العنوان : التنظيم القانوني لضمانات العميل البنكي (دراسة تطبيقية في النظام السعودي) .

الناشر : مجلة روح القوانين – كلية الحقوق – جامعة طنطا .

المؤلف : إبراهيم بن سالم الحبيشي الجهني .

العدد : الواحد والثمانون .

محكمة : نعم .

التاريخ الميلادى : ٢٠١٨ .

الشهر : يناير .

الصفحات : ٢ – ٧٥ .

مواضيع : العميل ـــ ضمانات – مسؤولية- – بنك .

© ٢٠١٨ مجلة روح القوانين – جميع الحقوق محفوظة .

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٢٠

المستخلص :اهتمت أنظمة مؤسسة النقد العربي السعودي بمسائل الرقابة على البنوك التجارية, تاركه المسائل التنظيمية لعقود الائتمان المصرفي؛ إلى إرادة المتعاقدين, والعرف التجاري, لذلك حاولت إلقاء الضوء على أحكام المسؤولية عن عقود الائتمان المحررة بين المصارف وعملائها , وذلك بالوقوف على ماهيتها وطبيعتها، واعتمدت المنهج الوصفي التحليلي المقارن , بجانب إبراز بعض التطبيقات القضائية. وقد قسمت البحث إلى تمهيد وفصلين تناول الفصل التمهيدي ماهية الضمانات البنكية للعميل ,وقد اشتمل على مبحثين تناولت في المبحث الأول التعريف بالعميل البنكي وأنواع الضمانات المقررة له. وفي المبحث الثاني تناولت خصائص الضمانات البنكية وطبيعتها النظامية؛ أما الفصل الأول بعنوان: نطاق الالتزام بالضمانات البنكية واسباب انقضائها , وقد تناولت فيه النطاق الشخصي والموضوعي لالتزام البنك بالضمان في مبحث أول وأسباب انقضاء التزام البنك بالضمان في مبحث ثاني , والفصل الثاني بعنوان المسؤولية المدنية للبنك عن الإخلال بالضمانات المقررة للعميل. وتناولت التعريف بالمسؤولية المدنية للبنك عن اعمال مستخدميه. في مبحث أول، كما تم استعراض صور الإخلال بالتزامات البنك بالضمان والجزاءات المترتبة عليها في مبحث ثاني. وفي ختام البحث توصلت إلى نتائج كان أبرزها: عدم مناسبة الأنظمة المصرفية في المملكة مع التقدم والتطور الكبير للقطاع المصرفي فيها. كما يصعب رد عقود الضمانات البنكية إلى الأنظمة المعروفة في القانون المدني المقارن , وهي عملية شكلية محضة من عمليات البنوك لها ذاتيتها الخاصة وتحكمها أصول وقواعد عرفية، كما أن المصرف مسؤول عن أعمال موظفيه. كما أوصيت بمجموعة من التوصيات كان أهمها: ضرورة العمل على إصدار نظام خاص بالمعاملات المصرفية يواكب السياسات الاقتصادية الجديدة للمملكة وفق رؤية ٢٠٣٠ والتي تفتح الأبواب أمام رؤوس الأموال الداخلية والخارجية للاستثمار. كما نوصي بأن تنضم المنازعات المصرفية , وبخاصة الناشئة عن عقود الائتمان إلى ولاية القضاء التجاري , وكذلك وضع تنظيم دقيق لأحكام عقود الائتمان وبخاصة خطابات الضمان، والاعتمادات المستندية كما هو الحال في القوانين المقارنة.

الكلمات المفتاحية: العميل ـ ضمانات – مسؤولية– – بنك .

Abstract: The Saudi Arabian Monetary Agency's Systems Are Concerned With The Issues Of Control Over Commercial Banks, Leaving The Regulatory Issues For Bank Credit Contracts To The Will Of The Contractors And The Commercial Custom , Therefore, I Tried To Shed Light On The Provisions Of Responsibility For Credit Contracts Drawn Up Between Banks And Their Customers By Examining Its Essence and Nature , And Adopted The Descriptive Analytical Approach, In Addition To Highlighting Some Judicial Applications . The Research Was Divided Into Introduction And Two Chapters. The Introductory Chapter Dealt With What Is The Bank Guarantee For The Customer. It Included Two Articles That Dealt With In The First Topic The Definition Of The Bank Customer And The Types Of Guarantees Prescribed For Him . As For The Second Topic, It Dealt With The Characteristics Of The Bank Guarantees And Their Statutory Nature, While The First Chapter Is Entitled : Commitment To Bank Guarantees And The Reasons For Their Expiry, In Which Addressed The Personal And Substantive Scope Of The Bank's Commitment In The First Topic And The Reasons For The Expiry Of The Bank's Commitment To The Guarantee In A Second Topic. Chapter Two, Entitled The Civil Liability Of The Bank, For The Breach Of The Guarantees Prescribed For The Customer . It Covered The Definition Of The Civil Liability Of The Bank For The Business Of Its Users . Pictures Of Breaches Of The Bank's Obligations To Guarantee In A First Topic, And The Resulting Penalties Were Reviewed In A Second Topic . At The Conclusion Of The Research, I Reached Results, The Most Prominent Of Them : The Inadequacy Of Banking Systems In The Kingdom With The Significant Progress And Development Of The Banking Sector There . It Is Also Difficult To Return Bank Guarantee Contracts To Known Systems In The Comparative Civil Law , It Is A Purely Formal Process From The Operations Of Banks That Have Their Own Subjectivity And Are Governed By Customary Rules And Principles. The Bank Is Also Responsible For

The Business Of Its Employees . Also Recommended A Set Of Recommendations, The Most Important Of Them : The Need To Work On Issuing A System For Banking Transactions That Accompanies The New Economic Policies Of The Kingdom According To Vision ٢٠٣٠, Which Opens The Doors To Internal And External Capital For Investment . We Also Recommend That Banking Disputes, Especially Those Arising From Credit Contracts, Especially Letters Of Credit And Documentary Credits, As In The Case Of Comparative Laws .

Keywords (at least one): Customer Guarante Liability Credit Bank

المقدمة

تلعب النقود – بأشكالها المختلفة – دورًا كبيرًا في نمو المعاملات التجارية واتساع حجم التبادل محليًا ودوليًا، غير أن الصعوبة تنشأ من عدم توافر السيولة النقدية الكافية لمواجهة الالتزامات التجارية، وهذا النقص في السيولة يفسره استغلال النقود – بصفة دائمة– في السوق التجارية، ومن هنا كان الائتمان التجاري بديلًا رئيسيًا لاستعمال النقود. فالائتمان يدل على الثقة؛ إذ يعني منح المدين أجلًا للوفاء. وهكذا يتداول الائتمان فيما بين التجار كما تتداول البضائع بينهم عن طريق نقل الحقوق الثابتة في سندات المديونية، فالتاجر في معاملاته التجارية يكون دائنًا تارة ومدينًا تارة أخرى، وبدلًا من أن يحرر لدائنه سندًا بدينه – ينقل له حقًا ثابتًا له في سند سابق يحل أجله بعد ثلاثة أشهر مثلًا، وإذا دخل هذا الدائن في تعامل مع تاجر آخر واحتاج إلى الائتمان فإنه يعرض على الأخير نقل ذات الحق إليه. ويظل الائتمان على هذا النحو تتناقله أيدي التجار حتى يستقر في النهاية عند آخر الدائنين، فيذهب في ميعاد الاستحقاق إلى أول المدينين يطالبه بالحق الثابت في سند الائتمان المتداول وتنقضي بالوفاء علاقات الائتمان انقضاء طبيعيًا.

وقد ترتب على تطور أداء المؤسسات المصرفية اتساع أنشطتها وعدم قصرها على مجرد اعتبارها وعاء للمدخرات، وإنما اتسع ليشمل عقود الائتمان المختلفة كـ: عقد الكفالة المصرفية، والاعتماد المستندي، وخطاب الضمان – وفق قواعد وضوابط يحددها النظام. والمتأمل بأنظمة مؤسسة النقد العربي السعودي– يجدها قد خلت من تنظيم للعلاقة الحاكمة للائتمان المصرفي، وحصرت جل اهتمامها بمسائل الرقابة على البنوك التجارية، تاركة المسائل التنظيمية لعقود الائتمان المصرفي إلى إرادة المتعاقدين، والعرف التجاري. ومن الضروري التعرض لمسؤولية المصرف في عقود الائتمان، والتي أصبحت بحاجه ماسَّة إلى الوقوف على ماهيتها، وطبيعتها، وأركانها، وحدودها وصورها في كل عقد من عقود الائتمان على انفراد. وسوف أتعرض لذلك في ضوء أنظمة المصارف السعودية، والأنظمة التجارية ذات العلاقة.

أهمية البحث

يمكن إجمال أهمية البحث فيما يلي:

١- الحاجة إلى دراسة متخصصة في طبيعة عمليات الائتمان المصرفي وما تمثله من ضمانة في تحقيق الاستقرار والاستمرار للعمليات التجارية وتنميتها.

٢- استعراض الأنواع المختلفة لعقود الائتمان المصرفية واشكالاتها العملية، وبيان أثر إخلال البنوك بهذه الثِّقة ومدى تحقق المُساءلة النظامية.

٣- بيان المسؤولية المدنية الناجمة عن عقود الائتمان المصرفية، وتطبيقاتها القضائية.

٤- المساهمة في إثراء الساحة القانونية ببحث علمي يستفيد منه القائمون على الشؤون المتعلقة بالتجارة بوزارة التجارة، والمؤسسات المصرفية والقانونيون.

تقسيم البحث:

تم تقسيم البحث إلى فصل تمهيدي وفصلين رئيسيين على النحو التالي:

الفصل التمهيدي – ماهية الضمانات البنكية للعميل.

الفصل الأول – نطاق الالتزام بالضمانات البنكية وأسباب انقضائها.

الفصل الثاني– المسؤولية المدنية للبنك عن الإخلال بالضمانات المقررة للعميل.

الفصل التمهيدي

ماهية الضمانات البنكية للعميل

تمهيد وتقسيم:

يُقصد بالضمان :توسيط كفيل مؤتمن يثق فيه أطراف العمليات التجارية، وتوكل إليه مهمة الضمان. وهذا الكفيل يتمثل في البنوك التجارية التي تضمن عملائها لدى جهات مختلفة، ويتخذ الضمان البنكي صورًا متعددة: كالاعتماد المستندي, وخطاب الضمان والكفالة المصرفية , غير أن طبيعة العلاقة الناشئة عن الضمانات التي تقدمها البنوك التجارية – تختلف عن القواعد العامة للضمان المدني, الأمر الذي يصعب معه تطبيق قواعد القانون المدني عليها, وإنما يطبق بشأنها الأحكام الخاصة الواردة بالأنظمة التجارية والمصرفية, وفي حال عدم تنظيمها لبعض المسائل؛ فإن العرف التجاري هو الواجب التطبيق, ويتطلب ذلك من القاضي التجاري إلمامه بالأعراف التجارية ليبسط أحكامه على واقع النزاع , مع الأخذ في الاعتبار الطبيعة الخاصة للنظام السعودي , والذي يجعل الشريعة الإسلامية مصدرًا رئيسًا لكافة الأنظمة, ومن ثَّم فإن العرف المخالف لأحكام الشريعة – مهما كان مستقراً في المعاملات التجارية, إلا أنه غير مقبول العمل به داخل المملكة . وفي مناقشة الضمانات البنكية يلزم في البداية أن أتعرض لماهية العميل البنكي، وأنواع الضمانات التي يوفرها البنك التجاري، وما هي الخصائص المميزة للضمانات البنكية وطبيعة كل نوع من أنواع الضمانات.

وقد قسمت هذا التمهيد إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول –التعريف بالعميل البنكي وأنواع الضمانات المقررة له.

المبحث الثاني – خصائص الضمانات البنكية وطبيعتها النظامية.

المبحث الأول

التعريف بالعميل البنكي وأنواع الضمانات المقررة له.

تمهيد وتقسيم:

يلجأ العميل البنكي إلى المصرف المتعامل معه ؛ لأجل البحث عن ائتمان يوفر له السيولة النقدية المطلوبة لقضاء حاجاته , ولأن المعاملات التجارية تقوم في الأساس على الدفع بالآجل , الأمر الذي أضحت عمليات الائتمان هي الأداة المثلى في تحقيق الضمانات المطلوبة من أجل نجاح الصفقات التجارية, وتتنوع الضمانات المقررة للعميل , كما أنها تختلف من حيث صفة العميل البنكي وما إذا كان شخصًا عاديًا أم شخصًا صاحب مشروع اقتصادي, سواء اتخذ شكل المؤسسة أو الشركة التجارية ويتوقف قبول البنك توفير الضمانات المطلوبة على : عنصر الثقة في العميل, وحجم تعاملاته, ومركزه المالي . وسوف أتناول مفهوم العميل البنكي، وأهم أنواع الضمانات المقررة له **من خلال المطلبين التاليين:**

المطلب الأول – مفهوم العميل البنكي.

المطلب الثاني– أنواع الضمانات المقررة للعميل.

المطلب الأول

مفهوم العميل البنكي

يتنوع العملاء لدى البنوك التجارية ليشمل التجار وغير التجار , كما يشمل الأشخاص الطبيعية والاعتبارية , كالشركات والمؤسسات غير أن الضمانات التي نتحدث عنها تختلف شروط توفيرها للعميل بحسب صفته , فمثلًا: **يقتصر** الضمان البنكي للعميل غير التاجر على الكفالة المصرفية, ويتحقق ذلك – في الغالب الأعم – في صورة البيع بالتقسيط , حيث يشتري العميل سلعة ويقدم للبائع ضمانًا بنكيًا, يتعهد فيه البنك بضمان المشتري, كما يتخذ شكل بطاقات الائتمان , أما إذا كان العميل من فئة التجار– فهنا تأخذ الضمانات البنكية شكلًا آخر فتظهر الاعتمادات المستندية, وخطابات الضمان كصورة متميزة للضمان, ولكن ما هو العميل البنكي , وكيف يمكن التمييز بين العميل التاجر وغير التاجر؟ وهو ما سوف أتناوله على الترتيب الآتي:

أولا: العميل البنكي غير التاجر: هو كل شخص طبيعي أو اعتباري لم يكتسب الصفة التجارية، ويستوي أن يكون رجلاً أو امرأة، من مواطني الدولة أو المقيمين فيها، ولا يشترط في العميل غير التاجر سن الرشد، فيجوز إنشاء حساب أو إجراء معاملة بنكية لصالح القاصر والصبي المميز والمحجور عليه، وذلك عن طريق الولي أو الوصي أو القيم [١].

أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية التي لم تكتسب صفة التاجر؛ فتشمل الجمعيات والمؤسسات الأهلية العامة والخاصة، والأوقاف وغيرها ممن يمارس نشاطاً لا يهدف إلى تحقيق الربح [٢] .

وقد تناولت مبادئ حماية عملاء المصارف تعريف العميل بأنه: فرد طبيعي يشارك في الصفقات المنصوص عليها في الأنظمة مع المصارف المرخصة لغايات خارج نطاق عمله أو مهنته [٣] .

(١) زياد رمضان: إدارة الأعمال المصرفية، دار صفاء، عمان، الأردن , ١٩٩٧ م، ص ١٧.

(٢) د. حسن حسني: عقود الخدمات المصرفية، دار التعاون للطباعة والنشر، القاهرة د.ت، ص ٩.

(٣) انظر: مبادئ حماية عملاء المصارف، الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي في يونيو لعام ٢٠١٣م.

ويلاحظ أن: التعريف السابق قد تناول العميل الفرد غير التاجر، وهو ما أكدته مقدمة المبادئ بنصها على أن: تشمل المبادئ عملاء المصارف الأفراد (الحاليين والمستقبليين) وأما العملاء الآخرين، مثل: المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، والشركات التجارية، وغيرها من الشخصيات الاعتبارية – فسيتم إعداد تعليمات خاصة بهم.

ويرى الباحث: أنه يتعذر على العميل غير التاجر الحصول على الائتمان إلا بشروط وضمانات أشد من العميل التاجر، فيمكن أن يستفيد من الكفالة المصرفية لأجل التمكن من شراء السلع، ولكن لا يتصور أن تتخذ الضمانات البنكية للعميل غير التاجر، صورة الاعتماد المستندي أو خطاب الضمان؛ لكون هذه الضمانات البنكية يجري العرف على تمكين التجار منها وليس العملاء العاديين.

ثانيًا– العميل البنكي من فئة التجار: هو الشخص الطبيعي والاعتباري الذي يزاول الأعمال التجارية، ويتخذ الربح هدفًا رئيسيًا من النشاط، ويُعد قرينة على الصفة التجارية القيد في السجل التجاري، والعضوية بالغرفة التجارية، ومن ثَّم فإن المؤسسات التجارية والشركات التجارية المنصوص عليها بنظام الشركات، تكتسب صفة التاجر بمجرد قيدها في السجل التجاري [١] .

ويلاحظ أن: نظام المحكمة التجارية هو الأصل في تنظيم بعض المسائل التجارية، وقد اقتضت الحاجة إلى وجود أنظمة أخرى بجانبه تتناول موضوعات مستقلة، كنظام الشركات ونظام السجل التجاري ونظام الدفاتر التجارية وغيرها من الأنظمة التجارية، إلا أن كافة الأنظمة السابقة قد خلت من بيان المقصود بالأعمال التجارية. ومن خلال استقراء النصوص الواردة بنظام المحكمة التجارية يتضح اعتراف النظام بالأعمال التجارية بشرط الاحتراف والأعمال التجارية المنفردة والأعمال التجارية بالتبعية بحيث تمنح الصفة التجارية للعمل الذي يزاوله التاجر بمناسبة تجارته بسبب صفة القائم به كونه تاجرًا لا بسبب الطبيعة التجارية للعمل [٢].

ويستطيع التاجر أن يحصل على الائتمان المصرفي بكافة صوره سواء أكان اعتمادًا مستنديًا أم خطاب ضمان أو كفالة مصرفية، ويتوقف قبول البنك لذلك على: درجة الثقة بالتاجر، والتعاملات السابقة، وملاءة المركز المالي للتاجر.

(١) أحمد شوقي محمد: المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، الإسكندرية , ٢٠٠٣م.

(٢) انظر: المادة الثانية من نظام المحكمة التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٢ وتاريخ ١٣٥٠/١/١٥هـ.

المطلب الثاني

أنواع الضمانات المقررة للعميل

الضمان البنكي: هو تدخل البنك لدى شخص يريد العميل التعاقد معه، فيكسب العميل ثقة ذلك الشخص، ويلتزم البنك بالدفع إذا تعذر الوفاء من العميل(١). وتعد الكفالة المصرفية، أهم أنواع الضمانات البنكية، ويتفرع عنها: خطاب الضمان، والاعتماد البسيط، والاعتماد المستندي، إلا أن الكفالة المصرفية تتميز عنهما بشمولها، وبأحكامها الخاصة؛ لذلك فضلت أن أتعرض لأهم أنواع الضمانات بشكل مستقل، من خلال الفروع الأربعة التالية:

الفرع الأول

الاعتماد المستندي

تناول شراح الأنظمة تعريف الاعتماد المستندي، **فعرفه البعض** بأنه: "عقد بمقتضاه يتعهد بنك يسمى مصدر الاعتماد بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه الآمر بفتح الاعتماد"، لصالح شخص يسمى المستفيد يتعهد فيه البنك بأن يدفع لهذا المستفيد مبلغًا مقابل تقديم الأخير للمستندات المحددة في الخطاب المرسل إليه والمسمى " خطاب الاعتماد"، وذلك خلال المدة المحددة به، ويعتبر عقد الاعتماد المستندي مستقل عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه، ويبقى البنك أجنبيًا عن العقد"(٢).

ويعرف الاعتماد المستندي أيضًا بأنه: "العملية التي يقبل بموجبها بنك المستورد أن يحل محل المستورد في الالتزام بتسديد وارداته لصالح المصدر الأجنبي عن طريق البنك الذي يمثله مقابل استلام الوثائق أو المستندات التي تدل على أن المصدر قد قام فعلًا بإرسال البضاعة المتعاقد عليها"(٣).

كما عرَّف أحد الشراح عقد الاعتماد المستندي بأنه :" تعهد صادر من البنك بناء على طلب العميل(الآمر) أو معطي الأمر لصالح الغير (المصدر) ويسمى (المستفيد) يلتزم البنك بمقتضاه بدفع أو بقبول كمبيالات مسحوبة عليه من هذا المستفيد، وذلك بشروط معينة وارده في هذا التعهد

(١) محمد فريد العريني: العقود التجارية وعمليات البنوك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية, ٢٠١٣, ص ٢٣٤.

(٢) عكاشة محمد عبد العال: القانون التجاري الدولي، العمليات المصرفية الدولية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة ٢٠١٢م، ص ٣٨٢.

(٣) لطرش الطاير: تقنيات البنوك، ط ٧، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ٢٠١٠، ص ١١٧.

ومضمون برهن حيازي على المستندات الممثلة للبضائع المصدرة "[١].

ويرى الباحث: أن التعريف الراجح هو الذي جاءت به الغرفة التجارية الدولية بنصها على أن الاعتماد المستندي هو: (أي ترتيب مهما كان اسمه ووصفه، ويكون غير قابل للنقض وبالتالي يشكل تعهدًا محددًا من المصرف المصدر للوفاء بتقديم مطابق)[٢].

ويتميز التعريف السابق، بعدم قصر الاعتماد المستندي على ترتيب معين، وإنما ترك مسألة الترتيب لما يتم الاتفاق عليه بين العميل والبنك، كما أنه اشترط تطابق الوثائق المقدمة من المستفيد لما اشترطه العميل، وذلك لتوفير التوازن بين مصلحة العميل وبين المستفيد، ويُعد عبء إثبات التطابق على عاتق البنك، أضف لذلك أن التعريف السابق لم يهتم بالاسم أو الوصف، وإنما كان جل اهتمامه بطبيعة الالتزام.

وقد أوضحت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء حكم الاعتماد المستندي، فقالت: (هو في حقيقته ضمان، وعقد الضمان في الأصل جائز ما لم يقرن به ما لا يجوز شرعًا، وواقع الاعتماد المستندي ألا يخلو من المخالفة للشرع كالربا أو أخذ العمولة على الضمان أو اشتماله على عقد باطل كالتأمين وبيع البائع ما ليس عنده ونحو ذلك – وعليه فلا يجوز التعامل بالاعتماد المستندي إلا إذا خلا من الملابسات المخالفة للشرع المطهر)[٣].

