خطابات الضمان في مقاولة الانشاءات (الفيديك)

د. ربحي أحمد عارف
كلية الحقوق/ جامعة جرش
الأردن

ملخص :

احتلت خطابات الضمان مكانة مهمة في كافة المجالات الاقتصادية بشكل عام وفي مجال المقاولات الانشائية عقود(FIDIC) بشكل خاص باعتبارها بديلا لوضع مبلغ نقدي من قبل المقاولات تحت يد صاحب العمل لضمان جدية هذا المقاول قي دخول المناقصة ،أو حسن اداء العمل خلال التنفيذ ،اوضمان صيانة المشروع واصلاح العيوب التي تظهر فيه خلال مدة الصيانة وبعد اصدار شهادة للتسليم النهائي ،ثم واخيرا ضمان استرداد صاحب العمل للدفعة المقدمة التي دفعها المقاول في بداية المشروع وضمان استرداد الياته التي اعارها للمقاول لتنفيذ المشروع بواسطته اذا كان صاحب العمل قد اعاره آليات .

ونظرا لما تحققه هذه الخطابات من مزايا متعددة لكافة اطرافها فقد جاء هذا البحث لإلقاء الضوء على هذا الموضوع .ولهذه الغاية فقد تم تقسيمه الى فصلين عالجنا في الفصل الاول التعريف بخطاب الضمان بشكل عام من حيث تعريفه وأطرافه وخصائصه وتميزه عن غيره من الاعمال المصرفية الاخرى او المشابه له ثم وفي الفصل الثاني تناولنا بالبحث موضوعنا الأساسي وهو انواع خطابات الضمان في عقد مقاولات الانشاءات (FIDIC)الخمسة وهي خطاب ضمان كل من دخول العطاء ،وحسن الاداء ،والصيانة واصلاح العيوب ،اضافة لخطابي ضمان الدفعة المقدمة واعادة الاشياء المعارة وتناولنا كل نوع من انواع هذه الخطابات من حيث التعريف به واهميته وطرق انقضائه في مبحث مستقبل .وكنا قد بينا وفي مبحث اول العلاقة القانونية التي تنشأ عن اصدار مثل هذه الخطابات سواء علاقة المقاول بصاحب العمل ،او علاقة المقاول بالبنك بصاحب العمل والالتزامات التي يرتبها هذا الحق على كل الاطراف ثم اخيرا توصلنا الى خطابات ضمان (FIDIC) عقود هي خطابات غير مشروطة يلتزم بها البنك بالدفع عند طلب صاحب العمل دون الالتفات لأي معارضة يبديها المقاول الا اذا اثبت هذا المقاول ان هناك غشا

بينا واضحا .فيجب عليه اللجوء الى القضاء لاستصدار قرار الحجز التحفظي على مبلغ الضمان لدى البنك .

كما اوصينا بضرورة وضع قانون ينظم احكام خطابات الضمان في الاردن باعتباره نظام مصرفي مختلف عن الانظمة الاخرى كالكفالة المصرفية والاعتماد المستندي .

واوصينا المتعاملين في هذا المجال بدأ بالحكومة مرورا بالبنوك واصحاب العمل والمقاولين على استخدام مصطلح خطاب الضمان بدلا من كفالة الضمان .

المقدمة :

يقوم خطاب الضمان بدور مهم وفاعل في المجالات الاقتصادية المختلفة وخاصة في مجال المشاريع الانشائية ،وتبرز اهمية هذا الخطاب من كونه يحل محل التأمين النقدي والذي يدفع عادة في مثل هذه المشاريع دون ان يضطر اليك الضامن مصدر خطاب الضمان ،ان يقدم مبالغ نقدية ،حيث لاتخرج الاموال من خزانته ،وانما يتعهد بأقراض توقيعه لتعزيز عملية (المقاول) لدى صاحب العمل (المستفيد) حتى يتمكن هذا العمل من الحصول على ثقة المستفيد وهذه اهم وظيفة لخطاب الضمان .

وفي عقود مقاولة الانشاءات (FIDIC) [1] تبرز اهمية الخطاب بشكل واضح وبين ، فعقد ال(FIDIC) يمر بمراحل مختلفة بدءً من شراء نسخة العطاء مرورا بأحالته وتنفيذه وتسليمه النهائي المتمثل بانتهاء فترة الصيانة واصلاح العيوب .

وتقتضي كل مرحلة من هذه المراحل اصدار خطاب ضمان خاص بها يضمن صاحب العمل من خلال هذا الخطاب ان يقوم المقاول بتنفيذ التزاماته ضمن الشروط العقدية ،وضمن المدة الزمنية المتفق عليها في العقد .خاصة وانه في الكثير من الاحيان لايعرف صاحب العمل المقاول معرفة شخصية ، وبذلك قد يتولد لديه

ويعني الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين،اهتم هذا الاتحاد بالتعبير عن الخبرات العقدية المكثفة في مجالات عقود المقاولات الانشائية والابنية وبالاعراف السائدة في مجال هذه العقود ليعبر عنها في شروط عامة اصدرها في عدة اصدارات كان اخرها اصدار عام ١٩٩٩ في اربعة عقود نموذجية هذه العقود هي :

١- عقد الانشاءات (الكتاب الاحمر) CONSTRUCTION CONTRACT ويوصي باستخدام هذا العقد في مشاريع الابنية والمشاريع الهندسية الذي يقتصر دور المقاول فيها على التنفيذ دون التصميم ،وهومايشار اليه في هذا البحث(FIDIC) حيث صدر عن وزارة

الاشغال العامة الأردنية – دائرت العطاءات الحكومية مترجما عن FIDIC تحت اسم دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الانشائية – الشروط العامة – الطبعة الثانية ٢٠٠٥–عمان

٢– عقد التجهيزات الاتية (تصميم وتنفيذ) (الكتاب الاخضر) PLANT &DESIGN BUILD ويوصي باستخدام نموذج هذا العقد في مشاريع الاعمال الكهروميكانيكية والمشاريع الصناعية او المشاريع التي يلزم فيها المقاول بالتصميم والتنفيذ .

٣– عقد المشاريع المتكاملة (هندسية وشراء وانشاء) (تسليم مفتاح) (الكتاب الفضي) (CONTRACT FOR EPCTURN KEY PROJECT) ويوصي باستخدام نموذج هذا العقد في المشاريع المتكاملة وفيها سيؤمن المقاول التصميم والتنفيذ والتشطيبات (تسليم المفتاح) .

٤– العقد الموجز (الكتاب الاصفر) SHORT FORM CONTRACT ويوصي باستخدامه في مشاريع الابنية والمشاريع الهندسية ذات القيمة الصغرى او ذات المدة الزمنية القصيرة. ويوصي ال(FIDIC) باعتماد احكام هذه العقود واعتبارها جزءا لايتجزأ من العقد المبرم بين المقاول وصاحب العمل باعتبار احكام هذه الغقود اعرافا استقرت في عقود المقاولات الانشائية ويعمل بها في العقود الدولية او المحلية وخاصة التي يكون صاحب العمل فيها شخصا معنويا وعلى الاخص مؤسسة حكومية ،ويمكن ان تعتمد احكامها في العقود التي تبرم بين الاشخاص العاديين .وقد تمت ترجمة هذه العقود حرفيا الى اللغة العربية وقامت وزارة الاشغال العامة والاسكان في الاردن باعتماد هذه العقود في العقود التي تبرمها الادارات والمؤسسات الحكومية لتنفيذ اعمال المقاولة فيها .

شعور بعدم الثقة في ان ينفذ هذا المقاول التزاماته خاصة وانه سينفذ التزاما مستقبليا لأهمية ذلك ولأن خطابات الضمان في هذه العقود تنقصها الابحاث والدراسات الخاصة بها اضافة الى ان الخطاب بشكل عام لم ينظم المشرع الأردني احكامه ومازال عرفا مصرفيا فان دراستنا في هذا البحث سوف تعتمد على ماورد في عقد (FLDLC) كما تعتمد على النصوص الواردة في الشروط الخاصة الملحقة به اضافة لاعتمادي في هذا البحث على المؤلفات التي تناولته والاجتهادات القضائية ، وخاصة القضاء الاردني وما استقر عليه اجتها محكمة التمييز بهذا الخصوص والذي رسخ الكثير من احكام خطابات الضمان كما استعنت بالاصول الموحدة لكفالات العقد الصادرة عن غرفة التجارة الدولية في باريس لتوجيه وتوحيد الممارسات المصرفية المتعلقة بخطابات الضمان .

وهنا لابد من الاشارة الى كل من الـ(FLDLC) والشروط الخاصة والاصول الموحدة لاتطبق الا في حالة الاحالة اليها كما أنني أشير الى أنني استخدمت لفظ مقاول كرديف أو بديل للفظ عميل أو (أمر) وعبارة رب العمل او صاحبه بديلا للفظ المستفيد على اعتبار ان المقاول هو العميل الامر وصاحب العمل هو المستفيد في خطابات ضمان عقد مقاولة الانشاءات وخاصة في الفصل الثاني من هذا البحث ..

ولدراسة هذا البحث فقد قسمته الى فصلين تناولت في الفصل الاول منه تعريف خطاب الضمان واطرافه وخصائصه وتميزه عن الكفالة ثم انتقلت الى موضوع بحثنا الاساسي وهوخطابات الضمان في عقود مقاولت الانشاءات (FLDLC) في فصل ثان تعرضت فيه العلاقة القانونية التي تنشأ عن اصدار خطاب الضمان سواء كانت هذه العلاقة بين المقاول والبنك وبينت بعدها انواع خطابات الضمان بدء بخطاب ضمان المناقصة (دخول العطاء) مرورا بخطاب ضمان حسن الاداء وخطاب ضمان السلفة وخطاب ضمان الاشياء المعارة وخطاب ضمان الصيانة واصلاح العيوب حيث بحثت في كل نوع من انواع هذه الخطابات التعريف به واهميته واخيرا انقضاءه وختم البحث بمجموعة من التوصيات والمقترحات .

الفصل الاول

خطاب الضمان واطرافه وخصائصه

قبل الدخول في موضوع هذا البحث الذي يلقي الضوء على خطابات الضمان في عقود مقاولة الانشاءات (FIDIC) والجزء الثاني منه والمتضمن (الشروط الخاصة) [٢] في هذه العقود فقد رغبت في ان يكون هذا الفصل فصلا تعريفيا بخطاب الضمان بشكل عام وموجز ،اعرض فيه لاهم المواضيع التي تعرف به والتي ستشكل مدخلا هاما لموضوع البحث الاساسي ،حيث سيتضمن هذا الفصل تعريف خطاب الضمان وأطرافه في مبحث ، بينما يتضمن المبحث الثاني خصائص الخطاب وتمييزه من الكفالة .

المبحث الاول

تعريف خطاب الضمان واطرافه

في هذا المبحث سوف أتحدث عن تعريف خطاب الضمان في مطلب أول ثم أنتقل للحديث عن اطراف هذا الخطاب وأهميته بالنسبة لكل طرف في مطلب ثاني .

المطلب الاول

تعريف خطاب الضمان

سيقتصر تعريف خطاب الضمان على التعريف الفقهي والقضائي وذلك لعدم وجود تعريف تشريعي له في التشريع الأردني ذلك لأن المشروع الاردني لم ينظم احكام خطاب الضمان في أي من تشريعاته .

يعرف خطاب الضمان بأنه تعهد مكتوب يصدره البنك الضامن بناء على طلب عملية (الآمر) بشأن عملية محددة أو غرض محدد يلتزم بموجبه البنك بأن يدفع الى طرف ثالث (المستفيد) مبلغا معينا أو قابلا للتعيين من النقود عند اول طلب من قبل المسستفيد سواء كان طلبا مجردا أو مبررا أو مصحوبا بتقديم وثائق محددة في الخطاب يقدمها المستفيد خلال أجل محدد عادة اوغير محدد في أثناء سريان اجله رغم اي معارضة من العميل المضمون أو البنك الضامن [٣] .

ومن الباحثين من اعتمد في تعريفه لخطاب الضمان على العناصر الاساسية التي أوردتها غرفة التجارة الدولية في تنظيمها لخطاب الضمان ،وكانت قد عرفته على انه عقد بين البنك مصدر الخطاب وشخص اخر يسمى العميل (الامر) يلتزم البنك بموجب هذا العقد وبناء على طلب عميله وبنا على عملية معينة بأن يدفع الى شخص اخر (المستفيد) مبلغا معينا او قابلا للتعيين خلال مدة محددة ، ولدى اول طلب من المستفيد ،ودون الالتفات الى اي معارضة قد يبديها العميل الامر باصدار الخطاب [٤] . وبذات المعنى عرفته بعض قوانين التجارة العربية .ومنها قانون التجارة العراقي في المادة (٢٨٧) وقانون التجارة المصري في المادة (١/٣٥٥) ،وقانون التجارة الكويتي في المادة (٣٨٢).

اما عن الوضع في التشريع الاردني فلم يعرف قانون التجارة الأردني هذا الخطاب ولم يرد أي تعرف له في اي تشريع آخر ،لذلك فقد تصدت محكمة التمييز الأردنية لتعريفه ،فعرفته على انه (تعهد نهائي غير معلق على شرط يصدره البنك بناء على طلب من عملية بدفع مبلغ نقدي للمستفيد فور طلبه خلال مدة محددة ،ويكون تعهد البنك منقطع الصلة بالتزام العميل الآمر ،ومديونيته .لأن خطاب الضمان ينشئ بين البنك والمستفيد علاقة مباشرة لاصلة لها من الناحية القانونية بين البنك والعميل ،وبين العميل والدائن والمستفيد) [٥] .

المطلب الثاني

أطراف خطاب الضمان وأهميته بالنسبة لكل طرف

يتضمن خطاب الضمان ثلاثة أطراف كحد أدنى [٦] وهو العميل (الأمر) والمستفيد والبنك المصدر فالعميل هو الشخص الذي يطلب من البنك اصدار خطاب الضمان لمصلحة المستفيد .وفي اغلب الاحيان يكون هذا الشخص مقاولا او مهندسا او مصمما او موردا .واذا صدر هذا الخطاب اصبح البنك دائنا للعميل بقيمة خطاب الضمان دينا معلقا على شرط دفع قيمة الخطاب او جزءاً منه الى المستفيد ، الا ان البنك يكون دائما للعميل بالعمولة والمصاريف ويحق للبنك ان يطلب من العميل تقديم تأمين مقابل اصدار خطاب الضمان –غطاء خطاب الضمان – وهذا الغطاء قد يكون نقدا أو رهناً منقولاً او عقاراً، أو أوراقاً مالية تجارية ،وقد يتمثل هذا الغطاء في تنازل العميل عن حقه قبل المستفيد لصالح البنك كحوالة الحق التي يحول بموجبها المقاول قيمة فواتير الانجاز في مواجهة صاحب العمل الى البنك لتشكل غطاء الخطاب .

