

شرط التحكيم وأثره على خطابات الضمان في عقود الفيديك

Arbitration Clause and Its Impact on Letters of Guarantee in FIDIC Contracts

ط. د أحمد القاضي

باحث في مرحلة الدكتوراه - الجامعة العربية الأمريكية، (فلسطين)

drahmadqadi1976@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.4.1.2026314>

تاريخ القبول: 2025-11-09

تاريخ المراجعة: 2025-11-06

تاريخ الاستلام: 2025-09-12

المخلص

يتناول هذا البحث تحليل أثر شرط التحكيم على خطابات الضمان في عقود الفيديك، مع التركيز على التشريعات الفلسطينية والتجارب القانونية المقارنة، حيث يُعد خطاب الضمان أداة قانونية ومصرفية فاعلة تُستخدم لضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وهو يتميز باستقلاليته عن عقد الأساس، ما يجعل التزامات المصرف تجاه المستفيد مباشرة وغير مشروطة، بغض النظر عن أي نزاعات بين العميل الأمر والمستفيد.

ركز البحث على دراسة العلاقة بين شرط التحكيم وخطاب الضمان، وبين أن شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس لا يمتد تلقائياً إلى خطاب الضمان، إلا إذا نصت الأطراف صراحة على ذلك، كما أشار إلى أهمية القضاء المستعجل في حماية الحقوق المؤقتة في حال وجود غش أو تعسف من المستفيد، تم استعراض الإشكاليات القانونية التي قد تنشأ عن تضارب القرارات بين القضاء وهيئات التحكيم، مع التأكيد على ضرورة توحيد جهة الفصل لتجنب التعارض وضمان تحقيق العدالة.

خلص البحث إلى أن خطاب الضمان يُعزز من استقرار المعاملات التجارية من خلال توفير حماية مالية مستقلة وسريعة للمستفيد، لكنه قد يواجه تحديات عملية وقانونية عند تضمين شروط تحكيمية في العقود. لذلك، أوصى البحث بضرورة تطوير التشريعات الفلسطينية، وتحسين صياغة العقود لضمان وضوح التزامات الأطراف، وتعزيز دور القضاء المستعجل في الفصل في المنازعات الطارئة المتعلقة بخطابات الضمان.

الكلمات المفتاحية: خطاب الضمان، شرط التحكيم، استقلالية خطاب الضمان، المنازعات المصرفية، القضاء المستعجل، التشريع الفلسطيني، التشريع المصري.

Abstract

This study analyzes the impact of arbitration clauses on letters of guarantee in FIDIC contracts, with a focus on Palestinian legislation and comparative legal experiences. A letter of guarantee is an effective legal and banking instrument used to secure the performance of contractual obligations. It is characterized by its independence from the underlying contract, making the bank's obligations toward the beneficiary direct and unconditional, regardless of any disputes between the ordering client and the beneficiary.

The research focused on examining the relationship between the arbitration clause and the letter of guarantee, noting that an arbitration clause included in the underlying contract does not automatically extend to the letter of guarantee unless explicitly agreed upon by the parties. It also highlighted the importance of expedited judicial procedures to protect provisional rights in cases of fraud or abuse by the beneficiary. The study reviewed legal issues that may arise from conflicting decisions between courts and arbitration panels, emphasizing the need to unify the adjudicating authority to avoid conflicts and ensure justice.

The research concluded that letters of guarantee enhance the stability of commercial transactions by providing independent and prompt financial protection to the beneficiary. However, they may face practical and legal challenges when arbitration clauses are included in contracts. Accordingly, the study recommends developing Palestinian legislation, improving contract drafting to clarify the parties' obligations, and strengthening the role of expedited judicial procedures in resolving urgent disputes related to letters of guarantee.

Keywords: Letter of Guarantee, Arbitration Clause, Autonomy of the Letter of Guarantee, Banking Disputes, Summary/Expedited Judicial Proceedings, Palestinian Legislation, Egyptian Legislation.

المقدمة

تؤدي عقود الفيديك¹ دوراً حيوياً في ضبط العلاقات التعاقدية للمشاريع الهندسية والإنشائية على المستوى الاقتصادي سواء أكان ذلك على الصعيد المحلي أم الدولي²، وقد اكتسبت هذه العقود قبولاً واسعاً؛ كونها توفر مجموعة معايير وإجراءات تضمن تنفيذ الأعمال بكفاءة من خلال تحديد العلاقة التعاقدية بين الجهة المشتريّة والجهة المتعاقدة³، وتعد عقود الفيديك مجموعة من الشروط التعاقدية التي طورها الاتحاد الدولي للاستشارات الهندسية (FIDIC) لتقديم قواعد وإرشادات تحدد حقوق وواجبات كل طرف في العقد، وهو ما يعزز من العدالة في المعاملات، ويخفف من المخاطر التي قد تنشأ في أثناء تنفيذ المشاريع⁴، تتمثل إحدى أهم الركائز في عقود الفيديك في الضمانات المختلفة التي تُلحق بالعقود، وتُعتمد كوسيلة لضمان حسن تنفيذ المقاول لمتطلبات العقد، من دون أن يضطر صاحب العمل إلى المجازفة المالية أو المخاطرة بالجودة والالتزام بالجدول الزمني⁵.

تحظى ضمانات الأداء بأهمية خاصة في عقود الفيديك، حيث تُمثل آلية حماية مالية لصاحب العمل، وتُقلل من المخاطر المتعلقة بإخلال المقاول بمتطلبات العقد أو تأخير تسليم الأعمال، كما أنها إحدى الأدوات المهمة للمتعاقدين لتوفيرها السيولة المالية⁶، وفي هذا السياق تشمل ضمانات عقود الفيديك الكثير من أنواع الكفالات ابتداءً من كفالة دخول العطاء مروراً بكفالة حسن التنفيذ، وإصدار كفالة الصيانة إضافة إلى كفالة الدفعة المقدمة التي تؤكد جدية المقاول والتزامه بالعقد⁷، وضمنات الأداء تحمي صاحب العمل من أي قصور أو إخلال في التزام المقاول قبل الإحالة أو في أثناء التنفيذ، وأخيراً ضمانات الصيانة التي تضمن جودة العمل حتى بعد التسليم النهائي⁸، يتمثل الغرض الأساسي من هذه الضمانات في تحقيق الحماية من المخاطر المالية وإلزام المقاول بالالتزام بشروط العقد، وتقوم هذه الضمانات بدور

¹ اختصار لعبارة (FEDERATION INTERNATIONALE DES INGENIERS).

² أبو حالة الطيب، عقود الانشاءات الهندسية الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2019، ص 69.

³ عصام عبد الفتاح مطر، عقود الفيديك، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015، ص 15-17.

⁴ حسن عبد الله حسن، موسوعة عقود الفيديك، الجزء الثاني، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2017، ص 13.

⁵ أبو حالة الطيب، عقود الانشاءات الهندسية الدولية، مرجع سابق، ص 137-138.

⁶ محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2015، ص 139.

⁷ أكرم يا ملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، الطبعة الأولى، الإصدار الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص 326.

⁸ راجع المواد (79،96) من القرار بقانون الشراء العام وتعديلاته رقم (8) لسنة 2014 ونظام الشراء العام وتعديلاته رقم (5) لسنة 2014، المنشوران في الجريدة الرسمية، 2023.

فاعل في تحسين مستوى الأمان والثقة في تنفيذ المشاريع، مما يعزز من فاعلية العقود ويدعم استدامة المشاريع في بيئة عالية المخاطر كصناعة الإنشاءات¹.

على الرغم من أهمية خطابات الضمان كوسيلة لحماية حقوق الأطراف في عقود الإنشاءات، إلا أن الاستفادة الكاملة منها قد تواجه تحديات، خاصة عند تضمين بنود تحكيمية في العقود. فعلى الرغم من أن التحكيم يُعد بديلاً مرناً وسريعاً لحل النزاعات بعيداً عن القضاء التقليدي²، إلا أن تطبيقه على الضمانات قد يؤدي أحياناً إلى تعقيد استيفائها أو تأخير استحقاقها، مما يشكل مصدر قلق لصاحب العمل الذي يعتمد على هذه الضمانات لضمان الالتزام. من هنا، تبرز أهمية تحليل تأثير بنود التحكيم على تنفيذ الضمانات لتحقيق توازن بين حماية حقوق الأطراف وسرعة التنفيذ.

