المعالجة التشريعية لصك الضمان (دراسة مقارنة)

د.سميرة عبد الله مصطفى
جامعة صلاح الدين- كلية القانون

Legislative treatment of the guarantee (comparative study)

Dr.Samira Abd ullah Moustafa
Salahaddin University - College of Law

المستخلص: ان الصك من نشأة العرف، أي ان العرف من اوجده او ابتكره في إطار إيجاد وسائل بديلة عن النقود في التعاملات التجارية يتم من خلالها الوفاء بالالتزامات المترتبة على عاتقهم وفي الوقت نفسه تغنيهم من تكاليف حمله او الخوف عليه من الضياع او السرقة ناهيك عن كونه أداة وفاء تقوم مقام النقود بالالتزامات المالية بين المتعاملين. ان الصك يتميز عن باقي الأوراق التجارية كالكمبيالة والحوالة التجارية بانه يكون دائما مستحق الوفاء لدى الاطلاع، وبالتالي فان أي تاريخ للوفاء يكتب في الصك يكون باطلاً ولاينتج اثاره، الا ان العرف التجاري والممارسات المصرفية قد اوجدت او ابتكرت مايسمى بصك الضمان. في هذا البحث سلطنا الضوء وبتركيز على التعريف بهذا النوع من الصك وصوره والآثار المترتبة عليه وبيان وموقف التشريع العراقي والتشريعات المقارنة من هذا النوع من الصك. **الكلمات المفتاحية:** صك، معالجة، تشريعية.

Abstract

The check Chèque is from the emergence of custom, that is, the custom is the one who created it or invented it in the context of finding alternative means for money in commercial transactions through which the obligations arising from them are fulfilled and at the same time it spares them from the costs of carrying it or fearing it from loss or theft, not to mention that it is a tool of fulfillment. The place of money is the financial obligations between the dealers.

The check is distinguished from the rest of the commercial papers such as the bill of exchange and the commercial remittance in that it is always due for payment upon sight, and therefore any date of payment

written in the instrument is null and does not produce its effects, except that commercial custom and banking practices have created or invented the so-called guarantee deed.

In this research, we shed light and focus on the definition of this type of instrument, its images, its implications, and the statement and position of Iraqi legislation and comparative legislation of this type of instrument.

Keywords: instrument, treatment, legislative.

المقدمة

أولاً : مدخل تعريفي بموضوع البحث :يقوم الصك بدور بالغ الأهمية بين التجار والمستثمرين ، وكذلك بين الافراد بوصفه أداة وفاء كالنقود، وبالتالي فهو يُعد أهم وسائل الدفع في المعاملات المالية ، وهو من هذه الناحية العملية لا يختلف عن الأوراق التجارية الأخرى كالحوالة والكمبيالة ، فهذه الأوراق الأخيرة أداة وفاء ايضاً، إلا أنه مايميز الصك هو كونه أداة وفاء فقط لا أداة ائتمان، وذلك لكي يتمكن الصك من أداء وظيفته كاداة وفاء تقوم مقام النقود في التعاملات المالية ، أي انه يقوم بوظيفة النقود فى التعامل بين الأشخاص ، وبالتالي فانه يكون واجب الدفع بمجردالاطلاع ، أي لدى تقديمه إلى المسحوب عليه ، وقد جاء ذلك بالمادة (١٥٥) منه والتي جاء فيها (يكون الصك مستحق الوفاء بمجرد الإطلاع عليه وكل بيان مخالف لذلك يعتبر كأن لم يكن) . أما الأوراق التجارية الأُخرى فهي فضلاً عن كونها أداة وفاء ، فهي تعد أدوات ضمان أو ائتمان ، أي لا تكون مستحقة الوفاء إلا بعد مضى فترة من الزمن قد تطول وقد تقصر. كما يتميز الصك عن باقي السندات المالية ، ويستوي في هذه الميزة مع بقية الأوراق التجارية بكونه سنداً تنفيذياً في مواجهة الموقعين عليه ، ونعني بذلك ان الصك يتمتع بقوة السند واجب التنفيذ فيما يتعلق بالمبلغ المثبت فيه فضلاً عن مصاريف الاحتجاج والاخطار ، ودون الحاجة الى استصدار حكم من المحكمة بتنفيذه ، ويتمتع الصك بهذه القوة التنفيذية بحكم القانون بدءاً من لحظة إصداره ، والى انتهاء مدة التقادم الصرفي الخاصة به . إلا انه جرى العرف أن يتم استعمال الشيك كأداة للضمان ، واصبح هذا الاستعمال للصك من الظواهر المثيرة للانتباه نظراً لحجم انتشارها الكبير بين مختلف الفئات ، من حرفيين وتجار ومهنيين وغيرهم ، وتحديداً عند ابرام بعض العقود ولتنفيذ الالتزامات المالية لضمان وفاء أطراف الإتفاق بالتزاماتهم المتبادلة ، كأن يتم الاتفاق بين الساحب والمستفيد على ان يقوم الساحب بإصدار صك تنفيذا للالتزام الملقى على عاتق هذا الأخير، أو ضماناً لسداد ماهو مستحق له في ذمة الساحب ، الا انه

لايكون مستحق الوفاء لدى الاطلاع ، بل يكون بعلم الطرفين بعدم وجود رصيد لدي هذا الأخير ، وبهذه الحالة يتحول الصك من كونه أداة وفاء الى أداة ضمان للوفاء بدين عليه او ضمانا لتنفيذ التزام على كاهله ،الا انه يتفق معه ان يبقى لديه أي لدى المستفيد ولايقدمه للمصرف لصرفه على ان يرده اليه متى قام بوفاء الدين ، أو تنفيذ الالتزام وبخلافه يقدمه للمصرف لصرف قيمته ونظراً لعدم وجود الصيد فانه يباشر في اجراءات التنفيذ على الصك ، وفي الوقت نفسه بامكانه ان يُقديم الصك الى المحكمة الجنائية بجرم اصدار صك بدون رصيد .

هذا الموضوع سيكون مدار بحثنا .

ثانياً : أهمية البحث :تكمن أهمية البحث فيما يلي:

١- بيان أهمية العرف التجاري في نشوء الأوراق التجارية وبالتحديد صك الضمان .

٢- بيان اهم صور صك الضمان والتي نشأت عن الحاجة الى إيجاد ضمانات إضافية تضمن وفاء المدين لالتزامه العقدي ، ومن ثم ترتيب الآثار القانونية عليها .

٣- دور القضاء وموقفه بالنسبة للقضايا التي تتمحور حول تغيير وظيفة الصك من كونه أداة وفاء الى أداة ضمان أ صك ضمان ، باتفاق اطرافه وهم الساحب والمستفيد .

ثالثاً : إشكالية البحث :تكمن إشكالية البحث في :

١- بيان موقف المشرع العراقي في قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ ، من حيث جواز اصدار صك الضمان من عدمه ، أو الاعتراف بصك ضمان ، ومن ثم ترتيب الآثار القانونية عليه .

٢- ٣ مدى تمتع صك الضمان بالقوة التنفيذية أي كسند تنفيذي قابل للتنفبذ المباشر وفقاً لقانون التنفيذ العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ دون اللجوء الى إجراءات رفع الدعوى امام المحاكم .

٣- مدى شموله بالتقادم الصرفي من عدمه المنصوص عليه في المادة (١٧٥) من قانون التجارة العراقي من عدمه .

رابعاً : منهجية البحث: اعتمدنا المنهج التحليلي لنصوص القوانين المنظمة لموضوع بحثنا في قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ ، وقوانين التجارة المقارنة ،وهي قانون التجارة القطري رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٦ ، قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩، قانون التجارة العماني رقم (٥٥) لسنة ١٩٩٠ ، واخيراٍ قانون التجارة الفرنسي لسنة ١٩٩٠، كما عززنا بحثنا بالتطبيقات القضائية ، أي الاحكام القضائية الصادرة عن القضاء العراقي ، والمقارن كلما استطعنا الى ذلك سبيلاً، فضلاً عن استطلاع رأي المديرية العامة للتنفيذ في أربيل والسليمانية في إقليم كوردستان- العراق حول هذا الموضوع .

خامساً : هيكلية البحث: ارتأينا ان نبحث في هذا الموضوع وفق خطة مكونة من مقدمة ومبحثين ، خصصنا المبحث الأول للتعريف بصك الضمان وفق مطلبين ، خصصنا المطلب الأول منه لبيان الفكرة التي يقوم عليها صك الضمان مع بيان صوره ، والثاني منه فقد بحثنا فيه عناصر صك الضمان ، والتمييز بينه وبين صك الوديعة ، وتعريفه ، أما المبحث الثاني فكرّسناه للبحث موقف التشريعات ، والقضاء المقارن ، والتشريع والقضاء العراقي من صك الضمان ، ووفق مطلبين بحثنا في المطلب الأول منه موقف التشريعات والقضاء المقارن من صك الضمان ، أما الثاني فقد تناولنا فيه بالدراسة موقف التشريع والقضاء العراقي من الصك ، وختمنا البحث بخاتمة سطرنا فيها أهم ماتوصلنا اليه من استنتاجات ، وتوصيات لخدمة بحثنا

المبحث الأول/ التعريف بصك الضمان: قد يحدث احياناً ان يتم الاتفاق بين الساحب والمستفيد على ان يسلم الساحب صكاً كضمان لديه من اجل استحقاق دينه المؤجل ، ويبقى الاتفاق في الخفاء ، ولاينكشف إلا في حالة عدم تنفيذ الساحب لالتزامه ، أو عدم وفائه للدين ، أو عدم تنفيذه للعقد المبرم بينهما ، فيتخلف الساحب عن الوفاء فيلجأ المستفيد الى تهديده بتقديمه الى المصرف لصرفه ونظراً لعدم وجود رصيد لديه في المصرف فانه يلجأ للتنفيذ عليه وفقا لقانون التنفيذ ، أو يلجأ الى المحكمة الجنائية من اجل تجريمه عن فعل اصدار صك بدون رصيد .وهذه احدى صور الصك كأداة ضمان ، ان هذا الاستعمال للصك اصبح عرفاً في التعاملات المالية ، وبالتالي وجِد استعمالاً آخراً للصك وهو استعماله كأداة ضمان ، أي كضمان للوفاء بدين أو التزام مستقبلي لم يحل أجله بعد ، أو كفالة التزام الغير، مثل إصدار شيكات الأجرة من المستأجر للمالك، أو اصدارشيكات الأقساط في البيع بالتقسيط، أوسحب شيكات ضمان حسن التنفيذ من المقاول لمالك المشروع ، وكذلك شيكات البنوك على ان البنوك تلجأ الى إصدارها عادة عند تقديمها تسهيلات ائتمانية لعملائها متمثلة بمنحهم قروض بغية الحصول على ضمان من عملائها ، فالعملاء احياناً قد لاتكون لديهم الأموال الكافية لضمان الوفاء بهذه القروض ، لذلك تطلب منهم سحب شيكات بالمبالغ التي تم اقتراضها من البنك على ان يحتفظ البنك بهذه الشيكات ويتم انقاص المبالغ لتي يقوم العملاء بتسديدها للبنك من اصل القروض الممنوحة لهم ، وفي المقابل يقوم البنك بارجاع الشيكات مقابل المبالغ المسددة [1].

[1] علي حسن يونس ، الأوراق التجارية ، مطبعة عين شمس ، بدون ذكر سنة الطبع ، ص٣٦٠. د طالب حسن موسى ، الوظيفة الائتمانية للشيك في الواقع العملي ، بحث منشوربتاريخ ١٥-١١-٢٠١٠ ، على الموقع الالكتروني التالي : (تاريخ اخر زيارة ٣-٤-٢٠٢٢) .http://www.lawjo.net/vb/showthread.php?10325
، ليلى رسيوي ، جرائم الشيك وآليات مكافحتها ، رسالة ماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرياح ورقلة ، ٢٠١٢ ، ص٢٢

سنُكرس هذا المبحث للتعريف بصك الضمان من حيث الفكرة التي يقوم على أساسها هذا الصك ، وكذلك من حيث صور صك الضمان وعناصره ، وكذلك البحث في التمييز بينه وبين وصولاً الى تعريفه ووفق مطلبين، وكما يأتي :

المطلب الأول: الفكرة التي يقوم على أساسها صك الضمان وصوره. سنبحث في هذا المطلب الفكرة التي يقوم عليها صك الضمان وكذلك صوره في فرعين وكما يأتي :

الفرع الأول : تقوم فكرة صك الضمان على أساس تغيير وظيفة الصك من كونه أداة وفاء الى أداة ضمان بإرادة واتفاق الأطراف أي الساحب والمستفيد ، ويستتبع ذلك تغيير السبب الذي من اجله يتم اصدار الصك ، وبالتالي فان المستفيد يقبل صكاً صحيحاً متضمناً البيانات كافة التي يتطلبها القانون التجاري ،او ان يكون الصك مؤجل التاريخ ، أو يحمل تاريخين ، تاريخ للسحب وتاريخ للاستحقاق، ويقوم الساحب بسحب الصك مع علم الطرفين أو احدهما ، كأن يعلم الساحب بعدم وجود رصيد لديه في المصرف ، ويتم الاتفاق بينهما على عدم تقديمه فور صدوره ، أو ان يكتب على الصك انه للضمان ، وذلك بغية ضمان دين في ذمة الساحب لمصلحة المستفيد ، أو ضماناً لتنفيذ التزام ملقى على عاتق الساحب ، على ان يحتفظ به المستفيد لديه ويرده اليه اذا قام الساحب بتنفيذ التزامه أو دفع دينه ، وعلى العكس فانه يشرع في تقديمه للمصرف للوفاء به ومن ثم لتنفيذه لدى مديرية التنفيذ لعدم وجود صيد لديه ، أو ان يقدمه للمحكمة الجنائية ، لتجريمه بفعل اصدار صك بدون رصيد[١] .

ولابد من الإشارة الى ان هناك احتمالات ناجمة عن اصدار، أو سحب صك الضمان ، وهي كالاتي :

أ-- ان ينفذ الساحب التزامه تجاه المستفيد ويسترجع منه الشيك دون اللجوء إلى المسحوب عليه للوفاء اوللتنفيذ لدى مديرية التنفيذ .

ب- أن لاينفذ الساحب التزامه تجاه المستفيد فيراجع هذا الأخير البنك ، فيمتنع البنك عن الوفاء لعدم وجود رصيد للساحب لديه ، فيقدمه لمديرية التنفيذ وبعد ان يحصل على اشعار من المصرف بعدم وجود الصيد وفقا للمادة (١٦٨ –اولاً) من قانون التجارة العراقي (٣٠) لسنة ١٩٨٤ .

[١] علاء رضوان ، هام لملايين المتعاملين، كيف يعاقب القانون على تظهير شيك ليس له مقابل وفاء؟. ، مقال منشور بتاريخ ٢٥-٧-٢٠٢١ (تاريخ اخر زيارة ٢-٥-٢٠٢٢) على الموقع الالكتروني التالي:
https://www.youm7.com/story

ج– او ان يلجأ الى المحكمة كوسيلة تهديد لتنفيذ التزامه ، وبالتالي يقع تحت طائلة المادة (٤٥٩) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩(المعدل) ، باعتباره ارتكب جرماً باصداره صكاً بدون رصيد [١].

الفرع الثاني :صور صك الضمان : إن موضوع صك الضمان يرتبط بتاريخ استحقاق الصك و تاريخ انشائه ، على ان المبدأ العام الذي يحكم تاريخ الاستحقاق في الصك هو ان الصك دائما يكون مستحق الوفاء لدى الاطلاع ، وإن أي تاريخ للاستحقاق لايُعتد به ، وبالتالي فانه لايجوز أن يكون أمر الدفع في الصك مضافاً الى أجل [٢]. وبعبارة أُخرى فان تاريخ انشاءه هو تاريخ الوفاء به ، أو استحقاقه . أما بخصوص تاريخ انشاء الصك فان أهميته تكمن في حساب المدة التي يجب تقديم الصك فيها للوفاء[٣] ، وكذلك التحقق من أهلية الساحب ، وفيما اذا كان كامل الاهلية ، أو ناقصها ، أو عديمها عند انشائه للصك ، فضلاً عن أهميته في احتساب مواعيد التقادم الصرفي ، ناهيك عن معرفة فيما اذا كان الساحب حين انشاء الصك داخلاً في فترة الريبة من عدمه[٤] . على ان كتابة تاريخ انشاء الصك يرتبط بموضوع مهم آخر، وهو وجود أو عدم وجود رصيد للساحب للصك لدى المسحوب عليه ،على الرغم من ان وجود الرصيد ليس ركنا لصحة الصك ، أو ليس بياناً الزامياً يضاف الى البيانات الإلزامية الأخرى التي نص عليها القانون ، وبالتالي لا يرتب على انعدامه ، أوعدم كفايته بطلان الشيك ، بل ان المشرع وفر حماية قانونية للصك باعتباره من السندات القابلة للتنفيذ المباشر وفي الوقت نفسه طلب التعويض وفقاً لاحكام القانون المدني العراقي ، الا انه يُعد ركناً مهماً لقيام جريمة اصدار صك بدون رصيد في حال عدم وجود الرصيد وقت اعطاءه للمستفيد ، أو وقت طرحه للتداول[٥] .

