T05-01223

٥٥٦/٣

جامعة طنطا
كلية الحقوق
قسم القانون التجاري

خطابات الضمان دراسة مقارنة بين الأنظمة القانونية في مصر والمغرب وفرنسا

رسالة مقدمة من الباحثة

سميرة أبو نسيم

موفدة بعثة جامعة القاضي عياض في إطار اتفاقية التبادل الثقافي الطلابي
بين جامعة القاضي عياض وجامعة طنطا

لنيل درجة الماجستير في الحقوق

لجنة الإشراف والحكم على الرسالة

الأستاذ الدكتور / **حسين فتحي عثمان**
أستاذ القانون التجاري والبحري وعميد كلية الحقوق جامعة طنطا
مشرفا ورئيسا

الأستاذ الدكتور / **محمد إبراهيم موسى**
أستاذ القانون التجاري
بكلية الحقوق جامعة طنطا
والقائم بأعمال رئيس القسم (عضوا)

الأستاذ الدكتور / **رضا السيد عبد الحميد**
أستاذ القانون التجاري
بكلية الحقوق جامعة عين شمس
والقائم بأعمال رئيس القسم (عضو ا)

٢٠٠٩

٣/٧٥٢
جامعة طنطا
رسائل الكتب
الرقم ١٢٤٦٦
٥٦٢
كلية

جامعة طنطا
كلية الحقوق
قسم القانون التجاري

خطابات الضمان دراسة مقارنة بين الأنظمة القانونية في مصر والمغرب وفرنسا

رسالة مقدمة من الباحثة

سميرة أبو نسيم

موفدة بعثة جامعة القاضي عياض في إطار اتفاقية التبادل الثقافي الطلابي
بين جامعة القاضي عياض وجامعة طنطا

لنيل درجة الماجستير في الحقوق

لجنة الإشراف والحكم على الرسالة

الأستاذ الدكتور / **حسين فتحي عثمان**
أستاذ القانون التجاري والبحري وعميد كلية الحقوق جامعة طنطا
مشرفا ورئيسا

الأستاذ الدكتور / **محمد إبراهيم موسى**
أستاذ القانون التجاري
بكلية الحقوق جامعة طنطا
والقائم بأعمال رئيس القسم (عضوا)

الأستاذ الدكتور / **رضا السيد عبد الحميد**
أستاذ القانون التجاري
بكلية الحقوق جامعة عين شمس
والقائم بأعمال رئيس القسم (عضو ا)

٢٠٠٩

الشكر والتقدير

اللهم إني أتوجه إليك بالشكر دائماً ، وفي مستهل هذه الرسالة أسجد لك وأحمدك سبحانك تعاليت على ما منحتني من عون وما وهبت لي من صبر حتى تم هذا العمل العلمي المتواضع فإنه ما كان ليتم لولا فضل الله علي ثم من بعده فضل عائلتي ثم من بعدهما فضل اتفاقية التعاون الثقافي الطلابي بين جامعة القاضي عياض وجامعة طنطا التي تعتبر بمثابة القناة التي سهلت لي استكمال دراستي العليا بجمهورية مصر العربية التي تعد قبلة للباحثين العرب .

و بهذه المناسبة أتقدم بخالص تقديري وعظيم شكري وامتناني لأستاذي ومشرفي الدكتور/ حسين فتحي عثمان لما بذله من جهد لتفعيل وتطوير التعاون الثقافي الطلابي بين الجامعتين ، ولما لقيته منه من حسن استقبال أول مرة ومساعدة في كل مرة كنت ألجأ فيها إليه لما اعترضني ويعترضني من صعوبات في هذا البلد الشقيق ونصائحه السديدة وإرشاداته الحكيمة التي بفضلها عرف هذا الجهد النور ، و ذلك رغم مسؤولياته الجسام فله عظيم الشكر والامتنان مني ومن باقي زملائي المغاربة الباحثين في كلية الحقوق .

كما أتقدم بعظيم الشكر والتقدير للأستاذ الدكتور/ رضا السيد عبد الحميد لقبوله التفضل بالمشاركة في مناقشة هذه الرسالة جزاه الله خيراً.

كما يسعدني أن أتوجه بعميق شكري و خالص تقديري لأستاذي الدكتور/ محمد إبراهيم موسى على تفضل سيادته بقبول مناقشة هذه الرسالة ، ولما لقيته منه من حسن استقبال ينم عن خلقه الكريم فله مني عظيم الشكر والاحترام والتقدير .