واهمية خطاب الضمان بالنسبة للعميل تتمثل في انه لايضطر الى تجميد قيمة التأمين النقدي لدى المستفيد لفترة قد تطول ، ويستطيع استثمار هذا المبلغ في عدة مجالات [٧] ، اضافة الى ان العمولة التي يدفعها العميل للبنك لأصدار خطاب الضمان أقل من سعرالفائدة التي يتحملها فيما لو أقترض قيمة التأمين النقدي من البنك ،وفي بعض الاحيان قد يحصل العميل ،اذا كان مصدر ثقة بالنسبة للبنك ،على تسهيل ائتماني وذلك بأصدار خطاب ضمان بغطاء جزئي ، أو بدون غطاء – على المكشوف .

اما المتعهد فهو البنك الذي يقوم بأصدار خطاب الضمان بناء على طلب عميله ويتعهد فيه بالدفع للمستفيد بمجرد الطلب .أي ان البنك لايقدم المال ولا يضعه تحت تصرف المستفيد ليقتضيه متى شاء ،وانما يتعهد البنك فقط في خطاب الضمان بان ،يدفع الى شخص يعينه العميل (والذي عادة مايكون دائنا حالا او دائنا احتماليا للعميل)مبلغا معينا او قابلا للتعيين عند طلب هذا الدائن بالسحب ،والبنك لا يدفع شيئا عند اصدار هذا الخطاب ،ولذلك قيل ان البنك وان كان لايقرض العميل المال حالا،الا انه يقرضه توقيعه).

واهمية خطاب الضمان بالنسبة للبنك انه يتقاضى عمولة على اصدار خطاب الضمان ،تختلف قيمتها حسب قيمة الخطاب ونوعه واجله ،وان هذه العملية لاتكلف البنك سوى نفقات ادارية بسيطة ،ولايتحمل البنك اي خسارة فيما لو دفع قيمة الخطاب للمستفيد لأن البنك يكون لديه من الضمانات مايستطيع ان يسترد مايكون قد دفعه ،فهو لايتحمل اي خسارة [٨] . اضافة الى ان

البنك يخدم عملاءه بشكل متكامل في جميع عمليات البنوك ،وبذلك يجذب عملاءه للعمليات ذات الربح الأكبر بالنسبة اليه كفتح الحسابات الجارية وغيرها [٩] . فضلا عن ان البنك يستفيد من استثمار الغطاء النقدي الذي يدفعه العميل للبنك خاصة وان هذا الغطاء يبقى لدى البنك حتى انتهاء مدة خطاب الضمان .

وهكذا فأن البنك باصداره خطابات الضمان يزيد من ارباحه من خلال استخدام سمعته التجارية وأئتمانه دون ضرورة استخدام أمواله ، بل يكتفي باستخدام توقيعه [١٠] .

والمستفيد هو الشخص الذي يصدر خطاب الضمان بشكل تعهد نهائي خطي من قبل البنك موجه اليه وهوعادة اما صاحب المشروع الذي يرغب العميل الآمر بتنفيذ مشروعه ،أو المشتري لبضائع سوف يقدمها العميل الآمر (البائع) [١١] .

وتتمثل اهمية خطاب الضمان بالنسبة للمستفيد في ان الخطاب يحل محل التأمين النقدي الذي يطلبه من العميل كضمان له في حال اخلال هذا العميل ،أو تقصيره بتنفيذ التزامه ،أو عدم تعاقده ،أو ضمان جديته في التقدم للمناقصات والمقاولات والصفقات أو ضمان وفاء الدفعات المقدمة له سلفا .

وهكذا يؤدي خطاب الضمان الى الجدية في التعمل وحسن انتظام الاعمال ،وتفادي المعوقات التي ترتبط بتأخير العمل .وحث العميل على تنفيذ المشروع وفق المواصفات المتفق عليها في العقد ،والقيام بتسليمه خاليا من اي نقص او عيوب [١٢] .

كما ان المستفيد يحقق فائدة كبيرة حيث يصبح البنك بموجب هذا الخطاب ملتزما تجاهه بصفته مدينا اصليا ،بحيث يتقيد البنك بالدفع له بمجرد الطلب بصرف النظر عن اي معارضة قد يبديها العميل [١٣] .

وأخيرا فأن خطابات الضمان تحمي حقوق خزينة الدولة عندما تكون الدولة هي المستفيد من هذا الخطاب ،حيث ان معظم مؤسساتها تطلب ممن يتعامل معها تقديم خطاب ضمان ،لضمان أداء الافراد والشركات ،وضمان تنفيذ التزاماتهم تجاه الجهات الحكومية .

المبحث الثاني

خصائص خطاب الضمان

سنتحدث بداية عن خصائص خطاب الضمان في مطلب ثم ننتقل للحديث عن تمييزه عن الكفالة في مطلب آخر .

المطلب الاول

خصائص خطاب الضمان

لخطاب الضمان خاصيتان جوهريتان هما :استقلال خطاب الضمان عن العقود المنشئة له والتي سنبحثها في فرع مستقل لننتقل الى الخاصية الجوهرية الثانية له والمتمثلة في ان خطاب الضمان ذو كفاية ذاتية نبحثها في فرع ثان كما سنتطرق في هذا الفرع الى الخصائص الاخرى التي يمتاز بها خطاب الضمان .

الفرع الاول: استقلال خطاب الضمان

يعتبر مبدأ استقلال خطاب الضمان عن العقود المنشئة له عماد النظام القانوني لهذا الخطاب وهو الذي يميزه عن غيره من الترتيبات القانونية المشابهة له كالاعتماد المستندي [١٤] والكفالة فخطاب الضمان الذي يصدره البنك مستقل عن العلاقة التعاقدية بين العميل والمستفيد كما انه مستقل عن العقد بينه وبين العميل فهذه العلاقات وان كانت ترتبط ببعضها موضوعيا الا أنها مستقلة قانونيا .

فالاستقلال بين هذه العلاقات من أهم المبادئ التي تقوم عليها خطاب الضمان وتعني الاستقلالية في العلاقات ،اي ان كل علاقة تنشأ في أطار عملية أصدار خطاب الضمان تكون مستقلة عن الاخرى من حيث اطرافها والالتزامات الناشئة عنها وصحتها وبطلانها والدفوع المستمدة منها وغير ذلك مما ينشأ عنها من أحكام .

وهذا المبدأ أكده الفقه واستقر عليه الاجتهاد القضائي في معظم دول العالم لحماية المستفيد من الخطاب الذي لايحق للبنك بموجبه الامتناع عن الوفاء له بقيمة بسبب يرجع الى علاقة المستفيد بالعميل ،او الى علاقة العميل بالبنك [١٥] .

بالاضافة الى ذلك فقد نصت المادة الرابعة من مشروع القواعد الموحدة لضمانات العقود (Uniform rules for contract guarantees) الذي أعدته غرفة التجارة الدولية في باريس على هذا المبدأ حيث جاء فيها :

"guarantees by their nature are irrevocable engagements and separate transactions from the contract (s) on which they may be based and banks are in no way concerned with or bound by such contract (s) regardless of any reference whatsoever to such contract (s) included in a guarantee [16]

ويترتب على مبدأ الاستقلالية في خطاب الضمان النتائج التالية [١٧] :

١- لايستطيع البنك الدفع بالمقاصة في مواجهة المستفيد بالنسبة للديون التالية :

أ- دين في ذمة العميل للبنك فالبنك لايستطيع التمسك بالمقاصة في مواجهة المستفيد لدين له في ذمة العميل

ب- دين في ذمة المسفيد للبنك فالبنك لايستطيع التمسك بالمقاصة لدين له قبل المستفيد قيا طلب الاخير أداء قيمة خطاب الضمان فالخطاب وان كان يمثل حقا للمستفيد الا انه لايدخل في ذمته المالية الا بعد طلبه من البنك أداء قيمته له ،اما بعد طلب المستفيد دفع قيمة الخطاب فان يصبح ملكا له ويدخل في ذمته المالية وبالتالي يستطيع البنك التمسك بالمقاصة بين دين له على المستفيد وبين قيمته اذا توافرت شروطها .

٢- كما أن البنك لايستطيع التذرع بأية دفوع مستمدة من علاقته بالعميل او من علاقة العميل بالمستفيد للتحلل من التزامه في مواجهة المستفيد وعدم دفع قيمة الضمان

٣- حق البنك في التمسك بالدفوع الناشئة عما يشوب ارادته المنفردة من عيوب حيث ان الارادة المنفردة للبنك هي اساس التزامه وفق ارجح النظريات التي بحثت في طبيعة الخطاب القانونية فقد اجاز القانون التمسك بالدفوع هي الناشئة عما شاب ارادته المنفردة من عيوب مثل صدور الخطاب بتوقيع مزور بما يترتب عليه عدم دفع مبلغ الخطاب .

٤- التزام البنك في خطاب الضمان يصبح باتا وغير قابل للنقص ولايمكن الرجوع فيه منذ وصول هذا الخطاب للمستفيد ويلتزم البنك بدفع قيمته بمجرد طلب المستفيد .

يتبين لنا من خلال ماتقدم ان مبدأ الاستقلالية في العلاقات الناشئة عن خطاب الضمان هي القاعدة التي نشأخطاب الضمان على أساسها ،وأن مبدأ الاستقلالية بين هذه العلاقات هي من الناحية القانونية المحضة حتى ولو بدت هذه العلاقات من الناحية الموضوعية مترابطة نوعا ما ، فالبنك عندما تصله مطالبة المستفيد بأداء قيمة الخطاب ،فان على البنك أن يخطر العميل(الآمر) بذلك –وهذا مايحصل بالفعل في الحياة العملية –وكذلك فانه يسأل امام عميله اذا أساء تنفيذ تعليماته التي تلقاها من العميل عند طلب اصدار الخطاب .

ويتراجع هذا المبدا في حالة تعسف المستفيد او غشه ،فاذا كان العميل قد نفذ التزامه المتفق عليه في عقد الاساس ،او اذا ظهر غش من المستفيد ، او قدم للبنك مستندات مزورة ،فيكون للعميل حق اللجوء للقضاء للحصول على اجراء تحفظي اما بالحجز على قيمة الخطاب لدى البنك ،أو وضعه تحت حراسته ،او منعه من صرفه ،وقد اصدرت بعض المحاكم الاجنبية عدة قرارات بذلك [١٨] .

الفرع الثاني :الكفاية الذاتية

يمتاز خطاب الضمان بخاصية الكفاية الذاتية ،. أي انه لايتوقف مضمون الحق الثابت به او مقداره او استحقاقه على عنصر خارج عن خطاب الضمان ،أي ان الخطاب يكون كافيا بذاته ، بحيث يطمئن المستفيد منه عندما يتلقاه اذ يعتبر نفسه قد تلقى نقودا ،وبذلك يمكن للخطاب ان يؤدي وظيفته بأن يحل محل النقود تماما [١٩] . ومحكمة التمييز الاردنية أكدت في العديد من قراراتها على الكفاية الذاتية لخطاب الضمان حيث قضت انه (يتوجب على البنك الدفع دون الرجوع الى واقعة خارجه عن خطاب الضمان ولم ينص عليها فيه،بحيث يكون كافيا بذاته ويمكن النظر اليه على وجه الاستقلال بحيث لايرجع في بيان الحق الثابت به الى عنصر خارج عنه) [٢٠] . كما قررت (ان البنك يلتزم بأرادته المنفردة وبشكل مجرد التزاما مباشرا غير معلق على شرط ودون تحقق اي واقعة خارجة عن الضمان بدفع المبلغ المحدد به للمستفيد فور طلبه .والتزام البنك هذا غير مرتبط بالتزام العميل وغير تابع له ولا يتوقف عليه ،او على تحقق اي شرط او عنصر خارجي خارج عن الخطاب) [٢١] .

وهكذا فان خطاب الضمان لايحتاج الى اثبات الحق الثابت فيه بأي وسيلة اثبات اخرى او اضافية غير سند الخطاب ذاته .

ولذلك فأنه يترتب على ذلك :

ومع ان خطاب الضمان يستخدم لتحقيق ذات الاغراض التي تحققها الكفالة الا انه يحققها بفعالية اكثر ،وهو اصلح للمستفيد الدائن من الكفالة وذلك لانه بالاضافة الى كون خطاب الضمان يحل محل النقود كتأمين فان البنك يلزم المصدر التزاما مباشرا ومستقلاً تجاه المستفيد ويترتب على ذلك النتائج التالية [٢٢] :

١- يرجع المستفيد على البنك مباشرة وليس بحاجة الى ان يرجع على المدين بداية.
٢- لايستطيع البنك ان يثير في مواجهة المستفيد اية دفع يملك العميل اثارتها في مواجهة المستفيد.
٣- التزام البنك بدفع قيمة الضمان الى المستفيد يكون بمجرد الطلب من المستفيد وبصرف النظر عن اي اعتراض من العميل .
٤- ان المستفيد يضمن عند رجوعه على البنك استيفاء حقوقه وذلك لملاءة البنوك .وسعيها دائما للوفاء بالتزاماتها بحسن نية خوفا على سمعتها واعمالها التجارية ،بالاضافة الى ان خطر تعرضها للافلاس يكون عادة اقل لأنها تدار على أسس علمية .

الفصل الثاني

أنواع خطابات الضمان في عقود مقاولة الانشاءات (FIDIC)

والعلاقات الناشئة عنه

الأصل ان يصدر خطاب الضمان مطلقا(غير مشروط) ويسمى بخطاب الضمان عند الطلب.وقد جاءت جميع خطابات الضمان في عقود الFIDIC وشروطه الخاصة خطابات غير مشروطة (اي عند الطلب) .اي ان البنك يلتزم بدفع قيمة الخطاب أو أي جزء منه بناء على طلب المستفيد خلال مدة الضمان بمجرد ورود طلب خطي بدون أي تحفظ،وبصرف النظرعن أي اعتراض أو مقاضاة من جانب المقاول على اجراء الدفع [٢٣] .