ويتعلق بوجود بيان تاريخ انشاء الصك مسائل عدة ، وهي :

---

[١] عبد الإله مزوزي، "الحماية القانونية لحامل الشيك في التشريع المغربي"، دار النشر المغربية- الدار البيضاء، الطبعة الأولى ٢٠٠٨، ص ٣٤٨

[٢] ان القانون اعتبر الشيك أداة وفاء بمجرد الاطلاع عليه او تقديمه وبصرف النظر عن التاريخ الوارد به واهدر قيمة أي بيان من شأنه ان يحول دون اعتبار الشيك أداة وفاء مع الإبقاء على الشيك صحيحاً. احمد صلاح الدين ، المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ باصدار قانون التجارة ، الكتاب منشور بتاريخ ٢٢-١١-٢٠٢٠ ،(تاريخ اخر زيارة ٣-٦-٢٠٢٢)، على الموقع الالكتروني التالي :
https://www.noor-book.com

[٣] د. فوزي محمد سامي ود.فائق محمود الشماع ، للقبول فوزي محمد سامي ، الأوراق التجارية ، العاتك لصناعة الكتاب ١٩٨٦ ، ص٣٢١.

[٤] د. فوزي محمد سامي ود. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص٨٤ .

[٥] د. احمد دغيش ، جريمة اصدار صك بدون رصيد ، مجلة البحوث والدراسات ، العدد ١١ ، السنة ٨ ، ٢٠١١، ،ص١٣٢. عمر حسن بلخير ، التنظيم القانوني لمقابل الوفاء بالشيك في القانون اليمني (دراسة مقارنة) ، الجمهورية اليمنية ، جامعة عدن ، ٢٠١٣، ص٢. د. الحسن رحوا ، مقترحات بشأن اصلاح القواعد القانونية للشيك في القانون النغربي ، رسالة لنيل الدبلوم في الدراسات العليا، جامعة محمد الخامس ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، الرباط ، ١٩٨٤، ص١١١

١: عدم كتابة تاريخ الانشاء في الصك ، في هذه الحالة يفقد السند صفته التجارية كصك ولايُعد صكاً ،ويتحول الى سند دين عادي[١] ، وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى ان الشيك الذي لايتضمن تاريخاً لانشائه ، أي لايتضمن كلا من السنة والشهر واليوم وبدون هذا التحديد فان الصك يعدو باطلاً[٢] ، وبالتالي يخرج من اطار قانون الصرف [٣] ، ويفقد مثل هكذا صك صفته التنفيذية باعتباره سنداً قابلاً للتنفيذ المباشر ويعد سنداً عادياً تطبق بشأنه القواعد العامة في القانون المدني [٤].

على ان أغلب القوانين المقارنة لم تتطرق الى فكرة التفويض في كتابة التاريخ، أي تفويض الساحب للمستفيد في كتابة تاريخ انشاء الصك ، إلا ان البعض يذهب الى ان المستفيد ليس بامكانه ان يدون تاريخاً لانشاء الصك في حال خلوه من التاريخ ، إلا اذا خوله بذلك الساحب وقت انشاء الصك ، أو قبلها ، على ان يكون التفويض مكتوباً ، أوخطياً ومؤرخاً [٥]. كما ذهب الاجتهاد القضائي الى ان عدم كتابة تاريخ الانشاء في الصك من قبل الساحب لايفقده صفة الصك طالما انه تم تثبيت ، أو كتابة التاريخ من قبل شخص مفوض منه كذلك ذهب الى ان إن إعطاء الشيك للمستفيد بغير تاريخ يفيد أن الساحب قد فوض المستفيد في وضع التاريخ قبل تقديمه إلي المسحوب عليه ، وينحسر عنه عبء إثبات وجود هذا التفويض ، وينتقل هذا العبء إلى من يدعي خلاف هذا الظاهر.[٦]

---

[١] سيف الدين عبد السلام ، الحماية القانونية للتعامل بالشيك في التشيع الجزائري، سالة ماجستير ، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، ٢٠١٥ ، ص١٣.

[٢] قرار محكمة النفض الفرنسية بتاريخ ٢٤ \يونيو \ ١٩٩٧، أشار الى القرارد. محمد الفروجي ، الشيك واشكالاته القانونية والعملية ،ط١، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، ١٩٩٩ ، ص ٤٩

[٣] استناداً الى صراحة نص المادة (١٣٩) من قانون التجاري العراقي والتي نصت على (١٣٩:اذا خلت الورقة من احد البيانات المذكورة في المادة ١٣٨ من هذا القانون فيعبر شيكاً ناقصاً ولايكون له أثر كورقة تجارية الا في الحالتين ...) . د.فوزي محمد سامي ود. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص٣٢٥. رازي سمير ، احكام الشيك في التشريع الجزائري ، جامعة قاصدي مرباح ورقلو ،رسالة ماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، ٢٠١٧ ، ص٢٦.

[٤] وهذا ماكدته لنا المديرة العام للمديرية العامة للتنفيذ في إقليم كوردستان – السليمانية في مقابلة أجريت معها في مكتبها بتاريخ ٩ -٦-٢٠٢٢، (وافقت على الإشارة اليها).

[٥] عمر الفاروق الحسيني ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، ص٢٤٤.، (تاريخ اخر زيارة ٧-٨-٢٠٢٢) ، الكتاب منشور بتاريخ على الموقع الالكتروني التالي :
//almerja.net/more.php?idm=152101
لابد من الإشارة الى ان المشرع السوري انفرد بفرض عقوبة على من حرر أو ظهر او استلم او اوفى صكاً خال من ذكر تاريخ انشائه (٥٦١) من قانون العقوبات السوري رقم ١٤٨ لسنة ١٩٤٩

[٦] قرار تمييزي برقم ٧٠\٦٧ ص ٦٥٦ سنة ١٩٧٠ ، صادر عن محكمة التمييز الأردنية ذهبت فيه الى ان (ان القول بان خلو الشيك من التاريخ لايعيبه وانما يفيد تفويض المستفيد بوضع التاريخ هو قول لايستند الى أساس من القانون غذ ان مجدرد اصدار شيك بلا تتاريخ يفقده صفته كشيك وفق المادة ٢٢٩ من قانون التجارة ،ولايفيد بحد ذاته تفويض المستفيد بوضع التاريخ واذا كان هناك تفويض اثناء انشائه فلابد من اثبانه بالطريق القانوني .) أشار اليه مصطفى محمود فراج ،. الشيك في القانون الأردني ، بحث منشور في سنة ٢٠٢٢ ، (تاريخ اخر زيارة ٢-١-٢٠٢٢) ،على الموقع الالكتروني التالي:
http://www.farrajlawyer.com/viewTopic.php?topicId=130

كما ان سحب الصك بدون كتابة تاريخ انشائه من قبل الساحب وقيام المستفيد بكتابته بدون موافقة او اخذ الاذن من الساحب ، فن الصك يفقد صفته كصك ويتحول الى سند عادي [١]، وهناك من القوانين في الولايات المتحدة تجيز ان يكون الصك خالي من التاريخ ومن ثم يؤرخه المستفيد ، كما تجيز اصدار صكات محررة في وقت سابق أو اصدار صكات مؤجلة ، وذا قدمت الشيكات غير المؤرخة كانت واجبة الوفاء فوراً ، اما اذا قدمت الصكات المؤجلة قبل التاريخ المثبت عليها فان للبنك الصلاحية ان يصرف قيمتها ، أو ان يرفضها[٢] .

٢ : كتابة أكثر من تاريخ واحد للانشاء ، في هذه الحالة يُعد الصك باطلاً كورقة تجارية ، ويتحول الى سند دين عادي ويفقد السند صفته كصك ، ويخرج من اطار قانون الصرف ، ويخضع بذلك لاحكام القانون المدني [٣] . ويفقد صفته التنفيذية باعتباره من المحررات القابلة للتنفيذ المباشر .

٣: كتابة تاريخ غير حقيقي للانشاء أي تاريخا صورياً [٤]، ان هناك حالات لكتابة تاريخ صوري صوري أي غير حقيقي لتاريخ انشاء الصك وهي :

أ: تقديم تاريخ الانشاء على خلاف الحقيقة ومقترناً بسوء النية ، ويحدث ذلك في حالة الساحب الذي يكون في فترة الريبة أو قبل اشهار افلاسه ، اذ يقوم بتقديم تاريخ انشائه للصك ، بقصد الاضرار بدائنية وضماناً لعدم شمول تصرفه أي انشائه للصك باحكام عدم النفاذ في مواجهة دائنيه لجعله سابقاً على قرار الحجز على أموال الساحب [٥].

ب: تأخير تاريخ الانشاء ، مقترناً بسوء نية ويحدث في حالة التحايل من قبل الساحب القاصر في محاولة منه لاضفاء الصحة على تصرفه ضماناً لعدم الحكم على تصرفه بالبطلان لنقص اهليته ، وقد يكون بالاتفاق مع دائنية لاخفاء بطلانها بسبب نقص أهلية القاصر[٦] .

وقد يحدث ان يكون تأخير تاريخ انشاء الصك بحسن نية ويسمى في هذه الحالة (الصك المؤجل) ، أو(الشيكات الآجلة) ، أو الصك متأخر التاريخ ، وذلك بغية الحصول على الوقت لايجاد مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه في التاريخ المثبت فيه ، وفي هذه الحالة ايضاً لايتغير وصف

---

[١] . مصطفى محمود فراج ، مصدر سابق .

[٢] نقلاً عن حسام توفيق عو ض ، المسؤولية المترتبة على اصدار شيك بدون رصيد ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ،جامعة بيزريت ، كلية الدراسات العليا ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٤.

[٣] د. فوزي محمد سامي ود.فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص٣١٨ .

[٤] سامي طه سليمان ، المعارضة في الوفاء وفق احكام قانون التجارة الأردني ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية الوطنية ، كلية الدراسات العليا ، ٢٠١٦، ص٨.

[٥] د. أكرم ياملكي ، القانون التجاري ، الأوراق التجارية ، دراسة مقارنة للسفتجة وللكمبيالة والشيك ، ط٢ ، بغداد ، ١٩٧٨ ، ص٤٤ . المادة (٩ من الباب الخاص بالافلاس من قانون التجارة الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠) .د. سميحة القليوبي ، الأوراق التجارية ، دار المهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص ٢٨٦.

[٦] د. اكرم ياملكي ، مصدر سابق ، ص٤٤ .

الصك الى صك ائتمان طالما ان المفترض ان يكون تاريخ اصدار الصك هو تاريخ استحقاقه ايضاً [١] . وهذا يعني تطبيق القانون التجاري عليه ولايخرج من نطاق قانون الصرف و يُعد من السندات القابلة للتنفيذ المباشر. وبعبارة أخرى فانه قد يتم ان يحرر الساحب الشيك في يوم معين ولكن يثبت فيه تاريخ يوم لاحق فقط ليكون يوم الاستحقاق، فما دام الثابت بان الصك يحمل تاريخاً واحداً فهذا يجعل منه أداة وفاء لا أداة ائتمان . فهو شيك بالمعني القانوني ولو كان تاريخ إصداره قد تأخر واثبت فيه علي غير الواقع. فمتى كان الشيك يحمل تاريخاً واحداً فإنه يعتبر صادراً في التاريخ المثبت فيه ، وان تأخير تاريخ الاستحقاق ليس من شأنه في هذه الحالة أن يغير من طبيعة الشيك ومن قابليته للتداول واستحقاقه للدفع في تاريخ السحب بمجرد الطلب . وبذلك يندمج ميعاد الإصدار في ميعاد الاستحقاق ، وتنتقل ملكية المبلغ الوارد في الشيك إلي المستفيد بمجرد إصدار الشيك وتسليمه إليه .، فضلاً عن ان فعله هذا يشكل جريمة اصدار صك بدون رصيد في حال تقديمه للمصرف وامتناع المصرف عن الدفع لعدم وجود رصيد لدى الساحب [٢]. وعليه فانه غالباً ماتقع الصورية [٣] ، في الصك ، أي ان يذكر في الصك تاريخ لاحق لتاريخ السحب ، أو الإصدار، أي بعبارة أخرى تأخير تاريخ السحب الحقيقي ، لسبب مشروع يتمثل في تأخير تقديمه للوفاء حتى يتمكن الساحب من تهيئة الرصيد للصك في التاريخ المحرر به ، لايترتب عليه بطلان الصك كور قة تجارية ، وانما يفترض ان التاريخ المحرر به هو تاريخه الحقيقي ، أي تاريخ إصداره واستحقاقه معاً[٤]. وبعبارة أخرى فان الصك في هذه الحالة لا يحمل إلا إلا تاريخاً واحداً ، إذ أن تأخير تاريخ الاستحقاق ليس من شأنه في هذه الحالة أن يغير من طبيعة الشيك ومن قابليته للتداول واستحقاقه للدفع في تاريخ السحب بمجرد الطلب . وبذلك يندمج ميعاد الإصدار في ميعاد الاستحقاق ، وتنتقل ملكية المبلغ الوارد في الشيك إلي المستفيد بمجرد إصدار الشيك وتسليمه إليه [٥].

---

[١] د طالب حسن موسى ، مصدر الكتروني سابق . مصطفى محمود فراج ، مصدر الكتروني سابق .

[٢] ايناس محمد راضي ، ، جريمة ارتداد الشيك دون صرف في القانون السوداني ، بحث منشور بتاريخ ١٧-١١-٢٠١٧ ، على الموقع الالكتروني لجامعة بابل ، كلية القانون ، تاريخ آخر زيارة ٨-٩-٢٠٢٢) ، التالي:
http://law.uobabylon.edu.iq/Default.aspx

[٣] يقصد بالصورية كل تحريف أو تزييف لبيان الزامي أو أكثر من البيانات الواردة في الشيك أي اظهارها على نحو يخالف الحقيقة .ميقاتي مني ، الأوراق التجارية ، سالة رماجستير ، جامعة ٨ ماي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، ٢٠١٦ ، ص ١٠٥ .

[٤] محسن شفيق ، نظرات في أحكام الشيك في تشريعات البلاد العربية ، القاهرة ، ١٩٧٢ ، ص٣٥٧. المحامي احمد سليم الخولي ، العيوب الشكلية والموضوعية في الشيك ، مقال منشوربتاريخ ٢٠-يناير -٢٠٢٠ ، تاريخ آخر زيارة ١١-١٠-٢٠٢٢) ، على الموقع الالكتروني التالي
https://www.startimes.com/?t=29582947

[٥] ايناس محمد راضي ، مصدر الكتروني سابق.

ج : الصك الذي يحمل تاريخين ويسمى الصك المتأخر، إذ يكتب فيه تاريخاً لانشاء الصك و تاريخاً آخراً لاستحقاقه ، ويكون لاحقاً لتاريخ انشائه ، ويكون بحسن نية ، أي بقصد ان يتمكن الساحب من تهيئة مقابل الوفاء أي الرصيد لدى المسحوب عليه ،أي انه يتوقع ان يكون في تاريخ الاستحقاق المثبت ان يكون قادرا على تهيئة مقابل الوفاء ، ومن ثم يتم طرح الصك للتداول في تاريخ الاستحقاق المثبت فيه[١] وبهذه الحالة يكون الصك أداة ضمان أو ائتمان لا أداة وفاء [٢] .

ان هذا الصك يمثل الصورة الاولى من صور صك الضمان[٣] .

د : كتابة تاريخ الانشاء بشكل صحيح ، إلا انه يتم الاتفاق بين الساحب والمستفيد على عدم تقديمه للوفاء لدى المسحوب عليه (المصرف) ، وفي المقابل فانه يقبل الصك ويحتفظ به المستفيد كوسيلة ضغط على الساحب أو تهديد لضمان تنفيذ الساحب لالتزامه ، وبالتالي يكون المستفيد على علم بعدم وجود رصيد للساحب وقت انشائه للصك وبخلافه وفي حالة اخلال الساحب بتنفيذ التزامه فانه يتم تقديمه للصرف لدى المصرف وفي حال عدم وجود ال رصيد فانه يتم المباشرة في اجراءات التنفيذ ، أو ان يتم تقديمه للقضاء لمحاسبته وتجريمه جنائياً لاصداره صك بدون رصيد [٤].

وهذه الصورة الثانية والأكثر شيوعاً لصك الضمان .

---

[١] د.طالب حسن موسى ، مصدر الكتروني سابق . د.عبد الفتاح الصيفي ، قانون العقوبات ، القسم الخاص، دار المعارف ،٢٠٠٠، ص٨٠٦ ، (تاريخ اخر زيارة ١٢-١١-٢٠٢٢) الكتاب منشور على الموقع الالكتروني التالي :
https://www.noor-book.com
. أمل المرشدي ، الحالات التي تنتفي فيها المسؤولية الجزائية عن ساحب الشيك ، بحث منشور بتاريخ ٤-١٠-٢٠١٦، (تاريخ آخر زيارة ٩-٨-٢٠٢٢) ، على الموقع الالكتروني التالي:
https://www.mohamah.net/law
وقد ورد في المذكرة الايضاحية لقانون التجارة المصري رقم لسنة (ان الشيك لايجب ان يجمل سوى تاريخ واحد والا فقد صفته كشيك) احمد صلاح الدين ، مصدر الكتروني سابق .