كما لا أنسى أن أشكر كل من ساعدني من القائمين على المكتبات سواء في المغرب أو في جمهورية مصر العربية وقسم الدراسات العليا وباقي الأقسام القانونية الأخرى بالكلية .

الإهـــــداء

إلى أبي وأمي أطال الله عمرهما

إلى إخواني وأخواتي

إلى أستاذي الدكتور عميد كلية الحقوق بجامعة القاضي عياض محمد زنطار الأمراني

إلى كل من ساهم من قريب أو بعيد في إخراج هذا الجهد إلى النور

إلى أصدقائي وصديقاتي

مقدمة

إذا كانت الأزمة الاقتصادية المالية التي يشهدها العالم الآن بدأت بأزمة الرهن العقاري في الولايات المتحدة الأمركية والتي على إثرها تعرضت أسواق المال العالمية بما فيها العربية والخليجية لانخفاضات حادة ، الشيء الذي أدى إلى تعثر بنوك وحدوث أزمات في البورصة وارتفاع أسعار النفط الخام ، فإن أسباب هذه الأزمة تعود إلى سياسة الاقتراض التي خرجت عن المنطق سواء الاقتراض من الشركات أو الأفراد حيث صار بإمكان أي شخص أو بنك توفير التأمينات بغض النظر عن جدو ى الاقتراض أو إمكانية سداد القرض ، وتخلي البنوك عن دراسة الوضعية المالية للعميل ودرجة يسره والتزاماته المالية،وإمكانية الوفاء بتعهداته وذلك لخطورة النتائج المترتبة عن الاسترسال في الإقراض دون ضابط الأمرالذي أدى إلى تعرض مصارف كبيرة لأزمة سيولة .

وتعتبر خطابات الضمان " Lettres de garanties " صورة أخرى من صور عمليات الإنتمان غير المباشر أو بالتوقيع التي تجريها البنوك مع زبنائها الذين ينشدون الإنتمان البنكي لتدعيم ثقتهم لدى دائنيهم أو المتعاملين معهم ، وهي صورة أقل خطورة مقارنة مع باقي الضمانات في الإنتمان البنكي المباشر . وقد نشأت الحاجة إلى هذه الخطابات كبديل للضمان النقدي ، فبسبب حاجة الزبون إلى ثقة العميل المتعامل معه يلجأ إلى بنكه باعتباره من يجيد تقديم تسهيلات وخدمات مصرفية [1] .

---

(١) د / حسن حسني" عقود الخدمات المصرفية " طبعة ١٩٨٦ ، ص ٤١.
- د / حسن دياب " الاعتمادات المستندية دراسة مقارنة " المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع بدون طبعة ص ١٦٥.

فيطلب منه إصدار خطاب ضمان لصالح هذا الغير يقضي بضمان هذا الزبون في حدود المبلغ المعين في الخطاب وخلال مدة معينة بدلاً من الاقتراض أو فتح الاعتماد البسيط لدى البنك والذي يسحب بمقتضاه مبلغاً معيناً أو قابلاً للتعيين[1].

و خطابات الضمان من الموضوعات سريعة التطوروالمصدر الغني لأحكامها هو العرف البنكي الذي نشأ من ثبات البنوك في العمل بقاعدة معينة وهي تحقق مصلحة لفائدة مختلف الأطراف ، إذ يستفيد منها البنك الذي أصدرها لأنه يتقاضى عمولة نظير إصدارها ويستفيد منها العميل لأنها تتضمن تقديم ضمان نقدي .

وقد زادت الحاجة لخطابات الضمان مع تطور التجارة الدولية وتزايد أهميتها فلم تعد هذه الخطابات تقتصرعلى المعاملات الداخلية بل تجاوزتها إلى المعاملات الخارجية وذلك لبث الثقة والطمأنينة للمتعاملين في مجال التجارة الدولية .

وقد نهض المجتمع الدولي للعمل على تشجيع واستقرار التجارة الدولية وذلك إما بالعمل على توحيد قواعد القانون الدولي الخاص ، وإما بالعمل على إيجاد قانون موحد يحل محل القوانين الوطنية يطبق في معاملات التجارة الداخلية ، و للقانون الموحد مجاله في معاملات التجارة الدولية .

- د / كامل الوادي " الاعتمادات المستندية و خطابات الضمان و القوانين المنظمة لها " الطبعة الأولى ٢٠٠١ ، ص ١٢٥.

