الكفالة المصرفية

م.م.حاتم عراك عفتان الجميلي
جامعة الفلوجة– كلية العلوم التطبيقية

Banking Guarantee

Asst. Lect. Hatem Arak Aftan
University of Fallujah/College of Applied Sciencec

المستخلص: الكفالة المصرفية هي نوع من أنواع الائتمان المصرفي, يلجأ من خلالها المدين للبنك ليضمن له سداد دينه المترتب في ذمته اتجاه دائنة حين تمنعه عن السداد, وقد يكون اللجوء للكفالة بسعي من الدائن الراغب في ضمان سداد دينه في موعد استحقاقه, وبالتالي الكفالة المصرفية توفر الائتمان والثقة في التعامل بين الأفراد, كما تعود بالربح على البنك من خلال الفائدة والعمولة التي يتقاضها, من هنا تبرز أهمية الكفالة من خلال مساهمتها في تطوير النشاط الاقتصادي, وللكفالة المصرفية أنواع تتماشى مع تنوع الالتزامات التي تضمنها ولها مجموعة من الشروط الموضوعية والشكلية وترتب آثار في ذمة أطرافها و تنقضي لعدة أسباب منها قانونية منها واتفاقية.

الكلمات المفتاحية : المصرف، العميل، الكفالة المصرفي، القرض، التزامات العميل

Abstract: Bank guarantee is a type of bank credit, through which the debtor resorts to the bank to ensure that he pays his debt owed by him towards a creditor when it prevents him from paying, and the resort to guarantee may be at the request of the creditor willing to ensure the payment of his debt on the due date, and therefore the bank guarantee provides Credit and trust in dealing between individuals, as well as

profit for the bank through the interest and commission it charges, hence the importance of the guarantee through its contribution to the development of economic activity. The effects are owed by its parties and expire for several reasons, including legal ones and agreement

Keywords: Bank – Customer – Bank Guarantee – Loan – Customer Obligations

المقدمة

أولاً–التعريف بالموضوع: تُعد الكفالة المصرفية من اهم التسهيلات الائتمانية غير المباشرة التي تقدمها المصارف وذلك لما تقدمه على صعيد تحريك التعاملات التجارية وتنفيذ المشاريع الإنسانية على الصعيد الداخلي والصعيد الخارجي، إضافة لتعزيز الثقة بين اطراف الكفالة إصداراها من مصرف يتمتع بسيولة مالية وسمعة مصرفية حسنة. والكفالة المصرفية التي سوف نتطرق لها في هذا البحث هي نوع خاص من العقود التي قام بتنظيمها المشرع في اغلب بلدان العالم. وتبدو أهمية البحث بصورة واضحه من ان موضوع (الكفالة المصرفية)من المواضيع المهمة من الناحيتين: الاقتصادية: تُعد الكفالة المصرفية من اهم الخدمات المصرفية التي تقدمها المصارف لعملائها، أذ ظهرت عدة اقتراحات وحلول اقتصادية أو العرف المصرفي. أما من الناحية القانونية: فأن الكفالات المصرفية لم تختص الدراسات القانونية بها، ولم تنص اغلب التشريعات وتنظيمه ومنها القانون العراقي، كما اختلفت اغلب القوانين في تكييفها وتحديد طبيعتها القانونية.

ثانياً– أهمية البحث: تبرز أهمية دراسة هذا الموضوع من خلال الوقوف على الدور الذي تلعبه الكفالة المصرفية في توفير الائتمان المطلوب في مجال المعاملات التجارية للدائن والمدين على حد سواء, أذ حتى الدائن يسعى لدى البنك للحصول على الكفالة المصرفية ليضمن استيفاء حقه في موعد الاستحقاق, كما ان الكفالة المصرفية تحقق الربح للبنك من خلال مبلغ الفائدة و

العمولة التي يتحصل عليها من عميله طالب الكفالة, وفي حالة قيام البنك بسداد مبلغ الكفالة فانه عود على المدين بما سدده, الأمر الذي أدى إلى تنافس البنوك في تقديم التسهيلات و تنويع الكفالة بما يتماشى مع تنوع الالتزامات المكفولة و تطورها المستمر.

