الضمان المستقل والكفالة

بقلم د. أحمد صقر(*)

ملخص

يعتبر الضمان المستقل من المؤسسات القانونية الهامة في العمل التجاري والمصرفي، وأداةً عرفية المنشأ بامتياز، وغير مقنن في التشريع اللبناني.

والتجربة أثبتت، خاصة في ظل وجود نزاعات كثيرة عُرضت على القضاء اللبناني، وجود نوع من الالتباس أو الغموض والخلط بين الضمان والكفالة العادية.

لذلك، إن التمييز بين هاتين الأداتين على قدر من الأهمية، فلكلٍّ منهما طبيعته الخاصة، وأسسه ومبادئه التي يستند إليها، وبالتالي تولد كل أداة مفاعيل ونتائج متباينة.

وإن كانت الكفالة تلتقي مع الضمان المستقل في المعنى اللغوي والهدف التجاري وتعدد الروابط القانونية، إلا أن نقاطاً كثيرة تفرقهما، وأهمها عنصر الاستقلالية الذي يميز الضمان ويختص به، مما يجعل التزام الضامن منفصلاً ولا يتبع أو يرتبط بالتزام المدين.

كما ينشئ الضمان التزاماً جديداً وشخصياً ومباشراً في ذمة الضامن، وهذا يؤدي إلى أن ما يصيب العقد التجاري الأساسي بين المدين والمستفيد لا ينسحب على التزام الضامن.

على أن غموض النص في التعهدات والعقود أمر وارد كثيراً، لكن هناك معايير عدة يمكن الاستناد إليها لإظهار طبيعة العقد. خاصّة أن بعض العبارات "كالتعهد المستقل" و"عدم إمكانية التذرع بالدفوع" تشكل دليلاً قوياً على طبيعة الالتزام المستقل، بالمقابل إن عبارات مثل "التضامن" و "التكافل" تشير إلى تبعية الالتزام وعدم استقلاليته. لذا ينبغي دائماً النظر إلى مجمل بنود العقد وغرض الأطراف المتعاقدة، وطبيعة الصفقة التجارية.

لذلك، جاءت هذه الدراسة، لمقارنة الضمان المستقل بالكفالة، وإظهار طبيعتهما وعناصر التمايز ومعايير وسبل التفسير.

مقدمة

في أي صفقة أو عقد من العقود، يعتبر عامل الثقة أمراً هاماً وجوهرياً، فلا يمكن للمرء أن يدخل في التزام ويرتبط بعقد دون أن يعزز هذه الثقة، سواء عبر بنود خاصة تضمن تنفيذ الالتزامات المقابلة، أو من خلال تأمين أو ضمان ما.

وفكرة التأمينات أو الضمانات ليست بالجديدة في ميدان العقود والالتزامات التجارية، بل بدأت بالظهور في المجتمعات البدائية ثم تطورت مع الوقت لتعرف مروحة واسعة من الضمانات الشخصية والعينية.

(*) Ahmad.Sakr!!@gmail.com

للعودة الى الفهرس

وفي هذا الإطار، كانت تعتبر الكفالة العادية، من أبرز وسائل الضمان، حيث يتم اللجوء إلى طرف ثالث ليعزز الالتزام، ويزيد عامل الثقة عبر كفالة المدين.

لكن في منتصف القرن العشرين، بدأ نوع جديد من الضمانات يشق طريقه إلى عالم الأعمال والتجارة، والصفقات والعقود، ورويداً رويداً غدا أهم أنواع الضمان على الصعيد الدولي وفي مجال الصفقات العامة.

عرف هذا الضمان "بالضمان المستقل"، الذي ظهر نتيجة مجموعة من العوامل والظروف الاقتصادية والتجارية وحتى القانونية.

ويعرف هذه الضمان بأنه التزام مستقل ونهائي ومباشر وأصلي، يصدر من شخص ثالث – المصارف عادة– اتجاه مستفيد محدد، بأن يدفع للأخير مبلغ نقدياً لدى طلبه، وفق شروط وبنود الضمان فقط، حيث يعتبر هذا الالتزام منفصلاً ومستقلاً عن سلسلة العقود والعلاقات التي أدت لصدوره.

كان يشوب بداية ظهور الضمانات المستقلة الغموض والشبهة، حيث لم تكن لدى الكثيرين فكرة واضحة عنها، فجرى ربطها بعدد من الأنظمة القانونية المعروفة، واعتبارها تحويراً لمفهوم الكفالة أو صورة من صورها[١]. ولا زال البعض يطلق عليها تعبير "الكفالة المستقلة" أو "الكفالة لدى أول طلب"[٢].

وحسب البعض فإن محاولة الربط هذه تعود إلى وجود نوع من الجذب الاجتماعي والقانوني الذي يؤدي في حال ظهور مؤسسة قانونية جديدة إلى محاولة ربطها وبأي ثمن بمؤسسات قانونية أخرى[٣].

كما كانت تتم المنازعة والطعن في فاعلية الضمان المستقل من جانب المدين، وانتهى الأمر إلى المنازعة في تكييف الضمان من قبل الجهات الضامنة، باعتباره كفالة ليؤخر أو يتنصل من التزامه[٤].

هذا الالتباس حول الضمانات المستقلة كمؤسسة قانونية قائمة بذاتها أم كنوع من أنواع الكفالة التقليدية ظل قائماً حتى نهاية السبعينات وبداية الثمانيات من القرن العشرين[٥].

---

(١) الياس ناصيف، **العقود المصرفية**، المجلد الثاني، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٤، ص ٢٥٥. علي محمد عبد الحافظ السيد، **الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي**، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨، ص ٨٥.

(٢) راجع مثلاً: محمد علي عبده، **عقد الكفالة**، لبنان–طرابلس: المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠٠٥، ص ٩٩ و١٠٠. عبد الرؤوف جابر، **ضمانات المشاريع الإنشائية العامة**، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٤، ص ٣٦٠.