ورغم ان هذه الخطابات قد تتضمن مايبدو أنها شروط يتوقف عليها الدفع ،مثل ذكر الاسباب الداعية للدفع .بأن المقاول قدأخفق في أبرام اتفاقية العقد بموجب المادة ٦/١ من شروط العقد أو أخفق في تقديم ضمان الاداء بموجب المادة ٢/٤ من شروط العقد ، أو قام بسحب عرضه [٢٤] . الا ان هذا كله لايخرج خطاب الضمان عن طبيعته القانونية ،ولايعني ذكر هذه الاسباب ان الدفع مشروط بتحققها ،او ان البنك ملزم بالتأكد من وقوعها ،انما الغاية من ذكرها هو تسهيل رجوع المقاول على صاحب العمل اذا تبين أنه قبض قيمة الخطاب دون وجه حق تعسفا أو غشا .

ولبحث هذا الموضوع ،سنقسم الفصل الى مبحثين ،نتناول في المبحث الاول العلاقات القانونية التي تنشأ عن اصدار خطاب الضمان في عقود الـ FIDIC والشروط الخاصة اما المبحث الثاني فنتحدث فيه عن انواع هذه الخطابات .

١- خطاب الضمان مستحق فور تبليغ المستفيد به ،وهذه الفورية خاصية لازمة لوظيفة الخطاب، لأن الخطاب يحل محل النقود كتأمين وبالتالي فأن الدائن يكون من حقه ان يطلب الوفاء فور صدوره [٢٥] .

٢- حق المستفيد في الخطاب ذو طابع شخصي فلا يجوز تداول الخطاب او التنازل عنه الى الغير ،فلا يصرف البنك الخطاب لو تقدم به شخص اخرغير المستفيد ولو كان حائزا له فهو لايعتبر ورقة تجارية كما لايعتبر أداة وفاء [٢٦] ولايجوز تظهيره للغير .

٣- التزام البنك بخطاب الضمان دائما محلة دفع مبلغ معين من النقود او مبلغ قابل للتعيين وليسس ضمان تنفيذ المدين لما التزم به[٢٧] .

٤- ان خطاب الضمان محدد المدة حيث انه يجب ان يقدم طلب الدفع خلال مدة خطاب الضمان فان حل الاجل ولم يتم المطالبة بقيمة الخطاب او لم يتم تمديده سقط التزام البنك واصبح

بريء الذمة امام المستفيد وعليه الافراج عن غطاء خطاب الضمان الذي قدمه العميل [٢٨] . وفي حال تعذر التمديد يمكن اللجوء الى بديل آخر والبحث عن ضمان جديد ،وهذا بحد ذاته يحتاج الى اتفاق جديدخاص ،لان الاصل ان حق المستفيد قد انقضى خلال المدة الاصلية ولم يتم الاستفادة من هذا الحق ، واذا اقتضى الامر استمرارية الضمان فلابد عندها من ترتيب جديد بخلاف الترتيب الاصلي .

المطلب الثاني

التميز بين خطاب الضمان والكفالة

يختلف خطاب الضمان عن الكفالة ،حيث توجد فروق جوهرية مع انه شاع استعمال تعبير الكفالة المصرفية لهذا النوع من من العرف المصرفي .وهو استعمال خاطئ يترتب عليه كثير من الاشكاليات القانونية [٢٩] حيث ان استخدام مصلحة الكفالات المصرفية يؤدي بالقضاة والشراح والمتعاملين فيه الى الخلط بين صور الضمان المصرفي المختلفة وخاصة خلط صورة خطاب الضمان بصورة الاعتماد المستندي [٣٠] . والكفالة المصرفية [٣١] . وتطبيق احكام بعض الصور منها على الصور الاخرى [٣٢] .

ويمكن الاختلاف الجوهري بين خطاب الضمان والكفالة بان الكفالة التزام تابع حيث ان التزام الكفيل تابع لالتزام المدين ،يدور معه وجودا وعدما وصحة وبطلانا في مقداره واستحقاقه ،اما خطاب الضمان فان التزام البنك في مواجهة المستفيد التزام مباشر ومستقل عن العقد المبرم بين العميل والمستفيد.

ويترتب على ذلك النتائج الآتية [٣٣] :

١- بطلان التزام المدين المكفول يؤدي الى بطلان الكفالة .

٢- ان تحديد حقوق والتزامات الكفيل يعتمد على تحديد حقوق والتزامات المكفول المستفيدفلا تجوز الكفالة في مبلغ اكبرمما هو مستحق على المدين ولابشروط أشدمن شروط الدين المكفول فاذا زاد مقدار التزام الكفيل وجب تخفيضه الى مقدار الدين المكفول وتجوز في مبلغ اقل وبشروط أخف،اما في خطاب الضمان فلا تتحدد التزامات البنك تجاه المستفيد.

٣- في الكفالة يستطيع الكفيل ان يثير في مواجهة الدائن جميع الدفوع التي تتوفر للمكفول في مواجهة هذا الدائن ،فتبرأ ذمة الكفيل بكل مايبرئ ذمة المدين المكفول وبمقدار ماتبرأ منه ،أما في خطاب الضمان لايستطيع البنك رفض الوفاءاستنادا الى دفوع مستمدة من العقد بينه وبين العميل أو بين عملية والمستفيد [٣٤] .

٤- يتعهد الكفيل أن يفي بالتزام المدين اذا لم يف به ،والالتزام قديكون القيام بعمل او الامتناع عن عمل او الوفاء بمبلغ من النقود ،واذا تخلف المدين عن القيام بالعمل لايتعهد الكفيل بالقيام بنفس العمل بل انه يضمن مايحكم به من تعويض ،اما في خطاب الضمان فان البنك لايضمن حسن تنفيذ المكفول للعمل او الالتزام وانما يلتزم بارادته المنفردة التزاما مباشرا غير معلق على شرط ودون تحقق اي واقعة خارجة عن خطاب الضمان بدفع المبلغ الى المستفيد فورا طلبه.

وقد أكدت ذلك محكمة التمييز الاردنية في العديد من قراراتها ،حيث قررت بانه (تختلف الكفالة العادية عن خطاب الضمان في ان التزام الكفيل امام الدائن تابع لالتزام المكفول فلايلزم الكفيل بالوفاء الا اذا أثبت مديونية المكفول ،وان للكفيل ان يدفع دعوى الدائن باي دفع يحق للمدين دفع الدعوى به ،فهو التزام تابع يدور معه وجوداً وعدماً وصحة وبطلاناً وفي مقداره واستحقاقه اما خطاب الضمان يكون تعهد منقطع الصلة بالتزام العميل (الآمر) ومديونيته لان خطاب الضمان ينشئ بين البنك والمستفيد من خطاب الضمان) [٣٥] .

مع ان خطاب الضمان يستخدم لتحقيق ذات الاغراض التي تحققها الكفالة الا أنه يحققها بفعالية أكثر،وهو اصلح للمستفيد الدائن من الكفالة وذلك لأنه بالاضافة الى كون خطاب الضمان يحل محل النقود كتأمين فان البنك يلتزم المصدر التزاما مباشرا ومستقلا تجاه المستفيد ويترتب على ذلك النتائج الآتية [٣٦] :

١- يرجع المستفيد على البنك مباشرة وليس بحاجة الى ان يرجع على المدين بداية .

٢- لايستطيع البنك ان يثير في مواجهة المستفيدأية دفوع يملك العميل اثارتها في مواجهة المستفيد .

٣- التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان الى المستفيد يكون بمجرد الطلب من المستفيد وبصرف النظر عن اي اعتراض من العميل .

٤- ان المستفيد يضمن عند رجوعه إلى البنك استيفاء حقوقه وذلك لملاءة البنوك وسعيها دائما للوفاء بالتزاماتها بحسن نية خوفا على سمعتها واعمالها التجارية ،بالاضافة الى ان خطر تعرضها للافلاس يكون عادة اقل لانها تدار على اسس علمية .

الفصل الثاني

انواع خطابات الضمان في عقود مقاولة الانشاءات (FIDIC) والعلاقات الناشئة عنه

الاصل ان يصدر خطاب الضمان مطلقا (غير مشروط) ويسمى بخطاب الضمان عند الطلب الا انه لايمنع ان يكون الخطاب معلقا على شرط،وقد جاءت جميع خطابات الضمان في عقودالـ(FIDIC) وشروطه الخاصة خطابات غير مشروطة (اي عند الطلب) اي ان البنك يلتزم بدفع قيمة الخطاب او اي تحفظ وبصرف النظر عن اي اعتراض او مقاضاة من جانب المقاول على اجراء الدفع [٣٧] .

ورغم ان هذه الخطابات قد تتضمن مايبدو انها شروط يتوقف عليها الدفع من مثل :(مع ذكر الاسباب الداعية للدفع بان المقاول قد رفض او اخفق في تنفيذ اي من التزاماته بموجب العقد،او مغ ذكر الاسباب الداعية لهذا الطلب بان المقاول قد رفض او اخفق في تنفيذ اي من التزاماته فيما يخص اعمال الصيانة والاصلاحات بموجب العقد [٣٨] الا ان هذا كله لايخرج خطاب الضمان عن طبيعته القانونية ولايعني ذكر هذه الاسباب ان الدفع مشروط بتحققها ،او ان البنك ملزم بالتاكد من وقوعها ،انما الغاية من ذكرها هو تسهيل رجوع المقاول على صاحب العمل اذا تبين انه قبض قيمة الخطاب دون وجه حق تعسفا او غشا .

ولبحث هذا الموضوع سنقسم الفصل الى مبحثين ،نتناول في المبحث الاول العلاقات القانونية التي تنشأ عن اصدار خطاب الضمان في عقودالـ(FIDIC) والشروط الخاصة اما المبحث الثاني فنتحدث يه عن انواع هذه الخطابات .

المبحث الاول

العلاقات القانونية التي تنشأ عن اصدار خطاب الضمان في عقود الانشاءات(FIDIC)

يعتبر اصدار خطاب الضمان في عقد (FIDIC) نهاية لمجموعة من الروابط القانونية بين اطرافه كما ينشأ عنه علاقات عديدة بعضها سابق على اصداره كعلاقة المقاول بصاحب العمل وعلاقة المقاول بالبنك المصدر وبعضها ينشأ فور اصداره كعلاقة البنك بصاحب العمل .

فعندما يرغب صاحب العمل سواء كان مؤسسة حكومية أو غير حكومية أوشركة .بالاخص اذا كان مؤسسة حكومية –باستدراج عروض مناقصة تنفيذ مشروع انشائي فانه يشترط على المقاول المتقدم للعطاء ان يقدم (خطابات ضمان غب الطلب)في المراحل المختلفة لعقد المقاولة وذلك لضمان تنفيذ التزاماته بدءاً من خطاب ضمان دخول العطاء وانتهاء بخطاب ضمان الصيانة اصلاح العيوب [٣٩] عند ذلك بتقديم المقاول الى البنك طالبا منه اصدار خطاب الضمان لصالح صاحب العمل وحسب تعليماته وشروطه والصيغة التي اعطيت للبنك بان يدفع البنك لصاحب العمل مبلغا معينا بناء على طلب المقاول .

وسوف أعرض للعلاقات القانونية هذه في ثلاث مطالب ،المطلب الاول أبين فيه علاقة المقاول بصاحب العمل وفي الثاني علاقة المقاول بالبنك وفي الثالث علاقة البنك بصاحب العمل.

المطلب الاول

علاقة المقاول بصاحب العمل المستفيد(عقد الاساس) *

(UNDERLYING CONTRACT)

نتيجة لعلاقات العمل المتعددة والمتشابكة والتي قد لايعرف صاحب العمل فيها المقاول معرفة شخصية فقد يتولد لديه شعور بعدم الثقة بأن ينفذ هذا الاخير التزاماته الناشئة عن عقد المقاولة بشكل كامل ووفق الشروط المتفق عليها،لذلك يشترط عليه ان يصدر له خطابا لضمان تنفيذ هذه الالتزامات بحيث اذا لم ينفذ المقاول التزاماته وفقا لعقد الاساس المبرم بينهما ، يحق لصاحب العمل المطالبة بقيمة خطاب الضمان .

فعلاقة المقاول بصاحب العمل والتي يصدر خطاب الضمان لاجلها هي علاقة عقدية تتمثل في عقد المقاولة المبرم بينهما وهذا العقد يشكل السبب في اصدار خطاب الضمان فعقد المقاولة بين المقاول وصاحب العمل يترتب عليه مديونية المقاول لصاحب العمل بمبلغ من المال يجب ان يقدمه المقاول الى صاحب العمل فاذا قدم له خطاب الضمان فان ذلك يعتبر بمثابة دليل للمبلغ النقدي الذي يلتزم بدفعه تأنيا لتنفيذ التزامه وبالتالي فان ذمة المقاول تبرأ حيال صاحب العمل ويصبح البنك مصدر الخطاب هو المدين تجاه صاحب العمل بموجب خطاب الضمان .

فالمقاول وصاحب العمل يبرمان عقد المقاولة بينهما بعيدا عن البنك ويشترط صاحب العمل على المقاول تقديم خطاب الضمان بديلا لتامين نقدي لضمان تنفيذ العقد بينهما ولضمان حقوق صاحب العمل خلال مدة معينة .

وهكذا يمكن اعتبار خطاب الضمان ضرورة ملازمة لعقد المقاولة من ناحية عملية وتشكل عادة احد شروطه الواجب على المقاول تنفيذه قبل النظر في تنفيذ البنود الاخرى او بمعنى اصح يكون عقد المقاولة المبرم بين المقاول وصاحب العمل صحيحا ونافذا الا انه غير لازم بالنسبة لصاحب العمل ويشترط لزومه تقديم خطاب الضمان .

المطلب الثاني

العلاقة بين المقاول والبنك المصدر

ان هذه العلاقة هي عقد من عقود العمليات المصرفية التي تقدمها البنوك لعملائها وهو عقد اعتماد ضمان وتبدا هذه العلاقة عندما يتقدم المقاول الى البنك طالبا منه اصدار خطاب الضمان محددا صيغته وغرضه ويتضمن الطلب الذي يتقدم به المقاول البيانات الخاصة فاصدار

خطاب الضمان وهي :اسم المستفيد (صاحب العمل) ومبلغ الضمان ومدة صلاحية الخطاب ويصرح المقاول للبنك بان يدفع الى صاحب العمل قيمة خطاب الضمان عند اول طلب يرد الى البنك من صاحب العمل ويتعهد المقاول بسداد قيمة الخطاب في حال دفعها من قبل البنك اضافة للعمولات والمصاريف الاخرى وهذا يعتبر ايجابيا بينما يعتبر قبول البنك حاصلا عند قبوله طلب وموافقته عليه واصدار الخطاب لصالح صاحب العمل هذا العقد يمكن تسمية بعقد اصدار خطاب ويرتب هذا العقد التزامات على كل من المقاول والبنك كل في مواجهة الآخر.

