بل إن الآراء الفقهية مستقرة على أن البنك المصدر يستطيع استرداد خطاب الضمان في حال تم إرساله بريدياً؛ إن أمكن ذلك، وهذا التوجه نتيجة تطبيق القواعد العامة الخاصة بالتعبير عن الإرادة⁽⁶²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن موقف القواعد الموحدة رقم 758 يتطابق مع اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995، والتي تنص في المادة (7) على أن إصدار الخطاب يقع حينما وحيثما يخرج من نطاق سيطرة الكفيل / المصدر، ويجوز من وقت إصدار الخطاب أن يطالب بالسداد وفقاً لشروطه وأحكامه ما لم ينص فيه على وقت آخر، وبمجرد صدوره لا يجوز الرجوع فيه ما لم ينص على جواز ذلك.

ولم تحدد الاتفاقية شكلاً محدداً لإصدار الخطاب بالنص على جواز إصدار التعهد في أي شكل يحفظ تسجيلاً كاملاً لنص الخطاب، ويوفر توثيقاً لمصدره بالوسائل المتعارف عليها عموماً، أو بإجراء يتفق عليه الكفيل / المصدر والمستفيد⁽⁶³⁾. وقد تبنت ممارسات خطابات الاعتماد الضامنة ISP 98⁽⁶⁴⁾ الأحكام ذاتها في المادة (1/6)، والتي تنص على أنه بمجرد إصدار الخطاب يصبح ملزماً وغير قابل للنقض أو الإلغاء أو التعديل من جانب المصدر، وتطبق هذه القاعدة من دون حاجة إلى النص عليها.

(61) سميحة القليوبي، عمليات البنوك، دار الأهرام، القاهرة، 2022، ص210.

(62) المرجع السابق، ص211.

(63) اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة، مرجع سابق، المادة (7). للمزيد راجع: خليل فيكتور تادرس، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995، مرجع سابق، ص398.

(64) ISP 98, op. cit., Article (6/1)

المبحث الثالث

استقلال التزام البنك وأثر الغش والتعسف وفقاً للقواعد الدولية الموحدة لخطابات الضمان

لم تحصر القواعد الدولية الموحدة إصدار خطابات الضمان بمؤسسة مالية دون غيرها؛ لذا فمن الممكن أن يكون مصدر الخطاب بنكاً أو شركة تأمين، أو أي مؤسسة مالية أخرى. إلا أن عدداً من القوانين قد حصرت إصدارها في البنوك، مثل: القانون الكويتي، والمصري، والقطري... وغيرها من القوانين العربية⁽⁶⁵⁾.

وسيتناول هذا المبحث استقلال التزامات البنك في ضوء القواعد الدولية الموحدة لخطابات الضمان، وأثر الغش والتعسف على التزامات البنك في ضوء القواعد الدولية الموحدة لخطابات الضمان، وذلك من خلال مطلبين:

- المطلب الأول: استقلال التزامات البنك
- المطلب الثاني: أثر الغش والتعسف على التزامات البنك

المطلب الأول

استقلال التزامات البنك

يمثل مبدأ استقلال التزام البنك أساس وعماد فلسفة خطابات الضمان⁽⁶⁶⁾، وهذا الاستقلال هو الذي يميز خطابات الضمان عن الكفالات البنكية Suretyship، وبغياب هذا المبدأ تفقد خطابات الضمان فاعليتها وسبب وجودها⁽⁶⁷⁾. ولا تؤثر الإشارة إلى العلاقة الأصلية بين الأمر والمستفيد في خطاب الضمان في استقلاله.

وتؤكد المراجعة التاريخية للقواعد الدولية المنظمة لخطابات الضمان هذه الاستقلالية؛ حيث ورد هذا المبدأ في اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة وخطابات

(65) انظر: المادة (382) من قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980، والمادة (355) من القانون التجاري المصري رقم 17 لسنة 1999، والمادة (414) من قانون المعاملات التجارية الاتحادي الإماراتي رقم 18 لسنة 1993.

(66) راجع: نص المادة (385) من قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980 والتي تنص على أنه «لا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالأمر، أو علاقة الأمر بالمستفيد».

(67) Mohammed Abdel Khalek Omar, The Regulation of International First Demand Bonds: A Comparative Approach, Arab Law Quarterly, Vol.4, May 1989, p.96.

الاعتماد الضامن لسنة 1995⁽⁶⁸⁾، كما ورد المبدأ في القواعد الدولية الموحدة الصادرة من غرفة التجارة الدولية بباريس⁽⁶⁹⁾؛ حيث أكدت المادة (2/ ب) من القواعد الموحدة رقم 458 لسنة 1992 هذا المبدأ⁽⁷⁰⁾، كما نصت عليها قواعد ممارسات خطابات الاعتماد الضامنة ISP 98⁽⁷¹⁾، وأكدت المادة (5) من القواعد الموحدة رقم 758 لسنة 2010 الأمر ذاته⁽⁷²⁾.

وقد استحدثت المادة (6) من القواعد الموحدة رقم 758 لسنة 2010 قواعد جديدة تشدد على أهمية استقلال العلاقات بالتأكد على أن أطراف خطاب الضمان يتعاملون مع مستندات المطالبة، ولا علاقة لهم بالبضائع أو الخدمات أو جودة التنفيذ المرتبطة بالعلاقات التي تمثلها هذه المستندات⁽⁷³⁾. وتجدر الإشارة إلى أن هذه المادة مستوحاة من المادة (5) من القواعد الموحدة الخاصة بالاعتمادات المستندية رقم 600 لسنة 2006⁽⁷⁴⁾.

كما استحدثت المادة (7) من القواعد رقم 758 لسنة 2010 قاعدة جديدة تنص على حق الجهة المصدرة استبعاد وعدم الاعتداد بأي مستند يقدم لتأكيد أو نفي تحقق الشروط الواردة في خطاب الضمان، ما لم تكن هذه المستندات منصوصاً عليها صراحة في الخطاب، وهي ما تعرف بالشروط غير المستندية Non-Documentary Conditions⁽⁷⁵⁾.

وتبرز الشروط غير المستندية في العديد من الحالات؛ فعلى سبيل المثال؛ في حال تم تضمين خطاب الضمان شرطاً ينص على أن صلاحية الخطاب تنتهي بحدوث واقعة

(68) اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة، مرجع سابق، المادة (2).

(69) عصام حنفي محمود، مرجع سابق، ص 32 و 33.

(70) نصت المادة (2/ ب) على أن «الضمانات بطبيعتها عمليات منفصلة عن العقد أو العقود أو شروط المناقصات التي تكون هي أساساً لها، والضامنون ليست لهم بأي شكل شأن أو يلتزمون بهذا العقد أو العقود أو شروط المناقصات بالرغم من وجود إشارة إليها في الضمان، ويلتزم الضامن في نطاق أي ضمان أن يدفع المبلغ أو المبالغ المنصوص عليها في الضمان، مقابل تقديم طلب كتابي بالدفع، وأي مستندات أخرى محددة في الضمان، والتي تبدو في ظاهرها عند النظرة الأولية مطابقة لنصوص الضمان». URDG 458, op. cit.

(71) تنص المادة (2/ 3) من ممارسات خطابات الاعتماد الضامنة ISP 98 على أن «يتم إصدار خطابات الاعتماد الضامنة عندما يغادر سيطرة البنك المصدر ما لم يُحدد بوضوح أنه آنذاك لم يتم «إصداره» أو «تنفيذه». البيانات التي تفيد بأن خطابات الاعتماد الضامنة ليست «متاحة»، «فعالة»، «نافذة»، أو ما شابه ذلك لا تؤثر على طبيعتها الملزمة وغير قابلة للإلغاء في الوقت الذي تخرج فيه عن سيطرة البنك المصدر».