ثالثاً–إشكالية البحث: ان قواعد الكفالة المنصوص عليها في القانون المدني لم تستطع استيعاب مختلف جوانب الكفالة المصرفية, خصوصاً أنها ذات طابع تجاري وتتعلق بالبنوك التي لها نظام قانوني خاص بها, عليه فان دراسة هذا الموضوع تضعنا أمام الإشكالية التالية هل تكفي قواعد القانون المدني المنظمة للكفالة المدنية لاستيعاب الكفالة المصرفية وإشكاليتها، ام لابد من تنظيمها بأحكام خاصة تراعي طبيعتها التجارية ؟

رابعاً–أسباب اختيار الموضوع: تم اختيار هذا الموضوع لأسباب موضوعية تتمثل في أهمية عقد الكفالة المصرفية كعمل مصرفي, وعدم وجود دراسات كافية حول الموضوع مما يتعين معه البحث فيه للمساهمة في أثراء الرصيد العلمي, ولأسباب ذاتية تتمثل في ميولنا لمجال القانون البنكي كقانون متطور بشكل مستمر ويجمع بين عنصري المال والقانون اللذان يعتبران ركيزة أي دولة في طريقها للنمو والازدهار, وكذلك اهتمامنا بمجال الائتمان المصرفي وأنواعه للدور الذي يلعبه في تحقيق الاستقرار والثقة في مجال المعاملات التجارية.

خامساً–أهداف البحث: تهدف هذه الدراسة لتحديد التنظيم القانوني الذي تخضع له الكفالة المصرفية وبيان الدور الذي تلعبه في مجال المعاملات التجارية كأداة ائتمان.

سادساً–منهجية البحث: اعتمدت في هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي من خلال تصوير المعاملة المصرفية موضوع البحث (الكفالة المصرفية) عن طريق وصف هذه العملية وبيان خصائصها وأنواعها وغيرها وإبراز واهم الحقوق والتزامات القائمة بين اطراف الكفالة كما اعتمدت المنهج التحليلي من خلال بيان طبيعتها القانونية.

سابعاً–هيكلية البحث: لغرض معالجة الإشكالية المطروحة وتحقيق أهداف البحث اعتمدت الخطة البحثية الآتية:

المبحث الأول :– ماهية الكفالة المصرفية

المبحث الأول: الآثار المترتبة على الكفالة المصرفية

المبحث الأول: ماهيه الكفالة المصرفية

تُعد الكفالة المصرفية احدى العمليات البنكية التي يطلق عليها التسهيلات المصرفية غير المباشرة، ومؤداها ان البنك يقوم بالوقوف إلى جانب عميله بضم ذمته المالية إلى ذمة عميله في مواجهة دائن له بالالتزام. والكفالة التي أعنيها في هذه الدراسة ونخصها بالبحث هي الكفالة الشخصية التي يبني عليها تعهد مكتوب من شخص للآخر في سبيل وفاء حقه لشخص مدين لهذا الشخص. وقد نصت عليها الكثير من المواد القانونية والاجتهادات الفقهية. ولغرض الإحاطة بالموضوع سوف نتناوله بالمطلبين الآتيين:

المطلب الأول: تعريف الكفالة المصرفية خصائصها

تُعد الكفالة من الضمانات الشخصية من خلال ضم ذمة مالية أخرى إلى ذمة المدين والغرض منها ضمان الوفاء بالالتزام ، فتعدد المسؤولين عن دين واحد ، يقلل من خطر عدم وفاء المدين ، وقد يكون مديناً بصفة أصلية أو بصفة احتياطية، والكفالة هي الصورة النموذجية للضمانات الشخصية من حيث تأمين الدائن ضد مخاطر إفلاس مدينه وأكثرها انتشاراً في المجال المصرفي لقلة تكاليفها وبساطة الإجراءات عكس الضمانات العينية التي تتصف بالإجراءات المعقدة من تسجيل وإشهار، لذا فقد خصص هذا المطلب لبيان تعريف الكفالة المصرفية وبيان خصائصها من خلال تناولها بالفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تعريف الكفالة المصرفية

