كلية الحقوق
جامعة عين
شمس
قسم القانون التجاري

الامتناع المشروع للبنوك عن الوفاء بقيمة خطاب الضمان

دراسة نقدية لنظام خطابات الضمان

رسالة مقدمة من

مجدي عبد الفتاح سليمان

لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

إشراف

أ.د/ رضا السيد عبد الحميد
رئيس قسم القانون التجاري
بكلية الحقوق ـ جامعة عين شمس

أ.د/ محمد المرسي زهرة
رئيس قسم القانون المدني سابقاً
بكلية الحقوق ـ جامعة عين شمس

2012

كلية الحقوق
جامعة عين
شمس
قسم القانون التجاري

اسم الطالب: مجدى عبد الفتاح سليمان

عنوان الرسالة:

الامتناع المشروع للبنوك عن الوفاء بقيمة خطاب الضمان

دراسة نقدية لنظام خطابات الضمان

" **رسالة دكتوراه فى القانون التجارى** "

لجنة الإشراف:

1- الأستاذ الدكتور: رضا السيد عبد الحميد
أستاذ ورئيس قسم القانون التجارى بكلية الحقوق – جامعة عين شمس

2- الأستاذ الدكتور : محمد المرسى زهره
أستاذ ورئيس قسم القانون المدنى سابقا بكلية الحقوق – جامعة عين شمس

تاريخ البحث :...../...../.....
ختم الإجازه

بتاريخ :...../...../.....

إهداء

إلى روح أبى وامى

إلى أسرتي الصغيرة

زوجتى د/ ثناء النشار – الأستاذة بطب بنات الأزهر

وأولادى

المحاسب / عمرو
الإعلامية / سمر
ومحمود

إعترافاً بما لهم من فضل فى مساعدتى لإنجاز هذا البحث

شكر وتقدير

أقدم شكرى وتقديري وخالص إمتنانى للأستاذين الكريمين :
الأستاذ الدكتور / رضا السيد عبد الحميد
(رئيس قسم القانون التجارى بكلية الحقوق – جامعة عين شمس)
الأستاذ الدكتور : محمد المرسى زهره
(رئيس قسم القانون المدنى سابقا بكلية الحقوق – جامعة عين شمس)

اعترافاً بما لكل منهما من فضل فى اشرافهما على إعداد هذا البحث بما مكننى من تحقيق التطلع الذى كان أمنية واملاً .

كما أسجل شكرى للمسئولين عن مكتبة كلية الحقوق جامعة عين شمس وكذا مكتبة كلية حقوق القاهرة وذلك لمساعدتهم لى فى إنجاز مهمة الإطلاع على المراجع المتخصصة فى موضوع البحث .

الباحث

جامعة عين شمس
كلية الحقوق
قسم القانون التجاري

رسالة دكتوراه بعنوان

الامتناع المشروع للبنوك عن الوفاء بقيمة خطاب الضمان

دراسة نقدية لنظام خطابات الضمان

مقدمة من

مجدي عبد الفتاح سليمان

وتتكون لجنة الحكم ومناقشة الرسالة من الدكاترة:

- الأستاذ الدكتور/ رضا محمد إبراهيم عبيد (رئيساً)

عميد كلية حقوق بني سويف سابقاً

- الأستاذ الدكتور/ رضا السيد عبد الحميد (مشرفاً وعضواً)

رئيس قسم القانون التجاري والبحري بكلية الحقوق جامعة عين شمس

- الأستاذ الدكتور/ سامي عبد الباقي أبو صالح (عضواً)

أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد لكلية الحقوق جامعة القاهرة