(٣) هزار سليمان حيدر، **الضمانات المصرفية التعاقدية في نطاق التجارة الدولية**، دراسة مقارنة، بيروت: اتحاد المصارف العربية، ١٩٨٨، ص ٣٦.

(٤) نبيل إبراهيم سعد، **الضمانات غير المسماة في القانون الخاص**، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٦، ص ١٣٢.

(٥)

Eric E. Bergsten, "A New Regime for International Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit; The UNCITRAL Draft Convention on Guaranty letters", 1993, *The International Lawyer*, vol. 27, no4, at p. 866. J. Stoufflet, "Recent Development in the Law of International Bank Guarantees, in France and Belgium", 1987, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, (48-52), p. 48.

للعودة الى الفهرس

غير أنه في مرحلة لاحقة، ومع ازدياد عدد الحالات المعروضة على القضاء والمتعلقة بهذه الضمانات، واهتمام الفقه المتزايد بها، ولجوء عدد من التشريعات إلى تقنينها[١]، وإحاطتها بالعناية من بعض المنظمات الدولية المعنية بالتجارة الدولية[٢]، أصبحت الصورة واضحة حولها، وغدا للضمانات المستقلة كينونتها الخاصة، وطابعها المميز بين الفئات المختلفة من أنواع التأمينات.

رغم ذلك، مازال كثير من الفقه[٣] والاجتهاد[٤] يطلق على الضمان تعبير الكفالة والبعض استرسل بالقول إنه بوجه عام يمكن القول إن الضمان المصرفي هو في حقيقته صورة من صور الكفالة[٥]. رغم أن هاتين المؤسستين تتباعدان كثيراً سواء على مستوى المفهوم، أم على صعيد النتائج والآثار القانونية. وكثير من النزاعات القضائية المتعلقة بالضمانات تعود إما إلى التباس يحيط بالبنود المعبرة عن الضمان، أو عدم تقدير وإحاطة بأبعاد الالتزام. ودائماً ما يطرح التساؤل عن المعايير والأسس التي تميز الضمان المستقل عن الكفالة.

لذلك، من الضرورة بمكان القيام بدراسة هاتين المؤسستين، والإضاءة عليهما، وتبيان أوجه التقارب والتباعد بينهما، عبر تمييز الكفالة عن الضمان المستقل (المطلب الأول)، والقيام بتحليل العناصر والمعطيات التي من خلالها يتضح نوع الالتزام، أي دراسة معايير تفسير طبيعة الالتزام (المطلب الثاني).

---

(١) الكثير من الدول العربية قامت بتقنين الضمان المستقل، كما فعل المشرع المصري (المواد ٣٥٥-٣٦٠ من قانون التجارة رقم ١٩٩٩/١٧)، والعراقي (المواد ٣٩٥-٤٠٠ من قانون التجارة رقم ١٩٨٤/٣٠)،ـ والكويتي (المواد ٣٨٢-٣٨٧ من قانون التجارة رقم ١٩٨٠/٦٨). والقطري (المواد ٤٠٦-٤١٣ من قانون التجارة رقم ٢٠٠٦/٢٧) والعماني (المواد ٣٩٢-٣٩٧ من قانون التجارة رقم ١٩٩٩/٥٥)، بينما لم تلحظها قوانين دول أخرى، كما في سوريا والأردن. أما في الدول الغربية، فالكثير منها لا زال يعتمد على الأعراف التجارية والمصرفية والسوابق القضائية في تنظيمها وحل ما تثيره من مسائل وإشكاليات، كما في إنكلترا. أما المشرع الفرنسي فقد قام بتناول الضمان المستقل في تعديله للقانون المدني بتاريخ ٢٣ آذار ٢٠٠٦، بموجب القانون رقم ٢٠٠٦/٣٤٦، وذلك في مادة وحيدة هي المادة ٢٣٢١.

(٢) حظي الضمان المستقل بعناية غرفة التجارة الدولية، والتي أصدرت عدة منشورات وقواعد تتعلق بها، آخرها كان المنشور رقم ٧٥٨، والذي صدر في التاسع من أيلول من العام ٢٠٠٩، ودخل حيز التنفيذ في الأول من تموز من العام ٢٠١٠، تحت مسمى القواعد الموحدة للضمانات لدى الطلب، والمعروف اختصاراً بـURDG 758.

(٣) جوزف عجاقة، "الكفالة وفقاً لأحكام قانون الموجبات والعقود"، **مجلة العدل**، العدد ٤، السنة السادسة والثلاثون، ٢٠٠٠، ص٣٦٣. عبد الرؤوف جابر، **ضمانات المشاريع الإنشائية العامة**، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٤، ص٣٦٠. محمد عبده، **عقد الكفالة**، **عقد الكفالة**، لبنان-طرابلس: المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠٠٥، ص٩٩.

(٤) راجع على سبيل المثال: استئناف بيروت، غ١٥، رقم ٩٥٨، ت٢٠١٩/٧/١٥، بنك انتركونتيننتال ش.م.ل/ جمعية الراهبات الأنطونيات المارونيات ورفاقها، العدل ٤-٢٠١٩، (١٩٩٩-٢٠٠٦)، ص١٩٩٩. بداية بيروت، القرار رقم ١٤٤/٣٤، ت ١٩٨٧/٣/٩، بنك الموارد ش.م.ل/ مصرف التسليف الزراعي والصناعي والعقاري، حاتم، ج١٩٣، (١٨٢-١٨٥)، ص١٨٣. قرار قاضي الأمور المستعجلة في بيروت، رقم ٥٩٤، ت ١٩٩٢/١٠/٢١، بنك المبادلات الدولية ورفاقه/ البنك اللبناني الفرنسي، مجلة الحقوق اللبنانية والعربية، المجلد ١-٤، مجلة الحقوق اللبنانية والعربية، مجلد رقم ١-٤، ص١٢٤. ت. ل، قرار رقم ٤٦، ت ١٩٩٧/٠٣/٢٥، بنك البحر المتوسط والشيخ فيصل أبو خضرا/ بنك القاهرة السعودي، العدل ١٩٩٨، ص٢٣٥.