[٢] مسعد شحاطة زملط ، شيكات الضمان بين القضاء والتطبيق ، ديوان الفتوى والتشريع ، السلطة القضائية ، ٢٠٠٨ ، بدون ترقيم الصفحات ، (تاريخ آخر زيارة ٢-١١-٢٠٢٢) ، كتاب منشور على الموقع الالكتروني التالي :
https://www.mohamy.online/blo
ميقاتي مني ، مصدر سابق ، ص ١٠٦. د.عمر الفاروق الحسيني ، الركن المادي في إعطاء شيك بدون رصيد في القانون المصري .(تاريخ آخر زيارة ٢٣-١١-٢٠٢٢) ، الكتاب منشور على الموقع الالكتروني التالي :
almerja.com/reading.php?idm=145578
صبري محمود الراعي ورضا السيد عبد العاطي ، الشرح والتعليق على قانون العقوبات فقهاً وقضاءً ، مجلد ٥ ، الناشرون المتحدون ،دار مصر ، المكتب الثقافي ، القاهرة ٢٠٠٩ ، ص٤٤٨ ، ص٥٠١-٥٠٢، .د. عمار مزياني ، جريمة اصدار شيك بدون رصيد وفقاً للإصلاحات الجديدة ، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية ، العدد التاسع /، ٢٠١٦ ، ص٢٦٨.، ، الكتاب منشور على الموقع الالكتروني التالي :
https://www.asjp.cerist.dz/en/article/7617
د. فوزي محمد سامي،: شرح القانون التجاري الاوراق التجارية ، دار الثقافة ٢٠٠٤.

[٣] ايناس محمد راضي ، المصدر الالكتروني السابق .

[٤] عبد الفتاح الصيفي ،مصدر الكتروني سابق ، ص٨٠٦ . . رازي سمير ، مصدر سابق ، ص١٠

هـ: كتابة تاريخ الانشاء بشكل صحيح ، أي كتابة تاريخ واحد ، ويتم تسليمه للمستفيد ، إلا انه يتم تثبيت بيان أو شرط أو عبارة (للضمان)، أو اية عبارة تفيد ان الصك هو صك ضمان ، كان يكتب (للتأمين)[١] . أو يتم الاتفاق شفهياً على ان يكون الصك أداة ضمان وبدون تثبيت ذلك [٢]، كما لو تم الاتفاق بين رب العمل والمقاول في عقد مقاولة على ان حر المقاول صكاً ويسلمه لرب العمل لا على اعتباره أداة مستحقة الوفاء لدى الاطلاع وانما على سبيل الضمان ، أي ضمانا لتنفيذ المقاول لالتزاماته تجاه رب العمل ، وفي حالة تنفيذه لالتزاماته فان رب العمل يقوم بإعادة الصك اليه وعلى العكس فانه أي المستفيد بامكانه التنفيذ عليه وهو في هذا الفرض رب العمل ، أو ان يقوم بتقديمه للمحكمة الجنائية باعتباره اصدر صكاً بدون رصيد [٣]. وهذه الصورة الثالثة من صور صك الضمان.

المطلب الثاني : عناصر صك الضمان والتمييز بينه وبين صك الوديعة وتعريفه :سنتاول في هذا المطلب بالبحث عناصر صك الضمان و التمييز بينه وبين صك الوديعة وصولاً لتعريف صك الضمان وفي ثلاثة فروع وكالآتي:

الفرع الأول: عناصر صك الضمان: هناك عناصر أساسية يقوم عليها صك الضمان وهي :

أولاً : عنصر مادي وهو قيام الساحب بتحرير الصك وان يقوم المستفيد بقبوله عن طريق تسلمه للصك وتسليمه ، أي ان يقوم الساحب وبارادته الحرة السليمة بتسليم الصك الى المستفيد أو من يمثله ومن ثم التخلي عن حيازته نهائياً ونقلها له ، وبالتالي ان يقبل المستفيد الصك وبخلافه اذا سحب الساحب الصك واحتفظ به لنفسه او تمزيقه فلا يعد فعل الإصدار او التحرير متحققاً [٤]، والحكم نفسه في حالة فقدان الساحب لحيازة الصك بدون ارادته كأن يتم ضياعه ، أو سرقته منه[٥] .

ثانياً: عنصر معنوي أو نفسي ويكون معاصراً لانشاء الصك ، ويتمثل ذلك في نية الساحب في اصدار الصك ليكون أداة ضمان لا وفاء ، أي ان لايصرف لدى المسحوب عليه ،(المصرف) ، مع علم الطرفين بعدم وجود رصيد للساحب في البنك . وهنا يكمن التمييز بين صك الضمان وصك الوديعة ، فصك الوديعة هو الصك الذي يتحقق فيه عنصر التسليم ونقل الحيازة نهائياً

---

[١] رازي سمير ، مصدر سابق ، ص ١١.

[٢] د. احمد دغيش ، مصدر سابق ، ص١٢٦.

[٣] عثمان التكروري ، الوجيز في شرح القانون التجاري ، الأوراق التجارية ، ج٢ ، ط٣، مكتبة دار الفكر ، القدس ، ٢٠١٢، ص٥٨ . نقلا عن ص ١٢٠.

[٤] محمد عبد الرزاق جار العيساوي ، النقص في بيانات الشيك ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الأوسط ، كلية الحقوق ، الأردن ، ٢٠١٧ ، ص٥٦.

[٥] د. عبدالله سليمان ، دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري – القسم الخاص – ط٣ ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ١٩٩٠ ، ص٢٥٤. د. عمار مزياني ، مصدرالكتروني سابق ، ص٢٦٧ .

للمستفيد ، الا انه لايكون بنية تهديد او اعتباره وسيلة ضغط على المدين أي الساحب ، وانما يتم التسليم بنية ان يكون وديعة لديه أي ان يودع لديه على سبيل الأمانة ، ويبنى على ذلك لو تصرف فيه المستفيد بدون اذن الساحب فانه يكون مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة [١].

ثالثاً : عنصر شكلي : وهوقد يكون بكتابة تاريخين في الصك ، تاريخ للاستحقاق وتارخ آخر للوفاء ، أو ان يكتب يصرف بعد عشرة أيام او شهرين أو قد يكون بكتابة بيان أو عبارة تفيد ان الصك للضمان ، مثل ذلك عبارة (تأمين على بضاعة) او عبارة (تامين عن فاتورة) او عبارة (لايجوز تقديمه للمصرف) أو عبارة (الشيك سيعاد لصاحبه) او ان تكتب صراحة عبارة (الضمان) على الصك ، مثل هكذا عبارات تؤدي الى تغيير وظيفة الصك من كونه أداة وفاء الى أداة ضمان او أن يكون للصك وظيفة ائتمانية لا وظيفة نقدية [٢]، وياخذ الحكم نفسه فيما لو تم الاتفاق بينهما شفهياً على ان يكون الصك للائتمان لا للوفاء ، ودون ان يتم تثبيت مايفيد ذلك الاتفاق على الصك. أما عن كيفية أصدار صك الضمان فانه يتم إصداره كما يتم اصدار صك الوفاء ، أي قد يكون من دفتر صكات عادي أو صك من خلال المصرف [٣] .

الفرع الثاني : التمييز بين صك الضمان وصك الوديعة وتعريفه: نتاول في هذا الفرع التمييز بين صك الضمان وصك الوديعة نظراً للتشابه بينهما، ومن ثم نبحث في تعريف صك الضمان وصولاً لتعريفنا المختار وكما يأتي :

أولا: التمييز بين صك الضمان وصك الوديعة: ان التمييز بين صك الضمان وصك الوديعة يكمن في الأساس الذي يقوم عليه كلا الصكين ، ذلك ان صك الضمان يقوم على أساس تغير وظيفة الصك من كونه أداة وفاء الى أداة ائتمان ، واعتماداً على الباعث، أو السبب من اصدار الصك . أما صك الوديعة فيقوم على أساس إرادة ، أو فعل اطلاق الصك للتداول من عدمه أي التخلي عن حيازة الصك وطرحه في التداول من قبل الساحب ، وبعبارة أُخرى فان الساحب في صك الضمان لن يقوم بتسليم الصك الى المستفيد ، أو الحامل بقصد نقل ملكيته ، أو بنية صرفه الى هذا الأخير، أو اطلاقه بالتداول ، وانما بنية ان يودعه لديه على سبيل الأمانة ، ويبنى على ذلك اذا تصرف المودع لديه في الصك، فان مسؤوليته المدنية تنهض لاخلاله بالتزامه

[١] د. حامد الشريف ، شيك الضمان والوديعة والائتمان بين النظرية والتطبيق ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ١٩٩٣ ، ص١٦-١٧ ، وانظر المادة (٤٥٣) من قانون العقوبات العراقي .

[٢] د. طالب حسن موسى ، مصدر الكتروني سابق .

[٣] المحامي حسين سمير ، كيف اكتب شيك ضمان ، مقال منشور بتاريخ ٢٤-٢-٢٠١٩ ، (تاريخ آخر زيارة ٩-١٢-٢٠٢٢) ، على الموقع الالكتروني التالي :
https://ujeeb.com/

بالمحافظة عل الوديعة او الأمانة [١]، كذلك فانه يكون مرتكباً جريمة خيانة امانة[٢].، أما القصد من اصدار صك الضمان فهو كوسيلة ضغط من المستفيد (الدائن) على الساحب (المدين) لضمان قيام هذا ألأخير بتنفيذ الالتزامات المفروضة عليه اياً كان مصدر الالتزام ، خاصة في ضوء تباطأ أو اخلال المدين بتنفيذ الالتزاملات المفروضة عليه ، فضلاً عن اعتبارها وسيلة تهديد ، أي تقديمها للمحكمة الجنائية على اعتبار ان فعله يُعد اصدار صك بدون رصيد في حال عدم تنفيذ التزامه المضمون بالصك[٣] .

ثانياً : تعريف صك الضمان

بعد ان بحثنا في الأساس القانوني لصك الضمان وصوه وعناصه ، والتمييز بينه وبين صك الوديعة ، ولايفاء الموضوع حقه من الدراسة والبحث ، سنكرس هذا المطلب لتعريف صك الضمان .

أن أغلبية التشريعات نأت عن موضوع تعريف المصطلحات أو المراكز القانونية، فاننا سنتعرض لتعريف صك الضمان فقهاً وقضاءاً، وكما يأتي :

أ- : التعريف الفقهي لصك الضمان

عرَّفه أحد الكتاب بانه (الشيك الذي يصدر بمناسبة عملية تجارية او ضماناً لسداد صفقة أو مقابلاً لتنفيذ التزام محدد ومعين ولا علاقة له بالعيوب الشكلية التي تصيب الشيك) [٤] .

مايميز هذا التعريف انه يحصر صك الضمان بصورة واحدة وهي السبب من اصدار الصك فيما اذا كان للوفاء او للضمان ، أي الاتفاق بين طرفي الصك ، الساحب والمستفيد ، على جعله أداة ضمان ، في حين ان لصك الضمان صور عدة ، وقد يكون له علاقة بالعيوب الشكلية التي تعتري الصك ومنها المتعلقة بتاريخ الانشاء ،أو تاريخ الاستحقاق .

---

[١] عرّفت المادة (٩٥١) من القانون المدني العراقي الوديعة على انها (المادة ٩٥١: عقد به يحيل المالك او من يقوم مقامه حفظ ماله الى اخر ولايتم الا بالقبض) ، ونصت المادة (٩٥٦) على : (المادة ٩٥٦ : ليس للوديع ان يستعمل الوديعة وينتفع بها دون اذن صاحبها...) .للمزيد عن عقد الوديعة ، راجع د. يونس صلاح الدين علي ، المسؤولية المدنية الناجمة عن اخلال الوديع بالتزامه بالمحافظه على الوديعة وردها في القانون الإنكليزي دراسة تحليلية مقارنة بالقانون العراقي ، مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون ، جامعة بغدا ، ٢٠١٩ .

[٢] د. حامد الشريف ، مصدر سابق ، ص ٨٤. وكذلك . هرجه مصطفى مجدى ، النصب وخيانة الأمانة وأحكام الشيك ، دار الثقافة للطباعة والنشر ١٩٨٩م . حافظ، مجدي محب : جرائم الشيك ، دار الفكر الجامعي ١٩٩٤م . المحامي احمد سليم الخولي ، مصدر الكتروني سابق .

[٣] . رازي سمير، امصدر سابق ، ص١٠

[٤] حامد شريف ، مصدر سابق ، ص ٣٣. وعرَّفه غيرهم بانه الصك الذي (يتفق الدائن والمدين على عدم تقديم الشيك بقصد الأداء إلا في تاريخ مؤجل لذلك الخاص بالتسليم الفعلي) Michel JUGLART et Benjamin IPPOLITO, "Droit commercial : Premier Volume-2- Effets de commerce, chèque", نقلاً من امين البصري ، دعوة لالغاء تجريم شيك الضمان ، بحث منشور بتاريخ ١٣-٥-٢٠١٧ : (تاريخ آخر وبارة ٩-١٢-٢٠٢٢) ، على الموقع الالكتروني www.hespress.com

وعُرِف ايضاً بانه (شيك كامل البيانات و صحيح يعطيه الساحب إلى شخص آخر يتفق معه على أن يبقيه لديه ولا يتقدم لإستيفائه من المسحوب عليه ، ضمانا لدين أو واقعة معينة) [١]

وكذلك عُرِف بانه (هو نوع من انواع الاوراق الماليه ، حيث انه يماثل ما يسمي خطابات الضمان التي تصدرها البنوك فيما يخص الغرض منها) [٢] . يُلاحظ على هذا التعريف انه جانب الصواب عندما اعتبر الصك ورقة مالية في حين ان الصك ورقة تجارية ، الا انه ما يُحسب له انه حاول التقريب بين مفهوم صك الضمان وخطاب الضمان من حيث الغرض ، فالغرض من اصدار خطاب الضمان هو التزام المصرف بدفع مبلغ من النقود الى المستفيد وبدون اية معارضة من الآمر (العميل) في حال طلب المستفيد ذلك منه ، وتحديداً في حال اخلال العميل بالتزامه تجاه المستفيد ، على الرغم من اختلاف المراكز القانونية في كلا الورقتين ، فالمصرف في خطاب الضمان يلتزم التزاماً اصلياً ومباشر في بدفع مبلغ الخطاب للمستفيد في حال طلب هذا الأخير ، في حين ان في صك الضمان فان الساحب هو من يلتزم بدفع قيمة الصك التزاماً اصلياً في حال اخلاله بتنفيذ التزامه [٣]، فضلاً عن كون خطاب الضمان هو تعهد ، أما الصك فهو يمثل نقود ويجري التعامل به مجرى النقود . مايُميز هذه التعاريف بمجملها إنها تشترك في بيان الأساس الذي يقوم عليه صك الضمان ، ألا وهو السبب من إصداره ، وهو اتفاق الساحب أي منشأ الصك مع المستفيد على ان لايقديمه للوفاء لدى المسحوب عليه ، وانما يبقيه لدية كضمانه ووسيلة ضغط وتهديد من المستفيد (الدائن) لكي يقوم مدينه (الساحب) بتنفيذ التزامه تجاهه أياً كان مصدر التزامه وفي حال عدم تنفيذه يقوم بتقديمه للمحكمة المختصة ، فضلاً عن انها تشير الى صورة واحدة من صور صك الضمان دون الصور الأخرى ، ويتضح ذلك بشكل واضح ودقيق من التعريف الأول الذي حصر صور صك الضمان بعدم علاقتها بالعيوب الشكلية ، في حين ان صك الضمان له علاقة بالسبب الذي انشا الصك لاجله فضلاً عن علاقته ايضاً بالعيوب الشكلية، وتحديداً طريقة أو كيفية كتابة تاريخ الانشاء .

ب_التعريف القضائي لصك الضمان: ذهبت المحكمة العُمانية العليا في سلطنة عمان في أحد قراراتها الصادرة في ٢٠٠٤، الى تعريف صك الضمان بانه (إذا تبين ان الشيك حرر في ظروف

---

[١] محمد الطاهر بلعيساوي ، ،الوجيز في الأوراق التجارية ، دار هومة ، الجزائر، بدون ذكر سنة الطبع ص٢٠٦-٢٠٧. رازي سمير ، مصدر سابق ، ص١٠. وعرف بانه (شيك بالمعنى المعروف قانوناً إلا ان قصد المتعاقدين قد اتجه الى عدم استخدامه إلا في حال اخلال الساحب بالتزامه)

[٢] المحامي حسين سمير ، مصدر الكتروني سابق .

[٣] نصت المادة (٢٨٧) على : (خطاب الضمان تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب احد المتعاملين معه (الامر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ، ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من اجله) .

تدل على انه كان مجرد تأمين للدائن فانه لا يجب ان تسبغ عليه الحماية القانونية)[١] . وهذا يعني انها تذهب الى اعتماد فكرة السبب، أو النية من اصدار الصك لاعتباره صكاً عادياً أو صك ضمان، فاذا كانت النية من اصدار الصك هو الوفاء به، أي اعتباره أداة وفاء ففي هذه الحالة يُعد صكاُ عادياُ ، أما اذا تخلفت هذه النية وحلت محلها نية اصدار الصك باعتباره ضماناً للوفاء بالالتزام ، أو بالدين فانه في الحالة هذه يُعد صك ضمان ، ويتحول من كونه أداة وفاء الى اداة ضمان.

ونحن بدورنا نعرف صك الضمان بانه : (صك ذو وظيفة ائتمانية لا نقدية ، يتضمن كل البيانات الواجب كتابتها في الصك، إلا انه لايكون مستحق للوفاء لدى الاطلاع ، سواء كُتِب فيه تاريخ استحقاق أم لم يُكتب ، ولايُصدره الساحب بنية صرفه حالاً، وانما بنية ان يكون أداة ضغط بيد المستفيد على الساحب لتنفيذ التزاماته، ، و ضمانا لدين ، أو تنفيذاً لالتزام في ذمة الساحب، وفي حال عدم تنفيذه للالتزام او دفعه للدين فانه يقدم للمحكمة باعتباره أصدر صكا بدون رصيد ، وبخلافه فانه يرده للساحب في حال تنفيذه للالتزام ، أو دفعه للدين).