[1] Revue " Banque " Mars ١٩٨٣ , obs M.vasseur , p ٤٢٦.

دوافع وخطة البحث :

من البديهي أن الإقدام على البحث في موضوع خطابات الضمان دراسة مقارنة بين الأنظمة القانونية في كل من مصر و المغرب و فرنسا تكمن وراءه أسباب وغايات و ذلك لما تحظى به من أهمية كبيرة ، خاصة بعد ما أصبحت محلاً للاهتمام من جانب المنظمات الإقليمية و الهيئات العامة كغرفة التجارة الدولية أو لجنة الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥ مما ساعد على انتشارها وتزايد الحاجة إليها في مجال العمل التجاري الدولي .

وتبدو الأهمية الجوهرية لخطابات الضمان من جهة فيما تتسم به من الكفاءة والفاعلية والثقة التي تمنحها كون الضامن مؤسسة مالية كبيرة موثوق فيها كالبنك ، ومن جهة أخرى فإن الخاصية المميزة لها هي الدفع لدى أول مطالبة، وعدم جواز التمسك بالدفوع المستمدة من عقد الأساس .

إلا أن هذا لا يمنع من أن الممارسة العملية أثبتت قصور هذه الآلية وإثارتها لبعض المشاكل والدليل على ذلك هو كثرة القضايا المرفوعة أمام المحاكم بسبب طلبات الوفاء المبنية على الغش المقترف من طرف المستفيدين ، الأمر الذي دفعنا إلى المزيد من البحث والتقصي عن أهم المبادئ و الحلول التي لها صلة بالموضوع في الأنظمة القانونية في كل من مصر والمغرب وفرنسا باعتبار أن مصر كان لها الريادة في الاهتمام بهذا الموضوع وهدفنا هو محاولة توفير دراسة شاملة وهادفة ترمي إلى السعي والنهوض بمستوى الخدمات المصرفية وتطوير البنوك العربية خصوصاً والعالم الآن يعيش أزمة مالية حادة ناتجة عن التسهيلات الإئتمانية التي تمنحها البنوك مما أدى إلى إفلاس البعض منها .

وعليه سأتناول دراستي لهذا الموضوع من خلال :

- فصل تمهيدي أتناول فيه المقصود بخطابات الضمان وموقف الأنظمة القانونية الوطنية والدولية .
- و إفراد الباب الأول لدراسة خطابات الضمان المحلية ، أما الباب الثاني فقد عالجت فيه خطابات الضمان المستقلة .

والله ولي التوفيق

الفهرس

مقدمة : ١

فصل تمهيدي : المقصود بخطابات الضمان وموقف الأنظمة القانونية الوطنية والدولية..... ٥

الباب الأول : خطابات الضمان المحلية و طبيعتها القانونية ٦

الفصل الأول : صور خطابات الضمان المحلية (نشأتها واستخداماتها)..... ٧

المبحث الأول: صور خطابات الضمان..... ٢٧

المطلب الأول : صور خطابات الضمان تبعاً لوظيفتها..... ٢٨

الفرع الأول : خطاب الضمان في مجال الأشغال العمومية..... ٢٩

الفرع الثاني: خطابات الضمان الملاحية..... ٣٢

الفرع الثالث : خطابات الضمان الجمركية..... ٣٤

الفرع الرابع : خطابات الضمان المهنية ٣٨

المطلب الثاني: صور خطابات الضمان بالنظر إلى كيفة تنفيذها ٤٠

الفرع الأول: الضمان بالدفع لدى أول طلب ٤٢

الفرع الثاني : الضمانات بالدفع لدى أول طلب مبرر..... ٤٣

الفرع الثالث: خطاب الضمان المستندي..... ٤٥

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية لخطابات الضمان المحلية :..... ٥٠