إشكالية البحث

تتمثل الإشكالية الأساسية للبحث في بيان أثر شرط التحكيم الوارد في عقود الفيديو على خطابات الضمان التي تتضمنها تلك العقود ومدى تحقيقه للتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

أسئلة البحث

1. ما هو مفهوم ضمان الأداء؟
2. ما هي خصائص خطاب الضمان؟
3. ما هو أثر شرط التحكيم على خطاب الضمان؟
4. ما مدى خضوع حق المستفيد من خطاب الضمان إلى التحكيم؟

أهمية البحث

تأتي أهمية البحث من كونه يتناول موضوعاً حيويًا في القانون الفلسطيني لم يحظَ بالبحث الكافي، حيث يُعد خطاب الضمان أداة أساسية لضمان حقوق الجهات المشتريّة وحماية مصالحها، كما يسعى البحث لتقديم توصيات تساهم في تحسين البيئة القانونية الفلسطينية من خلال الاستفادة من تجارب قانونية مقارنة.

¹عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، الطبعة السابعة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2018، ص 476-477.

²يوسف محمد شندي، التحكيم الداخلي والدولي، الطبعة الأولى، 2014، ص 18.

أهداف البحث

يهدف البحث إلى بيان مفهوم خطاب الضمان وأهميته في حماية حقوق الجهة المشتريّة حال إخلال المتعاقد بالتزاماته، مع تقييم كفاءة التشريعات الفلسطينية في معالجة الإشكاليات المرتبطة بطلب تسهيل خطاب الضمان بوصفه عقدًا مستقلًا. كما يسلط البحث الضوء على التحديات القانونية والعملية في استيفاء الضمان.

منهجية البحث

يعتمد البحث المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن، وذلك من خلال مقارنة الأحكام المتعلقة بخطاب الضمان الواردة في التشريع الفلسطيني بمثيلاتها في كل من التشريعين المصري والأردني.

المبحث الأول

ماهية خطاب الضمان

يُعد خطاب الضمان أداة قانونية ومالية فاعلة تعزز الثقة بين الأطراف المتعاقدة، وتُسهم في تسهيل إتمام الأعمال دون تحميل المنفذ أعباء مالية فورية. وفي هذا الإطار، تم في المطلب الأول توضيح مفهوم خطاب الضمان، بينما تناول المطلب الثاني خصائص خطاب الضمان.

المطلب الأول

مفهوم ضمان الأداء

يتناول هذا المطلب في جزئه الأول مفهوم خطاب الضمان، بينما يركز الجزء الثاني على أنواعه المختلفة ودورها في تعزيز الثقة في العلاقات التعاقدية.

أولاً: تعريف خطاب الضمان

تعددت التعريفات التشريعية والفقهية والقضائية لمصطلح خطاب الضمان، فعلى الصعيد التشريعي، عرف مشروع قانون التجارة الفلسطيني "خطاب الضمان على أنه "تعهد مكتوب يصدره المصرف بناءً على طلب شخص يُعرف بالأمّر، يلتزم بموجبه المصرف بدفع مبلغ محدد أو قابل للتعيين إلى طرف آخر يُعرف بالمستفيد، إذا طلب ذلك خلال الفترة المحددة في الخطاب، دون الالتفات إلى أي اعتراض من الأمّر".¹ أما المشرع المصري فقد عرف خطاب الضمان على أنه "تعهد يُصدره البنك بناءً على طلب عميله، يلتزم بموجبه بدفع مبلغ معين أو قابل للتحديد إلى المستفيد عند المطالبة، خلال الفترة الزمنية المحددة في الخطاب، دون الالتفات إلى أي اعتراض قد يُقدمه العميل".² أما على الصعيد الفقهي فقد عرف خطاب الضمان على أنه "التزام نهائي من المصرف تجاه المستفيد، دون النظر إلى أي اعتراضات من الأمّر".³ كما عرفه آخرون بأنه "التزام مكتوب يصدر عن أحد البنوك بناءً على طلب عميله، يتعهد فيه بدفع مبلغ محدد للمستفيد في حال إخلال العميل بالتزاماته التعاقدية تجاه المستفيد، وذلك خلال مدة

¹ راجع نص المادة 386 من مشروع قانون التجارة.

² راجع نص (355) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999.

³ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، 2000، ص 79.

زمنية معينة تُحدد ضمن الخطاب، ويستحق البنك مقابل إصدار هذا الضمان عمولة، تُحتسب عادة كنسبة مئوية من قيمة الضمان أو من رصيد العميل المودع لديه¹.

أما على الصعيد القضائي، فقد عرفت محكمة التمييز الأردنية خطاب الضمان على أنه "تعهد نهائي غير معلق على شرط يصدره البنك بناء على طلب من عميله بدفع مبلغ نقدي للمستفيد فور طلبه خلال مدة محددة، ويكون تعهد البنك منقطع الصلة بالتزامات العميل الأمر ومديونيته؛ لأن خطاب الضمان ينشأ بين البنك والمستفيد علاقة مباشرة لا صلة لها من الناحية القانونية بين البنك والعميل، وبين العميل الدائن والمستفيد"². أما محكمة النقض المصرية فقد عرفت بأن "خطاب الضمان كباقي الأوراق التجارية له استقلاليته وكفايته الذاتية بمعنى أن الوفاء به لا يتوقف على واقعة خارجة عنه ولا على تحقيق شرط ولا حلول أجل"³. وفي هذا السياق، أكدت محكمة الاستئناف الفلسطينية على الاتجاه السائد في القضاء المقارن فيما يتعلق بتعريف خطاب الضمان، مشيرة إلى استقلاليته كأداة مالية وقانونية تضمن التزام الأطراف في تنفيذ العقود. وقد يتماشى هذا التوجه مع ما ذكر سابقاً حول أهمية خطاب الضمان في تعزيز الثقة بين الأطراف وحماية حقوق المستفيد، خاصة في الحالات التي تتطلب ضمانات مالية دون الخضوع لأي نزاع مرتبط بالعقد الأساسي⁴.

استناداً إلى ما سبق من تعريفات تشريعية وفقهية وقضائية، يمكن للباحث تعريف خطاب الضمان بأنه تعهد مكتوب يصدره المصرف بناءً على طلب العميل (الأمر)، يتعهد بموجبه المصرف بدفع مبلغ مالي محدد أو قابل للتعيين للمستفيد عند أول طلب منه، دون أي شروط أو قيود إضافية، وذلك خلال المدة المحددة في الخطاب. يعكس هذا التعريف الطبيعة القانونية والمالية لخطاب الضمان بوصفه أداة تهدف إلى توفير الحماية، وضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية؛ ما يُعزز الثقة في التعاملات التجارية.

¹ حمدي عبد العظيم، خطاب الضمان في البنوك الإسلامية، ط1، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، 1996، ص 17.

² حكم محكمة التمييز الأردنية رقم (96/1522)، منشورات قسطاس.

³ حكم محكمة النقض المصرية رقم (1342) لسنة 49 قضائية، مشار إليه في كتاب خطاب الضمان في عقود الفيديك، صفاء فتوح جمعة، ص 179. انظر أيضاً حكم محكمة النقض المصرية رقم 2084 لسنة 58، مشار إليه في علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، 2000، ص 81.

⁴ محكمة استئناف رام الله رقم 2011/123 منشورات قسطاس.

