

January 2022

Rights of the management concerning the letter of guarantee

Dr. Mohamed Farouk Mohammed

College of Sharia and Islamic Studies - University of Qassim- KSA, dr.farouk2005@gmail.com

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



Part of the [Common Law Commons](#)

Recommended Citation

Mohammed, Dr. Mohamed Farouk (2022) "Rights of the management concerning the letter of guarantee," *Journal Sharia and Law*. Vol. 2022: No. 90, Article 8.

Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2022/iss90/8

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.

Rights of the management concerning the letter of guarantee

Cover Page Footnote

Dr. Mohamed Farouk Mahmoud Associate Professor of Public Law College of Sharia and Islamic Studies - Qassim University Dr.farouk2005@gmail.com

Rights of the management concerning the letter of guarantee*

Dr. Mohamed Farouk Mahmoud

Associate Professor of Public Law

College of Sharia and Islamic Studies - Qassim University

Dr.farouk2005@gmail.com

Abstract:

The notion of the letter of guarantee emerged as one of the alternative forms for the financial deposit to safeguard the administrative contract. The aim of such a notion was to protect the party to a contract from the harm of having portions of his or her capital idle.

Letters of the guarantee are either interim to make sure the contract party is committed or final to make sure the performance of contract terms is perfect. It may also be an installment paid in advance to ensure perfect performance. A fourth type is the letter of guarantee for equipment or items on loan so that the objects on loan will be returned in their original state when the operation in question is over.

In brief, the letter of guarantee came into being and evolved through the changing technical and practical needs and activities of various managements

The present study derives its value from the fact that it focuses on the following hypotheses:

- 1) What if the party to a contract does not submit a letter of guarantee?
- 2) Is it possible to amend the terms of the letter of guarantee?
- 3) Is it possible to extend the time span for the validity of the letter of guarantee? or to claim its value earlier than already specified
- 4) Can it be confiscated or sequestered by the bank or the authorities

The study concludes that:

* Received on October 31, 2020 and authorized for publication on December 29, 2020

The management in question is independently eligible for specifying the value for the letter of guarantee and rejecting any bid which does not include the full value of the interim deposit.

Withdrawing the bid before the preevaluation process makes it legal for the management to claim the value of the interim deposit without prior notice and nullifies any adverse legal procedures

The bank is entitled to question the management's claim of the value of the deposit stated in the letter of guarantee; the role of the bank is to guarantee rather than to assess

Keywords: Letter of Guarantee, Insurance, Administrative contract, Confiscation.

حقوقُ جهةِ الإدارةِ حيالِ خطابِ الضمانِ دراسة مقارنة*

د. محمد فاروق محمود محمد

أستاذ القانون العام المشارك - كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

جامعة القصيم - المملكة العربية السعودية

Dr.farouk2005@gmail.com

ملخص البحث

برزت فكرة خطاب الضمان كأحد الصور البديلة عن إيداع مبلغ نقدي لضمان تأمين العقد الإداري؛ وذلك لتجنب الضرر الذي يصيب المتعاقد جراء حرمانه من جزء مهم من رأس ماله الذي سيبقى مجمداً ومُعطلاً. وتعددت أنواع خطاب الضمان ما بين ابتدائي لضمان جدية المتعاقد المتقدم بالعطاء وصدق التزامه، ونهائي للتحقق من حسن التنفيذ وسلامة الأداء للعقود المبرمة، ودفعة مقدمة لضمان التزام المتعاقد بإعادة هذه الدفعة المقدمة في حال الإخلال بالتنفيذ، وخطاب ضمان الأشياء المعارة لضمان ردّ الأشياء المعارة بحالتها عند انتهاء العملية التعاقدية؛ لذا فقد نشأ خطاب الضمان تحت ضغط الحاجة العملية لنشاط الإدارة التي ظلت تدفعه وتطورُهُ وفقاً للمستحدثات العملية والمستجدات الفنية.

وتكمن أهمية الدراسة في تركيزها على مظاهر حق جهة الإدارة من خلال بحث عدة فرضيات كعدم قيام المتعاقد بتقديم خطاب الضمان، أو إمكانية تعديل هذا الخطاب، أو مدّ أجله، أو استعجال المطالبة بقيمته، أو مصادرته، أو الحجز على قيمته تحت يد البنك، أو وضعه تحت الحراسة، فضلاً عن موقف الإدارة من الانقضاء بالوفاء بقيمة خطاب الضمان أو ما يقوم مقام الوفاء أو بغيرهما.

ومن أهم نتائج البحث استقلال جهة الإدارة بتحديد قيمة خطاب الضمان المؤقت،

* استلم بتاريخ 2020/10/31 و أجزى للنشر بتاريخ 2020/12/29.

واستبعاد كل عطاء غير مصحوب بكامل التأمين المؤقت. وسحب العطاء قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف الفنية يترتب عليه مصادرة التأمين المؤقت دون حاجة إلى إنذار، أو الالتجاء إلى القضاء، أو اتخاذ أية إجراءات أو إقامة الدليل على حصول ضرر، كما أن البنك لا يملك مناقشة أو ملاءمة طلب جهة الإدارة لقيمة خطاب الضمان متى كان نافذاً؛ لأن البنك أمام جهة الإدارة يضمن ولا يقدر.

ويوصي البحث بمعالجة تحديد قيمة الخطاب؛ لأن تبني الأسلوب الخاص بتحديد مبلغ الخطاب في الإعلان يمكن له أن يقود إلى أن يتعرف المتنافسون على القيمة التقديرية للعملية التعاقدية.

وأيضاً عدم جواز الحجز على قيمة خطاب الضمان من دائني المتعاقد؛ لأن الحجز يعود بالسلب على العملية التعاقدية للمرفق العام، فضلاً عن خروجه من ذمة المتعاقد، والقول بخلاف ذلك يعطل وظيفة خطاب الضمان ويجرده من معناه.

المصطلحات الأساسية: خطاب الضمان - التأمين - العقد الإداري - المصادرة

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والعاقبة للمتقين، ولا عدوان إلا على الظالمين ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، وصلى الله على سيدنا محمد النبي الأمي الهادي الأمين، وعلى آله وأصحابه أجمعين.

أمّا بعد:

فلقد نشأ خطاب الضمان وتطور بفضل العقود الإدارية، فهو وليد الحاجة للائتمان في العقود عامة والإدارية خاصة؛ وذلك من خطابات تأمين ابتدائي (مؤقت)، ونهائي، ودفعة مقدمة، وضمان الأشياء المعارة، لذا فقد نشأت تحت ضغط الحاجة العملية لنشاط الإدارة التي ظلت تدفعه وتطورها وفقاً للمستحدثات العلمية والمستجدات الفنية.

وقد ظهر خطاب الضمان تشريعياً لأول مرة في لائحة المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزارة المالية رقم (٤٥٢) لسنة ١٩٥٢م، والقانون رقم (٣٨٤) لسنة ١٩٥٣م، ولائحته

التَّنفِيزِيَّةُ الصَّادِرَةُ بِقَرَارِ وَزِيرِ المَالِيَةِ فِي يُولْيُو ١٩٥٤ م، والقَانُونُ رَقْم (٤٦٣) لِسَنَةِ ١٩٥٤ م، مَرُورًا بِالتَّشْرِيعَاتِ المَتَعاقِبَةِ كَالقَانُونِ رَقْم (٩) لِسَنَةِ ١٩٨٣ م^(١)، والقَانُونِ رَقْم (٨٩) لِسَنَةِ ١٩٩٨ م^(٢)، ولَائِحَتِهِ التَّنفِيزِيَّةِ^(٣)، وَنَهَايَةِ القَانُونِ رَقْم (١٨٢) لِسَنَةِ ٢٠١٨ م بِإِصْدَارِ قَانُونِ تَنْظِيمِ التَّعاقُدَاتِ الَّتِي تُبْرِمُهَا الجِهَاتُ العَامَّةُ^(٤) وَلَائِحَتِهِ التَّنفِيزِيَّةِ الصَّادِرَةُ بِقَرَارِ وَزِيرِ المَالِيَّةِ رَقْم (٦٩٢) لِسَنَةِ ٢٠١٩ م^(٥)، فِي حِينِ لَمْ يَظْهَرِ الضَّمَانُ المَسْتَقِلُّ بِصُورَتِهِ الحَالِيَةِ فِي فَرَنسَا إِلَّا بِحُلُولِ عَامِ ١٩٧٠ م، ثُمَّ انْتَشَرَ وَازْدَهَرَ فِي العَقْدَيْنِ الأَخِيرَيْنِ انْتِشَارًا دُولِيًّا. هَذَا وَقَدْ أَعَدَّتْ لَجْنَةُ الأُمَمِ المَتَّحِدَةُ للقَانُونِ التَّجَارِي الدُّوَلِي (الْيُونِسْتِرَال) دِرَاسَةً حَوْلَ صِيَاغَةِ مَشْرُوعِ اللِّقْوَاعِدِ المَوْحَّدَةِ لِخِطَابَاتِ الضَّمَانِ، وَالَّتِي بَدِئَهَا كَانَتْ أَسَاسًا لِمَشْرُوعِ عُرْفَةِ التَّجَارَةِ الدُّوَلِيَّةِ بِشَأْنِ الكِفَالَاتِ وَالضَّمَانَاتِ التَّعاقُدِيَّةِ سَنَةِ ١٩٧٨ م.

مَشْكَلَةُ البَحْثِ: لَمَّا كَانَتْ جِهَةُ الإِدَارَةِ حَرِيصَةً عَلَى إِتْمَامِ العَقْدِ بِتَذْلِيلِ العَقَبَاتِ المَالِيَةِ بِقَبُولِ خِطَابِ الضَّمَانِ مِنَ المَتَعاقِدِ وَعَدَمِ حَرَمَانِهِ مِنْ جِزءِ فَعَّالٍ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ؛ فَإِنَّ هَذَا الخِطَابَ مِنَ العَمَلِيَّاتِ ثَلَاثِيَّةِ الأَطْرَافِ وَيَنْتِجُ عَنْهُ مَنَازَعَاتٌ مُخْتَلِفَةٌ بَيْنَ أَطْرَافِهِ (جِهَةُ الإِدَارَةِ، المَتَعاقِدِ، البَنْكِ) لِذَا تَبَرَّزَتْ إِشْكَالِيَّةُ حُقُوقِ جِهَةِ الإِدَارَةِ حِيَالِ خِطَابِ الضَّمَانِ، وَيَرْتَبِطُ بِهَذَا السُّؤَالِ عِدَّةُ أَسْئَلَةٍ فَرَعِيَّةٍ بَيَانُهَا كَالآتِي:

- ١) مَا مَسُوعُ جِهَةُ الإِدَارَةِ فِي مَطَالِبَةِ البَنْكِ بِامْتِدَادِ خِطَابِ الضَّمَانِ؟
- ٢) هَلْ لِلبَنْكِ الضَّمَانُ أَنْ يَنَاقِشَ مَدَى مَلَاءَمَةِ طَلْبِ جِهَةِ الإِدَارَةِ لِقِيْمَةِ خِطَابِ الضَّمَانِ؟
- ٣) هَلْ لِجِهَةِ الإِدَارَةِ بَدَايَةُ أَنْ تَطَالِبَ البَنْكِ قَبْلَ مَوْعِدِ الاسْتِحْقَاقِ مَتَى كَانَ مُحَدَّدًا؟

(١) تَنْظُرِ الجَرِيدَةَ الرِّسْمِيَّةَ - العَدَدُ: (٩) فِي ٣ مَارَسِ سَنَةِ ١٩٨٣ م.
(٢) تَنْظُرِ الجَرِيدَةَ الرِّسْمِيَّةَ - العَدَدُ: ١٩ (مَكْرَر) فِي ٨ مَآيُو سَنَةِ ١٩٩٨ م.
(٣) يَنْظُرِ قَرَارَ وَزِيرِ المَالِيَّةِ رَقْم ١٣٦٧ لِسَنَةِ ١٩٩٨ م، وَالمَنْشُورَ بِالوَقَائِعِ المِصْرِيَّةِ - العَدَدُ ٢٠١ (تَابِع) فِي ٦ سِبْتِمْبَرِ سَنَةِ ١٩٩٨ م.
(٤) تَنْظُرِ الجَرِيدَةَ الرِّسْمِيَّةَ - العَدَدُ: ٣٩ مَكْرَر (د) - السَّنَةُ الحَادِيَّةُ وَالسُّتُونُ ٢٣ المُحْرَمِ سَنَةِ ١٤٤٠ هـ، المُوَاظِقِ ٣ أَكْتُوبَرِ سَنَةِ ٢٠١٨ م.
(٥) تَنْظُرِ الوَقَائِعِ المِصْرِيَّةَ - العَدَدُ ٢٤٤ تَابِع (ب) السَّنَةُ ١٩٣ فِي ٣١ أَكْتُوبَرِ ٢٠١٩ م.

بوقتٍ معين؟

٤) هل للمتعاقد أن يمتنع عن تقديم خطاب الضمان الابتدائي أو النهائي أو يطلب تعديل خطاب الضمان من البنك أو الاتفاق معه على إجراءاته؟ وهل لدائني المتعاقد الحجز على قيمة خطاب الضمان تحت يد البنك على سندٍ من القانون في حجز ما للمدين لدى الغير؟ وهل للمتعاقد الرجوع في خطاب الضمان، فيمنع استحقاق جهة الإدارة له؟

منهج البحث:

اتبعت في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي من خلال الاستخلاص المنطقي لقواعد المناقصات والمزايدات (التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة) وقواعد سير المرافق العامة للانتقال من العام إلى ما يخص تساؤلات خطاب الضمان، مع استخدام المنهج المقارن أيضاً في تحليل وربط النصوص القانونية المصرية- لاسيما مع تأخر إصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م- ومقارنتها مع النظام السعودي.

حدود البحث:

الحدود المكانية: جمهورية مصر العربية، والمملكة العربية السعودية. والحدود الموضوعية: القانون رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨م بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩م^(٦). ونظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي رقم (م/١٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ^(٧) ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم (١٢٤٢) وتاريخ ٢١/٣/١٤٤١هـ^(٨).

خطة البحث: "حقوق جهة الإدارة حيال خطاب الضمان"

تمهيد: مفهوم خطاب الضمان كأحد صور التأمين في العقد الإداري.

(٦) تنظر الوقائع المصرية - العدد ٢٤٤ تابع (ب) السنة ١٩٣ في ٣١ أكتوبر ٢٠١٩م.

(٧) والمنشور بجريدة أم القرى العدد (٤٧٩٠) وتاريخ ١/٢/١٤٤٠هـ.

(٨) والمنشور بجريدة أم القرى العدد (٤٨٠٩) وتاريخ ١٦/٤/١٤٤١هـ.

- المَبْحَثُ الأَوَّل: ماهية خطاب الضمان.
- المَطْلَبُ الأَوَّل: تعريفُ خطابِ الضَّمان.
- المَطْلَبُ الثَّانِي: أركانُ خطابِ الضَّمان.
- المَطْلَبُ الثالث: خصائصُ خطابِ الضَّمان.
- المَطْلَبُ الرابع: أنواعُ خطابِ الضَّمان.
- المَبْحَثُ الثَّانِي: مظاهر حقوقِ جِهَةِ الإِدَارَةِ على خطابِ الضَّمان:
- المَطْلَبُ الأَوَّل: تعديلٌ ومدُّ أجلِ خطابِ الضَّمان.
- المَطْلَبُ الثَّانِي: استعجالُ المطالبة بقيمة الضَّمان.
- المَطْلَبُ الثالث: مصادرةٌ وحجز قيمة الضَّمان.
- المَطْلَبُ الرَّابِع: إلغاء العقد أو التنفيذ على الحساب
- المَبْحَثُ الثالث: انقضاء حقِ جِهَةِ الإِدَارَةِ في وثيقة خطابِ الضَّمان.
- المَطْلَبُ الأَوَّل: الوفاءُ بقيمة خطابِ الضَّمان أو ما يقوم مقام الوفاء.
- المَطْلَبُ الثَّانِي: انقضاء خطابِ الضَّمان بغير الوفاء، أو ما يقوم مقامه.

تمهيد

خِطَابُ الضَّمان^(٩) كأحدِ صورِ التَّأمينِ في العقدِ الإداريِّ

عرَّفَ المَقْنُنُ المِصرِيُّ مفهومَ التَّأمينِ في القانونِ بأنه: عقدٌ يلتزمُ المؤمَّنُ بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمَّن له (المستأمن) أو إلى المستفيد الَّذي اشترط التَّأمينُ لصالحه مبلغاً من المال، أو إيراداً مرتباً، أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث، أو تحقق خطر مبین في العقد، وذلك في مقابل قسط، أو أية دفعة أخرى يؤديها المؤمَّن له إلى المؤمَّن^(١٠).

(٩) التَّأمينُ اشتقاقٌ جديدٌ من الأمن، والأمنُ نقيضُ الخوف، والفعل منه: أمنَ يَأْمَنُ أَمناً. والمَأْمَنُ: مَوْضِعُ الأَمْنِ (كتابُ العين - المؤلف: أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي - دار ومكتبة الهلال ٨ / ٣٨٨). والأَمْنَةُ: الأَمْنُ؛ وَمِنْهُ: أَمْنَةٌ نُعَاسًا، وَإِذْ يَغْشَاكُمْ النُّعَاسُ أَمْنَةٌ مِنْهُ (لسان العرب ١٣ / ٢١).

(١٠) المادة (٧٤٧) من القانون المدني المصري. ينظر الوقائع المصرية العدد رقم (١٠٨) مكرر (أ) في ٢٩ / ٧ / ١٩٤٨ م.

والتأمين في العقد الإداري نوعان: مؤقت (ابتدائي) ونهائي، والأول وعلى وفق ما نحتة إدارة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة هو: مبلغ مالي يخصصه مقدم العطاء لمصلحة جهة الإدارة ضماناً لجدية العطاء وتعبيراً عن قدرته المالية، والحكمة المتوخاة من إيداع التأمين المؤقت هي ضمان جدية مساهمة المتقدم بالعطاء في المناقصة والتحقق من سلامة قصده في تنفيذ العقد في حالة رسو العطاء عليه^(١١).

وجرياً على هذه الحكمة المتوخاة من إيداع التأمين نجد أن المشرع الفرنسي سبق ونص على اقتراح العرض بتأمين مالي مؤقت اعتباراً من مرسوم ١٨٨٢ م في المادة (٤) تاركاً لكراسة الشروط الخاصة بتحديد قيمة وأساليب تحصيله^(١٢).

ثم ما انفك المكنن أن استعاض في المادة (٣٤) من مرسوم ١٩٤٢/٤/٦ عن التأمين المالي بالكفالة الشخصية، وخوّل جهة الإدارة المتعاقدة الحق في قبول أو رفض هذا الكفيل بما لها من سلطة تقديرية في التحقق من قدرة الكفيل على الضمان^(١٣).

وفي المرسوم رقم ١٦٧-٥٩ وتاريخ ١٧/١/١٩٥٩ م تم إلغاء التأمين المؤقت بصفة نهائية بما في ذلك الكفالة الشخصية التضامنية وأبقى على العمل بالتأمين النهائي فقط^(١٤).

أما التأمين النهائي فهو ما أوجبه المكنن في قانون المناقصات والمزايدات على صاحب العطاء المقبول أن يؤديه بما يساوي (٥٪) من قيمة العقد بغير تفرقة بين عقود المقاولات وعقود التوريد خلافاً لما كان عليه في السابق^(١٥) فإذا جاوز مقدار التأمين المؤقت التأمين النهائي وجب ردّ الزيادة، ويتحقق هذا الفرض في حالات تجزئة العطاء على أكثر من مناقص بأن تتم الترسية

(١١) تنظر إدارة الفتوى بمجلس الدولة لوزارة الأشغال والموارد المائية فتوى رقم (٢٣١) بتاريخ ٩/١/١٩٩١ م ملف رقم ٢٥٠٦/١/٣.

(12) G. jéze, les principes généraux du droit administratif T. 4. Paris 1936 p86

(13) M. Quancard L, adjudication des marchés publics de travaux et de fournitures sirey, 1945. P.71

(14) A. de Laubadère Venezia (J.CL.) Gaudemet (Y) Traité du droit administratif, L.G.D.J, Paris, 13 éd T.1, 1995. P.710

(١٥) كان التأمين النهائي (٥٪) من قيمة مقاولات الأعمال و (١٠٪) من قيمة العقود الأخرى وفقاً للهادة (٢٠) من القانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ م (الملغى).

عليه في بعض الأصناف أو الأعمال من مجموع الأصناف أو الأعمال موضوع التعاقد، والغاية من هذا التأمين هو ضمان تنفيذ العقد^(١٦).

وهو نفس المعنى في قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الجديد، وإن كان ثمة تباين في التفاصيل مفادها أنه: على صاحب العطاء الفائز أن يؤدي التأمين النهائي بالنسب وخلال المدد بالأحكام المبيّنة قرين الحالات الآتية:

١ - عمليات شراء أو استئجار المنقولات والتعاقد على مقاولات الأعمال وتلقي الخدمات والأعمال الفنيّة والدراسات الاستشاريّة، خلال عشرة أيام عمل بنسبة (٥٪) من قيمة العقد. ٢ - عمليات شراء العقارات: تحجز نسبة (٣٪) من الثمن. ٣ - حال بيع المنقولات نسبة (٣٠٪) من قيمة ما تمت ترسيته عليه فور الرسو. ٤ - عمليات بيع العقارات والمشروعات: يجب على من ترسو عليه المزايدة أن يسدّد نسبة (١٠٪) من قيمة ما تمت ترسيته عليه فور الرسو. ٥ - في حالة تأجير المنقولات والعقارات والمشروعات والترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات والمشروعات: يجب على من يرسو عليه المزايدة في العقود التي لا تزيد مدتها على ثلاث سنوات أن يقدم تأميناً نهائياً بما يعادل (١٠٪) من القيمة الكلية الراسي بها المزايدة عن مدة العقد بالكامل وذلك فور رسو المزايدة... وفي جميع حالات عدم السداد يكون التأمين المؤقت من حق الجهة الإدارية^(١٧).