كما أصدرت الهيئة الشرعية في بنك البلاد قرارًا، وفيه: (تُكيف العلاقة بين البنك المصدر، وطالب فتح الاعتماد، والمستفيد – على أنها ضمان. فالبنك المصدر ضامن لطلب فتح الاعتماد (المشتري) أما المستفيد (البائع)، وطالب فتح الاعتماد مضمون عنه والمستفيد مضمون له، فإذا كان الاعتماد غير مغطى فإنه ضمان يؤول إلى قرض، وإن كان مغطى فيكون ضمانًا لطالب فتح الاعتماد تجاه المستفيد ووكالة بأجر في الدفع عن طالب فتح الاعتماد، وفي جميع الأحوال يتضمن الاعتماد أعمالًا أخرى كفحص المستندات.

---

(١) علي البارودي: العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٨م، ص٣.

(٢) انظر: نشرة رقم ٦٠٠ للأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، والتي بدأ سريانها من ٢٠٠٧/٧/١م.

(٣) فتاوى اللجنة الدائمة، المجموعة الثانية، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، منشورات رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، الإدارة العامة للطبع، الرياض، د. ت، ج١١، ص٨٤.

ومما نصت عليه الهيئة الشرعية أنه: (لا يجوز التعامل بالاعتمادات المستندية إذا كانت تحوي تعاملًا بالفوائد الربوية ولا يجوز أيضًا إصدار الاعتماد أو قبوله إذا كان العقد الذي وثق بالاعتماد غير مشروع، وفي حال إضافة أي شرط فإن ذلك مشروطًا بسلامته شرعًا، ويجوز اشتراط خضوع الاعتماد للأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية بشرط التقيد بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية [١].

الفرع الثاني

خطاب الضمان

جرى العُرف المصرفي في جميع الدول على وصف الضمان الذي يلتزم بموجبه البنك الضامن بالاستقلال عن الالتزام الأصلي المضمون بمصطلح "خطاب الضمان"، وبالرغم من استقرار العرف المصرفي على تسمية هذا النوع من التسهيلات الائتمانية بخطاب الضمان– وإن كانت لهذه التسمية نوع من الدلالة على العملية البنكية التي تقوم بها البنوك وهو مصطلح دقيق بخلاف باقي التسميات– إلا أن هناك خلطًا كبيرًا قائم بينه وبين الكفالة بتنظيمها المدني، لدرجة أن البنوك التجارية في بعض الحالات تقدم ضمانًا في إطار الكفالة الخاضعة لأحكام النظام المدني[٢].

والمنظم السعودي لم يتعرض لتعريف خطاب الضمان بخلاف العديد من الأنظمة القانونية المقارنة[٣]. تاركًا ذلك لشراح الأنظمة – إلا أنه أوجب على من يرغب في الدخول في المنافسات والمشتريات الحكومية تقديم خطاب الضمان.

وقد حاول شراح الأنظمة وضع تعريف لخطاب الضمان، واختلفت تعريفاتهم في هذا الخصوص

(١) قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد الصادر في اجتماعها الخمسين بعد الأربعمئة، يوم الأربعاء ١٤٣٥/١٠/١٧ هـ، حيث قررت الهيئة إجازة ضوابط الاعتمادات المستندية والتحصيلات المستندية بالصيغة المرفقة بالقرار.

(٢) في بعض الحالات يعتبر خطاب الضمان كفالة عادية تخضع لأحكام القانون المدني، مثل: الخطاب الذي يصدره البنك لصالح إدارة الجمارك؛ حتى تسمح لعميله بسحب بضاعته من الجمارك قبل أن تصله سندات الشحن الخاصة به.

(٣) تناولت المادة (٣٥٥) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م تعريف خطاب الضمان بأنه: تعهد مكتوب يصدر من البنك بناءً على طلب شخص يسمى (الآخر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بشخص آخر يسمى (المستفيد) إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة".

على النحو التالي:

فعرفه البعض بأنه: " تعهد كتابي، يتعهد بمقتضاه المصرف بكفالة أحد عملائه (طالب الإصدار) في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث، بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول. وذلك ضمانا لوفاء هذا العميل بالتزامه اتجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة، على أن يدفع المصرف المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان خطاب الضمان، دون التفات لما قد يبديه العميل من المعارضة "[١].

وعرفه البعض الآخر بأنه: " تعهد من البنك بقبول دفع مبلغ معين لدى الطلب إلى المستفيد في ذلك الخطاب نيابة عن طالب الضمان، عند قيام الطالب بالتزامات معينة قبل المستفيد"[٢].

وعرفه آخرون بأنه: "تعهد كتابي مقيد بزمن محدد، غير قابل للرجوع، يصدر من البنك بناء على طلب طرف آخر (عميل له) ويتعهد بمقتضاه المصرف دفع مبلغ معين لأمر جهة أخرى مستفيدة من هذا العميل، لقاء قيام العميل بالدخول في مناقصة أو تنفيذ مشروع بأداء حسن، ويكون استيفاء المستفيد من هذا التعهد (خطاب الضمان) متى تأخر أو قَصَّرَ العميل فيما التزم به المستفيد في مناقصة أو تنفيذ مشروع ونحوهما، ويرجع البنك بعد على العميل بما دفعه عنه للمستفيد "[٣].

ويلاحظ على التعريفات السابقة لخطاب الضمان: أنها تنتهي جميعًا إلى الآتي:

- خطاب الضمان بمثابة تعهد كتابي نهائي غير قابل للرجوع فيه يصدر من بنك بناء على طلب عميله.

- يتمثل التعهد الصادر من البنك الالتزام بدفع مبلغ محدد من المال لطرف ثالث يسمى المستفيد عند أول طلب يتسلمه في خلال فترة سريان خطاب الضمان ودون الالتفات إلى أية معارضة من

(١) علي أحمد السالوس:" الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة"، دراسة في الفقه الإسلامي مقارنًا بالقانون. ط١, الكويت: مكتبة الفلاح. ١٤٠٦هـ، ص١٣١.

(٢) عمر بن عبد العزيز المترك:" الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية". ط ٢, الرياض: دار العاصمة. ١٤١٧هـ, ص٣٨٥.

(٣) بكر أبو زيد : خطابات الضمان. بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي. منشورات منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة. العدد الثاني, ١٠٣٧/٢.

قبل العميل.

ومع تعدد استخدامات هذه الصورة للاعتمادات المصرفية فإنه يتعين التمييز بين نوعين من خطابات الضمان[١] :

النوع الأول: هو خطاب الضمان المشروط أو المقيد، ومنه يعلق التزام البنك بالدفع على ظروف العملية التي اقتضت إصداره، ويكون ذلك مرتبطًا وتابعًا لالتزام العميل، أي المدين تجاه الغير المستفيد. ويصدق على هذا النوع من خطابات الضمان وصف " الكفالة المصرفية "، ويخضع في الأصل لأحكام الكفالة العادية بتنظيمها المدني.

أما **النوع الثاني** من خطابات الضمان فهو: خطاب الضمان غير المشروط أو المجرد، وهو ما يتميز باستقلال التزام البنك تجاه المستفيد بحيث لا يتوقف تنفيذه على أمر خارجي على الخطاب.

الفرع الثالث

الكفالة البنكية

لم يتناول المنظم السعودي تعريف الكفالة البنكية، بخلاف بعض الأنظمة التجارية الأخرى. فقد عرفها المشرع المصري بأنها: " تعهد من المصرف بالوفاء بدين العميل قبل الغير وفقًا للشروط التي يتم الاتفاق عليها، ويجوز أن تكون الكفالة لمدة معينة أو غير معينة، والكفالة المصرفية تضامنية [٢].

وقيل بأنها من صور الاعتمادات المباشرة التي تنشأ من مجرد توقيع البنك بضمان عميله تجاه الغير. ففي هذه الصورة لا يقوم البنك بوضع أي مبلغ تحت تصرف العميل بالفعل بل يقتصر دور البنك على إقراض توقيعه لبث الثقة والاطمئنان في العميل دون إقراض النقود ذاتها [٣].

وتتخذ الكفالة المصرفية في العمل شكل خطاب ضمان يصدره البنك للغير المستفيد. وذلك بناء

(١) علي البارودي : العقود وعمليات البنوك التجارية، مرجع سابق. ص١٩٨.

(٢) انظر: المادة (٤١١) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م.

(٣) على البارودي : العقود التجارية وعمليات البنوك , مرجع سابق, ص ٣٩٤.

على طلب العميل الآمر بإصدار الخطاب، كما تتخذ شكل الاعتماد المستندي لضمان المعاملات التجارية التي تتجاوز حدود الإقليم.

ويرى الباحث، أنه: يشترط في الكفالة المصرفية – بوجه عام – أن يكون العميل تاجرًا، فيجوز تقديم البنك الكفالة المصرفية لضمان العميل غير التاجر بمناسبة شراء العميل لسلعة بالتقسيط، وتُعد بطاقات الائتمان غير المغطاة بحساب كافٍ للعميل من قبيل الكفالة البنكية وذلك في حدود معينة.

ويمكن القول: إن الكفالة البنكية تتنوع أشكالها لتشمل كل صور الضمانات كالاعتماد البسيط [١]، وبطاقات الائتمان[٢] ، والاعتماد المستندي، وخطابات الضمان المجردة.

ومن المعلوم أنَّ الاعتماد البسيط تُدرجُه البنوك في إطار حساب جارٍ ينظِّم كافة العلاقات الائتمانية التي يمكن أن تنشأ بين البنك والعميل، بحيث يتضمن – عادة – كافة الأحكام المتعلقة بالتسهيلات البنكية في ذلك الحساب الجاري وتلك المتعلقة بالاعتمادات المستندية والكفالات وخطابات الضمان ونحوها، وذلك يعني أنَّه يتوجب أنْ يفتح العميل الراغب في الاستفادة من الاعتماد المالي البسيط، حسابًا جاريًا.

(١) الاعتماد البسيط هو: "عقد يتم بين البنك والعميل المستفيد يلتزم البنك بمقتضاه أن يضع تحت تصرف عميله مبلغًا من المال خلال أجل معيَّن ". انظر: سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٩٩، ص٣٨٧.؛ وانظر كذلك: إلياس ناصيف، موسوعة الوسيط في قانون التجارة، الجزء٥، عمليات المصارف , مكتبة الشرق الأوسط, بيروت, لبنان, ٢٠٠٣ م .

(٢) عرف المنظم السعودي بطاقة الائتمان بقوله: "بطاقة الائتمان تصدرها المصارف بالتعاون مع شركات البطاقة الدولية , وتستخدم البطاقة من قبل حاملها للحصول بشكل مسبق – بموجب ضمان الجهة المصدرة – على النقد أو السلع أو الخدمات أو غيرها من مزايا المؤسسات التجارية التي تقبل هذه البطاقات محليًا أو دوليًا , وسداد الدين ذي الصلة بعد ذلك وفقًا لترتيبات أخرى" .انظر: ضوابط إصدار بطاقات الائتمان وبطاقات الحسم الشهري , الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي , ص ٦.

الفرع الرابع

التمييز بين أنواع الضمانات البنكية

أولًا- التمييز بين خطاب الضمان وخطاب الاعتماد المستندي:

يتشابه التزام البنك في كل من خطاب الضمان وخطاب الاعتماد المستندي، وذلك لأن البنك ينفذ

شروط وتعليمات عميله الآمر في كل منهما، فضلًا عن التزام البنك في كل من الخطابين مستقل عن أي التزامات بين أطراف العلاقات الناشئة عن التعاقد [١]. ولا يستطيع البنك الامتناع عن الدفع طبقًا لالتزامه في الخطابين لأي سبب مستمد من عقد الأساس (عقد بيع أو مقاولة أو خلافه)؛ وعليه فإن على المصرف أن يدفع للمستفيد بمجرد الطلب دون الاعتداد بأي اعتراض يَرِد من العميل، أما في الاعتماد المستندي فإنه يتوجب على البنك السداد طالما كانت المستندات مطابقة لتعليمات العميل.

ولكن مع كل هذا التشابه بين خطاب الضمان والاعتماد المستندي- يظل هناك فارق جوهري بينهما هو أن خطاب الاعتماد المستندي لا يستحق فورًا كما هو الحال في خطاب الضمان. بل يتوقف دفعه على تقديم المستندات التي تفيد تنفيذ المستفيد لالتزامه الوارد بالخطاب.

ويختلف خطاب الضمان أيضًا عن خطاب الاعتماد المستندي، في أن الثاني يصدر بمناسبة التعاقد على بضائع ولا تدفع قيمته إلا مقابل تقديم مستندات معينة. أما خطاب الضمان فيصدر بمناسبة التزام على العميل ويتضمن تعهد البنك بدفع مبلغ معين عند أول طلب من المستفيد، ويكون استحقاق الخطاب معلقًا على شرط وقد لا يكون معلقًا على شرط.

ويلاحظ اختلاط خطاب الاعتماد المستندي بصورة من صور خطاب الضمان المشروط، ذلك أن تقديم المستندات في الاعتماد المستندي شرط لإمكان الاستفادة منه. كما أن خطاب الضمان قد يكون صادرًا بمناسبة توريد بضائع، ولكن يفرق بين الاثنين – في هذه الحالة- أن الذي يقوم بتوريد

(١) عادل إبراهيم : مدى استقلال البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية , دار النهضة العربية , طبعة ١٩٩٨م, صفحة١٧.

البضائع في الاعتماد المستندي هو "المستفيد"، بينما الملتزم بتقديم البضائع في حالة خطاب الضمان هو" العميل" [١].

ثانيًا- التمييز بين خطاب الضمان والكفالة المصرفية:

يشبه خطاب الضمان البنكي الكفالة؛ وذلك أن خطاب الضمان يتطلب وجود ثلاثة أطراف: عميل، وبنك ضامن، ومستفيد، وكذلك الحال في الكفالة إذ إنها تتطلب أيضًا وجود ثلاثة أطراف: مدين، وكفيل، ودائن، فضلًا عن أن وظيفة البنك تشبه وظيفة الكفيل في ضمان الوفاء بالالتزام المكفول. كما أن الكفالة تكون مكتوبة، وكذلك الحال في خطاب الضمان، أضف إلى ذلك أن الكفالة هي عقد ملزم لجانب واحد وهو" الكفيل" وكذلك الحال بالنسبة لخطاب الضمان [٢].

وتبدو أهمية التمييز بين الكفالة المصرفية وخطاب الضمان المجرد في أن الالتزام الناشئ عنه يكون أشد وأقسى مما يتحمله الكفيل ولو كان متضامنًا. ففي الكفالة التضامنية يظل التزام الكفيل تابعًا لالتزام المدين وإن امتنع عليه الدفع بالتجريد. أما التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان المجرد فهو التزام مباشر تجاه المستفيد ومستقل في تنفيذه عن علاقة البنك بالعميل من جهة، وعن علاقة العميل بالمستفيد من جهة أخرى. وينقضي التزام البنك استقلالًا بانتهاء مدة الخطاب [٣].

المبحث الثاني

خصائص الضمانات البنكية وطبيعتها النظامية

تمهيد وتقسيم:

تتميز العمليات المصرفية، ومنها الضمانات البنكية على تنوعها وتعقدها، بخصائص مشتركة؛ فهذه العمليات ترجع إلى العادات والأعراف المصرفية وأحكام أنظمة التجارة، والتي تعد مجرد تقنين لهذه الأعراف وتلك العادات. كما أن هذه العمليات يصعب تفسيرها على ضوء القواعد العامة الواردة في التقنين المدني، بل وتتمرد في أحيان كثيرة على القوالب التقليدية للعقود التي نظمها هذا

(١) أمين بدر : الصكوك المصرفية , معهد الدراسات المصرفية , القاهرة , ١٩٥٦م , ص٢٠.

(٢) علاء الدين زعتري: الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها, دمشق , ط١, ٢٠٠٢م, ص ٣٢٨.

(٣) مراد منير فهيم: العقود التجارية وعمليات البنوك، منشأة المعارف، الإسكندرية, ١٩٨٢م, ص٣١٧ ومابعدها.

القانون. والسبب في ذلك يرجع إلى الأساليب والآليات الفنية التي تستخدمها البنوك، وما تتبعه من عادات مصرفية في تسوية معاملاتها. أضف لذلك: إن هذه العمليات تعتبر تجارية دائمًا بالنسبة للبنك؛ حيث يزاولها على وجه الاحتراف، أما بالنسبة للعميل فلا تكتسب الصفة التجارية إلا إذا كان هذا العميل تاجرًا وقام بها لشئون تجارته.

وهذه العمليات تقوم على الاعتبار الشخصي والثقة المتبادلة بين البنك وعملائه، فشخصية العميل هي أساس علاقته بالبنك، سواء فيما يتعلق بفتح الحسابات أو منح الائتمان. ولهذه العمليات – في الكثير من الأحوال – الطابع الدولي، خاصة مع ازدهار التجارة الدولية، فمنها ما تتجاوز آثاره حدود الدولة الواحدة كالاعتمادات المستندية وخطابات الضمان والقروض المجمعة، كما أن لهذه العمليات طابعًا نمطيًا، إذ يتم معظمها بأسلوب موحد لكل عملية في شكل نموذج لا يخرج عنه البنك وتلتزمه جميع البنوك. غير أن هناك بعض الخصائص يتميز بها كل ضمان بنكي عن الآخر، كما أن طبيعة الضمانات البنكية تختلف من صورة لأخرى، وهو ما سوف أتعرض له من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول – خصائص الضمانات البنكية.

المطلب الثاني – الطبيعة النظامية للضمانات البنكية للعميل.

المطلب الأول
خصائص الضمانات البنكية

تتميز عقود الضمانات البنكية بمجموعة من الخصائص، تفرضها طبيعة هذه الضمانات وما تحققه من فوائد لكل من البنك، والعميل، وكذلك الطرف الثالث (وهو المستفيد من الضمان أو من شرع الضمان لمصلحته)، وسوف أتعرض لها على الترتيب التالي:

أولًا – الطبيعة التجارية لعقود الضمان البنكي:

تعد عقود الضمان البنكي –بكافة صورها– من قبيل العمليات المصرفية التي يتعهد البنك من خلالها بناءً على طلب عميله بدفع مبلغ معين من النقود أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلبه المستفيد وخلال مدة معينة؛ وعلى هذا النحو فإن عقود الضمان ذات طبيعة جارية.

ثانيًا– الطابع الشخصي لعقود الضمان البنكي:

تقوم عقود الضمان البنكي على الاعتبار الشخصي، فشخصية العميل موضع اعتبار لدى البنك والبنوك عادة لا تبرم عقود الضمان بناءً على طلب أي شخص، لأنها تصدرها: إما بغطاء كامل،

أو على المكشوف؛ لذلك فهي تتحرى عن شخصية هذا العميل، وسمعته التجارية، ومدى استعداده للوفاء بالتزاماته قبل تلبية طلبه؛ حتى لا تقع معه في مشاكل حينما توفي بهذه الخطابات وترجع عليه بعد ذلك [١].

ثالثًا: ينشأ عن عقود الضمانات البنكية ثلاث علاقات تعاقدية – في الغالب– كل علاقة تستقل عن العلاقة الأخرى، بحيث تستقل علاقة البنك بالعميل والناشئ عنها الضمان، عن علاقة البنك بالمستفيد من الضمان، كما هو الحال في: الاعتمادات المستندية، وخطابات الضمان، وبطاقات الائتمان، والكفالة المصرفية. فخطاب الضمان مثلًا: ينشأ من خلال علاقات أطرافه الثلاثة، وهذه العلاقات مستقلة عن بعضها البعض. فالعلاقة الأولى: علاقة العميل بالمستفيد والتي يحكمها عقد الأساس الموقع بينهما لتنفيذ التزام معين– والذي يتضمن في الغالب وجوب أن يقدم العميل خطاب ضمان بنكي للمستفيد لضمان تنفيذ هذا الالتزام، والعلاقة الثانية: علاقة البنك بالعميل والتي يحكمها عقد الاعتماد بالضمان أو طلب إصدار خطاب الضمان، فإذا تمت هاتان العلاقتان؛ فإن العميل يطلب من البنك إصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد، وبمجرد إصدار خطاب الضمان من قبل البنك فإنه يعتبر إيجابًا من قِبَله [٢].

ومن التطبيقات القضائية في هذا الخصوص، ما أكدت عليه لجنة تسوية المنازعات المصرفية في إحدى قراراتها بقولها: "المستقر عليه أن خطاب الضمان ينشئ التزامًا أصليًا ومباشرًا ونهائيًا في ذمة البنك قبل المستفيد بحيث لا يستطيع البنك الرجوع فيه أو تعديله بمجرد وصول خطاب الضمان للمستفيد. ويعتبر التزام البنك مجردًا ومستقلًا عن علاقة البنك بعميله أو علاقة هذا الأخير بالمستفيد"[٣].

ومعنى ذلك: أن التزام البنك تجاه المستفيد بدفع قيمة خطاب الضمان لا يعني أن البنك ناقلٌ عن العميل الآمر أو متعهدٌ في عقد اشتراط لمصلحة الغير، أو أن التزام البنك التزامٌ احتياطيٌ لالتزام العميل المذكور فيه، وإنما هو التزام أصيل على البنك وكأن البنك يدفع دَينًا عن نفسه –

(١) د. حمدي عبد المنعم، مرجع سابق، ص٢٤٤.

(٢) د/ فايز نعين رضوان، مرجع سابق، ص١٣٢.

(٣) قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية رقم ٤١ لعام ١٤١٠هـ، الفقرة الأولى، مرجع سابق، ص٣٠٤.

بغض النظر عن العلاقات المترتبة على أطرافه [١]. لذلك نجد أن البنك في التزامه بخطاب الضمان إنما يوفي دينًا في ذمته للمستفيد بغض النظر عن العلاقات الأخرى وما يترتب عليها من التزامات. وهكذا الحال في الاعتمادات المستندية، بينما الأمر على خلاف ذلك في عقد الكفالة المصرفية، والتي يُعد فيها التزام البنك هو التزام احتياطي.