المبحث الثاني/ موقف التشريعات والقضاء المقارن والتشريع والقضاء العراقي من صك الضمان: إختلف موقف التشريعات المقارنة والتشريع العراقي من هذا الصك، وبالتالي فانه تثار أسئلة عدة بخصوص هذا الصك منها، هل يُعد أداة ائتمان أم انه يبقى أداة وفاء ، وبالتالي هل يخضع للتقادم الصرفي أم المدني ، وهل يكون سند دين عادياً أم يبقى محتفظاً بصفته التنفيذية وفق احكام قانون التنفيذ، وسنوضح موقف التشريعات من صك الضمان ، ثم نعقبه بموقف التشريع ، والقضاء العراقي ،ووفق مطالب ثلاثة ، وكما يأتي :

المطلب الأول : موقف التشريعات والقضاء المقارن من صك الضمان: سنتناول بالبحث والدراسة موقف التشريعات المقارنة وكذلك موقف القضاء فيهم، بدءً من موقف التشريع والقضاء القطري، ونعقبه بموقف التشريع والقضاء المصري ، ومن ثم العماني ، وأخيراً الفرنسي ، وكما يأتي :

أولاً: موقف التشريع والقضاء القطري

أ–موقف التشريع القطري :نصت المادة (٥٨٠) من قانون التجارة القطري رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٦ على (يكون الشيك مستحق الوفاء بمجرد الاطلاع عليه وكل بيان مخالف لذلك يعتبر كأن لم

[١] عبدالرضا حيدر عبدالرضا، شيك الضمان في القانون العماني ، مقال منشور بتاريخ ٢٣-٤-٢٠٢١ ، تاريخ آخر زيارة ٢-٢-٢٠٢٢) على الموقع الالكتروني التالي :

https://www.mohamah.net/law

يكن ، واذا ذكر في الشيك تاريخ لاحق لتاريخ السحب الحقيقي وقدم للوفاء به قبل حلول التاريخ كان للبنك ان يمتنع عن دفع قيمته حتى حلول اليوم المبين فيه كتاريخ لاصداره) من هذا النص يتضح ان المشرع القطري ياخذ بصك الضمان ، ويعتبره صكاً صحيحاً ، واجاز للبنك ان يمتنع عن صرف الصك حتى حلول الأجل المثبت فيه. ويلاحظ مايأتي على معالجة المشرع القطري لصك الضمان : ان اعتراف المشرع بصك الضمان ، أي الاعتداد بتاريخ الشيك والدفع وفقًا للتاريخ المؤجل يناقض القواعد العامة والتي جاءت بصيغة آمرة لا مفسرة والتي تنص على ان الصك هو أداة وفاء وبالتالي يجب ان تكون مستحقة الوفاء لدى الاطلاع ، أي ان تاريخ استحقاق الشيك يُعد كان لم يكن وبالتالي وجوب دفع المقابل من قبل المسحوب عليه في تاريخ الاطلاع [١].

ب–موقف القضاء القطري ، لم تعترف محكمة التمييز القطرية في كثير من أحكامها بصك الضمان ، منها القرار الذي قضى ب (ان صورة الورقة سند الدعوى في صدرها عبارة شيك ضمان ومن ثم فلا تعد شيكاً وتعدو ورقة لاقيمة لها وتنحسرعنها الحماية الجزائية) ، وهذا يعد تماشياً من القضاء القطري مع النزعة القضائية العالمية السائدة التي تعتبر صك الضمان مجرد كمبيالة ولاتتمتع بالحماية الجنائية وبإمكان استيفاء قيمتها عن طريق رفع الدعوى المدنية [٢]، كذلك قراراً آخر أشار بشكل صريح الى صك الضمان ، وأعتبره كفالة وبوجوب تطبيق قواعد الكفالة عليه ، إذ ورد فيه ان (غير انه لايكون احياناً أداة وفاء وانما أداة ضمان يضمن بمقتضاه الساحب الوفاء بدين أو التزام على آخر اذا لم يوفه الأخير وفي هذه الحالة يفقد الشيك طبيعته ويصير كفالة تدور وجوداً وعدماً مع الدين أو الالتزام المكفول ويخضع لاحكام الكفالة) [٣].الا انها في قرارات أخرى اعترف القضاء بصك الضمان على نحو واسع في كثير من الحالات الأخرى

---

[١] على ان اتجاه المشرع القطري في حماية الشيك جزائيًا هو لحماية العمل التجاري ولحماية التعامل بين الأفراد والأشخاص القانونية ولضمان استقرار الأعمال وتعزيز مبادئ الثقة والمرونة والسرعة في التعامل التجاري -عبد العاني برزجو ، اصدار شيك على سبيل الضمان في القانون المغربي ، ، مجلة العلوم الجنائية ، العدد الأول، ٢٠١٤ ، مقال منشور بتاريخ ١٤-١٠-٢٠١٤ ، (تاريخ آخر زيارة ٥-١٢-٢٠٢٢) ، على الموقع الالكتروني التالي:
https://www.marocdroit.com/
المحامي د.جمعة بن ناصر الكعبي ، الشيك وضمان الالتزامات المالية ، مقال منشور بتاريخ ١٨-٨-٢٠٢٠ ، (تاريخ آخر زيارة ٢-٨٢٠٢١) ، على الموقع الالكتروني التالي :
https://www.raya.com/2020/08/18/

[٢] فيصل الدابي ،أهمية تعديل قوانين الشيكات ، مقال منشوربتاريخ ٢٧ -١١-٢٠٢١ ، في مجلة الشرق الالكترونية ، (تاريخ آخر زيارة ٩-١١-٢٠٢١) ، على الموقع الالكتروني التالي :
https://al-sharq.com/opinion/

[٣] رقم القرار ٥٥ لسنة ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢٠-١٠-٢٠١٤، أشار الى القرار المحامي يوسف الزمان ، ٥ تدابير قانونية للقضاء على ظاهرة الشيكات بدون رصيد ، مقال منشوربتاريخ ٣٠-١١-٢٠١٨ (تاريخ آخر زيارة ٧-١٠-٢٠٢١) ، على الموقع الالكتروني التالي :
https://www.raya.com

التي يثبت فيها بموجب مستندات ومن أول وهلة أن الشيك قد حرره الساحب للمستفيد لضمان التزام مستقبلي أو التزام عن الغير، وأن محرر الشيك لم يقصد التخلي عن حيازته نهائيا للمستفيد بما يفقد الشيك شرط الإعطاء [١]. كما ذهبت المحكمة في قرار لها بان (طبيعة الشي كاداة وفاء تقتضي ان يكون تاريخ السحب هو نفسه تاريخ الوفاء وتاريخ إصداره هو بذاته حسب الثابت فيه مستحق الأداء بمجرد الاطلاع عليه وشأنه شأن النقود التي يوفي بها الناس ماعليهم ولي فيه ماينبئ المطلع عليه بانه في حقيقته لم يكن الا أداة ائتمان وعليه يكون التاريخ الموضوع على الشيك هو نفسه تاريخ اليوم الذي أُعطي فيه ويعاقب الساحب اذا لم يكن له رصيد ولايقبل من الساحب اثبات صورية التاريخ لان العبرة بالحالة الظاهرة وحدها [٢].

ثانياً : موقف التشريع والقضاء المصري

أ–موقف التشريع المصري : يتضح لنا من نص المادة (٥٠٣) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩والذي جاء فيه : (يكون الشيك مستحق الوفاء لدى الاطلاع وكل بيان مخالف لذلك يعد كأن لم يكن ، واذا قدم الشيك للوفاء قبل اليوم المبين فيه كتاريخ لاصداره وجب وفائه في يوم تقديمه ..) ان القانون المصرى لا يعترف بشيك الضمان ، وفي حال وجود تاريخ للاستحقاق في الصك فانه لابد من وفائه يوم تقديمه ، وكل تاريخ آخر للاستحقاق يُعد كأن لم يكن ، ويبقى السند محتفظاً بطبيعته القانونية كصك ، ويبقى خاضعاً لقانون الصرف .

ونصت المادة (٥٣٥) على معاقبة المستفيد الذي يقبل شيكاً ، وهو يعلم انه ليس له مقابل وفاء

ب–موقف القضاء المصري : هذا الموضوع كان ايضاً مثار خلاف في القضاء المصري ، اذ تمسك القضاء بعدم الاعتراف بصك الضمان ، وهو مادفع ان يقوم بعض الفقهاء بالطلب الى محكمة النقض لان تغير موقفها من الشيك حال ان يكتشف بانه للضمان[٣] .

وظهر اتجاهان للقضاء المصري وسنبينهما كالاتي :

الاتجاه الأول : ذهب فيه القضاء المصري الى عدم الاعتراف ، أو الاعتداد بصك الضمان ، وبالتالي ذهب الى اعتبار الصك صحيحاً وعدم الاعتداد بتاريخ الاستحقاق المكتوب فيه وبالتالي

---

[١] نقلاً من على حسن احمد الخلف ، الحماية الجنائية للصك ، مقال منشوربتاريخ ٣٠-١١-٢٠١٨ ، على الموقع الالكتروني التالي https://lusailnews.net/knowledgegate/opinion/25/12/2020

[٢] تمييز جزاء ٥٦\ص٦٥٠سنة ١٩٦٨، أشار اليه مصطفى محمود فراج ، مصدر الكتروني سابق ذهب ال ان(الشيك المعلق على شرط اذاظهت عبارة –تأمين فانه لايعتبر شيكاً ....الا ان ذلك يحول الشيك الى سند عادي وحجة على من وقعه ولايجوز ملاحقته ومعاقبته جنائيا تمييز جزاء اردني ، ١٩٨\٩٠\ص٦٣٣، سنة ١٩٩٢،وتمييز حقوقية ٨٢٠\٩٢\ص٣٢١ سنة ١٩٩٤ أشار اليه مصطفى محمود فراج ، مصدر الكتروني سابق.

[٣] حمدي خليفة ، الشيك في ضوء احكام القانون التجاري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، بحث منشوربتاريخ ١٥-١٢-٢٠١٢ ،(تاريخ آخر زيارة ١٠-١٢-٢٠٢٢) ، على الموقع الالكتروني التالي https://groups.google.com/g/hamdy11/c/VLomYr2Llm0.

فانه يكون مشمولاً بالحماية الجزائية ويجرم فعله على انه اصدار شيك بدون رصيد في حال عدم وجود رصيد لديه لدى المسحوب عليه ، ومن هذه الاحكام اخترنا مايأتي :

القرار الاول :ذهبت المحكمة الى (من المقرر أن الشيك في حكم المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات هو الشيك المعرف عنه في القانون التجاري بأنه أداة دفع ووفاء ويستحق الأداء لدى الاطلاع عليه ويغنى عن استعمال النقود في المعاملات، وما دام أنه قد استوفى المقومات التي تجعل منه أداة وفاء في نظر القانون، فلا عبرة بما يقوله الطاعن من أن الشيك تحرر ضماناً لعملية مرابحة من البنك المدعي بالحقوق المدنية، إذ أن الطاعن لا يستطيع أن يغير من طبيعة هذه الورقة ويخرجها عما خصها به القانون من ميزات، ولا جناح على الحكم إن هو أعرض عما يثيره الطاعن بشأن السبب الذي حدى به إلى إصدار الشيك.) [١] .

القرار الثاني : وفي قرار اخر صدر عنها ذهبت الى (ان الطبيعة القانونية للشيك أنه دوما أداة وفاء وليس أداة إئتمان ولا يجوزللأفراد أو الأشخاص الإعتبارية تغييرالطبيعة القانونية للشيك بجعله أداة إئتمان مادام قد إستوفى شكله القانونى من ساحب ومسحوب عليه ومستفيد)[٢] .

الاتجاه الثاني : ذهب الى الاخذ بصك الضمان وصدرت عن القضاء المصري قرارات ذهبت الى اعتبار الشيك الذي يحمل تاريخين باطلاً وفاقدا لمقوماته كأداة وفاء و خارجا بذلك عن نطاق تطبيق أحكام قانون العقوبات في هذا الشأن ،او انها اعتدت بالباعث من اصدار الصك فيما اذا كان على سبيل الوفاء او الائتمان ، واخترنا الاحكام التالية :القرار الأول : ذهبت المحكمة الى (الشيك كأداة وفاء. وجوب اشتماله على تاريخ واحد. وجود تاريخين يفقد الورقة طبيعتها كأداة وفاء ، ومن المقرر أن طبيعة الشيك كأداة وفاء تقتضى أن يكون تاريخ السحب هو نفسه تاريخ الوفاء بمعنى أن يكون مستحق الأداء بمجرد الاطلاع عليه بغض النظر عن وقت تحريره، وإذا كانت الورقة تحمل تاريخين فقد فقدت بذلك مقوماتها كأداة وفاء تجرى مجرى النقود وانقلبت إلى أداة ائتمان فخرجت بذلك من نطاق تطبيق المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات التى تسبغ حمايتها على الشيك بمعناه المعرف به قانونا وكان دفاع الطاعن بأن الشيك يحمل تاريخين هو دفاع جوهرى لو صح لتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه كان لزاما على المحكمة أن تحققه بلوغا إلى غاية الأمر فيه أو ترد عليه بأسباب سائغة تؤدى إلى إطراحه) [٣].

---

[١] طعن رقم ١١٤٣٠ لسنة ٦٠ القضائية ، المصدر الالكتروني السابق

[٢] الطعن رقم ٢٨٦٩١ لسنة ٢ قضائية جلسة ١٦ من مارس، ٢٠١٣ . أشار اليه المحامي يحيى سعد جاد الرب ، بتاريخ ١٢-٥-٢٠١٥، على صفحته الشخصية ، منشور على صفحته الشخصية (تاريخ آخر زيارة ٢٨-٩-٢٠٢٢) ، على الموقع الالكتروني التالي :
https://ar-ar.facebook.com/

[٣] الطعن رقم ١٩٠ لسنة ٤٦ القضائيةجلسة ١٧ من مايو ١٩٧٦، المصدر الالكتروني السابق .

القرار الثاني : ذهبت المحكمة الى ان (التاريخ الواحد للشيك من عناصره القانونية. وا ستيفاء الشيك عناصره المقررة في القانون التجاري. لازم لتحقق جريمة إصداره بدون رصيد. وإلا فقد مقوماته وانقلب إلى أداة ائتمان) [١].

القرارالثالث : وذهبت المحكمة فيه الى (... من المقرر أن جريمة إعطاء شيك بدون رصيد تقتضي أن يتوافر في الشيك عناصره المقررة في القانون التجاري ومن بينها أن يكون ذا تاريخ واحد وإلا فقد مقوماته كأداة وفاء تجري مجرى النقود وانقلب إلى أداة ائتمان فخرج بذلك من نطاق تطبيق المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات التي تسبغ حمايتها على الشيك بمعناه المعرف به قانوناً، ومن ثم فإن الدفع بأن الشيك يحمل تاريخين هو دفاع جوهري يترتب لو صح أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى، بما ينبغي معه على المحكمة تمحيصه بلوغاً إلى غاية الأمر فيه أو الرد عليه بما يدفعه..) [٢]. على ان الرأي الغالب في الفقه ينتقد هذا الاجتهاد القضائي للأسباب الآتية :

١-يؤدي الى اضغاف الثقة في التعامل بالشيكات وتجريده من الحماية الجنائية وهذا يؤدي الى ازدياد حالات اصدار الصك بدون رصيد ومايتنج عنه من مشاكل.

- استغلال الساحب لجهل المستفيد بالقانون فيقع هذا الأخير ضحية للساحب السيء النية، إذ يقوم الساحب بكتابة تاريخين في الصك متعمداً ومتعنتاً لمنعه من الصرف مع ضمان افلاته من المسؤولية الجزائية المترتبة على اصدار صك بدون رصيد [٣]. ثالثاً: موقف التشريع والقضاء العماني

أ-موقف التشريع العماني : نصت المادة (٥٤٤) من قانون التجارة العماني رقم ٥٥ لعام ١٩٩٠ على (يكون الشيك مستحق الوفاء عند الاطلاع عليه، وإذا كان الشيك مصدراً بتاريخ لاحق فلا يجوز الوفاء به قبل ذلك التاريخ مع مراعاة الأحكام الخاصة بالخصم في عمليات البنوك في هذا القانون) . يتضح من صراحة النص ان المشرع العماني اخذ بشيك الضمان ، واعترف به بكونه شيكاً صحيحاً ، على ان الأصل ان يكون أداة وفاء .

ب-موقف القضاء العماني : صدر عن المحكمة العليا العمانية قرارات متناقضة بصدد اعترافها بصك الضمان من عدمه ، ومنها بان شيك الضمان هو (شيك كامل البيانات و صحيح يعطيه الساحب إلى شخص آخر يتفق معه على أن يبقيه لديه ولا يتقدم لإستيفائه من المسحوب عليه ، ضمانا لدين أو واقعة معينة حتى إذا لم يدفع الدين أو تتحقق الواقعه على أن يرده إليه

[١] الطعن رقم ٨٧٨ لسنة ٤٥ القضائية من جلسة ٩ من يونيه سنة١٩٧٩ . المصدر الالكتروني السابق .
[٢] الطعن رقم ٧٩ لسنة ٤٨ القضائية (تاريخ آخر زيارة ٤-٩-٢٠٢١) ، منشور على الموقع الالكتروني التالي :
http://www.laweg.net/Default.aspx?action=LawEg&TypD
[٣] نقلاً من المصدر الالكتروني السابق .

