

April 2012

☞ The effects of fraud by the beneficiary of the letter of guaranty on the obligation of the bank according to UNICITRAL 1995; a comparative study

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law



Part of the [International Trade Law Commons](#)

Recommended Citation

(2012) "☞ The effects of fraud by the beneficiary of the letter of guaranty on the obligation of the bank according to UNICITRAL 1995; a comparative study," *Journal Sharia and Law*. Vol. 2012 : No. 50 , Article 1. Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2012/iss50/1

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Journal Sharia and Law by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

📄 The effects of fraud by the beneficiary of the letter of guaranty on the obligation of the bank according to UNICITRAL 1995; a comparative study

Cover Page Footnote

Dr. Hamdi Mustafa Assistant Professor, Faculty of Law, UAE University.

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسفال ١٩٩٥]

أعطت للبنك الضامن الذي يتصرف بحسن نية، سلطة تقديرية في الوفاء من عدمه تكون بذلك قد برهنت على مراعاتها التامة لحرص البنك على صيانة الثقة التجارية في خطابات الضمان باعتبارها مستقلة عن عقد الأساس، بالإضافة إلى ذلك فقد أكدت الاتفاقية على حق العميل الأمر في اتخاذ تدابير قضائية مؤقتة إذا توافرت حالة من حالات استثناء الالتزام بالسداد المشار إليها في المادة ١٩ من الاتفاقية.

وقد قسمت البحث إلى مبحثين تناولت في المبحث الأول مفهوم الغش المانع وشروطه وحالاته طبقاً لاتفاقية ١٩٩٥. وتناولت في المبحث الثاني أثر الغش على التزام البنك ووسائل حماية العميل الأمر طبقاً لاتفاقية ١٩٩٥، وقد صدرت البحث بمقدمة تناولت فيها أولاً تعريف خطابات الضمان وفقاً لاتفاقية ١٩٩٥، ثانياً سلطت الضوء على تناول القواعد والاتفاقات الدولية للغش أو التعسف الصادر من المستفيد في خطابات الضمان قبل وبعد اتفاقية ١٩٩٥، وثالثاً تناولت غش المستفيد في خطاب الضمان في التشريع المصري وقاعدة الغش يفسد كل شيء. وقد ختمت البحث بخاتمة تناولت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها.

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

الاتفاقية لفظ (التعهد) حرصاً منها على الجمع بين هذين النوعين من الضمانات المستقلة، وتأكيداً على الإطار المشترك للقواعد التي تضمنتها الاتفاقية بشأن كل من خطابات الضمان وخطابات الاعتماد الضامنة، والتغليب على ما قد ينشأ من خلاف فيما يتعلق بالمصطلحات^(٢).

كما يتضح من التعريف-أيضاً- أن الاتفاقية استخدمت لفظ (الكفالات المستقلة) تعبيراً عن خطابات الضمان المصرفية، وليس المقصود بالكفالات -هنا- الكفالات المصرفية التي يكون فيها التزام البنك تابعاً لالتزام العميل، بل دليل أن المذكرة التفسيرية نصت على أن الاتفاقية لا تنطبق على الكفالات التبعية^(٣).

كما نلاحظ من التعريف أن الاتفاقية لم تقيد خطابات الضمان بكونها مصرفية، مما يعني تطبيق نفس القواعد على خطابات الضمان الصادرة من غير البنوك، سواء صدرت من أشخاص طبيعيين أو اعتباريين كالمؤسسات والهيئات. وذلك

الاسم الجديد الاعتمادات المستندية تحت الطلب نظراً لما اقترن في الأذهان بكلمة الضمان من حظر تشريعي فيما يخص البنوك. فالاعتماد المستندي تحت الطلب وسيلة مناسبة لتحقيق نفس الغرض الذي يحققه خطاب الضمان في النظام الأوروبي، في حين أنه لا يوجد حظر بشأنها. والاعتماد المستندي تحت الطلب ليس أداة للوفاء أو سيلة للدفع كما هو الحال في الاعتماد المستندي التقليدي، ولكنها تمثل ضماناً للمستفيد يتم اللجوء إليها في حالة إخلال العميل الأمر بتنفيذ الالتزامات العقدية الواردة في عقد الأساس، فإذا كان الاعتماد المستندي التقليدي فتح لكي يدفع، فإن خطاب الاعتماد فتح لكي يضمن استيفاء المستفيد لحقه. راجع د.علي جمال الدين خطابات الضمان المصرفية دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٠ ص ٣٥ وما بعدها، د.حاتم محمد عبد الرحمن العمليات المصرفية المستقلة والمشكلات المرتبطة بتنفيذها رسالة حقوق عين شمس ٢٠٠٢ ص ٢٢ وما بعدها،

John F. Dolan, The law of letters of credit; commercial and stand by letters of credit, ed.2, 1990, P.30,

Joseph Norton, world trade & trade finance, Southern Methodist university, institute on international finance, P.18.

(٢) راجع ص ١٧ من المذكرة التفسيرية للاتفاقية.
(٣) راجع ص ١٧ من المذكرة التفسيرية.

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]**أ- مرحلة ما قبل صدور اتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥:**

القواعد الدولية الصادرة -في هذه المرحلة- فيما يتعلق بالضمانات المستقلة، لم تتناول في نصوصها الغش الصادر من المستفيد. ففي هذه المرحلة أصدرت غرفة التجارة الدولية بباريس C.C.I. مجموعتين من القواعد الخاصة بالضمانات المستقلة، الأولى وهي المجموعة رقم ٣٢٥ والتي عرفت باسم الضمانات التعاقدية، صدرت هذه المجموعة في ٢٠-٦-١٩٧٨ وكانت قاصرة على الضمانات المستندية^(٦)، دون الضمانات لدى الطلب، وإن كان البعض^(٧) يرى أنه ليس هناك ما يمنع من تطبيقها على هذا النوع الأخير من الضمانات بما يتناسب معها. وبصرف النظر عن عدم انتشار هذه القواعد بسبب محدودية تطبيقها، إلا أن ما يعيننا-هنا- هو أنها لم تعالج ضمن نصوصها غش المستفيد في هذه الضمانات.

أما المجموعة الثانية، فهي مجموعة القواعد الموحدة المتعلقة بخطابات الضمان لدى الطلب (الكتيب رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٩٢، وهذه القواعد على الرغم من احتوائها على ثمان وعشرين مادة تعالج خطاب الضمان لدى الطلب^(٨)، وعلى الرغم من شهرتها وذيع انتشارها^(٩)، إلا إنها لم تتناول في نص من نصوصها موضوع غش المستفيد أو تعسفه في خطابات الضمان لدى الطلب، وبالتالي لم تتناول-كذلك- التدابير القضائية المستعجلة والمؤقتة لمواجهة هذا الغش.

Lamy cautions et garanties bancaire, 2000, N.340.

Vasseur, Le droit des garanties bancaires dans les contracts internationaux en France et dans les pays de l'Europe de l'ouest, 1980, P.323.

راجع نصوص هذه القواعد والمذكرة التفسيرية على موقع اليونسسترال على شبكة المعلومات الدولية WWW.uncitral.org

د. خليل فيكتور مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٩٥، دكتوراه القاهرة ٢٠٠٤، ص ١٤.

(٦)

(٧)

(٨)

(٩)

[الغش من المستفيد في خطابات لضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

المطالبات بالسداد بموجب الكفالات المستقلة (خطابات الضمان) وخطابات الاعتماد الضامنة، على الأخص أن الادعاء بالتزوير كان يسبب مشكلة بالغة التعقيد والإزعاج عندما يكون هناك نزاع بشأن أداء التزام تعاقدي أصلي، ومما كان يزيد من المشكلة تباين المفاهيم والطرق التي عولجت بها هذه الادعاءات من قبل الكفلاء والمحاكم التي التمس منها اتخاذ التدابير المؤقتة لمنع السداد^(١٢).

وبالفعل ساعدت الاتفاقية على التخفيف من حدة هذه المشكلة بتوفير تعريف متوافق عليه دولياً لأنواع الحالات التي يوجد فيها تبرير للاستثناء من التزام البنك بالسداد، فقد حملت المادة ١٩ منها عنوان (الاستثناءات من التزام السداد) وبيّنت في فقرتها الأولى والثانية الحالات التي يجوز فيها (للكفيل/ المصدر) أن يتمتع عن السداد للمستفيد^(١٣).

وفي الحقيقة، إن الاتفاقية إذ تخول للبنك أن يرفض السداد عندما تكون المطالبة مدعومة بمستندات مزيفة أو بتعسف من المستفيد، فإنها تقيم توازناً بين مختلف المصالح والاعتبارات الراهنة. كما أن الاتفاقية، وقد أعطت للبنك الضامن الذي يتصرف بحسن نية، سلطة تقديرية في الوفاء من عدمه تكون بذلك قد برهنت على مراعاتها التامة لحرص البنك على صيانة الثقة التجارية في خطابات الضمان باعتبارها مستقلة عن عقد الأساس.

بالإضافة إلى ذلك فقد أكدت الاتفاقية على حق العميل الأمر في اتخاذ تدابير قضائية مؤقتة إذا توافرت حالة من حالات استثناء الالتزام بالسداد المشار إليها في

الكفيل/المصدر بالسداد. والمثبت: وهو الشخص الذي يضيف تبيناً إلى التعهد. راجع المادة ٦ من الاتفاقية.

المذكورة التفسيرية ص ١٩.

سيأتي ذكر هذه الحالات عند التعرض للمطلب الخاص ص ٤٥

(١٢)
(١٣)

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

يفسد كل شيء).

عالج المشرع المصري أحكام خطاب الضمان المصرفي في نصوص القانون التجاري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ في المواد من المادة ٣٥٥ إلى المادة ٣٦٠. ولم يشر المشرع المصري في تلك النصوص إلى مسألة الغش من المستفيد أو التدابير القضائية الواجب اتخاذها في حالة صدور غش أو تعسف من المستفيد في خطاب الضمان. فهل يعني ذلك أن القاضي الوطني يقف مكتوف اليدين في حالة التعسف من المستفيد في طلب تسهيل خطاب الضمان؟

والجواب على هذا السؤال تتوقف على وجود اتفاق بين أطراف الخطاب على تطبيق القواعد الدولية أو عدم وجود مثل هذا الاتفاق. فإن كانت الحالة الأولى، فإن القاضي الوطني يستطيع أن يستعين بالقواعد الدولية ذات الصلة لتطبيقها، على الأخص أن المشرع المصري نص في الفقرة الثانية من المادة ٣٥٥ تجاري على أنه (تسري فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف في هذا الفرع القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان)، وقد قضت المادة الأولى من القواعد الدولية بتطبيقها على كل خطاب ضمان تحت الطلب ينص فيه على خضوعه للقواعد الموحدة، وتكون هذه القواعد ملزمة لكل الأطراف، فيما عدا ما ينص عليه خلاف ذلك صراحة^(١٧)، أي أنه يجوز للأطراف استبعاد القواعد الموحدة كلها أو بعضها^(١٨). فإن لم يوجد اتفاق بين أطراف خطاب الضمان على تطبيق القواعد الدولية، وكان هناك غش من المستفيد أو تعسف في طلب تسهيل الخطاب، فإن

(١٧) راجع نص المادة الأولى من القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية بباريس لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب الكتيب رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٩٢.

(١٨) د. على جمال الدين خطابات الضمان المصرفية مصدر سابق ص ٣٠.

[د. حمدي محمد مصطفى]

بتطبيق القانون تطبيقاً إيجابياً، وتكفل عدم الإفلات من قواعد السلوك الأمرة. فهي تقوت فرصة التطاول على القانون باسم القانون، وتكشف عن الاحتماء، بسوء نية، وراء قاعدة قانونية معينة للإفلات من القاعدة الأخرى.

والحق أن الفقه^(٢٤) والقضاء المصري^(٢٥) قد سعيًا جاهدين لاحترام هذا المبدأ العام بإبطال جميع التصرفات القائمة على الغش، حيث لا توجد مصلحة تبرر فتح باب التحايل والمكر والخديعة بحجة استقرار المعاملات، أو الاكتفاء بالقواعد العامة لأنها ليست كافية لمطاردة الغش.

وقد أكد القضاء على تطبيق هذه القاعدة مقررًا بطلان التصرفات المنطوية على سوء النية في العديد من المجالات، فمثلاً في مجال الإعلانات القضائية قضت محكمة النقض المصرية ببطلان إعلان قضائي كان في ظاهره مستوفياً كافة الشروط القانونية المطلوبة في الإعلان، لكنه انطوى على غش من المعلن، بغية عدم وصوله إلى علم المعلن إليه لمنعه من الدفاع في الدعوى أو ليفوت عليه مواعيد الطعن، فقد جاء في حكم المحكمة (من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن قاعدة (الغش يبطل التصرفات) هي قاعدة قانونية سليمة، ولو لم يجر بها نص خاص في القانون، وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في التصرفات والإجراءات عموماً لصيانة مصلحة الأفراد والجماعات، لذا يبطل

(٢٤) د. محمد محمد السروي الغش في المعاملات المدنية دكتوراه المنصورة ٢٠٠٨ ص ٦١
فقرة ٤٦.

(٢٥) طعن رقم ١٨٣ لسنة ٤٣ ق بتاريخ ٢٨-١-١٩٨١ مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض الدائرة المدنية س ٣٢ ج ١ ص ٣٨٦.

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

الإعلان إذا ثبت أن المعلن قد وجهه بطريقة تتطوي على غش، رغم استيفائها ظاهرياً لأوامر القانون، حتى لا يصل إلى علم المعلن إليه لمنعه من الدفاع في الدعوى أو ليفوت عليه المواعيد^(٢٦).

وفي مجال تسجيل بيع العقار، فعلى الرغم من أن الأسبقية لتاريخ التسجيل وليست لتاريخ الشراء، إلا أن القضاء قضي ببطان تسجيل المشتري الثاني، تأسيساً على قاعدة الغش يبطل التصرفات، ما دام التسجيل كان مؤسساً على سوء نية من المشتري الثاني وبهدف الإضرار بالمشتري الأول، فقضت محكمة النقض بأنه (للمشتري الذي لم يسجل عقده أن يتمسك بالغش، حتى ولو كان المشتري الثاني قد سجل عقده، ليتوصل بذلك إلى صورة المشتري اللاحق، وله ذلك بكافة طرق الإثبات)^(٢٧). وهكذا لم يتردد القضاء في إعمال قاعدة الغش يبطل التصرفات، واتخاذها أساساً لإهدار العقد المسجل إذا كان مبنياً على الغش والتدليس.

خطة البحث:

بعد هذه المقدمة، فإن دراستنا لهذا الموضوع ستعتمد في المقام الأول على ما ورد من نصوص تتعلق بالغش أو التعسف من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية في اتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥، مع التعرض لأحكام الفقه والقضاء المصري والفرنسي، مع الإشارة أحياناً إلى بعض القضاء العربي في هذا الشأن. وفي بعض المواضع قد أشير إلى رأي الفقه والقضاء الأمريكي في خصوص

(٢٦) طعن رقم ١٨٣ لسنة ٤٣ ق بتاريخ ٢٨-١-١٩٨١ سابق.
 (٢٧) طعن رقم ١٨١٩ لسنة ٦٩ ق بتاريخ ٢٥-٢-٢٠٠١ مجلة هيئة قضايا الدولة العدد ١ س ٤٦ يناير - مارس ٢٠٠٢ ص ١٥٢، طعن رقم ١٠٧٣ لسنة ٤٨ ق بتاريخ ٢١-٥-١٩٧٩ س ٣٠ ق ج ٢ المجموعة الدائرة المدنية والتجارية ص ٣٩٩ سابق. Cass.Civ. 13-10-1981, D., 1981 P.550. Cass.Civ.04-6-1983, Bull.Civ.tome 3 N.30

المبحث الأول مفهوم الغش المانع وحالاته طبقاً للمادة ١٩ من الاتفاقية الدولية

على الرغم أن التزام البنك -في هذا النوع من الضمانات- تجاه المستفيد التزام نهائي ومجرد^(٢٨)، إلا أن الإجماع منعقد^(٢٩) على التزام البنك بالامتناع عن الوفاء في حالة صدور غش من المستفيد تجاه البنك.

