



الرقم الدولي : ISSN: 2075-7220

الرقم الدولي العالمي : ISSN: 2313-0377

مجلة الحقوق العلمي للعلوم القانونية والسياسية



مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

السنة السابعة عشر

2025

العدد الأول

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

Print ISSN : 2075-7220

Online ISSN : 2313-0377



Al-Mouhaqiq Al-Hilly Journal For Legal and Political Science



Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University

First issue

2025

Seventeenth year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

هيئة تحرير المجلة

ت	الاسماء	الصفة	مكان العمل	الاختصاص العام	الاختصاص الدقيق
1	أ.د. فراس كريم شيعان	رئيس هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
2	م.د. هند فائز احمد	مدير هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
3	أ.د. اسراء محمد علي سالم	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
4	أ.د. اسماعيل صمصاع غيدان	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون اداري
5	أ.د. حسون عبيد هجيج	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
6	أ.د. ضمير حسين ناصر	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
7	أ.د. وسن قاسم غني	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
8	أ.د. ذكرى محمد حسين	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون تجاري
9	أ.د. صادق محمد علي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
10	أ.د. اسماعيل نعمة عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
11	أ.م.د محمد جعفر هادي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
12	أ.م.د. رفاه كريم كربل	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
13	أ.م.د. قحطان عدنان عزيز	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دولي
14	أ.م.د. ماهر محسن عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
15	أ.م.د. اركان عباس حمزة	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دستوري
16	أ.د. مروان محمد محروس	عضواً	كلية الحقوق/جامعة البحرين	قانون	—
17	أ.د. مزهر جعفر عبد جاسم	عضواً	اكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة / عمان	قانون عام	قانون جنائي
18	أ.د. سهيل حدادين	عضواً	الجامعة الاردنية	قانون	—
19	أ.د. فتحي توفيق عبد الرحمن	عضواً	كلية القانون/جامعة البتراء	قانون	—
20	أ.م.د. منى محمد عباس عبود	مدقق اللغة الانجليزية	كلية التربية الاساسية / جامعة بابل	اللغة الانجليزية	—
21	م.د. احمد سالم عبيد	مدقق اللغة العربية	كلية القانون / جامعة بابل	اللغة العربية	—

ت	عنوان البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
1	أثر غيبة الزوج على حكم عقد الزواج	أ.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي فاطمة نظام علي عمران	49-1
2	الوكالة بالخصومة في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)	أ.د. هادي حسين عبد علي الكعبي محمود حامد جاسم السلطاني	84-50
3	الآثار المترتبة على الحكم برد الدعوى الدستورية	أ.م.د. ليلى خنتوش ناجي الخالدي ملاك وسام فليح	115-85
4	الفكرة الحديثة لآثار التفسير المتطور للقواعد الدستورية	أ.م.د. ليلى خنتوش ناجي الخالدي	158-116
5	مفهوم جريمة تزوير أو تقليد المادة الاثرية (دراسة مقارنة)	أ.م.د. عمار غالي عبد الكاظم آمنة محسن كاظم	192-159
6	آثار الاخلال بوفاء الأجرة في عقد الايجار في التشريع العراقي (دراسة مقارنة)	م. د. عباس سهيل جيجان م. د. محمد عدنان باقر	229-193
7	مبدأ التوقع المشروع في مجال القانون الخاص " قانون حماية المستهلك نموذجاً " دراسة تحليلية مقارنة	م.د. علي عبد الستار جواد	262-230
8	عقد التأمين في المجال الرياضي (دراسة مقارنة)	م.د. بان سيف الدين محمود	277-263
9	المبررات الأخلاقية لتوفير سبل الانتصاف لانتهاكات حقوق الإنسان	م. د. فراس كريم محمد	306-278
10	التنظيم القانوني لتعديل المعاهدات المنشئة للمنظمات الدولية	م.م. منتظر فلاح مرعي حسين	346-307
11	فاعلية التبليغ الالكتروني في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)	م.م. مريم مالك الياسري زينب ثامر شهيد	375-347
12	أثر الحادثة من منظور قانوني - هيئة النزاهة الاتحادية - انموذجاً	أ.د. سامي علويه فيصل غازي محمد	400-376
13	الأساس القانوني لعمل هيئة النزاهة في العراق ومظاهر تعاونها مع الجهات الرقابية الاخرى	أ.د. سامي علويه فيصل غازي محمد	431-401
14	الجزاءات المترتبة على مخالفة الأجنبي لأحكام إجازة العمل (دراسة تحليلية مقارنة)	علي عبد النبي عبد الحسن المالكي أ.د. محمد عبده	458-432
15	مفهوم إبعاد الأجنبي (دراسة تحليلية مقارنة)	علي عبد النبي عبد الحسن المالكي أ.د. محمد عبده	484-459
16	تعطيل النصوص التشريعية في القانون المدني العراقي	أ.م.د. محمد عبد الرزاق محمد الشوك	530-485
17	المعالجة الدستورية لظاهرة التطرف الفكري في ضوء احكام دستور جمهورية العراق لعام 2005 النافذ	م. د. انعام مهدي جابر م. د. فراس مكي عبد نصار	558-5031
18	الاحكام القانونية لخطاب الضمان (دراسة مقارنة)	م. د. سامي حسين المعموري	603-559
19	دور الاتفاقيات الدولية في مكافحة الممارسات الشبيهة بالرق	م. د. عباس شاتول حمود الشمري	632-604
20	جريمة تدوين معلومات غير صحيحة في الدفاتر والاوراق الرسمية خاضعه لرقابة السلطات العامة	م. د. محمد حسون عبيد هجيج	661-633
21	التقاطع التشريعي بين هيئة النزاهة والادعاء العام في العراق	م. حسين خليل مطر	682-662

مجلة المحقق المحلي

للعلم والقانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

العدد الأول

السنة السابعة عشر

2025

البريد الإلكتروني

<https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153>

رقم الإيداع في دار الكتب والمكتبات بغداد 1291 لسنة 2009

الاحكام القانونية لخطاب الضمان (دراسة مقارنة)

م.د. سامي حسين المعموري

الجامعة الإسلامية – بابل

sami.law46@gmail.com

تاريخ النشر: 2025/3/9

تاريخ قبول النشر: 2025/2/18

تاريخ استلام البحث: 2025/1/8

الخلاصة

في العقود يطلب طرف فيه ضماناً لحقوقه سواء كضمان في تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته على وفق الشروط ، أو تنفيذ هذه الالتزامات على وفق المواعيد المتفق عليها ، والغالب في مثل هذه المطالبة في العقود التي تجريها مرافق الدولة كعقود التوريد وغيرها ، والاصل ، الضمان فيه مبلغ نقدي يقدمه الطرف الضامن ، ولتجاوز ما يسببه ذلك من ارهاق للطرف المتعاقد وتعذره احياناً توفير هذا المبلغ النقدي الذي قد لا يستطيع تقديمه لعدم توفر السيولة النقدية لديه ، وطالما أن هذا التأمين يقدم كضمان حق للطرف الآخر الذي هو هو ليس بحق حال على الدوام، اذ قد يحصل وقد لا يحصل ، مما دفع الى التساهل في ذلك وقبل الطرف طالب الضمان بتقديم شيء آخر غير المبلغ النقدي يستطيع أن يحصل منه على حقوقه المترتبة لاحقاً ومن هنا جاء تقديم ضمان غير نقدي سواء من المتعاقد نفسه أم من غيره ، ومن هنا جاءت الحاجة إلى وجود جهة تتبنى هذه المخاطرة فبرز دور المصارف في تقديم الضمانات للمتعاقد بعد اجراءات تقوم بها تكفل فيها مصالحها فيصدر المصرف خطاباً يعلن فيه كفالته لطالب الضمان ، وبرزت جراء العديد من العمليات المصرفية ، كالكفالة المصرفية ، والاعتماد المستندي وخطاب الضمان والأخير هو جوهر اهتمام بحثنا وتطبيقاته القضائية.

الكلمات المفتاحية: الكفالة المصرفية، استقلال التزام المصرف، السرية المصرفية.

Legal Provisions for the Letter of Guarantee (Comparative Study)

Lec. Dr : Sami Hussein Al-Maamouri

Islamic University - Babylon Branch

Abstract

In contracts, one party requests a guarantee for its rights, whether as a guarantee for the other contracting party to fulfil its obligations according to the terms, or to fulfill these obligations according to the agreed upon dates. The most common type of such request is in contracts conducted by state facilities, such as supply contracts and others. The original guarantee is a cash amount provided by the guarantor party to overcome the burden this causes to the contracting party and its inability sometimes to provide this cash amount, which it may not be able to provide due to the lack of cash; and as long as this insurance is provided as a guarantee of the right of the other party, which is not a permanent right, as it may or may not happen. This will lead the party to accept the guarantee other than the cash amount from which it can obtain its rights arising later. Thus, the provision of a non-cash guarantee came, whether from the contracting party himself or from someone else. Hence, the need for a party to adopt this risk emerged, so the role of banks in providing guarantees to the contracting parties emerged after procedures that it carries out to guarantee its interests. Therefore, the bank issues a letter announcing its guarantee to the one requesting the guarantee. It emerged as a result of many banking operations, such as bank guarantee, documentary credit, and letter of guarantee, the latter of which is the core of our research interest and its judicial applications.

Keywords: Bank Guarantee. Independence of the Bank's Commitment. Bank Secrecy

المقدمة:

فمن خلال العملية المصرفية التي هي عقد بين شخص يسمى الأمر بفتح الضمان وبين المصرف ينتج في النهاية عن اعلان من المصرف، يعلن فيه استعداداه على تقديم مبلغ من المال معين وقت اعلان الخطاب أو بالإمكان تعيينه بحدده الأدنى أو بحدده الأعلى إذا ما طلب منه ذلك وخلال مدة معينة ايضاً ، هذه العملية تناولتها بعض التشريعات بالتنظيم وتحت هذا المسمى خطاب الضمان والبعض لم يتناولها تاركاً ذلك للأعراف المصرفية لتنظيم هذا النوع من خطاب الضمان ⁽¹⁾. تناول المشرع العراقي خطاب الضمان في المواد (287-293) من قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984 وتناول المشرع المصري الموضوع في المواد (355-360) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 .

اولاً: أهمية موضوع البحث

تكمن أهمية البحث في توضيح أحكام خطاب الضمان الواردة في قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984، باعتباره واحدة من العمليات المصرفية التي لا يمكن الاستغناء عنها ، ومع بيان ما نراه كمكلاً لهذه الأحكام وبما يعزز الدور المهم لهذه العملية الائتمانية في العمل التجاري، وبيان الفائدة التي يحققها لجميع أطرافه وبما يعزز الاطمئنان ، وما يلعبه دور المصرف مصدر الخطاب من قناعة لدى المستفيد من خلال الالتزام المستقل للمصرف وعدم تأثر مصالح المستفيد بأية علاقة لاحقة بين الأمر والمصرف .

ثانياً: اهداف البحث

يهدف البحث إلى التركيز على أهم الاحكام الواردة في قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984، ومقارنتها بالأحكام الواردة في قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، والنتائج التي خرجنا بها والمقترحات التي نرى أنها تعزز دور هذا النوع من العمليات المصرفية وصولاً إلى تحقيق الهدف الذي يسعى اليه أطراف العملية التجارية سواء على النطاق الداخلي أم الخارجي.

ثالثاً: مشكلة البحث

لأهمية خطاب الضمان في تسهيل العمليات الاقتصادية والتيسير على المتعاقدين ، إذ يسر على الطرف المتعاقد وجود جهة تضمنه قبل الطرف المتعاقد الآخر وتوفر للطرف الآخر الامان في حصوله على مستحقاته الناشئة عن التصرف السابق بينه وبين الأمر بفتح الخطاب ، وبغية التعرف على الاحكام الواردة في القانون وعلى اتجاهات القضاء ارتأينا تناول الموضوع .

رابعاً: منهجية البحث

سنتناول في هذا وبما يسمح به الحيز المسموح به تناول احكام خطاب الضمان متبعاً طريقة البحث التحليلي والمقارن للنصوص القانونية ومحللاً آراء الفقهاء في المسائل المطروحة وصولاً الى الحل الذي نراه مناسباً ، معززاً بالقرارات القضائية.

خامساً: خطة البحث

قسمنا البحث على ثلاث مباحث ، خصص المبحث الاول لمفهوم خطاب الضمان الذي قسم على ثلاث مطالب ، الاول لماهية خطاب الضمان ثم خصص المطلب الثاني للأساس الذي يقوم عليه التزام المصرف ، أما المطلب الثالث فلأثار خطاب الضمان . اما المبحث الثاني فخصص لإحكام خطاب الضمان قبل أطرافه ، وقسم على ثلاثة مطالب ، الأول للإجراءات الممهدة لصدور خطاب الضمان ، وخصص الثاني لأحكام خطاب الضمان بالنسبة للأمر بفتح الخطاب ، والثالث لأحكام خطاب الضمان بالنسبة للمستفيد . في حين خصص المطلب الرابع لأحكام خطاب الضمان بالنسبة للمصرف . أما المبحث الثالث والأخير، فلأحكام خطاب الضمان قبل الغير، وقسم على ثلاث مطالب ، الأول لحجز قيمة الخطاب، والثاني لحجز غطاء خطاب الضمان ، والثالث لانقضاء خطاب الضمان .

المبحث الاول**مفهوم خطاب الضمان**

للقوف على مفهوم خطاب الضمان لابد من تحديد ماهية خطاب الضمان، _ ، والأساس الذي يقوم عليه التزام المصرف وما يترتب عليه من أثر ، وسنخصص مطلباً لكل من ذلك .

المطلب الاول**ماهية خطاب الضمان**

سنتناول في هذا المطلب تعريف خطاب الضمان وأنواع خطاب الضمان ، كل في فرع

الفرع الاول**تعريف خطاب الضمان****اولاً : تعريف خطاب الضمان قانوناً**

عرفت المادة (287) من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984⁽²⁾ : "خطاب الضمان تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه -الأمر- بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين لشخص آخر -المستفيد- دون

قيد او شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ، ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله " .

وعرفت المادة 1/355 من قانون التجارة المصري⁽³⁾ : "خطاب الضمان تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص -يسمى الأمر- ، بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين لشخص آخر (يسمى المستفيد) ، اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة"⁽⁴⁾.

لم تتضمن بعض التشريعات اشارة الى خطاب الضمان ، كما في التشريع اللبناني الذي لم يتناول الكثير من العمليات المصرفية كالنقل المصرفي والخصم والاعتماد المستندي مكتفياً النص في المادة (314) من قانون التجارة على : "ان العمليات المصرفية غير المذكورة ... تخضع لإحكام قانون الموجبات المختصة بالعقود المختلفة الناجمة عن العمليات المذكورة او العقود التي تنضوي تحت حكمها هذه العمليات" . وكذلك الحال بالنسبة لقانون التجارة الاردني الذي اورد نصاً في المادة (122) منه على ، ان العمليات المصرفية غير المذكورة ... تخضع لإحكام القانون المدني المختصة بالعقود المختلفة الناجمة عن العمليات المذكورة او العقود التي تنصف بها هذه العمليات . اما المشرع السوري فقد نص بصريح العبارة على سريان احكام القواعد والأعراف الموحدة الصادرة بهذا الصدد من غرفة التجارة الدولية اذ نص في المادة (242) منه : "الاعمال المصرفية التي لم ترد في هذا الباب تخضع للقواعد العامة المطبقة على العقود التي تنصف بها لاسيما تلك الواردة في القانون المدني وذلك على قدر اتفاقها مع مبادئ الحقوق التجارية والعرف المصرفي ومقتضيات العمل المصرفي والتجاري"⁽⁵⁾.

ثانياً : تعريف خطاب الضمان فقهاً

في الفقه تعددت التعاريف لخطاب الضمان ، حسب اختلاف الآراء حيث برز اتجاهان لتعريف خطاب الضمان :

- (1) الاتجاه الاول يعرف خطاب الضمان ، من خلال التركيز على ماهية الشكلية حيث يعرف انه تعهد كتابي صادر عن احد البنوك بان يدفع الى طرف ثالث مبلغاً لا يتجاوز قدرأ معيناً وذلك خلال فترة زمنية تحدد عادة في الخطاب " .
 - (2) الاتجاه الثاني يعرف خطاب الضمان من خلال التركيز على آثاره القانونية وسمات الالتزام المترتب بمناسبته ، حيث عرف : " ... هو عبارة عن تعهد مكتوب يرسله البنك بناء على طلب عميله الى الجهة الادارية التي يتعامل معها ، يتعهد فيه بدفع المبلغ المضمون عند اول مطالبة ورغم معارضة العميل " ⁽⁶⁾ .
- وعمليات الضمان متعددة ومتنوعة بشكل يجعل دراستها تحت ظل قاعدة عامة غير ممكنة ، اذ ان العمليات المصرفية تقوم على فكرة الضمان ، إلا ان العمل جرى على اطلاق الضمان بصفة خاصة على الحالات التي يكون فيها هذا الضمان مطلوباً من جهة ادارية بناء على نص قانوني او لائحة ادارية ترى كفاية الضمان بديلاً عن ايداع مبلغ نقدي كتأمين ⁽⁷⁾ .

ان الالتزام المصرفي بما يرد في الخطاب ، ليس مجرد كفالة ، بل التزام مفعول ومباشر نحو المستفيد ناشئ عن مشيئة اطرافه وهو نوع كفالة عند أول مطالبة تتضمن تحقيق الضمان مستقلاً عن العقد الاساسي (8) .

ويرى البعض : ان الكفالة المصرفية التي تأخذ صوراً متعددة ، قد تتم بتوقيع البنك على ورقة تجارية كضامن احتياطي ، ويجوز ان يعطي هذا الضمان الاحتياطي بمقتضى ورقة مستقلة مما يسمح بضمان بضعة اوراق تجارية دفعة واحدة ، وقد تتم الكفالة المصرفية بعقد مستقل ، ولكن الغالب ان تقع الكفالة المصرفية بخطاب يوجهه البنك الى دائن العميل يضمن فيه تنفيذ العميل لالتزاماته ، ويسمى بخطاب الضمان (9) . ويرى جانب من الفقه أن الطبيعة القانونية للعملية الائتمانية تقسم على عمليات ائتمان تقوم على فكرة القرض بالمعنى الدقيق ، وعمليات ائتمانية تقوم على فكرة الكفالة إذا نظر إليها من الناحية القانونية ، وائتمان عن طريق الخزينة أو ائتمان طريق الامضاء إن نظر إليها من حيث الطريقة المستعملة (10).

ووصف بعض الفقه خطاب الضمان بأنه من الضمانات المستقلة (11) ، التي هي الضمان

بمجرد الطلب كخطاب الضمان وخطاب النوايا أو خطاب الثقة (12).

