

محاضرات القانون التجاري

المحاضرة ثلاثون

المطلب الثاني : آثار خطاب الضمان

يرتب خطاب الضمان التزامات في ذمة المصرف مصدر الخطاب المذكور (الفقرة أولاً) والعميل الأمر (الفقرة ثانياً) .

الفقرة أولاً: التزامات المصرف

يمثل التزام المصرف بدفع قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد إذا طلب منه الأخير ذلك الالتزام الأساس الذي يترتب عليه خطاب الضمان على المصرف ، وهذا الالتزام هو التزام مجرد قطعي فضلاً عن كونه التزام أصيل وليس التزام تباعي .

فالالتزام المصرف بدفع مبلغ خطاب الضمان إلى المستفيد هو التزام مجرد ينشأ مباشرة عن هذا الخطاب ، وهو مستقل تمام الاستقلال عن علاقة المصرف بالأمر أو بالمستفيد أو علاقة الأمر بالمستفيد^(١) ، وهذا ما أشارت إليه المادة ٢٩٠ من قانون التجارة إذ بينت بأنه " لا يجوز للمصرف أن يرفض الأداء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالأمر أو المستفيد أو علاقة الأمر بالمستفيد " .

فلا يجوز للمصرف أن يتمسك في مواجهة المستفيد بالدفع التي يجوز له أن يتمسك بها في مواجهة العميل الأمر ، كما لا يجوز له - أي المصرف - أن يتمسك في مواجهة المستفيد بالدفع التي تكون للعميل الأمر قبل المستفيد . وقد أكد القضاء في أحكام كثيرة على مبدأ استقلال خطاب الضمان^(٢) .

(١) الدكتور ياملي ، أكرم ، الدكتور الشماخ ، فائق ، مصدر سبق ذكره ، ص ٤٣٤ . الدكتور البارودي ، علي ، مصدر سبق ذكره ، ص ٣٩٤ . الدكتور العكيلي ، عزيز ، شرح القانون التجاري ، مصدر سبق ذكره ، ص ٤٥٧ . وفي القضاء يُنظر: قرار محكمة التمييز العراقية بالرقم ٢٨٥٢/ الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠١٣ تاريخ ١٦/١٢/٢٠١٣ والذي أشارت فيه إلى عدم جواز قيام المصرف برفض أداء خطاب الضمان للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالأمر أو المستفيد أو إلى علاقة الأمر بالمستفيد... منشور في مجلة التشريع والقضاء ، السنة السادسة ، العدد الثاني، ٢٠١٤ ، ص ١٨٨-١٨٩ .

(٢) ومن ذلك ما قضت به محكمة التمييز العراقية من أن العلاقات القانونية الثلاثة التي يكونها خطاب الضمان بين المصرف وعميله والعميل والمستفيد والمصرف والمستفيد هي علاقات مستقلة عن بعض، ويعتبر التزام كل طرف من هذه الأطراف مجرداً عن التزام بقية الأطراف الأخرى ، رقم القرار ٣٢٤ هيئة عامة /١٩٧٦ تاريخ ١٩/٣/١٩٧٧ ، مجلة الأحكام العدلية ، العدد الأول ، السنة الثامنة ، ١٩٧٧ ، ص ٩٠ . وكذلك قرار محكمة النقض المصرية بالرقم ١٠٦ تاريخ ١٤/٣/٧٣ الذي جاء فيه بأن خطاب الضمان، وأن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه ، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل ٠٠٠ أشار إليه الدكتور حسني ، أحمد ، قضاء النقض التجاري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، دون تاريخ نشر ، ص ٢١٨ .