الفرع الاول: التزامات البنك

يترتب على انعقاد عقد اصدار خطاب الضمان ان يصبح البنك ملتزما بما يلي :

١- اصدار خطاب ضمان يكون المستفيد منه صاحب العمل ،وفقا للشروط التي حددها المقاول والبيانات قد وردت للمقاول بناء على طلب صاحب العمل وتتحقق مسؤولية البنك اذا صدر الخطاب بشروط لم يطلبها المقاول او لمدة اطول او بقيمة اكبر ويتحمل وحدة المسؤولية عن المدة الزائدة وعن فرق القيمة في الطلب المقدم للبنك (٤٠) .

٢- يتعهد البنك بشكل واضح وصريح بانه سيدفع قيمة خطاب الضمان والوفاء لصاحب العمل عند اول مطالبة ترد اليه منه وبالرغم من اي معارضة من المقاولة ودون اي اعتبار لحسن تنفيذ الاعمال التي احليت على هذا المقاول او عدم تنفيذها (٤١) .

٣- يلتزم البنك باخطار المقاول بان صاحب العمل يطالب بمصادرة قيمة خطاب الضمان قبل اداته له ، وهذا الاخطار لايتعارض مع تعهد البنك في مواجهة صاحب العمل بدفع قيمة الخطاب له عند اول مطالبة وبالرغم من المعارضة من قبل المقاول وانما الغاية منه حث المقاول على تنفيذ التزاماته العقدية في مواجهة صاحب العمل وتسوية الخلاف معه اضافة لاعطاء المقاول فرصة للحصول على اجراء قضائي اذا رأى المقاول ان لاحق للمستفيد في المطالبة بقيمة الخطاب كأن يكون المقاول قد نفذ كامل التزاماته او ان يكون طلب صاحب العمل منطويا على الغش او التعسف .

٤- يلتزم البنك باعادة التامين النقدي المستوفي او التامينات الاخرى (غطاء خطاب الضمان) الى المقاول بعد انقضاء خطاب الضمان لأي سبب من اسباب انقضائه لانه اذا انقضى خطاب الضمان فان التزام البنك في مواجهة صاحب العمل ينتهي وتبرأ ذمة البنك . وبالمقابل تبرأ ذمة المقاول حيال البنك ويصبح البنك مدينا للمقاول باعادة قيمة خطاب الضمان اذا كان نقديا او فك الرهن الملقى من قبل البنك على اموال المقاول الذي كان ضمانا لأصدار خطاب الضمان .

الفرع الثاني: التزامات المقاول

يترتب على المقاول بموجب عقد اصدار خطاب الضمان في مواجهة البنك الالتزامات الآتية :

١- تقديم غطاء خطاب الضمان والذي يمكن تعريفه بأنه الضمانه التي توضع تحت يد البنك من المقاول فيما لوقام البنك بتنفيذ تعهده حسب الاصول ودفع قيمة الخطاب او اي جزء منه الى صاحب العمل . وتكون شخصية المقاول محل اعتبار لدى البنك على ضوء مركزه المالي ،وقدرته على الوفاء بالتزاماته ،ولذلك قد يصدر خطاب بغطاء كامل اذا كان المقاول جديدا في تعامله مع البنك ،وقد يصدر بغطاء جزئي او بدون غطاء (على المكشوف) اذا كان مركز المالي وميزانية مؤسسته ،ودرجة التزامه بالوفاء بالديون عالية [٤٢] . وغطاء الضمان قد يكون نقديا ويتمثل في مبلغ معين بدفعه المقاول لاصدار الخطاب ويضع البنك هذا المبلغ في حساب خاص تحت اسم غطاء خطابات الضمان ،وقد يكون الغطاء عينيا كتقديمه اوراقا يقوم البنك بتظهيرها الى البنك . أو رهن عقارات او اليات او غيرها من ممتلكات المقاول . ويبقى غطاء الضمان لدى البنك الى حين انقضاء خطاب الضمان او مصادرته من قبل صاحب العمل ضمن المدة المحددة فيه. وقيام البنك بدفع قيمته له ،حيث يترتب على ذلك ان تصبح ذمة المقاول مشغولة بالمبلغ المدفوع ويصبح غطاء الضمان المقدم منه من حق البنك .

٢- التزام المقاول بدفع عمولة للبنك وفقا للنسبة التي يحددها البنك المركزي ،اضافة لدفعه الفوائد اذا قام البنك بتنفيذه بتعهده ودفع المستفيد قيمة خطاب الضمان اضافة للمصاريف التي تكبدها البنك في اصدار خطاب الضمان وتبليغه لصاحب العمل مضافا اليها جميع الرسوم وطوابع الواردات حسبما ورد في قانون رسوم الطوابع .

٣- يلتزم المقاول بعدم الاعتراض على دفع البنك لصاحب العمل قيمة خطاب الضمان لدى طلب هذا الاخير وعدم أثارة اي دفوع او اعتراضات ويعتبر التزام المقاول هذا التزام امتناع عن القيام بعمل [٤٣] .

المطلب الثالث

علاقة البنك بصاحب العمل

تنشا هذه العلاقة بمجرد اصدار البنك لخطاب الضمان ووصوله الى علم صاحب العمل، وبوصوله الى علم صاحب العمل لايستطيع البنك الرجوع عن تعهده بعد ذلك ،يكون التزام البنك حيال صاحب العمل التزاما باتا ونهائيا ،ويكون التزاما بصفة شخصية وليس بصفة نائبا عن

المقاول .ويترتب على ذلك عدم جواز تحويل خطاب الضمان اوتظهيره للغير ،ولايعتبر اصدار البنك لخطاب الضمان تنفيذا لعقد بين البنك وصاحب العمل ،فطبيعة التزام البنك ينبع من كونه التزاما ناشئ عن ارادته المنفردة باعتبارها مصدرا من مصادر الالتزام ويترتب على ذلك النتائج التالية :

١- لايشترط ان يقبل صاحب العمل الخطاب ،بل يكفي ان يصل الى علمه حتى يتاكد حقه فيه باعتبارهذا الحق ينشأ عن التزام البنك بارادته المنفردة وليس بناء على علاقة عقدية لاتترتب اثارها الا بعد ارتباط الايجاب الصادر من احد الطرفين بقبول الطرف الاخر (٤٤)

٢- ان التزام البنك بارادته المنفردة يجعل التزامه باتا ونهائيا بمجرد صدوره ووصوله الى علم صاحب العمل فلا يستطيع البنك الرجوع عنه او تعديله سنداً للمادة (٢٥٢) من القانون المدني الاردني التي تنص على انه (اذا استوفى العقد الانفرادي ركنه وشروطه فلا يجوز للمتصرف الرجوع فيه)

٣- ان ارادة البنك المنفردة معرضة لان يشوبها كل مايشوب الادارة من عيوب كالغلط او الاكراه وتعتبر هذه العيوب من عوامل الانقضاء الخاصة بالتصرف الانفرادي اضافة الى انه لايمكن للبنك ان يحتج باي دفع او عيب مستمد من علاقة اخرى او عقد خارجي فالاساس في خطاب الضمان انه مستقل عن كل علاقة اخرى .

المبحث الثاني

انواع خطابات الضمان في عقود مقاولة الانشاءات (FIDIC)

يمر عطاء الانشاءات منذ تحضير الدراسة الاولية له مرورا بالدراسة التفصيلية والمخططات ووثائق العطاء ثم دعوة المقاولين لتقديم عروضهم واختبار المقاول الفائز بالعطاء فوضع ترتيبات اجرائية تكفل تنظيم ادارة العقد ووضعه موضع التنفيذ وفقا للمواصفات المتفق عليها وضمن المدة الزمنية الكافية للانجاز ثم تسليم المشروع الى صاحب العمل تسليما اوليا تليه مدة سنة صيانة ،يتم بعدها التسليم النهائي للمشروع وبذلك تبرأ ذمة المقاول حيال صاحب العمل بأستثناء التزامه القانوني وفقا للمادة (٧٨٨) ومابعدها من القانون المدني الاردني التي تنظم احكام المسؤولية المعمارية للمقاول والمهندس .

وعبر هذه المراحل المعقدة التي تتطلب تنظيما دقيقا بحيث يتحقق لصاحب العمل في النهاية ان يتسلم عملا خاليا من العيوب ، وضمن المدة الزمنية المتفق عليها ولضمان ذلك فان المقاول يقوم بتقديم عدة خطابات ضمان متنوعة تتنوع هذه الخطابات حسب نوع الالتزامات والمراحل العقدية

التي سيتم بها العمل وتنفيذ هذا العقد ،وهي في عقد الـ (FIDIC) وملحقة من شروط خاصة تتضمن خمسة انواع من خطابات الضمان النوع الاول خطاب ضمان دخول المناقصة والثاني خطاب ضمان حسن التنفيذ (الاداء) والثالث خطاب ضمان الصيانة ، اما الرابع فهو خطاب ضمان الاشياء المعارة للمقاول ،واخيرا خطاب ضمان السلفة (الدفعة المقدمة) .

وللحديث عن هذه الخطابات سوف التزم بمنهجية واحدة حيث سأبحث كل نوع من الانواع الثلاثة الاولى في مطلب مستقل وذلك لاهمية هذه الانواع أتحدث في البداية عن المرحلة التي يتم اصداره فيها ثم انتقل للحديث عن تعريفه وأهميته [٤٥] وكيفية انقضائه وبعد ذلك انتقل لبحث خطابي السلفة وضمان الاشياء المعارة في مطلب رابع .

المطلب الاول

خطاب ضمان دخول العطاء (المناقصة) (BID BOND)

نتناول في هذا المطلب تعريف خطاب ضمان دخول العطاء في فرع واهميته في فرع ثان انقضائه في فرع ثالث .

الفرع الاول: تعريف خطاب ضمان دخول العطاء

يعرف خطاب ضمان دخول العطاء بانه تعهد يصدر من البنك بناء على طلب عملية المقاول الراغب في دخول العطاء بدفع مبلغ نقدي بمجرد ان يطلب صاحب العمل – الداعي لتقديم العطاءات –ذلك من البنك في حال لم يوقع المقاول العقد او رفض الدخول في العطاء بعد احالته عليه ،وقد سمي بالخطاب الابتدائي او المؤقت لانه ينتهي باحالة العطاء .

والمادة (٢) من الاصول الموحدة لكفالات العقد النشرة رقم (٣٢٥) الصادرة عن غرفة التجارة الدولية ١٩٨٧ عرفت خطاب ضمان دخول العطاء بانه تعهد يعطيه البنك او شركة تامين او طرف اخر (الكفيل) بناء على طلب مناقص (العميل) او بناء على تعليمات بنك او شركة تامين او طرف اخر (الطرف الامر) طلب اليه العميل ذلك الى الطرف الذي دعا الى المناقصة (المستفيد) يتعهد بموجبه الكفيل ان يقدم الى المستفيد دفعة ضمن حدود مبلغ محدد من المال في حالة تقصير العمل في الواجبات الناتجة عن تقديم المناقصة .

ويمكننا ان نبدي الملاحظات التالية على تعريف الاصول الموحدة لكفالات العقد:

أ- اشار التعريف انه تعهد يعطيه بنك او شركة تامين او طرف اخر (الكفيل) هذا يعني ان خطاب الضمان لايصدر فقط من قبل البنوك وانما يمكن ان تصدره شركات التامين او من قبل اشخاص او يصدر من قبل اشخاص عاديين او اشخاص معنويين من غير شركات

التامين وبالرجوع الى ما ، استقرت عليه محكمة التمييز فان خطاب الضمان تصدره البنوك وبالتالي لايمكن اصداره من قبل افراد او شركات التأمين [٤٦] .

ب- اشار التعريف بأن التعهد يتم اصداره بناءً على طلب العميل او على تعليمات بنك او شركة تأمين او طرف اخر (الطرف الآمر) طلب اليه العميل ذلك ،وهنا نلاحظ ان الاصول الموحدة تبرز ممارسة جديدة في اصدار خطابات الضمان تكون من خلال استعانةالعميل بطرف اخر .

وتحدد قيمة الخطاب دخول العطاء بمبلغ مقطوع ويحتسب هذا المبلغ على اساس نسبة (٢-٣%) من القيمة المقدرة للعطاء الكلي يحدد مسبقا بصرف النظر عن القيمة المقدرة له سندا للمادة ٥/أ من تعليمات العطاءات الحكومية الصادرة عن وزارة الاشغال العامة الاردنية .

الفرع الثاني: اهمية خطاب ضمان دخول العطاء

لخطاب ضمان دخول العطاء اهمية خاصة ومتميزة خاصة اذا ماعلمنا ان العروض المقدمة ستستبعدجميعها بأستثناء عرض واحد منها هو من يرسو على صاحبة العطاء [٤٧] وسنتناول اهمية وفائدة هذا الخطاب من خلال الحديث عن اهميته وفائدته بالنسبة للمقاول ثم بالنسبة لصاحب العمل .

أولا:اهمية خطاب ضمان دخول العطاء بالنسبة للمقاول .

يؤدي خطاب الضمان العديد من الفوائد للمقاول الراغب في دخول العطاء وهي :

١- يعفي خطاب الضمان المقاول من تجميد امواله بوضعها بيد صاحب العمل كتأمين دون ان يستفيد منها ،بينما يكون في اسس الحاجة اليها ،كما يعفيه من اجراءات استرداد التأمين النقدي المدفوع لصاحب العمل والتي غالبا ماتكون جهة ادارية حكومية ويترتب على الاجراءات والروتين وتاخير في استرداد المبلغ النقدي .

٢- اما بالنسبة للمقاول الاجنبي ،فان خطاب الضمان اضافة الى انه يعفيه من الاجراءات الطويلة اذا لم يرسو عليه العطاء ،فانه كذلك يعفيه من اجراءات تحويله العملة الاجنبية من الخارج الى الداخل واعادة التحويل اذا لم يرسو عليه العطاء ،وما يترتب على هذا من خسائر في التحويل لتقلب اسعار العملة .

٣- وبالتالي فان جميع ماتقدم يؤدي الى زيادة هامش ربح المقاول الذي يفوز بالعطاء .

ثانيا- أهمية خطاب ضمان العطاء بالنسبة لصاحب العمل :

يؤدي خطاب الضمان لصاحب العامل – الداعي الى العطاء – الفوائد التالية :

١- يضمن صاحب العمل جدية العروض وجدية المقاولين المتقدمين الى العطاء كما يضمن توقيع المقاول الفائز بالعطاء على العقد خلال المدة المحدودة في العقد من تاريخ ابلاغه باحالة العطاء عليه وانه لن يتراجع عن عرضه [٤٨] .