(٥) علاء الدين زعتري، **الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها**، ط١، دمشق: دار الكلم الطيب ٢٠٠٢، ص٣٢٨. محمود الشرقاوي، **القانون التجاري**، ج٢، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص٥٦٥. يشار أيضاً إلى أن بعض أحكام القضاء المصري في البدايات اعتبرت الضمان نوعاً من الكفالة، ومنها حكم محكمة الأمور المستعجلة في القاهرة، القضية رقم ١١٧٣، سنة ١٩٦٠، ت ١٩٦٠/٠٣/٠٥، المحاماة، العدد التاسع، السنة الأربعون، ١٩٦٠، ص١٧١٠.

للعودة الى الفهرس

المطلب الأول – تمييز الضمان المستقل عن الكفالة العادية

تعتبر الكفالة أكثر المؤسسات القانونية التي يقوم الالتباس بينها وبين الضمان المستقل خاصة إن جاءت عبارات الضمان الموجه للمستفيد ملتبسة ويكتنف الغموض بعض جوانبها.

فإلى أي حد هذا التشابه؟ وأين مواضع الاختلاف؟، هذا ما سنبينه من خلال دراسة أوجه التقارب بين الكفالة والضمان المستقل (الفقرة الأولى)، وأوجه الاختلاف بين الكفالة والضمان المستقل (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى – أوجه التقارب بين الكفالة والضمان المستقل

عرف المشرع اللبناني الكفالة في المادة ١٠٥٣ من قانون الموجبات والعقود بأنها "عقد بمقتضاه يلتزم شخص تجاه الدائن تنفيذ موجب مديونه إذا لم يقم هذا المديون بتنفيذه".

أما الضمان المستقل فلم ينظمه المشرع اللبناني[١]، وأتى على ذكره عرضاً في قانون الشراء العام رقم ٢٠٢١/٢٤٤ تاريخ ٢٠٢١/٧/٢٩[٢].

وطالما أن الكفالة تأتي كضمان لتنفيذ الالتزامات، فإن فيها أوجهاً للشبه مع الضمان المستقل، منها المعنى اللغوي.

بالنسبة "للضمان"، فله معانٍ عدة، حيث يأتي بمعنى الكفالة، والمرض، واحتواء الشيء، وقد ورد في معاجم اللغة أن ضَمِنَ ضَماناً وضَمْناً، كفله، فهو ضَامِن وضَمِين، والشيءُ مَضْمُون، حفظه ورعاه. وضَمِنَ ضَمْناً فلان: ابتلي في جسده من مرضٍ أو كِبَرٍ فهو ضَمِن[٣].

من ناحية أخرى، فإن الكفالة مصدرها "كَفِيلٌ وكافِلٌ ضَمِينٌ وضَامِنٌ بمعنى واحد"[٤] ولها معان عدة أخرى. وربما هذا التشابه اللغوي أحد أسبَاب اعتَبار الضمان المستقل أحد صور الكفالة[٥].

---

(١) استئناف بيروت، غ٣، رقم ٢٢٣، ت ٢٠١٣/٢/١٩، بنك بيروت والبلاد العربية ورفيقيه/ المؤسسة العربية للاتصالات الفائية (عرب سات)، العدل ٣-٢٠١٣، (١٣٦٧-١٣٧٠)، ص١٣٦٩، حيث قضت: "إن القانون الوضعي اللبناني لم يضمن تنظيماً واضحاً للأعمال القانونية التي يدخل من فئتها كتاب الضمان موضوع الدعوى، فإن الفقه والاجتهاد اتفقا على تسميتها بالضمانة المستقلة وهي مؤسسة على التزام الضامن اتجاه المستفيد بصورة شخصية ومستقلة عن العلاقة القائمة بين المستفيد والآمر بإصدار الضمانة". راجع أيضاً: درجة أولى في بيروت، غ٦، رقم ١١٨، ت٢٠١٢/٥/٣١، شركة ترانسميد ش.م.ل/ الجمارك اللبنانية، العدل ٢٠١٣، (٣٣٣-٣٣٧)، ص٣٣٤.

(٢) قانون الشراء العام الصادر بتاريخ ٢٠٢١/٧/٢٩ المعدل بحسب قرار المجلس الدستوري رقم ٢٠٢١/٥ الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠٢١/٩/٢٣ وبحسب تصحيح الأخطاء المادية الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠٢٢/١/٦. وقد تمت الإشارة إلى الضمان المستقل في المادة ٣٦ من هذا القانون التي نصت على أنه: "يكون ضمان العرض كما ضمان حسن التنفيذ، إما نقدياً يدفع في صندوق الخزينة أو إلى صندوق سلطة التعاقد، وإما بموجب كتاب ضمان مصرفي غير قابل للرجوع عنه صادر عن مصرف مقبول من مصرف لبنان يبيّن أنه قابل للدفع غب الطلب". أيضاً المواد ٣٣، ٣٤، ٣٥.

(٣) الشيخ أحمد رضا، **معجم متن اللغة**، المجلد الثالث، بيروت: دار مكتبة الحياة ١٩٥٩م – ١٣٧٨هـ، ص ٥٦٦. الإمام أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، **معجم لسان العرب**، المجلد الثالث عشر، بيروت: دار صادر للطباعة والنشر ودار بيروت للطباعة والنشر ١٩٥٦م – ١٣٧٥هـ، ص ٢٥٧ وما بعدها.