كذلك يتضح من التعريفات السابقة أن أهمية خطاب الضمان تبرز في الحالات التي تتطلب ضماناً مصرفياً كشرط أساسي للحصول على ميزة تعاقدية، مثل: المشاركة في المناقصات، والحصول على مدد تنفيذية إضافية، أو استكمال اتفاقيات معينة.¹ في هذه الحالات، يلجأ طالب الضمان إلى المصرف لعقد اتفاقية إصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد بناءً على شروط محددة.² يساهم هذا الإجراء في تيسير العمليات التعاقدية من خلال توفير ضمانات مالية فاعلة، دون الحاجة إلى تجميد الأموال بشكل مباشر، مما يجعله أداة مرنة تخدم مصلحة جميع الأطراف المتعاقدة.³

ثانياً: أنواع خطاب الضمان

تحدد الوثيقة القياسية وأحكام القرار بقانون بشأن الشراء العام أنواع خطابات الضمان حيث تقسم تبعاً لمرحلة تنفيذ العقد؛ حيث تغطي جميع مراحل التعاقد، بدءاً من دخول العطاء وصولاً إلى الاستلام النهائي. وتشمل هذه الضمانات خمسة أنواع رئيسية، لكل منها هدف محدد لضمان تنفيذ المشروع ضمن الأطر الزمنية والفنية المحددة.⁴

1. خطاب الضمان الابتدائي⁵ (دخول العطاء): يستخدم لضمان جدية العطاء المقدم من المقاول خلال مرحلة المناقصة، يهدف هذا النوع من الضمان إلى التأكيد على أن المقاول الفائز بالعطاء سيلتزم بتوقيع العقد وتقديم الضمانات الأخرى المطلوبة، في حال انسحاب المقاول بعد فوزه، ويمكن لصاحب العمل مصادرة قيمة الضمان.⁶

¹ خالد إبراهيم تلاحمة، الوجيز في القانون التجاري، جبهة للنشر والتوزيع، ص 329.

² عثمان التكروري، الوجيز في شرح القانون التجاري، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، عمليات المصارف، فلسطين، 2020، ص 224-225.

³ عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، الطبعة السابعة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2018، ص 479.

⁴ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 227.

⁵ تستوي خطابات الضمان الابتدائية وخطابات الضمان النهائية في حكم القانون نقض رقم 2395 لسنة 61 قضائي 1993/1/4.

⁶ نصت المادة (2) من الأصول الموحدة لكفالات العقد النشرة رقم (325) الصادرة عن غرفة التجارة الدولية للعام 1987 والتي عرفت خطاب ضمان دخول العطاء بأنه "عهد يعطيه البنك أو شركة التأمين أو طرف آخر طلب إليه العمل ذلك إلى الطرف الذي دعا إلى المناقصة يتعهد بموجب الكفيل أن يقدم إلى المستفيد دفعة ضمن حدود مبلغ محدد من المال في حال تقصير العميل في الواجبات الناتجة عن تقديم المناقصة".

2. **خطاب ضمان الأداء (حسن التنفيذ):** يعد هذا الضمان الأكثر أهمية، حيث يهدف إلى تأمين التزام المقاول بتنفيذ المشروع وفقاً للمواصفات الزمنية والفنية المحددة في العقد، حيث يتم اللجوء إلى تسهيل هذا النوع في حالة عدم وفاء المقاول بالتزاماته التعاقدية¹.
3. **خطاب الضمان الدفعة المقدم:** يقدم لتأمين الأموال التي يتسلمها المقاول كدفعة مقدمة لبدء الأعمال، ويضمن هذا الخطاب لصاحب العمل استرداد قيمة الدفعة المقدمة في حال فشل المقاول في تنفيذ التزاماته²، يُصدر خطاب الضمان الخاص بالدفعة المقدمة لضمان استرداد قيمتها أو المتبقي منها عند تسوية الحساب، ويتم عادة خصم نسبة من هذه الدفعة من مستخلصات الدفعات المرحلية. غالباً ما يُنص في خطاب الضمان على هذه الآلية لضمان استرداد المبلغ المقدم³.
4. **خطاب ضمان الصيانة:** يتم تقديمه بعد اكتمال المشروع لضمان تنفيذ المقاول لأعمال الصيانة والإصلاح اللازمة خلال فترة الضمان. يُستخدم هذا النوع من الضمان لضمان جودة العمل المنفذ، فيقدم المقاول لصاحب العمل عند تسلمه شهادة تسلم الأشغال، وضمان إصلاح العيوب بقيمة 5% من قيمة الأعمال المنجزة؛ لضمان قيامه باستكمال الأعمال المتبقية، وتنفيذ أعمال إصلاح العيوب المطلوبة للمدة المنصوص عليها في ملحق عرض المناقصة، وبحيث يكون هذا الضمان صادراً عن بنك أو مؤسسة مالية، وبتسليم هذا الضمان لصاحب العمل يعاد للمقاول ضمان الأداء⁴.
5. **خطاب الضمان المالي:** بديل لحجز نسبة من المستحقات المالية للمقاول حتى اكتمال المشروع والتأكد من جودة الأعمال، يتم تقديم هذا الخطاب ليمنح صاحب العمل أماناً إضافياً، مع توفير السيولة اللازمة للمقاول⁵.

¹ للمزيد من التفصيل حول ذلك انظر المادة (2/4) من الوثيقة القياسية لمناقصة الأشغال الكبيرة، المجلس الأعلى لسياسات الشراء العام.

² عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، مرجع سابق، ص 485.

³ انظر تطبيقاً لذلك نقض رقم 58/2084 قضائية مشار إليه ص 243 في كتاب خطابات الضمان المصرفية، علي جمال الدين عوض.

⁴ محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية المجلد الرابع عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 360-361.

⁵ علي جمال الدين، خطابات الضمان المصرفية، القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة تجارة باريس لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب، الملحق (1)، ص 231.

المطلب الثاني

خصائص خطاب الضمان

1. يتميز خطاب الضمان بطابعه الشخصي والاسمي لصالح المستفيد المحدد فيه، حيث يصدر بناءً على طلب الأمر الذي يعبر عن إرادته الواضحة في ضمان التزاماته تجاه مستفيد بعينه ووفقاً لعقد الأساس القائم بينهما¹، وبالتالي يُعد الشخص المستفيد عنصراً جوهرياً في العلاقة القانونية، مما يجعل خطاب الضمان غير قابل للتنازل أو التظهير لطرف آخر² نظراً للطبيعة الشخصية لهذا الالتزام وضمانه المرتبط مباشرة بالمستفيد المحدد في الخطاب.³

2. يتميز خطاب الضمان بكونه التزاماً مكتوباً صادراً حصرياً عن البنك الذي يقدمه⁴، ولا يعد صحيحاً أو نافذاً إلا إذا صدر بشكل مكتوب وفق النماذج الرسمية المعتمدة لدى البنك المصدر⁵.
3. يتميز خطاب الضمان بكونه مخصصاً لتحقيق غرض محدد يتفق عليه الأمر والمستفيد، وهو الغرض الذي يستند إلى عقد الأساس الذي يشكل جوهر العلاقة القانونية بينهما⁶، ويُصدر البنك خطاب الضمان حصرياً لخدمة هذا الغرض.

4. يتمتع التزام خطاب الضمان بطبيعة مستقلة عن علاقة العميل الأمر بالمستفيد، حيث لا يرتبط التزام المصرف بكيفية تنفيذ العميل لالتزاماته التعاقدية تجاه المستفيد، سواء أكان من حيث التنفيذ أم سوء التنفيذ، وهو ما أكدت عليه محكمة التمييز الأردنية⁷، ولا يعد المبلغ الملتزم به في خطاب الضمان تعويضاً عن إخلال العميل بالتزاماته؛ بل هو تعهد مستقل من المصرف بدفع المبلغ

¹ إلياس ناصيف، العقود المصرفية، المجلد الثاني، منشورات الحلبي، الطبعة الأولى، 2014، ص 267-268.

² سميحة القليوبي، الوجيز في شرح القانون التجاري، القاهرة، 1970، ص 360-361. وفي السياق ذاته مقابلة مع الدكتور عماد السعدي مدير عام البنك الإسلامي الفلسطيني بتاريخ 2024/11/25.

³ أحمد غنيم، خطابات الضمان، مرجع سابق، ص 8.

⁴ حكم محكمة التمييز الأردنية رقم (1998/1776) حيث قضت بأن "خطاب الضمان هو تعهد مكتوب يرسله البنك بناء على طلب عميله..."، منشورات قسطاس.

⁵ أكرم يا ملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، مرجع سابق، ص 326.

⁶ كامل خير الله طراد، خطابات الضمان وأهميتها في عقود المقاولات والتجهيزات الحكومية، كلية السلام الجامعة، مجلة كلية التراث الجامعية، العدد التاسع عشر، ص 88.

⁷ حكم محكمة التمييز الأردنية رقم (1998/2077) حيث قضت بأن "خطاب الضمان المصرفي هو تعهد نهائي يصدره البنك بناء على طلب من عميله بدفع مبلغ نقدي إلى المستفيد فور طلبه خلال مدة محددة وهو التزام منقطع الصلة بالتزام الأمر؛ ذلك لأن خطاب الضمان ينشئ بين البنك والمستفيد علاقة مباشرة لا صلة لها من الناحية القانونية بالعلاقة بين البنك والأمر والمستفيد من خطاب الضمان"، منشورات قسطاس.