٢- يعفى صاحب العمل من تكلفة المحافظة على التأمين النقدي والنفقات التي قد تترتب على اعادته. خاصة وان العروض المقدمة للعطاء سيرسو واحد منها فقط ،اما الباقي فيتم رفضه.

٣- يحصل صاحب العمل على عروض باسعار جيدة لان المقاولين سوف يتقدمون باسعار منخفضة لعدم تجميد اجزاء من اموالهم في ضمانات مالية نقدية .كما انه يضمن استيفاء قيمة خطاب الضمان من البنك كون البنك مدينا اصيلا يتعهد بالدفع بمجرد الطلب وهذا يشكل ضمانة كافية ازاء اي تقصير او أخلال من المقاول المناقص .

الفرع الثالث: انقضاء خطاب ضمان دخول العطاء

في البداية سوف استعرض طرق انقضاء خطاب الضمان بشكل عام كونها تطبق على جميع الخطابات ،ثم انتقل للحديث عن انقضاء خطاب ضمان دخول العطاء بشكل خاص .

أولا- طرق انقضاء خطاب الضمان بشكل عام

ينقضي خطاب الضمان بأحد الاسباب التي تشكل طريقة من طرق انقضاء الالتزامات بشكل عام :

أ. انقضاء خطاب الضمان بالوفاء او ما يقوم مقام الوفاء :ينقضي خطاب الضمان عندما يسدد البنك قيمته الى المستفيد عند طلبه ذلك اثناء مدة سريان الخطاب ، ولو كان الوفاء جزئيا ولايشترط انقضاء الخطاب في هذه الحالة اذا لم يطالب المستفيد بألغاء المتبقي من قيمة الخطاب، الذي يبقى ساريا طيلة مدة النفاذ وينقضي بعد ذلك مالم يطلب المستفيد تجديده قبل هذا الانقضاء ،ويعتبر البنك مدينا بالتزامه بالسداد بقيمة الخطاب .

ويقوم مقام الوفاء وابراء ذمة البنك حيال المستفيد المقاصة ،فاذا كان للبنك حق في مواجهة المستفيد ثم طالب المستفيد البنك بدفع قيمة الخطاب وقام البنك بتسجيله باسمه أمكن ان تقع المقاصة القانونية بين حق البنك ودينه اذا توافرت شروطها [٤٩] .

كما ينقضي خطاب الضمان باتحاد العميل والمستفيد في شخص اي منهما ،حيث يصبح هذا الشخص دائنا ومدينا في وقت واحد،وكذلك الحال لو اتحدت ذمة البنك مع ذمة المستفيد .كان يكون البنك هو صاحب العمل ذاته .

ب- انقضاء خطاب الضمان بغير الوفاء :ينقضي خطاب الضمان بغير الوفاء بانتهاء مدته دون مطالبة صاحب العمل به،او باستحالة التنفيذ العائد الى سبب اجنبي لايد للمقاول فيه،او عائدة لفعل صاحب العمل وذلك في الخطاب المشروط ،اما الخطاب غير المشروط فلا يتأثر التزام البنك باستحالة التنفيذ ويبقى هذا الالتزام قائما رغم الاستحالة حيث يجوز للعميل الرجوع على المستفيد فيما بعد بقيمة ماقبضه من البنك .

ثانيا :طرق انقضاء خطاب ضمان دخول العطاء :وهنا لابد ان نفرق بين العروض التي لم يرسو عليها العطاء والعرض الفائز بالعطاء .

١- انقضاء خطاب الضمان المرفق بالعرض الفائز بالعطاء:على المقاول المناقص الفائز بالعطاء ان يتقدم الى صاحب العمل لتوقيع العقد خلال فترة ١٤ يوما من تاريخ ابلاغه باحالة العطاء عليه اوتسليمه له خطيا ،وعلى هذا المقاول ان يقدم الى صاحب العمل خطابا ضمان حسن التنفيذ عند توقيع الاتفاقية،على انه يحق لصاحب العمل مصادرة خطاب ضمان المناقصة المرفق بعرض المقاول المناقص دون الرجوع الى القضاء ودون ان يكون للمقاول الحق في المطالبة باي تعويض اذا رفض المناقص او تاخر عن توقيع الاتفاقية او عجز عن تقديم خطاب ضمان حسن التنفيذ المطلوب [٥٠] .

ويكون خطاب ضمان دخول العطاء ساري المفعول لمدة(٩٠) يوما او المدة المحددة في دعوة العطاء من تاريخ تقديم العرض،او لحين توقيع الاتفاقية ايهما اسبق [٥١] .

وهكذا يتضح ان خطاب الضمان ينقضي في الحالة التي يرسو فيها العطاء على المقاول اما بقيام البنك بوفاء قيمة خطاب الضمان بناء على طلب صاحب العمل للاسباب المبينة اعلاه او التوقيع على عقد المقاولة من قبل المقاول وتقديم خطاب ضمان حسن تنفيذ او انتهاء مدة الخطاب دون المطالبة بقيمته .

٢-انقضاء خطابات الضمان المرفقة بالعروض التي لم يرسو عليها العطاء تنقضي خطابات الضمان المرفقة بالعروض التي لم يرسو عليها العطاء بانتهاء صرحيتها ،او حيب ماتقدره لجنة العطاء خلال ٧ ايام من تاريخ احالة العطاء [٥٢] ، كما ينقضي الخطاب بانتهاء صلاحيته اذا كان تاريخ انتهاء صلاحيته اسبق من تاريخ توقيع الاتفاقية مع احد المقاولين وذلك في حالة لم يطلب صاحب العمل تجديد هذه المدة [٥٣].

المطلب الثاني

خطاب ضمان حسن الاداء

(performance Security)

على المقاول وخلال (٢٨) يوما من تاريخ تسليمه كتاب القبول من صاحب العمل وقبل توقيع العقد ان يقدم لصاحب العمل خطاب ضمان حسن اداء الضمان التزامه بتنفيذ الاشغال حسب شروط العقد وضمن المدة الزمنية المحددة،وقيمة هذا الخطاب تساوي (١٠%) من قيمة العقد او بالقيمة ونوع العملة المحددين في ملحق عقد المناقصة ،بحيث يكون صادرا عن كيان اودولة او سلطة اخرى موافق عليها من قبل صاحب العمل .وتكون مسؤلية اعداد الخطاب ودفع مايترتب على استصداره من نفقات ورسوم على حساب المقاول ،ويعد وفق النموذج الوارد في الشروط الخاصة من الـ (FIDIC) [٥٤].

الفرع الاول: تعريف خطاب ضمان حسن الاداء

يعرف خطاب ضمان حسن الاداء بانه تعهد يصدر من كيان او دولة او اي سلطة اخرى موافق عليها من قبل صاحب العمل بناء على طلب عميله –المقاول الفائز بالعطاء –بدفع مبلغ نقدي معين بمجرد ان يطلب المستفيد (صاحب العمل) ذلك من الجهة المصدرة للخطاب في حال اخفق العميل بالتنفيذ وفقا لشروط العقد ويسمى خطاب ضمان الاداء [٥٥] .

وقد عرفته المادة (٢/٢) من الاصول الموحدة انه تعهد يعطيه البنك أو شركة تأمين أو طرف اخر(الطفيل) بناء على طلب (العميل) او بناء على تعليمات بنك او شركة تأمين او طرف اخر (الطرف الآمر)طلب اليه العميل ذلك ،الى صاحب العمل (المستفيد) يتعهد بموجبه الكفيل الى ان يقدم الى المستفيد دفعه ضمن حدود مبلغ محدد من المال او يجري ترتيبا لتنفيذ العقد اذا كانت الكفالة تنص على ذلك تبعا لخيار الكفيل ،وذلك في حالة تقصير العميل في التنفيذ المطابق لشروط العقد الجاري بين العميل والمستفيد .

بالاضافة الى ماتقدم من ملاحظات ،وردت في التعليق على تعريف خطاب ضمان دخول العطاء [٥٦] .يمكننا ان نبدي مايلي :

١- اشترطت المادة (٤/٢) من FIDIC ان يكون الخطاب صادرا من جهة موافق عليها من قبل صاحب العمل ،في حين انه في خطاب ضمان دول العطاء لم يشر الى ان تكون الجهة مصدرة الخطاب – ان خطاب الضمان المرفق بالعرض المقدم لدخول العطاء (خطاب المناقصة) ليس بالضرورة ان يرسو العطاء على المقاول الذي قدمه بالاضافة الى ان العرض عادة مايكون في مغلف مغلق لايتم الاطلاع عليه مسبقا بحيث يمكن لصاحب العمل ممارسة صلاحيته في الموافقة او عدم الموافقة على الجهة مصدرة الخطاب ،هذا فضلا على انه يتم استبداله بخطاب ضمان حسب التنفيذ الذي يؤدي وظيفة اكثر اهمية في هذه المرحلة .

٢- اشارت المادة (٢) من الاصول الموحدة الى ان البنك يتعهد بان يجري ترتيبا لتنفيذ العقد اذا كانت الكفالة تنص على ذلك ،تبعا لخيار الكفيل ،وهنا لانكون بصدد خطاب ضمان لان من خصائص خطاب الضمان ان التزام البنك دائما يكون محله دفع مبلغ معين من النقود او قابل للتعيين، ولا بد من الاشارة الى ان المادة(١) من الاصول الموحدة التي نصت على ان هذه الاصول تنطبق على أية كفالة او ضمان او تعهد مهما كان الاسم او الوصف (كفالة) ،فنحن عندما نتحدث عن الاصول نتناول مايخص خطاب الضمان منه وما يتفق مع طبيعته .

الفرع الثاني: أهمية خطاب ضمان حسن الاداء

فيما يتعلق بالمقاول فان اهمية خطاب ضمان حسن الاداء لاتختلف عن اهمية خطاب دخول العطاء سواء من حيث اعفاء المقاول من تجميد امواله بوضعها بيد صاحب العمل تامينا لحسن الاداء ،او اعفائه من اجراءات استرداد التامين النقدي ،او فيما يتعلق بالمقاول الاجنبي الذي خسر من تحويل العملة الاجنبية الى الداخل او اعادة تحويلها مرة اخرى [٥٧] ، يضاف الى ذلك ان المقاول بتقديمه خطاب ضمان حسن الاداء فانه يسترد خطاب دخول العطاء .

اما اهمية خطاب ضمان حسن الاداء بالنسبة لصاحب العمل ، فانه بالاضافة الى كون هذا خطاب يعفي صاحب العمل من تكلفة المحافظة على التامين النقدي المقدم والى حصوله على عروض من المقاولين باسعار جديدة لعدم تجميد اموالهم فان هذا الخطاب يقدم لصاحب العمل الفوائد التالية :

١- يضمن الخطاب لصاحب العمل ان يتقيد المقاول باحكام العقد ،وان يتم التنفيذ وفقا لشروط العقد والمواصفات والمقاييس (مطابقة الاشغال لشروط العقد)، وان يتم التقيد بتعليمات المهندس وذلك لحرص المقاول على الحصول على شهادة للتسليم الاولي من قبل المهندس واسترداد خطاب الضمان ،وبذلك يضمن صاحب العمل جدية المقاول للتنفيذ وحسن نيته .

٢- يضمن صاحب العمل ان يتقيد المقاول بالبرنامج الزمني لتنفيذ الاشغال الذي قدمه المقاول خلال ٢٨ يوما من تاريخ استلامه اشعار المهندس باالمباشرة بالعمل وما يتضمن من اعمال وبالتالي التنفيذ ضمن المدة المحددة في العقد [٥٨] .

الفرع الثالث: انقضاء خطاب ضمان حسن الاداء

ينقضي خطاب ضمان حسن الاداء باحد الاسباب التالية :

أولا: ينقضي بقيام البنك بالوفاء الى المستفيد بناء على طلب خطي منه ،مع ذكر الاسباب الداعية لهذا الطلب بان المقاول قد رفض او اخفق في تنفيذ اي من التزاماته بموجب العقد [٥٩] .

وقد اورد ال FIDIC بعض الاسباب التي تعطي الحق لصاحب العمل في المطالبة بقيمة خطاب ضمان الاداء جزئيا او كليا ومن الامثلة على هذه الاسباب [٦٠] :

١- عدم قيام المقاول بتمديد سريان مفعول خطاب ضمان الاداء الى ان ينهي انجاز الاشغال التي لم تنجز في الوقت المحدد عقديا اذا انتهت مدة الخطاب قبل ان ينهي الاشغال التي لم تنجز.

٢- عدم دفع المقاول المبالغ المستحقة عليه لصاحب العمل اذا كانت هذه المبالغ بسبب عقد مقاولة .

٣- عدم معالجة المقاول لتقصيره في التنفيذ او الوفاء بالتزاماته وذلك خلال مدة (٤٢) يوما بعد استلام اشعار صاحب العمل الذي يطلب معالجة التقصير ، او عدم تنفيذه لاي التزام قصر في تنفيذه خلال مدة معينة حددها الاشعار الموجه من المهندس (ممثل صاحب العمل) اليه.

٤- تخلي المقاول عن الاشغال ،او عدم البدء في تنفيذها اصلا ، او تنازله عن العقد ،او تعاقده فرعيا على جميع العقد ،او اشهار افلاسه ،او تصفيته اذا كان المقاول شركة ،او اعطائه رشوة ، او عرضه اياها على اي شخص لأمر يتعلق بالعقد.

ثانيا :ينقضي خطاب ضمان الاداء بانتهاء مدته المحددة بتاريخ تسليم الاشغال المنجزة تسلما اوليا وباصدار شهادة التسليم الاولى وتقديم خطاب ضمان الصيانة (اصلاح العيوب) مالم يتم تمديد مدته او تجديدها بناء على طلب صاحب العمل .

ويعتبر تاريخ التسليم الاولي هو تاريخ انتهاء خطاب الضمان ،وقد نصت المادة (٤) من الاصول الموحدة على انه (اذا لم يحدد اخر تاريخ لاستلام المطالبة من قبل الكفيل يعتبر تاريخ الانتهاء هو ستة اشهر من التاريخ المحدد في العقد للانجاز او اي تمديدا له)،ونلاحظ هنا انه في حالة الاحالة الى الاعراف لامجال للحديث عن انقضاء الخطاب بالتقادم كون المدة المحددة ،وكذلك الامر في نموذج كفالة خطاب الضمان حيث ان تاريخ تسلم الاشغال المنجزة تسلما اوليا هو تاريخ الانتهاء ،وعادة في عقود المقاولة يتم الاتفاق على مدة العقد (الفترة الزمنية لانجاز الاشغال) حيث ان التزام المقاول بالتنفيذ ضمن مدة محددة هو ثان اهم التزام على عاتق المقاول بعد التزامه بالتنفيذ وفق مواصفات العقد .