(٤) لسان العرب لابن منظور، المجلد الحادي عشر، مرجع سابق، ص٥٩٠. وقد ورد في "معجم متن اللغة" للشيخ أحمد رضا "إن الكفيل والضامن والكافل: العائل"، المجلد الخامس، مرجع سابق، ص٨٦.

(٥) يقول د. محي الدين إسماعيل علم الدين في كتابه **موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية**، الجزء الأول، (د.ن)، ١٩٨٧، ص ٦٢٨: "لعل سبب ظهور وانتشار فكرة الكفالة يرجع إلى خطأ شائع حول تسمية رهن النقود، أي التأمينات التي تدفع ضماناً لتنفيذ التزامات معينة باسم "كفالة"، والحقيقة أن التأمين النقدي أو النقود المرهونة تأمين عيني وليس تأميناً شخصياً كالكفالة، وقد شاع هذا الخطأ في مجال خطابات الضمان".

للعودة الى الفهرس

ومن ناحية الهدف والغاية، نرى أن الكفالة تلتقي مع الضمان المستقل أيضاً، فكلاهما يوفران حماية ويمنحان تأميناً للمستفيد من مخاطر إخلال المدين بالتزاماته. ذلك أنهما ليسا من وسائل الإيفاء، كالأوراق التجارية والاعتمادات المستندية، بل الغاية منهما الضمان وتأمين الصفقات والعقود.

وفي الكفالة، كما الضمان المستقل، يلتزم الكفيل بوجه عام اتجاه المستفيد دون أن يكون الأخير ملزماً بشيء اتجاهه.

وإذا كانت الكفالة لا تقدر تقديراً، بل يجب أن تتجلى إرادة التكفل صراحة(١)، وبالتالي يجب إثباتها كتابة، فكيف الحال بالضمان بالمستقل وهو أشد وطأة وأبعد تأثيراً من حيث مدى الالتزام(٢).

كما يلاحظ تجاور علاقات ثلاث في الكفالة كما الضمان المستقل. حيث نكون دائماً أمام طرف ثالث يقوم بضمان أو كفالة المدين(٣).

إلى هنا يكون التقاء الضمان المستقل بالكفالة، وبعدها يفترقان ويختلفان ويكون لكل منهما آثاره ومفاعيله المتميزة.

الفقرة الثانية – أوجه الاختلاف بين الكفالة والضمان المستقل

رغم أوجه الشبه التي ذكرناها، إلا أن للضمان صفات وميزات تجعله مختلفاً ومتبايناً بشكل واضح عن الكفالة العادية.

فالكفالة تحتوي على نقطة ضعف واضحة، وهي أنها ذات صفة تبعية Accessory وثانوية Secondary(٤)، بمعنى أنها عقد تابع للموجب الأصلي(٥)، يصيبه ما يصيب ذلك الالتزام وجوداً وبطلاناً(٦).

---

(١) المادة ١٠٥٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(٢) إن طبيعة الالتزام المستقل يفرض على الضامن الدفع الفوري للمستفيد لدى الطلب، ودون إمكانية إثارة دفوع تعود لعلاقة الضامن بالمدين، ولا حتى يستطيع التذرع بالعقد التجاري الأساسي القائم بين الأخير والمستفيد. فكأن هذا الالتزام يتجرد عن العلاقات القانونية التي أدت لنشوئه، وما يحكم التزام الضامن هو عقد الضمان فقط. راجع:
Deborah Horowitz, *Letters of Credit and Demand Guarantees, Defences to Payment*, UK-Oxford: Oxford University Press, 2010, PP 228-229. Philip R. Wood, *International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions*, 2nd Edition, London: Sweet and Maxwell, 2007, par 20-017. Roeland Bertrams, *Bank guarantees In International Trade*, 4th edition, The Hague-Netherlands: Kluwer Law International, 2013, par 6.1.1, p. 71.

(٣) تعتبر العلاقة المثلثة الأطراف الشكل البسيط للضمان المستقل، لكن قد يتخذ شكلاً أكثر تعقيداً، خاصة في الصفقات الكبرى والعقود الدولية، حيث تتدخل في عملية الإصدار مجموعة من المصارف الضامنة، ونكون أمام ضمان غير مباشر، ويصبح بعض هذه الأطراف ضامناً للأطراف الأخرى، وقد يكون بعضها معززاً للضمان، وأخرى مجرد وسيط ينقل ويبلغ الضمان دون أن يتحمل مسؤولية الالتزام.

(٤)
Richard Millett, *Law of Guarantees*, 7th edition, London: Sweet and Maxwell, 2015, p. 4. Xiang Gao, *The fraud Rule in the Law of Letters Of credit: A Comparative Study*, The Hague - Netherlands: Kluwer Law International, 2002, 8.

(٥)
Andrew Burrows, *English Private Law*, 3rd ed., OUP Oxford, Aug 2013, at p. 369. Norbert Horn, *German Banking Law in International Perspective*, Berlin: Walter de Gruyter, 1999, at p. 193.

(٦) نصت المادة ١٠٨٧ م.ع على أنه: "جميع أسباب البطلان والسقوط المختصة بالموجب الأصلي تسقط الكفالة".

للعودة الى الفهرس

فلو انتهى أو زال الالتزام الأصلي لأي سبب ينتهي التزام الكفيل ولا يكون التزامه صحيحاً إلا إذا كان الالتزام الأصلي صحيحاً[١]، بالتالي يجب أن تكون موجبات المكفول والتزاماته مستحقة الأداء حتى تصح مطالبته[٢].

