خطابات الضمان وأهميتها في عقود المقاولات والتجهيز الحكومية

م.كامل خيرالله طراد

كلية السلام الجامعة

الخلاصة

عرفت البنوك والمصارف الكثير من العمليات المصرفية منها اصدار خطابات الضمان التي تزايدت اهميتها في الاونة الاخيرة في اعمال التجارة المحلية والدولية وفي الحياة العملية اليومية , اذ نجد الكثيرمن الافراد والشركات التي تروم في الاشتراك في المناقصات والعقود ملزمة بتقديم تامينات على شكل خطابات ضمان لضمان جديتها في المشاركة , ونضمت احكام خطاب الضمان قوانين التجارة ومعظم قوانين الدول العربية ودول العالم وتكاد تجمع هذة القوانين على تحديد تعريف حطاب الضمان باتة (تعهد نهائي بدون قيد او شرط يصدر من مصرف بناءا على طلب احد عملائة يسمى الامر بدفع مبلغ معين او قابل للتعين الى شخص ثالث يسمى المستفيد بمجرد طلبة وذلك خلال مدة معينة في خطاب الضمان ذاتة) .

ونضمت هذة القوانين العلاقة القانونية بين اطراف خطاب الضمان الثلاثة (العميل , المستفيد , المصرف) وحدد فقهاء القانون التجاري سماتة واثارة والفرق بينة وبين الاعتماد المستندي والكفالة المصرفية , وعلى المستوى الدولي ازدادت اهمية خطابات الضمان في العلاقات التجارية الدولية ونضمت احكامة عدة اتفاقات دولية .

وفي العراق ازدادت اهمية خطابات الضمان في عقود والمقاولات والتجهيز الحكومية فقد استعرضنا اساليب احالة المناقصات وضمانات احالتها الى المقاولين والمجهزين وموقف القضاء من المشاكل التي رافقت تنفيذها وخصوصا بين الجهات المتعاقدة الحكومية (المستفيدة) والمصارف الحكومية التي اصدرتها وخصوصا مصرف الرافدين وتوصلنا الى خلاصة واستنتاج وسقنا المقترحات التي نراها ضرورية .

Abstract

Letters of guarantee and its importance in contracts and supplying of government.

The fundamental reason for choosing this research because a little of previous researches in this subject.

for this purpose we have divided the research into two chapters; in the first chapter is devoted to the definition the letter of guarantee and its importance and relation between the contractor and the bank and the employer by seven sections.

the second chapter devoted to the rules of refer the tender and methods executions general construction supplying contracts of government and role and importance kinds of letters of guarantee in all stages executions and maintenance the works till issuance of the final handing over certificate and the end we introduce suggestion and recommendations.

مقدمة عامة

اهمية الموضوع

لأهمية خطابات الضمان المتزايدة في عقود المقاولات وعقود التجهيز على الصعيد المحلي والدولي , ولمعرفة تفاصيل وتطبيقات خطاب الضمان , ولقلة المراجع والمؤلفات التي تتناولها , كما ان التطبيقات والأحكام القضائية بمشاكل خطابات الضمان قليلة, وخاصة .. لجوء المصارف الى حل مشاكلها مع عملائها عن طريق التسويات الودية والتحكيم بعيدا عن القضاء التي تتطلب اللجوء اليه مدد طويلة لحسم النزاع , وللإطلاع على انواعها وسماتها وأطرافها وتكييفها القانوني وفائدتها العملية في مناقصات عقود المقاولات والتجهيز وبخاصة العقود التي تكون لصالح المرافق العامة ارتأينا دراسة هذه المواضيع .. في ضوء تجربة العقود الحكومية في العراق وما يشابهها على مستوى الدول العربية .

اشكالية الموضوع

لتباين احكام خطابات الضمان في التشريعات العربية , وعدم اجماعها على نصوص تشريعية , بل ان بعض الدول العربية ليست لها تشريعات داخلية تنظم أحكام خطابات الضمان , ولكثرة المشاكل القانونية التطبيقية في تنفيذ عقود المقاولات والتجهيز ارتأينا دراسة هذه الاشكالات من جميع جوانبها .

منهجية البحث

اعتمدنا في دراستنا على المنهج التحليلي حيث اطلعنا على التجربة المباشرة للعقود الحكومية وعلى البحوث التي تناولت خطابات الضمان وأهميتها لعقود المقاولات والتجهيز العامة (الحكومية) محللين الآراء المطروحة , ومتوصلين الى خلاصة واستنتاجات وتوصيات عملية تخدم الموضوع والمهتمين به .

خطة البحث

تم تناول الدراسة في مبحثين :-

المبحث الاول : خطابات الضمان وأهدافها وسماتها وآثارها.

المبحث الثاني : أهمية خطابات الضمان في عقود المقاولات والتجهيز الحكومية .

المقدمة

عرفت المصارف الكثير من العمليات المصرفية، منها ان يقرض المصرف العميل نقوداً او يفتح له اعتمادا يسحب منه الى حد معين او قابل للتعيين .. اما في خطاب الضمان فلا يقدم المصرف للعميل المال فورا ولا يضعه تحت تصرفه ,وإنما يتعهد المصرف فقط بأن يدفع الى شخص ثالث يعينه العميل سواء اكان داننا فعلا لهذا العميل او داننا احتماليا في مدة معينة في المستقبل ولذلك قيل في هذه الحالة ان المصرف يقرض العميل توقيعه .

ولخطاب الضمان اهمية كبرى في الحياة العملية , اذ نجد الاشخاص المعنوية العامة والشركات الكبيرة تطلب ممن يرغب في الاشتراك في المناقصات والمزايدات تقديم مبلغ معين كتأمين وضمان لجدية العطاءات التي يقدموها ... ولما كان تقديم هذه الضمانات النقدية يضر بالمقاول لأن فيه تجميد لمبلغ كبير هو في حاجة اليه في تنفيذ المقاولة او المناقصة , كما ان اجراءات استرداده بعد الانتهاء من تنفيذ المشروع طويلة ومعقدة لذا يفضل ان يقدم لصاحب المشروع خطاب ضمان من البنك يحل محل هذا التأمين , بالإضافة الى اتساع اهمية هذا الخطاب في مجالات العقود التجارية الدولية ودوائر الكمارك وتوزيع المنتجات والاتصالات , وعقود البيوع الدولية او لضمان تسديد الحسابات او تسديد الضرائب والرسوم التي تفرضها الدول على الشركات المحلية والأجنبية المتعاقدة معها .

المبحث الاول

خطابات الضمان أهدافها, وانواعها , وسماتها, وآثارها

ان خطاب الضمان ما هو ألا صورة من صور الضمان المصرفي التي أنشأها الصرف التجاري لمواجهة حاجات المعاملات التجارية وذاع استخدامه في الفترة الاخيرة حيث يلعب دورا في مجال عقود المقولات والتجهيز والتجارة الداخلية والخارجية , ويعتبر شرطا اساسيا ومهما في المناقصات والعقود العامة والخاصة على اختلاف انواعها حيث تضمنت التشريعات والأنظمة الصادرة في العراق والدول العربية نصوصا صريحة تشترط تقديم المقاولين والمناقصين والموردين والمجهزين ضمانا مالياً بديلاً عن (التأمينات النقدية)

لضمان جدية مقدمي العروض في المناقصات وبحسب اداء المقاولين والمجهزين المحالة بعهدتهم عقود المقاولات والتجهيز .. والرجوع اليها عند تلكؤهم بالتنفيذ او المماطلة في تنفيذ الالتزامات ,ويفضل ارباب الاعمال خطابات الضمان على التأمينات النقدية التي يطلبونها سواء عند التقديم للمشاركة بالمناقصات او لضمان حسن الاداء والتنفيذ , او لقاءالدفعات المقدمة ,الامر الذي يجعل المقاولين والمجهزين ملزمين بالرجوع الى البنوك والمصارف لإصدار خطابات الضمان لصالح الجهات طالبة خطابات الضمان.

المطلب الاول

تعريف خطاب الضمان ومفهومه .

يمكن تعريف خطاب الضمان بأنه ((تعهد نهائي (دون قيد او شرط) يصدر من مصرف بناء على طلب احد عملائه يسمى "الامر" بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين الى شخص ثالث يسمى "المستفيد" بمجرد طلبه , وذلك خلال مدة معينة موضحة في خطاب الضمان ذاته , ويمكن امتداد هذه المدة بموافقة المصرف وبناء على طلب نفس العميل الامر , ويوضح في الخطاب الغرض الذي صدر من أجله))[40]وعرفه قانون التجارة العراقي (بأنه تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب احد المتعاملين معه (الامر) بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين لشخص اخر (المستفيد) دون قيد او شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ,ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من اجله [41].

وعرفه القانون التجاري المصري بأنه (تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى الامر بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين لشخص اخر يسمى المستفيد اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأي معارضة) [42],وبالمعنى نفسه جاء في قانون التجارة الكويتي[43]والقانون التجاري اليمني [44]والقانون التجاري القطري [45]ومشروع قانون التجارة الفلسطيني [46]) .

وعرفه قانون المعاملات التجارية الاماراتي بأنه (تعهد يصدر من المصرف الضامن بناءاً على طلب عميل له (الامر) بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين لشخص أخر (المستفيد) دون قيد او شرط ما لم يكن خطاب الضمان مشروطاً اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ويوضح في الخطاب الغرض الذي صدر من أجله[47]). وعرفه القانون التجاري اليمني بأنه (تعهد يصدر من بنك بناء على طلب عميله (طالب الضمان) بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين لشخص أخر (المستفيد) اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب

---

[40]محمد عبد الرحيم عنبر , الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية في مصر والدول العربية ج 10 دار الشعب بالقاهرة 1977 , ص 259 وانظر د. علي جمال الدين عوض , خطابات الضمان المصرفية , دار النهضة العربية 2000 , ص 11 .

[41]انظر قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1980 المادة 287 وانظر د. محمد سمير الشرقاوي , القاهرة , القانون التجاري ج 2 , 1981 ص 566 .