رابعًا: التزام البنك مجرد عن السبب في علاقته بالعقود الأخرى الناشئة عن الضمان:

يتميز خطاب الضمان والاعتماد المستندي كنموذجين للضمانات البنكية، بأنهما يتضمنا تعهدًا بالدفع عند أول طلب من المستفيد، رغم أي معارضة من العميل، وأنه لن يتمسك بأي دفوع تكون لهذا العميل تجاه المستفيد ناتجة عن عقد الأساس. وهذا الأجل جعل البعض يعتبر أن التزام البنك التزامٌ مجردٌ عن السبب، وبرر شراح الأنظمة هذا القول، أنه: إذا كانت هناك مجموعة عقود مرتبطة ببعضها وأن العقد الآخر هو سبب الالتزام الوارد في أحدها، وبما أن هناك مجموعة عقود مرتبطة في عملية خطاب الضمان، إلا أن خطاب الضمان مستقل عن عقد الأساس وعن العقود الأخرى.

ومن التطبيقات القضائية: قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية في المملكة بقولها: "إن المستقر عليه أن خطاب الضمان ينشئ التزامًا أصليًا ومباشراً ونهائيًا في ذمة البنك قبل المستفيد، بحيث لا يستطيع البنك الرجوع فيه أو تعديله بمجرد وصول خطاب الضمان للمستفيد، ويعتبر التزام البنك مجردًا عن السبب ومستقلًا عن علاقة البنك بعميله أو علاقة هذا الأخير بالمستفيد..."[٢].

المطلب الثاني

الطبيعة النظامية للضمانات البنكية للعميل.

تقوم الضمانات البنكية –في الأساس – على الأعراف المصرفية، والتي حاولت بعض الأنظمة القانونية المقارنة تقنينها. وقد حاول شراح الأنظمة البحث عن تكييف مناسب للعلاقة الناشئ عنها الضمان البنكي، لا سيما علاقة البنك بالعميل طالب الضمان– يستوي في ذلك أن يتخذ الضمان

(١) د/ عبد الفضيل محمد أحمد: العقود التجارية وعمليات البنوك، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ص٣٦٠.

(٢) قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية رقم ٤١ لعام ١٤١٠هـ، الفقرة الأولى، مرجع سابق، ص٣٠٤.

صورة الاعتماد المستندي أو خطاب الضمان أو الكفالة المصرفية. وقد تعددت النظريات المفسرة للطبيعة النظامية للضمانات البنكية في ظل التزام البنك في مواجهة (المستفيد) بشكل مستقل عن علاقته بالعميل الآمر، وأتعرض لها بإيجاز على النحو التالي:

أولًا- نظرية الكفالة: تقول: بأن البنك يعتبر (كفيل) في هذه العملية، فهو يكفل العميل الآمر لمصلحة المستفيد في الاعتماد المستندي، وهكذا الحال في خطاب الضمان والكفالة المصرفية (١).

ولعل حكم محكمة النقض الفرنسية[٢] الصادر في ١٤ يناير ١٩٦٣م- يظهر بوضوح خضوع كفالة البنك إلى أحكام الكفالة العادية المنصوص عليها في النظام المدني، وقد تعلق الموضوع بضمان البنك لأحد عملائه في مواجهة مصلحة الضرائب بقيمة الضرائب المتنازع عليها من العميل الممول تطبيقًا لنص المادتين (٣٥٣، و٣٥٤) من الملحق الثالث لقانون الضرائب الفرنسي، ولما كان النموذج المحرر بواسطة المصلحة المذكورة ينص على أن الكفيل يعلن كفالته وفقًا لأحكام النظام المدني، ويضمن الكفيل دفع المبالغ المتنازع عليها خلال الشهر التالي لتاريخ إعلان قرار رئيس المصلحة أو خلال الشهر التالي لصدور قرار المحكمة الإدارية، فإن محكمة النقض ألزمت البنك بقيمة الضرائب المقررة على عميله حتى لو اعترض هذا الأخير على الدفع، أو أعطاه أمرًا بعدم الدفع، بل إنه يلزم أيضًا حتى لو طعن العميل في الحكم الصادر من المحكمة الإدارية أمام مجلس الدولة تطبيقًا لمبدأ الطعن أمام المجلس بوقف تنفيذ الحكم.

والمقصود بما أشارت إليه المحكمة في حكمها السابق بإلزام البنك بالوفاء رغم إصدار العميل أمرًا بعدم الدفع، هو أن البنك في تعهده قبل مصلحة الضرائب قد وقع على الالتزام بالوفاء بصفته كفيلًا خلال مدة معينة حددتها قوانين ولوائح تلك المصلحة وهي شهر منذ إعلان قرار رئيس المصلحة للعميل أو صدور الحكم من المحكمة الإدارية.

ولذلك سارت بعض القوانين على نفس الاتجاه واعتبرت أنه لا يوجد بينهما فرق، ومنها النظام

(١) محمد فريد العريني: العقود التجارية وعمليات البنوك, دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية, ٢٠١٣, ص ١٩٨ وما بعدها.

(٢) مشار إليه في مؤلف عباس عيسى هلال: مسؤولية البنك في عقود الائتمان منشورات جامعة القاهرة، ١٩٩٤م, ص ٢٩٠، ٢٩١.

المدني المصري الذي نص في المادة ١/٧٧٩ منه على أن: "كفالة الدين التجاري تعتبر عملًا مدنيًا ولو كان الكفيل تاجرًا.

أما في المملكة العربية السعودية: فلم يورد المنظم السعودي نصًا نظاميًا يوضح هذا الجانب، لذلك يرى الباحث مع البعض [١]: أنْ يتم الأخذ بالصفة المدنية للكفالة والأخذ بالاستثناءات التي جاء بها الاجتهاد في بعض البلدان تطبيقًا لنظرية " الأعمال التجارية بالتبعية"، ويمكن الاستناد إلى المادة (١٣) من نظام السجل التجاري السعودي التي تعتبر تاجرًا كل من يشتغل بأعمال البنوك... ومن ثَّم تكون كافة عمليات البنوك من قبيل الأعمال التجارية بالتبعية، بما في ذلك منح الائتمان، أو الكفالة المصرفية.

وترتيبًا على ما سبق: فإن الكفالة – كأصل عام– تعتبر عملًا مدنيًا حتى ولو كان الكفيل تاجرًا أو الدين المكفول به تجاريا لأنها من أعمال التبرع ولا تهدف للكسب أو الربح، ويستثنى من ذلك إذا كان الكفيل بنكًا أو كانت الكفالة لتحقيق مصلحة تجارية أو تعلقت الكفالة بورقة تجارية[٢].

ويمكن القول: إن الصعوبة تكمن فيما يتعلق بالتوفيق بين الكفالة المدنية وخطاب الضمان والاعتماد المستندي والكفالة المصرفية، في أن الكفالة كأصل عام تعتبر عملًا مدنيًا حتى ولو كان الكفيل تاجرًا أو الدين المكفول به تجاريًا؛ لأنها من أعمال التبرع ولا تهدف للكسب أو الربح بعكس خطاب الضمان والاعتماد المستندي والكفالة المصرفية التي تقدمها البنوك – لوجود مصلحة تجارية للبنك مانح الضمان.

ثانيًا– نظرية الإنابة: يذهب بعض شراح الأنظمة [٣] إلى تكييف عملية الضمان البنكي على أنها إنابة، حيث يرون أن البنك يعتبر نائبًا عن العميل عند إصداره خطاب الضمان أو الاعتماد المستندي، والمنيب فيها هو العميل الآمر, والمناب لديه هو العميل المستفيد من فتح الاعتماد أو الصادر لصالحة خطاب الضمان, ويعللون ذلك بأن المدين الذي يتقدم بعطاء مثلًا أو يرسو عليه

(١) محمود الكيلاني، عمليات البنوك، دار الحبيب، عمان – الأردن، ١٤١٣هـ -١٩٩٢م، ص٢٠٢.

(٢) المعتصم بالله الغرياني, الأعمال التجارية, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, ٢٠٠٤, ص ٨٧.

(٣) انظر في ذلك المراجع والفتوى رقم٣، ٢ وتاريخ ١٩٦٤/٢/١٢ الصادرة عن قسم الفتوى والتشريع، مجلة المحاماة المصرية، والتي ورد فيها: "أن خطاب الضمان ليس عقد كفالة بل إنه من قبيل الإنابة القاصرة"... المشار إليها في مؤلف : محمود الكيلاني، عمليات البنوك، الجزء الأول، مرجع سابق, ص٢٠٢.

عقد يلتزم بتنفيذ هذا العقد وبتقديم ضمان نقدي يحفظ للدائن (الجهة المستفيدة) حقه في حسن تنفيذ هذا العقد، وقد أجاز النظام للمدين (عميل البنك) بدلًا من تقديم الضمان النقدي أن يتفق مع دائنة (الجهة المستفيدة) على تقديم مدينًا جديًاً –وهو (البنك الضامن) يلتزم بوفاء هذا الدين أو الضمان النقدي مكانه، فإذا رضى الدائن بهذا المدين الجديد انعقد عقد جديد مستقل ومباشر عن العقد الذي يربط الدائن والمدين الأصلي(١).

وفي الواقع أن هناك تشابهًا كبيرًا بين خطاب الضمان والاعتماد المستندي وفكرة الإنابة، ولكن هذا التشابه لا يخلو من النقد لأسباب منها (٢) :

١- إذا اعتبرنا أن خطاب الضمان أو الاعتماد المستندي إنابة ناقصة، فمعنى ذلك أن يبقى العميل مدينًا للمستفيد، إلى جانب أن البنك أيضًا يكون مدينًا للمستفيد فإذا قام أحدهما بالوفاء برئت ذمة الآخر، كما أن المستفيد يستطيع الرجوع على أي من العميل أو البنك– أيهما شاء – دون ترتيب معين، وهذا الأمر غير صحيح في خطاب الضمان والاعتماد المستندي.

٢- في الإنابة الناقصة حينما يتم الوفاء من قبل المناب للدائن فإن المناب يرجع على المنيب بعد الوفاء للمطالبة بما دفعه عن طريق دعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب، أما في خطاب الضمان والاعتماد المستندي، فإن البنك يرجع على عميله بناء على ما تضمنه طلب إصدار الخطاب أو فتح الاعتماد من شروط عند إصداره.

٣- في الإنابة يمكن للمدين الجديد أن يحتج في مواجهة الدائن بالدفوع التي يمكن للمدين الأصلي التمسك بها في مواجهة الدائن، ولكن في مجال الضمانات البنكية فالأمر يختلف، حيث لا يستطيع البنك أن يتمسك بالدفوع التي كان العميل يستطيع الدفع بها في مواجهة المستفيد؛ لأن التزام البنك التزام قطعي ومستقل.

خلاصة القول: إنَّ تكييف التزام البنك في الضمانات التي يقدمها لعملائه على أنه إنابة يعتبر تكييفًا غير دقيق، وذلك لما تم سرده من فروق بين النظامين– على الرغم مما يربطهما من أوجه

(١) عبد المجيد محمد عبودة: النظام البنكي في المملكة العربية السعودية, منشورات معهد الإدارة العامة , الرياض, ١٩٨٦م, ص١٢٢.

(٢) محي الدين إسماعيل علم الدين: أضواء على القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية, دار النهضة العربية, القاهرة، ١٩٩٨ م , ص٨٩ ، وما بعدها.

تشابه كبيرة، وخاصة فيما يتعلق بأطراف العلاقة العقدية.

ثالثًا– نظرية الحوالة: يذهب أنصار هذه النظرية إلى قيام الاعتماد المستندي أو خطاب الضمان أو الكفالة المصرفية على أساس فكرة الحوالة، فالمحيل فيها العميل الآمر: سواء تعلق الأمر باعتماد مستندي أو إصدار خطاب ضمان أو كفالة مصرفية، والمحال عليه هو البنك: فاتح الاعتماد المستندي أو مصدر خطاب الضمان أو الكفيل لالتزام أحد عملائه، والمحال له هو المستفيد(١) .

غير أن قواعد الحوالة في القانون المدني المقارن لا تصلح في التطبيق – لا من حيث شروطها أو آثارها على الضمانات البنكية وما تتطلبه من ثقة واطمئنان.

١ – فعن قصور شروطها عن مسايرة هذه السرعة: فواضح فيما حوته قواعد القانون المدني المقارن من عدم نفاذ الحوالة في مواجهة المدين أو الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها، كما أن نفاذها قِبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ، وعليه لا تنفذ الحوالة في حق المدين المحال عليه ما لم يكن على علم بها سواء تم هذا العلم عن طريق إعلانه بالحوالة أو قبوله لها قبولا ثابت التاريخ (٢).

٢ – وأما عن افتقار آثارها إلى الثقة والاطمئنان قوام الروابط التجارية، فيترجمه القانون المدني المقارن، والذي يسمح للمدين المحال عليه حق التمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل، وهذا من شأنه أن يثقل كاهل المحال له حيث يستوجب عليه في كل مرة أن يتقصى حقيقة العلاقة القانونية التي كانت تربط الدائن بالمدين وخلوها من أي عيب أو دفع (٣).

٣ – علاوة على ما تقدم، فقد أشار المشرع في المادة ٣٠٨ من التقنين المدني إلى قواعد الضمان فيما يتعلق بالحوالة حينما قرر: أن المحيل لا يضمن إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة فقط، أما يسار المدين فهو غير ضامن له ما لم يوجد اتفاق خاص على هذا الضمان، بل وحتى في حالة وجود مثل هذا الاتفاق لا ينصرف الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك(٤) .

---

(١) عبد المجيد محمد عبودة: النظام البنكي في المملكة العربية السعودية, مرجع سابق, ص١٢٢.

(٢) انظر: المادة ٣٠٥ من التقنين المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م.

(٣) انظر: المادة ٣١٢ من التقنين المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م.

(٤) انظر: المادة ٣٠٨ من التقنين المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م .

رابعًا- نظرية الاشتراط لمصلحة الغير: إن تعهد البنك بدفع مبلغ معين من النقود لدى أول طلب من المستفيد- كما هو الحال في خطاب الضمان والاعتماد المستندي - يعطي المستفيد حقًا مجردًا ومستقلًا من عقد البنك مع عميله أو العقد المبرم بين هذا العميل والمستفيد [١].

ومن التطبيقات القضائية على تحقق هذا الاستقلال: المبدأ الصادر عن لجنة تسوية المنازعات المصرفية، بقولها: "إنَّ المستقر عليه أن خطاب الضمان ينشئ التزامًا أصليًا ومباشرًا ونهائيًا في ذمة البنك قبل المستفيد، بحيث لا يستطيع البنك الرجوع فيه أو تعديله بمجرد وصول خطاب الضمان للمستفيد، ويعتبر التزام البنك مجردًا عن السبب ومستقلًا عن علاقة البنك بعميله أو علاقة هذا الأخير بالمستفيد. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للبنك التمسك في مواجهة المستفيد بأي دفع مستمد من علاقته بالعميل أو علاقة العميل بالمستفيد إذ إن خطاب الضمان وإن صدر تنفيذًا لعلاقة البنك بعميله - إلا أنَّ هذه العلاقة منفصلة ومستقلة عن علاقة البنك بالمستفيد"[٢] .

ويرى الباحث: أن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير وإنْ كانت أقرب الأشكال النظامية لتكييف الأساس النظامي لعقود الضمانات المصرفية، إلا أنَّها لا تنسجم مع الآثار التي تنتج عن عملية خطاب الضمان، والاعتماد المستندي، ولا تتماشى مع خصائصهما، وأهمها استقلال التزام البنك عن الالتزامات السابقة، والذي ينتج عنه عدم جواز المعارضة في الوفاء.

خلاصة القول: إن هذه النظريات السابقة ؛ إذا كانت تفسر جانب من جوانب التزام البنك - تعجز عن تفسير الجوانب الأخرى من هذا الالتزام ، وأغلبها يعجز عن تفسير التزام البنك الذي يعتبر نهائيًا ومستقلًا دون حاجة إلي قبول صريح من جانب المستفيد , كما يعجز عن تفسير استقلاله عن علاقة العميل بالمستفيد , وما ينشأ عنها من دفوع, كما يعجز عن تفسير استقلال التزام البنك عن إرادة العميل الآمر ذاته الذي لا يستطيع أن يطالب البنك عن الامتناع عن دفع قيمة الاعتماد مثلًا , لسبب أو لآخر ؛ كما يعجز عن تفسير استقلال التزام البنك عن إرادة البنك ذاته الذي لا يستطيع الرجوع في التزامه قبل المستفيد حتى ولو أفلس العميل الآمر[٣] .

(١) سميحة القليوبي: النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف والغير، مرجع سابق، ص٨٠.

(٢) انظر : قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية بالمملكة رقم ٤١ لعام ١٤١٠، ص٣٠٤.

(٣) محمد فريد العريني: العقود التجارية وعمليات البنوك, مرجع سابق, ص ٢٠٣ وما بعدها.

وترتيباً على ذلك: يصعب رد عقود الضمانات البنكية إلى الأنظمة المعروفة في القانون المدني المقارن على النحو السابق – الأمر الذي حاول معه شراح الأنظمة أن يبحثوا عن تفسير آخر لطبيعة هذه العقود.

ومن جانبنا نؤيد **الاتجاه الحديث الذي يري:** أنها عملية شكلية محضة من عمليات البنوك لها ذاتيتها الخاصة وتحكمها أصول وقواعد عرفية تضمنتها القواعد الواردة في الأعراف المصرفية [١]؛ لذلك فالأوفق الابتعاد عن القوالب التقليدية للعقود المعروفة في القانون المدني حيث إنها لا تصلح مطلقًا لتكييف عمليات البنوك ومنها عقود الضمانات البنكية.

الفصل الأول

نطاق الالتزام بالضمانات البنكية وأسباب انقضائها

تمهيد وتقسيم:

تقوم فكرة الضمان البنكي على أساس الثقة في العميل، وفق ترتيبات معينة يقوم بها البنك لضمان التأكد من المركز المالي للعميل، وقدرته على الوفاء بالتزاماته تجاه البنك الضامن. وينشأ عن عقود الضمانات البنكية، علاقة مستقلة بين البنك وبين المستفيد من الضمان، بحيث يستقل التزام البنك تجاه المستفيد عن العلاقة التي تربط المستفيد بالعميل؛ ولذلك فإن الاعتبار الشخصي والسمعة تبدو محل اعتبار عند منح هذه الضمانات، غير أن ذلك يفرض على البنك القيام ببعض الإجراءات للتأكد من سلامة وصحة العمليات التي يقوم عليها الضمان، كما يفرض على البنك الالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات واحترام أوامر العميل.

والأصل أن ينقضي التزام البنك بتوفير الضمان لصالح المستفيد وفقًا للشروط والمعلومات التي يقدمها العميل، غير أنه قد ينقضي التزام البنك لأسباب أخرى: كانقضاء المدة المتفق عليها لمنح الضمان دون طلب من العميل، أو فوات الغرض الذي أنشأ الضمان لتحقيقه، وغير ذلك من الأسباب. وسوف أتعرض لنطاق الالتزام بالضمانات البنكية وأسباب انقضائها بشيء من التفصيل **من خلال المبحثين التاليين:**

(١) عبد المجيد محمد عبودة: النظام البنكي في المملكة العربية السعودية, مرجع سابق, ص ١٢٧.

المبحث الأول – النطاق الشخصي والموضوعي لالتزام البنك بالضمان.

المبحث الثاني– أسباب انقضاء التزام البنك بالضمان.

المبحث الأول

النطاق الشخصي والموضوعي لالتزام البنك بالضمان

تمهيد وتقسيم:

ينشأ عن عقود الضمانات البنكية ثلاث علاقات، وهي: علاقة العميل بالبنك، وعلاقة البنك بالمستفيد، وعلاقة العميل بالمستفيد، ولكل علاقة من هذه العلاقات القواعد الحاكمة لها، ويترتب على نشوء الضمان التزامات موضوعية على عاتق البنك الضامن، تجد مصدرها في القواعد العرفية المستقرة، وكذلك مبادئ حماية العملاء الصادرة عن مؤسسة النقد وبعض الأحكام الصادرة عن لجنة الفصل في المنازعات المصرفية. **وقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:**

المطلب الأول: النطاق الشخصي لالتزام البنك تجاه العميل.

المطلب الثاني: النطاق الموضوعي لالتزام البنك تجاه العميل.

المطلب الأول

النطاق الشخصي لالتزام البنك تجاه العميل

يقتضي البحث في نطاق الالتزام الشخصي لالتزام البنك تجاه العميل، أن أتعرض لعلاقة البنك بالعميل، وكذا علاقة البنك بالغير المستفيد من الضمان، في الفرعين التاليين، وعلى الترتيب الآتي:

الفرع الأول

علاقة البنك بالعميل

تتحدد علاقة البنك بالعميل بحسب نوع الضمان الممنوح له على النجو التالي:

١- **في الاعتماد البسيط: يلتزم** العميل برد المبالغ التي استعملها في الميعاد المتفق عليه مع الفوائد المتفق عليها- كما هو الحال في بعض القوانين المقارنة- وبأن يدفع العمولة إذا نص عليها العقد. ولكنه لا يلتزم بأن يستعمل النقود التي يضعها البنك تحت تصرفه بمقتضي العقد [١], ففتح الاعتماد البسيط-على سبيل المثال- يمنح العميل حق الخيار في الاستفادة أو عدم الاستفادة منه – ما لم يتفق على تقييد هذا الحق صراحة، كأن يشترط البنك مثلًا فسخ الاعتماد بغير إخطار إذا لم يستعمله العميل خلال أجل معين. ولكن إذا كان الاعتماد مفتوحًا لمدة غير معينة، فإن حق الخيار الممنوح للعميل ليس مطلقًا إذ يعتبر الاعتماد ملغيًا إذا لم يستعمله العميل لمدة ستة أشهر من تاريخ إخطاره بفتحه [٢]. وبالمقابل يلتزم البنك بأن يضع النقود التي وعد بها تحت تصرف العميل طوال الأجل المعين. ويتأكد هذا الالتزام إذا كان العميل يقوم بدفع عمولة مقابل هذا الوعد[٣] ، ولا يجوز للبنك الرجوع في الوعد قبل الأجل المحدد، ولكن فتح الاعتماد يستند إلى ثقة البنك في العميل، ومن ثَّم فيتم إلغاؤه بزوال هذه الثقة [٤]. أما إذا كان الاعتماد لمدة غير معينة، جاز للبنك إلغاؤه في كل وقت بشرط إخطار المستفيد قبل الميعاد الذي يعينه البنك للإلغاء بعشرة أيام على الأقل- ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك [٥].