ثالثا:استحالة التنفيذ:يجب ان يكون صرف خطاب ضمان حسن الاداء مقترنا ، بذكر الاسباب الداعية لطلب الصرف ، وتحديد موضع التقصير من جانب المقاول ،وبالتالي يمكننا القول ان استحالة التنفيذ لسبب اجنبي لا يد للمقاول فيه يؤدي الى انقضاء خطاب الضمان ،لانه باستحالة التنفيذ يستحيل توافر اسباب تقصير المقاول وبهذا ينقضي خطاب الضمان ،وبغير ذلك وفي حال

مطالبة صاحب العمل بقيمة الخطاب فانه يكون قد تعسف في استعمال حقه مما يترتب عليه حق المقاول في اللجوء الى القضاء لاتخاذ اجراء تحفظي لمنع الصرف .

المطلب الثالث

خطاب ضمان الصيانة واصلاح العيوب

نبحث في هذا المطلب ثلاثة فروع ،نتحدث في الفرع الاول عن التعريف بخطاب ضمان الصيانة وفي الفرع الثاني نتحدث في اهميته ،لننتقل الى انقضائه في فرع ثالث .

الفرع الاول: التعريف بخطاب ضمان الصيانة والهدف منه

في الغالب الاعم ان عيوب اي مشروع لا تنكشف الانتيجة الاستعمال الحقيقي للمشروع لفترة معينة من الزمن ، ولعل هذا يبدو في مقاولات المشاريع الانشائية والابنية ،فالمقاول في عقد المقاولة الانشائية وبعد ان يكون قد نفذ المشروع فانه يخطر المهندس بجاهزيته للتسليم الاولي للمشروع ، الا ان هذ التسليم وان كان لايعيق المشروع في تاديته للغرض الذي انشئ من اجله ،فانه لايخلو من بعض النواقص والملاحظات التي قد يبديها المهندس وخاصة فيما يتعلق ببعض العيوب البسيطة ، او اكمال النواقص التي لاتمنع من استخدام المشروع للغاية التي انشئ من اجلها ،او اجراء اعمال الصيانة على بعض اجزاء المشروع خلال فترة معينة تسمى (فترة الصيانة) .

فالمهندس عند اصداره لشهادة التسليم الاولي للاشغال ،يضع في الحسبان امكانية وجود عيوب او مشاكل عملية تظهر لاحقا ،ولكي يضمن صاحب العمل التزام المقاول باجراء هذه التصليحات واجراء الصيانة ومعالجة اي مشكلة او عيب يظهر في المشروع بعد تسليمه ،فانه يطلب اليه تقديم خطاب يسمى بخطاب ضمان الصيانة قيمته٥% من قيمة الاعمال المنجزة [٦١] بهدف ضمان التزام المقاول بتحمل نفقات النواقص التي التزم بتنفيذها عقديا ولم تنفذ او القيام بالصيانة بعد التسليم لمدة محددة وهي (سنة واحدة او سنتين) من تاريخ التسليم الاولي حسب شروط العقد .

وهكذا يمكن تعريف خطاب ضمان الصيانة بانه تعهد يصدر من البنك بناء على طلب مقاول الانشاءات بدفع مبلغ نقدي معين بمجرد ان يطلب صاحب العمل ذلك من البنك في حالة رفض او اخفاق المقاول باصلاح العيوب خلال فترة الصيانة [٦٢] .

الفرع الثاني: أهمية خطاب ضمان الصيانة واصلاح العيوب

أولا:اهميته بالنسبة للمقاول الامر باصدار خطاب الضمان :

يحقق خطاب الضمان للمقاول الفوائد الاتية [٦٣] :

١- استرداد المحتجزات والتي تعرف بانها المبالغ التي كان يحتجزها صاحب العمل بواقع نسبة مئوية من كل دفعة متحققة [٦٤] .

٢- استرداد خطاب ضمان حسن الاداء لانقضائه بسبب تقديم خطاب ضمان الصيانة.

٣- ان اصدار خطاب ضمان الصيانة واصلاح العيوب يحفز صاحب العمل على القبول بالاشغال المنجزة وتسلمها ،واصداره شهادة تسليم اولي رغم مايشوب الاشغال من نواقص بسيطة لاتحول دون استخدام المشروع للغاية التي نفذ من اجلها ،وبما يعود في ذلك من فائدة بالنسبة للمقاول من اهمية اصدار شهادة التسليم الاولي انه من تاريخ اصدارها يبدأ احتساب مدة الضمان المعماري (المسؤولية الخاصة بالمهندس والمقاول) سندا للمواد ٧٨٨الى ٧٩١ من القنون المدني الاردني .

ثانيا :اهمية خطاب الضمان بالنسبة لصاحب العمل :

يحقق ضمان الصيانة واصلاح العيوب لصاحب العمل الفوائد الآتية [٦٥] :

١- يضمن صاحب العمل ان المقاول سوف يقوم باصلاح العيوب ،التي ابدى تحفظاته عليها في محضر التسليم والتسلم ،او انجاز اي عمل بسيط لم يحل انجازه دون عملية التسليم والتسلم

٢- يضمن صاحب العمل ان المقاول سوف يقوم باصلاح اي عيوب ،او انكماشات لاحقة تظهر خلال فترة الصيانة واصلاح جميع العيوب والتي باصدارها يتمكن المقاول من استرداد خطاب الضمان .

الفرع الثالث: انقضاء خطاب الضمان الصيانة واصلاح العيوب

ينقضي خطاب ضمان الصيانة بطرق الانقضاء التس سبق وان تعرضنا لها ،وسوف استعرض بهذا الخصوص ابرز حالات انقضاء خطاب الصيانة :

١- ينقضي خطاب الضمان بوفاء قيمته من قبل البنك بناء على طلب المستفيد (صاحب العمل) اثناء مدة سريان الخطاب،حيث يكون اخلال المقاول بالتزامه مبررا لصاحب العمل لطلب قيمة الخطاب سواء اكان برفض المقاول بعض العيوب ام اخفاقه في اصلاح بعضها رغم المحاولة .

٢- ينقضي خطاب ضمان الصيانة بالتسليم النهائي واصدار شهادة الصيانة حيث يحق للمقاول حال انتهاء فترة اصلاح العيوب استرداد الخطاب بناء على شهادة مصدقة من قبل المهندس .على انه اذا كانت هناك عدة فترات لاصلاح العيوب بسبب تسلم الاشغال باقسام او اجزاء وفي مدد مختلفة ،فان انتهاء فترة اصلاح العيوب (الصيانة) تكون بانتهاء

اخر فترة من فترات اصلاح العيوب مالم يتم تمديدها او تجديدها بناء على طلب صاحب العمل .

وشهادة الصيانة التي يصدرها المهندس تتضمن التاريخ الذي يعتبر فيه المقاول انه أتم جميع التزاماته باصلاح كافة العيوب ،وتعتبر هذه الشهادة هي الوثيقة المعتمدة بأنه تم قبول الاشغال بشكل نهائي .

المطلب الرابع

خطابات ضمان اخرى في عقد الـ(FIDIC).

اضافة لخطابات الضمان الثلاثة التي يقدمها المقاول لصاحب العمل ،وهي خطابات ضمان دخول العطاء وخطاب حسن الاداء وخطاب الصيانة والتي يجب على المقاول تقديمها في كل مرحلة من مراحل العطاء الحكومي او العطاءات الخاصة التي تعتبر (FIDIC) جزءا لايتجزأ من شروطها العقدية فان هناك خطاب ضمان السلفة الذي يقدم في حالة دفع صاحب العمل المبلغ مقدم على حساب المشروع ،اضافة لخطاب ضمان اعادة الاشياء المعارة لضمان اعادة المعدات التي استعارها المقاول من صاحب العمل ،وسنبحث هذين الضمانين كل منهما في فرع مستقل.

الفرع الاول: خطاب ضمان السلفة(الدفعة المقدمة) (Advance payment Guarantee)

أولا: التعريف بخطاب ضمان السلفة :الاصل في العقود الانشائية ان يتم الدفع حسب نسبة الانجاز في المشروع ،الا انه في المشاريع الكبيرة التي هي بحاجة لامكانيات مالية كبيرة تتجاوز قدرة المقاول وامكانياته ،تدفع هذا المقاول لان يطلب من صاحب العمل ان يعجل له جزءا من قيمة العقد لتمويل عمليات شراء المواد الاولية او الآليات اللازمة لتنفيذ المشروع[٦٦] ١٠% من قيمة المشروع ،ولضمان استرداد صاحب العمل لهذه الدفعة من المقاول ،فانه يطلب منه ان يقدم له خطاب ضمان حتى يضمن له اعادة هذه الدفعة المقدمة في حالة اخفق المقاول بتنفيذ المشروع .

فخطاب ضمان السلفة هو خطاب لضمان اعادة الدفعات او جزء منها وليس لضمان حسن الاداء [٦٧] وهكذا يمكن تعريف خطاب ضمان السلفة بانه تعهد يصدر من (البنك) بناء على طلب المقاول (الطرف الآمر) بدفع مبلغ معين الى صاحب العمل (المستفيد)بمجرد ان يطلب هذا الاخير ذلك من البنك خلال مدة محددة في حال اخفق المقاول في سداد الدفعات المقدمة التي حصل عليها من صاحب العمل .وبذات المعنى جاء تعريف المادة (٢/٢) من الاصول الموحدة.

ويقوم المقاول بتقديم طلب الحصول على السلفة بعد ان يكون قد استصدرخطاب حسن تنفيذ لمصلحة صاحب العمل ،وبعد ان يكون قد وقع العقد الخاص بالمشروع معه ،حيث يقوم صاحب العمل وبعد الموافقة على هذا الطلب بصرف السلفة للمقاول .

ويتم استرداد السلفة من المقاول على اقساط من قيمة فاتورة يقدمها المقاول .على ان يتم استرداد الرصيد المتبقي من السلفة قبل انتهاء مدة العقد الاصلية المحددة في ملحق عرض المناقصة .واذا لم يتم تسديدها بهذه الطريقة يتم تسديدها من مبلغ خطاب ضمان السلفة [٦٨] .

ثانياً: أهمية خطاب ضمان السلفة وانقضاؤه:بالنسبة للمقاول فان خطاب ضمان السلفة يساعده على تغطية نفقات التحضيرللمشروع ويمكنه من تجهيز الموقع بالمعدات والمواد المطلوبة للمباشرة بالتنفيذ ،كما انه يعفيه من النفقات الاضافية التي قد يتكبدها اذا ما اراد الحصول على قروض من جهات اخرى لمباشرة اعماله .

اما بالنسبة لصاحب العمل ،فان هذا الخطاب يحقق له الحصول على عروض وباسعار جيدة ،لان هذا المقاول سوف يخصم من بدل المقاولة النفقات والفوائد التي اعفي من دفعها في الحصول على قرض بنكي لتمويل مشروعه باسعار مخفضة .

اما انقضاء خطاب ضمان السلفة فيتم بطرق الانقضاء التي ذكرناها سابقا اضافة للاسباب التالية :

١- وفاء قيمة خطاب الضمان من قبل البنك بناء على طلب صاحب العمل اثناء مدة سريان الخطاب وهي المدة الواقعة من تاريخ صدوره وحتى سداد المقاول لاقساط السلفة التي تمدد تلقائيا حتى سداد السلفة بالكامل .

٢- ينقضي خطاب ضمان السلفة بسبب استغلال المقاول للسلفة في اغراض خارج نطاق المشروع او ترك المقاول للمشروع قبل وفاء اخر قسط من قيمتها .او عدم اتمامه للمشروع . لان ذلك يحول دون تقديم الفاتورة التي يحسم نسبة ١٠% منها لسداد السلفة ،مما يبرر لصاحب العمل طلب قيمة ماتبقى من السلفة من مبلغ خطاب ضمانها اضافة لطلبة هذه القيمة من خطاب ضمان حسن الاداء اذا لم يكن مبلغ خطاب ضمان السلفة كافيا للوفاء بما تبقى منها .

٣- انقضاء خطاب ضمان السلفة باسترداد كامل السلفة من المقاول ،حيث ان مقابل كل دفعة من السلفة يتم سدادها لابد من تخفيض قيمة خطاب الضمان بما يتناسب مع قيمة الدفع المسددة ،وبسداد كامل الدفعات فان خطاب الضمان يكون قد انقضى [٦٩] ، فخطاب ضمان السلفة خطاب متناقض يبقى ساري المفعول حتى سداد كامل السلفة وهو يمدد تلقائيا لهذا الغرض .

الفرع الثاني : خطاب ضمان الاشياء المعارة

اولا :التعريف بخطاب ضمان الاشياء المعارة:على المقاول ان ياتي بما يحتاج اليه في انجاز العمل من الآت وادوات اضافية على نفقته [٧٠] وتختلف الآلات والمعدات التي يستخدمها المقاول في التنفيذمن مشروع الى اخر حسب حجم المشروع ،فبعض المشاريع تحتاج الى الات ومعدات بسيطة نظرا لكونها مشاريع صغيرة ،في حين تحتاج المشاريع الضخمة الى الالات ومعدات تتناسب مع ضخامة المشروع .

في هذه المشاريع الضخمة قد لاتكون الاليات والمعدات التي بحوزة المقاول كافية لتنفيذ مثل هذه المشاريع ،وقد يكون لدى صاحب العمل الات ومعدات قد يحتاجها المقاول ،او فقد تكون كافية اذا اضيفت بما لديه من معدات لتنفيذ المشروع بما يجعله يطلب الى صاحب العمل ان يعيره هذه المعدات، وهذا مايحصل غالبا عندما يكون صاحب العمل جهة حكومية ،فيطلب صاحب العمل مقابل اعادتها سليمة ، ولضمان استردادها والمحافظة عليها اصدار خطاب ضمان لمصلحته من قبل المقاول [٧١] .

وهكذا يمكن تعريف خطاب ضمان الاشياء المعارة للمقاول بانه تعهد نهائي يصدره البنك بناءً على طلب المقاول بدفع مبلغ معين بمجرد ان يطلب صاحب العمل ذلك من البنك خلال مدة محددة حال اخفق المقاول بالمحافظة على الالات والمعدات من جهات اخرى .

