



مجلة جامعة الملك سعود، م ٢٣، الأنظمة والعلوم السياسية (١)، ص ١-١١٦، الرياض (٢٠١١م/١٤٣٢هـ)

مجلة جامعة الملك سعود

(دورية علمية محكمة)

المجلد الثالث والعشرون

الأنظمة والعلوم السياسية (١)

يناير (٢٠١١م)
محرم (١٤٣٢هـ)

النشر العلمي والمطابع - جامعة الملك سعود

ص.ب ٦٨٩٥٣ - الرياض ١١٥٣٧ - المملكة العربية السعودية



هيئة التحرير

رئيس التحرير

- أ.د. علي بن سعيد الغامدي
أ.د. صالح بن رميح الرميح
أ.د. خالد بن عبدالله الرشيد
أ.د. إبراهيم بن محمد الشهوان
أ.د. أنيس بن حمزة فقيها
أ.د. سالم بن سعيد القحطاني
أ.د. فهد بن عبد الله الدليم
أ.د. فيصل بن عبد العزيز المبارك
أ.د. سليمان بن عبدالرحمن الذيب
أ.د. عبد الله بن محمد الدوسري
د. سعد بن هادي الحشاش
د. منصور بن محمد السليمان
د. أسامة بن محمد السليمان
أ.د. علي بن محمد التركي

أعضاء هيئة التحرير الفرعية

رئيساً

عضواً

عضواً

عضواً

عضواً

عضواً

- د. أسامة بن محمد السليمان
أ.د. رضا عبد الحليم عبد المجيد
د. عصام حنفي موسى
د. عبد الله جبر العتيبي
د. الدين الجيلاني بوزيد
د. علي رمضان علي بركات

ح ٢٠١١م (١٤٣٢هـ) جامعة الملك سعود

جميع حقوق الطبع محفوظة. لا يسمح بإعادة طبع أي جزء من المجلة أو نسخه بأي شكل وبأي وسيلة، سواء أكانت إلكترونية أم آلية، بما في ذلك التصوير والتسجيل أو الإدخال في أي نظام حفظ معلومات أو استعادتها بدون الحصول على موافقة كتابية من رئيس تحرير المجلة.

مطابع جامعة الملك سعود ١٤٣٢هـ



المحتويات

صفحة

استقلال ونهائية خطاب الضمان في ضوء قواعد التجارة الدولية الموحدة	
عصام حنفي محمود	١
القانون الدولي الاتفاقي ومشاكل الإثبات في التجارة الإلكترونية	
صالح جاد عبد الرحمن المتلاوي	٥٣
حماية الاسم التجاري من المنافسة غير المشروعة: دراسة مقارنة بين القانونين السعودي والمصري	
زياد بن أحمد القرشي	٧٣

استقلال وهائية خطاب الضمان في ضوء قواعد التجارة الدولية الموحدة

عصام حنفي محمود

قسم القانون التجاري، كلية الأنظمة والعلوم السياسية

جامعة الملك سعود

(قدم للنشر في ١٤٣١/١/٥هـ؛ وقبل للنشر في ١٤٣١/٤/٢٨هـ)

ملخص. نظرا لأهمية خطاب الضمان في الميدان القانوني، والدليل على ذلك الاشكالات التي يثيرها في الحياة العملية، ونظرا لأن إستعمال خطاب الضمان بصورة المختلفة أصبح شائعا في أنحاء العالم وخاصة في التجارة الدولية بين الشركات والبنوك، كان من الضروري البحث في نظام خطاب الضمان من ناحية استقلاله ونهائيته. وقد سمح تحديد تعريف خطاب الضمان بإبراز التزام البنك المستقل والنهائي والبات في خطاب الضمان كما تبين أن أهمية خطاب الضمان على الصعيد الداخلي والخارجي أمر ثابت وغير مشكوك فيه. وعند بيان التزام البنك المستقل تبين أن التزام البنك ليس تابعا لألتزام العميل في وجوده وصحته، ومن أهم نتائج التزام البنك المستقل قبل المستفيد استخلص أنه يتمتع على البنك التمسك بالمقاصة بين دين على المستفيد للعميل وبين قيمة خطاب الضمان، كم لا يجوز للبنك التمسك بالمقاصة في مواجهة المستفيد بدين مستحق للبنك في ذمة العميل، بيد أنه يجوز التمسك بالمقاصة بين دين على المستفيد للبنك - ناشئ بسبب علاقة اخرى بينهما - وبين قيمة خطاب الضمان، ورغم ألاستقرار على استقلال التزام البنك إلا أن هذا الاستقلال يتراجع في حالة غش المستفيد في طلبه خطاب الضمان. وفي التزام البنك البات والنهائي في خطاب الضمان تبين أنه بمجرد إصدار خطاب الضمان ووصوله إلى علم المستفيد ولم يرفضه، أصبح حق المستفيد على الخطاب نهائيا لا رجوع فيه إلا إذا اتفق على غير ذلك في نصوص خطاب الضمان وعبارات. ومما لا شك فيه أن اعتبار التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان مستقلا وباتا في مواجهة المستفيد يجعل الخطاب صالحا لتأدية الوظيفة التي نشأ من أجله

مقدمة

هذه الوظائف تعتمد البنوك فيها على مزاولة عمليات

الائتمان قصيرة الأجل كتلقي الودائع من الأفراد
والمشروعات، وتقديم القروض قصيرة الأجل أيضاً

تمارس البنوك التجارية وظائف تقليدية هدفها تحقيق
الربح باعتبارها مؤسسات مالية ذات ملكية خاصة،

والخارجي وخدمته بما يحقق أهداف خطة التنمية وسياسة الدولة ودعم الاقتصاد القومي. وهي التي تباشر عمليات تنمية الادخار والاستثمار المالي في الداخل والخارج بما في ذلك المساهمة في إنشاء المشروعات، وما يتطلبه من عمليات مصرفية وتجارية ومالية وفقاً للأوضاع التي يقرها البنك المركزي".

كما عرفت المادة ١٧ من ذات القانون بنوك الاستثمار والأعمال بأنها" تلك التي تباشر عمليات تتصل بتجميع وتنمية المدخرات لخدمة الاستثمار وفقاً لخطط التنمية الاقتصادية وسياسات دعم الاقتصاد القومي، ويجوز لها أن تنشئ في هذا المجال شركات الاستثمار أو شركات أخرى تزاول اوجه النشاط الاقتصادي المختلفة كما يكون لها أن تقوم بعمليات تجارة مصر الخارجية.

وفيما يتعلق بالبنوك المتخصصة غير التجارية فقد عرفتها المادة ٤٣ من القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ في شأن البنوك والائتمان بأنها" البنوك التي يكون عملها الرئيسي التمويل العقاري أو الزراعي أو الصناعي والتي لا يكون قبول الودائع تحت الطلب من اوجه نشاطها الأساسية" ومن الأمثلة على البنوك غير المتخصصة بنك التنمية الصناعية، وبنك التنمية الزراعية، وبنك تنمية الصادرات.

أما القانون المدني رقم ١٣١ الصادر عام ١٩٤٨ فلم ينص على عمليات البنوك إلا الحساب الجاري في المادة ٢٣٣ دون تنظيمه.

للمشروعات التجارية والصناعية لسد حاجتها من رؤوس الأموال، وإصدار الشيكات وخصم الكمبيالات والسندات الإذنية والشيكات نيابة عن عملائها، وإصدار البطاقات الائتمانية، وفتح الاعتمادات البسيطة والمستندية، وإجراء التحويل المصرفي وتأجير الخزائن الحديدية وإصدار خطابات الضمان وغير ذلك من الوظائف التقليدية.

ولم ينص قانون التجارة الملغى الصادر عام ١٨٨٣ عن عمليات البنوك عموماً، بل اكتفى بالإشارة إليها في المادة الثانية التي تحدد الأعمال التجارية فذكر منها" أعمال الصرافة"، "وجميع معاملات البنوك العمومية" وعذر المشرع في ذلك أنه لم يكن للبنوك عند وضع المجموعة التجارية الملغاة مالها من شأن في الوقت الحاضر، إذ كانت وظيفتها تقتصر على عمليات الصرف وتجارة النقود، ولم يدر بخلد الشارع أنها ستكون في يوم ما عماد الاقتصاد القومي في البلاد.

وقبل صدور قانون التجارة الحالي رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، صدرت بعض التشريعات الخاصة بتنظيم البنوك وعلاقتها بالبنك المركزي، دون أن تتناول تنظيم العمليات المصرفية ذاتها منها القانون ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ في شأن البنك المركزي والجهاز المصرفي، وتضمن إيضاح أعمال البنوك التجارية، حيث نصت المادة الخامسة عشر منه على أنه" يقصد بالبنوك التجارية تلك التي تقوم بصفة معتادة بقبول ودائع عند الطلب أو لأجل محددة وتزاول عمليات التمويل الداخلي

إقليم دولة معينة، وتجاوز التجارة الخارجية هذه الحدود حيث تقع بين دولتين أو أكثر، وإذا كانت القوانين الداخلية تسري على التجارة الداخلية مراعاة لسيادة الدول ومراعاة لحاجتها التجارية وظروفها الاقتصادية، فمن غير المقبول أن تطبق هذه القوانين ذاتها على التجارة الخارجية التي تجري في مجال دولي فتواجه ظروفًا مختلفة. كما أن ترك التجارة الخارجية لسلطان القوانين الوطنية وسيادتها من شأنه إشاعة القلق في التعامل الدولي وعدم الاستقرار والتخوف، وهو أحوج إلى الاستقرار والثقة (شفيق، ١٩٧٤)، خاصة لدول العالم النامي التي ترغب في إقامة علاقات دولية تدعيمًا لاقتصادها.

فعدم الثقة وعدم الاستقرار والتخوف والقلق ليس في صالح التجارة الدولية، لذلك دارت الجهود لتوحيد قواعد القانون الدولي الخاص، بحيث يسند الفصل في النزاع إلى قانون واحد تعينه القاعدة الموحدة. لذلك ظهرت المنظمات والهيئات التي تهدف إلى توحيد قانون التجارة الدولية، وتهدف هذه المنظمات إما إلى توحيد قاعدة الإسناد في مجال القانون الدولي الخاص عند تنازع القوانين التي تحكم علاقة معينة، أو قد تهدف جهود هذه المنظمات إلى توحيد القواعد الموضوعية التي تحكم العلاقات القانونية لتحل محل القواعد الوطنية وتقضي بالتالي على التنزع بينهما (الشرقاوي، ١٩٩٧). من هذه المنظمات غرفة التجارة

وقد اكمل القضاء المصري والفقهاء في ظل المجموعة التجارية الملغاة هذا النقص بوضع أحكام للدوائع المصرفية والحساب الجاري والاعتمادات، والخصم والكفالة، وتأجير الخزائن الحديدية، وغيرها. وقد استخلص هذه الأحكام مما درج عليه العرف المصرفي.

وجاء قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ونظم عمليات البنوك، حيث كانت هناك فرصة لوضعي هذا القانون لتنظيم هذه العمليات. وقد احتلت عمليات البنوك الباب الثالث منه، في المواد من ٣٠٠ إلى ٣٧٧، فبدأ بوديعة النقود (المادة ٣٠١ إلى المادة ٣١٥) وتأجير الخزائن (المادة ٣١٦ إلى ٣٢٣) ورهن الأوراق المالية (المادة ٣٢٤ إلى المادة ٣٢٨) والنقل المصرفي (المادة ٣٢٩ إلى ٣٣٧) والاعتماد العادي (المادة ٣٣٨ إلى ٣٤٠) وخص الاعتماد المستندي بالمواد من (٣٤١ إلى ٣٥٤) وخص خطابات الضمان من المواد (٣٥٥ إلى ٣٦٠) ثم أفرد للحساب الجاري المواد من (٣٦١ إلى ٣٧٧).

وقد أخذ المشرع في هذه المواد بالراجع في القضاء والفقهاء المصري والفرنسي، وما تأخذ به غرفة التجارة الدولية بباريس في قواعدها، وهو ما يتفق مع بعض التشريعات العربية والأجنبية، لما لهذه العمليات من عالمية التحول، نتيجة تشابك المشكلات، خاصة الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان. فالتجارة جارتان، داخلية وخارجية، تجري الأولى داخل حدود

الدولية بباريس ، ولجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة.
فقد وضعت غرفة التجارة الدولية مجموعة من القواعد الموحدة تحكم الاعتمادات المستندية نظراً لانتشارها في مجال التجارة الدولية، وقد بدأت محاولات الغرفة في هذا الشأن عام ١٩٣٣ ، وقد عدلت هذه القواعد التي تحكم الاعتمادات المستندية عدة مرات في أعوام ١٩٥١ و١٩٦٢ و١٩٧٤ و١٩٨٣ وأخيراً في عام ١٩٩٣ .

وتعرف القواعد الموحدة للاعتمادات المستندية في صورتها الأخيرة باسم " القواعد والعمادات الموحدة UCP 500٥٠٠" وهو رقم النشرة المتضمنة لهذه القواعد والصادرة عن غرفة التجارة الدولية، وبدأ العمل بها في أول يناير ١٩٩٤ . ويعتبر النص الإنجليزي لهذه القواعد هو النص الملزم، وتلقي هذه القواعد قبولاً واسعاً (الشرقاوي، ١٩٩٧).

وفي المملكة العربية السعودية لم يضع نظام المحكمة التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٢ وتاريخ ١٥ محرم ١٣٥٠هـ والذي يعتبر بمثابة تقنين التجارة السعودي ، تنظيم لعمليات البنوك ومنها خطاب الضمان ، نظراً لأنه وقت وضع نظام المحكمة التجارية لم يكن للبنوك الأهمية التي تحتلها الآن ، كما انه كان يتبع التقنين الفرنسي في ذلك الوقت الذي لم يكن هو أيضا ينظم عمليات البنوك.

وقد صدر في المملكة العربية السعودية نظام مراقبة البنوك بالمرسوم الملكي م / ٥ وتاريخ ٢٢/٢/١٣٨٦ هـ، ويلاحظ على هذا النظام انه وان كان لم يضع تنظيمًا لعمليات البنوك وبالتالي لم يضع تنظيمًا لخطاب الضمان إلا انه حرص في المادة الأولى منه على بيان المقصود باصطلاح عمليات البنوك أو العمليات المصرفية بأنها " أعمال تسلم النقود كودائع جارية أو ثابتة ، وفتح الحسابات الجارية ، وفتح الاعتمادات ، وإصدار خطابات الضمان ، ودفع وتحصيل الشيكات أو الأوامر أو اذون الصرف وغيرها من الأوراق ذات القيمة ، وخصم السندات

ولما كان خطابات الضمان من العمليات التي تنتشر في التجارة الدولية أيضاً، فقد وضعت غرفة التجارة الدولية له قواعد موحدة تحمل رقم ٥٢٤ لعام ١٩٨٦ تحت مسمى القواعد الموحدة لخطابات الضمان وال Bonds (عوض ، ١٩٨٩ ؛ القليوبي، ٢٠٠٢)، ثم أصدرت غرفة التجارة الدولية بباريس القواعد الموحدة لضمانات العقود بالكتيب رقم ٣٢٥ (علم الدين ، ١٩٩٣)، ثم بعد ذلك القواعد الموحدة لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب (les Regales uniformes)

ونظراً لأهمية موضوع خطاب الضمان في الحياة القانونية والعملية، وكثرة الإشكالات التي يثيرها في العمل، ونظراً كذلك لأن استعمال خطاب الضمان بصوره المختلفة أصبح شائعاً في أنحاء العالم وخاصة في التجارة الدولية بين الشركات والبنوك، ولذا صدر قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ما يحمله من أحكام متميزة لخطاب الضمان استقاها من قواعد العرف الساري في العمل والقواعد الدولية المطبقة في هذا المجال، وأحال القانون إلى هذه القواعد عندما لا يتضمن نصاً بشأن مسألة معينة في هذا الشأن.

لذلك فضلنا بحث موضوع خطاب الضمان من ناحية استقلال ونهاية الخطاب، لما له من أهمية قانونية وعملية، خاصة بعد صدور قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، لنقف على مدى إمكانية تطبيق القواعد والعادات الدولية المتعلقة بخطاب الضمان وفقاً لنص المادة ٢/٣٥٥ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والتي نصت على انه "تسري فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف في هذا الفرع القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان".

ولمعالجة هذا الموضوع قمنا بتقسيمه إلى فصلين. نخصص الفصل الأول لبيان ماهية خطاب الضمان من حيث تعريفه وأهميته القانونية والعملية كم سيتم توضيح غطاء خطاب الضمان. أما في الفصل الثاني سنتحدث عن التزام البنك المستقل والنهائي في خطاب الضمان حيث يقسم إلى مبحثين نخصص الأول لبيان

والكمبيالات وغيرها من الأوراق التجارية، وأعمال الصرف الاجنبي، وغيرها من أعمال البنوك يتضح من ذلك أن نظام مراقبة البنوك وان ذكر المقصود بعمليات البنوك إلا أن ذلك كان على سبيل التعداد ولم يضع تنظيمًا للأحكام المتعلقة بهذه العمليات.

ونظراً لعدم وجود تنظيم يوضح الأحكام المتعلقة بعمليات البنوك في المملكة ومنها خطاب الضمان فان هذه العمليات تظل محكومة بقواعد العرف المصرف والعادات التجارة التي درجت البنوك عليها في تعاملها فيما بينها، أو بينها وبين عملائها. والواقع انه لا تكاد تختلف القواعد التي تحكم عمليات البنوك في المملكة ومنها خطاب الضمان عنها في الدول الأخرى التي تضع تنظيمًا لهذه العمليات لأنها تستمد في الغالب من القواعد والعادات التي استخلصها الفقه والقضاء المقارن وقواعد التجارة الدولية الموحدة وكذلك القواعد التي وضعتها غرفة التجارة الدولية.

وقد اهتمت تشريعات الدول العربية ومنها مصر بتنظيم أحكام خطاب الضمان ضمن عمليات البنوك، وتكاد أن تكون تشريعاتها موحدة في هذا المجال، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن موضوع خطاب الضمان يتم غالباً في ظروف متشابهة وعلى صعيد دولي، كما أن مصادر هذا الموضوع تكاد أن تكون واحدة وهي قواعد التجارة الدولية الموحدة.

وخطابات الضمان تحمل تسميات عديدة منها الضمان المستقل، أو خطابات الاعتماد الضامنة، أو الضمان عند أول طلب، أو الضمان عند الطلب، أو خطاب التعهد كما تسميه بعض البنوك، وقد تسمى ضمانات العقود و (ضمانات الدفعات المقدمة)، وقد تسمى الضمانات النهائية، أو ضمانات العطاءات، وغير ذلك من المسميات.

لذلك يجب بداية تعريف خطاب الضمان وبيان أهميته وغطاه.

وسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين تاليين:

المبحث الأول: تعريف خطاب الضمان.

المبحث الثاني: أهمية خطاب الضمان ونظام

الغطاء المقدم

المبحث الأول: تعريف خطاب الضمان

نتناول في هذا المبحث تعريف خطاب الضمان وفقاً لقانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وتعريفه وفقاً لقواعد التجارة الدولية، ثم تعريف الفقه والقضاء. وذلك في المطالب الثلاثة التالية.

المطلب الأول: تعريف خطاب الضمان وفقاً

لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩

عرف قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ خطاب الضمان في المادة ١/٣٥٥ بأنه "تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص (يسمى الأمر)، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (يسمى المستفيد)، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة".

استقلال التزام البنك وفقاً لقانون التجارة والقواعد الموحدة والقضاء ثم نبين النتائج المترتبة على استقلال التزام البنك ثم نوضح أثر الغش على استقلال التزام البنك ونخصص الثاني لبيان مدى التزام البنك في خطاب الضمان، من خلال بيان اثر الغش في خطاب الضمان، والتزام البات والنهائي.

وعلى ذلك يتم الموضوع على النحو التالي:

الفصل الأول: ماهية خطاب الضمان.

الفصل الثاني: التزام البنك المستقل والنهائي في

خطاب الضمان.

الفصل الأول: ماهية خطاب الضمان

خطابات الضمان هي في حقيقتها وكما جرى عليه العرف التجاري أوراق مصرفية لها طابع خاص، تصرف قيمتها لمن حررت لصالحه عند أول طلب دون منازعة من محررها أو من المضمون، وهي بمثابة نقود تحت يد المستفيد ليحصل منها على ما قد يستحق له قبل المضمون في العقد المتفرع عنه هذا الضمان وهي بهذه الصفة تسهل التعاقد مع الأشخاص غير المليئين الذين يخشى إخلالهم بالتزاماتهم وعدم وجود مال لديهم للرجوع عليهم بما يستحق في ذمتهم فتكون قيمة خطاب الضمان التي يحددها المستفيد منها هي المشجع له على التعاقد حتى يجد مالاً محققاً خالياً من النزاع يحصل عليه بمجرد الطلب للوفاء بمطلوبة قبل المضمون. ولا شك أنه إذا أبيضحت المنازعة في صرف قيمة خطاب الضمان عند الطلب لفقد هذا الخطاب أهميته العملية ولشل حركة المعاملات التجارية.

الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة، فلا يجوز للبنك الضامن أن يتمتع عن الوفاء استناداً إلى سبب مستمد من عقده الأساسي، علاقته بالأمير، لاستقلال العلاقات عن بعضها، ولا استناداً إلى أوامر من العميل، أو لوجود دفع أو سبب مستمد من العقد الأصلي بين العميل والمستفيد (دالوز سيرى ، ١٩٨٨)^(١)، فهذا الاستقلال والنهائية هي روح خطاب الضمان ولبه.

٣- يتضح من هذا التعريف أن خطاب الضمان في جوهره تعهد مكتوب، لذلك فإن المرجع لهذه الكتابة أن يفرض فيها توافر شرط الكفاية الذاتية، حيث يجب أن تكون عبارات الخطاب ومصطلحاته دقيقة ومنضبطة وكافية بذاتها لبيان مضمون ومدى التزامات الأطراف فيها.

٤- برغم أن المشرع ينص على أن خطاب الضمان يصدر من البنك، إلا أنه لا مانع من صدوره من غير البنك، أي من فرد أو شخص اعتباري، كشركة أم أو شركة قابضة تصدره لضمان شركة وليدة، وذلك تماشياً مع القواعد الدولية في الضمانات الصادرة من غرفة التجارة الدولية بباريس ولجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة والتي تجمع على أن من يصدر الضمان يمكن أن

وهذا التعريف الذي وضعه المشرع في قانون التجارة يتطلب عدة ملاحظات عليه هي:

١- انه يشمل كافة أنواع وتسميات خطابات الضمان مثل خطابات الضمان الجمركية، خطابات الضمان الملاحية، وخطابات ضمان المناقصات والمزايدات، وخطاب الضمان النهائي، وخطاب ضمان الدفعات المقدمة، وخطابات الضمان التي تطلبها مصلحة الجمارك من المخلص الجمركي أو أصحاب المستودعات، وخطابات الضمان التي تطلبها مصلحة المواني والمناثر من شركات الملاحه، وخطابات الضمان التي تطلب من الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية مثل السمسرة وغيرها. فالبنك قد يصدر الخطاب بقصد ضمان حسن التنفيذ والذي يطلق عليه خطاب الضمان النهائي (الشرقاوي، ١٩٨١)، أو لضمان استرداد المقدمات الموافق عليها من الجهة المستفيدة وقد يكون خطاب الضمان ابتدائياً أو مؤقتاً عندما يتعلق بالعطاءات التي تقدم للمصالح الحكومية والهيئات العامة، كما قد يكون الخطاب بقصد ضمان مقاولي الباطن ضد عدم ملاءتهم في مواجهة المقاول الأصلي (القليوبي، ٢٠٠٠)، فهناك أغراض كثيرة يستخدم فيها خطاب الضمان.

٢- يجعل هذا التعريف التزام البنك مستقلاً وبتأً ونهائياً في مواجهة المستفيد، لأن البنك يلتزم بالدفع إذا طلب المستفيد منه ذلك خلال المدة المعينة في

(١) نقض فرنسي تجاري ٢ فبراير ١٩٨٨ - دالوز سيرى ١٩٨٨ الملخص ص ٢٣٩ مع تعليق فاسبر وبنك ١٩٨٨-١٣٣ مع تعليق كظامين رينو.

القواعد و العادات المتعارف عليها في المعاملات الدولية لا تستمد صفة الالتزام بها إلا إذا التجأ إليها الأطراف ، حيث أنها تتضمن قواعد مكملة ومفسرة لإرادة المتعاقدين (القليوبي ، ١٩٩٩). وذلك على خلاف ما قد يوحي به نص المادة ٣٥٥ في فقرتها الثانية.

فمثلاً القواعد الموحدة للضمانات عند الطلب الصادرة من غرفة التجارة الدولية بباريس رقم ٤٨٨ عند التطبيق العملي لا يكون الخضوع لها نهائياً وقطعياً وإنما اختيارياً للأفراد لأنه لا يكون لها إلا الصفة المكملة (ريبير وريلو ، ١٩٩٦).

المطلب الثاني: تعريف خطاب الضمان وفقاً

للقواعد الموحدة السائدة في المعاملات الدولية
أولاً: التعريف وفقاً لقواعد الموحدة لخطابات الضمان والـ Bonds الصادرة في ١٩٨٦/٥/٢٣ (عوض، ١٩٨٩): نصت المادة الثانية من هذه القواعد على انه يقصد بلفظ "ضمان" المستخدمة فيما بعد: عرض، غطاء، تنفيذ، دفعة مقدمة، الدفع المقدم، الدفع مع تطور الأعمال، تحريك الدين، الحبس، ضمانات الصيانة، والضمانات التي تحمل أوصافاً أخرى والتي تصدر بناء على تعليمات الأمر بالنظر إلى عقد أو عقد من باطن، أو اتفاق أو أي تعهدات أخرى.

ويبدو من نص المادة الثانية أن هذه القواعد تنطبق على كل أنواع خطابات الضمان أي كان الوصف الذي يحملة الضمان طالما يندرج تحت تعريف خطابات

يكون غير بنك سواء كان شركة تأمين أو مؤسسة مالية أخرى أو أية شركة أو هيئة أو شخص طبيعي. ويبدو أن المشرع المصري قنن الغالب في التجارة الدولية، إذ غالباً ما يصدر هذا الضمان من بنك باعتباره صورة من صور الاعتماد.

٥- لم يكتف المشرع بتعريف خطاب الضمان وبيان بعض أحكامه وإنما نص في الفقرة الثانية من المادة ٣٥٥ على أن "تسري فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف في هذا الفرع القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان".

ونظراً لكثرة القواعد الموحدة المتعلقة بخطاب الضمان الصادرة من غرفة التجارة الدولية ولجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة- كما سبق أن ذكرنا- كان يجب على المشرع الاكتفاء بأحد هذه القواعد ولتكن القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب والصادرة بالكتيب رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٩٢، أو القواعد التي أصدرتها لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة والمسماة باتفاقية أونسترال الخاصة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة الصادرة عام ١٩٩٥، أو تطبيق الاثنين معاً نظراً لحداثة إصدارهما.

ولكن يبدو أن المشرع ترك ذلك لحرية الأفراد في اختيار القواعد التي تتناسب مع طبيعة خطاب الضمان الذي يرغبون في إصداره. ويجب مراعاة أن هذه

الدفوعات المقدمة (ضمانات العقود) الخاصة بالغرفة التجارية الدولية (لمنشور رقم ٣٢٥) وتكون ملزمة لكل الأطراف فيها ما لم يذكر صراحة غير ذلك في الضمان أو أي تعديل له".

يستخلص من هذه المادة أن هذه القواعد تسري على كل خطابات الضمان أيّاً كان وصفها طالما ذكر فيها أنها تخضع للقواعد الموحدة لضمانات العطاءات أو الضمانات النهائية أو ضمانات الدفعة المقدمة الخاصة بغرفة التجارة الدولية والمنشورة برقم ٣٢٥، والسبب في هذا التعداد هو أن هذه القواعد اكتفت في تعريفها لخطابات الضمان بهذه الأنواع الثلاثة فقط.

كما عرفت المادة الثانية من هذه القواعد ضمان العطاء بأنه يعني "تعهد معطي بواسطة بنك أو شركة تأمين أو طرف آخر (الضامن) بناء على طلب مقدم عطاء (الأصيل) ومعطي بناء على تعليمات بنك أو شركة تأمين أو طرف آخر طلب إليه بواسطة الأصيل (الطرف معطي التعليمات) إلى طرف داع إلى تقديم العطاءات (المستفيد) بمقتضاه يتعهد الضامن - في حالة إخفاق الأصيل في الالتزامات الناشئة عن تقديم العطاء- بأن يدفع إلى المستفيد في حدود مبلغ معين من النقود".

وضمان العطاء هو المعروف باسم خطاب الضمان الإبتدائي أو المؤقت وذلك عندما يتعلق بالعطاءات التي تقدم للمصالح الحكومية والهيئات العامة بنسب مئوية تتراوح ما بين ١ إلى ٢٪ من قيمة

الضمان الوارد في المادة الرابعة من هذه القواعد والتي تقرر بأنه "تعتبر خطابات الضمان بطبيعتها تعهدات غير قابلة للرجوع فيها (نهائية) ومنفصلة عن العقد أو العقود التي تركز عليها ولا تعتد البنوك بأي طريق بهذا العقد أو العقود أو تلتزم بها بغض النظر عن أي إشارة كانت مدرجة في هذه الخطابات إلى هذا العقد أو العقود".

يتضح أيضاً أن هذا التعريف يوضح التزام البنك المستقل والنهائي عن العقد الأصلي الذي يركز عليه خطاب الضمان.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن المهم هو أن البنك يتعهد بدفع مبلغ نقدي بشكل مستقل وبات (نهائي) بدون إحالة إلى العقد الأصلي أو الرجوع إلى العقد الأصلي (مجلة الأسبوع القانوني، ١٩٩٣).^(٢)

ثانياً: التعريف وفقاً للقواعد الموحدة لضمانات العقود الصادرة بالكتيب رقم ٢٣٥ (علم الدين، ١٩٩٣): نصت المادة الأولى من هذه القواعد على أنه "هذه القواعد تنطبق على أي ضمان أو خطاب ضمان أو تعويض أو تأمين أو أي تعهد مشابه أيّاً كانت تسميته أو وصفه "ضمان" يذكر فيه أنه خاضع للقواعد الموحدة لضمانات العطاءات أو الضمانات النهائية أو ضمانات

(٢) نقض تجاري ٣ نوفمبر ١٩٩٢ - مجلة الاسبوع القانوني ١٩٩٣ - ٢٠٨٢-٢٢ - نشرة المؤسسة ص ٤٥٤ مع تعليق جافوب ، أيضاً دالوز ١٩٩٥ - ٢٠٩ مع تعليق اينيس.

تأمين عندما ينهض إلى تنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه (عوض، ٢٠٠٠).

وتنص المادة ٧٠ فقرة ٥ من الأئحة التنفيذية للقانون المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ فى شأن المناقصات والمزايدات أنه "إذا كان خطاب الضمان محدد المدة فيجب ألا يقل مدة سريانه عن ثلاثين يوماً على الأقل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاءات • وبالنسبة للتأمين النهائي يكون سريان خطاب الضمان لمدة تبدأ من وقت إصداره إلى ما بعد انتهاء مدة العقد بثلاثة أشهر إلا إذا اتفق على غير ذلك".

كما تنص المادة ١٧/١ من القانون المصري رقم ٨٩ لسنة ٩٨ فى شأن المناقصات والمزايدات على أنه "يجب أن يؤدي مع كل عطاء تأمين مؤقت تحدد الجهة الإدارية مبلغاً ضمن شروط الإعلان بما لا يجاوز (٢٪) من القيمة التقديرية ويستبعد كل عطاء غير مصحوب بكامل هذا المبلغ".

كما تنص الفقرة الأولى من المادة ١٨ من القانون المصري رقم ٨٩ لسنة ٩٨ فى شأن المناقصات والمزايدات على أنه "على صاحب العطاء المقبول أن يؤدي خلال عشرة أيام - تبدأ من اليوم التالي وإخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه - التأمين النهائي الذي يكمل التأمين المؤقت إلى ما يسوى (٥٪) من قيمة العقد ، وبالنسبة للعقود التي تبرم مع متعاقد في الخارج يكون الأداء خلال ٢٠ يوماً".

العطاء المقدم (الشرقاوي، ١٩٨١) ، حيث تبدأ علاقة العميل بالمستفيد بطرح المناقصة أو المزايدة ليتقدم المقاولون بعطاءاتهم فيها. حتى تضمن الجهة طارحة المناقصة أو المزايدة عدم تراجع مقدم العطاء إذا تغيرت الأسعار أو تبين خطأ في تقديره، تشترط تقديم أوراق مالية أو خطاب ضمان بنسبة معينة من قيمة العطاء.

وعرفت المادة الثانية من هذه القواعد الضمان النهائي بأنه "يعني تعهد معطي بواسطة بنك أو شركة تأمين أو طرف آخر (الضامن) بناء على طلب مورد بضائع أو خدمات أو مقاول آخر (الأصيل) أو معطي بناء على تعليمات بنك أو شركة تأمين أو طرف آخر طلب إليه ذلك بواسطة الأصيل (الطرف معطي التعليمات) إلى مشتر أو رب عمل (المستفيد) بمقتضاه يتعهد الضامن - في حالة إخفاق الأصيل في تنفيذ شروط عقد بين الأصيل وبين المستفيد (العقد) - أن يدفع إلى المستفيد في حدود مبلغ معين من النقود، أو إذا نص على ذلك الضامن، حسب اختيار الضامن، أن يجري ترتيباً لتنفيذ العقد.

وخطاب الضمان النهائي يتعلق بضمان حسن تنفيذ العقد المبرم بين العميل والهيئة أو المصلحة الحكومية، فبعد مرحلة فحص العطاءات ورسو العطاء على العميل، يوقع مع الجهة صاحبة المناقصة أو المزايدة عقداً، ويقدم لها تأميناً نهائياً أو خطاباً مصرفياً بضمان حسن تنفيذ العملية. وله أن يسترد ما أودعه من

طلب مورد بضائع أو خدمات أو مقاول آخر (الأصل) أو معطي بناء على تعليمات بنك أو شركة تأمين أو طرف آخر طلب إليه ذلك بواسطة الأصيل (الطرف معطي التعليمات) وهو ما يسمى بالضمان المقابل La contre garantie. فهذه القواعد تقر الضمان المباشر والضمان المقابل.

والضمان المقابل يتم إذا أبرم العقد الأساسي في مصر مثلاً، وطلب رب العمل (المستفيد) خطاب ضمان من بنك في بلده مصر، وكان المقاول أجنبياً من بلد آخر، فإن المقاول يلجأ إلى بنك في بلده الأجنبي يطلب منه أن يصدر خطاب ضمان لبنك رب العمل (المستفيد) في بلده مصر، وهذا البنك الأخير يصدر خطاب ضمان مباشرةً إلى رب العمل. فهنا نكون أمام خطابي ضمان: الأول صادر من بنك المقاول (الأصيل) لبنك رب العمل (المستفيد) ويسمى الضمان المقابل، والثاني من بنك رب العمل إلى رب العمل المستفيد ويسمى الضمان المباشر (عوض، ٢٠٠٠).

فإذا كان العميل مقيماً خارج مصر. فإنه يلجأ إلى البنك الذي يتعامل معه في محل إقامته لإصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد المقيم. غير أن اقتدار البنك الأجنبي قد يكون مجهولاً للمستفيد المقيم. لذلك يعتمد البنك الأجنبي أما إلى إصدار خطاب الضمان بنفسه وإرساله إلى أحد مراسليه في مصر للاشتراك معه في الضمان أو يقتصر على أن يطلب من مراسلة المذكور

كما عرفت المادة الثانية للقواعد الموحدة لضمانات العقود الصادرة بالكتيب رقم ٣٢٥ ضمان الدفعات المقدمة بأنه "يعني تعهد معطي بواسطة بنك أو شركة تأمين أو طرف آخر (الضامن) بناء على طلب مورد بضائع أو خدمات أو مقاول آخر (الأصيل) أو معطي بناء على تعليمات بنك أو شركة تأمين أو طرف آخر طلب إليه ذلك بواسطة الأصيل (الطرف معطي التعليمات) إلى مشتر أو رب عمل (المستفيد) بمقتضاه يتعهد الضامن - في حالة إخفاق الأصيل في أن يدفع طبقاً لنصوص وشروط عقد بين الأصيل وبين المستفيد (العقد) أي مبلغ أو مبالغ مسبقة مدفوعة بواسطة المستفيد إلى الأصيل ولم ترد إليه - بأن يدفع إلى المستفيد في حدود مبلغ معين من النقود".

وخطاب ضمان الدفعات المقدمة يقدم إلى الجهة عندما تكون الإمكانيات اللازمة لتنفيذ المشروع كبيرة بالنسبة إلى موارد المقاول، لذلك يطلب من الجهة طارحة المشروع أن تدفع له مقدم عبارة عن جزء من قيمة العملية يساعده على المضي في تنفيذ المشروع، على أن يكون هذا الدفع المقدم مقابل خطاب ضمان بنكي يعتمد بنفس القيمة والعملية وغير مقيد بأي شروط وساري المفعول حتى تاريخ انتهاء تنفيذ العقد (علم الدين، ١٩٩٣).

والجدير بالذكر أن المادة الثانية من هذه القواعد الموحدة عندما عرفت هذه الأنواع من الضمانات، ذكرت أن تعهد البنك يكون بناء على

ويعترف به القضاء الفرنسي (دالوز ، ١٩٨٣)^(٥)، حيث يعطى بواسطة بنك فرنسي لمستفيد أجنبي للمساعدة في إبرام عقد بيع أو مقاوله مع مستثمر فرنسي (المقاول أو البائع)، إذ يعطي هذا الأخير أو امره للبنك الفرنسي لإصدار خطاب ضمان يكون من خلال بنك المستفيد في البلد الأجنبي. وحسن تنفيذ خطاب الضمان المقابل يكون مهماً لأجل السمعة الدولية للبنوك الفرنسية (ريبير و ربلو ، ١٩٩٦).

والجدير بالذكر أيضاً أن نص المادة الثانية للقواعد الموحدة لضمانات العقود رقم ٣٢٥، عندما ذكرت أن تعهد الضامن بدفع مبلغ الضمان يكون في حالة إخفاق الأصيل (العميل) في الوفاء بالتزاماته الناتجة عن العقد الأصلي، إنها لم تقرر ذلك ليكون حقاً من حقوق البنك، لأن التزام البنك مستقل عن العقد الأصلي ونابع من خطاب الضمان، وهذا ما أكدته المادة ١/٣ من ذات القواعد عندما قررت أن الضامن مسئولاً تجاه المستفيد طبقاً للنصوص والشروط المنصوص عليها في الضمان. وإنما ذكرت ذلك ليكون التزاماً على عاتق المستفيد، حيث أنه من المفروض ألا يلجأ إلى طلب الضمان إلا في حالة إخفاق العميل عن الوفاء بالتزاماته وإلا كان طلب الضمان ينطوي على الغش من جانب المستفيد.

إصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد نيابة عنه (حبشي، ١٩٦٠).

ولا يودع البنك الأجنبي غطاء لخطاب الضمان لدي البنك المحلي وإنما يتعهد لدى هذا البنك بأن يدفع له كل ما يتحمله من مدفوعات نتيجة لإصدار الخطاب بطريق دفع مقبول عند أول طلب يصدر منه، ويجب أن يكون هذا الضمان غير مشروط، (علم الدين، ١٩٩٣).

ولا تقبل البنوك المحلية عادة إلا خطابات الضمان المصرفية الصادرة من بنوك الدرجة الأولى في الخارج أو يتطلب البنك المحلي من البنك الأجنبي تقديم ضمان مقابل من أحد بنوك الدرجة الأولى في دولته (الشرقاوي، ١٩٨١).

ويقر القضاء بالاستقلال في حالة الضمان المقابل من حيث استقلال هذا الضمان عن الضمان الأول وعن العلاقة الأصلية بين العميل والمستفيد^(٣)، ويبدو استقلال كل منهما من حيث نطاق كل منهما، ومدته، والمبلغ الوارد عليه وشروط المطالبة وغير ذلك (دالوز، ١٩٨٤)^(٤).

والضمان المقابل معروف في فرنسا في علاقات العمل الخارجية (الدولية) منذ حوالي عام ١٩٧٠

(٣) نقض مصري الطعن رقم ٧٣٠٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٧ يونية ١٩٩٤ مج ٤٥ ص ١١٢٥.

(٤) نقض تجاري فرنسي ١٣ ديسمبر ١٩٨٣ - دالوز سيرى ١٩٨٤ ص ٤٢٠ مع تعليق فاسير.

(٥) نقض تجاري فرنسي ٢٠ ديسمبر ١٩٨٢ - دالوز ١٩٨٣ ص ٣٦٥ مع تعليق فاسير.

التجارة الدولية "الكتيب رقم ٤٥٨" وتكون هذه القاعدة ملزمة لكل الأطراف فيما عدا ما ينص عليه خلاف ذلك صراحة في خطاب الضمان أو في أي تعديلات تدخل عليه".

يتضح من ذلك أنه في حالة النص في خطاب الضمان على أن يخضع لهذه القواعد، فعندئذ تكون هذه القواعد ملزمة لكل الأطراف، وهو ذات النص المقرر في القواعد الموحدة لضمانات العقود الصادر بالكتيب رقم ٣٢٥ والسابق ذكرها (المادة الأولى أيضاً). والجدير بالذكر أنه يجوز استبعاد أي نص من هذه القواعد صراحة فلا ينطبق، وتنطبق النصوص الأخرى التي لم تستبعد ويحل محل النص أو النصوص المستبعدة أحكام الاتفاق أو العرف (عوض، ٢٠٠٠).

والمقصود بالضمان الذي يخضع لهذه القواعد هو الضمان الذي يضمن به البنك عميلة ولا يضمن به نفسه، كما هو الحال بالنسبة لخطابات الضمان وفقاً لقانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (علم الدين، ١٩٩٩) فتخرج الضمانات التي تصدر لحساب مصدرها ذاته، أي التي يصدرها بنك لحساب نفسه، كما لو تعاقد (أ) مع (ب) على عقد معين، وصدر ضمان من بنك لحساب أحد المتعاقدين وليكن (أ)، ولكن من تلقاء نفس البنك الذي ضمن ل (أ) حسن تنفيذ (ب) لالتزامه، فهذه كفالة من البنك للمستفيد (أ) وليس خطاب ضمان (عوض، ٢٠٠٠)، ويجب ملاحظة أن هذه الكفالة إذا كانت مستقلة، أي

وهذا الحل مكرس لدى المحاكم الفرنسية التي تعتبر أن الضمان يكون معلقاً إذا أثبت العميل الأمر غش المستفيد (دالوز، ١٩٩١، مجلة القصر، ١٩٨٦، مجلة الأسبوع القانوني ١٩٨٦)^(٦)، كما تسلم محكمة النقض الفرنسية بان الطلب التعسفي الظاهر يأخذ نفس حكم الغش ويكون سبباً لرفض طلب تنفيذ الضمان (مجلة الأسبوع القانوني، ١٩٨٧، المجلة الربعية التجارية، ١٩٨٧، دالوز سيرى، ١٩٨٦).^(٧)

ثالثاً: التعريف وفقاً للقواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب (الكتيب رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٩٢) (عوض، ٢٠٠٠): نصت المادة الأولى من هذه القواعد على أنه "تنطبق هذه القواعد على كل خطاب ضمان تحت الطلب وتعديلاته يكون قد طلب من البنك الضامن (كما سيتم تعريفه فيما يلي) إصدار خطاب ضمان ينص فيه على خضوعه للقواعد الموحدة لخطابات الضمان تحت الطلب التي أصدرتها غرفة

(٦) نقض تجاري فرنسي ٦ نوفمبر ١٩٩٠ - دالوز ١٩٩١ ص ١٠٩، و نقض تجاري ١١ ديسمبر ١٩٨٥ - مجلة القصر ١٩٨٦ - ١ ص ٢٨١ و مجلة الاسبوع القانوني ١٩٨٦ - ٢ - ٢٠٥٩٣ أيضاً دالوز سيرى - ١٩٨٦ ص ٢١٣ - مع تعليق فاسير.

(٧) نقض تجاري فرنسي ٣٠ يناير ١٩٨٧ - مجلة الاسبوع القانوني ١٩٨٧ - ٢ - ٢٠٧٦٤، أيضاً دالوز سيرى ١٩٨٧ ص ١١٧ مع تعليق فاسير والمجلة الربعية التجارية ١٩٨٧ ص ٥٢٤. أيضاً نقض تجاري ١٨ ديسمبر ١٩٩٠ - دالوز سيرى - ١٩٩١ ص ١٩٨ تعليق فاسير.

(١) أن خطاب الضمان الذي تنطبق عليه هذه القواعد قد يعني ضمان أو سند أو تعهد بالدفع أياً كان مسماة أو وصفه، طالما كان يندرج تحت تعريف خطاب الضمان كما جاء بهذه القواعد. أشارت إلى ذلك مجموعة الأونسترال.

(٢) أن خطاب الضمان قد يصدر من بنك أو شركة تأمين أو أي جهة أو شخص طالما يشار إليه بالضامن، فخطاب الضمان وفقاً لهذه القواعد لا يقتصر صدوره في بنك.

(٣) أن التعهد الناتج عن خطاب الضمان يجب أن يكون كتابة، وبصرف النظر عن المصطلح الذي يحمله خطاب الضمان يجب أن تكون هذه الكتابة كافية بذاتها لبيان مضمونه وأن تكون منضبطة العبارات (مجلة القانون البنكي، ١٩٨٨، دالوز سيرى ١٩٨٨، المجلة الربعية القانونية، ١٩٨٨)^(٨)، أي أن التعهد الناتج عن خطاب الضمان يتضح من عبارات الخطاب ومصطلحاته، فهو تعهد حر في شكلي ناتج من عباراته، فالتعهد عند أول طلب يكون تعهداً شكلياً مدققاً وكيفيته تكون محددة في شكل موجز

غير مرهونة بوجود معاملة أصلية أي غير مرتبطة بالعقد الأصلي وغير خاضعة لأي شرط أو حكم غير وارد في نص التعهد فإنها تأخذ حكم خطاب الضمان كما أشارت إلى ذلك مجموعة الأونسترال.

وخطاب الضمان تحت الطلب وفقاً للقواعد الموحدة ٤٥٨ لسنة ١٩٩٢ يعني كما أشارت إلى ذلك المادة ١/٢- أي ضمان أو سند أو تعهد بالدفع أياً كان مسماة أو وصفه صادر من بنك أو شركة تأمين أو أي جهة أو شخص (يشار إليه فيما يلي بالضامن) يتعهد كتابة بأن يدفع مبلغاً محدداً نقدياً عند تقديم ما يتفق مع نصوص الضمان بناء على طلب كتابي بالدفع، وأي مستند آخر أو مستندات (على سبيل المثال شهادة صادرة من معماري أو مهندس، حكم محكمة أو حكم تحكيم حسب ما هو منصوص عليه في الضمان) وهذا التعهد يصدر بناء على:

(١) طلب أو تعليمات وبموجب التزام صادر من شخص (يشار إليه فيما يلي بالأصيل أو الموكل أو الأمر).