[42]انظر المادة 1/335 من القانون التجاري المصري رقم 17 لسنة 1999 .

[43]انظر المادة 408 من قانون التجارة الكويتي .رقم 68 لسنه 1968

[44]انظر المادة 408 من القانون التجاري اليمني رقم 32 لسنة 1991 .

[45]انظر المادة 406 من القانون التجاري القطري رقم 27 لسنة 2006 .

[46]انظر المادة 364 من مشروع قانون التجارة الفلسطيني .

[47]- انظر م 414 من قانون المعاملات التجارية الاماراتي رقم 18 لسنة1993..

ويذكر في الخطاب الغرض الصادر من أجله [48]) ولم يرد نص تشريعي ينظم خطاب الضمان في تشريعات بعض الدول العربية [49]ويرجع في تنظيمه الى قواعد واعراف التجارة الدولية كغرفة التجارة بباريس[50]او حدده القضاء المحلي [51].

ويلاحظ هناك تعريفات للفقهاء لا تتجاوز الاطار المشار اليها في التعريفات اعلاه ومنها على سبيل المثال تعريف خطاب الضمان بانه (تعهد كتابي صادر من البنك بناء على طلب احد عملائه يقر فيه بأن يدفع قيمته دون الالتفات الى اية جهة معارضة) .

المطلب الثاني

العلاقة القانونية بين اطراف خطاب الضمان

اطراف خطاب الضمان ثلاثة ,العميل (الامر) وهو الشخص الطبيعي أوالمعنوي الذي يطلب اصدار خطاب الضمان والمتعاقد (المستفيد) وهو الشخص الطبيعي او المعنوي الذي يصدر خطاب الضمان باسمه ولمنفعته والمصرف (الوسيط) مصدر خطاب الضمان ويحقق خطاب الضمان مصلحة لأطرافه الثلاث[52]:

- اذ يفيد منه المصرف الذي اصدره لأنه يتقاضى عمولة نظير اصداره .
- ويفيد منه عميل المصرف لأنه يجنبه تقديم تامين نقدي[53]
- ويستفيد منه الذي صدر الخطاب لصالحه على الاقل يجنبه الخطر المحتمل , لأن الخطاب يعتبر بمثابة غطاء نقدي , يلتزم به المصرف وهو ضامن ذو مركز مالي متين , وفيه حماية لحقوق الدولة اذا كانت هي المستفيدة من هذا الخطاب وبخاصة عند ضعف كفاءة الافراد والشركات .

وكما هو واضح ان المصرف يصدر خطاب الضمان لصالح دائن عميله لا يضمن حسن تنفيذ العميل لالتزامه قبل دائنه فهو لا يراقب هذا التنفيذ ولا يتعهد ايضا ان يقوم بتنفيذ الالتزام بدلاً من عميله المدين , وإنما هو يلتزم بدفع المبلغ المعين او القابل للتعيين – حسب كل حالة – اياً كانت التزامات العميل[54],ولذا فأن خطاب الضمان يرتب ثلاث علاقات بين اطرافه هي [55]:

أ- علاقة بين العميل والمستفيد , ويحكمها العقد المبرم بينهما وحسب نوع العلاقة , عقد مقاولة , عقد بيع , عقد توريد، يشترط فيه المستفيد على العميل تقديم خطاب ضمان لضمان حسن التنفيذ .

ب- علاقة بين العميل والمصرف , وتحكمها الالتزامات الناشئة من عقد الاعتماد بالضمان , وتبدأ هذه العلاقة بطلب يقدمه العميل الى المصرف لإصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد وإذا صدر خطاب

---

[48]- انظر م 382 من القانون التجاري اليمني رقم 32 لسنة 1991

[49]- المملكة المغربية , والمملكة الاردنية , والجمهورية العربية السورية ,والسودان , حيث لم يرد نص في قوانينها .

[50]- انظر مزيد من التعريفات صالح محمد القرا, خطابات الضمان ودورها في نشاط المقاولات الخاصة ,مقال على الانترنت .

[51]- انظر د. ربحي احمد عارف , خطاب الضمان في مقولات بحث نشر في مجلة التربية الاساسية العدد السابع والستون سنة 2011 , ص 21 .

[52]- انظر تفصيلا ابهاب محمد نور عبد الله , خطاب الضمان في ضوء الشريعه والقانون والاعراف الدولية، جامعة بصربا 2009.

[53]- انظر القيلوي سميحة , (العقود التجارية وعمليات البنوك) القاهرة , سنة 2000 , ص 730 وما بعدها.

[54]- انظر محمد عبد الرحيم عنبر , مصدر سابق ص 259.

[55]انظر تفصيلا د. ربحي احمد عارف , مصدر سابق ص 22 – 23 .

الضمان اصبح المصرف داننا للعميل بقيمة خطاب الضمان والعمولة والمصاريف والفوائد , ويجوز للمصرف ان يطلب من العميل تقديم تأمين مقابل اصدار خطاب الضمان وهوما يسمى بغطاء خطاب الضمان , وهذا الغطاء قد يكون نقوداً او رهناً منقولاً او اوراقاًمالية او تجارية , وقد يتمثل في تنازل العميل عن حقه قبل المستفيد .

ج- علاقة بين المستفيد والمصرف , ويحكمها خطاب الضمان وحده وهي علاقة مستقله عن علاقة العميل بالمستفيد او علاقة العميل بالمصرف بحيث لا يجوز للمصرف ان يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع الى علاقة العميل بالمستفيد او علاقة العميل بالمصرف .

المطلب الثالث

سمات خطاب الضمان .

1- لما كان تعهد المصرف في خطاب الضمان بالوفاء لشخص معين هو المتعاقد مع عميل المصرف الذي صدر الخطاب بناء على طلبه .. يترتب على ذلك ان الخطاب شخصي لا يجوز تحويله او تظهيره الى غير المستفيد الصادر لصالحه , لأن شخصية هذا المستفيد محل اعتبار لدى عميل المصرف [56].

2- لا يعد خطاب الضمان ورقة تجارية لأنه لا يتضمن شرط الاذن – أي لا يمكن نقل ملكيته من انسان لأخر .

3- لما كان خطاب الضمان يمثل علاقة شخصية , فأنه غير قابل للتداول وليست له قيمة ذاتية ,فإذا فقد الخطاب من المستفيد وجب على المصرف تسليمه بدلا عنه دون اعتراض . بل وعليه ان يدفع له قيمته اذا كانت شروط الدفع متوفرة [57]..ويمتنع عن الدفع لغير المستفيد ولو كان حاملا لخطاب الضمان .

4- خطاب الضمان غير قابل للتحويل او التظهير كما هو الحال في الاوراق التجارية [58].

5- لا يستطيع المصرف الدفع بالمقاصة في مواجهة المستفيد في دين في ذمة العميل للبنك ولا دين في ذمة المستفيد للبنك ولا يستطيع المصرف التذرع باية دفوع مستمده من علاقته بالعميل او علاقة المستفيد بالعميل للتحلل من التزامه في مواجهة المستفيد وعدم دفع قيمة خطاب الضمان[59] ما عدا حالات الغش والتزوير ((تقديم مستندات مزورة للبنك)) وله الحق اللجوء الى القضاء لحجز خطاب الضمان او عدم صرفه [60].

---

[56]- انظر احمد غنيم , خطابات الضمان , دار النهضة العربية , القاهرة , ط 1 , لسنة 2004 , ص8.

[57]- وقد نصت على هذا المبدأ المادة الرابعة من مشروع القواعد الموحدة لضمانات العقود الذي اعدته غرفة تجارة باريس ,انظر د.ربحي احمد عارف مصدر سابق , ص 24 .

[58]- التظهير اجراء بسيط يكتب على ظهر الورقة التجارية يؤدي الى تداول الورقة التجارية من الظهر الى الظهر انظر د.فوزي محمد سامي،شرح القانون التجاري ، الاوراق التجارية، ج2 2009،ص126.

[59]- انظر د.ربحي احمد عارف , مصدر سابق ص 24 -25 .

[60]- انظر ابو صفية باسم محمد , الغش كأستثناء على مبدأ استقلاليه خطاب الضمان , رسالة ماجستير , سنة 2003 , جامعة عمان العربية , ص 117 – 119

6- لا يستطيع دائنو المستفيد ان يحجزوا على قيمته تحت يد المصرف لان المطالبة بتنفيذه حق شخصي للمستفيد لا يجوز لدائنيه ان يستعملوه بدلاً عنه او يجبروه على استعماله .

7- يختلف خطاب الضمان عن الترتيبات القانونية المشابهة، كالاعتماد المستندي والكفالة المصرفية , كما سنفصله لاحقا بالمقارنة بين الاعتماد المستندي وخطاب الضمان من جهة والمقارنة بين الكفالة المصرفية وخطاب الضمان من جهة أخرى .

المطلب الرابع

آثار خطاب الضمان

1- يتعهد بموجبه المصرف بدفع المبلغ المحدد في الخطاب ولا يضمن التزامات العميل , وان تحديد المبلغ هو الاصل ويتقاضى المصرف عمولة على اصداره , ويرى البعض بالإمكان اصدار خطاب الضمان دون تحديد مبلغه , ولكن هذه الصيغة لا تستسيغها المصارف لصعوبة تقدير العمولات والنفقات الاخرى كما ان عدم التحديد يدخل المصرف في مشاكل مع المستفيدين والعملاء هو في غنى عنها , وقد ينص في خطاب الضمان على تخفيض المبلغ او زيادته بنسبة معينة وبصورة تلقائية او لفترة معينة ويذكر ذلك في طلب اصدار خطاب الضمان . وذلك تماشيا مع تنفيذ اجزاء من العمل (المشروع) او زيادة خطاب الضمان بقيمة معينة كلما تسلم المقاول دفعة جديدة وخلال فترات معلومة (شهر او اكثر) تلقائياً .