2012

فهرس موضوعات الرسالة

الموضوع	الصفحة
إهداء	
شكر وتقدير	
فاتحة الرسالة	أ
المقدمة	ب
أسباب اختيار موضوع الرسالة	ج
منهج البحث	هـ
خطة البحث	و
الباب التمهيدي: ماهية خطاب الضمان وأنواعه العملية وطبيعته القانونية	1
الفصل الأول: ماهية خطاب الضمان والمقارنة مع الاعتماد المستندي	2
المبحث الأول: تعريف خطاب الضمان من وجهة نظر الفقه	2
المبحث الثاني : تعريف خطاب الضمان من وجهة نظر بعض المصرفيين	4
المبحث الثالث: تعريف خطاب الضمان في قانون التجارة رقم 19 لسنة 1999 ووجهة نظر الباحث	6
أولاً : تعريف خطاب الضمان في قانون التجارة	6
ثانياً : تعريف خطاب الضمان من وجهة نظر الباحث	7
ثالثاً : مقارنة خطاب الضمان بالاعتماد المستندي	8
المبحث الرابع : صيغة خطاب الضمان ولغته والقانون واجب التطبيق	9

الفصل الثاني: أنواع خطاب الضمان والالتزامات الناشئة عنها	17
المبحث الأول: أنواع خطابات الضمان	18
المطلب الأول: خطاب الضمان المحلية	18
أولاً: خطابات ضمان المناقصات والمزايدات	18
ثانياً: خطابات الضمان الجمركية	20
ثالثا: خطابات لضمان الملاحية	22
رابعاً: خطابات الضمان المهنية	23
المطلب الثاني: خطابات الضمان الخارجية	24
أولاً خطابات الضمان الواردة لصالح مستفيدين في مصر	24
ثانياً: خطابات ضمان خارجية صادرة لصالح مستفيدين من الخارج	25
المبحث الثاني: الالتزامات الناشئة عن خطاب الضمان	26
المطلب الأول: أطراف عملية خطاب	26
المطلب الثاني: طرفي خطاب الضمان	29
الفصل الثالث: الطبيعة القانونية لالتزام البنك في خطاب الضمان	34
المبحث الأول: النظريات التي ترد التزام البنك إلى العقد	35
أولاً: نظرية الكفالة	35
ثانياً: نظرية الإنابة القاصرة	39
ثالثا: الاشتراط لمصلحة الغير	43
المبحث الثانى: الإرادة المنفردة كأساس قانوني لالتزام البنك في خطاب الضمان	46
المبحث الثالث: التزام البنك في خطاب الضمان لايعتبر التزاماً مجردا	62

الباب الأول: الوفاء بقيمة خطاب الضمان	67
الفصل الأول : واجبات البنك في التحقق من طلب الوفاء وشخصية المستفيد	69
المبحث الأول: تحقق البنك من شخصية مقدم طلب الوفاء	70
المبحث الثاني واجبات البنك في التحقق من توافر الشروط الواردة في صيغة خطاب الضمان	71
الفصل الثاني : تحقق البنك من أن طلب الوفاء قدم أثناء مدة سريان خطاب الضمان	75
الفصل الثالث: رجوع البنك إلى العميل الآمر قبل الوفاء وحكمة البنك فى ذلك	78
الفصل الرابع: انقضاء خطاب الضمان بغير الوفاء أو ما يقوم مقامه	82
المبحث الأول: الوفاء بقيمة خطاب الضمان أو ما يقوم مقامه	82
المبحث الثاني: انقضاء خطاب الضمان بغير الوفاء أو ما يقوم مقامه	86
المطلب الأول: الإبراء الصادر من جانب المستفيد	86
المطلب الثاني : انتهاء مدة صلاحية خطاب الضمان دون مطالبة	87
المطلب الثالث: التقادم	88
المطلب الرابع: استحالة التنفيذ	88
الباب الثاني: شروط عدم وفاء البنك بقيمة خطاب الضمان	89
الفصل الأول: طلب الوفاء المقدم من المستفيد والقائم على الغش	90
المبحث الأول: ماهية الغش وأساسه القانوني	91
المطلب الأول: ماهية الغش في الفقه	93
أولاً: الغش في الفقه المصري	93