المحدد وفقاً لشروط الخطاب متى طلب المستفيد ذلك، بغض النظر عن مدى مديونية العميل أو طبيعة العلاقة القائمة بينه وبين المستفيد.¹

5. يصبح خطاب الضمان مستحق التنفيذ فور وصوله إلى علم المستفيد، مما يمنح المستفيد الحق في مصادرة قيمته دون الحاجة إلى أي إجراءات إضافية، ومع ذلك لا يرتب خطاب الضمان أي التزام على المصرف قبل علم المستفيد به²، وبناءً على هذه الخاصية لا يجوز أن يتضمن خطاب الضمان تاريخ استحقاق محدد، حيث يعد أي شرط من هذا القبيل باطلاً لمخالفته لطبيعة خطاب الضمان، وبالمثل لا يجوز تعليق تنفيذ خطاب الضمان على شرط، حيث أن وجود مثل هذا الشرط يفقده صفته كخطاب ضمان.³

6. يمكن تعديل خطاب الضمان أو تمديد مدته إذا اتفقت إرادة الأطراف المعنية، وهم الأمر والمستفيد والبنك، على ذلك، ففي بعض الحالات، قد تستدعي طبيعة الالتزامات الناشئة عن عقد الأساس المبرم بين الطرفين تمديد فترة تنفيذ العقد، وبالتالي يطلب الطرفان تمديد أجل خطاب الضمان لضمان استمرارية الالتزامات القائمة⁴، في هذه الحالة يقوم المصرف بتمديد مدة الخطاب وفق الاتفاق المبرم، بما يحافظ على استقرار العلاقة التعاقدية ويجنب أي نزاعات محتملة بين الأطراف.⁵

¹حكم محكمة التمييز الأردنية رقم (98/153) إضافة إلى حكم رقم (96/1522) حيث قضت بأنه "يلتزم البنك، بإرادة منفردة وبشكل مستقل، التزاماً مباشراً غير معلق على أي شرط أو تحقق واقعة خارجية عن مضمون خطاب الضمان، بدفع المبلغ المحدد فيه للمستفيد فور طلبه. ويُعد هذا الالتزام التزاماً مستقلاً تماماً عن علاقة البنك بالعميل أو أي عناصر أو شروط خارجية لا يتضمنها خطاب الضمان. كما أن المبلغ المذكور في خطاب الضمان لا يُعد تعويضاً عن إخلال العميل بالتزاماته؛ بل يُمثل التزاماً ذاتياً للبنك، غير تابع أو مرتبط بأي نزاع أو علاقة تعاقدية بين العميل والمستفيد"، منشورات قسطاس.

²محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية المجلد الرابع عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 339.

³مصطفى حسين عبد الباقي، مرجع سابق، ص 12.

⁴محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية المجلد الرابع عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 364.

⁵أحمد غنيم، خطابات الضمان، مرجع سابق، ص 9.

المبحث الثاني

أثر شرط التحكيم على خطاب الضمان

ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين، المطلب الأول يبحث في أثر شرط التحكيم الوارد في العقد الأساسي على الالتزامات والحقوق المتعلقة بخطاب الضمان، بينما يناقش المطلب الثاني مدى خضوع حق المستفيد من خطاب الضمان للتحكيم.

المطلب الأول

أثر شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس

يعد خطاب الضمان التزاماً مصرفياً مستقلاً يصدره البنك بناءً على طلب العميل (طالب الضمان) لصالح المستفيد، يُلزم فيه البنك بدفع مبلغ معين أو قابل للتحديد عند أول مطالبة من المستفيد، وفقاً للشروط الواردة في الخطاب وخلال مدته المحددة، دون النظر إلى أي منازعات أو اتفاقيات أخرى قد تربط الأطراف ببعضهم¹، هذا الالتزام يتميز بطبيعته المجردة التي تضمن للمستفيد الحصول على المبلغ المضمون دون أي قيد أو شرط خارج عن مضمون خطاب الضمان نفسه، مما يجعله أداة قانونية ذات أهمية كبيرة في تعزيز الثقة بين الأطراف المتعاقدة وضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية².

تتجلى أهمية خطاب الضمان في ثلاث قواعد أساسية تُحدد الإطار القانوني للالتزام بالبنك، أولاً: شرط الكفاية الذاتية الذي يقتضي أن يكون التزام البنك محصوراً في الشروط المحددة بالخطاب دون الرجوع إلى أي عناصر أو اتفاقات خارجية، سواء أكان بين العميل والمستفيد أم بين العميل والبنك. فالالتزام بالبنك بالوفاء لا يتأثر بأي نزاعات قد تنشأ عن عقد الأساس أو أي اتفاقات أخرى بين الأطراف³، وثانياً استقلالية التزام البنك والتي تعني أن خطاب الضمان يشكل عقداً منفصلاً عن عقد الأساس أو أية علاقة تعاقدية أخرى، بحيث لا يمكن للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد استناداً إلى دفع مستمدة من عقد الأساس

¹ سميحة القليوبي، عمليات البنوك، دار الأهرام للنشر والتوزيع والإصدارات القانونية، 2022، ص 206.

² حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 2021/3607 منشورات قسطاس، انظر أيضاً حكم محكمة النقض المصرية رقم 342 لسنة 49 قضائية منشورات قسطاس.

³ إلياس ناصيف، العقود المصرفية، المجلد الثاني، منشورات الحلبي، الطبعة الأولى، 2014، ص 316.

أو أي منازعات بين العميل والمستفيد¹، وثالثاً استحقاق التعهد بمجرد صدوره، مما يلزم البنك بالوفاء للمستفيد فور المطالبة، دون تعليق أو تأجيل، ودون إخضاع هذا الالتزام لأي شروط أو قيود إضافية². على الرغم من استقلالية خطاب الضمان، قد يتضمن عقد الأساس بين العميل الأمر والمستفيد شرطاً يُحيل المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد إلى التحكيم³، وهو ما يثير إشكاليات قانونية تتعلق بمدى تأثير هذا الشرط على التزامات البنك بموجب خطاب الضمان، فعندما يطالب المستفيد البنك بقيمة الضمان، قد يعترض العميل الأمر على هذا الطلب لأسباب تتعلق بعدم استحقاق المبلغ أو بوجود إخلال من جانب المستفيد بشروط عقد الأساس، في مثل هذه الحالات، يثور التساؤل حول ما إذا كان شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس يمتد ليشمل النزاعات المتعلقة بخطاب الضمان، لا سيما وأن خطاب الضمان يُعد عقداً مستقلاً ينشئ التزامات مباشرة بين البنك والمستفيد وهو ما ستر عليه الفقه⁴ والقضاء⁵. من المبادئ المستقرة في القانون المصرفي أن خطاب الضمان يلزم البنك بالوفاء دون النظر إلى أي منازعات بين الأطراف الأخرى. وقد أكدت العديد من السوابق القضائية⁶، على استقلال خطاب الضمان عن العلاقات التعاقدية الأخرى، ما يعني أن شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس لا يقيّد حق المستفيد في المطالبة بقيمة الضمان⁷، طالما أن تلك المطالبة تتم وفقاً للشروط المنصوص عليها في الخطاب، فالبنك ملزم بالوفاء للمستفيد بمجرد المطالبة، بغض النظر عن أي نزاعات قائمة أو محتملة بين العميل والمستفيد أو بين العميل والبنك باستثناء حق البنك في التمسك بالدفع قبل المستفيد طبقاً لشروط

¹ عبد الله يحيى مكناس وتمارا يعقوب ناصر الدين وجمال الدين مكناس، الوجيز في القانون التجاري، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2023، ص 302.

² علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 80-81.

³ راجع أحكام الفصل العشرين، المطالبات والخلافات والتحكيم من الوثيقة القياسية لمناقصة شراء الأشغال الكبيرة، 2019، الصادرة عن المجلس الأعلى لسياسيات الشراء العام ص 154-158.

⁴ عبد المنعم دسوقي، مرشد القاضي والمتقاضي في أعمال البنوك، الجزء الأول، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2017، ص 1021.