ISP 98, op. cit., Article (2/ 3).

(72) URDG 758, op. cit., Article (5).

(73) URDG 758, op. cit., Article (6).

(74) UCP 600 - Uniform Rules and Practice for Documentary Credits, International Chamber of Commerce "ICC", Publication No. 600, ICC publications, 2006, Article (5). Georges Affaki, and Goode Royston Miles, op. cit., p.246.

(75) URDG 758, op. cit., Article (7).

محددة، مثل: إتمام الأمر الأعمال المطلوبة؛ فمثل هذا الشرط قد يؤثر سلباً على استقلالية خطاب الضمان عن العلاقة الأصلية؛ لذا فوفقاً للمادة (7) لا يعتد بهذا الشرط؛ حيث يسمح لمصدر خطاب الضمان بتجاهل أي مستندات تقدم من أي من الأطراف لإثبات تحقق الشرط الوارد في خطاب الضمان، ما لم يكن هذا المستند منصوصاً عليه صراحة في خطاب الضمان، كالنص على ضرورة تقديم شهادة من مدير المشروع يؤكد فيها تنفيذ الأعمال المطلوبة، أو أن يكون المصدر قادراً على التحقق من هذا الشرط من واقع مستنداته الخاصة.

ويتضح مثال آخر للشروط غير المستندية في حال قيام أحد البنوك بإصدار خطاب ضمان تمت الإشارة فيه إلى أن هذا الخطاب ساري المفعول إلى أن يقوم البنك بإصدار خطاب ضمان جديد لضمان التنفيذ؛ ففي هذه الحالة فإن البنك يستطيع التحقق من أن الواقعة التي تؤدي إلى انقضاء الخطاب من واقع المستندات متحققة أم لا⁽⁷⁶⁾.

وهذه القواعد المستحدثة تهدف إلى إلزام الأطراف بصياغة خطابات الضمان بشكل دقيق، من أجل تجنب أي نزاعات أو خلافات قد تسفر عن وجود غموض بشأن آلية التحقق من توافر الشروط من عدمه من جانب الجهة المصدرة، خاصة في حال كانت هذه المستندات غير منصوص عليها في خطاب الضمان ذاته.

ولقد تم تأكيد هذه القاعدة في أحد الأحكام المنظورة أمام المحاكم الإنجليزية، والتي تتمحور وقائعها حول وجود شرط في خطاب الضمان ينص على أن المبالغ المدفوعة بين المستفيد والأمر في علاقتهما الأصلية يجب أن تتم من خلال حساب بنكي محدد لدى أحد البنوك، وتم تحويل الأموال من خلال حساب بنكي آخر، وهو ما دفع البنك المصدر لخطاب الضمان إلى الامتناع عن سداد قيمة الخطاب متمسكاً بوجود مخالفة لشروط خطاب الضمان.

وقد رفضت المحكمة دفع البنك، وذلك تطبيقاً لنص المادة (7) من القواعد رقم 758 لسنة 2010، فالبank المصدر يجب عليه استبعاد مثل هذا الشرط مادام لا يستطيع التحقق منه بسجلاته الخاصة. وأكدت المحكمة في حكمها أن الغاية من المادة (7) هي حماية البنوك المصدرة لخطابات الضمان والنأي بها عن إلزامها بالتحقق من وجود شرط غير مستندي وارد في خطاب الضمان؛ حيث مثل هذه الشروط خلافية بطبيعتها، وتتطلب بحثاً وتحرياً من قبل البنك المصدر؛ مما يوجب استبعاد هذه الشروط⁽⁷⁷⁾.

(76) Georges Affaki and Goode Royston Miles, op. cit., p.249.

(77) Tecnicas Reunidas Saudia for Services and Contracting Co. Ltd V The Korea Development Bank, Ewhc 968 (2020). URDG 758, op. cit., Article (7).

وقد تبنت ممارسات خطابات الاعتماد الضامنة ISP 98⁽⁷⁸⁾ القاعدة ذاتها؛ حيث تنص القاعدة (4 / 11) من الممارسات على أن أي شروط غير مستندية يتم استبعادها والالتفات عنها من قبل المصدر. وتحدد الممارسات معياراً صريحاً لتحديد ما إذا كان الشرط مستندياً أو غير مستندي، وذلك في حال عدم النص صراحة على ذكر مستند محدد ضمن الخطاب، والاستثناء ذاته الوارد في القواعد الموحدة رقم 758 يراه الباحث في الممارسات؛ حيث إن الشرط يكون مستندياً إذا كان في إمكان المصدر التحقق منه من واقع دفاتره الخاصة⁽⁷⁹⁾.

المطلب الثاني

أثر الغش والتعسف على التزامات البنك

مبدأ استقلال التزامات البنك والتزامه بالسداد ليس على إطلاقه، بل قد يعثره ما قد يؤثر فيه ويحد منه، ومن أبرز ذلك الغش والتعسف اللذين تتفاوت أثارهما على خطاب الضمان في القوانين المقارنة المختلفة⁽⁸⁰⁾؛ فبعض القوانين تتشدد في تلك الحالات، وتقر امتناع البنوك عن الوفاء للمستفيد في حال وجود حالة غش أو تعسف ظاهر، بينما تبيح قوانين أخرى للبنوك - في حالات محددة - الوفاء للمستفيد على الرغم من وجود حالة غش أو تعسف ظاهر، مثال ذلك القانون الإنجليزي.

وعلى صعيد القواعد الدولية المنظمة لخطابات الضمان فإن توافر حالة الغش أو التعسف يعتبر استثناء لا يتوسع فيه على مبدأ استقلال التزامات البنك المصدر لخطاب الضمان؛ حيث تنص المادة (19) من اتفاقية الأمم المتحدة للضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995 على هذا الاستثناء، بالتأكيد أن البنك المصدر لخطاب الضمان لا يحق له الامتناع عن الوفاء استثناءً لاستثناء الغش لمجرد وجود خشية أو شك من وجود حالة من حالات الغش الواردة في المادة (19) من الاتفاقية⁽⁸¹⁾، بل ينبغي أن يكون الغش أو التعسف واضحاً وبيّناً.

(78) ISP 98, op. cit., Article (4/ 11).

(79) James E. Byrne, op. cit., p.169.

(80) للمزيد راجع: إيمان حسني حسن العجيل، الغش في الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2016.

(81) سيهام عكوش، الغش كاستثناء على مبدأ استقلال خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة للكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995، دفاثر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ع19، يونيو 2018، ص5.

وقد حصرت المادة الاستثناء من الالتزام بالسداد في عدد من الحالات، وهي: إذا كان من البين والواضح: أ- أن المستند المقدم، أيًا كان، مزور أو قد جرى تزييفه، أو ب- أن السداد لم يكن مستحقاً على الأساس الوارد في المطالبة والمستندات الداعمة، أو ج- أن المطالبة بحكم نوع التعهد وغرضه، ليس لها أساس يمكن تصوره، فإن الكفيل / المصدر، متصرف بحسن نية، يكون له الحق إزاء المستفيد، في أن يمتنع عن السداد⁽⁸²⁾.

ولم تُعرّف الاتفاقية المقصود بالغش، بل اكتفت بتحديد حالاته؛ مما يثير بعض الإشكاليات العملية في تحديد ماهية الغش المانع من الوفاء للمستفيد⁽⁸³⁾. ولقد حاولت الاتفاقية الموازنة بين المصالح المختلفة في التعامل مع الحالات الواردة في المادة (19) حيث أقرت بالسلطة التقديرية للبنوك الضامنة حسنة النية للوفاء للمستفيد من عدمه في حال وجود اعتراض من الأمر، وذلك تعزيزاً للثقة التجارية في الخطاب الصادر من البنك⁽⁸⁴⁾.