اما بالنسبة لصاحب العمل ،فانه يحصل على عروض باسعار افضل من المتقدمين للعطاء عندما يتاكد المتقدمون بانهم سيستخدمون آليات صاحب العمل دون ان يدفعوا نفقات استئجار هذه الآليات والمعدات وهذا ينعكس على اسعار عروضهم .

كما انه يضمن لصاحب العمل تنفيذا افضل خاصة وان العاملين على هذه المعدات والاليات التي تمت استعارتها من قبل المقاولين يكونون في العادة من العاملين التابعين لصاحب العمل ، اضافة الى انه يضمن تشغيل آلياته وصيانتها بدلا من تخزينها في المستودعات بما يحقق له افضل اسعار التنفيذ.

اما انقضاء هذا الخطاب فانه يتم بذات طرق انقضاء الخطابات بشكل عام اضافة لانقضائه باعادة الاشياء المعارة سليمة الى صاحب العمل .

الخاتمة

يقوم خطاب الضمان بدور هام وفعال للغاية في تنفيذ المشروع الانشائي في مراحله المختلفة في عقود المقاولات الانشائية (FIDIC) في مراحلها المختلفة حيث انه يسير خطوة خطوة مع مراحل العقد قبل ابرامه في مرحلة دخول العطاء ثم لدى ابرامه وتنفيذه وانتهاء بمرحلة الصيانة واصلاح العيوب التي يتبعها التسليم النهائي لموضوع العقد .حيث يرافق كل مرحلة من هذه المراحل نوع من انواع خطابات الضمان.

وقد تناول البحث كل خطاب من هذه الخطابات بالدراسة من حيث التعريف به واهميته وانقضائه في فصل.وقبل ذلك تناول البحث تعريف خطاب الضمان بشكل عام في فصل آخر.ومن خلال هذه الدراسة توصلنا إلى بعض النتائج والتوصيات نوجزها بما يلي:

١- اقتصر التعريف بخطاب الضمان والتعريف باحكامه على تعريف الفقه والقضاء الاردني ، وذلك كون خطاب الضمان مازال في الاردن عرفٌ مصرفيا من ابتكار الممارسة المصرفية لمواجهة التطورات الاقتصادية ،ونامل من مشروعنا الاردني ان ينظم احكامه لاهميته الكبيرة .أسوة بالمشروع في كل من مصر والعراق والكويت مستفيدا من الاجتهاد القضائي الاردني الذي يشكل ارضية خصبة لاصدار مثل هذا التشريع .

٢- الاختلاف الجوهري بين خطاب الضمان والكفالة والتسمية الخاطئة لخطاب الضمان باسم الكفالة وماينطوي على ذلك من اشكالات قانونية ،ونأمل من جميع المتعاملين بخطاب الضمان من قضاة وشراح وبنوك مراعاة هذا الاختلاف ولتجنب الاشكالات .

وحتى يصدر تشريع ينظم احكام هذا الخطاب فانه يقع على عاتق البنوك FIDIC ووزارة الاشغال ان تتعاطى مع خطابات الضمان بمسمياتها الصحيحة بعيدا عن مسمى الكفالات فتسمى خطاب حسن لأداء او خطاب الصيانة بهذه الاسماء بدلا من تسميتها كفالة حسن الاداء وكفالة الصيانة ...

٣- تعتبر خطابات الضمان الـ(FIDIC) خطابات بمجرد الطلب بصرف النظر عن الشروط الشكلية التي توضع في نماذج هذه الخطابات والتي قد تظهر وكأنها هذه الخطابات مشروطة بحسن التنفيذ او للقيام باعمال الصيانة فهي طلبات رغم ذلك عن الطلب ورغم معارضة المقاول.

٤- وجدنا ان خطابات الضمان في عقود (FIDIC) تقسم الى قسمين :

أ- القسم الاول :خطابات تتطلبها جميع المشاريع الانشائية وهي خطاب ضمان دخول العطاء (المناقصة) وخطاب ضمان حسن الاداء وخطاب ضمان الصيانة واصلاح العيوب.

ب- القسم الثاني : خطابات قد تتطلبها بعض المشاريع الانشائية لكبر حجمها او ضعف امكانيات المقاول المالية او عدم امتلاكه لمعدات وآليات من نوع يمتلكه صاحب العمل وهي خطاب ضمان الاشياء المعارة وخطاب ضمان السلفة (الدفعة المقدمة) .

٥- فيما يتعلق بانقضاء خطاب الضمان في عقود الـ(FIDIC) فرغم انقضائها بالطرق العادية التي تنقضي فيها خطابات الضمان بشكل عام الا اننا وجدنا ان هناك طريقة بانقضاء خطاب الضمان في هذه العقود يتمثل في اصدار خطاب ضمان لمرحلة من مراحل المشروع لاحقة ليمثل هذا الاصدار ويشكل سببا في انقضاء خطاب الضمان الذي صدر لضمان لمرحلة سابقة .

٦- اما فيما يتعلق بمنع البنك من دفع قيمة خطاب الضمان فان هذا ممكن من خلال استصدار امر منع قضائي في حالة ثبوت غش صاحب العمل او تعسفه او غش الغير اذا كان عالما به صاحب العمل .

الهوامش :

(١) (FIDIC) اختصار العبارة (FEDERATION INTERNATIONAL DESINGENIERS)

(٢) دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الانشائية –الجزء الثاني –الشروط الخاصة FIDIC – الطبعة الثانية – وزارة الاشغال العامة والاسكان ، دائرة العطاءات الحكومية – عمان ٢٠٠٥ .يعتبر هذا الجزء من دفتر عقد المقاولة متمما لجزء الشروط العامة وتعتمد الشروط الواردة فيه كشروط خاصة للعقد ويؤخذ بما ورد فيه من اضافة او الغاء او تعديل على مواد الشروط العامة بالقدر الذي يفسر او يضيف او يلغي او يعدل على تلك المواد .

(٣) عوض ،علي جمال الدين ،خطابات الضمان المصرية ،دار النهضة العربية ،مطبعة جامعة القاهرة ، الكتاب الجامعي ، ١٩٩١ ،ص٤ ونصير سويلم علي ، الكفالة المدنية والكفالة المصرية (خطاب الضمان) مجموعة محاضرات الدورة التي عقدت في معهد التدريب المصري ،الشارقة ،دولة الامارات العربية ، سنة ١٩٨٨ ،ص٢٩ .

(٤) طلافحة ،محمد عبد الله ،الكفالات المصرفية في الفقه الاسلامي والقانون المدني ،دراسة مقارنة ،رسالة ماجستير ،جامعة ال البيت ،١٩٩٩،ص٢٨ .

(٥) (تمييز حقوق ٩٨/١٧٧٦، ٩٨/٢٠٧٧ ، ٩٦/١٥٢٢) بالرجوع الى هذه القرارات ،يتم الرجوع الى مجلة نقابة المحاميين الأردنيين في الاعداد المبينة في قائمة المراجع حيث مبين في هذه القائمة رقم القرار وسنة المجلة التي تتضمنه وصفحتها .

(٦) قد يكون هناك طرفا يتمثل في بنك آخر يقوم بأصدار ضمان مقابل .

(٧) القليوبي ،سميحة،شرح قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ (العقود التجارية وعمليات البنوك)، دار النهضة العربية ،القاهرة ،سنة ٢٠٠٠ ،ص٧٣٠.

(٨) أبو صفية ،باسم محمد محمد، الغش كأستثناء على مبدأ استقلال خطاب الضمان ،رسالة ماجستير ،كلية الدراسات الدراسات القانونية العليا في جامعة عمان العربية ،عمان ،سنة ٢٠٠٣ ،ص١٧.

(٩) الفليوبي، سميحة،الأسس القانونية لعمليات البنوك ،مكتبة عين شمس ،القاهرة،ص١٣٥ .

(١٠) زيادات ،احمد نوري في الاعتمادات المستندية ،دار وائل للنشر،عمان ،الطبعة الاولى ،٢٠٠٠،ص١٣ .

(١١) حبش، محمد محمود، ادارة العمليات المصرفية ،تطبيقات عملية ،الطبعة الاولى،طباعة شركة الامثال للطباعة والتغليف عمان –الاردن ،٢٠٠١،الطبعة الاولى ،ص ٣٦٢.

(١٢) أوب صد، عماد أحمد، احكام خطابات الضمان المصرفية ،رسالة ماجستير ،الجامعة الاردنية ،عمان – الاردن، ١٩٩٥ ،ص ٢٣.

(١٣) عوض ،خطابات الضمان ،مرجع سابق ،ص٩-١٠

(١٤) يتشابه خطاب الضمان مع الاعتماد المستندي حيث كلاهما يقومان على مبدأالاستقلال كن الاختلاف الجوهري بينما يكمن في طبيعة الواقغة التي تؤدي الى استحقاق وفاء كل نتهنا ففي خطاب الضمان الواقعة التي تلزم البنك للمستفيد واقعة سلبية تفيد بأخلال العميل بألتزامه تجاه المستفيد اما في الاعتماد المستندي فان واقعة التي تلزم البنك بالوفاء هي واقعة ايجابية تفيد بقيام العميل بالتزاماته من خلال تقديمه مستندات مطابقة لشروط الاعتماد وهنا يبرز اختلاف اخر في ان التعامل مع الاعتماد المستندي يكون من خلال مستندات اما في خطاب الضمان فيكون الدفع بمجرد الطلب او تقديم مستند يفيد بأخلال العميل وغالبا مايكون بمجرد الطلب. انظر زيادات ،احمد نوري ،محاضراتفي الاعتماد المستندية مرجع سابق ،ص٢٢و٢٣ والى Ahmed N. Ziadat lecture on letter of credits.p.

(١٥) (نقص مصري ٢٧ مايو ١٩٦٩) المشار اليه في (مؤلف الدكتور عوض ،جمال الدين ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية دار النهضة العربية ،مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ،١٩٩١ ص٥٠١ وتمبز

حقوق اردني رقم ٨٩/١٠٣٨ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٩ ص١٣٥٣، وتميز حقوق رقم ٨٩/١٩٧٠ مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٩٨ ص١٤٠٠ وموسى،طالب حسن ،الموجز في قانون التجارة الدولية ،مكتبة دار الثقافة ،عمان ١٩٩٧،ص٨٨

GERALD T.MCLAUGHL IN COMMERCLAL LETTER OF CREDLT,SEP ١٢،١٩٨٤

.

(١٦) والترجمة الحرفية لهذات التعريف هي (خطابات الضمان بطبيعتها ترتيبات غير قابلة للنقض ،ومستقلة عن العقود التي صدرت بناء عليها .والبنوك غير مهنية ولاتلزم بأي شكل بهذه العقود او بأي عقود اخرى قد يتضمنها خطاب الضمان).

(١٧) عوض ،عمليات البنوك من الوجهة القانونية ،دار النهضة العربية مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ١٩٩١،ص٥٠٧ الى ٥٠٩ ،وزيادات ،محاضرات ،مرجع سابق ص٧-٨ وأبو صد ،مرجع سابق ص٩-٢٠ وتميز حقوق رقم ٩٨/٢٠٧٧ ،مصطفى ،عادل ابراهيم السيد ،مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية ،رسالة دكتوراه ،جامعة القاهرة ،سنة١٩٩٦ ،ص ١٧-٢٠

(١٨) قرار صادر عن محكمة باريس بتاريخ ١٩٨٤/٨/١ لمنع البنك من سداد قيمة خطاب الضمان نظرا للطابع التعسفي الصادر عن صاحب العمل في مواجهة المقاول ،كما اصدرت محكمة بروكسل التجارية بتاريخ ١٩٨٥/١٠/٨ قرارا يقضي بان منع صرف قيمة الخطاب لايكون اذا كان هناك غش من صاحب العمل . مشار اليهما في ابو صفية ،باسم محمد،الغش كاستثناء على مبدا استقلال خطاب الضمان ،رسالة ماجستير ،٢٠٠٣ ،جامعة عمان العربية للدراسات العليا من ١١٧-١١٩ .

(١٩) عوض،عمليات البنوك ،مرجع سابق ،ص٥٠٢ وتمييز حقوق رقم ٩٨/١٧٧٦ .

(٢٠) تمييز حقوق ٩٨/١٧٧٦ .

(٢١) تمييز حقوق ٩٨/٢٠٧٧ وتمييز حقوق ٩٦/١٥٢٢ وتمييز حقوق ٩٩/١٥٣ .

(٢٢) تمييز حقوق ٩٩/٢٤٦٢،مجلة النقابة سنة ٢٠٠٢ ،ص١٧١٣ وتمييز حقوق٩٩/١٥٣لسنة٢٠٠١ ص٣٨٢.

(٢٣) الشروط الخاصة ،فيديك١٩٩٩،الطبعة الثانية،٢٠٠٥،عمان ،وزارة الاشغال العامة .

(٢٤) الشروط الخاصةنموذج ب-٤وب-٦.

(٢٥) عوض ،عمليات البنوك ،مرجع سابق ،ص٣٠٥ .

(٢٦) موسى ،طالب،الموجز،مرجع سابق ص١٨٤.

(٢٧) ابو صد، احكام،مرجع سابق ص٢٠،وهذا ما اكدته محكمة التمييز في قرارها رقم٩٦/١٥٢٢ حيث قضتي(كما لايتضمن البنك حسن تنفيذ العميل للعميل ،او الالتزام الذي التزم به ،او التعهد الذي تعهد به الدائن)

(٢٨) ابو صد، احكام،مرجع سابق ص٢٠ .

(٢٩) بكر،ابراهيم الكفالات الشخصية والكفالات المصرفية ،منشورات معهد الدراسات المصرفية،البنك المركزي الاردني ،عمان ١٩٨٢ص١٥ .

(٣٠) انظر صفحة (٧).

(٣١) الاعتماد المصرفي للضمان ،يضم ثلاثة صور هي :١-خطاب الضمان وهي صور ابتكرها العرف المصرفي.٢- الكفالة بان يقوم البنك بدور الكفيل لعملية امام دانية وذلك طبقا لكفالة القانون المدني .٣- ضمان القبول وهو ان يتم سحب ورقة تجارية – كمبيالة – على البنك أنظر (عوض ،عمليات البنوك، مرجع سابق ،ص٤٩٦).

(٣٢) من الامثلة على صور خلط الضمان المصرفي .قرار محكمة التمييز الاردنية رقم ٦٦/٤١٥ حيث لم تأخذ المحكمة في قرارها بالتكييف القانوني لخطاب الضمان بان طبقت عليه احكام الكفالة في القانون المدني الاردني ،حيث اعتبرت ان براءة ذمة الكفيل وتجاهلت الشرط الوارد الذي يوجب على البنك الدفع عند اول طلب بقطع النظر عن ايو اعتراضات يبديها المدين الاصلي وقد رجعت محكمة التمييز عن قرارها هذا بعدة قراراتها كما ورد في (ص ١١) من هذا البحث .