⁵ انظر حكم محكمة التميز الأردنية رقم 2022/2248 وتميز رقم 2019/6718، منشورات قسطاس، انظر أيضاً حكم محكمة النقض رقم 130 لسنة 71 قضائية بتاريخ 2009/9/12.

⁶ حكم محكمة التميز رقم 2015/767 حيث قضت بما مفاده "الكفالة المذكورة، رغم تصنيفها ككفالة حسن تنفيذ لعطاء رقم 99/87، لم تُربط صراحة بشروط حسن التنفيذ عند تسيل المبلغ المدعى به. وبالتالي، تعد خطاب ضمان مستقلاً وفق الاجتهاد القضائي، حيث يلتزم البنك بتنفيذه بغض النظر عن التزام العميل أو تحقق سبب الطلب، وإلا عُدَّ البنك ممتنعاً عن التنفيذ".

⁷ أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 9.

الإخطار بالضمان¹، يمثل الالتزام المجرد جوهر خطاب الضمان وأساس فاعليته كأداة قانونية تهدف إلى تحقيق الاستقرار في المعاملات التجارية، حيث تستمد قوته الإلزامية من صياغته فقط، دون أي ارتباط بالالتزام الأصلي أو الشروط المترتبة عليه. هذا التجريد يمنحه استقلالية تامة تعزز من الثقة والسرعة في التنفيذ، بما يضمن حماية حقوق المستفيد بعيداً عن أي نزاعات متعلقة بالالتزام الأساسي².

ومع ذلك، يُطرح تساؤل حول مدى إمكان تأجيل أو تعليق تنفيذ خطاب الضمان في حال وجود شرط التحكيم في عقد الأساس، خاصة إذا كانت هناك مزاعم جدية تتعلق بعدم استحقاق المستفيد للمبلغ المضمون كأن تعتمد الجهة المشتريّة الإضرار بالمتعاقدين، وفي مثل هذه الحالات قد يرى البعض أن شرط التحكيم يمكن أن يُشكل أداة لحماية حقوق الأطراف من أي تعسف محتمل³، في حين يرى آخرون أن أي تدخل في التزام البنك بالوفاء يُعد استثناءً يتطلب نصاً قانونياً صريحاً أو قراراً قضائياً مُبرراً، لضمان الحفاظ على الثقة في النظام المصرفي وسرعة تنفيذ الضمانات⁴.

ويرى الباحث أن شرط التحكيم في عقد الأساس، على الرغم من أهميته في حل النزاعات بين الأمر والمستفيد، لا ينبغي أن يؤثر على التزام البنك تجاه المستفيد بموجب خطاب الضمان، ما لم يكن هناك اتفاق صريح ينص على امتداد هذا الشرط ليشمل النزاعات المتعلقة بالضمان ذاته. في ضوء ذلك، يُمكن القول إن استقلالية خطاب الضمان تفرض قيوداً على إمكان التمسك بشرط التحكيم في مواجهة المستفيد، إلا إذا ارتبط النزاع بشكل مباشر بأسباب يمكن ربطها بعقد الأساس.

يُثير شرط التحكيم في العلاقات التعاقدية المرتبطة بخطاب الضمان تساؤلات حول مدى تأثيره على استقلالية هذا الخطاب، خاصة فيما يتعلق بحق المستفيد في المطالبة بقيمته والتزام المصرف بتنفيذ مقتضياته كما تم تبينه، لذلك تبرز أهمية تحليل هذا التأثير من خلال محورين رئيسيين: أولاً، مدى إمكان

¹ سميحة القليوبي، عمليات البنوك، دار الأهرام للنشر والتوزيع والإصدارات القانونية، 2022، ص 218.

² علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 110.

³ حمدي محمد مصطفى، الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسفال 1995، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الخمسون، 2012، ص 11-10.

⁴ انظر نقض تجاري 1985/2/5 رقم 1985/269 حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بجواز حق البنك بعدم الوفاء لوجود تعسف ظاهر أو إذا حصل العميل على أمر من القضاء المستعجل وارد في كتاب سميحة القليوبي، عمليات البنوك، ص 222.

الاحتجاج بشرط التحكيم على أطراف خطاب الضمان. وثانيًا، أثر هذا الشرط على تنفيذ المصرف لالتزامه بالدفع.

أولاً: عدم الاحتجاج بالتحكيم على أطراف خطاب الضمان

يتفق الفقه القانوني على أن إدراج شرط التحكيم في عقد الأساس المبرم بين العميل الأمر والمستفيد لا يمتد أثره إلى أطراف خطاب الضمان، وهما المصرف الضامن والمستفيد، وذلك نظرًا للطبيعة القانونية المستقلة لخطاب الضمان¹، يُنشئ خطاب الضمان التزامًا مباشرًا ومجردًا بين المصرف والمستفيد، منفصلًا عن أية علاقة تعاقدية أخرى أو نزاعات ناشئة عن عقد الأساس، وبالتالي فإن شرط التحكيم يظل مقتصرًا على أطراف عقد الأساس، ولا يمكن الاحتجاج به تجاه المصرف أو المستفيد، إلا إذا وُجد اتفاق صريح يوسع نطاق تطبيق هذا الشرط ليشمل المنازعات المتعلقة بخطاب الضمان².

تستند هذه الاستقلالية إلى مبدأ قانوني جوهري يُميز الضمانات المصرفية المستقلة، ومنها خطاب الضمان، وهو الفصل الكامل بين التزام المصرف بموجب خطاب الضمان وبين العلاقة الأصلية بين العميل الأمر والمستفيد، هذا الفصل يؤدي إلى عدم جواز تأثير أي دفع ناشئة عن عقد الأساس على التزام المصرف أو على حق المستفيد في المطالبة بقيمة الضمان³، من هذا المنطلق لا يمكن الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس أمام المستفيد أو المصرف، ما لم ينص العقد بشكل صريح على شموله لهذه المنازعات⁴. وقد أكدت السوابق القضائية⁵ والفقهية أن استقلال خطاب الضمان عن علاقة الأساس يُعزز من موثوقيته كأداة ائتمانية تضمن تنفيذ الالتزامات دون تعقيدها بنزاعات الأطراف الأخرى،

¹ صفاء فتوح جمعة، خطاب الضمان في عقود الفيديك، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2018، ص 393.

² هدى محمد عبد الرحيم، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود صلاحياته، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 75. وانظر: رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 114.

³ عبد الحميد الشوربي، عمليات البنوك في ضوء الفقه - القضاء - التشريع وصنع العقود والدعاوى التجارية وفقا لقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، دار الكتب والوثائق القومية، 2017، ص 382-384.

⁴ أحمد الزيادات وإبراهيم العموش، الوجيز في التشريعات التجارية الأردنية، الطبعة الثانية، دار وائل للشر، عمان، 1996، ص 142.

⁵ قضت محكمة النقض الفرنسية في النقض رقم 1983/20 "... ويترتب عليه أن البنك لا يستطيع التمسك بدفع مستمد من عقد الأساس وإن شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس لا يمتد إليه" مشار إليه في علي جمال الدين، خطابات الضمان، ص 90.

مما يُعزز استقرار المعاملات المصرفية وفعاليتها في تنفيذ عقود الأشغال والصفقات التجارية¹، وقد أكدت محكمة التمييز الأردنية هذا المعنى².

ويرى الباحث أن استقلال خطاب الضمان يعكس نهجاً قانونياً يهدف إلى ضمان التزام المصرف بالوفاء بقيمة الضمان دون معوقات ناتجة عن نزاعات خارجية، هذا المبدأ يُعزز الثقة في الضمانات المصرفية كأدوات انتمائية مستقلة وفاعلة، تحمي حقوق المستفيد دون المساس بمبدأ استقلالية الخطاب، في الوقت نفسه، يضمن مبدأ نسبية أثر العقود حصر نطاق شرط التحكيم في العلاقة بين الأمر والمستفيد، ما يُشكل حماية إضافية للمصرف ويُجنب إدخاله في منازعات لا صلة له بها.