ولما كانت التشريعات الوطنية قد خلت من نصوص تنظم هذا الموضوع، فقد أثار ذلك التساؤل عن مفهوم الغش المانع من الوفاء للمستفيد، هل يشترط للقول بوجود الغش أن يكون فقط- وليد وسائل احتيالية استعان بها المستفيد تجاه البنك؟ أم أن مجرد طلب المستفيد تسهيل مبلغ الضمان، مع وفاء العميل بكافة التزاماته، يعد غشاً، ولو لم تصدر من المستفيد وسائل احتيالية؟ بمعنى هل يعد تعسف المستفيد^(٣٠) في طلب تسهيل الضمان غشاً يوجب على البنك الامتناع عن الوفاء؟

(٢٨) أستاذنا الدكتور/ثروت عبد الرحيم المطول في القانون التجاري الأوراق التجارية وعمليات البنوك ج٢ دار النهضة العربية ص٩٧٠.

(٢٩) د.علي جمال الدين خطابات الضمان المصرفية دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٠ ص٣٥٥ وما بعدها، د.محمود بريري قانون المعاملات التجارية دار النهضة العربية ٢٠٠١ ص١٦٠، د.حاتم محمد عبد الرحمن العمليات المصرفية المستقلة والمشكلات المرتبطة بتنفيذها دكتوراه حقوق عين شمس ٢٠٠٢ ص٢٠٩ وما بعدها، نقض مصري رقم ١٩٧٥ لسنة ٦٦ ق.بتاريخ ١٢-١٢-١٩٩٦، حكم محكمة استئناف القاهرة بتاريخ ٠٢-٠١-٢٠٠٢ الحكمان مشار إليهما في حاتم عبد الرحمن المصدر السابق ص١٢٢ وما بعدها، G.Ripert et R.Roblot , Philippe Delebecque et Mihel Germain, Traité de droit commercial, éd. L.G.D.J 1992. N.2408, Stoufflet, La convention des nations unies, P.137, Cass.Com 12-12-1985, D.1986 P. 213, note Vasseur, CA. Paris 12-6-1985, Rev. Banque 1986, N.458.

(٣٠) يقصد بالتعسف، الخروج عن حدود حسن النية الواجب في استعمال الحقوق، كأن يهدف الشخص-من وراء استعماله للحق- إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، أو أن يقصد- فقط-من استعماله للحق الإضرار بالغير، أو أن تكون المصلحة من وراء هذا الاستعمال أقل بكثير من الضرر الذي يصيب الغير، وإذا قلنا إن الغش ما هو إلا مناورة أو خداع

[الغش من المستفيد في خطبات لضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

رئيسيين، الأول الاتجاه الموسع لمفهوم الغش المانع. والثاني الاتجاه المضيق لمفهوم الغش المانع، وبتناول كل اتجاه من هذين الاتجاهين.

أولاً: الاتجاه الموسع في تحديد مفهوم الغش المانع من الوفاء:

يذهب هذا الاتجاه إلى التوسع في مفهوم الغش المانع من الوفاء للمستفيد، بحيث لا يقتصر على مجرد الاستعانة بطرق ووسائل احتيالية، بل يمتد ليشمل كل مطالبة من المستفيد-لتسييل الخطاب- بسوء نية، وبهدف الإضرار بالعمل الأمر، لذلك عرفه بعض الفقه بأنه(استخدام المستفيد للضمانة بقصد الإضرار بالعمل المتعاقد استخداماً يؤدي إلى الانحراف بآلية تلك الضمانات المصرفية عن الغاية التي وجدت من أجلها، وبما يتنافى مع مبدأ حسن النية)^(٣١)، كما عرفه البعض الآخر بأنه(الغياب الواضح لحق المستفيد في الحصول على مبلغ الضمانة، أو استخدام المستفيد للقواعد القانونية بطريقة تؤدي إلى حصوله على فائدة غير مشروعة)^(٣٢).

وطبقاً لهذين التعريفين فإن كل ما يصدر عن المستفيد بقصد الإضرار بالعمل يعتبر غشاً مانعاً من الوفاء، سواء كان الذي صدر منه في شكل طرق احتيالية-كما هو الحال في الغش التقليدي- أو كان الذي صدر مجرد تعسف في الطلب دون أن يكون مصحوباً بطرق احتيالية.

Stoufflet, J.C.P. 1984 not sous cass. Com.17-10-1984, N.20436.

Prum, L'autonomie des garanties à première demande, Thèse Montpellier 1992, P.123.

(٣١)
(٣٢)

[الغش من المستفيد في خطابات لضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسفال ١٩٩٥]

أي أساس قانوني (التعسف الظاهر). بمعنى أن العميل قد نفذ كل ما عليه من التزامات تجاه المستفيد طبقاً لعقد الأساس المبرم بين الأخير والعميل.

وفي بعض الفقه الأمريكي^(٣٩) نجد من يتوسع في مفهوم الغش المانع في خطاب الاعتماد المستندي لدرجة أنه يجيز للعميل الأمر أن يستصدر أمراً بمنع الوفاء للمستفيد كلما كان لديه دفاع صحيح عن مسؤوليته في عقد الأساس^(٤٠). ويستند هذا الفقه إلى أن وظيفة خطاب الاعتماد تحت الطلب حماية المستفيد من إفسار أو إفلاس العميل الأمر، فيتقدم طرف ثالث موثر ومليء وهو البنك ليدفع للمستفيد إذا تعذر على الأخير أن يفتضي حقه من العميل الأمر في عقد الأساس بسبب إفساره أو إفلاسه. لكن لا يجب أن يتسبب خطاب الاعتماد تحت الطلب في تغيير معالم الصفة المتفق عليها بين الأطراف في عقد الأساس، وهو ما يؤدي إلى القول بأن المحكمة التي ستنتظر موضوع الغش في خطاب الاعتماد ستضطر للنظر في عقد الأساس^(٤١).

وفي تعقيبنا على هذا الاتجاه نتساءل كيف للبنك أن يتأكد من تنفيذ العميل لالتزاماته؟ ألا يتطلب منه ذلك الرجوع إلى عقد الأساس، وهو ما لا شأن للبنك به،

(٣٩) هناك من القضاء الأمريكي من يناصر مبدأ التوسع في مفهوم الغش، ففي إحدى القضايا التي عرضت على القضاء الأمريكي قررت المحكمة أنه (في دعوى للحصول على إجراء من قواعد العدالة فإنه لا يكون ضرورياً وواجباً على المدعي أن يثبت قيام عناصر الغش القابل للتقاضي في دعاوى التعويضات النقدية، وذلك لأن الغش له معنى أوسع في قواعد العدالة عنه في القانون، ونية الغش أو التضليل ليست عنصراً ضرورياً فيها، فهو يشتمل على جميع الأعمال والترك والإخفاقات والتي تتضمن إخلالاً بواجب من واجبات القانون أو العدالة أو الثقة التي تضر بشخص آخر. مشار إليه في د.حاتم عبد الرحمن مصدر سابق ص ٢٣٠.

(٤٠) أعمال مؤتمر سنغافورة في القانون الدولي ١٩٩٣ (The Fraud rule in letters of credit transactions .Kee Ho Peng, N.11415

(٤١) Michel Stern, The independence rule in stand by lettre of credit, P.49.

[الغش من المستفيد في خطابات لضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

ظل معيار عقد الأساس هذا ستضطر المحكمة الأمريكية للنظر في عقد الأساس للبحث في إصدار الأمر بمنع الوفاء، وهذا عكس ما اتفق عليه الأطراف من جعل المنازعات تخضع للقضاء الإنجليزي^(٤٥).

لذلك ذهب الاتجاه الآخر من الفقه والقضاء -حفاظاً على مبدأ الاستقلال- إلى مفهوم أضيق للغش المانع من الوفاء، وهو ما سنبينه في الفقرة التالية.

ثانياً: الاتجاه الثاني المضيق لمفهوم الغش المانع^(٤٦):

على عكس الاتجاه السابق نجد هذا الاتجاه يحاول التضييق في مفهوم الغش المانع من الوفاء بحيث لا يمتد إلى الطلب التعسفي، وإنما يقتصر على الغش بمعناه التقليدي أي المصحوب بوسائل احتيالية، دون حالة التعسف في الطلب.

وقد علل هذا الاتجاه لرأيه بأن من شأن التوسع في مفهوم الغش في مجال الضمانات المستقلة أن يؤدي إلى تعطيل الفائدة المرجوة من الضمانات، وإفساح الطريق للعملاء الأمرين والبنوك للإفلات من تنفيذ التزاماتهم. بمقتضى الضمان. وأن التوسع في مفهوم الغش سيؤدي إلى مخالفة قاعدة (الغش لا يفترض) بل يجب إقامة الدليل عليه، كما أنه سيؤدي إلى خلق رابطة قانونية بين خطاب الضمان وعقد الأساس للبحث في مدى أحقية المستفيد في طلبه من عدمه. هذا الربط بين عقد الأساس وخطاب الضمان يتعارض مع مبدأ الاستقلال^(٤٧). وأن من شأن هذا الخلط

(٤٥) د.حاتم محمد عبد الرحمن مصدر سابق ص ١٧٤.

(٤٦) د. سميحة القليوبي الأسس القانونية لعمليات البنوك مكتبة عين شمس القاهرة بدون تاريخ ص ١٦٢، د. بضراني نجاة الائتمان المصرفي بطريق التوقيع رسالة دكتوراه القاهرة ١٩٨٧ ص ٦٠١، د. هزار سليمان حيدر مصدر سابق ص ٢٣٦.

(٤٧) د. عادل إبراهيم مصطفى مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية ص ١٢١.

[العش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

وفي حكم آخر لمحكمة استئناف باريس بتاريخ ١٢-٠١-١٩٨٥ أوضحت المحكمة استقلال التزام البنك الناشيء عن خطاب الضمان عن العقد الأصلي بين العميل والمستفيد، وقررت أن تعسف المستفيد في طلب مصادرة خطاب الضمان لا أثر له في العلاقة بين هذا المستفيد والعميل. وقضت بعدم أحقية العميل في طلب تجميد قيمة خطاب الضمان، وأن تعسف المستفيد يختلف عن العش الذي يفسد كل شيء^(٥٠).

وكان موضوع النزاع يتلخص في أن العميل الأمر كان قد قدم تأميناً نقدياً لصالح المستفيد، وحدد في العقد الأصلي بينهما الحالات التي يجوز فيها للمستفيد مصادرة مبلغ التأمين، ثم حدث أن استبدل العميل التأمين النقدي بخطاب الضمان، وعندما طلب المستفيد مصادرة الخطاب، طلب العميل أمام المحكمة تجميد الخطاب إلا في الحالات المحددة على سبيل الحصر في عقد الأساس. رفضت محكمة الاستئناف طلب العميل على أساس استقلال العلاقات الناشئة عن خطاب الضمان، وعدم إمكان البنك التمسك له بدفوع ناشيء عن العقد الأصلي بين العميل والمستفيد. وأنه طالما وافق العميل للمستفيد على الحق في مصادرة خطاب الضمان عند أول طلب، فعليه أن يتحمل تعسف المستفيد.

وفي تعليقها على هذا الحكم تقول الأستاذة الدكتورة/سميحة القليوبي (ونجد أن حكم محكمة الاستئناف المشار إليه استبعد -وبحق- تعسف المستفيد الظاهر L'abus manifeste كسبب في عدم مصادرة خطاب الضمان من جانب المستفيد، ولم تلحق

dont les termes l'obligeaient à payer les sommes aucune justification du motif allégué pour l'appel de cette garantie). Cass.Com. 21-5-1985 Rev. Banque 1986, P.136 N.457. CA. Paris, 12-01-1985, Rev.Banque, Feb.1986 P.190, N. 458, not Rives Lange.

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسفال ١٩٩٥]

توفر للمستفيد إمكانية سريعة وسهلة للحصول على الأموال في حالة إخلال العميل بالتزاماته تماماً كالوديعة النقدية. لذلك يذهب هذا الرأي إلى أنه يشترط توافر شرطين للقول بالغش في خطابات الاعتماد تحت الطلب، الأول أن يفقر العميل لأي وسيلة قانونية مناسبة بديلة عن وسيلة إثبات الغش ومنع صرف الخطاب تحت الطلب، والثاني أنه يجب على العميل الأمر أن يثبت أنه لا يوجد أساس معقول لطلب المستفيد. فإذا اشتملت الظروف والملابسات على درجة عميقة من التعقيد تتطلب البحث، فإنه عند ذلك لا بد أن يخسر العميل الأمر^(٥٣).

وعلى الرغم من وجاهة الاتجاه الموسع لمفهوم الغش المانع، ومحاولته إقامة توازن في المصالح بين العميل الأمر والمستفيد، إلا أننا لانستطيع أن نخفي تأييدنا للاتجاه الثاني، والذي يرفض التسوية -في منع الوفاء للمستفيد- بين الغش بمعناه التقليدي والتعسف الظاهر. وذلك للأسباب التي أوردناها سابقاً في معرض تعقيبنا عليه، ونزيد عليها أن التسوية بين الغش والتعسف في منع الوفاء للمستفيد قد تؤدي إلى إحجام المستفيدين عن اللجوء إلى هذه الضمانة، حيث ستزداد تكلفة هذه الضمانة بمقدار تكلفة هذه المنازعات، وهو ما سيدفع البنوك إلى تحميل تلك النفقات على رسوم إصدار هذه الضمانة. مع الوضع في الاعتبار ما يترتب على هذا الإحجام من آثار اقتصادية، كما أن الوفاء للمستفيد -مع التعسف في الطلب- هو في رأيي من مخاطر المهنة التي يجب على العميل أن يتحملها، على الأخص أنه يمكنه بعد ذلك الرجوع على المستفيد ليطالبه باسترداد ما حصل عليه دون وجه حق.

Michel Stern Op. Cit. P.54.

(٥٣)

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

لجأ المستفيد إلى طرق احتيالية وأساليب للوفاء له بمبلغ الضمان^(٥٧).

وبالتالي وطبقاً لأي من الاتجاهين السابقين في مفهوم الغش المانع، سواء الموسع أو المضيّق، لا يمكن اعتبار مجرد الخشية من الغش سبباً يجيز للبنك أن يتمتع عن الوفاء للمستفيد. كما أن تعبير المادة ١٩ من القواعد الدولية في تحديدها لحالات منع الوفاء للمستفيد يدل على استبعاد مجرد الخشية من الغش كسبب مانع للوفاء بقولها: (إذا كان من البين والواضح).

موقف الفقه الإسلامي من مفهوم الغش^(٥٨) في خطابات الضمان المصرفية

يمكننا أن نتناول موقف الفقه الإسلامي من مفهوم الغش المانع في خطابات الضمان من خلال معالجة الفقهاء المسلمين للغش في المعاملات عموماً، فنصوص القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة تنهى نهياً أكيداً عن الغش بكافة أشكاله وألوانه وتحث المسلم على الصدق في كل أمره وتحذره من الكذب وتنفّر منه، وتربّي فيه خلق الأمانة، ومن هذه الآيات قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وكونوا مع الصادقين﴾^(٥٩) وقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولاً

(٥٧) د.علي جمال الدين المصدر السابق ص ٣٦١، د.عادل إبراهيم مصدر سابق ص ١٢١، Stoufflet et Gavalda, La lettre de garantie internationale, R.T.D. 1980 P.15, N.17.

(٥٨) يعرف الغش في لغة العرب بأنه نقيض النصح، وهو مأخوذ من الغش أي المشرب الكدر، وقد غشه يغشه غشاً: لم يمحصه النصيحة، يقال رجل غش غاش والجمع غاشون، ويقال شيء مغشوش ومنه الغش في البيع والغش في البيانات. ويطلق الغش ويراد به الغل، من غش يغش غشاً أي غل لما فيه من الخداع والظلم. كما يراد بالغش إظهار جودة ما ليس بجيد كخلط الشيء بغيره أو يظهر بائع السلعة حسناتها ويخفي قبيحها. وعموماً راجع لسان العرب لأبن منظور ج ٤ ص ٣٢٥٩، المصباح المنير للفيومي المطبعة الميرية ببولاق ط ٣ ص ١٠٠، المعجم الوجيز طبعة وزارة التربية والتعليم بمصر ١٩٩٤ ص ٤٥٠.