وعرف القضاء خطاب الضمان : "... خطاب الضمان (الكفالة المصرفية) أن يتعهد البنك بدفع مبلغ معين إلى شخص أو جهة أو جهة بمجرد حصول طلب من المستفيد وبالرغم من معارضة العميل ، بحيث لا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء بسبب يرجع إلى علاقة البنك بالأمر أو الأمر بالمستفيد " (13).

وعرف أيضاً : "... أن خطاب الضمان تعهد يصدر من مصرف بناءً على طلب أحد المتعاملين معه (الأمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ، ولا يجوز للمصرف أن يرفض الأداء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالأمر أو المستفيد أو إلى علاقة الأمر بالمستفيد " (14). ان بعض الشراح يقرن خطاب الضمان بالكفالة المصرفية وان المصطلحين محكومان بتنظيم قانوني او عرفي (15) .

ويبدو ان وجود أوجه شبه بين الكفالة وخطاب الضمان ، دفع الشراح الى بحثه تحت عنوان كفالة البنوك (16)، إلا أنه يوجد أوجه اختلاف بين النوعين يمكن ايجازها بالآتي :

- (1) عقد الكفالة ينعقد على وفق احكام القانون المدني بين الكفيل والدائن يتعهد المصرف بمقتضى التعهد بضمان عميله في الالتزام موضوع التعهد شأنه شأن اي كفيل عادي . في حين ان مصدر خطاب الضمان هو ارادة المصرف التي يعلنها في خطاب الضمان بناء على طلب العميل والذي مضمونه التعهد البات والمجرد قبل المستفيد .
- (2) في خطاب الضمان يكون التزام المصرف مستقلاً عن التزام عميله وهذا الاستقلال هو جوهر العملية المصرفية ، في حين ان الكفيل يكون التزامه تابع لالتزام المكفول وينتهي بانتهائه .
- (3) في خطاب الضمان لا يحل المصرف محل المستفيد فيما لهذا في حقوق قبل المدين ، في حين ان الكفيل يحل محل الدائن فيما لهذا من حقوق بمواجهة المكفول "المدين" (17) .

والذي نراه ان خطاب الضمان هو صورة من صور الكفالة التي يعطيها المصرف تحدد احكامها على وفق القانون أو على وفق الاعراف المصرفية تنشأ عنه قوة ائتمانية نابعة من مركز المصرف المالي وسمعته وثقته ، وهذا دفع البعض الى القول ان المصرف قد اقرض توقيعه لعميله بما يحققه هذا الاقراض من فائدة لأطراف الخطاب (18) .

الفرع الثاني

انواع خطاب الضمان

لخطاب الضمان انواع تتوزع حسب موطن الأمر او المستفيد ، او حسب الحاجة من إصداره من اجله لذا سنتناول هذين النوعين كل في فقرة مستقلة .

أولاً : انواع خطاب الضمان حسب موطن الأمر والمستفيد :تتوزع خطابات الضمان حسب هذا المحدد الى:

(1) **خطابات ضمان داخلية** : وهي التي يصدرها المصرف بناء على طلب الأمر داخل العراق لمنفعة جهة هي الأخرى داخل العراق وفي هذه الحالة لسنا بحاجة الى تدخل مصرف أجنبي او فرع للمصرف في الخارج كون المراد من خطاب الضمان احداث الاثر داخل العراق .

(2) **خطابات ضمان خارجية** : هي التي يكون فيها الأمر او المستفيد او كلاهما خارج العراق وفي هذا النوع نكون بحاجة الى مصرف أجنبي مراسل او فرع للمصرف المحلي في الخارج لإتمام العملية ، وهذا النوع يمكن تصور صدره الى :

- أ- خطاب ضمان صادر في الخارج من مصرف خارج العراق لمنفعة المستفيد الموجود في العراق .
- ب- خطاب ضمان صادر من مصرف في الداخل لمنفعة المستفيد الموجود خارج العراق .
- ت- خطاب ضمان يصدر خارج العراق لمنفعة المستفيد الموجود خارج العراق (19) .

ثانياً : انواع خطاب الضمان حسب الحاجة من اصداره

خطابات الضمان سواء اكانت داخلية ام خارجية على عدة انواع حسب الحاجة من اصدارها وكالاتي :

(1) خطابات الضمان لغرض المناقصات والمزايدات :

ويصدر هذا النوع لصالح المستفيد الذي هي جهات حكومية يقدمها الراغب الدخول في مزيدة او مناقصة لهذه الجهة ، وتكون على عدة صور :

- أ- **لضمان الابتدائي** : ويرفق هنا خطاب الضمان بالعبء المقدم من المناقص او بالعرض المقدم من المزايد ، ودوره ينتهي بانتهاء الغرض من صدره الذي هو رسوا لمزايدة او احالة المناقصة .
- ب- **لضمان النهائي** : ويقدم رسوا العبء على المقاول لضمان حسن تنفيذ المذكور للعقد المبرم مع الجهة صاحبة المشروع "رب العمل" .

ت- **لضمان السلف والدفوعات المقدمة** : ويقدم ضماناً لما يسدد للمقاول من سلف يقدمها رب العمل ، والى ضمان اعادة المقاول ما بذمته من اجهزة ومعدات او نماذج تقدمها الجهة صاحب المشروع للمقاول لإنجاز العمل المتفق عليه (20) .

(2) خطابات الضمان الكمركية :

ان البضائع الداخلة للبلد والبضائع الخارجة منه تكون خاضعة للتعريف الكمركية وللرسوم والضرائب المقررة على وفق احكام القوانين النافذة (21) .

(3) **خطابات الضمان المهنية** (22): تشترط بعض التشريعات قيام الراغب بممارسة مهنة معينة ايداع ضمان لحسن التنفيذ المذكور لالتزاماته المفروضة عليه ، كما في رخصة وكالة الاخراج الكمركي الممنوحة من الهيئة العامة للكمر ارك ، وكذلك مهنة الوساطة في سوق الاوراق المالية ، حيث ألزمت المادة (12) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم (24) لسنة 1991 كل شخص طبيعى او معنوي يجاز بممارسة الوساطة في بيع وشراء الاوراق المالية تقديم خطاب ضمان لأمر السوق ، او اية ضمانه اخرى يقررها مجلس ادارة السوق الحسن تنفيذ الوسيط لالتزاماته(23).

المطلب الثاني

الأساس الذي يقوم عليه التزام المصرف قبل المستفيد

المستفيد من خطاب الضمان ، لم يكن طرفاً في العقد الحاصل بين الأمر بفتح خطاب الضمان والمصرف ، ومع ذلك فإن الخطاب يلقي على عاتق المصرف التزاماً قبل المستفيد ، وقد اختلف فقهاء القانون التجاري في تحديد الأساس الذي يستند عليه التزام المصرف ، فتعددت الآراء بهذا الخصوص بين من يرى ان خطاب الضمان عقد كفالة بمقتضاها يكفل المصرف الأمر في تنفيذ التزام موضوع الخطاب ، في حين ذهب رأي آخر الى انه من قبيل الانابة القاصرة ، وذهب رأي ثالث الى ان خطاب الضمان اشتراط لمصلحة الغير ، ثم ذهب رأي رابع الى ان خطاب الضمان هو التزام بإرادة منفردة ، وسنتناول كل من هذه الآراء في فرع .

الفرع الاول

نظرية الكفالة

يجد اصحاب هذه النظرية مصدر هذا التكليف في الفقه الفرنسي الذي استقر على ان دور المصرف في الضمان هو دور الكفيل وقد تأثر الفقه والقضاء في مصر بذلك وبقي على هذا الرأي حتى نهاية السبعينيات حيث رجعوا عن رأيهم على اثر تحول الفقه الفرنسي عن ذلك لما يحمله خطاب الضمان من استقلال عن أية التزامات اخرى ، وهو تعهد اصلي وليس تابع لغيره ، حيث ان القانون المدني الفرنسي في المواد (2287-2321) لا يرتب التزاماً على عاتق الكفيل الا بالمقدار الذي يكون فيه المدين الاصلي ملتزماً بذلك (24) .

وعلى الرغم من ان البعض ظل متمسكاً برأيه ان خطاب الضمان لا يتعدى كونه كفالة وتسري عليها احكام القانون المدني ، وان التزام المصرف انما بصفته اصيلاً قبل المستفيد لا بصفته نائباً عن الأمر بفتح الخطاب (25) .

وعلى وفق هذا الرأي فان خطاب الضمان يعد من عقود الكفالة التضامنية سواء نص عليها او لم ينص على ذلك (26) ، كونها تعد عملاً تجارياً دائماً بالنسبة للمصرف فإن خطاب الضمان هو كفالة تضامنية وهذا الرأي يجد له سنداً في الانظمة القانونية التي تعد كفالة المصرف عملاً تجارياً ، وبالتالي فهي كفالة تضامنية عملاً بقاعدة افتراض التضامن في المواد التجارية حيث ليس للمصرف الدفع بالتجريد او بالتقسيم عند طلب المستفيد منه الابقاء بالتزامه (27) . وقد تعرضت هذه النظرية الى انتقادات هي :

1. ان الكفالة طبقاً لما نص عليه في القانون المدني العراقي المادة (1008) (28) ، هي : ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام ، اي ان الثابت في ذمة الكفيل هو المطالبة لا الدين نفسه ، وهي عقد يتم بإيجاب وقبول من طرفي الكفالة "الكفيل- الدائن" في حين ان خطاب الضمان لا يعد عقداً وإنما هو تعهد يصدره المصرف كأثر لعقد اصدار خطاب الضمان بين الأمر والمصرف ، أما المستفيد "الدائن" فليس بطرف في هذا العقد على الرغم من انه يستمد حقه من خطاب الضمان .

2. ان عقد الكفالة عقد تابع لالتزام اصلي بين المدين والدائن وذلك لان الغرض في الكفالة هو ضمان الوفاء بدين فهي تستلزم وجود التزام اصلي وتنقضي بانقضائه وهذه اهم خصائص الكفالة ويترتب على ذلك ان التزام الكفيل مرتبط بالتزام الدين الاصلي ، في حين ان التزام المصرف في خطاب الضمان مستقل وغير تابع لالتزام المدين - الأمر - (29) . وبهذا قضي "ان العلاقات القانونية الثلاث التي يكونها خطاب الضمان بين المصرف وعميله ، والعميل والمستفيد ، والمصرف والمستفيد، هي علاقات مستقلة عن بعضها ، ويعتبر التزام كل طرف من هذه الاطراف مجرداً عن التزام بقية الاطراف الاخرى (30) .

وقضي : " أن خطاب الضمان وان صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه إلا ان علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل اذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد اصداره ووصوله الى المستفيد المبلغ الذي يطالب به هذا الاخير باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان ... " (31) .

الفرع الثاني

نظرية الانابة الناقصة

لوجود تشابه بين خطاب الضمان والانابة الناقصة من حيث وجود اطراف ثلاثة في كل منها دفع جانب من الفقه الى تكييف الطبيعة القانونية لخطاب الضمان بالانابة الناقصة وانه في تطبيقات هذه النظرية ، - الانابة الناقصة - يرتضي الدائن بطلب من المدين أن يكون شخصاً ثالثاً ملتزماً بإيفاء الدين بدلاً عنه (32) ، حيث نصت المادة (405) مدني عراقي : " تتم الانابة إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص اجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين " (33).

ولا يخلو اسناد التزام المصرف قبل المستفيد إلى فكرة الانابة من الانتقادات ، إذ أن الانابة على وفق احكام القانون المدني تتم بإرادة الاطراف ومنها الدائن الذي يقابل المستفيد في خطاب الضمان الذي تتلشى ارادته في الخطاب

، فضلاً عن تعذر واستبعاد اجراء المقاصة بين ما يدفعه المصرف للمستفيد وبين ما للمصرف المستفيد على وفق احكام المقاصة الواردة في القانون المدني⁽³⁴⁾ ، في حين ان المقاصة ممكنة في الانابة⁽³⁵⁾ .

و هذه النظرية قاصرة عن وضع تفسير سليم لمسؤولية المصرف كونه اصيلاً في مواجهة المستفيد وليس كنائب عن العميل⁽³⁶⁾ .

الفرع الثالث

نظرية الاشتراط لمصلحة الغير

يذهب اصحاب هذا الرأي الى ان هناك اشتراط لمصلحة الغير عندما يشترط احد طرفي العقد -المشترط- على الآخر -المتعهد- بان يلتزم قبل شخص ثالث هو أجنبي عن تلك العلاقة التي اوجدت الاشتراط ، الذي يتولد عنه حق مباشر للمنتفع ويبدو ان ما دفع اصحاب هذا الرأي هو التشابه بين خطاب الضمان والاشتراط لمصلحة الغير من حيث العلاقة الناشئة عن كل منهما .

وهذه النظرية كالتى سبقتها لم تصادف قبولاً ، فأن كان شكل الاشتراط لمصلحة الغير يصلح لاستيعاب التصرفات الثلاثية فذلك لا يصلح اساساً قانونياً ، لان الأمر يصدر من البنك - المصرف - للمستفيد محدداً الحق ومده دون ان تعمل ارادة العميل ، فالعلاقة الناشئة عن خطاب الضمان هي علاقة ثنائية بين المصرف والمستفيد ، فأن مد النظر الى العقد الاصلي ذي العلاقة الثلاثية هو سر اللبس الذي وقع به من قال بهذه النظرية .

فضلاً عما تقدم ان حق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير قابل للنقض على وفق حكم المادة (1/155) من القانون المدني العراقي طالما لم يعلن رغبته في الاستفادة من هذا الاشتراط⁽³⁷⁾ .

اي ان المشترط له ان يرجع في الاشتراط في اي وقت يشاء متى كان المنتفع لم يعلن رغبته ، وهذا الحكم لا مكان له في خطاب الضمان حيث ان حق المستفيد يولد بمجرد صدور الخطاب ووصول ذلك الى علمه سواء اعلن رغبته بالقبول او لم يعلن .

وفي هذا الخصوص يصعب الأخذ بما نادى به اصحاب هذا الرأي .

ومن الانتقادات الموجهة الى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، هو ان الأخذ بهذا الرأي يوصل الى ان من حق المصرف كمتعهد ان يتمسك بكافة الدفعات التي تنشأ عن عقد الاشتراط بمواجهة المستفيد وعلى وفق حكم المادة (1/153) من القانون المدني العراقي⁽³⁸⁾ ، لان حق المستفيد ونطاقه انما ينشأ عن عقد الاشتراط مباشرة ، وهذا لا ينسجم مع ما ينشأ عن خطاب الضمان ، الذي يخول المستفيد حقاً مجرداً ومستقلاً عما بين الأمر والمصرف من علاقة ، وهذا ما دفع اصحاب هذا الرأي الى الالتجاء الى قواعد العرف لتأسيس خاصية التجرد التي تلحق التزام المصرف الناشئ عن خطاب الضمان ، وهذا بحد ذاته يعبر عن حالة القصور التي تتسم بها هذه النظرية⁽³⁹⁾ .

على أثر ما تعرضت له النظريات السابقة من انتقادات برزت نظرية تقوم على ان اساس التزام المصرف هو التزام قانوني مصدره الارادة المنفردة ، لان الارادة لها الدور في نشوء الالتزام كما لها الدور في انتاج الآثار المتعددة فهي تصحح العقد القابل للإبطال بالإجازة وهي تنهي عقداً قائماً كما في الوكالة . الى غير في ذلك من آثار⁽⁴⁰⁾ .

لقد أخذت بعض التشريعات ومنها القانون المدني العراقي⁽⁴¹⁾ والقانون المدني المصري على ان الارادة المنفردة تعد مصدراً من مصادر الالتزام في الحدود التي بينها القانون ، فالمادة (184) من القانون المدني العراقي نصت على : "1- لا تلزم الارادة المنفردة صاحبها إلا في الاحوال التي ينص فيها القانون على ذلك 2- يسري عليها ما يسري على العقد من الاحكام إلا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام" .

وعلى وفق ما تقدم ، فان الطبيعة القانونية لخطاب الضمان يمكن تفسيرها في ضوء الارادة المنفردة ، حيث ان الارادة المنفردة هي التي تنشأ خطاب الضمان وترتب به حقاً للمستفيد في اقتضاء قيمة هذا الخطاب من مصرف ، على اعتبار ان التزام المصرف تجاه المستفيد لا يمكن ان يكون في اطار عقد قائم بينهما طالما ان المصرف يلتزم بمجرد اصدار خطاب الضمان وذلك بتعبيره عن ارادته بأن يرتكب اثرأ قانونياً معيناً ودون حاجة لصدور قبول المستفيد⁽⁴²⁾. والذي نميل له هو ما ذهب اليه جانب من الفقه من ان : " خطاب الضمان المصرفي بمعناه الفني ، اي خطاب الضمان المجرد هو نظام خاص من خلق المصارف يختلف عن الكفالة ويعد اصلح منها للمستفيد بسبب استغلال التزام المصرفي من ناحية وروده على مبلغ من النقود يحقق اقصى اطمئنان للمستفيد من ناحية أخرى ولذلك فمن الاوفق الرجوع في شأن هذا النظام للعرف المصرفي بدلاً من محاولة تأصيله برده الى احدى النظريات التقليدية كال كفالة او غيرها"⁽⁴³⁾ ، وما يعزز هذا الرأي ما زالت بعض التشريعات كالتشريع اللبناني لم ينظم احكام خطاب الضمان تاركاً ذلك للأعراف المصرفية .

المطلب الثالث

آثار خطاب الضمان

خطاب الضمان عمل مصرفي ، فهو بالنسبة للمصرف مصدر الخطاب عمل تجاري بحكم ماهيته الذاتية ، وغالباً ما يكون كذلك بالنسبة للأمر ولكن بصفة تبعية لكونه على الاكثر مقاولاً وبالتالي يكون تاجراً ، يطلب من المصرف اصدار الخطاب الذي بموجبه يتعهد المصرف بدفع مبلغ من النقود ، يحدد لغرض محدد ، لذا سنتناول كل أثر في فرع .

الفرع الاول

دفع مبلغ من النقود

من نص المادة (287)⁽⁴⁴⁾ من قانون التجارة العراقي يتبين ان التزام المصرف هو بدفع مبلغ من النقود معين او قابل للتعين لشخص اخر يسمى المستفيد خلال فترة معينة ، دون النظر الى العلاقة القانونية التي تربط الأمر بالمستفيد او العلاقة الناشئة بين المصرف والأمر بفتح خطاب الضمان ، وهذا من اهم الالتزامات الناشئة على عاتق المصرف والتي تتميز خطاب الضمان ، إذ انه وبفعل هذا الخطاب فانه ينشأ التزام أصلي ومباشر بأداء مبلغ معين من النقود عند طلب المستفيد وتحقق الشروط المتفق عليها⁽⁴⁵⁾ .