متى وفى الدين أو متى تحققت الواقعه)، و قد أضافت المحكمة العليا في سلطنة عمان على التعريف السابق في أحد أحكامها و الصادرة في ٢٠٠٤ على أنه (إذا تبين أن الشيك حرر في ظروف تدل على أنه كان مجرد تأمين للدائن فإنه لا يجب أن تسبغ عليه الحماية الجزائية المقدرة. و هذا يكون بسبب تخلف نية الساحب في الوفاء بهذا الشيك ، و إنما يجب ان تكون منصرفة إلى الوفاء نقدا)[١] .

وهذا يعني ان المحكمة العليا اعترفت بصك الضمان ، وترى انه باطل كورقة تجارية طالما تخلفت نية الوفاء به ، أي انها اخذت بالسبب والباعث من اصدار الصك . ، الا انها قررت في حكم آخر لها بان (بمجرد إعطاء شيك يدل مظهره وصيغته على أنه مستحق الأداء في تاريخ استحقاقه، وأنه أداة وفاء، لا أداة ائتمان، يتم طرحه للتداول، فتنعطف عليه الحماية القانونية التي أسبغها المشرع على الشيك ...، أما البواعث والأسباب، فلا أثر لها في قيام المسؤولية الجنائية ...، فقد قصد المشرع من العقاب حماية الشيك في التداول، وقبوله في المعاملات كأداة وفاء، تجري مجرى النقود)[٢].

سادساً : موقف التشريع والقضاء الفرنسي

أ: موقف التشريع الفرنسي

اعتمد الشريع الفرنسي موقفاً مغايراً للتشريعات الأخرى ، ذلك انه الغى تجريم اصدار، أو سحب صك بدون رصيد في القانون الصادر لسنة ١٩٩٠[٣] ، واعتبر صك الضمان صك وفاء وعده صحيحاً ومنتجاً لاثاره ، ويجب تقديمه فوراُ للوفاء أي حسب المدة المحددة في القانون، ودون الاعتداد بالنية ، أو الباعث من إصداره ، وبالتالي فانه اعتبره مستحق الوفاء لدى الاطلاع، وان تعهد المستفيد بخلاف ذلك وقت تسلمه للصك ،.على ان المشرع الفرنسي فرض جزاءً مدنياً على

---

[١] عبد الرضا حيدر عبدالرضا ، مصدر الكتروني سابق . طعن رقم ١٢٧ /٢٠٠٢، بتاريخ ٢٦ نوفمبر ٢٠٠٢م ، (تاريخ آخر زيارة ٩-١١-٢٠٢٢) ، منشور على الموقع الالكتروني التالي :
https://www.mohamah.net/law/- . كذلك د. بشار حكمت ملكاوي ود. عماد الدين عبد الحي ،د. مظفر الدوري ، شرح الأوراق التجارية ،ط١ ، جامعة الشارقة ، كلية القانون ، ٢٠١٧، ص١٤. كما صدر قرار عن المحكمة الاتحادية العليا ذهبت فيه الى (إن المحكمة المقيدة بأحكام القوانين والتشريعات تلغي أي محاولة للاجتهاد لإزالة الحماية الجنائية على تسليم الشيك للمستفيد حتى لو كان على سبيل الوديعة أو الرهن ضماناً لقرض حصل عليه أو تنفيذاً لالتزاماته التعاقدية. المستشار القانوني محمد أبو شعبان ، هل الشيك أداة وفاء أم ضمان أم كليهما ؟ مقال منشور بتاريخ ٦-٨-٢٠١٦ ، تاريخ آخر زيارة ٢٠-٩-٢٠٢٢) ، على الموقع الالكتروني :
https://www.alkhaleej.ae%

[٢] المصدر الالكتروني السابق .

[٣] oi n° 91-1382 du 30 décembre 1991, journal officiel de la république française du 1er Janvier 1991.

اصدار صك الضمان ، وهي غرامة على الساحب ومنعه من اصدار صكات جديدة لمدة محددة[١] ،فضلاً عن ان الفقه الفرنسي اجمع على عدم جواز اصدار صك الضمان [٢]. الا انه بموجب المرسوم الفرنسي الصادر في ١٩٩١ فقد أضيفت حالة اصدار الصك على سبيل الضمان من ضمن حالات المعارضة في الوفاء [٣]، وهذا مؤداه إشارة المشرع الفرنسي الى صك الضمان صراحة ، ومعالجته على انه لايُعد صكاً صحيحاً ، وبالتالي فانه يجوز المعارضة في وفائه من قبل الساحب[٤] .

ب: موقف القضاء الفرنسي: أما عن موقف القضاء الفرنسي فانه قد صدرت عنه قرارات عدة قضت بان الصك يبقى كاداة وفاء ، وان تم تسليمه المستفيد على انه صك ضمان ، وبإمكان المستفيد ان يقدمه للوفاء فوراً[٥]. ، وقرار اخر ذهب الى انه وإن تم الاتفاق بين طرفي العقد (شركتان) على ان لا يُقدم الصك للبنك لانه على سبيل الضمان ، فانه ليس من حق الساحب ان يقوم بالمعارضة في وفاء البنك للمستفيد ، بل ان المعارضة في الوفاء من قبله يُعد تصرفاً مخالفاً للقانون[٦]. وقرار اخر في سنة ٢٠٠٩ ، إذ ذهب في هذا القرار الى ان صك الضمان يبقى صك وفاء وان كتبت فيه عبارة للضمان ، أي بطلان صك الضمان ومن ثم يعد مرتكباً لجريمة اصدار صك دون رصيد اذا لم يوجد الرصيد لدى المسحوب عليه ، وكذلك القرار الصادر عنها

---

tous les chèques bancaires/Le chèque de garantie : un faux ami", Reed Business Information-Prat Editions (Edition de l'information juridique),
نقلا من أمين البصري ، مصدر الكتروني سابق .

١. article publié sur le site :Lemoneymag.fr (mieux gérer son budget), consulté le: 4/18/2011
نقلاً من أمين البصري ، المصدر الالكتروني السابق .

٢ ويرى احد الفقهاء ان السبب في عدم تجريم التشريع الفرنسي لاصدار صك الضمان هو تعقيد جنحة تقديمه وانتشار استخدامه لدرجة ترقى الى العادة المحظورة وابتزاز حملة الصك . امين البصري ، المصدر الالكتروني نفسه .

٣ د.علي جمال الدين عوض ، علي جمال الدين عوض ، الشيك في قانون التجارة وتشريعات البلاد العربية ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ، ص ٩١.

٤ يعترف خبراء قانونيين كالشركة المتخصصة في نشر المعلومة القانونية والاقتصادية لجمهور المهتمين وانطلاقاً من استقرائهم للتشريعات الفرنسية الصادرة ابتداءً من ٣٠ من سنة ١٩٩١ ومابعدها. نقلاً من أمين البصري ، مصدر الكتروني سابق .

٥. gugement de la juridiction de proximité de Troyes du 24 septembre 2009, indiqué dans l'article: "Remise d'un chèque à titre de garantie", publié sur: LegalNews.fr (toute l'actualité juridique), consulté le: 25/4/2011.

٦. cour de Cassation, Chambre commerciale, audience publique du 24 octobre 2000, n° de pourvoi : 97-21710., publication : Bulletin 2000 IV n° 162, p: 144, diffusé sur le site web: Lexinter.net (le droit sur internet), consulté le 20-03-2011 . المصدر الالكتروني نفسه .

في في ٢٠٠٠ أذ ذهبت الى انه الصك يبقى صك ضمان ، وان سُلم للضمان فانه يجب وفائه فوراً [١].

المطلب الثاني : موقف المشرع والقضاء العراقي

أ : موقف المشرع العراقي : بدءاً لابد لنا من التوضيح بانه ورد نص صريح في قانون التجارة العراقي بخصوص التأكيد على وظيفة الصك وبانه يكون واجب الأداء لدى الاطلاع فوراً ، وقد جاء ذلك في الفقرة اولاً من بالمادة (١٥٥) منه ، والتي جاء فيها (يكون الصك مستحق الوفاء بمجرد الإطلاع عليه وكل بيان مخالف لذلك يعتبر كأن لم يكن) .

كما أكد القانون في الفقرة ثانياً من المادة المذكورة على وجوب الوفاء بقيمته وإن كان تاريخ انشائه لاحقا لتاريخ تقديمه للوفاء وبهذا يكون المشرع قد قطع الطريق على من يريد تأخير وفاء قيمته بوضع تاريخ لاحق لتاريخ وضعه في التداول.

يُلاحظ على المادة المذكورة مايأتي :

– ان المشرع العراقي لم يعتد بتأخير تاريخ انشاء الصك ، وبالتالي فان الصك يبقى مستحق الوفاء لدى الاطلاع ، وبعبارة أخرى فانه اذا تم تأخير تاريخ إنشاء الصك لمنع صرفه فور صدروه، فإن ذلك التاريخ المؤخر لا يُعتد به ويكون مستحق الوفاء فور صدوره، ويبقى الصك سنداً قابلاً للتنفيذ المباشر في دوائر التنفيذ، كما يكون مشمولاً بمدة التقادم الصرفي الخاصة بالصك .

١–ان النص الوارد في المادة أعلاه ورد بصيغة آمرة ، وهذا يعني انه من الاحكام المتعلقة بالنظام العام ، وبالتالي ليس للافراد ان يغيروا من الطبيعة القانونية للصك طالما ان المشرع حدد الشكلية اللازمة لاصداره ، أو لاعتباره صكاً وبالتحديد البيان الشكلي المتعلق بتاريخ الاستحقاق .

٢– يتضح ايضاً من الفقرة الثانية المذكورة ، والتي نصت على (اذا قُدم الصك للوفاء قبل اليوم المبين فيه كتاريخ لاصداره وجب وفاؤه في يوم تقديمه) ، بان المشرع اشار الى صورة من صور صك الضمان ، ولم يعترف به بل يبقى الصك أداة وفاء لا ائتمان ، ومن ثم ويبقى الصك سنداً قابلاً للتنفيذ المباشر في دوائر التنفيذ، كما يكون مشمولاً بمدة التقادم الصرفي الخاصة بالصك .

---

[١] بدون ذكر الاسم ، معنى الشيك وشروطه وماتطرحه من إشكالات ، أطروحة دكتوراه ، جامعة بسكرة ، ٢٠١٤، ص٥، (تاريخ آخر زيارة ١٠-٧-٢٠٢٠) ،منشورة على الموقع الالكتروني التالي :
http://thesis.univ-biskra.dz/

لابد لنا ان نذكر بان المشرع الفلسطيني وبموجب الامر العسكري الإسرائيلي رقم ٨٨٩ لسنة ١٩٨١ قد اخذ صراحة بصك الضمان ، وذلك في(الفقرة من المادة ٢٢٨) والتي نصت على (المادة ٢٢٨ -٢ : يمكن ان يكون التاريخ المبين في الشيك مؤخراً عن تاريخ إصداره ولكن شيك كهذا لايكون قابلاً للدفع ولايمكن القبول به الا في التاريخ المبين فيه) للمزيد انظر عوني بدر ، التغييرات التي أحدثتها الأوامر العسكرية في احكام قانون التجارة الأردني ، مجلة النجاح للأبحاث العلوم الإنسانية ، العدد ٤ ، مجلد ١ ، ج١ ، ١٩٨٩ ، ص١١٨.

٣- أشار المشرع الى صورة من صور كتابة التاريخ الصوري ، وهي كتابة تاريخاً لاحقاً لانشاء الصك ، أي الصك المتأخر .، وبموجب الفقرة المذكورة فان السند يبقى محتفظاً بصفته كصك ، ويعد أداة وفاء لا ائتمان ، كما يترتب على ذلك شموله بالتقادم الصرفي [١]، ويبقى الصك سنداً قابلاً للتنفيذ المباشر في دوائر التنفيذ .

٤- اما الصورة الأولى من صور صك الضمان ، وهي الصك الذي يحمل تاريخين ويسمى الصك المتأخر،إذ يكتب فيه تاريخاً لانشاء الصك وتاريخاً آخراً لاستحقاقه ، ويكون لاحقاً لتاريخ انشائه ، ويكون بحسن نية ، أي بقصد ان يتمكن الساحب من تهيئة مقابل الوفاء أي الرصيد لدى المسحوب عليه ، فاننا بإمكاننا القياس على الحالة السابقة ، ومن ثم القول بان حكمه وفق القانون العراقي هو الحكم ذاته بالنسبة للحالة السابقة ، أو الصورة السابقة من صور الضمان حسب قانون التجارة العراقي ، ويبنى على ذلك اعتباره صك وفاء لا ائتمان ومن ثم شموله بالقانون الصرفي ، على ان المستفيد في هذه الحالة بامكانه مطالبة المصرف بالتنفيذ العيني باعتباره صك كاداة وفاء والمطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى وهنا يبدو طغيان الوظيفة النقدية للصك على الوظيفة الائتمانية [٢]، كما له الحق بالمطالبة بتنفيذه لدى مديرية التنفيذ باعتباره من السندات القابلة للتنفيذ المباشر ودن الحاجة لاصدار قرار من المحكمة ، فضلاً عن ان فعله يشكل جريمة اصدار صك بدون رصيد .

٥-والصورة الثالثة من صور صك الضمان وهي كتابة تاريخ الانشاء بشكل صحيح ، أي كتابة تاريخ واحد ، ويتم تسليمه للمستفيد ، إلا انه يتم تثبيت بيان أو شرط أو عبارة (للضمان)، أو اية عبارة تفيد ان الصك هو صك ضمان ، وحُكم هذا الصك هو الحكم نفسه للصورة الثالثة المذكوة آنفاً ، أي يبقى صك كأداة وفاء ولايتحول الى أداة ائتمان . وبامكاننا أضافة سند آخر للاستناد عليه للتوصل الى هذا الحكم وهو:

ان الاستناد الى اتفاق شفهي أو تحريري بين السحب والمستفيد مثال الاتفاق على ان يكون انشاء الصك للضمان لتحديد مدى الالتزام الثابت في الصك تعارض مع مبدأ مهم من المباديء التي يقوم عليها قانون الصرف وهو مبدأ الكفاية الذاتية والمقصود بذلك هو ان يكتسب الصك قوته

---

[١] (يعتبر الصك بعد انتهاء مدته القانونية للصرف هي ستة اشهر ، ورقة عادية) قرار رقم ١\صك\٢٠١١ بتاريخ ٢٠١١\١\١٩ صادر عن رئاسة منحكمة استئناف بغداد \ الكرخ بصفتها التمييزية . منشور على الموقع الرسمي الالكتروني لمجلس القضاء الأعلى – العراق :
(تاريخ آخر زيارة ٢٣-٣-٢٠٢٢.)https://www.hjc.iq/qview

[٢] د.عصام محمد حنفي ، الأوراق التجارية (الكمبيالة ، السند لامر ، الشيك) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٦ . مقلاني مني ، مصدر سابق ، ص١٠٥ الا انه يعد مرتكباً لجريمة اصدار صك بدون رصيد اذا ثبت انه لم يكن لديه رصيد وقت اطلاقه بالتداول ، د طالب حسن موسى ، مصدر الكتروني سابق

الإلزامية من البيانات الواردة فيه الزامية كانت أم اختيارية ، عند انشائه ، وبالتالي فان الصك يكون كافياً للاستناد عليه لتحديد موضوع وحدود او مدى الالتزام الوارد فيه ودون الحاجة الى اتفاقات أخرى خارج اطار الصك وقت انشائه ، وأي اتفاق على خلاف ذلك لايُعتد به [1]، والا لِم يُعدا مبدأً عاماً يحكم الأوراق التجارية .

ثانياً : موقف القضاء العراقي : أما على صعيد القضاء العراقي فقد تناقضت قرارات المحاكم فيها ، وظهر على اثره اتجاهين وهما :

الاتجاه الأول : يُعد صك ضمان

القرار الأول : ذهبت محكمة التمييز الاتحادية الى (ان الشكوى تعتبر كيدية اذا حركت بداعي ان الشيك بدون رصيد مادام هناك ورقة مخالصة تثبت ان تحرير الشيك كان للضمان) [2]. في القرار مخالفة صريحة لمبدأ الكفاية الذاتية وبالتالي فان المحكمة استندت الى ورقة او مخالصة خارج اطار الصك ومن ثم توصلت الى اعتبار الصك صك ائتمان لا فاء.

القرار الثاني :ذهبت محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية الى (اذا كان المسحوب له يعلم ان الساحب لارصيد له في المصرف وقت تحرير الشيك فيكون الشيك أداة ائتمان لا أداة وفاء)[3] استندت المحكمة في قرارها هذا على فكرة العلم من عدمه من قبل المستفيد وقت اصدار الصك ، وبالتالي فان هذا الأخير اذا كان يعلم بان الساحب لارصيد لديه لدى المسحوب عليه فان الصك يكون أداة ائتمان لا وفاء .