هذا وقد نظّم المقتنن الفرنسي مسألة التأمين النهائي في قانون المشتريات رقم ٩٧٥ - ٢٠٠٦ م في المواد: (١٠١، ١٠٢، ١٠٣) فلم يكتف بعدم اشتراط تأمين ابتدائي بل تعداه إلى التأمين النهائي، وذلك بما يعرف بنظام اقتطاع الضمان LA RETENUE DE GARANTIW ويعني استقطاع جهة الإدارة لجزء من مستحقات المتعاقد؛ ضماناً لحسن تنفيذ العقد، كما تمّ التأكيد في التعديل الحديث بموجب النظام رقم ٨٩٩ وتاريخ ٢٣ يوليو ٢٠١٥ م والذي ينص فيه على: ألا يزيد المبلغ المستقطع المحتفظ به في جميع الحالات عن (٥٪) من قيمة العقد، والغرض هو تغطية الاحتياطات عند استلام العمل أو اللوازم أو الخدمات خلال فترة الضمان، وهي الفترة

(١٦) المادة (١٧) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ م

(١٧) المادة (٤٠) من القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ م بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، الجريدة الرسمية - العدد ٣٩ مكرر (د) - السنة الحادية والستون ٢٣ المحرم ١٤٤٠ هـ، الموافق ٣ أكتوبر ٢٠١٨ م.

التي قد ينص عليها العقد، والتي خلالها يجوزُ للسلطة المتعاقدة إبداء تحفظات على العيوب التي لم تكن واضحة، أو التي لم تكن آثارها قابلة للتعريف في وقت الاستلام^(١٨). كما يجوزُ الاستعاضة عن استقطاع الضمان بتقديم كفالة شخصية بعد موافقة جهة الإدارة، مع مطابقة حال الكفيل من حيث الضمان^(١٩).

غير أن هذا التأمين النقدي كثيراً ما يكون مرقهاً للمتعاقدين (المقاول أو المتعهد بالتوريد) فيتفلت المشروع من يده ويضيع عليه الكسب المأمول بسبب عجزه عن تدبير مبلغ التأمين، أما إذا استطاع هذا المتعاقد فرضاً تدبير مبلغ التأمين وتقديمه للإدارة فإن هذا الأمر لا يخلو كذلك من إجهاد وضرر يصيب المتعاقد جراء حرمانه من جزء مهم من رأس ماله الذي سيقى مجمداً ومُعطلاً، وغالباً ما يكون المتعاقد في أشد الحاجة إلى هذا المبلغ؛ للإفناق على المشروع الذي يقوم بتنفيذه^(٢٠).

وليس بخاف أن الحياة العملية مليئة بالعمليات التي تدخل فيها خطابات الضمان ركناً أساسياً، وتقوم بدور مهم على الصعيد الداخلي والخارجي، فهل تحل محل التأمين النقدي الذي يطلب تقديمه في مجال عقود التوريد، والأشغال العامة، والامتياز، وغير ذلك من المجالات؟ حقيقة يكاد لا يخلو عقد من هذه العقود على اختلاف أنواعها من شرط يطلب من كل طرف يقوم بدور المنفذ أن يقدم ضماناً نقدياً، وذلك لضمان جدية العطاءات، كما يطلب التأمين النقدي في حالة قبول العطاء بنسبة معينة من مجموع قيمة العطاء يقدمها من يرسو عليه العطاء، وذلك لحسن تنفيذ التزاماته^(٢١).

(18) Le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5 % du montant initial augmenté, le cas échéant, du montant des avenants. La retenue de garantie a pour seul objet de couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées, le cas échéant, pendant le délai de garantie. Le délai de garantie est le délai, qui peut être prévu par le marché, pendant lequel le pouvoir adjudicateur peut formuler des réserves sur des malfaçons qui n'étaient pas apparentes ou dont les conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la reception .

Article 101 Abrogé par ORDONNANCE n°2015-899 du 23 juillet 2015

(19) Article 102 Modifié par LOI n°2013-672 du 26 juillet 2013 - art. 24 (V)

Abrogé par ORDONNANCE n°2015-899 du 23 juillet 2015 - art. 102

La retenue de garantie peut être remplacée au gré du titulaire par une garantie à première demande ou, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, par une caution personnelle et solidaire. Le montant de la garantie à première demande ou de la caution personnelle et solidaire ne peut être supérieur à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent. Leur objet est identique à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent

(٢٠) د. رياض ناظم حميد- النظام القانوني لخطاب الضمان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠١٦ م ص ٨.

(٢١) د. سميحة القليوبي- الأسس القانونية لعمليات البنوك- دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثانية ٢٠١٣ م، ص ١٧٥.

لأجل ذلك أصبح المتعاقدون مع الإدارة يفضلون الالتجاء إلى البنوك لكونها جهات معتمدة وتتمتع بملاءة عالية والتي أخذت على عاتقها تقديم خطاب ضمان محل محل التأمين، ويحول وتجميد مبلغ التأمين لدى الجهة الإدارية المتعاقدة لمدة طويلة، لذا جرى العمل على قبول خطابات الضمان في جميع الحالات التي يكون فيها الضمان التقدي مطلوباً من الجهة المتعاقدة بناء على نص قانوني أو لائحي، فيعدُّ بديلاً عن إيداع مبلغ نقدي كضمان، لأن خطاب الضمان يحقق للإدارة نفس الغرض من إيداع النقود، وهو ما استوجب أن يحتوي التزام البنك المصدر للخطاب على نفس العناصر التي تحقق الغرض من إيداع النقود، أي أن محل خطاب الضمان محل النقود في الوفاء^(٢٢).

المبحث الأول

ماهية خطاب الضمان

المطلب الأول

تعريف خطاب الضمان وأهميته

خطاب الضمان^(٢٣) تعهد كتابي يصدر من البنك يلتزم بموجبه بالدفع نيابة عن العميل وبناء على طلبه مبلغاً معيناً إلى المستفيد خلال مدة محددة دون قيد أو شرط^(٢٤).

(٢٢) د. رياض ناظم حميد- المرجع السابق ص ٩.

(٢٣) الضمان لغة: مصدر ضمته أضمته ضماناً إذا كفلته والضمين: الكفيل ضمن الشيء وبه ضمناً وضماناً: كفل به. وضمته إياه: كفله. ابن الأعرابي: فلان ضامنٌ وضمينٌ وسامينٌ وسامينٌ وناصرٌ ونصيرٌ وكافلٌ وكفيلٌ. يُقال: ضميت الشيء أضمته ضماناً، فإنما ضامنٌ، وهو مضمون. (لسان العرب ١٣/٢٥٧) وفي الحديث: "من مات في سبيل الله فهو ضامنٌ على الله أن يدخله الجنة (صحيح مسلم النashir: دار إحياء التراث العربي - بيروت ٣/١٤٩٥ ح. رقم (١٨٦٧). سنن أبي داود ٧/٣ ح. رقم (٢٤٩٤). قال الشيخ أبو عبد الله الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يُجرَّجاً. ينظر المستدرک على الصحيحين - كتاب الجهاد ٢/٨٣ ح. رقم {٢٤٠٠}). وقول بعض الفقهاء: الضمان مأخوذ من الضم غلط من جهة الاشتقاق. ومما يستدرک عليه (تاج العروس من جواهر القاموس - دار الهداية ٣٥/٢٣٩). وأكثر ما يكون الضمان بمعنى الكفالة كما في الحديث: تكفل الله لمن خرج في سبيله وفي الحديث الآخر تضمن الله لمن خرج في سبيله ومعناه أوجب له ذلك وقضاه. (مشارك الأنوار على صحاح الآثار - للشيخ عياض السبتي، المكتبة العتيقة ودار التراث ٢/٦٠).

(٢٤) د. سميحة القليوبي- النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية - بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة العدد (٢٠١) السنة ٤٢ ص ١٠

أولاً: تعريف المحكمة الإدارية العليا لخطاب الضمان:

عرفت المحكمة الإدارية العليا خطاب الضمان بأنه: تعهد يلتزم بموجبه البنك بناء على أمر عميله بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين للمستفيد بمجرد طلب هذا الأخير له خلال مدة معينة. وغني عن البيان أن خطاب الضمان وإن كان يقوم مقام التأمين النقدي إلا أنه ليس أداة وفاء كالشيك أو بقية الأوراق التجارية إنما هو أداة ضمان فقط وعادة ما تتطلب البنوك ضمانات كافية من عملائها نظير خطابات الضمان أو فتح الاعتمادات، وتسمى هذه الضمانات في حالة خطابات الضمان الغطاء، ويتنوع هذا الغطاء فقد يكون نقداً أو عيناً وقد يتخذ الغطاء صورة تنازل العميل عن حقوقه قبل المستفيد الناشئة عن العملية الصادر بشأنها خطاب الضمان^(٢٥).

ثانياً: التكييف القانوني لخطاب الضمان:

ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة في معرض التكييف القانوني لخطاب الضمان إلى أن: "... خطاب الضمان ليس إلا تنفيذاً لالتزام المتعاقد مع جهة الإدارة بتقديم التأمين النهائي عن طريق البنك الذي يحل محل المتعاقد مع الإدارة في هذا الالتزام على أن يكون ذلك عند طلبها منه، وبذلك يكون البنك هو الملتزم بهذه القيمة تطالبه بها الإدارة ابتداء إن شاءت ذلك؛ إذ هو بتقديمه خطاب الضمان المشار إليه قد أصبح مديناً بالالتزام بأداء القيمة المبيّنة في الخطاب عند الطلب، ولا يحل ذلك بالتزام المتعاقد مع الإدارة نفسها بهذا الالتزام إذ هو لا يبرأ منه إلا إذا وفي البنك بالتزامه هذا، وبذلك يكون لجهة الإدارة في هذه الحالة مدينان هما: المتعاقد مع الإدارة والبنك، يلتزم كل منهما بأداء قيمة التأمين النهائي نقداً عند طلبه، ويقوم التزام الثاني إلى جانب التزام الأول. ومصدر التزام الأول معروف وهو العقد المبرم مع جهة الإدارة وهو مصدر التزاماته قبلها، أمّا مصدر التزام البنك فليس العقد المشار إليه، إنما هو عقد آخر بمقتضاه وقع الاتفاق بين جهة الإدارة والمتعاقد معها والبنك، على أن يعتبر هذا الأخير مديناً بقيمة التأمين النقدي يلتزم بوفاء هذه القيمة مكان المتعاقد معها، وهذا يكون التزام البنك قبل

(٢٥) حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ٩ من يناير سنة ١٩٩٠ في الطعن رقم ١٩٣٣ لسنة ٣١ ق، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الخامسة والثلاثون - العدد الأول (من أول أكتوبر سنة ١٩٨٩ إلى آخر فبراير سنة ١٩٩٠) ص ٧٤٦.

جَهة الإدارة التزاماً أصلياً مباشراً أو مستقلاً عن التزام المتعاقد معها، ويتضمن الأمر في هذه الحالة إنابة للبنك في الوفاء بالدين الذي لجهة الإدارة قبل المتعاقد معها مكان المتعاقد المشار إليه مع استمرار قيام هذا المتعاقد بالدين المذكور إلى جانب التزام البنك به وهذه هي الإنابة القاصرة التي أشار إليها القانون المدني في المادتين ٣٥٩، ٣٦٠/٢ حين نصَّ على أنه: تتم الإنابة إذا حصلَّ المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين. ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين هذا المدين والأجنبي (مادة رقم ٣٥٩) ولا يفترض التجديد (تجديد الدين بتغيير المدين) في الإنابة. فإذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول؛ ولذلك يكون الرأي الصحيح في شأن تكيف خطاب الضمان في مثل هذه الأحوال أنه لا يعتبر كفالة إنما هو من قبيل الإنابة القاصرة المعروفة في القانون المدني، وبه ينشأ في ذمة البنك التزام مجرد بأداء قيمة التأمين عند طلب جهة الإدارة ذلك منه... (٢٦)".

وهو تخرج موفق من الجمعية العمومية في التكيف القانوني لخطاب الضمان إذ جعله من قبيل الإنابة القاصرة، ليصبح للإدارة مدينان (المتعاقد والبنك) يلتزم كل منهما بأداء قيمة التأمين لجهة الإدارة.

ثالثاً: أهمية خطاب الضمان:

لخطاب الضمان أهمية كبيرة في الحياة العملية، إذ نجد الأشخاص الاعتبارية العامة والشركات الكبيرة تطلب من يرغب في الاشتراك في المناقصات والمزايدات تقديم مبلغ معين كتأمين وضمان لجدية العطاءات التي يقدمونها ولكن تقديم هذه الضمانات النقدية يضر بالمقاول؛ لأنَّ فيه تجميداً لمبلغ ضخم مدة طويلة بينما هو في حاجة إليه في تنفيذ العملية، كما أنَّ إجراءات استرداده بعد الانتهاء من المشروع طويلة ومعقدة، لذلك يفضل المقاول أن يقدم لصاحب المشروع خطاباً من البنك يحل محل هذه الضمانة (٢٧).

(٢٦) ينظر مجموعة مبادئ الجمعية العمومية بشأن العقود الإدارية منذ نشأتها ١٩٤٦م إلى ٢٠٠٥م، فتوى رقم: (٥٤٤) بتاريخ ٢٠/٦/١٩٦٤م.

(٢٧) د. محي الدين إسماعيل علم الدين - خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك - الناشر عالم الكتب بيروت، ص ٣.

وعلى هذا النحو تشترط العقود الإدارية بكافة أنواعها: (أشغال عامة، توريد، امتياز، نقل...) تأميناً ممثلاً في خطاب ضمان أو غيره لضمان حسن تنفيذ العقد، وإمكانية الرجوع إليه حالة ماطلة المتعاقد في الوفاء حال استحقاق التعويضات نتيجة إخلاله في تنفيذ التزاماته لا لمجرد إحداثه ضرراً؛ لأن الإدارة قد ترجع على المتعاقد بدون حدوث ضرر فيكفي إخلاله، إذ لا يعقل أن يستفيد المتعاقد من تفادي جهة الإدارة وقوع الضرر بحسن تدبيرها، أو الحس المتقدم بالمسؤول الإداري في توحيه الحيلة بتوفير ما عجز المورد عن توريده خلال الوقت المضروب بالعقد، فهذه الأسباب ولضمان توفير عامل الثقة، وسرعة الوفاء، وتوفير الأمان والاستقرار في المعاملات؛ دعت الحاجة لخطاب الضمان لتحقيق ما تقدم وصولاً للحكمة الأصلية وهي: ضمان الجدوية وحسن النية في تنفيذ العقود الإدارية.

كما لا يخفى عظيم المنفعة على البنك المستفيد من العمولة المصرفية، فضلاً عن غطاء خطابات الضمان التي تزيد من حجم الودائع لدى البنك طيلة فترة الضمان.

أما عن المتعاقد مع جهة الإدارة فإن الخطاب يحول وتجميد أمواله النقدية التي يحتاجها لتغطية مصاريف تنفيذ عملياته التعاقدية التي التزم بها في مواجهة الإدارة.

فضلاً عن أن العمولة التي يدفعها المتعاقد للبنك هي قطعاً أقل من أرباح القرض من البنك حالة رغب المتعاقد في دفع التأمين نقداً لجهة الإدارة، وهذه من جملة المنافع التي يسعى خطاب الضمان إلى تحقيقها بين أطرافه الثلاثة: (جهة الإدارة، المتعاقد، البنك الضامن).

وبهذا يحقق خطاب الضمان مصلحة لأطرافه الثلاثة، إذ يفيد منه البنك الذي أصدره لأنه يتقاضى عمولة نظير إصداره، ويفيد منه عميل البنك لأنه يجنبه تقديم تأمين نقدي... ويفيد منه المستفيد الذي صدر الخطاب لصالحه أو على الأقل لا يضار منه لأن الخطاب يعتبر بمثابة نقود بين يديه لأنه يتضمن التزاماً صادراً من ملتزم ذي مركز مالي متين هو البنك^(٢٨).

وتشدد الحاجة إلى خطابات الضمان كلما أعوزت الحياة التعاقدية الثقة بين المتعاقدين، وهكذا نرى لخطابات الضمان مزايا عديدة:

(٢٨) د. محسن شفيق - الوسيط في القانون التجاري - طبعة ١٩٦٣ ج ٣ فقرة ٤٧٠

(أ) توفر الثقة بين المتعاقدين، فتتم صفقات لولاها ربما عجز أحد الطرفين عن إبرامها.
(ب) تغني عن استعمال النقود، لأن تقديم خطاب الضمان يعني من دفع التأمينات النقدية، وهو بذلك يؤدي - إلى حد ما - إحدى وظائف الأوراق التجارية.
(ت) تفيد الاقتصاد القومي إذ لا تؤدي إلى حبس النقود عن التداول كما يحدث في التأمينات النقدية.

(ث) تيسر على عميل البنك أعماله، إذ توفر الضمان اللازم له والثقة المنشودة دون أن يدفع نقوداً ويستطيع أن يستغل مبلغ التأمين في أي نشاط آخر، فخطابات الضمان من أهم الخدمات التي يؤديها البنك إلى عملائه لقاء أجر زهيد^(٢٩).

ورغم أهمية خطابات الضمان وكثرة الإشكالات التي يثيرها في العمل، فما زالت الأبحاث الفقهية فيه قليلة نتيجة لتحفظ البنوك على ما لديها من وثائق ومن دقائق التفاصيل بزعم أن سرية أعمالها تتطلب ذلك. وهذا وهم لأن السرية تستهدف حماية أسرار شخص معين ولا تتناول المعلومات في ذاتها. كذلك نلاحظ أن الأحكام القضائية في هذا الموضوع قليلة إلى حد الندرة لسببين:

الأول: أن البنوك كانت تلجأ دائماً في حل منازعاتها إلى وزارة المالية كلما كان الطرف الآخر في النزاع مصلحة حكومية، وقد تحله وزارة الاقتصاد بنفسها، وقد تستفتي فيه مجلس الدولة إذا تعذر عليها ذلك. وغالباً ما ينتهي النزاع بامتنال الأطراف لهذه الفتوى. لذلك كانت فتاوى مجلس الدولة في هذا الموضوع أكثر نسبياً من الأحكام القضائية.

الثاني: إن بعض البنوك تقيد التزام العميل قبلها بصدد خطاب الضمان في حساب مدين، على أنه اعتماد بالقرض، وبذلك تتحول دفعة النزاع من نزاع حول قيمة خطاب ضمان إلى نزاع حول مفردات أو رصيد حساب جار^(٣٠).

(٢٩) د. محي الدين إسماعيل، المرجع السابق، ص ٥٤،

(٣٠) المرجع السابق، ص ٥.

المطلب الثاني

أركان وشروط خطاب الضمان

أولاً: أركان خطاب الضمان (٣١).

- (١) المتعاقد، وهو بيان جوهرى ومحل اعتبار في خطاب الضمان.
- (٢) جهة الإدارة التابع لها المشروع؛ ذلك لأن العقد المطلوب لأجله الضمان لا يعتبر إدارياً من كافة الوجوه، إلا بأن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، ويتصل نشاطه بمرفق عام، فضلاً عن تضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق القطاع الخاص (٣٢).
- (٣) نوع العقد الإداري المتقدم بشأنه المتعاقد؛ لأن طبيعة العملية وحجمها محل اعتبار في تحديد النسب، فصاحب العطاء الفائز يؤدي التأمين النهائي بالنسب من خلال الحالات الآتية: عمليات شراء أو استئجار المنقولات والتعاقد على مقاولات الأعمال وتلقي الخدمات والأعمال الفنية والدراسات الاستشارية بنسبة (٥٪) من قيمة العقد، عمليات شراء العقارات: تحجز نسبة (٣٪) من الثمن، في حالة تأجير المنقولات والعقارات والمشروعات والترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات والمشروعات يقدم تأميناً نهائياً بما يعادل (١٠٪) من القيمة الكلية (٣٣).
- (٤) قيمة الضمان (المبلغ المضمون وفقاً للنسبة المنصوص عليها نظاماً).
- (٥) مدة سريان الخطاب.
- (٦) أية شروط أخرى تمكن الإدارة من تعزيز الاستيثاق في نص الخطاب.

(٣١) يتفق الركن والشرط في أن كليهما يتوقف عليه وجود الشيء وجوداً قانونياً، ويختلفان في أن الركن جزء من حقيقة الشيء وماهيته، أما الشرط فهو خارج عن حقيقة الشيء وماهيته. (شرح التوضيح على التنقيح - لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود - الناشر: مكتبة صبيح بمصر ٢/٢٦٢).

(٣٢) مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٧٦٥ لسنة ٥٠ ق جلسة ٢٥ نوفمبر سنة ٢٠٠٨ (الدائرة الثالثة) السنة الرابعة والخمسون - من أول أكتوبر ٢٠٠٨ إلى آخر سبتمبر ٢٠٠٩ ص ١١٩.

(٣٣) مادة (٤٠) من القانون ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ م.