ولا يشترط ان يكون مبلغ الضمان معيناً بل يكفي ان يكون قابلاً للتعيين ويكون في هذه الحالة معينة بالحد الاعلى الذي طلب الأمر بفتح الخطاب تحديده كان يكون اخطار المستفيد ان المصرف يضمن له ولغاية تاريخ معين مبلغاً من المال لا يزيد على عشرة آلاف دولار او عشرة ملايين دينار حسب الأحوال ، فليس للمصرف الاعتراض ولأي سبب كان اذا ما كان طلب المستفيد في حدود هذا المبلغ وليس للمستفيد مطالبة إلا المصرف الذي فتح خطاب الضمان ، أما اذا كان المصرف المذكور كونه شركة قد ادمج او تم تصفيته عن وفق احكام المادة (147) من قانون الشركات رقم (21) لسنة 1997 المعدل فليس للمستفيد مطالبة إلا المصرف الذي فتح الخطاب او الى المصرف الذي ادمج معه ، والى هذا قضي : " ... لان المدعى اقام دعواه مختصماً المدير العام لمصرف الرشيد اضافة لوظيفة اذ حدد عنوانه (شارع الرشيد - الادارة العامة) ، ولما كان خطاب الضمان المرقم والمؤرخ صادر عن مصرف الرشيد - فرع اربيل/17 وحيث ان الثابت من وقائع الدعوى ومستنداتها ان الفرع المذكور لم يعد مرتبطاً بالمدعى عليه/ اضافة لوظيفته لذا فان خصومة الأخير غير متوجهة في هذه الدعوى وكان متعينا اقامة الدعوى ضد الجهة التي تمثل المصرف الذي اصدر الخطاب قانوناً وبما ان محكمة الاستئناف قد قضت بذلك لذا قرر رد الاعتراضات " (46) .

وما دام موضوع خطاب الضمان مبلغ من النقود فإذا ما ورد التزام المصرف على غير ذلك لا نكون ازاء خطاب ضمان بل التزام ناشئ عن عملية بوصف آخر ، وخطاب الضمان فيقوم مقام التأمين النقدي إلا انه ليس بأداة وفاء كالوظيفة التي تنشأ عن الاوراق التجارية بل هو اداة ضمان فحسب وبالتالي لا يقبل التداول (47) ، والى هذا اشارت المادة (289) من قانون التجارة العراقي اذ نصت على : " لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الناشئ عن خطاب الضمان الى الغير إلا بموافقة المصرف " .

الفرع الثاني

خطاب الضمان مخصص لغرض معين

ورد في عجز المادة (287) من قانون التجارة العراقي " ...ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من اجله" (48) وتطبيقاً للنص المذكور فيرد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من اجله ، اي ان يصدر بصورة واضحة وصريحة لا تحتمل اللبس من ان خطاب الضمان قد صدر لتغطية دين معين ، او ضماناً لصفقة معينة بذاتها او اي غرض مشروع يتفق عليه بين الأمر بفتح الخطاب وبين المصرف فاتح الخطاب ، وقد اوردت المادة (293) من القانون نصاً يمنع فيه مطالبة المستفيد بقيمة خطاب الضمان لغير الغرض المحدد في خطاب الضمان (49) ، وهذه هي الحالة الوحيدة التي يحق فيها للمصرف الامتناع عن دفع قيمة خطاب الضمان ولا يعد هنا مخرلاً بالتزاماته الناشئة عن اصداره الخطاب ، وفي هذا قضي : " ... وجد انه صحيح وموافق للقانون وذلك لثبوت قيام المدعي عليه بإطلاق خطاب الضمان المرقم (901-137-207) بعد قيام المدعى عليه بتنفيذ التزاماته التعاقدية بتجهيز كمية خمسة آلاف طن حليب اطفال للمدعى عليه اضافة لوظيفته بموجب العقد المرقم 201 في 2011/12/19 وكان عليه التحقق من مطابقة الكمية المجهزة للمواصفات قبل اطلاق مبلغ خطاب الضمان وان قيام المدعى عليه باستقطاع جزء من خطاب الضمان الثاني المرقم (901-578-2012) عن كمية تجهيز اخرى من الحليب لم يتعاقد عليها وحصلت الموافقة على اعادة

تصديرها الى جهة المنشأ بحجة ان قسم من الكمية المجهزة بالعقد الاول غير صالحة للاستهلاك البشري فإن ذلك خلافاً لما اوجبه المادتين (287) من قانون التجارة التي نصت على ان يحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من اجله والمادة (293) التي نصت على عدم جواز قيام المستفيد بالمطالبة بقيمة خطاب الضمان عن غرض اخر غير الغرض المحدد فيه لذا يكون الحكم المميز متفقاً وإحكام القانون قرر تصديقه" (50) .

والذي نراه ان خلو قانون التجارة المصري عما ورد في قانون التجارة العراقي من تحديد غرض خطاب الضمان ، لا يحول دون طلب الأمر بفتح الخطاب ان يكون خطاب الضمان مخصصاً لغرض معين و صدور الخطاب بهذا ، لان الاعراف الدولية ، التي هي مصدر في حال خلو قانون التجارة المصري من نص حسب نص المادة (2/355) في القانون المذكور ، لا تتعارض وهذا الاشتراط ، وان طبيعة التعامل المصرفي في الوقت الحاضر من ظاهرة غسيل الاموال ، تشترط تحديد الغرض من اية معاملة مصرفية .

المبحث الثاني

احكام خطاب الضمان قبل أطرافه

خطاب الضمان كعملية مصرفية يصدر بعد إجراءات ممهدة ، تنتج عنه علاقات قانونية متنوعة قبل اطرافه ، الأمر بفتح الخطاب والمصرف ، والمستفيد ، لذا سنتناول احكام خطاب الضمان بالنسبة للأمر بفتح الخطاب، وأحكام خطاب الضمان بالنسبة للمستفيد ونخصص لكل من ذلك مطلب ، نسبقه بمطلب الاجراءات الممهدة لإبرام عقد إصداره ، وكما يأتي :

المطلب الأول

الإجراءات الممهدة لصدور خطاب الضمان

الأمر بفتح خطاب الضمان هو الشخص الذي يتعاقد مع المصرف المعني ويطلب منه فتح خطاب الضمان لمصلحة شخص المستفيد ،، إذ يقوم بالإجراءات الممهدة للتعاقد التي يمكن حصرها بـ يقوم بها ، كي يتمكن المصرف من إصدار الخطاب بعد إجراءات يقوم بها ، عليه سنتناول ما يجب أن يقوم به الأمر ، وما يجب أن يقوم به المصرف ، كل في فرع :

الفرع الأول

الاجراءات التي يقوم بها الأمر

أولاً- يتقدم هذا بطلب مكتوب وموقع منه أو من وكيله المخول بإصدار خطاب الضمان ، يبين فيه الرغبة بقيام المصرف بفتح خطاب ضمان بالمبلغ الذي يحدده ونوع العملة ، بالدينار العراقي أو بالعملة الأجنبية (51)، ويذكر فيه أسم المستفيد ، والغرض من الطلب ، والمدة المحددة ، مرفقاً بطلبه ما قد يطلبه المصرف من وثائق تعريفية ، وبيان عنوانه الذي يتخذه محلاً للتبليغ ، ورقم هاتفه ، وعمله، وعدد خطابات الضمان

الصادرة قبل الخطاب المطلوب ، ويحدد في الطلب نوع الخطاب ، أولي أو نهائي ، أو مؤقت ، وحسب ما يطلبه المستفيد.

ثانياً- تقديم ضمان كغطاء نقدي، وحسب ما يحدده المصرف المصدر، وغالباً ما يكون هذا الضمان رصيد نقدي يغطي مبلغ الضمان وما يترتب على صدور الخطاب من رسوم وعمولة. ، وقد يكون الضامن عقاراً يعود للأمر، ففي هذه الحالة يبين جنس العقار ، وإن كان متخذاً كسكن ، يتعهد موافقته على بيعه في حال إخلاله بالتزامه ولو كان متخذاً كسكن ، ويقدم للمصرف صورة سجل العقاري حديثة ، مثبت فيها موانع البيع القانونية ، والحجوزات السابقة ، وفي التعامل فإن غالبية المصارف تطلب أن يكون الضمان خال من موانع أو حجوزات سابقة . وإذا كان العقار الضامن لشخص آخر يحضر أمام المصرف يبين رغبته بضمان الأمر وبالمبلغ المحدد عند صدور الخطاب أو يمكن تحديده لاحقاً ، ويبقى هذا الضامن ملتزماً بضمانه حتى انتهاء المدة المحددة ، ويقدم الطلب على وفق النموذج المعد من المصرف ، وليس له حق الاعتراض أو تعديل أي شرط ، وإذا ما شعر أن في النموذج ما يعد من شروط الاذعان فإن له مراجعة المحكمة المختصة بعد صدور الخطاب ، وهي التي تفصل بالموضوع .

الفرع الثاني

الاجراءات التي يقوم بها المصرف

أولاً- عند تسلم ادارة المصرف الطلب وايداعه إلى شعبة خطابات الضمان ، وبعد التأكد من تمام المعلومات المطلوبة ، وصحة الوثائق المبرزة، ومشروعية الغرض ، تكلف الأمر بتقديم الضمان الذي يحدده وحسب الائتمان الشخصي لطالب فتح الخطاب ، والذي هو في الغالب أما وديعة نقدية في المصرف كما في حالة كون الأمر من عملاء المصرف، ولدايه رصيد نقدي يغطي المبلغ المحدد للخطاب وبالعملة المطلوبة، ، وهذا الغالب في التعامل في مثل هذه الحالة ، إذ يقوم الأخير بخصم قيمة مبلغ الضمان وما يترتب على إصداره من رسوم وأية عمولة يقررها المصرف ، وبعد الانتهاء من هذه الاجراءات يتخذ المصرف قراراً بإصدار خطاب الضمان لحساب المستفيد وللغرض المحدد بطلب الأمر ، ويدرج في قراره رقم خطاب الضمان ، وفي الوقت الحاضر وبسبب دخول الخدمات الالكترونية في معاملات المصارف في العراق ، فقد يذكر المصرف رقم (الكود) ⁽⁵²⁾ لزيادة اطمئنان المستفيد الذي يجنبه ذلك مشقة الإستيثاق من صحة صدور الخطاب بالطرائق التقليدية .

ثانياً- بعد اتمام ما تقدم يفتح ملف خاص يتضمن رقم خطاب الضمان ، واسم الأمر ورقمه ، والمستفيد ، والمبلغ المحدد و نوع العملة، وتاريخ اصدار الخطاب ، وتاريخ استحقاقه ، وهل توجد تمديدات لفترة الاستحقاق ، وقيمة خطابات الضمان المصدرة، ورقم حساب الأمر .

ثالثاً- بعد صدور الخطاب وتوقيعه من المخول - أو المخولين - يتم تسليمه للمستفيد ، ويمكن أن يتم التسليم والتبليغ بالبريد المرجع ، ولكن في الغالب إذا كان المستفيد داخل العراق يتم تسليم الخطاب له شخصياً وتبليغه أن التزام المصرف يبقى سارياً خلال مدة الاستحقاق ، ويتحلل المصرف من هذا الالتزام بانتهاء المدة ما لم يتم الاتفاق على التجديد أو التمديد وتاريخ سابق لتاريخ انتهاء المدة .

ثالثاً - يقوم المصرف بمتابعة مستمرة لخطابات الضمان الصادرة ، ويذكر ذلك في تقرير الموازنة الشهرية (53).

المطلب الثاني

أحكام خطاب الضمان بالنسبة للأمر بفتح الخطاب

وهذه العملية المصرفية التي يقوم المصرف بفتحها ترتب آثاراً قانونية على عاتق الأمر ، هذه الآثار تتمحور بالالتزامات الملقة على عاتق الأمر . نتطرق إليها كل في فرع :

الفرع الأول

التزام الأمر برد قيمة الضمان

بعد فتح خطاب الضمان ، قد يطلب المستفيد دفع مبلغ الضمان له وهنا تترتب على الأمر ان يرد للمصرف مقدار ما دفعه للمستفيد من مبلغ وهذا الالتزام يتحدد على وفق شروط عقد الائتمان الموقع بين العميل (الأمر) وبين المصرف وما دام المصرف قد أوفى بالتزاماته قبل المستفيد فيترتب ان يقوم الأمر بدفع قيمة الخطاب المدفوع ، ويعد هذا الالتزام الأول والأساسي الذي ينتج عن عقد الائتمان على عاتق الأمر ، اذ ان المصرف بقيامه بدفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد يحل محله في الرجوع على الأمر فيما اداه اذا كان هذا الوفاء موافقاً لشروط فتح الخطاب وليس للمصرف الرجوع على الأمر ان هو خالف هذه الشروط (54) (55) .

ولقد قضي : " ... وحيث ان الفقرة (28) من الشروط القانونية للمناقصة الصادرة من شركة حمورابي العامة للمقاولات الانشائية والتي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من عقد المقاوله بموجب الفقرة (11) منه التي نصت على : " لا يطلق خطاب الضمان الا بعد اصدار شهادة القبول النهائي وإيفاء المقاول بجميع التزاماته بموجب المقاوله ، وحيث ثبت ان المقاول قد أخل بالتزاماته التعاقدية بموجب عقد المقاوله حيث قام بتاريخ 2007/6/24 بتسليم كمية (31/2 طناً) من الاسفلت من الحصة المقررة للشركة من مصفى الدورة ولم يتم توصيلها الى معمل اسفلت الخضر في الديوانية لذا فان خطاب الضمان يبقى قائماً" (56) .

وهذا يعني ان ليس للمصرف الرجوع على الأمر قبل تسديد المبلغ للمستفيد فعلاً وبهذا قضي : " لا يحق لمصرف الرافدين المطالبة بمبلغ خطاب لضمان قبل تسديد مبلغه للجهة المستفيدة من الخطاب" (57) .

الفرع الثاني

دفع العمولة والمصاريف

كما عرفنا ان خطاب الضمان عملية مصرفية ناشئة عن اتفاق "عقد" بين الأمر والمصرف لمصلحة المستفيد ، وان المصرف لا يتقدم بهذه الخدمة مجاناً ، اذ يترتب جراء العقد للمصرف عمولة ومصاريف يحددها الاتفاق ، ويعد الالتزام الأمر بدفع هذه العمولة والمصاريف والالتزام الثاني المترتب على عاتق العميل والعمولة التي يتقاضاها المصرف هي عمولة مقررة سلفاً من ادارة المصرف على وفق الاعراف المصرفية حيث انها في الغالب لا تتجاوز 1-2% من مبلغ الخطاب سنوياً ، دون ان يهمل مركز العميل وعلاقته بالمصرف ومقدار الخطاب ونوعه ونوع الغطاء المقدم⁽⁵⁸⁾ .

الفرع الثالث

تقديم غطاء خطاب الضمان

من الالتزامات التي يترتبها طلب فتح خطاب الضمان في ذمة عميل المصرف هو غطاء خطاب الضمان ، اذ جرى العمل وقبل صدور الخطاب من المصرف مطالبة المصرف لعميله بتقديم غطاء خطاب الضمان ، يضمن المصرف من خلاله الحصول على مستحقاته اذا ما أخل العميل بتنفيذ التزاماته ، وقد تصل نسبة غطاء خطاب الضمان الى 100% من مبلغ الخطاب ، اذ تتحكم في الموضوع العلاقة بين العميل والمصرف ومدى ثقة المصرف بعميله وملائته المالية وقدرته على الوفاء بالتزاماته مع المصرف ، والغطاء قد يكون تأميناً نقدياً يدفعه العميل للمصرف ، وقد يكون ضماناً عينياً كرهن يقرر على منقول او غطاء او سندات وأوراق تجارية وقد يكون الغطاء تنازل الأمر عن حقوقه قبل المستفيد من العملية التي صدر الخطاب بشأنها⁽⁵⁹⁾ .

والى هذا نصت المادة (288) من قانون التجارة العراقي : "اولاً - للمصرف ان يطلب تقديم كفالة شخصية او عينية لتغطية خطاب الضمان"⁽⁶⁰⁾ .

وإذا ما انتهت مدة الخطاب وانقضى الخطاب سواء بتسديد قيمته للمستفيد او عدم تسلم مبلغه على الرغم من مضي المدة دون تجديدها فللعامل الحق بمطالبة المصرف تحريره من هذه التأمينات ، إلا ان ذلك لا يعفيه من دفع العمولة والمصاريف⁽⁶¹⁾ .

المطلب الثالث

احكام خطاب الضمان بالنسبة للمستفيد

المستفيد هو شخص تربطه علاقة سابقة مع الأمر بفتح الخطاب وهي سبب وجوده . دون ان يكون مهماً الكشف عن هذه العلاقة كما في القانون المصري ، إلا أن القانون العراقي اشترط أن يكون غرض خطاب الضمان محدداً و لا يجوز للمستفيد المطالبة بقيمة خطاب الضمان عن غير الغرض المحدد له (م/293) تجارة عراقي ، وقد يكون المستفيد شخصاً طبيعياً كما يمكن أن يكون شخصاً معنوياً ، ويشترط فيه توافر الصلاحية القانونية ، التي تتوفر لدى الشخص الذي لديه اهلية تلقي الحقوق - اهلية الوجوب - ولا يشترط فيه توافر اهلية الاداء كي يصلح أن يكون

مستفيداً في خطاب الضمان ، لأن خطاب الضمان لا يعد عقداً بين المستفيد وبين المصرف إذ لا يترتب خطاب الضمان التزامات على عاتق المستفيد قبل المصرف .

ان الحق الناشئ عن خطاب الضمان للمستفيد هو حق احتمالي فلا يصبح هذا الحق مؤكداً ونهائياً إلا عند عدم الاعتراض عليه من المستفيد - اي ان للمستفيد قبول خطاب الضمان او رفضه ويترتب على كل حاله احكام نتناولها كل في فرع :

الفرع الأول

قبول المستفيد لخطاب الضمان

قبول المستفيد لخطاب الضمان هو الغالب في مثل ذلك ، والقبول هو التعبير عن ارادة المستفيد والكشف عن نيته الموافقة للاستفادة من خطاب الضمان المرسل اليه في المصرف ، وطبقاً للقواعد العامة فإن التعبير عن الارادة يكون صريحاً كما يكون ضمناً ، ولا يوجد في قانون التجارة العراقي ما يتضمن التزام المستفيد الاعلان عن رغبته بشكل صريح ، اذ يكفي عدم رفض صريح من المستفيد لخطاب الضمان كما يكفي مطالبة المصرف بإرسال مبلغ الضمان اليه⁽⁶²⁾ .

وقد تبرز تساؤلات عن زمان القبول ، هل بالإمكان تطبيق القواعد العامة للقبول في العقود ؟ هل يمكن الاخذ بنظرية وصول القبول ؟ طالما نحن لسنا ازاء عقد ، بل ازاء عملية مصرفية هي من آثار عقد سابق ، لا يوجد في قانون التجارة العراقي ما يشير الى معالجة هذه الحالة ، وان وثيقة الضمان هي الأخرى لا تتضمن ما يشير لتحديد زمان القبول ، وما يترتب على القبول من آثار قانونية معروفة ولعدم وجود نصوص تعالج الموضوع في التشريعات النافذة الأمر الذي دفع البعض الى الاجتهاد بان خطاب الضمان ذو طبيعة عقدية وبالتالي يمكن تطبيق القواعد العامة في القانون المدني ، وهي قواعد التعاقد ما بين غائبين المنصوص عليها في المادة (1/87) من القانون المذكور التي عدت التعاقد ما بين غائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيها الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح او ضمني او نص قانوني يقضي بغير ذلك ، كما ان (الفقرة 2/) من المادة المذكورة نصت على : " 2- ويكون مفروضاً ان الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل اليه فيها"⁽⁶³⁾ .