أولاً–تعريف الكفالة لغة: كفل (فعل) : كفل يكفل ، كفلا وكفاله ، فهو كافل وكفيل0 والجمع– كفل ، كفلاء، وللمفعول مكفول0 كفل عيشه– تكفل به–قام به وانفق عليه 0وكفلت الأم ولدها اليها ، ضمته اليها[1]، وأكفل ماله :– أعطاه إياه ليرعاه، ﴿ إِنَّ هَٰذَآ أَخِي لَهُۥ تِسع وَتِسعُونَ نَعجَة وَلِيَ نَعجَة وَٰحِدَة فَقَالَ أَكفِلنِيهَا﴾[2] وورد الفعل يكفل في القرآن الكريم بمعنى يتعهد الغير ويرعى شؤونه، ولم يأت بمعنى يضمن. أذ وردت في قوله تعالى: ﴿ إِذ يُلقُونَ أَقلَٰمَهُم أَيُّهُم يَكفُلُ مَريَمَ﴾[3]، وكذلك وردت الكفالة في قوله تعالى: ﴿ إِذ تَمشِيَ أُختُكَ فَتَقُولُ هَل أَدُلُّكُم عَلَىٰ مَن يَكفُلُهُ﴾[4].

أما الكفالة في القانون المدني العراقي لم يرد في التشريع العراقي نص صريح على الكفالة المصرفية ولكن ورد تعريف على الكفالة المدنية في القانون المدني العراقي، أذ نص على ان الكفالة " ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام"[5]. ونلاحظ في نص المادة أعلاه يتبين ان اطراف الكفالة هم الكفيل المتعهد بتنفيذ الالتزام لصالح المستفيد (الدائن) المكفول لأجله الذي بدوره يكون شخصيه اعتباريه والا يجوز ان يكون جهة وهميه غير اعتباريه، ومن خلال ما ورد أعلاه نستطيع ان نكيف أحكام الكفالة المدنية على أحكام الكفالة التجارية "الكفالة المصرفية" من خلا ل ما ورد في التشريعات الغربية ومنها ما ورد في القانون المدني المصري. فقد أورد المشرع تعريف الكفالة بأنه " هو عقد بمقتضاه يكفل شخص بتنفيذ الالتزام بأن يتعهد الدائن بان يفي بهذا بالالتزام ان لم يفي به المدين بنفسه"[6] . يتبين من النص ان اطراف الكفالة هما الدائن أما المدين فلم يتبين من هذا التعريف طرفاً في العقد مع ان الكفالة لا تصبح نافذه اذا كان المدين يلتزم بالدين الذي بذمته. فالكفالة بالأصل هي تأمين شخصي لا تمنحه

(1)معجم المعاني لمجامع- معجم عربي.
(2)سورة "ص، الآية {23}.
(3)سورة آل عمران، الآية {44}.
(4)سورة طه، الآية ، {40}.
(5)المادة (1008) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
(6)المادة (772) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنه 1948.

للدائن حق ولا حق افضليه كما التأمين العيني ولكن تمنحه حقا خصيصا على المدين يسمح هذا الحق لشخص بضم ذمتين إلى ذمة المدين الأصلي وان ذمة الكفيل بقصد تدعيم وتقوية مركز الدائن ضد مخاطر المتقاعس في الوفاء وإذلاله

فالكفالة المصرفية من عمليات البنوك التي يطلق عليها التسهيلات المصرفية الغير مباشرة، مودها ان البنك يقف إلى جانب عميله عندما يضم نفسه إلى ذمة عميله في مواجهة دائن له بالالتزام، ولكن لا يخرج من خزائنه أي نقود عند توضيح الكفالة، ويتعهد البنك للكفيل بان يبق قيمة الكفالة مستقبلا اذا اخل عميله المكفول بالالتزام الذي كفل البنك تنفيذه[1] .