(٢) بناء على طلب أو تعليمات وعلى مسئولية بنك أو شركة تأمين أو أي جهة أو شخص يشار إليه فيما يلي بالطرف مصدر للتعليمات أو الضمان المقابل، والذي يتصرف بموجب التعليمات الصادرة من الأصيل إلي أي طرف آخر (يشار إليه فيما يلي بالمستفيد).

يتضح من هذا التعريف ما يلي:

(٨) نقض تجاري فرنسي ٨ ديسمبر ١٩٨٧ نشرة محكمة النقض ٤ رقم ٢٦١ - مجلة القانون البنكي ١٩٨٨ ص ٢٦، أيضاً دالوز سيرى ١٩٨٨ ملخص ٢٤٠ مع تعليق فاسير، وبالمجلة الربعية التجارية ١٩٨٨ ص ٤٧٩ مع تعليق كابريك.

ذلك لا يخضع لخطاب الضمان حتى لو تحولت مسئولية الضامن إلى مسئولية نقدية.

(٥) أشارت المادة ٢/أ من هذه القواعد إلى ضمان المقابل وعرفته ذات المادة في الفقرة جـ بأنه يعني أي ضمان أو سند أو أي تعهد بالدفع من الجهة المصدرة للتعليمات مهما كان مسماة أو وصفه يصدر كتابة بتعهد بدفع مبلغ من المال للضامن عند تقديم ما يتطابق مع شروط التعهد بطلب كتابي بالدفع مع أي مستندات أخرى محددة تفصيلاً في الضمان المقابل والتي تبدو في ظاهرها مطابقة لشروط الضمان المقابل، والضمانات المقابلة بطبيعتها عمليات منفصلة عن الضمانات التي تتصل بها وعن العقود المتعلقة هي بها وكذلك عن شروط المناقصات. والأطراف المصدرة للتعليمات (الضمان المقابل) ليست لها شأن بأي طريقة أو التزام بهذه الضمانات أو العقود أو شروط المناقصات بالرغم من وجود إشارة إليها في الضمان المقابل.

(٦) قد يتبادر إلى الذهن من نص المادة ٢/أ أن هذه القواعد الموحدة تنحصر فقط في الضمانات واجبة الدفع بناء على طلب مكتوب وأي مستندات أخرى مطابقة لشروط الضمان، أي تنحصر في الضمانات

واضحة العبارات (مجلو الأسبوع القانوني، ١٩٩٠).^(٩)

وليس هناك عبارات أو ألفاظ محددة يجب أن يتضمنها الخطاب بل كل ما يؤدي إلى معناه جائز. فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن^(١٠) "حق الاستفادة من خطاب الضمان ينشأ من تاريخ وصول الخطاب إليه وعلمه به وطبقاً لما يرد به من عبارات وذلك حتى انتهاء المدة المحددة به....." كما ذهبت أيضاً^(١١) إلى القول أن "علاقة البنك بالمستفيد هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل يحكمها خطاب الضمان وحدة وعباراته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها.....".

(٤) خطاب الضمان يجب أن يكون بقصد دفع مبلغ نقدي وبأي عملة يتعهد بها البنك (دالوز، ١٩٩٦، الربعية القانونية (١٩٩٦)^(١٢)، فلا يخضع لخطاب الضمان التعهد بتسليم بضاعة أو أوراق مالية أو التعهد بتكملة أعمال العقد الأصلي فكل

(٩) باريس ٢٤ أكتوبر ١٩٨٩ - الأسبوع القانوني - ١٩٩٠ - ٢ - ٢١٤٤ مع تعليق فالينس .

(١٠) الطعن رقم ٧٣٠٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٤/٦/٢٧.

(١١) نقض ١٩٨٥/١٢/٣٠ مجموعة الخمس سنوات ٨٠-١٩٨١ ص ٦٧.

(١٢) نقض تجاري فرنسي ٤ يوليو ١٩٩٥ - نشرة محكمة النقض -

٤ - رقم ٢٠٠، دالوز ١٩٩٦-٢٤٩، المجلة الربعية القانونية ١٩٩٦-١٠٢ مع تعليق كابريك.

طلب مسوغ حيث يمكن للمستفيد في هذه الحالة توضيح المخالفات أو الأخطاء أو العيوب الناتجة عن تنفيذ العقد الأصلي كتابياً عند تقديم الطلب ولا يكلف في هذه الحالة بإثبات حقه في المال محل خطاب الضمان (مجلة بنك، ١٩٩١، المجلة القانونية لقانون الأعمال ن ١٩٩١، دالوز سيرى ١٩٨٢)^(١٤)، أو عند أول طلب مستندي مثل شهادة خبير أو شهادة صادرة من مهندس معماري أو حكم محكمة أو حكم تحكيم كدعامة أو سند لطلبه (المجلة الربعية القانونية ن ١٩٩٦، دالوز سيرى، ١٩٨٤)^(١٥).

رابعا: التعريف وفقا لقواعد الأونسترال الصادرة من لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة والمتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة (عوض، ٢٠٠٠، القليوبي، ٢٠٠٢):
عرفت قواعد الأونسترال خطاب الضمان في المادة ١/٢ حيث قررت بأنه "يمثل التعهد التزاماً مستقلاً يعرف في الممارسة الدولية بأنه كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن، مقدماً من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر (الكفيل/المصدر) بأن يدفع للمستفيد

المستندية، أما الضمانات الأخرى غير المستندية فلا تنطبق عليها هذه القواعد وهذا غير صحيح، لأن هذه القواعد تنطبق أيضاً كان نوع الضمان سواء كان مطلقاً بدون قيود أو عند أول طلب مسوغ أو عند أول طلب مستندي^(١٣)، ونص المادة ٢٠ من ذات القواعد تؤكد ذلك، حيث تقرر بأنه "يجب أن تكون أي مطالبة في نطاق الضمان كتابة ويجب أن يرفق بها (بالإضافة إلى ذلك أي مستندات قد يكون منصوصاً عليها في الضمان) أو تعزز بإقرار كتابي (يدخل في صلب المطالبة نفسها أو بمستند أو مستندات ترفق بالمطالبة ومشار إليها فيها)".

فهذه المستندات قد يكون منصوصاً عليها في الضمان وقد لا يكون منصوصاً عليها، إذ يكفي في هذه الحالة بالمطالبة الكتابية- أي طلب مطلق بدون قيود- وقد تعزز بإقرار كتابي، وللتذكير فإن القواعد الموحدة التي يرجى منها التطبيق في العلاقات الدولية يجب إلا تقيد نفسها في هذا النوع من الضمانات فقط.

كما أن القضاء الفرنسي يقرر بأن الضامن يمكنه أن يتعهد عند أول طلب مطلق بدون قيود أو عند أول

(١٤) نقض تجاري ١٩ فبراير ١٩٩١ - بنك - ١٩٩١ - ٤٢٩ مع تعليق ريف لانج. المجلة القانونية لقانون الأعمال ١٩٩١ - ٤٥٣، أيضاً باريس ٢٤ نوفمبر ١٩٨١ - دالوز سيرى ١٩٨٢ - ٢٩٦ مع تعليق فاسير.

(١٥) نقض تجاري ١٦ مايو ١٩٩٥ - المجلة الربعية القانونية ١٩٩٦ ص ١٠١، وأيضاً محكمة باريس ٢٤ يناير ١٩٨٤ - دالوز سيرى ١٩٨٤ ص ٢٠٣ مع تعليق فاسير.

(١٣) عكس ذلك (عوض، ٢٠٠٠) حيث يرى (ص ٥٤) أن هذه القواعد تنحصر في الضمانات واجبة الدفع بناء على طلب مكتوب وأي مستندات أخرى مطابقة لشروط الضمان، أما الضمانات الأخرى غير المستندية أي التي تدفع بطلب مكتوب غير مصحوب بأي مستند فلا تخضع للقواعد.

كما أشارت المادة ٢/٢ من قواعد الأونسترال أيضاً إلى أنه يجوز إعطاء التعهد لصالح الكفيل / المصدر نفسه، وهو الضمان الذاتي الذي يصدر لحساب الضامن بدون صدور أوامر من عميل ، حيث يحتوي خطاب الضمان على طرفين هما الضامن والمستفيد، وهذا النوع من الضمان يخرج من نطاق تطبيق القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية بالكتيب رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٩٢ (عوض ، ٢٠٠٠) ، باعتبارها ضماناً عادياً.

بينت المادة ٤/٢ من قواعد الأونسترال كذلك أنه يجوز أن ينص التعهد على أن يكون الكفيل / المصدر نفسه هو المستفيد عندما يتصرف لصالح شخص آخر. وذلك على خلاف ما هو متفق عليه في القواعد الموحدة السابقة من اعتبار هذا النوع من الضمان ضماناً عادياً وليس خطاب ضمان.

وعلى خلاف ما هو متفق عليه في القواعد الموحدة لخطابات الضمان من أنه يجب أن يقصد به دفع مبلغ نقدي فلا يجب أن يكون تعهد البنك بعمل شيء كتكملة التزام العميل أو تقديم شيء ، أشارت قواعد الأونسترال في المادة ٣/٢ إلى أن التعهد يكون بقصد السداد بعملة معينة أو وحدة حساب معينة أو قبول كمبيالة ، أو السداد لأجل ، أو تقديم شيء محدد ذي قيمة.

والملاحظ مما سبق أن أكثر القواعد اتفاقاً مع تعريف المشرع المصري لخطاب الضمان في قانون

مبلغاً معيناً أو قابلاً للتعين ، لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مطالبة مشفوعة بمستندات أخرى ، حسب أحكام التعهد وأي من شروطه المستندية ، تبين أو يستدل منها استحقاق السداد بسبب تقصير في أداء التزام ما ، أو بسبب حادث طارئ آخر ، أو سداد لمال مقترض أو مستلف ، أو سداد لأي دين مستحق السداد واقع على الأصيل / الطالب أو شخص آخر".

وأشارت المادة ٢/٢ من قواعد الأونسترال بأنه يجوز إعطاء التعهد بناء على طلب أو أمر من (الأصيل / الطالب) عميل (الكفيل / المصدر). وهذا هو الضمان بطبيعته أو الضمان العادي ثلاثي الأطراف وهم الأصيل والمستفيد والضامن.

كما أشارت إلى أنه يجوز إعطاء التعهد بناء على أمر من مصرف آخر أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر (طرف أمر) يتصرف بناء على طلب من (الأصيل / الطالب) عميل ذلك الطرف الأمر. ويقصد هنا الضمان المقابل رباعي الأطراف وهم طرف أمر وأصيل يتصرف الطرف الأمر بناء على طلبه وضامن ومستفيد.

فالضمان المقابل يضم المستفيد الذي صدر الضمان لصالحه ، والأصيل وهو الأمر الطرف في العقد الأصلي ، والضامن وهو بنك في بلد المستفيد يتصرف بناء على تعليمات من بنك الأمر ، ومصدر التعليمات وهو عادةً بنك الأمر الذي اصدر التعليمات إلى البنك في بلد المستفيد وهو يصدر له ضماناً مقابلاً.

مستقلاً عن العقد المضمون، ويتميز بعدم جواز الاحتجاج بالدفع المستمدة من هذا العقد. كما عرفه البعض الآخر (ريف لانج، ١٩٨٥) بأنه تعهد مصرفي مكتوب بدفع مبلغ نقدي لدى أول طلب من المستفيد بالتطبيق لنصوص التعهد دون إمكانية التمسك بأي دفع مرتبط بالعقد الأصلي مع التحفظ بالنسبة لحالة الغش.

يتضح من تعريفات الفقه الفرنسي أنها تقوم على بيان التزام البنك بدفع مبلغ نقدي معين وهذا الالتزام وضحه المشرع المصري في قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، مما يؤدي إلى استبعاد والتزام البنك في خطاب الضمان بأداء شيء أو عمل شيء. كما يوضح الفقه الفرنسي الصفة الأساسية لخطاب الضمان وهي استغلال التزام البنك عن العقد الأصلي، أي عن العلاقة الأصلية بين المستفيد والعميل معطي الأوامر. وهذا هو اتجاه المشرع المصري أيضاً، حيث يتضح ذلك من عبارة "دون الاعتداد بأية معارضة" والتي استعارها المشرع المصري من تعريف تيار من الفقه المصري.

الذي عرف خطاب الضمان (شفيق، ١٩٦٩) بقوله "أن البنك يفرغ الضمان في خطاب يرسله-بناء على طلب عميلة- إلى صاحب المشروع يبلغه فيه أنه يتعهد بدفع مبلغ التأمين متى طلب خلال مدة معينة، وذلك على الرغم من أية معارضة من جانب العميل، ويطلق على هذا الخطاب أسم "خطاب الضمان".

التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ هي القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس المتعلقة بخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب والصادرة بالكتيب رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٩٢. ولكن في ذات الوقت يجب عدم استبعاد قواعد الأونسترال من نطاق حرية الأطراف في اختيارها لتحكم خطابات الضمان خاصة أن هذه الاتفاقية معروضة على الدول للانضمام إليها، وقد وافقت عليها وزارة العدل المصرية وتتخذ وزارة الخارجية الآن الإجراءات لعرض أمر الانضمام إليها على مجلس الشعب.

كما يجب عدم استبعاد القواعد الموحدة لضمائن العقود الصادرة بالكتيب رقم ٣٢٥ خاصة بالنسبة لضمائن العطاء والضمائن النهائي وضمائن الدفعات المقدمة لأن هذه القواعد وضعت أحكاماً محددة ودقيقة لهذه الأنواع من الضمائن.

المطلب الثالث: تعريف الفقه والقضاء لخطاب الضمان
أولاً: تعريفات الفقه: فقد عرف ريبير الضمان المستقل بأنه تعهد يتحمله البنك بدفع مبلغ معين لضمائن تنفيذ عقد يبرم بواسطة العميل (العقد الأصلي) دون أن يستطيع البنك التحلل منه بالتمسك بوسائل أو دفع مستخلصة من العقد الأصلي (ريبير وريلو، ١٩٩٦).

ويعرفه جانب آخر من الفقه الفرنسي (سملر، ١٩٩١) بأنه تعهد بدفع مبلغ نقدي معين، بالنظر إلى العقد الأساسي، وضمائناً لتنفيذه، ولكنه ينشئ التزاماً

بخطاب الضمان الذي يكون الضامن فيه هو المتعاقد مع المستفيد. و بالرغم من أن هذا التعريف يعتبر تعريفاً شاملاً لخطاب الضمان إلا أنه لم يوضح الضمان المقابل.

وقد عرف (الشرقاوي، ١٩٨١) خطاب الضمان بأنه "تعهد كتابي صادر من بنك بناءً على طلب عميلة، يلتزم فيه لصالح هذا العميل في مواجهة شخص ثالث هو المستفيد بأن يدفع إليه مبلغاً معيناً إذا طلبه المستفيد خلال أجل محدد في الخطاب".

لا شك أن هذا التعريف يوضح خصائص خطاب الضمان إلا أنه لم يتضمن أهم هذه الخصائص وهو التزام البنك المستقل في مواجهة المستفيد وعلاقته المنفصلة عن علاقة البنك بالعميل وعلاقة العميل بالمستفيد فقد ذهبت محكمة النقض المصرية^(١٦) بأن علاقة البنك بالمستفيد بخطاب الضمان علاقة منفصلة عن علاقة البنك بعميلة.

كما جاء جانب آخر بالقول (مرعى، ١٩٧٥) أن خطاب الضمان هو "تعهد مكتوب يصدره أحد البنوك -بناءً على طلب عميلة- بصدد عملية أو غرض محدد، يلتزم بموجبه أن يدفع لصالح طرف ثالث مبلغاً معيناً من النقود عند أول طلب يتلقاه من هذا

بينما عرف جانب آخر من الفقه المصري خطاب الضمان (عوض، ٢٠٠٠) بأنه "تعهد مكتوب يصدره البنك الضامن-بناءً على طلب عميلة (الأمر)- بشأن عملية محددة أو غرض محدد، يلتزم بموجبه البنك بان يدفع إلى طرف ثالث (المستفيد)، مبلغاً معيناً من النقود عند أول طلب منه، سواء كان طلباً مجدداً أو مبرراً أو مصحوباً بتقديم مستندات محددة في الخطاب يقدمها المستفيد، خلال أجل محدد عادة أو غير محدد في أثناء سريان أجله رغم أية معارضة، من العميل المضمون أو البنك الضامن، على أن يكون الضامن شخصاً غير المتعاقد مع المستفيد الذي طلب الضمان لصالح شخص المستفيد".

يتضح من هذا التعريف أن تعهد البنك يجب أن يكون مكتوباً، وأن هذا التعهد الذي يصدر بشأن عملية محددة أو غرض محدد، يجب أن يوضح فيه نوع الخطاب، وما إذا كان خطاب ضمان جمركياً، أو خطاب ضمان ملاحياً، أو خطاب ضمان مناقصات والمزايدات سواء كان ابتدائياً أو نهائياً، أو خطاب ضمان الدفعات المقدمة أو غير ذلك. كما يوضح هذا التعريف أن طلب خطاب الضمان قد يكون مطلقاً بدون قيود أي مجرداً، وقد يكون مبرراً أو مسوغاً، وقد يكون مصحوباً بتقديم مستندات محددة في الخطاب يقدمها المستفيد. كما يوضح صفة الاستقلال للالتزام البنك تجاه المستفيد وعدم الاعتداد بأي معارضة عندما يطلب المستفيد خطاب الضمان. ولا يعتد هذا التعريف

(١٦) نقض في ١٦ مايو ١٩٧٧ الطعن ٧٠٠ لسنة ٤١ ق. مذكور في كتاب أستاذنا الدكتور. ثروت على عبدالرحيم -القانون التجاري البحري- ١٩٩٦/٩٥ دار النهضة العربية -ص ٦٢ الهامش ٢.

العميل". اعتبرته أيضاً^(١٩) أن في "خطاب الضمان. علاقة البنك بالمستفيد منفصلة عن علاقته بالعميل. مؤدي ذلك. إلزامه بسداد المبلغ الذي يطلبه المستفيد فوراً ما دام في حدود التزام البنك المبين به".

وما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية ما هو إلا تأكيد لما سبق أن جاءت به ، أن^(٢٠) "لما كان الأصل في خطاب الضمان إلا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجية ولا على تحقق شرط ولا على حلول أجل ولا يغير من ذلك أن يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد من الخطاب وكان المفروض في قضاء هذه المحكمة أن خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك وعميلة إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل يحكمها خطاب الضمان وحدة وعبارته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها حتى إذا ما طول بالوفاء في أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت إليه المستندات المحددة في خطاب الضمان وجب عليه الدفع فوراً، بحيث لا يلتزم إلا في حدود تلك الشروط أو يعتد بغير هذه المستندات ولا يكون دفع البنك إلى المستفيد صحيحاً كما لا يكون له أن يرجع بما دفعه على عميله إلا إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لخطاب ضمان صدر

الطرف خلال أجل سريانه وذلك رغم أية معارضة قد يحتج بها العميل المضمون".

والجدير بالذكر في هذا الخصوص أن التعهد بدفع مبلغ من النقود بناء على طلب المستفيد ورغم أية معارضة من العميل يتعين أن يرد بهذا المدلول في صياغة خطاب الضمان وعباراته^(١٧). والتعهد بهذا يمثل الميزات الأساسية التي ينبغي توافرها في التزام البنك، وبدونها يفقد خطاب الضمان قيمته، أما فيما عدا ذلك من الشروط فيمكن أن يجري الاتفاق عليه وهي تختلف بحسب طبيعة علاقة العميل بالمستفيد التي صدر خطاب الضمان في شأنها (حبشي ، ١٩٦٠ ، البربري ، ١٩٦٢).

ثانياً: تعريفات القضاء: ذهبت محكمة النقض المصرية^(١٨) إلى اعتبار أن هو "خطاب الضمان التزام البنك مصدره بسداد قيمته إلى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك أثناء سريان أجله دون الحصول على موافقة

(١٧) ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن "خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك وعميلة إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بعميلة يحكمها وحده وعباراتها هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها.. الطعن ١٠٤٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٣٠ ، والطعن رقم ٧٣٠٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٤/٦/١٧.

(١٨) الطعن ٥١٧٦ لسنة ٦٤ ق، ٥٨٩٢ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٧/٨ ، ونقض جلسة ١٩٧٩/١٢/٣١ س ٣٠ ص ٤٢٦ العدد الثالث، ونقض جلسة ١٩٨٠/٢/١١ س ٣١ ص ٤٧٠ العدد الأول.

(١٩) الطعن رقم ٢٣٩٥ لسنة ٦١ ق - جلسة ١/٤/١٩٩٣.

(٢٠) الطعن رقم ١٠١٣ لسنة ٥٠ ، ٢٠٨٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ٢٩ مايو ١٩٨٩.

اعتبرت أن^(٢٣) "المهم هو أن البنك يتعهد بدفع مبلغ نقدي فوراً وبشكل مستقل وبات، وبدون عمل إحالة إلى العقد الأصلي". وفي نفس السياق قررت^(٢٤) أيضاً أن التعهد الناتج عن الضمان عند أول طلب هو تعهد يتضح من عبارات الخطاب ومصطلحاته، فهو تعهد حرفي شكلي ناتج من عباراته.

المبحث الثاني: أهمية خطاب الضمان ونظام الغطاء المقدم

نتناول في هذا المبحث أهمية خطاب الضمان ونخص له المطلب الأول ثم نتناول في المطلب الثاني الضمانات المقدمة كغطاء لخطاب الضمان

المطلب الأول: أهمية خطاب الضمان

يعد خطاب الضمان أحد صور عمليات البنوك الائتمانية الناشئة عن تدخل البنك بإعارة توقيعه تأميناً لائتمان أحد عملائه، فتوقيع البنك يرتب للمستفيد المزايا التي يحققها دفع مبلغ نقدي، فالبنك يعطي توقيعه حتى يحصل عميله على أجل للوفاء أو يحصل على قبول المتعامل معه التعاقد.

فالحاجة إلى خطاب الضمان تنشأ عندما يجد الشخص نفسه مضطراً إلى تقديم ضمان نقدي إلى شخص آخر ليقبل هذا الأخير منحه أجلاً أو التعاقد معه، حيث يقوم خطاب الضمان مقام التأمين النقدي،

صحيحاً ومطابقاً لتعليمات العميل وإلا تحمل البنك مسئولية الوفاء، فإذا لم تتحقق الشروط أو لم تقدم المستندات المحددة في الخطاب أنتهي ضمان البنك وكان لعميلة أن يسترد منه غطاء خطاب الضمان في اليوم التالي لانتهاؤ الضمان".

ويمكن القول أن أكثر تعريفات القضاء المصري لخطاب الضمان دقة وشمولية هو ما جاءت به محكمة استئناف القاهرة^(٢١) أن "خطابات الضمان هي في حقيقتها وكما جري عليه العرف التجاري أوراق مصرفية لها طابع خاص تصرف قيمتها لمن حررت لصالحه عند أول طلب دون منازعة من محررها أو من المضمون. وهي بمثابة نقود تحت يد المستفيد منها ليحصل منها على ما قد يستحق له قبل المضمون في العقد المتفرع عنه هذا الضمان".

بينما ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه^(٢٢) "بصرف النظر عن أية تسمية لالتزام البنك المستقل وعند أول طلب وبصرف النظر عن المصطلحات المستخدمة والتي يجب أن تكون منضبطة، يجب الاعتراف بوجود هذا الضمان إذا كان تعهد البنك بالدفع باتاً وبدون قيد أو شروط أو تحفظ وعند أول طلب وبالأخص بدون استطاعة المعارضة من المستفيد أياً كان الدفع المستخلص من العقد الأصلي". كما

(٢١) محكمة استئناف القاهرة - الدائرة الثامنة تجاري -

١٢/٢٧/١٩٥٥ - استئناف رقم ١١٥٦ لسنة ٧١ ق.

(٢٢) نقض فرنسي تجاري ٨ ديسمبر ١٩٨٧ السابق ذكره

(٢٣) نقض تجاري ٣ نوفمبر ١٩٩٢ السالف الذكر.

(٢٤) باريس ٢٤ أكتوبر ١٩٨٩ الانف الذكر

يرغب في الاشتراك تقديم مبلغ معين كتأمين وضمان لجدية العطاءات التي يقدمونها. ولما كان تقديم هذه الضمانة النقدية يضر بالمتقدم للعطاء لأن فيه تجميداً لمبلغ كبير هو في حاجة إليه في تنفيذ العملية هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، ومن جهة أخرى نجد أن إجراءات استرداده بعد الانتهاء من تنفيذ المشروع طويلة ومعقدة ، لذلك يفضل المتقدم للعطاء أن يقدم لصاحب المشروع خطاباً من البنك يحل محل هذا التأمين.

كذلك تلعب خطابات الضمان دوراً هاماً لمصلحة الجمارك لتييسر على المستوردين الحصول علي بضائعهم ودفع الرسوم عليها. وتمتع في نفس الوقت تكس البضائع على الأرصفة أو في المخازن ، مما يسهل عمليات الشحن والتفريغ ويوفر جهداً ونفقات طائلة ، حيث توفر خطابات الضمان الضمانات اللازمة لحماية حقوق الخزانة. فمثلاً قد يلزم مرور بضعة أسابيع أو شهور بين وصول البضائع وإعادة تصديرها إلى جهة أخرى لذلك تترخص مصلحة الجمارك في تحصيل الرسوم مقابل تقديم مالك البضاعة خطاب يغطي المدة التي ستظل فيها البضائع في المستودعات . كما أن أصحاب هذه المستودعات يقدمون خطابات ضمان لمصلحة الجمارك كتأمين عند إنشاء المستودع^(٢٥).

ولكن بدلاً من تقديم هذا التأمين يلجأ الشخص إلي البنك الذي يتعامل معه ليبرم معه عقد اعتماد ضمان ، ويتفق في هذا العقد على أن يصدر البنك خطاب ضمان لصالح الجهة التي يتعامل معها العميل وبالشروط التي يطلبها العميل ، فإذا أصدر البنك خطاب الضمان وقبله المستفيد أصبح ملتزماً بشكل مستقل وبات أمام المستفيد بان يدفع له قيمة خطاب الضمان عند أول طلب ودون الاعتداد بأي معارضة.

وإذا كانت الحاجة إلى استصدار خطاب الضمان لا تثور بصدد علاقة قانونية محددة إلا أن كل تطبيقاته تقريباً تتمثل في اشتراط جهة إدارية حصولها على خطاب ضمان من أحد البنوك التي يتعامل معها العميل يتعهد فيه بالوفاء بمبلغ معين متي طالبتة الجهة به. كما جرى العمل عند تنفيذ المشروعات أن يشترط صاحب المشروع على القائم بتنفيذه تقديم خطاب ضمان لكي يضمن تنفيذ المشروع وفقاً للمواصفات وفي المواعيد التي تم الاتفاق عليها (شفيق ، ١٩٦٣) فقد تكون الصفقة بين العميل وجهة الإدارة أو صاحب المشروع بيعاً أو توريداً أو مقاوله إنشاء أو أشغال عامة أو غير ذلك ، فيكون الحصول على خطاب الضمان بديلاً عن الوفاء بمبلغ من النقود علي سبيل التأمين (البارودي ، ١٩٦٨).

(٢٥) المادة ١ من قرار وزير الخزانة رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ الخاص بالشروط العامة للمستودعات ، حيث تنص المادة ٣/١٣٠ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ علي أنه "تراعى في تطبيق أحكام هذا الفصل (الخاص بالإيداع في المستودعات العامة) على إيداع بضائع لم تدفع عنها الضرائب أو الرسوم =

ولخطاب الضمان أهمية كبرى في الحياة العملية ، فمثلاً نجد عند الاشتراك في المناقصات والمزايدات أن الأشخاص المعنوية العامة والشركات تتطلب ممن

مقابل تقديم خطاب ضمان مصرفي إلى مصلحة الجمارك حتى تعاد المنسوجات المصدرة (ضيف، ١٩٥٨).

كما تقدم خطابات الضمان لتيسير التخليص على البضائع وكضمان بطلب من المخلص الجمركي، إذ يجب عليه قبل مزاولته هذه المهنة أن يودع لدى مصلحة الجمارك خطاب ضمان يقدره المدير العام لمصلحة الجمارك حسب الحالة وذلك ضماناً للغرامات التي يحكم بها في حالة المخالفات التي تقع منه أو من أحد مستخدمي التابعين له.^(٢٦)

وهناك خطابات الضمان التي تقدم لمصلحة الضرائب، فالممول يعرض خطاب ضمان من البنك الذي يتعامل معه لضمان الوفاء بالمستحقات الضريبية المفروضة عليه والتي وافقت المصلحة على تقسيطها أو تأجيل استحقاقها (البارودي، ١٩٦٨).

ويلاحظ كذلك أن خطابات الضمان تقوم بدور هام في الملاحة البحرية، حيث يحدث عند استيراد بضائع من الخارج أن يتأخر وصول مستندات الشحن وخاصة بوليصة التأمين الخاصة بالرسالة الواردة، عن وصول الرسالة نفسها إلى الميناء لذلك ومنعاً من انتظار المستورد حتى تصل المستندات فإنه يقدم خطاب ضمان إلى شركة الملاحة بالميناء بقيمة الشحنة الواردة أو بدون تحديد قيمة. وبذلك تسلم شركة الملاحة المستورد الشحنة حتى ترد المستندات، فإذا لم تصل كان لشركة

علاوة على ذلك قد تسمح مصلحة الجمارك قد تسمح بإدخال مواد أولية إلى الدولة لتصنع أو سلع لإصلاحها أو تكملة صنعها مع إعفائها من الضرائب والرسوم الجمركية على أن يقدم المستورد لها خطاب ضمان مصرفي بقيمة الضرائب والرسوم المستحقة، وهناك الوجه الآخر لهذه العملية وهو تصدير بعض السلع لاستكمال صنعها في الخارج وإعادتها حيث يقدم المصدر لمصلحة الجمارك خطاب ضمان بقيمة الضرائب والرسوم المستحقة عليها حين عودتها، فإذا لم تصدر المواد المستوردة في المثال الأول أو لم ترد في المثال الثاني خلال سنة من تاريخ الاستيراد أو التصدير أصبحت الضرائب والرسوم واجبة الأداء ويكون لمصلحة الجمارك اقتضاء قيمة خطاب الضمان من البنك (علم الدين، ١٩٩٣).

وكذلك في حالة البضائع العابرة داخل البلاد دون أن تأخذ طريق البحر، إذ يقدم صاحب البضائع خطاب ضمان بقيمة الضرائب والرسوم حتى تصل هذه البضائع إلى وجهتها الحقيقية، ويقدم صاحب البضائع شهادة من جمارك هذه البلاد يثبت استلامها، وإلا يكون لمصلحة الجمارك الحق في اقتضاء قيمة خطاب الضمان.

وهناك إرسال شركات الغزل والنسيج منسوجاتها إلى الخارج لطبيعتها وإعادتها. إذ يتم ذلك

=الجمركية، الأحكام المنصوص عليها في القوانين الخاصة بذلك والقرارات الصادرة بتنفيذها.

(٢٦) المادة ٥ من قرار وزير الخزانة رقم ٤٠ لسنة ١٩٦٣.

ضمان حسن التنفيذ، أو ضمان رد الدفعة المقدمة، أو ضمان اقتطاع جزء عند نهاية العقد.

في مثل ما تقدم من حالات وغيرها مما يعرض في العمل تتضح أهمية خطاب الضمان، حيث يعد البديل الذي يحل محل التأمين النقدي الذي كان يتعين في الأصل على المدين أو الملتزم أن يقدمه كضمان لحقوق الغير. وفي مجال التجارة الخارجية يحل خطاب الضمان محل التأمين النقدي الذي كان يتعين تحويله إلى الخارج حسب شروط العقد ضماناً لحقوق المتعاقد الأجنبي (مرعى، ١٩٧٥).

وبالتالي يحقق خطاب الضمان مصلحة لأطرافه الثلاثة، فبالنسبة للعميل مصدر الأمر، تعود عليه فائدة لاشك، إذ لا يلزم بتقديم مبلغ نقدي يجمد لدى الجهة التي يرغب في التعاقد معها أو منحه أجلاً، كما أن عمولة البنك مقابل إصدار خطاب الضمان تكون عادةً أقل من العائد الذي يتحمله العميل إذا ما أقرض هذا المبلغ لتقديمه كتأمين. فضلاً عن أن إصدار خطاب الضمان بديلاً عن التأمين النقدي يوفر على العميل مئونة السعي إلى استرداد قيمة هذا التأمين، إذ كثيراً ما تطول أو تتعقد إجراءات استردادها. كما أن عملية إصدار خطاب الضمان قد تتضمن تسهياً ائتمانياً يمنحه البنك لعميله. فغالباً ما يكتفي البنك بمطالبة عميله بتقديم غطاء جزئي مقابل إصداره خطاب ضمان بحيث يبقى جزء من قيمة الخطاب مكشوفاً، بل قد يصدر البنك الخطاب على المكشوف أي بدون غطاء والاكتفاء

الملاحه اقتضاء قيمة خطاب الضمان المساوية لقيمة البضاعة (علم الدين، ١٩٩٩).

وقد تطلب خطابات الضمان من شركة الملاحه البحرية ذاتها كضمان لتغطية مخالفات ريان السفينة وبجاراتها وتصدر لمصلحة المواني والمناير كذلك قد يتطلب أحد القوانين تقديم تأمين لكفالة بعض الحقوق، مثلما تطلب القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ الخاص بسوق رأس المال من الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية تقديم تأمين كشرط لمنحها ترخيص بمزاولة النشاط حماية لحقوق المتعاملين مع هذه الشركات.^(٢٧)

وفي مجال التجارة الخارجية يقوم خطاب الضمان كذلك بدور هام، لأنه في الغالب لا يعرف المشتري أو رب العمل صاحب المشروع أو الشركة، الشخص الأجنبي الذي يتقدم للتعامل، ولا يعرف بالتالي ملاءته وأمانته وجدديته. لذلك عندما يطرح المشتري أو رب العمل أو صاحب المشروع مناقصة أو مزايده ويرسو العطاء على الشركة الأجنبية فإنها قد تتخلف عن إتمام العقد أو لا تنفذه بتمامه، أو تقوم بتنفيذه على غير ما اتفق عليه أو بطريقة غير مطابقة للمواصفات، لذلك يطلب صاحب المشروع خطاب الضمان من بنك ذي سمعة دولية محترمة، وهذا الضمان قد يكون ضمان الحصول على التعاقد أو

(٢٧) المادة ٢٩ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ الخاص بسوق رأس

المال - والمادة ١٣٥، ١٢٦ من لائحته التنفيذية.

التأمين التقدي وإعادة سحبه وما يصاحب ذلك من إجراءات قد تؤدي إلى الوقوع في أخطاء.

المطلب الثاني: الضمانات المقدمة كغطاء لخطاب الضمان

لا تقوم البنوك عادةً بإصدار خطاب الضمان ما لم تحصل من العميل الأمر على ضمان أو تأمين يعرف في العمل المصرفي "بغطاء الضمان"، حيث تتطلب البنوك من العميل تقديم ضمانات كافية لتغطية التعهدات التي يلتزم بها البنك بناء على طلب العميل بإصدار خطاب ضمان ، فالبنك عندما يقوم بتحديد موقفه من إصدار خطاب الضمان ويتطلب غطاء لهذا الخطاب يقوم بدراسة مركز العميل من حيث قدرته على الوفاء بالتزاماته ومن حيث سلوكه الخاص وماضيه في تنفيذ المشروعات وما إذا كان سبق تحرير بروتستوله أم لا (الشرقاوى ، ١٩٨١) .

وتبعاً لذلك يمكن القول أن غطاء خطاب الضمان هو الضمانات التي يطلبها البنك من العميل الأمر طالب إصدار خطاب الضمان، حتى يغطي بها موقفه فيما لو اضطر البنك إلى تنفيذ تعهده ودفع قيمة الخطاب إلي المستفيد (عوض ، ١٩٨٩) ، وغطاء خطاب الضمان قد يمثل قيمة الخطاب بالكامل إذا لم يكن العميل معروفاً لدى البنك، أو أن البنك لا يثق في قدرته المالية أو القدرة على الوفاء بالتزاماته تجاه المستفيد، وقد تكون نسبة الغطاء أقل من ذلك حيث

بثقتة في العميل وسلامة مركزه المالي (بهنساوى، ١٩٩٣).

كما أن إصدار خطاب الضمان يفيد منه البنك الذي أصدره، لأنه يعود عليه بمبالغ لا بأس بها، فهو يتقاضى عمولة من عميله الأمر مقابل إصدار الخطاب. وتتناسب هذه العمولة مع قيمة الضمان وأجله ونوع العملية المطلوب تقديم خطاب الضمان عنها. فضلاً عن ذلك، فإن خطابات الضمان لا تسدد قيمتها للمستفيد في أغلب الأحوال ولا تكلف البنك في إصدارها إلا نفقات إدارية بسيطة إذا ما قورنت بالعمليات المصرفية الأخرى. ويهدف البنك عادة من وراء إصدار خطابات الضمان لعملائه تحقيق هدف أكبر ألا وهو خدمة عملائه، فالبنك عندما يقوم بهذه الخدمة إنما يقوم بعمل متكامل لصالحه ولصالح العملاء. وتوضح أهمية خطابات الضمان بالنسبة للبنك إذا كان العميل أجنبياً، حيث تعود على البنك عمولات بالعملة الأجنبية وزيادة رصيده من هذه العملات (القليوبى، ٢٠٠٠).

وأخيراً، يحقق المستفيد من خطاب الضمان الذي صدر لصالحه -وهو صاحب المشروع- فائدة أو على الأقل لا يضرار منه ، لأن الخطاب يعتبر بمثابة نقود بين يديه، فهو يضمن به حسن تنفيذ المتعاقد معه لالتزاماته وفقاً لما تم الاتفاق عليه. كما أن خطاب الضمان يجنب المستفيد المشاكل التي قد تنتج عن إيداع

يكتفي البنك بمطالبة عميله بتقديم غطاء جزئي مقابل إصداره خطاب الضمان إذ يبقى جزء من قيمة الخطاب مكشوفاً^٥ وقد يصدر البنك الخطاب على المكشوف ، أي بدون غطاء الضمان ، لان البنك يكتفي بثقته في العميل وسلامة مركزه المالي ، أو إذا طلب الخطاب أحد البنوك الأجنبية من الدرجة الأولى (في الضمان المقابل) على أساس المعاملة بالمثل (القليوبي، ٢٠٠٠).

وقد أشارت المادة ٣٥٦ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ إلى غطاء خطاب الضمان ، حيث نصت على أنه "يجوز للبنك أن يطلب تأميناً مقابل إصدار خطاب الضمان. ويكون هذا التأمين نقداً أو صكوكاً أو بضائع أو تنازلاً من الأمر عن حقه قبل المستفيد".

أولاً: أنواع غطاء خطاب الضمان: إن غطاء خطاب الضمان له صور متعددة. سوف نشير إليها فيما يلي:

١- الغطاء النقدي: في هذه الصورة من غطاء خطاب الضمان يقوم العميل بتقديم مبلغ من المال المتفق عليه إلى البنك ، أو يقوم البنك بالخصم على حسابه الجاري لديه. فالغالب أن يكون للعميل حساب جار في البنك. حيث يقوم البنك وبموافقة العميل على تجنيب مبلغاً مساوياً لقيمة خطاب الضمان أو أقل حسب الاتفاق بين البنك والعميل ، يفرج عنه عندما يتحرر البنك من التزامه الناشئ من خطاب الضمان. ولكن

يجب ملاحظة أنه لا يجوز للبنك إضافته من الجانب المدين من حساب العميل إلا من تاريخ دفع البنك مبلغ الضمان للمستفيد. وقد قرر القضاء المصري أنه^(٢٨) "وإن كان تعهد البنك بدفع قيمة خطابات الضمان للغير يعتبر تعهداً منجزاً وليس شرطياً وأن التزامه يوجد بمجرد إصدار خطابات الضمان ، إلا أن دين هذا الضمان لا يستحق للبنك في ذمة العميل إلا إذا طالبت الجهة الصادر إليها خطاب الضمان بقيمته^٥ ومن تاريخ دفع البنك مبلغ الضمان لهذه الجهة ، فلا يجوز للبنك إضافته في الجانب المدين من حساب العميل إلا في هذا التاريخ ، إذ قد لا تطلب الجهة الصادر إليها خطاب الضمان بقيمته إذا أوفى العميل بالتزاماته قبلها، وفي هذه الحالة لا يكون هناك محل لإضافة قيمته على حساب العميل المدين". فالبنك في هذه الحالة يكتفي بالتأشير على حساب العميل بالتحفظ على المبلغ المطلوب غطاء للخطاب (شفيق، ١٩٦٣). وعلى ماسك الحساب في هذه الحالة أن يراعى ألا يقل رصيده الدائن عن المبلغ المطلوب كغطاء لخطاب الضمان. ومع ذلك فهذه الطريقة التي أيدها جانب من الفقه وبعض أحكام القضاء لا تخلو من مخاطر لأن

(٢٨) محكمة استئناف القاهرة - الدائرة التاسعة التجارية - جلسة ١٩٥٨/١١/٢٥ رقم ١٠٨٢ سنة ١٩٧١ ق.

الرصيد الدائن الذي يظهره الحساب كل يوم ليس نهائياً وإنما يغطي مركزاً تقريبياً للعميل، حيث يحتمل أن تكون لهذا العميل كمبيالات خصمها لدى البنك ثم ارتدت إلى البنك غير مدفوعة، فأعاد خصمها على حسابه^٥ ويحتمل أن يكون للعميل اعتماد محلي مفتوح لدى بنك آخر أو لدى فرع آخر للبنك وتصرف الشيكات التي يسحبها بموجب هذا الاعتماد على حسابه الجاري المؤشر عليه بالغطاء لدي البنك (علم الدين، ١٩٩٣). ومثل هذه الظروف تجعل احتمالات تعرض البنك لمخاطر فقد غطاء خطاب الضمان ليست قليلة. والأفضل تجنب بعض مدفوعات الحساب وتخصيصها لغطاء مبلغ خطاب الضمان (شفيق، ٦٨ / ١٩٦٩)، ويودع في حساب يحمل اسم "احتياطي خطاب الضمان" (القليوبي، ٢٠٠٠، بهنساوي، ١٩٩٣). وقد أدى ذلك إلى تعديل جانب من الفقه المصري لموقفه وتأييد تخصيص جزء من الحساب الجاري لغطاء خطاب الضمان وتجنب هذا الجزء من الحساب الجاري (شفيق، ١٩٦٣)، وقد ذهبت محكمة النقض إلى تأييد هذا الاتجاه^(٢٩)، حيث قررت أن "الغطاء النقدي المسدد كتأمين غير قابل للسحب مقابل إصدار خطابات الضمان. تعذر دخوله كفرد في

الحساب الجاري ويوضع في حساب خاص بمحمد. النعي على الحكم بعدم بحث مبدأ تجزئة الحساب الجاري لا أساس له" كما جاء في حيثيات هذا الحكم انه "إذا كان الثابت من الأوراق أن المبلغ محل التداعي هو قيمة غطاء نقدي سدده المطعون ضدها للطاعن كتأمين غير قابل للسحب مقابل خطابات ضمان أصدرها بناء على طلبها، فيتعذر دخول هذا المبلغ كمفرد فيما قد يوجد بين الطرفين من حساب جاري ويوضع في حساب خاص بمحمد ليس له صفة الحساب الجاري مما لا يكون معه الحكم المطعون فيه بحاجة إلى بحث ما تمسك به الطاعن من مبدأ عدم تجزئة الحساب الجاري وما يرتبه من إجراء المقاصة القانونية بين مفردات الحساب ويضحي النص على غير أساس". وقد يتخذ الغطاء النقدي صورة وضع العميل مبلغ الضمان وديعة طرف البنك مصدر الخطاب تدر عليه عائداً (القليوبي، ٢٠٠٠). والغطاء النقدي لخطاب الضمان لا يسرى عليه حجز ما للمدين لدى الغير الذي يوقع على أموال العميل لدى البنك (العشري، ٧٠ / ١٩٧١).

٢- الغطاء العيني: قد يكون غطاء خطاب الضمان المقدم من العميل إلى البنك أوراقاً مالية، حيث يقدر البنك هذه الأوراق حسب قيمتها التسويقية، وهذه القيمة تتوقف بدورها

(٢٩) لطن رقم ١٤٤٦ لسنة ٦٥ جلسة ١١/٢٨/١٩٩٦.

على القيمة السوقية وتكون دائماً أقل من القيمة السوقية احتياطاً لتقلب الأسعار بالبورصة (علم الدين ، ١٩٩٣)، ويحصل البنك على توقيع العميل مقدماً على رهن هذه الأوراق المالية وبيعها دون الرجوع إليه في حالة تنفيذه تعهده الناشئ عن خطاب الضمان وذلك إذا لم يسدد العميل قيمة ما دفعه البنك وتخصص للأوراق المالية ملف خاص يعرف في البنوك باسم "إيداعات بضمان" ولا يفرج عنها إلا بعد انتهاء التزام البنك الخاص بخطاب الضمان (القليوبي ، ٢٠٠٠). وقد يقدم العميل شهادات استثمار كغطاء لخطاب الضمان، إذ يودعها في ملف باسمه لدى البنك، فإنه يمكن التأشير بتخصيصها كضمان للغطاء بشرط أن يوقع العميل على طلب باسترداد قيمتها، مع التصريح للبنك سلفاً بإجراء هذا الاسترداد - عند الاقتضاء- وإضافة ما يساوي قيمة الغطاء إلى حساب احتياطي خطابات الضمان (العشرى ، ٧٠ / ١٩٧١). ويرى جانب من الفقه (مرعى ، ١٩٧٥) أن التحفظ على شهادات الاستثمار وتخصيصها، ومثل تخصيص الوديعة بأجل دون إنهاء عقدها ، لا يعتبر غطاء لخطاب الضمان وإنما هو بمثابة تعهد يقدمه العميل لالتزامه بتغطية خطاب الضمان.