(٥٩) سورة التوبة آية ١١٩ .

[الغش من المستفيد في خطابات لضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال 1995]

ومن أمثلة النوع الأول وهو الغش بالتدليس^(٦٥)، وذلك بكتمان عيب في السلعة المبيعة، أو محاولة إخفاء هذا العيب بفعل إيجابي^(٦٦)، فقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن كل كتمان للعيب في المبيع يعد غشاً^(٦٧)، فقد ذكر العلامة ابن الجزري المالكي في قوانينه الفقهية أن الغش هو (أن يكتم من أمر سلعته ما يكرهها المشتري أو ما يقلل من رغبته فيها)^(٦٨)، كما اعتبر الحنابلة أن الغش هو كل تدليس يختلف الثمن لأجله، فلا يحل لبائع تدليس سلعته ولا كتمان عيبها فيختلف الثمن لأجله كالتصيرية^(٦٩)، وعند الظاهرية الغش هو الذي يحط من الثمن الذي اشترى به أو باع به ما لا يتغابن الناس بمثله^(٧٠).

أما النوع الثاني وهو الغش الذي استكمل التصرف فيه جميع شروطه القانونية لكن قام به الغاش تعسفاً وإضراراً بدائنيه^(٧١)، فمثل هذا التصرف لا ينفذ في مواجهة

(٦٥) يتقابل معنى الغش -هنا- في الفقه الإسلامي مع المادة ٢/١٢٥ مدني مصري والتي تنص على أنه (يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملبسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابس)

(٦٦) كمن أراد أن يبيع دارا في حوائطها تصدعات فأخفاها بجص ونحوه ليخفي عيبها ويظهرها بصورة سليمة.

(٦٧) اختلف الفقهاء في ضابط هذا العيب، فقد ذهب الجمهور إلى أن العيب الذي يتحقق بإخفائه الغش هو العيب الذي ينقص الثمن أما ما لا ينقص به الثمن فلا يعد إخفاؤه غشاً. أما المالكية فقد اعتبروا أن أي عيب يعد كتماناً غشاً، سواء اختلف الثمن لأجله أو لم يختلف. راجع بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني الحنفي دار التراث العربي ط ٢ سنة ١٩٨٢ ج ٧ ص ١٢١٩، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين محمد ابن عرفة الدسوقي المالكي دار إحياء الكتب العربية ج ٣ ص ١٦٩، نهاية المحتاج للرملي الشافعي مطبعة الحلبي ج ٤ ص ٣٣، كشاف القناع للبهوتي الحنبلي مكتبة التطور الحديثة ج ٣ ص ٢١٥.

(٦٨) القوانين الفقهية لابن الجزري ص ٢٦٣.

(٦٩) راجع المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة ج ٤ ص ٢٤٣.

(٧٠) راجع المحلى لابن حزم الظاهري بيروت ج ٩ ص ٧١.

(٧١) يتقابل هذا النوع من الغش مع نص المادة ١/٢٣٨ مدني مصري والتي تنص على أنه (إذا كان تصرف المدين بعوض، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائنين أن يكون منطويا على غش من المدين، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش...).

[الغش من المستفيد في خطابات لضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل. يقول الإمام ابن القيم في كتابة إعلام الموقعين^(٧٧) (وتجوز الحيل يناقض سد الذرائع مناقضة ظاهرة، فإن الشارع يسد الطريق إلى المفسد بكل ممكن. والمحتال يفتح الطريق إليها بحيلة، فأين من يمنع الجائز خشية الوقوع في المحرم إلى من يعمل الحيلة في التوصل إليه).

وقد تضافرت الأدلة في الشريعة على النهي عن التعسف في استعمال الحق، ومن ذلك قول الله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾^(٧٨) وقوله تعالى: ﴿ولا تمسكوهن ضراراً لنتعدوا﴾^(٧٩)

فقد أفادت الآيات أن الله سبحانه وتعالى أعطى للرجال الحق في تطليق النساء، وجعله أبغض الحلال إليه، ونهى الرجال عن التعسف في استعمالهم لهذا الحق. فنهاهم عن الإبقاء على الزوجة لا لغرض سوى الإضرار بها. وخير الأزواج بين الإبقاء على الزوجة في بيت الزوجية مصونة تعامل بالمعروف كما يجب لها الشرع أن تعامل، وبين تطليقها دون إيذاء لها. وحتى مع استعمال الحق في الطلاق أمر الرجال أن لا يتعسفوا في استعمالهم لهذا الحق للإضرار بالمرأة، فأمر الله في آية أخرى الرجال أن يوقعوا الطلاق في الوقت الذي لا يطيل على المرأة العدة منعاً للضرر، قال تعالى: ﴿بأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم﴾^(٨٠). فالآيات وإن وردت في موضوع الطلاق إلا إنها تثبت نهى الشرع عن التعسف في استعمال الحق، أيًا كان هذا الحق، سواء كان في طلاق أو من المستفيد في طلب تسهيل خطاب الضمان. ومما لا شك فيه أن المستفيد حين

(٧٧) إعلام الموقعين للإمام ابن القيم دار الفكر ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م ج ٣ ص ١٧١.

(٧٨) البقرة رقم (٢٢٩).

(٧٩) البقرة رقم (٢٣١).

(٨٠) سورة الطلاق رقم (١).

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسفال ١٩٩٥]

للمستفيد. هذه الحالات - كما بينا سابقاً - لا تقتصر على مجرد صدور غش من المستفيد بالاستعانة بوسائل احتيالية، وإنما تمتد لتشمل كل مطالبة للمستفيد يندم فيها الأساس القانوني (التعسف الظاهر). وقد حددت الفقرة الثانية من ذات المادة خمس حالات لانعدام الأساس القانوني لمطالبة المستفيد. وبالتالي سنتناول كل حالة من هذه الحالات تباعاً.

أولاً الغش القائم على تزوير المستندات^(٨٥)

نصت المادة ١٩ من القواعد الدولية على أنه (١- إذا كان من البين والواضح أن (أ) أي مستند مقدم، مزور أو قد جرى تزيفه كان للكفيل/المصدر، متصرفاً بحسن نية، الحق إزاء المستفيد أن يمتنع عن السداد).^(٨٦)

تتحقق هذه الحالة عندما يكون تسييل الضمانة مشروطاً بتقديم المستفيد لمستند أو مستندات ما، كقرار تحكيم أو حكم محكمة صادر على الأمر، أو محضر خبرة يقرر عدم التنفيذ أو سوء التنفيذ أو التأخير فيه، أو شهادة صادرة من مكتب خبرة أو من المستفيد نفسه كفاتورة قدمها ولم تدفع^(٨٧). ولا يخفى أن هذا الشرط يجب أن يكون منصوصاً عليه في خطاب الضمان نفسه، تأكيداً على الكفاية الذاتية للخطاب

(٨٥) نصت المادة (٣٦) من اتفاقية OHADA على أن العميل الأمر لا يستطيع أن يدفع مطالبة البنك الضامن أو مصدر الضمان- في حالة الوفاء للمستفيد- إلا إذا كان الوفاء قد تم للأخير بناء على مستندات مزورة أو تعسف ظاهر، فنصت على أنه: (Le donneur d' order ne peut faire défense de payer au garant ou au cotergarant que si la demande de paiement du bénéficiaire est manifestement abusive ou frauduleuse. Le cotergarant disposent de la même faculté dans les mêmes conditions

(٨٦)

(1) If manifest and clear that; (A) Any document is not genuine or has been falsified. the guarantor/issuer, acting in good faith, has a right, as against the beneficiary, to withhold payment.

(٨٧) د. على جمال الدين خطابات الضمان المصرفية مصدر سابق ص ٢٥٧.

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

ولا يخفى أن المستندات المشترط تقديمها لتسييل خطاب الضمان، وإن ورد النص عليها في الخطاب إلا أن العميل الأمر هو الذي حددها للبنك في عقد الاعتماد بينه وبين البنك، ولذلك يلتزم البنك عند فحصه للمستندات بتعليمات العميل الأمر، فليس له -لحفاظ على مصلحته- أن يخرج عن عبارات خطاب الاعتماد التي تحدد وحدها علاقته بالمستفيد^(٩١)، وهو ما أكدته محكمة باريس التجارية في خصوص مطابقة المستندات في الاعتماد المستندي، والأمر لا يختلف في خطاب الضمان عن الاعتماد المستندي فيما يتعلق بالتزام البنك بفحص المستندات، قضت المحكمة بأنه: (في حالة اعتماد مستندي مفتوح، ومشترط أنه واجب الدفع لدى الاطلاع مقابل تقديم خطاب نقل جوي يبين تاريخ ورقم الرحلة، مع بيان آخر ميعاد للإرسال (٢٠ أكتوبر) وحين يكون خطاب النقل الجوي يذكر تاريخ ٢٧/أكتوبر، كتاريخ سفر وشحن البضاعة، يكون البنك المصدر محقاً في رفض المستندات لكونها غير مطابقة لشروط الاعتماد)^(٩٢).

ويقوم البنك بفحص المستندات والتأكد من سلامتها من التزوير خلال مدة زمنية معقولة، وهو ما أكدته الفقرة الثانية من المادة ١٦ من القواعد الدولية، غير أنها أوجبت عدم زيادة هذه المدة عن سبعة أيام عمل، اعتباراً من اليوم التالي ليوم تسلّم المطالبة والمستندات المرفقة.

(٩١) نقض مصري رقم ٤٤٣ لسنة ٤٥ ق بتاريخ ٢٧-٢-١٩٨٤ مجلة المحاماة س٦٦ سنة ١٩٨٦ ص ١٤، ١٥.

(٩٢) T.Com.Paris, 22-5-1990, D.1991, N.26, note Vasseur.

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسفرال ١٩٩٥]

وأخيراً فإن القواعد الدولية بنصها على عدم الوفاء في حالة تقديم مستندات مزورة، إنما قصدت التأكيد على ضرورة توافر حسن النية من قبل الأطراف في خطاب الضمان بتنفيذ تعهداتهم والتزاماتهم في ضوء من الطمأنينة والثقة، لذلك اعتبرت أن تقديم أي مستند مزور يعد إخلالاً بهذه الثقة^(٩٦).

ثانياً: بطلان عقد الأساس^(٩٧) بموجب حكم محكمة أو تحكيم^(٩٨)

طبقاً للمادة ٢/١٩ ب فإنه يعد من حالات الغش المانع طلب المستفيد للضمانة بالرغم من صدور حكم قضائي أو من هيئة تحكيمية^(٩٩) ببطلان عقد الأساس، فقد نصت على أنه (٢) لأغراض الفقرة (ج) من الفقرة ١ من هذه المادة، ترد فيما يلي أنواع الحالات التي لا يتصور أن يكون فيها أساس للمطالبة: (أ).....

(٩٦) د.سميحة القليوبي المنظمات الدولية اتفاقية الأمم المتحدة في شأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتمادات الضامنة والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠١ ص ٧٧.

(٩٧) عقد الأساس أو علاقة الأساس هو العقد الذي يكون بين العميل الأمر والمستفيد من الضمان، وقد يكون مزايده أو مناقصة أو مقاوله أو أي عقد آخر. وقد تكون هذه العلاقة غير تعاقدية. راجع د.على جمال الدين خطابات الضمان المصرفية مصدر سابق ص ٤٣.

(٩٨) هناك تقارب بين التحكيم وخطابات الضمان المصرفية باعتبارهما نظامين رئيسيين من أنظمة التجارة الدولية، وغالبا ما يدرج بهذه العقود الدولية شرط التحكيم للرجوع إليه في حالة نشوب نزاع بين أطرافها، إذا هناك نوع من التعايش بين التحكيم والضمانات المصرفية نظرا للصلة بينهما في وحدة الانتماء العام إلى قانون الالتزامات. د.عادل إبراهيم مدى استقلالية التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية مصدر سابق ص ١٤٠.

(٩٩) يتفق الفقه على طبيعة التحكيم بأنه اتفاقي الأصل والنشأة وقضائي بحسب وظيفته. راجع د.أحمد ابو الوفا التحكيم الاختياري والإجباري منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٨٨ ص ١٠٣، د.سيد أحمد محمود مفهوم التحكيم وفقا للقانون المصري والكويتي دار الكتب القانونية ٢٠٠٧ ص ٥٦، د.محمود مصطفى قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام القضاء دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٩ ص ١٧، Jarrosson, La notion d'arbitrage, L.G.D.J. 1987 N.7, P.5.

[الغش من المستفيد في خطابات لضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

على خطاب الضمان، وما يركن إليه من سند قانوني دفاعاً عن مصالحه في الخصومة المطروحة على القضاء، فإذا ما ارتأى مبرراً وسنداً للتريث في الوفاء بقيمة الضمان موضوع النزاع إلى حين صدور حكم في تلك المنازعة القضائية كان له ذلك، مع تحمله بما قد يترتب على ذلك من آثار^(١٠١).

وأرى أنه أمام وضوح النص الذي بين أيدينا، فإن البدء في إجراءات طلب بطلان عقد الأساس لا يعطي للبنك الحق في الامتناع عن الوفاء، بل يلزم صدور حكم -بالفعل- ببطلان عقد الأساس.

أضف إلى ذلك أنه إذا كان مقتضى استقلالية التزام البنك ونتائجه هي عدم جواز الاحتجاج بالدفع المتعلقة بعقد الأساس، كما أنها تمنع إثارة دفع أو أدلة متعلقة بهذا العقد، فإنه يترتب على ذلك عدم امتداد آثار البدء في إجراءات طلب بطلان عقد الأساس إلى استقلالية خطاب الضمان^(١٠٢).

ويثور السؤال بخصوص حكم التحكيم الصادر ببطلان عقد الأساس؟ فإذا كانت القاعدة وهي أن نهائية حكم التحكيم تسود لدى معظم الدول، إلا أن البعض الآخر يجيز استئناف حكم التحكيم، وبالتالي بما أن الاتفاقية تحيل في حالة عدم وجود نص إلى القواعد والأعراف المتعارف عليها في الممارسات الخاصة بالضمانات^(١٠٣)،

(١٠١) د. محيي الدين علم إسماعيل موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية مطبعة النسر الذهبي ٢٠٠١ ص ٨٣٦.

(١٠٢) د. عادل إبراهيم مصدر سابق ص ١٤٥.

(١٠٣) نصت المادة ٢/١٣ من الاتفاقية على أنه (في تفسير أحكام وشروط التعهد، وفي تسوية المسائل لا تتناولها أحكام وشروط التعهد أو أحكام الاتفاقية، تراعى القواعد والأعراف الدولية المتعارف عليها في الممارسات الخاصة بالكفالات المستقلة أو خطابات الاعتماد الضامنة).

فإنه يلزم مراعاتها^(١٠٤).

وقد أشارت الفقرة (ب) من المادة ١٩ في عجزها إلى أن طلب المستفيد الوفاء بالرغم من صدور حكم ببطلان عقد الأساس، لا يكون تعسفياً إذا اتفق الطرفان على إدراج هذا الحدث ضمن المخاطر التي يغطيها التعهد، أي أن اتفاق الطرفين هو الفيصل في هذا الشأن. ويرى البعض^(١٠٥) أنه كان من الأفضل عدم إضافة مثل هذه العبارة، لأنها ستفتح ثغرة تتسرب منها الاختلافات في مفهوم هذا الاستثناء.