ونرى ان قياس حالة قبول المستفيد في خطاب الضمان على حالة قبول من وجه اليه الايجاب في العقود أمر لا يخلو من التباس لاختلاف الحالتين ففي الوقت الذي يكون فيه موضوع التعاقد بين الغائبين كشف عن ارادتين اتجهتا لإنشاء العقد وما يترتب عليه من آثار في حين ان خطاب الضمان يصدر بإرادة منفردة و هي ارادة المصرف ، ونرى ان وصول القبول الى المصرف سواء كان مباشرة من المستفيد او عن طريق وسيلة اخرى وعلم المصرف بذلك يترتب الآثار الناشئة على عاتق المصرف قبل المستفيد .

ويترتب على قبول خطاب آثار قانونية بتثبيت وتأكيده حق المستفيد ، الذي يتميز بالخصائص الآتية :

أولاً- انه يترتب حقاً مباشراً للمستفيد قبل المصرف :

اذ ان صدور القبول من المستفيد بقبول خطاب الضمان ينشأ علاقة التزام مباشر - كأثر لفتح خطاب الضمان - للمستفيد بمواجهة المصرف ، هذه العلاقة يترتب عليها قيام المصرف بتأديته للمستفيد مبلغ الضمان دون المرور من خلال العميل الذي ينتهي دوره عند ذلك و وهذا الالتزام يكون محدداً بمبلغ الضمان دون النظر الى سبب نشوئه سواء أكان ذلك أكثر ام اقل ، وخلال المدة المعنية وللغرض المحدد له ⁽⁶⁴⁾ ، وليس للمستفيد ان يتنازل عن هذا الحق إلا بموافقة المصرف ⁽⁶⁵⁾ .

ثانياً- خطاب الضمان يترتب حقاً صرفياً :

خطاب الضمان كأى عملية مصرفية تصدر بوثيقة محررة من المصرف يترتب على قبول ما ورد فيها التزامات على عاتق المصرف ، وهذه الوثيقة هي الأساس او السند الذي يحكم علاقة المستفيد بالمصرف اي ان ما ورد في الخطاب من عبارات هي المعبر عن ارادة المصرف ويلتزم بما ورد فيها من شروط ، فيلتزم بها المصرف متى تحققت شروطها ⁽⁶⁶⁾ . ولهذه الوثيقة اهمية في تحديد المبلغ الذي يلتزم المصرف بتأديته للمستفيد والمدة التي يبقى ملتزماً خلالها والغرض الذي فتح من اجله الخطاب ، وليس لأي من الطرفين التمسك بغير ما ورد في خطاب الضمان من شروط ، وان الاخذ بحرفية نصوص خطاب الضمان قد يمنع حالات التفسير لما هو غامض في وثيقة الخطاب والرجوع الى النية المشتركة للطرفين ، اذ ان النية الظاهرة للمتعاقدين هو واجبة التغليب عند وجود خلاف وهذا قد يبدو انه خروج على القاعدة المنصوص عليها في المادة (155) في القانون المدني التي تنص "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا الالفاظ والمباني" ⁽⁶⁷⁾ .

3- يترتب خطاب الضمان حقاً زمنياً :

الاصل ان خطاب الضمان عند صدوره من المصرف المصدر يصدر خلال مدة معينة ، وخلال هذه المدة يبقى التزام المصرف قائماً ، والمدة دائماً تحدد بمدة قصوى كسنة ، او ستة أشهر او أقل . يمكن للمستفيد الاستفادة من ذلك وطلب تسليمه مبلغ الضمان وطلبه ذلك صحيحاً ومشروعاً ما دام قد دفع خلال المدة المذكورة ولم يتجاوزها وبهذا قضي : " ... أن التزام المصرف تجاه المستفيد هو التزام مباشر وبات ومجرد عن السبب الذي صدر خطاب الضمان من أجله فعلاقة المصرف بالمستفيد قائمة بذاتها وغير تابعة لأي علاقة قانونية أخرى ومستقلة عن علاقة المصرف بالأمر او علاقة الأمر بالمستفيد فلا يجوز للمصرف ان يتمسك بمواجهة المستفيد بدفوع مستمدة من علاقة الأمر بالمستفيد فالمصرف ملزم بأداء مبلغ خطاب الضمان الى المستفيد متى ما حصلت المطالبة به خلال المدة المعنية في الخطاب" ⁽⁶⁸⁾ .

من نص المادة (287) من قانون التجارة العراقي يبدو أن تحديد مدة لخطاب الضمان أمر ضروري، ولم يتطرق إلى حكم حالة عدم تحديد مدة للخطاب ، على خلاف ما ورد في قانون التجارة المصري الذي نص في المادة (2/331) منه على : " ... وفي جميع الأحوال يعتبر الاعتماد المفتوح لمدة غير معينة ملغياً بانقضاء ستة أشهر من تاريخ إخطار

المستفيد بفتحته دون أن يستعمله" ، وهذا النص الذي يقرر قاعدة خاصة ليست من النظام العام إذ يجوز الاتفاق على خلافها وهذا أمر بديهي لأنه يعبر عن إرادة الأطراف (69).

لا يوجد في قانون التجارة العراقي ولا في قانون التجارة المصري ما يلزم المصرف ففتح الخطاب اشعار المستفيد انتهاء مدة الخطاب اذا لم يتقدم المستفيد بطلب مبلغ الخطاب قبل انتهاء المدة ، لان ارسال فتح خطاب الضمان للمستفيد يرتب على المستفيد بذل العناية المعتادة لمتابعة مصالحه ، إلا ان البعض يرى انه ولعدم رجوع المستفيد على البنك مطالباً بقيمة (كفالة) لأي سبب كان ضرورة اشعار المستفيد بانتهاء المدة لاستحقاق الكفالة دون ورود اية مطالبة بقيمتها خلال فترة سريانها الأمر الذي يستوجب اعادة سند الكفالة خلال فترة يحدد أقصاها وبخلافه يتم اعادة قيمة الخطاب الى المكفول دون ترتيب اية مسؤولية على البنك جراء الغاء الكفالة (70) .

والذي نراه ان الرأي المبسوط يحمل المصرف اكثر مما يجب اذا ان الاخذ به يؤدي الى اضافة اعباء على المصرف على غير ما متفق عليه ، إلا انه لا يوجد ما يمنع من حصول اتفاق لاحق بقيام المصرف اشعار المستفيد بما تقدم ، كما يمكن ان يكون مثل هذا الاتفاق عند طلب الأمر فتح الاعتماد وان كان مثل هذا نادر الحصول كما نرى ان ليس للأمر من مصلحة بذلك وأن عدم الاشعار لا يلغ حقه في المطالبة بمبلغ الخطاب .

يرى البعض امكانية اصدار خطاب ضمان دون تحديد أجل لانقضائه (71) ، وفي هذه الحالة يكون غير محدد المدة وبإمكان المصرف انهاء التزامه بأي وقت شريطة اخطار الأمر بفتح الخطاب والمستفيد بوقت مناسب بذلك (72) . والرأي المذكور لا يستقيم مع ما ورد في قانون التجارة العراقي (73) ، وقانون التجارة المصري (74) ، اللذان اشترطا ان تكون المدة معينة .

اذا ما انتهت مدة خطاب الضمان فأن بالإمكان تجديد مدته الى مدة اخرى وهنا لابد من التفريق بين حالتين :

(1) حالة الاتفاق بين الأمر والمصرف عند تقديم طلب فتح خطاب الضمان انه في حال انتهاء المدة المعينة في الخطاب دون طلب المستفيد مبلغ الخطاب فإنه يحق للأمر تجديد المدة و ليس للمصرف الرفض بتجديدها لأسباب لا علاقة لها بالضمان المقدم من الأمر ، وان رفض المصرف يترتب حقاً للأمر المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر جراء ذلك .

(2) حالة عدم الاتفاق بين الأمر والمصرف ابتداءً على تجديد الخطاب الى مدة اخرى فهنا الأمر متروك للمصرف في قبول التجديد من عدمه حسب ظروف كل قضية ولا يترتب على رفضه التجديد حقاً للأمر المطالبة بالتعويض ، وبهذا قضي :

" ... لان المدعي/المميز يطلب الزام خصمه بالتعويض لرفضه محاولات تجديد خطاب الضمان المرقم 2006/903/327 في وقت لم يثبت فيه اتفاق الطرفين صراحة على التجديد قبل انتهاء المدة المعينة في الخطاب 2006/12/31 مما يتبرأ معه ذمة المصرف استناداً لإحكام المادة (291/أولاً) من قانون التجارة . لذا تكون الاعتراضات التمييزية غير واردة .." (75) .

والحكم المتقدم ينسجم مع ما ذهب اليه المادة (291/أولاً) من قانون التجارة العراقي التي نصت على : " تبرأ ذمة المصرف تجاه المستفيد اذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع إلا اذا اتفق صراحة قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها " (76) .

والى الاتجاه القضائي العراقي ذاته ذهب الاجتهاد القضائي المصري اذ قضي: "... بأنه يسقط التزام المصرف اذا لم تصل اليه مطالبة المستفيد بالدفع قبل حلول نهاية ذلك الأجل" (77).

ويترتب على انتهاء اجل خطاب الضمان المتفق عليه :

أ- ليس للمصرف مد أجل خطاب الضمان من تلقاء نفسه ، اذ لا بد من ورود طلب من الأمر بفتح الخطاب بالتمديد وقيام المصرف خلاف ذلك موجب للمسؤولية .

ب- ليس للمصرف تسديد مبلغ الضمان اذا ما ورد الطلب من المستفيد خارج المدة المعنية لخطاب الضمان ، وإذا ما حصل مثل ذلك فإن المصرف يتحمل مسؤولية الدفع خارج المدة المتفق عليها ودون حصول تجديد للمدة .

وبهذا قضي : "... صحيح وموافق للقانون للأسباب والتي استند اليها حيث اجرت المحكمة تحقيقاتها القضائية في المرحلتين البدائية والاستئنافية وتبين ان المدعى قام بصرف مبلغ خطاب الضمان موضوع الدعوى الى المستفيد البنك المركزي العراقي بموجب المرقم 0058031 وتاريخ 2007/3/27 وبذلك يكون المصرف قد تم خارج مدة سريان خطاب الضمان التي تنتهي بتاريخ 2006/6/5 خلافاً لإحكام المادة (287) في قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984 المعدل عليه يكون التمييز بما قضى به صحيحاً قرر تصديقه ورد لائحة الطعن التمييزي ..."(78) .

وقضي ايضاً: "... التزام البنك مصدر خطاب الضمان ، الى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك اثناء سريان أجله دون الحاجة الى الحصول على موافقة العميل ، عدم جواز مد البنك أجل خطاب الضمان إلا بموافقة العميل او الوفاء للمستفيد بقيمته إلا اذا وصلت اليه المطالبة بالقيمة قبل انقضاء الميعاد المحدد لسريان خطاب الضمان ، مخالفة ذلك تحمل البنك مسؤولية عن الوفاء للعميل استرداد غطاء هذا الخطاب في اليوم التالي لانتهائه" (79) .

الفرع الثاني

رفض المستفيد لخطاب الضمان

كما للمستفيد قبول خطاب الضمان ، فإن له رفض الخطاب ، وهذا يتم عن طريق ترك تسلم قيمة الخطاب ، وهذا هو غير غالب في التعامل . ويحصل رفض المستفيد صراحة او ضمناً ، ويكون صراحة بأي طريق من طرق التعبير كالكتابة سواء أكانت رسمية ام عادية او على شكل رسالة او برقية ، أو بأي طريقة قابلة للإثبات . ويكون ضمناً اذا كان التصرف الذي قام به المستفيد لا يدل إلا بافتراض حالة الرفض ، كما لو تأخر المستفيد تسلم قيمة خطاب الضمان ، ويفترض ان يكون هناك موقف ايجابي صراحة او ضمناً اما مجرد السكوت فلا يمكن عده رفضاً وهذا ما يمكن استنتاجه من خلال القواعد العامة في القانون المدني ، ويمكن تصور حالات الرفض الآتية :

أولاً- حالة ارسال المصرف خطاب الضمان عن طريق دائرة البريد وهنا يمكن تصور رفض تسلم المستفيد الاشعار .

ثانياً- الحالة المشار اليها في (أولاً) يمكن ان يكون الرفض صريحاً بتأشير المستفيد صراحة على رفضه.

لم يتضمن قانون التجارة العراقي على ميعاد لرفض خطاب الضمان ، اي ان المستفيد له ان يعلن رأيه بذلك حتى قبل نهاية اليوم الاخير من الميعاد .

يترتب على رفض المستفيد لخطاب الضمان آثار قانونية أهمها تحلل المصرف من التزامه بدفع مبلغ من النقود محل الخطاب ، فضلاً عن ان رفض المستفيد يترتب حقاً للأمر سحب غطاء الخطاب . فضلاً عما يكشفه رفض خطاب الضمان من موقف له الأثر على سبب فتح الخطاب ففي الخطابات الابتدائية الخاصة بالعطاءات التي تقدم لغرض الاشتراك في المناقصات والمزايدات فأن الرفض كاشف عن عدم قبول اشتراك الأمر بفتح الخطاب بذلك ، وكذلك الحال رفض خطاب الضمان الخاص بسحب البضائع من جهة الكم ارك يعني رفض خطاب الضمان الحاصل بسحب البضائع من هذه الجهة يعني عدم الموافقة على ذلك . والحال ذاته في خطابات الضمان المهنية اذ ان رفض الخطاب يكشف أن صاحب الاختصاص بمنح اجازة المزاولة رفض الطلب .

وفي غير ما تقدم فأن الرفض قد يشكل ضرراً للمستفيد وليس في مصلحته ذلك لان فتح خطاب الضمان لمصلحته وفائدته كما في حال فتح الخطاب ضمان لرب العمل لضمان حسن تنفيذ العقود ، وكذلك الخاصة بدفعات مقدمة من رب العمل لتمكين المقاول في تحويل العملية التي ابرم العقد عنها فهذا ليس من مصلحته رفض الخطاب من الاساس بل له تقديم ضمان بشروط يقدرها (80) .

المطلب الثالث

احكام خطاب الضمان بالنسبة للمصرف

خطاب الضمان كما عرفنا عملية مصرفية فيها ثلاثة اطراف ، هم الأمر بفتح الخطاب والمستفيد والمصرف ، وقد ينتج عن خطاب الضمان آثاراً على عاتق اطرافه وكنا قد تطرقنا لإحكام خطاب الضمان قبل طرفيه الأمر والمستفيد ، لذا سيكون هذا المطلب مخصصاً لإحكام الخطاب بالنسبة للمصرف وهذه الاحكام سنتناولها في فرعين : نخصص الاول لعلاقة المصرف بطرفيه و الثاني نخصصه للالتزام المصرف الحفاظ على السرية .

الفرع الأول

العلاقات بين اطراف خطاب الضمان والمصرف

يتولد عن خطاب الضمان ، بين أطراف الخطاب الثلاثة ، نتناولها كل في فقرة :

أولاً- علاقة الأمر بالمصرف : تعد هذه العلاقة هي الاهم ، وهي حجر العلاقة التي يبنى عليها احكام الخطاب ، فبدون هذه العلاقة لا نكون أمام التزام على عاتق المصرف والتي كما عرفنا مستقلة عن علاقة المصرف بالأمر ، بمعنى عدم تأثر التزامات الأخير بمواجهة المستفيد بأي تعديل للعقد بين الأخير والأمر ، وليس للمصرف التمسك بأي دفع تتشأ بين الأمر والمستفيد (81) ، إلا ان هذا الاستقلال لا يلغي اهميتها ، فنتيجة للطلب الذي يقدمه الأمر الى المصرف الذي يبين فيه اسم المستفيد الذي يراد اصدار الخطاب لمصلحته ، وتحديد غرض الخطاب ومدته ، فهذه العناصر الثلاثة التي يتوجب على الأمر ذكرها في طلب فتح الخطاب وبدونها يكون خطاب الضمان وان صدر بدونها معيباً ، ويعد الطلب المقدم من الأمر بمثابة الايجاب الذي يوجهه طالب فتح الخطاب ، اذا ما اقترن بقبول من المصرف بعد اجراءات يقوم

بها المصرف للتحري عن عميله ، ومتى توافر عناصر الائتمان الشخصي فيه ، وإذا ما توافرت للمصرف مثل هذه القناعة يصدر القبول من المصرف وهنا ينعقد العقد بين العميل والمصرف ، وهذا العقد هو الذي تنشأ عنه الالتزامات على عاتق طرفيه ، وغنى عن القول ان قبول المصرف يفترض ان يكون مطابقاً لطلب العميل سواء في المسائل الجوهرية للتعاقد ام في غيرها ، وإذا ما حصل تعديل لهذه المسائل من المصرف سواء من حيث المدة او المبلغ او العملة التي يدفع بها للمستفيد فأن ذلك يعد بمثابة ايجاب جديد يشترط له كي ينتج أثره ان يقترب بقبول من العميل .

وتعد الالتزامات المبينة فيما يأتي من اهم التزامات المصرف الناشئة عن العقد الموقع بين العميل والمصرف :

- 1- الالتزام بإصدار خطاب الضمان لمصلحة المستفيد المعني من الأمر وإشعار المستفيد بذلك كما عرفنا فيما تقدم .
- 2- الالتزام بإعادة غطاء خطاب الضمان المقدم في الأمر متى ما انقضى الخطاب دون مطالبة المستفيد بمبلغه ، سواء لعدم تحقق الغرض المحدد له او انقضاء المدة ، والغطاء هنا هو الضمان الذي قدمه الأمر سناً للمادة (288/ أولاً) من قانون التجارة العراقي⁽⁸²⁾ وسواء أكان كفالة شخصية ام كفالة عينية ، فأن كانت كفالة شخصية تنتهي هذه الكفالة ولا يصح الاستناد اليها حتى في حالة تجديد خطاب الضمان او تمديد مدته ما لم يكن الكفيل الشخصي قد وافق على ذلك اما اذا جاءت الكفالة لمدة خطاب الضمان فقط تنتهي بانتهاء هذه المدة ، وإذا كانت كفالة عينية فيتوجب على المصرف اشعار الجهة المختصة والتي غالباً ما تكون دائرة التسجيل العقاري بذلك ويعد العقار محرراً من هذا الضمان⁽⁸³⁾ .
- 3- ويلزم المصرف بتنفيذ ما ورد في العقد الموقع بينه وبين طالب فتح الخطاب (الأمر) وليس له مخالفته ، فلو كان من بين الشروط التي تم الاتفاق عليها ان المصرف يسدد مبلغ الخطاب متى طلب منه المستفيد ذلك ، فعلى المصرف تنفيذ هذا الشرط ولا يعد مخالفاً بالتزاماته اذا ما قام بذلك على الرغم من مطالبة الأمر له بعد صدور الخطاب بخلاف ما تقدم ، اذ ليس للأمر في هذه الحالة إلا اللجوء الى القضاء ولو كانت عبارات الخطاب تتضمن نصاً يعلق الدفع للمستفيد على شرط معين ، فعلى الرغم من ترك مثل هذا الشرط إلا انه لا يمنع من الاتفاق عليه ، يلزم المصرف التحقق من ذلك قبل الدفع للمستفيد ، وإلا كان مسؤولاً عن ذلك .