وتنص قواعد ممارسات خطابات الاعتماد الضامنة 98 ISP صراحة، في القاعدة (1/5) على أن هذه القواعد لا تنظم حالات الغش والاحتيال؛ حيث تترك هذه المسائل للقانون واجب التطبيق على خطاب الاعتماد الضامن⁽⁸⁵⁾. وعلى الرغم من هذه الإحالة إلا أن الشروح الرسمية للقواعد تنص على أنها قائمة على فرضية أن التزام المصدر بالدفع ومبدأ استقلال العلاقات قائم ما لم تكن هناك حالة غش أو احتيال جوهري وواضحة بشكل لا يدع مجالاً للشك⁽⁸⁶⁾.

ولم تتطرق القواعد الموحدة رقم 758 لسنة 2010 لمسألة الغش أو الاحتيال، كما هو الحال في اتفاقية الأمم المتحدة؛ حيث تم ترك تنظيم هذه المسألة للقوانين المحلية التي تخضع لها خطابات الضمان. ويرجع السبب في ذلك إلى أن القواعد الموحدة ذات طبيعة تكميلية؛ كما سبق أن أشار الباحث. ولكن يبدو أن أحد الأسباب وراء عدم تنظيم هذه المسألة يعود إلى طبيعتها الشائكة والخلافية، وهو الأمر الذي قد يؤثر على فعالية القواعد وقبولها كمرجعية دولية في خطابات الضمان.

وقد اجتهد الفقه الفرنسي في تعريف الغش المانع من الوفاء للمستفيد بأنه «استخدام المستفيد للضمان بقصد الإضرار بالعميل المتعاقد، استخداماً يؤدي إلى الانحراف بآلية

(82) اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة، مرجع سابق، المادة (19).

(83) سيهام عكوش، مرجع سابق، ص3.

(84) مصطفى حمدي محمد، مرجع سابق، ص28.

(85) James E. Byrne, op. cit., p.313.

(86) Ibid., p.21. ISP 98, op. cit., Article (1/ 5).

الضمانات البنكية عن الغاية التي وجدت من أجلها، وبما يتنافى مع مبدأ حسن النية»⁽⁸⁷⁾، كما عرفه الفقه بأنه «التخلف الظاهر الواضح لكل حق للمستفيد الذي يبدو من النظر في عقده الأساس وتنفيذه؛ حيث لا يلزم أن ينشأ الغش عن عمل مجرد من الأمانة خارج عقد الأساس»⁽⁸⁸⁾.

ولقد انتقد جانب من الفقه هذه التعريفات كونها توسع من نطاق استثناء الغش إلى مجرد تعسف المستفيد، والذي قد ينتج عنه تفويض مبدأ استقلال التزامات البنك في خطاب الضمان بصورة كبيرة؛ بمنح البنك أحقية الامتناع عن الوفاء في حالة التعسف التي لا ترقى إلى درجة الغش، إضافة إلى أنه يلزم البنوك بالتأكد من مسائل خارجة عن نطاق اختصاصاتها الأساسية. وفي المقابل فإن التفسير الضيق للغش يحصره في الحالات التي تتضمن وسائل احتيالية فقط، ولا تمتد إلى حالات تعسف المستفيد، وهو ما يؤدي إلى المحافظة على مبدأ استقلال العلاقات الذي يعتبر من أساسيات خطابات الضمان⁽⁸⁹⁾.

ومن منظور الفقه الألماني⁽⁹⁰⁾ فإن البنك المصدر لخطاب الضمان يحق له الامتناع عن سداد قيمة الخطاب في حال علمه بأن الطلب المقدم ينطوي على غش واحتيال، وذلك بغض النظر عن مصدر هذا العلم من قبل المصدر. ووفقاً للبروفيسور فان مارشال Von Marschall فإنه يجب على البنك التأكد من أن المعلومة موثوقة وحقيقية قبل أن يمتنع عن تسجيل الخطاب؛ فالغش يجب أن يكون ظاهراً للعيان لليان Eye Grabbing⁽⁹¹⁾.

وفي إطار محاولة أخرى لتحديد المقصود بالغش قام فريق من الفقه بتحديد حالات الغش والاحتيال إلى توجّهين، الأول: مستندي، وذلك بقصر حالات الغش والاحتيال على تقديم مستند مزور، وهذا هو التوجه الضيق. والثاني: غير مستندي وذلك بمد حالات الغش والاحتيال في حال قيام المستفيد بتقديم طلب تسجيل خطاب الضمان، على الرغم من عدم إخلال الأمر في علاقتهما الأصلية بالتزاماته، وهذا هو التوجه المتوسع⁽⁹²⁾.

(87) سيهام عكوش، مرجع سابق، ص4.

(88) مُشار إليه لدى: مصطفى حمدي محمد، مرجع سابق، ص38.

(89) للمزيد راجع: باسم محمد أبو صفية، الغش كاستثناء على مبدأ استقلال خطاب الضمان، رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية، 2003.

(90) للمزيد عن إجراءات وأليات منع تسجيل خطابات الضمان قضائياً في ألمانيا، انظر:

Werner Blau & Joachim Jedzig, Bank Guarantees to Pay upon First Written Demand in German Courts" INT'L L., Vol. 725. 23, 1989, "https://scholar.smu.edu/til/vol23/iss3/10" (Accessed 1/9/2024 6:47 PM).

(91) Boris, Kozolchik, op. cit., p.43.

(92) Ibid., p.38.

ويُميز بعض الفقه الغربي بين أثر الغش في المستندات في الاعتمادات المستندية عنه في حالة خطابات الضمان، بحكم أن المستندات في الاعتمادات المستندية تعتبر ركناً أساسياً، وذلك بخلاف الحال في خطابات الضمان. وقد تبني الفقه الأمريكي هذا التمييز⁽⁹³⁾. وفي أحد أحكام مجلس اللوردات في بريطانيا وصف اللورد ديبلوك Debblock خطاب الضمان بأنه يكاد يكون «كمبيالات تدفع بمجرد الاطلاع، وذلك مادام الطلب من المستفيد... بالوفاء طلباً صادقاً»⁽⁹⁴⁾.

وقد تبني القضاء الفرنسي التفسير الضيق بحصر الاستثناءات على مبدأ استقلال التزامات البنك في الغش، وعدم الاعتداد بالتعسف الظاهر؛ حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية، في أحد أحكامها، أنه:

«وحيث إن محكمة الاستئناف قد أكدت أن الطابع المستقل للضمان الممنوح من طرف البنك الفرنسي، بناء على تعليمات من الشركة الفرنسية (العميل الأمر) يستبعد أي إمكان للاستناد إلى شروط تنفيذ العقد الأصلي الذي يربط الشركة الفرنسية بالشركة السعودية (المستفيد)، وأن المطالبة بدفع خطاب الضمان إنما تمت من طرف المستفيد خلال الأجل المقرر... فإنها تكون قد أقرت - بحق - أن تنفيذ الشركة الفرنسية لجميع التزاماتها في مواجهة الشركة السعودية ليس من شأنه أن يعفي البنك الفرنسي من تنفيذ الاتفاق الذي يقضي بالتزامه بالوفاء بالمبلغ إلى البنك السعودي لدى أول مطالبة من هذا الأخير، ومن دون تقديم أي تبريرات في هذا الشأن»⁽⁹⁵⁾.