2- لخطاب الضمان مدة محددة يعين فيها تاريخ ابتدائه وتاريخ انتهائه ولا يمكن ان يصدر لمدة غير محددة , والسبب في تحديد المدة لكي لا يجعل المصرف مسؤولاً الى ما لا نهاية وهذا لا يمكن تقبله اضافة الى ان العمولة تحتسب على اساس المبلغ والمدة وبدون تحديد هذين العنصرين تكون هناك صعوبة مطلقة في تحديد العمولات والأجور والنفقات .

3- لخطاب الضمان غرض معين ويجب ان يعين تعينا دقيقا واضحا ومحدودا بصورة تمنع الجهالة ولا تثير النزاع , كما يجب ان يكون الغرض واحدا وغير متعدد لمنع استعمال الخطاب لأكثر من غرض او بغير الغرض الرئيس الذي صدر لأجله , وإذا كان مخصص لمقاولة معينة فلا يمكن ان يستعمل الخطاب نفسه لاستيفاء ديون سابقة او ناشئه في ذمة المقاول من علاقة اخرى غير تلك المقاولة المحددة فيه , وبهذا اخذ قانون التجارة العراقي في المادة (293) التي جاء فيها " لا يجوز للمستفيد المطالبة بقيمة الضمان عن غرض اخر غير الغرض المحدد له فيه ".

4- التزام المصرف بموجب خطاب الضمان بات وقطعي ومجرد .. فهو يلتزم بدفع المبلغ المعين في سند الخطاب خلال المدة المحددة فيه وضمن الغرض الصادر من اجله دون قيد او شرط (المادة (287)من قانون التجارة العراقي) .

5- خطاب الضمان تعهد قائم على الاعتبار الشخصي بالنسبة لجميع اطرافه لا يجوز تحويله او التنازل عنه وغير قابل للتداول فلا يجوز للمستفيد التنازل عنه إلا بموافقة المصرف وعدم امكان المقاول التنازل عن هذا الخطاب الى غير المستفيد عند تنازله عن المقاولة لآخر.

المطلب الخامس

خطاب الضمان والاعتماد المستندي .

1- الاعتماد المستندي يتعهد بمقتضاه المصرف بفتح اعتماد لصالح المستفيد بناء على طلب الامر بفتح الاعتماد بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل اي ان المصرف يتوسط بين المستورد والمصدر بضمان حق الطرفين [61]

2- الاعتماد المستندي يستخدم مع شركات الاستيراد والتصدير عامةً في حين خطاب الضمان يستخدم في عقود المقاولات والتجهيز غالباً .

3- الاعتماد المستندي يهدف الى قيام المصرف بالدفع للمصدر عند شحنه السلعة واستلام (شهادة المنشأ وبوليصة الشحن والتأمين) بينما خطاب الضمان يكون لقاء خدمة (الدخول بمناقصة أو مقاوله) لضمان عدم تراجعه عنها في حالة احالتها عليه ولضمان عدم الاخلال بشروط المناقصة بعد احالتها .

4- من حيث طريقة السداد في الاعتماد المستندي مقابل بضائع بعد استلام مستندات الشحن المطابقة لشروط الاعتماد ويتم السداد للمورد الخارجي طالما كانت المستندات مطابقة لمتطلبات العميل او بتسهيلات موردين لمدد يتم الاتفاق عليها بين المستورد والمورد بينما خطاب الضمان لا يتم سداد قيمته الا في حالة تقاعس الامر في تنفيذه الغرض المطلوب او عدم جدية الدخول بالمناقصة او لسداد دفعة مقدمة , وبطلب من المستفيد .

5- من حيث الالغاء الاعتماد المستندي يتم فتحه بشروط اساسية (معزز وغير قابل للإلغاء)[62]أي يجب موافقة طرفي الاعتماد على الغائه او تركه وان تقييده لمدة معينه .اما خطاب الضمان , فأن المتحكم الوحيد فيه هو المستفيد .

6- الاعتماد المستندي تحكمه الاعراف الدولية زيادة على الى القوانين الداخلية في حين خطاب الضمان تحكمه قوانين وانظمة تنفيذ المقاولات وعقود تنفيذ التجهيز وفي خطاب الضمان الخارجي لا يختلف الوضع كثيرا إلا في حدود وجود بنك كطرف رابع يعزز سداد قيمة خطاب الضمان.

المطلب السادس

---

[61]- انظر م 273 من قانون التجارة العراقي رقم 83 لسنة 1980 .وانظر تفصيلا منتصر محمد صلاح . مستشار مالي ،مقال على الانترنت موقع بيت -كوم.

[62]ويجوز ان يكون الاعتماد المستندي قابلاً للالغاء انظر م 275 من قانون التجارة العراقي ، مصدر سابق.

خطاب الضمان والكفالة المصرفية

توجد اوجه تشابه واختلاف بين خطاب الضمان والكفالة المصرفية [63]

من حيث اوجه التشابه:

- كلاهما عقد ملزم لجانب واحد في خطاب الضمان الملتزم (البنك) وفي الكفالة الملتزم(الكفيل) .
- كلاهما ينشآن علاقة بين ثلاثة اطراف في خطاب الضمان (عميل , ومصرف , ومستفيد) وفي الكفالة (مدين, ودائن, وكفيل) .
- كلاهما يتعهد بدفع مبلغ معين من النقود لشخص ثالث .

أما من حيث اوجه الاختلاف:

- التزام المصرف التزاماً تبعياً في الكفالة مستقلا عن التزام العميل , وفي خطاب الضمان فان التزام المصرف التزاما اصلياً.
- في خطاب الضمان يدفع المبلغ المحدد به بغض النظر عن مقدار الدين الذي بذمة العميل (اكثر او اقل) ولا اثر لاعتراض العميل، في الكفالة المصرفية يدفع المصرف المبلغ بعد الوقوف على رأي المدين وما لديه من اعتراضات
- في خطاب الضمان يوجد عقدان (عقد بين العميل والمستفيد) و(عقد بين العميل والمصرف) وفي الكفالة المصرفية عقد واحد (بين الكفيل والدائن)
- في الكفالة المصرفية لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل الا بعد الرجوع على المدين المكفول وفي خطاب الضمان لا يستطيع المصرف الدفع باستيفاء الدين من العميل اولا .
- يجوز ان يكون مبلغ خطاب الضمان اكبر من المبلغ المستحق للمستفيد ولا يجوز ان يكون كذلك في الكفالة المصرفية (لا يجوز اكثر من الدين) .

المطلب السابع

خطاب الضمان في عقود التجارة الدولية .

اصبح لخطابات الضمان دورٌ واضح وأهمية وفائدة بارزة على صعيد التجارة الدولية[64], وبخاصة بين الدول والشركات والمؤسسات التجارية الدولية في عقود البيوع الدولية , ومن التطبيقات العملية لدور خطاب الضمان تجد هناك احكام قضائية متعلقة بحجز السفن الاجنبية او الوطنية حيث يقوم صاحب السفينة

---

[63]- انظر تفصيلا المحاماة نت , خطاب الضمان صفاته واثاره والفرق بينه وبين الكفالة المصرفية وانظرد. ابهاب محمد نور عبدالله , خطاب الضمان في ضوء الشريعة والقانون والقواعد الدولية , رسالة ماجستير في القانون الخاص , جامعة بصريا , 2009 , ص 26 – 27 .

[64]- انظر تفصيلا ابهاب محمد نور عبد الله , مصدر سابق , ص 43-44.

بإيداع المبلغ نقدا او تقديم صك معتمد او بتقديم خطاب ضمان للجهة الحاجزه لفك حجز سفينته التي صدر حكم قضائي بالحجز عليها .

وهناك اهمية وفائدة لخطابات الضمان ايضا في حالة وصول البضائع للميناء وكانت بوليصة الشحن والمستندات الاخرى لم تمكن المستورد من الاستلام لعدم وصولها بعد , وان المستورد عاجز عن تقديم سندات الشحن التي تخوله الاستلام لأي سبب من الاسباب , ولتجنب تأخر الاستلام وبقاء السفينة في الميناء وبخاصة للمواد سريعة التلف , ولتفادي دفع ارضيات الميناء , فيضطر المستورد الى تقديم خطاب ضمان بقيمة البضائع لصالح الوكيل الذي يعطيه اذن لتسلم البضاعة على ان يقدم مستندات الشحن حال وصولها .

ولقضايا الضمان اهمية وفائدة عندما يكون العميل المتعاقد مع الادارة مقيما في الخارج فتقديمه خطاب ضمان يغنيه عن تحويل العملات الاجنبية الموازية لقيمة التأمين الواجب ايداعه لصالح الجهة الادارية ثم اعادة تحويلها عند انتهاء العملية او عدم رسو المناقصة عليه , وما يترتب على ذلك من نفقات اضافية نتيجة تغير اسعار الصرف خلال مدة تقديم التأمين وسحبه والإجراءات والقواعد المترتبة على هذه العملية.

ومن فوائد خطابات الضمان في التجارة الدولية , تسهيل وتسريع عملية استخراج البضائع دون انتظار تقديم الرسوم الكمركية المستحقة عليها[65]وخصوصا للبضائع سريعة التلف او لتفادي تكدسها في ارصفة الميناء وذلك بتقديم خطاب ضمان يكفل تسديد الرسوم الكمركية عند تقديرها، ونظرا لأهمية هذه الخدمة للتجارة الدولية فقد قامت غرفة التجارة الدولية في باريس ببذل جهود متواصلة من اجل وضع قواعد موحدة لخطاب الضمان في كل العالم , وفي هذا الخصوص قامت لجنة الممارسات التجارية الدولية بالتنسيق مع اللجنة الخاصة بالتقنيات المصرفيه بوضع القواعد الموحدة بالمنظمة وقد تمت الاشارة الى خطاب الضمان بأنه التزام خطي من قبل البنك او اية هيئة اخرى او أي شخص (ويطلق عليه الضامن) بدفع مبلغ نقدي وفقا لنصوص وشروط الضمان وذلك بناء على طلب من (الامر) وبمقتضى تعليمات او بناء على طلب او تعليمات أية هيئة او شخص لفائدة طرف ثالث يسمى (المستفيد) من خطاب الضمان.