ثانياً: شروط خِطَاب الضَّمان

- (١) أن يكون خِطَاب الضَّمان صادراً من أحد البنوك المعتمدة، بمعنى صدوره من شخص اعتباري وعليه فلا يقبل من الشخص الطبيعي.
- (٢) ألا يكون الخِطَاب مقترناً بأي قيد أو شرط، وأن تكون قيمته خالية من أية خصومات تتعلق بالضرائب، أو الرسوم، أو سداد زكاة، أو أجور عمال، أو أية نفقات أخرى. وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر الجهة الإدارية مبلغاً يوازي التأمين المطلوب، وأنه مستعد لأدائه بأكمله عند أول طلب منها دون الالتفات إلى أية معارضة من مقدم العطاء^(٣٤).
- (٣) استقلال التزام البنك قبل الإدارة عن علاقة البنك بالمتعاقد، بمعنى أنه لا أثر لدفع المتعاقد قبل البنك والناشئة عن العقد المبرم بينهما والذي أعرب فيه العميل عن طلبه في إصدار البنك لخِطَاب الضَّمان وفقاً لشروط معينة وموافقة البنك على ذلك^(٣٥).

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكم لها بأن: ضمان البنك لا يعتبر عقداً بينه وبين المستفيدين من خِطَابات الضَّمان، ولذلك فإنه لا يشترط لالتزام البنك أن يقبل المستفيدون الخِطَابات، وإنما يلتزم البنك نهائياً بمجرد إصدار الخِطَابات^(٣٦). كما قضت في حكم آخر لها بقولها: يتميز التزام البنك الناشئ عن خِطَاب الضَّمان بأنه التزام ناشئ عن إرادته المنفردة وهو

(٣٤) مادة: (٨٢) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٢٠١٨/١٨٢ م، والصادرة بقرار وزير المالية رقم ٦٩٢ لسنة ٢٠١٩ م، والمنشورة بالوقائع المصرية - العدد ٢٤٤ تابع (ب) في ٣١ أكتوبر سنة ٢٠١٩ م.

(٣٥) د. سميحة القليوبي - النظام القانوني لخِطَابات الضَّمان ص ٩١، ويرتب على ذلك أنه إذا كانت إرادة العميل مشوبة بعيب من عيوب الإرادة فإن هذا الأمر لا يؤثر على التزام البنك قبل المستفيد، إذ يبقى هذا الالتزام قائماً وصحيحاً، وإذا فرض أن العميل لم يقدم للبنك الغطاء المتفق عليه لإصدار خِطَاب الضَّمان وفسخ العقد، فإنه لا أثر لذلك أيضاً على حق المستفيد المستمد من خِطَاب الضَّمان وليس من العقد المبرم بين البنك والعميل. ينظر د. سليمان رمضان عمر - النظام القانوني لخِطَابات الضَّمان المصرفية - دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعة، الإسكندرية ٢٠٠٩ م ص ٣٤٥.

(٣٦) حكم المحكمة الإدارية العليا بالطعن رقم ٨٩٧ لسنة ٢٩ ق بتاريخ ٢٠/٧/١٩٦٣ م، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا في عشر سنوات ١٩٥٥ م - ١٩٦٥ م، مجموعة أبو شادي، ص ١٣٨٩.

أمر مستقل عن علاقة العميل بالمستفيد، أو علاقة البنك بالعميل^(٣٧). وفي هذا الإطار أفتت الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة بأنه: "... بذلك يكون لجهة الإدارة في هذه الحالة مدينان، هما المتعاقد مع الإدارة، والبنك، يلتزم كل منهما بأداء قيمة خطاب الضمان نقداً عند طلبه. ويقوم التزام الثاني إلى جانب التزام الأول، ومصدر التزام الأول معروف، وهو العقد المبرم مع الإدارة، وهو مصدر التزاماته قبلها - أما مصدر التزام البنك، فليس العقد المشار إليه - وإنما هو عقد آخر بمقتضاه وقع الاتفاق بين جهة الإدارة والمتعاقد معها والبنك، على أن - يعتبر هذا الأخير مديناً بقيمة التأمين النقدي، يلتزم بوفاء هذه القيمة مكان المتعاقد معها. وبهذا يكون التزام البنك قبل جهة الإدارة التزاماً أصلياً مباشراً ومستقلاً عن التزام المتعاقد معها^(٣٨)".

(٤) أن يكون خطاب الضمان مستحقاً لصرف ما يتضمنه من قيمة مالية فور صدوره، بمعنى أن الوفاء لا يتوقف على تحقق شرط ولا على حلول أجل^(٣٩).

المطلب الثالث

خصائص خطاب الضمان

- (١) التزام مكتوب موقع عليه من البنك الضامن، وختم الشعار... وإلا حق لجهة الإدارة رفضه وعدم قبوله.
- (٢) موضوعه دفع مبلغ معين لا شيء غيره.
- (٣) شخصي للجهة الإدارية التابع لها المشروع.
- (٤) خاص بعملية تعاقدية محددة، فلا يجوز مصادرة خطاب ضمان في عملية أخرى؛ فلا

(٣٧) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٩٣٣ لسنة ٣١ ق بتاريخ ٩/١/١٩٩٠ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الخامسة والثلاثون - العدد الأول (من أول أكتوبر سنة ١٩٨٩ إلى آخر فبراير سنة ١٩٩٠) - ص ٧٤٦.

(٣٨) مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع السنة الثامنة عشرة - (من أكتوبر سنة ١٩٦٣ إلى سبتمبر سنة ١٩٦٤) - ص ٩٣.

(٣٩) المادة (٢٢) من القانون رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ٣٩ مكرر (د) في ٣ أكتوبر ٢٠١٨ م.

يجوز للوزارة أن تخصم مستحققاتها عن عقد آخر قبل هذا المتعهد من خطاب الضمان الصادر في شأن العقد الذي انصبت عليه الكفالة والذي نفذ صحيحاً^(٤٠).

٥) لا يجوز التنازل عنه إلا بوفاء المتعاقد بالتزامه.

٦) محدد المدة، فيجب ألا تقل مدة سريانه عن ثلاثين يوماً على الأقل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاءات، وبالنسبة للتأمين النهائي يكون سريان خطاب الضمان لمدة تبدأ من وقت إصداره إلى ما بعد انتهاء مدة العقد بثلاثة أشهر، إلا إذا اتفق على غير ذلك^(٤١).

وتجدر الإشارة إلى صيغة خطاب الضمان والتي تضمنتها المادة: (٢٥٢) من اللائحة المالية للموازنة والحسابات على الصيغة التي يتعين أن يحرر بها خطاب الضمان وذلك على النحو الآتي: السيد/... نتعهد بأن نضمن السيد/... في مبلغ... من قيمة العطاء المقدم عنه عن توريد أو مقاوله... لوزارة/ مصلحة... أننا مستعدون لأداء هذا المبلغ للوزارة أو المصلحة عند أول طلب منها دون الالتفات إلى أية معارضة في ذلك من قبل صاحب/ أصحاب العطاء، وهذه الضمانة تظل نافذة المفعول لغاية... سنة.... وللجهة الصادر لصالحها الضمانة الحق في تجديد سريانه لمدة أخرى أو أكثر. تحريراً في//^(٤٢).

المطلب الرابع أنواع خطاب الضمان

تتعدد خطابات الضمان تبعاً لعدة حيثيات معتبرة، فمن حيث عدد جهات الإصدار تنقسم إلى خطابات صادرة من بنك واحد، وخطابات صادرة عن عدة بنوك. ومن حيث البنك

(٤٠) قاعدة رقم (٦٤) فتوى رقم: (١٣٨) بتاريخ ١١/٢/١٩٦١م ملف رقم (١٩/١/٧٨) مجموعة مبادئ الجمعية العمومية بشأن العقود الإدارية منذ نشأتها ١٩٤٦م إلى ٢٠٠٥م.

(٤١) مادة: (٨٢) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨م، والصادرة بقرار وزير المالية رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩م.

(٤٢) د. صلاح الدين فوزي- قانون المناقصات والمزايدات المشاكل العملية والحلول القانونية- دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة للعقود الإدارية، الناشر: دار النهضة العربية ٢٠١٠م ص ١٧١.

المصدر تنقسم إلى محلي، ومحلي معتمد خارجي، وأجنبي. ومن حيث الموضوع تنقسم إلى خطابات متعلقة بالعقود الإدارية محل الدراسة، وخطابات متعلقة بغير العقود الإدارية، كخطابات الجمركية وخطابات الضمان المصرفية حالة عدم وجود سندات للشحن، وخطابات الضمان المهنية، وخطابات ضمان توقي الحجز على السفن... وهي جميعها (المتعلقة بغير العقود الإدارية) خارج إطار الدراسة، هذا وسوف نفرّد لكل تقسيم مساحة بما تكفل تسليط الضوء عليه، وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً: خطابات الضمان من حيث الموضوع:

لما كانت خطابات الضمان موضوعها العقود الإدارية وغيرها كخطابات الجمركية وتوقي الحجز على السفن وغيرها فهذه جميعها تخرج عن موضوع دراستنا، لذا سنتناول بيان ما يتعلق بخطابات ضمان العقود الإدارية دون غيرها وذلك على النحو الآتي:

(أ) خطاب الضمان الابتدائي أو المؤقت:

La caution provisoire appelée aussi caution de soumission

وتبدو أهمية هذا النوع من خطابات الضمان فيما يتعلق بعمليات المناقصات والمشتريات التي تطرحها الجهات الحكومية، والتي تشترط فيها على كل من يتقدم للعطاء والدخول في المزايدة أن يضمن عرضه خطاب ضمان بنكي بنسبة من قيمة أسعار العطاء المطروح، وذلك لضمان جدية المتعاقد المتقدم بالعطاء، وصدق التزامه بتوقيع عقد التنفيذ متى رسا عليه العطاء، وهذا النوع من أكثر أنواع خطابات الضمان شيوعاً، وتنتهي صلاحيته بمجرد رسو العطاء على أحد المتقدمين.

فطبقاً لقانون تنظيم التعاقدات التي تُبرمها الجهات العامة الجديد تحدد السلطة المختصة مبلغ التأمين المؤقت ضمن شروط الطرح، ويجب تقديره دون مبالغة وبها لا يجاوز النسبة المنصوص عليها قرين العمليات الآتية:

" ١- في عمليات شراء أو استئجار المنقولات والتعاقد على مقاولات الأعمال وتلقي الخدمات والأعمال الفنية والدراسات الاستشارية: نسبة (٥, ١٪) من القيمة التقديرية وبها يتماشى مع طبيعة العملية وحجمها، وفي حالة الطرح في مجموعات متجانسة يحسب التأمين المؤقت لكل مجموعة بذات النسبة.

٢ - في عمليات شراء أو استئجار العقارات: نسبة (٥, ٠٪) من القيمة التقديرية للعمليات المطروحة.

٣ - في عمليات بيع وتأجير المنقولات والعقارات والمشروعات والترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات والمشروعات: يتم تحديد مبلغ التأمين المؤقت حسب طبيعة وأهمية المزايدة. وفي جميع الأحوال، يجب أن يكون التأمين المؤقت ساريًا لمدة ثلاثين يومًا بعد تاريخ انتهاء مدة صلاحية سريان العطاء أو تاريخ انتهاء مدة صلاحيته "٤٣".

ولا يلزم في النظام السعودي تقديم الضمان الابتدائي في الحالات الآتية:

١. الشراء المباشر.

٢. المسابقة.

٣. تعاقدات الجهات الحكومية فيما بينها.

٤. التعاقد مع مؤسسة أو جمعية أهلية أو كيان غير هادف إلى الربح

٥. التعاقد مع المنشآت الصغيرة والمتوسطة المحلية (٤٤).

(ب) خِطَابُ الضَّمانِ النَّهائِيِّ: Caution définitive ou letter de garantie définitive

يقوم المتعاقد مع الإدارة باستبدال خِطَابِ الضَّمانِ الابتدائي بخِطَابِ نهائي عند رسو العطاء أو المناقصة عليه، وقيامه بالتوقيع على العقد الخاص بالتنفيذ. ويحدد القانون قيمة هذا الخِطَابِ، وتستمر صلاحيته للمدة المتفق عليها في العقد حتى يتحقق المستفيد من حسن التنفيذ وسلامة الأداء للعقود المبرمة. وتصبح مصادرة الضَّمانِ واجبة في حال تخلف العميل عن الوفاء

(٤٣) مادة: (١٦) من القانون رقم: ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م بإصدار قانون تنظيم التَّعاقُذاتِ اللَّيِّ تُبرِمها الجِهاَتُ العامَّةُ، والمنشور بالجريدة الرسمية - العدد: ٣٩ مكرر (د) - السنة الحادية والستون ٢٣ المحرم سنة ١٤٤٠هـ، الموافق ٣ أكتوبر سنة ٢٠١٨م.

(٤٤) مادة (٤٢) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية رقم (م/١٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ فـدعماً للمنشآت الصغيرة والمتوسطة بحزمة من الحوافز تم الإعفاء من تقديم الضمان الابتدائي والاكْتفاء بتعهد مكتوب بالالتزام بالمنافسة، وكذا الجمعيات الأهلية والكيانات غير الهادفة للربح، والاستفادة من القوة الشرائية الحكومية الموسرة والمضمونة.

بالتزاماته في إنجاز المشروع أو تنفيذ العقد. وبذلك تضمن جهة الإدارة تفادي أية مشاكل، أو تحمل خسائر مع المتعاقد معها متى أوفق في الوفاء بالتزاماته التعاقدية

وفي هذا ينص قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة على أن: "صاحب العطاء الفائز يؤدي التأمين النهائي بالنسب وخلال المدد بالأحكام المبينة قرين الحالات الآتية:

١ - عمليات شراء أو استئجار المنقولات والتعاقد على مقاولات الأعمال وتلقي الخدمات والأعمال الفنية والدراسات الاستشارية، خلال عشرة أيام عمل بنسبة (٥٪) من قيمة العقد تبدأ من اليوم التالي لإخطاره بقبول عطاءه، وبالنسبة للعقود التي تبرم مع متعاقد في الخارج يكون الأداء خلال عشرين يوم عمل، ويتم الإخطار بكتاب يرسل بخدمة البريد السريع عن طريق الهيئة القومية للبريد، معه تعريضه في ذات الوقت بالبريد الإلكتروني أو الفاكس بحسب الأحوال، ويجوز بموافقة السلطة المختصة منح مهلة إضافية للأداء بما لا يجاوز عشرة أيام عمل.

وفي حالات التعاقد بالاتفاق المباشر والتي تتطلب بحسب طبيعتها ضمان المتعاقد لسلامة محل التعاقد، فيحجز ما يعادل نسبة (٥٪) من مستحقاته.

ولا يحصل من صاحب العطاء الفائز التأمين النهائي إذا ورد جميع الأصناف التي رسا عليه توريدها، وقبلتها الجهة الإدارية بصفة نهائية خلال المهلة المحددة لأداء التأمين النهائي، وذلك إذا لم يكن لهذه الأصناف مدة ضمان، أما في الحالات التي تتطلب طبيعتها ضمان المتعاقد لسلامة محل العقد فيتم خصم نسبة (٥٪) من مستحقاته.

٢ - عمليات شراء العقارات: تحجز نسبة (٣٪) من الثمن، وترد إلى البائع فور التسجيل أو مضي عام من تاريخ تسليم العقار للجهة الإدارية أيها أبعد لمواجهة إصلاح أي عيوب قد تظهر خلال هذه المدة.

٣ - حال بيع المنقولات، يجب على من ترسو عليه المزايدة أن يسدد نسبة (٣٠٪) من قيمة ما تمت ترسيته عليه فور الرسو.

٤ - عمليات بيع العقارات والمشروعات: يجب على من ترسو عليه المزايدة أن يسدد نسبة (١٠٪) من قيمة ما تمت ترسيته عليه فور الرسو.

٥ - في حالة تأجير المنقولات والعقارات والمشروعات والترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات والمشروعات: يجب على من يرسو عليه المزداد في العقود التي لا تزيد مدتها على ثلاث سنوات أن يقدم تأميناً نهائياً بما يعادل (١٠٪) من القيمة الكلية الرأسي بها المزداد عن مدة العقد بالكامل وذلك فور رسو المزداد، ويجب أن يظل التأمين سارياً طوال مدة العقد، فإذا زادت مدة العقد على ثلاث سنوات يُحسب التأمين النهائي الواجب تقديمه بواقع (١٠٪) من قيمة العقد عن الثلاث سنوات الأولى، ويجدد هذا التأمين قبل بداية الثلاث سنوات التالية أو الفترة المتبقية من العقد أيهما أقل، وذلك بمراجعة الزيادة السنوية في قيمة التعاقد المنصوص عليها بالعقد.

ويكون التأمين النهائي ضامناً لتنفيذ العقد، ويجب رده أو ما تبقى منه فور انتهاء مدة الضمان المحددة بالعقد بغير طلب خلال عشرة أيام عمل ما لم تُعدل مدة التعاقد، وإلا التزمت الجهة الإدارية بأن تؤدي للمتعاقد قيمة المصاريف البنكية لتجديد خطاب الضمان وتكلفة التمويل أو الفائدة المستحقة عن فترة التأخير في الرد وفقاً لسعر الائتمان والخصم المعلن عن البنك المركزي، ويحال التسبب للتحقيق مع تحميله بقيمة ذلك. وإذا تجاوزت قيمة التأمين المؤقت التأمين النهائي وجب ردّ الزيادة فوراً بغير طلب. وفي جميع حالات عدم السداد يكون التأمين المؤقت من حق الجهة الإدارية" (٤٥).

ويصبح التأمين النهائي حقاً لجهة الإدارة في جميع حالات فسخ العقد، وحالات تنفيذ العقد على حساب المتعاقد، وحالات إنهاء العقد (بالنسبة لعقد التوريد) (٤٦).

وفي المملكة العربية السعودية "يجب على من تتم الترسية عليه تقديم ضمان نهائي بنسبة (٥٪) من قيمة العقد، وذلك خلال (خمسة عشر) يوم عمل من تاريخ إبلاغه بالترسية. ويجوز للجهة الحكومية تمديد هذه المدة لمدة ماثلة. وإن تأخر عن ذلك فلا يُعاد إليه الضمان الابتدائي، ويتم التفاوض مع العرض الذي يليه، وفقاً لأحكام النظام، وتجاوز زيادة نسبة الضمان بعد موافقة الوزير (٤٧)".

(٤٥) مادة (٤٠) من قانون تنظيم التعاقدات التي تُبرمها الجهات العامة رقم: ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م.

(٤٦) د. صلاح الدين فوزي - المرجع السابق ص ١٧٢.

(٤٧) مادة (٦١/١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي، يخفض الضمان النهائي في عقود الخدمات =

ويلتزم صاحب العرض - إذا كان من المنشآت الصغيرة والمتوسطة المحلية - بدفع غرامة مالية إلى الجهة الحكومية تساوي قيمة الضمان الابتدائي، وذلك إذا قام بسحب عرضه قبل انتهاء مدة سريان العروض، أو إذا لم يقدم الضمان النهائي في حال تمت الترسية عليه. وفي حال مرور (ستين) يوماً من تاريخ سحب عرضه، أو من تاريخ انتهاء مهلة تقديم الضمان النهائي دون أن يقوم بدفع الغرامة المالية المقررة يعاقب بمنعه من التعامل مع الجهات الحكومية لمدة سنة (٤٨).

(ج) خطاب ضمان الدفعة المقدمة: Caution en remboursement des avances

خروجاً عن الأصل العام وهو أن دفع مقابل العمل يكون بعد تمامه ثمة حالات يكون الدفع فيها مقدماً كالأجرة في عقد الإجارة، والثمن في عقد السلم، وكحالة أن يكون المشروع المطلوب تنفيذه كبيراً ويحتاج إلى إمكانات مالية عالية غير متاحة للمتعاقد، فيتم الاتفاق بين المتعاقد (الذي يقوم بالتنفيذ) وجهة الإدارة (الجهة صاحبة المشروع) على قيامها بالتمويل عن طريق تسليم المتعاقد دفعات مقدمة على ذمة المشروع؛ وذلك لتوفير السيولة النقدية اللازمة، ليتمكن المتعاقد من تنفيذ العطاء الذي رسا عليه، وحتى تضمن جهة الإدارة التزام المتعاقد بإعادة الدفعة المقدمة في حال الإخلال بالتنفيذ، فتطلب منه تقديم خطاب ضمان مصر في لهذا الغرض. ويتم تخفيض هذا الضمان بنسبة متساوية مع مراحل التنفيذ للمشروع موضع الضمان.

وطبقاً لقانون تنظيم التعاقدات التي تُبرمها الجهات العامة الجديد (١٨٢/١٨٢م) يجوز للجهة الإدارية المتعاقدة بموافقة السلطة المختصة صرف دفعة مقدمة من قيمة التعاقد مقابل خطاب ضمان بنكي معتمد دون أي قيد أو شرط بالقيمة والعملية ذاتها، بشرط تضمين كراسة الشروط والمواصفات نسبة الدفعة وطلب تحديد أوجه صرفها، ويتم استنزال قيمة الدفعة المقدمة مما يتم صرفه للمتعاقد مقابل تخفيض قيمة خطاب ضمان الدفعة المقدمة بالنسبة ذاتها. وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون نسب وإجراءات صرف الدفعة المقدمة للمتعاقد، ويجوز

= ذات التنفيذ المستمر سنوياً بحسب ما يتم تنفيذه من الأعمال، على ألا يقل الضمان في جميع الأحوال عن (٥٪) من قيمة الأعمال المتبقية من العقد. (ينظر المادة (٦٢) من نظام المنافسات السعودي م/ ١٢٨ لسنة ١٤٤٠هـ).
(٤٨) مادة (٦١/٢) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي.

تجاوز تلك النسب بموافقة وزير المالية^(٤٩).