٢- **في الاعتماد المستندي:** يحكم العلاقة عقد فتح الاعتماد المستندي المبرم بين العميل الآمر المشتري والبنك – حيث يرتب هذا العقد التزامات على عاتق أطرافه: البنك، والعميل الآمر المشتري. فيلتزم العميل الآمر المشتري بمجرد إبرام العقد – وقبل تنفيذه- أن يدفع للبنك العمولة المتفق عليها. وعند تنفيذ الاعتماد، فإن العميل يلتزم بأن يرد للبنك قيمة المبلغ الذي قدمه للبائع المستفيد مقابل المستندات التي طلبها، كما يرد جميع المصروفات التي أنفقها البنك في سبيل إتمام العملية، وللبنك حق حبس المستندات على سبيل الضمان، ويجوز له كذلك إذا لم يدفع العميل خلال مدة معينة من تاريخ إبلاغه بوصول

(١) محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص٨٣٣.

(٢) محمد فريد العريني: العقود التجارية وعمليات البنوك, مرجع سابق, ص ٢٠٣ وما بعدها.

(٣) محي الدين اسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص٨٣٣.

(٤) عبد المجيد محمد عبودة: النظام البنكي في المملكة العربية السعودية, مرجع سابق, ص ١٣١

(٥) محمد فريد العريني: العقود التجارية وعمليات البنوك, مرجع سابق, ص ٢٠٧

المستندات – التنفيذ على البضاعة باتباع إجراءات التنفيذ على الأشياء المرهونة رهنًا تجاريًا [١].

وفي المقابل، يلتزم البنك في مواجهة العميل الآمر بتنفيذ العملية وفقًا لتعليمات هذا العميل وتنفيذها بدقة، فيرسل للمستفيد خطاب يسمى " خطاب الاعتماد " يخطره فيه بفتح الاعتماد وقيمته ومدته، ويحدد له المستندات التي طلبها عميله – والبنك مقيد في كل ذلك بتعليمات عميله في عقد فتح الاعتماد المبرم بينهما ولا شأن له على الإطلاق بعقد البيع المبرم بين العميل والمستفيد[٢].

ولكن أخطر التزامات البنك وأكثرها دقة هو ضرورة أن يتحقق البنك من صحة المستندات المطلوبة من البائع المستفيد ومطابقتها لتعليمات العميل الآمر المشتري. فيجب على البنك أن يتحقق من هذه المستندات: قد قدمت قبل انتهاء مدة الاعتماد، وأنها مستوفية للشروط التي وردت في خطاب الاعتماد المرسل إليه المستفيد، وأنها جميعًا موجودة [٣] . وليس للبنك أن يقدر أو يتصرف أو يستند في كل هذه الالتزامات إلى علاقة البيع السابقة، فالتزامه التزام حرفي والبنك مسئول أمام العميل عن أي مخالفة تشوب هذه المستندات، وله أن يرفض تسلمها من البنك وأن يرجع عليه بدعوى المسئولية ويطالبه بالتعويض.

٣- **في خطاب الضمان:** تنشأ علاقة البنك بالعميل من خلال عقد مكتوب يتعهد بموجبه البنك بناءً على طلب العميل، تعهدًا مباشرًا مجردًا غير قابل للتداول أو التنازل بدفع مبلغ الضمان بمجرد الطلب وخلال مدة معينة[٤] – بأن يدفع إلى طرف ثالث (المستفيد) مبلغًا معينًا من النقود عند أول طلب منه، سواء كان طلبًا مجردًا, أو مبررًا ، أو مصحوبًا بتقديم مستندات محددة في الخطاب – يقدمها المستفيد خلال أجل محدد عادة– أو غير محدد في أثناء سريان أجله، رغم أي معارضة من العميل المضمون، أو البنك الضامن, وبالمقابل يلتزم العميل بسداد عمولة لقاء هذا الالتزام , مع رد قيمة خطاب الضمان إن لم يكن لها غطاء في حساب العميل لدى البنك.

٤- **في الكفالة المصرفية:** بموجب الاتفاق المكتوب مع العميل يتعهد المصرف بالوفاء بدين العميل قبل الغير وفقًا للشروط التي يتم الاتفاق عليها وتتضمنها الكفالة، ويجوز أن تكون الكفالة لمدة معينة أو غير معينة. وتُعد الكفالة المصرفية من صور الاعتمادات المباشرة التي تنشأ من مجرد توقيع البنك بضمان عميله تجاه الغير. ففي هذه الصورة لا يقوم البنك بوضع أي مبلغ تحت

(١) محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص٨٣٨.

(٢) محمد فريد العريني: العقود التجارية وعمليات البنوك, مرجع سابق, ص ٢٠٩.

(٣) عبد المجيد محمد عبودة: النظام البنكي في المملكة العربية السعودية, مرجع سابق, ص ١٣٤.

(٤) محمد فريد العريني: العقود التجارية وعمليات البنوك, مرجع سابق, ص ٢٣٣ وما بعدها.

تصرف العميل بالفعل، بل يقتصر دور البنك على إقراض توقيعه لبث الثقة والاطمئنان في العميل دون إقراض النقود [١].

ويتضح من العرض السابق: أن نطاق التزام البنك سواء: من حيث المدة، أو قيمة الضمان وشروطه– يتحدد بموجب الاتفاق بين العميل والبنك مانح الائتمان.

الفرع الثاني

علاقة البنك بالغير (المستفيد)

تظهر استقلالية العلاقة بين البنك والمستفيد من الضمان، في كل من الاعتماد المستندي وخطاب الضمان على التفصيل الآتي:

١–في الاعتماد المستندي: ينشأ على عاتق البنك التزام مستقل في مواجهته بمجرد أن يرسل إليه خطاب الاعتماد، ويصبح هذا الالتزام نهائيًا بعلم المستفيد وبمجرد وصول الخطاب إليه حيث إن وصوله إليه قرينة على العلم بأن هناك اعتماد مستندي مفتوح لمصلحته. وحق المستفيد قبل البنك مشروط بتقديم المستندات التي طلبها العميل وبلغها البنك في خطاب الاعتماد الذي أرسله إلى المستفيد البائع – وهذا الحق هو حق مستقل تمامًا عن عقد البيع المبرم بين العميل الآمر المشتري وبين المستفيد البائع[٢] . فيظل التزام البنك قائمًا تجاه المستفيد ولو كان عقد البيع باطلًا أو تم فسخه ولا يتأثر بالدفوع التي يمكن أن يستند على عقد البيع سواء من جانب البائع أو المشتري [٣]. كما أن هذا الحق الذي للمستفيد قبل البنك – حق مستقل عن عقد فتح الاعتماد ذاته المبرم بين البنك والعميل الآمر. فالبنك ملزم بمقتضى الخطاب الذي أصدره للمستفيد، وليس له أن يتعلل ببطلان عقد فتح الاعتماد أو فسخه أو انتهائه بإعسار أو إفلاس العميل المشتري أو أن يستند إلى أن العميل قد عدل من تعليماته سواء: في قيمة الاعتماد، أو في بيانات المستندات المطلوبة.

فالتزام البنك بات لا رجعة فيه، وإذا أخطأ البنك وقبل مستندات غير مطابقة واضطر إلى دفع تعويض إلى العميل الآمر المشتري – فيجوز للبنك أن يرجع على المستفيد بهذا التعويض؛ ذلك أن سبب التزام البنك قبل المستفيد البائع هو تقديم البائع المستندات المبينة في خطاب الاعتماد. فإذا

(١) على البارودي : الأوراق التجارية وعمليات البنوك , مرجع سابق، ص ٣٩٤.

(٢) محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص٨٤١.

(٣) عبد المجيد محمد عبودة، النظام البنكي في المملكة العربية السعودية, مرجع سابق, ص ١٤٤.

كانت هذه المستندات غير مطابقة فإن استيفائه لحقه المتمثل في مبلغ الاعتماد لا يكون مستندًا إلى سبب صحيح- مما يخول البنك الحق في الرجوع عليه بهذا المبلغ.

٢- في خطاب الضمان: هناك نوعان من خطاب الضمان يتحدد في إطارهما حدود التزام البنك تجاه المستفيد:

النوع الأول- خطاب الضمان المشروط أو المقيد، وفيه يعلق التزام البنك بالدفع على ظروف العملية التي اقتضت إصداره، ويكون ذلك مرتبطًا وتابعًا لالتزام العميل، أي المدين تجاه الغير المستفيد. ويصدق على هذا النوع من خطابات الضمان.

أما **النوع الثاني** من خطابات الضمان- فهو خطاب الضمان غير المشروط أو المجرد، وهو ما يتميز باستقلال التزام البنك تجاه المستفيد بحيث لا يتوقف تنفيذه على أمر خارجي على الخطاب. ولذلك فهو يوصف بالتجريد لخاصيته الرئيسية وهي استقلال التزام البنك[١] . والتزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان المجرد – هو التزام مباشر تجاه المستفيد ومستقل في تنفيذه عن علاقة البنك بالعميل من جهة ومن علاقة العميل بالمستفيد من جهة أخرى. ومن أهم مظاهر هذا الاستقلال أن التزام البنك يكون محددًا بمبلغ الخطاب أيًا كان مقدار مديونية العميل للمستفيد حسبما تسفر عنه العلاقة بينهما[٢] ، وكذلك فإن التزام البنك تجاه المستفيد لا يرتبط في انقضائه بالتزام العميل، أي المدين بل ينقضي التزام البنك استقلالًا بانتهاء مدة الخطاب [٣].

٣- في الكفالة المصرفية: تُعد الكفالة المصرفية من قبيل الكفالة التضامنية , بحيث يظل التزام الكفيل تابعًا لالتزام المدين وإن امتنع عليه الدفع بالتجريد[٤] بحيث لا يجوز للبنك التمسك بشرط الرجوع على المدين الأصلي أولًا , كما هو الحال في الكفالة المدنية , ولكن يستطيع البنك أن يتمسك بكافة الدفوع التي يستطيع المدين الأصلي (العميل) التمسك بها تجاه المستفيد , ويستثنى من ذلك كفالة الورقة التجارية , فإذا كان البنك ضامنًا احتياطيًا للورقة التجارية , فليس له التمسك بالدفوع التي يجوز التمسك بها من قبل (العميل) محرر الورقة التجارية , وذلك إعمالًا لمبدأ

(١) على البارودي : الأوراق التجارية وعمليات البنوك , مرجع سابق، ص ٣٩٤.

(٢) سميحة القليوبي: النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف والغير، مرجع سابق، ص٨٣.

(٣) مراد منير فهيم: القانون التجاري، العقود التجارية وعمليات البنوك، منشأة المعارف، ١٩٨٢، ص٣١٧ وما بعدها.

(٤) د. مراد منير فهيم، القانون التجاري، المرجع السابق، ص٣١٩ .

"تطهير الدفوع "[١] , وهو من سمات الورقة التجارية.

المطلب الثاني

النطاق الموضوعي لالتزام البنك تجاه العميل

يُعد من أهم التزامات البنك الناشئة عن عقود الضمان، ذلك الالتزام المتعلق بتنفيذ أوامر العميل والحفاظ على أسراره، وسوف أتعرض لذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

الالتزام بتنفيذ أوامر العميل

يجب على البنك احترام أوامر العميل، وتنفيذ الاتفاق المحرر بينهما، ويختلف نوع الالتزام بحسب طبيعة الضمان الممنوح من البنك. وسوف أتعرض لنموذج خطاب الضمان والاعتماد المستندي على النحو التالي:

١-**فيما يتعلق بخطاب الضمان:** عندما يقوم العميل بطلب إصدار خطاب الضمان من قبل البنك – فإنه يتفق معه على أن يتعهد هذا الأخير بأن يدفع للمستفيد مبلغًا معينًا عند أول طلب من المستفيد حتى أجل معين حتى لو اعترض العميل على هذا الدفع، وهذا الاتفاق هو مضمون خطاب الضمان، ولذلك يكمن التزام البنك في دفع مبلغ خطاب الضمان للمستفيد متى تقدم إليه وطالبه بصرفه [٢] حيث يستقل التزام البنك في خطاب الضمان عن عقد الأساس وهو العلاقة الأصلية التي تربط العميل بالمستفيد , كما تستقل عن العلاقة بين البنك وعميله والتي يحكمها طلب إصدار خطاب الضمان.

ومن المسلم به أن يتضمن خطاب الضمان تعهدًا نهائيًا من البنك بدفع المبلغ المذكور فيه لدى أول طلب يصله من المستفيد في المدة المحددة لسريانه وبالرغم من أية معارضة من العميل، وهذا هو التزام البنك الأساسي في خطاب الضمان، وهو أهم ما يميز خطاب الضمان عن غيره من

(١) محمد الفقي: الأوراق التجارية والإفلاس, دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية, ٢٠١٢ , ص ٦٥ وما بعدها.

(٢) سميحة القليوبي: النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف والغير، مرجع سابق، ص٨٠.

العمليات المصرفية الائتمانية[١]).

ومؤدى هذا التعهد هو أن تكون علاقة البنك بالمستفيد علاقة مستقلة عن علاقة العميل بهذا المستفيد فلا تتأثر بأية دفوع للعميل تجاه المستفيد , ولا يجوز تعليقه مثلًا على إثبات إخلال العميل الآمر بالتزاماته تجاه المستفيد , أو تقديم شهادة من العميل الآمر يقر فيها بعدم الوفاء بالتزاماته، أو تقديم حكم قضائي أو حكم تحكيم[٢] صادر لمصلحة المستفيد، لأن ذلك لا يتفق مع خصائص خطاب الضمان وطبيعته التزام البنك الناشئ عنه، وبأنه التزام بات ونهائي من ناحية، وأنه مجرد ومستقل عن علاقة المستفيد بالعميل وعن علاقة البنك بالعميل من ناحية أخرى.

ويلاحظ أن: وفاء البنك بقيمة خطاب الضمان يرتبط بإجراء من جانب المستفيد: وهو المطالبة بهذا الوفاء أثناء مدة صلاحية الخطاب، ومتى لم يطلب المستفيد ذلك فإن البنك لا يستطيع أن يبادر من جانبه بالوفاء بقيمة الخطاب وإلا كان مخلاً بالتزامه تجاه عميله، ولا يستطيع إن فعل ذلك أن يرجع على عميله بما دفع [٣] . ومن ناحية أخرى يُعد البنك مخلًا بالتزامه في مواجهة المستفيد إذا طالبه هذا الأخير بالوفاء وامتنع البنك عن ذلك.

وقد أكدت مؤسسة النقد العربي السعودي على ضرورة قيام البنوك بصرف قيمة خطابات الضمان عند تقديمها دون معارضة، وذلك من خلال إحدى التعاميم التي نصت على ما يلي: "لقد وصل إلى علمنا عدد من الحالات التي لم تستجب فيها البنوك في الحال لطلبات الوزارات الخاصة بدفع قيمة الضمانات في الحالات التي وجد فيها ذلك ضروريًا نتيجة تقصير المتعهد، وإننا بهذا نُذَكر البنوك بمسئولياتها النظامية طبقًا لنصوص الضمانات التي أصدروها وأن البنوك ملزمة بتنفيذ طلبات الوزارات في الحال عند طلب ذلك وإن كان للمتعهد المعني أية وجهة نظر يريد تقديمها في هذا الصدد – فيجب تقديم الاستدعاء بذلك بصورة مستقلة"[٤]).

(١)سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص٨٢

(٢) انظر: المادة (٥٥/ج) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي.

(٣) سميحة القليوبي: النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف والغير، مرجع سابق، ص٨٧.

(٤) انظر: تعميم مؤسسة النقد العربي السعودي رقم ٢٥٠٤/م/أ/٢٨٦ وتاريخ ١٣٨٩/٢/٢٤هـ.

٢- **فيما يتعلق بالاعتماد المستندي:** يلتزم البنك في مواجهة العميل الآمر بتنفيذ العملية وفقًا لتعليمات هذا العميل وتنفيذها بدقة فيرسل للمستفيد خطاب يسمى " خطاب الاعتماد " يخطره فيه بفتح الاعتماد وقيمته ومدته ويحدد له المستندات التي طلبها عميله، والبنك مقيد في كل ذلك بتعليمات عميله في عقد فتح الاعتماد المبرم بينهما ولا شأن له على الإطلاق بعقد البيع المبرم بين العميل والمستفيد(١). وعلى البنك ضرورة التحقق من صحة المستندات المطلوبة من البائع المستفيد ومطابقتها لتعليمات العميل الآمر المشتري. فيجب على البنك أن يتحقق من هذه المستندات قد قدمت قبل انتهاء مدة الاعتماد وأنها مستوفية للشروط التي وردت في خطاب الاعتماد المرسل إلى المستفيد وأنها جميعًا موجودة (٢) وليس للبنك أن يقدر أو يتصرف أو يستند في كل هذه الالتزامات إلى علاقة البيع السابقة فالتزامه التزام حرفي والبنك مسئول أمام العميل عن أي مخالفة تشوب هذه المستندات وله أن يرفض تسلمها من البنك وأن يرجع عليه بدعوى المسئولية ويطالبه بالتعويض.

الفرع الثاني

الالتزام بالحفاظ على أسرار العميل

أكدت مبادئ حماية العملاء الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي، على الآتي (٣):

١- التزام البنوك بحماية بيانات ومعلومات العملاء والحفاظ على السرية، حيث تقع على المصرف مسئولية حماية بيانات العميل والحفاظ على سريتها، سواء البيانات المحفوظة لديه أو لدى طرف ثالث.

٢- ينبغي على المصرف توفير بيئة آمنة وسرية في كافة قنواته المصرفية لضمان الحفاظ على سرية بيانات العميل عند تنفيذه لعملياته المصرفية (٤) . كما ينبغي على موظفي المصرف، سواءً الموظفين الدائمين أو المؤقتين وموظفي الطرف الثالث التوقيع على

(١) مراد منير فهيم: القانون التجاري، العقود التجارية وعمليات البنوك، مرجع سابق، ص٣٢٨

(٢) رضا السيد عبد الحميد: النظام المصرفي وعمليات البنوك، دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٩٨م, ص٣٢٦،

(٣) انظر البند التاسع من مبادئ حماية عملاء المصارف, الفقرات (١و٢و٥).

(٤) يستثنى من ذلك : أ- عندما يكون الكشف عنها أمرًا إلزاميًا تفرضه السلطات المختصة (مثل وزارة الداخلية، المحاكم.) ب- عندما يتم الكشف عن المعلومات بموافقة العميل الكتابية . انظر: الفقرة الثالثة من البند التاسع من المبادئ .

نموذج المحافظة السرية بشأن بيانات العملاء والتأكد من عدم كشفهم المعلومات الشخصية للعملاء [١] .

أما نظام مراقبة البنوك فقد نص على أنه: "يحظر على أي شخص يحصل على أية معلومات أثناء أو بمناسبة قيامه بأي عمل يتعلق بتطبيق أحكام هذا النظام إفشاؤها أو الإفادة منها بأية طريقة" [٢].

المبحث الثاني

أسباب انقضاء التزام البنك بالضمان

تمهيد وتقسيم:

تتعدد أسباب انقضاء التزام البنك بالضمان، أيًا كانت صورته، والأصل انقضاء التزام البنك بالوفاء بقيمة الضمان في المدة المتفق عليها، غير أن هناك أسبابًا أخرى، ومنها: براءة ذمة البنك لفوات الغرض الذي خصص من أجله الضمان، أو استحالة التنفيذ، أو انقضاء المدة المحددة. وسوف أتعرض لذلك **من خلال المطالب الثلاثة التالية:**

المطلب الأول – الوفاء بقيمة الضمان في المدة المتفق عليها.

المطلب الثاني – انقضاء الضمان البنكي بالتقادم أو استحالة التنفيذ.

المطلب الثالث– انقضاء الضمان بانقضاء المدة المحددة له.

المطلب الأول

الوفاء بقيمة الضمان في المدة المتفق عليها

الأصل في عقود الضمان: أن التزام البنك ينقضي بالوفاء بقيمة الضمان بحسب الشروط المتفق عليها.

(١) انظر: الفقرة الخامسة من البند التاسع من المبادئ .

(٢) انظر: المادة (١٩) من نظام مراقبة البنوك الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥) وتاريخ ١٣٨٦/٢/٢٢هـ.

ففي خطاب الضمان: يتعهد البنك بأن يدفع للمستفيد المبلغ المذكور في خطاب الضمان عند استلام أول إشعار خطي يصدر من قبل المستفيد خلال مدة صلاحيته [١] , فعندما تتم مُطالبة المستفيد بمبلغ الضمان، فإن البنك يلتزم بدفع قيمته مباشرةً مادام أنَّ الخطاب غير مشروط، وما دام أنَّ المستفيد يطلب الدفع بصدد العملية التي صدر من أجلها الخطاب، أمَّا إذا كان الخطاب مشروطًا فإنه يجب على البنك التحقق من توافر الشرط، ومن ذلك أن يشترط في خطاب الضمان أن لا يتم الدفع ما لم يكن هناك إخلال من قبل العميل، فيجب على المستفيد أن يُحدد ويثبت في المطالبة هذا الإخلال، أو أن يشترط أن تصدر المحكمة حكمًا لصالح المستفيد، فيجب على المستفيد أن يرفع هذا الحكم الصادر لصالحه مع المُطالبة [٢].

وفي المملكة عندما يتسلم البنك المُطالبة فإنه يقوم ببعض الإجراءات ومنها: إخطار العميل بمُطالبة المستفيد، لكي يتمكن من حل النزاع بينه وبين المستفيد بطريقة مباشرة، والتي ربما تثني المستفيد عن مطالبته، ولكن في حالة إصرار هذا الأخير على المُطالبة بقيمة الخطاب، فإنَّ البنك يقوم بتقييد القيمة المطلوبة على حساب العميل بعد خصم التأمين النقدي الذي تم استيفاؤه من قبل البنك [٣]. وبعد ذلك يدفع البنك قيمة خطاب الضمان بشيك مصرفي، طالبًا من المستفيد إعادة الخطاب وما لحقه من تجديدات لإلغائه، وإلغاء القُيود المُحاسبية الخاصَّة به. وبذلك ينقضي تعهد البنك تجاه المستفيد، كما ينقضي تعهد العميل تجاه البنك إذا كان الخطاب مغطى تغطية نقدية كاملة، أمَّا في حالة عدم كفاية رصيد العميل في حسابه الجاري لدى البنك لتغطية المبلغ، فإنه لا يجوز للبنك الاحتجاج بذلك تجاه المستفيد بل يجب عليه الوفاء بقيمة الخطاب، وتعتبر القيمة التي لم يغطها العميل في رصيده كتسهيل ائتماني للعميل، بحيث يمكن للبنك استيفاؤه من الغطاء العيني الخاص بالعميل والموجود لديه أو من الكفيل الشخصي [٤].