وقد تم استخدام مبدأ التعسف في استخدام الحق في بعض المنازعات القضائية الخاصة بخطابات الضمان لمنع المصدر من تسييل خطاب الضمان؛ حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية أن قيام المستفيد بطلب تسييل خطاب الضمان، بعد إقراره ببراءة ذمة الأمر في العلاقة الأصلية، يعتبر حالة من حالات الغش⁽⁹⁶⁾. وفي هذا الإطار تجدر الإشارة إلى سهولة إثبات التعسف مقارنة مع الغش؛ حيث لا يتطلب التعسف توافر سوء النية⁽⁹⁷⁾.

(93) مصطفى حمدي محمد، مرجع سابق، ص 44 و 45.

(94) محمد زيادة الهويدي، الهويدي في قانون وأعراف الاعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2021، ص 306.

(95) C.A.de Paris 27-10-1981, D.1982 p.301.

وللمزيد راجع: مصطفى حمدي محمد، مرجع سابق، ص 42.

(96) Cour de Cassation, Chambre Commerciale, du 10 Juin 1986, 84-17.769, cited in Mohammed Abdel Khalek Omar, p.112.

(97) نصت المادة (30) من القانون المدني الكويتي على التعسف في استعمال الحق بقولها «1- يكون استعمال الحق غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه، أو عن وظيفته الاجتماعية، وبوجه

وقد تم إعمال مبدأ التعسف في استخدام الحق بعد الثورة الإيرانية في العام 1979؛ حيث قام البنك المركزي الإيراني بإرسال تعميم لكل البنوك الإيرانية بتسييل كل خطابات الضمان الصادرة من البنوك الأمريكية، وهو ما دفع عدداً من الشركات المتضررة من هذا القرار إلى اللجوء إلى القضاء، ومن بينها شركة سويدية كانت متعاقدة مع شركة إيرانية لإنشاء مصنع ألبان، وبناء على هذا التعاقد تم إصدار خطاب ضمان من قبل أحد البنوك الإيرانية، كما صدر خطاب ضمان مقابل من بنك أمريكي في السويد.

وقامت الشركة السويدية بتقديم ما يثبت إتمامها كل التزاماتها التعاقدية، وذلك من خلال شهادة صادرة من مستشار المشروع المعين من قبل المستفيد (الشركة الإيرانية)، وبعد صدور تعميم البنك المركزي الإيراني المشار إليه أعلاه، رفض البنك الأمريكي المصدر لخطاب الضمان المقابل طلب البنك الإيراني تسييل خطاب الضمان المقابل إعمالاً لمبدأ التعسف في استخدام الحق، وانتقل النزاع إلى المحاكم التجارية في بروكسل، والتي رفضت طلب تسييل خطاب الضمان، وبررت ذلك بوجود أدلة دامغة على وجود تعسف ظاهر من قبل المستفيد (البنك الإيراني) مع تأكيد الحكم على أنه يعتبر استثناءً من مبدأ استقلال العلاقات⁽⁹⁸⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء يؤدي دوراً محورياً في إبطال التصرفات المشوبة بالغش والاحتيال، خاصة في حال غياب النص التشريعي، وذلك بتطبيقه المبادئ العامة للتعاملات التعاقدية كمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، وقاعدة الغش يبطل كل شيء⁽⁹⁹⁾. وقد تبنت بعض المحاكم العربية هذه المبادئ؛ فعلى سبيل المثال قضت محكمة النقض المصرية بأن «قاعدة الغش يبطل التصرفات هي قاعدة قانونية سليمة، ولو لم

خاص: أ- إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه غير مشروعة. ب- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. ج- إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه لا تتناسب البتة مع الضرر الذي يلحق بالغير. د- إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً فاحشاً غير مألوف».

ويعرّف الفقه التعسف في استعمال الحق على النحو التالي: «السلوك أو التصرف يوصف بالتعسف حال استعمال الحق في غير الغرض أو المصلحة التي شرع من أجلها، ألا يبغي مقترف التعسف من سلوكه إلا الإضرار بالغير، من دون أن ترجع عليه منفعة، أو يثبت على وجه اليقين أن المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر، أو كانت المصالح التي يرمي إليها غير مشروعة».

للمزيد راجع: خليل فيكتور تادرس، نظرية التعسف في استعمال الحق وحدود اتفاقات المساهمين المتعلقة بحق التصويت في شركة المساهمة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س10، ملحق خاص، ع10، أبحاث المؤتمر السنوي 8، ج1، نوفمبر 2021، ص454.

(98) Boris Kozolchyk, op. cit., p.42.

(99) للمزيد راجع: مجدي بسيوني علي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود: دراسة مقارنة، مجلة روح القوانين، جامعة طنطا، مصر، مج34، ع99، يوليو 2022، ص303-556.

يجر بها نص خاص في القانون، وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال، وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافرها في التصرفات والإجراءات عمومًا صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات»⁽¹⁰⁰⁾.

(100) محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 2250 لسنة 65 قضائية بتاريخ 18 أبريل 2006، مكتب فني 57، ص 375.

المبحث الرابع

تسييل خطاب الضمان وتمديد صلاحية

ينقضي خطاب الضمان بأكثر من صورة مثل: طلب المستفيد تسييله، أو انتهاء صلاحية الخطاب، وهو الأمر الذي يثير ممارسة ما يعرف بطلبات التمديد صلاحية أو سداد خطاب الضمان، وسيستعرض الباحث: هذه الصور من خلال مطلبين:

- المطلب الأول: تسييل خطاب الضمان
- المطلب الثاني: تمديد أو سداد خطاب الضمان

المطلب الأول

تسييل خطاب الضمان

عرّفت المادة (2) من القواعد الموحدة لخطابات الضمان تحت الطلب رقم 758 لسنة 2010 طلب التسييل Demand Requirements بأنه «طلب مُوقع من المستفيد يتضمن طلب تسييل بناءً على حقه الوارد في خطاب الضمان»⁽¹⁰¹⁾. وحددت المادة (15) من القواعد إجراءات طلب تسييل خطابات الضمان من قبل المستفيدين⁽¹⁰²⁾.

وقد يقوم المستفيد بما يعرف بالتسييل الناقص أو إجراء الاحتفاظ بالقيمة Hold for Value، ويتمحور هذا الإجراء حول قيام المستفيد بإرسال طلب للجهة المصدرة لخطاب الضمان يتضمن صرف المبلغ الوارد في خطاب الضمان، ولكن عدم تحويل المبلغ فعلياً للمستفيد، وإبقائه لدى الجهة المصدرة، وذلك في حال خشيّة المستفيد من انقضاء صلاحية خطاب الضمان، وعدم تيقن المستفيد مما إذا كان سيضطر لتسييل خطاب الضمان أو لا⁽¹⁰³⁾. ولم تنص القواعد الموحدة على هذا الإجراء، وتركت تنظيمه للمحاكم المحلية والقوانين ذات الصلة.

وقد يستغل المستفيد حقه في تسييل خطاب الضمان بصورة متعسفة وغير عادلة Unfair Calling، باتخاذ مثل هذا الإجراء دون وجه حق، مثال ذلك في حال عدم إتمام الأمر بعضاً من التزاماته بما يقضي بخصم جزء من المبلغ المتفق عليه⁽¹⁰⁴⁾، وللحد من

(101) URDG 758, op. cit., Article (2).

(102) Ibid., Article (15).

(103) Georges Affaki and Goode Royston Miles, op. cit., p.296.

(104) Thanuja Rodrigo, «Mitigating the risk of unfair calling on demand guarantees in the Sri Lankan market», Macquarie J. Bus. L, vol. 8, (2011), pp.223-224.

استغلال المستفيد سلطاته في تسييل خطاب الضمان، تشترط بعض خطابات الضمان أن يكون طلب التسييل متضمناً مستندات محددة تم ذكرها في خطاب الضمان ذاته، كاشتراط تقديم المستفيد شهادة من المشرف على المشروع تؤكد عدم قيام الأمر بإتمام تنفيذ المشروع كشرط للموافقة على طلب تسييل خطاب الضمان.