ويرى البعض الآخر (حبشى ، ١٩٦٠) أنه يجب ملاحظة أن التحفظ على الأوراق المالية للعميل أو تجميد مبلغ في حساب العميل، أو التأشير على الحساب بالتزامه في هذا الصدد، لا يرتب بذاته حقاً للبنك في اقتضاء دينه من حساب العميل، أو من ملف أوراقه المالية، في حالة توقيع حجز تحت يد البنك على ما لديه من أموال العميل، بالأفضلية على الحاجز. لذلك قد يستلزم داعي الحذر -الذي يدفع بعض البنوك إلى مطالبة بغطاء كامل- أن يطالب العميل بتعيين الأوراق المالية التي يرغب في تنحيها لهذا الغرض، لإيداعها ملف خاص باسم "احتياطي خطابات الضمان" -تماماً كما يعامل الغطاء النقدي- على أن يقر العميل بتخصيصه تلك الأوراق، أي ارتهانها للبنك حيازياً للوفاء بالتزامه نحو البنك وبأن يخول هذا الأخير حق بيعها في أي وقت دون الرجوع إليه في حالة تسديده مبلغ الضمان أو جزء منه، ويرسل هذا الإقرار، زيادة في الحيلة لمكتب الشهر العقاري والتوثيق لإثبات تاريخه. ويمكن أن يتم تغطية خطاب الضمان بأوراق تجارية، إذ يقدم العميل بعض ما لديه من كمبيالات وسندات إذنيه لصالحه تجاه آخرين ويظهرها لصالح البنك تظهيراً تأمينياً للضمان، ليتمكن البنك من تحصيلها لحسابه هو وقت استحقاقها،

المضمون بالرهن إذا كان مستحق الأداء فإذا لم يكن الدين مستحق الأداء، جاز له سحب البضاعة قبل حلول ميعاد استحقاق الدين إذا أودع المستودع مبلغاً كافياً لتغطية الدين وعوائده حتى حلول الأجل. ويسري هذا الحكم إذا استحق الدين ولم يتقدم حامل صك الرهن لقبضه".

٣- تغطية خطاب الضمان عن طريق تنازل العميل للبنك عن حقوقه لدى المستفيد: قد يتخذ الغطاء النقدي أحياناً صورة تنازل العميل عن حقوقه الناشئة عن العملية قبل المستفيد لصالح البنك، حيث يقوم هذا الأخير بتحصيلها والاحتفاظ بها كغطاء لخطاب الضمان، ويقع هذا الاتفاق متى كان إصدار خطاب الضمان مصحوباً باعتماد يفتحه البنك لعميله لتحويل النفقات اللازمة لتنفيذ المشروع، إذ يستخدم البنك المبالغ التي يقبضها من صاحب المشروع لاسترداد مبلغ الاعتماد ولتكون غطاء لخطاب الضمان في ذات الوقت. وفي هذه الحالة يجدر بالبنك ألا يقوم بتمويل العملية وإصدار خطاب الضمان بضمان تنازل في نفس الوقت، لأنه إذا أخل العميل بالتزامه قبل المستفيد. فقد لا يستطيع البنك استرداد الأموال التي قدمها للعميل وللمستفيد، لأنه يضطر إلى دفع قيمة

حيث نصت المادة ١/٣٩٩ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه "إذا اشتمل التظهير على عبارة "القيمة للضمان" أو "القيمة للرهن" أو أي بيان آخر يفيد الرهن جاز للحامل استعمال جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة ومع ذلك إذا ظهرت الكمبيالة اعتبر التظهير حاصلًا على سبيل التوكيل". و ذهبت محكمة النقض في هذا المجال إلى (٣٠) "اعتبار التظهير التأميني للورقة المرهونة في حكم التظهير الناقل للملكية بالنسبة للمدين الأصلي. أثره. للمظهر إليه مطالبته بقيمة الورقة". وقد يتم تغطية خطاب الضمان ببضائع، حيث يضع العميل جزءاً من البضائع الموجودة بالمستودعات العامة كضمان عند استصدار خطاب الضمان، ويتم ذلك من خلال تظهير لصك الرهن لصالح البنك مصدر الخطاب، حيث تنص المادة ١/١٤٠ من قانون التجارة على أنه "لحامل صك الرهن دون إيصال الإيداع حق رهن على البضاعة المودعة" وأضفت الفقرة الثانية من ذات المادة أنه "ولحامل إيصال الإيداع دون صك الرهن حق سحب البضاعة المودعة بشرط أن يدفع الدين

(٣٠) الطعن رقم ٣١١٢ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٥/١٠/٣٠، والطعن رقم ١٧٠٥ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٣/١١/١، والطعن رقم ١٤٣٨ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٣/٢/٨، والطعن رقم ٦٢٠ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٣/٩/١٣، ونقض جلسة ١٩٧٨/٦/١٩ س ٢٩ ص ١٤٩٠ العدد الأول.

الوفاء بتعهداته، وعلى البنك القيام بعمل التحريات اللازمة لبيان ذلك.

الفصل الثاني:

التزام البنك المستقل والنهائي في خطاب الضمان

عندما يصدر البنك خطاب الضمان اصبح ملتزماً قبل المستفيد بأداء المبلغ المذكور في خطاب الضمان عند أول طلب خلال المدة المحددة. والتزام البنك قبل المستفيد يعتبر التزاماً مستقلاً وباتاً.

فهو مستقل في العلاقة بين البنك والمستفيد، عن العلاقة بين البنك والعميل، وعن العلاقة بين العميل والمستفيد، ولذلك لا يجوز للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بالدفع التي له قبل العميل، أو بالدفع التي للعميل قبل المستفيد.

وهو التزام بات ونهائي، لأنه لا يجوز للبنك - متى وصل الخطاب إلى علم المستفيد ولم يرفضه - الرجوع فيه أو الامتناع عن دفع قيمته مهما كانت الأسباب ودون الاعتداد بأية معارضة، إذ يجب أن يهمل البنك مثل هذه المعارضة ويقوم بالدفع بالرغم من وقوعها.

فالسمة الأساسية لخطاب الضمان هو التزام البنك المستقل والمجرد في مواجهة المستفيد. لذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين. نخصص المبحث الأول لبيان استقلال التزام البنك في خطاب الضمان. ونخصص

الخطاب إلي المستفيد ولا يستطيع أن يطالبه بحقوق العميل المتنازل له عنها بعد أن رفض البضائع غير المطابقة لشروط المناقصة مثلاً، وسقط عنه الالتزام بأداء قيمتها (على، ١٩٦٢).

ثانياً: مقدار غطاء خطاب الضمان: يتوقف

مقدار الغطاء الذي يطلبه البنك على مدى ثقته في العميل، فإذا كان المركز المالي للعميل مهتزاً وغير مستقر ولم يكن له حساب جار أو معاملات تجعله معروفاً لدى البنوك فإن البنك يطلب تغطية الخطاب بنسبة ١٠٠٪، أما إذا كان العميل معروفاً لدى البنوك وله حسابات جارية لديها أو تعاملات سابقة ثبت منها أنه من الملتزمين، ويتمتع بسمعة طيبة فإن البنك يتقاضى في العادة غطاء مبلغ ١٠٪ من قيمة خطاب الضمان إذا كان ابتدائياً و ٢٥٪ إلى ٣٠٪ من قيمته إذا كان نهائياً. وقد يصدر خطاب الضمان علي المكشوف بدون أي غطاء إذا كان يثق في العميل (علم الدين، ١٩٩٣).

وخلاصة الكلام يلاحظ أن مقدار غطاء خطاب الضمان لا يتوقف فحسب على ثقة البنك في العميل وإنما يجب على البنك القيام بدراسة مركز العميل المالي ودرجة يساره والتزاماته المالية وإمكانية

وقد عبر المشرع المصري في المادة ١/٣٥٥ من قانون التجارة عن استقلال التزام البنك بعبارة "ودون اعتداد بأية معارضة". حيث يعبر البنك في خطاب الضمان عن تعهده بالدفع لدى الطلب بالرغم من معارضة العميل الأمر أو أياً كان مصير التزام العميل، لأن التزام البنك يختلف في محله عن التزام العميل الأمر، فالاستقلال والتجريد يبدو في النص الذي يقضى بالتزام البنك بالدفع عند المطالبة من المستفيد ورغم معارضة العميل.

إن استقلال التزام البنك قبل المستفيد يعني أن التزام البنك ليس تابعاً لالتزام العميل في وجوده وصحته ولا يستطيع البنك الاحتجاج ببطان علاقة العميل والمستفيد أو فسخها أو بطلان علاقة البنك والعميل أو فسخها حتى يتحلل من التزامه بالوفاء (العريني و دويدار، ٢٠٠٠). حيث لا يجوز للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بالدفع التي له قبل العميل، أو بالدفع التي للعميل قبل المستفيد (شفيق، ١٩٦٣). وقد أكدت ذلك المادة ٣٥٨ من قانون التجارة إذ نصت على أنه "لا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالأمر أو إلى علاقة الأمر بالمستفيد".

ثانياً: استقلال التزام البنك وفقاً للقواعد الموحدة السائدة في المعاملات الدولية: عبرت كافة القواعد الموحدة السائدة في المعاملات الدولية على استقلال التزام البنك قبل المستفيد وأكدت هذا الالتزام.

المبحث الثاني لبيان مدى التزام البنك في خطاب الضمان.

المبحث الأول: استقلال التزام البنك في خطاب الضمان

لبيان استقلال التزام البنك في خطاب الضمان، يتعين علينا بيان هذا الاستقلال وفقاً لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والقواعد الموحدة السائدة في المعاملات الدولية وأحكام القضاء، ثم نبين النتائج المترتبة على هذا الاستقلال، مع توضيح أثر الغش على استقلال التزام البنك.

لذلك نقسم هذا البحث إلى مطلبين :
المطلب الأول: استقلال التزام البنك وفقاً لقانون التجارة والقواعد الموحدة والقضاء.
المطلب الثاني: النتائج المترتبة على استقلال التزام البنك قبل المستفيد.

المطلب الأول: استقلال التزام البنك وفقاً لقانون التجارة والقواعد الموحدة والقضاء

أولاً: استقلال التزام البنك وفقاً لقانون التجارة: يقصد باستقلال التزام البنك في مواجهة المستفيد أن يكون التزام البنك مجرداً عما قد يكون في علاقة العميل بالمستفيد من دفع، وعما قد يكون في علاقة البنك بالعميل من دفع.

حدود مبلغ لا يجاوز ما هو مذكور في الضمان". وأضافت الفقرة الثالثة من هذه المادة أن "للضامن أن يعتمد فقط على تلك الدفوع المبنية على النصوص والشروط المذكورة في الضمان أو المسموح بها طبقاً لهذه القواعد". يتضح من ذلك أن استقلال التزام البنك قبل الاستفادة يتأكد عادة بعبارة البنك الضامن في خطاب الضمان (عوض، ٢٠٠٠) وطبقاً للنصوص والشروط الموجودة في الخطاب ذاته، فالنص على الدفع عند أول طلب من الاستفادة وبدون إعاره معارضة العميل التفاتاً، قد أصبح من خصائص خطاب الضمان، حتى أنه إذا لم يتضمن هذا النص لم يكن خطاب تعهد بمعنى الكلمة، وإنما يكون سنداً مدنياً عادياً، ينقصه عنصر الاستقلال والتجريد الذي يميز خطابات التعهد (علم الدين، ١٩٩٣). فالنص في خطاب الضمان على تعهد البنك بالدفع فوراً بالرغم من معارضة العميل الأمر وأياً كان مصير التزام العميل، هذا النص يقطع الصلة بين التزام كل من البنك والعميل ويجعل التزام البنك منفصلاً عن التزام العميل، فلا تقوم بينهما التبعية المميزة للالتزام الكفيل في الكفالة العادية (حبشى، ١٩٦٠). وقد قررت محكمة استئناف باريس (مجلة الأسبوع القانوني، ١٩٩٠) ^(٣١)، إلي أن التعهد الناتج من خطاب الضمان يتضح من عبارات الخطاب ومصطلحاته، حيث أنه تعهداً شكلياً ناتجاً من عباراته كما قررت محكمة النقض الفرنسية (دالوز، ١٩٨٩،

١- فقد نصت المادة ٤ من القواعد الموحدة لخطاب الضمان وال Bonds الصادرة في ١٩٨٦/٥/٢٣ على أنه "تعتبر خطابات الضمان بطبيعتها تعهدات غير قابلة للرجوع فيها (نهائية) ومنفصلة عن العقد أو العقود التي ترتكز عليها ولا تعتد البنوك بأي طريق بهذا العقد أو العقود أو تلتزم بها بغض النظر عن أي إشارة كانت مدرجة في هذه الخطابات إلى هذا العقد أو العقود". فهذا النص يوضح أن تعهد البنك في خطاب الضمان قبل الاستفادة غير قابل للرجوع فيه ومنفصل عن عقد اعتماد الضمان المبرم بين البنك والعميل، وعن العقد المبرم بين العميل والمستفيد، فالبنك بتعهده في خطاب الضمان يكون ملتزماً بشكل مستقل ودون الاعتداد بأي دفع يتعلق بهذه العقود، كما أن التزام البنك يكون مستقلاً حتى لو أشار خطاب الضمان إلى هذه العقود.

٢- كما أشارت القواعد الموحدة لضمانات العقود الصادرة بالكتيب رقم ٣٢٥ إلى مسئولية الضامن تجاه المستفيد وأكدت استقلال التزام الضامن تجاه المستفيد، بعيداً عن أي دفوع مستمدة من علاقة البنك بالعميل، أو علاقة العميل بالمستفيد لأن التزام البنك يتحدد فقط طبقاً لنصوص وشروط خطاب الضمان، ودون ارتباط بأي عقود أخرى. فقد نصت المادة ٣ الفقرة الأولى من هذه القواعد على أن "الضامن مسئول تجاه المستفيد طبقاً للنصوص والشروط المنصوص عليها في الضمان وفي هذه القواعد وفي

(٣١) باريس ٢٤ أكتوبر ١٩٨٩ السالف الذكر

أساساً لها، فالضامن يلتزم بشكل مستقل تجاه المستفيد ومن نصوص وعبارات التعهد في خطاب الضمان فليس له شأن بهذه العقود أو شروط المناقصات حتى لو تم الإشارة إليها في خطاب الضمان، لأن البنك عندما يصدر خطاب الضمان لصالح المستفيد، لا يضمن به حسن تنفيذ العميل لالتزامه أمام المستفيد، فهو لا يراقب هذا التنفيذ وهو لا يتعهد أن يقوم بدلاً من العميل المدين بتنفيذ التزام هذا الأخير، ولا بسداد ما يكون عليه من دين، وإلا كان تدخل البنك مجرد كفالة منه للمدين طبقاً لأحكام الكفالة المدنية، فخطاب الضمان تعهد مجرد عن ظروف التزام العميل أمام المستفيد (عوض، ٢٠٠٠). فالبنك يلتزم بدفع المبلغ المحدد في الخطاب المنصوص عليه في الضمان بمجرد تقديم طلب كتابي بالدفع أياً كان مقدار مديونية العميل ولو كان هذا المقدار أكبر أو أقل من دين العميل للمستفيد. كما أن تعهد البنك بالدفع لا يعتبر تعويضاً للمستفيد عن عدم تنفيذ العميل لالتزامه أو إساءة هذا التنفيذ أو التأخير فيه أو التنفيذ المخالف للمواصفات. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن^(٣٣) "خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين

مجلة الأسبوع القانوني، ١٩٩٠، المجلة الربعية القانونية ١٩٩٠، مجلة البنك والقانون (١٩٩١)^(٣٢)، أن الضامن يجب عليه أن يكون دقيقاً في الضمان المستقل ووفقاً للشروط المتفق عليها، فيجب أن يتعد الضمان عن الغموض الذي يؤدي إلى التنازع.

٣- إن القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب والصادرة بالكتيب رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٩٢ أكدت في المادة ٢/ب مبدأ استقلال التزام البنك قبل المستفيد حيث نصت على أن "الضمانات بطبيعتها عمليات منفصلة عن العقد أو العقود أو شروط المناقصات التي تكون هي أساساً لها والضامنون ليست لهم بأي شكل شأن أو يلتزمون بهذا العقد أو العقود أو شروط المناقصات بالرغم من وجود إشارة إليها في الضمان ويلزم الضامن في نطاق أي ضمان أن يدفع المبلغ أو المبالغ المنصوص عليها في الضمان مقابل تقديم طلب كتابي بالدفع وأي مستندات أخرى محددة في الضمان والتي تبدو في ظاهرها عند النظرة الأولى مطابقة لنصوص الضمان". يتضح من ذلك أن خطاب الضمان عملية مستقلة ومنفصلة عن عقد البيع أو التوريد أو المقاول أو شروط المناقصات التي تكون هي

(٣٣) نقض ٢٧ مايو ١٩٦٩ - مجموعة أحكام النقض - عدد ٢٠

ص ٨١١ أيضاً الطعن الصادر في ٣٠ ديسمبر ١٩٨٥ - مجموعة الخمس سنوات ٨٠ - ١٩٨١ ص ٦٧ أيضاً الطعن رقم ١٠١٣ لسنة ٥٠ في ٣٠ ديسمبر ١٩٨٠، والطعن رقم ٢٠٨٤ لسنة ٥٨ ق ٢٩ مايو ١٩٨٩، والطعن رقم ٢٣٩٥ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٣/١/٤.

(٣٢) نقد تجاري ٢٤ يناير ١٩٨٩ - دالوز سيري - ١٩٨٩ ص

١٥٩ مع تعليق فاسير - مجلة الأسبوع القانوني ١٩٩٠ - ٢ - ٢١٤٢٥ مع تعليق بروم وماتوت، أيضاً المجلة الربعية التجارية ١٩٩٠ ص ٧٩، أيضاً باريس ٩ يناير ١٩٩١ - مجلة البنك والقانون ١٩٩١ ص ١٥٢.

عقد اعتماد الضمان بين البنك الأجنبي والبنك الذي أصدر خطاب الضمان. وهذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية (دالوز، ١٩٩٤، ١٩٨٥، ١٩٩٠، مجلة القانون البنكي ١٩٩٠، الأسبوع القانوني، ١٩٩٤، ١٩٩٦)^(٣٤) بالنص على أن الضمان المقابل هو التزام مستقل عن الضمان الأول وعن العلاقة الناتجة عن العقد الأصلي بين المستفيد والعميل. وقد أكدت القواعد الموحدة رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٩٢ على مبدأ الاستقلال في المادة ١٦ حيث نصت على أنه "لا يسأل الضامن أمام المستفيد إلا بالمطابقة للنصوص المحددة بالضمان وأي تعديل أو تعديلات عليه وبهذه القواعد وفي حدود مبلغ لا يجاوز المبلغ المذكور في الضمان وأي تعديل أو تعديلات عليه". والجدير بالذكر أن أي تعديل يتم لخطاب الضمان بعد وصوله إلى المستفيد وعلمه به لا يتم إلا بموافقة الأطراف.

المتعامل معه ، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بعميله، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالبه به هذا الأخير باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به، ويكون على المدين (عميل البنك) أن يبدأ هو بالشكوى إلى القضاء إذا قدر أنه غير مدين للمستفيد أو أن مديونته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد". كما أشارت الضمانات المقابلة أيضاً إلى استقلال التزام البنك ، هذا ما تؤكده المادة ٢/ج من ذات القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس بالكتيب رقم ٤٥٨ سالف الذكر حيث نصت على أن "... والضمانات المقابلة بطبيعتها عمليات منفصلة عن الضمانات التي تتصل بها وعن العقود المتعلقة بها وكذلك عن شروط المناقصات، والأطراف المصدرة للتعليمات (الضمان المقابل) ليست لها شأن بأي طريقة أو التزام بهذه الضمانات أو العقود أو شروط المناقصات بالرغم من وجود إشارة إليها في الضمان المقابل". يتضح من ذلك أن الضمان المقابل مستقل عن الضمان الأول وعن العلاقة الأصلية بين العميل والمستفيد حتى لو تم الإشارة في خطاب الضمان إلى هذا الضمان المقابل أو عقد البيع أو التوريد أو المقاوله أو غير ذلك الذي يربط العميل بالمستفيد، وعن عقد اعتماد الضمان الذي يربط العميل بالبنك الأول، وعن

(٣٤) نقض تجاري فرنسي ١٣ ديسمبر ١٩٨٣ - دالوز سييري ١٩٩٤ ص ٤٢٠ مع تعليق فاسير، وأيضاً نقض تجاري ٢٧ نوفمبر ١٩٨٤، و ١٢ ديسمبر ١٩٨٤، و ٥ فبراير ١٩٨٥ - دالوز سييري ١٩٨٥ - ٢٦٩ مع تعليق فاسير، الفقه ١٩٨٥ - ٢ - ٢٠٤٣٦، أيضاً نقض تجاري ٦ فبراير ١٩٩٠ - دالوز سييري - ١٩٩٠ - ٢١٣، أيضاً باريس ٢٨ يونيو ١٩٨٩ - مجلة القانون البنكي ١٩٩٠ - ٤٨ أيضاً نقض تجاري في ٢٩ مارس ١٩٩٤ - الأسبوع القانوني ١٩٩٤ - ١ - ٣٧٨ - ٢٢، ونقض ٨ فبراير ١٩٩٤ - الأسبوع القانوني ١٩٩٦ - ١ - ٤٦٥ رقم ٢٠.

عدم مشروعية سبب هذه العلاقة أو على وجود عيب شاب إرادته من غلط أو تدليس أو إكراه أو على عدم وجود غطاء لخطاب التعهد أو أموال للعميل لديه تمكنه من دفع قيمة خطاب الضمان ، أو لعدم تنفيذ العميل تعهده للبنك بتقديم ضمان معين. وكل ذلك استناداً إلى نص الخطاب في أن يتعهد البنك بالدفع عند أول مطالبة من المستفيد طبقاً للشروط والأحكام المبينة في التعهد. وقد أشارت إلى ذلك المادة ١٢ الفقرة الأولى من قواعد الاونسترال حيث نصت على أنه "تحدد حقوق والتزامات الكفيل/ المصدر والمستفيد الناشئة عن التعهد بمقتضى الأحكام والشروط المبينة في التعهد، بما في ذلك قواعد أو شروط عامة أو أعراف مشار إليها بالتحديد فيه، وكذلك بمقتضى أحكام هذه الاتفاقية". وكما هو واضح من نص المادة ٣/أ يستقل الضمان المقابل عن الضمان الأول وعن العلاقة الأصلية بين العميل والمستفيد. يستخلص من أحكام قواعد الاونسترال أن التزام الكفيل/ المصدر (الضامن) لا يكون تابعاً لالتزام العميل الأمر من حيث صحته وبطلانه. لأن البنك يلتزم دائماً بالخطاب أياً كان مركز المضمون (العميل الأمر). وأياً كان مصير العقد بين البنك وبين عميله، ومصير العلاقة بين العميل والمستفيد من الخطاب (عوض، ٢٠٠٠). وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية (دالوز سيرى ، ١٩٨٣ ، مجلة

٤- أما فيما يتعلق بقواعد الاونسترال الصادرة عام ١٩٩٥ من لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة والمتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة فقد أكدت على أن التعهد يمثل التزاماً مستقلاً إذ نصت المادة ١/٢ على أنه "لأغراض هذه الاتفاقية يمثل التعهد التزاماً مستقلاً، يعرف في الممارسات الدولية بأنه كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن...". ثم وضحت المادة ٣ استقلال التعهد حيث نصت على أنه "لأغراض هذه الاتفاقية، يكون التعهد مستقلاً عندما لا يكون التزام الكفيل/المصدر تجاه المستفيد: أ- مرهوناً بوجود معاملة أصلية أو صلاحية، أو بأي تعهد آخر (بما في ذلك خطابات الاعتماد الضامنة أو الكفالات المستقلة التي يتعلق بها أي تثبت للتعهد أو أي كفالة مقابلة)، أو ب- خاضعاً لأي شرط أو حكم غير وارد في نص التعهد أو لأي فعل أو واقعة مستقبلية غير مؤكدة الوقوع عدا تقديم المستندات، أو أي فعل أو واقعة أخرى من هذا القبيل تدخل في نطاق عمليات الكفيل/ المصدر". يتضح من ذلك أن التزام الكفيل/ المصدر (الضامن) لا يكون مرهوناً بالمعاملة الأصلية بين العميل الأمر والمستفيد أو بين الضامن (البنك) وبين العميل، ولا يرتبط بصلاحية هذه العقود أو بطلانها أو فسخها. وبالتالي لا يجوز للبنك (المصدر) تعطيل الدفع إلى المستفيد عند مطالبته مستخدماً في ذلك دفعات تتعلق بعلاقته بالعميل، سواء كانت هذه الدفعات مبنية على

وحدهما ولا صلة للمستفيد بها، كما أن البنك الذي يقوم بتثبيت اعتماد مصرفي بين عميله والمستفيد منه، لا يصح وصفه بأنه ضامن أو كفيل يتبع التزامه التزام المدين المكفول بل يعتبر في هذه الحالة التزاماً مستقلاً عن العقد القائم بين المتعاملين".

وفي ذات الحكم عبرت محكمة النقض المصرية عن استقلال الضمان المقابل بقولها "... لما كان ذلك وكان من المقرر في حالة اختلاف بلد الأمر عن بلد المستفيد أن يكلف البنك التابع للأمر أحد فروعها في بلد المستفيد أو بنكاً آخر في بلد المستفيد على أن يقوم بإصدار خطاب الضمان إلى المستفيد بالشروط التي يملئها عليه، ويكون التزام البنك مصدر الخطاب عندئذ للمستفيد مستقلاً تماماً عن العلاقة بين الأمر والمستفيد وبين البنك التابع للأمر ولا ارتباط بينهما بحيث يكون للمستفيد بمقتضى هذه العلاقة بينه وبين البنك مصدر خطاب الضمان الرجوع على الأخير بقيمة خطاب الضمان متى تحققت الشروط الواردة في الخطاب السالف الذكر مما ينتفي معه كون البنك مصدر الخطاب وكياً عن بنك الأمر أو كفياً له....".

وعبرت محكمة النقض عن استقلال التزام البنك قبل المستفيد في حكم آخر بقولها أنه^(٣٨) "لما كان الأصل في خطاب الضمان ألا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجية ولا على تحقق شرط ولا حلول أجل ولا يغير

بنك (١٩٨٦)^(٣٥) بأن الضامن يلتزم بتعهد مستقل عن العقد الأصلي بحيث لا يجب أن يعارض دفع قيمة الخطاب للمستفيد بأحد الدفوع المستمدة من العقد الأصلي.

ثالثاً: استقلال التزام البنك وفقاً لأحكام القضاء: قضت محكمة النقض المصرية بأن^(٣٦) "علاقة البنك بالمستفيد منفصلة عن علاقته بالعميل، مؤدى ذلك. إلزامه بسداد المبلغ الذي يطلبه المستفيد فوراً ما دام في حدود التزام البنك".

كما قضت^(٣٧) بأن "علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير باعتباره حقاً له، يحكمه خطاب الضمان، ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به. كما أن البنك مصدر الخطاب لا يعتبر وكياً عن العميل في الوفاء للمستفيد بقيمة خطاب الضمان، ذلك أن التزام البنك في هذا لحسابه التزام أصيل. ويترتب على ذلك أن ما يقوم بدفعه للبنك لتغطية خطاب الضمان إنما هو تنفيذ وتأمين للعلاقة القائمة بينه وبين العميل والبنك

(٣٥) نقض تجاري ٢٠ ديسمبر ١٩٨٢ - دالوزسيري ١٩٨٣ - ٣١٥ مع تعليق فاسير. ونقض تجاري ٢١ مايو ١٩٨٥ - مجلة بنك ١٩٨٦ - ٨٧ مع تعليق ريف لانج.

(٣٦) الطعن رقم ٢٣٩٥ لسنة ٦١ ق - جلسة ١٩٩٣/١/٤.

(٣٧) الطعن رقم ٧٣٠٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٤/٦/٢٧. والطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٣/٣٠.

(٣٨) الطعن رقم ٢٠٨٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ٢٩ مايو ١٩٨٩ والطعن رقم ١٠١٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٣٠ م.

أي أن مضمون التزام البنك لا يتوقف على عنصر خارج الخطاب لا في مقداره أو استحقاقه. فيكون البنك ملتزماً بالوفاء بالمبلغ الثابت في خطاب الضمان ووفقاً للشروط التي يتضمنها دون أن يستطيع أن يواجه المستفيد بأي اتفاق بينه وبين العميل يكون سابقاً أو لاحقاً على إرسال الخطاب إلى المستفيد (العرينى ودويدار، ٢٠٠٠).

فمن مظاهر استقلال خطاب الضمان، أن تتوافر له الكفاية الذاتية كما هو الشأن للورقة التجارية، بحيث يكون كافياً بذاته لبيان مضمون الحق الثابت فيه، فلا يحتاج البنك إلى الرجوع للعقد الأصلي المبرم بين العميل والمستفيد. فالتزام البنك ليس تابعاً لالتزام العميل، وإنما هو التزام قائم بذاته يوجب على البنك الأداء، ولو ابطال العقد المبرم بين العميل والمستفيد أو فسخ. وشأن العميل بعد ذلك والمستفيد، يقاضيه لاسترداد ما قبضه من البنك دون وجه حق. فأى ربط بين استغلال البنك قبل المستفيد والعلاقة بين العميل والمستفيد يقوض خطاب البنك من أساسه (شفيق، ١٩٦٣).

وقد قضت محكمة النقض أيضاً أن^(٣٩) "علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير

من ذلك أن يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد من الخطاب وكان المفروض في قضاء هذه المحكمة أن خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك وعميله إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل يحكمها خطاب الضمان وحده وعباراته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها حتى إذا ما طُلب بالوفاء في أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت إليه المستندات المحددة في خطاب الضمان وجب عليه الدفع فوراً بحيث لا يلتزم إلا في حدود تلك الشروط أو يعتد بغير هذه المستندات، ولا يكون دفع البنك إلى المستفيد صحيحاً كما لا يكون له أن يرجع بما دفعه على عميله إلا إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لخطاب ضمان صدر صحيحاً ومطابقاً لتعليمات العميل وإلا تحمل البنك مسؤولية الوفاء فإذا لم تحقق الشروط أو لم تقدم المستندات المحددة في الخطاب انتهى ضمان البنك وكان لعميله أن يسترد منه غطاء خطاب الضمان في اليوم التالي لانتهاؤ الضمان".

يتضح من كل ما سبق أنه حتى يتقرر مبدأ استقلال التزام البنك قبل المستفيد، لا بد أن يكون لخطاب الضمان الكفاية الذاتية، أي يكفي بذاته، لأنه يؤدي وظيفته دون توقف على عنصر آخر خارجي يضاف إليه مثل واقعة خارجة عنه أو شرط أو أجل، خلاف ما يرجع إلى المستفيد نفسه (عوض، ٢٠٠٠)،

(٣٩) الطعن رقم ١١٨٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٣/٢/١٩٨٤.

يتوقف على شرط وإنما حالاً ومباشرةً عند أول طلب (مجلة القانون البنكي، ١٩٨٨ دالوز سيرى، ١٩٨٨، المجلة الربعية التجارية، ١٩٨٨) ^(٤٢). وبالأخص بدون استطاعة البنك معارضة الدفع للمستفيد، وأياً كان الدفع المستند إلى العقد الأصلي (دالوز سيرى، ١٩٨٨) ^(٤٣). كما اعتبرت أن (مجلة الأسبوع القانوني، ١٩٩٣) ^(٤٤) المهم هو أن البنك يتعهد بدفع مبلغ نقدي فوري وبشكل مستقل وبات وبدون الالتفات إلى العقد الأصلي. وعامة يشترط القضاء الفرنسي أن يكون ضمان البنك المستقل صريحاً وواضحاً (مجلة الأسبوع القانوني، ١٩٩٤) ^(٤٥). ويؤكد القضاء الفرنسي على مبدأ استقلال التزام البنك قبل المستفيد حيث قرر أن الضامن لا يمكنه معارضة الدفع للمستفيد عند الطلب استناداً إلى بطلان العقد الأصلي (مجلة الأسبوع

باعتبارها حقاً له يحكمه خطاب الضمان، ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به. ويكون على المدين عميل البنك أن يبدأ هو بالشكوى إلى القضاء إذا قدر انه غير مدين للمستفيد أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد من البنك".

كما قضت بأن ^(٤٦) " خطاب الضمان تكون علاقة البنك بالمستفيد منفصلة عن علاقته بالعميل ومؤدى ذلك إلزامه بسداد المبلغ الذي يطلبه المستفيد فوراً ما دام في حدود التزام البنك ولا يسقط هذا الالتزام إذا كانت المطالبة بالوفاء أو مد أجل الضمان قد تمت أثناء مدة سريان الخطاب وسداد البنك بناءً على هذه المطالبة يعتبر وفاءً صحيحاً يرتب له حق الرجوع على عميله بالمبلغ المدفوع حتى ولو تم هذا السداد بعد انتهاء مدة سريان الخطاب". وقضت أيضاً في شأن استقلال التزام البنك قبل المستفيد بأن ^(٤٧) "البنك بخطاب الضمان إنما يلتزم بصفته أصيلاً قبل المستفيد لا بوصف كونه نائباً عن عميله، وليس للعميل أن يتحدى بوجود أعذاره قبل صرف المبلغ المبين في خطاب الضمان".

والرجوع إلى القضاء الفرنسي، نجد محكمة النقض الفرنسية قضت بأنه يجب الاعتراف بوجود هذا الضمان المستقل إذا كان تعهد البنك بالدفع باتاً لا

(٤٢) نقض تجاري ٨ ديسمبر ١٩٨٧ - نشرة محكمة النقض ٤ رقم ٢٦١ - مجلة قانون البنكي ١٩٨٨ - ٢٦، أيضاً دالوز سيرى ١٩٨٨ الملخص ٢٤٠ مع تعليق فاسير، المجلة الربعية التجارية ١٩٨٨ ص ٤٧٩.

(٤٣) نقض تجاري فرنسي ٢ فبراير ١٩٨٨ - دالوز سيرى ١٩٨٨ الملخص ٢٣٩ مع تعليق فاسير.

(٤٤) نقض تجاري فرنسي ٣ نوفمبر ١٩٩٢ - مجلة الاسبوع القانوني ١٩٩٣ - ٢ - ٢٢٠٨٢ طبعة E - ٤٥٤ مع تعليق جاكوب أيضاً دالوز ١٩٩٥ - ٢٠٩.

(٤٥) نقض تجاري ٢٦ فرنسي يناير ١٩٩٣ - نشرة محكمة النقض - ٤ - رقم ٢٨، أيضاً الاسبوع القانوني ١٩٩٤ - ١ - ٣٧٦٥ رقم ١١.

(٤٦) نقض مدني ١٩٦٩/٥/٢٧ - الموسوعة الذهبية لأحكام النقض في خمسين عاماً - ج ٨، ص ٢٢٧.

(٤٧) نقض ١٤ مايو ١٩٦٤ مجموعة النقض عدد ١٥ ص ٦٩١.

وقد فرق القضاء الفرنسي بين الضمان المستقل الواجب الدفع عند أول طلب وبين الكفالة، حيث قرر بأن البنك عندما يتعهد بدفع مبلغ نقدي للمستفيد، لا يسدد ما يكون على عميله من دين، وإلا كان تدخل البنك مجرد كفالة منه للمدين طبقاً لأحكام الكفالة المدنية، وإنما هو مبلغ نقدي ثابت يتعهد بدفعه مباشرة للمستفيد، وحالة خطاب الضمان المستقل الواجب الدفع عند أول طلب هي ذات طبيعة الاعتماد المستندي الغير قابل للرجوع فيه (دالوز سيرى، ١٩٩٠، مجلة القانون البنكي، ١٩٩٠).^(٥٠)

وهكذا، فقد ساوت محكمة النقض الفرنسية بين خطاب الضمان وخطاب الاعتماد المستندي الغير قابل للرجوع فيه، مثلما سوت بينهما محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ٣٠ مارس ١٩٨١ الطعن ٦١٨ لسنة ٤٨ ق.

المطلب الثاني: النتائج المترتبة على استقلال

التزام البنك قبل المستفيد

أولاً: أهم النتائج التي يترتبها استقلال خطاب

الضمان: يترتب على استقلال التزام البنك النتائج التالية

١- أن التزام البنك ليس تابعاً لالتزام العميل في وجوده وصحته، ولا يستطيع البنك الاحتجاج

(٥٠) نقض تجاري ٥ ديسمبر ١٩٨٩ - دالوز سيرى ١٩٩٠ ص

٢٠٨ مع تعليق فاسير، وأيضاً مجلة القانون البنكي -

١٩٩٠ - ١٣٩.

القانوني، ١٩٩٣)^(٤٦)، ولا استناداً إلى فسخه، ولا استناداً إلى إلغاؤه (دالوز سيرى، ١٩٨٧)^(٤٧)، ولا استناداً إلى قيام العميل بتنفيذ التزاماته كاملاً (دالوز سيرى، ١٩٨٦)^(٤٨)، ولا استناداً إلى مماطلة العميل في تنفيذ التزاماته أو التأخير في التنفيذ (مجلة الأسبوع القانوني، ١٩٨٣)^(٤٩).

يتضح من ذلك أن القضاء الفرنسي يقر بأنه لا يجوز للبنك تعطيل الدفع إلى المستفيد عند مطالبتها استناداً إلى بطلان العقد الأصلي المبرم بين العميل والمستفيد ولا استناداً إلى فسخ هذا العقد أو إلغاؤه، لأن التزام البنك قبل المستفيد مستقلاً ومجرداً. فالتعهد الناتج عن خطاب الضمان لا يضمن به البنك حسن تنفيذ العميل لالتزاماته أمام المستفيد، وهو لا يتعهد أن يقوم بدلاً من العميل بتنفيذ التزام هذا الأخير. فلا يعتبر ما يتعهد البنك بدفعه للمستفيد تعويضاً له عن عدم تنفيذ العميل لالتزامه أو إساءة هذا التنفيذ أو التأخير في التنفيذ.

(٤٦) نقض تجاري فرنسي ٢٠ ديسمبر ١٩٨٢، و ١٣ ديسمبر ١٩٨٣، وباريس ١٤ يناير ١٩٩٣ مجلة الأسبوع القانوني ١٩٩٣ - ٢ - ٢٢٠٦٩.

(٤٧) باريس ١٣ فبراير ١٩٨٧، دالوز سيرى ١٩٨٧ رقم ١٧٢ مع تعليق فاسير.

(٤٨) نقض تجاري فرنسي ٣١ مايو ١٩٨٥ - نشرة محكمة النقض - ٤ - ١٦٠، وأيضاً دالوز سيرى ١٩٨٦ - ٢١٣ مع تعليق فاسير.

(٤٩) باريس ١٧ يناير ١٩٨٣ مجلة الأسبوع القانوني ١٩٨٣ -

٢ - ١٩٩٦٦.

في هذه الحالة إلا بعد أن تتحقق ملكية هذه المبالغ التي يمثلها خطاب الضمان للمستفيد، فالخطاب ولأنه كان يمثل حقاً للمستفيد في طلب مبلغ معين، إلا أن هذا الحق لا يدخل في ذمته المالية إلا بعد طلبه من البنك خلال المدة المحددة (القليوبي، ٢٠٠٠).

٣- لا يجوز لدائني العميل توقيع الحجز تحت يد البنك على مبلغ خطاب الضمان، لأن العميل ليس له حق على مبلغ الضمان، حتى لو تم تغطية قيمة خطاب الضمان بالكامل، لأن البنك لم يتعهد بأداء مبلغ خطاب الضمان للعميل، وإنما يضمن للعميل في حدود مبلغ خطاب الضمان. وكذلك لا يجوز للعميل توقيع حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد البنك على قيمة خطاب الضمان كدائن للمستفيد نتيجة العلاقة القائمة على العقد الأصلي والتي بسببها تم اعتماد خطاب الضمان (مجلة الأسبوع القانوني، ١٩٨١، مجلة الربعية التجارية، ١٩٨٢، دالوز سيرى ١٩٨٢)^(٥١)، لأن هذا الحجز يعتبر من قبيل المعارضة في الوفاء إلى المستفيد، لذلك يحق للبنك أن يتجاهل الحجز الموقع تحت يده ويوفي للمستفيد عند المطالبة (شفيق، ١٩٦٣)، بيد انه يجوز للعميل الحجز لأجل دين غير مرتبط بالعقد الأصلي بين العميل والمستفيد

(٥١) نقض تجاري فرنسي ٢٧ نوفمبر، و ١٢ ديسمبر ١٩٨٤ السالف الذكر، وباريس ٢٧ أكتوبر ١٩٨١ - مجلة الاسبوع القانوني ١٩٨١ - ٢ - ١٩٧٠٢، والمجلة الربعية التجارية ١٩٨٢ - تعليق كبريك وتسيي ٢٨١، ونقض ٢٥ مارس ١٩٨٢ - دالوز سيرى ١٩٨٢ - ١٠R - ٤٩٧ مع تعليق فاسير.

ببطلان أو فسخ علاقة العميل والمستفيد أو بطلان أو فسخ علاقة البنك والعميل حتى يتحلل من التزامه بالوفاء. فلا يستطيع البنك التمسك بالدفع التي له قبل العميل، أو بالدفع التي للعميل قبل المستفيد، سواء تعلقت هذه الدفع بعدم مشروعية سبب الصرف، أو بانعدام مقابل الالتزام، أو متعلقة بالسبب الصوري، أو متعلقة بعيوب الإرادة من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، وكذلك الدفع بعدم التنفيذ أو إساءة التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، أو متعلقة بعدم وجود غطاء لخطاب الضمان. والجدير بالذكر في هذا الشأن أنه يجوز التمسك بهذه الدفع طبقاً للقواعد العامة في مواجهة من كان طرفاً في العلاقة الأصلية (علم الدين، ١٩٩٣).

٢- يحظر على البنك التمسك بالمقاصة بين دين على المستفيد للعميل وبين قيمة خطاب الضمان، كما لا يجوز للبنك التمسك بالمقاصة في مواجهة المستفيد بدين مستحق للبنك في ذمة العميل، كما إذا لم يكن العميل قدم غطاء خطاب الضمان، ولكن لا يجوز التمسك بالمقاصة بين دين على المستفيد للبنك - ناشئ بصدد علاقة أخرى بينهما - وبين قيمة خطاب الضمان. لوجود صلة مباشرة بين البنك والمستفيد في هذه الحالة تمكن البنك من استخدام دفعه قبل المستفيد. غير انه يجب ملاحظة أن البنك لا يستطيع التمسك بالمقاصة في هذه الحالة إلا بعد طلب المستفيد لقيمة خطاب الضمان خلال المدة المحددة. فالبنك لا يستطيع التمسك بالمقاصة

البنك إذا كان لديه ما يبرر هذا الرجوع، كما إذا أبطلت العلاقة بينهما أو فُسخت (دالوز، ١٩٩٥) (٥٣).

٥- في حالة قيام البنك بالوفاء للمستفيد طبقاً لمبدأ استقلال التزام البنك قبل المستفيد وتطبيقاً للشروط المحددة بالتزامه مع عمليه الأمر بعقد الضمان، وبالشروط المحددة في خطاب الضمان، فإن له الرجوع على عميله بعد ذلك بمقتضى العلاقة القائمة بينهما لاستيفاء قيمة خطاب الضمان إذا لم يكن العميل قد قدم غطاء لخطاب الضمان، طبقاً لقاعدة الحلول (ريبير و ربلو، ١٩٩٦)، ولا يستطيع العميل الامتناع عن الدفع بمقولة انه لم يكن ملزماً في مواجهة المستفيد لعدم أحقية الأخير في الضمان طبقاً لشروط العقد بينهما. وقد أكد قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ السالف الذكر على ذلك في المادة ٣٦٠ حيث نصت على أنه "إذا دفع البنك للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان جاز له الرجوع على الأمر بمقدار المبلغ المدفوع وعائده من تاريخ دفعه".

ثانياً: أهمية الاعتبار الشخصي لخطاب الضمان
واثر تعديله: الاعتبار الشخصي لخطاب الضمان قائم من ناحية المستفيد - كما هو قائم من ناحية العميل - بمعنى أنه لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الوارد بخطاب الضمان إلا بموافقة البنك، وبشرط أن يكون البنك مأذوناً من قبل الأمر بإعطاء هذه الموافقة (المادة

(دالوز، ١٩٨٦) (٥٢). كما لا يجوز لدائني المستفيد توقيع الحجز تحت يدي البنك على مبلغ خطاب الضمان لأن حق المستفيد لا يتعلق بهذا المبلغ إلا بعد طلبه من البنك، ولكن يكون للحجز أثر إذا كان حجزاً إدارياً. وإذا كان للمستفيد حساب لدى البنك تضاف إليه قيمة الخطاب، إذ أن الحجز الإداري لا يشمل أموال المحجوز عليه وقت الحجز فقط، وإنما يشمل الأموال التي تستجد له إلى حين التقرير بما في الذمة إن كان ذلك التقرير سلبياً، أو إلى يوم البيع أو الإيداع إن كان التقرير إيجابياً. لذلك يشمل الحجز قيمة الخطاب إذا وقع في الفترة ما بين طلب المستفيد قيمة خطاب الضمان وبين إضافة البنك قيمة الخطاب إلى حسابه لديه. أما إذا كان الحجز قضائياً ووقع في الفترة المذكورة فإنه لا يشمل قيمة الخطاب ولو أضيفت بعد ذلك لحساب المستفيد (علم الدين، ١٩٩٣).

٤- إذا قبض المستفيد مبلغ الضمان، لا يجوز للبنك استرداده استناداً إلى أسباب ترجع إلى العلاقة بين العميل والمستفيد، لأن البنك عندما يوفي مبلغ الضمان فإنه يوفي بالتزام شخصي مستقل عن العلاقات الأخرى (شفيق، ١٩٦٣). وإنما يحق للبنك استرداد مبلغ الضمان تأسيساً على أسباب ترجع إلى النصوص والشروط المنصوص عليها في الخطاب ذاته. كما يجوز للعميل الرجوع على المستفيد لاسترداد ما قبضه من

(٥٣) نقض تجاري فرنسي ٧ يونيو ١٩٩٧ - دالوز ١٩٩٥ - ص ٢٠ مع تعليق فاسير.

(٥٢) محكمة باريس ٢٦ مارس ١٩٨٦، دالوز ١٩٨٦ - ٢٧٤ مع تعليق فاسير.

العقد المبرم بين العميل والمستفيد أيًا كان نوع هذا العقد أو نوع الرابطة القائمة بينهم، فأبي تعديل على العقد الأصلي لا يؤثر في التزام البنك ولا يغطيه إلا إذا وافق البنك على هذا التعديل (عوض، ٢٠٠٠). فقد نصت المادة ٧ الفقرة الأولى من القواعد الموحدة لضمائم العقود رقم ٣٢٥ على أن "ضمان الغطاء ينتج أثره فقط بالنسبة إلى الغطاء الأصلي المقدم من الأصيل ولا ينطبق في حالة أي تعديل له، ولا ينتج أثره بعد تاريخ الانقضاء المنصوص عليه في الضمان أو المنصوص عليه في هذه القواعد، ما لم يكن الضامن قد أعطى إخطاراً بالكتابة أو ببرقية أو تلغراف أو تلخص إلى المستفيد بأن الضمان ينطبق عليه أو بأن تاريخ الانقضاء قد مد". وأضافت الفقرة الثالثة من ذات المادة أن "كل تعديل يجريه الضامن في نصوص وشروط الضمان يصبح نافذاً في حق المستفيد فقط إذا وافق عليه المستفيد، وفي حق الأصيل أو الطرف معطي التعليمات -حسب الأحوال- فقط إذا وافق الأصيل أو الطرف معطي التعليمات حسب الأحوال".