وفي السعودية " يجوز للجهة الحكومية صرف دفعة مقدمة للمتعاقد بها لا تتجاوز نسبة (١٠ %) من القيمة الإجمالية للعقد، وفقاً للشروط الآتية:

١- تصرف قيمة الدفعة المقدمة بعد تقديم المتعاقد الضمان الخاص بها، وتستوفى من مستحقاته على دفعات بنسبة مساوية للنسبة المثوية للدفعة المقدمة، وذلك من قيمة كل مستخلص، اعتباراً من المستخلص الأول.

٢- لا يجوز صرف دفعة مقدمة عند تمديد العقود القائمة، أو التكليف بأعمال إضافية.

٣- يجوز للجهة الحكومية تجزئة الدفعة المقدمة وصرفها للمتعاقدين على دفعات^(٥٠).

وعليه يمكن القول بأن الدفعة المقدمة هي مبلغ مالي يتم صرفه كدفعة مقدمة للمتعاقد تصرفها له الإدارة بعد التعاقد مباشرة، وتكون قيمة تلك الدفعة محددة بالعقد، والضامن في هذا الأمر هو تسليم المتعاقد للجهة الإدارية خطاب ضمان بنكي بنفس قيمة الدفعة المقدمة ليضمن للإدارة حسن النية، وتستطيع الأخيرة تسهيل خطاب الضمان - صرفه من البنك - في أي وقت متى استشعرت عدم جدية المتعاقد في تنفيذ المشروع.

(د) خطاب ضمان الأشياء المعارة للمقاول:

Caution en garantie de biens mis ala disposition des titulaires de marches

تصدر هذه الضمانات في الحالات التي تعبر فيها الجهة الإدارية صاحبة المشروع إلى المقاول آلات أو معدات أو نماذج لإنجاز العقد المعهود به إليه، ويكون الغرض من الخطاب ضمان رد الأشياء المعارة بحالتها عند انتهاء العملية التعاقدية مع الإدارة^(٥١).

(٤٩) مادة (٤٤) من القانون المصري رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ م.

(٥٠) مادة (١٠٨) من لائحة المنافسات والمشتريات الحكومية السعودية رقم (١٢٤٢) وتاريخ ٢١/٣/١٤٤١ هـ (٥١) د. سليمان رمضان عمر - النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية - دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٩ م ص ٥١، د. محي إسماعيل - المرجع السابق ص ٢٣، د. علي جمال الدين عوض - النظام القانوني لخطابات الضمان، مجلة المحاماة، العدد السابع، السنة الأربعون مارس ١٩٦٠ م ص ١٧١٢.

Read More at: <https://accdiscussion.com/acc5794.html>

(هـ) خطابُ ضمان نظر الشكاوى والمخالفات والتظلمات:

في النظام السعودي يقدم المتظلم ضماناً يساوي نصف قيمة الضمان الابتدائي، يعاد إليه إذا ثبت صحة تظلمه، وسواء أكانت تظلمات للمتنافسين من قرار الترسية أو من أي قرار أو إجراء تتخذه الجهة الحكومية قبل قرار الترسية، أو تظلمات للمتعاقد معهم من قرارات تقييم الأداء، أو تظلمات للنظر في طلبات تعديل الأسعار وفقاً لأحكام المادة (الثامنة والستون) من النظام^(٥٢).

ثانياً: خطابُ الضمان من حيث عدد جهات الإصدار:

(أ) خطابات ضمان صادرة من بنك واحد، وهي الأصل في خطابات الضمان.

(ب) خطابات ضمان صادرة من عدة بنوك، ويُلجأ إليها لتجزئة المخاطر بين البنوك الضامنة، وغالباً ما تكون في عقود الأشغال العامة المرتبطة بالمرافق القومية الضخمة كمشروعات البنية التحتية، والمشروعات الصناعية.

ثالثاً: خطابُ الضمان من حيث البنك المصدر:

تنقسم إلى خطابات ضمان محلية، ومحلية معتمدة على قوة خطاب ضمان خارجي، وخطابات ضمان أجنبية، وذلك على النحو الآتي:

(أ) خطابُ ضمان محلي، ويصدر من بنك محلي بضمانات محلية سواء أكانت نقدية أو عينية، أو كفيل محلي يكفله، ولا يقترن الخطاب بأي قيد أو شرط، وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر الجهة الإدارية مبلغاً يوازي التأمين المطلوب وأنه مستعد لأدائه بأكمله عند أول طلب منها دون الالتفات إلى أية معارضة من مقدم العطاء^(٥٣).

(ب) خطابُ ضمان محلي معتمد على خطاب ضمان خارجي، ويكثر هذا النوع من الخطابات

(٥٢) مادة (٨٦) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية رقم (م/١٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ

(٥٣) مادة (٣١) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقبات التي تُرِمها الجهات العامة، والصادرة بقرار وزير المالية رقم ٦٩٢ لسنة ٢٠١٩م، والمنشورة بالوقائع المصرية العدد ٢٤٤ (ب) في ٣١ أكتوبر سنة ٢٠١٩م. وتعادل المادة ٧٠ في الفصل الثاني من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨م.

في المشروعات التي يشارك فيها متعاقدٌ أجنبيٌّ.

(ج) خَطَابُ الضَّمانِ الأجنبي، وتقبل خَطَّابَات الضَّمان من البنوكِ الخارِجِيَّة بشرطِ التَّأشيرِ عليها بالقبولِ من أحدِ المصارفِ المحليَّة المعتمدة على أن يتعهد المصرف المحلي بأن يدفع للجهة الإدارية مبلغاً يوازي التَّأمين المطلوب، وأنه ملتزم بأدائه بأكمله عند أوَّل مُطالبته دون الالتفاتِ إلى أية معارضة من صاحبِ العطاء^(٥٤).

وفي هذا المقام بالمملكة العربية السعودية: "١- يجوز للجهة الحكومية قبول الضمان البنكي الصادر من بنك أجنبي بشرط أن يكون معتمداً من مؤسسة النقد العربي السعودي، وذلك في الحالات التي لا يتمكن فيها المتنافس من تقديم ضمان من بنك سعودي أو بواسطته في الأعمال والمشتريات التي تنفذ خارج المملكة.

٢- إذا قدم الضمان من بنك أجنبي بواسطة أحد البنوك المحلية، فيجب على البنك المحلي الالتزام بشروط وقواعد الضمانات البنكية المحددة بموجب النظام وهذه اللائحة.

٣- يجب على الجهة الحكومية التأكد من صحة كافة الضمانات المقدمة - بموجب النظام وهذه اللائحة - فور تلقيها تلك الضمانات، وذلك من خلال البنوك مصدرة الضمانات.

٤- يجوز أن يقدم الضمان من عدة بنوك، يلتزم بموجبه كل بنك بأداء نسبة محددة من قيمة الضمان.

٥- يكون الضمان واجب الدفع عند أول طلب من جانب الجهة الحكومية دون الحاجة إلى وجود حكم قضائي أو قرار من هيئة تحكيم.

٦- يجب أن يكون الضمان غير مشروط وغير قابل للإلغاء، وأن تكون قيمته خالية من أية حسومات تتعلق بالضرائب أو الرسوم أو أي نفقات أخرى.

٧- يجب أن يكون لدى الجهة الحكومية سجلات خاصة لمراقبة الضمانات المقدمة من المتعاقدين معها ومتابعة إجراءات طلب تمديد سريانها أو مصادرتها أو الإفراج عنها.

(٥٤) مادة (٨٢) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تُبرمها الجهات العامة.

٨- يجوز استبدال الضمانات البنكية من بنك لآخر، على ألا يفرج عن الضمان إلا بعد الحصول على الضمان البديل" (٥٥).

المبحث الثاني

مظاهر سلطة الإدارة على خطاب الضمان

في مستهل الحديث عن مظاهر سلطة الإدارة نعرض لهذه المظاهر من خلال بحث عدة فرضيات، كعدم قيام المتعاقد بتقديم خطاب الضمان، أو إمكانية تعديل هذا الخطاب، أو مدد أجله، أو استعجال المطالبة بقيمته، أو مصادرتة، أو الحجز على قيمته تحت يد البنك، أو وضعه تحت الحراسة، وذلك على التفصيل الوارد في المطالب الآتية:

المطلب الأول

تعديل ومدد أجل خطاب الضمان

أولاً: تعديل خطاب الضمان

تعهد البنك في خطاب الضمان المستقل هو متطلب لتقديم المتعاقد لوثائق العطاء في التأمين الابتدائي، أو لصدور قرار جهة الإدارة بالترسية في التأمين النهائي، فجهة الإدارة ليست طرفاً في علاقة عقدية بينها وبين البنك حتى تنشأ التزامات متبادلة، وإنما حق الإدارة هنا جاء نتيجة الإرادة المنفردة التي عبر فيها البنك عن إرادته في ضمان المتعاقد، وبذا فلا يشترط لصحة الإجراء قبول جهة الإدارة لخطاب الضمان بقدر ما يشترط عدم اعتراضها عليه، وهنا يفرق بين أمرين، أو لاهما: إصدار خطاب الضمان، وثنائهما: قبول جهة الإدارة للخطاب.

فمتى لم تُعلن جهة الإدارة بخطاب الضمان فللمتعاقد مع البنك كامل الصلاحية في التفاوض البنكي، وللأخير (البنك) كافة ما يراه في ضمان حقه من المتعاقد، لكن بمجرد إخطار جهة الإدارة بضمائها للمتعاقد يمتنع إجراء أي تعديل على هذا الخطاب، كما يمتنع على المتعاقد طلب التعديل من البنك أو الاتفاق معها على إجراءاته؛ وذلك لما ينطوي عليه الإجراء من

(٥٥) مادة (١٠٥) من اللائحة التنفيذية رقم (١٢٤٢) وتاريخ ٢١/٣/١٤٤١هـ.

مساسٍ خطيرٍ بقيمة الخطاب ومدته، وموضوعه من وجه، ولتعلق الارتباط بعلاقة ثلاثية (جهة الإدارة - البنك - المتعاقد) من جهة أخرى، وبذا فلا يصح التعديل إلا بعد الرجوع إلى جميع الأطراف أصحاب العلاقة أنفي البيان.

لذا جاء تعبير المنظم السعودي بصيغة: "...تعين على لجنة فحص العروض - قبل التوصية بالترسية على مقدم الضمان الناقص - أن تطلب منه استكمال النقص في الضمان خلال مدة تحددها، وإلا عد منسحباً ولا يعاد له الضمان الابتدائي، ولا يعد اليوم أو اليومان نقصاً في مدة الضمان...." (٥٦). ليقطع الطريق أمام جهة الإدارة في أي تعديل أو صلاحية تقديرية أمام موقف المتعاقد في استكمال الضمان أو انسحابه.

ثانياً: تمديد خطاب الضمان

من المحتمل ألا ينتهي الغرض الذي استوجب خطاب الضمان قبل انتهاء أجل صلاحيته، كما إذا توافرت أسباب مقبولة لتمديد قبول العروض، أو العدول عن قرار إلغاء المنافسة، فيلزم جهة الإدارة مخاطبة المتنافسين لتمديد مدة سريان عروضهم، والضمان الابتدائي.

وأيضاً إذا مضت مدة الخطاب دون أن تنتهي العملية التي التزم المتعاقد بإنجازها، فإن الأخير يطلب من البنك تمديد خطاب الضمان النهائي لفترة أخرى، مع ملاحظة الآتي:

١- إن ذلك لا يقيّد الإدارة فلها أن تتمسك بدفع قيمة الخطاب، وأن ترفض التجديد الصادر لصالحه.

٢- إن البنك غير ملزم بإجراء التجديد، بل له أن يقدر موقف المتعاقد كما لو كان يصدر خطاب الضمان لأول مرة.

٣- يجب على المتعاقد أن يتقدم إلى البنك بطلب امتداد خطاب الضمان قبل انتهاء مدته، فإذا تراخى إلى ما بعد انتهاء المدة تعين إصدار خطاب ضمان جديد (٥٧).

(٥٦) المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الصادرة بقرار وزير المالية رقم (١٢٤٢) وتاريخ ٢١/٣/١٤٤١هـ.

(٥٧) د. محي الدين إسماعيل، المرجع السابق ص ٨٠، د. محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري فقرة ٤٧٢، د. علي =

وهو ما نحتة المحكمة الإدارية العليا بقولها: ويجوز للعميل أن يأمر البنك بمصدر الخطاب مد أجله فترة أخرى، ويتم ذلك عادةً إذا كان التزام العميل قبل الاستفادة لم ينته بعد ووافق المستفيد (جهة الإدارة) على منحه مهلة أخرى لإتمام التنفيذ^(٥٨).

وتأسيساً على ما سبق هل يحق لجهة الإدارة مطالبة البنك بامتداد خطاب الضمان؟ وللإجابة على هذا التساؤل يلزم التفرة بين حالتين:

الحالة الأولى: طلب التمديد في فترة الصلاحية، وفيها يحق للإدارة طلب التجديد من البنك مباشرة^(٥٩)، وإن كان الأولى أن يوجه طلب الامتداد من جهة الإدارة إلى المتعاقد، وعلى إثره يقوم الأخير بمد صلاحية الخطاب من البنك متى كان في إطار فترة الصلاحية وبالضمانات التي يتفقان عليها (المتعاقد والبنك) بعيداً عن جهة الإدارة.

وفي هذا أفتت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة بأنه: "بتاريخ ١٢ من أكتوبر سنة ١٩٥٨ قامت مراقبة الحسابات بالوزارة بمطالبة بنك ... بتجديد أو سداد قيمة خطابي الضمان قبل انتهاء مفعولهما، إلا أن البنك لم يقيم بالتجديد أو السداد، كما طالبت البنك في ١٨ من مايو سنة ١٩٦٠ بتعديل اسم المستفيد من خطابي الضمان المشار إليهما بجملة: "الإدارة العامة لاستيراد المواد التموينية بدلاً من وزارة الاقتصاد" نظراً لتبعية تلك الإدارة لوزارة التموين طبقاً لقرار رئيس الجمهورية رقم ٢١٨٥ لسنة ١٩٥٨ م. غير أن البنك لم يقيم بإجابة المراقبة إلى طلبها هذا وذلك، واستند في ذلك إلى أن شركة ... نازعت في حق وزارتي التموين والاقتصاد في المطالبة بقيمة خطابي الضمان إذ إن التعاقد المبرم معها يقضي بأن التسليم يكون

=شطناوي، النظرية العامة للعقود الإدارية ص ٩٤، ١١٣.

(٥٨) حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ٩ من يناير سنة ١٩٩٠ الطعن رقم ١٩٣٣ لسنة ٣١ قضائية مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الخامسة والثلاثون - العدد الأول (من أول أكتوبر سنة ١٩٨٩ إلى آخر فبراير سنة ١٩٩٠) - ص ٧٤٦

(٥٩) خلافاً لما جاء في بعض أحكام المحكمة الإدارية العليا: "... ولا يجوز أن يصدر الأمر بامتداد خطاب الضمان من المستفيد ذلك أن التزام البنك بإصدار خطاب الضمان ما هو إلا تطبيق للأثر المترتب على عقد الاعتداء بالضمان المبرم بين البنك والعميل". الطعن رقم ١٩٣٣ لسنة ٣١ ق ينظر مجموعة المبادئ القانونية عالية.

نهائياً في ميناء الشحن وأنها قد وفّت بهذا الالتزام كاملاً. ولهذا رفعت ضد وزارتي التموين والاقتصاد والبنك دعاوى أمام القضاء الإداري بمجلس الدولة تطلب الحكم بعدم أحقية الوزارتين في صرف قيمة خطّابي الضمان. ولما كانت وزارة الاقتصاد ترى أنه لاحق للبنك المذكور في أن يستند إلى مثل هذه الحجة، ليمتنع عن تنفيذ تعهده الذي تضمنه خطّابا الضمان الصادران منه - فقد أعادت مطالبته بأداء قيمة التأمين المشار إليه، ولكنه أصر على موقفه. وأخذاً بالأصول المتقدم بيّنها - يكون الحكم: أن من حقّ وزارة الاقتصاد أن تقتضي من بنك ... قيمة خطّابي الضمان الصادرين منه، كتأمين نهائي عن عملية توريد ... وقدر هذه القيمة ٢٨٨٠٠ جنية. ولا يقبل من البنك ما دفع به من أن ثمة منازعة قائمة بين المتعاقدين من الإدارة لتوريد البن المشار اليه، وبين جهة الإدارة، حول استحقاق هذه الجهة لاقتضاء أية مبالغ منه، إذ إن ذلك مما لا أثر له في خصوص استحقاق جهة الإدارة لاقتضاء المبالغ المبيّنة في خطّابي الضمان الصادرين من البنك، إذ إن التزام البنك بأداء هذه المبالغ هو على ما سلف البيان التزام مجرد، فلا يجوز للبنك أن يدفع قبل جهة الإدارة، بما يكون متعلقاً بمصدر التزام المتعاقدين معها من دفع، تدور حول تنفيذ هذا الأخير للعقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة. لهذا انتهى رأي الجمعية إلى التزام بنك ... بأداء المبلغ المبيّن في خطّابي الضمان الصادرين منه، لصالح وزارة الاقتصاد حالاً، ما دامت الوزارة قد طلبت منه أداء هذه المبالغ^(٦٠).

كما أفتت الجمعية العمومية أيضاً بأن: "انتهاء ميعاد الكفالة لا يسري في حقّ الهيئة (الإدارة)، ويتعين على البنك أداء قيمة الكفالة نقداً مادام أنه لم يقم باستعمال حقه التّخيري في مدة صلاحية الكفالة حسبما طلبت منه الهيئة بما يجعله مسؤولاً عن الالتزام الأصيل وهو أداء قيمة الكفالة نقداً^(٦١)".

(٦٠) مجموعة المبادئ القانونيّة التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع السنة الثامنة عشرة - (من أكتوبر سنة ١٩٦٣ إلى سبتمبر سنة ١٩٦٤) ص ٩٣
(٦١) وأفتت إدارة الفتوى والتشريع لوزارة الاقتصاد بأن المتعاقدين لا يعتد بأية معارضة منه في دفع قيمة الضمان مادامت المطالبة صدرت في الميعاد المحدد، وعلى ذلك فلا تكون ثمة حاجة لموافقة على مد صلاحية خطّاب الضمان وهو أقل وزناً من دفع قيمة الضمان. ينظر د. راغب حبشي - خطّابات الضمان من الوجهة العملية، محاضرة بمعهد الدراسات المصرفية، القاهرة، للعام الدراسي الخامس عشر سنة ١٩٦٨ م - ١٩٦٩ م ص ٢١.

وإن كان بعض الفقه يرى أنه ليس من الصواب أن ترسل الإدارة مطالبتها للبنك متضمنة التّخيير بين الدّفع والتّجديد، لأنّ طلب الدّفع يختصّ به البنك دون المتعاقّد، وطلب التّجديد يختصّ به المتعاقّد دون البنك. لهذا يجب أن ينظر البنك طلب الدّفع مستقلاً من حيث مدى استحقاق الإدارة له، وللبنك أن يطلب التّجديد إلى العميل المتعاقّد مع طلب الدّفع، فإن اختار المتعاقّد التّجديد كان للبنك أن ينظر فيه، لأنّ التّجديد لا يتم إلا باجتماع إرادة البنك والمتعاقّد. كما أنّ إعطاء الإدارة الحقّ في طلب التّجديد يرتب لها أن تمدّ الأجل الفاسخ لالتزام مدينها، وهذا يتعارض مع قاعدة أن الأجل مقرر أصلاً لمصلحة المدين (٦٢).

الحالة الثانية: طلب التّمديد بعد فوات فترة الصّلاحية، ويكون التّوصيف الأمثل والحال هذه إنه بمثابة إصدار خطاب ضمان جديد، وبذا فلا يجوز لجهة الإدارة التواصل مباشرة مع البنك لطلب التّمديد، ولا يحقّ للأخير (البنك) الاستجابة لطلب التّمديد دون الرجوع إلى المتعاقّد وإلا تحمّل مسؤولية الوفاء الخاطيء.

وذهب بعض الفقه إلى صحّة تمديد الخطاب دون طلب المتعاقّد استناداً إلى فكرة تصرف الفضولي، فيملك البنك على حدّ قولها الرّجوع على المتعاقّد بدعوى الفضالة لقيامه بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك، فالفضالة تتوافر ولو كان الفضولي في أثناء قيامه بشأن لنفسه قد تولى شأن غيره، لما بين الشّائين من ارتباط لا يمكنه معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر (٦٣). غير أن محكمة النقض قد كفتنا مؤنة نظر تمديد البنك لخطاب الضّمان تلقائياً دون موافقة المتعاقّد بقولها: وحيث إن هذا النعي غير سديد (مدّ أجل خطاب الضّمان دون موافقة المتعاقّد تأسيساً على أحكام الفضالة)، ذلك أنه وإن كان البنك مصدر خطاب الضّمان يلتزم بسداد قيمته على المستفيد بمجرد مطالبة بذلك أثناء سريان أجله دون حاجة إلى الحصول على موافقة العميل،

(٦٢) د. محسن شفيق - المرجع السابق فقرة ٤٧٦، د. محي إسماعيل - المرجع السابق ص ٨٢. د. رياض ناظم - المرجع السابق ص ٤٦. ولعل مرجع الإدارة في ذلك نص المادة (٢٥٣) من اللائحة المالية للميزانية والحسابات التي تنص على أنه: إذا رأت المصلحة أن الأمر يتطلب الاحتفاظ بالتأمين لمدة أطول من المدة المحددة لصلاحيّة خطاب الكفالة فيتعين مخاربة البنك الذي أصدر الكفالة لاختيار أحد طريقين: إما تجديد مدتها للفترة المطلوبة أو دفع قيمتها نقداً.
(٦٣) د. سميحة القليوبي - الأسس القانونيّة لعمليات البنوك، طبعة القاهرة ١٩٩٢ م ص ٤٧٨.