ثالثاً: عدم أداء الالتزام الأصلي لصدور تصرف معيب من المستفيد:

إذا لم ينفذ العميل الأمر عقد الأساس كان للمستفيد الحق في طلب تسهيل خطاب الضمان، هذا هو السير الطبيعي للأمر، لكن إذا كان السبب في عدم تنفيذ عقد الأساس راجعاً إلى سلوك متعمد من المستفيد نفسه، فإن طلبه للضمان في هذه الحالة يعد تعسفاً ظاهراً ينعدم فيه الأساس القانوني لمطالبته، وهو ما نصت عليه الفقرة (د/٢) من المادة ١٩ من القواعد الدولية بقولها (حيث يكون من الواضح أن الذي حال دون أداء الالتزام الأصلي هو تصرف معيب متعمد من المستفيد نفسه)^(١٠٦).

فإذا طلب المستفيد تسهيل الضمان، بالرغم من تسببه في عدم تنفيذ العميل الأمر لالتزاماته طبقاً لعقد الأساس أو في التأخير في تنفيذ هذه الالتزامات، كان للبنك أن

(١٠٤) د.سميحة القليوبي المنظمات الدولية اتفاقية الأمم المتحدة في شأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتمادات الضامنة والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠١ ص ٨٠.

(١٠٥) د.خليل فيكتور مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي مصدر سابق ص ٤٦١.

(١٠٦) (D) Fulfilment of the underlying obligation has clearly been prevented by wilful misconduct of the beneficiary).

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

يتمتع عن الوفاء على أساس التعسف الظاهر من المستفيد، وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية، فقد قضت بأن: (الطلب المقدم من العميل الأمر في الضمان لدى أول طلب لاسترداد مبلغها من المستفيد يكون مقبولاً، بشرط أن يثبت أن المستفيد قد حصل عليها دون حق، بأن يثبت قيامه هو بتنفيذ التزاماته التعاقدية، أو بإثبات أن عدم التنفيذ كان راجعاً إلى خطأ المستفيد، أو بسبب بطلان عقد الأساس، وهذا دون أن يكون عليه أن يبرر بغش أو تعسف ظاهر)^(١٠٧).

لكن على خلاف هذا القضاء نجد محكمة استئناف أول درجة Montluçon تقضي في حكمها الصادر بتاريخ ٠٩-٠١-١٩٨١ بأن فسخ العقد الأصلي، وإن كان بخطأ من المستفيد فلا أثر له على التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان، وأن على البنك السداد الفوري، ثم الرجوع بعد ذلك على من وقى عنه لا ستعادة ما دفعه^(١٠٨). وهو أيضاً ما قضت به استئناف باريس في حكمها بتاريخ ٢٧/١٠/١٩٨١ مستتدة في ذلك إلى أنه من شأن رفض الوفاء للمستفيد تعطيل حكمة إصدار خطابات الضمان وإفساح المجال للتهرب وتعطيل الوفاء بقيمتها، فقضت بأنه: (نتيجة لاستقلال خطاب الضمان عن عقد الأساس، فإن العميل الأمر لا يمكنه أن يتمسك بواقعة التنفيذ المعيب من المستفيد لالتزاماته الناشئة عن هذا

(١٠٧) (Le donneur d'ordre d'une garantie à première demande est recevable à demander la restitution de son montant au bénéficiaire à charge pour lui d'établir que le bénéficiaire en a reçu indûment le paiement, par la preuve de l'exécution de ses propres obligations contractuelles, au par celle de l'imputabilité de l'inexécution du contrat à la faute de contractant bénéficiaire de la garantie ou par la nullité du contrat de bas, et ce sans avoir à justifier d'une fraude au d'un abus manifeste) Cass.Com.07-6-1994, D.1994, P.175, note Vasseur.

Trib.grand.ins. de Montluçon 09-01-1981, D.1981, P.390 note Vasseur. (١٠٨)

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

ذهب البعض^(١١٢) إلى أنه يجب أن يقتصر الغش على عمل المستفيد نفسه، فلا يشمل الغش الصادر من الغير، إذ يعتبر المستفيد بريئاً منه، وعلى ذلك فلا يكون الغش مانعاً من الوفاء إلا إذا كان المستفيد مسؤولاً عنه، بينما ذهب البعض الآخر^(١١٣) إلى عدم اشتراط أن يكون الغش صادراً من المستفيد نفسه، فالغش هو عدم أحقية المستفيد وانعدام كل حق له في طلبه الوفاء الصادر عنه أياً كان سببه، فالعبرة بالواقع.

رابعاً: تنفيذ عقد الأساس-دون شك- كما طلبه المستفيد:

هذه هي إحدى الحالات التي لا يتصور فيها أساس لمطالبة المستفيد بقيمة الضمانة كما صورتها الفقرة الثانية من المادة ١٩ من القواعد الدولية بقولها (لأغراض الفقرة (ج) من الفقرة (١) من هذه المادة، ترد فيما يلي أنواع الحالات التي لا يتصور أن يكون فيها أساس للمطالبة (أ).....(ب) (ج) إذا كان التزام الأساس قد نفذ بطريقة لا يتطرق إليها الشك كما طلبه المستفيد)^(١١٤).

وتفترض هذه الحالة أن العميل الأمر نفذ جميع التزاماته طبقاً لعقد الأساس، وبالتالي فأى طلب من المستفيد بعد ذلك يعد غشاً يمنع من استجابة البنك لطلبه. ويجمع الفقه^(١١٥) على أنه إذا قام العميل الأمر بتنفيذ التزاماته في عقد الأساس على

(١١٢) د.علي جمال الدين خطاب الضمان المصرفي مصدر سابق ص ٣٦٣.
(١١٣) د.عادل إبراهيم مدى استقلال التزام البنك في خطاب الضمان والاعتماد المستندي مصدر سابق ص ١٢٤.

(١١٤) (The underlying obligation has undoubtedly been fulfilled to the satisfaction of the beneficiary).

(١١٥) د.رضا السيد عبد الحميد النظام المصرفي وعمليات البنوك وفقاً لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ط ١ ٢٠٠٢ ص ٣٧٠، د.هزار حيدر الضمانات المصرفية التعاقدية مصدر سابق ص ٢٣٢.

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

أن يقدم هذه الشهادات للبنك، حتى قبل طلب المستفيد، ليثبت عليه سوء نيته ويمنعه من استيفاء الضمانة، وفي حالة وجود بنك أجنبي (البنك المباشر) فعلى العميل أن يخطر البنك الضامن المقابل (فاتح الاعتماد الأصلي) بهذه المستندات بالإضافة إلى البنك المباشر، فإذا قام الأخير بالوفاء للمستفيد عد شريكاً معه في الغش، مما يخول للبنك المقابل منع الوفاء له^(١١٨).

والسؤال هل يلزم أن يكون التنفيذ مرضياً للمستفيد؟ في الحقيقة أن المستفيد في هذه الحالة - وحرصاً منه على مبلغ الضمان - قد يتعنت في مواصفات حسن التنفيذ، لذلك ذهب بعض الفقه^(١١٩) - وبحق - إلى أنه يجب تفسير هذا النص تفسيراً ضيقاً، بمعنى أنه متى تكونت لدى البنك القناعة بحسن تنفيذ العميل لالتزاماته من خلال المستندات المقدمة، كان عليه أن يتمتع عن الوفاء. بحيث يتأكد للبنك أن طلب المستفيد مشوب بالغش وأن الهدف منه هو الحصول على حقوق ليست له، بما يتنافى مع مبدأ حسن النية السائد في المعاملات الدولية^(١٢٠). وإذا كانت المستندات المقدمة من العميل الأمر لا تقطع بوجود غش من المستفيد، بمعنى أن المسألة تحتاج من البنك إلى بحث خارجي للتأكد من حسن تنفيذ العميل لالتزاماته، فلا يعفى البنك من التزامه المقطوع به في خطاب الضمان^(١٢١)، إذ إنه ليس له أن يقحم نفسه في علاقة العميل والمستفيد، ويتوجب عليه الدفع لعدم وضوح الغش أمام البنك، مراعاة لاستقلال التزام البنك. لذلك يتوجب على القاضي أن يوازن بين المصالح والدفع المقدمة إليه ليقطع بتوافر التنفيذ من عدمه، وما إذا كان العميل على حق

Vasseur D.1986 jur. P.17, N.115.

د.سميحة القليوبي المنظمات الدولية مصدر سابق ص ٨٢.

د.خليل فيكتور مصدر سابق ص ٤٥٢.

Cass.Com.,21-5-1985 Rev. de Banque 1986, P.87, note Lange.

(١١٨)

(١١٩)

(١٢٠)

(١٢١)

[الغش من المستفيد في خطابات لضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

إلى وجهتها في البلاد الأجنبية يعد تعسفاً يجيز للبنك الامتناع عن الوفاء. وهو ما انتهت إليه محكمة باريس في أحد أحكامها (بأن طلب الضمان على غير الأساس المحدد له غير جائز، حيث صدر لأجل أعمال إضافية، في حين تم طلب الضمان تصفية لحسابات المقاول الأصلية، فسبب الضمان لا يتطابق مع الغرض الصادر من أجله)^(١٢٥). ويقتصر دور البنك في البحث لتقرير عدم وقوع الخطر على المستندات المقدمة إليه وظروف الحال، دون التطرق إلى العقد الأصلي حتى لا يؤدي إلى الإخلال بمبدأ استقلال البنك عن عقد الأساس^(١٢٦).

سادساً: الغش من البنك المباشر تجاه البنك المقابل:

في هذا الفرض نعالج حالة الغش من البنك المباشر^(١٢٧) في طلبه الوفاء من البنك المقابل، وهو ما نصت عليه المادة ١٩/٢/هـ من القواعد الدولية ضمن تعددها لحالات المطالبة بتسييل خطاب الضمان دون أساس بقولها: (في حالة مطالبة بمقتضى كفالة مقابلة، حيث يكون المستفيد من الكفالة قد قام بالسداد بسوء نية اعتباره الكفيل/المصدر للتعهد الذي تتعلق به الكفالة المقابلة)^(١٢٨).

وبداية نقرر أن العلاقة بين البنك المباشر والبنك المقابل علاقة مستقلة عن مجموع الروابط العقدية الأخرى، كما أن أحكام القضاء مستقرة على استقلال

C.A de Paris o1-8-1984, D.1986, P.159, note Vasseur

د. حياة شحاتة مخاطر الائتمان في البنوك التجارية مصدر سابق ص ٣٦٥.
 (١٢٥) البنك المباشر هو البنك الموجود في بلد المستفيد والذي يقوم بالوفاء بخطاب الضمان للمستفيد في حال طلب الأخير له، أما البنك المقابل فهو البنك الموجود في بلد العميل الأمر، وهو من وجه له العميل الأمر بفتح خطاب الضمان، ويلتزم البنك المقابل تجاه المباشر بالوفاء إذا قام الأخير بالوفاء للمستفيد دون غش.

(١٢٨) (e) In the case of a demand under a counter-guarantee the beneficiary of the counter-guarantee has made payment in bad faith as guarantor/issuer of the undertaking to which the conter-guarantee relates.

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسفال ١٩٩٥]

في هذا الفرض، لا لوم على البنك المباشر ولا تقع عليه أي مسؤولية. وله في هذه الحالة أن يطلب تسييل الضمان من البنك المقابل الذي لا يملك إلا أن يجيبه لطلبه، حتى لو علم البنك المباشر بغش المستفيد بعد الوفاء له وقبل طلبه الوفاء من البنك المقابل، فالعبرة هي بوقت الوفاء من جانبه^(١٣٠). ويرى بعض الفقه^(١٣١) أن البنك المقابل يتمتع عن الوفاء للبنك المباشر في حالة غش المستفيد، حتى ولو لم يعلم المباشر بغش المستفيد، على أساس استقلال الضمانين عن بعضهما، وأن الغش يفسد كل شيء.

ولا نرى وجهة فيما ذهب إليه هذا الفقه من امتناع الوفاء للبنك المباشر لوجود غش من المستفيد حتى مع عدم علم المباشر بالغش. وذلك لأن قاعدة الغش يفسد كل شيء، إنما تكون حين يصدر الغش من البنك المباشر أو على الأقل يكون شريكاً فيه، فيشترط أن يصدر الغش ممن يحتج به عليه^(١٣٢)، أضف إلى ذلك أن استقلال الضمانين يقتضي أن التزم البنك المقابل تجاه البنك المباشر بوجوب عليه الوفاء متى تحقق الخطر وتحرك الضمان بطلب المستفيد، ما دام لم يتم الوفاء بسوء نية من البنك المباشر، وهو وما عليه قضاء باريس في حكمها الصادر بتاريخ ٢١-١-١٩٨٧ حين قضت بأنه (في حالة عدم إثبات التواطؤ بين المستفيد والبنك الضامن الأجنبي، حيث طلب الأخير الضمان المقابل، فلا يجوز للضامن المقابل الامتناع عن الرد)^(١٣٣).

(١٣٠) د. علي جمال الدين خطابات الضمان المصرفية مصدر سابق ص ٣٦٧.
 (١٣١) Lange Rev. Banque, 1986 P.711.
 (١٣٢) د. عادل إبراهيم مدى استقلال خطاب الضمان والاعتماد المستندي مصدر سابق ص
 (١٣٣) Paris, 14-12-1987, D.1988 P.248, note Vasseur.

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

فجهله يلزمه بالتعويض عن خطئه^(١٣٩).

والخلاصة أنه إذا استطاع العميل الأمر إثبات غش البنك المباشر في وفائه للمستفيد، كان له أن يتوجه إلى القضاء لاستصدار أمر بمنع البنك المقابل من الوفاء للبنك المباشر.

المطلب الثالث

شروط الغش المانع في خطاب الضمان المصرفي

لا يمكن لنا أن نتناول موضع الغش من المستفيد في خطاب الضمان، إلا إذا كنا أمام خطاب صحيح أي لم ينل من صحته عيب من العيوب التي قد تفسد التصرفات القانونية، وأن يكون هذا الخطاب سمع الإقرار بصحته-لم تنته صلاحيته بانتهاء مدته. ويثور السؤال عن درجة الغش المانع من الوفاء في هذا النوع من الضمانات؟ هل يشترط فيه أن يكون متيقناً واضحاً؟ أم يكفي فيه مجرد الاحتمال؟ وأخيراً هل يحتج بالغش في مواجهة المستفيد ولو صدر من شخص آخر؟ نبين الإجابة على هذه التساؤلات من خلال بياننا لشروط الغش.

الشرط الأول: تعلق طلب الوفاء بخطاب صحيح وساري المفعول:

لا يمكننا أن نبحث عن وجود غش من المستفيد يمنع البنك من الوفاء إلا إذا كنا بصدد خطاب ضمان صحيح ساري المفعول. في هذه الحالة يمكننا أن ننظر في غش المستفيد، وهل يكون مانعاً من الوفاء أم لا؟ أما إذا كان سبب امتناع البنك عن الوفاء قائماً على أسباب موضوعية غير الغش، كالضمان الباطل لعيب فيه أو

Cass.Com 23-10-1990, D.1991,N.23,P.197

(١٣٩)

[د. حمدي محمد مصطفى]

لمخالفته للنظام العام^(١٤٠)، فالحق لا يكون موجوداً أصلاً، أو أن الضمان قد انتهت مدته أو لم يبدأ سريانه بعد. ففي هذه الأمثلة لا يوصف طلب المستفيد بالغش؛ لأن المستفيد ليس له حق حتى يقال: إنه تعسف في طلبه أو طلبه غشاً منه، فالحق - في أساسه - غير موجود.

الشرط الثاني: وضوح الغش:

لا يكفي للقول بوجود الغش من جانب المستفيد مجرد ادعائه من قبل العميل، فالغش لا يفترض^(١٤١)، بل يلزم أن يكون غش المستفيد واضحاً وضوحاً لا يقبل الشك ولا يحتمل مجرد التحقيق فيه من قبل المحكمة، بأن يكون ظاهراً وبيناً لكل ذي عينين. فالظروف والملابسات لا بد وأن تقطع بالغش الواضح البائن، بأن لا يكون مجرد وهم أو اعتقاد من العميل الأمر^(١٤٢). فيجب أن يكون الغش المانع على حد تعبير الفقيه Vasseur (أن يكون واضحاً بحيث يفقأ العينين). وهو ما أكدت عليه المادة ١٩ من القواعد الدولية بقولها: (إذا كان من البين الواضح).