ثانياً: الغش في الفقه الفرنسي	95
المطلب الثاني: تعريف الغش في القضاء	97
الفرع الأول: في القضاء المصري	97
الفرع الثاني: في القضاء الفرنسي	99
المبحث الثاني: شروط الغش المانع من الوفاء	101
المطلب الأول: أن يكون الغش ظاهراً ثابتاً بدليل غير متنازع عليه	107
المطلب الثاني: هل يشترط أن يكون الغش صادراً ممن يحتج به عليه	107
المبحث الثالث: الغش وحالة الضمان المقابل	110
المبحث الرابع أحكام تطبيقية من القضاء المقارن للغش المانع من الوفاء	115
أولاً: من القضاء الفرنسي	116
ثانياً: من القضاء الإنجليزي	121
ثالثا: من القضاء الأمريكي	124
رابعاً: من القضاء الألماني	126
خامساً: من القضاء السويسري	127
سادساً: من القضاء البلجيكي	129
سابعاً: من القضاء الهولندي	130
الفصل الثاني: طلب المستفيد المنطوي على تعسف في استعمال الحق	131
المبحث الأول : التعريف بنظرية التعسف في استعمال الحقوق بوجه عام والطبيعة القانونية للتعسف.	134

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق	138
أولاً: الأساسي القانوني للتعسف هو المسئولية التقصيرية	139
ثانياً: التعسف نوع من أنواع الخطأ التقصيري	141
ثالثاً: التعسف خارج نطاق المسئولية التقصيرية	142
المطلب الثاني: التعسف وفقاً لأحكام القانون المدني المصري	143
المبحث االثاني : الالتزام القانوني الذي يستخلص من نظرية التعسف طبقاً لأحكام القانون المدني وإمكانية تطبيقه على حق المستفيد في خطاب الضمان.	146
المطلب الأول: مدى إمكان تطبيق نظرية التعسف في مجال حق المستفيد في طلب الوفاء بقيمة خطاب الضمان	148
المطلب الثاني: مدى كفاية الإخلال بالالتزام الذي تفرضه نظرية التعسف كأساس قانوني لمنع الوفاء بقيمة خطاب الضمان	150
المبحث الثالث: حالات التعسف عند طلب المستفيد قيمة خطاب الضمان	151
المطلب الأول : حالات التعسف وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995	151
المطلب الثاني : تطبيقات قضائية بشأن أثر التعسف على مبدأ الاستقلال	157
المطلب الثالث: موقف القضاء المصري	163
الفصل الثالث: طلب المستفيد المنطوي على تزوير	167
المبحث الأول: ماهية التزوير وأركانه	168
المبحث الثاني: طرق تزوير خطاب الضمان	169

المبحث الثالث : حكم المستند المزور وضوابط البنك المركزي المصري للحماية من التزوير	173
الفصل الرابع : طلب المستفيد قيمة خطاب الضمان المشروط دون تحقق الشرط	176
أولاً: حالة إذا كان الخطاب مشروطاً بتقديم المستفيد لحكم تحكيم عند طلب الوفاء	183
ثانياً: واجبات البنك المصدر نحو حكم التحكيم	183
ثالثاً: هل يستلزم أن حكم التحكيم نهائياً	184
الباب الثالث : التدابير والإجراءات المؤقتة للحماية من الغش والتعسف والتزوير	188
الفصل الأول: الإجراءات من القانون المقارن	189
المبحث الأول: في القانون الإنجليزي	189
المبحث الثاني: في القانون الأمريكي	191
المبحث الثالث في القانون الهولندي والألماني والفرنسي والبلجيكي والإيطالي	194
الفصل الثاني : التدابير والإجراءات المؤقتة لمواجهة الغش والتعسف والتزوير وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995	196
الفصل الثالث: التدابير والإجراءات المؤقتة وفقاً للقانون المصري	200
المبحث الأول : اللجوء إلى القضاء المستعجل باستصدار أمر على عريضة لمنع صرف قيمة خطاب الضمان	201
المبحث الثاني: توقيع الحجز على قيمة خطاب الضمان	204
المبحث الثالث: تعيين حارس	209
الفصل الرابع: تدابير وإجراءات مقترحة لمواجهة الغش والتعسف والتزوير	214