وفي هذا الإطار تشترط القواعد الموحدة لخطابات الضمان تحت الطلب رقم 758 لعام 2010 ضرورة تقديم المستفيد «بيان أو إفادة المخالفة» Statement of Breach بصورة مكتوبة يوضح فيها أوجه المخالفة أو التقصير من قبل الأمر في تنفيذ التزامه، والتي دفعت المستفيد إلى تقديم طلب التسييل⁽¹⁰⁵⁾. ولا يُشترط أن تكون الإفادة مفصلة، بل يكفي أن تتضمن بوجه عام المخالفة التي ارتكبها الأمر، مثل الإشارة إلى أن الأمر لم يلتزم بالإطار الزمني لإتمام المشروع المتفق عليه⁽¹⁰⁶⁾.

وتعتبر هذه الإفادة شرطاً لقبول طلب التسييل، إلا أنه يجب التنبيه إلى أن المادة (24) من القواعد قد حددت خمسة أيام عمل، يجب خلالها أن يقوم البنك المصدر ببت طلب التسييل، وفي حال عدم رفض الطلب خلال هذه المدة يعتبر الطلب مقبولاً، وإن لم يتضمن الإفادة المكتوبة من قبل المستفيد⁽¹⁰⁷⁾. وفي هذا الإطار أكدت المادة (17) من القواعد الموحدة لخطابات الضمان تحت الطلب أن هناك التزاماً على المستفيد أن يكون طلب التسييل تم تقديمه بحسن نية. ومن جانب آخر، فإن إعطاء القواعد الموحدة للمصدر مدة خمسة أيام لبت طلب التسييل، سواءً بالموافقة أو الرفض، تفرض على المصدر التزاماً إيجابياً يتمثل في التحقق من سلامة طلب التسييل.

تهدف هذه الإفادة إلى تحقيق التوازن بين العلاقات والحد من حالات التعسف المحتملة للمستفيد، من دون أن تفرض أي التزامات على الجهة المصدرة للتحقق من صحة الإفادة. بالإضافة إلى ذلك، توفر الإفادة دليلاً مهماً يمكن تقديمه للقضاء لإثبات التعسف المحتمل من قبل المستفيد، من دون أساس قانوني. يُلاحظ أن قواعد ممارسات خطابات الاعتماد الضامنة 98 ISP لم تشترط بصورة ضرورية تقديم المستفيد إفادة بشأن أي مخالفات محتملة من قبل الأمر⁽¹⁰⁸⁾.

(105) Lorenz & Partners, Demand Guarantees and Unfair Calling of Guarantees, L &P Newsletter No.62, April 2022, "https://www.lorenz-partners.com/wp-content/uploads/2022/04/NL062E-Demand-Guarantees-and-Unfair-Calling-of-Guarantees-Apr22.pdf" (Accessed 1/9/2024 6:54 PM).

(106) Georges Affaki and Goode Royston Miles, op. cit., p.296-297.

(107) Thanuja Rodrigo, op. cit., p.237.

(108) De Lx, F, op. cit., p.836.

ويلتزم البنك، في حال الرفض، بتحديد أوجه المخالفة أو عدم تحقق الشروط في الطلب، في إفادة البنك المصدر بصورة مكتوبة، تتضمن الأسباب التي دفعته إلى رفض طلب التسييل، وهو ما يعرف بمبدأ الاستبعاد Preclusion Sanction، والتي تعد أدلة إثبات يمكن للبنك التمسك بها في دفعه القضائية المتعلقة بهذا الخطاب. وتتضح أهمية إفادة البنك، في حال قيام المستفيد بمعالجة الأسباب الواردة في إفادة البنك، وإعادة تقديم طلب التسييل مرة أخرى؛ حيث لا يحق للبنك رفض طلب التسييل الجديد المراعي للاشتراطات المنصوص عليها في إفادة البنك⁽¹⁰⁹⁾، أو إضافة أسباب جديدة لم ينص عليها في بيان البنك الأولي. ويهدف هذا الالتزام على البنك تحقيق الاستقرار في التعاملات ومنع أي بنك مصدر من المراوغة أو التهرب من التزاماته الواردة في خطاب الضمان.

ويرى الباحث التوجه ذاته في قواعد ممارسات خطابات الاعتماد الضامنة ISP 98؛ حيث تتطلب من المصدر بيان أسباب رفضه طلب المستفيد للتسييل، وحرمانه من استخدام أسباب أخرى في حالة قيام المستفيد بمعالجة أسباب الرفض⁽¹¹⁰⁾.

وفقاً للمادة (16) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة، وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995، يقوم المصدر بفحص المطالبة بالسداد، ويتأكد أنها مطابقة ظاهرياً لشروط وأحكام التعهد ومتسقة فيما بينها، ويتاح للمصدر وقت معقول لا يزيد على سبعة أيام عمل لكي يفحص المطالبة، ويقرر ما إذا كان سيقوم بالسداد أم لا، فإذا كان قراره هو عدم السداد يجب عليه أن يصدر إشعاراً بذلك للمستفيد، ويرسله بأي وسيلة ممكنة، ويشترط أن يبين الإشعار السبب في قرار عدم السداد⁽¹¹¹⁾.

وقد نظمت القواعد الموحدة رقم 758 أثر الظروف القاهرة على خطابات الضمان؛ ففي حال صادف تاريخ انتهاء خطاب الضمان حادثة ما تصنف على أنها ظرف قاهر يمتد الخطاب لمدة ثلاثين يوماً، وفي حال استمرار ذات الظروف فإن خطاب الضمان يعتبر قد انقضى. وهذا التوجه مغاير لما تضمنته المادة (14 / 3) (أ) من قواعد ممارسات خطابات الاعتماد الضامنة ISP 98، والتي تنص على أنه في حال الظروف القاهرة تستمر صلاحية خطاب الضمان إلى أن تنتهي هذه الظروف وتمتد لمدة ثلاثين يوماً إضافية، وقد انتقدت هذه القواعد على أساس أنها تصب في مصلحة المستفيد على حساب توازن العلاقة بين المصدر والمستفيد⁽¹¹²⁾.

(109) حكم محكمة قطر الدولية ومركز تسوية المنازعات، شركة ليوناردو اس بي ايه ضد شركة بنك الدوحة للتأمين المحدودة، QIC (A) 1 (2020).

(110) James E. Byrne, op. cit., p.210.

(111) اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة، مرجع سابق، المادة (16).

(112) ISP 98, op. cit., Article (3/ 14) (a).

وقد حددت القواعد الموحدة رقم 758 شروط تحقق مفهوم القوة القاهرة بضرورة أن تكون الأحداث خارج سيطرة مصدر خطاب الضمان. وأشارت القواعد إلى عدد من الحالات التي تعتبر من قبيل الظروف القاهرة؛ وهي أولاً: حالة الحرب، والكوارث الطبيعية، والاضطرابات المدنية، والانقلابات، والأعمال الإرهابية⁽¹¹³⁾. وثانياً: حالات إضرابات العمال التي تؤدي إلى غلق منشأة المصدر⁽¹¹⁴⁾. وعليه نرى أنها جاءت متوسعة بصورة كبيرة مقارنة مع تعريف القوة القاهرة في الفقه العربي⁽¹¹⁵⁾.