الاتجاه الثاني : يبقى الصك أداة وفاء : القرار الأول : (أن تجريم إعطاء الشيك بدون رصيد إنما جاء تأسيسا على كون الشيك أداة وفاة متى استوفي أركانه المعرف بها في القانون . وهذه الطبيعة القانونية للشيك تضمنتها قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ومن باب أولى لا يجوز الاحتجاج بقول الساحب أن الشيك الذي أصدره لم يكن أداة وفاء لأنه لا يملكان يغير الطبيعة القانونية للشيك وإنما يمكن أن يثور البحث في هذا الإطار في حصول فعل الإعطاء مستوفيا شروطه من عدمه). في هذا القرار نرى ان المحكمة استندت الى كون الاحكام القانونية المتعلقة بالصك وتحديداً بصدد اعتباره أداة وفاء هي من النظام العام ، أي انها وردت بنصوص

[1] د. محسن شفيق ، الأوراق التجارية ، ط١ ، دار المعارف الإسكندرية ، ١٩٥٤، ص٦٦٢١١. محمد مسعودي ، الحماية المصرفية لحامل الشيك ، جامعة محمد الخامس ، دبلوم ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية ، ٢٠٠٨.، ص٦٦.

[2] محكمة التمييز الاتحادية رقم القرار ٤٧٢في ٢٠٠٨ تاريخ اصدار الحكم ٢٤-٨-٢٠٠٨، منشور في الموقع الرسمي الالكتروني لمجلس القضاء ، مصدر الكتروني سابق ،(تاريخ آخر زيارة ١١-٣-٢٠٢١)

[3] رقم القرار ٣٤ لعام ٢٠٠٦ ، تاريخ اصدار القرار ٢٩-٨- ٢٠٠٦ ، صادر عن رئاسة محكمة استئناف نينوى الهيئة التمييزية ، منشور في الموقع الرسمي الالكتروني لمجلس القضاء الأعلى ، (تاريخ آخر زيارة ٢٢-٨-٢٠٢١) ، المصدرالالكتروني السابق .

آمرة لا مفسرة ، وبالتالي فلا يجوز مخالفتها من قبل اطراف الصك ، ومن ثم لايملكون وبارادتهم من تغيير الطبيعة القانونية للصك من حيث كونه أداة وفاء الى أداة ائتمان .

القرار الثاني : ذهبت محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية الى ان (لا عبرة بالاسباب التي دعت المميز الى اصدار الصك موضوع الشكوى ثم ان الصك أداة وفاء وحكمه حكم الورقة النقدية ، ولم يكن يوماً أداة ضمان أو كفالة) [١].

في هذا القرار استندت المحكمة الى فكرة عامة وهي عدم الاعتداد بالسبب من اصدار الصك ضماناً كان أم كفالة ، ذلك ان السبب في اصدار الصك هو واحد وهو جعله أداة وفاء وحكمه حكم النقود .

القرار الثالث :(الصك مستحق الوفاء لدى الإطلاع وكل بيان مخالف لذلك يعتبر كأن لم يكن) [٢].

في هذا القرار جعلت المحكمة التاريخ المعين في الصك كموعد للوفاء في حكم عدم الوجود استناداً الى الفقرة ثانياً من المالدة (١٥٥) من قانون التجارة.

ونحن نميل الى الاتجاه الثاني الذي اخذت به بعض المحاكم ونرى بانه هو الاتجاه الصائب للأسباب الأتية :

١- ان الاخذ بالاتجاه المخالف مؤداه التشجيع على استغلال الاخرين من المتعاملين بالصك من الذين لايكونون على علم بنصوص القانون من حيث عدم اعتبار الصك أداة ائتمان .، فضلاً عن تشجيع الغش بل مكافأته ذلك ان الساحب سيء النية يعمد الى غش المستفيد ومن ثم يتعمد كتابة تاريخ لاستحقاق الصك او ان يكتب عبارة للضمان على الصك ، أو ان يتفق معه على ان يكون الصك للائتمان لا للوفاء ، وفي المحصلة النهائية عدم اعتبار السند صكاً ، وبهذا فانه يفلت من العقاب في حال كونه اصدر الصك بدون رصيد، وصولاً الى عدم اعتباره مرتكباً لجريمة اصدار صك بدون رصيد طالما انتفى وصف الصك عن السند[٣] .

---

[١] تمييز استئنافي ، رقم القرار ٥٣٥ /ج/ ٢٠٠٠، تاريخ القرار٢٠٠١/١/٣٠م.(غير منشور) أشار اليه اياد خلف محمد ، المسائل العارضة في الدعوى الجزائية ، ص٩٨. (تاريخ آخر زيارة ٩-٩-٢٠٢١) الكتاب منشور على الموقع الالكتروني التالي :
/almerja.com/reading.php?idm=36552

[٢] أشا الى القرارين د. فاضل عواد الدليمي ، ذاتية القانون الجنائي ، ص١٤٤، ص١٤٦ كتاب منشور بتاريخ ٢٥-٤-٢٠١٧، تاريخ آخر زيارة ١٠-٨-٢٠١٩) ، على الموقع الالكتروني التالي :
/almerja.net/reading.php?idm=77480

[٣] د. فاضل عواد الدليمي ، مصدرالكتروني سابق .ص١٤٩

٢- لايجوز ربط الالتزام الثابت في الصك بواقعة خارجة عنه ذلك انه يتعارض مع مبدأ الكفاية الذاتية الذي يحكم الأوراق التجارية ومن ضمنها ألصك [١].

٣- فضلاً عن ان الاستناد الى سبب اصدار الصك أو حقيقته لايعدو سببا مقنعاً للتخلص من مسؤولية اصدار صك بدون رصيد لان المشرع جرم الفعل وهو اصدار صك بدون رصيد بغض النظر عن السبب او الغاية من اصدار الصك طالما تم سحبه كصك وقبله المستفيد بهذا الوصف لا بوصف آخر [٢] .

٤- يذهب غالبية الفقه الجنائي إلى أن المحرر يُعد صكاً من وجهة نظر القانون الجنائي متى ما كان له مظهر الصك، ومعنى ذلك بأن مفهوم الصك جنائياً يختلف عن مفهومه تجارياً، ويذهبون الى ان عدم اعتبار السند صكاً وفق القانون التجاري لايعني عدم تجريم الساحب في حالة سحبه بدون رصيد ، إذ يبقى صكا لأغراض تطبيق عقوبة الصك بدون رصيد، وذلك لأن المادة (٤٥٩) عقوبات لا تفرق ما بين الصك الصحيح والصك المعيب، طالما ان شكل السند استوفى مظهره الخارجي باعتباره صكاً بنظر الطرفين الساحب والمستفيد أي أداة وفاء أي انه يحمي كل صك يدل مظهرهه الخارجي الظاهري انه مستحق الوفاء لدى الاطلاع حتى لو كانت نية الساحب متجهة الى استعماله كاداة ضمان لا أداة وفاء [٣].

على اننا قبل الانتهاء من هذا المبحث لابد ان نبين موقف الفقه والكُتاب من صك الضمان ، فقد طرحت اراء عدة وكما يأتي :

١- البعض من الفقه يرى (بانه لابد من تقنين الاحكام الخاصة بصك الضمان وفي حال عدم التقنين فانه يؤدي الى نتائج خطيرة ويكون لها الأثر على حركة سوق المعاملات التجارية وقد يؤدي الى وقف الائتمان وعجز البنوك ايضاً)[٤] .

٢-كما يذهب غيرهم الى ان الصك سيصبح بمرور الوقت أداة ضمان ، مثال ذلك ان يقوم احد التجار بمنح قرض أو دين لشخص آخر أي مدينه إلا انه لايوجد لدى المدين أي رصيد في البنك نظراً للثقة الشخصية المتبادلة بينهما ، فان المدين يقوم بسحب صك بالمبلغ لحين ميسرة على ان لايقدم الصك الا بعد الميعاد المتفق عليه ، هذه الطريقة بالتعامل سوف تعطي ضماناً

[١] رضوان حسان اسخيطة ، الشيك واحكامه من الناحية المدنية والتجارية ومايتعلق به جزائياً ، رسالة لنيل الاجازة في الانتقال لجدول الأساتذة ، الجمهورية العربية السورية ، فرع نقابة حلب ، ٢٠١٠، ص٢٢

[٢] رضوان حسن اسخيطة ، مصدر سابق ، ص ٢٣. قرار محكمة النقض المصرية لسنة ٢٠١٤ ورد فيه (ان دفاع المتهم بان الشيك الذي أصدره كان لضمالن دين سداد الأجرة لصالح المستفيد لا أثر له في نفي المسؤولية الجنائية) .

[٣] للمزيد انظر د. فتوح عبدالله الشاذلي ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، دار المطبوعات الجامعية ن الإسكندرية ، ٢٠٠٢، ص٥٨٧ -٥٨٨. فاضل عواد الدليمي ، مصدر الكتروني سابق . ص١٤٣و١٤٦

[٤] نقلاً عن مسعد شحاظة زملط ، مصدر سابق .

لحق الدائن باداة تعامل تخضع لحماية المشرع الجنائي على خلاف الكمبيالة والحوالة التجارية)[١].

٣-البعض الآخر يذهب الى معالجة صك الضمان بنصوص صريحة بقانون التجارة ، ومن ثم العمل بصك الضمان جنباً الى جنب مع صك الوفاء على ان يكتب حرف (و) على الصك الصادر كأداة وفاء ، وكتابة حرف (ض) على الصك الصادر كاداة ائتمان ، فضلاً عن تكييفه لعبارة الضمان التي تثبت في الصك بموافقة الطرفين الساحب والمستفيد بانها تطبيقاً للقاعدة العامة التي تحكم العقود وهي العقد شريعة المتعاقدين [٢].

-٤يذهب البعض الآخر الى (انه لابد من قبر كل محاولة تتضمن الإساءة الصك رحمة باقتصادنا وسمعتنا في السوق العالمي) [٣]، وبالتالي فهم يرون عدم الاعتراف بصك الضمان ويذهبون الى معاقبة الساحب الذي يصدر صكاً للضمان وافتراض سوء نيته بمجرد علمه بعدم وجود رصيد لديه وعدم البحث او الكشف والتحري عن سبب اصدار الصك مادام مظهر الخارجي يدل عل انه صك مستحق الوفاء لدى الاطلاع .

٥- يذهب غيرهم الى الاعتراف بصك الضمان فضلاً عن انهم يستندون في رأيهم هذا الى الاجتهاد القضائي الذي يذهب الى منح الساحب في صك الضمان حق معارضة المسحوب عليه في صرف الصك من غير التمسك بحالتي الإفلاس او الضياع التي تحكم المعارضة في صك الوفاء ، ومستندين في رايهم هذا على ان النصوص الجنائية تستلزم ان يكون محل المعارضة صك صحيح ، أي صكاً يؤدي وظيفة الوفاء لا الائتمان وكذلك محل الجريمة أي اصدار صك بدون رصيد صكاً صحيحاً [٤].

٥- كما يرى غيرهم ان يتم الغاء تجريم اصدار شيك الضمان نهائيا وبالتالي يصبح اصدار شيك الضمان جائزاً لكن مع الاحتفاظ للمستفيد بحق تقديمه للمصرف للوفاء فورا ، حتى ولو تعهد بعدم فعل ذلك، غير أنه يمكن للساحب إثارة مسؤولية المستفيد عن عدم وفائه بتعهده [٥].

٦- ان حجم الحماية الجزائية التي كفلها المشرع لفعل اصدار الصك بدون رصيد أدت الى المبالغة في حجم استخدام الصك في الأوساط التجارية والمدنية ، وادى بالتالي الى ظهور

---

[١] عبد الفتاح مراد ، شرح الشيك من الناحيتين الجنائية والتجارية ، شرح تفصيلي للمواد المتعلقة بالشيك في قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، الهيئة القومية لدار الكتب المصريثة ،بدون ذكر سنة الطبع ، ص٣٠٤.

[٢] د. حامد الشريف / مصدر سابق ، ص٥٠و٥٤.

[٣] لبيب حليم ، مقال منشور في مجلة الاهرام الاقتصادي بتاريخ ٤-١-١٩٩١، أشار اليه د. حامد الشريف ، مصدر سابق ، ص٤٧. طالب حسن موسى ، مصدر الكتروني سابق .

[٤] قرار تمييزي رقم ٨٩\١٢٩١ ، منشور في مجلة نقابة المحامين ، العدد ٤و٥و٦ ،الأردن ، لسنة ١٩٩٢، ص١٤٢٣.

[٥] أمين البصري ، مصدر الكتر وني سابق.

استعمال الصك كأداة ائتمان ، مستفيدين من هذه الحماية كوسيلة ضغط وتهديد على مدينيهم [1].

عليه نقترح ان يقوم المشرع العراقي وكمعالجة لهذه الظاهرة التي انتشرت في العراق عموماً مايأتي :

١- إضافة فقرة جديدة الى المادة (١٥٥) من قانون التجارة وتكون بتسلسل ثالثاً وبالشكل الآتي(لايجوزكتابة أي بيان في الصك من شأنه ان يُغير وظيفته من كونه أداة وفاء الى أداة ضمان وأياً كانت النية أو السبب في إصداره ، وبخلافه يكون الصك باطلاً كورقة تجارية) ، وبهذا المسلك فانه لن يبقى مجالاً للاختلاف في التطبيقات او الاجتهادات القضائية في موضوع صك الضمان .

٢- اللجوء الى وسيلة أخرى فعالة أكثر لحماية الثقة في التعامل بالصك ، وهو ان تضاف مادة الى القانون التجاري او القانون المدني بصدد اعتبار مبلغ الصك المسحوب بدون رصيد من الديون الممتازة العامة من الدرجة الأولى ، على ان المشرع العراقي عرَف الامتياز في الفقرة (١) من المادة (١٣٦١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ بانه (الأولوية في استيفاء دين معين مع مراعاة لسبب هذا الدين) ، وتكون المادة بالشكل الآتي : (ان مبلغ الصك فضلاً عن فوائده والمصاريف التي تحملها المستفيد تكون من الديون الممتازة العامة ومن الدرجة الأولى) .

٣- طالما ان السبب الرئيس في تغيير وظيفة الصك من كونه أداة وفاء الى أداة ضمان هو الرغبة او التحايل على النصوص العقابية التي تجرم فعل اصدار صك بدون رصيد ، فاننا نقترح ولضمان سد هذه الثغرة في القانون العقابي إضافة الفقرة الاتية الى نهاية المادة (٤٥٩) من قانون العقوبات (رقم ١١١) لسنة ١٩٦٩، لكي يكون فعل اصدار صك الضمان اوقبوله من المستفيد او تظهيره مًجرماً ، وتكون بتسلسل ٣ ويعدل تسلسل الالفقرات التي تليها ، وكالاتي :٣- او اشترط فيه صراحة او ضمناً عدم صرفه فوراً، أي جعله أداة ضمان لا أداة وفاء).

٤- طالما ان اصدار صك الضمان يكون بضغط من المستفيد على الساحب، نرى إضافة العبارة الاتية الى نهاية الفقرة(أ) من المادة المذكورة ، وذلك لكي يمتد نطاق التجريم لفعل المستفيد وهو قبوله لاصدار مثل هكذا صك ، وتكون العبارة بالشكل الآتي (او كل قبل صكاً وهويعلم بعدم وجود رصيد له او علم بعيوب الصك) .

[1] د. محمد الفروجي ، الشيك واشكالاته القانونية والعملية ،ط١، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، ١٩٩٩، ص٣٢١ .

المطلب الثالث : الآثار المترتبة على اعتبار السند صك ضمان :هناك آثاراً عدة تترتب على اعتبار الصك صك ضمان لا وفاء وهي :

١-عدم قابليته للتظهير وفقاً لقانون الصرف ، ذلك ان التظهيريستلزم ان يكون محله صكاً صحيحاً أي صك وفاء لا ضمان ، وبالتالي فان التظهير الواقع على صك الضمان ينتج آثار حوالة الحق المدنية لا التجارية لعدم إمكانية الحامل التمسك بقاعدة التطهير من الدفوع المقررة في المادة (٥٧) من قانون التجارة العراقي ، وعليه بنتقل الحق الثابت بالصك من المستفيد الى المتعامل معه بكافة عيوبه وصفاته

٢-عدم شموله بالتقادم الصرفي المقرر لصك الوفاء بموجب المادة (١٧٥) من قانون التجارة العراقي، وهذا مؤداه شمول صك الضمان بالتقادم العادي المقرر في القواعد العامة في القانون المدني

٣- عدم تطبيق المدد الخاصة بالتقديم للوفاء لدى المسحوب عليه والمقررة لصك الوفاء في المادة (١٥٦) من قانون التجارة العراقي ، وهي مدة عشرة أيام اذا كان الصك مسحوباً في العراق وومستحق الوفاء فيه ومدة ٦٠ يوماً اذا كان مسحوباً خارج لعراق ومستحق الوفاء فيه .

٤-عدم اعتبار فعله مجرماً في حال إصداره صك الضمان بدون رصيد على الرغم من اختلاف الفقه والقضاء الجنائي بهذا الصدد وكما اوضحنا في موقف القضاء من صك الضمان.

٥-أما بشأن قابليته للتنفيذ المباشرمن عدمه فانه لابد من ان نفصل في موضوع القوة التنفيذية للصك ومن ثم التوصل الى ماذا كان لصك الضمان قوة تنفيذية كما بالنسبة لصك الوفاء وعلى حد سواء .