كما نصت المادة ٨ من قواعد الأونسترال على أنه "١- لا يجوز تعديل التعهد إلا بالشكل المنصوص عليه في التعهد. ٢- ما لم ينص التعهد، أو يتفق الكفيل/ المصدر والمستفيد في غير التعهد، على خلاف ذلك، يعتبر التعهد معدلاً لدى صدور التعديل إذا كان المستفيد قد سبق له الأذن بالتعديل. ٣- ما لم ينص التعهد، أو يتفق الكفيل/ المصدر والمستفيد في غير

٣٥٧ من قانون التجارة)، لأن الضمان يمنح للمستفيد بالنظر إلى أمانته وحسن نيته، وبالنظر إلى أنه لا يتوقع أن يطلب وفاء غشياً منه.

فقد نصت المادة ٤ من القواعد الموحدة لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٩٢ على أن "حق المستفيد من تقديم مطالبة في نطاق ضمان غير قابل للتنازل عنه ما لم يكن قد نص على ذلك صراحةً في الضمان أو في أي تعديل له. ومع ذلك فإن هذه المادة لا تؤثر على حق المستفيد في التنازل عن أي مبالغ قد تؤول إليه أو تصبح من حقه في نطاق الضمان".

كما نصت المادة ٩ من قواعد الأونسترال الخاصة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة على أنه "١- لا يجوز نقل حق المستفيد في المطالبة بالسداد إلا إذا كان التعهد بإذن وإلا بالقدر والكيفية المأذون بهما في التعهد. ٢- إذا كان التعهد ينص على أنه قابل للنقل دون بيان ما إذا كانت موافقة الكفيل/المصدر، أو شخص آخر مأذون له لازمه للنقل الفعلي أم لا، لا يكون الكفيل المصدر، ولا أي شخص آخر مأذون له، ملزماً بتنفيذ النقل إلا بالقدر والكيفية اللذين وافق عليهما صراحةً".

كما أن تعديل العقد الأصلي بين العميل والمستفيد لا يؤثر على التزام البنك المستقل تجاه المستفيد، لأن من نتائج استقلال التزام البنك في مواجهة المستفيد أنه لا أثر على التزام البنك من تعديل

من المدين الذي يمتنع عمداً عن تنفيذ التزامه، فكذلك يقوم الغش في جانب الدائن الذي يطلب عمداً بما ليس من حقه، أي إذا لجأ إلى الخديعة والاحتيال^(٥٤).

ورغم أن تنفيذ الاتفاق يجب أن يتم بحسن نية، إلا أن التسليم بأن العقد شريعة المتعاقدين وبوجوب تنفيذ الالتزام بجميع آثاره قد يحمل العاقد أو المستفيد من الالتزام على التمسك به ومحاوله المغالاة في الإفادة منه على حساب الطرف الآخر. لذلك نص القانون المدني المصري في المادة ١٤٨ الفقرة الأولى على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجب حسن النية"، والمقصود بوجوب تنفيذ الالتزام بحسن نية ضرورة مراعاة الإخلاص والأمانة وتوخي القصد والاعتدال في تنفيذ الالتزام والتقيد به حتى لا ينقلب هذا التنفيذ وبالأعلى على الطرف الآخر (مرقص، ١٩٥٧)، لذلك يجب على المستفيد عند التقدم بطلب قيمة خطاب الضمان أن يكون حسن النية، وألا يكون قاصداً من ذلك الإضرار بالضامن أو العميل الأمر، حيث يجوز للعميل طلب عدم الصرف للمستفيد في حالة غش المستفيد، طبقاً لما جاء به القضاء الفرنسي الذي يجيز تعليق ضمان البنك إذا اثبت

التعهد، على خلاف ذلك، وحيث لا يكون المستفيد قد سبق له الأذن بأي تعديل، لا يعدل التعهد إلا عندما يتلقى الكفيل / المصدر إشعاراً بقبول التعديل يصدره المستفيد بشكل من الأشكال المشار إليها من الفقرة ٢ من المادة ٤.٧ - لا يكون لتعديل التعهد أي أثر على حقوق والتزامات الأصيل الطالب (أو طرف أمر آخر) أو حقوق والتزامات مثبت التعهد ما لم يوافق ذلك الشخص على تعديل".

المبحث الثاني: مدى التزام البنك في خطاب الضمان

نتناول في هذا المبحث اثر غش المستفيد على استقلال البنك وذلك في مطلب أول، ثم نتناول في المطلب الثاني التزام البنك، التزامات ونهايات.

المطلب الأول: أثر الغش على استقلال التزام البنك

رغم الاستقرار على استقلال التزام البنك في الضمان عند أول طلب، إلا أن هذا الاستقلال يتراجع في حالة غش المستفيد في طلبه تنفيذ التزام البنك.

أولاً: مفهوم الغش في خطاب الضمان: يقصد بالغش الخطأ العمدي أو الامتناع عمداً عن تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد على الوجه المتفق عليه. فليس قصد الأضرار بالدائن عنصراً فيه، بل يستهدف المدين عادةً بإخلاله بما التزم به تحقيق مصلحة شخصية له ومع ذلك يتوافر الغش في جانبه إذا كان هذا الإخلال عمدياً (زكى، ١٩٧٨). والغش كما يصدر

(٥٤) نقض مدني ١٧ فبراير ١٩٩٤ - مجموعة النقض ٤٥ -

بحكم نوع التعهد وغرضه، ليس لها أساس يمكن تصوره. كان للكفيل/المصدر، متصرفاً بحسن نية، الحق، إزاء المستفيد في أن يمتنع عن السداد. ٢- لأغراض الفقرة ١ من الفقرة ١ من هذه المادة، ترد فيما يلي أنواع الحالات التي لا يتصور أن يكون فيها أساس للمطالبة.

أ- لا يكون هناك شك في عدم وقوع الحدث أو الخطر الاحتمالي الذي أريد بالتعهد أن يؤمن المستفيد من وقوعه. ب- حيث يكون الالتزام الأصلي الواقع على الأصيل/الطالب قد أعلنت بطلانه محكمة أو هيئة تحكيم ما لم يبين التعهد أن هذا الحدث الاحتمالي يندرج ضمن المخاطر التي يغطيها التعهد. ج- إذا كان التزام الأساس قد نفذ بطريقة لا يتطرق إليها الشك كما طلبه المستفيد. د- حيث يكون من الواضح أن الذي حال دون أداء الالتزام الأصلي هو تصرف معيب معتمد من المستفيد. هـ- في حالة مطالبة بمقتضى كفالة مقابلة، حيث يكون المستفيد من الكفالة المقابلة قد قام بالسداد بسوء نية اعتباره الكفيل/المصدر للتعهد الذي تعلق به الكفالة المقابلة. "هذه المادة بالإضافة أنها تحدد حالات الغش، إلا أنها تحدد أيضاً شروط الغش المانع من وفاء خطاب الضمان.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الطلب الظاهر المخالف التعسفي للضمان بأخذ نفس حكم

العميل غش المستفيد (دالوز، ١٩٩١؛ دالوز سييري، ١٩٨٦).^(٥٥)

فقد أكدت قواعد الاونسترال على ضرورة مراعاة حسن النية في الممارسات الدولية المتبعة في الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة إذ نصت المادة ٥ على أنه "لدى تفسير هذه الاتفاقية يتعين إلقاء الاعتبار لطابعها الدولي ولضرورة تشجيع التوحيد في تطبيقها ومراعاة حسن النية في الممارسة الدولية المتبعة في الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة".

ثانياً: الحالات التي لا يكون فيها أساس للمطالبة: قامت قواعد الاونسترال بتحديد حالات سوء النية (الغش) وجعلتها استثناء من التزام البنك بالسداد. حيث جاءت المادة ١٩ من هذه القواعد بعنوان "الاستثناءات على التزام السداد ونصت على أنه "١- إذا كان من البين والواضح: أ- أن أي مستند مقدم، مزور أو قد جرى تزيفه، أو ب- أن السداد لم يكن مستحقاً على الأساس الوارد في المطالبة والمستندات الداعمة، أو ج- أن المطالبة،

(٥٥) نقض تجاري ٦ نوفمبر ١٩٩٠- دالوز ١٩٩١ ص ١٠٩، وأيضاً نقض تجاري ١١ ديسمبر ١٩٨٥- دالوز سييري ١٩٨٦ ص ٢١٣ مع تعليق فاسير، ونقض تجاري ١٣ يناير ١٩٩٣ نشرة محكمة النقض ١٩٩٣، ٢٤ رقم ١.

بإجراءات تحفظية لمنع خطر حال وعاجل. إلا أن ذلك لا يمكن العميل من الحصول على قيمة الضمان، وإنما يتم وضعه تحت الحراسة.

وفي حالة الضمان المقابل يتوافر الغش إذا كان البنك الضامن الأول شريكاً في الغش بأن كان يعلم بغش المستفيد، أو لديه ظروف لا شك فيها بحيث تفرض حتماً علمه بغش المستفيد، فهذا البنك يكون بدوره قد ارتكب غشاً عندما دفع للمستفيد وبالتالي عندما يطلب من البنك المقابل وفاء ضمانه، لأنه يكون في هذه الحالة متواطئاً مع المستفيد.

وفي ذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن البنك المقابل يستطيع أن يؤسس رفضه دفع قيمة خطاب الضمان إذا اثبت أن البنك الضامن الأول قد سلك سلوك التدليس أو الغش مع المستفيد وتواطأ على المستفيد وطلب الدفع من البنك المقابل، أو كان يعلم بتعسف وغش المستفيد (دالوز سيرى، ٨٦، ٨٨، ١٩٩١، مجلة الأسبوع القانوني ١٩٨٦) (٥٩)، كما قضت بأن العميل الأمر لا يمكنه الامتناع أو التحلل من التزاماته في علاقاته بإثبات الصفة غير العادلة لطلب المستفيد للضمان، طالما أن البنك

الغش أو التدليس، ويكون سبباً لرفض طلب قيمة الضمان (دالوز سيرى، ١٩٩١) (٥٦) فقد سوت بين التعسف الظاهر والغش، وذهبت أيضاً إلى اعتبار أنه يوجد تعسف ظاهر في حالة ما إذا كان غياب الحق المستند إلى العقد الأصلي يثبت بصورة قطعية، بحيث يشعر بغياب الحق، وهذا ينم عنه سوء نية المستفيد (دالوز، ١٩٩٥، ومجلة الأسبوع القانوني، ١٩٩٤) (٥٧).

وقضت محكمة النقض الفرنسية بحكم هام هو أنه (دالوز سيرى، ١٩٨٣، ١٩٨٥) (٥٨) إذا كان هناك غش أو خطأ من جانب المستفيد لم يستطيع العميل إثبات ذلك في الحال، فإنه يستطيع أن يحصل على أمر أو حكم من القضاء المستعجل باتخاذ الإجراءات التحفظية على خطاب الضمان في حالة الخطر الحال والعاجل، وعلى البنك في هذه الحالة أن يمتنع عن الوفاء غير المستحق للمستفيد. وأضافت محكمة النقض أنه رغم أن المادة ٨٧٣ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد تجيز للقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر

(٥٦) نقض تجاري ٢٠ يناير ١٩٨٧ السابق الذكر.

(٥٧) نقض ٧ يونيو ١٩٩٤ - دالوز ١٩٩٥-٢٠ مع تعليق فاسير، أيضاً مجلة الأسبوع القانوني ١٩٩٤-٢-٢٢٣١٢ مع تعليق استوفليه.

(٥٨) نقض تجاري ٥ فبراير ١٩٨٥ دالوز سيرى ١٩٨٥، ص ٣٦٩، وباريس ٢ يونيو ١٩٨٢ دالوز سيرى ١٩٨٣-٤٣٧ مع تعليق فاسير وأيضاً باريس ١٣ ديسمبر ١٩٨٤ - دالوز سيرى - ١٩٨٥ - ص ٢٤٠ مع تعليق فاسير.

(٥٩) نقض تجاري ١١ ديسمبر ١٩٨٥ - دالوز سيرى ١٩٨٦-

٢١٣ مع تعليق فاسير، وأيضاً الأسبوع القانوني ١٩٨٦-٢-

٢٠٥٩٣ مع تعليق استوفليه: أيضاً باريس ١٤ ديسمبر

١٩٨٧- دالوز سيرى ١٩٨٨-٢٤٩ مع تعليق فاسير أيضاً

نقض تجاري ٢٣ أكتوبر ١٩٩٠ - دالوز سيرى ١٩٩١-١٩٧

مع تعليق فاسير.

المستفيد وعلمه به. أثره. نشوء حقه في المطالبة بقيمته وحتى انقضاء مدته المحددة به...."

ثانيا : موقف القواعد الدولية من هذا الالتزام:

أكدت القواعد الموحدة لخطابات الضمان الـ Bonds الصادرة في ٢٣/٥/١٩٨٦ على نهائية خطاب الضمان حيث نصت المادة ٤ على أنه "تعتبر خطابات الضمان بطبيعتها تعهدات غير قابلة للرجوع فيها (نهائية)....".

ورغم أن خطاب الضمان نهائي إلا أن هذا لا يمنع أن تكون المطالبة به من قبل المستفيد بناءً على طلب كتابي متضمناً تقريراً بحصول مخالفة للعقد الأصلي، وقد تكون المطالبة مؤيدة بمستندات معينة، أو تكون بمجرد الطلب، وهذا ما نصت على ذلك المادة ١٧ من ذات القواعد.

وقد أقرت كذلك بنهائية خطاب الضمان القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب (الكتيب ٤٥٨ لسنة ١٩٩٢). حيث نصت المادة ٥ على أن " كل الضمانات والضمانات المقابلة غير قابلة للرجوع فيها ما لم ينص فيها على غير ذلك".

فالأصل هو التزام البنك البات والنهائي في خطاب الضمان، وان الضمان غير قابل للرجوع فيه، بمعنى أن المستفيد عندما يتسلم خطاب الضمان يصبح حقه باتاً غير قابل للنقض وذلك دون حاجة إلى صدور قبول منه، وإن كان له الحق في أن يرفضه حتى لا تدخل ذمته حقوق رغباً عنه. أما قبل أن يتسلم

الضامن لا يستطيع الاحتجاج بهذا الدفع إلا في حالة الغش أو التدليس أو التعسف".^(٦٠)

المطلب الثاني: التزام البنك، التزام بات ونهائي

أولاً: معنى الالتزام البات والنهائي في خطاب

الضمان: بمجرد إصدار خطاب الضمان ووصوله إلى علم المستفيد ولم يرفضه، لا يجوز للبنك الرجوع فيه أو الامتناع عن الدفع مهما كانت الأسباب التي يتذرع بها لتبرير الامتناع ودون الاعتداد بأية معارضة، فخطاب الضمان يلزم البنك متى وصل إلى المستفيد نهائياً، أي أنه لا يستطيع الرجوع فيه ما لم يرد فيه نص بذلك، والمقصود بوصوله إلى المستفيد ما لم يرفضه، خروجه نهائياً من سيطرة الضامن.

ولكن ليس معنى ذلك أنه يلزم قبول المستفيد للخطاب لأنه ليس عقداً تلتقي فيه إرادة المستفيد مع إيجاب صادر من البنك، بل يقصد اشتراط وصول الخطاب إلى علم المستفيد أن البنك يستطيع الرجوع في إرادته طالما لم يصل الخطاب إلى علم المستفيد، ولكن متى وصل إلى علمه أصبح للمستفيد حق نهائي ضد البنك، وسقط حق الأخير في الرجوع في إرادته. فقد قضت محكمة النقض أن "وصول خطاب الضمان إلى

(٦٠) نقض تجاري ٦ فبراير ١٩٩٠، دالوز سيري ١٩٩٠-٤٦٧ بنك ١٩٩٠-١٧٠، وأيضاً نقض تجاري ١٩ فبراير ١٩٩١ دالوز سيري ١٩٩٠-١٢٠ مع تعليق فاسير.

وعباراته وحدها هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها حتى إذا ما طُلب بالوفاء أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت إليه المستندات المحددة في الخطاب وجب عليه الدفع فوراً....".

يلاحظ أن المحكمة استعملت عبارة "الأصل". وهذه الكلمة وردت في أحكام عديدة لها، وكلمة "الأصل" تعني أن هناك صوراً أخرى خلاف الأصل (عوض، ٢٠٠٠)، فالأصل أن يكون التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان التزاماً منجزاً، غير أنه يجوز تعليقه على شرط. مثال ذلك أن يعلق البنك التزامه في خطاب الضمان على صدور حكم نهائي لصالح المستفيد ضد العميل في نزاع معين، في مثل هذه الحالة يتعين أن يكون منصوصاً بوضوح في خطاب الضمان على هذا الشرط. ومما ينبغي ملاحظته في هذا المقام أن تعليق التزام البنك على حلول أجل أو تحقيق شرط معين لا يتعارض مع خصائص خطاب الضمان، ولا ينفي نهائية واستقلال التزام البنك قبل المستفيد، فالغاية منه أن طلب المستفيد دفع قيمة الخطاب يجب أن يقترن بتحقيق الشرط، وهذا الأمر يرجع إلى المستفيد وليس إلى البنك. لأنه متى قام الدليل على تحقيق الشرط على النحو المنصوص عليه في خطاب الضمان يتعين على البنك الوفاء بقيمته ودون الاعتداد بأية معارضة يتلقاها من العميل (مرعى، ١٩٧٥).

المستفيد خطاب الضمان فإن حقه يكون قابلاً للنقض، فيستطيع العميل بعد أن يتسلم الخطاب ليعطيه للمستفيد أن يعيده للبنك ويطلب إلغاءه. دون أن يكون للمستفيد أن يعترض على ذلك. طالما أنه لم يتسلم صك الخطاب (علم الدين، ١٩٩٣).

ولا يقصد بنهائية خطاب الضمان ألا يكون مقترناً بشرط أو أجل، وإنما يعني أن اقتران خطاب الضمان بشرط أو أجل يجب أن يكون مرتبطاً بواقعة ترجع إلى المستفيد، وأن يكون هذا الشرط أو الأجل أو المستندات المذكورة في الخطاب نفسه، وبشرط ألا يرجع تنفيذه إلى واقعة خارجية عنه تماماً (عوض، ٢٠٠٠).

وقد أكد ذلك نص المادة ٦ من القواعد الموحدة لخطابات الضمان عند الطلب (٤٥٨ لسنة ١٩٩٢) حيث نصت على أن "كل الضمانات يسرى مفعولها من يوم صدورها ما لم تكن شروطها تنص صراحة على أن سريان المفعول في تاريخ لاحق أو أن سريان المفعول معلق على شروط محددة تفصيلاً في الضمان وعددها الضمان على أساس أي مستندات معينة منصوص عليها فيه".

قضت محكمة النقض المصرية أن^(٦١) "الأصل في خطاب الضمان ألا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجة عنه ولا على تحقق شرط ولا حلول أجل ولا يغير من ذلك أن يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد منه...

(٦١) الطعن رقم ٢٠٨٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ٢٩ مايو ١٩٨٩، الطعن رقم ١٠١٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ٣٠/١٢/١٩٨٥.

فطالما كان التزام البنك قطعياً فإنه يمتنع على البنك إلغاء التزامه، لأن الأصل أن خطاب الضمان يرتب تعهداً نهائياً يصدر من البنك بمجرد طلب المستفيد (عباس، ١٩٦٨)، واعتبار التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان باتاً ونهائياً في مواجهة المستفيد يجعل الخطاب صالحاً لتأدية الوظيفة التي خلق من أجلها.

خاتمة

يتبين من الدراسة السابقة أن قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ نظم عمليات البنوك، وقد أخذ المشرع في المواد التي تنظمها بالراجح في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، وما قرره القواعد الموحدة المطبقة على المعاملات الدولية، نظراً لاتفاقها مع معظم الآراء المتبعة في دول العالم، لما لهذه العمليات من عالمية التحول نتيجة تشابه المشكلات، خاصة خطابات الضمان.

ونظراً لأهمية موضوع خطاب الضمان في الميدان القانوني، والدليل على ذلك الإشكالات التي يثيرها في الحياة العملية، ونظراً لأن استعمال خطاب الضمان بصورة المختلفة أصبح شائعاً في أنحاء العالم وخاصة في التجارة الدولية بين الشركات والبنوك. كان من الضروري البحث في نظام خطاب الضمان من ناحية استقلاله ونهائيته.

فالبنك يلتزم عند أول طلب للمستفيد ما دام الخطاب غير مشروط. وما دام المستفيد يطلب قيمة الخطاب وفقاً لنصوص الخطاب وعباراته. فإذا كان الخطاب مشروطاً وجب على البنك التحقق من توافر شروطه لان التزام البنك شيء واستحقاق قيمة خطاب الضمان شيء آخر.

وقد نصت المادة ٤/٧ من قواعد الاونسترال عام ١٩٩٥ الخاصة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة على أنه "لا يجوز بعد إصدار التعهد بالرجوع فيه، ما لم ينص على جواز ذلك"، أي أن الأصل هو عدم جواز الرجوع في خطاب الضمان، إلا إذا تضمن نص الخطاب وعباراته تعليق استحقاق قيمة الخطاب على حلول اجل أو تحقق شرط. واعتبر القضاء أن^(٦٢) "خطاب الضمان هو تعهد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب الأمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد منه ذلك، وأنه لا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد بسبب يرجع إلى علاقة البنك بالأمر أو علاقة الأمر بالمستفيد". كما حكم أيضاً^(٦٣) بأنه "يكفي أن يصل خطاب الضمان إلى علم المستفيد ليصبح له حق نهائي قبل البنك ويمتنع على البنك الرجوع عنه....."

(٦٢) محكمة استئناف القاهرة ١٩ فبراير ١٩٦٣ - المجموعة الرسمية

ص ٦١ ق ١ سنة ١١٢.

(٦٣) محكمة استئناف القاهرة ١٨/١١/١٩٩٨ - دائرة ٨ تجاري.

التمسك بالمقاصة في هذه الحالة إلا بعد طلب المستفيد لقيمة خطاب الضمان خلال المدة المحددة.

كما سمحت هذه الدراسة أنه لا يجوز لدائني العميل توقيع الحجز تحت يد البنك على مبلغ خطاب الضمان، لأن العميل ليس له حق على مبلغ الضمان، حتى لو تم تغطية قيمة خطاب الضمان بالكامل، فالبنك لم يتعهد بأداء مبلغ خطاب الضمان للعميل، وإنما يضمن للعميل في حدود مبلغ خطاب الضمان. وكذلك لا يجوز للعميل توقيع حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد البنك على قيمة خطاب الضمان كدائن للمستفيد نتيجة العلاقة القائمة على العقد الأصلي، وإنما يجوز له الحجز لأجل دين غير مرتبط بالعقد الأصلي.

ورغم الاستقرار على استقلال التزام البنك في الضمان عند أول طلب، إلا أن هذا الاستقلال يتراجع في حالة غش المستفيد في طلبه خطاب الضمان، فالبنك يستطيع التحلل من الالتزامات المترتبة على خطاب الضمان في حالة ثبوت غش المستفيد أو تدليسه أو تبين أن طلبه لقيمة خطاب الضمان طلب في ظاهرة تعسفية، هذا ما أكدته القضاء بصورة واضحة.

وفي التزام البنك البات والنهائي في خطاب الضمان، تبين أنه بمجرد إصدار خطاب الضمان ووصوله إلى علم المستفيد ولم يرفضه، أصبح حق المستفيد على خطاب الضمان نهائياً لا رجوع فيه إلا إذا اتفق على غير ذلك في نصوص خطاب الضمان

وقد سمح تحديد تعريف خطاب الضمان وفقاً لأحكام قانون التجارة والقواعد الموحدة السائدة في المعاملات الدولية، ووفقاً لآراء الفقهاء وأحكام القضاء، بإبراز التزام البنك المستقل والبات في خطاب الضمان، وبالرغم من وجود تسميات لخطاب الضمان والتي تعبر جميعها عن مضمون واحد. نجد أن أهمية خطاب الضمان على الصعيد الداخلي والخارجي أمر ثابت وغير مشكوك فيه * ولا يمكن الحديث عن خطاب الضمان دون بيان الصور المختلفة للغطاء المقدم.

وعند بيان التزام البنك المستقل قبل المستفيد، تبين أن التزام البنك ليس تابعاً لالتزام العميل في وجوده وصحته، فلا يستطيع البنك التمسك بالدفع التي له قبل العميل أو بالدفع التي للعميل قبل المستفيد، ومن أهم نتائج التزام البنك المستقل قبل المستفيد استخلص أنه يمتنع على البنك التمسك بالمقاصة بين دين علي المستفيد للعميل وبين قيمة خطاب الضمان، كما لا يجوز للبنك التمسك بالمقاصة في مواجهة المستفيد بدين مستحق للبنك في ذمة العميل. بيد انه يجوز التمسك بالمقاصة بين دين على المستفيد للبنك -ناشئ بسبب علاقة أخرى بينهما- وبين قيمة خطاب الضمان، لوجود صلة مباشرة بين البنك والمستفيد في هذه الحالة تمكن البنك من استخدام دفعه قبل المستفيد. ولكن يجب ملاحظة أن البنك لا يستطيع

- وعباراته، كأن يتفقا على استحقاق قيمة الخطاب عند حلول أجل أو تحقق شرط.
- ومما لا شك فيه أن اعتبار التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان مستقلاً وبتأناً في مواجهة المستفيد يجعل الخطاب صالحاً لتأدية الوظيفة التي نشأ من أجلها.
- المراجع العربية**
- أولاً: المراجع العربية
- على، أحمد طه. *السلفيات بضمان تنازلات عن عقود*. القاهرة: معهد الدراسات المصرفية، ١٩٦٢.
- عبد الرحيم، ثروت علي. *القانون التجاري والبحري*. القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٦/٩٥.
- عباس، حسني. *عمليات البنوك*. القاهرة: ١٩٨٦.
- ضيف، خيرى. *محاسبة البنوك التجارية*. القاهرة: ١٩٥٨.
- حبشى، راغب. *خطاب الضمان*. القاهرة: معهد الدراسات المصرفية، ١٩٦٠.
- مرقس، سليمان. *أصول الالتزامات*. القاهرة: ١٩٥٧.
- القليوبى، سميحة. *المنظمات الدولية*. القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.
- القليوبى، سميحة. *شرح قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ - العقود التجارية وعمليات البنوك*. ط ٢. القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
- بهنساوى، صفوت ناجي. *القانون التجاري - عمليات البنوك*. القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٣.
- البارودى، علي. *العقود وعمليات البنوك*. ط ٢، القاهرة، ١٩٦٨.
- عوض، علي جمال الدين. *عمليات البنوك من الوجهة القانونية*. القاهرة: ١٩٨٩.
- عوض، علي جمال الدين. *خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية*. القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
- شفيق، محسن. *الوسيط في القانون التجاري*. القاهرة: ١٩٦٣.
- شفيق، محسن. *الموجز في القانون التجاري*. القاهرة: ١٩٦٩/٦٨.
- شفيق، محسن. "اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤ بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية"، القاهرة، بحث منشور في مجلة *القانون والاقتصاد*، العدد الثالث، السنة الثالثة والأربعون، العدد سبتمبر، ١٩٧٤.
- ذكى، محمد جمال الدين. *الوجيز في النظرية العامة للالتزامات*، ط ٣، القاهرة: ١٩٧٨.
- العرينى، ودويدار؛ محمد فريد و هاني. *مبادئ القانون التجاري والبحري*. القاهرة: دار الجامعة الجديدة للنشر. ٢٠٠٠.
- العشرى، محمد طاهر. *خطابات الضمان*. القاهرة: معهد الدراسات المصرفية، ٧٠ / ١٩٧١.

- البريرى ، محمد علي. خطاب الضمان. القاهرة: معهد الدراسات المصرفية ، ١٩٦٢.
- الشرقاوي، محمود سمير. منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي. القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
- الشرقاوي، محمود سمير. القانون التجاري ج ٢. القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨١.
- علم الدين، محي الدين إسماعيل. موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ج ٢. القاهرة: ١٩٩٣.
- علم الدين، محي الدين إسماعيل. شرح قانون التجارة الجديد. القاهرة: ١٩٩٩.
- مرعى، مصطفى. خطابات الضمان عملياً ونظرياً. القاهرة: معهد الدراسات المصرفية، ١٩٧٥.
- ثانياً: المراجع الفرنسية
- GEORGES RIPERT et RENE ROBLOT** "Traite de droit commerical" tome 2, L.G.D.J Paris 1996.
- RIVES LANGE**, Existe -t-il en droit francais des engagements abstraits pris par le banquier, Banque, 1985.p90
- SIMLER**, Apropos des garanties autonomes de droit interne souscrites par de personnes physiques J.C.P 1991.ed.E.I.90

Independence and the final letter of guarantee In the light of the standard international trade rules

Essam Hanafy Mahmoud

*Business Law Department - Faculty of Political Science and regulations
King Saud University*

(Received 5/1/1431 H.; accepted for publication 28/4/1431 H.)

Abstract. Given the importance of the letter of guarantee in the legal field, as evidenced by the questions that raised in practical life, and because the use of the letter of guarantee has become common in various parts of the world, especially in international trade between enterprises and banks, it was necessary to look at the letter of guarantee in terms of independence and Nhaiith. This has allowed a definition by highlighting the letter of guarantee, the bank independent and final and irreversible in Kzab security was also found that the importance of the letter of guarantee at the internal and external is fixed and is questionable In a statement, the bank found that the commitment of the independent bank is not part of the commitment of the client in his presence and his health, and most important results of the independent bank's commitment to the beneficiary to refrain concluded that adherence to set-off between bank debt of the beneficiary of the client and the value of the letter of guarantee, how many bank may not hold in the face of set-off beneficiary debt owed to the bank owed the client, may, however, adhere to the religion of set-off between the beneficiary of the bank - because of another relationship arising between them - and the value of the letter of the security and stability, despite the independence of the Bank's commitment to independence, but this back down in the case of fraud beneficiary in his application letter of guarantee In the Bank's commitment to the baht and the final show in the letter of guarantee that once a letter of security and access to the knowledge of the beneficiary did not reject it, the right of the beneficiary of the letter, a final irrevocable unless agreed otherwise in the text of the letter of guarantee and phrases. There is no doubt that as the bank's commitment arising from the letter of guarantee independent and absolutely in the face of the beneficiary makes a good speech to perform the function that resulted from him.

القانون الدولي الاتفاقي ومشاكل الإثبات في التجارة الإلكترونية

صالح جاد عبد الرحمن المتزلاوي

أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد

كلية الأنظمة والعلوم السياسية

جامعة الملك سعود

(قدم للنشر في ١٢/٢٨/١٤٣٠هـ؛ وقبل للنشر في ٤/٢٨/١٤٣١هـ)

ملخص. يتمثل عنوان بحثنا في "القانون الدولي الاتفاقي ومشاكل الإثبات في التجارة الإلكترونية". وتتجلى أهمية هذا الموضوع في أن هناك تناقضات كثيرة فيما بين الاتفاقيات الدولية سواء في شأن إجراءات ووسائل الإثبات أو بخصوص تنقيح أو تعديل تلك الاتفاقيات، مما يترتب عليه صعوبة تطبيقها في مجال عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر شبكات الاتصال الإلكترونية. ونتيجة لذلك أجمعت الآراء على عدم ملاءمة إجراء تعديل لمختلف الاتفاقيات التي تتضمن مفاهيم - الكتابة والتوقيع والمستند - حسب كل حالة على حدة؛ لأن هذا الإجراء سيكون مرهونا بالخطوات المنصوص عليها في الاتفاقية المراد تعديلها، وبالتالي لن يكون هناك مفهوماً موحداً لهذا التعديل. هذا بالإضافة إلى أن تحقيق الانسجام بين الاتفاقيات المعنية سيحتاج إلى سنوات عديدة، وأثناء ذلك، سيكون هناك المزيد من عدم اليقين القانوني. وترتيباً على ما تقدم، نعتقد أن إصلاح تلك الاتفاقيات وتطويرها لتقبل التطبيق في الوسط الإلكتروني يمكن أن يتحقق من خلال وضع "اتفاق تفسيري" يتجلى فيه إيضاح وافٍ لتلك المفاهيم، على أن يكون مفهوماً أن هذا الاتفاق يحدث تغييراً في التفسيرات القائمة لا مجرد توضيح لها. وهذا الحل يجد سنداً له اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩، ومؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص.

تُعد الاتفاقيات الدولية أحد أهم المصادر التي يمكن أن يستقى منها القانون الإلكتروني أحكامه؛ إذ يمكن عن طريقها تحقيق التوحيد والانسجام بين القواعد التي تحكم الروابط القانونية عبر الشبكة الدولية، وحل كثير من المشكلات التي ظهرت في النواحي العملية. ومن تلك الاتفاقيات نذكر اتفاقية فيينا لبيع البضائع الدولية

وأمام قلة الاتفاقيات الدولية الحديثة المعنية بتنظيم التبادل الإلكتروني للبيانات EDI^(٤)، والتجارة الإلكترونية، وعدم اتساع نطاق الاتفاقيات القديمة ذات الصلة بالتجارة الدولية لهذا الواقع الجديد من جانب، ومع التزايد المستمر للمعاملات التي تتم بواسطة التبادل الإلكتروني للبيانات وغير ذلك من وسائل الاتصال التي تنطوي على استخدام دعائم تكنولوجية كبديل للأشكال الورقية من جانب آخر^(٥)،

(٤) EDI هو اختصار للمصطلح الإنجليزي Electronic data Interchanges، ويرمز إلى المعاملات التي تتم بالطريق الإلكتروني par voie électronique، دون تفرقة بين تلك التي تتم في شكل رسالة بيانات أو تتم في شكل إلكتروني آخر. على العكس، تشير الترجمة الفرنسية في هذا الخصوص إلى اصطلاحات متباينة، تعكس تفسيرات متضاربة تختلف من كاتب لآخر حسب تصوره للموضوع. فأحياناً يترجم هذا الاصطلاح على أنه تبادل للمعطيات المعلوماتية échange de données informatisé، وأحياناً يعنى به تبادل الوثائق المعلوماتية échange de documents informatisés. وأمام هذا التضارب في المصطلحات، فإننا سنكون أمام أحد تفسيري: ١- تفسير موسع، ينطوي على جميع المعاملات التي تتم إلكترونياً كالفاكس، والتلكس، البريد الإلكتروني، وغير ذلك من وسائل الاتصال الإلكترونية. ٢- تفسير مضيق لهذه المصطلحات يقتصر على العمليات التي يتم تبادلها في شكل رسالة بيانات. حول هذا الفهم، انظر:

CAPRIOLI (E. A.), EDI et Commerce électronique au regard des normes juridiques international, lamy S.A, juin (1996)., p 1 et s.

(٥) ويستدل على معدلات الزيادة تلك بما ورد في تقرير مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية من التطور السريع للتبادل الإلكتروني للبيانات أدى إلى إحلاله هو وغيره من وسائل الاتصال =

المعتمدة في ١١ أبريل ١٩٨٠، واتفاقية روما ١٩٨٠ الخ. الخاصة بالالتزامات التعاقدية، .. الخ. غير أن المتأمل في مجال الإنترنت والتجارة الإلكترونية، يدرك أن عدد الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بتلك المعاملات ضئيلة للغاية لدرجة يمكن معها القول إنها تعجز عن تقديم حلول كافية لمواجهة هذا الكم الهائل من المعاملات. ومن تلك الاتفاقيات نذكر: اتفاقية مجلس أوروبا رقم (١٠٨) الخاصة بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي وتدفعها عبر الحدود والمعتمدة عام ١٩٨١^(١)، وقواعد الاتحاد الأوروبي رقم ٢٠٠١/٤٤ في شأن الاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المجالين المدني والتجاري^(٢)، كما تم التوقيع على اتفاقية تتعلق بالملكية الأدبية والفنية في العالم الرقمي في جنيف عام ١٩٩٦ تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية^(٣).

(١) انظر:

KESSÉDJIAN (C.), Les échanges de données informatisées, Internet et le commerce électronique, <http://http.hcch.net/doc/19en-pd7f.doc>, (2002), p14.

(٢) نصوص هذه الاتفاقية منشورة على العنوان التالي:

http://www.droit_tecnologie.org/fr/legislations/reflemen1compentencejudiciairezL200.pdf; Rev. crit. Dr. internet. Privé, janvier-mars (2001), p. 189.

وتعليقا على نصوص الاتفاقية انظر:

MOURRE (A.), Droit Judiciaire privé européen des affaires, Bruylant, 2003, p.15.; CROZE (H.), Compétence (en matière internationale) Aperçu rapide du règlement (CE) N° 44/2001 du conseil du 22 décembre (2000) concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et L'exécution des décisions en matière civile et commerciale, J.C.P. N° 11-15 mars (2001), p. 437.

(٣) انظر:

Traité de L'OMPI sur le droit d'auteur et traite' de l'OMPI sur la protection des droit des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes, adoptés par la conférence diplomatique le 20 décembre (1996), disponible sur <http://www.wipo.org>.

الدولية تتمثل في التوصية الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية لأوروبا la commission économique pour l'Europe des Nations Unies في عام ١٩٧٩ بخصوص النقل البحري، وتؤكد هذه التوصية على ضرورة استخدام التقنية المعلوماتية في مستندات النقل البحري، حتى يمكن تطوير التجارة الدولية، وتخفيض قيمة المستندات التي تصل أحيانا إلى ١٠٪ من قيمة البضاعة، وتحقيق السرعة للنقل، والحيلولة دون وقوع الغش^(٨).

وقبل صدور هذه التوصية، نجد الفقرة الثانية من المادة الخامسة من بروتوكول مونتريال الموقع في ٢٥ سبتمبر ١٩٧٥- المعدل لاتفاقية فارسوفيا الموقعة في ١٢ أكتوبر ١٩٢٩- الخاصة بالنقل الجوي تتضمن الإشارة إلى إمكانية استخدام أية وسائل ثبوتية أخرى خاصة بالنقل محل خطابات النقل التقليدية بشرط موافقة المرسل^(٩).

وفى إطار ذلك أيضاً، نجد المادة (١٤) من اتفاقية هامبورج المبرمة في ٣١ مارس ١٩٧٨ تضمنت في فقرتها الثالثة ما يفيد بأن التوقيع على سند الشحن يمكن أن يتم في شكل رمز أو إشعار أو أية وسيلة ميكانيكية أو إلكترونية، على ألا يتعارض ذلك مع

ولأن هذه الوسائل قد تكون غير مقبولة كوسائل اتصال قانونية من جانب ثالث، وأمام الحاجة الملحة لوضع تنظيم تشريعي موحد موضوعي يتفق وتلك المعطيات التكنولوجية^(٦) من جانب آخر، بذلت جهود ضخمة من جانب اللجان والهيئات الحكومية وغير الحكومية على المستويين الدولي والإقليمي بغية تنظيم الروابط القانونية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية^(٧).

ونشير بادئ ذي بدء قبل عرض هذه الجهود إلى بعض الأعمال التي سبقت ظهور الإنترنت ويمكن الاستفادة منها في مجال التجارة الإلكترونية

وأولى الأعمال الدولية الرامية إلى دعم التجارة الإلكترونية، وإزالة العقبات القانونية التي تعترض استعمال وسائل الاتصال الإلكترونية في مجال التجارة

=الإلكترونية الأخرى محل المستندات الورقية بشكل متزايد ومطرد. وقد أكد التقرير أنه في إحصاء مستعملي الإنترنت عام ١٩٩٥ وجد أن ١٠٠,٠٠٠ مستخدم للتبادل الإلكتروني للبيانات يعملون وفقاً للمعايير الوطنية والدولية. وقد أكد الإحصاء أن هذا العدد يتزايد بنحو ٢٥٪ من كل عام. كما دل على أن أكثر من ٥٠ دولة بصدد التحول من المستندات الورقية إلى استخدام التبادل الإلكتروني للبيانات. لمزيد من التفصيل راجع:

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement.; le commerce électronique : considérations juridiques, Etude établie par le secrétariat de la CRUCED en 15 mai (1998), <http://www.unctad.org/fr/docs/pobfb/f.pdf>.

(٦) ويعبر عن ذلك أحد الفقهاء بقوله:

“En effet, au stade final, les opérateurs auront besoins d'une Convention internationale d'unification substantielle pour Commercer sans papier”, CAPRIOLI (E.A.), Op. Cit., p.26.

(٧) للاطلاع على هذه الأعمال راجع:

<http://www.palazzoehigi.it/fsi;>
<http://www.ocde.org/dsti/sti/it/ec/news/ottawa.htm>.

(٨) انظر:

CAPRILOI (E.) et SORIEUL (R.), Le commerce international électronique; Vers l'émergence de règles juridiques transnationales, J.D.I., (1997), p.331.

(٩) انظر:

CAPRIOLI (E.A.), Op. Cit., 50 et s.

بالتجارة الدولية، يمكننا أن نميز بين ثلاثة أنواع من الاتفاقيات الدولية المعنية بتنظيم هذا المجال، لبيان مدى كفاية الاتفاقيات الحديثة، وأي من الاتفاقيات القديمة يصلح كمصدر للقواعد المادية الإلكترونية^(١١)، وذلك كما يلي :

النوع الأول: الاتفاقيات التي تصدت لتوحيد قواعد الإسناد.

لا يمكن اعتبار هذه الاتفاقيات ضمن مصادر القواعد المادية الإلكترونية. وأساس هذا القول، أن التوحيد المنشود أو المحقق من وراء هذه الاتفاقيات ينصب على ضوابط الإسناد ذات الصلة بالقانون الواجب التطبيق في شأن المسائل التي كانت محلاً للتنظيم بين الدول المتعاقدة، وليس على قواعد مادية تتضمن تنظيماً مباشراً في هذا الشأن^(١٢).

ومن الأمثلة على ذلك اتفاقية لاهاي ١٩٥٥ في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية

(١١) ويقصد بالقواعد المادية للتجارة الإلكترونية، أو Lex Electronica مجموعة القواعد القانونية غير الرسمية informelles المطبقة في نطاق التجارة الإلكترونية، أو هي مجموعة قواعد تلقائية ذات طبيعة موضوعية خاصة بالروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية. لمزيد من التفصيل انظر:

MONNET (J.), La lex. électronique, 15 sept, 1998, p.22. <http://perso.wanadoo.fr/mam/these4.htm>

(١٢) انظر : د. صادق، هشام علي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، (٢٠٠١م)، بند (٤٧٣)، ص ٧٢٨.

قانون الدولة التي تم توقيع سند الشحن فيها^(١٠).
وأما بعد صدور التوصية وابتداءً من عام ١٩٨٠، أصبحت كافة الأدوات القانونية التي تحكم التجارة الدولية تتطلب استخدام الدعامات الإلكترونية كبديل للأشكال الورقية، غير أنه توجد عقبات قانونية تعترض تطبيق الاتفاقيات الدولية على عقود التجارة الإلكترونية مما يستوجب البحث عن الحلول المطروحة لتحقيق التناسق بين الاتفاقيات الدولية.

وسوف نتعرض لدراسة هذا الموضوع من خلال ثلاث مباحث وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول:

أنواع الاتفاقيات الدولية التي تحكم التجارة الدولية

إن البحث عن مدى كفاية الاتفاقيات الدولية وصلاحيتها لمواجهة احتياجات العمليات الإلكترونية يقتضى منا حصر الاتفاقيات المعنية بالتجارة الدولية لبيان العقبات القانونية التي تعترض تطبيق تلك الاتفاقيات على عقود التجارة الإلكترونية، كما يلي :

وبتدقيق النظر في الاتفاقيات الدولية ذات الصلة

(١٠) انظر : د. القصبي، عصام الدين، تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية، بحث مقدم للمؤتمر العلمي حول الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الرابع، ٩-١١ ربيع الأول (١٤٢٤هـ) الموافق ١٠-١٢ مايو (٢٠٠٣م)، ص ١٦٢٣.

خاصة تسمو بها على القواعد الداخلية الأخرى^(١٥)، كما أنها لا تستجيب لمتطلبات الحياة الدولية، بدليل أنها لا تقيم نوعاً من التفرقة عند تطبيقها بين المنازعات الوطنية والمنازعات الدولية^(١٦).

والمثال النموذجي لتلك النوعية من الاتفاقيات يشير إلى اتفاقية جنيف ١٩٣٠ في شأن الكمبيالات والسندات الإذنية، واتفاقية جنيف لعام ١٩٣١ بشأن الشيكات.

النوع الثالث: الاتفاقيات الدولية المعنية بوضع تنظيم مباشر لعقود التجارة الدولية.

يقصد بهذه الاتفاقيات تلك التي تم الاتفاق عليها بين الدول، وتطبق مباشرة على أحد جوانب علاقات التجارة الدولية. ولم ينكر أحد من الفقه الاعتراف بها كمصدر للقواعد المادية الإلكترونية، لكونها تستجيب في مضمونها وأهدافها لمتطلبات الروابط الدولية ولا تطبق إلا في شأنها.

ونذكر من تلك الاتفاقيات على سبيل المثال اتفاقيتي لاهاي ١٩٦٤ في شأن البيع الدولي للمنقولات المادية، واتفاقية فيينا ١٩٨٠ بخصوص البيع الدولي للبضائع .

(١٥) انظر: د. صادق، هشام على صادق، المرجع السابق، بند (٤٧٤)، ص ٧٣١.

(١٦) انظر: د. القصبي، عصام الدين، القانون الدولي الخاص، النسر الذهبي، القاهرة، (٢٠٠٢-٢٠٠٣)، بند (٣١٥)، ص ٦١٧.

للمنقولات المادية، اتفاقية روما ١٩٨٠ بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، واتفاقية لاهاي ١٩٨٦ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع، واتفاقية مكسيكو ١٩٩٤ بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، واتفاقية لاهاي ١٩٩٨ بخصوص القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري^(١٣).

النوع الثاني: الاتفاقيات التي عمدت إلى توحيد القواعد المادية في القوانين الداخلية.

على الرغم من أن هذه الاتفاقيات تبني تنظيماً مباشراً للقواعد التي كانت محلاً للاتفاق، إلا أنها لا تعد كذلك ضمن مصادر القواعد المادية الإلكترونية. وأساس هذا النظر، أن هذه الاتفاقيات وإن كانت تسعى إلى فض مشكلة التنازع ابتداءً بين قوانين الدول المنظمة لها، غير أنها لا تحول دون ظهور تفسيرات قضائية متباينة في شأن النص الموحد^(١٤). علاوة على ذلك، فإن تطبيق هذه القواعد الموحدة يتم باعتبارها جزءاً من القانون الوطني، ومن ثم فهي لا تمتلك سمة

(١٣) يمكن الإطلاع على نصوص هذه الاتفاقيات من خلال الموقع التالي:

<http://hcch.net/f/conventions.index.html>.