(٣٣) عوض ،عمليات البنوك ،مرجع سابق ،٤٩٧-٤٩٨ والكيلاني ،محمود، عمليات البنوك،الجزء الاول ، والكفالات المصرفية ،دار الجيب للنشر ،عمان ،١٩٩٢ص٤٩.

(٣٤) تمييز حقوق ٨٩/١٠٦٠.

(٣٥) تمييز حقوق ٩٦/١٥٢٢ والمنشور في مجلة نقابة المحاميين لعام ١٩٩٧ ص٣٥١٣ اضافة للقرلرت التمييزية ذوات الارقام ٩٦/٣٥٠ ،٩٨/١٧٧٦ ،٩٨/٢٠٧٧

(٣٦) تمييز حقوق ٩٩//٢٤٦٢ ،مجلة النقابة سنة ٢٠٠٢،ص١٧٣١ وتمييز٩٩/١٥٣لسنة٢٠٠١ص٣٨٢.

(٣٧) الشروط الخاصة ١٩٩٩،نموذج كفالات (ب-٣وب-٤وب-٦وب-٧) وسيشار اليه قيما بعد الشروط الخاصة .

(٣٨) الشروط الخاصة نموذج ب-٤وب-٦.

(٣٩) خلف داوود ،دليل عقود الانشاءات،جمعية عمال المطابع التعاونية،عمان –الاردن ٢٠٠٣ ،ص٢٠-٢١.

*عقد الاسساس ،يشار الى العقد المبرم بين صاحب العمل والمقاول والذي بموجبه يتم اصدار خطاب الضمان كالتزام ناشئ عن هذا العقد ،يعقد الاساس باعتباره مصدر التزام المقاول بفتح حساب خطاب الضمان .

(٤٠) نقص مصري ٣٠ ديسمبر ١٩٨٥ المشار اليه في عوض خطابات الضمان مرجع سابق ص١٣٧ .

(٤١) تمييز حقوق رقم ٩٩/١٥٣ والمنشور في مجلة النقابة ٢٠٠٠ ص٣٨٢

(٤٢) الكيلاني ،محمود،عمليات البنوك ،مرجع سابق ،ص٣٤٧ .

(٤٣) علم الدين محي الدين ،خطاب الضمان والاساس القانوني لاالتزام البنك رسالة دكتوراه.جامعة القاهرة ١٩٦٧ص٥٨ .

(٤٤) القليوبي الاسس القانونية ،مرجع سابق ،ص١٥٠ .

(٤٥) وفي الحديث عن اهمية خطاب الضمان ،سيقتصر حديثا عن اهمية بالنسبة للمقاول وصاحب العمل فيما يخص عقد المقاولة حيث وردت اهمية خطاب الضمان ،وفوائده بشكل عام سابقا،كما انني لن اتطرق الى اهمية وفائدته بالنسبة للبنك حيث وردت هذه الاهمية عند بحث اهمية خطابات الضمان بشكل عام بالنسبة للبينك انظر سابقا ص (٤،٥،٦)

(٤٦) تمييز حقوق ٩٦/١٥٢٢ و ٩٦/٣٥٠و٩٨/٢٠٧٧و٩٨/١٧٧٦ وكما ورد في المادة (٣/د) من الشروط الخاصة ان تصدر الكفالة عن بنك او مؤسسة مالية مرخصة للعمل في الاردن،والمقصود بالمؤسسة المالية المرخصة هي المؤسسة المالية المصرفية(انظر ابو صد،مرجع سابق ص ٢٣-٢٦) .

(٤٧) ابو صد مرجع سابق ص ٢٣-٢٦ .

(٤٨) الشروط الخاصة ،تعليمات المناقصين ٤/د،ص٩٦ ،عبده منال حسان ،الكفالات المصرفية ،رسالة ماجستير ، الاردنية ،عام ١٩٩٥ .

(٤٩) علم الدين ،مرجع سابق ص٨٩ .

(٥٠) المادة (١٣) الشروط الخاصة (FIDIC) .

(٥١) المادة (١٢) الشروط الخاصة (FIDIC) ونموذج كفالة المناقصة .

(٥٢) المادة (١/٣)، والشروط الخاصة FIDIC

(٥٣) المادة (١٢)، والشروط الخاصة FIDIC

(٥٤) المادة (٤/٢) من الFIDIC والمادة (٥/أ/٢) من تعليمات عطاءات الاشغال الحكومية رقم ٩٨٧/٧١ الصادرة بالاستناد الى المادة (١٦) من نظام الاشغال الحكومية الاردنية رقم (٨٦/٧١) والكيلاني ،عمليات البنوك ،ص٢٢٢.

(٥٥) المادة (٢/٤) من FIDIC

(٥٦) انظر سابقا ص(٢٢،٢٣).

(٥٧) انظر سابقا ص(٢٣).

(٥٨) المادة (٣/٨) ،من (FIDIC).

(٥٩) المادة (٢/٤) ،من (FIDIC) والمادة (١٢) من الشروط الخاصة .

(٦٠) المادة (٢/٤) ،والمادة (١/١٥و٢) من الـ(FIDIC).

(٦١) المادة(١٤) من الشرط الخاصة

ROALAND. BARTRENS, BANKGUARANTEES, INTERNATIONAL TRADE , PUBLISHERS BOSTON , 1992

(٦٢) المادة(١٤) من الشرط الخاصة

(٦٣) سابقا ص (٤) وص(١٩).

(٦٤) المواد ١٠/٤/١ والمادة ٣/١٤ و ٩ من الـ(FIDIC).

(٦٥) انظر سابقا ص(٩).

(٦٦) البناء ،هيثم محمد،الطبيعة القانونية لالتزام لبنك مصدر خطاب الضمان ،رسالة الماجستير ،جامعة ال البيت ،الاردن سنة ٢٠٠٠ ،ص١٩ .

(٦٧) علم الدين،اسماعيل ،مرجع سابق ،ص ٢٣.

(٦٨) المادة (١١/٦٠) والتي وردت ضمن الشروط الخاصة من الـ(FIDIC) نموذج د٩ ،ص٦٣ .

(٦٩) علم الدين، مرجع سابق ،ص ١٢٣.

(٧٠) المادة ٧٨٤ من القانون المدني الاردني .

(٧١) ابو صد،مرجع سابق ،ص٤

قائمة المراجع

أولا :الكتب :

١- بكر ،ابراهيم،الكفالات الشخصية والكفالات المصرفية ،منشورات معهد الدراسات المصرفية ،البنك المركزي الاردني ،عمان سنة ١٩٨٢.

٢- حبش،محمد محمود،ادارة العمليات المصرفية ،تطبيقات عملية،طباعة شركة الامثل للطباعة والتغليف، عمان، الاردن ،سنة ٢٠٠٠ .

٣- خلف،داوود، دليل عقود الانشاءات ،جمعية عمال المطابع التعاونية ،عمان ، الاردن ، سنة ٢٠٠٣ .

٤- زيادات ،احمد نوري ،محاضرات في الاعمال المستندية ،دار وائل للطباعة والنشر ،عمان ، الطبعة الاولى ،سنة ٢٠٠٠ .

٥- القليوبي ،سميحة ،الاسس القانونية لعمليات البنوك ،دار النهضة العربية ،القاهرة سنة ١٩٨٨ .

٦- القليوبي ،سميحة ،شرح قانون التجاري المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (العقود التجارية عمليات البنوك) دار النهضة العربية ،القاهرة سنة ١٩٩١ .

٧- عوض، على جمال الدين ،عمليات البنوك من الوجهة القانونية ،دار النهضة العربية ، القاهرة سنة ١٩٩١ .

٨- عوض ،على جمال الدين ،خطابات الضمان المصرفية ، دار النهضة العربية ، القاهرة سنة ١٩٩١ .

٩- الكيلاني ،محمود، عمليات البنوك ،الجزء الاول ،الكفالات المصرفية وخطابات الضمان ،دار الجيب للنشر والتوزيع ،عمان سنة ١٩٩٢ .

١٠- موسى ،طالب حسن ،الموجز في قانون التجارة الدولية ،مكتب دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ،سنة ١٩٩٧ .

ثانيا : الرسائل الجامعية :

١- ابو صد،عماد احمد عيسى ،احكام خطابات الضمان المصرفية ،رسالة ماجستير ،الجامعة الاردنية ، عمان سنة ١٩٩٥ .

٢- ابو صفية ، باسم محمد محمد ،الغش كاستثناء على مبدا الاستقلال استقلال خطاب الضمان ،رسالة ماجستير ،كلية الدراسات القانونية العليا في جامعة عمان العربية ،الاردن سنة ٢٠٠٣ .

٣- الجراح، جهاد محمد ، اثر الغش في العقد الاساسي على التزام البنك بوفاء قيمة الاعتماد المستندي ،رسالة ماجستير الجامعة الاردنية ،عمان

٤- البنا ،هيثم محمد ،الطبيعة القانونية لالتزام البنك مصدر خطاب الضمان ،رسالة ماجستير ، جامعة ال البيت ،الاردن ،سنة ٢٠٠٠.

٥- عبده ،منال حسان، الكفالات المصرفية ،،رسالة ماجستير ،الجامعة الاردنية،سنة١٩٩٥ .

٦- علم الدين، محي الدين اسماعيل ،خطاب الضمان والاساس القانوني لالتزام البنك ،رسالة دكتوراه ،جامعة القاهرة ، القاهرة، سنة ١٩٦٨ .

٧- المعشر ،حسام تنازع القوانين والاختصاص القضائي في العلاقات الناشئة عن الاعتمادات المستندية ،رسالة ماجستير ،الجامعة الاردنية،عمان، سنة ١٩٩٥ .

٨- طلافحة،محمد عبدالله ،الكفالات المصرفية في الفقه الاسلامي والقانون الاردني ،دراسة مقارنة ،رسالة ماجستير ،جامعة ال البيت ، الاردن ،سنة ١٩٩٩ .

٩- نصير، سويلم علي ،الكفالة المدنية والكفالة المصرفية ،(خطاب الضمان) مجموع المحاضرات ، للدورة التي عقدت في معهد التدريب المصرفي ،الشارقة،دوة الامارات العربية ،سنة ١٩٨٨ .

١٠- مصطفى،عادل ابراهيم السيد ،مدى استقلال التزام البنك في خطاب الضمان والاعتماد المستندي ،رسالة دكتوراه ،جامعه القاهرة ،سنة ١٩٩٦ .

ثالثا: الكتب والابحاث باللغة الانكليزية :-

1-ROELAND F.BETERAMS , BANK GURANTEES IN INTER NATIONAL TRADE ,BOSTON,1992 .

2- ZIADAT,AHMED ,LECTURES ON LETTER OF CREDIT 1988.

3-GERALD,T,MCLAUGHILIN,COMMERCIAILLAW LETTER OF CREDIT ,SEP,12,1984

رابعا: الدوريات :

١- مجلة نقابة المحامين الاردنيين للسنوات ١٩٩٧،١٩٩٨،١٩٩٩،٢٠٠٠ وقد تم الرجوع الى القرارات التمييزية التالية .

أ- تمييز حقوق ٩٦/١٥٥٢ المنشور في عدد مجلة النقابة لسنة ١٩٩٧ ص٣٥١٣.

ب- تمييز حقوق ٩٦/٣٥٠ المنشور في عدد مجلة النقابة لسنة ١٩٩٧ ص ١٠٦٢

ج- تمييز حقوق ٩٨/١٩٧٠ المنشور في عدد مجلة النقابة لسنة ١٩٩٨ ص ١٤٠٠

د- تمييز حقوق ٩٨/٢٠٠٧ المنشور في عدد مجلة النقابة لسنة ١٩٩٩ ص ٣٧٩٥

و- تمييز حقوق ٩٨/١٠٣٨ المنشور في عدد مجلة النقابة لسنة ١٩٨٩ ص ١٣٥٣

هـ- تمييز حقوق ٩٨/١٧٧٦ المنشور في عدد مجلة النقابة لسنة ٢٠٠٠ ص ٣١٢

ز- تمييز حقوق ٩٩/١٥٣ المنشور في عدد مجلة النقابة لسنة ٢٠٠٠ ص ٣٨٢

ح- تمييز حقوق ٩٩/٢٤٦٢ المنشور في عدد مجلة النقابة لسنة ٢٠٠٠ ص

Bond Letters (FIDIC) Construction Contracts

SUMMARY

The Bond Letter occupied an important position in all economic Activities in general and in the construction contracts, FICID

Contracts in Special,taking into consideration that it is an alternative way to Depositing a cash amount by the contractor for the disposal of the Employer

for the purpose of guaranteeing the seriousness of such Contractor to enter into the tender, the performance during the execution Stage or project maintenance and repairing the defects which might Appear during the maintenance stage and post to the issuance of the first Handing over certificate up to the issuance of the final handing over Certificate :and lastly guaranteeing that the employer would refund the Advanced payment which he paid to the contractor in the beginning of the project and that the employerwill return back the machinery which he Lent to the contractor to execute the project,if he actually lent such machinery to him.

Due to the various advantages which such Bond Letters create for all its parties,we made this study to focus on this issue .For this purpose,we Have divided this study into two chapters :in the first chapter we Introduced the definition of bond letter in general with respect to its Parties, advantages and that it is distinguished form other similar banking Transaction. In the second chapter we studied our basic subject which is The five types of the bond letter in FICID contracts, which are: tender Entrance bond ,performance bond ,Adaned payment bond and the return of the lent machinery bond.We Introduced the definition ,significance and termination methods of each Type of such bonds in a separate section . In the first section we illustrated the legal relation from the issuance of such bonds with respect to the relation between the contractor and employer ,the relation between the contractor and the bank or the relation between the bank and the employer and the obligations of each involved party.We lastly found that bond Letter in FICID contracts are non- conditioned bond letters in which the bank is committed to make payments upon the request of the employer without considering any objection or protest by the contractor unless such contractor proved that there is a clear and obvious cheating and in such case he should go to court of law to get an order of imposing a provisional attachment on the bond amount in the bank .

We also recommended that there should be a code regulating the rules of The guarantee letter in Jordan as a banking system which is different from other banking system such as banking guarantees and we advised the parties dealing in this issue, the goovermment , banks, employers and contractors to use the phrase bond letters instead of bank guarantees .