(١) ماجد فهد بن محمد دخيل: النظام القانوني لخطاب الضمان البنكي في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٩م, ص ٢٠٩ وما بعدها.

(٢) محي الدين اسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص٨٣٣.

(٣) عبد المجيد محمد عبوده، مرجع سابق، ص١٠٨.

(٤) عبد المجيد محمد عبوده, مرجع سابق , ص١٠٨.

وفي الاعتماد المستندي: فإن حق المستفيد قبل البنك مشروط بتقديم المستندات التي طلبها العميل وبلغها البنك في خطاب الاعتماد الذي أرسله إلى المستفيد البائع، ويستمر التزام البنك قائمًا تجاه المستفيد ولو كان عقد البيع باطلًا أو تم فسخه، ولا يتأثر بالدفوع التي يمكن أن تستند على عقد البيع سواء من جانب البائع أو المشتري. فالبنك ملزم بمقتضى الخطاب الذي أصدره للمستفيد، وليس له أن يتعلل ببطلان عقد فتح الاعتماد أو فسخه أو انتهائه بإعسار أو إفلاس العميل المشتري، أو أن يستند إلى أن العميل قد عدل من تعليماته سواء في قيمة الاعتماد أو في بيانات المستندات المطلوبة؛ فالتزام البنك بات لا رجعة فيه [١].

وفي الكفالة المصرفية: على البنك الوفاء بقيمة مبلغ الضمان دون تأخير في حال رجوع المستفيد عليه بوصفه كفيلًا متضامنًا، ولا يجوز للبنك الدفع بالتجريد، وبمجرد وفاء البنك بقيمة الدين الذي في ذمة العميل– يعتبر قد أوفى بالتزامه.

ويلاحظ أن: المقاصّة مقام الوفاء للمستفيد وإبراء ذمة البنك، فإذا كان للبنك دين في ذمة المستفيد، ثم طالب المستفيد البنك بدفع قيمة الخطاب، أمكن أن تقع المقاصّة النظامية بين حق البنك تجاه المستفيد ودينه بموجب خطاب الضمان إذا توافرت شروطها، ويكون للبنك الرجوع على عميله كما لو كان قد دفع قيمة الخطاب للمستفيد نقدًا لا مقاصَّة [٢].

المطلب الثاني

انقضاء الضمان البنكي بالتقادم أو استحالة التنفيذ.

إذا لم يُطالب المُستفيد بقيمة الدين في الكفالة المصرفية، أو بخطاب الضمان أو قيمة الاعتماد خلال مدة سريانه، فإن التزام البنك تجاه المُستفيد ينقضي إمَّا بانتهاء أجل الخطاب أو بانتهاء الغرض الذي صدر من أجله أو بالإبراء الصادر من المستفيد للعميل الذي يكون قد أوفى بالتزامه، أو بسبب استحالة تنفيذ التزام العميل أو بالتقادم إذا كان خطاب الضمان أو الاعتماد غير محدد

(١) محمد فريد العريني: العقود التجارية وعمليات البنوك , مرجع سابق, ص ٢٨٧ وما بعدها.

(٢) محيي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص٨٣٥.

المدة [١].

ويتبين لنا مما سبق: أن البنك يعتبر مخلًا بالتزامه مع المستفيد إذا طالبه هذا الأخير بالوفاء بقيمة الضمان فامتنع أو تراخى عن ذلك، وحتى لو أبطل التزام العميل قبل المستفيد أو تم فسخ عقد الأساس الذي كان سببًا لإصدار خطاب الضمان أو الاعتماد المستندي, أو أعلن إفلاس العميل أو جرت تصفيته (إذا كان شركة مثلًا) فلا يؤثر ذلك على التزام البنك تجاه المستفيد، وإذا كان لدى العميل أسباب جدية لمنع البنك من الوفاء للمستفيد فإنه يجب عليه أن يسلك طرقًا أخرى غير طريق المعارضة في الوفاء وذلك لحماية حقوقه، ولعل القضاء هو الوسيلة المثلى في ذلك [٢]).

ومن التطبيقات القضائية على ذلك : قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية بالمملكة في إحدى المنازعات التي عرضت عليها، والتي تتلخص وقائعها في طلب المدعي (العميل الآمر) من اللجنة إلزام المدعي عليه (البنك) برد ما تبقى من مبلغ خطاب الضمان الذي كان البنك قد دفع جزءًا منه للمستفيد، واحتج المدعي في دعواه بأنه قد أتم التزاماته تجاه المستفيد، وبالتالي لا يحق للبنك أن يدفع المبلغ المتبقي من قيمة الخطاب للمستفيد، ولكن اللجنة قامت برد دعوى المدعي (العميل الآمر) ضد البنك، واستندت في قرارها إلى أنه وفقًا لصيغة خطاب الضمان محل النزاع فإن المستفيد يحق له المطالبة بقيمته , وذلك رغم أي معارضة من طالب الإصدار مقابل إقرار المستفيد بأن طالب الإصدار قد فشل في تنفيذ التزاماته حسب العقد المبرم بينهما، وبما أن المستفيد قد قام بتقديم تقرير يؤكد فشل العميل في تنفيذ التزاماته، فبذلك يكون المستفيد بتقديمه هذا التقرير قد قام من جانبه بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه، وبالتالي تكون له مكنة المطالبة بسداد قيمته.

كما أضافت اللجنة: أن المستقر عليه أن البنك مصدر الضمان لا يكون له الامتناع عن سداد قيمته للمستفيد استنادًا إلى أسباب أو دفوع من جانب الآمر، وإلا كان هذا تضييعًا للغرض المقصود من خطابات الضمان المصرفية، ولا يجوز الخلط أو التداخل بين نطاق الالتزامات

(١) ماجد فهد بن محمد دخيل: النظام القانوني لخطاب الضمان البنكي في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص ٢١١.

(٢) د. خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص٢٧٣.

الناشئة عن العلاقة بين البنك والمستفيد الناشئة عن خطاب الضمان بالدفع لدى أول طلب ونطاق الالتزامات الناشئة عن العلاقة بين المستفيد والآمر وهذه الناشئة عن التعاقد التجاري لاستقلال هذه العلاقات عن بعضها [١].

وإذا كان الأصل في التزام البنك في خطاب الضمان أن يكون محدد المقدار أو على الأقل قابلًا للتحديد في وقت معين، فإن هناك بعض أنواع خطابات الضمان لا يُحدد فيها مقدار التزام البنك، ومنها الخطابات التي تقدم إلى الشركات الملاحية لغرض استلام البضائع قبل وصول مستندات الشحن، وفي هذه الحالة يستطيع البنك أن يجري تقديرًا تقريبيًا لالتزامه لقيده في حساباته النظامية حسب الأصول المحاسبية [٢].

والأصل في التزام البنك في خطاب الضمان أو فتح الاعتماد أن يكون محدد المدة من ناحية بدايته وانتهائه والتي يحرص البنك على تأكيدها باعتبارها مدة صلاحيته، بحيث يجب أن تصل مطالبة المستفيد بقيمة الخطاب أو الاعتماد خلال هذه المدة المحددة لتصبح المطالبة صحيحة. ومع ذلك فهناك خطابات ضمان أو اعتمادات غير محددة المدة، **ويثور معها التساؤل** [٣] **عن مدى قيام التزام البنك فيها إلى ما لا نهاية؟**

وللإجابة على هذا السؤال، قد يقال: إن للبنك الحق في أن ينهي الخطاب أو الاعتماد غير المحدد المدة في أي وقت بشرط إخطار المستفيد قبل ذلك بوقت كافٍ وذلك تطبيقًا للقواعد العامة في الالتزامات. ولكن هذا القول لا يستقيم مع ما جرى عليه العُرف المصرفي بشأن خطابات الضمان غير المحددة المدة، كذلك لا يمكن أن يبقى خطاب الضمان مؤبدًا لأن البنوك تحتفظ بملفاتها وقيودها لديها لمدة معينة من بدء التزام البنك فيها وهذه المدة هي مدة التقادم المسقط. كذلك فإن انتهاء العقد بإرادة منفردة في العقود غير المحددة إنما ينتج أثره فيما بين المتعاقدين، ولكنه لا يمس الحقوق التي تترتب للغير، وقد سبق أن رأينا أن المستفيد ليس متعاقدًا بضرورة مباشرة مع البنك وإنما اكتسب حقًا مباشرًا باعتباره من الغير ناشئًا عن علاقة البنك بالعميل الآمر،

(١) قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية رقم ٢٦٣ لعام ١٤١٢، المرجع السابق، ص٣٠٦.

(٢) د. محيي إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص٨٠٨.

(٣) المرجع السابق، ص٨٠٩.

ولأنه حق مجرد مستقل عن أي علاقة أخرى.

ولذلك يرى البعض [١]: أن التزام البنك في خطاب الضمان أو الاعتماد غير محدد المدة ليس دائمًا مؤبدًا، بل لابد أن تكون هناك لحظة يبدأ فيها سريان التقادم المسقط لحق المستفيد تجاهه، وهذه اللحظة تختلف فيما إذا كان خطاب الضمان مشروطًا أو غير مشروط وما إذا كانت علاقة العميل بالمستفيد تعاقدية (كما في المناقصات والمزايدات) أو تنظيمية (كالخطابات التي تقدم لمصلحة الضرائب أو الجوازات أو مكاتب الاستقدام). فإذا كان خطاب الضمان غير المحدد المدة غير مشروط، كان حق المستفيد على خطاب الضمان منجزًا وقابلًا للصرف في أي وقت يطلبه المستفيد، ولذلك تحسب مدة التقادم [٢] من تاريخ بدء التزام البنك دون أن يستعمل المستفيد حقه في طلب قيمة الخطاب، وسواء كانت العلاقة بين العميل والمستفيد التي نتج عنها خطاب الضمان تعاقدية أو تنظيمية.

أما إذا كان خطاب الضمان غير المحدد المدة مشروطًا بشرط موقف كإخلال العميل بتعاقده مع المستفيد في خطابات الضمان الناتجة عن علاقة تعاقدية، فإن حق المستفيد في صرف قيمة خطاب الضمان أو عدم صرفه لا يبدأ إلا من وقت تحقق الشرط أو تخلفه نهائيًا [٣] .

أما في حالة خطاب الضمان غير المحدد المدة والمشروط بشرط موقف وكانت العلاقة بين العميل والمستفيد ناتجة عن علاقة تنظيمية فإن حكم التقادم يختلف من حالة إلى أخرى، فمثلًا في حالة خطاب الضمان الذي يصدر لصالح مصلحة الضرائب يبدأ سريان التقادم من تاريخ ربط الضريبة.

وفي الاعتماد البسيط المفتوح لمدة معينه: ينقضي التزام البنك بأحد الأسباب التالية: وفاة المستفيد، أو الحجر عليه، أو توقفه عن الدفع، ولو لم يصدر حكم بشهر إفلاسه أو صدور خطأ

(١) محيي إسماعيل علم الدين، مرجع سابق ، ص٨٠٩ وما بعدها.

(٢)من الجدير بالذكر : أن المصارف في السعودية لم تجعل مرور الزمن مسقط للحق.

(٣) هاني محمد دويدار: العقود التجارية وعمليات البنوك, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, ٢٠١٤م, ص ٣٣٤ وما بعدها.

جسيم منه في استعمال الاعتماد [١] .

وفي الاعتماد المستندي: قد يستحيل تنفيذ التزام البنك بسبب راجع للمستفيد، كما في حالة اكتشاف البنك عدم مطابقة المستندات المقدمة من المستفيد للمعلومات والبيانات المقدمة من العميل[٢]).

المطلب الثالث

انقضاء الضمان بانقضاء المدة المحددة له

يبدو هذا السبب من أسباب انقضاء الالتزام في خطابات الضمان، فإذا حل –مثلًا – تاريخ انتهاء خطاب الضمان في خطابات الضمان محددة المدة دون مُطالبة من قبل المستفيد، فإنَّ التزام البنك ينقضي تبعاً لذلك، ومن ثم يقوم البنك بإلغاء الخطاب من سجلاته، وذلك لأن التزام البنك في خطاب الضمان التزام بمبلغ معين ولمدة معينة.

وفي الاعتماد البسيط: لا يجوز للبنك الرجوع في الوعد بمنح العميل الائتمان المطلوب قبل الأجل المحدد. أما إذا كان الاعتماد لمدة غير معينة، جاز للبنك إلغاؤه في كل وقت بشرط إخطار المستفيد قبل الميعاد الذي يعينه البنك للإلغاء بمدة معينه [٣] .

وفي الكفالة المصرفية: الأصل أن التزام البنك يكون على سبيل التضامن، ومن ثم لا ينقضي هذا الالتزام إلا بالوفاء أو الإبراء.

ويرى الباحث: أنه لا يوجد ما يمنع أن يشترط البنك على المستفيد الرجوع عليه خلال مدة معينة من حلول أجل الدين، بعدها يسقط حق المستفيد في الرجوع على البنك؛ وذلك قياسًا على الضمان الاحتياطي في الورقة التجارية، والتي حدد المنظم السعودي مدة تقادم صرفي بمضيها لا يجوز

(١) انظر : المادة (٣٤٠) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م.

(٢) محمد فريد العريني: العقود التجارية وعمليات البنوك, مرجع سابق, ص ٣١١.

(٣) هاني محمد دويدار : العقود التجارية وعمليات البنوك, مرجع سابق, ص ٣٤١ .

للمستفيد الرجوع على الضامن الاحتياطي، وهي: ثلاث سنوات من تاريخ استحقاق دين الورقة التجارية[١] .

(١)انظر: المواد (٣٧) و (٨٤) و (٨٩) من نظام الأوراق التجارية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٧) وتاريخ١١/ ١٠/ ١٣٨٣هـ.

الفصل الثاني

المسؤولية المدنية للبنك عن الإخلال بالضمانات المقررة للعميل

تمهيد وتقسيم:

الأصل أن الشخص لا يُسأل إلا عما يقع منه شخصيًا من أفعال ضارة، فإذا أمكن مساءلته عن غير ذلك فإنما تكون مسئولية خاصة، فيها خروج عن الأصل. وهذا ما قررته غالبية القوانين المقارنة كالقانون المدني المصري في المادة (١٦٣) منه، والتي جاء نصها كالآتي: " كل خطأ سبب ضررًا للغير، يلزم ما ارتكبه بالتعويض "، وبناء على هذا الأصل يتقرر أمران هما: أن الإنسان لا يُسأل إلا عن خطئه الشخصي، وأن مدعي الخطأ مكلف بأن يقيم الدليل عليه، إعمالاً لقاعدة " البينة على مَن ادَّعى" – فإذا لم يستطع إقامة البينة فلا مسئولية ولا تعويض[١]. وإذا كان الأصل أن الأنسان لا يسأل إلا عن خطئه الشخصي، إلا أنه قد يستثنى من هذا الأصل بعض الحالات ومنها: مسئولية الإنسان بتعويض الضرر الناشئ للغير عن أفعال تابعية، متى كان واقعًا منهم، في حال تأدية وظائفهم أو بسببها[٢] وهو ما ينطبق على البنوك التجارية؛ حيث تقوم مسؤوليته عل أساس أنه متبوع يُسأل عن أخطاء التابعين له وهم موظفي البنك. وسوف أتناول التعريف بالمسؤولية المدنية وأنواعها بصفة عامة؛ توطئة لبيان صور إخلال البنك بالتزاماته الناشئة عن عقود الضمان، **وقسمت ذلك إلى مبحثين على النحو التالي:**

المبحث الأول– التعريف بالمسؤولية المدنية للبنك عن أعمال مستخدميه.

المبحث الثاني – صور الإخلال بالتزامات البنك بالضمان والجزاءات المترتبة عليها.

(١) هاني محمد دويدار : العقود التجارية وعمليات البنوك, مرجع سابق, ص ٣٤١ .

(٢) هاني محمد دويدار : العقود التجارية وعمليات البنوك, مرجع سابق, ص ٣٤١ .

المبحث الأول

التعريف بالمسؤولية المدنية للبنك عن أعمال مستخدميه.

تمهيد وتقسيم:

إن القيام بالعمليات المصرفية منوط بموظفي ومستخدمي البنوك، فهم يعملون بوصفهم تابعين لشخص اعتباري وهو البنك، غير أن أعمالهم تصدر لصالح البنك ولحسابة، ومن ثَّم يثور التساؤل حول مدى تحمل البنك المسؤولية المدنية عن أعمال مستخدميه، وما نوع المسؤولية ونطاقها وأركانها وهو ما سوف أتعرض له من **خلال المطلبين التاليين:**

المطلب الأول– مفهوم المسؤولية المدنية وأساسها ونطاقها.

المطلب الثاني – أركان المسؤولية المدنية للبنك.

المطلب الأول

مفهوم المسؤولية المدنية وأساسها ونطاقها

أولًا – مفهوم المسؤولية المدنية:

تناول شراح الأنظمة تعريف المسؤولية المدنية، وقد تباينت تعريفاتهم إلا أن مضمونها واحد، ومن هذه التعريفات ما ذهب إليه البعض بأنها: «عنوان على ما وجب في الذمة لحق الغير جبرًا للضرر الواقع عليه بمخالفة العقد أو بالتعدي بارتكاب فعل غير مشروع» [١]. كما قيل، بأنها: «التعويض عن الضرر الناشئ عن فعل غير مشروع» [٢]. وفي تعريف آخر فهي: «فعل ضار يوجب مؤاخذة فاعله» [٣].

(١) سليمان مرقس: موجز أصول الالتزامات. مطبعة لجنة البيان العربي. القاهرة ,١٩٦١ م, ص ٣٢٩

(٢) عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني , المجلد الأول, مرجع سابق, ص١٢٧٦ .

(٣) الدناصوري, د. عبدالحميد الشواربي: المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء. المكتبة الحديثة للطباعة. القاهرة. ١٩٨٨ م, ص ٦ .

أو هي: «مؤاخذة الإنسان عن خطأ مضاف إليه مؤاخذة تنتهي إلى إلزامه بتعويض الضرر الناشئ عن خطئه» [١].

وتتميز المسؤولية المدنية بعدة خصائص على النحو التالي:

١- **المسؤولية ذات طابع شخصي:** بمعنى أن الشخص المسؤول يتحمل نتائج الأفعال الضارة الموجبة لقيام المسؤولية الشخصية سواء أكان طبيعيًا أو معنويًا [٢] ، فإن كان شخصًا طبيعيًا فتقوم بحقة المسؤولية الشخصية، أما إذا كان الشخص المسؤول من الأشخاص المعنوية كالبنوك التجارية، فإن مسؤولية البنك تقوم على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع[٣]. حيث إن موظفي البنك هم المنوط بهم تنفيذ الالتزامات التعاقدية باسم البنك ولحسابه، ومن المحتمل ارتكاب أخطاء، ويتحمل تبعتها البنك بوصفه متبوعًا يُسأل عن أخطاء التابعيين له.

٢- **المسؤولية تقوم على الإرادة:** يلزم لقيام المسؤولية أن يتوافر في الشخص الحرية والإرادة، فإذا انعدمت أو قُيدت حرية الإنسان؛ نتيجة الإكراه أو القوة القاهرة- فلا مجال لتحمل عبئها، ويستطيع الشخص أن يدفع المسؤولية بإثبات القوة القاهرة أو انعدام الإرادة بكافة طرق الإثبات.

٣- **المسؤولية تقوم على العلم:** بحيث يلزم العلم بالقواعد التي يجب أن يسير الإنسان عليها في سلوكه العام حتى يكون هناك خطأ وضرر عند مخالفتها يرتب المسؤولية، ويقتضي ذلك ضرورة وجود سلطة تنظيمية تتولى وضع هذه القواعد في شكل نصوص نظامية، وأخرى تنفيذية تتولى الإشراف على احترام النظام ومعاقبة المخالف[٤].

٤- **التدرج في المسؤولية:** تتدرج المسؤولية بحسب درجة الخطأ وجسامته، وبحسب حجم الضرر الواقع على الغير، وعليه يقدر التعويض بحسب درجة جسامة الخطأ والنتيجة المترتبة على ذلك.

(١) مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية في القانون المصري. مطبعة نوري. القاهرة . ١٩٣٦, ص٢٧

(٢) عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني , المجلد الأول, مرجع سابق, ص١٢٧٩ .

(٣) عز الدين الدناصوري, د. عبدالحميد الشواربي: المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء. مرجع سابق, ص ١٤

(٤) عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني , المجلد الأول, مرجع سابق, ص ١٢٨١

ثانيًا: أساس مسؤولية البنك عن أخطاء مستخدميه:

يُسأل البنك عن أخطاء تابعه، مادام أن التابع قام بالخطأ أثناء تأدية وظيفته أو بمناسبتها، وضابط علاقة التبعية يتمثل في حق المتبوع في الرقابة والإشراف والتوجيه للتابع [١].

ولا يعني قيام المسؤولية على البنك إعفاء الموظف التابع منها، وإنما المراد أن العميل له أن يعود على البنك في طلب التعويض باعتباره متضامنًا في المسؤولية، إلا أنه متى أقام الدليل على خطأ موظفٍ بعينه – كان له أن يقيم عليه دعوى التعويض مباشرةً، وفي جميع الأحوال فإن البنك يعود على الموظف بما دفعه من تعويض، ومستند الرجوع على الموظف متقرر في النصوص النظامية، ومن ذلك ما جاء في النظام المدني الكويتي من أن : (من أحدث بقوله الخاطئ ضررًا بغيره يلتزم بتعويضه، سواء كان في إحداثه الضرر مباشرًا أو متسببًا)[٢].

وأما رجوع البنك على الموظف بما أداه من تعويض يجد أساسه في قواعد القانون المدني المقارن أن :(للمسؤول عن عمل الغير أن يرجع عليه بكل ما دفعه للمضرور تعويضًا عن عمله غير المشروع) [٣].

ثالثًا– نطاق مسؤولية البنك (المصرف) عما يصدر من مستخدميه من أخطاء:

يُسأل البنك عن التصرفات الخاطئة والصادرة عن ممثلة النظامي أو من وكيل عنه، ويُعتبر الخطأ صادرًا من البنك ذاته متى كان بقرار من أحد موظفي فروعه أو مدير فرع البنك لأن مدير الفرع يعتبر الممثل النظامي للبنك فيما يتعلق بهذا الفرع.