هذه المبادئ المذكورة لا يصح تطبيقها على الضمان المستقل، حيث أن أسباب انقضائه لا تُستمد إلا من العلاقة التعاقدية بين الضامن والمستفيد، ولا ينتهي بطريقة تبعية[٣]. فالتزام الضامن هو التزام أصلي[٤] ومستقل عن التزام المدين الآمر[٥]، ولا يمكن أن يكون متضامناً، وليس بالضرورة أن ينتهي التزام الضامن إذا غدا التزام المدين باطلاً أو فسخ العقد لأي سبب أو أصبح تنفيذه مستحيلاً، فلو أبطل العقد الأساس لعيب في الرضى مثلاً فهذا لا يؤدي لإبطال الضمان بشكل آلي.

كما أن انقضاء الالتزام الأساس لا ينسحب على الضمان، الذي له طابعه المستقل وشروطه المنفصلة، أي أن الضمان لا ينقضي إلا بتحقق شروطه الذاتية، كانقضاء مدته أو بالوفاء للمستفيد.

والكفالة التزام احتياطي فلا يحق للدائن مطالبة الكفيل قبل الرجوع على المدين، أي أن دور الكفيل يبدأ حيث ينتهي دور المدين أو يتخلف عن السداد إلا إذا كانت الكفالة تضامنية، أما الضمان المستقل فهو التزام أصلي كما ذُكر ولا ارتباط بين التزام المدين والتزام الضامن.

وبعكس الضمان، فإنه "لا يمكن أن تتجاوز الكفالة ما هو واجب على المديون الأصلي"[٦]، بمعنى أنه يمكن للمستفيد بموجب الضمان المستقل المطالبة بكامل قيمة الضمان، حتى لو كان الضرر اللاحق به أقل مما يطالب به.

فالضمان المستقل لا يحمل معنى "التكفل" من الناحية القانونية، ولا يتحمل الضامن التزام المضمون، فما يقوم به الأخير هو دفع دينه الشخصي وليس دين المدين[٧].

كما أنه لجواز مطالبة الكفيل يجب أن يكون المدين مُخلاً بالتزاماته ويجب إثبات مقدار المديونية، وهذا الأمر أيضاً لا ينسحب على الضمان.

---

(١) نصت المادة ١٠٥٦ م.ع على أنه: "لا تصح الكفالة إلا لموجب صحيح".

(٢) نصت المادة ١٠٨٧ م.ع على أنه: "لا دعوى للدائن على الكفيل إلا إذا كان المديون الأصلي في حالة التأخر عن تنفيذ الموجب".

(٣) استئناف بيروت، غ٣، رقم ٤٥٤، ت١٩٩٥/٤/٢٧، البنك اللبناني الفرنسي/ بنك المبادلات الدولية ورفاقه، مجلة الحقوق اللبنانية والعربية، المجلد الثالث، ٩-١٢، (٧٨-٨٢)، ص٧٨، وقد قضت: "الضمانة لأول طلب وغير القابلة للرجوع هي ضمانة أصلية مستقلة وليست كفالة ثانوية يترتب عليها موجب فرعي، ويستتبع بالتالي إبقاء الدائن في مأمن من عدم استيفاء دينه نتيجة تذرع المديون الأصلي بدفوع مستمدة من العقد المبرم بينهما فيستوي دينه من الملتزم بموجب ضمانة عند أول طلب دون أن يحق للضامن التذرع بالدفوع المستمدة من العقد الأصلي".

(٤) دائرة تنفيذ المتن، رقم ٤٣٢، ت٢٠١٨/١١/٢٦، كساندر ١١-٢٠١٨، (٢٢٩٣-٢٢٩٥)، ص٢٢٩٣.

(٥) قضت محكمة التمييز المدنية، غ٤، رقم ٢٧، ت ٢٠٠٣/٥/٢٢، دعوى البنك السعودي اللبناني ش.م.ل/ إبراهيم وخليل دبوق، العدل ٢٠٠٥، (٧٤٠-٧٤٣) ص ٧٤١، بأنه: "عندما يتعهد المصرف شخصياً في كتاب ضمان بناءً على تعليمات عميله بإيفاء مبلغ الضمانة إلى المستفيد منها بمجرد طلبه عند تحقق الشروط الواردة في كتاب الضمان، يُلزم بصورة مستقلة، كمدين أساسي، وبمعزل عن أية ظروف أو روابط أخرى مع سائر المعنيين، بدفع قيمة الضمانة عند توافر تلك الشروط". راجع أيضاً التقرير التمييزي لهذا القرار بقلم القاضي حبيب حدثي، العدل ٢٠٠٥، (٤٣٣-٤٤٦). وبنفس المعنى أيضاً قرار صادر عن نفس المحكمة وذات الخصوم، رقم ٢٦، ت ٢٠٠٣/٥/٢٢، كساندر ٥-٢٠٠٣، ق٨٠٢.

(٦) المادة ١٠٦٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(٧) حيدر، مرجع سابق، ص١٤٥.

للعودة الى الفهرس

وفي الكفالة تُبرأ ذمة الكفيل إذا ما أبرئت ذمة المكفول وتجعله في حلٍّ من التزاماته، على عكس الضمان، حيث أن قيام الضامن بالسَداد للمستفيد لا يفيد براءة ذمة المدين تجاه المستفيد لاختلاف موضوع التزام كل منهما، خاصة إن كان ما حصل عليه المستفيد أقل بكثير من الضرر الذي أصابه، حيث يمكنه العودة على المدين وفق القواعد العامة للعقود، فالضمان المستقل ليس كالبند الجزائي الاتفاقي الذي يعتبر تعويضاً نهائياً عن الضرر الحاصل.

ونتيجة لتبعية التزام الكفيل، فإنه يحق له الإدلاء بجميع الدفوع والذرائع التي يحق للمدين الإدلاء بها[١]، هذا الأمر غير جائز في الضمان المستقل، حيث لا يمكن تعطيل آليتها، إلا في حال المطالبة المشوبة بالغش. وهذا الغش هو الاستثناء الوحيد المتفق عليه على قاعدة استقلالية الضمان[٢].