المطلب الأول : طبيعة التزام البنك الدائن:..... ٥١
الفرع الأول : خطاب الضمان التزام إرادي ينشأ من جانب واحد..... ٥٢
الفرع الثانية : استقلال خطاب الضمان عن كل التزام..... ٥٣
الفرع الثالث : خطاب الضمان يقوم على الاعتبار الشخصي ٥٥
الفرع الرابع : خطاب الضمان عمل تجاري ٥٧
الفرع الخامس : التزام البنك التزام مسبب. ٥٨
المطلب الثاني : تمييز خطاب الضمان عن غيره من الأنظمة المشابهة ٦٠
الفرع الأول : خطاب الضمان و الكفالة ٦١
الفرع الثاني: خطاب الضمان و الانابة ٦٤
الفرع الثالث: خطاب الضمان و الاعتماد المستندي ٦٦
الفصل الثاني : آثار خطاب الضمان و انقضاؤه ٦٩
المبحث الأول : التزامات أطراف خطاب الضمان ٧٠
المطلب الأول : التزامات البنك تجاه الآمر ٧١
الفرع الأول : واجبات البنك المهنية ٧٢
الفرع الثاني : واجبات البنك العقدية ٧٦
المطلب الثاني : التزامات الآمر اتجاه البنك الضامن :..... ٧٧
الفرع الأول : الالتزام بدفع قيمة خطاب الضمان ٧٨
الفرع الثاني : الالتزام بدفع العمولة والفوائد ٨٠
الفرع الثالث : الالتزام بتغطية خطاب الضمان ٨١
الفرع الرابع : الالتزام بعدم الاعتراض على تمديد مدة صلاحية خطاب الضمان .. ٨٣
الفرع الخامس : الالتزام بعدم الاعتراض على الدفع ٨٥
المبحث الثاني : انقضاء خطاب الضمان ٨٦
المطلب الأول : الوفاء بقيمة خطاب الضمان أو ما يقوم مقام الوفاء..... ٨٧
المطلب الثاني : انقضاء خطاب الضمان بغير الوفاء أو ما يقوم مقامه ٩٠
الفرع الأول : انتهاء مدة خطاب الضمان ٩١
الفرع الثاني : انقضاء التزام البنك بالإبراء ٩٣

الفرع الثالث :انقضاء التزام البنك بالتقادم ٩٤
الفرع الرابع : انقضاء التزام البنك باستحالة التنفيذ..... ٩٥
الثاني : خطابات الضمان الدولية المستقلة ٩٦
صل الأول : خطابات الضمان وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥ ..... ٩٨
مبحث الأول : المقصود بخطاب الضمان وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة ٩٩
المطلب الأول : النظام القانوني للجنة الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥ ..... ١٠٠
الفرع الأول : تعريف قانون التجارة الدولي ١٠١
الفرع الثاني : تنظيم لجنة الأمم المتحدة ١٠٢
مطلب الثاني : خطابات الضمان الدولية وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥ ..... ١٠٣
الفرع الأول : ما هية التعهدات الدولية ١٠٤
الفرع الثاني : الجهات المصدرة للضمان ١٠٦
المبحث الثاني : نطاق تطبيق قواعد الاتفاقية ومبادىء تفسيرها ١٠٧
المطلب الأول : نطاق تطبيق قواعد الاتفاقية ١٠٨
الفرع الأول : مجال تطبيق الاتفاقية ١٠٩
الفرع الثاني : الصكوك الخاضعة لأحكام الاتفاقية ١١١
المطلب الثاني : مبادىء تفسير قواعد الاتفاقية ١١١

الفرع الأول : موقف القضاء في مصر من استقلال التزام
البنك الضامن في خطابات الضمان..... ١٢٥
الفرع الثاني: موقف القضاء في المغرب من استقلال التزام البنك الضامن في
خطابات الضمان..... ١٣٠
الفرع الثالث : موقف القضاء في فرنسا من إستقلال التزام البنك الضامن في
خطابات الضمان..... ١٤٣
المبحث الثاني : الاستثناءات التي ترد على استقلال التزام البنك في خطابات الضمان ١٤٨
المطلب الأول : أثر الغش أو التعسف الظاهر على استقلال خطابات الضمان ١٥٠
الفرع الأول : المقصود بالغش أو التعسف الظاهر ١٥٢
الفرع الثاني : المفهوم الحقيقي للمطالبة بالوفاء المبنية على الغش ١٥٥
الفرع الثالث : حالات أخرى يفقد فيها الاستقلال ذاتيته بخلاف الغش ١٥٩
المطلب الثاني : الوسائل التي بيد الآمر للحيلولة دون تنفيذ الضمان ١٦٢
الفرع الأول : المطالبة بالامتناع عن الوفاء الموجه إلى البنك الضامن ١٦٤
الفرع الثاني : الأمر القضائي بالامتناع عن الوفاء ١٦٦
الفرع الثالث : الوضع تحت الحراسة القضائية ١٦٨
الخاتمة ١٧١
المصادر والمراجع ١٧٦
قائمة بأهم المختصرات الفرنسية ١٨٢
الفهرس ١٨٩