ويلاحظ مسؤولية البنك عن أعمال مديره أو مديري الفروع ولا تقوم في الأصل إلا عن أعمال تمت في حدود سلطات كل منهم فلا يُسأل البنك عن التعهدات التي يتحملونها باسمه إذا لم تكن في حدود اختصاصهم – ما لم يصادق عليها صراحةً أو ضمنًا. فإذا وافق مدير الفرع على فتح اعتماد بمبلغ يتجاوز سلطاته فلا يلزم البنك إلا إذا أقره، ومع ذلك فالجهة المُختصة تقتضي بمسئولية البنك حماية للظاهر الذي يطمئن إليه العملاء. وتتجه أغلب الآراء النظامية والسوابق القضائية في الحكم بمسؤولية البنك حماية لمصالح العميل الذي يعتمد على الأوضاع الظاهرة. وتمشيًا مع الأساس في هذا التوسع، نجد أنَّ هذا الاتجاه يخفف على البنك كلما أمكن إنْ لم يكن

(١) علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك , مرجع سابق, ص٧١٤ .

(٢) انظر: المادة ١/٢٧٧ من القانون المدني الكويتي , محمد السعيد رشدي: الخطأ غير المقتصر جامعة الكويت , ١٤١٦هـ., ص١٠١.

(٣) انظر: المادة ٢٤١ من القانون المدني الكويتي.

هناك محل لهذه الحماية، فالبنك لا يكون مسؤولًا متى ثبت أنَّ العميل لم يعتمد على الوضع الظاهر، وأنَّه وهو يتعامل مع موظف البنك كان بقصد التعامل مع الموظف شخصيًا لا بوصفه تابعًا للبنك ذاته، ويقع عبء الإثبات على البنك ولكن من الصعب جداً إثبات ذلك ما لم يقر العميل بأن تعامله كان مع الشخص لا مع البنك(١).

ولا يعتد القضاء بكون الموظف قد اختلس أموالًا عهد إليه بها العملاء لتنفيذ طلباتهم ما دام العميل يتعامل مع البنك أصلًا وليس مع الموظف، وخاصَّةً إنْ كان يتعذر على العميل أنْ يعلم ما إذا كان الموظف يتصرف لحسابه الشخصي ما دام العمل يتم في ظروفه الطبيعية، وإثبات قصد العميل التعامل مع موظف البنك بصفته الشخصية يقع عبء إثباته على البنك كما ذكرت – فإن لم يستطع إثبات ذلك لزمته المسؤولية عن العمل(٢).

ولكي يتلافى البنك تلك التصرفات التي تنتج عنها مسؤوليته– عليه أنْ يحسن اختيار موظفيه وفقًا لأسس عملية معينة وأن يتحرى عنهم قبل عملهم في البنك, لأنه من الصعب أنْ يحذر البنك عملائه من التعامل مع موظفيه؛ فذلك لا يدفع عنه مسؤولية ما يقوم به موظفيه مع عملائه ثقة منهم في تابعي البنك من موظفين ؛ لأنه من الصعب على الجمهور التزام جانب الحذر في ميدان المعاملات الذي يقوم على الثِّقة بين الجمهور وموظفي البنك (٣) , كذلك لا يجدي البنك كونه يعلن عن اختصاص كل موظف من موظفيه ما لم يثبت البنك أنَّ العميل كان يعلم فعلًا اختصاص الموظف الذي تعامل معه.

ولا يدفع المسئولية عن البنك في حالة كون سلطات المديرين محددة بنظام البنك طالما أن المدير يتصرف داخل السلطات المعتادة لأمثاله في بنوك مُمَاثلة– بحسب المألوف تطبيقاً لنظرية الظاهر.

ومن التطبيقات القضائية: ماورد بمبادئ تسوية المنازعات المصرفية السعودية والتي نصت على أنه: "حيث إنه من المبادئ النظامية والشرعية المقررة فإن البنك يسأل مسؤولية شخصية عن

(١) محي الدين اسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص٨٣٥.

(٢) علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك , مرجع سابق, ص٧١٤ .

(٣) محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص٨٣٨.

أعمال مدير الفرع طالما أنَّه يتصرف ضمن السُّلطات المعتادة الممنوحة له من قبل البنك، ومن ثم يعتبر الخطأ صادرًا من قبل البنك ذاته حيث يلتزم بالمحافظة على أموال العميل، وأن يردها ويسأل عن أي تقصير أو إهمال في هذا المجال.

كما ورد ما يؤكد ذلك أيضًا في المبدأ الثاني من المبادئ سالفة الذكر بقوله: "البنك ملزم بالمحافظة على أموال العميل، وأن يردها إليه أو إلى من يعينه أو نائبه المُخوَّل ويجب على البنك أن يتأكد من أهلية المستلم عن كل عملية استرداد، ويُسأل البنك إذا خالف ذلك، كما أنه عند تسليم خطاب الضمان يجب على البنك أن يتأكد من شخصية المتقدم لقبض قيمة الخطاب، ويكون البنك مسؤولًا عن الوفاء غير الصحيح، ومتى حكم على البنك كان له الرجوع على الغير المسؤول عن الخطأ وذلك في نطاق المسؤولية التقصيرية. كذلك فإن البنك يُسأل مسؤولية شخصية عن أعمال مدراءه، ويعتبر الخطأ صادرًا من البنك ذاته لأن مدير الفرع يعتبر الممثل النظامي للبنك فيما يتعلق بهذا الفرع، ولا يرفع المسؤولية عن البنك أنْ تكون سلطة المدير محددة بنظام البنك طالما أنَّ المُدير يتصرف داخل سُلطاته المُعتادة لأمثاله في بنوك مماثلة بحسب المألوف. كذلك إذا ساهم العميل بخطئه في إحداث الضرر الذي أصابه، فإن المسؤولية تكون مشتركة بينه وبين البنك حسب الأحوال(١) .

وقد أكد نظام الشركات بالمملكة العربية السعودية على مسؤولية شركة المساهمة عن أعمال مجلس إدارتها بشرط أن تكون في حدود اختصاصاته، فنصت المادة ٧٧ من هذا النظام على أنه: "تلزم الشركة بالأعمال التي يجريها مجلس الإدارة في حدود اختصاصاته، كما تسأل عن تعويض ما ينشأ من الضرر عن الأفعال المشروعة التي تقع من أعضاء مجلس إدارة الشركة"، ونصت من جهتها المادة ١/٧٨ من نفس النظام على أنه: " يسأل أعضاء مجلس الإدارة بالتضامن عن تعويض الشركة والمساهمين أو الغير عن الضرر الذي ينشأ عن إساءتهم تدبير شؤون الشركة أو مخالفتهم أحكام هذا النظام أو نصوص نظام الشركة، وكل شرط يقضي بغير ذلك يعتبر كأن لم يكن".

أما بالنسبة لمسؤولية البنك كمتبوع عن أعمال تابعيه فقد أعترف بها الفقه الإسلامي، ويجد ذلك سنده الشرعي فيما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وصحابته الكرام، ثم فقهاء التابعين والمذاهب

(١) انظر: القرار رقم ٢١٦ لسنة ٢٠١٥م الصادر عن لجنة تسوية المنازعات المصرفية.

بمسؤولية المتبوع عن تابعه ومسند السنة عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يقول: "كُلُّكُمْ رَاعٍ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ" [١] . ويقول النووي –رحمه الله– الراعي هو الحافظ المؤتمن الملتزم صلاح ما قام عليه، ففيه أي في الحديث إن كل من كان تحت نظره شيء فهو مطالب بالعدل فيه، والقيام بمصالحه في دينه ودنياه.

ويطبق الحكم الشرعي السابق سواء أكان المتبوع هو الولي فيتحمل التعويض عندئذ بيت المال، أو كان شخصًا طبيعيًا فيغرم هو بالدرجة الأولى أضراراً بالضحايا والأموال، ثم قد يكون له حق الرجوع على الفاعل الأصلي، بل يكون هو المتحمل الوحيد للمسؤولية المالية. وهو ما ينطبق على مسؤولية البنك عن أعمال مستخدميه.

وينطبق ذلك على مبدأ مسؤولية المتبوع عن تابعه كأجيره أو عامله، أو من تحت رقابته على أساس: خطأ المتبوع في اختيار التابع أو في رقابته أو في توجيهه، وهو خطأ مفترض لا يحتاج إلى إثبات [٢] . وهو ما استقرت عليه أحكام القضاء السعودي [٣] .

(١) رواه الشيخان واللفظ للبخاري ، فتح الباري , لابن حجر العسقلاني, (١١/١٣) .

(٢) مصطفى الزرقا: مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، السنة الثامنة العدد العاشر ، ص ١٥١ وما بعدها.

(٣) انظر: الحكم النهائي الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية رقم ٦٢/أ س/٦ لعام ١٤٣١هـ "مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية" ص ٢٣١٣ وما بعدها .

المطلب الثاني

أركان المسؤولية المدنية للبنك

تنقسم المسؤولية المدنية إلى: عقدية، وتقصيرية، وتقوم المسؤولية بنوعيها على ثلاثة أركان، وهي: الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية. **فالمسؤولية العقدية:** تنشأ نتيجة إخلال المتعاقد بالتزام مصدره العقد، بحيث يكون الضرر الذي أصاب أحد المتعاقدين ناتجًا من عدم التزام الطرف الآخر بما تم الاتفاق عليه [١], بينما **المسؤولية التقصيرية: تنشأ** نتيجة إخلال الشخص بالتزام مصدره العمل غير المشروع، كمخالفة التزام أقره القانون أو الواجب العام مما يترتب عليه ضرر للغير [٢]. وانقسم شراح الأنظمة بشأن تحديد الطبيعة القانونية لكل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية إلى اتجاهيين:

الاتجاه الأول: يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أنه لا فرق بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في الطبيعة القانونية، فكل منهما جزاء لالتزام سابق، فالمسؤولية العقدية تتحقق نتيجة الإخلال بالتزام عقدي لم يقم به الملتزم، والمسؤولية التقصيرية تتحقق أيضًا نتيجة الإخلال بالتزام قانوني لم يقم به المسؤول، وعلى أثر ذلك فالمدين في الحالتين قد تحققت مسؤوليته. وبالتالي لا محل على التمييز بينهما [٣].

الاتجاه الثاني: يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى وجود فارق بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، فالمسؤولية وإن كانت تقوم على الخطأ وهو متصور في الحالتين إلا أن القانون هو الذي يحدد القواعد التي تخضع لها علاقات الأفراد، بينما في العقد تكون إرادة أطراف التعاقد هي الأساس في تحديد القواعد التي تخضع لها علاقاتهم ومن ثَّم فالنظام العام هو مناط الحالة الأولى (المسؤولية التقصيرية). بينما مصالح أفراد التعاقد هي مناط الحالة الثانية (المسؤولية العقدية)، وتفريعًا على هذا فإن هناك وسيلتين للإخلال بحقوق الأفراد: إحداهما تقوم بمخالفة الحقوق

(١) محمد حسين منصور : مصادر الالتزام , دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, ٢٠١٤ , ص ١١٢.

(٢) نبيل إبراهيم سعد : النظرية العامة للالتزام , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية, ٢٠١٢م, ص ١٢٣.

(٣) عبد الرزاق السنهوري : مصادر الالتزام , المجلد الأول , مرجع سابق , ص ١٢١١.

المشروعة قانونًا وهذه هي " المسؤولية التقصيرية"، والأخرى تقوم بمخالفة ما اتفق عليه أطراف التعاقد وهذه هي "المسؤولية العقدية"[١].

والرأي المستقر عليه شراح الأنظمة والقضاء المقارن هو ما ذهب إليه أنصار الاتجاه الثاني الذي يقوم على التفرقة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، وبتطبيق ذلك على مسؤولية البنك، فإنها من قبيل المسؤولية العقدية، لارتباط البنك بعقد مكتوب مع العميل، بموجبه تتحدد الالتزامات.

وتقوم المسؤولية المدنية على ثلاثة أركان، وهي: الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية على التفصيل الآتي:

أولًا- ركن الخطأ:

الخطأ هو قوام المسئولية المدنية، وبانتفاء الخطأ تنعدم المسئولية ولا يستحق التعويض. فالخطأ شرط ضروري للمسئولية المدنية؛ بل هو الأساس الذي تقوم عليه، وينطبق ذلك على مسؤولية البنك تجاه عملائه بمناسبة عقود الضمانات المصرفية، فمناط تحققها الخطأ في أداء المهمة المنوط بموظفي البنك تحقيقها، ولكن يجب أن يتمسك المضرور بخطأ وقع من البنك في تنفيذ التزامه، وأن يقيم الدليل على تحققه.

ولم يتعرض المنظم السعودي لتعريف الخطأ، تاركًا ذلك إلى شراح الأنظمة، ويذهب بعض شراح الأنظمة [٢] إلى تعريف الخطأ بأنه: " إتيان فعل غير جائز ولو لم يقع تحت طائلة أحكام قانون العقوبات". ويذهب بعض شراح القانون الفرنسي الأوائل إلى تعريف الخطأ بأنه: "مساس بحق الغير دون حق"[٣] ، ويؤخذ على التعريفات السابقة: عدم الدقة، والغموض، كما أن المساس بحق للغير لا يكون بذاته العنصر المادي للخطأ وإنما ركن الضرر [٤]، كما أن التعريف الأخير وإن كان ينطبق على الخطأ العقدي غير أنه يصعب تطبيقه على الخطأ التقصيري في كثير من الحالات. لذلك ذهب أحد الشراح إلى نظرية جديدة في أساس المسئولية المدنية، مبنية على الأخذ بفكرة تحمل التبعة كمبدأ عام، تحل محل نظرية الخطأ. ويقوم ذلك على المسؤولية الموضوعية

(١) سليمان مرقس: موجز أصول الالتزامات، دار النشر للجامعات المصرية, القاهرة , ١٩٦٨م, ص٢٣١.

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت : مصادر الالتزام مطابع جامعة القاهرة,١٩٦٣م ,فقرة ٤٤٣, ص ٤٠٩ وما بعدها.

(٣) مصطفى مرعى: "المسئولية المدنية في القانون المصري" مطبعة نورى , القاهرة, ١٩٣٦م, ص٣٥.

(٤) سليمان مرقس ، مرجع السابق ، هامش ص١٨١.

النابعة من ماديات الواقعة نفسها، ويزيل عن المضرور عبء إثبات الضرر، إلا أن نظرية تحمل التعبة، لم تلبث أن فقدت معظم أنصارها، بعد أن تبين افتقارها من جهة إلى السند القانوني، ومن جهة أخرى إلى العناصر اللازمة لصلاحيتها للتطبيق كقاعدة عامة [١].

ويفضل الباحث: تعريف الفقيه الفرنسي (بلانيول) للخطأ بأنه: (إخلال بالتزام قانوني سابق) [٢]؛ فهذا التعريف يعطى فكرة مبسطة عن الخطأ كعنصر في المسؤولية المدنية بنوعيها: عقدية، وتقصيرية. كما يصلح لتحديد الخطأ كعنصر في المسئولية الجنائية، فالخطأ في جميع الأحوال إخلال بالتزام قانوني سابق.

أنواع الخطأ: يُقسم شراح الأنظمة الخطأ إلى عدة أنواع، أهما ما يلي:

١- **الخطأ الإيجابي والخطأ السلبي:** يقع الخطأ كلما أتى الانسان عملًا ينبغي أن يتجنبه، أو امتنع عن عمل كان يتعين عليه القيام به، فالخطأ قد يأخذ صورة فعل، أو يأخذ صورة امتناع عن فعل أو ترك، ويسمى في الحالة الأولى خطأ إيجابيًا وفى الحالة الثانية خطأ سلبيًا [٣].

أ- **الخطأ الإيجابي:** يقع بفعل إيجابي سواء كان من شأنه ترتيب جريمة جنائية، أو غير جنائية.

ب- **الخطأ السلبي:** هو الذي يأخذ صورة ترك أو امتناع، وهو لا يتحقق إلا حيث يدل الترك أو الامتناع على إهمال أو عدم احتياط [٤].

وإذا كان الأصل في الإنسان أن له حرية الامتناع عن أي عمل، لما لم يكن ثمة واجب قانوني يفرض عليه القيام بهذا العمل، فحينئذ يعتبر امتناعه عنه خطأ يوجب مسئوليته.

ويتمثل الخطأ السلبي في الامتناع المجرد أو الإخلال بالواجب القانوني العام باليقظة والتبصر في أداء العمل، وهنا نكون بصدد خطأ امتناع بمناسبة عمل [٥].

---

(١) سعد واصف : "التأمين من المسؤولية ، دراسة في عقد النقل البرى" رسالة دكتوراه من القاهرة سنة ١٩٥٨م , دار النشر للجامعات المصرية , ص١١٥ وما بعدها.

(٢) حبيب إبراهيم الخليلي: "مسئولية الممتنع المدنية والجنائية "ر, سالة دكتوراه جامعة القاهرة سنة ١٩٦٧ م ، المطبعة العالمية ، القاهرة, ص٧ وما بعدها.

(٣) حبيب إبراهيم الخليلي , المرجع السابق ، ص٣٨.

(٤) عصام أنور سليم: أحكام الالتزام والإثبات, منشأة المعارف, الإسكندرية , ١٩٩٦م, ص ١٤٨.

(٥) نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للالتزام, مرجع سابق, ص ١٧٧.

٢- الخطأ العمد وخطأ الإهمال:

أ-الخطأ العمد: هو الإخلال بواجب قانوني مقترن بإرادة الإضرار بالغير [١], إذا يلزم أن يكون هناك فعل أو امتناع عن فعل يُعد إخلالًا بواجب قانوني، وهذا الإخلال بالواجب القانوني مصحوبًا بقصد الإضرار بالغير، أي اتجاه الإرادة إلى إحداث نتائجه الضارة، ولا يشترط أن يكون الهدف الرئيسي من ارتكاب الفعل الضار، ما دام كان من بين الأغراض الدافعة لارتكابه.

ويؤيد الباحث ما ذهب له أغلبية الشراح [٢] في الأخذ بالتقدير الشخصي أو الواقعي عند تقدير الخطأ العمد، وحجتهم في ذلك أنه مادام الخطأ قوامه قصد الإضرار بالغير، فإن القاضي يتعين عليه أن يبحث في نفس الفاعل عن توافر هذا القصد أو عدمه.

ب- خطأ الإهمال: هو الإخلال بواجب قانوني سابق، مقترن بإدراك المخل لهذا الإخلال ودون قصد الإضرار بالغير، ويتكون خطأ الإهمال من عنصرين هما [٣]: " العنصر النفسي: وهو التمييز والإدراك، والعنصر المادي: وهو الإخلال بالواجب".

ويرى الباحث: أن تحديد الواجبات إذا لم يكن معينًا بنص النظام، فلا مجال سوى بالالتجاء إلى العرف كما هو الحال في مسؤولية البنك عن الإخلال بواجباته الناشئة عن عقود الضمانات المصرفية، ويمكن الأخذ بالمعيار الموضوعي، وذلك بالنظر لمسلك البنوك الأخرى في مثل الظروف الظاهرة.

ثانيًا- ركن الضرر: الضرر ركن أساسي في المسئولية المدنية، سواء كان الخطأ ناجمًا عن فعل أو عن امتناع. فإذا لم يثبت وقوع الضرر فلا محل للبحث في نوع المسئولية تقصيرية كانت أو عقدية، وإذا انتفى الضرر فلا مسئولية.

١- **تعريف الضرر:** هو الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله، أو شرفه أو عواطفه [٤]، والضرر الذي يستتبع المسئولية المدنية والتعويض هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء

---

(١) سعد واصف : "التأمين من المسؤولية "، دراسة مقارنة, مرجع سابق, ص ١٢١.

(٢) نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للالتزام, مرجع سابق, ص ١٧٩.

(٣) رمضان ابو السعود: مصادر الالتزام, مرجع سابق, ص ١٩٧.

(٤) مصطفى مرعي: "المسئولية المدنية" المرجع السابق ، ص١١٨.

المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة تعلقًا بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حريته أو شرفه واعتباره أو غير ذلك [١].

٢- **أنواع الضرر**: ينقسم الضرر إلى نوعين على النحو الآتي:

(أ) ضرر مادي: هو الذي يسبب إخلالًا بمصلحة ذات قيمة مالية، ويجب أن يكون هذا الإخلال محققًا، ولا يكفي أن يكون محتملًا، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها: "مجرد احتمال وقوع الضرر في المستقبل، لا يكفي للحكم بالتعويض"[٢].

(ب) ضرر أدبي: وهو الضرر الذي لا يُصيب الشخص في ماله، ويجب التعويض عنه كما هو الشأن في الضرر المادي، بشرط أن يكون ضررًا محققًا غير احتمالي.

والضرر الأدبي، يمكن أن يتحقق في أحوال معينة منها: الضرر الذي يصيب الشرف والاعتبار، فالعميل الذي يتعرض للتشهير بالسمعة بسبب عدم تنفيذ البنك التزامه بتوفير الائتمان اللازم، يستطيع الرجوع على البنك بالتعويض عن الضرر المعنوي، غير أن ما عليه الحال بالقضاء السعودي، هو ندرة الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي مستقلًا عن الضرر المادي، حيث استقرت غالبية الأحكام القضائية على رد دعوى التعويض عن الضرر الأدبي مستقلًا، ولم أجد تطبيقًا لذلك لدى لجان الفصل في المنازعات المصرفية.

غير أن أحكام القضاء المقارن التي صدرت بعد ذلك، قضت بالتعويض المالي، جبرًا للضرر الأدبي ورأت أنه إذا كان المال لا يمحو الضرر الأدبي، فإنه يعطى للمضرور ترضية تخفف عنه ذلك الضرر، ولا يجوز أن يكون صعوبة تقدير الضرر وتقويمه سببًا في عدم تعويضه، وأن العدالة والمُثل العليا تأبى أن يفلت المتسبب في الضرر من كل جزاء، لمجرد أن الضرر أدبي [٣].

ويرى الباحث: أن الضرر الأدبي الذي يصيب الإنسان من جراء خطأ يرتكبه الغير أكثر إيلامًا من الضرر المادي، وإذا كانت أحكام القضاء ولجان الفصل جرت في الغالب على رد طلب التعويض

(١) رمضان ابو السعود: مصادر الالتزام, مرجع سابق, ص ١٩٩.

(٢) انظر: نقض مدني مصري جلسة ١٩٧٦/٣/١٥م سنة ٢٧ق , مجموعة أحكام النقض المصرية, منشورات نادي القضاة, القاهرة, ١٩٨٥م, ج٢ ,ص١٧٥.

(١٣٠) انظر: نقض مدني مصري جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢م ، س١٧ ، العدد الثاني ص٦٣٦ .