- 4- التزام المصرف بإصدار خطاب الضمان على وفق تعليمات الأمر فعلى سبيل المثال لو اشترط الأمر بفتح الخطاب شرطاً معيناً إلا ان الخطاب صدر على خلاف ذلك ، فأن المصرف يعد في هذه الحالة مخالفاً بما يفرض عليه من التزام وعليه تحمل ذلك .

ليس للمصرف اصدار خطاب ضمان على غير ما اتفق عليه سواء من حيث مبلغ الخطاب ، او مدته ، او العملة التي يدفع بها الخطاب ، ومخالفة المصرف لا يعفيه من المسؤولية عما ترتب من ضرر للأمر -طالب فتح الخطاب -، كما لو أخطأ المصرف عند اصدار الخطاب الموجه الى غير شخص المستفيد ، او اصداره للمستفيد ذاته إلا انه على خلاف ما اراد الأمر بفتح الخطاب وترتب على الخطأ تعطيل مصالح الاخير، و كما في حال الخطأ في مضمون خطاب ضمان موجه الى دائن الكم ارك مما ادى الى تأخير اطلاق البضائع التي صدر الخطاب من اجلها⁽⁸⁴⁾ .

وبهذا قضي : "... انه وان كان البنك مصدر خطاب الضمان يلتزم سداد قيمته الى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك اثناء سريان أجله دون حاجة الى الحصول على موافقة العميل إلا انه للبنك مد أجل خطاب الضمان إلا بموافقة العميل " (85) .

ان علاقة الأمر بفتح الخطاب بالمصرف مصدر الخطاب هي علاقة عقدية ناشئة عن عقد الائتمان بالضمان⁽⁸⁶⁾ ، ونرى ان العقد المذكور هو عقد غير مسمى إلا ان ذلك لا يمنع من تطبيق الاحكام العامة بالعقود على ما يبرز من اشكالات في العلاقة بين طرفي هذا العقد .

قد يبرز التساؤل عن مدى التزام المصرف اخطار الأمر بفتح الخطاب عند تلقيه طلباً من المستفيد بدفع مبلغ الخطاب ؟. لم يتطرق القانون الى هذه الحالة ، لا بل أن المادة (287) من قانون التجارة العراقي نصت على : قيام المصرف بدفع المبلغ المحدد في الخطاب دون قيد أو شرط⁽⁸⁷⁾ ومع ذلك فقد ذهب الفقهاء عند مناقشته هذه الجزئية ، فقد ذهب البعض من الفقه ، إلى أن البنك غير ملزم بالرجوع للعميل قبل الوفاء بمبلغ الخطاب ، لأن ذلك يتعارض مع الصفة الاستقلالية للالتزام البنك باعتباره التزام نهائي، ويعرقل مهمة البنك القيام بالتزاماته ويتعارض مع الوظيفة الاقتصادية المرجوة من العمل المصرفي.

إلا أن اصحاب هذا الرأي يرون : أن الإخطار يكون بعد دفع قيمة خطاب الضمان كي يكون الأمر على علم بما اتخذه المصرف من اجراءات ، وإشعار الأمر إن كان الخطاب غير مغطى بالكامل أو مغطى بشكل جزئي فالإخطار يعني خصم الجزء من الغطاء ومطالبة الأمر بتسديد الجزء المتبقي .

ويضيف اصحاب هذا الرأي أنه يمكن للمصرف القيام بالإخطار إذا طلب منه الأمر ، وهذا اجراء بعيد عن أي التزام قانوني بل مراعاة لمصالح المصرف في حماية المتعاملين معه⁽⁸⁸⁾.

اصحاب الرأي الثاني⁽⁸⁹⁾ ، يرون أنه يجب على المصرف اخطار الأمر بفتح الخطاب قبل عزمه على الوفاء بمبلغ الخطاب ، المصرف هو وكيل عن الأمر وعليه واجب قانوني المحافظة على مصالح عملائه ، ويبرر اصحاب هذا الرأي أن وجوب الاخطار يمكن الأمر من تسوية عادلة مع المستفيد ، كما في مد أجل الخطاب .

ورأي توفيقي بين الرأيين الأنفين هو أن الحاجة اكثر الى ضرورة اخطار العميل في حال خطاب الضمان المشروط كي يتحقق المصرف من تحقق أو تخلف الشرط المنصوص عليه في الخطاب وحتى إذا لم يرد في الخطاب إلا الإشارة الى اسم عقد الاساس محل التعاقد أو نص على أن القيمة من حق المستفيد اذا لم يتم التنفيذ على وجه مرضي فأن هذا لا يبرر للمصرف عدم اخطار العميل اكتفاءً بطلب المستفيد بالوفاء ، لان الاخطار قد يفسح المجال امام الأمر لتبرئة ذمته وذمة المصرف بدليل كتابي ، ووفاء المصرف للمستفيد دون الرجوع إلى الأمر قد يجعله مخطئاً ومتجاوزاً شروط فتح الاعتماد⁽⁹⁰⁾ ، وهذا ما نميل اليه لأن الأمر يكون ادري وأعرف من غيره فيما إذا كان الغرض من فتح الخطاب تحقق ، وأن بالإمكان تسديد المبلغ إلى المستفيد ، أو العكس وفي كلا الحالتين فأن تدخل الأمر بالموضوع ينقل المسؤولية على عاتقه بدلاً من تحمل المصرف لها سواء بمواجهة المستفيد أم بمواجهة الأمر . ونرى أن ما ذهبنا اليه لا يتقاطع مع احكام قانون التجارة العراقي الذي لم يجز دفع مبلغ الضمان لغير الغرض المحدد له كما عرفنا إلا أن ذلك قد

يجد تصادماً مع أحكام قانون التجارة المصري الذي يلزم وحسب حكم المادة (1/355) منه على : " دون الاعتداد بأية معارضته " ، وليس للأمر بفتح الخطاب إلا مراجعة المحكمة المختصة لوقف صرف مبلغ الضمان للمستفيد . وبهذا قضي . "البنك في التزامه بكتاب الضمان انما يلتزم بصفته قبل المستفيد لا بوصفه نائباً عن عميله ، فإذا قام البنك بصرف مبلغ الضمان للمستفيد فإنه ليس للعميل أن يتحدى بوجوب اعذاره هو قبل صرف المبلغ المبني في خطاب الضمان " (91) .

ثانياً- علاقة المستفيد بالمصرف :

تشكل هذه العلاقة الاثر المهم للعقد غير المسمى بين الأمر بفتح الاعتماد وبين المصرف و يترتب هذا الاثر التزاماً على عاتق المصرف بدفع مبلغ الضمان المعين عند مطالبة المستفيد ذلك ، وهذا الالتزام مستقل كما بينا ، ومن خلال نص المادة (287) من قانون التجارة العراقي (92) يتبين انه لا بد من تحقق شروط خاصة كي يترتب على عاتق المصرف الالتزام بدفع المبلغ وهذه الشروط:

أ- حصول طلب من المستفيد :

وهذا من الشروط الاساسية التي اشارت إليها صراحة المادة (287) من قانون التجارة العراقي ، فبدون هذا الطلب ليس للمصرف من تلقاء نفسه ارسال مبلغ الضمان للمستفيد أو في حسابه ، فالمطالبة هنا شرط لتحقيق الدين وليس فقط استيفائه ، وبمعنى آخر أن المطالبة هي الشرط الواقف الذي به يتحقق مبلغ خطاب الضمان ، وهذا المطلب غير مشروط بصيغة معينة ، حيث ان نص المادة أنفاً جاءت مطلقة ، إلا أنه لا بد ان يكون الطلب كتابية ، والعمل الجاري في المصارف لنماذج خطابات الضمان لا تتضمن صيغة معينة لهذه المطالبة ، كما لا يشترط لحق المستفيد استحصاله على أمر من القضاء أو الاذن له بقبض مبلغ الضمان . وتكون الصيغة الكتابية بأي واسطة متاحة تقليدية أم حديثة كما في الوسائل الالكترونية، ويمكن ان تكون المطالبة من المستفيد مباشرة او من وكيله او من يقوم مقامه قانوناً . كما أن قانون التجارة العراقي وكذلك التجارة المصري لم يتضمن نصوصاً تلزم المستفيد اتباع شكل معين للمطالبة يلتزم بها الأخير من حيث الصياغة واللفظ أو استعمال تعبيرات محددة ، فأى صيغة أو أية عبارات يستخدمها المستفيد تفيد معنى المطالبة بمبلغ الضمان تكفي لترتيب التزام على المصرف بالوفاء بالتزاماته . وهذا يمكن استقاداته من المبادئ العامة في القانون وقواعد التفسير لان العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا الفاظ والمباني كما أن الامور بمقاصدها وغير ذلك من قواعد يمكن من خلالها الوصول الى نية المستفيد .

ب- ارتباط المطالبة بالغرض المحدد في الخطاب .

اوجب المشرع العراقي على خلاف المشرع المصري ، أن يكون غرض خطاب الضمان محدداً .

ت- ان تكون المطالبة موجهة الى المصرف مصدر الخطاب

الاصل توجيه المطالبة بوفاء مبلغ خطاب الضمان إلى المصرف المصدر للخطاب ، إلا أنه قد يكون للمصرف مصدر الخطاب أكثر من فرع فأن المادة (291/ثانياً) من قانون التجارة العراقي⁽⁹³⁾ ، او جبت ان تكون المطالبة الى الفرع الذي اصدر الخطاب ، ومعنى هذا ان تقديم الطلب لفرع آخر للمصرف غير الفرع مصدر الخطاب او الى الفرع الرئيسي فأن مثل هذا الطلب لا يعتد به ، وهذا نص مستحدث في قانون التجارة النافذ ولم يكن له مقابل في قانون التجارة الملغي رقم 149 لسنة 970 ، الذي لم يشترط مثل هذا الشرط على الرغم من ان وسائل الاتصال المتاحة في الفترة التي كان فيها القانون الملغي نافذاً هي اقل مما متاح للمصرف وفروعه من وسائل اتصال في الوقت الحالي، ونرى أن مثل هذا النص لا ينسجم مع حالة التطور الحاصل والسرعة التي لها العمليات المصرفية ونرى اعادة النظر بنص المذكور .

ت- حصول المطالبة ووصولها للمصرف خلال المدة المعينة

نصت المادة (291/اولاً) من قانون التجارة على : " تبرء ذمة المصرف اتجاه المستفيد اذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع إلا إذا اتفق صراحة قبل انتهاء المدة على تجديدها"⁽⁹⁴⁾ . ومن النص المذكور يتبين انه اذا حصلت المطالبة ضمن المدة المعينة فأن الالتزام يترتب على عاتق المصرف قبل المستفيد ، شريطة وصول هذه المطالبة ضمن المدة القانونية ، وهذا يعني أن تحصل المطالبة ووصول علم بالمطالبة للمصرف خلال المدة المعينة ، والنص المذكور ليس من النصوص المتعلقة بالنظام العام ، اذ يجوز اتفاق الاطراف على تجديد المدة قبل انتهائها، كما يجوز الاتفاق ابتداءً أن تكون المدة مجددة تلقائياً إذا لم يطلب المستفيد دفع المبلغ خلال المدة الاصلية . وبهذا قضي : " ... وجد أنه صحيح وموافق للقانون ذلك لأن خطاب الضمان تعهد في المصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه (الأمـر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر -المستفيد- دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ومحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله وذلك على وفق ما تقضي به احكام المادة (287) من قانون التجارة وأن مدة خطاب الضمان لا تتجدد إلا اذا اتفق صراحة قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها كما تقضي بذلك احكام المادة (291/اولاً) من القانون المذكور فأن مدة خطاب الضمان لا تتجدد إلا باتفاق اطراف خطاب الضمان على تجديد هذه المدة ... " ⁽⁹⁵⁾ .

عرفنا فيما سبق ان من خصائص التزام المصرف قبل المستفيد انه التزام اصلي ومستقل، وقد استقر الاجتهاد القضائي العراقي والاجتهاد القضائي المصري على ذلك ويترتب على استقلال التزام المصرف نتائج هي التي :

- أ- عدم أحقية المصرف التمسك بالمقاصة في مواجهة المستفيد بدين للمصرف في ذمة المستفيد .
- ب- ليس للمصرف التمسك بعلاقة المستفيد بالأمـر بفتح الحساب ، فهو أجنبي عن مثل هذه العلاقة ، وأجنبي عن مصدر التزام الأمر الذي فتح الحساب من أجله .
- ت- لا يتأثر المصرف بأي طارئ يحصل على العلاقة بين الأمر بفتح الحساب وبين المستفيد .

ث- ليس للمصرف التمسك بأي دفع ليس في اشعار خطاب الضمان وله فضلاً عما نشأ جراء الاخطار من علاقة بين المستفيد والمصرف كالغلط في شخصية المستفيد وغير ذلك من وقوع التي تتمثل بوقوع المصرف في ما يغيب الارادة (96).

الفرع الثاني

التزام المصرف الحفاظ على السرية .

من الالتزامات التي تترتب على عاتق المصرف هي السرية المصرفية ، اذ يلتزم المصرف الحفاظ على سرية المعلومة التي تحيط بزبائنه سواء من حيث المركز المالي ، او العمليات المصرفية التي يقوم بها ومنها معرفة نشاطه التجاري ، وكان هذا الالتزام حتى بدايات الالفية الثالثة من المبادئ الصارمة التي تحرص المصارف عليها لا بل كانت ميداناً للتنافس بين المصارف في مدى حفاظها على السرية ، إلا انه وبعد احداث ايلول سنة 2000 ، خرق هذا الالتزام من المؤسسات المصرفية بفعل تشريعات صدرت تحت عناوين مختلفة تظلها لافقة مكافحة الارهاب والحد من انتقال رؤوس الاموال لتمويل الارهاب ولحد من العمليات غير المشروعة ، كالإتجار بالأعضاء البشرية .

ان المعلومات الكثيرة التي تتوافر لدى المصرف سواء عن زبائنه او عن المتعاملين معه والتي يحصل عليها من خلال العمليات المصرفية التي يجريها لزبائنه تعطي صورة عن نشاط هؤلاء ومركزهم المالي ونقاط القوة فيه والضعف ، اما غير المتعاملين فيحصل المصرف على المعلومات عنهم من خلال ما يرده من معلومات من المصارف الأخرى أو من مصادر الاستعلام الخاصة التي يملكها او من مصادر الائتمان ، كل ذلك يدفع اشخاص اللجوء الى المصرف وفي ظروف مختلفة للحصول على معلومات عن الزبائن لمعرفة مركزهم المالي او سلوك الزبون لتحديد موقفهم بشأن التعاقد معه ، مما يشار ان قانون مكافحة غسيل الاموال رقم (93) لسنة 2004 ، جاء بإحكام يمكن عدها خرق لمبدأ السرية تحت عنوان مكافحة غسيل الاموال .

المبحث الثالث

احكام خطاب الضمان قبل الغير

والغير هنا هو من لم يكن طرفاً أو ممثلاً في خطاب الضمان . ولو رجعنا إلى مفهوم الغير في أي تصرف قانوني نجد أنه : أما خلف خاص كالمشتري والمرتهن والموصي له بعين معينة ، و الدائن الحاجز ، ولا يعد من الغير الخلف العام والدائنين ، والغير بالنسبة لثبوت التاريخ في خطاب الضمان أضيق مدى من الغير بالنسبة لمضمون الخطاب ، حيث يعد هذا الاخير كل شخص يسري بحقه التصرف القانوني الذي كان سبباً في فتح خطاب الضمان ومن ثم يصح ان يحتج عليه بذلك كدليل على صحة التصرف وهو بوجه عام يشمل الخلف العام -الوارث والموصي له بجزء من التركة- والخلف الخاص ، وهو من تلقى حقاً خاصاً من سلفه - مال معين بالذات كالمشتري بالنسبة للبائع - وجانب من الفقه يرى : "أن دائني المدين المفلس هم أيضاً من الغير " (97) .

والغير هنا لا يكتسب حقاً إلا بعد أن يكون خطاب الضمان بحيازة المستفيد ومتى ما تحقق ذلك ترتب للغير حقاً فيه ، وهذا غالباً ما يكون في حجز خطاب الضمان أو حجز غطاءه ، لذا سنتناول مدى امكانية حجز قيمة خطاب الضمان ، والثاني لحجز غطاء خطاب الضمان، والثالث سيكون لانقضاء خطاب الضمان، كل في مطلب :

المطلب الاول

حجز قيمة خطاب الضمان

يشترط لا مكانية ايقاع الحجز على قيمة خطاب الضمان ، أن يكون مملوكاً للمطلوب الحجز ضده ، فعلى وفق حكم المادة (231) من قانون المرافعات المدنية فإن: " لكل دائن بيده سند رسمي أو عادي بدين معلوم مستحق الاداء وغير مقيد بشرط ، أن يستصدر امراً من المحكمة بتوقيع الحجز الاحتياطي على اموال المدين المنقولة والعقارية الموجودة لديه أو لدى شخص ثالث ما يكفي لوفاء الدين وملحقاته ."

وهذا بداهة لان الشخص يضمن تنفيذ التزاماته بأمواله المملوكة له وليس بأموال الغير .

وعرفنا أن خطاب الضمان هو تعهد من المصرف للمستفيد بدفع مبلغ معين خلال فترة محدودة ، والتزام المصرف مجرد ومباشر لا علاقة له بالتزام الأمر بفتح الخطاب فهو يعني مسؤولية المصرف المباشرة بالوفاء للمستفيد ، فهو إنما يقوم بدفع مبالغ مملوكة له وليس اموال مودعة لديه لحساب المستفيد أو لحساب الأمر بفتح الضمان . وهذا يوحي : أنه ليس للغير حجز قيمة خطاب الضمان لدى المصرف ما دامت بحوزة المصرف ولم تطلب من المستفيد .