ووفقاً لذلك لا تمتد القوة القاهرة إلى حالات منع المستفيد من تقديم خطاب الضمان للمصدر، ولكنها تقتصر على الظروف التي تؤثر على الجهة المصدرة لخطاب الضمان فقط؛ فعلى سبيل المثال إيقاف الرحلات الجوية في أوروبا نتيجة تفجر بركان إيافايلايوكل Eyjafjallajokull في أيسلندا في العام 2010 لم يُعد قوة القاهرة، على الرغم من أن المستفيد لم يستطع إيصال طلبه للجهة المصدرة نتيجة توقف الرحلات الجوية وعمليات النقل البريدي⁽¹¹⁶⁾.

من جانب آخر نرى أن القاعدة (3/14) (ب) من ISP 98⁽¹¹⁷⁾ تسمح للمصدر في حال القوة القاهرة أن يُغيّر المكان المخصص لتقديم خطاب الضمان بينما المادة (26) من القواعد الموحدة رقم 758⁽¹¹⁸⁾ لا تسمح بأن يتم تغيير مكان تقديم خطاب الضمان حتى في حال القوة القاهرة من دون الحصول على موافقة المستفيد⁽¹¹⁹⁾.

وفي هذا الإطار يجب التنبيه إلى أنه في حال وجود خطاب ضمان وخطاب ضمان مقابل، وحالت قوة القاهرة دون تقديم خطاب الضمان، فإن خطاب الضمان المقابل يتمتع بمدة التمديد ذاتها، وإن لم تكن هناك قوة القاهرة تحول دون تقديمه، ويعود هذا الأمر إلى الارتباط بين الخطابين، وهو الأمر الذي يلزم المستفيد من خطاب الضمان إبلاغ مصدر خطاب الضمان بأسرع وقت ممكن بحدوث القوة القاهرة، وذلك حتى لا يتوهم مُصدر خطاب الضمان المقابل أن الخطاب قد انقضى بفوات ميعاد الاستحقاق⁽¹²⁰⁾.

(113) URDG 758, op. cit., Article (26) (a).

(114) URDG 758, op. cit., Article 25 (a).

(115) قام الفقه العربي بتعريف القوة القاهرة بأنها «أمر غير متوقع حصوله، وغير ممكن تلافيه يجبر الشخص على الإخلال بالتزام» للمزيد، راجع: سليمان مرقس، في نظرية دفع المسؤولية المدنية، دار المقتبس، القاهرة، 1936، ص197.

(116) Georges Affaki, and Goode Royston Miles, op. cit., p.174.

(117) ISP 98, op. cit.

(118) URDG 758, op. cit., Article (26).

(119) Georges Affaki, and Goode Royston Miles, op. cit., p.175.

(120) URDG 758, op. cit., Article (26) (b).

المطلب الثاني

تمديد أو سداد خطاب الضمان

يحق للمستفيد تقديم طلب بتمديد صلاحية أو سداد خطاب الضمان، وهو ما يعرف بـ Extend or Pay، وهذه الممارسة تعتبر سائدة؛ حيث تُقدر إحدى الدراسات أن عدد طلبات التمديد أو السداد تشكل نحو 90% من الطلبات المقدمة للبنوك المصدرة لخطابات الضمان⁽¹²¹⁾. ويرجع انتشار هذه الممارسة إلى وجود حالات نزاع بين الأطراف؛ حيث يدخل الطرفان في مفاوضات في آلية إنهاء العلاقة، إما عن طريق تسييل خطاب الضمان أو الاستمرار في التفاوض على أمل التوصل لحل مرض للطرفين، وفي حال كان تاريخ خطاب الضمان على وشك الانتهاء فقد يلجأ المستفيد إلى تقديم طلب بتمديد صلاحية الخطاب.

وترتبط هذه الممارسة - بشكل غير مباشر - مع حالات انتهاء خطاب الضمان من خلال التسييل؛ حيث إنه في بعض الحالات يقوم البنك برفض طلب التمديد المقدم من قبل المستفيد؛ حيث يتم تسييل خطاب الضمان والمتعارف عليه أن شروط إصدار خطاب الضمان تتضمن توكيل غير قابل للإلغاء يصدر من الأمر لمصلحة البنك المصدر يعطيه الحق المطلق في قبول طلب التمديد أو تسييل خطاب الضمان دون الحاجة للحصول على موافقة الأمر.

وعادة ما تكون هذه المسألة خارجة عن نطاق التنظيم التشريعي لخطابات الضمان، وخاضعة لاتفاق الأطراف؛ حيث إنه وفقاً للقواعد العامة في حال خلو شروط وأحكام إصدار خطاب الضمان الحاكمة لعلاقة البنك من توكيل للبنك المصدر صادر من الأمر، فإن البنك المصدر يكون ملزماً قانوناً بالرجوع إلى الأمر في حال تلقيه طلب التمديد أو السداد من قبل المستفيد، وعليه أن يلتزم بتعليمات الأمر في هذا الشأن من ناحية القبول، أو رفض مثل هذا الطلب.

وقد نظمت المادة (23) من القواعد الموحدة رقم 758 طلبات التمديد أو السداد؛ حيث نصت على أنه في حال تقديم المستفيد لطلب التمديد أو التسييل، يجوز للمصدر إخطار الأمر بالطلب المقدم من المستفيد، ومن ثم تبدأ عملية التفاوض بين المستفيد والأمر، وفي حال تم الاتفاق على التمديد يقوم الأمر بإخطار المصدر بتمديد خطاب الضمان، ويحق للمصدر رفض طلب التمديد، وفي هذه الحال يتم تسييل خطاب الضمان وسداد المبلغ

(121) Georges Affaki and Goode Royston Miles, op. cit., p.342.

للمستفيد، بمعنى آخر يحق للبنك المصدر أن يعتبر هذا الطلب عبارة عن طلب تسهيل، ويستبعد الشق الخاص بالتمديد.

وتجب ملاحظة أن القواعد الموحدة رقم 758 قد أشارت إلى أن إخطار البنك المصدر للأمر هو أمر جوازي وليس إلزامياً، وهي في ذلك تختلف عن القواعد الموحدة رقم 458، والتي كانت تجعل هذا الإخطار إلزامياً على البنك المصدر⁽¹²²⁾.

ووفقاً للقواعد الموحدة يحق للبنك المصدر وقف السداد لمدة لا تتجاوز 30 يوماً من تاريخ استلام طلب التمديد أو التسهيل، وذلك لمنح الأطراف فرصة للتفاوض والوصول لاتفاق بخصوص هذا الطلب، وفي حال تجاوز هذه المدة لتاريخ صلاحية الخطاب، فإن الخطاب يعتبر قد تم تقديمه أثناء سريان صلاحية الخطاب، وعليه في حال لم يتم الاتفاق على التمديد بعد انقضاء 30 يوماً فإن المصدر، في هذه الحال، يقوم بتسهيل الخطاب لمصلحة المستفيد، وإن تم هذا الأمر بعد تاريخ انتهاء الخطاب. ولا يحق للأمر أن يعترض على هذا الإجراء⁽¹²³⁾. ويجب التأكيد أن وقف السداد لا يعتبر بأي حال من الأحوال تمديداً لخطاب الضمان.

وقد نظمت القواعد الموحدة رقم 758 خطابات الضمان المقابلة في حال طلبات التمديد أو التسهيل؛ حيث نصت المادة (23) على أنه في حال قيام المصدر بتأجيل تسهيل خطاب الضمان لمدة 30 يوماً نتيجة طلب المستفيد، فإنه يحق للمصدر أن يقدم الطلب ذاته لخطاب الضمان المقابل؛ حيث يعتبر المصدر في خطاب الضمان الأصلي هو المستفيد في خطاب الضمان المقابل؛ وفي هذه الحال يلتزم مصدر خطاب الضمان المقابل بتمديده، ولكن بمدة تقل أربعة أيام عن مدة تأجيل التسهيل في خطاب الضمان المضمون والبالغة 30 يوماً. والسبب وراء تخفيض المدة بأربعة أيام هو تمكين مصدر خطاب الضمان الأصلي من تسهيل خطاب الضمان المقابل، ومن ثم تسهيل خطاب الضمان الأصلي.