ويترتب على المبدأ المتقدم أنه لا يجوز للمصرف التمسك بالمقاصة في مواجهة المستفيد بدين له في ذمة الأمر وذلك بسبب استقلال التزام المصرف في مواجهة المستفيد عن العلاقة بينه وبين الأمر سواء من حيث أطرافها أو محلها^(٣) . وكذلك لا يجوز للمصرف التمسك قبل المستفيد بالمقاصة عن دين له في ذمة المستفيد إذا توافرت شروط المقاصة بين قيمة خطاب الضمان والدين المذكور إلا بعد أن تتحقق ملكية مبلغ خطاب الضمان للمستفيد بقيد المصرف هذا المبلغ في حساب المستفيد ، فخطاب الضمان ، وإن كان يمثل حقاً للمستفيد ، إلا أن هذا الحق لا يدخل في ذمته المالية إلا بعد طلبه من المصرف خلال مدة معينة^(٤) .

وكذلك يمثل التزام المصرف بدفع مبلغ خطاب الضمان التزاماً قطعياً أو باتاً وهو ما أكدته المادة ٢٨٧ من قانون التجارة التي سبق بيانها ، التي أشارت إلى تعهد المصرف بالدفع (دون قيد أو شرط) ، وهذا ما يجعل من خطاب الضمان صالحاً لتأدية الوظيفة التي وجد من أجلها بوصفه يمثل بديلاً عن التأمين النقدي الذي يشترط المستفيد إيداعه سواء عند إبداء الرغبة في التعاقد لضمان جدية رغبة العميل الأمر أو عند التعاقد لضمان حسن التنفيذ^(٥) .

ويرى البعض بأن حق المستفيد ينشأ من وقت وصول خطاب الضمان وعلمه به ، ولذا يجب على المصرف أن يصدر الخطاب خلال مدة معينة وإخطار المستفيد به خلال المدة المحددة ، ويسقط هذا الضمان تلقائياً إذا لم يصل إلى المصرف أية مطالبة به بانتهاء الوقت المحدد^(٦) . إلا أنه لا يجوز للمصرف الرجوع عن تعهده بدفع مبلغ خطاب الضمان متى وصل إلى علم المستفيد^(٧) ، ولا يجوز له أن يدعن إلى اعتراضات العميل بالامتناع عن دفع مبلغ خطاب الضمان^(٨) فضلاً عما تقدم فإن التزام المصرف بدفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد هو

(٣) الدكتور القليوبي ، سميحة ، مصدر سبق ذكره ، ص ٨٦٣ .

(٤) المصدر نفسه ، ص ٨٦٣ .

(٥) المصدر نفسه ، ص ٨٥٨ - ٨٥٩ .

(٦) الدكتور عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان ، مصدر سبق ذكره ، ص ٢٧١ .

(٧) الدكتور العكيلي ، عزيز ، شرح القانون التجاري ، مصدر سبق ذكره ، ص ٤٥٨ .

(٨) الدكتور ياملكي ، أكرم ، الدكتور الشماخ ، فائق ، مصدر سبق ذكره ، ص ٤٣٥ وبالمعنى نفسه ، الدكتور دويدار ، هاني ، ص ٣٥٨ . وقضت محكمة التمييز العراقية بالعدد ٩٨٦ استئنافية منقول ٢٠٠٨ ، تاريخ ١٥/١٠/٢٠٠٨ بتأييد الحكم الابتدائي والاستئنافي الذي قضى بإلزام المصرف (المدعى عليه . المميز) بدفع مبلغ خطاب الضمان للمستفيد المقدم عن مقابلة تشييد ثلاث مدارس في محافظة كركوك وذلك ضماناً لحسن التنفيذ ، وذلك بعد أن امتنع المصرف عن دفع مبلغ خطاب الضمان بحجة أنه صدر بناءً على أمر السيد . وليس عن الشركة التي أبرمت المقابلة المذكورة ، = وقد اتضح بأن الشخص المذكور ما هو إلا المدير المفوض للشركة المذكورة ، ولما كان خطاب الضمان موضوع الدعوى مستوفياً لكافة الشروط القانونية ، وبما أن المادة ٢٩٠ من قانون التجارة لا تجيز للمصرف أن