وبالخصوص نفسة قامت اتفاقية الامم المتحدة لسنة 1995 المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة بالنص على انه لأغراض هذه الاتفاقية (الاممية) يمثل التعهد (خطاب الضمان) التزاما مستقلا يعرف في الممارسة الدولية بأنه ضمان مستقل او خطاب اعتماد ضامن مقدم من مصرف او مؤسسة اخرى او شخص اخر يلتزم بموجبه بان يدفع للمستفيد مبلغا معينا او قابلا للتعيين لدى تقديم مطالبة بسيطة او مطالبة مشفوعه بمستندات اخرى وذلك على حسب ما ورد في احكام التعهد واي من شروطه المستندية تبين او يستدل منها استحقاق السداد بسبب تقصير في اداء التزام ما او بسبب حدث

(65)- انظر د. علي جمال عوض , خطابات الضمان المصرفية , دار النهضة العربية , سنة 2000 , ص 29- 30 .

طارئ اخر او سداد المال المقترض او المستلف, كما نلاحظ فان اتفاقية الامم المتحدة فيها توسع في تعريف خطاب الضامن ليكون اكثر شمولاً وفائدة على المستوى المحلي والمجتمع الدولي [66]وتقول المادة (5) من القواعد الموحدة التي اصدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس لخطابات الضامن التي تدفع عند الطلب " ان كل الضمانات والضمانات القابلة غير القابلة للرجوع فيها ما لم ينص فيها غير ذلك "[67].

المبحث الثاني

أهمية خطاب الضمان في عقود المقاولات والتجهيز الحكومية .

لما كان يترتب على العقودالملزمه للجانبين التزامات متقابله .. فان عقود المقاولات والتجهيز عامة وعقود المقاولات والتجهيز الحكومية تكون في مقدمة العقود الملزمة للجانبين .,. فهناك التزامات تترتب على رب العمل يقابله التزامات تترتب على المقاول والمجهز في عقود المقاولات والتجهيز ولضمان جدية المقاول والمجهز على تنفيذ ما عهد اليه وخاصة في عقود المرافق العامة الحكومية التي يترتب على عدم تنفيذها او التلكؤ في التنفيذ اضراراً عامة تصيب المجتمع فان اولى الالتزامات التي يفرضها رب العمل على المقاول والمجهز هي تقديم الضمانات لحين تنفيذه عمله ... واحتل خطاب الضمان الاهمية الكبرى في هذا المجال كما سبق الاشارة اليه في المبحث الاول , ولذا فانه سيتم تناول هذا المبحث في المطالب الاتية :-

- المطلب الاول : القواعد العامة لإحالة عقود المقاولات و التجهيز الحكومية.
- المطلب الثاني : اساليب اعلان المناقصات وإحالتها .
- المطلب الثالث : الضمانات المطلوبة لأعلان المناقصات واحالتها.
- المطلب الرابع : انواع خطابات الضمان في عقود المقاولات والتجهيز .
- المطلب الخامس : خطابات الضمان الخارجية .
- المطلب السادس : انقضاء خطابات الضمان .
- المطلب السابع : موقف القضاء من خطابات الضمان .

المطلب الاول

القواعد العامة لإحالة عقود المقاولات والتجهيز الحكومية .

ان اعلان المناقصات وإحالتها لعقود المقاولات والتجهيز تحكمها قواعد وتعليمات تنفيذ المناقصات لعقود المقاولات والتجهيز الحكومية , التي تنظم هذه الاجراءات ابتداء من اعلان المناقصة الى استلام العروض

---

[66]انظر د. عبد القادر ورسمه غالب , متطلبات خطاب الضمان المصرفي , جريدة عمان ,مقال منشور على الانترنت .
[67]انظر القواعد الموحدة التي اصدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس الكتيب رقم (458/1992).

وفتحها وتدقيقها الى التفاوض الى اختيار افضل العروض ثم الإحالة لصاحب العرض الافضل , وعدم الالتزام بها يؤدي الى حالات الفوضى وما يرافقها من مشاكل وصعوبات كانت نتائجها خسارة مادية وفنيه لخزينة الدولة وتعرض الكثير من الموظفين المسؤولين عن الخطأ والتقصير للمسآله, ان قطاع المقاولين والمجهزين يعمل فيه الكثير من الذين يمارسون اساليب غاية في المرواغة من اجل الحصول على عقود مقاولات وتجهيز بعيدا عن كل الاعتبارات المشروعة والسعي وراء الكسب السريع على حساب التنفيد الجيد وما يرافق ذلك من مشاكل قد يكون ضحيتها موظف تصرف بدون خبرة بقواعد احالة المناقصات.

ان الكثير من الدول وضعت قواعد اعلان المناقصات وإحالتها للمقاولين والمجهزين بتعليمات وضوابط قابلة للتغيير ماعدا بعض الدول التي صاغتها بقوانين مفصلة , وفي العراق فأن القواعد السارية المفعول حاليا لإحالة المناقصات هي التعليمات رقم (1) لسنة 2014(تعليمات تنفيذ العقود الحكومية)التي حلت محل تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال التنمية القومية لعام 1988 وتعليمات المناقصات (الشراء والتجهيز) لدوائر الدولة والقطاع الاشتراكي لعام 2001)

المطلب الثاني

أساليب اعلان المناقصات وإحالتها .

تقوم الجهات الحكومية المنفذة لعقود المقاولات والتجهيز باعتماد عدة اساليب عند تنفيذ مشاريع التعاقدات العامة وكالاتي :- [68]

اولاً : المناقصة العامة – وينفذ هذا الاسلوب بإعلان الدعوة الى جميع الراغبين بتنفيذ العقود بمختلف انواعها ممن تتوفر فيهم شروط المشاركه وان تتسم الاجراءات بالعمومية , والتنافسية والعدالة والشفافية والعلنية والوضوح .

ثانياً : المناقصة المحدودة – وينفذ هذا الاسلوب عندما تكون السلع او الخدمات الاستشاريه او المقاولات موضوع المناقصه متوفره لدى جهات محدوده من حيث الاختصاص وتكون وفق الاجرائين الا تيين :

المرحلة الاولى – وتتضمن تقديم الوثائق الخاصة بالتأهيل للمشاركين في المناقصة والتوصل الى اختيار المؤهلين للمشاركة في المرحلة الثانية .

المرحلة الثانية – توجيه الدعوة الى المؤهلين للمشاركة في المناقصة لتقديم عطاءتهم

ثالثاً : المناقصه العامه بطريقه التأهيل الفني : ويتم تنفيذ هذا الاسلوب بالاعلان عن المناقصه الى جميع الراغبين في الاشتراك بتقديم عطاءاتهم الفنيه والتجاريه وبظرفين منفصلين .

رابعاً : المناقصه بمرحلتين: المرحله الاولى – باعلان دعوه لجميع المناقصين والمرحله الثانيه – توجيه دعوه لمقدمي العطاءات الذين تم قبول عطاءاتهم الفنيه .

---

[68]- انظر المادة (3) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 02014 الصادرة عن وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي المنشورة في الجريدة الرسمية العدد (4325) في 2014/6/6.

خامساً : الدعوه المباشره : وتتم توجيه الدعوه الى مالايقل عن ثلاثه من المقاولين والمجهزين او الاستشاريين المعتمدين لرصانتهم وقدرتهم وكفأتهم الفنيه والماليه .

سادسا : العطاء الواحد (العرض الواحد) : وتوجيه الدعوه الى جهه مختصه عندما تكون السلع والخدمات ذات طبيعه استشاريه او لاغراض لعقود سابقه .

سابعا : التعاقد المباشر : وتوجه الدعوه في العقود الاستشاريه المتعلقه بأمن وسياده الدوله .

ثامنا : الشراء المباشر من الشركات المصنعة الرصينة : ويكون للشركات العامه التي تمارس النشاط التجاري من الشركات المصنعه الرصينه .

تاسعا : لجان المشتريات : لتجهيز دوائر الدوله بالسلع والخدمات والاعمال .

وتشكل لجان فتح وتحليل وتقييم العطاءات لبيان اسم المناقص المرشح للإحالة والأساس الذي استندت اليه اللجنة في هذا الترشيح وتعد الإحالة نافذة بعد تاريخ مصادقة اللجنه المركزيه [69].

المطلب الثالث

الضمانات المطلوب لإعلان المناقصات وأحالتها

نصت الفقرة اولاً من المادة (9) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2014 بخصوص التأمينات القانونية على ما يأتي :-

أ- تحدد التأمينات الاولية بمبلغ مقطوع بنسبه لاتقل عن 1% واحد من المنه ولاتزيد على 3% ثلاثه من المنه من الكلفه التخمينيه .

ب – لاتقبل التأمينات الاوليه الا اذا كانت على شكل خطاب ضمان او سفتجه .

ونصت الفقره ثانيا من الماده المذكوره اعلاه(تقدم التأمينات النهائيةعلى شكل خطاب لضمان حسن التنفيذ للعقد بنسبة (5%) خمسة من المنه من مبلغ العقد بعد التبلغ بكتاب الاحاله وقبل توقيع العقد). [70].

وتعفى الشركات العامه من تقديم التأمينات الاوليه وخطاب ضمان التنفيذ ويعفى كذالك مقدموا العطاءات المشاركون في مناقصات المقرر احالتها باسلوب المناقصه المحدوده او (المرحله الثانيه) اسلوب المناقصه بمرحلتين او اسلوب الدعوه المباشره او اسلوب العطاء الواحد او اسلوب الشراء المباشر[2].

---

[69]- انظر الفقرة اولا - خامسا من المادة (7) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(1) لسنة 2014،مصدر سابق.

