www.daralthaqafa.com

خطاب الضمان المصرفي

دراســـة قانونيـــة مقارنـــة

الأستاذ الدكتور
فائــق محمــود الشمــاع
أستاذ القانون الخاص المتمرس
كلية القانون - جامعة بغداد

دار الثقافة
للنشر والتوزيع
عمّان - الأردن

www.daralthaqafa.com

الاعتماد المصرفي التعهدي - الجزء الثاني

خطاب الضمان المصرفي

دراســة قانونيــة مقارنــة

www.daralthaqafa.com

346, 08
رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية: (2024/6/3366)
المؤلف: فائق محمود الشماع
الكتاب: خطاب الضمان المصرفي
الواصفات: خطابات الاعتماد - المصارف - قانون الأعمال المصرفية
القانون المقارن
لا يعبر هذا المصنف عن رأي دائرة المكتبة الوطنية أو أي جهة حكومية أو الناشر
ISBN: 978-9923-15-281-2

الطبعة الأولى 2024 م - 1445هـ

جميع الحقوق محفوظة All rights reserved © Copyright

رتبت كافة التشريعات مسؤولية جزائية على انتهاك حقوق المؤلف وحقوق الناشر وحقوق الملكية الفكرية سواء كان هذا الانتهاك بالاستنساخ أو التصوير أو التخزين أو الترجمة أو التسجيل الصوتي أو المرئي أو تحويل المصنف (الكتاب) إلى صيغة إلكترونية و/أو بأية طريقة أخرى دون الموافقة الخطية للمؤلف والناشر مالكي حقوق الملكية، وتعتبر جميع الأفعال المذكورة أعلاه من الجرائم، وتصل عقوبتها إلى الحبس، ولم تقف التشريعات عند ذلك، بل يترتب على هذه الجرائم مسؤولية مدنية، تتمثل بمطالبة المعتدي بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي.

وعليه نهيب بالجميع الالتزام واحترام قانون حق المؤلف وحقوق الملكية الفكرية تجنباً للمساءلة القانونية وتحت طائلة المسؤولية الجزائية والمدنية والإدارية

الناشر:

أسسها خالد محمود جابر حيف عام 1984عمان - الأردن
Est. Khaled M. Jaber Haif 1984 Amman - Jordan

المركز الرئيسي
عمان - وسط البلد - قرب الجامع الحسيني - سوق البتراء - عمارة الحجيري - رقم 3 د
هاتف: 4646361 6 (962 +) - فاكس: 4610291 6 (962 +) ص. ب 1532 عمان 11118 الأردن

فرع الجامعة
عمان - شارع الملكة رانيا العبد الله - مقابل بوابة العلوم - مجمع عربيات التجاري - رقم 261
الطابق الأول - هاتف: 5341929 6 (962 +) - ص. ب 20412 عمان 11118 الأردن

Dar Al-Thaqafa For Publishing & Distributing
Website: www.daralthaqafa.com e-mail: info@daralthaqafa.com

الثقافة للتصميم والإخراج

www.daralthaqafa.com

الاعتماد المصرفي التعهدي - الجزء الثاني

خطاب الضمان المصرفي

دراســـة قانونيـــة مقارنـــة

الأستاذ الدكتور
فائــق محمــود الشمــاع
أستاذ القانون الخاص المتمرس
كلية القانون - جامعة بغداد

دار الثقافة
للنشر والتوزيع
1445هـ - 2024م

www.daralthaqafa.com

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَأَوْفُواْ بِٱلْعَهْدِۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا ﴾

صدق الله العظيم

سورة الإسراء/ الآية (34)

www.daralthaqafa.com

الإهـــــداء

إلى بلدي الحبيب، العراق، وطني الغالي، حرسه الله وحماه.

إلى البلد الكريم، الأردن، موطني الحالي، باركه الله وحماه.