في حين يذهب رأي: إلى أن للأمر بفتح الخطاب أن يلجأ الى القضاء للحجز على قيمة الخطاب ، وربما يفصل القضاء في اساس النزاع من الناحية الموضوعية وبالتالي فإن اثر الحجز هو مجرد تجميد لقيمتة لحين الفصل في النزاع ، ويضيف هذا الرأي أن بقاء المبلغ حر وغير محجوز اضرار بالعدالة إذا اتضح سوء نية وغش رب العمل - المستفيد - ولكنه يعد ذلك امراً استثنائياً بحيث يشترط لتوقيع الحجز ، أن يكون حق العميل ضد المستفيد حقاً مؤكداً ، وعلى القاضي ان لا يسمح بها إلا بعد فحص دقيق في الطلب وإلا انتهت وظيفة خطاب الضمان⁽⁹⁸⁾.

والذي نرجحه أن قيمة الخطاب غير قابلة للحجز ، لو طلب ذلك دائن للمستفيد ، لأن قيمة الخطاب لا تدخل في ذمة المستفيد حتى يعلن الأخير رغبته بسحب هذه القيمة ، وأن الفصيل في ذلك هو القضاء.

كما ان دائني المستفيد كونهم من الغير ليس لهم الحجز على قيمة الخطاب لأنه ليس حقاً للمستفيد، فهو تعهد من المصرف لصالح المستفيد ، وأن قيمة الخطاب مملوكة للمصرف، وليس للمستفيد الذي ليس له إلا الحق في مطالبة المصرف الوفاء بالقيمة خلال المدة المحددة ، وبعد هذه المرحلة عندما يكون المبلغ حقاً للمستفيد فإن الحجز عليه ممكناً⁽⁹⁹⁾.

اما اذا حصل المستفيد على قيمة خطاب الضمان من المصرف فان موضوع الحجز على هذه القيمة التي تصبح حقاً له، فإذا ما وقع الحجز على اموال المستفيد فالحجز هنا ليس على مبلغ خطاب الضمان الذي ينتهي وصفه بهذا المصطلح بعد طلب المستفيد ويصبح مالاً مملوكاً للمستفيد⁽¹⁰⁰⁾.

المطلب الثاني

حجز غطاء خطاب الضمان

خطاب الضمان كما عرفنا عملية مصرفية المصارف دون ضمانات تكفي لتغطية التزامات الزبون والذي هو هنا الأمر بفتح الخطاب والغطاء قد يكون عينياً كأوراق مالية أو أوراق تجارية أو على شكل بضائع أو ضمان عقاري أو نقدي ، وأي كانت صورة خطاب الضمان فهو مال مملوك للأمر مقدم للغرض المذكور ، لان المصرف عند عدم دفع قيمة الخطاب للمستفيد بالمادة الضمان للأمر .

عليه فإن لدائني الأمر ايقاع الحجز على الغطاء المقدم من الأمر للمصرف مع مراعاة حق الاخير كدائن في حدود ماله من حق بمواجهة الأمر ، ويعد المصرف بحيازته لهذه الاموال على اختلاف انواعها وفقاً لهذه الاموال وترتب له بموجب حق الرهن اولويه على جميع دائني الأمر له بالحجز سواء أكان الحجز تأميناً أم حيازياً .

كما أن دائني المستفيد ليس لهم الحجز على غطاء خطاب الضمان المقدم من الأمر خلال فترة سريان خطاب الضمان ، لان مبلغ خطاب الضمان يبقى على ملك الأمر حتى يتم تسويه الأمر وتقدم المستفيد بطلب الحصول على ذلك ، وهذا الاتجاه يستند على مبدأ استقلال حق المستفيد قبل المصرف كما هو استقلال التزام المصرف عن التزام الأمر بفتح الخطاب (101) .

أن خطاب الضمان يبدو محدود التأثير بمواجهة الغير ولا ينتقل الحق الثابت به إلى الغير، كما لا يمكن الحجز على قيمته سواء قبل تنفيذه ، اما الغطاء لدائني الأمر بفتح الخطاب ذلك كونه مملوكاً للأخير (102) .

وقبل الفراغ من الموضوع نرى المرور على موضوع ايقاف سحب مبلغ خطاب الضمان عن طريق اللجوء للقضاء عن طريق الأمر الولائي المنصوص عليه في المواد (151 - 152) من قانون المرافعات المدنية (103) .

اذ قد يحصل خلاف بين الأمر بفتح الحساب وبين المستفيد بشأن تنفيذ الالتزامات الناشئة بين الطرفين والتي كانت السبب في فتح خطاب الضمان ، مما يدفع الأمر بفتح خطاب الضمان إلى المحكمة المختصة ويطلب ايقاف صرف مبلغ خطاب الضمان لحين البت في النزاع الحاصل بين الطرفين من محكمة الموضوع ، وقد ذهب الفقه القضائي العراقي إلى اتجاهين في هذا المجال :

الاول : اجابة طلب الأمر بفتح الحساب بإيقاف صرف خطاب الضمان لنتيجة الدعوى المقامة (104) .

الثاني : ذهب إلى خلاف ما اتجه اليه الأول ، وجاء في القرار : " لأن خطاب الضمان تعهد يصدر من المصرف بناء على طلب احد المتعاملين بدفع مبلغ او قابل للتعين لشخص آخر - المستفيد - دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعنية في الخطاب استناداً لأحكام المادة (287) من قانون التجارة رقم 30 لسنة 984 وأن ايقاف اجراءات صرفه لا يستقيم مع ما ورد بالمادة المذكورة " (105) . وبهذا الاتجاه قضي : " لا يجوز للمصرف أن يرفض الأداء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالأمر أو المستفيد أو إلى علاقة الأمر بالمستفيد ، وإذ لا يجوز اصدار أمر ولائي بعدم التصرف ب خطاب الضمان ووقف صرف مبلغه بحجة تعلقه بدعوى منظورة أمام المحاكم" (106) .

اما القضاء المصري فيذهب الى احقية الأمر بفتح الخطاب اللجوء إلى القضاء ان هو شعر انه غير مدين للمستفيد ففي قرار لمحكمة النقض المصرية جاء فيه : " ... ومن ثم فيكون على المدين عميل البنك ان يبدأ هو بالشكوى امام القضاء اذا قدر انه غير مدين للمستفيد من البنك .. " (107) .

المطلب الثالث

انقضاء خطاب الضمان

خطاب الضمان كما عرفنا تعهد من المصرف للمستفيد بدفع مبلغ معين من النقود لا يمكن أن يبقى إلى ما لا نهاية إذ لابد من ينقضي كأي التزام آخر ، عليه فان خطاب الضمان ينتهي بالوفاء او بدون الوفاء ، أو بما يعادل الوفاء ، أو بانتهاء مدته ، لذا سنتناول ذلك كل في فرع :

الفرع الاول

انقضاء خطاب الضمان بالوفاء

وهذا هو الطريق الطبيعي لانقضاء خطاب الضمان ، إذ أن المصرف وعلى اثر تلقيه طلباً من المستفيد يقوم بدفع مبلغ الخطاب ، وهذا عند حصول الطلب ووصوله إلى المصرف خلال المدة المحددة بالخطاب ، وانطلاقاً من مبدأ استقلال التزام المصرف والذي لا علاقة له بأي علاقة سابقة تربط المستفيد والأمر بفتح الخطاب ، وقد قضي : " ... حيث تأيد للمحكمة أن خطاب الضمان المرقم 441/951 نافذ لغاية يوم 2012/9/30 من خلال ما جاء بلائحة وكيل المدعى عليه المؤرخة 2012/12/20 ومما جاء بعريضة الطعن الاستئنافي الفقرة الثانية منها ان المدعى طلب مصادرة خطاب الضمان المذكور بموجب كتابة المرقم 2235 في 2010/11/17 لذا تكون المطالبة بالمصادرة قد تمت خلال المدة المعينة في الخطاب وقد ثبت اخلال الأمر بالتزاماته العقدية (108). وبهذا قضي : " ولما كان خطاب الضمان تعهداً يصدر من مصرف بناءً على طلب أحد المتعاملين معه - الأمر - بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين لشخص آخر - المستفيد - دون قيد أو شرط إذ طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب على وفق ما نصت به احكام المادة (287) في قانون التجارة رقم 30 لسنة 984 ... " (109) .

ويكون الوفاء للمستفيد أو إلى من يمثله قانوناً ، وبخلاف ذلك فأن الوفاء لغير من هو مخول بالتسلم لا يبرء ذمة المصرف ويبقى التزامه قبل المستفيد حتى الوفاء ، وللمصرف الرجوع على من دفع له المبلغ وتحت أي ادعاء .

وينقضي خطاب الضمان بوفاء مبلغ الخطاب بأكمله أو بجزء منه والغاء الباقي من خطاب الضمان كما في حالة انتهاء الحاجة في الجزء المتبقي من مبلغ الخطاب ، ولا ينقضي خطاب الضمان عند تسليم المستفيد بجزء من مبلغ الخطاب دون اقتران ذلك بإلغاء المتبقي او يبقى التزام المصرف قائماً⁽¹¹⁰⁾ . وقد جاء قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984، خالياً من نص يبيح ذلك مع أن الضرورة والواقع العملي يدعوان لذلك، وقد سدت تعليمات تنفيذ العقود

الحكومية رقم (1) لسنة 2014 ذلك ، ونتفق مع من يرى امكانية تعديل القانون المذكور⁽¹¹¹⁾ . بما يسمح بذلك يمنع الاجتهاد أو حالات رفض المصرف إذا ما جاء طلب الوفاء الجزئي من المستفيد .

والذي نراه أن ما تقدم لا ينصرف إلى حالة سحب العمل من قبل رب العمل ، لأن صلاحية الأخير في سحب العمل إنما تأتي بعد إخلال المستفيد (المقاول) بالتزاماته في العقد الذي هو من ضمن السلطة التقديرية للإدارة طبقاً لما نصت عليه الشروط العامة لمقاولات الأعمال الهندسية المدنية، وفي هذا قضي : " أن ذلك يشكل إخلالاً من جانب المدعي (المستأنف) وبذلك فأن قرار سحب العمل هو سلطة تقديرية لدائرة المدعى عليه (المستأنف عليه) طبقاً لنص المادة (65) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية ، حيث أن سحب العمل قد جاء وفقاً لبنود العقد خصوصاً وأن المدعى عليه (المستأنف) ينذر بضرورة اكمال العمل ، وأن سحب العمل يعد تنفيذاً عينياً ولا يعفي المدعي (المستأنف) من تنفيذ التزاماته وله المطالبة بمستحقاته بعد انتهاء المقاول وتسليم العمل نهائياً وبذلك تكون دعوى المدعي (المستأنف) خالية من سندها القانوني وحرية بالرد ".....⁽¹¹²⁾. كما نرى أن المصرف المصدر لخطاب الضمان لا يستطيع دفع جزء من الخطاب دون اتفاق الأمر والمستفيد على المبلغ وهذا أمر نادر الحدوث في حالات كون الأمر بفتح الخطاب من مؤسسات الدولة ، أو بعد صدور حكم من المحكمة المختصة بتحديد مستحقات المستفيد .

فمتى ما قام المستفيد بتنفيذ التزاماته في العقد وأنجز الأعمال الموكلة له ، وتسلم الأمر (رب العمل) المشروع فأن المستفيد يستحق المبالغ المتبقية وهمولة خطاب الضمان ، وفي هذا قضي : " لأن الثابت من وقائع الدعوى أن المدعي قد نفذ التزاماته الناشئة عن العقد المرقم (....) في (.....) وأنجز الأعمال الموكلة إليه ، وأن المدعى عليه تسلم المشروع موضوع العقد استلاماً أولاً ونهائياً بموجب كتاب لذا فإنه يستحق المبالغ المتبقية بذمة المدعى عليه عن الأعمال المنجزة وحسب الذرعة النهائية وعمولات خطاب الضمان بعد تاريخ وإذ أن محكمة البداية استعانت بخمسة خبراء لاحتساب مستحقات المدعي ورضي المدعي بتقريرهم ، وأن الخبراء السبعة المنتخبين في المرحلة الاستئنافية قدروا مستحقات (المدعي) بمبلغ أكثر من المبلغ المقدر من قبل الخبراء الخمسة وإعمالاً لقاعدة أن الطاعن لا يضار بطعنه لم تأخذ محكمة الاستئناف بتقريرهم وأنها أيدت الحكم الصادر عن محكمة البداية في حكمها المميز لذا يكون حكمها قد جاء تطبيقاً سليماً لأحكام القانون⁽¹¹³⁾.

وليس للمستفيد المطالبة بإعادة مبلغ خطاب الضمان قبل أوانه ، أي ليس للمستفيد المطالبة بإعادة خطاب الضمان قبل قيامه بتنفيذ ما التزم به ، وفي هذا قضي : " وحيث أن الثابت من التحقيقات الجارية خلال المرحلة الابتدائية والاستئنافية والاطلاع على المستندات المبرزة أنه سبق للمدعي وأن تعاقد مع المدعى عليه على قيامه بتجهيز وتبين أنه لم ينفذ كامل التزاماته العقدية حيث ظهر أن أجهزة الثلاثة عاطلة وغي صالحة للعمل ، وتعهّد المدعي بإبدالها بأجهزة جديدة صالحة للعمل مع نصبها وتشغيلها وبعد قبول المدعى عليه الأول بتعهده هذا كلف بتقديم خطاب ضمان جديد بحدود الأجهزة المذكورة بعد أن أعاد المدعى عليه الأول خطاب الضمان الأصلي للمدعي وقام المدعي تبعاً لذلك الاتفاق اصدار خطاب الضمان موضوع الدعوى المرقم، وحيث أن الثابت من

التحقيقات الجارية أن المدعي قام بتجهيز المدعى عليه الأول بأجهزة جديدة وفقاً لتعهد الذي قدمه للمدعى عليه الأول ، إلا أنه لم يتم حتى الآن بأعمال النصب والتشغيل لتلك الأجهزة ، الأمر الذي أدى إلى عدم صدور شهادة الاستلام النهائي بها وبالتالي ليس للمدعي المطالبة بإعادة مبلغ خطاب الضمان المرقم والذي كان الغرض من إصداره هو لضمان تنفيذ المدعي لفقرة تجهيز أجهزة مع نصبها وتشغيلها إلا بعد نصن وتشغيل تلك الأجهزة وانتهاء فترة الصيانة المتعلقة بتلك الأجهزة تبعاً لأحكام المادة (95/ج) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 2 لسنة 2014 ، وبالتالي تكون الدعوى مقامة قبل أوانها ، وحيث أن محكمة البداية كانت قد راعت في حكمها موضوع الطعن الاستثنائي وجهة النظر المتقدمة عليه يكون حكمها صحيحاً وموافقاً للقانون " (114).

الفرع الثاني

انقضاء خطاب الضمان بدون الوفاء

ينقضي خطاب الضمان دون الوفاء بصور متعددة ، نستعرضها كل في فقرة :
 أولاً- عرفنا فيما تقدم أن خطاب الضمان يصدر خلال مدة معينة ، وهذه المدة هي التي تحدد التزام المصرف قبل المستفيد ، فمتى ما انتهى أجل سريان الخطاب دون ورود مطالبة من المستفيد فأن التزام المصرف ينتهي بانتهاء هذه المدة ، فورود طلب من المستفيد بعد انتهاء المدة يكون لا قيمة قانونية له ، ويقوم المصرف بإلغاء الخطاب من سجلاته ، وسواء رد المستفيد أصل خطاب الضمان أم لم يرده إذ أن هذا الأصل يصبح بانتهاء المدة عديم القيمة القانونية ولا يترتب للمستفيد أي فائدة تذكر ومن الأعراف التجارية التي ألتبها اتحاد البنوك التجارية عام 1958 هي انتهاء مفعول خطاب الضمان تلقائياً بانتهاء أجل المنصوص عليه (115) .
 ومما ذكر يتبين أنه لا يحتاج إلى حصول أي إجراء أو مطالبة بإشهار انتهاء الخطاب وإن حصل ذلك فأن الانتهاء لا يتوقف عليه .

ثانياً - قد يعيد المستفيد خطاب الضمان إلى المصرف قبل انتهاء المدة المحددة فيه إذا انقضى الغرض من صدوره ، كما في حال إيفاء الأمر بالتزاماته في علاقته المباشرة مع المستفيد أو زوال الأسباب التي دعت إلى صدور الخطاب .
 وتحصل الإعادة بتسليم خطاب الضمان للمصرف من المستفيد أو ممن يمثله قانوناً ، وعليه ما يشير صراحة إلى نية المستفيد إلى الإعادة ونرى أنه لا يكفي مجرد تسليم الخطاب للمصرف المصدر ، إذ أن للمستفيد أن يثبت أن وصول خطاب الضمان إليه كان ليس على سبيل الإبراء بل لإجراء تعديل أو تجديد موضوعه وفي كل الأحوال فأن محكمة الموضوع هي التي تفصل بمثل هذا النزاع (116) .

ثالثاً- وهناك من يرى أن استحالة التنفيذ تكون سبباً لانقضاء الالتزام على وفق حكم المادة (425) من القانون المدني العراقي ، و كما لو استحال على المصرف المصدر لأي سبب من الأسباب تنفيذ التزاماته قبل المستفيد بدفع قيمة خطاب الضمان وهذه حالة قد تبدو نادرة الوقوع إلا أنها غير مستحيلة كما في حالة تصفية المصرف على وفق قانون الشركات قبل صدور طلب من المستفيد - وهذه الحالة يمكن أن تحصل في حال حصول خسائر المصرف بما يزيد

على 75% من رأسمال المصرف على وفق احكام المادة (147) من قانون الشركات رقم 21 لسنة 1997 المعدل، أما استحالة تنفيذ التزام الأمر بتنفيذ التزامه قبل المستفيد فهذه لا اثر لها لان خطاب الضمان يرتب التزاماً مستقلاً على عاتق المصرف (117).

الفرع الثالث

انقضاء خطاب الضمان بما يعادل الوفاء

لم يتضمن قانون التجارة العراقي نص يشير إلى انقضاء خطاب الضمان بما يقابل الوفاء ، الأمر الذي يوجب الرجوع إلى أحكام القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 حسب ما نصت عليه المادة (4/ثانياً) ، وحيث أن الالتزام يمكن أن ينتهي بما يقابل الوفاء ، كما في حالة التجديد ، والانباء بالوفاء ، والمقاصة ، واتحاد الذمة (المواد 399-419) من القانون المذكور. والذي يهمننا هنا ، حالة انتهاء الخطاب بالمقاصة بين المصرف والمستفيد، كما لو كان الأخير مديناً للمصرف وتوافرت شروط المقاصة ، وقد أثير حول الموضوع جدل بين فقهاء القانون التجاري يتمحور في مدى إمكانية المصرف التمسك بالمقاصة عند توافر شروطها ، حيث انقسموا على اتجاهين :

الأول - يعطي الحق للمصرف بصفته دائناً للمستفيد التمسك بالمقاصة إذا ما انتقلت قيمة خطاب الضمان إلى ملكية المستفيد، وليس له التمسك بالمقاصة قبل ذلك (118).