ثانياً: أثر شرط التحكيم على تنفيذ المصرف لالتزامه

استناداً إلى الأثر القانوني لورود شرط التحكيم في عقد الأساس، يتضح أن هذا الشرط لا يُجيز للعميل الأمر الاحتجاج به ضد المستفيد أو إلزام المصرف بإحالة النزاع المتعلق بمطالبة دفع قيمة خطاب الضمان إلى التحكيم³، فخطاب الضمان يتمتع باستقلالية تامة عن عقد الأساس، مما يعني أن التزامات المصرف تجاه المستفيد تظل قائمة بصرف النظر عن أي نزاعات قائمة بين الأمر والمستفيد بموجب عقد الأساس إلا إذا نجح الأمر بإثبات الغش أو سوء النية بطلب تسييل خطاب الضمان⁴. ومع ذلك، قد يسعى العميل الأمر إلى استغلال وجود شرط التحكيم في محاولة لتعطيل التزام المصرف بالدفع، تحت ذريعة وجود نزاع تحكيمي مع المستفيد، هذا الأمر يثير تساؤلات قانونية جوهرية حول كيفية تحقيق التوازن بين حقوق العميل الأمر وحماية استقلالية خطاب الضمان الذي يُعد التزاماً مباشراً وغير مشروط من المصرف تجاه المستفيد⁵.

من أبرز الوسائل التي قد يعتمد عليها العميل الأمر في هذا السياق هو طلب تجميد قيمة خطاب الضمان أو تعليق تنفيذه لحين صدور حكم تحكيمي في النزاع القائم بينه وبين المستفيد. مثل هذه الخطوة تسعى إلى ربط الالتزام المستقل للمصرف بنزاع خارجي يرتبط بعقد الأساس، وهو ما يتعارض مع المبادئ

¹ عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، الطبعة السابعة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2018، ص490.

² حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 95/511 منشورات قسطاس.

³ نتاري عبد الجليل، التحكيم في المعاملات المصرفية، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق، ص40.

⁴ رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص114.

⁵ أفادت المادة 3 من اتفاقية الأمم المتحدة للعام 1995 بأن "خطاب الضمان المصرفي هو تعهد مستقل من البنك، بناءً على طلب العميل، بدفع مبلغ للمستفيد لضمان تنفيذ عقد الأساس. يتميز بالاستقلالية، حيث يلتزم البنك بالدفع بغض النظر عن أي نزاعات بين العميل والمستفيد".

القانونية التي تُرسخ الطبيعة المستقلة للضمانات المصرفية،¹ خطاب الضمان يُنشئ علاقة قانونية مستقلة بين البنك والمستفيد، حيث يلتزم البنك بالوفاء فور طلب المستفيد، بشرط التزام المستفيد بالشروط الواردة في الخطاب. ويعد مبدأ الكفاية الذاتية مرتبطاً مباشرة بالوقائع المتعلقة بالمستفيد²، وبالتالي، فإن أية محاولة لتعليق تنفيذ هذا الالتزام بحجة وجود نزاع في علاقة الأساس تمثل خروجاً عن الوظيفة الأساسية للضمانات المصرفية، التي تهدف إلى تقديم حماية فاعلة وسريعة للمستفيد³.

ومع ذلك، فإن وجود شرط التحكيم قد يخلق إشكاليات قانونية في حال كان النزاع بين العميل الأمر والمستفيد يتضمن مزاعم بالغش أو التعسف في المطالبة بقيمة خطاب الضمان، في مثل هذه الحالات، قد يُطرح تساؤل حول مدى إمكان تعليق تنفيذ المصرف لالتزامه إلى حين الفصل في النزاع التحكيمي⁴، إذا تمكن العميل من تقديم أدلة كافية تُثبت أن مطالبة المستفيد تتطوي على سوء نية أو استغلال غير مشروع، فقد يُطلب تجميد قيمة خطاب الضمان مؤقتاً استناداً إلى القاعدة القانونية القائلة بأن "الغش يفسد كل شيء"⁵، وإذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه⁶، هذا الإجراء، على الرغم من استثنائيته، يُعد وسيلة لتحقيق التوازن بين حماية حقوق الأطراف وضمان عدم استغلال خطاب الضمان لتحقيق مكاسب غير مشروعة⁷.

¹ أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 97. وانظر: محمد طاهر العشري، مصدر سابق، ص 122.

² قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 4167 لسنة 68 قضائية أنه "وإن كان الأصل في خطاب الضمان ألا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجة عنه ولا على تحقق شرط ولا حلول أجل وهو ما يعرف بالكفاية الذاتية للخطاب إلا أنه". رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 287.

³ حمدي محمد مصطفى، الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسترال 1995، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السادسة والعشرون، العدد الخامس، 2012، ص 38.

⁴ راجع نص المادة (19) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة (نيويورك، 1995).

⁵ راجع شرح المادة (52) درر الحكام، شرح مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، 2010، ص 50.

⁶ رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، مرجع سابق، ص 114.

المطلب الثاني

مدى خضوع حق المستفيد من خطاب الضمان إلى التحكيم

قد تنشأ منازعات بين العميل الأمر والمستفيد تتعلق بخطاب الضمان ذاته، مثل التشكيك في صحته أو الادعاء ببطلانه بناءً على عيوب شكلية أو موضوعية مما يوجب على البنك التحقق من سلامة الخطاب¹، في هذه الحالات، يُطرح تساؤل جوهري حول مدى إمكان إخضاع مثل هذه النزاعات للتحكيم، خاصة إذا كان عقد الأساس يتضمن شرطاً تحكيمياً يُحيل المنازعات الناشئة عنه إلى هيئة تحكيم. هذا التساؤل يستدعي تحليل العلاقة بين شرط التحكيم في عقد الأساس والطبيعة المستقلة لخطاب الضمان، التي تجعل التزامات المصرف تجاه المستفيد غير مرتبطة مباشرة بالنزاعات الناشئة عن عقد الأساس.

من المبادئ المستقرة أن استقلال خطاب الضمان يهدف إلى تحقيق حماية فاعلة للمستفيد، وذلك عبر ضمان تنفيذ المصرف لالتزامه بالدفع فور مطالبة المستفيد، دون أن يتأثر بأي نزاع قائم بين العميل الأمر والمستفيد²، غير أن هذا المبدأ، على الرغم من أهميته، لا يلغي إمكان إعادة تقييم حقوق المستفيد بموجب عقد الأساس، إذا ثبت أن مطالبة بقيمة الضمان كانت غير مستحقة أو شابها غش أو تعسف، في هذه الحالات، قد يصبح شرط التحكيم أداة فاعلة لحسم المنازعات بين الأمر والمستفيد، خاصة فيما يتعلق بأحقية المستفيد في مبلغ الضمان المدفوع³.

على الرغم من ذلك، فإن إخضاع المنازعات المتعلقة بخطاب الضمان للتحكيم يثير إشكاليات قانونية، فمن جهة قد يتمسك العميل الأمر بأن شرط التحكيم في عقد الأساس يمتد ليشمل أي نزاع يتعلق بخطاب الضمان، بوصف أن هذا الأخير أُصدر لتنفيذ التزامات ناشئة عن عقد الأساس⁴، ومن جهة أخرى قد يعترض المستفيد على هذا الطرح، مستنداً إلى استقلالية خطاب الضمان، التي تجعل النزاعات المتعلقة به خاضعة لأحكام خاصة لا يمكن تجاوزها أو تقييدها بشرط تحكيمي في عقد الأساس⁵، هذه

¹ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 285-286.

² عبد الحميد الشوري، عمليات البنوك في ضوء الفقه - القضاء - التشريع وصنع العقود والدعاوى التجارية وفقاً لقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، دار الكتب والوثائق القومية، 2017، ص 382.

³ صفاء فتوح جمعة، خطاب الضمان في عقود الفيديك، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2018، ص 389.

⁴ حكم محكمة التمييز القطرية رقم 2015/119 "قضية رأس لفان" حيث دفع " العميل الأمر لتمديد شرط التحكيم ليشمل خطاب الضمان تعكس رغبة في التحكم بآلية الخطاب لأغراض دفاعية".

⁵ حسن محمد السلمي، أثر اتفاق التحكيم في حسم النزاعات الخاصة بالضمانات البنكية، المجلة العلمية الجامعية، جامعة سبأ، المجلد 7، العدد 2، 2024، ص 206-207.

الإشكالية تعكس الحاجة إلى وضوح أكبر في صياغة العقود وتحديد نطاق شرط التحكيم بشكل دقيق، بحيث يُنص صراحة على ما إذا كان يشمل النزاعات المتعلقة بخطاب الضمان أم يقتصر على المنازعات الناشئة عن عقد الأساس فقط.