وتتوافق هذه التنظيمات مع قواعد ممارسات خطابات الاعتماد الضامنة ISP 98⁽¹²⁴⁾؛ حيث إنه وفقاً لهذه القواعد يحق للمصدر اعتبار طلب التسهيل أو التمديد عبارة عن طلب تسهيل ويستبعد الشق الخاص بالتمديد، مع اعتبار أنه قد تم تقديمه أثناء سريان خطاب الاعتماد الضامن، ولم تنظم الممارسات الأطر الزمنية؛ حيث أحوالها للقواعد العامة التي توجب على المصدر الرد خلالها على الطلب المقدم من قبل المستفيد⁽¹²⁵⁾. وبمطالعة اتفاقية

(122) Georges Affaki and Goode Royston Miles, op. cit., p.345.

(123) URDG 758, op. cit., Article (23).

(124) ISP 98, op. cit.

(125) James E. Byrne, op. cit., p.119.

الأمم المتحدة للضمانات المستقلة لسنة 1995⁽¹²⁶⁾، يرى الباحث أن الاتفاقية لم تنظم طلبات التمديد أو التسييل⁽¹²⁷⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة (25/ ب) من القواعد الموحدة لخطابات الضمان رقم 758 في عام 2010 قد استحدثت عدداً من الأحكام المتعلقة بإعادة المستفيد لخطاب الضمان، وذلك بعدم اعتبار ذلك إحدى حالات انقضاء الخطاب؛ حيث تشترط هذه القواعد أن يكون هناك ما يثبت أن النية من وراء الرد كانت بالفعل متجهة لانقضاء خطاب الضمان. وتأتي هذه الأحكام على خلاف مع القواعد السابقة رقم 458، والتي كانت تعتبر الرد إحدى حالات انقضاء الخطاب دون الاعتداد بنية المستفيد. ويهدف هذا التعديل إلى معالجة حالات الأخطاء الإدارية التي قد تؤدي إلى إعادة خطاب الضمان من دون قصد⁽¹²⁸⁾.

ومن جانب آخر، نصت القواعد الموحدة رقم 758 على أن خطابات الضمان غير المتضمنة لتاريخ انتهاء، أو التي تربط انقضاء الخطاب بواقعة معينة Expiry Event، تنقضي بمرور ثلاث سنوات من تاريخ الإصدار⁽¹²⁹⁾. ويتماشى هذا التوجه مع تنظيم خطابات الضمان وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة للضمانات المستقلة لسنة 1995، والتي تضمنت قاعدة مشابهة، ولكن بدلاً من السنوات الثلاث نصت الاتفاقية على مدة أطول وهي ست سنوات⁽¹³⁰⁾.

(126) اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة، مرجع سابق.

(127) De Lx, F, op. cit., p.841.

(128) Georges Affaki and Goode Royston Miles, op. cit., p.167-168.

(129) URDG 758, op. cit., Article (25)(c).

(130) تنص الفقرة (ج) من المادة 12 من الاتفاقية على أنه «إذا لم يذكر في التعهد أي موعد للانقضاء، أو إذا لم يكن قد تم بعد إثبات أن الفعل أو الواقعة التي ذكر أن الانقضاء متوقف عليها بتقديم المستند المطلوب، ولم يكن تاريخ الانقضاء قد ذكر علاوة على ذلك فعند انقضاء ست سنوات على تاريخ إصدار التعهد»، اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة، مرجع سابق، المادة (12).

الخاتمة:

مع إطلاق غرفة التجارة الدولية بباريس ICC عدة قواعد موحدة للضمانات تحت الطلب، بهدف توحيد القوانين الدولية المتباينة، آخرها النشرة رقم 758 في العام 2010، وانتشار هذه القواعد الموحدة بشكل كبير أصبح من الأهمية بمكان أن يتم التعرف عليها وتحليلها؛ لارتباطها اللصيق بالأطر القانونية المنظمة لخطابات الضمان تحت الطلب، وهو الأمر الذي يواجه ندرة في الفقه العربي، في ظل غياب الاهتمام بدراسة مثل هذه القواعد الموحدة لخطابات الضمان، مع تأكيد الباحث أن مجموعة من الأساتذة الأفاضل تناولوا مسألة القواعد الموحدة رقم 458 لسنة 1992، ولكن لم تحظ القواعد الجديدة رقم 758 لسنة 2010 لمثل هذا الاهتمام.

وبمطالعة هذه القواعد، يظهر أنها تمتاز بطابع تعاقدى يمنح الأطراف حرية التفاوض عليها، مما يُتيح لها التكيف وفقاً لاحتياجاتها الفردية؛ كما تتسم بطبيعتها التنظيمية؛ مما يُميّزها عن الاتفاقيات الدولية الأخرى كاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة لعام 1995. وكما تم تبينه في هذا البحث، فإن هناك قواعد تتميز بها القواعد الموحدة، وتختلف عما هو مستقر في الفقه العربي لخطابات الضمان، مثل توقيت سريان خطابات الضمان وغيرها من القواعد المختلفة.

وتوصلت الدراسة إلى عدد من النتائج، وهي:

- 1- ضرورة العمل على إعادة صياغة وتوحيد تعاريف خطابات الضمان تحت الطلب في الوثائق الدولية، ويقترح الباحث أن يكون كالتالي: «أي سند أو تعهد مكتوب، أيًا كان مسماه بدفع مبلغ نقدي محدد عند تقديم ما تم الاتفاق عليه وفقاً لشروط التعهد».
- 2- على الرغم من الجهود الكبيرة المبذولة من المؤسسات الدولية المعنية لتوحيد القواعد الدولية المنظمة لخطابات الضمان لاتزال بعض الدول – مثل الولايات المتحدة الأمريكية – لا تستخدم خطابات الضمان كوسيلة لتوفير الضمانات تحت الطلب، كما أن بعض الدول الأخرى قامت بتنظيم خطابات الضمان بصورة مغايرة للقواعد الدولية؛ ما يؤدي إلى ازدواجية في القواعد القانونية في المعاملات التجارية الدولية متعددة الأطراف.
- 3- يُمثل مبدأ استقلال التزام البنك أساس وعماد فلسفة خطابات الضمان، وهو الذي يميزه عن بقية المنتجات الائتمانية، وبغياب هذا المبدأ تفقد خطابات الضمان

فاعليتها وسبب وجودها؛ لذا فمن الضروري أن تشدد الأنظمة التشريعية المختلفة على هذا المبدأ، وهو ما يتطلب إلزام الأطراف بصياغة خطابات الضمان بشكل دقيق، من أجل تجنب أي نزاعات أو خلافات حوله، وذلك للحيلولة دون إقحام البنوك في مسائل خارجة عن نطاق اختصاصاتها الأساسية.

4- حصر بعض القوانين العربية إصدار خطابات الضمان على البنوك دون غيرها من المؤسسات المالية يضيّق من نطاق الاعتماد عليها في التعاملات التجارية.

وبناءً على الدراسة يمكن اقتراح التوصيات التالية:

1- ضرورة تعزيز التشريعات والتنظيمات العربية، خاصة فيما يتعلق بتنظيم حالات الغش، وتوفير أطر قانونية أكثر توازناً مقارنة مع ما هو قائم حالياً، ويُفضّل أن تتماشى هذه التشريعات مع المعايير الدولية لتوحيد الممارسات التجارية وتعزيز الثقة بالأعمال التجارية بالإحالة إليها، كما هي الحال في القانونين المصري والقطري؛ بما يجعل هذه القواعد مصدراً احتياطياً لقانون التجارة.