ونرى تفصيلا من هذا التعريف ان البنك يقف إلى جانب عميله أو زبونه عندما يضم ذمته إلى ذمة عميله في مواجهة دائنة ،فيقوم البنك بدفع قيمة الكفالة نتيجة هذا التعهد اذا اخل المكفول بالالتزام الذي كفله البنك تنفيذه . ومن كل هذه التعاريف المختلفة في التشريعات نلاحظ ان التعريف الأصح والأكثر ترجيحاً للكفالة المصرفية هو تعهد خطي مكتوب من قبل البنك أو المؤسسة المصرفية يتضمن هذا التعهد بتنفيذ الالتزام مكفولة اذا اخل مستقبلا بدفع قيمة المبلغ للمكفول بدفع قيمة المبلغ للمكفول به إلى دائني .

وقد تأسست الشركة العراقية للكفالات المصرفية بهدف مساعدة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في العراق للوصول إلى مصادر التمويل الرسمي من خلال المصارف العراقية الخاصة بهدف نظام القروض المضمونة كما أنها تعمل على تشجيع المصارف من اعتماد الأساليب الحديثة في تقييم المخاطر واتباع أنظمة إدارية متطورة أقرت الهيئة العامة التحول إلى شركة مساهمة خاصة من خلال زيادة رأس المال ودخول مساهمين جدد والغاية من الكفالة المصرفية إفساح المجال أمام المعتمد له أو العميل أن يزاول العمل الذي تعهد القيام به مقابل

(1) محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية - عمليات البنوك- دراسة مقارنة،م4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 2008، ص229.

كفالة المصرف له من دون أن يضطر إلى دفع المبالغ إلى يطالب دفعها ضماناً لتنفيذ تعهداته[1].

ومن كل ما تقدم نستطيع ان نقول بشكل أولي ان الكفالة عقد مدني بحسب المواد (1008-1047) ولو كان الكفيل تاجرا أو كان الدين المكفول تجاري ما عدا حالة كفالة الأوراق التجارية التي تعتبر عقد تجاري، غير أننا بالرجوع إلى القانون التجاري العراقي رقم (30) لسنة (1984) النافذ، نجده يُعد الأعمال المصرفية أعمال تجارية من حيث الموضوع، حسب المادة (13/5) منه، ويترتب على اعتبارها عقد تجاري مجموعة من النتائج القانونية، تشكل لنا أساس التمييز بين الكفالة المصرفية والكفالة المدنية التي تعتبر عقد مدني[2].

الفرع الثاني: خصائص الكفالة المصرفية

تتميز الكفالة المصرفية بخصائص تظهر من خلال طبيعة عقد الكفالة وما يترتب على ذلك من اثأر يمكن نرى هذه الخصائص من تعريف عقد الكفالة المصرفية وهي:

1-الرضائية في عقد الكفالة المصرفية: هي عقد رضائي ينعقد وينفذ بتراضي الكفيل (المصرفي) ودائن عميله ويشترط في عقد الكفالة المصرفية ان تكون رضائية المصرف واضحة وصريحة وبعيدة عن لبس أو إبهام حول نية تحمل الالتزام بالتالي فان كتاب التزكية الذي يصدره المصرف لمصلحه احد عملائه يوصي في الأخير موثوق فيه و ويبادر إلى تنفيذ التزاماته في موعدها. ولا يقوم مقام الكفالة المصرفية ولا يعبر عن رغبة المصرف بكفالة العميل

(1) د. ماهر شكري، دور الكفالات المصرفية في التبادل التجاري الدولي، القاهرة، بلا سنة طبع، ص14.