إلا أنه لا يسوغ للبنك مد أجل خَطَاب الضَّمان إلا بموافقة العميل (المتعاقد)^(٦٤).

وفي المملكة العربية السعودية تقوم الجهة الحكومية بطلب تمديد الضمان الابتدائي لمن رست عليه الأعمال متى كان تاريخ انتهاء مدة سريانه قبل تقديم الضمان النهائي^(٦٥).
وتمدد الجهة سريان الضمان النهائي قبل انتهاء مدته في عقود الإنشاءات إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ أعمال الصيانة والضمان، وامتد ذلك لما بعد انتهاء سنة الضمان المشار إليه في الفقرة {١} من المادة (الثامنة والعشرين بعد المائة) من هذه اللائحة (لائحة المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي)^(٦٦).

وألية التمديد هي: "على الجهة الحكومية تمديد سريان الضمانات قبل انتهائها في حال توافر الأسباب المحددة للتمديد بموجب النظام وهذه اللائحة وشروط التعاقد. وتوجه الجهة الحكومية بطلب التمديد إلى البنك مباشرة، وتزود المتعاقد بصورة منه. ويكون التمديد للفترة الضرورية اللازمة؛ على أن يشار في طلب التمديد إلى وجوب دفع قيمة الضمان للجهة فوراً في حال لم يته البنك إجراءات التمديد قبل انتهاء مدة سريان الضمان^(٦٧)".

المطلب الثاني

استعجال المطالبة بقيمة الضَّمان

قد تطالب جهة الإدارة البنك (الضامن) بقيمة خَطَاب الضَّمان لظروف تقدرها بغض النظر عن سلامة موقفها، لأنه وببساطة شديدة من صلاحياتها متى كان قرارها أسباب واقعية، ومبررات قانونية، وملتزمة بالموضوعية والغاية، فإن هي تجاوزت في قرارها أضحى عرضة للطعن أمام محاكم مجلس الدولة^(٦٨).

(٦٤) طعن رقم ٥٦٢ لسنة ٤٠ ق بجلسة ١٨/٧/١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني السنة ٢٨ ص ٤٣٦، والطعن رقم ١ لسنة ٤٧ ق بجلسة ١٣/٢/١٩٨٤ م مجموعة المكتب الفني السنة ٣٥ ص ٤٧٣.

(٦٥) مادة (٣/٧٠) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي.

(٦٦) مادة (١٠١) من اللائحة التنفيذية سالفه الذكر

(٦٧) مادة (١٠٣) من اللائحة التنفيذية سالفه الذكر

(٦٨) وبطبيعة الحال فإن توقيت التصرف القانوني الصادر من الإدارة محل اعتبار في تمديد الطعن، فما يصدر خلال =

وقد يرد سؤال مفاده هل للبنك الضامن أن يناقش مدى ملاءمة طلب جهة الإدارة لقيمة خطاب الضمان؟ وهل لجهة الإدارة بداية أن تطالب البنك قبل موعد الاستحقاق متى كان محددًا بوقت معين؟

والحقيقة أن البنك لا يملك مناقشة أو ملاءمة طلب جهة الإدارة لقيمة خطاب الضمان متى كان نافذاً؛ لأن البنك أمام جهة الإدارة يضمن ولا يقدر، إذ إن الأخيرة من صلاحيات جهة الإدارة ما لم يكن طلبها مبنياً على غشٍ ظاهر وفسادٍ حاضر وهو ما يستبعد تصوره مع جهة الإدارة القيمة على المصالح العامة.

وجديرٌ بالإشارة أن الجمعية العمومية للقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة ذهبت في معرض التكييف القانوني لخطاب الضمان إلى أن "... خطاب الضمان ليس إلا تنفيذاً للالتزام المتعاقد مع جهة الإدارة بتقديم التأمين النهائي عن طريق البنك الذي يحل محل المتعاقد مع الإدارة في هذا الالتزام على أن يكون ذلك عند طلبها منه، وبذلك يكون البنك هو الملتزم بهذه القيمة تطالبه بها الإدارة ابتداءً إن شاءت ذلك؛ إذ هو بتقديمه خطاب الضمان المشار إليه قد أصبح مدينًا بالالتزام بأداء القيمة المبيّنة في الخطاب عند الطلب^(٦٩).

كما أفتت أيضاً الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة بأن تعهد البنك تحكّمه الشروط، المنصوص عليها فيه، والتي تقضى بالتزام البنك بأداء القيمة المبيّنة في خطاب الضمان عند طلب جهة الإدارة ذلك منه، ودون التفات إلى أية معارضة في ذلك تصدر من المتعاقد مع جهة الإدارة. وهذا لا يعدو أن يكون أيضاً نتيجة تترتب على ما سلف تقريره من أن تعهد البنك بأداء القيمة المشار إليها إلى جهة الإدارة هو تعهد مجرد، إذ يستتبع

= مراحل تكوين العقد أو أثناء الانعقاد فهذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد وتنفصل عنه، ومن ثم يجوز لذوي الشأن الطعن فيها بالإلغاء استقلاً (حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ٢٧ من فبراير سنة ٢٠١٠م الطعون أرقام ٥٥٤٦ و ٦٠١٣ و ٧٩٨٧٥ لسنة ٥٥ القضائية عليا (الدائرة الأولى) مجلس الدولة - المكتب الفني - مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الخامسة والخمسين والسادسة والخمسين - من أول أكتوبر ٢٠٠٩ إلى آخر سبتمبر ٢٠١١ - ص ٣٢٧ وما بعدها).

(٦٩) مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع السنة الثامنة عشرة (من أكتوبر سنة ١٩٦٣ إلى سبتمبر سنة ١٩٦٤) رقم (٥٤٤) بتاريخ ٢٠/٦/١٩٦٤م

ذلك - بحسب الرأي الَّذِي تراه الجمعية العمومية - عدم جواز اعتراض البنك على جهة الإدارة بأي نوع مما يمكن أن يعترض به المتعاقد، فيما يتصل بحق الإدارة في اقتضاء قيمة التأمين، ومن ثم فلا يقبل من البنوك عند مطالبتها بدفع قيمة التأمين المبينة في خطاب الضمان التي تصدر منها، التحدي بأن ثمة منازعة من جانب المتعاقد مع جهة الإدارة في شأن استحقاق هذه الجهة لاقتضاء قيمة التأمين، وإنما يتعين عليها أن تؤدي هذه القيمة وفاء لالتزامها الناشئ عن خطاب الضمان أصلاً ومباشرة، والذي بمقتضاه تعهدت بدفع القيمة المشار إليها عند الطلب ودون التفات إلى أية معارضة ترد من المتعاقد مع جهة الإدارة^(٧٠).

وبالنسبة للتساؤل الثاني: فإنه لما كان البنك ضامناً لما ثبت في ذمة المتعاقد فإن تعجيل المطالبة يقتضي المغايرة في المراكز القانونية المستقرة فيما ثبت في ذمة الكفيل (البنك) عنه في ذمة الأصيل (المتعاقد) لذا فإن للبنك أن يمتنع عن الوفاء لجهة الإدارة، لأن الخطاب له وقت للاستحقاق تغل فيه يد البنك عن الماطلة وعدم الوفاء أما قبله فلا، وإلا عد من أفعال التبرعات من قبل البنك غير الملزمة في حق المتعاقد.

المطلب الثالث

مصادرة وحجز قيمة الضمان

أولاً: مصادرة قيمة خطاب الضمان

في غير حالات التعاقد بالاتفاق المباشر المطلوب فيها سداد تأمين مؤقت، يجب أن يؤدي مع كل عطاء تأمين لضمان جديته، ويستبعد كل مقدم عطاء أو مُتزايد لم يسدّد مبلغ التأمين المحدد. وإذا انسحب مقدم العطاء من العملية قبل الميعاد المحدد لجلسة فتح المظاريف الفنية يصبح التأمين المؤقت المؤدى حقاً للجهة الإدارية دون حاجة إلى إنذار أو الالتجاء إلى القضاء أو اتخاذ أي إجراءات، أو إقامة الدليل على حصول ضرر، أو استئذانه من مبالغ مستحقة أو تستحق لديها، أو لدى أي جهة إدارية أخرى لصاحبة العطاء المذكور^(٧١).

(٧٠) مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية، المرجع السابق ص ٩٣

(٧١) المادة (٢٢) من القانون رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ م.

وذاًت المعنى مقرر في القانون الملغى والذي تمّ التأكيد فيه على بقاء العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصديره بمعرفة مقدم العطاء بغض النظر عن ميعاد استلامه بمعرفة الجهة الإدارية وحتى نهاية سريان العطاء المحدد باستمارة العطاء المرافقة للشروط (٧٢).

وسبق وأن نصت اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ / ١٩٩٨ م صراحةً على المصادرة بقولها: إن سحب العطاء قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف الفنية يترتب عليه مصادرة التأمين المؤقت من جانب الجهة الإدارية دون حاجة إلى إنذار أو الالتجاء إلى القضاء أو اتخاذ أية إجراءات أو إقامة الدليل على حصول ضرر (٧٣).

وواضح من نص المادة (٢٢) من قانون تنظيم التعاقدات الجديد رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ م مدى توافقها مع نص المادة (٦٠) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ م الملغى، اللهم إلا في تحاشيه التعبير بالمصادرة لفظاً، وحرصه في عجز المادة على تسجيل مبدأ مساءلة الموظف المقصر في ردّ التأمين المؤقت إلى أصحاب العطاءات غير المقبولة فنياً بقوله: "ويحال المتسبب للتحقيق مع تحميله بقيمة ذلك".

ومبدأ التزام المتعاقد - مقدّم العطاء - بعطائه خرجته المحكمة الإدارية العليا بقولها: القاعدة هي أن مقدم العطاء يُلزم بعطائه من وقت تصديره إلى نهاية المدّة المحددة في شروط العطاء، وهذه القاعدة تطبق للقاعدة العامة في مجال القانون الخاص (المادتان ٩٣، ٩٤ من القانون المدني^(٧٤)) والتي لم يرى المشرع موجبا للخروج عليها في مجال

(٧٢) المادة (٥٩) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ م
 (٧٣) المادة (٦٠) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ م والصادرة بقرار وزير المالية رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ م والمنشورة بالوقائع المصريّة - العدد (٢٠١) تابع) في ٦ سبتمبر ١٩٩٨ م.
 (٧٤) تنص المادة: (٩٣) مدني على أنه: ١- إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد. ٢- وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة. وتنص المادة (٩٤) مدني على أنه: ١- إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون أن يُعين ميعاد للقبول فإنّ الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل. ٢- ومع ذلك يتم العقد، ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد. ينظر الوقائع المصرية العدد رقم (١٠٨) مكرر(أ) في ٢٩/٧/١٩٤٨ م.

العقود الإدارية^(٧٥).

ولما كان المتنافس في النظام السعودي ملزم بتقديم ضمان ابتدائي مع عرضه تتراوح قيمته من (١٪) إلى (٢٪) من (واحد إلى اثنين في المائة) من قيمته وفقاً لشروط المنافسة، ولا يلزم تقديم هذا الضمان في حالات معينة يبيتها أحكام نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي ولائحته التنفيذية فإنه يصادر هذا الضمان الابتدائي ممثلاً في خطاب الضمان إذا سحب المتنافس عرضه قبل انتهاء مدة سريان العروض في المنافسة العامة والبالغة تسعين يوماً من التاريخ المحدد لفتح العروض^(٧٦).

ويجب على من تتم الترسية عليه تقديم ضمان نهائي بنسبة (٥٪) من قيمة العقد، وذلك خلال (خمسة عشر) يوم عمل من تاريخ إبلاغه بالترسية. ويجوز للجهة الحكومية تمديد هذه المدة لمدة مماثلة. وإن تأخر عن ذلك فلا يُعاد إليه الضمان الابتدائي، ويتم التفاوض مع العرض الذي يليه، وفقاً لأحكام النظام، ويجوز زيادة نسبة الضمان بعد موافقة الوزير^(٧٧).

وهو ما سبق أن أصلته المحكمة الإدارية العليا بقولها: في حالة تخلف المتعاقد عن دفع التأمين النهائي يكون لجهة الإدارة أن تسحب قبولها لعطاءه، أو تصدر التأمين المؤقت، وأن تحصل من المتعاقد المقصر على أية تعويضات أخرى نظير الأضرار التي ترتبت على عدم التنفيذ؛ ومن بين هذه الأضرار فرق السعر بين ما كان قد تقدم به وبين العطاء الذي رست عليه العملية ونفذت بمقتضاه، على أن يخصم منه مبلغ التأمين المؤقت الذي بدأت الجهة الإدارية بمصادرته^(٧٨).

(٧٥) الطعن رقم ١٢٥٥ لسنة ٢٥ القضائية جلسة ٢٦ من يونيه سنة ١٩٨٢ مجلس الدولة - المكتب الفني - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة السابعة والعشرون (من أول أكتوبر سنة ١٩٨١ إلى آخر = سبتمبر سنة ١٩٨٢) - ص ٧٢١.

(٧٦) تنص المادة (٤١) من نظام المنافسات والمشتريات السعودي رقم م/١٢٨ وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠ هـ على أنه: "يقدم المتنافس مع عرضه ضماناً ابتدائياً بنسبة تتراوح من (١٪) إلى (٢٪) من قيمة العرض، ويستبعد العرض الذي لم يقدم معه الضمان. (٧٧) المادة: (٦١) من نظام المنافسات والمشتريات السعودي عاليه.

(٧٨) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٤٢١٢ لسنة ٥٠ القضائية عليا جلسة ٢٨ من أكتوبر سنة ٢٠٠٨ (الدائرة الثالثة) مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الرابعة والخمسون - من أول أكتوبر ٢٠٠٨ إلى آخر سبتمبر ٢٠٠٩ - ص ٦٩.

وانطلاقاً مما سلف فإن مصادرة الضمان المالي: جزاءٌ ماليٌ توقعه الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة بحق المتعاقد معها لإخلاله بالتزام محدد يتمثل في عدم تقديم الضمان النهائي، دون أن تلتزم الإدارة بإثبات أن ضرراً ما قد لحقها من جراء هذا الإخلال، هكذا تتمثل المصادرة في حجز المبلغ المالي المودع لدى الإدارة دون حاجة لصدور حكم من القضاء، ودون أن تلتزم بإثبات أن ضرراً ما قد لحقها من جراء إخلال المتعاقد بشروط التعاقد^(٧٩).

ثانياً: مصادرة الضمان وغرامات التأخير:

تشابه مصادرة خطاب الضمان مع غرامات التأخير في طبيعتها الجزائية، فكلاهما جزاء مالي توقعه الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة بحق المتعاقد المخطئ وفي طابعها المالي وفي أداة وكيفية إيقاعها، أي أن الإدارة توقعها بإرادتها المنفردة دون حاجة للذهاب إلى القضاء. ولكن هذا التشابه بينهما لا يخفي الاختلاف بين مصادرة قيمة خطاب الضمان وغرامات التأخير، إذ تختلفان في سبب إيقاعها، فتوقع الإدارة غرامات التأخير بسبب تأخر المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية في المواعيد المحددة والمتفق عليها مسبقاً، وتوقع عقوبة مصادرة الضمان المالي لأسباب محددة تحددها الأنظمة واللوائح التنفيذية بدقة وليس من بينها التأخير في تنفيذ العقد في المواعيد المحددة، أي توقع المصادرة لأسباب أخرى غير التأخير في التنفيذ وعدم احترام مواعيد التنفيذ^(٨٠).

ويتوجب على الجهة الحكومية عند توافر أسباب مصادرة الضمان البنكي، العرض على لجنة فحص العروض أو لجنة فحص عروض الشراء المباشر بحسب الحال؛ لدراسة الحالة وتقديم توصية مسببة إلى صاحب الصلاحية في الترسية، مع الأخذ في الاعتبار الآثار المترتبة على

(٧٩) أستاذنا الدكتور/ علي خنجر شطناوي - النظرية العامة للعقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، الناشر: مكتبة الرشد، الطبعة الثانية ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م. ص ١٦٢.

(٨٠) فيكون من حق الإدارة إذا قصر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته مصادرة التأمين بغض النظر عن الأضرار التي تكون قد لحقت بها من جراء تخلفه عن التنفيذ. ويجوز للوزارة مصادرة التأمين في حالة التخلف عن التنفيذ ولو لم تنص شروط المزايدة على ذلك مادام الغرض من التأمين هو ضمان التنفيذ فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للإدارة الحق في مصادرته في حالة عدم التنفيذ سواء نص أو لم ينص في الشروط على هذا الحق. ينظر د. محمود حلمي - العقد الإداري، القاهرة دار الفكر العربي ١٩٧٤م ص ٩٣.

المصادرة ومدة سريان الضمان. ويجوز للجهة طلب تمديد الضمان مدة معقولة إذا كانت إجراءات اتخاذ قرار المصادرة تتطلب ذلك^(٨١).

وبناء عليه في النظام السَّعُودِي يناط بالوزير المختص أو رئيس الدائرة المستقلة باعتبارهما السلطة المختصة بالترسية اتخاذ القرار بمصادرة الضَّمان المالي بناء على توصية مسبقة من لجنة فحص العروض أو اللجنة المختصة بالشراء وإلا كان قرار المصادرة غير مشروع، وتتحمل الإدارة المتعاقدة تبعات عدم مشروعيته المالية.

ثالثاً: ضوابط مصادرة الضَّمان

عرضت اللائحة التَّفْهِيْمِيَّة لِنِظَامِ الْمُنَافَسَاتِ وَالْمُشْتَرِيَّاتِ الْحُكُومِيَّةِ السَّعُودِيِّ لهذه الضوابط على النحو الآتي:

"١- ٢- لا يجوز مصادرة الضمان إلا للأسباب التي تم تقديم الضمان لأجلها، ويكون طلب المصادرة مقتصرًا على الضمان الخاص بالعملية التي أحل المتعاقد فيها بالتزاماته، ولا يمتد إلى مصادرة الضمانات الخاصة بالعمليات الأخرى سواء كانت لدى جهة واحدة أو عدة جهات ٣- عند مصادرة الضمان الابتدائي في المنافسات المجزأة، تقتصر المصادرة على جزء من قيمة الضمان منسوبة إلى قيمة الأعمال التي تمت ترسيته على المتعاقد ٤- إذا قررت الجهة الحكومية مصادرة الضمان، فتطلب مصادرته من البنك مصدر الضمان مباشرة وباستخدام عبارة "مصادرة الضمان" بشكل صريح، وعلى البنك الاستجابة لطلب المصادرة فوراً"^(٨٢).

رابعاً: إمكانية الجمع بين جزاء مصادرة التَّأْمِينِ، وجزاء التنفيذ على حساب المتعاقِد:

حسبت المحكمة الإدارية العليا هذا الافتراض بقولها: إنَّ المشرع منح الإدارة سلطة تقديرية في حال تخلف صاحب العطاء المقبول عن أداء التَّأْمِينِ النَّهَائِيِّ بحيث يكون لها اتخاذ أحد الإجراءات وهما: أ- إلغاء العقد مع مصادرة التَّأْمِينِ الْمُؤَقَّتِ. ب- تنفيذ العقد على حسابه. وغني عن البيان أن اختيار الإدارة لأحد الإجراءات يحول دون اتخاذ الإجراءات الأخرى نظراً لأنه

(٨١) مادة (١٠٤) من اللائحة التَّفْهِيْمِيَّة لِنِظَامِ الْمُنَافَسَاتِ وَالْمُشْتَرِيَّاتِ الْحُكُومِيَّةِ السَّعُودِيِّ رقم ١٢٤٢ وتاريخ ١٤٤١ هـ.

(٨٢) مادة (١٠٤) من اللائحة التنفيذية سالفه الذكر.

لا يجوز للإدارة الجمع بينهما^(٨٣).

خامساً: مصادرة الضمان والتعويض:

عرضت المحكمة الإدارية العليا لهذا التصور فقضت بأن التأمين يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للجهة الإدارية اقتضاؤه بحيث لا يقبل من المتعاقد أن يثبت أن الضرر يقل عن مبلغ التعويض، كما أنه لا يمثل يقيناً الحد الأقصى، فإذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله فلا محل للحكم بالتعويض ما لم يتفق على غير ذلك، أما إذا كانت قيمة التأمين لا تفي وحدها بجبر الضرر فإنه يتعين الحكم بالتعويض الكافي لجبره بالإضافة إلى التأمين^(٨٤).

وبهذا فليس ثمة مانع من الجمع بين مصادرة الضمان واستحقاق التعويض، بما لا يتجاوز التعويض الكلي لجبر ضرر الإدارة، نزولاً على تخريج المحكمة الإدارية العليا بأن التأمين يمثل الحد الأدنى للتعويض ولا يمثل الحد الأقصى، وذلك شريطة ألا ينص العقد الإداري ضمن شروطه على منع ذلك، وأن يجاوز الضرر الحاصل للإدارة قيمة خطاب الضمان.

غير أنه وإن كان من حق جهة الإدارة الجمع بين غرامة التأخير وفسخ العقد، ومصادرة الضمان، أو بينها (الغرامة) والتنفيذ على حساب المتعاقد، إلا أن ذلك كله رهين بمبادرة الإدارة بالفسخ أو التنفيذ على الحساب، ثم تضيف إليه غرامة التأخير؛ وفي هذا تقول المحكمة الإدارية العليا: إن جهة الإدارة لم تقرر فسخ العقد أو سحب الأعمال من المطعون ضده بل استمرت في تنفيذ العقد حين إتمام التسليم الابتدائي وأعملت الجهة الإدارية في شأنه الحكم الخاص بغرامات التأخير بأقصى حد لها، فإن هذه الجهة لا تستطيع والحالة هذه أن تطالب المطعون ضده بأكثر من ذلك، ولا يسوغ لها أن تنزل عليه بعض الآثار المترتبة على فسخ العقد، وسحب العمل، والتنفيذ على حسابه، ومصادرة التأمين؛ لأنها نتيجة لا تقوم إلا على سببها وأن جهة

(٨٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٢٢١٨١) لسنة ٤٣ ق بجلسته ٢٩/٨/٢٠٠٠م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - إصدار: المكتب الفني بمجلس الدولة. ص ٢٠٧.