وبالتالي فإن مجرد الادعاء بوجود الغش - من قبل العميل الأمر - دون أدلة قوية وبراهين ساطعة، لا يكفي لامتناع البنك عن الوفاء للمستفيد إذا طلب الأخير

(١٤٠) د. علي جمال الدين خطابات الضمان المصرفية مصدر سابق ص ٣٥٣.
(١٤١) تنص المادة ٣/٩٦٥ مدني مصري على أن (حسن النية يفترض دائماً ما لم يقيم الدليل على العكس)، وهو ما نصت عليه المادة ٢٢٦٨ مدني فرنسي. وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في أكثر من حكم لها (إذا لم يثبت المضرور الغش وبنى قوله على مجرد الافتراض والتخمين، ولم يدعم ذلك بوقائع معينة تؤدي إلى إثبات العلم الواقعي، فإن الحكم يكون قاصراً). طعن رقم ٩٠٣ بتاريخ ٢٧-٥-٢٠٠١ لسنة ٧٠ ق مجموعة القواعد والمبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض من سنة ١٩٩٩ إلى سنة ٢٠٠١ ص ٢٠٦، طعن رقم ٢١٨ بتاريخ ١٥-١٢-١٩٥٥ المجموعة س ٦ ص ١٥٨٢، طعن رقم ١٢٦ بتاريخ ٢٢-٠٢-١٩٥٤ المجموعة س ٥ ص ٣٦٦.
(١٤٢) Vasseur, D.1986 P.165.

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسفال ١٩٩٥]

تسييل الضمان.

ولا شك أن اشتراط وضوح الغش إلى هذه الدرجة يتماشى مع طبيعة الضمان المقرر في هذا النوع من الضمانات المصرفية حتى لا تفقد مصداقيتها التي يوفرها الإقرار باستقلالها، وهو ما أكده البعض^(١٤٣) بقوله: (لقد علق القضاء أعمال الاستثناء الوارد على هذا الاستقلال، على توافر شروط يصعب كثيراً تحققها، حيث استلزم لإبداء الغش وجود أدلة بائنة للعيان ودامغة لأول وهلة، يتضح منها دون أدنى شك ودون حاجة إلى إجراء تحقيق إضافي).

واشتراط وضوح الغش بهذه الدرجة هو ما يميز الدفع والاحتجاج به في مجال خطابات الضمان المصرفية، وهو بذلك يختلف عن التمسك بالغش من المظهر إليه الحامل في الورقة التجارية^(١٤٤).

ويقتضي كون الغش واضحاً في مجال خطابات الضمان، أن لا نسمح للعميل الأمر أو للضامن بإثبات غش المستفيد بالرجوع إلى عقد الأساس وإلا ضاع استقلال خطاب الضمان^(١٤٥)، والعبرة بالشخص المطالب بالوفاء أي المستفيد

(١٤٣) د. أمية حسن علوان الضمان المصرفي لدى الطلب على ضوء القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية ١٩٩٢ ص ٤

(١٤٤) راجع في قاعدة تطهير الدفع في الأوراق التجارية أستاذنا الدكتور. ثروت عبد الرحيم القانون التجاري مصدر سابق ص ٤٣ وما بعدها.

(١٤٥) قد تؤدي بعض المشكلات السياسية بين الدول الأطراف في النزاع المتعلق بالضمانات المصرفية إلى جعل التمسك بمبدأ الاستقلال أمراً نظرياً فقط. ففي قضية تمثلت وقائعها في أن الضمان في خطاب ضمان لأول طلب قد أصبح مستفيداً في اعتماد مستندي لتغطية قيامه بدفع قيمة الضمان. بالفعل قام الضامن، ثم قام بالتقدم بطلب صرف الاعتماد المستندي باعتباره مستفيداً، وتقدم بالمستندات المطلوبة وهي شهادة تنفيذ قيامه بدفع الضمان. اعترض العميل الأمر في الاعتماد المستندي دافعاً بأن طلب المستفيد لصرف الاعتماد مشوب بالغش. استجابت المحكمة لطلب العميل الأمر، وقضت بمنع الوفاء، بناء على بحوث مستفيضة في عقد الأساس، رغم ما رددته المحكمة من احترام استقلال الاعتماد المستندي عن عقد الأساس. ويفسر البعض هذا التناقض بأنه محصلة

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

وجود الغش يجب أن يكون في حدود ضيقة، وإلا فالتوسع فيه يضعف الضمانة إلى حد كبير.

هل وضوح الغش في أحد الضمانين يمنع من الوفاء بالآخر؟

نفترض في هذه الحالة أن ضمانين قد صدرا من عميل أمر لصالح مستفيد واحد، وليكن -مثلاً- أحدهما لضمان حسن التنفيذ، والآخر لاسترداد الدفعة المقدمة، وهنا يثور تساؤل عن تأثير الغش الجلي في أحد الضمانين على الآخر؟ وقبل الإجابة عن هذا التساؤل نؤكد ما ذكرناه آنفاً من أن البنك لا يستطيع الامتناع عن الوفاء إلا إذا كان الغش واضحاً جلياً ودون الرجوع لعقد الأساس، ولكن نظراً لاستقلال كل ضمان عن الآخر، وبالرغم من وضوح الغش من المستفيد في أحد الضمانين، إلا أن ذلك لا يعني أن يأخذ البنك الأمور بمجملها ليقطع بالغش في الضمانين ليمتتع عن الوفاء بهما^(١٥١)، ولكن عليه أن يمتنع عن الدفع -فقط- بالنسبة للضمان الذي وضح فيه الغش دون الآخر^(١٥٢).

الشرط الثالث: صدور الغش ممن يحتج به عليه:

الأحكام التي تعرضت للغش في خطاب الضمان لم تشر إلا إلى الغش الصادر من المستفيد نفسه دون غيره، ولعل ذلك مرده إلى ندرة صدور الغش من غير المستفيد في مجال خطابات الضمان المصرفية، لكن إذا كانت الأحكام قد أكدت على امتناع البنك عن الوفاء في حالة صدور الغش من المستفيد. فإنه لو افترضنا-

(١٥١) د. خليل فيكتور مصدر سابق ص ٤٩٤.

Cass.Com.23-10-1990 D.1991, OP.Cit. P.197.

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

يؤدي إلى امتناع البنك عن الوفاء، سواء صدر الغش من المستفيد نفسه أو من الغير. ومن جانبنا نؤيد رأي غالب الفقه نظراً لأن هذا الحل هو ما يتناسب مع نظام خطاب الضمان على الأخص في مجال التجارة الدولية، إذ إن الغش هو عدم أحقية المستفيد وانعدام كل حق له في طلب الوفاء أيّاً كان سببه، والقول بغير ذلك يدخلنا في مجال البحث عن يتحمل بالوفاء؟ هل يتحملة البنك الذي علم بالغش؟ أم العميل؟ نظراً لأن الغش لم يصدر من المستفيد نفسه. وبناء عليه، فالبنك ملزم بعدم الوفاء للمستفيد في حالة صدور غش سواء كان صادراً من المستفيد نفسه أم من الغير.

المبحث الثاني**أثر الغش على التزام البنك في خطاب الضمان
ووسائل حماية العميل الأمر من غش المستفيد****تمهيد:**

نعرض في هذا المبحث لأثر الغش أو التعسف على التزام البنك في خطاب الضمان والتدابير القضائية المتاحة لحماية العميل الأمر من غش المستفيد طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥، وهذا يقتضي منا أن نتعرض لطبيعة التزام البنك في خطاب الضمان مطلب الأول، ثم نبين أثر الغش على التزام البنك في رأي الفقه والقضاء مطلب ثان، وأخيراً نبين وسائل حماية العميل الأمر من غش المستفيد طبقاً للاتفاقية الدولية مطلب ثالث.

المطلب الأول طبيعة التزام البنك في خطاب الضمان والنتائج المترتبة عليه

بالرغم أن البنك يصدر خطاب الضمان بناء على أمر من العميل الأمر الذي يرتبط مع المستفيد من الخطاب بعلاقة قانونية ما (عقد الأساس)، إلا أن التزام البنك تجاه المستفيد التزام مستقل autonome عن علاقة البنك بالعميل (عقد فتح الاعتماد بالخطاب)، كما أنه مستقل عن علاقة العميل الأمر بالمستفيد. فلا يستطيع البنك أن يحتج في مواجهة المستفيد بالدفع الناشئة عن علاقة الأخير بالعميل الأمر ولابد الدفع الناشئة عن علاقة الأخير بالبنك.

فالمقصود -إذاً- من استقلال التزام البنك في خطاب الضمان: أن يكون التزام البنك بمنأى عن العلاقات الأخرى التي تحيط به، سواء منها ما ورد في عقد الأساس أو ما ورد في عقد الاعتماد بفتح الخطاب. فهو التزام قطعي وأصيل ولا يكون في مقدور البنك أن يمتنع عن الوفاء فيه مستنداً إلى دفع في علاقة من العلاقات القانونية المحيطة به.

ويترتب على هذا أنه إذا فرض وكانت إرادة العميل مشوبة بعيب من عيوب الإرادة، أو أبطل عقد الأساس الذي بسببه صدر الخطاب أو لم يقدم العميل للبنك الغطاء النقدي المتفق عليه لإصدار الخطاب، فلا أثر لكل ذلك على التزام البنك تجاه المستفيد، نظراً لاستقلال هذا الالتزام وعدم تبعيته لأي علاقة من العلاقات الأخرى المرتبطة به.

[الغش من المستفيد في خطابات لضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

هذا الاستقلال في التزام البنك هو أهم ما يميز خطاب الضمان عن غيره من الضمانات المصرفية^(١٥٧)، وهو ما أكدت عليه العديد من التشريعات الوطنية والقواعد الدولية، بالإضافة إلى فقهاء القانون في تعريفهم لخطاب الضمان كما أكد عليه القضاء في العديد من أحكامه.

أولاً: التأكيد على استقلال التزام البنك في التشريع والقواعد الدولية:

ففي التشريع نصت المادة ٣٥٨ من القانون التجاري المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه (لا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالأمر أو إلى علاقة الأمر بالمستفيد)^(١٥٨). وهو أيضاً ما أكدته المادة الثانية من الاتفاقية الدولية (لأغراض هذه الاتفاقية، يمثل التعهد التزاماً مستقلاً، يعرف في الممارسة الدولية بأنه كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن، مقدماً من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر بأن يدفع للمستفيد مبلغاً معيناً أو قابلاً للتعيين، لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مطالبة مشفوعة بمستندات أخرى، حسب أحكام التعهد وأي من شروطه المستندية، تبين أو يستدل منها استحقاق السداد بسبب تقصير في أداء التزام ما، أو بسبب حدث طارئ آخر، أو سداداً لمال مقترض أو مستلف، أو سداداً لأي دين مستحق السداد واقع على الأصل).

(١٥٧) باستثناء التزام البنك في الاعتماد المستندي، حيث يكون التزام البنك تجاه المستفيد من الاعتماد التزاماً أصيلاً ومستقلاً كما هو الحال في خطاب الضمان.

(١٥٨) كما أكد على نفس المبدأ المادة ١٧/٤١ من قانون المعاملات الاتحادي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ لدولة الإمارات العربية المتحدة، وكذلك المادة ٤٦١ من مشروع قانون التجارة الموحد لمجلس التعاون الخليجي، أبرزت- كذلك- تعريفات فقهاء القانون استقلالية التزام البنك في تعريفهم لخطاب الضمان.

[الغش من المستفيد في خطابات لضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسفال ١٩٩٥]

ففي مصر قضت محكمة النقض بأن (علاقة خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان، ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به)^(١٦٣)، كما قضت محكمة تمييز دبي بدولة الإمارات العربية المتحدة بأن (التزام المصرف في خطاب الضمان مستقل عن التزام المدين المضمون، واستقلال التزام المصرف مصدر الضمان يعني انفصاله عن كل علاقة أخرى غير علاقة المصرف بالمستفيد)^(١٦٤).

وفي فرنسا حكمت محكمة النقض الفرنسية باستقلال التزام البنك في خطاب الضمان مما يمتنع على البنك الاستناد إلى الدفع التي يستطيع الأمر أن يحتج بها على المستفيد والناشئة عن عقد الأساس.^(١٦٥) وقد أبرزت محكمة فرساي Versailles في حكم لها أن الفارق الجوهرى بين خطاب الضمان والكفالة

(١٦٣) طعن رقم ٣٥/٢٩٤ ق بتاريخ ٢٧-٥-١٩٦٩ لسنة ٢٠ مجموعة أحكام النقض الدائرة المدنية ج ٢ ص ٨١١، انظر كذلك الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٨ ق بتاريخ ١٢-٤-١٩٨٢ س ٣٣ مجموعة أحكام النقض الدائرة المدنية ج ١ ص ٣٩٥، والطعن رقم ٣٧٠ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٤-٥-١٩٦٤ س ١٥ الدائرة المدنية ج ٢ ص ٦٩١، كذلك الطعن رقم ٤١٤ لسنة ٢١ ق بتاريخ ١٥-٤-١٩٥٤ مجموعة د. أحمد حسني ص ٢١٩.

(١٦٤) طعن رقم ١٤٨ بتاريخ ٠٩-٣-١٩٩١ مجلة القضاء والتشريع أحكام تمييز دبي العدد الثاني يناير ١٩٩٣ ص ١٧٥، انظر كذلك حكم المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة طعن رقم ٥٧ بتاريخ ١٣-٧-١٩٩٣ مجموعة أحكام المحكمة الاتحادية العليا الدائرة المدنية والتجارية المكتب الفني بالتعاون مع كلية الشريعة والقانون بالإمارات ط ١٥ س ١٩٩٥ العدد الثاني ص ١١٩٧-١١٩٨، وانظر كذلك أحكام في القضاء البريطاني والهولندي والألماني والسويسري تؤكد على استقلالية التزام البنك في خطاب الضمان راجع هذه الأحكام في مخاطر الائتمان في البنوك التجارية د. حياة شحاتة مكتبة الأنجلو المصرية القاهرة ١٩٩٠ ص ٣٢٢، ٣٢٣، ٣٢٤.

Cass.Com 20-12-1982, D.1983, P.365. note Vasseur.

(١٦٥)

[الغش من المستفيد في خطابات لضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسفال ١٩٩٥]

وفي أحكام القضاء وفي القواعد الدولية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس ١٩٩٢^(١٦٩) ما يدل على جواز تضمين الخطاب شروطاً يتوقف الوفاء بالخطاب على تحققها، فقد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية أن (من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا أصدر البنك خطاب ضمان لكفالة عميله، فإن علاقة البنك بالمستفيد يحكمها هذا الخطاب وحده، وعباراته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها، حتى إذا ما طُلب بالوفاء في أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت إليه المستندات المحددة في الخطاب، وجب عليه الدفع فوراً، بحيث لا يلتزم إلا في حدود تلك الشروط أو يعتد بغير هذه المستندات)^(١٧٠).

وأرى أن التزام البنك في خطاب الضمان التزام نهائي ومجرد، فلا يجوز أن يرتبط بشرط من أي نوع؛ لأن ارتباط التزام البنك بشرط - ما - يعني عدم قدرة البنك على الوفاء إلا بتحقيق الشرط، حتى لو تمثل الشرط في تقديم مستندات لا يكون على البنك واجب التأكد من صحتها. فارتباط التزام البنك بشرط لا يعني إلا النيل من التزام البنك القطعي والمجرد، ولذلك نؤيد بعض الفقه^(١٧١) حين أكد - في

(١٦٩) نصت المادة ٢/ب من القواعد الدولية على أن (الضمانات بطبيعتها عمليات منفصلة عن العقد أو العقود أو شروط المناقصات التي تكون أساساً لها، والضامنون ليست لهم بأي شكل شأن أو يلتزمون بهذا العقد أو العقود أو شروط المناقصات بالرغم من وجود إشارة إليها في الضمان. ويلزم 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 الأولى - مطابقة لنصوص الضمان).