بناءً عليه، لا يمكننا التسليم بالقول إن الضمان هو أحد صور الكفالة التي نظمها القانون المدني، إذ أن أحكامهما مختلفة، وهنالك بون شاسع على مستوى المفهوم والمبادئ والآثار الناتجة عن كلا المؤسستين.

المطلب الثاني – معايير تفسير طبيعة الالتزام

كثيراً ما يطرح على القضاء مسائل تتعلق بطبيعة التزام الضامن، إن كان من النوع المستقل أم التبعي. وهذا الطرح يكون في حال الالتباس والغموض. في هذه الحالة، كيف يمكن الحكم على أن التزاماً ما يشكل ضماناً مستقلاً أم كفالة عادية؟

بالطبع إن البت بهذه المسألة على قدر كبير من الأهمية، إذ أن تبني إحدى المؤسستين دون الأخرى يترتب عليه نتائج وتبعات متباينة ومختلفة.

عملياً، إن سبيل المعالجة يكون إما عبر تفسير بنود السند الحامل للالتزام (الفقرة الأولى)، أو استنتاج طبيعة الالتزام عبر تحديد نطاق العملية التجارية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى – تفسير بنود السند الحامل للالتزام

إن الضمان المستقل يعتبر أشد التزام يمكن أن يتحمله المدين الآمر، ولعل كونه يشكل التزاماً أصلياً ومستقلاً على عاتق الضامن حدا بمحكمة التمييز اللبنانية إلى التشدد في استنتاج الالتزام المستقل واعتبرت في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٩٧/٠٣/٢٥ أن: "الكفالة لأول طلب وهي أخطر أنواع الكفالات هي كفالة مستقلة أي التزام يتخذه الكفيل بناءً على طلب المكفول اتجاه شخص ثالث بأن يدفع مبلغاً من المال بناءً لأول طلب منه". وأضافت المحكمة: "يقتضي

(١) نصت المادة ١٠٨٧ م.ع على أنه: "يحق للكفيل أن يدلي بجميع أسباب الدفع المختصة بالمديون الأصلي شخصية كانت أم عينية".

وقد اعتبرت محكمة استئناف بيروت، غ١، بقرارها الصادر بتاريخ ١٩٨٨/١٢/١٥، في دعوى بنك بيروت الرياض/ البنك البريطاني للشرق الأوسط، العدل ١٩٨٨، العددان ١ و٢، ص ١٦٣، أن: " الكفالة المستقلة تخرج بأحكامها عن القواعد المحددة للكفالة العادية التي نظمها قانون الموجبات والعقود اللبناني، إذ تكون مستقلة تماماً عن الدين الذي كان سبباً لإنشائها، هذا من شأنه حماية الدائن الذي لا يمكن التذرع اتجاهه بأي سبب لعدم الدفع، متى كان هذا السبب يتعلق بالدين الأصلي". راجع أيضاً: محكمة الدرجة الأولى في بيروت، غ٣، رقم ١١٠، ت٢٠٠٦/٣/١٦، شركة سيدرز ايكس تشانج للصيرفة/ شركة كازينو لبنان، العدل ٣-٢٠٠٦، (١١٩٨-١٢٠٢)، ص ١٢٠١.

(٢) الاجتهاد اللبناني يتبنى التعسف في استخدام الحق إلى جانب الغش كاستثناء على قاعدة الاستقلالية في الضمانات، راجع مثلاً: ت.ل. غ٥، رقم ٢٧، ت٢٠١٩/٣/٦، كساندر ٢-٢٠١٩، ص٣٣١. ت.ل، غ٤، رقم٤، ت ١٩٩٦/٢/٢٧، بنك ليتكس ش.م.ل/ البنك اللبناني للتجارة ش.م.ل، ن.ق، ١٩٩٦، (٥٠٤-٥٠٧)، ص٥٠٤. محكمة الاستئناف المدنية في جبل لبنان، غ١٣، رقم ٦، ت٢٠٢١/٧/٢٨، العدل ٤-٢٠٢١، (١٥٤٦-١٥٤٩)، ص ١٥٤٩.

للعودة الى الفهرس

وبالتالي للقول بوجود كفالة لأول طلب أن يتبين من مضمونها بشكل صريح وواضح لا يقبل التأويل أو التفسير أنها كفالة مستقلة يتعهد بموجبها الكافل بأن يدفع مبلغاً من المال عن المكفول بناءً لأول طلب من المستفيد دون قيد أو شرط أو تأخير ودون إمكانية التذرع بالدفوع المستمدة من العقد الأساسي"[١].

عملياً قد لا يكون أمر استنتاج الالتزام المستقل سهلاً، وقد يحتوي صك الضمان عبارات متناقضة، كأن ينص على أنه "ضمان غير مشروط" وفي نفس الوقت يرد في متنه شرط ينبغي تلبيته لإمكانية الدفع أو تقديم إثباتات معينة، أو تكون إرادة الأطراف متجهة فعلاً لإصدار ضمان مستقل، ولكن التعبير عن هذه الإرادة لم يتجل بشكل صريح وواضح، فكيف يمكننا الحكم حينها؟

هناك عناصر ومعايير يمكن الأخذ بها في هذه الحالة:

أولاً – النظر إلى مجمل بنود الضمان، وتفسيره بما يؤدي الغرض المقصود منه. مثلاً في دعوى بنك المبادلات الدولية/ البنك اللبناني الفرنسي أصدر قاضي الأمور المستعجلة في بيروت قراراً بتاريخ ١٩٩٢/١٠/٢١ اعتبر فيه: "عدم جواز إهمال عبارة صريحة وردت في العقد عملاً بالمبادئ القانونية العامة التي تفرض من القاضي أن يأخذ بالاعتبار كل بنود الاتفاق كي يأتي التفسير متكاملاً وغير متناقض، فلا تهمل عبارة أو تعزل عن غيرها إذا كان من شأنها توضيح نية الفريقين لإعطاء العقد وصفه الحقيقي"[٢].