تتجلى أهمية هذا الموضوع عند النظر في تأثير المنازعات التحكيمية على التزامات المصرف، إذا احتج العميل الأمر بوجود نزاع تحكيمي مع المستفيد لتجميد أو تعليق دفع قيمة خطاب الضمان، فقد يؤدي ذلك إلى تعقيد وظيفة الخطاب، التي تهدف في الأساس إلى ضمان الوفاء السريع¹، ومع ذلك، قد يُبرر تعليق الدفع مؤقتًا إذا أثبت الأمر أن المستفيد قدم مطالبته بسوء نية أو استغل الخطاب لتحقيق مكاسب غير مشروعة²، في هذه الحالات، قد تُقرر هيئة التحكيم أو المحكمة المختصة تعليق الدفع لحين الفصل في النزاع، بشرط أن يُقدّم دليل قوي على وجود غش أو تعسف، هذا الإجراء يُعد استثناءً محدودًا يهدف إلى تحقيق التوازن بين حماية حقوق المستفيد وضمان عدم استغلال الضمان بطريقة تُضر بمصالح الأمر³.

من جانب آخر، فإن المنازعات المتعلقة بخطاب الضمان قد تشمل مسائل تتعلق بتفسير شروطه أو مدى الالتزام بها، على سبيل المثال، قد يدفع العميل بأن المستفيد لم يستوفِ الشروط الإجرائية المطلوبة لتقديم مطالبة صحيحة، مثل تقديم المستندات في المواعيد المحددة أو الامتثال لشروط معينة، في هذه الحالة، قد تنشأ منازعة بين المستفيد والمصرف، تكون خاضعة للقضاء أو للتحكيم حسب الاتفاقات المبرمة بين الأطراف⁴.

يرى الباحث أن المنازعات المتعلقة بخطاب الضمان، سواء أكانت مرتبطة بعقد الأساس أم بشروط الخطاب نفسه، تُثير قضايا قانونية معقدة تتطلب توازنًا دقيقًا بين حماية حقوق الأطراف كافة، ولتحقيق هذا التوازن يُوصى بتعزيز وضوح العقود وتنظيم نطاق شرط التحكيم بما يتناسب مع طبيعة المنازعات

¹ عبد الحميد الشوربي، عمليات البنوك في ضوء الفقه - القضاء - التشريع وصغ العقود والدعاوى التجارية وفقا لقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، دار الكتب والوثائق القومية، 2017، ص 384.

² حمدي محمد مصطفى، الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال 1995، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السادسة والعشرون، العدد الخامس، 2012، ص 95.

³ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 352.

⁴ سميحة القليوبي، عمليات البنوك، دار الأهرام للنشر والتوزيع والإصدارات القانونية، 2022، ص 218-219.

المتوقعة، كما أن توحيد جهة الفصل في النزاعات، سواء أكانت تحكيمية أم قضائية، يُعد أمرًا ضروريًا لضمان انسجام الأحكام وتجنب التعارض بين القرارات.

الخاتمة

يُعد خطاب الضمان من أهم الأدوات القانونية والمالية التي تضمن استقرار المعاملات التجارية والمشروعات الهندسية، خاصة في عقود الإنشاءات والأشغال العامة. ويوفر خطاب الضمان حماية فاعلة لصاحب العمل، حيث يُلزم المصرف بالوفاء بقيمته فور مطالبة المستفيد، بغض النظر عن أي نزاعات أو دفعات ناشئة عن عقد الأساس. ومع ذلك، فإن تضمين شرط التحكيم في عقد الأساس يُثير إشكاليات قانونية، أهمها مدى تأثير هذا الشرط على استقلالية خطاب الضمان، وهو ما يتطلب تحليلًا دقيقًا لضمان حماية حقوق الأطراف كافة، وتحقيق الكفاءة في استيفاء الالتزامات.

أبرز البحث أهمية مبدأ استقلالية خطاب الضمان الذي يُعد ركنًا أساسيًا في فاعليته كأداة ضمان. فاستقلالية خطاب الضمان تعني أن التزام المصرف تجاه المستفيد لا يتأثر بالمنازعات أو الدفعات المستمدة من علاقة الأساس. ومع ذلك، فإن إدراج شرط التحكيم في عقد الأساس قد يؤدي في بعض الحالات إلى تعقيد عملية استيفاء الضمان، خاصة إذا استُخدم كوسيلة لتأخير الوفاء أو تعليق تنفيذ التزام المصرف. وعلى الرغم من أن الأصل هو عدم جواز الاحتجاج بشرط التحكيم ضد المصرف أو المستفيد، إلا أن الاستثناءات قد تبرز في حالات خاصة مثل وجود غش أو تعسف ظاهر من المستفيد، مما قد يستدعي تعليق الوفاء مؤقتًا بانتظار حسم النزاع عبر التحكيم أو القضاء.

ناقش البحث أيضًا أثر شرط التحكيم على العلاقة بين المصرف والمستفيد، وعلى الضمان المقابل في الحالات التي يتدخل فيها مصرف آخر لضمان الوفاء بقيمة الخطاب. وبيّن أن شرط التحكيم، على الرغم من أهميته كوسيلة لحل النزاعات بسرعة وكفاءة، قد يحدث تضاربًا بين القرارات التحكيمية والقضائية، مما يُبرز الحاجة إلى صياغة دقيقة للعقود تُحدد بوضوح نطاق تطبيق شرط التحكيم. هذه الصياغة يجب أن تضمن عدم المساس باستقلالية خطاب الضمان، مع توفير حماية فاعلة لحقوق الأطراف ومنع استغلال التحكيم كأداة لتعطيل التزامات المصرف أو حقوق المستفيد.

وعلى المستوى التشريعي، كشف البحث عن وجود فجوات قانونية في النظام الفلسطيني تتعلق بتنظيم خطابات الضمان، لا سيما فيما يخص العلاقة بين شرط التحكيم واستقلالية الخطاب.

من الناحية العملية، شدد البحث على أهمية تحسين ممارسات صياغة العقود في فلسطين، خاصة عقود الأشغال العامة التي تعتمد بشكل كبير على خطابات الضمان. يُوصى بضرورة تضمين نصوص

واضحة تُحدد حقوق والتزامات الأطراف فيما يتعلق بخطابات الضمان، مع التركيز على تقييد نطاق شرط التحكيم بما يحمي استقلالية الخطاب ويُحقق التوازن بين حقوق صاحب العمل والمقاول. كما أن تعزيز التنسيق بين القضاء وهيئات التحكيم يُعد أمرًا ضروريًا لتجنب تضارب القرارات وضمان سرعة الفصل في النزاعات المتعلقة بخطابات الضمان.

أولاً: النتائج

1. خطاب الضمان هو التزام قانوني مستقل بين المصرف والمستفيد، يتمتع بالكفاية الذاتية والاستقلالية عن عقد الأساس، مما يُعزز من موثوقيته كأداة لضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية.
2. شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس لا يمتد تلقائيًا إلى خطاب الضمان، إلا إذا وُجد اتفاق صريح بين الأطراف ينص على شمول هذا الشرط للنزاعات المتعلقة بالضمان.
3. لا يمنح خطاب الضمان المستفيد حقًا مطلقًا في المطالبة بالمبلغ المضمون، حيث يمكن للأمر الطعن بالمطالبة في حال وجود غش أو تعسف واضح، مما يُبرر تدخل القضاء المستعجل لوقف تسهيل الضمان.
4. القضاء المستعجل هو الجهة المختصة بالنظر في طلبات تجميد أو تعليق تنفيذ خطاب الضمان، ويُوفر حماية مؤقتة تُوازن بين حقوق الأطراف دون المساس بجوهر الحق.
5. تعدد الجهات القضائية أو التحكيمية قد يؤدي إلى تضارب الأحكام المتعلقة بخطاب الضمان، مما يُبرز الحاجة إلى توحيد جهة الفصل في المنازعات لضمان الانسجام والتناسق في الأحكام.