يُعد الصك أي صك الوفاء سنداً تنفيذياً في مواجهة الموقعين عليه وله القابلية على التنفيذ مباشرة فيما يتعلق بالمبلغ الثابت والوارد فيه ، فضلاًعن ملحقاته والمتمثلة بمصاريف الاخطارات والاحتجاجات ، إلا اذا وجد شرط عم الاحتجاج او الاخطار ، والفوائد ان وجدت [١]، على انه يتمتع بهذه الخاصية بدءً من لحظة إصداره ولغاية انقضاء مواعيد التقادم الصرفي الخاصة بالاوراق التجارية حصراً . اما المقصود بالسند التنفيذي ، فهو الورقة التي أعطاها القانون صفات محددة وشروطاً خاصة تجعلها صالحة لان تكون هي الأساس الذي عليه يمكن الشروع في التنفيذ

[١] المادة (١٠٧) الفقرة اولاً التي نصت على (١٠٧-اولاً-لحامل الحوالة مطالبة من له حق الرجوع عليه بمايأتي : أ- أصل مبلغ الحوالة غير المنقبولة او غير المدفوعة مع الفوائد الاتفاقية ان كانت مشروطة .ب-الفوائد القانونية ابتداءً من تاريخ الاستحقاق .ج-مصاريف الاحتجاج والاخطارات وغيرها من المصاريف .) .

وهو ضروري للتنفيذ ، او الوثيقة القانونية المحددة في قانون التنفيذ او أي قانون آخر وتكون السبب المنشئ للحق في اجراءات التنفيذ الجبري . [١]

ان العلة في منح الأوراق التجارية قوة التنفيذ دون حاجة لاقترانها بحكم قضائي هي رغبة المشرع في التخفيف من تزاحم الناس على المحاكم من جهة ، والتوفير في المصاريف ، والوقت بالنسبة لاصحاب العلاقة من جهة أخرى [٢]. ان القول بان للسند أو الصك قوة تنفيذية يعني ان يكون الصك واجب الوفاء بذاته ، ودون حاجة للاستناد الى ورقة أخرى ، أو رفع دعوى باصل الحق أمام المحاكم اياً كانت مدنية ام جزائية ، وبالتالي فان المستفيد يكون مالكاً لسند واجب النفاذ ، وعليه ان يقوم بالإجراءات اللازمة لتحصيل حقه لدى المسحوب عليه ومن ثم عمل احتجاج عدم الدفع في حال امتناع المصرف عن الوفاء بمبلغ الصك ، ويليه اخطار الساحب والموقعين الاخرين بعدم الوفاء خلال المدة المحددة بالقانون [٣]، الا اذا اشترط الساحب عدم الاحتجاج او عدم الاخطار ، ويجوز عوضاً عن الاحتجاج ان يتم اثبات الامتناع عن الوفاء ببيان صادر عن المصرف مع ذكر يوم تقديم الصك على ان يكون البيان مؤرخاً ومكتوبا على الصك ذاته [٤].

أي ان للمستفيد ان يباشر إجراءات التنفيذ الا انه يجب عدم اهمال الاحكام القانونية الواردة في القانون التجاري بخصوص عمل الاحتجاج. وتكمن أهمية في ان يكون للصك القابلية على التنفيذ المباشر هو انه يكون بمنزلة الحكم القضائي، بل يكون اقوى منه، ذلك ان القاعدة العامة نتقضي بان الاحكام أو القرارات القضائية لاتكون واجبة التنفيذ الا اذا اكتسبت الدرجة القطعية، وكانت باتة أو نهائية [٥]، وبالتالي فان المستفيد بامكانه ان ينفذ على أموال الساحب بالسند التنفيذي الذي بين يديه وهو الصك .

---

[١] بدون ذكر الاسم، مقال بعنوان إجراءات تنفيذ السند التنفيذي ، منشور في سنة ٢٠٢٢، (تاريخ آخر زيارة ٦-٩-٢٠١٩) ، على الموقع الالكتروني التالي :
https://jordan-lawyer.com/2021/11/03/enforcement-guidelin

[٢] مروة أبو العلا ، ماهية المحررات التنفيذية في قانون التنفيذ والقوانين الأخرى ، مقال منشوربتاريخ ٣-٥- ٢٠١٨ ، (تاريخ آخر زيارة ٢-٢-٢٠١٩) على الموقع الالكتروني التالي :
https://www.mohamah.net/law

[٣] المادة (١٠٣- الفقرة اولاً) والتي نصت على (١٠٣- اولاً- يكون اثبات الامتناع عن قبول الحوالة او عن وفائها باحتجاج عدم القبول او عدم الوفاء) والفقرة ثانياً من المادة نفسها والتي نصت على (ثانياً : ... واذا كانت الحوالة مستحقة الوفاء لدى الاطلاع وجب عمل احتجاج عدم الوفاء وفقاً للشروط المبينة ...). والفقرة (اولاً) من المادة (١٠٤) التي نصت على (١٠٤-اولاً : على حامل الجوالة ان يخطر من ظهرها له والساخب بعدم قبولها او بعدم وفائها خلال أربعة أيام التالية ليوم عمل الاحتجاج او الوفاء اذا اشتملت الحوالة على شرط الرجوع بلا مصاريف ...) .

[٤] المادة نفسها .

[٥] المادة (١٠٥) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة (١٩٧٩) التي نصت على: (اللاحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق اذا اتحد اطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلا وسببا.) .

على انه هناك اجراءات لابد منها عند تنفيذ الصك وقد فصّل المشع العراقي في الموضوع في المادة (٢٦) و٢٧) من قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ .

كما ان الصك لايُعد سنداً تنفيذياً في مواجهة المصرف أي المسحوب عليه ايضاً على الرغم من كونه طرفاً في وفائه وهو طرف رئيس في الصك ، ويكمن السبب في ذلك ان المسحوب عليه لايوقع على الصك وبالتالي لايعد ملتزما صرفياً بالوفاء ، أي وبعبارة أخرى هو ليس مديناً صرفياً بموجب الصك ، وبالتالي لا يمكن تحميله أي التزام قانوني بموجبه ، إلا انه لايمكن الاخذ بهذا الحكم على اطلاقه، ذلك ان الصك هو تصرف قانوني وتصرف شكلي في آن واحد ، وطالما هو في جزء منه يعد تصرفاً قانونياً فان ذلك يرتب حقاً للمستفيد لمطالبة المصرف وفق قواعد المسؤولية المدنية بتعويضه عما لحقه من اضرار بسبب امتناع المسحوب عليه عن الدفع اذا كان سبب امتناعه ناجم عن سوء نية ، وهذ مؤداه ان الصك ليس له القوة التنفيذية تجاه المصرف طالما هو ليس مديناً صرفياً بالوفاء تجاه المستفيد . ومن مفهوم المخالفة فان على المستفيد وفي حال رغبته بالمطالبة بالتعويض، عليه ان يلجأ الى القضاء ويرفع دعوى مدنية على المصرف، ومن ثم وفي حال اصدار الحكم لصالحه فله ان يلجأ الى دائرة التنفيذ لتنفيذه في مواجهة المصرف وبعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية .

ولكن هل لصك الضمان القوة التنفيذية ذاتها التي يتمتع بها صك الوفاء؟ للإجابة نقول انه من الناحية القانونية طالما صك الضمان يصدر للضمان أي الائتمان، عليه فانه يخرج من دائرة السندات القابلة للتنفيذ وان كان صكاً، ذلك انه صك ضمان لا صك وفاء.

أما من الناحية العملية فاننا وبعد مراجعتنا لمديرية التنفيذ في كل من اربيل والسليمانية من إقليم كوردستان العراق فانه اتضح لنا بان الموقف من صك الضمان هو كالاتي[١] :

إن الصك ، أو أي ورقة فيها إقرار بالدين يعتبر من السندات العادية وكلها قابلة للتنفيذ ، وفي حاله تقديم السندات العاديه للتنفيذ،فاذا كان فيها ميعاد محدد للاستحقاق ،لا يجوز تنفيذها الى بعد حلول الموعد المثبت في السند العادي استناداً ال المادة (١٣) من قانون التنفيذ والتي نصت على: (لايجوز التنفيذ الا بسند تنفيذي اقتضاء لحق محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء وتشمل السندات التنفيذية مايلي :

ج: السندات العادية والاوراق التجارية القابلة للتداول).

ان موقف مديرية التنفيذ في إقليم كوردستان العراق من صك الضمان يعني الآتي :

[١] مقابلة أجريت مع كل من منفذ عدل مديرية التنفيذ في إقليم كوردستان - السليمانية السيدة هيشو عبد القادر ، والسيد ئاري فيصل الدباغ ، كل في مكتبه في مديرية تنفيذ إقليم كوردستان في اربيل بتاريخ١و ٤-٣-٢٠٢٢ (وافقا على نشرها .) .

أ– اعتراف مديريات التنفيذ بصك الضمان.

ب– قابلية صك الضمان للتنفيذ المباشرباعتبار ان الصك من السندات المشمولة بنص المادة (١٣) و(١٤) من قانون التنفيذ واللتان نصتا على (يجب ان يكون الحق في المحرر التنفيذي معلوماً ومستحقاً وغير معلق على شرط ، ولم يكن مخالفاً للنظام العام او الآداب)

مادة ١٤

اولاً – المحررات القابلة للتنفيذ، هي : (

أ – الاوراق التجارية القابلة للتداول

ب – السندات المتضمنة اقراراً بدين) . وهذا مؤداه الاستناد على عبارة (حال الأداء) في المادة المذكورة ، وفي حال تقديم صك مثبت في تاريخ للاستحقاق أي صك ضمان ، فانه يتم الانتظار لحين حلول اجل الاستحقاق لكي يكون قابلا للتنفيذ ولا يُعد تايخ الاستحقاق باطلاً .

ج_عدم شمول صك الضمان بالتقادم الصرفي باعتباره سنداً عادياً ومن ثم شموله بمدة التقادم المنصوص عليها في القانون المدني [١].

د– هذا التطبيق لمديريات التنفيذ يُعد مخالفة لقانون التجارة ، اذ المفروض وفقا لقانون التجارة ان يتم اعتبار تاريخ الاستحقاق المثبت بالصك باطلاً ، والصك يبقى صحيحاً ، وينفذ فوراً دون انتظار لحلول تاريخ الاستحقاق ، أي يعد حسب الطلب او لدى الاطلاع .الا ان مديرية التنفيذ تعتبره سند دين عادي طالما تضمن الصك تاريخاً للاستحقاق وبذلك تخرجه من نطاق الاوراق التجارية القابلة للتداول .ان تاريخ صدور قانون التجارة هوعام ١٩٨٤ ، وتاريخ صدو قانون التنفيذ هو عام ١٩٨٠ ، واستنادا الى القاعدة التي تقضي بان النص اللاحق يفسخ النص السابق فان نص المادة (١٥٧) من قانون التجارة هو الذي يجب ان يطبق باعتباره نصاً لاحقاً على المادة ١٣ و١٤ من قانون التنفيذ ، وبدلالة المادة (٣٣١) من قانون التجارة والتي تنص على (رابعاً : يلغى بوجه عام كل نص في القوانين النافذة يتعارض مع احكام هذا القانون) ، عليه فان التطبيق الصحيح للنصوص هذه هو التنفيذ المباشر للصك الذي يكتب فيه تاريخ استحقاق باعتباره صكا صحيحاً وعدم الانتظار لحين حلول تاريخ الاستحقاق ،لان الصك يكون دائما مستحق الوفاء لدى الاطلاع او حين الطلب حسب قانون التجارة . على ان هناك فرضا قد يتحقق من الناحية الواقعية وان كان نادراً ، وهو امكانية ان يتحول صك الضمان الى سند تنفيذي في حال كونه صكاً معتمداً كما يسميه المشرع العراقي ، أو صكاً مصدقاً كما يسميه

[١] وهذا ماكدته لنا مديرة المديرية العامة للتنفيذ في إقليم كوردستان – العراق – السليمانية ، السيدة هيشو عبد القادر، في المقابلة المشار اليها سابقاً .

المشرعون المقارنون ؟ وهل بالإمكان تكييف عملية تصديق الصك من قبل المصرف بانه قبولاً للصك كما في الحوالة ام لا؟ للإجابة نقول الصك المصدق هو الصك الذي يتم تصديقه أو اعتماده قانوناً عن طريق تأشير المصرف عليه بما يفيد وجود الرصيد او مقابل الوفاء لدى المصرف ، ويقوم المصرف بالتأشير عليه بما يفيد وجود مقابل الوفاء او الرصيد لديه في تاريخ التأشير، بناءً على طلب الساحب او الحامل الشرعي للصك ويأخذ التأشير صيغة التوقيع من قبل المصرف على وجه الصك ،ويترتب على التأشير او الاعتماد تجميد مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه وتحت مسؤوليته ولمصلحة المستفيد او الحامل ، ويبقى هذا الأثر القانوني للصك لغاية انتهاء مواعيد تقديم الصك للوفاء [١]. بإمكاننا القول ان تصديق المصرف للصك عن طريق توقيعه على الصك يفيد اعتباره بمثابة قبولاً من المصرف للوفاء من الرصيد المجمد لديه ، وهذا التوقيع يكمن تأثيره في إمكانية تكييفه بانه قبولاً للصك وعلى غرار القبول في الحوالة ، وان كان لا قبول في الصك [٢].

الخاتمة

اولاً : الاستنتاجات

١- حسناً فعل المشرع العراقي بعدم تعريفه للصك وعلى غرار الكمبيالة والحوالة التجارية ، إذ لاحاجة لتعريف الصك في القانون التجاري طالما ان الأوراق التجارية بمجملها من وضع أو نشاة العرف ومن الأفضل ترك تعريفه للعرف لكي يواكب المستجدات في الوسط التجاري أو المصرفي تحديداً .

٢-ان الفكرة التي يقوم على أساسها صك الضمان هي تغيير وظيفة الصك من كونه أداة وفاء الى أداة ضمان بإرادة واتفاق الأطراف أي الساحب والمستفيد .

٣-استعمال الشيك كأداة للضمان وليس الوفاء وهي وظيفة بعيدة عن أساس وفلسفة الأوراق التجارية المعدة للأداء. الا ان كون الصك محمي بمجوجب القانون الجزائي فان هذا ما يجعل استعمال الشيك كضمان لدَين أو لأداء التزام مالي مستقبلي مغريًا، إذ يفترض الدائن أن وجود إمكانية اللجوء للمحاكم الجزائية سيردع المدين عن التهرب من أداء الالتزام المالي .

---

[١] نصت الفقرة أولاً و ثانياً وثالثاً من المادة (١٤٢) على (المادة ١٤٢- ثانياً على : يجوز للمسحوب عليه ان يؤشر على الصك باعتماده ويفيد الاعتماد وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه في تاريخ التأشير به ويعتبر توقيع المسحوب عليه على وجه الصك اعتماداً له . ثالثاً – لايجوز للمسحوب عليه رقض اعتماد الصك اذا طلب الساحب او الحامل ذلك . وكان لديه مقابل وفاء يكفي لاداء مبلغ الصك . رابعاً- يبقى مقابل وفاء الصك المعتمد مجمداً لدى المسحوب عليه وتحت مسؤوليته لمصلحة الحامل الى حين انتهاء مواعيد تقديم الصك للوفاء) .

[٢] الفقرة (اولاً) من المادة (١٤٢) التي نصت على (المادة ١٤٢ –اولاً : لاقبول في الصك واذا كُتبت على الصك صيغة القبول اعتبرت كأن لم تكن) .

٤– لصك الضمان صور عدة ، الصورة الأولى هي، الصك الذي يحمل تاريخين ، أحدهما للاستحقاق والآخر للانشاء ، والصورة الثانية، الصك الصحيح المتضمن لكل البيانات الإلزامية المطلوبة لانشائه ، إلا انه يتم الاتفاق بين الساحب والمستفيد على عدم تقديمه للمسحوب اليه للصرف ، والصورة الثالثة الصك الذي يكتب فيه عبارة للضمان أو أي عبارة أُخرى تفيد هذا المعنى .

٥–بإمكاننا ان نعرف صك الضمان بانه (صك ذو وظيفة ائتمانية لا نقدية ، يتضمن البيانات التي اوجب المشرع كتابتها في الصك ، إلا انه لايكون مسحق للوفاء لدى الاطلاع ، سواء كُتِب فيه تاريخ استحقاق أم لم يُكتب ، ويُصدره الساحب بنية عدم صرفه ، وعدم تقديمه للوفاء لدى المصرف وفقاً للاتفاق بين الساحب والمستفيد ، ويُعد أداة ضغط بيد المستفيد على الساحب لتنفيذ التزاماته) .

٦–لايجوز الاستناد الى القاعدة القانونية التي تقضي بان العقد شريعة المتعاقدين للتوصل الى صحة صك الضمان لان العمل بهذه القاعدة يكون في ظل عدم وجود نصوص صريحة لمعالجة الموضوع في حين ان هناك نصوصا واضحة ، ولامجال للاجتهاد فيها تذهب الى ان الصك أداة وفاء لا ائتمان ، ومنها الفقرة الثانية من المادة (١٥٥) من قانون التجارة العراقي .

٧– اختلفت اجتهادات المحاكم في العراق بصد الاعتراف بصك الضمان من عدمه.

٨–استنادا الى قانون التجارة فان الصك المحرر على سبيل الضمان يفقد قوته التنفيذية كسند قابل للتنتفيذ المباشر ويخرج من اطار القانون الصرفي ولا يكون له القابلية على التظهير فضلاً عن شموله بمدد التقادم العادي المحددة في القانون المدني .

٩–استنادا الى ماجرى به العمل في دوائر التنفيذ في كل من اربيل والسليمانية في إقليم كوردستان– العراق، فانه يتم تنفيذ صك الضمان وفقا لتاريخ الاستحقاق المثبت به ، وهذا اعتراف صريح من مديرية التنفيذ بصك الضمان ، على ان مديرية التنفيذ تسلك مسلكها هذا على اعتبار ان صك الضمان من السندات العادية القابلة للتنفيذ ومتى كان مثبتا فيها تاريخاً للاستحقاق فانه يجب تنفيذها وفقا للتاريخ المثبت بها . بغض النظر عن كون الورقة سند دين عادي ام حوالة ام كمبيالة ام صكاً .