ثانياً – إن ذكر كلمة "ضمان" أو "كفالة" صادرة لصالح المستفيد غير كاف للحكم بأن المستند كفالة عادية، وكما يقول البعض: "ينبغي ألا يقود تعبير الكفالة الذي يستخدمه الاجتهاد أحياناً في موضوع الضمان لدى الطلب إلى الغلط، إن الأمر لا يتعلق بكفالة بالمعنى التقني للتعبير"[٣].

ثالثاً – إن الضمان المستقل بوصفه التزاماً مستقلاً يعتبر أشد وطأة على المدين من الكفالة العادية، ولذلك عند الشك، يميل الاجتهاد اللبناني لاعتبارها كفالة عادية[٤].

رابعاً – بعض العبارات إن وردت في متن الضمان لا تكون كافية لوحدها للقطع باستقلاليته مثل عبارة "غير مشروط" Unconditional أو مجرد Abstract والتزام قطعي أو غير قابل للرجوع Irrevocable[٥] أو أساسي أو نهائي.

أما العبارات التي تشير إلى أن الالتزام مستقل أو أنه تعهد فوري أو مباشر بالدفع رغم معارضة المدين أو أياً كان مصير الالتزام الأصلي أو التنازل عن التمسك بالدفوع، فهي إشارات قوية ودلائل واضحة على استقلالية التعهد. لذلك يجب النظر إلى مجمل بنود التعهد وما يحتويه من عبارات.

---

(١) ت. ل، غ٥، القرار رقم ٩٧/٤٦، ت ١٩٩٧/٠٣/٢٥، مذكور سابقاً. وقد نقضت محكمة التمييز بقرارها المذكور القرار الصادر عن محكمة استئناف بيروت، الغرفة الثانية، رقم ٦٠٢، ت ١٩٩٥/٠٦/١٥، المنشور في النشرة القضائية اللبنانية، ١٩٩٥، عدد٣، ص٣١٢.

(٢) قاضي الأمور المستعجلة في بيروت، رقم ٥٩٤، ت ١٩٩٢/١٠/٢١، مذكور سابقاً، الحقوق اللبنانية والعربية، (المجلد ١-٤)، ص١٢٤.

(٣) جاك غستان، **المطول في القانون المدني**، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، ط١، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٠، ص١٠٤٥.

(٤) استئناف مدني، غ١٠، رقم ٤٩٢، ت٢٠٠١/٣/٢١، الدولة اللبنانية/ بنك لبنان والمهجر، العدل ٢٠٠١، (١٣٩-١٤٣)، ص١٤٠. "ان تفسير الكفالة يجب أن يكون تفسيراً ضيقاً دون توسع، فعند الشك يكون التفسير لمصلحة الكفيل فيتحدد التزامه في نطاق تتحمله عبارات الكفالة". راجع أيضا المادة ٣٦٩ م.ع.

(٥) Bertrams, *op. cit.*, par 8.2.1, p. 90.

للعودة الى الفهرس

وعليه، يلزم أن يبرز نص الضمان خصائصه المميزة، ويكون واضحاً ومعبراً عن طبيعة الالتزام، وأن تتم صياغته بدقة والابتعاد قدر الإمكان عن الإسهاب وعدم استعمال تعابير مضللة "كالكفالة" بما يؤدي إلى غموض النص وحصول منازعات لاحقة بشأنه(١).

الفقرة الثانية – استنتاج طبيعة الالتزام عبر تحديد نطاق العملية التجارية

تعتبر التجارة الدولية الميدان الأكثر تأثيراً في ظهور الضمانات المستقلة، نظراً لتنوع المخاطر وحجم المعاملات وطبيعة الصفقات، ودخول متعاقدين جدد على الصعيد التجاري، والحاجة إلى ضمان قوي يوازي فاعلية التأمين النقدي الذي كان يطلب عادة في إطار المناقصات والصفقات والمشاريع الكبرى.

لذا يمكن القول بصورة عامة، إن ورد في نص الضمان قابليته للدفع غب الطلب، فذلك كاف بحد ذاته خاصة في التجارة الدولية للقول بأن التعهد مستقل(٢). ما يدفع لتأييد هذا الاتجاه أنه في الكفالة العادية لا يوجد دفع غب الطلب، بل إن السداد لا يتم إلا بإثبات، أي أنه مشروط. بالتالي يعتبر السداد غب الطلب خاصية متأصلة في الضمانات المستقلة ومختصة بها. فلا يمكن القول بوجود هذه الخاصية في الكفالة ومن جهة أخرى يحق للكفيل التذرع بالدفوع أو طلب إثبات مديونية المكفول، وبالتالي تأخير الدفع لموعد لاحق.

لذا، عند التردد في تحديد طبيعة الضمان، يفضل اعتباره ضماناً مستقلاً في ميدان التجارة الدولية، لأن العمل جرى على اتباعه عكس الكفالة العادية المتبعة في التجارة الداخلية(٣). هذا ما خلصت إليه محكمة التمييز اللبنانية في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٩٦/٠٢/٢٧ إذ اعتبرت أنه "لَئن لم تذكر بصورة مرضية نوعية الكفالة، فمن الراهن بحسب قانون التعامل المصرفي في العَقود الدولية وبالنظر إلى صفة الإطلاق التي وردت فيها عبارة التعهد وما تنطوي عليه من تنفيذ شخصي آلي غير مشروط في سياق العملية المصرفية المتكاملة المنوه عنها أن بنك "ليتكس" أعطى المصرف التجاري السوري عند أول طلب (من المستفيد شركة حمص) ضمانة مقابلة بإيفاء المبلغ المكفول"(٤).