الثاني - يرى عدم إمكانية المصرف التمسك بالمقاصة بمواجهة أي من طرفي الخطاب ، الأمر بفتح الخطاب والمستفيد . وهذا ناتج عن استقلال التزام المصرف بمواجهة المستفيد (119) .

وإلى هذا اتجهت محكمة التمييز ، ففي قرار لها : " أن خطاب الضمان تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه (الأمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ، وأنه لا يجوز للمصرف أن يرفض الاداء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالأمر أو المستفيد أو إلى علاقة الأمر بالمستفيد استناداً لأحكام المادتين (287 و290) من قانون التجارة ولما كانت مطالبة

المدعي إضافة إلى وظيفته بمبلغ الضمان خلال مدة سريانه فليس للمدعي عليه اضافة لوظيفته أن يرفض الأداء للمستفيد (المدعي) ، ويكون لدعوى المدعي سند من القانون " (120).

والذي نميل إليه أنه من المنطقي عدم إمكانية المصرف التمسك بالمقاصة بمواجهة الأمر بفتح الخطاب وهذا ما نصت عليه المادة (290) من قانون التجارة ، لكن هذا محل نقاش في العلاقة بين المصرف والمستفيد ، إذ يمكن تصور تحقق شروط المقاصة ، قبل انتقال قيمة خطاب الضمان للمستفيد ، كما يمكن أن يكون تحقق هذه الشروط بعد انتقال القيمة للمستفيد ، وكما يأتي :

- 1- تحقق شروط المقاصة قبل انتقال قيمة الخطاب للمستفيد، أي أن المستفيد وقت صدور خطاب الضمان كان مشغول الذمة قبل المصرف، ولو كان المستفيد غير راغب بإجراء المقاصة لكان طلب من الأمر تحديد مصرف آخر غير المصرف الدائن له.
 - 2- تحقق شروط المقاصة بعد انتقال قيمة خطاب الضمان للمستفيد، فلو كان المستفيد غير راغب بإجراء المقاصة لكان قد تأخر في طلب الوفاء بقيمة الخطاب، وله طريق يحفظ حقوقه.
- فضلاً أن القول بذلك يوفر الحماية للمستفيد على حساب مصلحة المصرف.
- ونرى أيضاً أن ما ورد في المادة (4) من قانون التجارة العراقي بالإحالة إلى أحكام القانون المدني عند شغور نص في قانون التجارة يعالج الحالة المعروضة، أصبح لا ينسجم مع التطورات الحاصلة في ميدان التجارة والاعراف المتبعة، لأن أحكام القانون المدني قد تكون في الكثير من أحكامها عاجزة عن معالجة ما يحصل في التجارة سواء الداخلية أو الدولية، وأن ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة (2/355) من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، التي نصت على: "2- يسري فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف في هذا الفرع القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية في شأن خطاب الضمان".

الفرع الرابع

انقضاء خطاب الضمان بانتهاء مدته

بينما فيما سبق أن خطاب الضمان يرتب للمستفيد حقاً زمنياً، ويلقي على عاتق المصرف المصدر التزاماً للزمن المحدد، يلتزم خلالها المصرف المصدر للخطاب قبل المستفيد، يستطيع المستفيد خلالها مطالبة المصرف بالوفاء بالتزامه، وتبرأ ذمته بعد انتهاء تلك المدة، وهذا ما أشارت إليه المادتين (287 و291) من قانون التجارة⁽¹²¹⁾، والتعامل الجاري أن المصرف يدون في وثيقة الخطاب ما يفيد عدم التزامه إزاء المستفيد إذا جاءت المطالبة بعد انتهاء الأجل. لا بل أنه يكون مسؤولاً قبل الأمر إذا ما قام بدفع قيمة الخطاب للمستفيد، كل ذلك ما لم يتم الاتفاق صراحة على تجديد المدة وإلا هذا قضي: "..... ذلك لأن الشركة المدعية قدمت عرضها الخاص بالمناقصة المرقمة موضوع الدعوى لتجهيز المدعى عليه بمادة العدس المجروش بتاريخ 2009/5/3 وأرفقت بالعرض خطاب الضمان بمبلغ مائة وعشرين ألف دولار أمريكي وأن شروط المناقصة المبرزة وفي الفقرة (3) منها نصت على أن العرض يبقى سارياً لمدة عشرين يوماً اعتباراً من تاريخ غلق المناقصة الموافق 2009/5/3 ولما كانت المناقصة قد أحييت على الشركة المدعية بتاريخ 2009/6/15 وفق ما ورد بالكتاب المرقم والمؤرخ 2009/6/15 فأنها تكون قد أحييت بعد انتهاء مدة نفاذ العرض البالغة عشرين يوماً ... مما يكون للمدعية الحق في عدم التعاقد وبالتالي فليس للمدعى عليه

الحق بمصادرة خطاب الضمان، وحيث تأيد مصادرة المدعى عليه لمبلغ خطاب الضمان ...فأن لمطالبة الشركة المدعية سند في القانون " (122).

ونرى أن أحكام قانون المرافعات المدنية كقانون إجرائي يرجع إليه في حال غياب النص بحكم المادة (1) منه، هي المطبقة في احتساب المدة وانتهائها، فقد نصت المادة (25) منه على : " 1- تحسب المدد المحددة بالشهور من يوم ابتدائها إلى اليوم الذي يقابلها من الشهور التالية ، ولا يدخل اليوم والساعة اللذان يكونان مبدأ للمدة في حسابها، أما اليوم والساعة اللذان تنتهي بهما المدة فيدخلان في حسابها . 2- وإذا انتهت المدة في يوم عطلة رسمية تمدد إلى أول يوم يليه من أيام العمل "

لم يتضمن قانون التجارة العراقي ، امكانية صدور خطاب ضمان دون تحديد مدة لالتزام المصرف .

الخاتمة

بعد أن استعرضنا الموضوع ، في أدناه النتائج التي خرجنا بها :

- 1- على خلاف التصرفات القانونية فإن خطاب الضمان فيه ثلاثة أطراف هم الأمر بفتح الخطاب ، والمستفيد من الخطاب ، والمصرف - عراقياً كان أو أجنبياً - .
- 2- ينشأ خطاب الضمان علاقة أصلية ومستقلة على عاتق المصرف ، لا تتأثر بأي طارئ يحصل بعد إصدار خطاب الضمان ، وهذا انعكاس لصفة استقلالية خطاب الضمان .
- 3- خطاب الضمان محدد بفترة يعلن خلالها المستفيد ، ولم يتضمن قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 ما يشير إلى امكانية صدور خطاب ضمان دون تحديد مدة كما فعل المشرع المصري ، وفي ذلك نقص يمكن تداركه بالنص على أن خطاب الضمان يبطل في حال عدم المطالبة بقيمته خلال مدة معينة ، لأن مصدر التزام الأمر بفتح الخطاب وبين المستفيد هي ارادة كل منهما .
- 4- ينقضي خطاب الضمان بالوفاء أو بدونه ، كما في انقضاء المدة دون ورود طلب من المستفيد.
- 5- خطاب الضمان يمكن أن يأخذ عدة صور حسب الغرض الذي صدر من أجله ، وهو غرض محدد ، ليس للمستفيد المطالبة بقيمة الخطاب لغرض آخر.
- 6- لم يتضمن قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984 نصاً صريحاً يسمح للمستفيد المطالبة بجزء من قيمة خطاب الضمان ، وهذا نقص سدته تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2014 .

المقترحات

- 1- نقترح تعديل نص المادة (287) من قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984 ، وجعل النص الحالي فقرة (أولاً) ، وإضافة فقرة جديدة يكون تسلسلها ثانياً ، وكالاتي :
م/ 287/ ثانياً – إذا لم تحدد مدة لمطالبة المستفيد بمبلغ خطاب الضمان يكون الخطاب ملغياً إذا لم تحصل المطالبة خلال ستة أشهر من تاريخ إشعار المستفيد بإصدار الخطاب .
- 2- نقترح تعديل نص المادة (291/ ثانياً) من قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984 وجعل نصها الآتي :
م/ 291/ ثانياً – إذا كان للمصرف أكثر من فرع فيمكن توجيه المطالبة إلى أي فرع .
- 3- نقترح تعديل نص المادة (292) من قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984، وجعل نصها الآتي :
م/ 292- إذا أوفى المصرف للمستفيد المبلغ المتفق عليه أو جزء منه حل محله في الرجوع على الأمر بمقدار المبلغ الذي أوفاه .

الهوامش:

- (1) لم يتناول المشرع اللبناني خطاب الضمان تاركاً تنظيم احكامه للأعراف المصرفية .
- (2) نشر القانون في جريدة الوقائع العراقية العدد 2987 بتاريخ 984/4/2 .
- (3) هو القانون رقم 17 لسنة 1999، منشور على الموقع www.f-netLaw threads-665.
- (4) ويرى جانب من الفقه أنه في التجارة الدولية ، يصدر هذا الضمان من مصرف باعتباره الصورة الغالبة من صور الاعتماد ، إلا أنه لا مانع من صدوره من غير بنك أي من فرد أو شخص معنوي كالشركة الأم أو شركة قابضة تصدره لضمان شركة وليدة . د. عبد الحميد الشـ واري ، عمليات البنوك في ضوء الفقه – القضاء- التشريع وصيغ العقود والدعاوى التجارية وفقاً لقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، دار الكتب والدراسات العربية ، الاذاريطة الاسكندرية مصر ، 2017، ص 363.
- (5) أ. د. أكرم يا ملكي ، القانون التجاري ، دراسة مقارنة في الاعمال التجارية والتاجر والعقود التجارية والعمليات المصرفية والبيع الدولية ، ط 1 ، اثرء للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، 2012 ، ص 346 .
- (6) القاضي موفق علي العبدلي ، آثار خطاب الضمان ، دراسة تحليلية لخطاب الضمان من الوجهة القانونية وتطبيقاته القضائية ، مكتبة صلاح ، بغداد ، العراق ، 2010 ، ص 9 و 10 والهوامش المشار اليها .
- (7) د. علي البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، 1996 ، ص 397 .
- (8) د. الياس ناصيف ، العقود المصرفية ، المجلد الثاني ، التحويل المصرفي ، الحساب المشترك ، الكفالة المصرفية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 284 ، ص 285 .
- (9) د. مصطفى كمال طه و د. علي البارودي ، القانون التجاري ، الاوراق التجارية ، الافلاس ، العقود التجارية ، عمليات البنوك ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2001 ، ص 651 .
- (10) د. نبيل ابراهيم سعد ، نحو قانون خاص للانتمان - الانتمان بوجه عام – عناصر الانتمان محاولة لتأصيل قانوني لفكرة الانتمان دراسة تحليلية مقارنة ، دار الجامعة الجديدة، الاذاريطة الاسكندرية مصر، 2017، ص 41 وما بعدها .
- (11) يستبعد التلازم بين دين الضامن تجاه المدين وأي دين مترتب لمصلحة هذا الأخير . جورج فيدركر ر ومجموعة ، القانون المدني الفرنسي بالعربية ، منشورات دالوز الطبعة الثامنة بعد المئة بالعربية 2009 ، ص 2068.

- (12) د. نبيل ابراهيم سعد ، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص في نطاق الالتزامات في نطاق قانون الاموال دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الازاري طية الاسكندرية مصر ، ص 130 .
- (13) قرار محكمة التمييز العدد 1524/ح/ 1967 وتاريخ 1968/4/20 ، منشور لدى د. عبد جمعة موسى الربيعي ، الأحكام القانونية العامة للاعتمادات المستنديّة وخطابات الضمان ، دراسة قانونية على وفق أحكام قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 والأعراف الموحدة للاعتمادات المستنديّة رقم UCP 600 لسنة 2007 ، 2017 ، ص 248.
- (14) قرار محكمة استئناف بغداد /الكرخ بصفتها التمييزية ، العدد 426/حقوقية /2018 ولا وتاريخ 2018/9/30 ، منشور لدى محمد على محمود نديم ، منازعات العقود الحكومية والاستثمارية والتجارية في تطبيقات القضاء بداءة واستئنافاً وتميزاً ج2، مكتبة القانون المقارن، بغداد العراق ، 2021، ص 156.
- (15) د. عبد جمعة موسى الربيعي ، الاحكام القانونية للاعتمادات المستند به والكفالات المصرفية ، مطبعة الزمان ، بغداد ، العراق ، 2008 ، ص 129 .
- (16) د. بسام حمد الطراونة ود. باسم محمد ملحم ، الاوراق التجارية والعمليات المصرفية ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان الاردن ، 2010، ص 443. ود. سالم محمد عبود ، الاعتمادات المستنديّة وخطاب الضمان ط1، دار الدكتور للعلوم الإدارية والاقتصادية، شارع المتنبي بغداد العراق ، 2017، ص 160.
- (17) د. سليمان رمضان محمد عمر ، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية ودراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ، 2009 ، ص 322 .
- (18) الياس ناصيف ، مرجع سابق ، ص 336 . ود. عبد الحميد الشـ واري ، عمليات البنوك، مرجع سابق ، ص 365.
- (19) ينظر : القاضي موفق علي العبدلي ، مرجع سابق ، ص 12 ، و د. سليمان رمضان محمد عمر ، مرجع سابق ، ص 59 .
- (20) المرجع السابق ، ص 13 وما بعدها . وسليمان رمضان محمد عمر ، المصدر السابق ، ص 48 وما بعدها .
- (21) المادة (8) من قانون الكمارك رقم 23 لسنة 1984 المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد 2985 وتاريخ 1984/3/19 ، قانون التعريف الكماركية رقم (22) لسنة 2010 المنشور بـ جزئيه الاول والثاني في جريدة الوقائع العراقية العدد 4170 وتاريخ 2010/12/6 م .
- (22) جانب من الفقه يقسم خطاب الضمان إلى ثلاثة أنواع حسب الشائع كما يراه، وهي خطاب الضمان الابتدائي لضمان جدية الدخول في المناقصات ، وخطاب الضمان النهائي لضمان جدية الاعمال ، خطاب ضمان الدفعة المقدمة (خطاب ضمان تمويلي) في المعاملات التجارية التي يحتاج تنفيذها إلى امكانيات مالية كبيرة . أنظر د. سالم محمد عبود ، الاعتمادات المستنديّة وخطاب الضمان ، مرجع سابق والتقسيمات الأخرى والاسس التي تعتمدها تلك التقسيمات ، ص 169 وما بعدها .
- (23) (أوقف العمل بالقانون ضمنا بأمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (74) لسنة 2004 ، القانون المؤقت لأسواق الاوراق المالية ، المنشور في الوقائع العراقية العدد 3983 في حزيران 2004، والتنويه الى ان الوسيط بموجب الأمر انفا يجب ان يكون شركة مجازة بذلك ، الا انه للأشخاص الطبيعة المجازة في ظل قانون سوق بغداد للأوراق المالية بممارسة العمل واطلق على ذلك بالصلاحيّة المؤقتة .
- (24) أنيس تيسران مارتان وجماعته ، القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز 2009 الثامنة بعد المئة ، من منشورات جامعة القديس يوسف في بيروت ، ص 2028. وميشال سجعان ، القانون المدني الفرنسي – عربي- اصدارات صادر ، بيروت لبنان ، 2020، ص 567. والقاضي د. الياس ناصيف، العقود المصرفية، مرجع سابق ، ص 255.
- (25) د. مصطفى كمال طه و د. علي البارودي ، مرجع سابق ، ص 652 .
- (26) د. عبد جمعة موسى الربيعي ، الاحكام القانونية للاعتمادات المستند به والكفالات المصرفية ، مرجع سابق ، ص 136 .
- (27) القاضي موفق علي العبدلي ، مرجع سابق ، ص 41 والهامش المشار اليه .
- (28) تقابلها المادة (772) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 948 .
- (29) القاضي موفق علي العبدلي ، مرجع سابق، ص 42 .
- (30) قرار محكمة التمييز اعدد 324/هيئة عامة اولى /1976 وتاريخ 977/3/19 ، منشور لدى ابراهيم المشـ اهدي ، المبادئ القانونية في قضاء لمحكمة التمييز ، القسم التجاري ، مطبعة الجاحظ ، بغداد ، العراق ، بدون سنة طبع ، ص 26 .
- (31) قرار محكمة النقض المصرية العدد 294 السنة القضائية 35 ، جلسة 1919/5/27 منشور في د. محمد ضيري وسمير الاميني ، الاعتمادات البنكية وخطاب الضمان طبقاً لقانون التجارة الجديد ، ط 1 ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، مصر ، 2011 ، ص 104 .

- (32) تناول القانون المدني العراقي الانابة بالوفاء في المواد (405 ، 406 ، 407) منه ، يقابلها المواد (359 ، 360 ، 361) في القانون المدني المصري .
- (33) تقابلها المادة (359) من القانون المدني المصري.
- (34) المادة (408) من القانون المدني ، تقابلها المادة (362) في القانون المدني المصري .
- (35) ينظر : عبد الرزاق صالح ، خطاب الضمان و احكامه القانونية وتطبيقاته القضائية ، نشر وتوزيع مكتبة صباح ، بغداد ، العراق و 20154 ، ص 27 وما بعدها .
- (36) د، سليمان رمضان محمد عمر ، مرجع سابق ، ص 329 والهامش المشار اليه فيه .
- (37) تقابلها المادة (154) في القانون المدني المصري .
- (38) تقابلها المادة (1/155) في القانون المدني المصري .
- (39) د. سليمان رمضان محمد عمر ، مرجع سابق ، ص 337 وما بعدها .
- (40) د. ثروت علي عبد الرحيم ، القانون التجاري المطول ص 970 ، ود. علي جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، 1991 ، ص 130 ، سليمان رمضان محمد عمر ، مرجع سابق ، ص 339 .
- (40) القاضي عبد الرزاق محسن صالح ، مرجع سابق ، ص 30.
- (41) تناول المشرع المصري الارادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام في مادة واحدة هي المادة (162).
- (42) القاضي عبد الرزاق محسن صالح ، مرجع سابق ، ص 30 والهوامش المشار اليها فيها .
- (43) د. محمد السيد الفقي ، القانون التجاري ، الاوراق التجارية ، الافلاس العقود التجارية ، عمليات البنوك . منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2003 ، ص 714 و د. عبد الحميد الشـ واري ، عمليات البنوك، مرجع سابق ، ص 378.
- (44) تقابلها المادة (355) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 .
- (45) أ. د. عزيز العكـ يلي ، الوسيط في شرح القانون التجاري / ج 1 ، الاوراق التجارية وعمليات البنوك ط 1 ، الاصدار الرابع ، دار التضامن للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن، دون سنة طبع ، ص 447 .
- (46) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد 623/ استئنافية منقول/2011 وتاريخ 2011/4/13 ، منشور في خليل ابراهيم المشـ اهدي ودريد داود سلمان الجنابي ، المبادئ القانونية في قانون التجارة العراقي ج1/ منشورات مكتبة صباح ، 2011 ، ص 41 .
- (47) أ. د. عبد الفضيل محمد أحمد ، الاوراق التجارية وعمليات البنوك طبقاً لإحكام القانون رقم 17 لسنة 1999 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، دون سنة طبع ، ص 490 .
- (49) لا يوجد نص مماثل في القانون المصري لما ورد في القانون العراقي .
- (50) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد 434/ استئنافية/ منقول/2014 وتاريخ 2014/2/27 نقلاً عن عبد الرزاق محسن صالح ، المصدر السابق ، ص 52 .
- (51) حسب نص المادة(37) من قانون البنك المركزي رقم 56 لسنة 2004 ، الصادر عن سلطة الاحتلال ، المنشور في الجريدة الرسمية – الوقائع العراقية العدد 3982 وتاريخ حزيران 2004 ، فإنه يجوز لطرفي العقد أو أي معاملة بما في ذلك أي خطاب أو وثيقة أو ضمان ، الاتفاق على تحديد العملة المستخدمة .
- (52) د. عبد جمعة موسى الربيعي ، الأحكام القانونية العامة للاعتمادات المستندية وخطابات الضمان ، مرجع سابق ، ص 327.
- (53) من خلال زيادة لأحد المصارف في حينه ، والحصول على نماذج مؤشرة بعلامة (بطلال) ، تشير إلى إجراءات الحصول على خطابات الضمان الداخلية . وينظر المرجع السابق ، ص 326.
- (54) أ. د. عزيز العكـ يلي ، الوسيط في شرح القانون التجاري ، ج 2 ، مرجع سابق ، ص 452 .
- (55) نصت المادة (292) من قانون التجارة العراقي : " اذا اوفى المصرف للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان حل محله في الرجوع على الأمر بمقدار المبلغ الذي اوفاه"
- تقابلها المادة (360) من قانون التجارة المصري الذي وجد ان للمصرف الرجوع على الأمر عند دفع المبلغ للمستفيد .
- (56) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد 911/ استئنافية منقول/2010 وتاريخ 2010/8/23 ، خليل ابراهيم المشـ اهدي ودريد داود سلمان الخفاجي ، مرجع سابق ، ص 50 .