(2) فمن حيث الأثبات ، فأثبات العقد التجاري يثبت بسندات رسمية مثل السندات الرسمية او العرفية وبدفاتر الطرفين والأثبات بالبينة وبأية وسيلة اخرى إذا رأت المحكمة قبولها على عكس التصرفات المدنية، كذلك فيما يتعلق بالتضامن فهناك قاعدة تفترض وجود التضامن التجاري في كل العقود التجارية وتستند إلى وجود قرينة ووجود مصلحة مشتركة دفعت المدينين لا لتزامهم معاً بدين تجاري ومنه كانوا متضامنين في الوفاء إلاّ اذا وجد نص قانوني أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك. ينظر: شعبان فرج، العمليات المصرفية وإدارة المخاطر، محاضرات ملقاة على طلبة ماجستير تخصص اقتصاديات المالية والبنوك، جامعة البويرة، الجزائر، لسنة 2013-2014، ص40.

فيجب ان يكون كلا الطرفين الكفيل والمكفول لديهما رغبة تامة عن التراضي عن هذا العقد المكتوب راضيان كل الرضا عن حقوق والتزامات الطرفين[1].

2-عقد الكفالة المصرفية من عقود التبرع:- ان الفقه والقضاء لم يلتزمان بالمعيار المعتمد في القواعد العامة للتفرقة بين عقود التبرع، وطبقاً للقواعد العامة فان عقد التبرع هو العقد الذي لا يأخذ فيه احد المتعاقدين مقابل لما يعطي مع انصراف النية إلى ذلك[2]، لذا يمكننا ان نلخص ان معيار التفرقة بين عقد المعاوضة عن الأخير معيار ذو شقين:-

أ-انتفاء المقابل أو العوض المقابل، أي ان احد المتعاقدين يعطي شيء الآخر دون ان يأخذ مقابل لذلك الشيء.

ب-نية المتبرع تنصرف إلى الطرف الآخر: أي إعطاء احد المتعاقدين للأخر مقابلا لما يعطي. وتعد الكفالة المصرفية من عقود التبرع أي القيمة التي يدفعها المصرف بدالً من المكفول اذا اخل هذا الأخير بالدفع بدون مقابل من دائن عميلة وان المصرف يرجع إلى عميلة بقيمة المبلغ الذي دفعه إلى دائن عميلة .

3-عقد الكفالة المصرفية يعتبر من العقود الملزمة لجانب واحد: فالبنك في عقد الكفالة يتحمل بمفرده الالتزام الذي ينشأ عن العقد ، و حال تلقى عوضا عن الكفالة فإنه يتلقاها من عميله المدين المكفول من الدائن[3] غير أن هذا لا يمنع أن تكون الكفالة مصدراً لالتزامات متبادلة وملزمة في نفس الوقت بين أطرافها كما لو تم الاتفاق على إنقاص الفائدة عن الدين المكفول ، أو إرجاعه في ميعاد تسديد استحقاقه ، أو التزام الدائن بعدم مطالبة الكفيل ألا في أحوال معينة , فهذا لا يؤثر في كون الكفالة حسب الأصل ترتب آثار في جانب الكفيل فقط أو أنها

(1)أيمان نابوش، الضمان المصرفي" الكفالة المصرفية",م4,منشور على الرابط /detail/law/sy.com.ency-arab/ تاريخ الزيارة 16-6- 2024.
(2)الياس ناصيف، عقود مصرفية، المجلد الثاني، دار الحلبي الحقوقية، لبنان ،2014 ، ص 237.
(3)رقيه جبار ،مصدر سابق ، ص6.

عقد ملزم لجانب واحد قد يكون مصدراً الالتزامات متبادلة بين الأطراف إذا اتفاق بينهم على ذلك[1].