ثانياً : المقترحات

١–إضافة فقرة جديدة الى المادة (١٥٥) من قانون التجارة ، وتكون بتسلسل ثالثاً وبالشكل الآتي :(لايجوزكتابة أي بيان في الصك من شأنه ان يُغير وظيفته من كونه أداة وفاء الى أداة ضمان

وأياً كانت النية أو السبب في إصداره ، وبخلافه فان البيان يكون باطلاً ويبقى الصك صحيحاً كورقة تجارية) .

٢-تعديل المادة (٤٥٩) من قانون العقوبات (رقم ١١١) لسنة ١٩٦٩، وذلك بإضافة فقرة جديدة لها لكي يكون فعل اصدار صك الضمان ، أو تظهيره مجرماً ، وتكون بتسلسل ٣ ويعدل تسلسل الفقرات التي تليها وكالاتي : ٣- أو اشترط فيه صراحة أو ضمناً عدم صرفه فوراً، أي جعله أداة ضمان لا أداة وفاء).

٣-- طالما ان اصدار صك الضمان يكون بضغط من المستفيد على الساحب، نرى إضافة العبارة الاتية الى نهاية الفقرة(أ) من المادة المذكورة ، وذلك لكي يمتد نطاق التجريم لفعل المستفيد وهو قبوله لاصدار مثل هكذا صك ، وتكون العبارة بالشكل الآتي (او كل من قبل صكاً ، وهويعلم بعدم وجود رصيد له ، أو يعلم بعيوب الصك) .

٤- اضافة مادة الى القانون التجاري ، أو القانون المدني بصدد اعتبار مبلغ الصك المسحوب بدون رصيد من الديون الممتازة العامة من الدرجة الأولى ، وتكون المادة بالشكل الآتي : (يكون مبلغ الصك فضلاً عن فوائده والمصاريف التي تحملها المستفيد من الديون الممتازة العامة ومن الدرجة الأولى) .

٥- الايعاز الى مديريات التنفيذ في كوردستان العراق بتطبيق المادة (١٥٧) من قانون التجارة بشان صكوك الضمان وعدم الاعتداد بالتاريخ المثبت فيها وتنفيذها فوراً دون انتظار لحلول تاريخ الاستحقاق واعتبار تاريخ الاستحقاق كأن لم يكن وعدم ترتيب أي اثر قانوني عليه .

المصادر

أولا: الكتب

١- د. أكرم ياملكي ، القانون التجاري ، الأوراق التجارية ، دراسة مقارنة للسفتجة وللكمبيالة والشيك ، ط٢ ، بغداد ، ١٩٧٨

٢- أليأس حداد ، السندات التجارية في القانون التجاري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ١٩٨٥

٣-د. بشار حكمت ملكاوي ود. عماد الدين عبد الحي ،د. مظفر الدوري ، شرح الأوراق التجارية ،ط١ ، جامعة الشارقة ، كلية القانون ، ٢٠١٧،

٤- حامد الشريف ، شيك الضمان والوديعة والائتمان بين النظرية والتطبيق ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ١٩٩٣

٥ -حافظ، مجدي محب : جرائم الشيك ، دار الفكر الجامعي ١٩٩٤

٦- د. زهير عباس كريم ، النظام القانوني للشيك ، ط١ ، مكتبة دار الثقافي للنشر والتوزيع ، ١٩٧٧

٧- د. سميحة القليوبي ، الأوراق التجارية ، دار المهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧ .

٨ - صبري محمود الراعي رضا السيد عبد العاطي ، الشرح والتعليق على قانون العقوبات فقهاً وقضاءً ، مجلد ٥ ، الناشرون المتحدون ،دار مصر ، المكتب الثقافي ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .

٩-عبد الفتاح مراد ، شرح الشيك من الناحيتين الجنائية والتجارية ، شرح تفصيلي للمواد المتعلقة بالشيك في قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، الهيئة القومية لدار الكتب المصرية، بدون ذكر سنة.

١٠-د. عبدالله سليمان ، دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري – القسم الخاص – ط٣ ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ١٩٩٠

١١-عبد الإله مزوزي، "الحماية القانونية لحامل الشيك في التشريع المغربي"، دار النشر المغربية- الدار البيضاء، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٨

١٢-عثمان التكروري ، الوجيز في شرح القانون التجاري ، الأوراق التجارية ، ج٢ ، ط٣، مكتبة دار الفكر ، القدس ، ٢٠١٢
١٣-عصام محمد حنفي ، الأوراق التجارية (الكمبيالة ، السند لامر ، الشيك) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥
١٤-علي حسن يونس ، الأوراق التجارية ، مطبعة عين شمس ، بدون ذكر سنة الطبع
١٥-عمر حسن بلخير ، التنظيم القانوني لمقابل الوفاء بالشيك في القانون اليمني (دراسة مقارنة) ، الجمهورية اليمنية ، جامعة عدن ، ٢٠١٣
١٦- علي جمال الدين عوض ، الشيك في قانون التجارة وتشريعات البلاد العربية ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠
١٧-د.فتوح عبدالله الشاذلي ، معنى الشيك في القانون الجنائي (دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني وبعض التشريعات العربية ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٩٨
-١٨- د. فتوح عبدالله الشاذلي ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، ٢٠٠٢.
-١٩-د. فوزي محمد سامي ود. فائق محمود الشماع، القانون التجاري ، الأوراق التجارية ، العاتك لصناعة الكتاب ، ١٩٨٥
-محمد الطاهر بلعيساوي ،الوجيز في الأوراق التجارية ، دار هومة ، الجزائر، بدون ذكر سنة الطبع . ٢٠
٢١- د. محسن شفيق ، نظرات في أحكام الشيك في تشريعات البلاد العربية ، القاهرة ، ١٩٧٢ .
٢٢- د. محسن شفيق ، الأوراق التجارية ، ط١ ، ١٩٥٤ . دار المعارف الإسكندرية ،١٩٥٤.
٢٣- د. محمد الفروجي ، الشيك واشكالاته القانونية والعملية ،ط١، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، ١٩٩٩
٢٤-هرجه مصطفى مجدى : النصب وخيانة الأمانة وأحكام الشيك ، دار الثقافة للطباعة والنشر ١٩٨٩م .

ثانياً : الرسائل والاطاريح الجامعية

١- حسام توفيق عوض ، المسؤولية المترتبة على اصدار شيك بدون رصيد ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة بيزريت ، كلية الدراسات العليا ، ٢٠٠٥
٢- رازي سمير احكام الشيك في التشريع الجزائري ، جامعة قاصدي مرباح ورقلو ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، ٢٠١٧
٣- رضوان حسان اسخيطة ، الشيك واحكامه من الناحية المدنية والتجارية ومايتعلق به جزائياً ، رسالة لنيل الاجازة في الانتقال لجدول الأساتذة ، الجمهورية العربية السورية ، فرع نقابة حلب ، ٢٠١٠
٤- سامي طه سليمان ، المعارضة في الوفا وفق احكام قانون التجارة الأردني ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا ، ٢٠١٦
٥- سيف الدين عبد السلام ، الحماية القانونية للتعامل بالشيك في التشيع الجزائري، رسالة ماجستير ، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، ٢٠١٥
٦-محمد مسعودي ، الحماية المصرفية لحامل الشيك ، جامعة محمد الخامس ، دبلوم ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية ، ٢٠٠٨.
٧-محمد عبد الرزاق جار العيساوي ، النقص في بيانات الشيك ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الأوسط ، كلية الحقوق ، الأردن ، ٢٠١٧ .
٨-مقلاني مني ، الأوراق التجارية ، رسالة ماجستير ، جامعة ٨ ماي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، ٢٠١٦
٩-ليلى رسيوي ، جرائم الشيك وآليات مكافحتها ، رسالة ماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرياح ورقلة ، ٢٠١٢

ثالثاً ، البحوث الجامعية

١-د. احمد دغيش ، جريمة اصدار صك بدون رصيد ، مجلة البحوث والدراسات ، العدد ١١ ، السنة ٨ ، ٢٠١١، ،ص١٣٢ .
٢- د. الحسن رحوا ، مقترحات بشأن اصلاح القواعد القانونية للشيك في القانون المغربي ، رسالة لنيل الدبلوم في الدراسات العليا، جامعة محمد الخامس ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، الرباط ، .١٩٨٤
٣- عوني بدر ، التغييرات التي أحدثتها الأوامر العسكرية في احكام قانون التجارة الأردني ، مجلة النجاح للأبحاث العلوم الإنسانية ، العدد ٤ ، مجلد ١ ، ج١ ،١٩٨٩
٤-د. يونس صلاح الدين علي ، المسؤولية المدنية الناجمة عن اخلال الوديع بالتزامه بالمحافظه على الوديعة وردها في القانون الإنكليزي ، دراسة تحليلية مقارنة بالقانون العراقي ، مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠١٩

رابعا: المصادر الالكترونية :

١-احمد صلاح الدين ، المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون التجارة ، الكتاب منشور ،على الموقع الالكتروني التالي:
https://www.noor-book.com
٢-المحامي احمد سليم الخولي ، العيوب الشكلية والموضوعية في الشيك . مقال منشور بتاريخ ٢٠- يناير -٢٠٢٠ ، على الموقع الالكتروني التالي:

https://www.startimes.com/?t=29582947
٣-أمل المرشدي ، الحالات التي تنتفي فيها المسؤولية الجزائية عن ساحب الشيك ،مقال منشور بتاريخ ٤-١٠-٢٠١٦ ، على الموقع الالكتروني التالي :
https://www.mohamah.net/law
٤-امين البصري ، دعوة لالغاء تجريم شيك الضمان ، مقال منشور بتاريخ ١٣-٥-٢٠١٧ ، على الموقع الالكتروني التالي :
www.hespress.com/
٥-اياد خلف محمد ، المسائل العارضة في الدعوى الجزائية ، الكتاب منشور على الموقع الالكتروني التالي
/almerja.com/reading.php?idm=36552
٦-ايناس محمد راضي ، جريمة ارتداد الشيك دون صرف في القانون السوداني ، بحث منشوربتاريخ ١٧-١١-٢٠١٧ ، على الموقع الالكتروني لجامعة بابل ، كلية القانون التالي :
.http://law.uobabylon.edu.iq/Default.aspx
-بدون ذكر اسم الاسم ، معنى الشيك وشروطه ومماتطرحه من إشكالات ، أطروحة دكتوراه ،جامعة ٧-
بسكرة ، ٢٠١٤، منشورة على الموقع الالكتروني التالي :
٨http://thesis.univ-biskra.dz/996/3- المحامي حسين سمير ، كيف اكتب شيك ضمان ، مقال منشور بتاريخ ٢٤-٢-٢٠١٩ ، على الموقع الالكتروني التالي:
https://ujeeb.com
٩-حمدي خليفة ، الشيك في ضوء احكام القانون التجاري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، بحث منشوربتاريخ ١٥-١٢-٢٠١٢ ،على الموقع الالكتروني التالي :
https://groups.google.com/g/hamdy11/c/VLomYr2Llm0
١٠-المحامي د.جمعة بن ناصر الكعبي ، الشيك وضمان الالتزامات المالية ، مقال منشور بتاريخ١٨-٨-٢٠٢٠ ، على الموقع الالكتروني التالي :
https://www.raya.com/2020/08/18/
١١- القاضي سالم روضان الموسوي ، حسن النية وسوء النية في جريمة سحب شيك بدون رصيد ، بحث منشور بتاريخ ١٠-٤- ٢٠٢١، على الموقع الالكتروني التالي: :
https://www.facebook.com/Lowerdaya.12345/posts
١٢-عبد العاني برزجو ، اصدار شيك على سبيل الضمان في القانون المغربي ، ، مجلة العلوم الجنائية ، العدد الأول، ٢٠١٤ ، مقال منشور بتاريخ ١٤-١٠-٢٠١٤ على الموقع الالكتروني التالي:
https://www.marocdroit.com/
١٣- على حسن احمد الخلف ، الحماية الجنائية للصك ، مقال منشوربتاريخ ٣٠-١١-٢٠١٨ ، على الموقع الالكتروني التالي:
https://lusailnews.net/knowledgegate/opinion/25/12/2020
١٤-فاضل عواد الدليمي ، ذاتية القانون الجنائي ، ص١٤٤، كتاب منشور بتاريخ ٢٥-٤-٢٠١٧، على الموقع الالكتروني التالي :
/almerja.net/reading.php?idm=77480
١٥-فيصل الدابي ، أهمية تعديل قوانين الشيكات ، مقال منشور بتاريخ ٢٧ -١١-٢٠٢١ في مجلة الشرق الالكترونية ،على الموقع الالكتروني التالي :
https://al-sharq.com/opinion/
-قيس كجان التميمي ، يوميات محقق قضائي ، مقال منشور بتاريخ ١٢-٤-٢٠١٨، على الموقع الالكتروني التالي :
٧1- https://ar-ar.facebook.com/Qai82s/posts/9174660617562
١٨-علاء رضوان ، هام لملايين المتعاملين ، كيف يعاقب القانون على تظهير شيك ليس له مقابل وفاء؟. مقال منشور بتاريخ ٢٥-٧-٢٠٢١ ، على الموقع الالكتروني التالي :
https://www.youm7.com/story
١٩-عبدالرضا حيدر عبدالرضا ، حول شيك الضمان في القانون العماني ، مقال منشور بتاريخ ٢٣-٤-٢٠٢١ ،على الموقع الالكتروني التالي :
https://www.mohamah.net/law/
٢٠-عمر الفاروق الحسيني ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الكتاب منشور على الموقع الالكتروني التالي :
//almerja.net/more.php?idm=152101
٢١-د.عمر الفاروق الحسيني ، الركن المادي في إعطاء شيك بدون رصيد في القانون المصري، الكتاب منشورعلى الموقع الالكتروني :
almerja.com/reading.php?idm=145578

٢٣-د. عبد الفتاح الصيفي ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ، منشأة المعارف ، ٢٠٠٠. الكتاب منشور على الموقع الالكتروني التالي :
https://www.noor-book.com
-٢٤-على حسن احمد الخلف ، الحماية الجنائية للصك ، مقال منشوربتاريخ ٢٥-١١-٢٠٢٠ على الموقع الالكتروني التالي: https://lusailnews.net/knowledgegate/opinion/25/12/2020
٢٥-د طالب حسن موسى ، الوظيفة الائتمانية للشيك في الواقع العملي ،بحث منشور بتاريخ ١٥-١١-٢٠١٠ ،على الموقع الا لكتروني التالي :
http://www.lawjo.net/vb/showthread.php?10325
-٢٦-مسعد شحاطة زملط ، شيكات الضمان بين القضاء والتطبيق ، ديوان الفتوى والتشريع ، السلطة القضائية ، ٢٠٠٨ ، بدون ترقيم الصفحات ،كتاب منشور على الموقع الالكتروني التالي
https://www.mohamy.online/blog
٢٧-المستشار القانوني محمد أبو شعبان ، هل الشيك أداة وفاء أم ضمان أم كليهما ؟ مقال منشور بتاريخ ٦-٨-٢٠١٦ ،على الموقع الالكتروني :
https://www.alkhaleej.ae%
٢٨- مصطفى محمود فراج ، الشيك في القانون الأردني ، بحث منشور في سنة ٢٠٢٢ ، على الموقع الالكتروني التالي
http://www.farrajlawyer.com/viewTopic.php?topicId=130
-٢٩-الموقع الرسمي الالكتروني لمجلس القضاء الأعلى –العراق
https://www.hjc.iq/qview.
٣٠-المحامي يحيى سعد جاد الرب ، منشور بتاريخ ١٢-٥-٢٠١٥، على صفحته الشخصية ، على الموقع الالكتروني التالي :
https://ar-ar.facebook.com/
٢٩-المحامي يوسف الزمان ، ٥ تدابير قانونية للقضاء على ظاهرة الشيكات بدون رصيد ، مقال ، منشوربتاريخ ٣٠-١١-٢٠١٨ ،على الموقع الالكتروني التالي :
https://www.raya.com-
٣٠-بدون ذكر الاسم ، مقال بعنوان إجراءات تنفيذ السند التنفيذي ، منشور في ٥-٣-٢٠٢١على الموقع الالكتروني التالي :
https://jordan-lawyer.com/2021/11/03/enforcement-guidelin
٣١-مروة أبو العلا ، ماهية المحررات التنفيذية في قانون التنفيذ والقوانين الأخرى ، مقال منشور بتاريخ ٣-٥- ٢٠١٨ ، على الموقع الالكتروني التالي :
https://www.mohamah.net/law٢٠٢١

خامساً : القوانين:

١-قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.
٢- قانون التجارة القطري (٢٧) لسنة ٢٠٠٦. .
٣- قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة .١٩٩٩
٤-قانون التجارة العماني رقم (٥٥) لسنة .١٩٩٠
٥- قانون التجارة الفرنسي لعام ١٩٩٠ .

سادساً: المقابلات :

١-مقابلة مع السيدة هيشو عبد القادر ، مديرة المديرية العامة للتنفيذ في إقليم كوردستان العراق – السليمانية في مكتبها ، بتاريخ بتاريخ١ -٣-٢٠٢٢.
٢- مقابلة مع السيد ئاري فيصل الدباغ ، مدير المديرية العامة للتنفيذ في إقليم كوردستان العراق – اربيل في مكتبه ، بتاريخ بتاريخ ٤-٣-٢٠٢٢.