(٨٤) حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ٥٠٨ لسنة ٩ القضائية، جلسة ١٨ من نوفمبر سنة ١٩٦٧م مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الثالثة عشرة - العدد الأول (من أول أكتوبر سنة ١٩٦٧ إلى منتصف فبراير سنة ١٩٦٨) - ص ٩٣.

الإدارة لم تنشط إلى اتخاذ أي من الإجراءات ضد المطعون ضده^(٨٥).

سادساً: الحجز على قيمة خطاب الضمان:

يفترض بداية أن البنك بالأصل مدين لجهة الإدارة بقيمة خطاب الضمان، وليس ثمة مانع أن تكون الإدارة مدينة للبنك بدين أو ربما مدينة لشخص آخر غير البنك، كما لا يستبعد أن يكون المتعاقد دائناً للإدارة أو لشخص آخر بدين يساوي أو يقارب قيمة خطاب الضمان.

ولما كان التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان التزاماً ثابتاً بمجرد طلب الإدارة وفقاً لأحكام المحكمة الإدارية العليا، والتي قضت بأنه: يتميز التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان بأنه التزام ناشئ عن إرادته المنفردة وهو أمر مستقل عن علاقة العميل بالمستفيد، أو علاقة البنك بالعميل^(٨٦). فقد يثور التساؤل حيال تعطيل الوفاء عن طريق الحجز على قيمة خطاب الضمان تحت يد البنك.

وإذا كانت المادة: (٣٥٧) من القانون التجاري المصري تؤكد على حماية الأشخاص الاعتبارية الخاصة فتنبض على أنه: لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الوارد في خطاب الضمان إلا بعد موافقة البنك، فإنه في حق جهة الإدارة أكد.

وعليه فإنه ليس من المستساغ قبول فكرة الحجز على قيمة خطاب الضمان^(٨٧) من دائني المتعاقد؛ لأنه يمثل بذلك إضراراً بالغاً بحق جهة الإدارة، ويعود بالسلب على العملية التعاقدية للمرفق العام هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا الضمان قد خرج من ذمة المتعاقد وبالتالي لم يعد مالكا له حتى يتم الحجز على أمواله لدى الغير (البنك الضامن) والقول بخلاف ذلك يعطل وظيفة خطاب الضمان، ويجرده من معناه.

(٨٥) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٩٣٥٩) لسنة ٥٠ ق بجلسته ١٢/١٢/٢٠٠٦ م. في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري بقنا في الدعوى رقم ١١٢١ لسنة ١١ ق بجلسته ١١/٣/٢٠٠٤ م بوابة مصر للقانون والقضاء <http://www.laweg.net/Default.aspx?action=LawEg&Type=16&JID=94191&SW=9359> &
(٨٦) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم ١٩٣٣ لسنة ٣١ ق جلسته ٩/١/١٩٩٠ م. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الخامسة والثلاثون - العدد الأول (أكتوبر سنة ١٩٨٩ إلى آخر فبراير سنة ١٩٩٠) ص ٧٤٦.
(٨٧) ولعل ما أثار اللبس هو فكرة استصحاب نص المادة: (٣٢٥) مرافعات على واقعة خطاب الضمان والتي نصت على أنه: "يجوز الحجز من كل دائن بدين محقق الوجود وحال الأداء على ما يكون لمدينه لدى الغير".

كما أن التسليم بالحجز يتجاف ومبدأ الاستقلال الذي يمثله البنك الضامن لهذه الأموال محل خطاب الضمان، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بقولها: إن الأموال التي يمثّلها الخطاب تظل على ملكية البنك حتى تطلب الجهة الإدارية المستفيدة قيمة الضمان وبالتالي لا تكون ملكاً للعميل^(٨٨).

واستخلاصاً لما سلف فهل للمتعاقد الرجوع في خطاب الضمان، أو وضع الحراسة فيمنع استحقاق جهة الإدارة؟

ولعل مبرر التساؤل هو أن كثيراً ما يحدث خلاف بين المتعاقد وجهة الإدارة في استحقاق الأخيرة ومطالبتها بقيمة الخطاب على سند من القول بأن المتعاقد قد أحلّ بالتزاماته التعاقدية، وهو ما لا يسلم به المتعاقد في أغلب الأحيان بحجة وفائه بالتزاماته؛ مما يحوله التصدي لطلب جهة الإدارة عبر رجوعه عن خطاب الضمان.

أجابت المحكمة الإدارية العليا عن هذا التساؤل في تكييفها للعلاقة الثلاثية لخطاب الضمان (جهة الإدارة، المتعاقد، البنك الضامن) بأن: خطاب الضمان يعدّ طبقاً للتكييف القانوني السليم كفالة شخصية من البنك للمدين الأصلي وهو المتعاقد لصالح الدائن وهو الجهة الإدارية المتعاقدة، وفي حدود مبلغ معين، وبهذه الصفة فإن البنك في التزامه بخطاب الضمان إنما يلتزم بصفته أصيلاً قبل المستفيد لا بوصف كونه نائباً عن عميله، ولذا فإن البنك يلتزم بما تعهد به دون تأخير بغض النظر عن سائر العلاقات السابقة، سواء تلك التي نشأت بين العميل ودائنة المستفيد، أو التي بين البنك وعميله^(٨٩).

(٨٨) الطعن رقم ٢٢٠٢ لسنة ٣٠ القضائية جلسة ١ من مارس سنة ١٩٨٦ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الحادية والثلاثون - العدد الثاني (من أول مارس سنة ١٩٨٦ إلى آخر سبتمبر سنة ١٩٨٦) - ص ١٢٠١.

(٨٩) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن (٨٩٠٠) لسنة ٤٧ ق عليا ١١ من يناير سنة ٢٠٠٥ م بوابة مصر للقانون والقضاء: &http://www.laweg.net/Default.aspx?action=LawEg&Type=16&JID=94448

وهو ما عالج أيضاً قضاء النقض بقوله: يجب على البنك بأن يوفي للإدارة، وللمتعاقد أن يقاضي البنك فيما بعد. وفي هذا تأكيد على ضمان ومسؤولية البنك لأن علاقته مع جهة الإدارة منفصلة عن علاقته بالمتعاقد، وعليه صار ملتزماً من تاريخ إصدار خطاب الضمان. ينظر حكم محكمة النقض في طعن رقم (١٠٦) لسنة ٣٧ ق بجلسته ١٤/٣/١٩٣٧ م (أحكام النقض - المكتب الفني - جنائي العدد الأول - السنة الثامنة عشرة - ص ٤٠٥).

يتضح من هذا أن خطاب الضمان مقصور على عملية تعاقدية بعينها لا يجوز للمتعاقد الرجوع فيه، وكذا لا يجوز لجهة الإدارة أن تخصص مستحقاتها منه عن عقد آخر، وهو ما نحتة الجمعية العمومية لاسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة في فتاها: بأن الكفالة مقصورة على عقد بذاته، وهذا يجعلها محددة بمدة فلا يجوز للوزارة أن تخصص مستحقاتها عن عقد آخر قبل هذا المتعهد من خطاب الضمان الصادر في شأن العقد الذي انصبت عليه الكفالة والذي نفذ صحيحاً^(٩٠).

ونتيجة ذلك قد يكون من مصلحة المتعاقد في عقد إداري وضع الحراسة على قيمة خطاب الضمان؛ وذلك لمنع وفاء البنك لجهة الإدارة، لذا فإن وضع الحراسة والحجز لهما نفس الأثر بالنسبة للإدارة، فكلاهما يستهدف تعطيل الوفاء للأخيرة.

وبذلك فإنه وفقاً للعلاقة القانونية بين جهة الإدارة، والمتعاقد، والبنك الضامن فإنه لا يجوز للأخير قبول توقيع المتعاقد الحراسة على قيمة خطاب الضمان لأن التزام البنك قطعي ومباشر في مواجهة الإدارة.

كما أن قيمة خطاب الضمان (محل الحراسة) منقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم في شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت، فيتكفل شخص (الحارس) بحفظه وإدارته وبرده مع غلته المقبوضة إلى من ثبت له الحق فيه^(٩١). وهذا التصور غير وارد في خطاب الضمان؛ لأن ضمان الحق فيه ثابت للإدارة في مواجهة المتعاقد والبنك الضامن، ولا يسع الأخيرة إلا الوفاء بقيمته دون قيد أو شرط^(٩٢)، والاستعداد لأدائه بأكمله عند أول طلب منها، ودون الالتفات إلى أية معارضة من مقدم العطاء^(٩٣).

وفي هذا قضت محكمة مستعجل القاهرة بأن: وضع خطاب الضمان تحت الحراسة لا يمنع

(٩٠) فتوى رقم (١٣٨) بتاريخ ١١/٢/١٩٦١م ملف رقم (١٩/١/٧٨) مجموعة مبادئ الجمعية العمومية بشأن العقود الإدارية منذ نشأتها ١٩٤٦م إلى ٢٠٠٥م، قاعدة رقم (٦٤)
(٩١) ينظر المادة: (٧٢٩) من القانون المدني المصري.
(٩٢) مادة (٤٤) من قانون تنظيم التعاقبات التي تُبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م.
(٩٣) مادة: (٨٢) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٨٢/٢٠١٨م عالية، والصادرة بقرار وزير المالية رقم ٦٩٢ لسنة ٢٠١٩م، والمنشور بالوقائع المصرية - العدد ٢٤٤ تابع (ب) في ٣١ أكتوبر سنة ٢٠١٩م.

البنك الضامن من صرف قيمته، لأن الكفالة ليست من قبيل الالتزامات المجردة التي تندمج قيمتها في السند المثبت لها، بل من الالتزامات المسببة والقائمة على العلاقات الشخصية بين المتعاقدين، وقيمتها تنحصر في التعاقد ذاته بغض النظر عن حامل السند^(٩٤).

المطلب الرابع

إلغاء العقد أو التنفيذ على الحساب

عُرِضَ هذا الموضوع على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فأفتت بأن قانون المناقصات والمزايدات ينص على أنه: "يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين لا يقل عن ١٪ من قيمة العطاء في مقاولات الأعمال ولا يقل عن ٢٪ من قيمة العطاء فيما عدا ذلك، ومفاد ما تقدم أن المشرع لاعتبارات قدرها أهمها كفالة المساواة بين المتناقصين، وضمان جديتهم، وحفاظاً على حقوق جهة الإدارة إذا ما أخل المتناقص بالتزاماته أوجب على كل مقدم عطاء أن يرفق مع عطائه تأميناً مؤقتاً، وحيث إن مفاد عبارة: "يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين...". وجوب تقديم التأمين المؤقت كاملاً في الوقت الذي يقدم فيه العطاء، مع جواز تراخي ذلك الميعاد المسموح فيه للمتناقص بالتعديل في عطائه إلى ما قبل فتح المظاريف وإلا وجب الالتفات عنه. وهو الفهم الذي يتفق مع إعمال المادة: ٥٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والتي قررت لجهة الإدارة حقوقاً يتوقف إعمالها على أداء التأمين المؤقت كاملاً كحقها في اعتبار هذا التأمين حقاً لها دون حاجة إلى إنذار أو الالتجاء إلى القضاء، وذلك إذا سحب مقدم العطاء قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف، وكذلك حقها في اعتبار صاحب العطاء قابلاً استمرار الارتباط بعطائه عند انقضاء مدة سريانه وذلك إلى أن يصل لجهة الإدارة إخطار منه بسحب التأمين المؤقت وعدوله عن عطائه. فإذا لم يكن قد قدم هذا التأمين المؤقت فإنه يضيع على الجهة الإدارية هذا الحق^(٩٥).

(٩٤) محكمة مستعجل القاهرة بجلسته ٥/٣/١٩٦٠م ينظر مجلة المحاماة العدد التاسع س ٤٠ ص ١٧١.

(٩٥) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة ملف رقم ٢٥٦/١/٥٤ - جلسة ١٩٨٦/٢/٥م.

ومما يؤكد صحة هذا التّخريج هو أنّ المادة: (٦١) من اللائحة التّفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الملغى والصّادرة بقرار وزير الخزانة رقم: ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧م كانت تقضي بجواز تأخير صاحب العطاء في تكملة التّأمين إلى ما بعد فضاء المظاريف بشرط أن يكون العطاء في صالح الخزانة، في حين خلت القوانين أرقام: ٩ لسنة ١٩٨٣م، و٨٩ لسنة ١٩٩٨م، والقانون ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م من نص يباثل هذا النص، الأمر الذي يفهم منه عدول المقتن عن هذا الاتجاه، ووجوب تقديم خطاب الضمان المؤقت مصحوباً مع العطاء.

وفي قانون التعاقدات الحكومية الجديد (١٨٢ لسنة ٢٠١٨م) إذا لم يقيم صاحب العطاء الفائز بأداء التّأمين النهائي خلال المهلة المحددة، جاز للجهة الإدارية، بموجب إخطار بكتاب يرسل له بخدمة البريد السريع، عن طريق الهيئة القومية للبريد مع تعزيره في ذات الوقت بالبريد الإلكتروني أو الفاكس بحسب الأحوال ودون حاجة لالتّخاذ أي إجراء آخر، إلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه بحسب ترتيب أولوياتها. ويصبح التّأمين المؤقت في جميع الحالات من حقّ الجهة الإدارية، كما يكون لها أن تخصم قيمة كل خسارة تلحق بها إذا تبين أنه المتسبب فيها من أي مبالغ مستحقة أو تستحق لديها لصاحب هذا العطاء، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقّاته لدى أي جهة إدارية أخرى أيّا كان سبب الاستحقاق، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقوقها في الرجوع عليه قضائياً بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري^(٩٦).

وبطبيعة الحال في التّأمين النهائي يتم الاحتفاظ بخطاب الضمان النهائي بأكماله إلى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية بما في ذلك مدة الضمان طبقاً لشروط كراسة العطاء وبعدها يجب رده أو ما تبقى منه لصاحبه بغير طلب وذلك خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد تمام تنفيذ العقد بصفة نهائية^(٩٧).

(٩٦) ينظر المادة: (٤١) من القانون ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م.

(٩٧) وبالنظر إلى الأحكام الصّادرة من محكمة القضاء الإداري في هذا الخصوص في ظل القانون الملغى، وكذا لائحته التنفيذية نجد أن المحكمة قد أصدرت أحكاماً متعارضة في هذا الشأن: فتقرر مثلاً في حكمها الصّادر في ٢٥ ديسمبر ١٩٥٦م أنه: " يجوز للإدارة وفقاً للائحة المخازن والمشتريات أن تتساهل في أمر التّأمين المؤقت، فتقبله بعد فتح =

وفي عقد التوريد لا يلزم تقديم ضمان متى قام المتعاقد بتوريد جميع الأصناف التي رست عليه وقبلتها الجهة الإدارية المتعاقدة نهائياً خلال المدة المحددة لإيداع التأمين النهائي^(٩٨).

غير أنه إذا كان التوريد المقبول عن جزء من الأصناف المطلوبة وكان ثمنه يكفي لتغطية التأمين النهائي فيخصم من ثمن الجزء المورد ما يعادل قيمة هذا التأمين من مجموع قيمة العطاء ويحتفظ به لدى الجهة الإدارية المتعاقدة بمثابة تأمين نهائي حتى تمام تنفيذ العملية^(٩٩).

وإذا لم يقيم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائي في المهلة المحددة جاز للجهة الإدارية - بموجب إخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ودون حاجة لاتخاذ أي إجراء

=المظاريف". بينما في حكمها الصادر في ٢٩ ديسمبر ١٩٥٧ م تقرر: "ومن حيث إن الالتزام بتقديم التأمين المؤقت يعتبر من الشروط الجوهرية التي يحتمها مبدأ المساواة بين المتنافسين وذلك ضماناً لجدية العطاءات، فاختصاص جهة الإدارة في هذه الحالة يكون مقيداً، ويكون بالتالي ما قرره لجنة فتح المظاريف من استبعاد عطاء... موافقاً للقانون". (ق ١٠٥٨٧ لسنة ٨ ق). كما حدث تحول مضاد في قضاء المحكمة الإدارية العليا، بداية من حكمها الصادر في ١٩ نوفمبر ١٩٦٠ م والذي تؤكد فيه على: "أن التأمين الابتدائي يقصد به تحقيق أمرين: جدية العطاء والمساواة بين المتنافسين ويترتب على ذلك أنه إذا لم يقدم التأمين الابتدائي فإنه من المتعين عدم الالتفات إلى العطاء واستبعاده فإذا قبلت الإدارة عطاء لم يصاحبه التأمين يكون قبولها غير صحيح ولا ينتج أثره". أما في حكمها في الثامن من مارس ١٩٦٩ م تقرر: "...أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن إيداع التأمين المؤقت من مقدم العطاء في الوقت المحدد شرط أساسي للنظر في عطاءه وهذا الشرط مقرر للمصالح العام دون ترتيب جزاء البطلان على مخالفته إذا ما اطمأنت جهة الإدارة إلى ملاءة مقدم العطاء. ومن ثم فإنه لا يقبل من مقدم العطاء التحدي بأنه لم يدفع التأمين المؤقت مادام أن التأمين غير مشروط لمصلحته، وبناء على ذلك فإن ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من ضرورة استبعاد العطاء لأنه لم يكن مصحوباً بالتأمين المؤقت دون أن يكون لجهة الإدارة الحق في قبوله أمر غير سديد لتعارضه مع اعتبارات المصلحة العامة". وفي هذا المنحى يعلق أستاذنا الدكتور الطهاوي بأن هذا يتعارض تماماً مع مبدأ مساواة المتنافسين ومع صريح نص المادة ٤٨ من اللائحة التي توجب عدم الالتفات إلى العطاءات غير المصحوبة بتأمين مؤقت كامل. وإذا كان قضاء المحكمة الإدارية العليا الجديد من شأنه أن يسر على الإدارة فإنه قد يفتح باباً للتحايل بتعمد البعض تقديم عطاءات غير مصحوبة بتأمين نقدي، جساً للنقض من حيث أسعار العطاءات، كما أن الإدارة وفقاً لهذا القضاء تستطيع أن تتمسك بعدم تقديم التأمين المؤقت لاستبعاد بعض العطاءات ولو كانت الأفضل، دون أن يكون في وسع المناقص أو المزايد أن ينتقد موقفها؛ مما يجعل موقف الإدارة أقرب إلى السلطات المطلقة منه إلى السلطة التقديرية. (د. سليمان محمد الطهاوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة ١٩٩١ م ص ٢٥٥).

(٩٨) المادة: (١٩) من القانون رقم ٨٩/١٩٩٨ م.

(٩٩) المادة: (٧١) من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩/١٩٩٨ م.

آخر - إلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه بحسب ترتيب أولوياتها، ويصبح التأمين المؤقت في جميع الحالات من حقها، كما يكون لها أن تخصم قيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق لديها لصاحب العطاء المذكور، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى، أيًا كان سبب الاستحقاق، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقيها في الرجوع عليه قضائياً بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق الطريق الإداري^(١٠٠).

وتأسيساً على ما سبق حكمت المحكمة الإدارية العليا بأنه: إذا كانت المادة: (٢١) من قانون المناقصات والمزايدات أجازت للجهة الإدارية المتعاقدة في حالة عدم أداء صاحب العطاء المقبول للتأمين النهائي في المدة المحددة أن تلغي العقد، أو تنفذه على حسابه دون حاجة لاتخاذ أي إجراءات أخرى، أو الالتجاء إلى القضاء بما مفاده: أن إلغاء العقد أو التنفيذ على الحساب ينشأ الحق فيه بمجرد عدم أداء التأمين النهائي، وأن الإخطار هو مجرد وسيلة لإعلان مقدم العطاء بذلك، ولا يترتب على إغفال الإعلان على النحو السالف بطلان ما اتخذته جهة الإدارة من إلغاء العقد أو التنفيذ على الحساب ضرورة إخطار مقدم العطاء بكتاب موصى عليه بعلم الوصول، وإنما نصّ على الإخطار كوسيلة للعلم^(١٠١).

ويبدو أنّ المحكمة الإدارية العليا عدلت عن موقفها بضرورة إخطار المتعاقد حالة اتخاذ إجراء في مواجهته نتيجة عدم التزامه بتقديم خطاب الضمان، فنصت على أن: عدم التزام المتعاقد بسداد التأمين النهائي يكون للإدارة أن تفسخ العقد مع مصادرة التأمين المؤقت، وأن تقوم بتنفيذ العقد على حساب المتعاقد، ويشترط لاتخاذ أي من الإجراءات السابقين إخطار المتعاقد بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول حتى يكون على بينة من الإجراء المتخذ في حقه، وعدم الإخطار يتعارض مع إجراء حسن النية في العقود الإدارية^(١٠٢).

(١٠٠) المادة: (٢١) من القانون رقم ١٩٩٨/٨٩ م.

(١٠١) ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٠٥٩ بجلسة ٣٠/٥/٢٠٠٠ م مجموعة المكتب الفني، ج ١ ص ٢٧٤.

(١٠٢) ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٦٤٥ لسنة ٣٦ ق، بجلسة ٢٢/٣/١٩٩٤ م مجموعة المكتب الفني (٣٩) ج ٢ ص ١١١٣.