إضافة لذلك، إن وجود بند في الضمان يشير إلى خضوعه للقواعد الصادرة عن غرفة التجارة الدولية الخاصة بالضمانات لدى الطلب URDG يشكل قرينة قاطعة على أن الضمان هو من النوع المستقل(٥).

---

(١) جاء في المادة الثامنة من قواعد غرفة التجارة الدولية URDG 758 أنه: "يجب أن تكون جميع التعليمات الخاصة بإصدار الضمانات والضمانات نفسها واضحة ويجب تجنب الإفراط في التفاصيل".

(٢) عوض، **خطابات الضمان المصرفية**، القاهرة: دار النهضة العربية ٢٠٠٠، ص١٣٤ وما بعدها. حيدر، مرجع سابق، ص١٨٨. أيضاً: تعليق باتريك سمراني على قرار محكمة التمييز المدنية (الغرفة الرابعة)، رقم ٩٦/٤، ت ١٩٩٦/٠٢/٢٧، العدل ١٩٩٦، (٣٥-٣٢)، ص٣٤.

(٣) عوض، مرجع سابق، ف١٢٢، ص١٢٠.

(٤) ت. ل، غرفة الرابعة، القرار رقم ١٩٩٦/٤، ت ١٩٩٦/٠٢/٢٧، بنك ليتكس ش.م.ل/ البنك اللبناني للتجارة، والمصرف التجاري السوري، العدل ١٩٩٦، (٣٠-٣٢) ص٣١. ومنشور أيضاً في النشرة القضائية اللبنانية، العدد ١، ١٩٩٦، (٥٠٤-٥٠٧)، ص ٥٠٥.

(٥) نصت الفقرة a من المادة الأولى من قواعد غرفة التجارة الدولية URDG 758 أنه: "تطبق القواعد الموحدة للضمانات لدى الطلب (URDG) على أي ضمان لدى الطلب أو ضمان مقابل يشير صراحة إلى أنه خاضع لها، وهي ملزمة لجميع أطراف الضمان لدى الطلب، أو الضمان المقابل إلا في حال تعديلها أو استبعادها".

للعودة الى الفهرس

الخاتمة

إن الضمانات المستقلة أصبحت موضوعاً حيوياً على الصعيد التجاري، الدولي والمحلي على السواء. وعدم تقنينها وتشريعها لا ينبغي أن يؤدي إلى الخلط بينها وبين الكفالة، رغم وحدة الهدف.

وقد خلصنا من دراستنا إلى أن عناصر التمايز كثيرة، والركائز والأسس التي يقوم عليها الضمان تختلف كلياً عن الكفالة العادية، وأبرز تلك الأسس الاستقلالية وعدم إمكانية التذرع بالدفوع. وانفصال الالتزامات، فما يقوم الضامن بدفعه هو دينه الشخصي الذي التزم به بشكل مستقل عن التزام المدين الأساسي في العقد التجاري.

إن استنتاج عناصر الالتزام، وإن بدا أحياناً أمراً يصعب حسمه، إلا أنه ليس بالأمر العسير، خاصة إن وجدت في سند التعهد عبارات جازمة تدل على طبيعة الالتزام المستقل والتي لا تأتلف مع طبيعة الكفالة العادية، مثل "الدفع الفوري ولدى الطلب"، و"عدم إمكانية التذرع بالدفوع".

وفي هذا الإطار نوصي بالأمور التالية:

أولاً – الابتعاد عن تضمين سند التعهد عبارات متناقضة، مثل: "يتعهد الضامن بشكل مستقل دون إمكانية التذرع بالدفوع"، ثم يرد في النص أن التزام الدفع بالتكافل والتضامن مع المدين"، فالضامن في الالتزام المستقل لا يتكافل ولا يتضامن مع مدينه، لأنه يقوم بدفع دينه المستقل والشخصي والمنفصل.

ثانياً – عدم استخدام عبارة "كفالة" في التعهدات المستقلة، فهي مدعاة للالتباس، فالكفالة تحمل معنى التبعية، بما يتناقض مع طبيعة الضمانات المستقلة.

ثالثاً – الاستعانة بالنماذج الصادرة عن الهيئات الدولية المتخصصة، وخاصة غرفة التجارة الدولية، أو تلك التي تصدرها هيئة العقود المشتركة Joint Contracts Tribunal (JCT) والتي توفر لعملائها خاصة في إنكلترا نماذج لعقود شتى في ومجالات متعددة[١] لاسيما في مجال البناء وعقود الإنشاءات الكبرى. كذلك النماذج التي يقدمها الاتحاد الدولي للاستشارات الهندسية (فيديك) والذي تأسس في العام ١٩١٣ ويقع مقره في مركز التجارة العالمية في جنيف[٢].

رابعاً – ندعو المشرع اللبناني إلى سن قواعد قانونية تنظم الضمانات المستقلة، كما فعلت الكثير من الدول العربية، وبعض التشريعات الغربية، كما في فرنسا، فهذا يدعو إلى استقرار المعاملات، وتوحيد النظرة إلى هذه الأداة من قبل المحاكم.

❖ ❖ ❖

(١) هذه الهيئة انبثقت من المعهد الملكي للمهندسين المعماريين البريطانيين (RIBA) والذي تأسس في العام ١٩٣١. راجع موقعها الرسمي: https://www.jctltd.co.uk/

(٢) تقدم الفيديك أفضل الممارسات الإجرائية في عمليات البناء والتشييد إلى جانب الطرق القانونية في فض المنازعات المتعلقة بالمقاولات، كما تشترط جميع المصارف الممولة للمشاريع وجود عقد "فيديك" ضمن مستندات مشاريع البناء، وهو نفس المسلك الذي سلكه العديد من المقرضين الدوليين. وقد نشرت الفيديك أول نموذج قياسي للعقود في العام ١٩٥٧. راجع الموقع الرسمي للفيديك: https://fidic.org/

للعودة الى الفهرس