(١٤) انظر:

ISHIGURO (K.), Comment résoudre les conflits transnationaux; http://droit-internet-2001.univ-paris.fr/pdf/vf/ishiguro_k.pdf, (2002), p.2.

تنطوي على قدر كبير من التباين، تدرج من حيث احتمال إنشائها عقبات أمام التجارة الإلكترونية في الفئات التالية :

١- فهناك مجموعة من الاتفاقيات الدولية وضعت مؤخراً تستهدف مباشرة وسائل الإثبات الخاصة بالتجارة الإلكترونية ، وهذه الاتفاقيات لا تثير أي عقبات قانونية ولا تتطلب اتخاذ أي إجراء.

ومن تلك الاتفاقيات نذكر الاتفاقية رقم (١٠٨) الخاصة بحماية الأفراد فيما يتعلق بالمعالجة الآلية للبيانات الشخصية لعام ١٩٨١^(١٧)؛ وتوجيه الاتحاد الأوروبي رقم ٢٠٠١/٤٤ في شأن الاختصاص القضائي وتعريف وتنفيذ الأحكام في المجالين المدني والتجاري^(١٨).

٢- وثمة اتفاقيات صيغت بطريقة تجعلها تشير إلى المستند أو الكتابة أو التوقيع على الورق بشكله التقليدي دون أن تقبل التطبيق على الدعامات الورقية. ونذكر من ذلك اتفاقية وارسو الموقعة في ١٢ أكتوبر ١٩٢٩ في شأن توحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي (المواد ٣، ٤، ٥، ٢٦)، وبروتوكول تعديل نفس الاتفاقية الموقعة في لاهاي ٢٨ سبتمبر ١٩٥٥ (المواد ٣، ٤، ٥، ٦، ٧، ٨، ٩، ١)، والاتفاقية المكملة لاتفاقية وارسو بشأن توحيد بعض قواعد النقل

(١٧) انظر :

KESSEDJIAN (C.), Les échanges de données informatisées, internet et le commerce électronique, Op. Cit., p.14.

(١٨) نصوص هذه الاتفاقية منشورة على العنوان التالي :

<http://www.droit-technologie.org/fr/legislations/reflemenl-competence-judiciaire-zz1200.pdf>

ولما كانت تلك الاتفاقيات ذات النهج التنظيمي المباشر لعقود التجارة الدولية قد تم العمل بها من قبل ظهور الإنترنت والتجارة الإلكترونية، فإن وجود عقبات تحول أحيانا دون تطبيقها على تلك المعاملات أمر واقعي، لكونها لم تكن ماثلة في أذهان واضعي تلك الاتفاقيات وقت إعدادها أو التصديق عليها، وهو ما يحثنا على دراسة تلك العقبات.

المبحث الثاني:

العقبات القانونية أمام تطبيق الاتفاقيات الدولية المعنية بالتجارة الدولية على التجارة الإلكترونية

لا شك أن طول المدة اللازمة لإعداد تلك الاتفاقيات، بالإضافة إلى الإجراءات الشكلية التي تظهر بوضوح في النصوص المختلفة - مثل الكتابة، التوقيع، المستند، الأصل... الخ - يشكلان عقبة قانونية حقيقية تحول دون فاعلية استخدام تلك النصوص في هذا المجال. وسوف نميز بين العقبات الشكلية المتعلقة بالإجراءات وبوسائل الإثبات والتي ترد في محتوى أو صلب تلك الاتفاقيات، وبين العقبات الوثيقة الصلة بتتقيق أو تعديل الاتفاقيات المعنية والتي تتضمنها الأحكام الختامية.

النوع الأول: العقبات الشكلية ذات الصلة

بالإجراءات وبوسائل الإثبات.

بتدقيق النظر في صياغة النصوص الدولية فيما يتعلق بالإجراءات الشكلية وبوسائل الإثبات، تجدها

القانوني من جانب آخر، فإننا ننضم للرأي الذي ينادى بضرورة التمسك بالنمط نفسه من التعريفات مع الاسترشاد بالقانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والمعروفة باسم UNCITRAL في هذا الشأن^(٢١).

النوع الثاني: العقوبات الشكلية ذات الصلة بتنقيح أو تعديل الاتفاقيات الدولية.

يمكننا أن نميز داخل هذا النطاق بين الاتفاقيات الدولية التي دخلت حيز النفاذ وتلك التي مازالت محل إعداد، وذلك على النحو التالي:

١- الاتفاقيات التي دخلت حيز النفاذ

في حقيقة الأمر، مسألة تنقيح الاتفاقيات الدولية أو تعديلها تعلن عن تباين شديد في الأوضاع القانونية والنصوص المعنية. هذا التباين يمكن التذليل عليه من خلال تقسيم هذه الاتفاقيات إلى عدة أنواع منها:

(أ) اتفاقيات تحتوى على كافة الإجراءات اللازمة لتعديلها أو تنقيحها، ومن ثم فإن تعديل هذا النوع من الاتفاقيات بغية إدخال أحكام ذات صلة تتعلق

(٢١) انظر: التقرير الذي أعدته الدكتورة جنييف بوردو في شأن "تكييف أحكام النصوص القانونية الدولية ذات الصلة بالتجارة الدولية بشأن الإثبات في مجال التجارة الإلكترونية" المرفق بمذكرة الأمانة العامة للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثامنة والثلاثون، في الفترة من ١٢-٢٣ مارس ٢٠٠١، ص٧، على العنوان التالي: <http://www.uncitral.org/en-index.htm>.

الجوى الذي يقوم به شخص آخر غير الناقل المتعاقد والموقعة بتاريخ ١٨ سبتمبر ١٩٦١، والبرتوكول الإضافي رقم (٢) الخاص بتعديل الاتفاقية الموقع بتاريخ ٢٥ سبتمبر ١٩٧٥ الخاص بنقل البضائع عن طريق الجو (المواد ٥، ٦، ١٢)، والاتفاقية الخاصة بتعديل بعض قواعد النقل الجوي الموقع في مونتريال بتاريخ ٢٨ مايو ١٩٩٩ (م/٣، المواد من ٤-١٦، ٣١، ٣٤).

٣- اتفاقيات تتسم صياغتها بالتشديد على ضرورة إتباع الإجراءات الشكلية التقليدية، غير أن صياغتها تتميز بنوع من المرونة تجعلها تقبل أن تمتد لتشمل المستندات والكتابة والتوقيعات الإلكترونية les signatures électroniques^(١٩). ونذكر من تلك الاتفاقيات اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع^(٢٠).

وأمام هذا التباين الواضح في نصوص الاتفاقيات، فإننا نوصى بضرورة تحديث تلك الاتفاقيات حتى تقبل التطبيق على الصفقات أو المعاملات الإلكترونية. وحتى نضمن وحدة تلك التعريفات دون الإغراق في تفاصيل مختلف الأحكام ذات الصلة بمصطلحات الكتابة والتوقيع والمستند من جانب، وحتى يمكننا تجنب مخاطر التباين بين النصوص الدولية والوطنية وما ينجم عن ذلك من انعدام اليقين

(١٩) انظر:

CAPRIOLI (E. A.), Op.Cit., p.13 et s.

(٢٠) راجع نصوص المواد (١١، ١٢، ٢٩) من الاتفاقية.

الأحكام تتضمنها المادة (٤٠) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، الموقعة بتاريخ ٢٣ مايو ١٩٦٩ باعتبار أن أحكام هذه المادة تعبر حتماً عن القاعدة العرفية في هذا الشأن. وفي هذا الصدد تنص المادة ٤٠ من الاتفاقية على ما يلي :

١- " ما لم تنص المعاهدة على خلاف ذلك، يخضع تعديل المعاهدات المتعددة الأطراف للأحكام التالية.

٢- أي اقتراح بتعديل معاهدة متعددة الأطراف فيما بين جميع الأطراف يجب أن تخطر به جميع الدول المتعاقدة، ويكون لكل منها الحق في الاشتراك فيما يلي :

(أ) القرار المتعلق بالتدابير التي يلزم اتخاذها بشأن هذا الاقتراح.

(ب) التفاوض على أي اتفاق وعقد أي اتفاق لتعديل المعاهدة.

٣- كل دولة يحق لها أن تصبح طرفاً في المعاهدة يحق لها أيضاً أن تصبح طرفاً في المعاهدة بصفتها المعدلة.

٤- لا يكون اتفاق التعديل ملزماً لأية دولة طرف في المعاهدة لا تصبح طرفاً في هذا الاتفاق، وتنطبق على مثل هذه الدولة الفقرة ٤ (ب) من المادة ٣٠^(٢٤).

بمصطلحات (التوقيع - الكتابة - المستند) يقتضى بالضرورة الرجوع إلى الأحكام الواردة في الاتفاقية ذاتها. ومثال ذلك الاتفاقية الخاصة بالنقل الدولي للسكك الحديدية الموقعة عام ١٩٨٠^(٢٢).

(ب) اتفاقيات تتضمن أحكاماً بشأن التعديل أو التقيح ولكنها قاصرة على إجراءات محددة، كالسماح للدول بالدعوة إلى عقد مؤتمر في شأن التعديل أو التقيح دون تفاصيل أخرى، حيث تقتصر على الوسيلة فقط دون الإجراء. ومن تلك الاتفاقيات نذكر اتفاقية بروكسيل ١٩٢٤ بخصوص توحيد بعض القواعد الخاصة بسندات الشحن، اتفاقية وارسوا ١٩٢٩ في شأن توحيد بعض قواعد النقل الجوي، اتفاقية جنيف ١٩٥٦ المتعلقة بعقود نقل البضائع بالطرق البرية، اتفاقية هامبورج ١٩٧٨ بخصوص نقل البضائع عن طريق البحر^(٢٣).

(ج) ويلاحظ بشأن باقي الاتفاقيات الدولية أن أحكام التعديل أو التقيح إما أن تكون غير موجودة على الإطلاق أو أنها غير كافية. ومن ثم، ففي شأن تعديل أو تقيح تلك الاتفاقيات يجب الرجوع إلى الأحكام العرفية في القانون الدولي العام. وهذه

(٢٢) انظر: الوثائق الرسمية للجمعية العامة، العقوبات القانونية أمام تطوير التجارة الإلكترونية في النصوص الدولية ذات الصلة بالتجارة الدولية، الدورة التاسعة والثلاثون، ١١-١٥ مارس ٢٠٠٢،

<http://www.unicitral.org/fr-index.htm>.

(٢٣) انظر: المرجع السابق في ذات الموضوع.

(٢٤) والتي تنص على أنه " فيما بين الدولة الطرف في كلتا المعاهدتين والدولة الطرف في واحدة منهما فقط، تخضع

بصيغتها المعدلة ستكون نافذة بين الدول التي قبلت بها وصدقت على الاتفاقية في حين تظل بصيغتها الأصلية سارية بين الدول التي لم تصدق على التعديل^(٢٦).

(د) يؤخذ على هذه الاتفاقية أيضاً أنها لم تحدد الأغلبية التي يجب توافرها لاعتماد أي تعديل، ولا الشروط التي يلزم تواجدها لاعتبار هذا التعديل نافذاً. وهذا بدوره لا يفي بهدف التوحيد المنشود^(٢٧).

(هـ) يؤخذ على هذه الأحكام كذلك، أن عملية التنقيح أو التعديل تحتاج إلى مجموعة من الإجراءات المتعددة. وهذه الإجراءات تتسم بالبطء والتعقيد، وهذا يضاعف التباعد بين مختلف الأنظمة القانونية^(٢٨).

٢- الاتفاقيات التي مازالت محل إعداد

بالرجوع إلى أحكام اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات الموقعة عام ١٩٦٩، نجد أن التوقيع هو الحد الفاصل بين الاتفاقيات التي دخلت حيز النفاذ وتلك التي لم تدخل بعد.

=السابق، ص ٩ وما بعدها؛ د. إبراهيم، على، الوسيط في المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، (١٩٩٧-١٩٩٨)، ص ١٠٢٢-١٠٢٧.

(٢٦) انظر البند (٥) من المادة (٤٠) من الاتفاقية.

(٢٧) انظر: د. جنيفيف بورردو، المرجع السابق، ص ١٠.

(٢٨) انظر: د. الغنيمي، محمد طلعت، الأحكام العامة في قانون الأمم، منشأة المعارف بالإسكندرية، (١٩٧٠)، ص ٤٢٦؛ وانظر أيضاً:

٥- أية دولة تصبح طرفاً في المعاهدة بعد بدء نفاذ اتفاق التعديل تعد ما لم تعبر عن نية مغايرة :

(أ) طرفاً في المعاهدة بصيغتها المعدلة .
(ب) طرفاً في المعاهدة غير المعدلة بالنسبة إلى أي طرف في المعاهدة غير ملزم باتفاق التعديل".
وتعليقاً على هذا النص، يمكننا إبداء الملاحظات التالية :

(أ) أن أحكام هذا النص ذات طبيعة تكميلية. وأساس هذا القول، أن أحكامه لا تتعارض مع ما تحتويه المعاهدات من إجراءات خاصة بالتعديل أو التنقيح، وهو ما أقرته صراحة الفقرة (١) بقولها "ما لم تنص المعاهدة على خلاف ذلك".

(ب) حرص هذا النص على تحديد نطاق تطبيقه، وقصرها على المعاهدات متعددة الأطراف. وبناءً على ذلك، يخرج من نطاق هذه الأحكام، الاتفاقيات الثنائية.

(ج) على الرغم من أن أحكام هذا النص تؤكد احترام إرادة الدول وترسيخ مبدأ الأثر النسبي للمعاهدات، إلا أنه في ذات الوقت حال دون وحدة تطبيق هذه الأحكام، ونتج عنه تباين في الالتزامات الاتفاقية، حسبما تكون الدول قبلت تلك التعديلات أم لم تقبل بها^(٢٥). وترتيباً على ذلك، فإن المعاهدة

=حقوق الدولتين والتزاماتهما المتبادلة للمعاهدة التي تكونان معاً طرفين فيها".

(٢٥) انظر: التقرير الذي أعدته الدكتورة جنيفيف بورردو، المرجع

المبحث الثالث:

الحلول المطروحة لتحقيق التناسق بين

الاتفاقيات الدولية

تعد مسألة توحيد الاتفاقيات الدولية المعنية بالتجارة الدولية ومحاولة توسيع نطاق مضمونها ليمنح طرق الإثبات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية قيمة قانونية معادلة لتلك المقبولة في التجارة الدولية هدفاً أساسياً لكل الهيئات المعنية بالتجارة الإلكترونية. بيد أن خلافاً مازال محتدماً بين تلك الجهات يدور حول الطريقة التي يمكن أن تحقق هذا الانسجام.

أولاً: عرض الحلول المطروحة

أجمعت الآراء على عدم ملاءمة إجراء تعديل لمختلف النصوص التي تتضمن مفاهيم - الكتابة والتوقيع والمستند - حسب كل حالة على حدة؛ لأن هذا الإجراء سيكون مرهوناً بالخطوات المنصوص عليها في المعاهدة المراد تعديلها، وبالتالي لن يكون هناك مفهوم موحد لهذا التعديل^(٣٠). هذا بالإضافة إلى أن تحقيق الانسجام بين الاتفاقيات المعنية سيحتاج إلى سنوات عديدة، وأثناء ذلك، سيكون هناك المزيد من عدم اليقين القانوني^(٣١).

(٣٠) انظر:

CACHARD (O.), La régulation internationale du marché électronique, L.G.D.J, avril (2002), p. 273.

(٣١) انظر: الوثائق الرسمية للجمعية العامة، اقتراح مقدم من

فرنسا، الدورة الثامنة والثلاثون، الفترة من ١٢-١٣ مارس

(٢٠٠١)، ص ٢.

<http://www.uncitral.org/en-index.htm>.

وبناءً على ذلك، إذا تم التوقيع على الاتفاقية أو حدث أن انضمت دولة إليها، فإن إجراءات التعديل أو التنقيح تكون على النحو السابق. وعلى عكس ما تقدم، إذا كان إجراء التوقيع غير قائم؛ فإن التنقيح أو التعديل يتم عن طريق فتح باب التفاوض من جديد.

ويؤخذ على هذا الحل أنه إذا تيسر إتمامه من الناحية العملية بشأن الاتفاقيات الثنائية؛ فإنه يصعب تطبيقه في خصوص المعاهدات متعددة الأطراف. ويظهر ذلك بجلاء في الحالة التي توقع فيها بعض الدول على المعاهدة وتلتزم بها على أساس الصياغة الأساسية، في حين أن البعض الآخر مازال لم يوقع على الاتفاقية. وهذا الوضع قد شهد تطبيقاً في الحياة العملية بخصوص اتفاقية قانون البحار الموقعة بتاريخ ١٠ ديسمبر ١٩٨٢، حيث تطلبت لسريانها تجميع ستين تصديقاً^(٢٩).

ويتضح من جماع ما تقدم أن هناك تناقضات كثيرة فيما بين الاتفاقيات الدولية سواء في شأن إجراءات ووسائل الإثبات أو بخصوص تنقيح أو تعديل تلك الاتفاقيات. ويترتب على ذلك صعوبة تطبيق هذه الاتفاقيات في مجال عقود التجارة الإلكترونية من ناحية، وي طرح التساؤل في ذات الوقت حول المنهج المثالي الذي يمكن إتباعه لضمان إنفاذ تلك الاتفاقيات في المجال الإلكتروني، من ناحية أخرى.

(٢٩) انظر: د. جنيفيف بوردو، المرجع السابق، ص ١١.

اختلفوا أيضاً حول ماهية هذا الاتفاق، ويمكن إيضاح هذا الاختلاف من خلال الجوانب الآتية :

الجانب الأول : يعلن أنه ليس ثمة حاجة إلى "اتفاقية شاملة" تعمل على تكملة أو تفسير الاتفاقيات الدولية السابقة، وإنما يكفى وضع اتفاق دولي يتناول مسائل المعاملات الإلكترونية^(٣٤).

الجانب الثاني : يؤيد وجود مشروع "الاتفاقية الشاملة" مادامت ستزيل الحواجز أمام التجارة الإلكترونية، إلا أنه يرى أنه من السابق لأوانه في هذه المرحلة محاولة تحديد شكل هذا الاتفاق، وما إذا كان مجرد اتفاق تفسيري أم اتفاق تكميلي أم مبادئ توجيهية أم قوانين نموذجية، لأن هذا الأمر مازال في حاجة إلى مزيد من الدراسة والتحليل^(٣٥).

الجانب الثالث : يؤيد فكرة الاتفاقية الشاملة، على أن يؤخذ "الطابع الإلكتروني للمعاملات" في

ونتيجة لذلك استقرت آراء الحكومات والمنظمات الدولية على ضرورة وضع "اتفاق أو وثيقة موحدة" ملزمة للكافة، تتجنب قدر الإمكان القيام بإجراء تعديلات محددة لكل اتفاق على حدة، غير أن آراء تلك الحكومات والمنظمات قد اختلفت حول طبيعة هذا الاتفاق الجديد. ويمكن حسم هذا الاختلاف في اتجاهين :

الاتجاه الأول: يرى أن تحقيق التنسيق بين الاتفاقيات الدولية يمكن أن يتحقق باللجوء إلى "نموذج غير اتفاقي" يأخذ شكل مبادئ عامة أو توجيه أو قانون نموذجي بدلاً من شكل المعاهدات الدولية المتعددة، وبالتالي يمكن لأي دولة أن تسن تشريعاً لقانون التجارة الإلكترونية مقتدياً في ذلك بالتوجيه أو التوصية أو القانون النموذجي^(٣٢).

الاتجاه الثاني: وهو الغالب، يفضل اللجوء إلى "نموذج اتفاقي"^(٣٣)، إلا أن أنصار هذا الاتجاه قد

= ١٨-١٤ أكتوبر (٢٠٠٢)، على العنوان الإلكتروني التالي :
<http://www.uncitral.org/en-index.htm>.

(٣٤) راجع تعليق النمسا، المرجع السابق، ص ٣.
(٣٥) وجدير بالذكر أن بعض أنصار هذا الاتجاه يقترحون قصر هذا الاتفاق على معاهدات القانون التجاري التي أعدها الأونسيترال مثل، اتفاقية فترة التقادم في البيع الدولي للبضائع (نيويورك ١٩٧٤)، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا ١٩٨٠)، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة (نيويورك ١٩٩٥)، اتفاقية الأمم المتحدة في شأن الناتج (الكيميالات) الدولية والسندات الإذنية الدولية (نيويورك ١٩٨٨). راجع الوثائق الرسمية للجمعية العامة، المرجع السابق، ص ٢.

(٣٢) انظر: الوثائق الرسمية للجمعية العامة، تعليقات الحكومات والمنظمات الدولية (سلطنة عمان)، على العنوان الإلكتروني التالي :

<http://www.uncitral.org/en-index.htm>.

(٣٣) ومن الدول التي وافقت على ذلك فرنسا، إيطاليا، أمريكا، ومن المنظمات الدولية الحكومية، منظمة الطيران المدني الدولي المنظمة العالمية للملكية الفكرية، المنظمة العالمية للجمارك، مجلس أوروبا، رابطة تكامل أمريكا اللاتينية؛ ومن المنظمات الدولية غير الحكومية، الاتحاد الدولي لرابطات وكلاء الشحن (فياتا). راجع، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، تجميع تعليقات الحكومات والمنظمات الدولية، الدورة الأربعون، =

الدولية أو تنقيحها إلى تفاقم عدم الاتساق القائم حالياً في التفسير^(٣٨)، وأن اعتماد هذا التنقيح أو التعديل سيحتاج إلى وقت طويل ، فإننا نؤمن بأن هذا النهج غير عملي.

ولضمان التنسيق بين الاتفاقيات الدولية، وتعزيز إمكانية التنبؤ في المعاملات التجارية الدولية، وكفالة توحيد تطبيق تلك الاتفاقيات المعنية، فإننا نشاطر الرأي السائد الذي ينادى بضرورة وضع اتفاق موحد يلبي احتياجات التجارة الدولية ويساهم في قابلية تطبيقه على معاملات التجارة الإلكترونية. غير أننا نستبعد مبدئياً أن يكون هذا النص "غير اتفاقي" كأن يكون مثلاً في شكل قانون نموذجي.

فعلى الرغم من أن مجال أعمال القانون النموذجي أوسع بكثير من الاتفاقيات الدولية^(٣٩)؛ لأنه

(٣٨) فهناك دائماً احتمالية عدم وجود التوازن أو القراءة الحرة لتلك المعاهدات من قبل الدول المعنية، أو قيام دولة طرف في الاتفاقية بإدخال إجراءات فردية من جانبها يمكن أن تتعارض مع التزاماتها في ضوء المعاهدة، راجع:

ISHIGURO (K.), Op.Cit, p.3.

(٣٩) فقد نصت المادة (٣٤) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩، والمادة (٣٤) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات بين الدول والمنظمات الدولية أو بين المنظمات الدولية وحدها والمؤرخة بتاريخ ٢١ مارس (١٩٨٦) على أن "لا تنشئ المعاهدة التزامات أو حقوقاً للدول الغير أو المنظمات الغير بدون موافقتها" وهى قاعدة عرفية مستمدة من القانون الروماني وأصبحت معترفاً بها في كافة النظم الداخلية وانتقلت إلى القانون الدولي فأصبحت قاعدة وضعية. لمزيد من التفصيل راجع، د. إبراهيم، =

الحسبان، ليس فقط بخصوص المعاهدات السارية المفعول حتى الآن وإنما في المعاهدات الجديدة التي تبرم في مجال التجارة الدولية كذلك. وأساس ذلك، أن هذا الاتفاق الجديد لا يهدف إلى تفسير الاتفاقيات السابقة أو تعديلها وتنقيحها فحسب، وإنما تيسير سبل استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية في مجال التجارة الدولية^(٣٦).

الجانب الرابع : يذهب إلى أن الهدف المتبع تحقيقه ليس تعديل الاتفاقيات السابقة ولا تنقيحها، وإنما تيسير استخدام وسائل الاتصال الحديثة في مجال التجارة الدولية. وبناءً على ذلك، فإن أنسب وسيلة لبلوغ هدف التوحيد دون أن تثار مسألة تطويع النصوص السارية أو شرعية إجراء التنقيح تتمثل في تبنى صيغة "الاتفاق التفسيري"، حيث يمكن وفقاً له إعطاء اصطلاحات "التوقيع، والكتابة، والمستند" معنى لم يتسن تصوره عند إعداد الاتفاقيات المعنية، ومن ثم يستطيع القاضي تفسير تلك الاصطلاحات في ضوء التطورات التي شهدتها تلك المفاهيم بسبب التقنية الحديثة^(٣٧).

ثانياً: تحقيق التناسق بين الاتفاقيات الدولية من

خلال إعداد اتفاق تفسيري:

لما كان من المحتمل أن يؤدي تعديل الاتفاقيات

(٣٦) انظر: الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الاقتراح المقدم من فرنسا، المرجع السابق، ص ٢.

(٣٧) انظر: د. جنيفيف بورودو، المرجع السابق، ص ١٥.

مفاهيم مثل "المكان" أو "إرسال عرض وتسلمه"، وغير ذلك من المضامين التي تشير إلى مستندات مادية لا تتواءم مع البيئة الإلكترونية^(٤٢).

ونتيجة لكل ما سبق، نعتقد أن إصلاح تلك الاتفاقيات وتطويرها لتقبل التطبيق في الوسط الإلكتروني يمكن أن يتحقق من خلال وضع "اتفاق تفسيري" يتجلى فيه إيضاح وافٍ لتلك المفاهيم، على أن يكون مفهوماً أن هذا الاتفاق يحدث تغييراً في التفسيرات القائمة لا مجرد توضيح لها. ويمكننا أن ندعم هذا الحل بالحجج التالية :

فمن ناحية أولى : فإن هذا الحل يجد سنداً له في الفقرة الفرعية (أ) من الفقرة (٣) من المادة (٣١) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩، والتي تؤكد إمكانية وجود اتفاق لاحق بشأن تفسير المعاهدات أو تطبيق أحكامها. فقد حرصت على أن يراعى في التفسير "أي اتفاق لاحق بين الأطراف بشأن تفسير المعاهدة أو تطبيق أحكامها".

ومن ناحية ثانية : يمكن كذلك الاستناد إلى الفقرة الفرعية (ب) من الفقرة (٣) من ذات المادة لبيان أن الحاجة إلى التفسير ناشئة عن التغيرات التي حدثت في استخدام تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، فقد نصت على أن "أي ممارسات لاحقة في تطبيق المعاهدة تثبت اتفاق الأطراف بشأن تفسير المعاهدة".

(٤٢) راجع على سبيل المثال المواد (١٤)، (٣٤) من اتفاقية الأمم المتحدة في شأن البيع الدولي (فيينا ١٩٨٠).

يخاطب تقريباً كل أعضاء المجتمع الدولي^(٤٠)، إلا أن الاتفاقيات الدولية تعتبر في كثير من البلدان ذات قيمة تفوق القوانين الوطنية حتى في حالة إذا ما كان القانون المخالف أصبح نافذاً بعد نفاذ المعاهدة^(٤١)، ومن ثم يمكن أن تعتمد دولة ما قانوناً وطنياً مطابقاً لقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ثم يستبعد القاضي أحكامه لصالح الاتفاقيات التي تفرض مستندات ورقية أو توقيعات يدوية، وبالتالي يكون التوحيد من خلال هذا النهج غير مرض وغير كافٍ.

ونستبعد كذلك أي اتفاق دولي في هذا الصدد يكون مقيداً باشتراط تطبيق مبدأ المعادل الإلكتروني إلا إذا كان ذلك ممكناً من الناحية العملية، وخاصة أن هناك مجموعة من الاتفاقيات تطرح مشاكل لا يمكن حلها عن طريق الأخذ بهذا المبدأ، حيث تنطوي على

=على، المرجع السابق، ص ١٠٢٢.

(٤٠) راجع البند (٢) من دياحة القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية ١٩٨٦، ص ٢، ودليل تشريعه ص ١٦، ١٧.

(٤١) هذه القاعدة العرفية رسختها المادة (٢٧) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون المعاهدات (١٩٩٦) بقولها إنه "لا يجوز لطرف في معاهدة أن يتمسك بقانونه الداخلي كسبب لعدم تنفيذ هذه المعاهدة كما أضافت المادة (٢٧) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي تبرمها المنظمات الدولية لعام ١٩٨٦ فقرة ثانية مؤداها أنه "لا يجوز لمنظمة دولية طرف في معاهدة أن تتمسك بقواعد المنظمة لتبرير عدم تنفيذها للمعاهدة". وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن حرية التشريع التي تمارسها الدول ليست مطلقة وإنما هي مقيدة باحترام قواعد القانون الدولي العام. د. إبراهيم، على، المرجع السابق، ص ٨٦٦.

أيضاً مشروع اتفاق تفسيري يتعلق بالمادة (٢) من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ في شأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها^(٤٤).

وهذان النموذجان إن دلاً على شيء فإنما يدلان على أن العمل قد استقر على هذه النوعية من الاتفاقات ذات الشكل المبسط *Traités en Forme simplifiée*، وهذا بدوره يفتح الباب للتساؤل عن الجهة التي يمكنها إصدار هذا الاتفاق، وعن الشكل الواجب إفرغه فيه، وأيضاً عن كيفية إنفاذه على مستوى عالمي. هذه التساؤلات سنحاول الإجابة عليها من خلال البنود التالية:

١- الجهة المنوط بها إعداد الاتفاق

التفسيري

بتدقيق النظر في نصوص اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ١٩٦٩، نجد أن هذه الاتفاقية قد أرسيت مبدأً قانونياً عاماً يتمثل في أن الاتفاق التفسيري يكون مفرغاً من محتواه - أي غير ملزم - إذا صدر من غير الدول الأطراف في الاتفاق المزمع تفسيره. فبعد أن وضعت المادة (٣١) القاعدة العامة في التفسير في فقرتها الأولى والثانية، أوضحت في فقرتها الثالثة أنه يجب بالإضافة إلى ذلك مراعاة "أ) أي اتفاق لاحق بين

ومن ناحية ثالثة : فإن الاستناد إلى فكرة الاتفاق التفسيري ليست محض خيال أو افتراض، وإنما واقع ملموس، فثمة استخدام لصك يفسر اتفاقية في شكل إعلان وتوصية صادرين عن الدورة الرابعة عشرة لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص حول اتفاقية القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع. فظنراً لأن المشتريات الاستهلاكية لم تكن تحظ بمعاملة خاصة في القوانين الداخلية وقت نفاذ الاتفاقية، ومن ثم كانت تخضع للقواعد المطبقة على العقود عامة، لذلك فإن الاتفاقية نظمت مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق على البيوع ذات الطابع الدولي للمنتقولات المادية دون تفرقة بين بيوع الاستهلاك وسائر البيوع الأخرى.

وعندما تغيرت المعاملات الداخلية وبدأت تفرض سياسة حماية على تلك المشتريات لحمايتها من الممارسات غير العادلة، رُؤى أن القواعد الواردة في الاتفاقية لا تحقق الحماية الكافية التي توفرها القوانين الداخلية لبلد الإقامة العادية للمستهلك. ونتيجة لذلك، اقترح مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص وضع "صك تفسيري" بشأن بيوع المستهلكين، في شكل إعلان وتوصية مفادهما أن الاتفاقية لا تمنع الدول الأطراف من تطبيق قواعد خاصة في شأن القانون الواجب التطبيق على بيوع المستهلكين^(٤٣). كما أن هناك

(٤٣) انظر:

Actes et documents de la quatorzième cession 6au 25 octobre 1980, Ventes au consommateurs, Edités par le Bureau prenant =de la conférence, (1982), p.182 au 187.

=مشار إليه في الوثائق الرسمية للجمعية العامة، تقرير الأمين

العام، تسوية النزاعات التجارية، الدورة الثامنة والثلاثون، في

الفترة من ٢٠ نوفمبر حتى أول ديسمبر (٢٠٠٠)، ص ١٤-١٦.

(٤٤) انظر: المرجع السابق، ص ١٢.

التجارة والتحكيم ينبغي أن يراعى طرائق الاتصال وممارسات الأعمال الجديدة" (٤٧).

وبناءً على ذلك، نعتقد أن فرض إصدار هذا الاتفاق التفسيري عن طريق الدول الأطراف في الاتفاق، يتعارض مع واقع الحياة الدولية المعاصرة.

ونتيجة لذلك، نعتقد أن ليس ثمة مانع، في ظل الوضع الراهن، من أن تقوم الدول الأطراف بإسناد مهمة التفسير إلى جهة أخرى واعتبار هذا التفسير ملزماً لها بصفة نهائية. وبناءً عليه، نقترح أن يكون إصدار وثيقة على هذا النحو من الأهمية من خلال هيئة تمثل فيها النظم الاقتصادية والقانونية الرئيسية في العالم والبلدان المتقدمة تمثيلاً وافياً "كالأونسيترال" باعتبارها الجهة المنوط بها "تشجيع التنسيق والتوحيد التدريجين للقانون التجاري الدولي، والبحث عن سبل ضمان التفسير والتطبيق الموحد للاتفاقيات الدولية والقوانين الموحدة في ميدان القانون التجاري الدولي" (٤٨).

(٤٧) انظر: المرجع السابق، ذات الموضوع.

(٤٨) حول إنشاء لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) راجع، قرار الجمعية العامة رقم ٢٢٠٥ (د-١٢) في ١٧ ديسمبر (١٩٦٦)، مشار إليه في الوثائق الرسمية للجمعية العامة، مذكرة من إعداد الأمانة العامة، الدورة الثامنة والثلاثون، المرجع السابق، الحاشية ١٩، ص ١٦. وقد سلمت الجمعية العامة مراراً في قراراتها بهذا الدور التسمي للجنة، حيث ينص أحدث قرار للجمعية العامة بشأن أعمال اللجنة (القرار رقم ١٠٣/٥٤ المؤرخ في ١٧ يناير (٢٠٠٠)) "على أن اللجنة، باعتبارها الهيئة القانونية الرئيسية داخل منظومة الأمم =

الأطراف بشأن تفسير المعاهدة أو تطبيق أحكامه؛ (ب) أي ممارسات لاحقة في تطبيق المعاهدة تثبت اتفاق الأطراف بشأن تفسير المعاهدة". فالاتفاقية بهذا النص تعطي أحقية تفسير الاتفاقيات الدولية للأطراف التي أصدرتها.

غير أن الأمر الملفت للنظر هنا، أننا لسنا بصدد اتفاقية أو عدد محدود من الاتفاقيات التي تحتاج إلى تفسير موحد، وإنما نحن أمام اتفاقيات عديدة ربما يتناقض أحياناً كل منها مع الآخر (٤٥)، وتحتاج إلى تفسيرات جديدة كي يمكنها التأقلم مع المتغيرات التي حدثت لتكنولوجيا الاتصالات في السنوات الأخيرة (٤٦).

وقد عبرت عن ذلك لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بقولها إن "تلك الاتفاقيات قد تمت صياغتها في ضوء ممارسات الأعمال في التجارة الدولية وتكنولوجيا الاتصال المستخدمة في ذلك الحين وأن تلك التكنولوجيات المستخدمة في التجارة الدولية قد تطورت إلى جانب تطور التجارة الإلكترونية". وقد استطردت اللجنة في حديثها موضحة أن ثمة "اتفاقيات قانونية لاحقة مثل قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية يتجلى فيها ما تراه اللجنة والمجتمع الدولي من أن التشريع الذي ينظم

(٤٥) انظر:

ISHIGURO (K.), Op.Cit, p.2.

(٤٦) انظر: الوثائق الرسمية للجمعية العامة، تقرير الأمين العام، المرجع السابق، ص ١٨.

التقليدية^(٥٠). وتقدم الجات عام ١٩٤٧ دليلاً ساطعاً على هذا الشكل المبسط للاتفاق^(٥١).
ويتميز هذا الأسلوب بالبساطة وسرعة التطبيق من ناحية، ويتجنب البطء في الإجراءات القانونية التي تستلزم التصديق على المعاهدات وتسجيلها من ناحية أخرى.

ونتيجة لذلك، سيكون مجدياً الابتعاد قدر الإمكان عن إثارة التحفظات من جانب الدول، لكن إذا اعترضت بعض الدول على إتباع الإجراء المبسط للشكل، بحجة إن ذلك يتعارض مع قواعدها الدستورية الداخلية، فإن الرأي الراجح يميل إلى الأخذ بنظام مختلط يسمح بإنفاذ هذا الاتفاق في بعض الدول بمجرد توقيعها للاتفاق، أما باقي الدول التي تتطلب دساتيرها المرور بالإجراءات الشكلية للتعبير عن موافقتها، فيكون الإنفاذ معبر التصديق^(٥٢).

٣- الطابع العالمي للاتفاق التفسيري

نعتمد أن الأسلوب الأمثل للتوصل إلى تحديث التعريفات الواردة في مختلف النصوص ذات الصلة بالتجارة الدولية يتمثل في القيام بمبادرة من جانب الأونسيترال بإبرام اتفاق تفسيري مبسط الشكل، يهتم

ويتميز هذا الفكر بأنه يجعل من الأونسيترال المرجع الوحيد للقضاة والمحكمين، علاوة على أنه يساعد على تجنب تنافس الهيئات الأخرى (منظمات دولية حكومية أو غير حكومية) التي أعدت فيها مختلف النصوص المعنية.

٢- شكل الاتفاق التفسيري

نظراً لأن الاتفاق التفسيري لا يستهدف تعديل أو تنقيح الاتفاقيات الدولية الموجودة من قبل، أو على الأقل تغيير الالتزامات الأساسية الناتجة عن تلك الاتفاقيات، بل يسعى إلى وضع تفسير جديد لبعض الاصطلاحات كي تتلاءم مع الأساليب التكنولوجية في مجال التجارة الدولية، فإننا نتفق مع الرأي الذي يقول إن مسألة الشكل من الممكن أن تكون مبسطة؛ إذ يكفي مجرد توقيع ممثلي الدول ليصبح هذا الاتفاق نافذاً^(٤٩)، دون المرور بالإجراءات الرسمية لإبرام المعاهدات. وأساس هذا القول أن هذا الحل يُعد أساسياً للتعبير عن القبول في مختلف المعاهدات الدولية، وقد أجمع الفقه على أنه ليس هناك ما يحول في القانون الدولي دون اللجوء إلى الاتفاق المبسط الشكل، بل إنه يقف على قدم المساواة مع المعاهدات التي تتم بالطرق

(٥٠) انظر: د. إبراهيم، على، المرجع السابق، ص ٣٠٥.

(٥١) فقد دخل هذا الاتفاق حيز النفاذ بالنسبة للأطراف التي وقعت عليه ابتداءً من أول يناير عام (١٩٤٨)، أي بعد مرور ثلاثة أشهر من توقيعه في ١٣١ أكتوبر (١٩٤٧)، المرجع السابق، حاشية (٢)، ص ٣٠٦.

(٥٢) راجع: تقرير الدكتورة جنيف بورديو، المرجع السابق، ص ٨

=المتحدة في ميدان القانون التجاري الدولي، تنسيق الأنشطة القانونية في هذا الميدان".

(٤٩) ولذلك فإن هذه الاتفاقات تعتبر استثناء على القيود الدستورية التي يجب على الدول الالتزام بها في إبرام المعاهدات د. الغنيمي، محمد طلعت، المرجع السابق، ص ٤٣٧.

وبناءً على ذلك، نعتقد أن إصلاح تلك الاتفاقيات وتطويرها لتقبل التطبيق في الوسط الإلكتروني يمكن أن يتحقق من خلال وضع "اتفاق تفسيري" يتجلى فيه إيضاح وافٍ لتلك المفاهيم، على أن يكون مفهوماً أن هذا الاتفاق يحدث تغييراً في التفسيرات القائمة لا مجرد توضيح لها. وهذا الحل يجد سنداً له اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩، ومؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص.

المراجع

أولاً: المراجع العربية

القصي، عصام الدين. القانون الدولي الخاص. القاهرة: النسر الذهبي، ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣م.
 _____ "تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية". المؤتمر العلمي حول الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون. جامعة الإمارات العربية المتحدة: كلية الشريعة والقانون، المجلد الرابع، ٩-١١ ربيع الأول (١٤٢٤هـ الموافق ١٠ - ١٢ مايو ٢٠٠٣م).
 إبراهيم، علي. الوسيط في المعاهدات الدولية. القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٧ - ١٩٩٨م.
 الغنيمي، محمد طلعت. الأحكام العامة في قانون الأمم. الإسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٧٠م.
 صادق، هشام علي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. الإسكندرية: دار الفكر

بتوضيح اصطلاحات "التوقيع، الكتابة، المستند، وغيرها" في كافة الاتفاقيات الراهنة والمقبلة. ونرى ضرورة أن يتم اعتماد هذا الاتفاق من خلال مؤتمر دولي تدعى إليه كافة الدول الأعضاء في الجماعة الدولية لإضفاء الصفة الرسمية على الاتفاق بواسطة الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة. ويمكن أن تصدر المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية، وكذلك المؤتمرات الدولية، توصيات تحث فيها الدول الأعضاء على تبني هذا الاتفاق والتوقيع عليه.

الخاتمة

يتضح مما تقدم أن هناك تناقضات كثيرة فيما بين الاتفاقيات الدولية سواء في شأن إجراءات ووسائل الإثبات أو بخصوص تنقيح أو تعديل تلك الاتفاقيات، مما يترتب عليه صعوبة تطبيقها في مجال عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر شبكات الاتصال الإلكترونية. ونتيجة لذلك أجمعت الآراء على عدم ملاءمة إجراء تعديل لمختلف الاتفاقيات التي تتضمن مفاهيم - الكتابة والتوقيع والمستند - حسب كل حالة على حدة؛ لأن هذا الإجراء سيكون مرهوناً بالخطوات المنصوص عليها في الاتفاقية المراد تعديلها، وبالتالي لن يكون هناك مفهوماً موحداً لهذا التعديل. هذا بالإضافة إلى أن تحقيق الانسجام بين الاتفاقيات المعنية سيحتاج إلى سنوات عديدة، وأثناء ذلك، سيكون هناك المزيد من عدم اليقين القانوني.

الجامعي، ٢٠٠١م.

ديسمبر (٢٠٠٠م).

٢- الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثامنة والثلاثون، في الفترة من ١٢-٢٣ مارس (٢٠٠١م).

٣- الوثائق الرسمية للجمعية العامة، اقتراح مقدم من فرنسا، الدورة الثامنة والثلاثون، الفترة من ١٢-١٣ مارس (٢٠٠١م).

٤- الوثائق الرسمية للجمعية العامة، العقوبات القانونية أمام تطوير التجارة الإلكترونية في النصوص الدولية ذات الصلة بالتجارة الدولية، الدورة التاسعة والثلاثون، ١١-١٥ مارس (٢٠٠٢م).

٥- الوثائق الرسمية للجمعية العامة، تعليقات الحكومات والمنظمات الدولية (سلطنة عمان)، (٢٠٠٢م).

٦- الوثائق الرسمية للجمعية العامة، تجميع لتعليقات الحكومات والمنظمات الدولية، الدورة الأربعون، ١٤-١٨ أكتوبر (٢٠٠٢م).

ثانياً: المراجع الأجنبية

CACHARD (O.), La régulation internationale du marché électronique, L.G.D.J, avril (2002).

CAPRIOLI (E. A.), EDI et Commerce électronique au regard des normes juridiques international, lamy S.A, juin (1996).

CAPRILOI (E.) et **SORIEUL (R.)**, Le commerce international électronique; Vers l'émergence de règles juridiques transnationales, J.D.I, (1997).

CROZE (H.), Compétence (en matière internationale) Aperçu rapide du règlement

الاتفاقيات الدولية

اتفاقية بروكسيل (١٩٢٤م) بخصوص توحيد بعض القواعد الخاصة بسندات الشحن.

اتفاقية وارسو في شأن توحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي والموقعة في ١٢ أكتوبر (١٩٢٩م).

اتفاقية جنيف (١٩٥٦م) المتعلقة بعقود نقل البضائع بالطرق البرية.

الاتفاقية المكملة لاتفاقية وارسو بشأن توحيد بعض قواعد النقل الجوي الذي يقوم به شخص آخر غير الناقل المتعاقد والموقعة بتاريخ ١٨ سبتمبر (١٩٦١م).

اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات الموقعة بتاريخ ٢٣ مايو (١٩٦٩م).

اتفاقية هامبورج (١٩٧٨م) بخصوص نقل البضائع عن طريق البحر.

الاتفاقية الخاصة بالنقل الدولي للسكك الحديدية الموقعة عام (١٩٨٠م).

الاتفاقية الخاصة بتعديل بعض قواعد النقل الجوي والموقعة في مونتريال بتاريخ ٢٨ مايو (١٩٩٩م).

الوثائق الرسمية

١- الوثائق الرسمية للجمعية العامة، تقرير الأمين العام، تسوية النزاعات التجارية، الدورة الثامنة والثلاثون، في الفترة من ٢٠ نوفمبر حتى أول

mars (2001).

Le Conventions.

- 1- convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objectes mobiliers corporels (La Haye, 15 juin 1955).
- 2- convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et la représentation (La Haye, 14 Mars 1978).
- 3- convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, (Roma, 19 juin 1980.)
- 4- convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandise (vienne, 10avril 1980).
- 5- convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandise (La Haye, 22 décembre 1986).
- 6- Règlement (CE) N^o 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commercial (22 décembre 2000).
- 7- 9- Traité de L' OMPI sur le droit d'auteur et traite' de l' OPMI sur la protection des droit des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes, adoptés par la conférence diplomatique le 20 décembre (1996), disponible sur <http://www.wipo.org>.

(CE) N^o 44/2001 du conseil du 22 décembre (2000) concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et L'exécution des décisions en matière civile et commerciale, J.C.P. N^o 11-15 mars (2001).

ISHIGURO (K.), Comment résoudre les conflits transnationaux; http://droit-internet-2001.univ-paris.fr/pdf/vf/ishiguro_k.pdf, (2002).

KESSEDJIAN (C.), Les échanges de données informatisées , Internet et le commerce électronique, <http://http.hcch.net/doc/19en-pd7f.doc>, (2002).

MONNET (J), La lex. électronique, <http://perso.wanadoo.fr/mam/the-se4.htm>, 15 sept, 1998.

MOURRE (A.), Droit Judiciaire privé européen des affaires, Bruylant, (2003).

Conférences.

Conférence des Nations Unis sur le commerce et le développement.; le commerce électronique : considérations juridiques, Etude établie par le secrétariat de la CRUCED en 15 mai (1998), <http://www.unctad.org/fr/docs/pobfb/f.pdf>.

Conférence La Haye des Droit International Privè, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et L'exécution des décisions en matière civile et commerciale, J.C.P. N^o 11-15

Conventional international law and the problems of proof in e-commerce

Saleh Gad Abdul -Rahman El Manzalwy

*Professor of privet Assistant International Law
College of Law and Political Science
King Saud University*

(Received 28/12/1430 H.; accepted for publication 28/4/1431 H.)