ثانيًا: التوصيات

1. تطوير إطار قانوني شامل في التشريعات الفلسطينية المتعلقة بالشراء العام لتنظيم خطابات الضمان؛ لإبراز طبيعتها المستقلة وتحديد التزامات الأطراف وتأثير شروط التحكيم عليها.
2. تضمين عقود الإنشاءات نصوصًا واضحة تُحدد نطاق شرط التحكيم ومدى تأثيره على التزامات المصرف والمستفيد؛ لضمان حماية الحقوق ومنع النزاعات.
3. تعزيز دور القضاء المستعجل؛ لمعالجة النزاعات الطارئة المتعلقة بخطابات الضمان، خاصة في حالات الغش أو التعسف، مع ضمان سرعة الفصل في هذه القضايا.
4. تنظيم التحكيم متعدد الأطراف؛ لتجنب تضارب القرارات في المنازعات المرتبطة بخطابات الضمان، مع وضع معايير واضحة تضمن الانسجام بين الأحكام.

5. تقديم برامج تدريبية متخصصة للقضاة والمحكمين والمصارف حول إدارة المنازعات المتعلقة بخطابات الضمان بما يتماشى مع الممارسات الدولية.
6. توحيد الممارسات المصرفية في فلسطين من خلال تعليمات واضحة تصدرها سلطة النقد؛ وذلك بما يتماشى مع المعايير الدولية لضمان استقرار التعاملات التجارية والثقة بين الأطراف.

بيان تضارب المصالح

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الاتفاقيات الدولية

1. اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة (نيويورك، 1995).
2. الأصول الموحدة لكفالات العقد، النشرة رقم (325) الصادرة عن غرفة التجارة الدولية لعام 1987.
3. القواعد الموحدة للضمانات عند الطلب.
4. (Uniform Rules for Demand Guarantees)، رقم URDG 758، غرفة التجارة الدولية، 2010.
5. مشروع القواعد الموحدة حول الضمانات المستقلة، الصادر بتاريخ 1991/1/3، لجنة الممارسات التجارية الدولية.

ثانياً: القوانين

1. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
2. قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001.
3. قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999.
4. قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966.
5. قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.
6. القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014 بشأن الشراء العام وتعديلاته.
7. القرار بقانون رقم (9) لسنة 2010 بشأن المصارف الفلسطينية.

ثالثاً: الأنظمة والتعليمات

1. الوثيقة القياسية لمناقصات الأشغال الكبيرة، المجلس الأعلى لسياسات الشراء العام، 2019.
2. تعليمات سلطة النقد رقم (7) لسنة 2014.
3. نظام الشراء العام وتعديلاته رقم (5) لسنة 2014.

رابعاً: الكتب:

1. أحمد غنيم، خطابات الضمان، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
2. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
3. أكرم يا ملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.

4. بدر سعيد العتيبي، التنظيم القانوني لخطابات الضمان، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد الثاني، 2020.
5. بو حالة الطيب، عقود الإنشاءات الهندسية الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2019.
6. حسين الماحي، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
7. خالد إبراهيم تلاحمة، الوجيز في القانون التجاري، جبهة للنشر والتوزيع.
8. رشاد نعمان العامري، الخدمات المصرفية الائتمانية في البنوك الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012.
9. ربحي أحمد عارف، خطابات الضمان في مقولة الإنشاءات، مجلة كلية التربية الأساسية، العدد السابع والستون، 2011.
10. رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
11. رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
12. سميحة القليوبي، الوجيز في شرح القانون التجاري، دار الأهرام للنشر والتوزيع، القاهرة، 1970.
13. سميحة القليوبي، عمليات البنوك، دار الأهرام للنشر والتوزيع والإصدارات القانونية، 2022.
14. صفاء فتوح جمعة، خطاب الضمان في عقود الفيديك، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2018.
15. عبد الحميد الشوربي، عمليات البنوك في ضوء الفقه - القضاء - التشريع وصيغ العقود والدعاوى التجارية وفقاً لقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، دار الكتب والوثائق القومية، 2017.
16. عبد الله يحيى مكناس، تمارا يعقوب ناصر الدين، وجمال الدين مكناس، الوجيز في القانون التجاري: الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2023.
17. عصام عبد الفتاح مطر، عقود الفيديك، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015.
18. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
19. علي سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
20. عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، الطبعة السابعة، دار الثقافة، عمان، 2018.
21. عثمان التكروري، الوجيز في شرح القانون التجاري، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، عليات المصارف، فلسطين، 2020.

22. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2015.
 23. محمد نور شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطة القضائية للمحكّمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
 24. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية: عمليات البنوك، المجلد الرابع، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014.
 25. محمود سمير الشراوي، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
 26. مصطفى حسين عبد الباقي، التحكيم في العقود المصرفية، مرجع سابق.
 27. هدى محمد عبد الرحيم، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود صلاحياته، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
 28. يوسف محمد شندي، التحكيم الداخلي والدولي، الطبعة الأولى، 2014.
- خامساً: الأبحاث العلمية والرسائل الجامعية**
1. بدر سعيد العتيبي، "التنظيم القانوني لخطابات الضمان"، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد الثاني، 2020.
 2. حمدي محمد مصطفى، "الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال 1995"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السادسة والعشرون، العدد الخامس، 2012.
 3. حسن محمد السلمي، "أثر اتفاق التحكيم في حسم النزاعات الخاصة بالضمانات البنكية"، المجلة العلمية الجامعية، جامعة سبأ، المجلد 7، العدد 2، 2024.
 4. ربحي أحمد عارف، "خطابات الضمان في مقالة الإنشاءات"، مجلة كلية التربية الأساسية، العدد السابع والستون، 2011.
 5. سميحة القليوبي، "أثر اتفاق التحكيم على المنازعات التي تنشأ عن كل من تحرير الشيك دون رصيد وخطاب الضمان والاعتماد المستندي"، المجلة الدولية للفقهاء والقضاء والتشريع، المجلد الثاني، العدد الأول، 2021.
 6. السالك كروم، "التحكيم في العمليات المصرفية"، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، 2018.

7. كامل خير الله طراد، "خطابات الضمان وأهميتها في عقود المقاولات والتجهيزات الحكومية"، كلية السلام الجامعة، مجلة كلية التراث الجامعية، العدد التاسع عشر.

8. نتاري عبد الجليل، "التحكيم في المعاملات المصرفية"، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق

سادساً: الأحكام القضائية:

أ: الأحكام الفلسطينية

1. استئناف رقم (2011/123)، منشورات المقتفي.

2. قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم (279/2022) منشورات قسطاس.

3. محكمة استئناف رام الله رقم (2011/123)، منشورات قسطاس.

ب: أحكام التمييز الأردنية

1. حكم محكمة التمييز الأردنية رقم (96/1522)، منشورات قسطاس.

2. حكم محكمة التمييز الأردنية رقم (1998/1776)، منشورات قسطاس.

3. حكم محكمة التمييز الأردنية رقم (1998/2077)، منشورات قسطاس.

4. حكم محكمة التمييز الأردنية رقم (153/98)، منشورات قسطاس.

5. حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 2021/3607، منشورات قسطاس.

6. حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 2022/4944، منشورات قسطاس.

7. حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 2022/2248، منشورات قسطاس.

ت: أحكام النقض والاستئناف المصرية

1. حكم محكمة النقض المصرية رقم 1342 لسنة 49 قضائية.

2. حكم محكمة النقض المصرية رقم 2084 لسنة 58 قضائية.

3. حكم محكمة النقض المصرية رقم 2395 لسنة 61 قضائية.

4. حكم محكمة النقض المصرية رقم 2084 لسنة 58 قضائية.

5. حكم محكمة النقض المصرية رقم 648 لسنة 48 قضائية.

6. حكم محكمة النقض المصرية رقم 13 لسنة 50 قضائية.

7. حكم محكمة النقض المصرية رقم 37 لسنة 29 قضائية.

8. حكم محكمة النقض المصرية رقم 911 لسنة 47 قضائية.

ج: الأحكام الفرنسية

1. حكم محكمة النقض الفرنسية في النقض رقم 1983/20.

2. حكم محكمة النقض الفرنسية نقض تجاري رقم 1985/269

سابعاً: المقابلات الشخصية

1. مقابلة مع الدكتور عماد السعدي، مدير عام البنك الإسلامي الفلسطيني، بتاريخ 2024/11/25.



This work is licensed under a

[Creative Commons Attribution NonCommercial 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

[International license.](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)