- (57) قرار محكمة التمييز العدد 82/موسعة اولى/1986/1985 وتاريخ 1986/3/30 ، ابراهيم المشـ اهدي ، المبادئ القانونية ، مصدر سابق ، ص 26 .
- (58) أ. د. عزيز العكـ يلي ، الوسيط ، مرجع سابق ، ص 47 .
- (59) المرجع السابق ، ص 461 . ود. سميحة القليوبي ، الأسس القانونية لعمليات البنوك ، خطاب الضمان ، ط2، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر، 2002، ص 178
- (60) تقابلها المادة (356) من قانون التجارة المصري اذ نصت على: "يجوز للمصرف ان يطلب تأميناً مقابل اصدار خطاب الضمان ، ويكون هذا التأمين نقداً أو صكوكاً أو بضائع أو تنازلاً من الأمر عن حقه قبل المستفيد" .
- (61) أ. د. أكرم يا ملكي ، القانون التجاري ، مرجع سابق ، ص 351 .
- (62) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، ج 1 ، دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، 1952 ، ص 225 .
- (63) تقابلها المادة (97) من القانون المدني المصري. و انظر : موفق علي العبدلي ، مرجع سابق ، ص 62 .
- (64) أ. د. أكرم يا ملكي ، القانون التجاري مرجع سابق ، ص 350 .
- (65) المادة (289) من قانون التجارة العراقي يقابلها المادة (357) في قانون التجارة المصري . وأنظر : أ. د. عزيز العكيلي ، مرجع سابق ، ص 458 .
- (66) د. علي البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجارية ، مرجع سابق ، ص 398 .
- (67) القاضي موفق على العبدلي ، مرجع سابق ، ص 66 .
- (68) قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية / الهيئة الاستئنافية الثانية العدد 1036 / س 2 / 2013 نقلاً عن عبد الرزاق محسن صالح ، مرجع سابق ، ص 39 .
- (69) د. سميحة القليوبي ، الاسس القانونية لعمليات البنوك ، مرجع سابق، ص 131.
- (70) المحامي معتصم سويلم نصير ، الاحكام القانونية للمعاملات المصرفية ، دار الرأي للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، 2004 ، ص 254 .
- (71) د. محي الدين اسماعيل علم الدين ، خطابات الضمان اصولها العلمية ومشكلاتها العملية ، محاضر الدراسات المصرفية – القاهرة ، 1970 ، نقلاً عن القاضي موفق علي العبدلي ، مرجع سابق ، ص 68 .
- (72) القاضي موفق العبدلي ، مرجع سابق ، ص 67، والهوامش المشار اليها .
- (73) المادة (287) في قانون التجارة العراقي .
- (74) المادة (355) في قانون التجارة المصري .
- (75) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد 966/استئنافية منقول/2009 وتاريخ 2009/9/14 ، منشور لدى خليل ابراهيم المشـ اهدي ودريد داوود سلمان الجنابي ، المبادئ القانونية ، مرجع سابق ، ص 55 .
- (76) يقابلها المادة (1/359) في قانون التجارة المصري .
- (77) قرار محكمة النقض المصرية رقم 1732 سنة 49 ق جلسة 980/12/22 نقلاً عن موفق علي العبدلي ، مرجع سابق ، ص 67 والهوامش المشار اليه فيها .
- (78) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد 1186/استئنافية منقول / 2008 وتاريخ 2008/12/28 ، منشور لدى خليل ابراهيم المشـ اهدي ودريد داوود سلمان الجنابي ، مرجع سابق ، ص 58 .
- (79) قرار محكمة القضاء المصرية الطعن رقم 3806 لسنة 64 ق جلـه 2001/6/19 ، منشور في د. محمد خيرى وسمير الامين ، الاعتمادات البنكية وخطاب الضمان طبقاً لقانون التجارة الجديد ، د، مرجع سابق ، ص 106 .
- (80) القاضي موفق على العبدلي ، آثار خطاب الضمان ، مرجع سابق ، ص 55 وما بعدها .
- (81) د. سميحة القليوبي ، الأسس القانونية لعمليات البنوك خطاب الضمان ط2، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر، 2002، ص 187.
- (82) تقابلها المادة (356) من قانون التجارة المصري .
- (83) ينظر : القاضي عبد الرزاق محسن صالح ، خطاب الضمان ، مرجع سابق ، ص 31 . وأنظر قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد 2499/الهيئة الاستئنافية منقول / 2019 في 2019/8/20 / منشور لدى محمد علي محمود نديم ، منازعات العقود الحكومية

- والاستثمارية والتجارية في تطبيقات القضاء بآء واستئنافاً وتمييزاً ج2، منشورات مكتبة القانون المقارن، بغداد الصالحية العراق 2021، ص157.
- (84) د. سليمان رمضان محمد عمر ، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص 193 .
- (85) قرار محكمة النقض المصرية العدد 277 سند قضائية 43 ، جلسة 976/12/27 منشور لدى د. محمد خيرى وسمير الامين ، الاعتمادات البنكية وخطاب الضمان ، مرجع سابق ، ص 108 .
- (86) أ. د. عبد الفضل محمد أحمد ، الاوراق التجارية وعمليات البنوك ، مرجع سابق ، ص 491 .
- (87) تقابلها المادة (355) من قانون التجارة المصري .
- (88) راغب الحبيشي : خطاب الضمان من الوجهة العملية ، معهد الدراسات المصرفية 1969 ، ص 12 ، نقلاً عن د. سليمان رمضان محمد عمر ، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص 201 .
- (89) محمد علي البريدي ، خطابات الضمان ، معهد الدراسات المصرفية 1962 ، ص 27 ، نقلاً عن المرجع السابق ، ص 202 .
- (90) د. سلمان رمضان محمد عمر ، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص 202 .
- (91) قرار محكمة النقض المصرية العدد 294 السنة القضائية 35 جلسة 1969/5/27 ، منشور في د. محمد خيرى ، وسمير الامين ، الاعتمادات البنكية وخطاب الضمان ، مرجع سابق ، ص 104 .
- (92) تقابلها كما بينا فيما سبق المادة (355) من قانون التجارة المصري .
- (93) لا يوجد نص في القانون المصري مشابه لنص المادة (291/ثانياً) من قانون التجارة العراقي .
- (94) تقابلها المادة (1/359) من قانون التجارة المصري .
- (95) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد 1206/الهيئة الاستئنافية منقول / 2008 وتاريخ 2008/12/24 منشور لدى القاضي موفق علي العبدلي ، آثار خطاب الضمان ، مرجع سابق ، ص 108 .
- (96) د. محمد خيرى وسمير الامين ، الاعتمادات البنكية ، مرجع سابق ، ص 88 .
- (97) انظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ، مرجع سابق ، ص 554 .
- (98) د. سليمان رمضان محمد عمر/النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص 271 .
- (99) القاضي عبد الرزاق محسن صالح ، خطاب الضمان ، مرجع سابق ، ص 42 .
- (100) المرجع السابق ، ص 43 .
- (101) د. سليمان رمضان محمد عمر / النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص 276 .
- (102) القاضي عبد الرزاق محسن صالح ، خطاب الضمان ، مرجع سابق ، ص 43 .
- (103) يقابلها المواد (194 – 200) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968 .
- (104) ويمثل هذا الاتجاه قرار محكمة الاستئناف الرصافة العدد 495 / 496/م/2013 وتاريخ 2013/4/7 نقلاً عن القاضي عبد الرزاق محسن صالح ، خطاب الضمان ، مرجع سابق ، ص 43 .
- (105) قرار محكمة استئناف الرصافة بالعدد 103/م/2014 وتاريخ 2014/2/3 نقلاً عن المرجع السابق ، ص 46 ، وبهذا الاتجاه قرار المحكمة ذاتها العدد 855/م/2013 وتاريخ 2013/7/10 .
- (106) قرار محكمة استئناف بغداد الكرخ بصفتها التمييزية العدد 426/حقوقية/ 2018 في 9/3 / 2018، منشور لدى القاضي محمد علي محمود نديم ، منازعات العقود ، ج2، مرجع سابق ، ص156.
- (107) قرار محكمة النقض المصرية رقم الطعن 5411 لسنة 64 ق جلسة 2001/6/18 نقلاً عن د. محمد وسمير ، الاعتمادات البنكية وخطاب الضمان ، مرجع سابق ، ص 105 .
- (108) قرار محكمة استئناف الرصافة الاتحادية المرقم 629/س/2011 والمؤرخ 2012/5/8 .
- (109) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد 1184/استئنافية منقول/2013 في 2013/5/13 نقلاً عن القاضي عبد الرزاق محسن صالح ، خطاب الضمان ، مرجع سابق ، ص 55 .
- (110) د. سليمان رمضان محمد عمر ، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص 299 .
- (111) ينظر القاضي جبار جمعة اللامي ، شرح أحكام العمليات المصرفية ، مرجع سابق ص 166.
- (112) قرار محكمة استئناف بغداد / الكرخ العدد 694 /س/ 2018 وتاريخ 2018/6/25 ، منشور لدى القاضي محمد علي محمود نديم ، ج2، مرجع سابق ، ص 192 ، وقد صدق القرار المذكور بقرار محكمة التمييز الاتحادية العدد 2186/الهيئة الاستئنافية منقولم2018، منشور في المرجع المشار إليه ، ص191.

- (113) قرار محكمة التمييز الاتحادية العد 3684/3683 / الهيئة الاستئنافية منقول /2019/ وتاريخ 2019/12/16 ، منشور لدى المرجع السابق، ص 180.
- (114) قرار محكمة استئناف بغداد الكرخ العدد 519 /هـ س/1 /2018 وتاريخ 2018 /4/10 ، المصدق بقرار محكمة التمييز الاتحادية العدد 1507 /الهيئة الاستئنافية منقول/ 2018 وتاريخ 2018/5/22 ، منشوران لدى القاضي محمد علي محمود نديم ، ج 2، مرجع سابق ، ص 167-169.
- (115) القاضي جبار جمعة اللامي ، شرح أحكام العمليات المصرفية ، مرجع سابق ، ص 302 .
- (116) المرجع السابق ، ص 304 .
- (117) القاضي عبد الرزاق محسن صالح ، خطاب الضمان ، مرجع سابق ، ص 59 .
- (116) . د. سميحة القليوبي ، الاسس القانونية لعمليات البنوك ، مرجع سابق ، ص 187.
- (117) القاضي موفق علي العبدلي ، أثار خطاب الضمان، مرجع سابق ، ص 126 و 127 والهوامش المشار إليها .
- (118) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد 663 / استئنافية منقول / 2010 وتاريخ 2010/7 /12 ، منشور لدى القاضي جبار جمعة اللامي، القضاء التجاري العراقي، مرجع سابق ، ص 159.
- (119) تقابلها المادة (1/355) من قانون التجارة المصري .

المراجع :

أولاً- الكتب القانونية العربية :

- (1) أ. د. أكرم ياملكي ، القانون التجاري ، دراسة مقارنة في الاعمال التجارية والتاجر والعقود التجارية والعمليات المصرفية والبيوع الدولية ، ط 1 ، اثناء للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، دون سنة طبع.
- (2) الياس ناصيف ، العقود المصرفية ، المجلد الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2014 .
- (3) انطوان جورج سركيس ، السرية المصرفية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2008 .
- (4) د. بسام حمد الطراونة ود. باسم محمد ملحم ، الاوراق التجارية والعمليات المصرفية ط 1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان الاردن ، 2010، ص 443.
- (5) جورج فيدركر ومجموعة من المؤلفين ، القانون المدني الفرنسي بالعربية ، منشورات دالوز الطبعة الثامنة بعد المئة بالعربية 2009 ، جامعة القديس يوسف في بيروت لبنان.
- (6) د. رضا عبيد ، القانون التجاري ، عمليات البنوك ، ط 4 ، شركة النصر ، القاهرة ، 1983.
- (7) د. سالم محمد عبود ، الاعتمادات المسد تندية وخطاب الضمان ط 1، دار الدكتور للعلوم الإدارية والاقتصادية، شارع المتنبي بغداد العراق ، 2017.
- (8) د. سليمان رمضان محمد عمر ، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية ، ط 1 ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ، 2009 .
- (9) د. سميحة القليوبي ، الاسس القانونية لعمليات البنوك خطاب الضمان ط 2، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر، 2002.
- (10) د. عبد جمعة موسى الربيعي ، الاصل القانوني للاعتمادات والكفالات ، مطبعة ، بغداد و العراق ، 2008 .
- (11) د. عبد الحميد الشواربي ، عمليات البنوك في ضوء الفقه - القضاء- التشريع وصيغ العقود والدعاوى التجارية وفقاً لقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، دار الكتب والدراسات العربية ، الازاربية الاسكندرية مصر ، 2017.
- (12) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، ج 1 ، دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، 1952.
- (13) عبد الرزاق محسن صالح ، خطاب الضمان ، احكامه القانونية وتطبيقاته القضائية ، نشر وتوزيع مكتب صباح ، بغداد ، العراق . دون سنة طبع.

14) عبد الفضل محمد احمد ، الاوراق التجارية وعمليات البنوك طبقاً لإحكام القانون رقم 17 لسنة 1999 ، دار النهضة العربي ، القاهرة ، مصر ، بدون سنة طبع .

15) د. عزت أحمد علي محمد ، مدى فاعلية الضمانات في حماية الائتمان المصرفي دراسة مقارنة النظام الأنجلو أمريكي – القانون الفرنسي – القانون المصري ، دار الكتب والدراسات العربية ، الأزاريطية الاسكندرية مصر ، 2018.

16) د. عزيز العكيلي ، الوسيط في شرح القانون التجاري ، ج 2 ، الاوراق التجارية وعمليات البنوك ، الاصدار الرابع ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، الاردن ، 2010 .

17) د. علي البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، 1966 .

18) د. علي البارودي ، ومصطفى كمال طه ، القانون التجاري ، عمليات البنوك ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، 2001 .

19) د. محمد السيد الفقهي ، القانون التجاري ، الاوراق التجارية ، الافلاس العقود التجارية ، عمليات البنوك ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2003.

20) المحامي معتصم سويلم نصير ، الاحكام القانونية للمعاملات المصرفية ، دار الرأي للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، 2004.

21) موفق علي العبدلي ، آثار خطاب الضمان ، مكتبة صباح ، بغداد ، 2010 .

22) المحامية هيام الجرد ، المد والجزر بين السرية المصرفية وتبييض الاموال ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2008 .

23) د. محمد السيد الفقهي ، القانون التجاري ، عمليات البنوك ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2003 .

24) د. محمد صبري وسمير الامين ، الاعتمادات البنكية وخطاب الضمان طبقاً لقانون التجارة الجديد ، ط 1 ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ص 104 .

25) محمد علي محمود نديم ، منازعات العقود الحكومية والاستثمارية والتجارية في تطبيقات القضاء بداءً واستئنافاً وتميزاً ج2، منشورات مكتبة القانون المقارن، بغداد الصالحية العراق، 2021

26) د. محمد السيد الفقهي ، القانون التجاري ، الاوراق التجارية ، الافلاس العقود التجارية ، عمليات البنوك ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2003.

27) د. نبيل ابراهيم سعد ، نحو قانون خاص بالائتمان بوجه عام – عناصر قانون الائتمان محاولة لتأصيل قانوني لفكرة الائتمان دراسة تحليلية مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطية – الاسكندرية – مصر ، 2017.

28) د. نبيل ابراهيم سعد ، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص في نطاق الالتزامات في نطاق قانون الاموال دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطية الاسكندرية مصر . 2017.

ثانياً- الكتب القانونية المترجمة إلى العربية :

1- أنيس تيسران مارتان وجماعته ، القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز 2009 الثامنة بعد المئة ، من منشورات جامعة القديس يوسف في بيروت ، ص 2028.

2- ميشال سجعان ، القانون المدني الفرنسي ، عربي، ص 567 وما بعدها .

ثانياً – القوانين :

1- القوانين العراقية :

أ- قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969.

ب- قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984.

ت- قانون الأوراق المالية رقم 24 لسنة 1991.

ث- قانون مكافحة غسيل الأموال رقم 93 لسنة 2004.

ج- قانون البنك المركزي رقم 56 لسنة 2004.

2- القوانين العربية حسب تواريخ صدورها :

أ- قانون التجارة اللبناني الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم 304 وتاريخ 1942/12/24.

ب- قانون الجارة الأردني لسنة 1966.

ت- قانون التجارة 17 لسنة 1994.

ث- قانون التجارة السوري رقم 33 لسنة 2007.

مجاميع الأحكام:

- 29) ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في ، القسم التجاري ، مطبعة الجاحظ ، بغداد ، العراق ، بدون سنة طبع ، 2014 .
30) خليل ابراهيم المشاهدي ودريد سلمان الجنابي ، المبادئ القانونية في قانون التجارة العراقي ، مكتبة صباح ، بغداد ، 2011 .