4-الكفالة المصرفية هي عقد تابع: الكفالة المصرفية هي عقد ينشئ التزاماً اثر أبرامه بين الكفيل ودائن عميله، بمعنى ان وجود هذا الالتزام يفترض وجود التزام أصلي بين العميل "المدين" ودائنة بحيث يرتبط التزام الكفيل بالالتزام الأصلي وجوداً وعدماً. بما أن عقد الكفالة المصرفية هو عقد تابع لعقد أصلي ، وعليه فإن عقد الكفالة المصرفية لا يكون صحيحاً، إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً سواء أكان مبلغاً من النقود أم عملاً أم امتناعاً عن عمل فإن كفالة الالتزامات الباطلة تعتبر باطلة ويجوز للكفيل كما للمدين أن يدفع بهذا البطلان. كما يترتب على تبعية عقد الكفالة المصرفية أن المصرف لا يضمن أكثر من مبلغ الدين المكفول، فهو لا يأتي بأكثر من الالتزام الأصلي ولا بشروط جزائية أشد منه. وكذلك لا يضمن المصرف أكثر مما ورد في شروط العقد. إلا أن تبعية عقد الكفالة لا ينزع عنه الصفة الاستقلالية التي يمتاز بها التزام المصرف من الالتزام الأصلي الذي يأتي من اختلاف أطراف كلّ من هذين الالتزامين. ويترتب على خاصيّة التبعية في الكفالة المصرفية أن الالتزام الناجم عنها لا يكون صحيحاً إلا إذا كان الالتزام الأصلي صحيحاً، وأنّ المصرف الكفيل لا يضمن أكثر من الدين المكفول وأنّ مصير التزام الكفيل يتبع مصير التزام المدين المكفول من حيث سريان التقادم والانقضاء[2].

5-الكفالة البنكية تقوم على الاعتبار الشخصي: لما كان الائتمان يقوم على الثقة ، فالدائن ال يمنح ثقته لمدينه إلا بعد التحقق من مصداقية على الوفاء بالتزامه، بالإضافة إلى سمعته وشيوع حرصه على الوفاء بالتزاماته، لذلك تقوم الكفالة بوجه عام، والكفالة البنكية بوجه خاص

(1)محمود الكيلاني ، مصدر سابق، ص 233.
(2)أيمان نابوش، مصدر سابق،584 .

على الاعتبار الشخصي غير أن هذه الخاصية قد تتأرجح قوتها تبعا لنوع العلاقة المترتبة على الكفالة[1].

6-تجارية عقد الكفالة المصرفية: تعدّ الكفالة المصرفية "بخلاف الأصل في الكفالة عموماً" عملاً تجارياً بحكم ماهيتها الذاتية فبالنسبة إلى المصرف بوصفها من العمليات المصرفية. أمّا بالنسبة إلى المستفيد من الكفالة المصرفيّة فتجاريّة هذا العقد تعتمد على صفته الشخصيّة وطبيعة العمليّة التي تمّت الكفالة لمصلحتها. ويترتب على اعتبار الكفالة المصرفية عملا تجارياً بطبيعته فأنه يجب ان تخضع للأحكام الخاصة بالقانون التجاري خاصة تلك المتعمقة بالثبات وتلك المتعلقة بالضمان والتضامن في خضوع المنازعات المترتبة على الكفالة من حيث اختصاص المحاكم التجارية. فيجب ان تخضع جميع معاملا ت المصرفية لصفة التجارية والقانون التجاري لان غالباً ما تحصل منازعات فيتعذر على المحكمة المدنية ان تحل هذه المنازعات فتلجأ إلى المحاكم التجارية كل هذه المنازعات خصوصاً تلك المتعلقة بالضمان...[2] .

ومما يضاف إلى ما تقدم ان عقد الكفالة يعتبر من العقود المسماة لذلك يشترط لانعقاده شروطاً موضوعية كأي عقد من العقود المدنية والتجارية، وبالتالي يخضع في أبرامه وتنفيذه إلى قواعد التشريعية العامة وهي (الأهلية، والمحل، والسبب) ويمكن عرضها على النحو الآتي:-