التزام أصيل ناشئ عن الخطاب المذكور وليس التزاماً تابعاً لالتزام الأمر بالمستفيد ، بسبب استقلال خطاب الضمان عن العلاقة التي نشأ الخطاب بسببها ، وقد أكد القضاء أن المصرف في خطاب الضمان إنما يلتزم بصفته أصيلاً قبل المستفيد لا بوصفه نائباً عن عميله الأمر^(٩) . وبناء على ما تقدم فإن خطاب الضمان يختلف عن الكفالة ، وعلى وجه الخصوص الكفالة المصرفية التي يتعهد فيها المصرف بوفاء دين عميله لأنه إذا كان من الجائز للمصرف أن يتمسك بالتجريد قبل الدائن^(١٠) - أي بوجوب مطالبة المدين أولاً قبل مطالبة الكفيل بالوفاء - فإنه من غير الجائز للمصرف التمسك بمثل هذا الدفع قبل المستفيد لأن التزام المصرف بوفاء قيمة خطاب الضمان يعد التزاماً مجرداً ، ونظراً لكون التزام المصرف بالوفاء هو التزام مجرد فهو لا يضمن حسن تنفيذ العميل الأمر لالتزامه قبل المستفيد ، ولا يراقب هذا التنفيذ ولا يتعهد بتنفيذ الالتزام الملقى على عاتق العميل الأمر قبل المستفيد بدلاً منه^(١١) .

ومقابل التزام المصرف بدفع خطاب الضمان فإنه يجوز له ، وبمقتضى المادة ٢٨٨ من قانون التجارة ، مطالبة العميل بتقديم كفالة شخصية أو عينية لتغطية مبلغ خطاب الضمان ، ومن الجائز أن تكون هذه الكفالة تنازلاً من الأمر عن حقه تجاه المستفيد^(١٢) ويجب على المصرف رد مبلغ الغطاء إلى المستفيد في حال انتهاء مدة سريان خطاب الضمان دون أن يطلب المستفيد دفع المبلغ المذكور إليه .

ولما كان المصرف لا يلزم بدفع خطاب الضمان إلى المستفيد إلاّ بناء على طلب من الأخير وذلك خلال المدة المحددة لسريان خطاب الضمان لذا أشارت الفقرة أولاً من المادة ٢٩١ من قانون التجارة إلى أن " تبرأ ذمة المصرف تجاه المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع إلاّ إذا اتفق صراحة قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها^(١٣) " فإذا قام المصرف بدفع قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد بعد انقضاء مدته ،

يرفض الأداء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالأمر أو المستفيد أو علاقة الأمر بالمستفيد ، وحيث أن القانون لم يشترط أن يكون الأمر هو نفسه الملتزم بالعقد ، لذا تقرر تصديق الحكم المميز .. غير منشور .

(٩) محكمة النقض المصرية الطعن رقم ٣٧٠ سنة ٢٩ قضائية تاريخ ١٤/٥/١٩٦٤ أشار إليه الدكتور حسني ، أحمد ، مصدر سبق ذكره ، ص ٢١٩ .

(١٠) الدكتور ياملكي ، أكرم ، مصدر سبق ذكره ، ص ٣٥٠ .

(١١) الدكتور عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان ، مصدر سبق ذكره ، ص ٢٢ .

(١٢) يرى بعض الفقه أنه من النادر أن يقدم العميل الأمر تأميناً شخصياً أو عينياً لضمان حق المصرف ، وإنما يقدم غالباً تنازلاً من قبله عن حقه في مواجهة المستفيد كغطاء لخطاب الضمان ٠٠٠ الدكتور ياملكي ، أكرم ، الدكتور الشماع ، مصدر سبق ذكره ، ص ٤٣٦ .

(١٣) وتطبيقاً لهذا النص ، قضت محكمة التمييز العراقية بالعدد ١٣٠ استثنائية منقول ٢٠٠٨ ، تاريخ ٢٦/٢/٢٠٠٨ " وحيث أن المدعي (المميز) لم يطالب المدعى عليه (المميز عليه) بمبلغ خطاب

ودون الاتفاق على تجديده ، تحمل وحده تبعة هذا الدفع وامتنع عليه الرجوع على الأمر بما دفعه^(١٤) .