(١٧٠) طعن رقم ١٥٩ لسنة ٤٦ ق بتاريخ ١١-٠٢-١٩٨٠-١٩٨٠ الدائرة المدنية س ٣١ ج ١ ص ٤٧٠، طعن رقم ١٣٤٢ لسنة ٤٩ ق بتاريخ ٢٢-١٢-١٩٨٠ مجموعة النقض الدائرة المدنية ج ٢ س ٣١ ص ٢٠٩٧، انظر كذلك الطعن رقم ١٤٨ جلسة ٠٩-٣-١٩٩١-١٩٩١ تمهيد دبي سابق Cass.Com.19-02-1991, D.1991 N.249.

(١٧١) أستاذنا الدكتور ثروت عبد الرحيم المطول مصدر سابق ص ٩٧٠.

[الغش من المستفيد في خطابات لضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسفال ١٩٩٥]

أولاً : عدم احتجاج البنك بالدفوع التي للعميل في مواجهة المستفيد:

يحكم العلاقة بين العميل والمستفيد عقد الأساس الذي كان سبباً في طلب العميل من البنك فتح خطاب الضمان، ومع هذا فإن هذا العقد يعتبر مستقلاً تماماً عن الخطاب.

وبالتالي وطبقاً لمبدأ استقلال التزام البنك في خطاب الضمان، فإن البنك لا يستطيع أن يحتج -في مواجهة المستفيد- بالدفوع الناشئة عن هذا العقد بغية الامتناع عن الوفاء، فالبنك غريب عن هذا العقد والتزامه في خطاب الضمان التزام شخصي ومستقل عن علاقة العميل بالمستفيد. فعبارة خطاب الضمان وحدها هي التي تحكم العلاقة بين البنك والمستفيد^(١٧٥). فليس للبنك أن يدفع في مواجهة المستفيد بالمقاصة بين مبلغ الخطاب ودين له على العميل الأمر^(١٧٦).

وقد أكد القضاء^(١٧٧) هذه النتيجة حيث قضي بأن (على المدين -عميل البنك- أن يبدأ هو بالشكوى إلى القضاء إذا قدر أنه غير مدين أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد من البنك)^(١٧٨). كما قضي بأن (الضمان المقابل يعتبر ضماناً

- (١٧٥) المحكمة الإدارية العليا القضية رقم ٨٩٧ بتاريخ ٢٠-٧-١٩٦٣ منشور بمجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات ص ١١٠٦.
- (١٧٦) د.سميحة القليوبي الأسس القانونية للعمليات المصرفية مصدر سابق ص ١٥٥.
- (١٧٧) طعن رقم ٧٣٠٤ بتاريخ ٢٧-٦-١٩٩٤ س ٦٣ ق مجموعة الأحكام ١١٢٥، طعن رقم ٢٩٤ لسنة ٣٥ ق بتاريخ ٢٧-٥-١٩٦٩ الدائرة المدنية س ٢٠ ج ٢ ص ٨١١.
- (١٧٨) ١٩٨٥-٣ حيث قضي بأن: (علاقة المصرف بالمستفيد في خطاب الضمان منفصلة عن علاقته بالعميل، إذ يلتزم المصرف التزاماً باتاً بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره.....ومن ثم فإن هذا الالتزام لا يكون مرتبطاً بالتزامات العميل مع المستفيد بخطاب الضمان، ولا يتأثر بالمنازعات الناشئة عن تنفيذ هذه الالتزامات. وينبغي على ذلك أنه لا يجوز للمصرف أن يدفع في مواجهة المستفيد بأي دفع ناشئ عن علاقته بالعميل أو عن علاقة العميل بالمستفيد).

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

وقد ذهب البعض^(١٨١) من أنصار هذا الرأي إلى أن واجب البنك في إخطار العميل لا يعني أن من حق العميل أن يعارض في الوفاء بقيمة الخطاب، وإنما قد يقوم العميل بتنفيذ جميع التزاماته قبل المستفيد، ويثبت ذلك بإخلاء طرف أو إبراء أو مخالصة صادرة من المستفيد إلى العميل وتحت يد الأخير، فلا حاجة إذن بالبنك إلى دفع قيمة الخطاب. ونرى مع بعض الفقه^(١٨٢) أن الخطأ في هذه الحالة الأخيرة ليس خطأ البنك في عدم الإخطار، وإنما خطأ العميل الذي وجد تحت يده مثل هذا المكتوب ولم يبادر إلى تسوية معاملاته مع البنك، فهو عميل مهمل في تسوية أمره المالية، ولا يتحمل البنك نتيجة إهماله.

وقد جرى العمل المصرفي في دولة الإمارات العربية المتحدة على أن يقوم المصرف بإخطار العميل برغبة المستفيد صرف قيمة خطاب الضمان دون أن يكون لهذا الإخطار أثر على التزام المصرف بصرف قيمة الخطاب^(١٨٣).

ولا يوجد في قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ ما يوجب على البنك إخطار العميل قبل الوفاء للمستفيد، لكن في نصوص القواعد الدولية نجد المادة ١٧ تنص على أنه (دون إخلال بالشروط الواردة بالمادة (١٠) فإنه في حالة المطالبة-أي من المستفيد بقيمة الخطاب-يجب على الضامن بدون تأخير إخطار الأصيل أو الطرف المصدر للتعليمات، وفي هذه الحالة على الطرف المصدر للتعليمات إخطار الأصيل).

(١٨١) د.محمود سمير الشراوي القانون التجاري مصدر سابق ص ٥٧٠.
 (١٨٢) د.رضا عبيد القانون التجاري مصدر سابق ص ٦٥٠ فقرة ٦٩١.
 (١٨٣) د.عبد الله حسن العمليات المصرفية في قانون وقضاء دولة الإمارات العربية المتحدة ط ١ مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة ٢٠٠١ ص ٢١٦.

[الغش من المستفيد في خطابات لضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسفال ١٩٩٥]

Stoufflet إلى القول: (إن العملاء الذين يعترضون على سلوك البنوك عندما تفي بقيمة الضمانات دون الرجوع إليهم، إنما يدل على عدم تفهمهم لطبيعة وآليات هذه الضمانة المصرفية).

وعلى ذلك وكنتيجة لمبدأ استقلال التزام البنك في خطاب الضمان فإن البنك غير ملزم بإبلاغ العميل عند الوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد. وإذا حدث وقام البنك بإخطار العميل فإن ذلك لا يخل بالأصل العام في خطاب الضمان، وهو عدم التزام البنك بالإخطار؛ لأن المقصود أصلاً بالإخطار هو مطالبة البنك للعميل بمستحققاته إذا تم الوفاء بقيمة الخطاب، تماماً كما إخطاره العميل بهذه المستحقات إذا انقضت مدة الخطاب ولم يطالب المستفيد بقيمته^(١٩٠). وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه في حكمها الذي قضت فيه بأن (البنك في التزامه بخطاب الضمان إنما يلتزم بصفته أصيلاً قبل المستفيد، لا بوصف كونه نائباً عن عميله، فإذا قام البنك بصرف مبلغ الضمان للمستفيد، فإنه ليس للعميل أن يتحدى بوجوب إعداره هو قبل صرف مبلغ التعويض المبين في الخطاب)^(١٩١).

ثالثاً: التزام البنك بالدفع عند المطالبة مع معارضة العميل:

لا معنى لاستقلال التزام البنك في خطاب الضمان إلا أنه متى طلب منه المستفيد تسهيل خطاب الضمان، فإنه ملزم بالوفاء دون التفات إلى ما يبديه العميل

(١٩٠) د.رضا عبيد القانون التجاري مصدر سابق ص ٦٥٠.
(١٩١) طعن رقم ٣٧٠ بتاريخ ١٤-٥-١٩٦٤ المجموعة س١٥ ص ٦٩١ سابق، كما قضت محكمة تمييز دبي بالإمارات أنه (إذا تم تقديم المطالبة للمصرف مصدر الخطاب خلال مدة سريلانه والمستندات المطلوبة، فإنه يتعين على المصرف دفع مبلغ الخطاب للمستفيد دون الرجوع لصاحب الحساب المضمون) طعن رقم ١٤٨ بتاريخ ٠٩-٣-١٩٩١ سابق، راجع أيضاً حكم لمحكمة التمييز الأردنية مجلة نقابة المحامين العدد ٩ س ٤٥ أيلول ١٩٩٧ ص ٣٤٢٦ مشار إليه في عبد الله حسن مصدر سابق ص ٢١٨.

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

أصول الشريعة، ولا تتعارض مع قاعدة من قواعد الفقه الإسلامي، بل إن الشريعة الإسلامية توجب على البنك أن يوفي بما التزم به، تنفيذاً للالتزام الذي قطعه على نفسه في خطاب الضمان (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)^(١٩٧). فالشريعة الإسلامية تنظر إلى حق المستفيد في الخطاب على أنه واجب الأداء ولا يجوز للبنك أن يتكبر له، فهو حق من حقوق العباد التي لا تهاون فيها، ومن كان عليه حق أو دين لآخر وجب عليه أن يسارع بأدائه دون تسويق أو تباطؤ^(١٩٨).

المطلب الثاني

أثر الغش أو التعسف على استقلال التزام البنك

تمهيد:

عرفنا أن التزام البنك في هذا النوع من الضمانات هو التزام مستقل عن مجموع الروابط العقدية الأخرى المرتبطة بالضمانة، وأنه يترتب على هذه الاستقلالية فورية الدفع وبمجرد الطلب من المستفيد، وأن البنك ليس له الامتناع عن الوفاء بالاستناد إلى دفع مستمدة من عقد الأساس، لكن هل يعني هذا الاستقلال أن يغمض البنك عينيه عن غش المستفيد أو تعسفه عند طلب تسهيل الضمان؟ أم أن استقلال التزام البنك بضمانة مقررة لصالح المستفيد تفسد بسبب غشه أو تعسفه، فيصبح من حق البنك أن يدفع في مواجهة المستفيد بالغش أو التعسف في الطلب ليمتنع عن الوفاء؟

(١٩٧) المائدة آية رقم (١).
(١٩٨) د. سليمان رمضان النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية مصدر سابق ص ٢٤٤.

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

المحاكم باتت مقتنعة بأن آلية الضمانة تشكل دم التجارة الخارجية ولحمها، وفي حالة الغش الفاضح -فقط- تتقبل المحاكم المراجعات؛ لأنها بحسب نص الاتفاق لا تكون معنية أصلاً بالنزاعات بين الأمر والمستفيد، وليس للمصدرين أن يعولوا على تدخل المحاكم في أي بلد كان إلا في الحالات التالية:

١. عندما يكون طلب الضمانة مخالفاً للشروط الواردة في سندها.

٢. عندما يكون الطلب تعسفياً أو مستنداً إلى غش فاضح^(٢٠١).

في الفقه السويسري:

يذهب الأستاذ جيرجون دوهم^(٢٠٢) Doham إلى وجوب الأخذ بالغش عندما يكون أثره مباشراً على التنفيذ، ويكون طلب الضمانة مغايراً لحسن النية بشكل فاضح كلما كان المستفيد لا يتمتع بأي حق تجاه العميل الأمر، ويرى أن حسن تنفيذ العميل لالتزاماته يكون ظاهراً للعيان عندما يحصل على إفادة من المستفيد بأنه نفذ جميع التزاماته على الوجه الأكمل قبل طلب الضمانة.

في الفقه المصري:

يؤكد الدكتور/ علي جمال الدين على استقلالية التزام البنك في خطابات الضمان المصرفية، وأن البنك تجاه واجبه بتسييل الخطاب، عند طلبه من المستفيد، غير معني بما يثور من دفع بين هذا الأخير والعميل الأمر، ويقرر أنه (لا يستثنى من هذا الاستقلال-أي استقلال التزام البنك في خطاب الضمان-إلا حالة الغش أو التعسف الظاهر التي تستبعد استقلال العلاقات، وتدمجها في بعضها بحيث تجيز

Vasseur(Michel) Droit et Economie Bancaire, OP.Cit. P.650.

Doham Jurgeor, Les garanties bancaires dans la commerce internationale, OP. Cit.P.261.

(٢٠١)
(٢٠٢)

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

ونذهب إلى ما ذهب إليه البعض^(٢٠٦) من ضرورة وجود مراقبة دقيقة من جانب القضاء لإعمال هذا الاستثناء-سواء من حيث شروطه أو من جانب مدى ثبوته- حتى لا يصبح سبباً لحصول المستفيدين سيئ النية على ماليس لهم، كذلك حتى لا يكون الادعاء بوجود الغش أداة سهلة من جانب العملاء الأمرين لسد الطريق أمام المستفيدين في سبيل الحصول على قيمة الضمان. لذلك نذهب مع بعض الفقه الأجنبي^(٢٠٧) بأن لمحكمة النقض حق الإشراف على تكييف مسألة الغش ومدى ثبوتها من عدمه.

ثانياً: أحكام القضاء في أثر الغش على استقلال التزام البنك:

أما عن أحكام القضاء فيما يتعلق بأثر الغش على استقلال التزام البنك، فإن القضاء العربي عموماً تندر فيه الأحكام التي تقرر بشكل صريح ومباشر أثر الغش على استقلال التزام البنك في خطاب الضمان، حتى إن بعض الفقه^(٢٠٨) يقرر أنه لم يصدر حكم نقض مصري حتى الآن في شأن أثر الغش على مبدأ استقلال التزام البنك سواء في الاعتماد المستندي أو في خطاب الضمان المصرفي، ويرجع هذا الفقه السبب في ذلك إلى عدم وجود نص تشريعي صريح قاطع يجيز للبنك الالتجاء للقضاء المستعجل لتجميد التزامه في مواجهة المستفيد.

ومع تسليمنا بما ذهب إليه هذا الفقه، إلا أن هذا لا يعني عدم تسليم القضاء المصري بأثر الغش على استقلال التزام البنك في خطاب الضمان.

(٢٠٦) د.خليل فيكتور مصدر سابق ص٤٦٦.
 (٢٠٧) Dominique Legais, sûretés et Garanties du crédit, P.253.
 (٢٠٨) د.سميحة القليوبي المنظمات الدولية مصدر سابق ص٧٦ وما بعدها.

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

١- في القضاء المصري:

حكم محكمة استئناف القاهرة^(٢١٠) بتاريخ ٢-١-٢٠٠٢:

تتلخص وقائع هذا الحكم في أن العميل الأمر قد تقدم إلى رئيس محكمة استئناف القاهرة بصفته قاضياً للأمر الوقتية لاستصدار أمر على عريضة بوقف صرف قيمة خطاب الضمان الصادر من البنك المتظلم ضده لحين الفصل في النزاع على غرفة التجارة الدولية، حيث إن الشركة المتظلمة (المستفيد) حاولت تسييل خطاب الضمان بطريق الغش، مما حدا بالشركة المتظلم ضدها (العميل الأمر) إلى التقدم بطلبها لاستصدار أمر على عريضة بوقف صرف قيمة الخطاب إعمالاً لحكم المادة ١٤ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

وبالفعل أصدر المستشار رئيس المحكمة الأمر رقم ٧٣ لسنة ١١٨ قضائية بتاريخ ٥-٧-٢٠٠١ بوقف تسييل الخطاب المشار إليه سابقاً لحين الفصل في التحكيم المعروض على غرفة التجارة الدولية بباريس.

وعلى الرغم أن محكمة الاستئناف ألغت هذا الأمر عندما تظلم منه المستفيد، إلا أن إلغائها له لم يكن على أساس عدم تأثير الغش على استقلالية التزام البنك، وإنما كما جاء في حكم المحكمة على أساس (أنه لا محل للاعتصام بحق المحكمة في اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية استناداً إلى نص المادة ١٤ من قانون التحكيم؛ لأن سلطة هذه المحكمة مرهونة إعمالاً بوجود نص قانوني يجيز اتخاذ التدابير المذكورة في صورة أمر على عريضة، وإذ لم يرد نص في القانون يتيح وقف

(٢١٠) مشار إليه في حاتم عبد الرحمن الضمانات المصرفية المستقلة مصدر سابق ص ٣٧٦.