Abstract. The title of our search is "conventional international law and the problems of proof in e-commerce." The importance of this subject that, there are many contradictions between the international agreements on both of the procedures and means of evidence, or for revision or modification of such agreements, resulting in difficulty in its application to e-commerce contracts which are made through electronic communication networks. As a result, unanimous consensus on the inadequacy of an amendment to the various agreements that include concepts - the writing , signature, and document and according to each case; because this procedure will be subject to the steps set forth in the agreements to be adjusted, and therefore there is no unitary concept of this amendment. In addition, the harmonization of the concerned agreements will take many years, during this period , there will be more legal uncertainty. According to the pervious , we believe that the reform of those agreements and adapted to accept the application in the electronic field can be achieved through the development of "interpretative agreement" reflected a adequately clarification to these concepts, it is being understood that this agreement make a difference in existing interpretations is not just to clarify it. This solution finds a bond such as Vienna agreement on the Law of Treaties in 1969s and Lahai Conference on special International Law.

حماية الاسم التجاري من المنافسة غير المشروعة: دراسة مقارنة بين القانونين السعودي والمصري

زياد بن أحمد القرشي

أستاذ القانون التجاري المساعد

قسم الأنظمة (القانون)، كلية الاقتصاد والإدارة

جامعة الملك عبد العزيز، جدة

(قدم للنشر في ١/٢٧/١٤٣١هـ؛ وقبل للنشر في ٦/٢٣/١٤٣١هـ)

ملخص. يناقش هذا البحث حماية الاسم التجاري من المنافسة غير المشروعة في المملكة العربية السعودية وجمهورية مصر العربية. ويشير هذا الموضوع عدداً من التساؤلات أهمها: ما هي دعوى المنافسة غير المشروعة وكيف يمكن استخدامها من قبل المضرور في المنازعات المتعلقة بالاعتداء على الاسم التجاري؟ ما هي صور المنافسة غير المشروعة في مجال الاسم التجاري؟ ما هي الشروط الواجب توافرها لقيام المسؤولية عن المنافسة غير المشروعة في قضايا الاعتداء على الاسم التجاري؟ ما هي الآثار التي تترتب على انعقاد المسؤولية عن فعل من أفعال المنافسة غير المشروعة للاسم التجاري؟ من هم أطراف دعوى المنافسة غير المشروعة؟ ما هي الجهة المختصة بالفصل في منازعات دعاوى المنافسة غير المشروعة؟ ما هي أوجه الشبه والاختلاف بين القواعد القانونية الخاصة بالحماية المدنية للاسم التجاري في السعودية ومصر؟

مقدمة

دور في لفت انتباه الزبائن وحثهم على الإقبال على المتجر وبالتالي ازدهار تجارة التاجر وتوسيع نشاطه. (سامي، ١٩٩٧) يستخدم التجار الاسم التجاري للتوقيع به على المستندات والتعهدات الصادرة منهم والخاصة بنشاطهم التجاري. يقوم الاسم التجاري بوظيفة دعائية وإعلانية للمتجر التجاري، كما يحفز بعض التجار اسمهم على بضائعهم ومنتجاتهم.

يلزم القانون في كل من المملكة العربية السعودية وجمهورية مصر العربية التاجر بأن يتخذ له اسماً تجارياً لتميز منشأته التجارية عن غيرها من المنشآت التجارية. يهتم التجار بالاسم التجاري إذ حتى لو لم يكن اتخاذ الاسم التجاري إجبارياً لوجدنا أن التجار يحرصون على اتخاذ أسماء تجارية، وذلك لما للاسم التجاري من

ملكية الاسم التجاري ، وإجراءات تسجيله والتصرف فيه ، ووسائل حمايته.

يتمتع الاسم التجاري في كل من السعودية ومصر بحماية مدنية وجنائية في حالة الاعتداء عليه. وعلى المستوى الدولي فقد حظي الاسم التجاري بنصيب من الحماية بموجب معاهدة باريس لحماية الملكية الصناعية لعام ١٨٨٣ م.^(٢) تتحقق حماية الاسم التجاري حماية مدنية من الاعتداء عليه من خلال دعوى المنافسة غير المشروعة ، وتعد هذه الحماية أوسع نطاقاً من الحماية الجنائية والحماية الدولية ، لأنه يجوز لصاحب الاسم التجاري في حال الاعتداء على اسمه ، بفعل من أفعال المنافسة غير المشروعة ، أن يرفع دعوى على المعتدي يطالبه فيها بالتعويض سواء كان الاسم مسجلاً أو غير مسجل.^(٣) يمكن تحريك دعوى المنافسة

(القليوبي ، ٢٠٠٥) وقد يكون الاسم التجاري هو العنصر الجوهرى في المحل التجاري كما في تجارة التجزئة وتقاس قيمة الاسم التجاري تبعاً لرقم أعمال المحل التجاري أو بمقدار ما يحققه التاجر من أرباح نتيجة استغلال المحل التجاري. (يونس ، ١٩٧٩).

انطلاقاً من أهمية الاسم التجاري في الحياة التجارية فقد سعت مصر إلى تنظيمه من خلال سننها لقانون الأسماء التجارية رقم (٥٥) لسنة ١٩٥١ م ، في حين كان صدور أول نظام أسماء تجارية سعودي عام ١٩٩٩ م.^(١) وبصدور هذا النظام يكون المنظم السعودي قد سد فراغاً كبيراً كانت تعاني منه أنظمة التجارة السعودية. ينظم قانون الأسماء التجارية المصري ونظام الأسماء التجارية السعودي طرق وأسباب اكتساب

(١) لما أسست المملكة العربية السعودية على الحكم بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، رأى القائمون على الأمر- في ذلك الوقت - ضرورة استبعاد كل ما يمت بصلة للقوانين التي تخالف أحكام الشريعة الإسلامية ، وأول شيء استبعده هو اصطلاح (القانون) نفسه حتى لا تتشابه القواعد المستمدة من الشريعة مع التي تخالفها ، واستبدل اصطلاح (النظام) باصطلاح (القانون). وعلى الرغم من اختفاء الأسباب التاريخية التي أدت لهذا الاستبدال ، غير أن استخدام اصطلاح (النظام) مازال سارياً حتى يومنا هذا. في هذه الورقة سنستخدم الاصطلاحين للدلالة على القانون دون تفرقة. لمزيد من المعلومات حول هذه المسألة أنظر أيمن سعد سليم و زياد أحمد القرشي وآخرون ، المدخل إلى دراسة الأنظمة السعودية ، دار حافظ للنشر والتوزيع ، جدة ، ٢٠٠٩ ، ص ٥ ؛ أيمن سعد سليم ، نظام المعاملات المدنية السعودي ، بين الفقه والتقنين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٤٢٩ هـ ، ٢٠٠٨ ، ص ٣ ، ٤ .

(٢) معاهدة باريس أبرمت سنة ١٨٨٣ م وهي أول اتفاقية أبرمت لحماية حقوق الملكية الصناعية على نطاق دولي. عدلت هذه الاتفاقية عدة مرات منذ العام ١٩٠٠ م في بروكسل ، ثم تعديل واشنطن في العام ١٩٢٢ ، تلاه تعديل لاهاي سنة ١٩٢٥ م ، وأعقبه تعديل لندن في ١٩٣٤ م ، وأعقبه تعديل لشبونة في ١٩٥٨ م وأخيراً تعديل استكهولم عام ١٩٦٧ . تم تنقيح التعديل الأخير في ١٩٧٩ م.

(٣) بعض الأنظمة القانونية مثل الولايات المتحدة ، لا تقوم بتسجيل الاسم التجاري Trade Name. لكن هذا لا يعني أن التجار أفراداً كانوا أو شركات لا يتخذون لهم أسماء تجارية. على العكس يمكن للتجار أفراداً كانوا أو شركات أن يتخذوا لهم أسماء تجارية. يمكن كذلك للشركة أن تتخذ من كلمة مثل Coca Cola اسماً وعلامة تجارية لها في آن واحد ، ولكن الاسم التجاري =

وشكلها الحديث المتمثل في الطفيلية الاقتصادية. تكاد تخلو المكتبة العربية من دراسات معمقة للمنافسة غير المشروعة للاسم التجاري بما فيها المنافسة الطفيلية وهي أحدث صور المنافسة غير المشروعة.

إن المراجع التي تناولت موضوع الاسم التجاري في المملكة العربية السعودية لا تتجاوز مرجعين. المرجع الأول كان قبل صدور قانون الأسماء التجارية بوقت طويل. (عبدالرحيم، ١٤٠٧) المرجع الآخر رغم أنه تناول النظام الجديد إلا أنه تناول موضوع القواعد المنظمة للاسم التجاري بشكل عام وارتكز على تفسير قواعد النظام. (نجيب، ٢٠٠٢) لم يطلع الباحث على أي بحث مرجعي تناول موضوع المنافسة غير المشروعة للاسم التجاري في السعودية. وفي ظل هذا النقص الشديد الذي تعاني منه المكتبة القانونية السعودية بشكل عام وموضوع المنافسة غير المشروعة والاسم التجاري بشكل خاص يأتي اختيار موضوع هذا البحث ليسهم في ملء جزء من هذا الفراغ.

إن اختيار قانون الأسماء التجارية المصري لمقارنته مع القانون السعودي لم تأت من فراغ. فمن المعلوم أن قانون الأسماء التجارية المصري هو أقدم قوانين الأسماء التجارية في المنطقة العربية، ولذا أدى إلى وجود دراسات سابقة كثيرة حوله، كما أن غزارة المراجع التي تناولت الاسم التجاري في مصر كانت أحد أهم أسباب اختياره كقانون مقارن في هذه الورقة،

غير المشروعة إذا ما توافرت شروطها وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، سواء أخذت المنافسة غير المشروعة شكل تقليد الاسم أو اغتصابه. تعتبر حماية الاسم التجاري عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة نظاماً متميزاً ودراسة هذا النظام تستوجب تحديد المقصود بالمنافسة غير المشروعة والأساس القانوني لهذه الدعوى من جهة، وما هي شروط وأحكام هذه الدعوى وآثارها من جهة أخرى.

أهمية الدراسة

يحتل هذا الموضوع بأهمية خاصة بالنظر إلى الدور الذي يلعبه الاسم التجاري في الحياة التجارية. ويشير الاعتداء على الاسم التجاري الكثير من الإشكاليات في الواقع العملي في كل من السعودية ومصر. على الرغم من أهمية هذا الموضوع إلا أنه لم يلق الكثير من العناية والبحث، إذ جل الدراسات التي ناقشت موضوع الاسم التجاري كانت في كتب الملكية الصناعية والتجارية وكانت تتبع المنهج الوصفي ولم تركز على الجوانب العملية والحديثة لحماية الاسم التجاري من المنافسة غير المشروعة في شكلها التقليدي

=يستمد الحماية في هذه الحالة من كونه علامة تجارية. يمكن تأسيس دعوى لحماية الاسم التجاري في هذه البلدان على أساس المنافسة غير المشروعة Unfair Competition حتى لو لم يكن الاسم مسجلاً كعلامة تجارية. أنظر خصوصاً:

Roger LeRoy Miller, Gaylord A. Jentz, Fundamentals of Business Law (Cincinnati, [OH]: Thomson Learning, 2009) p. 112.

والمصري. تتم عملية التحليل عن طريق فحص موضوع البحث في ضوء هذه القواعد ومن ثم تظهر لنا الآثار المتولدة من تطبيق القواعد على مشكلة البحث. تقارن الورقة بين موقفي النظام السعودي والقانون المصري. إن المقارنة المتبعة في هذه الورقة هي مقارنة على المستوى الأفقي بحيث ترد المقارنة على كل فكرة تعرضها الورقة ويتم تناولها في الأنظمة القانونية محل البحث.

تهدف عملية التحليل المقارن إلى الآتي :
 أولاً : الكشف عن الجوانب التي يكتنفها الغموض فيما يتعلق بالمنافسة غير المشروعة في كلا النظامين السعودي والمصري ومن ثم اقتراح الحلول بشأنها.
 ثانياً : تقويم الحلول والضمانات التي يقدمها النظامين فيما يتعلق بموضوع البحث.
 ثالثاً : توضيح مكامن الخلل في النظامين محل المقارنة.
 رابعاً : الخروج بتوصيات يمكن الأخذ بها عند إعداد قانون جديد للاسم التجاري سواء في السعودية أو مصر.

خطة الدراسة

تم تقسيم هذه الورقة إلى أربعة مباحث. المبحث الأول يدرس ماهية الاسم التجاري ناقش فيه المقصود بالاسم التجاري وتمييزه عما يتشابه به. المبحث الثاني

فضلاً عن أن القوانين المصرية تعد المثال الذي تحتذي به بعض القوانين العربية.

الإشكاليات التي يتناولها البحث

يثير موضوع هذه الورقة عدداً من التساؤلات أهمها : ما هو الاسم التجاري وما الذي يميزه عن الحقوق التي قد تتشابه معه؟ ما هي دعوى المنافسة غير المشروعة وكيف يمكن استخدامها من قبل المضرور في المنازعات المتعلقة بالاعتداء على الاسم التجاري؟ ما هي صور المنافسة غير المشروعة في مجال الاسم التجاري؟ ما هي الشروط الواجب توافرها لقيام المسئولية عن المنافسة غير المشروعة في قضايا الاعتداء على الاسم التجاري؟ ما هي الآثار التي تترتب على انعقاد المسئولية عن فعل من أفعال المنافسة غير المشروعة للاسم التجاري؟ من هم أطراف دعوى المنافسة غير المشروعة؟ ما هي الجهة المختصة بالفصل في منازعات دعاوى المنافسة غير المشروعة؟ ما هي أوجه الشبه والاختلاف بين القواعد القانونية الخاصة بالحماية المدنية للاسم التجاري في السعودية ومصر؟

منهجية الدراسة

إن المنهج المتبع في هذه الدراسة هو المنهج التحليلي المقارن. تقوم الورقة بعملية التحليل عن طريق دراسة النظام القانوني الذي يحكم المنافسة غير المشروعة للاسم التجاري في كل من السعودية ومصر في ضوء القواعد العامة وقواعد القانونين السعودي

والمصري لم يعرف الاسم التجاري إلا أنهما بينا المقصود به من خلال النصوص القانونية. قدم الفقه تعريفات متعددة للاسم التجاري نورد بعضاً منها:

يعرف جانب من الفقه الاسم التجاري بأنه الاسم الذي يستخدمه التاجر فرداً كان أو شركة في مزاولة تجارته وتمييز مؤسسته التجارية عن غيرها. (طه، ٢٠٠٦) ويعرف البعض الاسم التجاري بأنه تسمية يستخدمها التاجر علامة تميز مشروعه التجاري. (عباس، ١٩٧١) ويعرف البعض الآخر الاسم التجاري بأنه الاسم الذي يطلقه التاجر على مؤسسته التجارية لتميزها عن غيرها. (بوذياب، ٢٠٠٣) ويعرف جانب آخر من الفقه الاسم التجاري، ولعله التعريف الأدق بين هذه التعريفات، بأنه "الاسم الذي يتخذه التاجر لمحله التجاري لتميزه عن غيره من المحال التجارية المماثلة". (القليوبي، ٢٠٠٥) فنلاحظ أن هذا التيار الفقهي ركز على أن الاسم يستخدم لتميز المحل عن باقي المحلات التي تعمل في ذات النشاط، وهو ما أكده قانون الأسماء التجارية في السعودية ومصر كما سيتضح معنا لاحقاً. وأياً ما كان الأمر فالاسم التجاري لا يعدوا أن يكون أحد العناصر المعنوية التي تدخل في تكوين المحل التجاري ويأخذ شكل تسمية يستخدمها التاجر فرداً كان أم شركة في مزاولة التجارة

يناقش الحماية المدنية للاسم التجاري ونطاقها القانوني. المبحث الثالث يتناول ماهية المنافسة غير المشروعة وأساسها القانوني. المبحث الرابع يناقش النظام القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة.

المبحث الأول:

ماهية الاسم التجاري

إن دراسة موضوع المنافسة غير المشروعة للاسم التجاري تقتضي أولاً تحديد المقصود بالاسم التجاري، وكيف يتكون الاسم التجاري، وتمييزه عن المفاهيم المشابهة له. ولهذا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الاسم التجاري

المطلب الثاني: تكوين الاسم التجاري

المطلب الثالث: تمييز الاسم التجاري عما

يتشابه به

المطلب الأول: تعريف الاسم التجاري

لم يعرف نظام الأسماء التجارية السعودي ولا القانون الخاص بالأسماء التجارية المصري الاسم التجاري. وتصدر الإشارة إلى أن عدم وجود تعريف للاسم التجاري في القانونين السعودي والمصري لا يعد نقصاً أو ثغرة في هذين التشريعين، فالتعريف والاستنباط والتحليل والتنظير هو من صميم عمل الفقه والقضاء. على الرغم من أن القانونين السعودي

يتكون اسم شركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم من اسم واحد أو أكثر من الشركاء المتضامنين مقروناً بما ينبئ عن وجود شركة.^(٨) شركة المساهمة يكون اسمها مستمداً من غرضها ولا يجوز أن يشتمل اسمها على اسم شخص طبيعي إلا إذا كان غرض الشركة استثمار براءة اختراع مسجلة باسم هذا الشخص أو إذا تملك الشركة مؤسسة تجارية واتخذت أسماً لها.^(٩) بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة يجوز أن يكون أسماً مشتقاً من أسم شريك واحد أو أكثر ويجوز أن يكون ذلك الاسم مشتقاً من غرضها.^(١٠)

وبالرجوع إلى القانون المصري يتبين أن الاسم التجاري يتمثل في التسمية التي يجب أن يتخذها التاجر لمتجره والتي تتخذ من اسمه الشخصي عنصراً أساسياً، ويجوز أن يتضمن الاسم التجاري بيانات خاصة بالأشخاص المذكورين فيه متعلقة بنوع التجارة المخصص لها، كما يجوز أن يتضمن تسمية مبتكرة. أما فيما يخص الشركات فيختلف الحكم بحسب الشكل القانوني للشركة. يكون عنوان شركة التضامن اسماً تجارياً لها.^(١١) أما شركات التوصية بنوعها يعد عنوانها اسماً تجارياً لها، وعنوان أو اسم الشركة ذات المسؤولية

وتمييز متجره أو مشروعه عن غيره من المتاجر أو المشروعات المماثلة.^(٤)

المطلب الثاني: تكوين الاسم التجاري

يبين نظام الأسماء التجارية السعودي أن الاسم التجاري يتكون من الاسم المدني للتاجر، أو من تسمية مبتكرة أو من الاثنين معاً، كما يجوز أن يتضمن بيانات تتعلق بنوع التجارة المخصص لها، وبالنسبة للشركات فقد نص النظام على ضرورة مراعاة أحكام نظام الشركات.^(٥) بالنسبة للشركات يكون اسمها هو الاسم التجاري لها، ويجوز أن يتضمن هذا الاسم تسمية مبتكرة أو بيانات متعلقة بنوع التجارة التي تمارسها الشركة.^(٦) يتكون اسم شركة التضامن من اسم شريك واحد أو أكثر مقروناً بما ينبئ عن وجود شركة.^(٧)

(٤) إن مصطلح الملكية الصناعية جاء من الأصل الفرنسي (Propriété Industrielle). يعاب على هذا المصطلح أنه لا يغطي جميع صور الإبداع والابتكار العقلي كالحقوق التجارية والأدبية والفنية. لذلك اتجه الفقه بالاستعاضة عنه بمصطلح الملكية الفكرية كون هذا الأخير أوسع نطاقاً وأكثر شمولاً. ويشمل مصطلح الملكية الفكرية الحقوق الصناعية كالاختراعات والتصميمات والنماذج والرسوم الصناعية، والحقوق التجارية مثل العلامات والأسماء والعناوين التجارية، والحقوق الأدبية مثل المصنفات الأدبية والفنية. أنظر صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الفكرية، عمان، دار الثقافة، ٢٠٠٤، ص ٢٤ - ٣٢. أنظر كذلك نوري حمد خاطر، شرح قواعد الملكية الفكرية، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥، ص ١٢ - ١٣.

(٥) المادة (٢) من نظام الأسماء التجارية السعودي.

(٦) المادة (٢) من نظام الأسماء التجارية السعودي.

(٧) المادة (١٧) من نظام الشركات السعودي.

(٨) المادة (٣٧) من نظام الشركات السعودي.

(٩) المادة (٥٠) من نظام الشركات السعودي.

(١٠) المادة (١٦٠) من نظام الشركات السعودي.

(١١) المادة (٥) من قانون الأسماء التجارية المصري المعدلة بالقانون

رقم (٦٧) في ٤ فبراير (١٩٥٤).

العامة والنصوص الآمرة في القانون. (زين الدين،

(١٩٩٩)

المطلب الثالث: تمييز الاسم التجاري عن المفاهيم المتشابهة به

يرتبط الاسم التجاري في وظيفته مع بعض حقوق الملكية الصناعية، ويتشابه الاسم التجاري كذلك مع العنوان الإلكتروني مما قد يسبب بعض التشابه أو اللبس بين الاسم التجاري وهذه الحقوق. هذه الصلة وهذا التقارب تدعوان إلى ضرورة إبراز ما بالاسم التجاري من تميز وإزالة اللبس الذي قد يحدث.

أولاً: الاسم التجاري والعنوان التجاري

يعد العنوان التجاري هو التسمية المبتكرة التي يتخذها التاجر لتمييز مشروعه التجاري عن غيره. (القليوبي، ٢٠٠٥) مثال العنوان التجاري عبارة: مصبغة الأمانة، مكتبة المعرفة. في السعودية يمكن أن يتكون الاسم التجاري من الاسم المدني للتاجر، أو من تسمية مبتكرة أو من الاثنين معاً. وبالتالي يمكن اعتبار عبارة "مصبغة الأمانة" اسماً تجارياً وفقاً للنظام السعودي. أما في مصر يجب أن يتخذ التاجر من اسمه الشخصي عنصراً أساسياً في تكوين اسمه التجاري ويجوز أن يتضمن الاسم التجاري إضافة إلى الاسم الشخصي للتاجر تسمية مبتكرة. مثال ذلك أن "مصبغة الحياة لصاحبها محمد أنور إبراهيم". ومن ثم فالنظام السعودي لا يعرف الفرق بين الاسم التجاري والعنوان التجاري حسب التعريف المشار إليه أعلاه، في حين أن

المحدودة يعد اسماً تجارياً لها. بالنسبة لشركة المساهمة يكون عنوانها اسماً تجارياً لها أو تسمية خاصة بها، ويجب أن يشمل هذا الاسم ما يدل على وجود شركة مساهمة وإذا احتفظت شركة المساهمة باسم مؤسسة تجارية أخرى تملكها واتخذته اسماً لها وجب عليها أن تضيف إلى هذا الاسم عبارة "شركة مساهمة".^(١٢)

يستخلص مما سبق أن هناك اختلاف جوهري بين القواعد التي تحكم الاسم التجاري في كل من السعودية ومصر فيما يتعلق بإمكانية أن يتكون الاسم التجاري من تسمية مبتكرة. يجيز النظام السعودي أن يتكون الاسم التجاري من تسمية مبتكرة فقط دون الإشارة لاسم التاجر مطلقاً. وبذلك يكون النظام السعودي لم يفرق بين الاسم التجاري وما يسمى بالعنوان التجاري. أما القانون المصري ألزم كل تاجر بأن يتخذ اسماً تجارياً، وأجاز له أن يتخذ عنواناً تجارياً. وبذلك يمكن القول أن النظام السعودي لا يعرف العنوان التجاري كأحد عناصر المحل التجاري.

وإذا كان القانون يجيز أن يتكون الاسم التجاري للتاجر من تسمية مبتكرة مثل النظام السعودي، فيجب أن يتصف هذا الاسم بالجدة فلا يكون قد سبق للتاجر غيره في استعماله كما يجب كذلك أن يكون هذا الاسم مميزاً ولا يكون عبارة عن تسمية نوعية أو شائعة تدل على نوع التجارة فقط. (يانصيف، ١٩٩٩) وأخيراً يجب ألا يخالف الاسم التجاري النظام العام والآداب

(١٢) المادة (٧) من قانون الأسماء التجارية المصري.

لا تلازم بين الاسم التجاري والعلامة التجارية، فالاسم التجاري علم على المنشأة أما العلامة التجارية فهي دلالة يضعها التاجر على السلع أو المنتجات أو الخدمات المسجلة لأجلها.^(١٣)

في الوقت الذي يلتزم التجار أفراداً كانوا أو شركات أن يتخذوا أسماء تجارية لتمييز منشأتهم، لا يُلزم التجار بأن يتخذوا علامات تجارية لتمييز منتجاتهم أو خدماتهم. من أهم وظائف العلامة التجارية أنها تشير إلى مصدر السلعة Source Distinctiveness ولا تشير إلى محتواها Content.^(١٤) هذه هي الوظيفة التقليدية للعلامة، وقد اعتاد التاجر أن يبرز شخصيته للمشتري بوضع علامته على المنتجات. (عباس، ٢١٩٧١) في المقابل نجد أن من أهم وظائف الاسم التجاري تمييز المنشأة التجارية عن غيرها من المنشآت. يتخذ التاجر اسماً تجارياً واحداً للمتجر، في حين أن ذات التاجر يمكن أن يتخذ عدة علامات تجارية للمنتجات ينتجها أو البضائع التي يصنعها.

ثالثاً: الاسم التجاري والعنوان الإلكتروني

Domain Name

لا شك أنه يجب بداية الأمر تحديد مفهوم العنوان الإلكتروني، وكيف يعمل. كل حاسب آلي مرتبط بشبكة الانترنت لديه عنوان نظام انترنت

(١٣) قرار هيئة التدقيق بديوان المظالم رقم (٣١/ت/٤ لعام ١٤١٣هـ).

(١٤) المقصود بمصدر السلعة أو الخدمة هنا الجهة التي صنعت السلعة أو تقدم الخدمة.

القانون المصري يفرق بين الاسم التجاري والعنوان التجاري.

يختلف الاسم التجاري عن العنوان التجاري في أن الاسم التجاري واجب على التاجر لتمييز مشروعه (الخولي، ٢٠٠٤)، في حين أن العنوان التجاري يعد في مصر اختيارياً. وهكذا يمكن أن يكون الاسم التجاري مستقلاً عن العنوان التجاري مثل عبارة "متجر الياقة البيضاء للخياطة"، ويكون الاسم التجاري "محمد أنور إبراهيم". ويمكن أن يكون العنوان التجاري جزء من الاسم التجاري مثل "متجر الياقة البيضاء للخياطة لصاحبه محمد أنور إبراهيم". (يحيى، ٢٠٠٤)

لما كان اتخاذ العنوان التجاري في مصر اختيارياً لصاحب المتجر، فهو لا يخضع للحماية الجنائية التي يتمتع بها الاسم التجاري. (القليوبي، ٢٠٠٥) يمكن أن يتخذ التاجر شكلاً معيناً كعلامة تجارية مثل "زهرة اللوتس باللون الذهبي" مكتوب تحتها كلمة الزهرة لتمييز منتجات الملابس الرجالية التي ينتجها، وفي الوقت ذاته يكون هذا الشكل مع لفظ الزهرة كعنوان تجاري. في هذه الحالة يتمتع هذا الشكل بالحماية الجنائية للعلامة التجارية.

ثانياً: الاسم التجاري والعلامة التجارية

إن العلامة التجارية هي أي إشارة صالحة لتمييز السلع أو الخدمات التي تقدمها أو تنتجها منشأة ما عن تلك التي تقدمها أو تنتجها منشآت أخرى. والأصل أن

ويرى البعض الآخر أنه من غير المؤكد أن العنوان الإلكتروني يعد فرعاً أو صورة جديدة من صور حقوق الملكية الصناعية. (Endeshaw, 2000; Smith, 2007) ورأي ثالث يشير إلى أن العنوان الإلكتروني يمكن أن يكون حق ملكية فكرية كالعلامة التجارية إذا تم تسجيله كعلامة تجارية مثل "www.coca-cola.com"، إلا أن العنوان الإلكتروني بدون تسجيله كعلامة تجارية لا يمكن أن نعتبره حق ملكية فكرية. (Frey, and Renge, 2009; Holland, Reed, Lee, Kimmel, Peterson, 2007) ورأي رابع يرى أن هناك نوع من أنواع الملكية بدأ في الظهور وأطلق عليه الملكية الافتراضية Virtual Property، وهو يشمل العنوان الإلكتروني. (Chic, 2008; Alramahi, 2009) من الثابت أن العنوان الإلكتروني أصبح أحد أصول المشروع التجاري ويقوم بوظيفة تفوق الوظيفة التي تقوم بها العلامة التجارية. فالعلامة التجارية تشير إلى مصدر السلعة في حين أن العنوان الإلكتروني يذهب إلى أبعد من ذلك فهو يدل العميل علاوة على مصدر السلعة على عنوان المنتج أو مقدم الخدمة وكيفية الوصول إليه. (Burshtein, 2005) ولكن في رأينا أنه يصعب أن نعتبر العنوان الإلكتروني حقاً من حقوق الملكية الفكرية بمجرد أنه تم تسجيله لدى أحد الجهات التي تتولى تسجيل العناوين.

لم يرد العنوان الإلكتروني ضمن قائمة صور الملكية الفكرية التي تناولتها اتفاقية ترينس أو صور الملكية الفكرية التي تنص عليها مختلف القوانين

Internet Protocol Address (IP).^(١٥) هذا العنوان يحدد موقع الحاسب الآلي الذي يتصفح الانترنت. ويكون عنوان نظام الانترنت في صيغة أرقام مثل (١٢٤٥،١٢٣،٥٥،٧٧) وهذا الوضع لم يكن ملائماً للمستخدم العادي الذي يجد صعوبة في حفظ الأرقام التي تخص كل موقع. حتى العام ١٩٨٤ كانت عناوين الانترنت على شكل أرقام، وفي العام ١٩٨٥ تم ابتكار نظام Domain Name System (DNS). بموجب هذا النظام يكتب مستخدم الانترنت العنوان الإلكتروني في المكان المخصص في متصفح الانترنت على شكل حروف مثل "www.xyz.com"، ويقوم برنامج المتصفح الذي يستخدمه الشخص بإرسال طلب للبحث عن الموقع في قوائم عناوين الانترنت ويحصل على عنوان نظام الانترنت المكون من أرقام ويستخدمه للوصول إلى الموقع المطلوب.

يجب التساؤل ما إذا كان العنوان الإلكتروني حق من حقوق الملكية الصناعية مثله مثل الاسم التجاري؟ انقسمت آراء الفقه حول هذا السؤال. يرى جانب من الفقه أن العنوان الإلكتروني يعد حق من حقوق الملكية الفكرية يجب حمايته كباقي صور حقوق الملكية الفكرية تماماً. (Kaufman, 2000; Yu, 2007)

(١٥) لمزيد من المعلومات حول عنوان نظام الانترنت أنظر رامي محمد علوان، المنازعات حول العلامات التجارية وأسماء مواقع الإنترنت، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد ٢٢، ذو القعدة ١٤٢٥هـ - يناير ٢٠٠٥، ص ٢٤٧.

إلا أننا في الوقت ذاته حتى الآن لم نتمكن من تكييف العنوان الإلكتروني تكييفاً صحيحاً وعندما ننظر إليه نجد أنه لا يعدوا أن يكون ثمرة عقد أبرم بين طرفين هما مسجل العنوان وطالب التسجيل يقوم بموجبه المسجل بجعل العنوان الذي تم الاتفاق على تسجيله مشغولاً لصالح الأول مقابل أجر. وعليه، فلا المسجل ولا طالب التسجيل لا يملكان العنوان مسبقاً بل يتقدم طالب التسجيل بطلب إلى المسجل لتسجيل عنوان يحدده طالب التسجيل فيقوم المسجل بتسجيل العنوان ويلتزم بمنع تسجيل عنوان آخر مطابق للعنوان محل التسجيل ومن ثم لا يستطيع غير طالب التسجيل من استخدام العنوان الإلكتروني. يستمر التسجيل لفترة غالباً ما تمتد إلى سنتين ومن ثم إما أن يتم تجديد العقد أو أن يتوقف المسجل عن القيام بالدور المناط به وبالتالي يصبح العنوان متاحاً لمن يرغب في تسجيله. وعليه لا يمكن لنا أن نقول أن الشركة التي تملك الموقع الإلكتروني تملك العنوان الإلكتروني. العنوان الإلكتروني ليس لأحد حق ملكية عليه. وعليه فالرأي القائل بأن العقد الذي يربط مسجل العنوان وطالب التسجيل هو عقد ترخيص باستعمال العنوان لصالح طالب التسجيل غير مؤسس لأن الترخيص باستخدام أو استغلال شيء يتطلب أن يكون المرخص مالكاً لما يرخص لغيره باستخدامه أو مأذوناً له بذلك من مالك

الحق. (Aramahi, 2009)

الوطنية. إن العنوان الإلكتروني لا يمكن أن يكون حق ملكية فكرية ولكن يمكن أن يكون بوابة يوجد ورائها حق ملكية فكرية. مثال ذلك العنوان الإلكتروني لشركة "سوني". هذا العنوان بحد ذاته ليس حق ملكية فكرية ولا يتمتع بالحماية القانونية التي تتمتع بها هذه الحقوق، ولكنه يوصلنا إلى موقع هذه الشركة التي يعد اسمها علامة تجارية. إذا ما اعتدى شخص على علامة تجارية فمن الممكن أن تصدر المحكمة المنتجات التي تحمل علامة مزورة أو مقلدة، ومن الممكن أن تأمر بشطب العلامة المقلدة، وأن تأمر بتغيير عنوان موقع الانترنت، لكن ذلك لا يجعل من العنوان الإلكتروني حق ملكية فكرية. إن العنوان الإلكتروني على الرغم من أنه قد يصبح عنصراً ذا قيمة نقدية مرتفعة^(١٦)، إلا أنه لا يعدوا أن يكون مجموعة من الأرقام موجودة في قائمة لدى الجهات القائمة على توفير خدمات الانترنت، ويصعب علينا أن نعتبره صورة من صور الملكية الفكرية فهو ليس نتيجة عمل دعوب أو ابتكار أو إبداع ذهني يبرر اعتباره حق ملكية فكرية مستقل يستوجب الحماية. إن عنصر الابتكار والإبداع الذهني هو جوهر الحقوق التي ترد على أشياء غير مادية كحقوق الملكية الفكرية. (كبيرة، ١٩٧٣)

(١٦) بعض عناوين الانترنت يبعث بملايين الدولارات، أنظر الرابط التالي:

< <http://www.most-expensive.net/domain-name> >

O'Malley, Huis, Halt, Gerald, 2008)^(١٩) وإذا تم تسجيل العنوان كعلامة تجارية يكتسب الحماية القانونية المقررة للعلامة. يرى غالبية الفقه في الولايات المتحدة وبريطانيا أن العنوان الإلكتروني الخالي من أي صفة تميز لا يمكن أن يعد حق ملكية فكرية بأي حال من الأحوال. (Thronson, Grossman, Roth, Grossman, 2006) والعلة من ذلك تكمن في أن العنوان الخالي من التميز لن يتم تسجيله كعلامة ومن ثم لن يصبح حق ملكية فكرية.

تبعاً لهذا يجب التمييز بين العنوان الإلكتروني والاسم التجاري. يرى البعض أن الاسم التجاري يتشابه مع العنوان الإلكتروني في أنهما يقومان بنفس الدور، فالاسم التجاري يميز المشروع عن غيره ويسهل على المستهلكين التعرف إليه، والعنوان الإلكتروني يقوم بنفس الدور ولكن عبر شبكة الانترنت، وهذا الموقف حري بالتأييد. (غنام، ٢٠٠٧) إلا أن هناك ثمة فرق بين الاسم التجاري والعنوان التجاري يتمثل في أن الاسم التجاري في كل من السعودية ومصر هو حق ملكية مصدره القانون، وحق الملكية لا ينشأ إلا إذا أراد له القانون ذلك كما هو الحال في الاسم التجاري والعلامة التجارية. أما العنوان الإلكتروني فما هو إلا ثمرة عقد التسجيل المبرم بين المسجل والمسجل له، ولم

لقد أكدت المحاكم الأمريكية في أكثر من قضية أن حقوق المسجل وطالب التسجيل على العنوان الإلكتروني ليست حقوق ملكية، وهذا الموقف لا يتنافى مع حقيقة أن بعض العناوين الإلكترونية تصل قيمها لمبالغ خيالية، فحق الملكية شيء والقيمة النقدية للعنوان الإلكتروني شيء آخر.^(١٧) فليس لأحد حق ملكية على شيء حتى يقرر القانون ذلك الحق، ومثال ذلك الحق على العلامة التجارية لم يكن حق معترف به كحق ملكية فكرية في القرن الثامن عشر حتى قرر القانون هذا الحق للعلامة.

إن التكييف القانوني السليم في رأينا هو ما أوردته محكمة أمريكية في حكمها بالقول:

"A domain name registration is the product of a contract for services between the registrar and registrant."¹⁸

ترجمة النص السابق هي أن العنوان الإلكتروني هو ثمرة عقد تقديم خدمة بين المسجل والمسجل له. يمكن للعنوان الإلكتروني أن يسجل كعلامة تجارية في كثير من دول العالم مثل الولايات المتحدة الأمريكية شريطة أن يتوفر في العنوان شروط تسجيل العلامة من تميز وجدة ومشروعية. (O'Donnell,

See e.g., Network Solutions, Inc. v. Umbro International, (١٧)

Inc., 529 S.E.2d 80 (2000), the Supreme Court of Virginia; Dorer v. Arel, 60 F. Supp.2d 558, 561 (E.D. Va. 1999);

Network Solutions, Inc. v. Umbro Int'l, Inc., 259 Va. 759, (١٨)

770 (2000) (citing Dorer v. Arel, 60 F. Supp. 2d 558, 561 (E.D. Va. 1999). See contrary view in Kremen v. Cohen, 337 F.3d 1024 (9th Cir. 2003)

(١٩) أنظر إجراءات تسجيل العنوان الإلكتروني كعلامة تجارية في موقع مكتب براءات الاختراع والعلامات التجارية الأمريكي: <<http://www.uspto.gov/go/tac/notices/guide299.htm>>

ونطاقها القانوني. ولهذا سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين. المطلب الأول يدرس شروط الحماية المدنية للاسم التجاري، أما المطلب الثاني فيتناول النطاق القانوني لحماية الاسم التجاري.

المطلب الأول: شروط الحماية المدنية للاسم التجاري
لا يشترط أن يكون الاسم التجاري مقيداً في السجل التجاري ليتمتع بالحماية المدنية من خلال دعوى المنافسة غير المشروعة طالما توافرت أركان هذه الدعوى من خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر. ولكن الاسم التجاري غير المقيّد في السجل التجاري قد يثير إشكاليات عند حمايته. وهذه الإشكاليات قد تظهر في حالتين: الحالة الأولى عندما يثور نزاع بين تاجرين بخصوص المنافسة غير المشروعة للاسم التجاري ويكون هذا الاسم غير مقيّد في السجل التجاري، والحالة الثانية عندما يتنازع تاجرين على اسم أحدهما يستخدمه كعلامة تجارية والآخر يدعي ملكيته له كاسم تجاري.

أولاً: النزاع على اسم تجاري غير مسجل بين

تاجرين

بادئ ذي بدء يجب أن نشير إلى أن الحماية القانونية للاسم التجاري تثبت لمالك الاسم التجاري. والسؤال الذي يثار هنا كيف تكتسب ملكية الاسم التجاري؟ ينص نظام الأسماء التجارية السعودي على أنه "لا يجوز لتاجر آخر، بعد قيد الاسم في السجل

يعتبره لا القانون ولا الواقع حق ملكية. يعتبر الفقيه

Jeremy Bentham :

"Property and law are born together, and die together. Before laws were made there was no property; take away laws, and property ceases."(Bentham, 1882)^(٢٠)

والمقصود من أن الملكية والقانون ولداً معاً، ويموتاً معاً، وقبل القانون لم يكن هناك ملكية، ولو ألغيت القوانين لانقضت الملكية. أما القاضي Holmes ، فهو يعتبر بدوره أن :

"Property, a creation of law, does not arise from value".^(٢١) .

الملكية مصدرها القانون ولا تلعب قيمة الشيء النقدية دوراً في اعتباره حق ملكية. ولذلك فإن القول بأن الدور الذي يلعبه العنوان الإلكتروني قد تعدل بسبب تفاقم دوره الاقتصادي وبالتالي يمكن أن يصبح الحق في العنوان الإلكتروني حق ملكية لا يلقي قبول لدينا.^(٢٢)

المبحث الثاني:

الحماية المدنية للاسم التجاري

يناقش هذا المبحث موضوع الحماية المدنية للاسم التجاري. يدرس المبحث شروط هذه الحماية

(٢٠) Cited in, Moe Alramahi, supra, at p. 87).

(٢١) Int'l News Servs. v. Associated Press, 248 US 215 (1918), at p. 146. (Cited in, Moe Alramahi, supra, at p. 87).

(٢٢) انظر رأي مخالف لرأينا شريف محمد غنام، مرجع سابق،

التجارية إذ ينشأ الحق في تملك هذه الحقوق بالتسجيل وليس بالاستعمال.^(٢٥)

أما في مصر، إذا ما تم قيد الاسم التجاري في السجل التجاري وشهر هذا القيد في جريدة الأسماء التجارية اكتسب مسجل الاسم حق ملكية عليه في نطاق مكاني معين سنينه في المطلب الثاني.^(٢٦) وعليه لو قام شخص باستخدام اسم تجاري ولم يسجله وقام آخر بتسجيل هذا الاسم عن تجارة مماثلة ترجح الأولوية بينهما لمن قام بالتسجيل، فهو صاحب الحق على الاسم، فالتسجيل يعتبر قرينة قاطعة على الملكية لا تقبل إثبات العكس. (القليوبي، ٢٠٠٥) أما إذا قامت المنازعة بين تاجرين على ملكية الاسم التجاري ولم يكن أحد منهما قد قام بتسجيله في السجل التجاري، فإن الأفضلية تكون للأسبق في الاستعمال. (عباس، ١٩٧١) ويتضح هنا تطابق موقفي القانونين السعودي والمصري من هذه المسألة.

ثانياً: التراع بين الاسم التجاري والعلامة

التجارية

قد يحدث أن يشور نزاع بين تاجرين حول اسم معين أحدهما يستخدمه كاسم تجاري والآخر يستخدمه كعلامة تجارية ولم يكن أي منهما قد سجله لصالحه. من المؤكد أن هذا الوضع سيثير اللبس لدى الجمهور.

التجاري، استعمال هذا الاسم في المملكة في نوع التجارة التي يزاولها، وإذا كان الاسم التجاري المطلوب قيده يشبه اسماً تجارياً سبق قيده في السجل التجاري وجب على التاجر أن يضيف إلى هذا الاسم ما يميزه عن الاسم السابق قيده.^(٢٣) يفهم من هذا النص أن قيد الاسم في السجل التجاري ينشئ حق الملكية على هذا الاسم، ويعتبر القيد قرينة قاطعة على ملكية الاسم لا تقبل إثبات العكس. ومن ثم يكون للتاجر الذي قيد اسمه التجاري في السجل التجاري الحق في أن يحتكر استعمال الاسم في نوع التجارة التي يزاولها ولو سبقه غيره في استعماله ولو كان هذا التاجر الأخير هو الأسبق في الاستعمال. أما إذا ثار نزاع بين تاجرين على ملكية اسم تجاري ولم يكن أي منهما قد قام بقيده في السجل التجاري تثبت ملكية الاسم "لأسبقهما في الاستعمال الظاهر".^(٢٤) والاستعمال الظاهر يكون باستخدام التاجر لهذا الاسم على مطبوعاته وفواتيره وواجهات محلاته وإعلاناته. (العباسي، ٢٠٠٢) وعلاوة على الأسبقية والاستعمال الظاهر في الاستخدام يجب أن يتسم هذا الاستخدام بالاستمرارية بحيث يستخدم التاجر الاسم على وجه الدوام ودون انقطاع، فالانقطاع في الاستخدام يؤدي إلى فقد الاعتراف بحقه على اسمه وبمحمليته. (نجيب، ٢٠٠٢) يتفق الاسم التجاري في السعودية مع العلامة

(٢٥) المادة (٢١) من نظام العلامات التجارية السعودي.

(٢٦) المادة (٣) من قانون الأسماء التجارية المصري، والمواد (١)،

(٢، ٣) من اللائحة التنفيذية لقانون الأسماء التجارية المصري.

(٢٣) المادة (٦) من نظام الأسماء التجارية السعودي.

(٢٤) المادة (٤) من نظام الأسماء التجارية السعودي.

يجوز له الاعتراض على العلامة المسجلة بعد مضي فترة الاعتراض المشار إليها.

ومن الأمثلة العملية على هذه الحالة قضية سعودية تتلخص وقائعها في أن شخص سجل كلمة "مياه الفردوس الصحية" كعلامة تجارية في العام ١٤١٦هـ وكان قد سجل هذه العبارات كاسم تجاري لمؤسسته منذ العام ١٤٠٤هـ، وكان يضع هذا الاسم على منتجاته. وفي العام ١٤١٣هـ تقدم شخص آخر إلى وزارة الصناعة واستخرج تصريحاً لإنشاء مصنع تعبئة مياه صحية باسم "مصنع مياه الفردوس الصحية"، وقام بتسجيل نفس الاسم في السجل التجاري واستعمله على منتج من المياه الذي يماثل منتج المدعي المسجلة له العلامة. حكمت الدائرة بإلزام المدعى عليه بشطب عبارة (مياه الفردوس) من شهادة سجله التجاري والترخيص الصناعي ومنعه من استعمال أو استغلال هذه العلامة بأي صورة من الصور. كما أيدت هيئة التدقيق هذا الحكم استناداً إلى أن هذا الاستعمال يؤدي إلى وجود تشابه بين المنشأتين من شأنه تضليل جمهور المستهلكين.^(٢٨)

بالنسبة لمصر فوفقاً لقانون العلامات التجارية المصري تكتسب ملكية العلامة بواقعة الاستعمال لا بواقعة التسجيل. ويعد تسجيل العلامة قرينة على ملكيتها لمن سجلت باسمه، إلا أن واقعة التسجيل

في هذه الحالة لا يكون الحل صعباً، إذ أن الأولوية في الاسم تكون لمن كانت له الأسبقية في استعماله. ولكن ماذا لو أن اسم ما استخدمه تاجران أحدهما استخدمه قبل الآخر كاسم تجاري ولم يكن مقيداً، والآخر استخدمه كعلامة تجارية مسجلة. لمن تكون الحماية في هذه الحالة؟ لا يمكن الإجابة على هذا السؤال إلا بعد تحديد موقف قانوني العلامات التجارية السعودي والمصري للوقوف على التكييف الصحيح للواقعة.