[70]جاء بالقانون المصري رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات في المادة17 منه يجب ان يؤدي مع كل عطاء تأمين مؤقت تحدده الجهة الادارية مبلغه ضمن شرائط الاعلان بما لا يتجاوز 2% من القيمة التقديرية وجاء بالمادة 18 منه على صاحب العطاء المقبول ان يؤدي خلال عشرة ايام التأمين النهائي الذي يكمل التأمين المؤقت الى ما يساوي 5% من قيمة التعاقد ويكون التأمين النهائي ضامنا لتنفيذ العقد ويجب رده فور انتهاء التنفيذ بغير طلب.

[2] انظر م 9 اولا د ، هـ من تعليمات تنفيذ العقود الحكوميه رقم (1) لسنه 2014. مصدر سابق .

وعلى جهه التعاقد الالتزام بتطبيق شروط المقاولات لأعمال الهندسة المدنية والكهربائية والميكانيكية والكيمياوية المعتمدة من وزارة التخطيط والتعاون الانمائي او مايحل محلها واعتبارها جزءا لا يتجزأ من العقد.

المطلب الرابع

انواع خطابات الضمان في عقود المقاولات والتجهيز

تتنوع خطابات الضمان بين خطابات ضمان محلية وخارجية وخطابات الضمان المحلية تكون بطلب عميل محلي ولمنفعة جهة محلية (فرد,شركة,جهة حكومية) اما خطابات الضمان الخارجية تتطلب تدخل مصرف مراسل اجنبي او فرع لمصرف محلي في الخارج وتحدد انواع خطابات الضمان كالاتي : -

اولاً : خطاب الضمان الابتدائي–ويقدم عند الاشتراك في المناقصة لضمان جدية المناقص في الاشتراك في المناقصة كتأمينات اولية , وسميت تأمينات اولية او خطابات ضمان ابتدائية لانه ينتهي الغرض منها بعد احالة المناقصة, وتكون جزءا من التأمينات النهائية (خطاب الضمان النهائي) بعد احالة المناقصة وتكون بنسبة معينة لا تقل عن 1% ولا تتجاوز 3% من قيمة المناقصة ويسري مفعولها للمدة التي تحددها شروط المناقصة وتعاد بقية التأمينات (ما عدا المحال علية المناقصة والمناقصين الاثنين الذين يليان من رست عليه المناقصة) اليهما بعد توقيع العقد [71].

ثانياً : خطاب الضمان النهائي :(خطاب ضمان حسن الاداء)

تقدم التأمينات النهائية (خطاب الضمان) لضمان حسن تنفيذ العقد وسلامة الاداء وفق شروط المقاوله او المشروع ويكون مبلغه بنسبة 5% من قيمة المشروع او المناقصة او اكثر , وهو معين بمدة عام كامل مثلا قابلا للزيادة , وهذا التعهد المصرفي (خطاب الضمان النهائي) يقدمه العميل للمستفيد ليحق للمستفيد الاستيفاء منه عند تخلف العميل عن الوفاء بما التزم به, فهو كتأمين نهائي عند الحاجة اليه , ولا يكون الغاؤه ألا بخطاب رسمي من الطرف المستفيد.

وقد عرفت غرفة تجارة باريس خطاب ضمان حسن الاداء بأنه تعهد يعطيه البنك او شركة التأمين اوطرف اخر(الكفيل) بناء على طلب (العميل) او بناء على تعليمات بنك او شركة تأمين او طرف اخر (الطرف الامر) طلب اليه العميل ذلك الى صاحب العمل (المستفيد) يتعهد بموجبه الكفيل الى ان يقدم الى المستفيد دفعة ضمن حدود مبلغ معين من المال او يجري ترتيبا لتنفيذ العقد اذا كانت الكفالة تنص على ذلك تبعا لخيار الكفيل وذلك في حالة تقصير العميل في التنفيذ المطابق لشروط العقد الجاري بين العميل والمستفيد [72].

---

[71]- انظر المادة (14/خامسا) من تعليمات المناقصات (الشراء والتجهيز) لدوائر الدولة والقطاع العام الصادرة عن هيئة التخطيط عام 2001 الملغاة بموجب تعليمات تنفوذ العقود الحكومية رقم 1 لسنة 2007 .

[72]- انظر م 2 /4 من الاصول الموحدة الصادر عن غرفة تجارة باريس ,مصدر سابق .

وفائدة خطاب الضمان النهائي بالنسبة للمقاول او المجهز الاجنبي هو عدم تجميد امواله وإبقاء سيولته النقدية لتنفيذ العقد وإعفائه من اجراءات استرداد التأمين النقدي بالنسبة للمقاول الاجنبي تجنبه خسارة تحويل العملة الاجنبية الى الداخل واعادة تحويلها مرة اخرى وفائدته لرب العمل هو التزام المقاول بإحكام العقد وتنفيذه وفق الشروط والبرنامج الزمني لتنفيذه بمدته المحددة بالإضافة الى اعفائه من تكلفة المحافظة على التأمين النقدي المقدم من المقاول [73]

ثالثاً : خطاب ضمان الدفعات المقدمة –

القاعدة في المناقصات الحكومية هي الصرف بعد تنفيذ المقاولة او المشروع ولكن قد تكون الامكانيات اللازمة لتنفيذ المشروع كبيرة بالنسبة الى موارد المقاول , لذلك قد يشترط او يضع ذلك في العقد , ان تقدم له الجهة المنفذة (رب العمل) سلفة او دفعة مقدمة , وفي العراق حددت بموجب تعليمات وصلاحيات الخطط الاستثمارية السنوية بما لا يزيد عن 10% من مبلغ الاحالة وان تتدرج هذه النسبة حسب طبيعة العمل وكلفة المقاولة بحيث تتناقص كلما كان مبلغ المقاولة كبيرا مقابل خطاب ضمان بمبلغ يعادل مبلغ السلفة(الدفعة المقدمة) .

رابعاً : خطاب ضمان تجهيز وتصنيع مواد ومعدات –

ويقدم هذا الخطاب لأغراض ضمان تجهيز وتصنيع مواد ومعدات وخاصة في عقود المقاولات الهندسية الميكانيكية والكهربائية والكيماوية .

خامساً : خطاب الضمان الفني –

ويقدم خطاب الضمان الفني لضمان صلاحية المعدات الفنية لفترة معينة بعد التجهيز والتشغيل ولمدة تحددها طبيعة العقد .

سادساً: خطاب ضمان المكائن والمعدات –

تطلب احيانا الجهة المنفذه (رب العمل) من المقاول تقديم خطاب ضمان عن قيمة سلف المكائن والمعدات التي تدخل في المقاولة وتطلق بعد استردادها .

سابعاً : خطاب الضمان مقابل غطاء كامل لنفقات المشروع او المناقصة –

أي مقابل سلفة يقدمها العميل الى المصرف على حساب المشروع مثلاً لصالح الطرف المستفيد , والغاية منه كما في سابقه (خطاب الضمان النهائي) .

ثامناً : خطاب الضمان (ضمان المستندات) –

ويوجد نوع آخر من خطابات الضمان يقدمه المصرف لصالح شركات الشحن او وكالات البواخر , في حالة وصول البضاعة المستوردة الى الميناء المحدد , وتأخر وصول مستندات الشحن الخاصة بالبضاعة الى ذلك المصرف الذي جرى الاستيراد عن طريقه فخشية من ان يلحق بالبضاعة تلف من جراء تأخير بقائها في كمرك

[73]- انظر د. ريحي احمد عارف , مصدر سابق , ص 40 .

الميناء, يكون الضمان المذكور تعهداً من المصرف بتسليم مستندات الشحن الخاصة بالبضاعة الى وكلاء البواخر فور وصولها , واستناداً الى هذا الضمان يتم فسح البضاعة للمستورد .

ولإصدار مثل هذا الضمان يقدم العميل المستورد طلباً بذلك الى المصرف , ويسدد قيمة اعتماد الاستيراد بالكامل . (وهي قيمة البضاعة المستوردة) ومن ثم يصدر المصرف خطاب الضمان ويسلمه الى العميل فيقوم العميل بتسليمه الى وكلاء الباخرة المعنيين .

تاسعاً : خطاب ضمان الصيانة وإصلاح العيوب –

يطلب بعض ارباب العمل (خطاب ضمان للصيانة) في حين اخرون يبقون على جزء من خطاب ضمان حسن التنفيذ لحين انتهاء مدة الصيانة في حالة النص في العقد على مدة معينة للصيانة[74], حيث أن رب العمل عند اصدار شهادة الاستلام الأولي للمقاولة او التجهيز يضع في الحسبان وجود عيوب قد تظهر لاحقا ولكي يضمن رب العمل قيام المقاول بإصلاح العيوب خلال مدة الصيانة فانه وبعد انتهاء مدة الصيانة وقيام المقاول بإصلاح العيوب التي ظهرت خلالها يتم اصدار شهادة الاستلام النهائي وإطلاق خطاب ضمان الصيانة وتبدأ مدة الضمان العشري (عشر سنوات) من تاريخ الاستلام النهائي "تاريخ تمام العمل وتسليمه" ويكون باطلا كل شرط يقصد فيه الاعفاء او الحد من هذا الضمان [75].

انواع اخرى من خطابات الضمان

1- خطابات ضمان سحب بضائع من شركات الملاحه قبل تسليم مستندات الشحن .
2- خطابات ضمان لتغطية التزامات متعهدي توزيع المنتجات .
3- خطابات ضمان لصالح دوائر الكمارك .
4- خطابات ضمان للتأمينات المطلوبة لتغطية المكالمات الهاتفيه الزائدة [76].
5- خطابات ضمان الضرائب التي تطلبها الوزارات والدوائر من الشركات الاجنبية العاملة للإفراج عن المبالغ المحجوزة حتى اتمام الحسابات الختامية

وأخيرا يجب ان نوضح بأن هناك اختلاف في غطاء خطابات الضمان حيث تقسم خطابات الضمان من حيث التغطية الى ثلاث انواع : [77]

أ- خطابات الضمان غير المغطاة
ب- خطابات الضمان المغطاة تغطية كاملة
ت- خطابات الضمان المغطاة تغطية جزئية

---

[74] انظر فقرة (ب/خامسا) من تعليمات المناقصات (الشراء والتجهيز) مصدر سابق .
[75] انظر المادة(870/ م) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل
[76]- انظر أ- د.الصديق محمد الامين الضرير . خطابات الضمان في الشريعة الاسلامية . مجلة الشفاء ,ص 5 .
[77]- انظر المصدر اعلاه ص6 .