المبحث الأول: التوسع في استخدام خطاب الضمان المستندي	215
المبحث الثاني: اللجوء إلى شركات التأمين لاستصدار وثيقة ضد خطر الغش والتعسف والتزوير	217
المبحث الثالث : الالتزام بتعليمات البنك المركزي فيما يتعلق بضوابط إصدار خطابات الضمان للعملاء	218
الخاتمة	221
مراجع الرسالة	228
ملحقات الرسالة	
1- نماذج من طلب إصدار خطاب ضمان ونموذج خطاب الضمان وعقد فتح اعتماد خطابات ضمان.	
2- القواعد الموحدة التي اصدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب (الكتيب رقم 458 لسنة 1992)	
3- اتفاقية الأمم المتحدة في شأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995.	
4- القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية UCP600	
فهرس موضوعات الرسالة	

كلية الحقوق
جامعة عين شمس
قسم القانون التجاري

ملخص

الامتناع المشروع للبنوك عن الوفاء بقيمة خطاب الضمان

دراسة نقدية لنظام خطابات الضمان

رسالة مقدمة من
مجدي عبد الفتاح سليمان
لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

الملخص

تناول الباحث هذا البحث في باب تمهيدي وثلاثة أبواب رئيسية، وجاء في الباب التمهيدي تعريف خطاب الضمان والمقارنة مع الاعتماد المستندي، وعرض أنواع خطابات الضمان. المحلية والخارجية والالتزامات الناشئة عنها، ثم تناولت الدراسة الطبيعة القانونية لالتزام البنك في خطاب الضمان أما عن الباب الأول فكان عن الوفاء بقيمة خطاب الضمان وأهم واجبات البنك في التحقق من طلب الوفاء وشخصية المستفيد وكذلك أسباب انقضاء خطاب الضمان بدون الوفاء أو ما يقوم مقامه وعرض الباحث الإبراء الصادر من المستفيد، وكذلك انتهاء تاريخ صلاحية الخطاب دون مطالبة وأيضاً التقادم واستحالة التنفيذ.

وتناول الباحث في الباب الثاني شروط عدم وفاء البنك بقيمة خطاب الضمان وتعرض الباحث لطلب المستفيد بالتسييل والمنطوي على غش وأيضاً طلب المستفيد بالتسييل والقائم على التعسف الظاهر الثابت مستنديا، وكذلك طلب المستفيد المنطوي على تزوير وطرق تزوير خطاب الضمان وأخيراً التعرض لخطاب الضمان المشروط والذي يطلب المستفيد صرف قيمة الخطاب دون تحقق الشرط.

أما الباب الثالث والأخير فقد تناول الباحث فيه التدابير والاجراءات للحماية من الغش والتعسف والتزوير ثم استعرض الباحث أهم المقترحات لمواجهة سوء النية المتعمد من المستفيد الذي يقدم طلباً بالتسييل بالغش أو التعسف أو التزوير وفي هذه الخاتمة يعرض الباحث أهم نتائج الدراسة وفقاً للأتي:

نتائج الدراسة:

1 - أخذت الدراسة على تعريف خطاب الضمان وفقاً لقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 في المادة 355 بعدم تحديد الغرض أو العملية التي صدر بناء عليها الخطاب وأيضاً عدم تعرض التعريف بما يفيد أن خطاب الضمان ذو طابع شخصي وقد بينت الدراسة أهمية ذكر الغرض والعملية التي صدر