وفي النظام السعودي "لا يجوز قبول العرض الذي يقدم بدون ضمان ابتدائي، وللجهة الحكومية قبول الضمان الناقص متى كانت نسبة النقص لا تتجاوز (١٠٪) من قيمة الضمان المطلوب. وفي هذه الحالة، على لجنة فحص العروض - قبل التوصية بالترسية على مقدم الضمان الناقص - أن تطلب منه استكمال النقص في الضمان خلال مدة تحددها اللجنة لا تزيد عن (عشرة) أيام عمل، وإلا عُد منسحباً ولا يعاد له الضمان الابتدائي^(١٠٣)".

المبحث الثالث

انقضاء حق جهة الإدارة في وثيقة خطاب الضمان

ينتهي حق جهة الإدارة حيال خطاب الضمان بعدة صور: منها الوفاء بالعقد، وطلب جهة الإدارة من البنك استيفاء قيمته، وذلك خلال مدة سريانه، أو بانتهاء مدة الخطاب دون التقدم بطلب تسييله، أو قد ينتهي بالاتفاق بين المتعاقد وجهة الإدارة على تقديم ضمانات أخرى بديلة، فضلاً عن الانقضاء بالإبراء والتقادم واستحالة التنفيذ، وذلك على التفصيل الآتي:

المطلب الأول

الوفاء بقيمة خطاب الضمان أو ما يقوم مقام الوفاء

يلتزم البنك بإجابة أول طلب للإدارة مادام الخطاب غير مشروط، وما دام المتعاقد يطلب الدفع بصدد العملية المذكورة في الخطاب. فإذا كان الخطاب مشروطاً وجب على البنك التحقق من توافر شروطه، فإذا كان الشرط هو حصول إخلال من المتعاقد في توريد مهاتٍ أو تنفيذ إنشاءاتٍ كان على الإدارة أن تحدد نوع الإخلال الحاصل من المتعاقد، وعلى الأخير أن يثبت أن إخلالاً ما لم يقع منه، ويكون إثبات ذلك بالكتابة الصادرة من الإدارة، فإذا لم يستطع المتعاقد أن يثبت براءة ذمته من الإخلال الذي وصفته به الإدارة كان على البنك أن يدفع للإدارة مطلوباتها؛ لأن الأصل انشغال ذمة المتعاقد بالالتزام المشروط به الخطاب، ولم يثبت براءة ذمته من هذا الالتزام^(١٠٤).

(١٠٣) تنظر المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية رقم ١٢٤٢ وتاريخ ٢١/٣/١٤٤١هـ.

(١٠٤) د. محي الدين إسماعيل علم الدين - خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك - الناشر: عالم الكتب =

ويشترط في الوفاء لكي يكون سبباً من أسباب الانقضاء أن يتم إلى جهة الإدارة، فلا يكفي أن يتم الوفاء لأي شخص يحمل خطاب الضمان، بل يجب على البنك أن يتأكد من أن الخطاب يعود فعلاً لحساب الإدارة، ومن ثم يجوز صرف قيمة الخطاب إلى الإدارة حتى لو لم يكن الخطاب بحوزتها كأن يكون قد سرق أو فقد مثلاً، أما إذا أوفى البنك بقيمة الخطاب لغير الإدارة كان الوفاء غير مبرر لدمته تجاه الإدارة، ويلتزم بالوفاء إليها مرة أخرى ثم يرجع على من استوفى قيمة الخطاب دون وجه حق^(١٠٥).

ويلاحظ في خطاب الضمان النهائي أن المصالح الحكومية تتسلم من المتعاقد الأشياء الموردة، أو الإنشاءات المنفذة بصفة مؤقتة ثم تشكل لجنة للاستلام النهائي تقوم بفحص الأشياء أو الإنشاءات، وتقرر استلامها نهائياً أو ردها إلى المتعاقد مع بيان أسباب الرفض، فإذا طالبت الإدارة بقيمة خطاب الضمان لم يكن للمتعاقد أن يحتج بحصول الاستلام المؤقت دليلاً على براءة ذمته، بل يجب أن يكون الاستلام نهائياً^(١٠٦).

=بيروت ص ٨٧. ويلاحظ أن مهمة البنك ليست مهمة القاضي الذي يفصل بين الخصوم، وإنما هي محاولة التوفيق بين وجهات النظر، فهو في النهاية لا يقبل من المتعاقد دليلاً على براءة ذمته إلا ما كان صادراً من جهة الإدارة بالكتابة ومتضمناً براءة ذمة المتعاقد؛ لأن التزام الأخير ثابت بالكتابة بتعاقد مع الإدارة وبإقراره في طلبه إلى البنك لاستصدار خطاب الضمان، فلم يجز له إثبات عكس الكتابة إلا بكتابة مضادة بتوقيع الإدارة. المرجع السابق ص ٨٨.

(١٠٥) د. سليمان رمضان عمر - النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية - دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٩ م ص ١٣، د. رياض ناظم حميد - النظام القانوني لخطابات الضمان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠١٦ م ص ١٥٩.

(١٠٦) د. محي الدين إسماعيل المرجع السابق ص ٨٨. ومرجع ذلك أن تسليم الأصناف إلى مستودعات الإدارة لا يعني قبول هذه الأصناف واستلامها نظراً لما تحتاجه من فحص فني لتقرير مدى مطابقتها للشروط والمواصفات الواردة في العقد. فقد ترفض لجنة الفحص صنفاً أو أكثر من الأصناف الموردة، أو تجد فيها نقصاً أو مخالفة للمواصفات أو العينات المعتمدة، فتخطر المورد بذلك كتابة بالبريد الموصى عليه بأسباب الرفض وبوجوب سحب الأصناف المرفوضة وتوريد بدل عنها. ويجب أن يتم ذلك الإخطار فور صدور قرار اللجنة في ذات اليوم أو اليوم التالي على الأكثر، ويلتزم المورد بسحب الأصناف المرفوضة خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالي لإخطاره - فإذا تأخر في سحبها فيكون للجهة الإدارية الحق في تحصيل مصروفات تخزين بواقع (٢٪) من قيمة الأصناف عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه لمدة أقصاها أربعة أسابيع وبعد انتهاء هذه المدة تتخذ إجراءات بيعها لحساب المورد وتخضم من الثمن ما يكون مستحقاً لها ويكون البيع وفقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات. مادة (٩٢) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات الصادرة بالقرار رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ م، الوقائع المصرية - العدد ٢٠١ (تابع) في ٦ سبتمبر سنة ١٩٩٨ م.

وإذا طالبت جهة الإدارة دفع جزء من قيمة خطاب الضمان جاز لها ذلك مع بقاء حقها في الباقي، ولها الحق في أن تطلبه إلى نهاية مدة الخطاب؛ لأن النزول عن الحق لا يفترض، ولأن ضمان البنك ينصب على شيئين: مبلغ معين، ومدة معينة. ومادامت المطالبات ترد في حدود المبلغ وأثناء المدة فالبنك ملزم بالدفع للإدارة، مع ملاحظة ألا تزيد المطالبات الجزئية في مجموعها عن قيمة خطاب الضمان^(١٠٧).

ويقوم البنك بدفع قيمة الخطاب للإدارة بشيك مصرفي غالباً يصدره لأمرها مرفقاً بكتاب خاص يطلب فيه من الإدارة إعادة أصل خطاب الضمان، وما لحقه من تجديدات إذا كان ثمة تجديدات لمدة سريانه، وعندها تلغى قيود خطابات الضمان من سجلات البنك ولو لم يتسلم أصل الخطاب من الإدارة، كما يجوز أن يقيد المبلغ المطالب به بحساب الإدارة من الفرع ذاته أو من أي فرع أو مصرف محلي آخر تحدده الإدارة^(١٠٨).

ويقوم مقام الوفاء في الدفع إلى الإدارة إجراء المقاصة القانونية بين أي مبالغ حقاً للبنك في ذمة الإدارة وقيمة خطاب الضمان، فإذا ما تمت المقاصة فإن للبنك الحق في الرجوع على المتعاقد كما لو كان قد أوفى قيمة الخطاب نقداً^(١٠٩).

المطلب الثاني

انقضاء خطاب الضمان بغير الوفاء، أو ما يقوم مقامه

إذا لم تطالب الإدارة بقيمة خطاب الضمان خلال مدة سريانه فإن التزام البنك تجاه الإدارة ينقضي إما بانتهاء مدة الخطاب دون أن تتقدم جهة الإدارة للمطالبة بقيمته إذا كان الخطاب محدد المدة^(١١٠)، أو قد ينقضي خطاب الضمان بانتهاء الغرض الذي صدر من أجله، أو بالإبراء

(١٠٧) د. محي الدين إسماعيل، المرجع السابق ص ٨٨.

(١٠٨) د. مصطفى مرعي - خطابات الضمان نظرياً وعملياً ص ٥١، د. رياض ناظم - المرجع السابق ص ١٥٩.

(١٠٩) د. محي الدين إسماعيل - المرجع السابق ص ٨٩.

(١١٠) حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ٩ يناير سنة ١٩٩٠ الطعن رقم ١٩٣٣ لسنة ٣١ ق، مجموعة المبادئ القانونية التي قررت المحكمة الإدارية العليا، السنة الخامسة والثلاثون - العدد الأول (من أول أكتوبر سنة ١٩٨٩ إلى آخر فبراير سنة ١٩٩٠) ص ٧٤٦.

الصَّادِر من الإدارة للمُتَعَاقِد، أو باستحالة تنفيذ العقد الإداري، أو ينقضي بالتقادم إذا كان خِطَاب الضَّمان غير محدد المدة، وذلك على التَّفصِيل الآتي:

أولاً: انتهاء مدة خِطَاب الضَّمان بغير مُطالبَة من جِهَة الإدارة:

قضت المحكمة الإدارية العليا في انقضاء خِطَاب الضَّمان بأنه: "ينقضي التزام البنك الناشئ عن خِطَاب الضَّمان بصفة عامة بعدة أسباب منها انقضاء الأجل المحدد بخِطَاب الضَّمان دون استعمال المستفيد حقه في المطالبة بالمبلغ المحدد بالضَّمان"^(١١١).

وعليه فإذا لم ترد مُطالبَة من جِهَة الإدارة فإنَّ التزام البنك ينقضي بحلول الأجل الفاسخ لخِطَاب الضَّمان، وهو تاريخ انتهاء صلاحيته، ويحصرُ البنك على ذكر هذا التاريخ في الخِطَاب، وعلى تأكيد أن أية مطالبة تصله بعده تكون عديمة الأثر، وهو ما ذكرته المحكمة الإدارية العليا نصاً بقولها: "... ويسقطُ التزام البنك إذا لم تصل إليه مطالبة المستفيد بالدفع قبل حلول نهاية الأجل"^(١١٢).

فإذا انتهت مدة الخِطَاب دون أن تطلب الإدارة صرفه وتسييله سقط حَقها عليه، وبذلك لا يكون لصك الخِطَاب الَّذِي بحوزتها قيمة قانونية، كما لا يكون لاحتفاظها بالخِطَاب معنى مفهوماً، فمشكلة البنوك مع المصالح الحكومية تكمن في إصرار الجهات الحكومية في الاحتفاظ بخِطَابات الضَّمان رغم انتهاء مدتها، وكانت البنوك تحتفظ بالغطاء وتبقي على التزام العميل قبلها حتى يعاد خِطَاب الضَّمان إليها. وكانت المشكلة تزداد تعقيداً كلما كان أحد البنوك الأجنبية طرفاً في الموضوع، إذ تظل البنوك المحلية متمسكة بالتزامها قبلها، وإذا أخلت طرفه تمسك البنك الأجنبي بضرورة إعادة خِطَاب الضَّمان إليه كدليل على براءة ذمته. وإزاء رفض المصالح الحكومية إعادة الخِطَاب فإنَّ النتيجة تكون أحد أمرين: إما أن يحجم الموردون الأجانب عن الدخول في مناقصات الحكومة، وإما أن تُقدَّر المصاريف الزائدة التي تنتج عن المطالبة باسترداد خِطَاب الضَّمان أو النَّاتجة عن تجديد مدته ويرفعوا بمقدار تلك المصاريف

(١١١) حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١٩٣٣ لسنة ٣١ ق، جلسة ٩ من يناير سنة ١٩٩٠ م مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الخامسة والثلاثون - العدد الأول (من أول أكتوبر سنة ١٩٨٩ إلى آخر فبراير سنة ١٩٩٠) - ص ٧٤٦.

(١١٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٩٣٣ لسنة ٣١ ق، مجموعة المبادئ القانونية المرجع السابق ص ٧٤٦.

قيمة العطاءات التي يتقدمون بها، وكلتا النتيجتين تضر بالمصلحة العامة^(١١٣).

ثانياً: الإبراء:

إذا كان الإبراء تصرفاً قانونياً بالإرادة المنفردة ينقضي به التزام المتعاقد دون مقابل وهو متصور في العقود المدنية، فما إمكانية حدوثه في العقود الإدارية؟

بدايةً بيننا تتقابل في العقد المدني مصلحتان خاصتان متساويتان فإن العقد الإداري تظهر فيه مصلحة خاصة للمتعاقد، ومصلحة عامة للإدارة يتعين التوفيق بينهما بما يجعل الغلبة في النهاية للمصلحة العامة وعلى حد تعبير المحكمة الإدارية العليا فإن المصلحة العامة والمصلحة الفردية لا تتوازن في مجال الروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة والأفراد، بل يجب أن تعلق المصلحة العامة في مثل هذا الأمر الذي يتعلق أساساً بتسيير مرفق عام^(١١٤).

فيختلف أثر الإبراء الصادر من الإدارة للمتعاقد معها على التزام البنك بصدد خطاب الضمان، وذلك بحسب ما إذا كان الخطاب مشروطاً أو غير مشروط، فإن كان الخطاب مشروطاً بحصول إخلال من المتعاقد بالتزامه تجاه الإدارة كان للإبراء أثر لالتزام البنك بصدد خطاب الضمان؛ لأن الشرط يستحيل تحققه بعد حصول الإبراء، إذ لا يتصور أن يقع من المتعاقد إخلال بالتزامه نحو الإدارة بعد أن أبرأته هذه الأخيرة منه لذلك ينقضي التزام البنك بانقضاء التزام المتعاقد قبل الإدارة بالإبراء. أمّا إذا كان الخطاب غير مشروط فلا يكون للإبراء أثر على التزام البنك قبل الإدارة، إذ لا يظل هذا الالتزام قائماً ومع ذلك يكون لهذا الإبراء أثر إذا نص فيه على تنازل الإدارة عن حقها على خطاب الضمان^(١١٥).

ويعتبر من قبيل الإبراء تسليم الإدارة صك الخطاب إلى المتعاقد لإعادته للبنك بعد أن قام

(١١٣) د. محي الدين إسماعيل المرجع السابق ص ٩٤.

(١١٤) القضية رقم ٢٠ لسنة ٢ قضائية جلسة ٥ من نوفمبر سنة ١٩٥٥ م - المكتب الفني - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الأولى - العدد الأول (من أكتوبر سنة ١٩٥٥ إلى آخر يناير سنة ١٩٥٦) ص ٦٤.

(١١٥) د. محي الدين إسماعيل، المرجع السابق ص ٩٢، ٩١.

الأخير بتنفيذ التزامه تجاه الجهة الحكومية^(١١٦).

ثالثاً: التقادم:

التقادم المسقط حسب ما أوضحته المحكمة الإدارية العليا: عبارة عن مضي مدة معينة على استحقاق الدين المقرر لجهة الإدارة دون أن تطالب به المتعاقد، مما يترتب على ذلك سقوط حقها في المطالبة إذا تمسك بالتقادم من له مصلحة فيه (المتعاقد والبنك).^(١١٧)

كما بينت المحكمة الإدارية العليا المحكمة منه بقولها: إن حكمته تقرير هذا التقادم العام هي ضرورة استقرار الحق بعد مدة من الزمن فاعتبر المشرع مجرد مضي المدة على الحق المطالب به سبباً قائماً بذاته لانقضاء الدين بغض النظر عما إذا كان المدين قد وفاه أو كان يفترض أنه وفاه^(١١٨).

والأصل لا يتطرق لمسألة التقادم في خطاب الضمان إلا في حالة الخطاب غير محدد المدة، فينقضي بخمسة عشر عاماً من تاريخ بدء التزام البنك فيه، أما إذا كان الخطاب غير محدد المدة مشروطاً فإن سريان تقادمه لا يبدأ إلا من وقت تحقق شرطه، فإن تخلّف الشرط أو استحالة تنفيذه فإن التزام البنك في مواجهة الإدارة ينقضي، لتعلق الالتزام على مستحيل^(١١٩)، وكذا في مواجهة المتعاقد الملتزم بتنفيذ التزامه، فلا يعفيه من ذلك سوى الاستحالة^(١٢٠).

(١١٦) د. محي الدين إسماعيل، المرجع السابق ص ٩٢. مع ملاحظة أن للإدارة أن تثبت أن حيابة المتعاقد لصك الخطاب كان لسبب آخر غير الإبراء كأن يكون قد طلب تعديل الخطاب أو تجديده، لذلك يجدر بالبنك عند إعادة الخطاب إليه بواسطة المتعاقد قبل انتهاء مدته أن يخطر الجهة الحكومية بإلغاء الخطاب ليتأكد من عدم ممانعتها في ذلك. المرجع السابق ص ٩٢.

(١١٧) حكم المحكمة الإدارية العليا بالطعن رقم ٣٠٩٦ لسنة ٣٣ القضائية جلسة الأول من فبراير سنة ١٩٩٤ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة التاسعة والثلاثون - الجزء الأول (من أول أكتوبر سنة ١٩٩٣ إلى آخر فبراير سنة ١٩٩٤) - ص ٨٠١.

(١١٨) حكم المحكمة الإدارية العليا بالطعن رقم ٣٠٩٦ لسنة ٣٣ المرجع السابق ص ٨٠١.

(١١٩) د. رياض ناظم، المرجع السابق ص ١٦٧، د. محي الدين إسماعيل، المرجع السابق ص ٩٢.

(١٢٠) حكم المحكمة الإدارية العليا، القضيتين رقم ١٣٢٠، ١٣٤٠ لسنة ١٢ ق، جلسة ١٥ من فبراير سنة ١٩٦٩ م المكتب الفني - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الرابعة عشرة - العدد الأول (من أول أكتوبر سنة ١٩٦٨ إلى منتصف فبراير سنة ١٩٦٩) ص ٣٧٣.

رابعاً: استحالة تنفيذ العقد

قد يصبح تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزامه مستحيلاً، فما أثر هذه الاستحالة على التزام البنك تجاه جهة الإدارة؟

ليس بخاف أن التزام المتعاقد مع الإدارة التزاماً شخصياً بتنفيذ العقد الإداري الذي ارتبط به طبقاً لشرطه ولا يعفيه من ذلك سوى القوة القاهرة^(١٢١).

واستحالة التنفيذ إما أن تكون استحالة فعلية أو استحالة قانونية، وذلك في الوقت الذي يجب فيه التنفيذ. وغني عن القول أن الاستحالة الفعلية هي من مسائل الواقع الذي يقدره القاضي، ويختلف هذا التقدير بحسب ظروف الأحوال وملاساته، وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين لا ينقضي الالتزام وإن كان أصبح تنفيذه العيني مستحيلاً ووجب التنفيذ عن طريق التعويض، وبذا يتحوّل محل الالتزام من التنفيذ العيني إلى التعويض، فتبقى التأمينات التي كانت تكفل التنفيذ العيني وتتحول إلى كفالة التعويض، وتبقى مدة التقادم سارية، أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي فإن الالتزام ينقضي أصلاً سواء من حيث التنفيذ العيني أو التنفيذ بالتعويض، والسبب الأجنبي هو الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير ويجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أمراً غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع، فإن توافر هذان الشرطان كان الحادث أجنبياً عن الشخص لا يد له فيه ويجب أن يكون عدم استطاعة التوقع لا من جانب المدين بل من جانب أشد الناس يقظة وبصراً بالأمور، فالمعيار موضوعي لا ذاتي فلا يكتفي فيه بالشخص العادي ولكن يتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقاً كما يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مستحيل الدفع فإن أمكن دفع الحادث حتى ولو استحاله توقعه لم يكن ثمة قوة القاهرة أو حادث فجائي كما يجب أن يكون من شأنه جعل التنفيذ مستحيلاً استحالة مطلقة لا بالنسبة للمدين وحده بل بالنسبة إلى أي شخص يكون في موقف المدين وهذا هو ما يميز القوة القاهرة والحادث الفجائي

(١٢١) حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم (١٣٤٠) لسنة ١٢ ق المكتب الفني مجموعة المبادئ المرجع السابق ص ٣٧٣.

عن الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً، ويختلف أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي بحسب الأحوال، فإذا كان هو السبب الوحيد في وقوع الضرر انعدمت علاقة السببية فلا تتحقق المسؤولية، وقد يكون من أثره لا الإعفاء من تنفيذ الالتزام بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث فيبقى الالتزام موقوفاً على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث (١٢٢).

وعوداً إلى إجابة أثر استحالة تنفيذ العقد على التزام البنك تجاه جهة الإدارة، فإن خطاب الضمان لا يخلو من أن يكون مشروطاً أو غير مشروط، وذلك على التفصيل الآتي:

(أ): خطاب الضمان غير المشروط:

خطاب الضمان غير المشروط لا يتأثر التزام البنك فيه بالالتزام المرهق للمتعاقدين؛ وذلك لإمكان رده إلى الحد المعقول دون أن يؤدي إلى انقضائه، ولا كذلك باستحالة التنفيذ سواء أكانت راجعة إلى سبب أجنبي أو إلى فعل الإدارة.