يأخذ نظام العلامات التجارية السعودي بنظام ثبوت ملكية العلامة بواقعة التسجيل، ووفقاً لهذا النظام لو وقع نزاع بين شخصين على ملكية علامة تجارية وثبت أن أحدهما قد استعملها قبل الآخر، فالملكية تثبت لمن قام بالتسجيل دون الآخر، فالاستعمال بمفرده وفقاً لهذا النظام لا ينشئ حق ملكية مهما طال مدته. (الشمري، ٢٠٠٦) إلا أن نظام العلامات السعودي أجاز لكل ذي مصلحة الاعتراض على قبول تسجيل العلامة أمام ديوان المظالم خلال تسعين يوماً من تاريخ شهرها^{٢٧}. وعليه عندما يكون هناك نزاع بين متقدم لتسجيل علامة، ومستخدم لنفس العلامة كاسم تجاري غير مسجل، فإنه يمكن له الاعتراض على قبول تسجيل العلامة خلال فترة التسعين يوم من تاريخ شهر العلامة ويكون له الأسبقية في تسجيل الاسم التجاري. ولكن صاحب الاسم لا

(٢٨) قرار هيئة التدقيق بديوان المظالم رقم ١٦٦/ت/٣ لعام

١٤١٨هـ.

(٢٧) المادة (١٥) من نظام العلامات التجارية السعودي.

أولاً: النطاق النوعي للحماية

يعتبر القانون في كل من السعودية ومصر حق التاجر على الاسم التجاري حق نسبي؛ متعلق بنوع التجارة التي يمارسها التاجر.^(٣١) وعليه لا يجوز للتاجر أن يتخذ لنفسه اسماً تجارياً سبق للغير استعماله في ذات التجارة. ولكن يستطيع التاجر أن يستعمل ذات الاسم لتمييز مشروعه إذا كان النشاط مختلفاً. والعلة وراء جواز استعمال الاسم في الحالة الثانية هي لانتفاء الضرر، إذ أن الغاية من منع استخدام التاجر لاسم تجاري يستخدمه تاجر آخر في نفس التجارة هي منع الخلط واللبس لدى الجمهور الذي قد يؤدي إلى منافسة غير مشروعة.

إلا أن هناك اتجاه حديث في فرنسا لا يمنع من أن تسمع دعاوى المنافسة غير المشروعة في الحالات التي يكون فيها النشاط التجاري للتاجر مختلفاً عن النشاط الآخر الذي يتخذ نفس الاسم. سنناقش هذه المسألة عند حديثنا عن المنافسة والتصرفات الطفيلية.

ثانياً: النطاق المكاني

يختلف موقف النظام السعودي والقانون المصري فيما يتعلق بالنطاق المكاني لحماية الاسم التجاري.

يعطي النظام السعودي للاسم التجاري حماية أوسع من الناحية المكانية من القانون المصري. وفقاً

(٣١) أنظر المادة (٦) من نظام الاسم التجاري، والمادة (٣) من قانون الاسم التجاري المصري.

قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، أي يستطيع من سبق له استعمال العلامة ذاتها أن يثبت عدم أحقية من سجلت العلامة باسمه في الحق على العلامة التجارية، وإذا ما ثبت للمحكمة ذلك كان لها أن تحكم بملكية العلامة لمن سبق له الاستعمال. (القليوبي، ٢٠٠٥) فالعبرة بمن استعمل العلامة لا بمن سجلها. بيد أن المشرع المصري لم يأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها بل إنه أعطى الحق لمن كان الأسبق في استعمال العلامة ممن سجلت باسمه الحق في الطعن ببطالان التسجيل خلال الخمس سنوات التالية للتسجيل. وعليه فلو كان هناك نزاع بين شخص سجلت علامة تجارية باسمه ولم يمض على تسجيلها خمس سنوات، ومستخدم لنفس العلامة كاسم تجاري غير مسجل، فإنه يمكن للأخير الاعتراض على قبول تسجيل العلامة خلال فترة الخمس سنوات المذكورة ويكون له الأسبقية في تسجيل الاسم التجاري.^(٢٩) ولكن الأسبق في استعمال الاسم لا يجوز له الاعتراض على العلامة المسجلة بعد مضي فترة الخمس سنوات ما لم يثبت أن تسجيل العلامة قد اقترن بسوء نية.^(٣٠)

المطلب الثاني: النطاق القانوني لحماية الاسم التجاري

يحمي القانون حق التاجر في الاسم التجاري في مواجهة الغير في نطاق نوعي ومكاني وزماني.

(٢٩) المادة (٦٥) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم (٢٠٠٢/٨٢).

(٣٠) المادة (٦٥) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم (٢٠٠٢/٨٢).

التجار من الإلزام بالقيود تسهيلاً عليهم ، وان كان هذا لا يعني حرمان هؤلاء من التقدم بطلب القيد في السجل متى قدروا أن ثمة مصلحة لهم في ذلك إذ أن هذا الإعفاء مجرد رخصة مقررّة لصالحهم. بمعنى أن التاجر الذي يبلغ رأس ماله النصاب يجب أن يقيد اسمه في السجل التجاري الذي يقع في دائرته محله ، وكذا الحال بالنسبة لفروع المحل. أما إذا لم يبلغ رأس مال التاجر النصاب المذكور فلا يكون ملزماً بالقيود في السجل التجاري ، غير أن حماية اسمه التجاري لا تتحقق إلا إذا سجل اسمه في السجل التجاري. فالتاجر الذي لا يكون ملزماً بالقيود في السجل التجاري لعدم بلوغ رأس ماله النصاب يجب عليه أن يقيد نفسه في السجل ليحظى بالحماية التي قررّها نظام الأسماء التجارية. ولكن ماذا لو كان للتاجر اسم تجاري يرغب في حمايته وكان له فرع رئيسي في مدينة جدة وفرع في مدينة الرياض ورأس ماله لم يبلغ النصاب؟ هل يلتزم التاجر بقيد اسمه في كل مكاتب السجل التجاري التي يقع في دوائرها فروع محله ليتمتع بالحماية؟ أم يكتفى بالتسجيل في مكتب السجل التجاري الذي يقع في دائرته محله الرئيسي؟ لم يجيب نظام الأسماء التجارية على هذا السؤال. فنحن نرى أنه يجب أن يقيد التاجر اسمه في السجل التجاري الذي يقع في دائرته محله الرئيسي ويقيد اسمه في كل مكاتب السجل التجاري التي يقع في دوائرها فروع محله ، وذلك لأن نظام الاسم التجاري اشترط لتوفير الحماية للاسم التجاري

لنص المادة (٦) من النظام لا يجوز لتاجر آخر ، بعد قيد الاسم في السجل التجاري ، استعمال هذا الاسم في كافة أرجاء المملكة في نوع التجارة التي يزاولها التاجر الذي سجل الاسم لمصلحته. تأخذ الشركات نفس حكم التجار الأفراد فيما يتعلق بتطبيق حماية الاسم التجاري على كافة أرجاء المملكة.

غير أن هناك مسألة لم يوضحها النظام السعودي فيما يتعلق بقيد الاسم في السجل التجاري. ينص النظام على أنه بعد قيد الاسم في السجل التجاري ، يمنع استعمال هذا الاسم في كافة أرجاء المملكة في ذات نوع التجارة التي يزاولها التاجر الذي سجل الاسم لمصلحته. فالسؤال الذي يثار هو أن بعض التجار يكون لهم فروع في أرجاء متعددة من المملكة فأين يتم قيد الاسم في السجل التجاري ليتمتع على الغير تسجيل هذا الاسم؟ هل يُكتفى بتسجيل الاسم في مكتب السجل التجاري الذي يقع في دائرته الفرع الرئيسي أم أنه يجب تسجيل الاسم في كل الفروع؟

يلزم نظام السجل التجاري كل تاجر متى ما بلغ رأس ماله مائة ألف ريال أن يتقدم بطلب لقيد اسمه في السجل التجاري الذي يقع في دائرته هذا المحل سواء أكان مركزاً رئيساً أم فرعاً أم وكالة.^(٣٢) وتنص المذكورة التوضيحية لنظام السجل التجاري على أن الهدف من تحديد النصاب المذكور في هذه المادة هو إعفاء صغار

(٣٢) المادة (٣) من نظام السجل التجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٢/٢/١٤١٦هـ.

القانون المصري في أن استمرارية حماية الاسم التجاري مرتبطة باستمرارية قيد التاجر في السجل التجاري.

في السعودية إذا قام التاجر بقيد اسمه في السجل التجاري فهو ليس بحاجة لتجديد القيد في السجل فقيده يبقى قائماً ما لم يشطب قيد التاجر في السجل التجاري.^(٣٤) إلا أن وزارة التجارة والصناعة تصدر شهادات قيد في السجل التجاري مدتها خمس سنوات. وفي عام ١٤٢٨هـ أصدرت وزارة التجارة ضوابط جديدة تنص على أنه في حالة عدم قيام التاجر بتجديد شهادة قيده في السجل التجاري خلال ٩٠ يوماً من تاريخ انتهاء الشهادة تشعر الوزارة التاجر بانتهاء صلاحية الشهادة وعليه القيام بتجديد القيد قبل إصدار قرار بإلغائه. وفي هذا الإجراء مخالفة صريحة لنظام السجل التجاري، إذ أن النظام لم يجعل عدم تجديد شهادة القيد سبباً من الأسباب الموجبة لشطب قيد التاجر. وبالتالي لو تم شطب قيد التاجر في السجل التجاري لعدم التجديد وسقطت الحماية عن الاسم التجاري فإنه يجوز الطعن في قرار الشطب لعدم استناده إلى صحيح النظام. كان الأولى بالوزارة أن تعدل النظام بالطرق الصحيحة وتحدد مدة صلاحية القيد وترتب جزاء على عدم التجديد وهو شطب التسجيل. من ناحية أخرى، يمكن للحماية القانونية للاسم التجاري

أن يتم قيد اسم التاجر في السجل التجاري وفقاً لأحكام نظام السجل التجاري.

على العكس من ذلك، ينص قانون الأسماء التجارية المصري على أنه إذا تم قيد الاسم التجاري في السجل التجاري وتم شهره في جريدة الأسماء التجارية، فلا يجوز لتاجر آخر استعمال ذات الاسم أو اسم مشابه له في نوع التجارة التي يزاولها صاحبه في دائرة مكتب التسجيل الذي حصل فيه قيد الاسم التجاري سواء كان هذا الاسم يخص تاجرًا فرداً أو شركة تضامن أو توصية بسيطة.^(٣٣) أما بالنسبة لشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة والتوصية بالأسهم فتمتد حماية الاسم التجاري لها على إقليم الدولة بأكمله سواء تم تسجيل الاسم في مكتب واحد أو في جميع مكاتب السجل الموجودة في الجمهورية. والحكمة من مد حماية أسماء هذه الشركات ليشمل كامل إقليم الدولة تكمن في أنها تمثل عادةً نشاطاً اقتصادياً له أهمية يتصور معه أن تمتد خدماتها داخل إقليم الدولة وبالتالي يجب أن تتميز عن مثيلاتها داخل نطاق هذا الإقليم. (القليوبي، ٢٠٠٥)

ثالثاً: النطاق الزماني للحماية

إذا كان حق التاجر على الاسم التجاري مقيد بنوع التجارة وبالنطاق المكاني المشار إليهما أعلاه، فإنه أيضاً مقيد بإطار زمني. يتفق النظام السعودي مع

(٣٤) حدد نظام السجل التجاري أسباب شطب السجل التجاري في ترك التاجر تجارته بصفة نهائية، أو وفاة التاجر، أو انتهاء تصفية الشركة. المادة (٧) من نظام السجل التجاري.

(٣٣) المادة (٣) من قانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ الخاص بالأسماء التجارية المصري.

السلع والخدمات وتخفيض الأسعار وتنمية روح الخلق والإبداع.

إلا أن المنافسة تشتد بين التجار في بعض الأحيان وتتجاوز حدود المنافسة المشروعة والنزيرة نتيجة لجوء البعض إلى وسائل تنافى وأعراف وعادات التجارة. لذلك تسعى الدول المختلفة إلى تنظيم المنافسة بين التجار للحيلولة دون أن يضر التجار ببعضهم البعض؛ فتسائل من يستخدم الوسائل غير المشروعة لاجتذاب عملاء منافسه وتلزمه بالتعويض عن الضرر الذي تسبب فيه وكذلك الكف عن الاستمرار في هذا العمل عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة.

نتعرض في هذا المطلب إلى تعريف المنافسة غير المشروعة ومقارنتها مع المنافسة الممنوعة.

أولاً: تعريف المنافسة غير المشروعة

لا يوجد في الأنظمة السعودية تعريف للمنافسة غير المشروعة. أما قانون التجارة المصري فهو يعرف المنافسة غير المشروعة على أنها "كل فعل يخالف العادات والأصول المرعية في المعاملات التجارية".^(٣٦) يتسم هذا التعريف بكثير من العمومية وهو موقف جدير بالتأييد، إذ أنه من غير المناسب إعطاء تعريف ضيق للمنافسة غير المشروعة ذلك أن أعمال المنافسة غير المشروعة لا تدخل تحت حصر كما أن وسائل

أن تنقضي إذا استبدل التاجر اسمه باسم جديد، فعندها يفقد الاسم القديم الحماية ويكتسبها الاسم الجديد. (نجيب، ٢٠٠٢)

وفي مصر يجب على التاجر أن يجدد قيده في السجل التجاري كل خمس سنوات.^(٣٥) وإذا شطب قيده سواء لعدم التجديد أو لأي سبب آخر مثل اعتزال التاجر للتجارة فإنه تنتهي الملكية على الاسم التجاري.

المبحث الثالث:

ماهية المنافسة غير المشروعة وأساسها القانوني

يناقش هذا المبحث ماهية المنافسة غير المشروعة وأساسها القانوني. لذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نناقش في الأول ماهية المنافسة غير المشروعة، ونبحث في الثاني الأساس القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة.

المطلب الأول: ماهية المنافسة غير المشروعة

تعتبر المنافسة روح التجارة وجوهرها، وباب المنافسة بين التجار مفتوحاً على مصراعيه وللتاجر اتخاذ ما يراه مناسباً لجذب العملاء إلى متجره وترويج أكبر قدر ممكن من السلع والخدمات لتحقيق كم كبير من الأرباح. وتؤدي المنافسة بين التجار إلى تحسين جودة

(٣٥) المادة (٩) من قانون السجل التجاري المصري رقم

(١٩٧٦/٣٤).

(٣٦) المادة (٦٦) قانون التجارة رقم (١٧/١٩٩٩).

للقانون أو العادات أو الشرف. (القليوبي، ١٩٧٦) يخلط هذا التعريف بين المنافسة الممنوعة والمنافسة غير المشروعة أيضاً. كما تم تعريف المنافسة بأنها "التزام على الحرفاء أو الزبناء عن طريق استخدام وسائل منافية للقانون أو الدين أو العرف أو العادات أو الاستقامة التجارية أو الشرف المهني". (السباعي، ١٩٨٦) وعلى الرغم من خلط هذا التعريف بين المنافسة الممنوعة والمنافسة غير المشروعة إلا أنه يتميز بإضافة شيء جديد وهو المنافسة عن طريق جذب تاجر للعاملين الذين يعملون لدى تاجر آخر باستخدام وسائل غير مشروعة أو منافية الدين أو العرف أو العادات أو الاستقامة التجارية أو الشرف المهني.

ويرى تيار آخر المنافسة غير المشروعة أنها لجوء التاجر في سبيل اجتذابه للعملاء وتحقيق أكبر قدر من الربح إلى وسائل تتنافى مع الأمانة والنزاهة والعادات المحلية الجارية في التجارة والصناعة. (عباس، ١٩٧١) يمتاز هذا التعريف بتركيزه على المنافسة غير المشروعة وعدم خلطها بالمنافسة الممنوعة.

ويمكن أن نلاحظ أن جميع التعريفات التي وضعها الفقه تدور في فلك واحد ألا وهو أن المنافسة تحدث عندما يقوم التاجر باستخدام وسائل منافية للعادات أو الأعراف التجارية وذلك لاجتذاب عملاء منافسيه إليه أو صرفهم عنه.

ثانياً: المنافسة غير المشروعة والمنافسة الممنوعة

يفرق فقهاء القانون بين المنافسة غير المشروعة والمنافسة الممنوعة. إن المنافسة غير المشروعة تفترض أن

المنافسة غير المشروعة وطرق الغش والاحتيال تتطور وتزداد بشكل مستمر. (وهب، ١٩٩٠)^(٣٧) وبالرجوع إلى القضاء نلاحظ أن محكمة النقض المصرية في حكم لها عرفت المنافسة غير المشروعة على أنها "كل عمل غير مشروع قصد به إحداث لبس بين منشأتين أو إيجاد اضطراب بإحدهما وكان من شأنه اجتذاب عملاء إحدى المنشأتين للأخرى أو صرف عملاء المنشأة عنها".^(٣٨)

أما الفقه فالبعض منه يعرف المنافسة غير المشروعة على أنها "ارتكاب أعمال مخالفة للقانون أو العادات، أو استخدام وسائل منافية لمبادئ الشرف والأمانة في المعاملات إذا قصد بهذه الأعمال إحداث لبس بين منشأتين تجاريتين أو إيجاد اضطراب بإحدهما متى كان من شأنه اجتذاب عملاء إحدى المنشأتين للأخرى أو صرف عملاء المنشأة عنها". (قاسم، ١٩٩٧) يلاحظ على هذا التعريف تأثيره بحكم محكمة النقض السابق، كما أنه يخلط بين المنافسة الممنوعة والمنافسة غير المشروعة.

ويعرف البعض الآخر المنافسة غير المشروعة على أنها استخدام الشخص لطرق ووسائل منافية

(٣٧) مشار إليه في عبد الرحمن السيد قرمان، المنافسة الطفيلية (دراسة لمدى مشروعية التطفل الاقتصادي على قيم المنافسة التجارية القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٢١، حاشية ٣.

(٣٨) حكم محكمة النقض المصرية رقم (٦٢) لسنة ٢٥، جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥م، السنة (١٠).

محصورة حالياً في ثلاث شركات ويمنع غيرها من تقديم هذه الخدمة. هذا يعني أن المنافسة في مجال الهاتف الجوال ممنوعة، ومن ثم فمسئولية المخالف تستند إلى منع المنافسة وليس إلى المنافسة غير المشروعة.^(٣٩)

والصورة الثانية من صور المنافسة الممنوعة تحدث عند قيام شخص بأفعال تنطوي على إخلال بالتزام تعاقدى أبرمه مع الغير بعدم المنافسة. في هذا الشكل من أشكال المنافسة الممنوعة يستمد المنع من المنافسة من العقد لا من القانون. مثال ذلك لو التزم بائع المتجر الذي تنازل كذلك عن اسمه التجاري بالامتناع عن إقامة تجارة مماثلة. يهدف هذا الاتفاق إلى حماية مشتري المتجر التجاري من منافسة البائع له بإلزام البائع بعدم وضع اسمه التجاري المباع على متجر آخر يمارس نفس النشاط التجاري للمتجر المبيع لأن ذلك يؤدي إلى استبقاء البائع لأهم عناصر المتجر المبيع وهو عنصر الاتصال بالعملاء (الفقهي، ٢٠٠٧)، وهذا يرجع إلى واجب ضمان الشيء المبيع.

إن مناقشة الإشكاليات القانونية التي تثيرها المنافسة الممنوعة ليست محل بحثنا، ولكن ما يهمنا هنا أن نبين أن دعوى المنافسة الممنوعة تختلف عن دعوى المنافسة غير المشروعة في أن القاضي لا يحكم لصالح المدعي في الدعوى الأخيرة إلا إذا تحقق من وقوع أعمال منافسة غير مشروعة أصابت المدعي بالضرر،

المنافسة أمر مباح، ولكن مرتكب الفعل المنافس انحرف عن قواعد الاستقامة وحسن التعامل المألوف في الوسط التجاري بهدف جذب عملاء منافسيه إليه، فمسئوليته تثار ليس لأن المنافسة ممنوعة بل لأنه انحرف في منافسته للغير عن المبادئ والعادات التجارية باستعماله أساليب ملتوية لتحويل عملاء الآخرين نحوه.

وتقوم المنافسة الممنوعة في المقابل على أساس أن المنافسة في مجال ما تكون محظورة أصلاً. (الحجار والحجار، ٢٠٠٤) للمنافسة الممنوعة صورتين؛ الصورة الأولى تتحقق عند قيام شخص بعمل يحظر عليه القانون القيام به بمقتضى نص خاص. مثال ذلك قيام شخص لا يحمل درجة البكالوريوس في الهندسة بممارسة نشاط مقاوله إنشاء المباني على الرغم أن القانون لا يسمح بممارسة هذا النشاط إلا للمهندسين المرخصين الحاصلين على شهادة في الهندسة. (يونس، ١٩٧٠) في هذه الحالة يكون من مارس هذا العمل دون أن تنطبق عليه الشروط قد خالف القانون ولا يدخل عمله في باب المنافسة غير المشروعة، بل يكون عملاً من أعمال المنافسة الممنوعة. أما إذا كان الشخص تتوافر فيه الشروط القانونية للقيام بهذا العمل ويحمل شهادة في الهندسة فيجوز له ممارسة هذا النشاط، ولكن لو لجأ في سبيل اجتذابه للعملاء إلى وسائل تتنافى مع الأمانة والنزاهة فيدخل عمله في المنافسة غير المشروعة. ومن الأمثلة المعاصرة فيما يتعلق بالمنافسة الممنوعة نذكر تقديم خدمة الهاتف الجوال في السعودية. هذه الخدمة

(٣٩) هذا المثال مستقى من مثال مشابه ورد في حلمي محمد الحجار و هالة حلمي الحجار، مرجع سابق، ص ٣٩-٤٠.

تستند دعوى المنافسة غير المشروعة كذلك على النهي الصريح عن المنافسة الذي ورد في قول الرسول صلى الله عليه وسلم "ولا تنافسوا". (العسقلاني، ١٩٨٧) والمقصود هنا النهي عن التنافس على عرض الدنيا بالوسائل غير المشروعة. (قاسم، ١٩٩٢) (٤٠) تجد دعوى المنافسة غير المشروعة كذلك سنداً في حديث أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا ضرر ولا ضرار". (٤١) الضرر يحصل بدون قصد، والضرار بقصد، وهذا الحديث يعتبر قاعدة من قواعد الشريعة، وهي أن الشريعة لا تقر الضرر، وتكره الإضرار. يقر الفقه الإسلامي كذلك بأن الاسم التجاري حق محترم والتعدي عليه محرم، والضرر الناتج عن مثل هذا التعدي يعد مضموناً لوجود سبب الضمان فيه وهو التعدي. (عبدالرحيم، ١٤٠٧) قرر مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته المنعقدة عام (١٤٠٩) بأن الاسم التجاري والعنوان التجاري والعلامة التجارية والتأليف والاختراع أو الابتكار هي حقوق خاصة أصبح لها في العرف المعاصر

(٤٠) مشار إليه في محمد أنور حامد علي، المنافسة والاحتكار في الشريعة الإسلامية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ٣٧، حاشية رقم (١).

(٤١) حديث حسن رواه ابن ماجه، والدارقطني مسنداً، ورواه مالك في الموطأ مرسلًا، عن عمرو بن يحيى، عن أبيه، عن النبي صلى الله عليه وسلم فأسقط أبا سعيد، وله طرق يقوي بعضها بعضاً. الحديث الثاني والثلاثون من الأربعين النووية.

بينما يحكم لصالح المدعي في دعوى المنافسة الممنوعة لمجرد إصابته بالضرر من جراء المنافسة سواء كانت هذه المنافسة مشروعة أم غير مشروعة. (الفقي، ٢٠٠٧)

المطلب الثاني: الأساس القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة

يحمي القضاء الاسم التجاري من المنافسة غير المشروعة عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة التي يقيمها المضرور على من قام بارتكاب أساليب غير شريفة تهدف إلى صرف العملاء عن متجره واجتذابهم إلى المتجر المنافس. (عباس، ١٩٧١) ولكن ما هو الأساس القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة في كل من السعودية ومصر؟

المراحل التي مرت بها حماية الاسم التجاري في السعودية:

في السعودية مرت دعوى المنافسة غير المشروعة للاسم التجاري بمرحلتين. المرحلة الأولى قبل صدور نظام الأسماء التجارية السعودي، وفي تلك الفترة كانت تجد تلك الدعوى سندها في نص المادة (٥) من نظام المحكمة التجارية الصادر عام ١٣٥٠هـ والتي تنص على أنه:

"يجب على كل تاجر أن يسلك في كل أعماله التجارية بدين وشرف فلا يرتكب غشاً ولا تدليساً ولا احتيالا ولا غبنا ولا غرراً ولا نكثاً ولا شيئاً مما يخالف الدين والشرف بوجه من الوجوه".

من المسؤولية التقصيرية إلى المنافسة غير المشروعة في مصر

بالرجوع إلى القضاء في مصر، فهو يستند عند تشييده لنظام حماية الاسم التجاري بواسطة دعوى المنافسة غير المشروعة إلى القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية التي تقضي بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم مرتكبه بالتعويض.^(٤٣) أثار هذا الأساس جدلاً فقهيًا^(٤٤)، الأمر الذي استلزم تدخل المشرع المصري بتحديد دعوى المنافسة غير المشروعة في قانون التجارة

قيمة مالية معتبرة، وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً فلا يجوز الاعتداء عليها.^(٤٢)

أما المرحلة الثانية، فهي مرحلة ما بعد صدور نظام الأسماء التجارية عام ١٤٢٠ هـ. تنص المادة (١١) من النظام على أنه:

"إذا استعمل الاسم التجاري غير صاحبه أو استعمله صاحبه على صورة تخالف النظام جاز لذوي الشأن أن يطلبوا من وزير التجارة منع استعماله أو شطبه إذا كان مقيداً في السجل التجاري. كما يجوز لهم اللجوء إلى ديوان المظالم للمطالبة بالتعويض أن كان له محل".

(٤٣) المادة (١٦٣) القانون المدني المصري.

(٤٤) لم يوافق جانب من الفقه في مصر القضاء على تأسيس دعوى المنافسة غير المشروعة على قواعد المسؤولية التقصيرية فحسب. يرى جانب منه أنه يجب أن تستند هذه الدعوى إلى أساس قانوني آخر هو ملكية التاجر للمتجر كمنقول معنوي يمثل الاسم التجاري أحد عناصره. أنظر مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٦، ص ١٨١. يرى تيار آخر أن دعوى المنافسة غير المشروعة تستدعي أن يكون هناك دعوى من نوع خاص تقترب من دعاوى الحيازة والاستحقاق. أنظر في هذا الرأي علي البارودي، مبادئ القانون التجاري والبحري، القاهرة، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٧٧، ص ١٨٠. ويذهب جانب آخر إلى تأسيس دعوى المنافسة غير المشروعة على نظرية التعسف في استعمال الحق. مشار إليه في علي يونس، القانون التجاري، مرجع سابق، رقم ٢٨٣. بصدور نظام التجارة الجديد الذي تصدى لدعوى المنافسة غير المشروعة يكون الستار قد أسدل على الجدل الفقهي الذي كان قائماً في مصر حول صحة تأسيس دعوى المنافسة غير المشروعة على قواعد المسؤولية التقصيرية.

يشكل النص السابق الأساس القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة في السعودية فيما يتعلق بصورتين من صور المنافسة غير المشروعة وهي اغتصاب الاسم التجاري و استعماله على صورة تخالف النظام. بموجب هذا النص يستطيع المتضرر إجبار المعتدي على الكف عن هذا العمل فضلاً عن تعويض الضرر الذي تسبب له من جراء الاعتداء. يهدف هذا النص لا إلى رفع الاعتداء في الحال فحسب، بل إلى منع وقوعه في المستقبل عن طريق شطب الاسم التجاري إذا كان مقيداً في السجل التجاري.

(٤٢) قرار رقم: ٤٣، دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ٦-١ جمادى الأولى ١٤٠٩ الموافق ١٠-١٥ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٨م، مجلة المجمع (العدد الخامس، ج ٣ ص ٢٢٦٧).

ونشر الحكم وعلى غير ذلك من العقوبات التهديدية.

(القليوبي، ٢٠٠٣)

تجد دعوى المنافسة غير المشروعة في كل من السعودية ومصر سنداً آخرًا لها في نص المادة (١٠) من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية نظرًا لانضمام الدولتين إلى اتحاد باريس. تنص هذه المادة على أن دول اتحاد باريس تلتزم بأن تكفل لرعايا دول الاتحاد الأخرى حماية فعالة ضد المنافسة غير المشروعة. وتعتبر الاتفاقية أن كل منافسة تتعارض مع العادات الشريفة في الشؤون الصناعية أو التجارية من قبيل أعمال المنافسة غير المشروعة، ويكون محظورًا بصفة خاصة ما يلي :

- ١- كافة الأعمال التي من طبيعتها أن توجد بأية وسيلة كانت لبسا مع منشأة أحد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري.
- ٢- الادعاءات المخالفة للحقيقة في مزاوله التجارة والتي من طبيعتها نزع الثقة عن منشأة أحد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري.
- ٣- البيانات أو الادعاءات التي يكون استعمالها في التجارة من شأنه تضليل الجمهور بالنسبة لطبيعة السلع أو طريقة تصنيعها أو خصائصها أو صلاحيتها للاستعمال أو كميتها.

المبحث الرابع:

النظام القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة

يناقش هذا المبحث موضوع النظام القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة. ينقسم هذا المبحث إلى

رقم (١٧/١٩٩٩) إذ تضمن نصًا خاصًا في هذا الشأن.

تنص المادة (٦٦) على التالي :

"يعتبر منافسة غير مشروعة كل فعل يخالف العادات والأصول المرعية في المعاملات التجارية، ويدخل في ذلك على وجه الخصوص الاعتداء على علامات الغير أو على اسمه التجاري أو على براءات الاختراع أو على أسراره الصناعية التي يملك حق استثمارها، وتحريض العاملين في متجره على إذاعة أسرارهم أو ترك العمل عنده وكذلك كل فعل أو ادعاء يكون من شأنه إحداث اللبس في المتجر أو في منتجاته أو إضعاف الثقة في مالكة أو في القائمين على إدارته أو في منتجاته.

كل منافسة غير مشروعة تلزم فاعلها بتعويض الضرر الناتج عنها. وللمحكمة أن تقضي - فضلًا عن التعويض - بإزالة الضرر ونشر ملخص الحكم على نفقة المحكوم عليه في إحدى الصحف اليومية".

ويشير جانب من الفقه إلى أن هناك فرق بين دعوى المسؤولية المدنية على أساس الفعل الضار، ودعوى المنافسة غير المشروعة، ويذهب إلى القول بأن الفرق بين الحالتين يتعلق بنوع التعويض الذي يحكم به، فهو تعويض نقدي في دعوى المسؤولية المدنية على أساس الفعل الضار، أما في دعوى المنافسة غير المشروعة فهو يرتب فوق التعويض النقدي جزاءات أخرى مثل إغلاق المحل المنافس والحكم بالتعويض،

الأرباح. وبالتالي لو قام شخص بالعمل على صرف عملاء متجر ما دون أن يكون له متجر يسعى إلى اجتذابهم إليه فلا يعد هذا العمل من أعمال المنافسة، ولكن قد يحدث أن يتم القيام بمثل هذه الأعمال شخص سوف ينشئ نشاطاً في المستقبل، بحيث ينصرف عملاء المتجر المضروب إلى المتجر الجديد فور افتتاحه. في هذه الحالة مثل هذا العمل يعد من أعمال المنافسة غير المشروعة بالرغم من عدم قيام النشاط وقت ارتكاب العمل. (الفقي، ٢٠٠٧)

ولا يشترط لوجود منافسة أن تقوم المنافسة بين محلين أو تاجرين فيما يتعلق بجميع الأنشطة التي يمارسها. (الخولي، ١٩٦٤) وعلى العكس، من الممكن أن تقوم المنافسة بين مشروع تجاري له أنشطة متعددة ومشروع تجاري أصغر منه يمارس أحد هذه الأنشطة. ومثال ذلك أن ينافس محل لبيع الأجهزة المنزلية متجر سوبر ماركت يكون من ضمن البضائع التي يبيعها الأخير الأجهزة المنزلية.

● يجب أن يعمل المعتدي والمضروب في أنشطة

متطابقة أو متشابهة: تقضي القواعد العامة لدعوى المنافسة غير المشروعة بالنسبة للاسم التجاري أن يمارس المعتدي على

مطلبين الأول يدرس شروط دعوى المنافسة غير المشروعة، والثاني يتناول تحريك دعوى المنافسة غير المشروعة وآثارها.

المطلب الأول: شروط دعوى المنافسة غير المشروعة

تستند دعوى المنافسة غير المشروعة إلى نفس الأساس الذي تركز عليه له دعوى المسؤولية التقصيرية، وعليه فشروط ممارسة الدعوتين تكون واحدة، وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. ومن ثم يشترط لقيام المسؤولية في دعاوى المنافسة غير المشروعة للاسم التجاري توافر ثلاثة شروط هي: القيام بعمل من أعمال المنافسة غير المشروعة بسبب ضرراً للغير قد وقع بسبب المنافسة غير المشروعة (علاقة السببية)

الشرط الأول: القيام بعمل من أعمال المنافسة

غير المشروعة (الخطأ)

يستوجب تحقق هذا الشرط توافر أربعة عناصر: أولها وجود منافسة بين المعتدي والمضروب، وثانيها أن يكون المتنافسان يعملان في مجالات متطابقة أو متشابهة، وثالثها أن تهدف عملية المنافسة إلى تحقيق مصلحة للمنافس، وأخيراً أن تحصل المنافسة بأعمال غير مشروعة.

أ) واجب توافر أربعة عناصر

● يجب أن توجد منافسة بين المعتدي والمضروب:

إن قيام منافسة يفترض وجود منشأتين تتنافسان على جذب العملاء لتحقيق أكبر

كاسم تجاري وكان هذا الاسم يشبه الاسم التجاري المقيّد في السجل لصالح التاجر السابق فما هو الحل في هذه الحالة؟ عالج القانون المصري هذه الحالة صراحة ونص على أنه يجب على من تقدم بطلب تسجيل اسمه أن يضيف إلى اسمه بياناً يميزه عن الاسم السابق قيده.^(٤٦) نظام الاسم التجاري السعودي نص بشكل عام على أنه إذا كان الاسم التجاري المطلوب قيده يشبه اسماً تجارياً سبق قيده في السجل التجاري وجب على التاجر أن يضيف إلى هذا الاسم ما يميزه عن الاسم السابق قيده. ويلاحظ أنه لا توجد تفرقة بين موافقي القانونين السعودي والمصري من هذه المسألة.

● يجب أن تهدف المنافسة إلى تحقيق منفعة لمن قام بها: يجب أن يكون الهدف من وراء أعمال المنافسة هو تحقيق منفعة للمنافس، لأن أهم منفعة يسعى إليها المنافس هي اجتذاب أكبر عدد من العملاء من منافسه لتحقيق أكبر قدر من الأرباح. ولذلك، لا توجد منافسة إذا لم يكن الهدف من

الاسم التجاري للغير نشاطاً تجارياً من ذات النوع الذي يمارسه التاجر صاحب الاسم المعتدى عليه، أي أنهما يقدمان إلى الجمهور خدمات أو سلع واحدة أو على الأقل متشابهة. (نجيب، ٢٠٠٢) ولا يستطيع شخص أن يمنع شخصاً آخر من أن يستخدم الاسم التجاري الذي استخدمه الأول في تجارة مختلفة لأن هذين الشخصين لا يتنافسان على جذب العملاء، كما أنه لن يؤدي إلى احتمال الخلط واللبس بين المنشأتين. أكد هذا الموقف نظام الأسماء التجارية السعودي في المادة (٦)، إذ نص على أنه لا يجوز لتاجر آخر، بعد قيد الاسم في السجل التجاري، استعمال هذا الاسم في نوع التجارة التي يزاولها. واتخذ المشرع المصري نفس الموقف، حيث نص على أنه إذا قيد الاسم التجاري في السجل التجاري وشهر، فلا يجوز لتاجر آخر استعمال هذا الاسم في نوع التجارة التي يزاولها صاحبه.^(٤٥)

وهكذا إذا كان اسم تجاري مسجل لتاجر وكان هذا الاسم مستمداً من اسمه ولقبه، وتقدم تاجر آخر لتسجيل اسمه المدني

(٤٦) المادة (٣) قانون الأسماء التجارية المصري رقم (٥٥) الصادر

عام ١٩٥١م.

(٤٥) المادة (٣) قانون الأسماء التجارية المصري رقم (٥٥) الصادر

عام ١٩٥١م.

النشاط الذي يمارسه المنافسان هو تحقيق الربح.

● يجب أن تحصل المنافسة بأعمال غير مشروعة

(الخطأ): إن قيام المنافس بعمل من أعمال المنافسة غير المشروعة يشكل سلوكاً ضاراً. هذا السلوك الضار هو الخطأ بذاته، الذي يتمثل في أعمال المنافسة غير المشروعة من خلال مخالفة الواجبات المفروضة عند ممارسة حرية المنافسة، مثل عدم احترام قواعد الأمانة والشرف التي يجب مراعاتها عند ممارسة العمل التجاري. (قرمان، ٢٠٠٢) تتنوع وتتعدد الأعمال التي يمكن أن تعد منافسة غير مشروعة ومن يراجع أحكام القضاء وكتب الفقه يجد أمثلة كثيرة لهذه الأعمال. ولكن أي محاولة لحصر أعمال المنافسة غير المشروعة ستبوء بالفشل ذلك أن هذه الأعمال في حالة تطور مستمر. إن قانون التجارة المصري أورد أمثلة لصور المنافسة غير المشروعة وهي الاعتداء على علامات الغير أو على اسمه التجاري أو على براءات الاختراع أو على أسراره الصناعية التي يملك حق استثمارها، وتحريض العاملين في متجره على إذاعة أسرارهم أو ترك العمل عنده وكذلك كل فعل أو ادعاء يكون من شأنه إحداث اللبس

في المتجر أو في منتجاته أو إضعاف الثقة في مالكة أو في القائمين على إدارته أو في منتجاته.^(٤٧) لا شك أن هذه الصور وردت على سبيل المثال هذا من جهة ومن جهة أخرى أن القانون منح المحاكم سلطة تقديرية لتحديد الأعمال التي تشكل أعمال المنافسة غير المشروعة.

ب) صور المنافسة غير المشروعة

● الصور العامة للمنافسة غير المشروعة: يحاول الفقه أن يوظف أعمال المنافسة غير مشروعة، فيحصرها في أربعة أنواع. النوع الأول: أعمال تؤدي إلى الخلط أو اللبس، النوع الثاني: أعمال تستوجب الحط من قدر المنافس أو قدر البضائع التي ينتجها أو الخدمات التي يقدمها، النوع الثالث: أعمال تؤدي إلى اضطراب داخلي في المشروع، والنوع الرابع: أعمال تؤدي إلى اضطراب في السوق. (يونس، ١٩٧٠؛ عباس، ١٩٧١) تقع هذه الأنواع المختلفة في الأسواق وتتخذ من تضليل الجمهور عن حقيقة البضاعة أو المتجر التجاري والحط من قيمته، أو إحداث اللبس بين بضائع أو منتجات تاجر وآخر هدفاً لها. (Jordan, Rubin, 2008) ترمي بعض هذه الأعمال

(٤٧) المادة (٦٦) من قانون التجارة المصري رقم (١٧/١٩٩٩).

للغير على متجره، أو بضائعه، أو في إعلاناته أو حملاته الدعائية. يحدث اغتصاب الاسم التجاري عن طريق النقل الحرفي أو شبه الحرفي من قبل شخص للاسم التجاري. لا يثير النقل الحرفي مشكلة من الناحية العملية، إذ أن القانون السعودي والمصري لا يميزان للغير استعمال اسم مسجل للغير في نوع التجارة التي يزاولها صاحبه وفق التفصيل الذي شرحناه أعلاه. يقع النقل شبه الحرفي للاسم عندما يتكون الاسم من عدد من الكلمات وعندها تثار الصعوبة فيما يتعلق بتحديد اعتبار الكلمة أو الكلمات التي جرى نقلها حرفياً تشكل عنصراً جوهرياً في الاسم التجاري محل النزاع أم لا. إن اعتبار الكلمة أو الكلمات التي جرى نقلها في الاسم الجديد عنصراً جوهرياً في الاسم يعد سبباً كافياً لاعتبار الحالة اغتصاب للاسم. يخضع تحديد هذه المسألة لتقدير قاضي الموضوع. يكون تقليد الاسم التجاري من خلال اتخاذ تاجر لاسم تجاري مشابه للاسم التجاري المعتدى عليه مما يؤدي إلى إحداث خلط على الجمهور لجذبهم إليه، وتقع على عاتق قاضي الموضوع مهمة تقدير مدى التشابه بين الاسمين ومعيار التشابه هو

إلى إحداث اضطراب داخل المشروع الذي تجري منافسته بوسائل مختلفة من خلال العمالة التي تعمل في المشروع أو كشف أسرار المشروع الصناعية. يمكن أن يلجأ المنافس إلى إحداث اضطراب في السوق تؤدي إما إلى تضليل حول طبيعة السلع التي ينتجها بذكر مزايا مبالغ فيها أو بادعاءات غير صحيحة لجذب الزبائن كحصوله على اعتماد جهة خبيرة أو حصوله على شهادة جودة من منظمة عالمية أو ما شابه ذلك بغرض اجتذاب عملاء منافسيه وتحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح. - صور المنافسة غير المشروعة للاسم التجاري: تجدر الملاحظة أن بعض صور المنافسة غير المشروعة المشار إليها أعلاه لا يمكن أن ترد على الاسم التجاري. فالمنافسة غير المشروعة التي من الممكن أن ترد على الاسم التجاري تكون من خلال قيام تاجر بأعمال تهدف إلى خلط الأمر على الجمهور لجذبهم إليه وجعلهم يتركون بضاعة أو خدمات منافسه ويتجهون إليه ولبضائعه أو خدماته. ويمكن أن يتأتى بإحدى طريقتين: إما اغتصاب أو تقليد الاسم التجاري في تجارة منافسة. ويتم ذلك عن طريق وضع تاجر للاسم التجاري

احتمال حدوث الخلط واللبس بين الاسمين. (Depuis, 1986)^(٤٨) إن القضاء سواء في السعودية أو في مصر أو على المستوى الدولي قد طور معايير متشابهة فيما يتعلق بتقليد العلامة التجارية. يمكن الاستفادة من هذه المعايير لتحديد مدى وجود التشابه بين الأسماء التجارية لاتحاد سبب منع التقليد وهو وقوع الجمهور في اللبس والخلط حول مصدر السلعة أو الخدمة. ومن التطبيقات القضائية في السعودية دعوى رفعتها شركة تملك علامة تجارية (الطازج فروج فقه المشوي) على تاجر اتخذ عبارة (الطازج الشرقي) اسماً تجارياً له وطالب المدعي بمنع المدعى عليه من استعمال هذا الاسم. حكمت الدائرة برفض دعوى المدعية استناداً إلى أن العلامة تتكون من رسم ثلاث دوائر بالألوان كتب بالدائرة الوسطى (الطازج فروج فقه المشوي)، وليس للمدعية أن تتمسك بكلمة الطازج وتضفي الحماية عليها منفردة عن بقية عناصر العلامة اللفظية وغير اللفظية. وقد اعترضت المدعية على الحكم وأيدت هيئة التدقيق بديوان المظالم الحكم على أساس أنه عند البحث في حصول

التقليد فينظر إلى الاسم أو العلامة في مجموعهما.^(٤٩) وبعد معرفة صور المنافسة غير المشروعة الخاصة بالاسم التجاري، السؤال الذي يثار هنا هو هل يشترط لاعتبار المنافسة غير مشروعة توافر قصد إلحاق الضرر أي أن يكون المعتدي على الاسم التجاري متعمداً وسيئ النية أم لا؟ نظام الأسماء التجارية السعودي نص على أنه إذا استعمل الاسم التجاري غير صاحبه أو استعمله صاحبه على صورة تخالف النظام جاز لذوي الشأن أن يطلبوا من وزير التجارة منع استعماله أو شطبه إذا كان مقيداً في السجل التجاري. وعليه فمجرد استعمال الاسم من قبل غير صاحبه وحدوث الخلط أو اللبس يعد العمل غير مشروع دون الحاجة لإثبات سوء النية، ولو أراد المنظم غير ذلك لاشترط سوء نية المعتدي على الاسم التجاري وهو ما لم يحدث. وفي مصر لا يشترط أيضاً لكي تعتبر المنافسة غير مشروعة توافر قصد إلحاق الضرر لدى المنافس، ويكفي لتوافر عنصر عدم المشروعية حدوث خلط أو

(٤٩) قرار هيئة التدقيق بديوان المظالم رقم ٦ / ت / ٣ لعام

١٤١٨هـ.

(٤٨) مشار إليه في عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص ١٣٤.

آخر، وبذلك لا يتحمل نفقات البحث والتطوير والإعلان.^(٥٠) ويحدث أحد صور التطفل الاقتصادي من خلال سعي مشروع إلى الاستفادة من العناصر التي ساهمت في نجاح مشروع آخر دون أن يؤدي ذلك إلى منافسة المشروع الأول في السلع أو الخدمات التي يقدمها. فهذا النوع من الأعمال يصعب اعتبارها عملاً من أعمال المنافسة غير المشروعة وفق المفهوم التقليدي لأعمال المنافسة غير المشروعة التي تشترط أن يتطابق أو يتشابه نشاط المتنافسين لاعتبار هذا العمل من أعمال المنافسة غير المشروعة. بلغت الكثير من المشروعات درجة كبيرة من التطور والشهرة حتى أصبح من الممكن وصفها بأنها عملاقة وأصبح اسمها بمفرده يمثل قيمة اقتصادية. تقع هذه المشروعات في كثير من الأحيان ضحية للتطفل الاقتصادي ولا يمكن أن تبقى دون حماية، ولكن كيف يمكن تحقيق هذه الحماية بما أن والقواعد التقليدية للمنافسة غير المشروعة لا تنطبق على من ينافسها؟

(٥٠) حول مدى مشروعية التطفل على قيم المنافسة التي تستخدمها المشروعات في نشاطها التنافسي بهدف جذب العملاء في المجالات الصناعية والتجارية، أنظر عبد الرحمن السيد قرمان، مرجع سابق. أنظر أيضاً، حلمي محمد الحجار و هالة حلمي الحجار، مرجع سابق، ص ٨٩.

لبس دون حاجة لإثبات توافر سوء النية.

(عباس، ١٩٧١)

- الطفيلية الاقتصادية كأحد صور المنافسة غير المشروعة: ذكرنا أن قيام منافسة يفترض وجود منشأتين تتنافسان على جذب العملاء لتحقيق أكبر الأرباح وتعملان في نفس المجال أو في مجالات متقاربة. وقد كان من غير المتصور أن نجد أن هناك منافسة بين منشأتين تعملان في مجالات مختلفة تماماً، كأن تنافس دار نشر شركة صناعة هواتف محمولة، أو أن ينافس مصنع ثلاجات شركة صناعة سيارات.