المطلب الخامس

خطابات الضمان الخارجية

تسمى خطابات الضمان التي يدخل فيها عنصر خارجي بخطابات الضمان الخارجيه .. وخصوصا علاقة المصارف المحلية بالبنوك المراسلة .... او في عقود التجهيز التي تكون على اساس التسليم مطروح في المعمل او على ظهر الباخرة وقد كانت المصارف الخارجية ترفض او تتردد في قبول شرط خضوع خطابات الضمان في منازعاتها بين الاطراف للقانون العراقي بما في ذلك المراسل والمجهز الاجنبي .. الا ان عدد هذه المصارف قد تضاءل في الاونة الاخيرة حيث بدأت غالبيتها بقبول الشرط المذكور .

وخطابات الضمان الخارجية ثلاثة انواع[78] :

اولاً : خطابات الضمان الصادرة بطلب خارجي لمنفعة جهة داخل العراق وتصدر هذه بطلب من المصارف والمؤسسات المالية الخارجية لضمان المقاولين والشركات الاجنبية في العراق تجاه الجهات العراقية التي تتعامل معها .وتصدر على مسؤولية المصرف المراسل .. ولا يكون المصرف المحلي الا وسيطا في العملية لانعدام صلته الشخصية بالأمر بإصدار خطاب الضمان ولكن يرسل المصرف المحلي العراقي للمستفيد الموجود في العراق خطاب ضمان يتعهد فيه بالدفع عند اول مطالبة دون قيد او شرط ومقابل ذلك يتعهد المراسل للمصرف المحلي بدفع مبلغ الخطاب دون قيد او شرط بمجرد الطلب اليه من قبل المصرف المحلي .

ثانياً : خطاب الضمان الصادر بطلب داخلي لمنفعة جهة خارج العراق ويصدر بطلب احد عملاء المصرف في العراق لمنفعة جهة خارج العراق ... ومن اجل تنفيذ هذا فأن المصرف المحلي يطلب عادة من احد مراسليه في البلد الموجود فيه المستفيد اصدار خطاب الضمان .

ثالثا : خطاب الضمان الصادر بطلب خارجي لمنفعة جهة في الخارج ويصدر بطلب من احد مراسلي المصرف في الخارج او فروعه او من عميل غير مقيم بالداخل وهذا النوع قليل الاستعمال .

المطلب السادس

انقضاء خطاب الضمان

ينتهي خطاب الضمان في احدى الحالات الاتية:

1- بالوفاء او ما يقوم مقامه .. قد يطلب المستفيد (رب العمل في عقود المقاولات والتجهيز) من المصرف دفع قيمة خطاب الضمان وغالبا ما تكون المطالبة بسبب اخلال العميل (المقاول او المجهز) بالتزاماته في تنفيذ العقد او تركه او مقابل غرامات تأخيريه مترتبة على التأخير في التنفيذ او مقابل ديون ضريبية لجهات اخرى ذات علاقة وبقوم المصرف بدفع قيمة خطاب الضمان اذا توافرت الشروط الاتية :

أ-اذا كان الطلب خلال مدة سريان (صلاحية) خطاب الضمان

[78]- انظر تفصيلا نعيبة ابراهيم حمو رسالة ماجستير مقدمه إلى كلية القانون السياسيه جامعة بغداد 1980، ص 62 وما بعدها .

ب-اذا كان خطاب الضمان غير مشروط واذا كان مشروطاً وجب على المصرف التحقيق من توفر شروطه

ج- اذا كان الطلب متعلقا بموضوع (غرض) خطاب الضمان الذي صدر من اجله .

2- بغير الوفاء او ما يقوم مقامه .. ويكون اما بانتهاء المدة دون المطالبة بالمبلغ من قبل المستفيد في حالة الخطاب غير المشروط وفي حالة الخطاب المشروط [79]او استحالة التنفيذ لسبب اجنبي لا يد للعميل (المقاول او المجهز) بالنسبة للخطاب المشروط .. اما في الالتزام غير المشروط فلا يتأثر التزام المصرف باستحالة التنفيذ [80].

3- اتحاد العميل والمستفيد ..وينقضي باتحاد العميل والمستفيد في شخص أي منهما حيث يصبح الشخص دائنا ومدينا في وقت واحد وكذلك الحال لو اتحدت ذمة الصرف مع ذمة المستفيد كأن يكون المصرف هو صاحب العمل ذاته .

4- كما ينقضي خطاب الضمان ,اذا لم يباشر المقاول (العميل) المحال بعهدته المقاولة خلال المدة المحدودة من قبل رب العمل (المستفيد) للمباشرة, حيث يصادر خطاب الضمان وتحال المقاولة الى المناقص الثاني دون ان يكون حق للمقاول الذي رفض المباشرة او امتنع عن توقيع العقد بعد الاحالة .

5- انقضاء خطاب الضمان المرفق بالعطاءات التي لم ترسوا على اصحابها المناقصة,او مضي المدة المحددة لنفاذه ولم تحال المناقصة.

6- انقضاء خطاب الضمان بانقضاء نفاذه اذا كان انتهاء النفاذ قبل انتهاء مدة العقد وذلك في حالة لم يطلب رب العمل تمديده او سحب مبلغه .

7- انقضاء خطاب الضمان .. بمصادرة رب العمل لخطاب الضمان اذا لم يدفع المقاول المبلغ المستحق عليه بموجب العقد , او عدم معالجة تقصيره في التنفيذ او سحب العمل منه رغم الانذارات الموجه اليه [81]او تخليه عن العقد او تنازله عنه بدون موافقة رب العمل او اشهار افلاسه او تصفيته .

8- انقضاء خطاب الضمان بإنتهاء المقاولة وتنفيذ شروط العقد وتسلم العمل من قبل رب العمل تسليما اوليا اوتسليما نهائيا في حالة حجز جزء منه لفترة الصيانة التي تكون بعد سنة من تاريخ الاستلام الاولي [82]كما سبق وان اوضحناه .

---

[79]- انظر محمد عبد الرحيم عنبر , مصدر سابق , ص 277- 278 .

[80]- انظر دريحي احمد عارف , مصدر سابق ص 38 .

[81]انظر المادة(65) شروط المقاوله لاعمال الهندسة المدنية الصادرة عن وزارة التخطيط في العراق لعام 1988

[82]انظر المادة (41) من شروط المقاوله لاعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيماوية الصادرة عن وزارة التخطيط في العراق لعام 1988 .

المطلب السابع

موقف القضاء من خطابات الضمان

ان خطاب الضمان عملية مصرفية كانت معروفة وشائعة قبل صدور قانون التجارة رقم 149 لسنة 1970الملغي وقد تقررت اهم المبادئ والأحكام الخاصة بها التي نص عليها المشرع فيما بعد في قرارات المحاكم العراقية السابقة على صدور القانون المذكور [83]

فقد حددت محكمة تمييز العراق مفهوم خطاب الضمان في قرارها ذي العدد 1096/ حقوقية / 1965 الصادر في 1966/11/26 من هيئتها العامة ... بقولها ((المقصود بخطاب الضمان , ان البنك يتعهد بالدفع الى شخص اوجهة معينة لدى اول طلب يصله منها في مدة سريان الضمان وبالرغم من أي معارضه من عمليه , فهو تعهد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب الامر بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين بمجرد ان يطلب المستفيد منه ذلك ولا يجوز للبنك ان يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع الى علاقة البنك بالأمر والأمر بالمستفيد والتزام البنك – موضوع الدعوى – هو التزام اصلي مباشر عن التزام العميل[84]وجاء بقرار محكمة استئناف بغداد بقرارها ذي العدد س/59/29 في 1967/12/18 ((ان التزام البنك بحكمه ما مثبت بهذه الكفالة التي يصطلح على تسميتها فقهاً وعرفاً بخطاب الضمان وفيها يلتزم البنك الضامن – قبل المستفيد – بدفع مبلغها عند اول طلب دون سابق انذار اوقيد او شرط , وهو التزام اصلي مباشر مستقل تمام الاستقلال عن التزام شركة ( ) مع المستأنف ..... ولا يحق للمستأنف عليه ان يمتنع عن الدفع طالما كانت مطالبة المستأنف له ضمن المدة المعينة في خطاب ضمانه .. كما ان خطاب الضمان وان ذكر فيه انه كفالة مالية غير ان مندرجاته ليست بكفالة بل تعهد باداء مبلغ دون قيد او شرط وفي مدة معينة , وحيث ان الكفالة حسب نص المادة (1008) مدني هي

ضم ذمة إلى ذمه في المطالبة بتنفيذ الالتزام بين المستأنف وشركة (....) انما هو التزام مباشر بدفع مبلغه , وهو تعهد اقتضته الضرورات التجارية)) [85]

وجاء بقرار محكمة التمييز 1/عامه/1972 في 1972/4/22 ((ان الحكم المميز بما قضى به فسخ الحكم البدائي ورد الدعوى صحيح وموافق للقانون , ذلك لان الكفالتين المؤرختين في1963/11/16 ليست سوى خطابي ضمان كفل بمقتضاها البنك المميز عليه عميله(ن) لدى دائن هذا العميل وهو وزارة الدفاع بمبلغ معين فقد تعهد البنك الذي اصدرهما في خطابه الموجه الى الدائن ووزارة الدفاع بالدفع لدى اول طلب منهما اليه وواضح من خطابي الضمان ان علاقة البنك بالدائن المستفيد وهو وزارة الدفاع التي صدر الخطابات لصالحها يحكمها خطاب الضمان وحده فهو الذي يحدد التزامات لهذا الخطاب بالعلاقة بين البنك وعميله فهذه العلاقة ينظمها عقد الاعتماد بينهما كما لا علاقة لخطاب الضمان بما بين العميل المتعهد

---

[83]- نسيبة ابراهيم حمو , المصدر السابق ص 235 .