(١٣١) سليمان مرقس : "دروس في المسئولية لطلبة الدكتوراه , مرجع سابق, ص١٣٣ وما بعدها.

المالي جبرًا للضرر الأدبي؛ حتى لا يكون في التعويض عن الضرر الأدبي إثراء للمضرور، فإننا نخالف هذا الاتجاه، ونرى أن في جبر الضرر الأدبي ردع للمخطئ، ويتعين الاستئناس بموقف المشرع المدني المصري، الذي اعترف بجبر الضرر الأدبي بالنص في صدر الفقرة الأولى من المادة (٢٢٢) على أن: "يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضًا...".

٣-شروط الضرر الموجب للتعويض: يشترط في الضرر لكي يصلح أساسًا للمطالبة بالتعويض ما يلي: أن يكون محققًا وأن يكون شخصيًا للطالب، وأن يصيب الضرر حقًا مكتسبًا [١]، فيجب أن يكون الضرر محقق الوقوع، بأن يكون قد وقع فعلًا، أو سيقع حتمًا في المستقبل، والضرر المستقبل يكون محققًا ويصلح أساسًا للمطالبة بالتعويض كلما كان نتيجة لازمة لضرر وقع فعلًا. فيجوز للمضرور أن يطالب بالتعويض عن ضرر مستقبل، متى كان محقق الوقوع.

ويشترط في الضرر أن يكون قد أصاب طالب التعويض شخصيًا، فليس لإنسان أن يطالب بتعويض عن ضرر أصاب غيره، إلا أن يكون خلفًا للمصاب [٢]، يستوي في هذا أن يكون الضرر ماديًا أو أدبيًا. كما يشترط في الضرر أن يصيب حقًا مكتسبًا، والحق هو فائدة يحميها القانون [٣]. وينطبق ذلك على مسؤولية البنك عن تعويض الضرر الناشئ عن الإخلال بالتزاماته بعقود الضمان.

ثالثًا- ركن السببية: إن علاقة السببية ذات أهمية كبرى في مجال المسئولية المدنية، فهي التي تحدد الفعل الذي سبب الضرر، وعبء إثبات السببية بين الخطأ والضرر يقع على عاتق المضرور، وذلك طبقًا للقاعدة العامة في تحمل المدعى عبء إثبات ما يدعيه. ويلزم لقيام المسئولية المدنية في حق البنوك التجارية، سواء أكانت عقدية أم تقصيرية- أن يتوافر إلى جانب الخطأ والضرر عنصر آخر هو علاقة السببية بينهما. فيلزم أن يكون الضرر نتيجة الخطأ , أي أن البنك هو الذي تسبب بخطئه في إحداث الضرر ، فإذا انقطعت الصلة بين الخطأ والضرر - لا تقوم المسئولية .غير أن غالبية القوانين المقارنة قد استقرت على أن علاقة السببية بين الخطأ أو الفعل الضار وبين الضرر ليست محلًا للإثبات ، فإثبات مدعي التعويض الخطأ والضرر الذي نجم عنه من شأنه قيام قرينة لمصلحته بتوافر علاقة السببية بين الفعل والضرر ، ومن ثم يكون على المسؤول دحض هذه القرينة بإثباته انعدام السببية بين فعلة الضار أو خطأه العقدي وبالضرر

(١٣٢) مصطفى مرعى: "المسئولية المدنية" , مرجع سابق, ص١٢٧.

(٣) د. نبيل إبراهيم سعد, مرجع سابق, ص ٢٩٩.

الذي وقع ، كما يستطيع المدعي عليه أن ينفي السببية بطريقة غير مباشرة ، كأن يقيم الدليل على أن الضرر يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه [١] .

المبحث الثاني

صور الإخلال بالتزامات البنك بالضمان والجزارات المترتبة عليها

تمهيد وتقسيم:

تقوم مسؤولية البنك التعاقدية على ثلاثة أركان هي: الخطأ التعاقدي للبنك والمتمثل في عدم تنفيذه لالتزامه مع العميل والضرر الذي يصيب العميل بسبب إخلال البنك بالالتزام وعلاقة السببية التي تنسب الضرر الواقع على العميل إلى الخطأ التعاقدي للبنك[٢] , وقد يكون الضرر الواقع بالعميل بسبب عدم تنفيذ البنك للعقد الواقع بينهما، متمثلًا في حرمان العميل من منافع العقد، إذ قد يكون العميل قد عوَل على تنفيذ العقد ليجني منافع بنى عليها أمورًا كثيرة، فيرتب عدم التنفيذ عليه أضرارًا في علاقاته مع الغير، كارتفاع سعر بضاعة وقع عقدًا مبدئيًا لشرائها ؛ وكل ذلك بسبب تخلف البنك عن تنفيذ التزامه قبل العميل. وقد يكون الضرر ناتجًا عن تأخر البنك في تنفيذ العقد، أو نفذه تنفيذًا جزئيًا أو معيبًا–ففي هذه الأحوال جميعها يُعد البنك مسؤولًا عن تعويض هذه الأضرار التي تسبب فيها [٣]. وسوف أتعرض في هذا المبحث إلى صور إخلال البنك بالتزاماته الناشئة عن عقود الضمان والجزاءات المترتبة على ذلك **من خلال المطلبين التاليين:**

المطلب الأول: صور الإخلال بالتزامات البنك بالضمان.

المطلب الثاني: الجزاءات المترتبة على الإخلال بالضمانات المقررة للعميل.

(١) انظر: المادة (١٦٥) من القانون المدني المصري رقم ١٣٧لسنة ١٩٤٨ م ونصها:" إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير – كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق علي غير ذلك ".

(٢) حسن حنتوش الحناوي: التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، ص٩٠،٩٨ .

(٣) عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي: المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء مرجع سابق, ص٤٣٩ .

المطلب الأول

صور الإخلال بالتزامات البنك بالضمان

أولًا –الإخلال بواجب الاستعلام عن العميل:

يهدف الاستعلام عن العميل إلى توضيح الظروف المحيطة بعملية التسليف والعناصر المتعلقة بها من أجل تمكين البنك من اتخاذ القرار السليم على ضوئها بما يضمن مصالح الأطراف، وهذا الهدف يلزم البنك استخدام كافة الوسائل المتاحة لديه لجمع المعلومات من المصادر التي تمكنه من الوصول إليها [١] , **ويمكن القول:** بأنه يقع على عاتق المصرف الحد الأدنى من الالتزام بالاستعلام بهدف التأكد من أهلية طالب إصدار خطاب الضمان أو طالب الاعتماد البسيط أو المستندي أو طالب الكفالة المصرفية. وتتم آلية تجميع المعلومات باللجوء إلى مصادر متنوعة يشكل العميل نفسه إحداها، في حين يمكن تقسيم باقي المصادر إلى مصادر رسمية :كالسجل التجاري، السجل العقاري، وأخرى غير رسمية: كالمصارف الأخرى والأوساط المهنية والمالية. أما المعلومات الخاصة بالعميل نفسه، وهي تشمل طبيعته النظامية (شركة أو مؤسسة فردية)، طبيعة نشاطه، وأسماء الشركاء والمعلومات المالية والشخصية عنهم، وتحديد المؤسسات والفروع التابعة للعميل وعدد موظفيه...إلخ[٢].

و تقوم المصارف في المملكة العربية السعودية بطلب كل البيانات الشخصية من العميل أو عن طريق المصارف الأخرى، إلا أن إنشاء شركات المعلومات الائتمانية سهلت على المصارف تلك المهمة، فالشركة السعودية للمعلومات الائتمانية (سمة) تهدف إلى تقديم المساندة للبنوك والشركات فيما يتعلق بمستخدمي الخدمات والعمليات الائتمانية البنكية؛ حيث تقوم الشركة بإدارة مصادر البيانات الائتمانية نيابة عن البنوك لتتمكن هذه الجهات من استخدام البيانات وبالتالي مساعدتها في تقديم الائتمان وإدارة علاقاتها مع العملاء الأفراد من خلال إنشاء قاعدة بيانات لجمع ودراسة وتحليل السلوك الائتماني للعملاء في المملكة العربية السعودية.

---

(١) عاشور عبد الجواد عبد الحميد : البديل الإسلامي للفوائد المصرفية الربوية , دار النهضة العربية, القاهرة , د.ت, ص ٢٠٧.

(٢) انظر، أحمد بركات مصطفى: مسؤولية البنك عن تقديم المعلومات والاستشارات المصرفية, رسالة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة أسيوط, ١٩٩٠م, ص ٢٢ وما يليها.

ثانيًا – الإخلال بواجب النصح والمشورة للعميل:

يختلف نطاق التزام البنك بتقديم المعلومات والنصائح تبعًا لخبرة العميل ودرايته بالمجال المصرفي والمالي، فكلما كان العميل على درجة أكبر من المهنية كلما خفّف الالتزام بنقل المعلومات وتقديم النصائح على عاتق البنك، بل يمكن ألا تكون واجبة. وهذا يجعلنا نميز بين العميل عديم الخبرة بالمجال المصرفي والمالي، والعميل ذو الخبرة المحترف، فالعميل عديم الخبرة بالمجال المصرفي والمالي، على البنك أن يقدم له كل المعلومات الضرورية، ولا يهم فيما إذا كان العميل يمكنه الحصول على المعلومات من مصدر آخر، فهذا لا يعفي البنك من القيام بالتزامه (١).

أمَّا العميل المهني المحترف ذو الخبرة، نجده يضيِّق من نطاق التزام البنك بنقل المعلومات وتقديم النصيحة، لأنه – ومما لا شك فيه– يملك قدرًا من الخبرات والمعلومات اللصيقة بعمله (٢).

وقد وضعت مؤسسة النقد العربي السعودي مبادئ لحماية عملاء المصارف، ومن تلك المبادئ: إلزام المصارف بوضع برامج وآليات مُناسبة لتطوير معارف ومهارات العملاء الحاليين والمستقبليين، ورفع مستوى الوعي والإرشاد لديهم، وتمكينهم من فهم المخاطر الأساسية، ومساعدتهم في اتخاذ قرارات مدروسة وفعَّالة، وتوجيههم إلى الجهة المُناسبة للحصول على المعلومات في حال حاجتهم لذلك (٣). وكذلك على شركة التمويل تقديم الاستشارة والنصح للعملاء في اختيار المنتج أو الخدمة التمويلية المُلائمة لاحتياجاتهم (٤).

ثالثًا– الإخلال بواجب اتخاذ الحيطة والحذر قبل التعاقد:

الالتزام بالحيطة والحذر هو التزام مركب مؤلف من عدة عناصر مترابطة، يشكل كل منها التزامًا قائمًا بذاته. هذه العناصر تتضافر جميعها من أجل تحقيق الهدف المتوخى من إرساء هذا الالتزام على

(١) عاشور عبد الجواد عبد الحميد: البديل الاسلامي للفوائد المصرفية الربوية, مرجع سابق, ص ٢٠٧.

(٢) نبيل محمد صبيح: العمليات المصرفية ذات الطابع الدولي، القاهرة، ١٩٩٢م, ص١٥١ .

(٣) انظر: المبدأ الثالث من القسم الثاني من مبادئ حماية عملاء المصارف , ص٧.

(٤) انظر: القسم الثالث البند العاشر الفقرة ٢ من مبادئ حماية عملاء شركات التمويل, ص١٤.

عاتق البنك. حيث يقوم البنك بجمع كافة المعلومات حول العملية الائتمانية -سواءً تلك المتعلقة بالعميل أو تلك المرتبطة بالعناصر والظروف المحيطة بها- وتقدير هذه المعلومات واتخاذ القرار المناسب بشأن منح الائتمان. والالتزامات التي يتألف منها الالتزام بالحيطة والحذر هي التزامات متداخلة ومترابطة، فهي متداخلة بحيث لا يمكن وضع عملية بينهما، أي لا يمكن الجزم بأسبقية التزام على الآخر سواءً عمليًا أو زمنيًا، فلا يمكن تحديد مرحلة يبدأ فيها أو ينتهي عندها عنصر ما، وهي مترابطة بحيث إن حسن تنفيذ أحد هذه الالتزامات يضمن حسن تنفيذ الالتزامات الأخرى والعكس صحيح [١].

والالتزام بالحيطة والحذر، هو التزام ببذل عناية الرجل العادي والحريص، وليس بتحقيق نتيجة بحيث مجرد تحقق الخطر تترتب مسؤولية المصرف التقصيرية، فلا يبذل عناية لإثبات عدم استعلامه عن الأشخاص المقترضين مثلًا، أوعدم تطبيق قواعد الحذر أوعدم طلب الضمانات... إلخ [٢].

ولنفي مسؤولية المصرف- عليه إثبات أنه بذل العناية اللازمة وتصرف تصرف الرجل العادي أو المهني الموجود في نفس الظروف.

ويرتبط الأساس النظامي للالتزام بالحيطة والحذر، من جهة بمقتضيات حسن النية التي أوجبت إرساء هذا الالتزام، ومن جهة أخرى بالأعراف المصرفية التي عرفت هذا الالتزام وحددت مضمونه ونطاق تطبيقه؛ لذلك يقع على المصرف الالتزام باحترام مبادئ وأهداف المهنة، بحيث يمارس مهنته بصدق وأمانة وفقًا لما تمليه عليه التقاليد والعادات الاجتماعية [٣].

رابعًا- الإخلال بواجب المحافظة على أسرار العميل:

أكدت مبادئ حماية العملاء الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي، على الآتي [٤] :

---

(١) نبيل محمد صبيح: العمليات المصرفية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص١٥٢ .

(٢) N. Mathey, le professionnel doit éclaire le souscripteur sur les risques des produits financiers proposés, la semaine juridiqeue Entreprise et des affaires ١٦ octobre, ٢٠٠٨, Document ٢١٣ de ٤٣٧, France, p ٦٦ et suivants.

(٣) N. Mathey, op. cit, p ٦٥

(٤) انظر البند التاسع من مبادئ حماية عملاء المصارف الفقرات (١و٢و٥).

١- التزام البنوك بحماية بيانات ومعلومات العملاء والحفاظ على السرية حيث تقع على المصرف مسئولية حماية بيانات العميل والحفاظ على سريتها سواء البيانات المحفوظة لديه أو لدى طرف ثالث.

٢- ينبغي على المصرف توفير بيئة آمنة وسرية في كافة قنواته المصرفية لضمان الحفاظ على سرية بيانات العميل عند تنفيذه لعملياته المصرفية [١].

٣- ينبغي على موظفي المصرف، سواءً الموظفين الدائمين أو المؤقتين وموظفي الطرف الثالث التوقيع على نموذج المحافظة السرية بشأن بيانات العملاء والتأكد من عدم كشفهم المعلومات الشخصية للعملاء ومنع الدخول عليها واقتصاره على الأشخاص المخولين فقط سواء كانوا على رأس العمل أو بعد تركهم لوظائفهم [٢].

أما نظام مراقبة البنوك فقد نص على أنه: "يحظر على أي شخص يحصل على أية معلومات أثناء أو بمناسبة قيامه بأي عمل يتعلق بتطبيق أحكام هذا النظام إفشاؤها أو الإفادة منها بأية طريقة" [٣] .

خامسًا- الإخلال بتنفيذ الالتزام الناشئ عن عقد الضمان في مواجهة العميل:

تتمثل التزامات البنك تجاه العميل في **إصدار خطاب الضمان:** ببيانات معينة لصالح المستفيد يلزم التأكد منها قبل دفع قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد، كما يلتزم البنك بإخطار وإبلاغ العميل بمطالبة المستفيد، وكذلك قيامه برد غطاء خطاب الضمان أو ما تبقى منه في نهاية المدة المحددة له. **وفي الاعتماد المستندي:** يلزم على البنك التأكد من مطابقة المستندات المقدمة من المستفيد البائع للمعلومات والبيانات التي أفصح عنها العميل الآمر المشتري، ففي حال إخلال البنك بتنفيذ هذه الالتزامات – كان البنك ملتزماً بتعويض الضرر الحاصل للعميل.

ومن تطبيقات الالتزام بشروط الضمان في المملكة العربية السعودية: ما نصت قواعد الضمانات

---

(١) يستثنى من ذلك : أ-عندما يكون الكشف عنها أمرًا إلزاميًا تفرضه السلطات المختصة (مثل وزارة الداخلية، المحاكم.)

ب-عندما يتم الكشف عن المعلومات بموافقة العميل الكتابية . انظر: الفقرة الثالثة من البند التاسع من المبادئ.

(٢) انظر: الفقرة الخامسة من البند التاسع من المباديء .

(٣) انظر: المادة (١٩) من نظام مراقبة البنوك .

البنكية الصادرة عن وزارة المالية في أحكامها العامة على أنه في حالة تقديم ضمان مخالف لما ورد في صيغة النماذج المعتمدة فيتعين عدم قبوله، كما شددت على الجهات الحكومية ألا تطلب من المتعاقدين خطابات ضمان بصيغ مختلفة عن الصيغ المعتمدة، وعللت ذلك بأن قبول الصيغة المختلفة قد يترتب عليه إشكالات مع المقاول أو إضعاف لحقوق الجهة الحكومة [١].

ويُعد البنك مخلًا بالتزامه مع المستفيد إذا طالبه هذا الأخير بالوفاء بقيمة الخطاب أو الاعتماد، فامتنع أو تراخى عن ذلك، وحتى لو أبطل التزام العميل قبل المستفيد أو تم فسخ عقد الأساس الذي كان سببًا لإصدار خطاب الضمان أو أعلن إفلاس العميل أو جرت تصفيته (إذا كان شركة مثلًا) – فلا يؤثر ذلك على التزام البنك تجاه المستفيد، وإذا كان لدى العميل أسباب جدية لمنع البنك من الوفاء للمستفيد فإنه يجب عليه أن يسلك طرقًا أخرى غير طريق المعارضة في الوفاء وذلك لحماية حقوقه، ولعل القضاء هو الوسيلة المثلى في ذلك [٢].

وقد حددت لجنة تسوية المنازعات المصرفية بالمملكة في أحد قراراتها: الحالات التي يجوز فيها للبنك مصدر خطاب الضمان الامتناع عن صرف قيمته متى طلب المستفيد ذلك خلال مدة صلاحيته بقولها: "لا يجوز للبنك مصدر خطاب الضمان الامتناع عن صرف قيمته متى طلب المستفيد ذلك خلال مدة صلاحيته إلا في حالتين: الأولى عندما يشوب طلب المصادرة غش أو تدليس، والثانية عندما يتم طلب المصادرة لغير الغرض الذي أنشئ من أجله خطاب الضمان"[٣].

(١) الفقرتان (٤، ٥) من لائحة قواعد الضمانات البنكية الصادرة عن وزارة المالية الجزء الخاص بالأحكام العامة.

(٢). محيي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص٨٠٧.

(٣) قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية رقم ١٤٩ لعام ١٤٢٤، المرجع السابق، ص٣١٢.

المطلب الثاني

الجزاءات المترتبة على الإخلال بالضمانات المقررة للعميل

يشمل الجزاء الواقع على البنك بصدد إخلاله بالتزاماته تجاه العميل، جزاء جنائي عام، في حال إفشاء أسرار العميل، إلى جانب الجزاءات الجنائية الأخرى في حال ثبوت أحد الجرائم الأخرى في حق أحد مستخدميه، كالتزوير أو خيانة الأمانة، وإلى جانب ذلك فهناك جزاء مدني يتمثل في جبر الضرر الواقع على العميل. وسوف أتعرض لذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول

الجزاء الجنائي

تناول نظام مراقبة البنوك الذي يعد أساساً في الأنظمة المصرفية في المملكة النص على عقوبة إفشاء أسرار العميل أو الافادة منها أو الحصول على أية معلومات أثناء أو بمناسبة القيام بأي عمل يتعلق بتطبيق أحكام النظام، وتتمثل العقوبة الجزائية في السجن لمدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تزيد على عشرين ألف ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين [١] .

حيث إنَّ النظام حدد عقوبة هذه الجريمة بالجمع بين السجن والغرامة أو إحداهما بما لا يزيد عن سنتين أو عشرين ألف ريال، وترك سلطة تقديرها للقضاء في حجم العقوبة، إذْ للقاضي تقدير عقوبة مُناسبة وفق الحدود والضوابط التي حددها النظام، وتتمثل هذه السلطة التقديرية في اختيار أي العقوبات الثلاث وفق ما تقتضيه ظروف كل واقعة، كما يحق للقاضي تحديد مدة السجن ومقدار الغرامة المالية، إذْ لم يضع المنظم إلا حدًا أعلى للعقوبتين، وعلى القاضي أنْ يحكم بهما أو بإحداهما بما لا يزيد عن الحد الأعلى، وفي ذلك فسحة للقضاء في تقدير العقوبة حسب كل واقعة وظروفها.

ويرى الباحث: أنه في غير الحالة السابقة من صور المخالفة التي تستوجب الجزاء الجنائي، فإن

(١) انظر: المادة (٢٣) من نظام مراقبة البنوك الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم ٥/م تاريخ ١٣٨٦/٦/٢٢هـ.

القواعد العامة في المسؤولية الجزائية هي الواجبة التطبيق بحيث يمكن تحقق مسؤولية البنك عن جرائم خيانة الأمانة والاحتيال، والتزوير ونحوها بحسب نوع السلوك الإجرامي الصادر من أحد مستخدمي البنك.

الفرع الثاني

الجزاء المدني

يترتب على كون البنك مسؤولًا عن أعماله في النظام أنه لو نتج عن إخلاله بأحد التزاماته وقوع ضرر بالعميل فإن عليه إزالة هذا الضرر عن العميل وتكون بالتعويض عن الأضرار التي نتجت. ويقصد بالتعويض في النظام بأنه (الحق الذي يثبت للعميل نتيجة لإخلال البنك بأحد التزاماته التعاقدية أو النظامية) [١].

وإذا كان الحق في التعويض يثبت بسبب الإخلال الذي يقع من البنك فإن ذلك الحق يكتسبه العميل بمجرد وقوع الضرر عليه وليس بالحكم الذي يصدر بذل؛ لأن الحكم إنما يقرر الحق ولا ينشئه، إذ الحق في التعويض يثبت بوقوع الإخلال بالالتزام التعاقدي الذي تسبب في الإضرار بالعميل أو وقوع الفعل الضار من البنك الذي أضر بالعميل [٢].