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

قانون المعاملات التجارية الإماراتي للمحكمة في حالات استثنائية^(٢١٢) الحجز على مبلغ الضمان، بناء على طلب العميل الأمر.

وقد اعتبرت محكمة استئناف أبوظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة أن التعسف أو الغش من المستفيد من الحالات الاستثنائية الواردة بالفقرة الثانية من المادة ٤١٧ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي، والتي تجيز للمحكمة وقف تسجيل الخطاب، فقد قضت بأنه (إذا ثار نزاع بين العميل والمستفيد حول مدى تنفيذ عقد الأساس، وخشي العميل أن يطالب المستفيد المصرف بقيمة خطاب الضمان، فليس له أن يطلب توقيع الحجز التحفظي على خطاب الضمان أو إيداعه خزينة المحكمة أو إيقاف صرف قيمته حتى يفصل في النزاع بينه وبين المستفيد، لما ينطوي عليه ذلك من تعطيل لوظيفة خطابات الضمان، وهي حلولها محل النقود وإهدار للطمانينة المستمدة منها كوسيلة من وسائل الائتمان. لا تستثنى من ذلك سوى حالة واحدة قد تتأذى فيها العدالة، وهي أن يتبين للمحكمة بما لا يتطرق إليه أدنى شك أن للعميل حقاً مؤكداً قبل المستفيد. وهو استثناء لا يجوز التوسع فيه، ويتعين أن يقوم على أسباب جدية)^(٢١٣). فالمحكمة صرحت بصورة مباشرة باستثناء

(٢١٢) نصت المادة ٤١٧ تجاري إماراتي على أنه (١- لا يجوز للمصرف أن يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالأمر أو علاقة الأمر بالمستفيد. ٢- وفي حالات استثنائية يجوز للمحكمة بناء على طلب الأمر الحجز على مبلغ الضمان لدى المصرف، شريطة أن يستند الأمر في ادعائه إلى أسباب جدية وأكيدة).

(٢١٣) استئناف رقم ٦٥٩ لسنة ١٩٩٤ بتاريخ ٢٩-٢-١٩٩٤ مشار إليه بكتاب الدكتور عبدالله حسن مصدر سابق ص ٢١٦ وما بعدها، كما أقرت هيئة تسوية المنازعات بالسعودية بقرارها رقم ١٤٠٢/٤٢هـ بتاريخ ١٥/١/٢٠٠٠ بأثر الغش على استقلال التزام البنك بقولها (من المستقر عليه أن خطاب الضمان ينشأ التزاماً أصلياً ومباشراً في العلاقة بين البنك والمستفيد، وهو التزام مستقل عن علاقة الأمر والبنك من ناحية، وعلاقة الأمر بالمستفيد من ناحية أخرى. ولذلك فإن البنك يلتزم بالاستجابة إلى طلب التسجيل الذي قدم خلال الميعاد طالما لا يوجد غش وتحايل من جانب المستفيد)..

[د. حمدي محمد مصطفى]

الغش أو التعسف من مبدأ استقلال التزام البنك في خطاب الضمان، وعبرت عنهما بتأذي العدالة، وحددتها بأنها الحالة التي يتبين فيها للمحكمة بما لا يتطرق إليه الشك أن للعميل حقاً مؤكداً قبل المستفيد.

٣- في قضاء دولة الكويت^(٢١٤)

قضت محكمة التمييز بالكويت بأنه (لما كان البين من خطاب الضمان محل النزاع أن البنك أصدره تأميناً للدفعة المقدمة والمسددة عن مقابلة إنشاء مستشفى، وأن هذا الخطاب صدر لمصلحة الشركة المطعون ضدها الأولى (المستفيد) بناء على طلب عميل البنك، وهي مقاول من الباطن وأن البنك الطاعن تعهد في الخطاب بأن يدفع المبلغ الثابت به للمستفيد فور طلبه ودون اعتراض منه أو تأخير، ودون اعتداد بأية معارضة تصدر من العميل الآخر، ومن ثم فإن طلب الشركة المطعون ضدها تسهيل الخطاب الصادر لمصلحتها ليس من خروج عن القرض الذي صدر من أجله، ولا ينطوي على غش). وانتهت المحكمة إلى أنه وإذ ألزم الحكم البنك بمبلغ الضمان على سند من أن التزامه بالوفاء مستقل لا يتأثر بالعلاقة بين الشركتين، فإنه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح. فالمحكمة أقرت في حكمها بما يفيد بأن البنك الضامن لا يمتنع عن طلب تسهيل الضمان إلا إذا كان الطلب منطوياً على غش.

(٢١٤) راجع جريدة القيس الإماراتية على موقعها على الإنترنت بتاريخ ١٦-٩-٢٠٠٨
WWW.alqabas.com.KW/Article.aspx?id

٤- القضاء في فرنسا:

فإن القضاء الفرنسي غني بالأحكام المؤكدة- مباشرة وصروحة-على تعطيل الغش لمبدأ استقلال البنك^(٢١٥)، سواء كان في قضاء النقض أو في قضاء الاستئناف.

ففي حكم لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٠-١٢-١٩٨٥ قضت بأن(الدفع بالغش الظاهر بمعناه الدقيق-الطرق الاحتمالية-يمكن التمسك به، وأن الغش يعطل مبدأ استقلال الضمان والضمان المقابل)^(٢١٦). وفي حكم آخر لها بتاريخ ١٠-٦-١٩٨٦ قضت بأنه(إذا كان خطاب الضمان مستقلاً بالنظر إلى عقد الأساس، فإن امتناع البنك التمسك بالدفع المستمدة من تنفيذ عقد الأساس يتراجع أمام حالات الغش الواضح)^(٢١٧). وقد نقضت محكمة النقض الفرنسية حكماً لمحكمة استئناف باريس كانت الأخيرة قد أقرت إمكانية طلب وفاء الضمان بالرغم من تعسف ظاهر من المستفيد. فنقضت محكمة النقض هذا الحكم بقولها: (إن المحكمة-باريس-إذ ذهبت هذا الاتجاه وطبقت شروط الضمان المقابل، فإنها تكون قد أقرت التعسف الظاهر وبذلك ناقضت نفسها، ولم تأخذ بنتيجة وجود التعسف وقبلت مع ذلك شروط الضمان)^(٢١٨).

(٢١٥) وإن كانت بعض أحكام النقض الفرنسية وكذلك بعض أحكام استئناف باريس لم تقر هذا الاستثناء في حالة التعسف من المستفيد، معتبرة أن الحكم بوقف بتسييل الخطاب في هذه الحالة اعتداء على مبدأ استقلال التزام البنك في خطاب الضمان. راجع ص ٣٨ من البحث في مبحث الاتجاهات في مفهوم الغش المانع.

Cass.Com.10-12-1985 J.C.P. 1986 V.2, N.20593.

Cass.Com.10-6-1986 Rev.Banque, 1986 N.463.

Cass.Com 20-01-1987, J.C.P. 1987, V.2, P.2076.note Vasseur.

(٢١٦)
(٢١٧)
(٢١٨)

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

المطلب الثالث وسائل حماية العميل الأمر من غش المستفيد طبقاً للقواعد الدولية

تمهيد:

أتناول في هذا المطلب الوسائل القضائية لحماية العميل الأمر من غش المستفيد في خطابات الضمان المصرفية طبقاً للاتفاقية الدولية، ومن الأهمية بمكان أن نشير إلى أن القواعد الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس سنة ١٩٩٢، كما أنها لم تعالج بنصوصها الغش المانع في الضمانات المستقلة، كذلك لم تشر إلى وسائل حماية العميل الأمر من الغش. وبالتالي ستكون دراستنا لهذه الوسائل محصورة أولاً: فيما ورد في اتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥، طبقاً لما ورد في المادتين ١٩، ٢٠ منها، مع الإشارة ثانياً: إلى مدى إمكانية الحجز التحفظي من العميل الأمر على قيمة خطاب الضمان في النظام المصري؟، ثم ثالثاً بيان موقف الفقه الإسلامي من اتخاذ العميل الأمر للتدابير القضائية.

أولاً: التدابير القضائية وفقاً للاتفاقية الدولية:

أجازت الفقرة الثالثة من المادة (١٩) من القواعد الدولية (اليونسسترال) للعميل الأمر اتخاذ تدابير قضائية مؤقتة لحمايته من الطلب المتعسف للمستفيد أو المؤسس على الغش، فنصت على أنه (في الظروف المذكورة في الفقرات الفرعية (أ) و(ب) و(ج) من الفقرة (١) من هذه المادة، يكون للأصيل/الطالب الحق في اتخاذ تدابير قضائية مؤقتة عملاً بالمادة (٢٠).

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسفال ١٩٩٥]

مدى احتفاء العميل الأمر بالقضاء قبل صدور مطالبة من المستفيد؟

نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٠) من القواعد الدولية على أنه: (إذا ورد في التماس من الأصيل/الطالب أو الطرف الأمر ما يدل على قيام احتمال قوي بوجود ظرف من الظروف المشار إليها في الفقرات الفرعية (أ) أو (ب) أو (ج) من الفقرة (١) من المادة (١٩) فيما يتعلق بمطالبة قدمها المستفيد أو يتوقع أن يقدمها، جاز للمحكمة، استناداً إلى ما يتاح فوراً من أدلة قوية:-

أن تصدر أمراً مؤقتاً بأن لا يحصل المستفيد على المبلغ المطالب به، بما في ذلك الأمر بأن يحتفظ الكفيل/المصدر بمبلغ التعهد.

أن تصدر أمراً مؤقتاً بتجميد عائدات التعهد التي دفعت للمستفيد، واطاعة في الاعتبار ما إذا كان من المحتمل أن يعاني الأصيل/الطالب من ضرر جسيم في حالة عدم إصدار مثل هذا الأمر.)

الواضح من صياغة الفقرة السابقة أنه لا يشترط-لاحتفاء العميل بالقضاء-أن تكون هناك مطالبة فعلية قد حدثت من المستفيد لمبلغ الضمانة، وإنما يكفي مجرد ظهور علامات وأمارات حملت العميل على توقع مطالبة المستفيد غير المشروعة، كواقعة تهرب المستفيد من صدور حكم في موضوع النزاع^(٢٢٣). وهو ما حكمت به محكمة استئناف باريس مستعجل بتاريخ ٢٩-٩-١٩٨٨ بأنه (يجوز للقاضي المستعجل أن يأمر بمنع البنك الضامن ضمان مقابل من الوفاء إذا كان هناك خطر الغش من جانب المستفيد)^(٢٢٤).

(٢٢٣) د. على جمال الدين خطابات الضمان المصرفية مصدر سابق ص ٣٦٠.
(٢٢٤) Rev.Banque, 1988, P.1164. Op.Cit.

[الغش من المستفيد في خطابات لضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

العلاقات التجارية التي تربط بينهما؛ لأن سوء النية هذا حتى وإن أمكن اعتباره ظاهراً واضحاً جلياً، إلا إنه لا يمكن البحث عنه إلا في إطار تنفيذ سند الضمان ذاته وليس بعيداً عنه^(٢٢٨).

مدى إمكانية الاحتفاء بالقضاء من غير العميل الأمر^(٢٢٩).

والسؤال الآن هل يقتصر الحق في اتخاذ تلك التدابير القضائية، سواء قبل مطالبة المستفيد أو بعدها، على العميل الأمر فقط؟ أم يجوز للبنك الأصلي في الضمان المقابل اتخاذها في مواجهة البنك المباشر إذا صدر غش أو تواطؤ من هذا الأخير مع المستفيد؟

ذهب بعض الفقه^(٢٣٠) إلى أن الحق في اتخاذ هذه التدابير يقتصر فقط على العميل الأمر دون البنك في الضمان المقابل، مراعاة لخاصية الاستقلال التي تؤمن للمستفيد حقه في طلب السداد، دون توقع حرمانه من ذلك باتخاذ هذه الإجراءات

CA.Rionn, 14-5-1980 D.1981, P.336, note Vasseur.

قد يتصور توقيع الحجز التحفظي من المستفيد على مبلغ الضمان، ففي قضية عرضت على القضاء الأمريكي أودعت شركة Hiram Zeevi وهي شركة إسرائيلية مبالغ بالعملة المحلية في أوغندا لدى بنك Grindlays لصالح Sons J.Zeeni & في صورة اعتماد مستندي، وقد نص في هذا الاعتماد على حق أي بنك في خصم أي كمبيالة مسحوبة في ظل الاعتماد، وله أن يرجع على Citibank بقيمة ما عجله. حدث فيما بعد أن أخطر وزير المالية الأوغندي بنك Grindlays بعدم صرف أي نقد أجنبي لصالح شركات إسرائيلية، وبناء عليه صدر الأمر إلى بنك Grindlays بعدم صرف قيمة الاعتماد المستندي. في هذه الأثناء قام بنك Chemical بخصم قيمة الكمبيالة المسحوبة في ظل الاعتماد المستندي، وتقدم بعد ذلك بالكمبيالة والمستندات للحصول على رد ما دفعه من Citibank وفقاً لنصوص الاعتماد نفسه. رفض Citibank تعويض بنك Chemical عما دفعه في ظل الاعتماد المستندي، ونتيجة لذلك تقدم المستفيد من الاعتماد J.Zeeni بطلب فرض الحجز التحفظي على وديعته المقدمة إلى البنك المصدر Grindlays، قبلت المحكمة توقيع الحجز استناداً إلى أن رفض بنك Grindlays للاعتماد المستندي يعد إخلالاً منه بالعقد مما يصبح معه مسئولاً عن التعويض. راجع هذه القضية في حاتم عبد الرحمن الضمانات المصرفية المستقلة مصدر سابق ص ٣٥١-٣٥٢.

(٢٣٠) د.سميحة القليوبي المنظمات الدولية مصدر سابق ص ١٠٢.

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

متى يمكن للعميل الأمر بالاحتماء بالقضاء طبقاً للمادة (٢٠) من القواعد الدولية:

نصت المادة ٣/٢٠ من القواعد الدولية على أنه (لا يجوز للمحكمة أن تصدر أمراً مؤقتاً من النوع المشار إليه في الفقرة (١) من هذه المادة بناء على أي اعتراض على السداد غير الاعتراضات المشار إليها في الفقرات الفرعية (أ) أو (ب) أو (ج) من الفقرة (١) من المادة (١٩)، أو على استعمال التعهد لغرض إجرامي).

فالفقرة السابقة حددت على سبيل الحصر الحالات التي يمكن فيها اتخاذ التدابير القضائية المنصوص عليها في المادة ٢٠ من القواعد، وهذه الحالات هي:-

أ- حالة تقديم المستفيد لمستند مزور أو قد جرى تزييفه.
ب- حالة ما إذا كان السداد لم يكن مستحقاً على الأساس الوارد في المطالبة والمستندات الداعمة.

ج- حالة ما إذا كانت المطالبة، بحكم نوع التعهد وغرضه، ليس لها أساس يمكن تصوره. والحالات التي لا يمكن أن يتصور فيها أساس للمطالبة سبق لنا التعرض لها عند بياننا لحالات الغش المانع^(٢٣٢).

د- استعمال التعهد لغرض إجرامي، كاستخدام خطاب الضمان لتمويل العمليات غير المشروعة بكافة أشكالها وألوانها. ويرى بعض الفقه أن إضافة الفقرة الأخيرة لها ما يبررها، حيث إن استخدام الضمانة في نشاط إجرامي أمر يتعلق بالنظام العام الدولي الذي يجب محاربه قدر الاستطاعة^(٢٣٣).

(٢٣٢) راجع ص ٤٥ وما بعدها من ذات البحث.
(٢٣٣) د.سميحة القليوبي المنظمات الدولية مصدر سابق ص ١٠٥.

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسفال ١٩٩٥]

التزام البنك في الخطاب، وليس من المعقول أن يجبر الشخص على تقديم كفالة لممارسة حقه.

ثانياً: مدى إمكانية حجز التحفظي على قيمة خطاب الضمان في النظام المصري؟.