أولاً-الأهلية:- إن اهم ما يثار في موضوع الأهلية في هذا الاطار هو ان صفة الكفيل تتحكم في الأهلية المطلوبة في الالتزام، وبمأن شركة العراقية للكفالات شخص معنوي فهي تتمتع بأهلية من تأريخ قيدها في السجل التجاري وبالتالي تخولها التصرف في الأموال القائمة أو اكتساب أموال جديدة ويجب ان تتوافر في المصرف معايير معينة لقبول مشاركته في برنامج القروض التابع للشركة، فيجب ان يكون المصرف تجاري تعود ملكيته للقطاع الخاص بشكل كامل وان لا يكون مملوكاً بشكل جزئياً او كلياً للدولة، وان يمتلك موارد بشرية متخصصة وذات

(1)هشام طارق- الياس الهرار، عرض حول موضوع الكفالة البنكية، جامعة عبدالملك السعدي ، تطوان. 2018، ص20.
(2)عصمت عبد المجيد بكر ،الوجيز في العقود المدنية المسماة "الكفالة "،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان. ص30.

خبرة ومصادرة مالية وتشغيلية للمشاركة في إقراض المشاريع الصغيرة والمتوسطة، وان يتعهد المصرف بأرسال تقاريره بشكل دوري للشركة والبيانات المالية المدققة للفروع، والاهم من ذلك كله يجب ان يكون للمصرف سلطة التوقيع على الكفالات المصرفية[1].

ثانياً–المحل:– ويتمثل محل عقد الكفالة منح الضمان، ومحل التزام الكفيل في الأداء المحتمل لدين المدين الأصلي فيجب ان يكون محددا، كما يمكن ان ترد الكفالة على محل غير محدد شريطة ان تكون الإشارة إلى الالتزام الأصلي غير محدد في عقد الكفالة إشارة صريحة وشريطة ان يتضمن هذا الالتزام على الأقل تعييناً للمدين وإمكانية لتحديد نطاق الدين[2].

وعليه لا تعتبر الكفالة صحيحة اذا خلت من إمكانية تحديد الدين كما ان طبيعة الدين المضمون ينبغي ان يكون محددا أو قابلا للتحديد، وفيما يتعلق بمقدار الدين فإذا لم تكن الكفالة قد حددت صراحة بمبلغ معلوم أو بجزء معين من الالتزام المضمون فإن الكفيل يضمن التعويضات والمصروفات التي يتحمل بها المدين الأصلي بسبب عدم تنفيذ الالتزام كما يتعين ان يكون محل الكفالة المصرفية مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة[3].

ثالثاً–السبب:– من اهم المشاكل القانونية المترتبة على عقد الكفالة المصرفية هي صعوبة التمييز بين السبب والمحل في عقد الكفالة هذا، ولا ينبغي بحث التزام الكفيل (الشركة العراقية للكفالات المصرفية) في اطار العلاقة التي تربط الدائن بالكفيل مدام ان عقد الكفالة كما سبق القول هو عقد ملزم لجانب واحد على انه يمكن تحديد السبب الشخصي أو الدافع لالتزام الكفيل في اطار العلاقة التي تربط الدائن بالمدين، بغية تحديد السبب الدافع لحصول المدين على الائتمان ويشكل السبب الشخصي في الكفالة احد اهم الوسائل القانونية لمراقبة مشروعية الالتزام، وعليه يعتبر عقد الكفالة باطلاً اذا كان سبب التزام الكفيل، هو الحصول على الائتمان

(1)مصطفى رشدي شيحة، النقود والمصارف والائتمان، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999، ص54.
(2)عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، حقوق الطبع محفوظ لدى وزارة التعليم العالي، 1980، ص95.
(3)د. جمال عبد كاظم الحاج ياسين وآخرون، التنظيم القانوني لعقد الكفالة المصرفية- دراسة قانونية للشركة العراقية للكفالات المصرفية،بحث في مجلة جامعة الأمام جعفر الصادق للدراسات القانونية- كلية القانون،ع1، ب س.ن، ص16.

الممنوح للمدين بحيث يكون الكفيل ضامناً وفي نفس الوقت مستفيداً من الائتمان دون ان تكون له صفة المدين الأصلي في الالتزام[1].