[84]منشور في مجلة القضاء التي تصدر ها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية العدد الثالث السنة الثالثة والعشرون 1968 ص 141 .

[85]المنشور في مجلة القضاء التي تصدر ها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية العدد الرابع , السنة الرابعة والعشرين , 1969, ص206

(ن) وبين رب العمل وهو وزارة الدفاع فهذه العلاقة يحكمها عقد المقاولة , وعليه ونظرا لأن دفع البنك الى المستفيد تم بموجب خطاب الضمان فيعتبر هذا الدفع صحيحا لذا فقد وجب على المميز دفع المبلغ المدفوع الى البنك وإذ ان الحكم الاستئنافي خلص الى هذه النتيجة وقضى بفسخ الحكم البدائي ورد الدعوى فيكون صحيحا وموافقا للقانون تقرر تصديقه))

وجاء بقرار محكمة التميز ذي العدد (324) هيئة عامة اولى /76 في 1977/3/19 ((ان احكام المادة (398) من قانون التجارة رقم 149 لسنة 1970 جعلت علاقة اطراف خطاب الضمان مستقلة بعضها عن البعض وتجعل التزام كل طرف من هذه الاطراف التزاماً مجرداً من التزام بقية الاطراف الاخرى كما ان احكام خطاب الضمان لا تقر بوجود علاقة قانونية بين مقدم عطاء خطاب الضمان الى المصرف وبين المستفيد من الخطاب مطلقاً لا من قريب ولا من بعيد وهذا امر طبيعي لان المستفيد يجهل عادةً ما هية الغطاء المقدم للمصرف وظروف تقديمه وشخصية مقدمة))[86]

وجاء بقرار محكمة تمييز العراق ذي العدل 727 / هيئة موسعة اولى / 82 – 83 في 1984/7/30 ((ان خطاب الضمان قد عرفته المادة 395 من قانون التجارة رقم (149 لسنة 1970) .. بأنه تعهد يصدر من مصرف بدفع مبلغ للمستفيد دون قيد او شرط متى طلب منه خلال المدة المعينة للخطاب , ولقد جاءت المادة (398) صريحة تمنع المصرف من رفض الوفاء للمستفيد بسبب يرجع الى علاقة المصرف بالأمر او بالمستفيد او الى علاقة الامر بالمستفيد وتقول المذكرة لقانون التجارة بهذا الصدد وهي في معرض بحثها لخطابات الضمان بان التزام المصرف بمقتضى المادة (398) هو التزام مجرد بات ومباشر وهذا الالتزام((ينشأ في ذمة المصرف قبل المستفيد فيجبره على دفع القيمة المتفق عليها ويسلبه حق التمسك بالدفوع المستمدة من علاقات جانبية كالعلاقة بينه وبين الامر بإصدار الخطاب او العلاقة بين الامر والمستفيد (قانون التجارة ص 192- 193) ومع ذلك فأن المصرف ذاته قد تعهد في خطاب الضمان بأن يسدد الى مصلحة المجاري المبلغ دون قيد او شرط بمجرد مطالبتها بشأن الضرر الذي يصيبها من الامر المضمون المسمى وعليه ولما تقدم وإذا كان الحكم المميزقد التزم مضامين خطاب الضمان ويحكم النصوص القانونية التزم المميز المدعي عليه بالمبلغ المدعي به بموجب الضمان لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييز به ..)) [87].

وجاء بقرار لمحكمة النقض المصرية بخصوص استقلال التزام البنك في خطاب الضمان عن التزام العميل " ان علاقة البنك بالمستفيد هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل يحكمها خطاب الضمان وحده , وعباراته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها" [88]

وجاء بقرارات اخرى " البنك في التزامه بخطاب الضمان انما يلتزم اصلا قبل المستفيد لا بوصفه نائبا عن عميله فإذا قام البنك بصرف مبلغ الضمان للمستفيد فأن ليس للعميل ان يتحدى بوجوب اعذاره هو قبل صرف

---

[86]- المنشور في مجلة الاحكام العدلية /1 السنة الثامنة /1977 .
[87]- المنشور في مجلة الاحكام العدلية , العدد 1,2,3,4لسنة 1984 ص 80 .
[88]- نقلا عن د. علي جمال الدين عوض , مصدر سابق ,ص 68 .

مبلغ التعويض المبين في خطاب الضمان [89]كما ان الالتزام الثابت في خطاب الضمان غير قابل للنقض او الطعن به ألا بالتزوير , وبذلك فأن المستفيد لا يحتاج الى قرار من المحكمة حتى يصبح قابلا للتنفيذ كما ان استحقاق خطاب الضمان فور وصوله الى علم المستفيد بموجب هذه الخاصية يستطيع ان يصادر قيمة خطاب الضمان بمجرد علمه به

الخاتمة

الخلاصة والاستنتاجات

- من الناحية النظرية قيلت عدة تعريفات لخطاب الضمان منها ان خطاب الضمان تعهد نهائي (دون قيد او شرط) يصدر من مصرف بناء على طلب احد عملائه يسمى (الأمر) بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين الى شخص ثالث يسمى (المستفيد) بمجرد طلبه , وذلك خلال مدة معينة وموضحة بخطاب الضمان ذاته , ويمكن تمديد هذه المدة بموافقة المصرف وبناء على طلب نفس العميل الأمر , ويوضح في الخطاب الغرض الذي صدر من اجله وقد تعرض هذا التعريف الى انتقاد لأنه لم يعالج مسألة حق المستفيد في تمديد خطاب الضمان .
- يحقق خطاب الضمان مصلحة لإطرافه الثلاث .. اذ يستفيد منه المصرف الذي اصدره لانه يتقاضى عمولة نظير اصداره و يستفيد منه عميل المصرف لأنه يجنبه تقديم تأمين نقدي , ويستفيد منه الذي صدر الخطاب لصالحه اذ يجنبه الخطر المحتمل لان الخطاب يعد بمثابة غطاء نقدي يلتزم به المصرف وهو ضامن ذو مركز مالي متين .
- من سمات خطاب الضمان بأنه شخصي ولا يجوز تحويله او تظهيره وغير قابل للتداول .... ولا يستطيع دائني المستفيد الحجز على قيمته او ان يستعملوه بدلا منه او يجبروه على استعماله
- خطابات الضمان على نوعين ..... خطابات ضمان داخلية وهي التي تصدر بطلب من عميل محلي ولمنفعة جهة محلية , وخارجية وهي التي يكون فيها عنصر اجنبي بحيث يستلزم اصداره لمنفعته تدخل مصرف مراسل او فرع في الخارج للمصرف المحلي , وخطابات الضمان المحلية عديدة كمركية وملاحية ومهنية .... بالإضافة الى خطابات ضمان المناقصات والمزايدات سواء كانت ابتدائية او نهائية او لضمان الدفعات المقدمة او للمكائن والمعدات .
- ان موضوع التعهد في خطاب الضمان هو دفع مبلغ من النقود , أي لا يضمن التزامات العميل وإنما يلتزم بدفع مبلغ محدد او قابل للتحديد وخلال مدة محددة ولغرض محدد ولا يمكن ألا ان يكون شكليا .

---

[89]انظر نقض مصري 14 مارس 1972 المحاماة س 55 , ص 84 حكم نقض رقم 684 لسنة 48 ق في 12 ابريل 1982 مجموعة احكام النقص ج 1 ص 395 وكذلك حكم نقص رقم 13 لسنة 50 ق بتاريخ 30 ديسمبر 1985 وكذلك حكم النقص رقم 37 لسنة 29 جلسة 1964/5/14 .

- اختلف الفقهاء في امكانية المستفيد تمديد مدة خطاب الضمان على غرار سحبه خلال مدة نفاذه , حيث يمثل تاريخ نفاذ الخطاب اقصى تاريخ يمكن له المطالبة بقيمة خطاب الضمان ولكن يفترض ان يكون هناك حق للمستفيد في تمديد خطاب الضمان لأنه صدر لمصلحته ما دام الالتزام التعاقدي قائما بين العميل والمستفيد .
- ينقضي خطاب الضمان اما بالوفاء اذا كان خلال مدته ومتعلقا بموضوعه والغرض الذي صدر من أجله او مقابل الوفاء .
- لا يمكن ان تطرأ تعديلات على خطاب الضمان ... إلا في حالات اندماج مصرف بمصرف اخر او انحلاله وافلاسه ... أو تغيير في شخصية العميل أو اسمه كأن شركة تؤول او تدمج اموالها بشركة اخرى او في حالة إحالة اختصاصات الجهة المستفيدة إلى جهة اخرى بحقوقها وديونها بموجب قانون أو قرار إداري ... أو تعديلات على مبلغ الخطاب بزيادته أو تخفيضه اما التعديل على غرض خطاب الضمان فأنه امراً مستبعداً.
- ان دوائر الدولة في العقود الحكومية تطالب المقاولين والمجهزين بتقديم خطابات ضمان بدلاً من التأمينات النقدية، سواء التأمينات الاولية عند تقديم العطاءات او التأمينات النهائية لضمان حسن تنفيذ العقود، كما تطلب خطابات ضمان لقاء الدفعات (السلفه المقدمه) ولضمان تجهيز وتصنيع المعدات والصيانة بالاضافة إلى اهميتها في عقود التجارة الدولية.والاساس القانوني لهذا تعليمات تنفيذ العقود الحكوميه رقم (1) لسنه 2007 .
- هناك نصوص قانونية صريحة مؤيده بقرارات محكمة تميز العراق .. التي تؤكد على قيام المصرف بالدفع الى المستفيد بمجرد المطالبة بدون قيد او شرط ألا ان مصرف الرافدين .. يحاول تفسير النصوص القانونية بأكثر مما تتحمل وباتجاه عدم الدفع الا بعد توفر شروط معينة لا اساس قانوني او فقهي او قضائي لها .
- ان مصرف الرافدين بسبب تفسيره هذا قد ضيع الكثير من المبالغ على الجهات العراقية لصالح المقاولين والشركات الاجنبية .
- ان اجراءات مصرف الرافدين هذه .. . تتعارض مع طبيعة خطابات الضمان وخصوصيته ولها اثار خطيرة على النشاط الاقتصادي وكان السبب الرئيس وراء هذا الاجراء هو عدم احتفاظ مصرف الرافدين بغطاء كاف من المقاولين والشركات الاجنبية والمفروض ان يتحمل نتيجة خلله هذا لا ان يحمله الى المستفيدين .
- ان جزءا من اسباب اجتهاد مصرف الرافدين هو اقتضاب النصوص القانونية المتعلقة بإحكام خطاب الضمان في القانون التجاري العراقي مما يتطلب الامر تعديل هذه المواد وإضافة احكام جديدة تمنع الاجتهاد .