وعلى هذا التأسيس قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه: ... أن الثابت من الأوراق أن اللجنة التي شكلتها الجهة الإدارية انتهت إلى أنه رغم حدوث الانهيار بجزء من واجهة المحجر فإنه يمكن استغلاله وقد تم إخطار المدعي أصلياً بذلك وبأنه لا مبرر لوقف التشغيل، وقد أرسل المدعي برقية إلى الجهة الإدارية في ١١ / ٧ / ١٩٨٩ بأنه يقوم بتشغيل المحجر، الأمر الذي يكون معه امتناعه عن سداد مستحقات تلك الجهة عن المدة من يونيو ١٩٨٩ حتى نهاية عام ١٩٩٠ م لا مبرر له، وإذ قامت الجهة الإدارية بفسخ العقد بتاريخ ٥ / ١ / ١٩٩١ وتسييل خطاب الضمان وطرح المحجر في مزاد بجلسته ٢٢ / ٧ / ١٩٩١ رسا على المدعو / فإن مسلكها يكون متفقاً وأحكام العقد والقانون ويضحى طلب المدعي أصلياً براءة ذمته من مبلغ ٢٥, ٧٤٣٧٨٣ جنيهاً (ثمان المادة الخام والضرائب المستحقة عليه وغرامة التأخير) غير قائم

(١٢٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم (٦٨٩) لسنة ٤ ق، جلسة ١٢ من ديسمبر سنة ١٩٥٩ م مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الخامسة - العدد الأول (من أول أكتوبر سنة ١٩٥٩ إلى آخر يناير سنة ١٩٦٠) ص ١٠٦.

على سندٍ صحيحٍ ويتعين رفضه، أما عن مطالبته بمبلغ ٢٣٥ ألف جنيه الذي قام بسداده مقابل المادة المحجّرة التي لم يستخرجها فإنّ الجهة الإدارية لم تحل بينه وبين استخراجها ويكون من حقها مصادرة خطاب الضمان، ولا وجه لمطالبتها بالتعويض لانتفاء ركن الخطأ في جانبها. وخلصت المحكمة إلى إلزام المذكور بأن يؤدي للجهة الإدارية مبلغاً مقداره ٦٣٢٥٠٠ جنيهًا قيمة المادة المتعاقد عليها بعد استنزال ما قام بسداده ورفضت إلزامه بالفوائد القانونية استناداً إلى أنه لا يجوز التعويض مرتين عن واقعة واحدة (١٢٣).

(ب): خطاب الضمان المشروط:

إذا كان خطاب الضمان مشروطاً أي أن يشترط فيه البنك انقضاء التزامه في مواجهة الإدارة إذا استحال تنفيذ الالتزام الأصلي، وهو التزام المتعاقد في علاقته بالإدارة فإنّ التزام البنك ينقضي باستحالة التنفيذ؛ ذلك لأن الشرط الواقف المعلق عليه الخطاب يصبح غير ممكن التحقق للسبب الأجنبي أو بسبب الإدارة، كأن يكون تنفيذ الخطاب معلقاً على إخلال المتعاقد بالتزامه تجاه الإدارة، فإذا كان هذا الإخلال راجعاً إلى استحالة التنفيذ التي خلفها المستفيد أو كان سببها أجنبياً كانت استحالة التنفيذ هذه منهية خطاب الضمان مانعة من تنفيذه، وبالتالي منهية للالتزام البنك بموجبه في مواجهة الإدارة (١٢٤).

وغني عن القول أنه يجوز للطرفين أن يعدلا باتفاقهما من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي فيتفقان مثلاً على أن المدين لا يخلى من التزامه ويتحمل بذلك تبعه السبب الأجنبي فلا ينقضي الالتزام حتى ولو استحال تنفيذه بسبب أجنبي، ويتحول محله إلى تعويض، ويكون المدين في هذه الحالة إزاء الدائن بمثابة المؤمن يؤمنه من الحوادث التي ترجع إلى القوة القاهرة، كلّ ما تقدم من قواعد قد قننها المشرع المصري في القانون المدني، ولئن كان مجال تطبيق هذه القواعد في مجال روابط القانون الخاص إلا أن القضاء الإداري قد اطرّد على الأخذ بها باعتبارها

(١٢٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعين رقمي ٦٦٥٣ و ٧٩٦٤ لسنة ٥١ قضائية عليا، جلسة ١٩/٦/٢٠٠٧م بوابة مصر للقانون والقضاء:

<http://www.laweg.net/Default.aspx?action=LawEg&Type=16&JID=94056&>

(١٢٤) د. رياض ناظم، المرجع السابق ص ١٦٦، د. محيي إسماعيل، المرجع السابق ص ٩٤، ٩٥.

من الأصول العامة التي يجب النزول عليها في تحديد الروابط الإدارية في مجال القانون العام ما دامت تتسق مع تسيير المرافق العامة وتكفل التوفيق بين ذلك وبين المصالح الفردية الخاصة (١٢٥).

(١٢٥) حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم (٦٨٩) لسنة ٤ ق، جلسة ١٢ من ديسمبر سنة ١٩٥٩م المكتب الفني، مجموعة المبادئ، المرجع السابق، ص ١٠٦ .

الخاتمة

وبالحديث عن انقضاء خطاب الضمان بغير الوفاء، أو ما يقوم مقامه أكون قد انتهيت مما أردت بحثه من حقوق جهة الإدارة حيال خطاب الضمان، وقد تناولته من منظور القانون العام، وفي ضوء نشاط الإدارة (العقود الإدارية) وبأسلوب سهل ومبسط احتوى على تعريف خطاب الضمان وأهميته وأركانه وشروطه، ومظاهر سلطة الإدارة عليه بالتعديل ومدد الأجل واستعجال المطالبة ومصادرة وحجز قيمة الضمان وكذا حقها في إلغاء العقد أو التنفيذ على الحساب إذا لم يتم صاحب العطاء الفائز بأداء التأمين النهائي خلال المهلة المحددة، وختاماً تناولت فرضيات انقضاء حق الإدارة سواء أكان بالوفاء بقيمة خطاب الضمان أو ما يقوم مقام الوفاء، أو انقضاء خطاب الضمان بغير الوفاء، أو ما يقوم مقامه.

النتائج:

- ١- إن مبلغ التأمين المؤقت تستقل جهة الإدارة بتحديدته، ويرد ضمن شروط الإعلان.
- ٢- استبعاد كل عطاء غير مصحوب بكامل التأمين المؤقت.
- ٣- أوجب القانون على صاحب العطاء المقبول أن يؤدي خلال عشرة أيام - تبدأ من اليوم التالي لإخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه - التأمين النهائي الذي يكمل التأمين المؤقت.
- ٤- خطاب الضمان شرع ضمانه لجهة الإدارة لجدية وحسن تنفيذ عقودها، فيحق للإدارة على هذا الأساس مصادرة الخطاب إذا أحل المتعاقد معها بأي من التزاماته العقدية.
- ٥- يقوم المتعاقد مع الإدارة باستبدال خطاب الضمان الابتدائي بخطاب نهائي عند رسو العطاء أو المناقصة عليه، وقيامه بالتوقيع على العقد الخاص بالتنفيذ.
- ٦- البنك لا يملك مناقشة أو ملاءمة طلب جهة الإدارة لقيمة خطاب الضمان متى كان نافذاً؛ لأن البنك أمام جهة الإدارة يضمن ولا يقدر.
- ٧- سحب العطاء قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف الفنية يترتب عليه مصادرة التأمين المؤقت من جانب الجهة الإدارية دون حاجة إلى إنذار، أو اللجوء إلى القضاء، أو اتخاذ أية إجراءات أو إقامة الدليل على حصول ضرر.

٨- التَّامِينُ يُمَثِلُ الحَدَّ الأَدْنَى لِلتَّعْوِيضِ الَّذِي يَحِقُّ لِلجِهَةِ الإِدَارِيَّةِ اِقْتِضَاؤُهُ بِحَيْثُ لا يَقْبَلُ مِنَ المُتَعَاقِدِ أَنْ يَثْبِتَ أَنَّ الضَّرَرَ يَقِلُّ عَنِ مَبْلَغِ التَّعْوِيضِ.

٩- يَنْقُضِي التَّزَامَ البَنَكِ النَّاشِئُ عَنِ خِطَابِ الضَّمَانِ بِصِفَةِ عَامَةٍ بَعْدَ أسبابِ مَنَها انْقِضَاءُ الأَجَلِ المَحْدَدِ بِخِطَابِ الضَّمَانِ دُونَ اسْتِعْمَالِ الإِدَارَةِ لِحَقِّهَا فِي المَطَالِبَةِ بِالمَبْلَغِ المَحْدَدِ بِالضَّمَانِ.
التوصيات:

١- نَهِيْبُ بِالمَقْنُنِ مَعَالِجَةَ تحْدِيدِ قِيْمَةِ التَّامِينِ، لِأَنَّ تَبْنِي الأسْلُوبِ الخَاصِ بِتَحْدِيدِ مَبْلَغِ الخِطَابِ فِي الإِعْلَانِ يُمْكِنُ لَهُ أَنْ يَعودَ إِلَى أَنْ يَتَعَرَفَ المُتَنافِسُونَ عَلَى القِيْمَةِ التَّقْدِيرِيَّةِ لِلعَمَلِيَّةِ التَّعَاقُدِيَّةِ.

٢- عَدْمُ قَبُولِ فِكْرَةِ الحِجْزِ عَلَى قِيْمَةِ خِطَابِ الضَّمَانِ مِنْ دَائِنِي المُتَعَاقِدِ؛ لِأَنَّهُ يُمَثِلُ بِذَلِكَ إِضْرَاراً بِالعَاقِبِ بِحَقِّ جِهَةِ الإِدَارَةِ، وَيَعودُ بِالسَّلْبِ عَلَى العَمَلِيَّةِ التَّعَاقُدِيَّةِ لِلْمَرْفِقِ العَامِّ هَذَا مِنْ جِهَةٍ، وَمِنْ جِهَةٍ أُخْرَى فَإِنَّ هَذَا الضَّمَانِ قَدْ خَرَجَ مِنْ ذِمَّةِ المُتَعَاقِدِ وَبِالتَّالِيِ لَمْ يَعدَ مَالِكاً لَهُ حَتَّى يَتِمَّ الحِجْزُ عَلَى أَمْوَالِهِ لَدَى الغَيْرِ (البَنَكِ الضَّامِنِ) وَالقَوْلُ بِخِلَافِ ذَلِكَ يَعْطَلُ وَظِيفَةُ خِطَابِ الضَّمَانِ، وَيَجْرُدُهُ مِنْ مَعْنَاهِ.

٣- إِذَا كَانَتْ مِصَادِرَةُ التَّامِينِ قَدْ جَبَرَتْ الضَّرَرَ كَلَهُ فَلا مَحَلَّ لِلحُكْمِ بِالتَّعْوِيضِ، أَمَا إِذَا كَانَتْ قِيْمَةُ التَّامِينِ لا تَفِي وَحِدهَا بِجَبْرِ الضَّرَرِ فَإِنَّهُ يَتَعَيَّنُ الحُكْمُ بِالتَّعْوِيضِ الكَافِي لِجَبْرِهِ بِالإِضَافَةِ إِلَى التَّامِينِ.

٤- لَمَّا لَخِطَابِ الضَّمَانِ مِنْ أَمْهِمَّةِ تَطْبِيقِيَّةٍ مُعَاصِرَةٍ فِي نِشَاطِ الإِدَارَةِ (العُقُودِ الإِدَارِيَّةِ) نَهِيْبُ بوزَارَةِ المَالِيَّةِ المِصْرِيَّةِ أَنْ تَضطلعَ بِعَقْدِ وَرَشِ عَمَلٍ، وَتَنْظِيمِ دَوْرَاتِ وَندَوَاتِ فِي التَّعَاقُدَاتِ الَّتِي تَبْرَمُهَا الجِهَاتُ العَامَّةُ، لِأَسْمِيَا وَأَنَّ اللَاحِظَةَ التَّنْفِيذِيَّةَ لِقَانُونِ التَّعَاقُدَاتِ الحُكُومِيَّةِ صَدَرَتْ عَلَى مَهْلٍ.

٥- تَبْنِي المِيعَارِ المَوْضُوعِي لا الذَّاتِي الَّذِي يَكْتَفِي فِيهِ بِالشَّخْصِ العَادِي، إِذَا كَانَتْ اسْتِحَالَةٌ تَنْفِيذِ العَقْدِ الإِدَارِي رَاجِعَةً إِلَى سَبَبٍ أَجْنَبِي فَإِنَّ الإلتِزَامَ بِهَا فِيهِ خِطَابُ الضَّمَانِ يَنْقُضِي سِوَاءَ مَنْ حَيْثُ التَّنْفِيذُ العَيْنِي أَوْ التَّنْفِيذُ بِالتَّعْوِيضِ، غَيْرَ أَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَدْمُ اسْتِطَاعَةِ التَّوَقُّعِ لا مِنْ جَانِبِ المَدِينِ بَلْ مِنْ جَانِبِ أَشَدِّ النَّاسِ يَقْظَةً وَبِصْراً بِالأُمُورِ.

مصادر البحث

كتب اللغة:

١- تاج العروس من جواهر القاموس - لمحمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبي الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي (ت ١٢٠٥ هـ) المحقق: مجموعة من المحققين، الناشر: دار الهداية.

٢- كتاب العين، لأبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (ت ١٧٠ هـ) المحقق: د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، الناشر: دار ومكتبة الهلال.

٣- لسان العرب - لمحمد بن مكرم بن علي، أبي الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (ت ٧١١ هـ) الناشر: دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤١٤ هـ

كتب الحديث:

١- صحيح مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (ت ٢٦ هـ) الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.

٢- المستدرک على الصحيحين، لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (ت ٤٠٥ هـ) تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م

٣- مشارق الأنوار على صحاح الآثار - للشيخ عياض بن موسى بن عياض بن عمرو بن اليحصبي السبتي، أبو الفضل (ت ٥٤٤ هـ) دار النشر: المكتبة العتيقة ودار التراث.

كتب القانون:

١- د. راغب حبشي - خطابات الضمان من الوجهة العملية، معهد الدراسات المصرفية، القاهرة، للعام الدراسي الخامس عشر سنة ١٩٦٨ م - ١٩٦٩ م.

٢- د. رياض ناظم حميد - النظام القانوني لخطاب الضمان، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ٢٠١٦ م.

٣- د. سليمان رمضان عمر - النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية - دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي الاسكندرية ٢٠٠٩ م.

٤- د. سليمان محمد الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - مطبعة جامعة عين شمس،

- الطبعة الخامسة ١٩٩١ م.
- ٥- د. سميحة القليوبي- الأسس القانونية لعمليات البنوك- دار النهضة العربية، القاهرة،
الطبعة الثانية ٢٠١٣ م.
- النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية - بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد،
كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد (٢،١) من السنة الثانية والأربعين.
- ٦- د. علي جمال الدين عوض- النظام القانوني لخطابات الضمان، مجلة المحاماة، العدد
السابع، السنة الأربعون، مارس ١٩٦٠ م.
- ٧- د. علي خطار شطناوي، النظرية العامة للعقود الإدارية في المملكة العربية السعودية-
الناشر مكتبة الرشد، الطبعة الثانية ١٤٣٧ هـ - ٢٠١٦ م.
- ٨- د. صلاح الدين فوزي- قانون المناقصات والمزايدات- المشاكل العملية والحلول
القانونية- دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة للعقود الإدارية، الناشر: دار النهضة العربية ٢٠١٠ م.
- ٩- د. محسن شفيق- الوسيط في القانون التجاري- طبعة ١٩٦٣ م.
- ١٠- د. محمود حلمي- العقد الإداري- القاهرة، دار الفكر العربي ١٩٧٤ م.
- ١١- د. محيي الدين إسماعيل علم الدين- خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام
البنك- الناشر عالم الكتب بيروت.
- ١٢- د. مصطفى مرعي- خطاب الضمان نظرياً وعملياً، معهد الدراسات المصرفية
١٩٧٥ م.

اللغة الأجنبية:

- 1) de Laubadère Venezia (J.CL.) Gaudemet (Y) Traité du droit administratif, L.G.D.J, Paris, 13 éd T.1, 1995.
- 2) G. jéze, les principes généraux du droit administratif T. 4. Paris 1936 .
- 3) M. Quancard L,adjudication des marchés publics de travaux et de fournitures sirey ,1945.

الدوريات:

- ١- الجريدة الرسمية المصرية.
- ٢- الوقائع الرسمية.

- ٣- مجلة المحاماة، العدد السابع، السنة الأربعون، مارس ١٩٦٠م.
- ٤- مجموعة أبو شادي، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا في عشر سنوات ١٩٥٥م-١٩٦٥م.
- ٦- مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الرابعة والخمسون - من أول أكتوبر ٢٠٠٨ إلى آخر سبتمبر ٢٠٠٩م
- ٧- مجموعة مبادئ الجمعية العمومية بشأن العقود الإدارية منذ نشأتها ١٩٤٦م إلى ٢٠٠٥م
- ٨- مجموعة المكتب الفني السنة (٣٩).
- ٩- موقع إلكتروني - بوابة مصر للقانون والقضاء

<http://www.laweg.net/Default.aspx?action=LawEg&Type=16&JID=94448> &

Arabic references are romanized

- 1) taj alerws min jwahr alqamwsi, Muhammad bin Muhammad bin Abdul Razzaq Al-Hussaini taj alerws min jwahr alqamwsi- muhamad bin mhmmnd bin eabd alrzzaq alhusayni, Abu Al-Fayd, almulqbb, be Murtada, alzzabydy (t 1205hi) almhqq: mjmwet min almuhaqiqina, alnnashiru: dar alhidayti.
- 2) ktab aleyni, Abu Abd al-Rahman al-Khalil ibn Ahmad ibn Amr ibn Tamim al-Farahidi al-Basri ktab aleyni, li'abi eabd alrahman alkhilil bin 'ahmad bin eamrw bin tamim alfarahidi albasarii (t 170hi) almhqq: dr. mahdi almakhzumi, dr. Ibrahim alsamrayy, alnnashiru: dar wamaktabat alhilal.
- 3) lesan alarb, Muhammad bin Makram bin Ali, Abi Al-Fadl, Jamal Al-Din Ibn Manzur Al-Ansari Al-Ruwaifa'i Africanul - (t 711hi) alnnashiru: dar sadr - bayrut, alttabeatu: althaalithat - 1414h
- 4) Sahieh Musulman ibn al-Hajjaj Abu al-Hasan al-Qushayri al-Naysaburi (t 26hi) alnnashiru: dar 'iihya' alturath alarabi- bayrut.
- 5) almstdrk ealaa alsahihayni, Abu Abdullah Al-Hakim Muhammad bin Abdullah bin Muhammad bin Hamdawayh bin Naim bin Al-Hakam Al-Dhabi Al-Tahmani Al-Naysaburi almaeruf biaibn albaye (t 405h) thqyqu: mustafaa eabd alqadir eataa, alnnashiru: dar alkutub aleilmiat - bayrut, alttbeat al'uwlaa 1411h - 1990.
- 6) mashariq al'anwar ealaa siha aluathar, Iyad bin Musa bin Iyad bin Amron Al Yahsabi Al Sabti, Abu Al Fadl -, (t 544h) dar alnashri: almktbt aleatiqat wadar altarathi.
- 7) Ragheb Habashi. - khitabat alddaman min alwjht alemlyt, mehd alddrasat almsrfyt, alqahirati, lleam alddirasy alkhamis eashar sanatan 1968m -1969.
- 8) Riad Nazim Hamid - alnzam alqanuny lkhita alddaman, dar alfikr aljamieii, al'iskndryt 2016.
- 9) Suleiman Ramadan Omar -. alnzam alqanuny lkhita alddaman almsrfyt-

- dirasat muqaranati, dar alfkr aljamieii al'iskndryt 2009.
- 10) Suleiman Muhammad Al-Tamawi- al'uss aleammat lleuqwd al'idaryati- mtbet jamieat eayn shams, alttabeat alkhamst 1991.
 - 11) Samiha Al Qalyubi. - alass alqanunyt lemlyat albnuka- dar alnnahtd alerbyti, alqahirati, alttabeat alththanit 2013.
 - 12) alnizam alqanuniu likhitabat aldaman almasrifiat - bahath manshur bimajalat alqanun walaiqtisadi, kuliyat alhuquq jamieat alqahirat aleadad (2,1) min alsanat althaaniat wal'arbaeina.
 - 13) Ali Jamal Al-Din Awad. - alnzam alqanuny lkhitabat alddaman, mjlt almhamati, aleadad alsabe, alssant al'arbaewn maris 1960.
 - 14) Ali Khattar Shatnawi., alnnazryat aleammat lleuqwd al'idaryat fi almamlkt alerbyt alssuewdyati- alnnashir mktbt alrrushd alttabeat alththanit 1437h - 2016.
 - 15) Salah El Din Fawzy. - qanwn almunaqsat walmuzayadati- almshakl alemlyat walhulwl alqanunyat- drast thlylyat tasylyat mqrant lleqwd al'idaryat, alnnashiru: dar alnnahtd alerbyat 2010.
 - 16) Mohsen Shafiq - alwsyt fi alqanun alttjary- tabeat 1963.
 - 17) Mahmoud Helmy. - aleqd al'idary- alqahrta, dar alfkr alerby 1974.
 - 18) Mohy El Din Ismail Alam El Din. - khitab alddaman wal'asas alqanuny laltzam albanki- alnnashir ealm alktb bayrut.
 - 19) Mustafa Marei. - khitabat alddaman nzryaan wemlyaan, maehad aldirasat almasrifiat 1975.