إن تطور النشاط الاقتصادي وتعاضم دور القطاع الخاص وتنوع أساليب الدعاية والإعلان واختلاف وسائل جذب الجمهور أدى إلى اكتساب الكثير من المشروعات شهرة واسعة النطاق. تشجع الدول المشروعات الصغيرة على الدخول إلى السوق، ومع تزايد المنافسة وعدم توفر الإمكانيات التي تمكن هذه المشروعات من المنافسة المشروعة وجذب العملاء تلجأ هذه الأخيرة إلى التطفل على القيم الاقتصادية التي حصل عليها مشروع آخر بجهدته واستثماراته. وفي حالة التطفل الاقتصادي يعيش مشروع على نفقة وفي كنف مشروع

لقد ظهرت في فرنسا منذ أواخر الخمسينات نظرية تعتبر مثل هذه الأعمال من قبيل الأعمال غير المشروعة على الرغم من أنها لا تستكمل شروط المنافسة غير المشروعة، وأطلق عليها الطفيلية الاقتصادية. (الحجار والحجار، ٢٠٠٤) إن هذه الأعمال المتمثلة في محاولة الاستفادة من شهرة مشروع ناجح لن تؤدي بالضرورة إلى حدوث التباس لدى عملاء المتجر المتضرر. فلا شك أن الفكرة الأساسية من وراء حماية المشروعات من الطفيلية الاقتصادية تكمن في أن المشروع الذي اكتسب شهرة وحقق نجاحاً وسمعة عالية بفضل جهوده المضنية على مختلف الأصعدة، لا يجوز لغيره أن يستفيد من تلك الشهرة والنجاح والسمعة بدون مقابل. ولذلك تنعقد المسؤولية حتى لو لم يكن النشاط الذي يمارسه المنافس مطابقاً أو مشابهاً للمشروع الأول. إذا تم التطفل من مشروع على مشروع آخر توجد بينهما علاقة منافسة، في هذه الحالة يسمى العمل بالمنافسة الطفيلية، أما إذا لم توجد بين المشروعين هذه العلاقة فيسمى العمل بالسلوك أو التصرف التطفلي.

تعني التصرفات الطفيلية أن يفيد شخص من قيم اقتصادية حققها مشروع معين دون

أن تصل تصرفات المستفيد إلى حد منافسة المشروع الأول في عملائه. وتتميز التصرفات الطفيلية عن التقليد في عدم وجود النية الإجرامية، فضلاً عن أن التقليد يجب أن يكون في المجال والنشاط نفسه. (الحجار والحجار، ٢٠٠٤) ومثال التصرف الطفيلي لو أن علامة تجارية حققت نجاحاً بسبب شعار دعائي مميز فقام الغير بالاستفادة من هذا الشعار لترويج سلعة أخرى غير منافسة للسلعة الأولى. إن نظرية الطفيلية هي سلاح بيد أصحاب العلامات والأسماء التجارية والشعارات، التي أصبحت مشهورة لحماية الشهرة التي حققوها ضد المغتصبين لها والمتطفلين عليها، وإن لم يكن هؤلاء في وضع منافس لأصحاب الشهرة الأصلية.

وعلى الرغم من أن شروط المنافسة غير المشروعة غير متوافرة في التصرفات الطفيلية بسبب اختلاف النشاط، إلا أن المنافسة تتمثل في الاستفادة من رواج الاسم التجاري وشهرته. إن عدم مشروعية التصرفات الطفيلية لا تنبع من أن المعتدي قد حاول توجيه عملاء منافسه له، بل تنجم من الاستفادة مشروع من قيم اقتصادية حققها مشروع آخر دون مقابل.

ويمكن أن يشكل فعل واحد منافسة غير مشروعة لمشروع ومنافسة طفيلية لمشروع آخر. مثال ذلك لو أن صاحب متجر بيع سيارات اتخذ لنفسه اسم الشركة التي تنتج نوعاً معيناً من السيارات اسماً لمتجره دون أن يكون وكيلاً لتلك الشركة قد يصبح في وضع منافس لشركتين:

الشركة الأولى وهي مصنع السيارات، فيستفيد من شهرتها لزيادة حجم عملائه. لا يمكن القول أنه دخل في منافسة غير مشروعة مع مصنع السيارات ولكنه يستفيد من شهرتها لزيادة مبيعاته وبالتالي فهو في وضع منافسة طفيلية بالنسبة للمصنع.

الشركة الثانية، وهي الشركة التي تكون وكيلة لبيع ذلك النوع من السيارات، وهنا تكون الشركة المنافسة اتخذت بدون وجه حق اسم الشركة الأم لإنتاج السيارات وبالتالي هي في وضع منافسة غير مشروعة.

(الحجار والحجار، ٢٠٠٤)

الشرط الثاني: يجب أن يترتب على القيام

بالعمل غير المشروع ضرر (الضرر)

يجب أن يؤدي استعمال الاسم التجاري المعتدى عليه إلى إلحاق الضرر بصاحب الاسم، والضرر هنا هو تحول بعض من عملاء صاحب الاسم إلى متجر

أما المنافسة الطفيلية فهي تقوم على استغلال مشروع لشهرة مشروع آخر والاستفادة من سمعته بهدف خلق التباس في ذهن الزبائن بقصد تحويلهم نحو مشروع المنافس الطفيلي. وهكذا يتم التطفل من مشروع على مشروع آخر توجد بينهما منافسة ويسعى كل منهما إلى جذب ذات الفئة من العملاء، بعكس التصرف الطفيلي.

إن من السهولة التمييز بين التصرف الطفيلي والمنافسة غير المشروعة، فصاحب المشروع الطفيلي لا ينافس المشروع الضحية على عملائه لاختلاف زبائن المشروعين. في المنافسة غير المشروعة والمنافسة الطفيلية يتنافس المشروعان على نفس العملاء، ولكن ما الذي يفرق المنافسة غير المشروعة عن المنافسة الطفيلية؟ إن العامل المميز هو أنه يجب في المنافسة غير المشروعة أن يقع الالتباس في ذهن الزبائن لتحويلهم إلى المشروع المنافس، في حين يكفي في المنافسة الطفيلية أن يأتي الطفيلي بتصرفات يقتضي من خلالها أثر مشروع آخر دون أن يصل اقتفاء هذا الأثر بالضرورة إلى حد الالتباس في ذهن العملاء.

ويرى جانب من الفقه أن المحاكم جرت على الاكتفاء باتخاذ إجراءات وقائية لمنع حصول اللبس مستقبلاً متى كان المعتدي حسن النية ونشر الحكم في الصحف على سبيل التعويض الأدبي، لأن هدف الدعوى الأساسي لا ينصب على مجرد إزالة الضرر الذي لحق التاجر في الماضي، ولكنها ترمي أصلاً إلى منع حصول الضرر مستقبلاً، لذلك قد تقضي المحكمة بقبول الدعوى واتخاذ إجراءات وقائية مثل تعديل الاسم التجاري. (عباس، ١٩٧١)

إن عنصر الضرر كما يتضح مما سبق يتسم بالوضوح، غير أن عنصر الضرر من الممكن أن يكون غير واضح في قضايا التصرفات الطفيلية، حيث وكما أوضحنا سابقاً لا ينافس مرتكب التصرف الطفيلي المشروع الضحية على عملائه مما يؤدي إلى الاعتقاد بأن هذا المشروع لم يخسر شيئاً وبالتالي ينتفي الضرر بالنسبة له. إلا أن هذا الاعتقاد ليس صحيحاً.

ويتمثل الضرر في دعوى المنافسة الطفيلية في الاعتقاد الذي يمكن أن يسود لدى عملاء المشروع المعتدى على اسمه التجاري بأن هذا المشروع قد وسع نشاطه والسلع التي ينتجها ومن ثم الاعتقاد بأن السلعة التي ينتجها الطفيلي هي من إنتاج المشروع الأول، مع ما يلحق بذلك من أذى وضرر باسم وشهرة وسمعة المشروع المعتدى على اسمه، خصوصاً وأن الاسم والشهرة والسمعة للمشروع المعتدى عليه غالباً ما

المعتدي، وهذا الأمر يشكل ضرراً مادياً أكيداً يتمثل في خسارة العملاء.

وفقاً للقواعد العامة إذا كان الضرر قد تحقق في دعاوى المنافسة غير المشروعة، فليس هناك صعوبة. والمقصود بتحقيق الضرر هو التحقق النسبي وليس المطلق. ويتحقق الضرر تحققاً نسبياً إذا كان احتمال تحقيقه غالباً إلى درجة كبيرة تجعله جديراً بأن يؤخذ في الاعتبار. (قرمان، ٢٠٠٢؛ العريني ودويدار، ٢٠٠٢) وفي السعودية نجد أن القضاء المختص بمنازعات الأسماء التجارية والمتمثل في ديوان المظالم يسير في هذا الاتجاه، إذ يكفي لقيام المسؤولية أن يكون تصرف المعتدي من شأنه أن يؤدي إلى وجود تشابه كفيل بأن يثير اللبس ويؤدي إلى تضليل جمهور المستهلكين.^(٥١) ولا يشترط توافر قصد إلحاق الضرر من قبل المعتدي وهو سوء النية في دعوى المنافسة غير المشروعة. إلا أن عدم توافر سوء النية، بالرغم من أنه لا يمنع من قيام المسؤولية، لكنه يؤدي إلى عدم استحقاق التعويض المادي. وفي مصر، لا يلزم أن يكون الضرر قد وقع فعلاً، بل يكفي أن يكون محتمل الوقوع في المستقبل (العريني ودويدار، ٢٠٠٢)، كما لا يشترط أن يكون الضرر مادياً، بل يكفي أن يكون أدبياً. (طه، ٢٠٠٦)

(٥١) أنظر قرار هيئة التدقيق بديوان المظالم رقم ١٧٨/ت/٤ لعام ١٤١٠هـ؛ قرار هيئة التدقيق بديوان المظالم رقم ١٢٥/ت/٤ لعام ١٤٠٩؛ قرار هيئة التدقيق بديوان المظالم رقم ١٠٩/ت/٤ لعام ١٤٠٩؛ قرار هيئة التدقيق بديوان المظالم رقم ٨٣/ت/٤ لعام ١٤١٤هـ.

السببية تحقق الضرر، وإن كان تحققه يجعل هذا الإثبات أكثر يسراً، ولكن يكفي أن يكون الخطأ سبباً مناسباً لترتيب الضرر، لأن دعوى المنافسة غير المشروعة يجب الإقرار لها بوظيفة وقائية إلى جانب وظيفتها العلاجية". (بريري، ٢٠٠٦) إلا أن تحقق الضرر يلعب دوراً في شكل التعويض في مصر؛ فالقاضي يحكم بالتعويض النقدي إذا تحقق الضرر، ويكتفي بوقف النشاط المخالف إذا لم يتحقق الضرر وذلك كتعويض عيني. (بريري، ٢٠٠٦) في السعودية يتمتع القاضي عن الحكم بالتعويض النقدي إلا إذا ثبت تحقق الضرر، وإذا لم يثبت الضرر فيكتفي بمنع المعتدي من استعمال الاسم.

المطلب الثاني: تحريك دعوى المنافسة غير المشروعة وآثارها

نعالج هنا الأحكام المتعلقة برفع دعوى المنافسة غير المشروعة من ناحية تحريك الدعوى وتحديد الجهة المختصة كما نتناول آثار هذه الدعوى.

ينص نظام الأسماء التجارية على أن لذوي الشأن أن يطلبوا من وزير التجارة منع استعمال الاسم الذي وقع عليه الاعتداء أو شطبه إذا كان مقيداً في السجل التجاري. والمقصود بذوي الشأن هم كل شخص تم الاعتداء على اسمه التجاري. وجاء الخطاب في نص المادة المشار إليها أعلاه بصيغة الجمع، لأنه قد يكون المدعي بالحق أكثر من شخص، أي يجوز رفع هذه الدعوى من قبل صاحب الاسم، وخلفه العام،

تكون ذائعة الصيت على المستوى العالمي. (الحجار والحجار، ٢٠٠٤)

الشرط الثالث: يجب أن يكون هذا الضرر قد وقع بسبب المنافسة غير المشروعة (علاقة السببية)

يجب أن يثبت المدعي أن الضرر ناجم عن استعمال المعتدي للاسم التجاري للمدعي. إن إثبات المدعي أن أعمال المنافسة كانت وراء انصراف العملاء عن المتجر أو خسارة عملاء كان من الممكن أن يصبحوا عملائه، أمر قد يكون متعذراً في بعض الأحوال. إن خسارة وكسب العملاء أمر يخضع لعدة عوامل مثل الحالة الاقتصادية في البلاد وتخضع لحجم المنافسة في السوق. لذلك، فإن إثبات أن تحول الزبائن من متجر تجاري إلى متجر آخر كان بسبب الاعتداء على الاسم، أمر يصعب تحقيقه. وفي السعودية يشير قضاء هيئة التدقيق بديوان المظالم بأنه لا يلزم لإثبات السببية تحقق الضرر ولكن يكفي أن يكون الخطأ يشكل سبباً مناسباً يمكن أن يؤدي إلى تحقق الضرر، إذ أن الأحكام القليلة التي كشف عنها النقاب تشير إلى أنه إذا توفر الخطأ ولو لم يثبت المدعي الضرر أو أن الضرر كان احتمالياً، فالدائرة تمنع المعتدي من استعمال الاسم التجاري.^(٥٢) وبالنسبة لمصر "لا يلزم لإثبات

(٥٢) أنظر قرارات دائرة التدقيق بديوان المظالم رقم ٢٠٠/ت/٤ لعام ١٤١٢؛ ٢٠١/ت/٤ لعام ١٤٤٢هـ؛ ١٦٦/ت/٣ لعام ١٤١٨هـ.

إلى لجان شبه قضائية.^(٥٣) وبصدور نظام القضاء الجديد سيتم نقل اختصاصات الدوائر التجارية بديوان المظالم إلى القضاء العادي، كما سيتم جمع شتات أغلبية اللجان شبه القضائية تحت مظلة القضاء العادي. (سليم والقرشي وآخرون، ٢٠٠٩)

قضى نظام الأسماء التجارية السعودي بتشكيل لجنة بقرار من وزير التجارة تتكون من ثلاثة أعضاء يكون أحدهم على الأقل متخصصاً في الأنظمة. وتختص هذه اللجنة بالتحقيق في مخالفات نظام الأسماء التجارية وتوقيع العقوبات.^(٥٤) لذوي الشأن الاعتراض أمام وزير التجارة على قرارات اللجنة المختصة بتوقيع العقوبات، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغهم بالقرار، ويجوز لذوي الشأن أيضاً التظلم أمام ديوان المظالم من قرارات وزير التجارة المتعلقة باستعمال الاسم التجاري من قبل غير صاحبه، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغهم بقرار الوزير.^(٥٥) وفي حالة عدم صدور قرار من الوزير بشأن الاعتراض أو الطلب المقدم له في مدة أقصاها ستون يوماً من تاريخ تقديم الاعتراض أو الطلب يحق للمعني بالأمر التظلم أمام ديوان المظالم من قرار اللجنة المذكورة، أو

والخاص، ومن الدائنين. (نجيب، ٢٠٠٢) يشترط لقبول دعوى المنافسة غير المشروعة أن يكون المقصود منها حماية مصالح مشروعة، فإذا كان نشاط المضار غير مشروع كما إذا كان يتجر في المخدرات، فلا يستفيد من حماية دعوى المنافسة غير المشروعة.

(يونس، ١٩٧٠)

أما الطرف الثاني في دعوى المنافسة غير المشروعة هو المدعى عليه وهو كل شخص مرتكب للفعل الضار أو ارتكب لصالحه شخصاً طبيعياً كان أو معنوياً. وقد يحدث أن يتعدد المعتدين كالشركاء في المتجر الذين يرتكبون عملاً من أعمال المنافسة غير المشروعة ضد تاجر آخر. في هذه الحالة يسأل المعتدين بالتضامن عن تعويض الضرر، وإذا كان منهم من لم يعلم بواقعة الاعتداء ولم يشارك فيها فالحكم بالتعويض يقتصر على مرتكبي الفعل الضار فقط. ويعتبر التزام التاجر بتعويض الضرر الناشئ عن المنافسة غير المشروعة من قبيل الأعمال التجارية بالتبعية.

(الخولي، ١٩٧٣؛ القرشي والشريف، ٢٠٠٨)

المطلب الثاني: الجهة المختصة بالنظر في دعوى المنافسة غير المشروعة

تأخذ المملكة بنظام القضاء المزدوج، فإلى جانب القضاء العادي صاحب الولاية العامة، يوجد ديوان المظالم الذي يشكل محكمة إدارية متخصصة. (الحميدان، ١٩٩٥) يتولى الفصل في المنازعات التجارية دوائر تجارية أنشئت في ديوان المظالم، إضافة

(٥٣) انظر محمد إسماعيل آل الشيخ، تعدد اللجان القضائية في المملكة العربية السعودية (الأسباب - النتائج - الحلول)، ٣١ مجلة الحقوق ١٩٩٧، ص ٢٣٣.

(٥٤) انظر المادة (١٤) من نظام الأسماء التجارية.

(٥٥) المادة (١٧) من نظام الأسماء التجارية.

عليها أمام وزير التجارة، كما يجوز لذوي الشأن التظلم من قرارات الوزير الصادرة بشأن اعتراضاتهم بناءً على المادة (١١) وهي المادة المتعلقة بالمنافسة غير المشروعة أمام ديوان المظالم.^(٥٧) ديوان المظالم وفقاً لهذا التنظيم يعد جهة للطعن في جميع منازعات الأسماء التجارية فيما عدا المسائل المتعلقة بالتعويض فتخرج عن اختصاص اللجنة ويختص بها ديوان المظالم ابتداءً. كما تجب الإشارة إلى أن المادة (٢٨) من اللائحة هي تكرار حرفي للمادة (١٨) من النظام، وتنص هذه المادة على أن "يختص ديوان المظالم بالفصل في جميع الدعاوى والمنازعات الناشئة عن تطبيق هذا النظام". يمكن لنا أن بسجل الملاحظات الآتية على المادة (١٨) من النظام:

أعطى النظام للجنة المذكورة الاختصاص بالنظر في جميع المنازعات المتعلقة بالاسم التجاري، وأجاز الاعتراض على قراراتها أمام الوزير، وأجاز التظلم من قرار الوزير أمام الديوان، ولا يتصور أن المنظم يعطي جهتين مختلفتين نفس الاختصاص وإلا لعد ذلك أخلاً بمبدأ وحد القضاء.

أراد المنظم ربما، أن يؤكد أن الديوان عند نظره في التظلمات على قرارات الوزير يعد مختصاً بالنظر في جميع ما يتعلق بالموضوع محل النزاع ولا ينحصر دوره في النظر في قرار الوزير كقرار وزاري، بل ينظر كذلك قرار اللجنة.

من قرار الوزير، وذلك خلال ثلاثين يوماً من انقضاء المدة المحددة لصدور قرار الوزير.^(٥٦)

يرى جانب من الفقه أن هناك تعارض وتناقض بين المادتين (٢٥ و ٢٨) من نظام الأسماء التجارية، "فموجب المادة (٢٥) تختص لجنة الأسماء التجارية بالنظر في كافة المنازعات المتعلقة بالاسم التجاري ما عدا دعوى التعويض التي تعود سلطة البت فيها لديوان المظالم وفقاً للمادة (٢٨). وبمقتضى المادة (٢٨)، "يعد ديوان المظالم صاحب الولاية العامة للنظر في الفصل في كافة المنازعات المتعلقة بالأسماء التجارية". وبالتالي فهذا الأمر يجعلنا أمام نصين تشريعيين يخولان سلطة البت في قضايا الأسماء التجارية إلى جهتين قضائيتين مختلفتين. (نجيب، ٢٠٠٢)

نحن لا نؤيد هذا الرأي رغم وجاهته. إن الأحكام المتعلقة بمخالفات نظام الأسماء التجارية والجهة المختصة بالنظر في هذه المخالفات نص عليها النظام في المواد (١١، ١٤، ١٥، ١٧، ١٨)، وتناولتها اللائحة التنفيذية في المواد (١٨، ١٩، ٢٥، ٢٦). إن الجهة المختصة بالنظر في كافة المنازعات المتعلقة بالاسم التجاري بما فيها المنافسة غير المشروعة، فيما عدا دعوى التعويض، هي اللجنة التي نصت عليها المادة (١٤) من النظام والمادة (٢٥) من اللائحة. قرارات هذه اللجنة ليست نهائية وإنما يجوز الاعتراض

(٥٦) المادة (١٧) من نظام الأسماء التجارية. تنص المادة (٢٦) من اللائحة التنفيذية لنظام الأسماء التجارية.

(٥٧) المادة (١٧) من نظام الأسماء التجارية.

آثار دعوى المنافسة غير المشروعة

يترتب على انعقاد المسؤولية على النحو الذي سبق شرحه الحكم من قبل المحكمة بإزالة المخالفة والتعويض عن الضرر.

وكما سبق الذكر أن المنافسة غير المشروعة في مجال الاسم التجاري تهدف إلى صرف بعض من العملاء عن المتجر الذين اعتادوا على التعامل معه. تؤدي دعوى المنافسة غير المشروعة إذا تم الحكم لصالح المدعي المتضرر من المنافسة إلى منع استعمال الاسم التجاري في حال لم يكن هذا الاسم مقيداً في السجل التجاري، أو شطبه من السجل إذا كان مسجلاً تأسيساً على القاعدة الشرعية التي تنص على أن (الضرر يزال).^(٥٩) وإزالة الضرر تكون من خلال إلزام المعتدي أن يزيل الاسم من واجهة محله. هذا الجزاء تقوم به المحكمة ولو لم تحكم بالتعويض المادي، فهو جزائي وقائي. يمكن للجنة في حالة ما إذا كان الاسم التجاري يشبه اسماً تجارياً سبق قيده في السجل التجاري أن تضيف إلى هذا الاسم ما يميزه عن الاسم السابق قيده.^(٦٠)

يجوز للمحكمة في مصر، وعلاوة على ما سبق أن تحكم بغرامات تهديدية عن كل يوم تأخير في الكف عن المخالفة، كما أنها كثيراً ما تحكم بنشر الحكم الصادر في دعوى المنافسة غير المشروعة في الصحف

أجاز النظام للمعتدى على اسمه التجاري أن يلجأ إلى ديوان المظالم مباشرة في حالة واحدة وهي حالة المطالبة بالتعويض، إذ أنها ليست من اختصاص اللجنة المذكورة.^(٥٨)

لو أراد المنظم أن المنظم أن يجعل الديوان هو الجهة الوحيدة المختصة بالنظر في الدعاوى المتعلقة بتطبيق نظام الأسماء التجارية لما نص على إنشاء اللجنة المذكورة ولما أجاز الاعتراض على قراراتها أمام الوزير، ولما أكد جواز التظلم من قرار الوزير أمام الديوان.

وبالنسبة للاختصاص المحلي للجنة المذكورة، فلم يرد بشأنه شيء في النظام، إلا أن اللجنة التي تم تشكيلها موجودة في الرياض وتنظر المنازعات المتعلقة بالأسماء التجارية في كل المملكة. وتخضع دعوى التعويض المدني التي ينظر فيها ديوان المظالم لقواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم.

أما بالنسبة لمصر، فالموضوع أكثر وضوحاً وتنظيماً، فمن الثابت أن الاختصاص النوعي يعود للمحكمة التجارية طالما أن الأفعال الضارة قد صدرت من المدعى عليه بمناسبة مزاولته للنشاط التجاري إعمالاً لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية. (الفاقي، ٢٠٠٧) وبالنسبة للاختصاص المحلي، فينقده لمحكمة موطن المدعى عليه أو المحكمة التي وقع في دائرتها فعل الاعتداء. (الفاقي، ٢٠٠٧)

(٥٩) المادة (١٨) من اللائحة التنفيذية لنظام الأسماء التجارية.

(٦٠) المادة (١١) من اللائحة التنفيذية لنظام الأسماء التجارية.

(٥٨) المادة (١١) من نظام الأسماء التجارية.

الخلاصة

يستخلص من هذه الدراسة أن القانون والفقه والقضاء استعانوا بفكرة المنافسة غير المشروعة للحماية المدنية للاسم التجاري في كل من السعودية ومصر، ولقد بينت الدراسة أن نظام الحماية المدنية للاسم التجاري الذي يعتمد على دعوى المنافسة غير المشروعة يؤدي دوراً مهماً في الحفاظ على حقوق أصحاب الأسماء التجارية. وعلى الرغم من أن نظام الأسماء التجارية السعودي جاء متأخراً في صدوره، إلا أنه تلافي الكثير من العيوب التي يعاني منها نظام الأسماء التجارية المصري. القضاء السعودي من خلال الأحكام القضائية التي سبق مناقشتها بدا مستجيباً لحماية هذا النوع من الحقوق حماية فعالة.

كما وسع نظام الأسماء السعودي من نطاق الحماية المكاني للاسم التجاري فاعترف له بحماية تمتد على كافة إقليم المملكة العربية السعودية، بعكس القانون المصري الذي جعل نطاق الحماية المكاني محصوراً في دائرة مكتب السجل التجاري الذي تم فيه القيد، فيما عدا شركات المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة التي يشتق اسمها من غرضها، فتمتد حمايتها إلى كافة إقليم الدولة. إن توسيع نظام الأسماء التجارية السعودي لنطاق الحماية يعتبر توجهاً يتفق مع الاتجاه الحديث في كل من فرنسا وبريطانيا. لذلك أقترح أن يحدوا القانون المصري حذو نظيره السعودي في هذه

على نفقة المخالف، للفت نظر العملاء إلى الأساليب غير المشروعة التي استعملها المخالف. (دويدار، ١٩٩٣).^(٦١)

بالنسبة للتعويض فقد أجاز النظام السعودي صراحة الحكم بالتعويض متى ما كان له محل، أي أنه إذا ما أثبت الضرر أن هناك ضرر. ولكن القضاة في المملكة لا يحكمون بالتعويض إلا إذا أثبت الضرر أن هناك ضرر حقيقي فعلي قد أصابه من جراء الاعتداء على اسمه التجاري، ويرفضون الحكم بالتعويض عن الضرر الاحتمالي أو فوات الكسب، حيث أن الضرر في دعاوى المنافسة غير المشروعة غالباً ما يكون احتمالياً، كما أنه يصعب إثباته في حالات الاعتداء على الاسم التجاري مما يجعل المحكمة تلتفت عن طلبات التعويض لعدم ثبوت الضرر على النحو السابق في أغلب القضايا.

وفي مصر تحكم المحكمة بالتعويض، وهو يشمل ما لحق التاجر من ضرر وما فاته من كسب مع إمكان شمول الحكم التعويض العيني، كقفل المحل أو مصادرة المنتجات المقلدة، أو كذلك نشر الحكم على نفقة المسئول. (بريري، ٢٠٠٦) لكنه تجدر الإشارة إلى أن المحكمة في مثل هذا النوع من الدعاوى تواجه صعوبات فيما يتعلق بتقدير التعويض.

(٦١) مشار إليه في عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص ١٤١،

هامش رقم (١).

الاسم في ذات النشاط التجاري أو نشاط مماثل، على غرار العلامات التجارية المشهورة. لا بد من تدخل المشرع في كل من السعودية ومصر ليوسع من نطاق حماية الاسم التجاري من صور المنافسة الحديثة كالمنافاة الطفيلية. على الرغم من أن المشروعات التي تقع ضحية المنافسة الطفيلية كثيراً ما تكون مشروعات أجنبية ومالكة لأسماء مشهورة عالمياً، إلا أن التطور الهائل في وسائل الاتصال وفتح الحدود بين الدول وانسياب البضائع عبر القارات تجعل حماية هذه الأسماء ضرورة ملحة لارتباطها بمصالح تجار وطينين فضلاً عن أن حماية هذه المشروعات تعود بفوائد على الاقتصاد الوطني للدولة. طلبت وزارة التجارة والصناعة السعودية من مجلس الشورى تعديل المادة (٦) من نظام الأسماء التجارية بحذف عبارة "في نوع التجارة التي يزاولها"، وذلك لتوسيع نطاق الحماية النوعي للاسم التجاري عن طريق منع تاجرين من استخدام نفس الاسم ولو في تجارة مختلفة، في مسعى لمنع اللبس الذي يمكن أن يقع فيه المستهلك ولحماية القيم الاقتصادية للمشروعات التجارية. بيد أن مجلس الشورى مع الأسف لم يوافق على هذا التعديل (القرار ٢٥/٤٤ وتاريخ ١٤٢٤/٥/٢١هـ).

ويعاني كل من القانونين السعودي والمصري من عدم وجود آليات واضحة ومفصلة لحماية الاسم التجاري على غرار الآليات التي تضمنها قانوني براءات الاختراع والعلامات التجارية في السعودية

المسألة ويمد حماية الاسم التجاري لكافة إقليم دولة مصر.

لقد أجاز نظام الأسماء التجارية السعودي للتاجر أن يتخذ من اسمه في السجل المدني اسماً تجارياً، أو من تسمية مبتكرة أو من الاثنين معاً. ويعد هذا ميزة من مزايا نظام الأسماء التجارية السعودي التي يفقدها القانون المصري، إذ أن إلزام التاجر بأن يتخذ من اسمه المدني اسماً تجارياً يثير العديد من الصعوبات أهمها أنه يؤدي إلى وجود تشابه بين الأسماء التجارية خاصة من جهة اللقب. يضاف إلى ذلك أن الدور الاقتصادي الهام المناط بالاسم التجاري والممثل في تمييز المتجر عن غيره وجذب العملاء للمتجر يستدعي أن يكون الاسم التجاري تسمية مبتكرة مميزة قادرة على لفت انتباه العملاء. إن التشريعات الخاصة بالأسماء في كل من الإمارات العربية المتحدة (١٩٩٣) وقطر (٢٠٠٢) والسودان (٢٠٠٦) وغيرها من الدول تميز أن يتكون الاسم التجاري للتاجر من تسمية مبتكرة. لذلك فلا بد من الأخذ في الحسبان عند استصدار قانون جديد للاسم التجاري في مصر أن يميز القانون الجديد أن يتخذ التاجر من تسمية مبتكرة اسماً تجارياً لمشروعه.

تبعاً لهذا نقترح أقترح أن يتم الالتفات إلى الأسماء التجارية المشهورة ويضفي عليها القانونين السعودي والمصري حماية نوعية تفوق الحماية الممنوحة للاسم التجاري العادي، والتي تقتصر على حماية

ولم تتضمن معياراً يمكن أن يستند إليه القاضي للحكم بالتعويض. تحتاج مسألة التعويض من المنظم السعودي إلى إعادة نظر، كما أن المواد القانونية المتعلقة بالتعويض يجب أن تصاغ بتمعن وبشيء من التفصيل ذلك أن القضاة في المملكة كثيراً ما يترددون في الحكم بالتعويض، إلا إذا كان الضرر محققاً حتى غدا الحكم بالتعويض المادي عن الضرر في المسائل المتعلقة بالأسماء والعلامات التجارية أمراً شبه مستحيل. إن حسن صياغة النصوص المتعلقة بالتعويض من شأنه أن يساعد القضاة ويوفر لهم الأساس الذي يبنون عليه اجتهاداتهم.

قائمة المراجع

المراجع العربية

آل الشيخ، محمد إسماعيل. "تعدد اللجان القضائية في المملكة العربية السعودية (الأسباب - النتائج - الحلول)"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد (٣١)، (١٩٩٧م)، ص ٢٣٣.

البارودي، علي. مبادئ القانون التجاري والبحري، القاهرة: دار المطبوعات الجامعية، ١٩٧٧.

بريري، محمود، قانون المعاملات التجارية، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ج ١.

بوذياب، سليمان. مبادئ القانون التجاري، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٣، ١٦٧.

ومصر. لذلك، فلا بد من تدخل المشرع بوضع التدابير اللازمة لحماية الاسم التجاري من صور الاعتداء الحديثة والتي تمت مناقشتها في هذه الورقة. إن القواعد العامة في المسؤولية المدنية على الرغم من أنها توفر حماية مدنية للاسم التجاري، إلا أن الاسم التجاري بحاجة إلى حماية من الصور الحديثة للمنافسة ويكون مصدر هذه الحماية القانون ذاته ذلك أن الحماية وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا توفر الحماية الجزائية التي توفرها القوانين.

كما ينبغي أن يتضمن قانون الأسماء التجارية أمثلة لأوجه الاعتداء على الاسم التجاري والتي تعد من قبيل المنافسة غير المشروعة. يعاني كل من القانونين السعودي من النقص في معالجة العديد من المسائل التي سبق ذكرها في هذا البحث. كما يشوب كلا القانونين بعض الغموض في معالجة بعض المسائل. ولعل المثال الذي يمكن أن يحتذى به القانونين السعودي والمصري في هذا المقام هو قانون العلامات والبيانات التجارية والأسماء التجارية القطري (رقم: ٢٠٠٢ / ٩). تنص المادة (٣٧) من هذا القانون على أنه تطبق أحكامه المتعلقة بالعلامات التجارية، على الأسماء التجارية بما لا يتعارض مع طبيعتها.

وأخيراً يستحسن أن يتم تطوير المادة رقم (١١) من نظام الأسماء التجارية السعودي التي نصت على إمكانية الحكم بالتعويض المدني في حالات الاعتداء على الاسم التجاري. جاءت هذه المادة مقتضبة للغاية

- الحجار، حلمي محمد، والحجار، هالة حلمي. المزاومة غير المشروعة في وجه حديث لها: الطفيلية الاقتصادية (دراسة مقارنة)، بيروت: منشورات زين الحقوقية، ٢٠٠٤.
- الحميدان، حميدان عبد الله. "ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية: تأصيله الشرعي وتنوع اختصاصاته القضائية، السعودية"، مجلة جامعة الملك سعود (العلوم الإدارية)، العدد (٧)، (١٤١٥-١٩٩٥)، ص ١٧١-٢١٨.
- خاطر، نوري حمد. شرح قواعد الملكية الفكرية، عمان: دار وائل للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥.
- الخولي، أكثم أمين. الوسيط في القانون التجاري، القاهرة: مطبعة نهضة مصر، ج ٣، ١٩٦٤.
- الخولي، أكثم أمين. دروس في القانون التجاري السعودي، الرياض: معهد الإدارة العامة، ١٩٧٣.
- الخولي، سائد. حقوق الملكية الصناعية، عمان: دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، ٢٠٠٤.
- دويدار، هاني. مقدمات القانون التجاري، القاهرة: مكتبة الإشعاع الفنية، ١٩٩٣.
- زين الدين، صلاح. المدخل إلى الملكية الفكرية، عمان: دار الثقافة، ٢٠٠٤.
- زين الدين، صلاح. شرح التشريعات الصناعية والتجارية، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧.
- سامي، فوزي محمد. شرح القانون التجاري، عمان: مكتبة دار الثقافة، ١٩٩٧.
- سليم، أيمن سعد، والقرشي، زياد أحمد وآخرون. المدخل إلى دراسة الأنظمة التجارية، جدة: مكتبة الشقري، ٢٠٠٩.
- الشمري، محمد. حماية العلامة التجارية وفقاً لاتفاقية تريرس، الرياض: بدون ناشر، ٢٠٠٦.
- طه، مصطفى كمال. أساسيات القانون التجاري (دراسة مقارنة)، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦.
- طه، مصطفى كمال. القانون التجاري، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٦.
- عباس، محمد حسني. الملكية الصناعية، القاهرة: دار النهضة العربي، ١٩٧١.
- العباسي، عز الدين مرزا ناصر. الاسم التجاري (دراسة قانونية مقارنة)، عمان: دار الحامد للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢.
- عبد الرحيم، ثروت. الملكية التجارية والصناعية في الأنظمة السعودية، الرياض: جامعة الملك سعود، ١٤٠٧.
- العريني، محمد فريد، ودويدار، هاني. قانون الأعمال، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٢.

- العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر. فتح الباري بشرح صحيح البخاري، القاهرة: دار الريان للتراث.
- عسيري، علي عبد الله. حقوق الملكية الفكرية في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم لندوة الملكية الفكرية، الرياض، جامعة نايف للعلوم الأمنية، ٢٠٠٣.
- علوان، رامي محمد. "المنازعات حول العلامات التجارية وأسماء مواقع الإنترنت"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد (٢٢)، (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٥)، ص ٢٣٩.
- علي، محمد أنور حامد. المنافسة والاحتكار في الشريعة الإسلامية، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.
- الغريب، محمد سليمان، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
- غنام، شريف محمد. حماية العلامات التجارية عبر الانترنت في علاقتها بالعنوان الالكتروني، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.
- الفاقي، عاطف محمد. الحماية القانونية للاسم التجاري، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.
- قاسم، علي سيد. قانون الأعمال، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ج ١.
- قاسم، يوسف. التعامل التجاري في ميزان الشريعة، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٢.
- القرشي، زياد أحمد و الشريف، نايف سلطان. القانون التجاري، جدة: دار حافظ للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨.
- قرمان، عبدالرحمن السيد. المنافسة الطفيلية (دراسة لمدى مشروعية التطفل الاقتصادي على قيم المنافسة التجارية)، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.
- القليوبي، سميحة. الملكية الصناعية، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.
- القليوبي، سميحة. الوجيز في التشريعات الصناعية، القاهرة: مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٧٦.
- القليوبي، سميحة. مبدأ حرية التجارة والمنافسة غير المشروعة والممنوعة في التشريع المصري، ٢٠٠٣، مذكرات مطبوعة تحت النشر، القاهرة.
- كيرة، حسن. المدخل إلى علم القانون، الإسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٧٣.
- نجيب، عبد الرزاق شيخ. نظام الأسماء التجارية في المملكة العربية السعودية (دراسة مقارنة)، الرياض: جامعة الملك سعود، ٢٠٠٢.

- Holland, Catherine J.; Reed, Diane M.; Sabing, H. Lee.; Kimmel, Andrew I.; Peterson, Wendy K. *Intellectual Property*, Irvine, CA : Entrepreneur Press, 2007.
- Jordan, Ellen R. and Rubin, Paul H. *An Economic Analysis of the Law of False Advertising*, in Mialon, Hugo M. and Rubin, Paul H. (ed.), *Economics, law and individual rights*, London : Routledge, 2008.
- Kaufman, Ian Jay. Domain Names and the New Internet Governance, 3 *Journal of World Intellectual Property*, 2000, p. 705.
- Miller, Roger LeRoy.; Jentz, Gaylord A. *Fundamentals of Business Law*, Cincinnati, [OH]: Thomson Learning, 2009.
- O'Donnell, Ryan W.; O'Malley, John J.; Huis, Randolph J.; Halt, Jr.; Gerald, B., *Intellectual Property in the Food Technology Industry*, New York: Springer Science + Business Media LLC, 2008.
- Peter, K. Yu. *Intellectual Property and Information Wealth: Issues and Practices in the Digital Age*, Westport, Conn; London: Praeger, 2007.
- Smith, Graham J. H. *Internet law and regulation*, London : Sweet & Maxwell, 2007.
- Thronson, Mark J.; Grossman, Joel M.; Roth, Gabrielle S.; Grossman, Jon D. *Intellectual Property Legal Opinions*, New York: Wolters Kluwer, 2006.

قرارات هيئة التدقيق بديوان المظالم

- قرار هيئة التدقيق بديوان المظالم رقم ١٦٦/ت/٣ لعام ١٤١٨هـ.
- قرار هيئة التدقيق بديوان المظالم رقم ١٦٦/ت/٣ لعام ١٤١٨هـ.
- قرار هيئة التدقيق بديوان المظالم رقم ٢٠٠/ت/٤ لعام ١٤١٢هـ.

- وهب، محمد الأمير يوسف. *صور الخطأ في دعوى المنافسة غير المشروعة*، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق/جامعة القاهرة، ١٩٩٠.
- يانصيف، الياس. *الكامل في قانون التجارة*، بيروت: عويدات للنشر والطباعة، ١٩٩٩.
- يحيى، سعيد. *الوجيز في النظام التجاري السعودي*، الإسكندرية: المكتب العربي الحديث، ٢٠٠٤.
- يونس، علي حسن. *القانون التجاري*، القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٧٩.
- يونس، علي حسن. *المحل التجاري*، القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٧٠.

المراجع الانجليزية

- Aramahi, Moe. The Legal Nature of domain Names Rights, 8 *Journal of International Trade Law and Policy*, 2009, p. 89.
- Bentham, Jeremy. *Theory of legislation*, London, Trubner, 1882.
- Burshtein, Sheldon. Is a domain name property? 5 *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2005, p. 59.
- Chik, Warren B. Lord of Your Domain, But Master of None: The Need to Harmonize and Recalibrate the Domain Name Regime of Ownership and Control, 16 *International Journal of Law and Information Technology*, 2008, 8.
- Endeshaw, Assafa. The Threat of Domain Names to the Trade Mark System, *Journal of World Intellectual Property*, 2000, p. 324.
- Frey, Kelly L.; Range, Daniel; Frey, Kelly L. *Security Interests in Intellectual Property*, in Sandeen, Sharon K. (ed.), *Intellectual Property Deskbook for the Business Lawyer: A Transactions-based guide to Intellectual Property Law*, Chicago: American Bar Association Publishing, 2009.

- قرار هيئة التدقيق بديوان المظالم رقم ٢٠١/ت/٤ لعام ١٤٢هـ.
- قرار هيئة التدقيق بديوان المظالم رقم ١٠٩/ت/٤ لعام ١٤٠٩هـ.
- قرار هيئة التدقيق بديوان المظالم رقم ٢٠٤/ت/٤ لعام ١٤١٧هـ.
- قرار هيئة التدقيق بديوان المظالم رقم ٨٣/ت/٤ لعام ١٤١٤هـ.
- قرار هيئة التدقيق بديوان المظالم رقم ٣١/ت/٤ لعام ١٤١٣هـ.
- قرار هيئة التدقيق بديوان المظالم رقم ٦/ت/٣ لعام ١٤١٨هـ.
- قرار هيئة التدقيق بديوان المظالم رقم ١٧٨/ت/٤ لعام ١٤١٠هـ.
- قرار هيئة التدقيق بديوان المظالم رقم ١٢٥/ت/٤ لعام ١٤٠٩هـ.
- الأحكام الأجنبية
- Dorer v. Arel, 60 F. Supp.2d 558, 561 (E.D. Va. 1999)
- Int'l News Servs. v. Associated Press, 248 US 215 (1918)
- Kremen v. Cohen, 337 F.3d 1024 (9th Cir. 2003)
- Network Solutions, Inc. v. Umbro International, Inc., 529 S.E.2d 80 (2000), the Supreme Court of Virginia

The Protection of Trade Name from Unfair Competition: A Comparative Study Between the Saudi and Egyptian Laws

Zeyad A. Al Qurashi

*Assistant Professor of Commercial Law
Law Department, Faculty of Economics and Administration
King Abdulaziz University, Jeddah*

(Received 27/1/1431 H.; accepted for publication 23/6/1431 H.)

Abstract. This article discusses the issue of the protection of trade names from unfair competition in the Kingdom of Saudi Arabia and the Arab Republic of Egypt. The paper raises a number of important questions which include, inter alia, how a claimant of unfair competition can use this notion in trade names disputes? How unfair competition can occur in the field of trade names? What are the conditions to be met for the establishment of a claim of liability for unfair competition in cases of abuse of trade names? What are the implications of the responsibility for an act of unlawful competition of a trade name? Who are the parties to a case of unfair competition? What is the competent authority to adjudicate in disputes involving claims of unfair competition? What are the similarities and differences between the legal regime governing civil protection of trade names in Saudi Arabia and Egypt?

Kingdom of Saudi Arabia
Ministry of Higher Education
King Saud University
DEANSHIP OF LIBRARY AFFAIRS

The Journal of King Saud University

- 1- (Biannual): Arts, Educational Sciences and Islamic Studies, Law & Political Sciences, Engineering Sciences, Science, Agricultural Sciences, Architecture and Planning, Tourism and Archaeology.
- 2- (Annual): Computer and Information Sciences, Languages and Translation.

Method of Payment: 1- Cash: At King Saud University Libraries Building 27.
2- Cheque: In favor of **King Saud University Library** account.
3- Drafts: SAMBA, King Saud University branch.
Account No. 2680740067, code No. 501. A copy of the draft should be faxed to the address given below.

Annual Subscription Rates:

- 1- Within the Kingdom SR 20.00.
2- Outside the Kingdom US \$10.00 or equivalent for all journals except:
a) Computer and Information Sciences.
b) Languages and Translation.
For these, subscription rates:
SR 10.00 within the Kingdom
US \$5.00 outside the Kingdom

All correspondences should be addressed to: University Libraries – King Saud University, P.O. Box 22480, Riyadh 11495, Saudi Arabia. Tel.: +966 1 4676112 Fax: +966 1 4676162
E-mail: libinfo@ksu.edu.sa Website: www.ksu.edu.sa

-----><-----
Subscription Form Date: / /

Name:
Organization:
Address: P.O. Box:
Zip Code: City: State: Tel.:
Fax: E-mail:
Specific issue(s): Number of copies ()

Payment: Cash Cheque Draft
Subscription: New subscription Renewal of subscription
Period of subscription: 1 year 2 years 3 years 4 years 5 years more

Contents

Page

Independence and the final letter of guarantee In the light of the standard international trade rules (English Abstract) Essam Hanafy Mahmoud	52
Conventional international law and the problems of proof in e-commerce (English Abstract) Saleh Gad Abdul -Rahman El Manzalwy	72
The Protection of Trade Name from Unfair Competition: A Comparative Study Between the Saudi and Egyptian Laws (English Abstract) Zeyad A. Al Qurashi	116

• **Editorial Board** •

Ali S. Al-Ghamdi *(Editor-in-Chief)*
Saleh R. Al-Remaih
Khaled A. Al-Rasheid
Ibrahim M. Al-Shahwan
Anis H. Fakeeha
Salem S. Al-Qahtani
Fahd A. Addelaim
Faisal A. Al-Mubarak
Solaiman A. Al-Theeb
Abdullah M. AlDosari
Saad H. Al-Hashash
Mansour M. Al-Sulaiman
Osama M. Alsulaimani
Ali M. T. Al-Turki *(Co-ordinator)*

Division Editorial Board

Osama.m. Alsulaimani *Division Editor*
Reda abdel halim abdel magid
Essam hanafi mosa
Abdullah. Jabre. Alotaibi
Bouzid Dine
Ali Ramadan Ali Barakat

© 2011 (1432H.) King Saud University

All rights are reserved to the *Journal of King Saud University*. No part of the journal may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, or via any storage or retrieval system, without written permission from the Editor-in-Chief.



Printed at King Saud University Press, 2011 (1432H.)

J. King Saud Univ., Vol. 23, *Law & Political Science* (1), pp. 1- 116 Ar., Riyadh (2011/ 1432 H.)

**Journal of
King Saud University**
(Refereed Scientific Periodical)

**Volume 23
Law & Political Science (1)**

January (2011)
Muharram (1432H.)



Academic Publishing & Press – King Saud University
P.O. Box 68953, Riyadh 11537, Saudi Arabia



**IN THE NAME OF ALLAH,
MOST GRACIOUS, MOST MERCIFUL**