2- التوسع في الاعتماد على خطابات الضمان لما لها من مزايا عديدة، بالسماح للمؤسسات المالية المختلفة، مثل شركات التأمين والتمويل بإصدارها، وهو ما يتوافق مع القواعد الدولية.

3- ضرورة تعزيز التواصل والتعاون مع الغرف التجارية الدولية، مثل غرفة التجارة الدولية في باريس ICC، لتبادل الخبرات والاستفادة من القواعد الموحدة التي تم تطويرها، ويمكن تعزيز الشراكات مع هذه الهيئات لضمان استمرار تحسين القوانين المتعلقة بخطابات الضمان والمشاركة الفعالة في النقاش والتقييم الدوري لهذه القواعد.

4- تعزيز التوعية والتدريب، عن طريق تنظيم دورات توعية وتدريب للأطراف المعنية، بما في ذلك البنوك والشركات التجارية، بشأن أحدث التطورات في خطابات الضمان وكيفية التعامل معها بشكل فعال.

قائمة المراجع:

أولاً- باللغة العربية:

1- الكتب:

- محمد زيادة الهويدي، الهويدي في قانون وأعراف الاعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2021.
- سليمان مرقس، في نظرية دفع المسؤولية المدنية، دار المقتبس، القاهرة، 1936.
- سميحة القليوبي، عمليات البنوك، دار الأهرام، القاهرة، 2022.
- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- خليل فيكتور تادرس، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

2- الرسائل الجامعية:

- إيمان حسني حسن العجيل، الغش في الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2016.
- باسم محمد أبو صفية، الغش كاستثناء على مبدأ استقلال خطاب الضمان، رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية، 2003.

3- الأبحاث العلمية :

- بدر سعد العتيبي، التنظيم القانوني لخطابات الضمان في مجال المناقصات العامة: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س8، ع2، ع30، يونيو 2020.
- لولوة المسند، خطاب الضمان في القانون القطري: دراسة مقارنة مع تطبيقاته في دول مجلس التعاون، المجلة القانونية والقضائية، مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل، قطر، س4، ع1، (2010).
- مجدي بسيوني علي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود: دراسة مقارنة، مجلة روح القوانين، جامعة طنطا، مصر، مج34، ع99، يوليو 2022.

- مصطفى حمدي محمد، الغش من المستفيد في خطابات الضمان البنكية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال 1995: دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والحقوق، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مج26، ع50، سنة 2012.
- نادر محمد إبراهيم، عدم امتداد شرط تحكيم عقد المقاولة إلى عقد تمويل خطاب الضمان - تعليقاً على حكم محكمة التمييز القطرية في 26 مايو 2015، في الطعن رقم 119 لسنة 2015، مجلة التحكيم العالمية، جامعة قطر، ع37، سنة 2018.
- سيهام عكوش، الغش كاستثناء على مبدأ استقلال خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة للكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995، دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ع19، يونيو 2018.
- عصام حنفي محمود، استقلال ونهاية خطاب الضمان في ضوء قواعد التجارة الدولية الموحدة، مجلة جامعة الملك سعود - كلية الأنظمة والعلوم السياسية، الرياض، المملكة العربية السعودية، مج23، ع1، يناير 2011.
- خليل فيكتور تادرس، نظرية التعسف في استعمال الحق وحدود اتفاقات المساهمين المتعلقة بحق التصويت في شركة المساهمة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س10، ملحق خاص، أبحاث المؤتمر السنوي الثامن، ج1، ع10، نوفمبر 2021.

ثانياً- باللغة الأجنبية:

1- الكتب:

- Georges Affaki and Goode Royston Miles, Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758, International Chamber of Commerce "ICC", 2011.
- James E. Byrne, The official commentary on the international standby practices, Institute of International Banking Law & Practice, Maryland, USA, 1998.
- Roy Goode and Ewan McKendrick, Goode and McKendrick on commercial law, Penguin, UK, 2021.

2- الأبحاث العلمية:

- Boris Kozolchyk, Bank Guarantees and Letters of Credit: Time for a Return to the Fold, University of Pennsylvania journal of international business law, USA, Vol. 11, Iss.1, (1989).
- De Lx, F., The UN Convention on independent guarantees and stand-by letters of credit" In Int'l L., Vol. 33, (1999).
- Janet K. Levit, "Bottom-Up Lawmaking Through a Pluralist Lens: The ICC Banking Commission and the Transnational Regulation of Letters of Credit", Emory Law Journal, School of Law, Emory University, Atlanta, Georgia, USA, Vol. 57, (2008).
- Kenneth C. Kettering, "Securitization and its discontents: The dynamics of financial product development", Cardozo L. Rev., vol. 29, (2007).
- Lev Menand and Morgan Ricks, Federal corporate law and the business of banking, The University of Chicago Law Review, Vol. 88, Iss.6, (2021).
- Lorenz & Partners, Demand Guarantees and Unfair Calling of Guarantees, L &P Newsletter No.62, April 2022, "<https://www.lorenz-partners.com/wp-content/uploads/2022/04/NL062E-Demand-Guarantees-and-Unfair-Calling-of-Guarantees-Apr22.pdf>".
- Michelle Kelly-Louw, The Doctrine of Strict Compliance in the Context of Demand Guarantees, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol.49, No.1, March 2016.
- Mohammed Abdel Khalek Omar, The Regulation of International First Demand Bonds: A Comparative Approach" Arab Law Quarterly, Vol.4, May 1989.
- Thanuja Rodrigo, "Mitigating the risk of unfair calling on demand guarantees in the Sri Lankan market", Macquarie J. Bus. L, vol. 8, (2011).
- Werner Blau & Joachim Jedzig, Bank Guarantees to Pay upon First Written Demand in German Courts" INT'L L., Vol.725, Iss. 23, (1989), <https://scholar.smu.edu/til/vol23/iss3/10>.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	43
المقدمة	44
المبحث الأول: تطور مفهوم قواعد تنظيم خطاب الضمان	47
المطلب الأول: مفهوم خطاب الضمان في ضوء القواعد الدولية المقارنة	47
المطلب الثاني: التطور التاريخي والتنظيمي للضمانات تحت الطلب	49
الفرع الأول: التطور التاريخي لقواعد تنظيم خطاب الضمان دولياً	49
الفرع الثاني: تطور الأطر التنظيمية للضمانات تحت الطلب في القوانين المقارنة	52
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للقواعد الدولية الموحدة لخطابات الضمان ونطاقها وسريانها	56
المطلب الأول: الطبيعة القانونية للقواعد الدولية الموحدة لخطابات الضمان	56
الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية المكملة للقواعد الدولية الموحدة لخطابات الضمان	56
الفرع الثاني: الطبيعة التنظيمية للقواعد الدولية الموحدة لخطابات الضمان	59
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي لمنازعات خطابات الضمان ووقت سريانها	60
الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي بنظر منازعات خطابات الضمان	60
الفرع الثاني: بدء سريان خطاب الضمان	62
المبحث الثالث: استقلال التزام البنك وأثر الغش والتعسف وفقاً للقواعد الدولية الموحدة لخطابات الضمان	64
المطلب الأول: استقلال التزامات البنك	64

الموضوع	الصفحة
المطلب الثاني: أثر الغش والتعسف على التزامات البنك	67
المبحث الرابع: تسييل خطاب الضمان وتمديد صلاحيته	73
المطلب الأول: تسييل خطاب الضمان	73
المطلب الثاني: تمديد أو سداد خطاب الضمان	77
الخاتمة	80
قائمة المراجع	82