- في الوقت الذي تؤكد التشريعات المنظمة لخطابات الضمان وأراء الفقهاء وقرارات المحاكم العليا بأن تسدد مبلغ خطاب الضمان ..غير مقيد بشرط ... فأن مصرف الرافدين ...امتنع عن تسديد الكثير من خطابات الضمان او الجهات المنفذه وخصوصاً في مجال المقاولات تحت ذريعة بأنه وعد مشروط بحصول الضرر الذي يجب تعيينه من قبل المستفيد وقيمته وأثاره ومتسببا به العميل الامر .
- ان اصدار خطاب الضمان من قبل المصرف لصالح دائن الامر (العميل) فأن المصرف لا يضمن حسن تنفيذ العميل لالتزامه قبل دائنه فهو لا يراقب هذا التنفيذ ولا يتعهد ان يقوم بتنفيذ الالتزام بدلا وإنما هو يلتزم بدفع المبلغ المعين او القابل للتعيين – بحسب كل حال – ايا كانت التزامات العميل وايا كان مقدار مديونته .

التوصيات

1) تعديل المادة 290 من قانون التجارة العراقي بإضافة فقرة لها تكون فقرة (ب) ويكون اصل المادة الفقرة (أ) وكالأتي :

المادة -290- - أ- لا يجوز للمصرف ان يرفض الاداء للمستفيد لسبب يرجع الى علاقة المصرف بالأمر او المستفيد او الى علاقة الامر بالمستفيد .

- ب- يكون الضرر مفترضا عند مطالبة المستفيد بقيمة خطاب الضمان , ويجوز للأمر اثبات خلاف ذلك , ولا يؤثر اقامة الدعوى على اجراءات الدفع ولا يجوز للمصرف الاحتجاج بإقامة الدعوى عند مطالبة المستفيد له بالدفع

2)تعديل المادة 291 من قانون التجارة العراقي بإضافة فقرة ثالثا لها كالأتي :

ثالثا : يجوز للمستفيد طلب تمديد خطاب الضمان في حالة عدم تنفيذ الامر لكافة التزاماته التعاقدية .

3) تعديل نموذج خطاب الضمان المعد من قبل مصرف الرافدين والمصارف الاخرى ليأخذ بنظر الاعتبار التعديلات المقترحة في الفقرتين في الاعلى .

4) الزام الجهات المنفذة بالمطالبة بتمديد خطاب الضمان قبل فترة مناسبة وعند عدم الحصول على التمديد الغاء طلبها بالتمديد والمطالبة بسحب قيمته وبوقت مناسب وقبل انتهاء مدى نفاذه .

5) تحديد سقف زمني للمصارف التجارية للإجابة على طلبات الجهات المستفيدة بالتمديد او سحب خطاب الضمان .

6) كما لاحظنا هناك دول عربية لم تضمن تشريعاتها احكاما لخطاب الضمان , وبهذه الحالة ينبغي الاستعانة بالقواعد الموحدة الصادرة من غرفة تجارة باريس رقم 458 لسنة 1993 والمتعلقة بخطاب الضمان لدى الطلب وكذلك اتفاقية الاونسترال الصادرة عن الامم المتحدة بشأن خطابات الضمان

المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة الصادرة سنة 1995 [90]وإدراجها ضمن قواعد التشريع المنظمة لخطابات الضمان والتي تعالج الاشكالات المترتبة عن هذه العملية من عمليات الائتمانات المصرفية .

7) كما يتطلب الامر من الدول العربية ومن ضمنها العراق تعديل قوانينها التجارية بما يتماشى والقواعد الموحدة والاتفاقات المشار اليها في الفقرة (6) اعلاه .

8) كما يتطلب الامرتشريع بعض الاحكام الوارده بأمر سلطه الائتلاف الموقتة (المنحله) رقم (87) لسنه 2004 بدلا من الرجوع اليه بأصدار التعليمات كما هو الحال بأصدار تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2014.

9) اعادة النظر بشروط المقاولة الصادرة عن وزارة التخطيط لمضي مدة أكثر من خمسة وعشرين سنة على اصدارها في ضوء التطورات على احكام العقود الدولية.

10) التأكيد على الالتزام بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2014والشروط العامة للمقاولات من قبل دوائر الدولة كجزء من متطلبات الاصلاح المالي والاداري.

11) توحيد الاحكام الخاصة بخطابات الضمان واحالة المناقصات بعقود المقاولات والتجهيز الحكومية على مستوى الدول العربية وتنشيط عمل غرفة التحكيم العربية لترقى بعملها إلى مستوى عمل غرف التحكيم الدولية.

12) واخيرا نرى بأن اساليب تنفيذ المناقصات في التعليمات السابقه التي كانت تتضمن (المناقصه العامه ، المناقصه المحدوده ، الدعوه المباشره ،العطاء الواحد ،الشراء المباشر)افضل من الاساليب التي اوردتها تعليمات تنفيذ العقود الحكوميه رقم (1) لسنه 2014 بالاضافه الى ملاحظات اخرى لامجال لذكرها لعدم علاقتها بموضوع هذه الدراسه .

المصادر

1- د.احمد غنيم ،خطاب الضمان ،دار النهضه العربية،القاهرة،ط1، 2000.

2- القيلوي سميحه، العقود التجارية وعمليات البنوك، القاهرة 2000.

3- ابو صفيه باسم محمد الغش كاستثناء على مبدأ استقلاليه خطاب الضمان ، جامعة عمان العربية 2003.

4- ايهاب محمد نور عبد الله، خطاب الضمان في ضوء الشريعه والقانون والقواعد الدولية، رساله ماجستير في القانون الخاص جامعة بصريا 2009.

5- المحاماة نت ، خطال الضمان صفات واثارة والفرق بينه وبين الكفاله المصرفيه موقع على الانترنت.

[90]انظر عبد الله امين عثمان , خطابات الضمان المصرفي في القانون التجاري ,دراسة مقارنة بين التشريع المغربي واليمني , بحث لنيل الدبلوم في القانون الخاص جامعة عبد المالك السعدي , كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية , طنجة , 2010 / 2011 .

6- أ.د الصديق محمد الامين الضرير، خطابات الضمان في الشريعه الاسلامية، مجله الشفاء.
7- د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، الاوراق التجارية، ج2 دار الثقافه والنشر والتوزيع 2009.
8- د. ربحي احمد عارف، خطاب الضمان في مقاولات الانشاء، مجله التربية الاساسية عدد 67سنة 2011.
9- د. محمد سمير الشرقاوي، القانون التجاري، القاهرة، ج2، 1981.
10- محمد عبد الرحيم عنبر، الموسوعه الشامله للمبادئ القانونية في مصر الدول العربية ج10 دار الشعب القاهرة 1970.
11- منتصر محمد صالح مستشار مالي مقال على الانترنت موقع بيت – كوم.
12- صالح محمد القرا، خطابات الضمان ودورها في نشاط المقاولات الخاصة، مقال على الانترنت.
13- د.علي جمال الدين، عوض ، خطابات الضمان المصرفيه، دار النهضه العربية 2000.
14- د. عبد القادر ورسمه غالب، متطلبات خطاب الضمان المصرفيه، جريدة عمان مقال منشور على الانترنت.
15- عبد الله ابن عثمان، خطاب الضمان المصرفي، دراسة مقارنه بين التشريع المغربي واليمني طنجه 2011/2010.
16- نسيبه إبراهيم حمو، خطاب الضمان، رساله ماجستير إلى كلية القانون السياسة 1980.
17- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
18- القانون المصري بشأن المزايدات والمناقصات رقم 89 لسنة1998.
19- قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1980
20- القانون التجاري المصري رقم 17 لسنة 1999.
21- القانون التجاري الكويتي رقم 68 لسنة 1980.
22- القانون التجاري اليمني رقم 32 لسنة 1991.
23- القانون التجاري القطري رقم 27 لسنة 2006.
24- قانون المعاملات التجارية الاماراتي رقم 18 لسنة 1993.
25- مشروع قانون التجارة الفلسطيني.
26- مجلة الاحكام العدلية العدد/1 السنة الثانية 1977.
27- مجلة الاحكام العدلية العدد، 1، 2، 3،4 ،1980.
28- مجلة القضاء التي تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية العدد/3 سنة 23، 1968.
29- مجلة القضاء التي تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية العدد/4 سنة24، 1969.

30- تعليمات المناقصات (الشراء والتجهيز) لدوائر الدوله والقطاع العام الصادرة عن هيئة التخطيط عام 2001.

31- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم1 لسنة 2014الصادرة عن وزارة التخطيط والتعاون الانمائي، المنشوره في الجريده الرسميه العدد 4325 في 2014/6/6.

32- شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية الصادرة عن وزارة التخطيط في العراق 1988.

33- شروط المقاولة لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية الصادرة عن وزارة التخطيط في العراق 1988.

34- قرارات القضاء في العراق ومصر.

35- مشروع القواعد الموحدة لضمانات العقود- غرفة تجارة باريس.,

36- الاصول الموحدة لكفالات العقد – غرفة تجارة باريس