www.daralthaqafa.com

الفهرس

المقدمة 13

الباب الأول

المفهوم القانوني لخطاب الضمان

الفصل الأول: التعريف القانوني لخطاب الضمان.....20

المبحث الأول: التعريف التشريعي لخطاب الضمان 21

المبحث الثاني: التعريف القضائي لخطاب الضمان.....23

المطلب الأول: القضاء الأردني 23

المطلب الثاني: القضاء المصري 26

المطلب الثالث: القضاء الفرنسي.....27

المبحث الثالث: التعريف الفقهي لخطاب الضمان 29

الفصل الثاني: الخصائص القانونية لخطاب الضمان 32

المبحث الأول: استقلالية خطاب الضمان.....33

المطلب الأول: مفهوم استقلالية خطاب الضمان 33

المطلب الثاني: النتائج المترتبة على استقلال خطاب الضمان.....36

الفرع الأول: خطاب الضمان يرتب التزاماً أصلياً لا تبعياً.....38

الفرع الثاني: خطاب الضمان يرتب التزاماً مجرداً عن غيره.....39

الفرع الثالث: خطاب الضمان يرتب التزاماً قطعياً 41

www.daralthaqafa.com

المبحث الثاني: خطاب الضمان تصرف قائم على الاعتبار الشخصي.....45
المطلب الأول: مفهوم الاعتبار الشخصي الذي يقوم عليه خطاب الضمان .45
المطلب الثاني: نتائج الاعتبار الشخصي.....46
الفصل الثالث: التكيف القانوني لخطاب الضمان.....50
المبحث الأول: خطاب الضمان ليس من تطبيقات القواعد العقدية 51
المطلب الأول: خطاب الضمان ليس تطبيقاً لنظرية النيابة 51
المطلب الثاني: خطاب الضمان ليس من تطبيقات الإنابة الناقصة في الوفاء53
المطلب الثالث: خطاب الضمان ليس من تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير55
المطلب الرابع: خطاب الضمان ليس من تطبيقات عقد الكفالة 59
المطلب الخامس: خطاب الضمان ليس من تطبيقات الاعتماد المستندي..64
المبحث الثاني: خطاب الضمان من تطبيقات التصرف القانوني الانفرادي...68

الباب الثاني

الابرام القانوني لعملية إصدار خطاب الضمان المصرفي

الفصل الأول: الإبرام القانوني لعقد إصدار خطاب الضمان المصرفي..78
الفصل الثاني: الآثار المترتبة على عقد إصدار خطاب الضمان.....91
المبحث الأول: التزام طالب الاعتماد بتقديم غطاء خطاب الضمان.....92
المبحث الثاني: التزام المصرف بإصدار خطاب الضمان لمصلحة المستفيد 101
المطلب الأول: صيغة وثيقة خطاب الضمان.....102
المطلب الثاني: إيصال وثيقة خطاب الضمان إلى المستفيد 115

www.daralthaqafa.com

الباب الثالث

الأحكام القانونية الناظمة لآثار خطاب الضمان

الفصل الأول: ماهية الأحكام القانونية الناظمة لآثار خطاب الضمان.....125

المبحث الأول: الأحكام القانونية الناظمة لالتزام البنك الضامن.....126

المطلب الأول: تحديد زمان نشأة الالتزام بالدفع في ذمة البنك الضامن.127

المطلب الثاني: تحديد زمان وجوب دفع البنك الضامن مبلغ خطـاب الضمان.....131

المطلب الثالث: مدى التزام البنك الضامن بالرجوع إلى العميل الآمر قبل الوفاء 136

الفرع الأول: التزام البنك بإخطار العميل الآمر عن اسـتلام طلـب تعديل خطاب الضمان.....137

الفرع الثاني: خيار البنك الضامن بإخطار العميل الآمر عن استلام طلب الوفاء بدين الخطاب.....146

المبحث الثاني: الأحكام القانونية الناظمة لحق المستفيد فـي المطالبـة بوفاء دين خطاب الضمان.....150

المطلب الأول: خصائص حق المستفيد الناشئ عن خطاب الضمان ...150

الفرع الأول: خطاب الضمان يرتب حقاً نقدياً مباشراً للمستفيد 150

الفرع الثاني: خطاب الضمان يرتب حقاً حرفياً للمستفيد 152

الفرع الثالث: خطاب الضمان يرتب حقاً زمنياً للمستفيد 155

المطلب الثاني: شروط مطالبة المستفيد بالوفاء بدين خطاب الضمان ...158

الفرع الأول: المطالبة من المستفيد.....159

الفرع الثاني: المطالبة توجه إلى البنك الضامن.....161

www.daralthaqafa.com

الفرع الثالث: المطالبة تكون بصدد غرض خطاب الضمان 162
الفرع الرابع: وصول المطالبة خلال مدة سريان خطاب الضمان....164
الفصل الثاني: الأحكام القانونية الناظمة لانقضاء آثار خطاب الضمان .166
المبحث الأول: انقضاء آثار خطاب الضمان بالوفاء أو بما يعادل الوفاء...168
المطلب الأول: انقضاء آثار خطاب الضمان بوفاء مبلغه 168
الفرع الأول: غياب المعوقات العملية لتنفيذ البنك وفاء دين خطاب الضمان 170
الفرع الثاني: أثر تنفيذ البنك الضامن وفاء دين خطـاب الضـمان (حق البنك الموفي بالرجوع على العميل الآمر).....201
المطلب الثاني: انقضاء آثار خطاب الضمان بما يعادل الوفاء 210
المبحث الثاني: انقضاء آثر خطاب الضمان دون وفاء وبغيـر مـا يعـادل الوفاء 217
المطلب الأول: خصوصية سبب انقضاء آثر خطاب الضمان دون وفاء وبغير ما يعادل الوفاء 217
المطلب الثاني: النتائج المترتبة على انقضاء آثر خطاب الضمان دون وفاء وبغير ما يعادل الوفاء 220

الملاحق 225
المراجع.....237
الإنتاج العلمي المؤلف.....241

www.daralthaqafa.com

المقدمة

1- خطاب الضمان عملية مصرفية حديثة النشأة ظهرت في الثلث الأخير من القرن العشرين وفي ظل الاتجاه الحديث المتنامي للتصرفات الإرادية غير المسماة[1]، وبالتحديد في ظل ظاهرة تبني التصرف الانفرادي في التطبيق التجاري[2]، ويرجع ظهور خطاب الضمان بشكل خاص إلى جملة أسباب بعضها اقتصادية وأخرى قانونية.