لا شك أن للعميل مصلحة كبرى في الحجز على خطاب الضمان. فما هو تأثير هذه الوسيلة في تعطيل صرف قيمة الخطاب للمستفيد في النظام المصري؟

بالنظر في المادة ٣٢٥ من قانون المرافعات نجد أنها تنص على أنه (يجوز لكل دائن بدين محقق الوجود حال الأداء أن يحجز على ما يكون لمدينه لدى الغير من المنقولات أو الديون ولو كانت مؤجلة أو معلقة على شرط. ويتناول الحجز كل دين ينشأ للمدين في ذمة المحجوز لديه إلى وقت التقرير بما في ذمته ما لم يكن موقعاً على دين بذاته) .

وطبقاً لهذا النص فإنه يشترط لصحة حجز العميل على قيمة الخطاب أن يكون البنك مديناً للمستفيد، وهو ما لا يتحقق إلا بمطالبة الأخير للبنك بقيمة الخطاب. أما قبل المطالبة فلا يعتبر المبلغ مملوكاً للمستفيد، حيث إنه لا يقيد في الجانب الدائن لحساب المستفيد-بافتراض وجود حساب- طرف البنك الضامن^(٢٣٥). وحتى في حالة مطالبة المستفيد للبنك بقيمة الخطاب، فقد يصعب -عملياً- توقيع هذا الحجز نظراً لضيق الوقت، على الأخص إذا كان البنك لا يعلم بالسلوك التدليسي أو التعسفي من المستفيد، مع مراعاة عدم وجوب التزام البنك بإخطار للعميل قبل الوفاء^(٢٣٦).

يقتنعوا بذلك فلا يستطيعون فرض هذه الشكلية الغربية). راجع: CA.Paris 23-9-1988, D.1989, P.156. et Cass.com.6-11-1990, RTD.Com. 1991, P.41.

(٢٣٥) د. سليمان رمضان مصدر سابق ص ٢٦٩.
(٢٣٦) د. عادل إبراهيم مصدر سابق ص ١٦٠.

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسفال ١٩٩٥]

خطاب الضمان عن طريق توقيع الحجز على تلك القيمة أو المنازعة في صرفها، إلا في حالة الغش. لأن إباحة شيء من ذلك من شأنه أن يخل بمبدأ القوة الملزمة لعقد الأساس الذي ألزم العميل بتقديم خطاب الضمان، كما يتعارض مع التزام البنك القطعي والمباشر بالوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد، فضلاً عن إنه يناقض مبدأ استقلال خطاب الضمان عن عقد الأساس، ذلك المبدأ الذي يمنع العميل الأمر من التمسك بشروط العقد المذكورة لتعطيل أحكام الوفاء بقيمة الخطاب^(٢٤٠).

وبالنظر في هذا القضاء نجد أن الأصل هو عدم جواز الحجز على قيمة خطاب الضمان من قبل العميل الأمر، مراعاة لاعتبارات تتعلق بطبيعة التزام البنك ومبدأ الاستقلال والوظيفة التي تؤديها خطابات الضمان المصرفية. لكن هذا الأصل يرد عليه استثناء حالة الغش أو التعسف من المستفيد في طلب الضمان، فيمكن للعميل -تداركاً لضرر الوفاء دون حق- أن يطلب الحجز على قيمة الخطاب.

وطبقاً لهذا الاتجاه يتوجه العميل الأمر للقاضي المستعجل وليس لقاضي الأمور الوقفية، على الأخص أنه بعد تعديل المادة ١٩٤ من قانون المرافعات بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٤ أصبح من غير الممكن للعميل الأمر أن يتقدم بأمر على عريضة للقاضي المختص لمنع البنك من الوفاء؛ لأن النص الجديد حدد حالات استصدار الأوامر على العرائض على سبيل الحصر، وليس منها هذه الحالة، فقد نصت المادة ١٩٤ مرافعات على أنه (في الأحوال التي ينص فيها القانون على أن يكون للخصم وجه في استصدار أمر يقدم عريضة بطلبه إلى قاضي الأمور الوقفية بالمحكمة المختصة أو لرئيس الهيئة التي تنتظر الدعوى)، لذلك يذهب البعض^(٢٤١) إلى أن البديل أمام العميل الأمر في هذه الحالة هو رفع دعوى مستعجلة بدلاً من الأمر على

(٢٤٠) لعل هذا الحكم يعد المرة الأولى التي يسلم فيها القضاء المصري بإمكانية وقف صرف خطاب الضمان بسبب الغش سابق الإشارة إليه.

(٢٤١) د.رضا السيد التحكيم في منازعات الكفالة المصرفية وخطابات الضمان المصرفية ص ٩٢، د.حاتم عبد الرحمن مصدر سابق ص ٣٧٥.

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

فإذا كانت مطالبة المستفيد-دون وجه حق- بقيمة الخطاب إضراراً بالعميل الأمر، فإن الشريعة الإسلامية تجيز لهذا الأخير أن يتخذ من الوسائل والتدابير ما يدفع به الضرر عن ماله، انطلاقاً من القاعدة الفقهية (الضرر يزال)^(٢٤٥). وفي الحديث عن رسول الله ﷺ (لا ضرر ولا ضرار)^(٢٤٦).

ولذلك يقول ابن فرحون المالكي: (وطلب المدعي إيقاف يد المدعى عليه من التصرف في المال تصرفاً يفوت حقه، كان ببيع أو هبة أو نحوه، أو يخرج عن حاله كبناء وهدم أو نحوه، فإنه يجاب لطلبه)^(٢٤٧).

وإذا كان الفقهاء قد أجازوا الحجر على السفية والصغير والمجنون لمصلحة نفسه^(٢٤٨)، فإن منع المستفيد من تسييل الخطاب على سبيل الغش أولى، صيانة لحق العميل ودفعاً لضرر قد لا يمكن تداركه.

ومن هنا فإن الشريعة الإسلامية بحرصها على صيانة الحقوق، ونهيها عن الغش في المعاملات، فإنها تقر ما تنص عليه الاتفاقيات وتسنة التشريعات من تدابير قضائية، أيًا كان نوعها، تمنع المستفيد من تسييل خطاب الضمان على سبيل الغش أو التعسف في استعمال الحق.

(٢٤٥) الأشباه والنظائر للإمام السيوطي ص ٦.
 (٢٤٦) مسند الإمام أحمد بن حنبل ج ٥ ص ٣٢٦. ذهب أهل اللغة إلى أن كلمتي لا ضرر ولا ضرار ليستا جناساً ولا تكراراً، فالضرر يقتصر فيه الأذى على فرد واحد، بينما الضرر يشير إلى امتداد الأذى وانتشاره بين أفراد المجتمع.
 (٢٤٧) تبصرة الحكام ابن فرحون المالكي مصدر سابق ج ١ ص ٢١١.
 (٢٤٨) الروض المربع للبهوتي ص ٢٥٦.

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

قضائية مؤقتة للحيلولة دون تسييل خطاب الضمان من جانب المستفيد. ولم تقتصر الاتفاقية - في جواز اتخاذ تلك التدابير - على وجود مطالبة فعلية من المستفيد لمبلغ الضمانة، وإنما أجازت اللجوء إليها بمجرد ظهور علامات وأمارات حملت العميل على توقع مطالبة المستفيد غير المشروعة. وأظهرنا اعتراضنا على مسلك الاتفاقية في هذا الشأن، وذكرنا أنه كان من الأفضل عدم توسعها في اتخاذ العميل للتدابير القضائية قبل طلب المستفيد تسييل الضمانة؛ لأن ذلك يخالف قاعدة عدم افتراض الغش، هذا فضلاً عن أن هذا التوسع من شأنه أن يعطل الفائدة المرجوة من استقلال خطاب الضمان بإفساح المجال للبنوك للتحلل والإفلات من الوفاء بالتزاماتهم بمقتضى الضمان. وحرصاً من الاتفاقية الدولية على التوازن بين المصالح في خطابات الضمان، فقد أجازت المادة ٢٠ منها للمحكمة أن تطلب من العميل الأمر - عند اتخاذه للتدابير القضائية المؤقتة - تقديم تأمين مناسب.

ثانياً: عرضنا لموقف الفقه والقضاء من مفهوم الغش المانع، وتبين لنا وجود اتجاهين يتنازعان هذا المفهوم بين مضيق بحيث يقتصر الغش على مجرد استعانة المستفيد بوسائل احتيالية، وموسع بحيث يشمل كل حالة ينعدم فيها الأساس القانوني لطلب المستفيد بتسييل مبلغ الخطاب.

وقد أكدنا على طبيعة التزام البنك في خطاب الضمان، وأن التزام البنك مستقل عن التزام العميل الأمر، وأنه التزام قطعي وفوري، ورتبنا على ذلك وجوب الوفاء للمستفيد بمجرد الطلب ودون الرجوع للعميل الأمر، وأنه ليس للبنك أن يمتنع عن الوفاء مستنداً إلى دفع مستمدة من عقد الأساس، وهذا محل إجماع بين الفقه والقضاء. لكن بينا أن هذا الاستقلال للالتزام البنك يتراجع أمام غش المستفيد أو

المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: كتب السنة:

- ١- السنن الكبرى، لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي طبعة أولى ١٣٥٢هـ دائرة المعارف العثمانية حيدر آباد الهند.
- ٢- سنن أبي داود، للحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني دار إحياء التراث العربي بدون تاريخ.
- ٣- سنن الترمذي، لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي مطبعة الحلبي طبعة أولى سنة ١٣٥٦هـ-١٩٣٧م.
- ٤- سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني دار إحياء التراث العربي بدون تاريخ.
- ٥- صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري دار الشعب بدون تاريخ.
- ٦- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني طبعة المطبعة البهية المصرية ١٣٥٢هـ.
- ٧- مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني المطبعة الميمنية مصر ١٣١٣.
- ٨- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، للعلامة/ محمد بن علي الشوكاني دار الكتب العلمية ١٤٠٣هـ-١٩٨٣.

[د. حمدي محمد مصطفى]

ثالثاً: المعاجم اللغوية:

١. المصباح المنير، لأحمد بن محمد بن علي الفيومي، الطبعة الثالثة، المطبعة الميرية ببولاق.
٢. المعجم الوجيز، طبعة وزارة التربية والتعليم بمصر ١٩٩٤.
٣. لسان العرب، جمال الدين بن منظور دار المعارف صادر بيروت.

رابعاً: كتب الفقه:

الفقه الحنفي:

١. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للعلامة زين الدين بن إبراهيم بن نجيم دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت بدون تاريخ .
٢. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للعلامة علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني دار التراث العربي الطبعة الثانية سنة ١٩٨٢.
٣. حاشية رد المختار على الدر المختار، المعروفة بحاشية ابن عابدين للعلامة محمد أمين المشهور بابن عابدين الطبعة الثالثة دار الفكر بيروت ١٣٩٩هـ.
٤. شرح فتح القدير، للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام المطبعة الكبرى مصر ١٣١٦هـ.
٥. المبسوط، لأبي محمد بن سهل السرخسي دار المعرفة بيروت ١٣٩٨هـ.
٦. مجمع الضمانات، للبغدادي للعلامة أبو محمد غانم بن محمد البغدادي المطبعة الخيرية ١٣٠٨هـ.

الفقه المالكي:

١. تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، القاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم ابن محمد بن فرحون المالكي مطبعة الحلبي.
٢. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي المالكي دار إحياء الكتب العربية.
٣. شرح الخرشي على مختصر خليل، أبو عبد الله محمد الخرشي دار الفكر للطباعة والنشر.
٤. مواهب الجليل شرح مختصر خليل، أبو عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب دار الفكر للطباعة والنشر ١٩٨٤.
٥. المقدمات، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد دار صادر بيروت ١٩٧٨.

الفقه الشافعي:

١. تحفة المحتاج بشرح المنهاج، شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي المطبعة الميمنية ١٣١٥هـ.
٢. روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي المكتب الإسلامي.
٣. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، للخطيب الشربيني دار إحياء التراث العربي.

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

- الإسكندرية ١٩٨٨.
- ٢- د. أمية حسن علوان الضمان المصرفي لدى الطلب على ضوء القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية ١٩٩٢.
- ٣- د. ثروت عبد الرحيم المطول في القانون التجاري الأوراق التجارية وعمليات البنوك دار النهضة العربية.
- ٤- د. ثروت عبد الرحيم القانون التجاري دار النهضة العربية ١٩٩٣.
- ٥- د. حسني المصري عمليات البنوك ط ١ مؤسسة دار الكتب ١٩٩٤.
- ٦- د. حياة شحاتة مخاطر الائتمان في البنوك التجارية مكتبة الأنجلو المصرية القاهرة ١٩٩٠.
- ٧- د. راغب حبشي خطابات الضمان معهد الدراسات المصرفية القاهرة ١٩٧٣.
- ٨- د. رضا السيد عبد الحميد النظام المصرفي وعمليات البنوك وفقاً لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ط ١ ٢٠٠٢.
- ٩- د. رضا عبيد القانون التجاري بدون ناشر ط ٥ ١٩٨٤.
- ١٠- د. سميحة القليوبي الأسس القانونية لعمليات البنوك مكتبة عين شمس القاهرة بدون تاريخ.
- ١١- د. سميحة القليوبي المنظمات الدولية اتفاقيتي الأمم المتحدة في شأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتمادات الضامنة والقانون النموذجي

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

- ٢١- محمد علي البربري خطابات الضمان معهد الدراسات المصرفية
١٩٦٢.
- ٢٢- د. محمود سمير الشرقاوي القانون التجاري دار النهضة العربية ١٩٨١.
- ٢٣- د. محمود مختار بربري قانون المعاملات التجارية دار النهضة العربية
٢٠٠١.
- ٢٤- د. محمود مصطفى قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام القضاء دار
النهضة العربية القاهرة ١٩٩٩.
- ٢٥- د. محمود الكيلاني عمليات البنوك دار الجيب للنشر والتوزيع عمان
الأردن ١٩٩٢.
- ٢٦- د. محيي الدين علم اسماعيل موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين
القانونية والعملية مطبعة النسر الذهبي ٢٠٠١.
- ٢٧- مصطفى مرعي خطابات الضمان عملياً ونظرياً معهد الدراسات
المصرفية ١٩٧٥.
- ٢٨- د/هزار سليمان حيدر الضمانات المصرفية التعاقدية في نطاق التجارة
الدولية دراسة مقارنة اتحاد المصارف العربية ١٩٨٩.
- سادساً: رسائل الدكتوراه:
- ١- د. بضراني نجاة الائتمان المصرفي بطريق التوقيع رسالة دكتوراه
القاهرة ١٩٨٧.

[الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥]

- ٥- مجلة الأمن والقانون تصدر عن شرطة دبي بالإمارات العربية المتحدة.
٦- مجموعة أحكام النقض تصدر عن المكتب الفني للنائب العام بمصر.

ثامناً: المراجع باللغة الفرنسية:

- 1- Doham Jurgeor, Les garanties bancaires dans la commerce internationale..
- 2- G.Ripert et R.Roblot , Philippe Delebecque et Mihel Germain, Traité de droit commercial, éd. L.G.D.J 1992.
- 3- Mazeaud H. leçons de droit civil français, Paris 1962
- 4- Prum, L'autonomie des garanties à première demande, Thèse Montpellier 1992 ,
- 5- Ripert G La règle morale dans les obligations civiles, ed.3 Paris 1949
- 6- Stoufflet et Gavalda, La lettre de garantie internationale, R.T.D. 1980
- 7- Stoufflet , La convention des Nations unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, Rev. Droit Bancaire et de la Bourse, 1995
- 8- Vasseur, Le droit des garanties bancaires dans les contracts internationaux en France et dans les pays de l'Europe de l'ouest, Paris 1980.

تاسعاً: المراجع باللغة الإنجليزية:

- 1- Charley and Smart, leading cases in law of banking, London 1983
- 2- John F. Dolan, The law of letters of credit; commercial and stand by letters of credit, ed.2, 1990.
- 3- Joseph Norton, world trade & trade finance, Southern Methodist university, institute on international finance.
- 4- Michel Stern, The indepenence rule in stand by lettre of credit.