أولًا- أثر ثبوت حق التعويض للعميل: ينشأ للعميل حق في التعويض من وقت حصول الضرر، ونتيجة لذلك يتحقق الآتي:

١-يجوز للعميل أن يتصرف في حقه أو أن يتصرف بمقتضي هذا الحق من وقت وقوع الضرر، ولا حاجة به إلى انتظار الحكم، إذ له من وقت الضرر أن يحول حقه إلى الغير، وأن يوقع حجزًا تحت يد مدين البنك حفاظًا لحقه.

٢- يثبت للعميل حق التعويض عن التأخير من وقت وقوع الضرر إضافة إلى حقه في التعويض الأصلي، ولا يتوقف ذلك على صدور الحكم لأن الحق في التعويض الأصلي قد نشأ من وقت وقوع

(١)حسن حنتوش: التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، مرجع سابق, ص٣٩ .

(٢) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، ج١، مرجع سابق, ص١٠٨٧.

الضرر، ولكن لما كان التعويض الأصلي قبل صدور الحكم غير مقدر فإن القاضي يقدر مبلغًا من النقود تعويضًا عن الضرر الأصلي والضرر الناتج عن تأخير دفع التعويض من وقت الضرر إلى حين النطق بالحكم (١).

والتعويض جزاء مدني يهدف إلى إصلاح الضرر وإزالته قدر الإمكان وليس المقصود منه العقوبة الرادعة لذا فإن على القاضي عند الحكم بالتعويض، لاسيما في المسؤولية التعاقدية أن يبدأ بالتنفيذ الجبري العيني على حساب البنك(٢)، غير أن البعض ذهب إلى أن التعويض مع أنه جزاء مدني إصلاحي إلا أنه يتسم بالجزاء الرادع إذا نسب إلى البنك خطأ متميز في مقداره بحيث ينطوي على جسامة وغش(٣)، ويستفاد ذلك مما نص عليه النظام المدني المصري بقوله : (ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشًا أو خطأً جسيمًا إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد)(٤).

ثانيًا– نطاق التعويض: التعويض إنما فُرض لجبر الضرر أو إصلاح محله قدر الإمكان؛ فإذا كان كذلك فإن الجبران لا يتم إلا إذا كان التعويض شاملًا لكل ما لحق العميل من خسارة، وما فاته من كسب، سواء كان ذلك الضرر الذي أصابه ماديًا أو معنويًا وعلى هذا فإن التعويض يتضمن عنصرين أساسين هما: ما لحق العميل من خسارة، وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق أو التأخير في استيفائه (٥).

ويدخل في مفهوم الخسارة تفويت الفرصة بحيث يكون العميل متوقعًا صفقة تجارية رابحة وكان توقعه مبنيًا على أسباب معقولة، كما يدخل في مفهوم الكسب الفائت التأخر في استيفاء المنفعة نتيجة

(١) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، ج١، مرجع سابق, ص١٠٨٨.

(٢) حسن حنتوش: التعويض القضائي، مرجع سابق, ص٤٠ .

(٣) عز الدين الديناصوري، وعبد الحميد الشعراوي: المسؤولية المدنية، مرجع سابق, ص٩٧٢ .

(٤) انظر : المادة (٢٢١) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م.

(٥) حسن الخطيب: نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية في القانون العراقي , دراسة مقارنة, رسالة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة باريس, ص٢٥٩.

لتأخر البنك في الوفاء بالالتزام، مما ترتب عليه إضرار بالعميل [١].

والجدير بالذكر أنه لا يدخل الضرر غير المباشر في التعويض عن الفعل الضار. كما يرفض القضاء السعودي التعويض عن الربح الفائت لمخالفته للشريعة الإسلامية، وذلك بخلاف القوانين المقارنة.

هذا ويجب على القاضي أن يتأكد من شمول التعويض لعناصره جميعها لأن تحديد عناصر التعويض يدخل في رقابة محكمة النقض، لاسيما وأن القاضي ملزم ومقيد بحدود طلبات الخصوم، فليس له الحكم بأكثر مما طلبوه أو أن يحكم بغير ما طلبوه، وإلا فيكون قد أخطأ في فهم الوقائع؛ وبهذا قضت محكمة النقض المصرية بقولها: (أما بشأن عناصر التعويض، فالعناصر المكونة للضرر والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض، فهي من المسائل النظامية التي تهيمن عليها محكمة النقض، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضي بالتعويض بصورة مجملة دون أن يعين عناصر الضرر – فإنه يكون قد شابه البطلان لقصور أسبابه، وبالتالي يستوجب نقضه)[٢].

وعلى خلاف ذلك يصح الحكم إذا بين عناصر الضرر تفصيلًا ثم أجمل في تقدير التعويض، وهذا ما قضت به المحكمة نفسها بقولها: (إذا أوضح الحكم في أسبابه عناصر الضرر الذي لحق المطعون عليه بسبب خطأ الطاعن وبين وجه أحقيته في التعويض عن كل عنصر منه، فإنه لا يعيبه تقدير تعويض إجمالي عن تلك العناصر) [٣].

ثالثًا – كيفية تقدير التعويض: جرت الأنظمة الوضعية على أن يكون التقدير للتعويض من حيث الأصل نقديًا وأن التنفيذ العيني استثناء إن رأى القاضي مبررًا للحكم به، أو بناء على طلب المضرور.

والقاعدة في تقدير التعويض النقدي أنه يقدر بحسب الضرر، مع مراعاة الظروف الملابسة. ويتضمن التقدير ما لحق العميل من ضرر وخسارة وما فاته من كسب، ويشترط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية

(١) حسن حنتوش: التعويض القضائي، مرجع سابق, ص٧٦.

(٢) عبد الحكم فودة: التعويض المدني، دار المطبوعات الجامعية, الإسكندرية, ١٩٩٨, ص١٦٩.

(٣) منير قزمان: التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء, دار الفكر الجامعي, الإسكندرية, ٢٠٠٦,ص١٨٥.

للإخلال بالالتزام وبقطع النظر عما إذا كان الضرر متوقعًا أو غير متوقع في الفعل الضار، ولكن شريطة أن يكون متوقعًا في الإخلال بالالتزام التعاقدي. ولا يتعين على المحكمة أن تستعين بخبير لتقدير الضرر إذا لم تر داعيًا وإنما تكتفي بتقدير القاضي [١] ولكن مع أن القاعدة في تقدير التعويض هي أن يكون جبر الضرر كاملًا إلا أن القضاء يتجه إلى التخفيف من التعويض الكامل بالنظر إلى الظروف الملابسة من حيث جسامة الخطأ أو عدمها، فإذا كان الخطأ يسيرًا فإن ذلك يكون عاملًا لتخفيف التعويض، بينما جسامة الخطأ أو الغش في تنفيذ الالتزام يؤديان إلى الأخذ بالتعويض الكامل [٢].

وتطبيقًا للقواعد المذكورة فإنه عند عدم رد البنك للصكوك المودعة لديه فإن القاضي يقدر التعويض بقيمة تلك الصكوك عند إيداعه، وذهب فريق آخر إلى أنها تقدر بقيمتها عند الإيداع أو عند الطلب أيهما أكبر [٣]. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: (يقدر التعويض بقدر الضرر والنوع الذي تراه محكمة الموضوع مناسبًا لجبره وطالما أنه لم يرد بالنظام أو بالاتفاق نص ملزم باتباع معايير معينه في خصوصه [٤]. **وفي ضوء ما سبق يظهر أن تقدير التعويض يتخذ إحدى صور ثلاث** [٥]:

أ- الحكم القضائي: وهو الذي يتولى فيه قاضي الموضوع تحديد القدر المستحق من التعويض بالنظر في واقع الضرر، مع مراعاة الظروف والملابسات ويكون للقاضي سلطة تقديرية كبيرة في ذلك، ويختص به في النظام العدلي السعودي لجنة الفصل في المنازعات المصرفية.

ب- التقدير الاتفاقي: وهو الذي يتفق عليه الطرفان في العقد بأن يحددا مقدار التعويض عند إخلال أي طرف بأحد التزاماته، وهو ما يعرف بالشرط الجزائي.

(١) سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، ج١، مرجع سابق, ص٥٣٥.

(٢) عبد الحميد الشواربي، وعز الدين الديناصوري: المسؤولية المدنية، مرجع سابق, ص٩٨٢

(٣) محمد أحمد عبد الفضيل، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٩٨م, ص٢٧٠.

(٤) منير قزمان: التعويض المدني، مرجع سابق, ص٣٤.

(٥) سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، ج١، مرجع سابق, ص٥٥٧.

ج- التقدير النظامي: وهو الذي يتولى النظام تقديره وذلك فيما يتعلق بفوائد التأخير في الديون، حيث يحدد النظام نسبة الفائدة التعويضية [١].

ويرى الباحث: أن التعويض يقتصر في النظام السعودي على الضرر المادي دون غيره، ولا مجال للتعويض عن الضرر الأدبي إن كان مستقلًا، وهذا محل نظر، لأن الضرر الأدبي الذي يصيب الإنسان من جراء خطأ يرتكبه الغير أكثر إيلامًا من الضرر المادي، وفي جبر الضرر الأدبي ردع للمخطئ. كما يختص بنظر دعاوى المسؤولية لجنة الفصل في المنازعات المصرفية، وهذا محل نظر أيضًا، فيجب أن ينعقد الاختصاص للقضاء التجاري، مثلما الحال في كافة الأنظمة المقارنة.

(١) الفائدة محرمة شرعًا.

الخاتـــــــمة

أولًا-النتائج:

١- لا تتناسب الأنظمة المصرفية في المملكة مع التقدم والتطور الكبير للقطاع المصرفي فيها؛ وهو ما يؤثر سلبيًا على النشاط الاقتصادي.

٢- يصعب رد عقود الضمانات البنكية إلى الأنظمة المعروفة في القانون المدني المقارن، الأمر الذي حاول معه شراح الأنظمة أن يبحثوا عن تفسير آخر لطبيعة هذه العقود. وقد رأينا أنها عملية شكلية محضة من عمليات البنوك لها ذاتيتها الخاصة وتحكمها أصول وقواعد عرفية تضمنتها القواعد الواردة في الأعراف المصرفية.

٣- إن المصرف مسؤول عن أعمال موظفيه، حيث إن موظف البنك: أجير خاص بالنسبة للبنك، والأجير الخاص: هو الذي يقع العقد معه مدة معلومة. يستحق المستأجر- وهو البنك – نفع الأجير (الموظف)، وبالتالي يتحمل المتبوع أعمال تابعه أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها.

٤- يترتب على مسؤولية البنك إذا تضرر العميل من الخطأ الذي ارتكبه البنك، هو تعويض العميل عما لحقه من ضرر بسبب الإخلال بالالتزام التعاقدي أو بسبب عدم تنفيذ العقد، ويكون من وقت وقوع الضرر وبأحد طريقين: إما بالمثل، أو بالقيمة، وفي حال عدم وجوده تنشأ المسئولية التقصيرية، وكذلك في حال الأذى بالعميل (كعمل إجرامي) تنشأ المسؤولية الجنائية.

٥- يرفض القضاء السعودي إدخال الضرر غير المباشر في التعويض عن الفعل الضار، ويرفض التعويض عن الربح الفائت لمخالفته للشريعة الإسلامية-وذلك بخلاف القوانين المقارنة.

٦- إن التعويض في النظام السعودي يقتصر على الضرر المادي دون غيره، ولا مجال للتعويض عن الضرر الأدبي إن كان مستقلًا- وهذا محل نظر؛ لأن الضرر الأدبي الذي يصيب الإنسان من جراء خطأ يرتكبه الغير أكثر إيلامًا من الضرر المادي، وفي جبر الضرر الأدبي ردع للمخطئ.

٧- يمكن تحقق مسؤولية البنك عن جرائم: خيانة الأمانة، والاحتيال، والتزوير، ونحوها -بحسب نوع السلوك الإجرامي الصادر من أحد مستخدمي البنك.

٨- من غير الملائم أن يستمر العمل بلجنة الفصل في المنازعات المصرفية، فهو وضع شاذ يتعارض مع الأنظمة المقارنة، والتي تجعل الاختصاص منعقدًا للقضاء التجاري.

ثانياً: التوصيات:

١- نوصي بضرورة العمل على إصدار نظام خاص بالمعاملات المصرفية يواكب السياسات الاقتصادية الجديدة للمملكة وفق رؤية ٢٠٣٠ , والتي تفتح الأبواب أمام رؤوس الأموال الداخلية والخارجية للاستثمار.

٢- نوصي بأن تنضم المنازعات المصرفية، وبخاصة الناشئة عن عقود الائتمان، إلى ولاية القضاء التجاري – مثلما الحال في كافة الأنظمة المقارنة.

٣- نوصي بوضع تنظيم دقيق لأحكام عقود الائتمان، وبخاصة خطابات الضمان والاعتمادات المستندية – كما هو الحال في القوانين المقارنة.

٤- نوصي بأن يتضمن عقد الائتمان شرطًا يلزم المستفيد الرجوع على البنك خلال مدة معينة من حلول أجل الدين، بعدها يسقط حق المستفيد في الرجوع؛ وذلك قياسًا على الضمان الاحتياطي في الورقة التجارية، والتي حدد المنظم السعودي مدة تقادم صرفي بمضيها لا يجوز للمستفيد الرجوع على الضامن الاحتياطي، وهي ثلاث سنوات من تاريخ استحقاق دين الورقة التجارية.

٥- نوصي بإصدار تعميم قضائي يتضمن الاعتراف بالتعويض عن الربح الفائت في المنازعات التجارية قياسًا على التعويض عن فوات المنفعة المعروف بالشريعة الإسلامية.

قائمة المراجـــــــــــــــــــــــع

أولًا- المراجع العربية:

١) أحمد حشمت أبو ستيت: مصادر الالتزام، مطابع جامعة القاهرة,١٩٦٣م، فقرة ٤٤٣.

٢) أحمد شوقي محمد: المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، الإسكندرية , ٢٠٠٣م.

٣) الاعتماد البسيط هو: "عقد يتم بين البنك والعميل المستفيد، يلتزم البنك بمقتضاه أن يضع تحت تصرف عميله مبلغًا من المال خلال أجل معيَّن: انظر: سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة, ١٩٩٩م.

٤) أمين بدر: الصكوك المصرفية، معهد الدراسات المصرفية، القاهرة، ١٩٥٦م.

٥) بكر أبو زيد: خطابات الضمان. بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي. منشورات منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة. العدد الثاني، ١٠٣٧/٢.

٦) د. حسن حسني: عقود الخدمات المصرفية، دار التعاون للطباعة والنشر والقاهرة د.ت.

٧) د/ عبد الفضيل محمد أحمد: العقود التجارية وعمليات البنوك، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة.

٨) الدناصوري، د. عبد الحميد الشواربي: المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء. المكتبة الحديثة للطباعة. القاهرة. ١٩٨٨م.

٩) رضا السيد عبد الحميد: النظام المصرفي وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة, ١٩٩٨م.

١٠)زياد رمضان: إدارة الأعمال المصرفية، دار صفاء، عمان، الأردن , ١٩٩٧م.

١١)سليمان مرقس: موجز أصول الالتزامات. مطبعة لجنة البيان العربي. القاهرة ,١٩٦١ م.

١٢) سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة , ١٩٦٨م.

١٣)سميحة القليوبي: النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف والغير.

١٤)عادل إبراهيم: مدى استقلال البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٨م، صفحة١٧.

١٥)عاشور عبد الجواد عبد الحميد: البديل الإسلامي للفوائد الربوية، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت.

١٦)عباس عيسى هلال: مسؤولية البنك في عقود الائتمان منشورات جامعة القاهرة، ١٩٩٤م، ص ص: ٢٩٠– ٢٩١.

١٧)عبد الحكم فودة: التعويض المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية, ١٩٩٨م.

١٨)عبد المجيد محمد عبودة: النظام البنكي في المملكة العربية السعودية، منشورات معهد الإدارة العامة، الرياض، ١٩٨٦م.

١٩)عصام أنور سليم: أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية , ١٩٩٦م.

٢٠)عكاشة محمد عبد العال: القانون التجاري الدولي، العمليات المصرفية الدولية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة ٢٠١٢م.

٢١) علاء الدين زعتري: الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، دمشق، ط١, ٢٠٠٢م.

٢٢) علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٨م.

٢٣) عمر بن عبد العزيز المترك: الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية. ط ٢, الرياض: دار العاصمة. ١٤١٧هـ.

٢٤)لطرش الطاير: تقنيات البنوك، ط ٧، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ٢٠١٠م.

٢٥)محمد أحمد عبد الفضيل: العقود التجارية وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة, ١٩٩٨م، ص٢٧٠.

٢٦) محمد السعيد رشدي: الخطأ غير المغتفر جامعة الكويت، ١٤١٦هـ.

٢٧)محمد الفقي: الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية, ٢٠١٢م.

٢٨)محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية, ٢٠١٤.

٢٩) محمد فريد العريني، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية, ٢٠١٣م.

٣٠)محمود الكيلاني، عمليات البنوك، دار الحبيب، عمان – الأردن، ١٤١٣هـ -١٩٩٢م.

٣١) محي الدين إسماعيل علم الدين: أضواء على القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨ م.

٣٢) مراد منير فهيم: القانون التجاري، العقود التجارية وعمليات البنوك، منشأة المعارف، الإسكندرية, ١٩٨٢م.

٣٣)مراد منير فهيم: القانون التجاري، العقود التجارية وعمليات البنوك، منشأة المعارف، ١٩٨٢م.

٣٤) مصطفى الزرقا: " مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه "، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثامنة العدد العاشر.

٣٥)مصطفى مرعى: "المسئولية المدنية في القانون المصري" مطبعة نوري، القاهرة, ١٩٣٦م.

٣٦)المعتصم بالله الغرياني: "الأعمال التجارية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية, ٢٠٠٤م.

٣٧)منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية, ٢٠٠٦م، ص١٨٥.

٣٨) نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية, ٢٠١٢ م، ص ١٢٣.

٣٩)نبيل محمد صبيح: العمليات المصرفية ذات الطابع الدولي، القاهرة، ١٩٩٢م.

٤٠)هاني محمد دويدار: العقود التجارية وعمليات البنوك، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية, ٢٠١٤م.

٤١) إلياس ناصيف: موسوعة الوسيط في قانون التجارة، الجزء٥، عمليات المصارف، مكتبة الشرق الأوسط، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣ م.

الرسائل العلمية:

١) أحمد بركات مصطفى: مسؤولية البنك عن تقديم المعلومات والاستشارات المصرفية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط, ١٩٩٠م.

٢) حبيب إبراهيم الخليلي: "مسئولية الممتنع المدنية والجنائية ", رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة سنة ١٩٦٧ م، المطبعة العالمية، القاهرة.

٣) حسن الخطيب: نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية في القانون العراقي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باريس.

٤) سعد واصف: "التأمين من المسؤولية، دراسة في عقد النقل البري" رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة سنة ١٩٥٨م – دار النشر للجامعات المصرية.

٥) علي أحمد السالوس: الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة دراسة في الفقه الإسلامي مقارنًا بالقانون. ط١, الكويت: مكتبة الفلاح. ١٤٠٦هـ.

٦) ماجد فهد بن محمد دخيل: النظام القانوني لخطاب الضمان البنكي في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٩م.

القوانين والأنظمة:

١) الأصول والأعراف الموحدة لخطابات الضمان تحت الطلب، نشرة رقم ٧٥٨ الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، باريس.

٢) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادرة بالمرسوم الملكي رقم (م٥٨) وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ.

٣) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادرة بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٨) وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ صدرت هذه اللائحة بقرار وزير المالية رقم (٣٦٢) وتاريخ ١٤٢٨/٢/٢٠هـ.

٤) لائحة قواعد وإجراءات العمل الداخلية للجنة تسوية المنازعات المصرفية ذات الرقم ٨٦٦٢٠/٣ بتاريخ ١٤٠٧/١١/١٢هـ.

٥) مبادئ حماية عملاء المصارف – مؤسسة النقد العربي السعودي، إدارة حماية العملاء، يونيو، ٢٠١٣م.

٦) مبادئ حماية عملاء شركات التمويل، مؤسسة النقد العربي السعودي، لعام ١٤٣٦هـ.

٧) النظام الأساسي للبنك المركزي المصري الجديد ذو الرقم ٥٩ للعام ١٩٩٣م.

٨) نظام الشركات السعودي الجديد الصادر في ١٤٣٧/٢/٢٢هـ.

٩) نظام المحكمة التجارية السعودي الصادر بالأمر السامي ذي الرقم ٣٢ بتاريخ ١٣٨٥/١/١٥.

١٠) نظام مراقبة البنوك السعودي الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم ٥/م تاريخ ١٣٨٦/٦/٢٢هـ.

١١) الأمر السامي ذو الرقم (٨/٧٢٩) بتاريخ ١٤٠٧/٧/١٠هـ القاضي بتكوين لجنة تسوية المنازعات المصرفية ونظام عملها.

١٢) نظام الأوراق التجارية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٧) وتاريخ ١١/ ١٠/ ١٣٨٣هـ.

١٣) نِظام السجل التجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ: ٢١ / ٢ / ١٤١٦ هـ.
١٤) ضوابط إصدار وتشغيل بطاقات الائتمان وبطاقات الحسم الشهري، مؤسسة النقد العربي السعودي، جمادي الثانية لعام ١٤٣٦هـ.
١٥) قانون البنوك والائتمان المصري ذو الرقم ١٦٣ للعام ١٩٥٧م.
١٦) قانون التجارة المصري الجديد ذو الرقم (١٧) للعام ١٩٩٩م.
١٧) قانون سرية الحسابات بالبنوك المصرية ذو الرقم (٢٠٥) للعام ١٩٩٠م.
١٨) القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة العالمية بالنشرة ذات الرقم (٢٩٠) للعام ١٩٧٤.
١٩) القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة العالمية بالنشرة ذات الرقم (٦٠٠) للعام ٢٠٠٧.

ثانيا: المراجع الاجنبية:

(١) N. Mathey, le professionnel doit éclaire le souscripteur sur les risques des produits financiers proposés, la semaine juridiqeue Entreprise et des affaires ١٦ octobre, ٢٠٠٨, Document ٢١٣ de ٤٣٧, France , p ٦٦ et suivants.
(٢) N. Mathey, op. cit, p ٦٥

مواقع الإنترنت:

(١) الموقع الرسمي لـ (هيئة السوق المالية) على الرابط:

https://cma.org.sa/Pages/default.aspx

(٢) الموقع الرسمي لـ (مؤسسة النقد العربي السعودي) على الرابط:

http://www.sama.gov.sa/ar-sa/Pages/default.aspx