الأسباب الاقتصادية لظهور خطاب الضمان متنوعة، ومنها بشكل خاص شيوع الاستعانة بالمؤسسات المالية والمصرفية لتسديد الديون من خلال عمليات الاعتماد المصرفي، حيث جرت البنوك على تشجيع هذا الاتجاه لاستثمار رؤوس أموالها المتراكمة.[3] فبحلول القرن التاسع عشر، ونظراً للتطورات التي ظهرت في كافة الميادين ومنها المجال التجاري، شرعت البنوك للتعامل بمختلف العمليات الائتمانية المتعارف عليها ومن بينها خطاب الضمان الذي عرف في بداية الأمر باسم الضمان المستقل (Garantie indepenate) في عام 1970 وانتشر وازدهر في العقدين الأخيرين انتشاراً دولياً وأخذت بعد ذلك بعض الدول بنفس أحكام هذه العملية المصرفية في تشريعات خاصة، كما هو الحال في ألمانيا وإيطاليا وسويسرا ومصر والعراق والكويت وغير ذلك[4].

---

(1) J.Ghest :Traite .de droit civiled.1930, n.33.

(2) Barre letter .dintention ,n.29.

(3) St.Piedelievre: Garantie a premiere demuende, Repertoir de droit commercidal, ed 2017 ,actuatise 2019.

(4) د. علي جمال الدين عوض: خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، 1991، ص15.
Philipe Simler Garanties autonomes ,Juris classer ,fasc. 742.

www.daralthaqafa.com

الأسباب القانونية لظهور خطاب الضمان تتمثل أساساً بعدم توفير القواعد العامة للقانون الحماية الفاعلة والكافية لضمان حق الدائن في استيفاء حقه من المدين. فالتأمينات العينية (الرهن) والتأمينات الشخصية (الكفالة) عاجزتان عن تقديم ضمان حتمي وكلي لضمان حق الدائن في استيفاء حقه من المدين، فضلاً عن أنهما لا يخلوان من عيوب بالنسبة للمدين، فالرهن العيني للمنقول أو العقار تصرف إضافي يحمل المدين مصاريف باهظة لإجرائه، فضلاً عن حرمانه من مزايا حيازة العين المرهونة.

زد على ذلك أن تقلبات الأسعار ظاهرة خطرة تهدد الدائن المرتهن حين استحقاق دينه، والكفالة الشخصية هي الأخرى تصرف غير كافٍ حتماً لضمان حق الدائن بسبب الصفة التبعية لالتزام الكفيل تجاه الدائن من جهة وبسبب عدم حماية الدائن من مزاحمة الدائنين الآخرين للمدين المكفول من جهة أخرى.

لهذه الأسباب القانونية، ابتدع التطبيق المصرفي خطاب الضمان الذي كما سنراه تفصيلاً، يوفر للدائن استيفاء حقه بمجرد الطلب من المصرف بصورة مباشرة وبعيداً عن مزاحمة دائني المدين المضمون بخطاب الضمان.

هذه الأسباب تجد مصداقيتها في مواقف الفقه والقضاء، اللذان يؤكدان على أن خطاب الضمان يعبر عن إرادة أطرافه، فقصد العميل منه هو أن يحل محل التأمين النقدي الذي كان يتعين عليه دفعه إلى الدائن (المستفيد) بما يمكنه من الاحتفاظ بماله سائلاً تحت يده بدلاً من تجميده في وديعة لدى المستفيد، ويجنبه بالتالي إلى إجراء استرداده فيما لو انتهت علاقته به ... والمستفيد يقبل خطاب الضمان استجابة إلى جدية الاعتبارات المتقدمة، فضلاً عن ذلك يحقق له الضمان المطلوب، حيث إن الالتزام به محله دفع مبلغ

www.daralthaqafa.com

من النقود، ومصدره تعهد من البنك بتنفيذ هذا الالتزام عند أول طلب رغم معارضة العميل المضمون ...والبنك يقبل إصدار خطاب الضمان نظير عمولة يتقاضاها على أساس اقتناعه بمركز العميل وقدرته على الوفاء وكذلك قدرته عند الاقتضاء على سداد ما يتحمله البنك نتيجة التزامه في الضمان.[1] وفيما يأتي تفصيل لهذه العملية المصرفية من حيث المفهوم القانوني أولاً والإبرام القانوني لهذه العملية المصرفية ثانياً، والأحكام القانونية الناظمة لآثار خطاب الضمان ثالثاً، وذلك في أبواب ثلاثة متتالية.

(1) لاحظ: مصطفى مرعي، خطابات الضمان، فبراير 1975، معهد الدراسات المصرفية، ص4، ص25 وكذلك: د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، ط1/دار النهضة العربية، عام 2000، ص26، بند 13 ولاحظ أيضاً:
S.Piedelievre art .preci .n.12 cass .20 dec .1982:D.1982.365.note Vasseur.