الفقرة ثانياً: التزامات العميل الأمر

يلتزم العميل الأمر برد قيمة خطاب الضمان ودفع العمولة التي يستحقها المصرف والمصاريف التي أنفقها . فضلاً عن التزامه بتقديم غطاء (تأمين لخطاب الضمان) . ونظراً لسبق الإشارة إلى هذا الالتزام بوصفه حقاً للمصرف فإننا سنكتفي بالإشارة إلى الالتزام المتعلق برد قيمة خطاب الضمان ودفع العمولة والمصاريف التي أنفقها المصرف .

ففيما يتعلق برد قيمة خطاب الضمان فقد أشارت المادة ٢٩٢ من قانون التجارة بأنه " إذا أوفى المصرف للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان حل محله في الرجوع على الأمر بمقدار المبلغ الذي أوفاه " . وهكذا يبدو أن قيام المصرف بدفع قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد بطلب من الأخير يرتب للمصرف الحق في الرجوع على الأمر بما دفعه^(١٥) ، وفي هذه الحالة يقوم المصرف بالتنفيذ على غطاء خطاب الضمان ، فإذا كان هذا الغطاء لا يكفي للوفاء بما دفعه المصرف جاز له الرجوع على الأمر بالمبلغ المتبقي . ولا يجوز للمصرف المطالبة بمبلغ خطاب الضمان قبل تسديده للجهة المستفيدة من الخطاب^(١٦).

وفضلاً عن رد قيمة خطاب الضمان فإنه يجب على العميل الأمر دفع العمولة التي يتقاضاها المصرف عن إصداره لخطاب الضمان ، ويتم تحديد مقدار العمولة استناداً إلى مقدار ونوع خطاب الضمان المقدم من المصرف^(١٧) وكذلك يجب على العميل الأمر أن يدفع للمصرف كافة المصاريف التي أنفقها لقاء إصداره خطاب الضمان كثمن الطوابع أو أجور البريد^(١٨) .

الضمان موضوع الدعوى خلال مدة نفاذه ، ولا حتى خلال المدة التي وافق المصرف (المدعى عليه) على تمديدتها لغاية ٣١/١٠/٢٠٠٥ . لذلك فإن المصرف (المدعى عليه) تبرأ ذمته تجاه المستفيد (المدعى) ، لاسيما أن (المدعى) لم يثبت موافقة المصرف (المدعى عليه) على طلباته اللاحقة بالتمديد، ذلك أن تمديد مدة خطاب الضمان يتم بالاتفاق الصريح بين الطرفين ... " غير منشور .

(٣) الدكتور ياملكي ، أكرم ، الدكتور الشماع ، مصدر سبق ذكره ، ص ٤٣٦ .

(٤) وفي قرار حديث قضت محكمة التمييز العراقية بأحقية المصرف (المدعى) بالرجوع على الأمر بفتح الاعتماد بمبلغ خطاب الضمان بعد أن أوفى المصرف قيمة خطاب الضمان إلى الجهة المستفيدة من الخطاب عملاً بأحكام المادة ٢٩٢ من قانون التجارة... رقم القرار ١٦٩٧ / الهيئة المدنية منقول/ ٢٠١٣ تاريخ ٢٤/٩/٢٠١٣ ، منشور في مجلة التشريع والقضاء، السنة السادسة . العدد الثاني . ٢٠١٤ ، ص ١٧٩-١٨٠ .

(١٦) محكمة التمييز العراقية رقم القرار ٨٢ موسوعة أولى ١٩٨٥-١٩٨٦ تاريخ ٣/٣/١٩٨٦ مجلة الأحكام العدلية ، العدد ١-٤ ، ١٩٨٦ ، ص ١٩٥ .

(١٧) الدكتور العكلي ، عزيز ، شرح القانون التجاري ، الجزء الثاني ، مصدر سبق ذكره ، ص ٤٦١ .

(١٨) المصدر نفسه ، ص ٤٦١ .