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للكفالة المصرفية

نتناول في هذا المطلب الطبيعية القانونية للكفالة المصرفية من خلال بيان الطبيعة التجارية للكفالة والتي تميزها عن الكفالة المدنية وتأتي طبيعة الكفالة المصرفية من خلال الدور الهام الذي تقدمه في مجال تحريك التبادلات التجارية وتنفيذ المشاريع الإنشائية على الصعيد الداخلي والصعيد الخارجي، إضافة إلى تعزيز الثقة بين اطراف الكفالة لا صدارها من بنك يتمتع بعبائه مالية وسمعة مصرفية جيدة[2].

والكفالة المصرفية كما مارستها البنوك حققت فوائد متوازنة فيما بين البنك والكفيل وعميله المكفول، فمن جهة يحقق البنك فوائد على المبلغ الذي يتعهد بوفائه عند تحقيق الشرط دون ان يدفعه وعند ابرم عقد الكفالة ،كما يحقق عمولة أجراء عملية بنكية لصالح عميله تعتبر واحدة من العمليات التي يمنحها لو على شكل تسهيلات ائتمانية، ومن جهة ثانية، يستطيع العميل ان يزاول العمل الذي تعهد القيام به مقابل كفالة البنك دون ان يضطر إلى وضع مقابل نقدي[3]. الكفالة المصرفية كما مارستها البنوك حققت فوائد متوازنة فيما بين البنك والكفيل وعميله المكفول، ضمن جهة يحقق البنك فوائد على المبلغ الذي يتعهد بوفائه عند تحقيق الشرط دون ان يدفعه عند أبرام عقد الكفالة، كما يحقق عمولة أجراء عمليه بنكية لصالح عميله تعتبر واحدة من العمليات التي يمنحها له شكل تسهيلات ائتمانية، ومن جهة ثانية يستطيع العميل ان يزاول العمل الذي تعهد القيام بمقابل كفالة البنك دون ان يضطر إلى وضع مقابل نقدي[4].

([1]) داوودي خليفة، النظام القانوني للكفالة المصرفية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الجيلالي،2018، ص29.

([2])هاني احمد عبد الفتاح، التحكيم في الضمانات المصرفية،ط1،دار الدراسات العربية للنشر، مصر، 2018،ص12.

([3])محمود الكيلاني، عمليات البنوك دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص 229.

([4])هاني احمد عبد الفتاح ،مصدر سابق ،ص 82.

ونرى بان الكفالة ذات الأنواع المختلفة قد احتفظت بصورتها الأصلية كعقد من العقود العامة التي نص عليها القانون وكذلك قد تعارف الناس على التعامل به واعتقدوا الزامية في المسائل المدنية والتجارية خصوصاً. وقد نصت المادة ١٠١٦مدني عراقي على انه (١-كفالة المدين في الدين التجاري تعتبر كفالة مدنيه حتى لو كان الكفيل تاجرا ٢-على ان الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو تظهير هذه الأوراق يكون دائما كفالة تجارية)[1]. فلا تتغير صفة الكفالة ان كانت مدنية أو تجارية غير ان المشرع العراقي استثنى من هذا الحكم الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً، تعتبر عملاً تجارياً وقد عرفها البعض أنها الكفالة بوجه رضائي الذي بمقتضاه يتكفل المصرف بتنفيذ الالتزام الذي يقع على عاتق العميل بان يتعهد المصرف لهذا الأخير بان يفي بهذا الالتزام ان لم يفي به المدين بنفسه.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على الكفالة المصرفية

بما ان الكفالة عقد بين الكفيل والدائن، ويترتب عليها علاقه تربط بينما، وتجعل للدائن الحق في الرجوع على الكفيل اذا لم يفي المدين بدينه لدائن. وبما ان التزام الكفيل هو الالتزام تابع لالتزام المكفول، وليس لكفيل مديناً اصليا بالدين، بل قام بإيفاء بدل عن المدين الأصلي ولذلك فإذا أوفى الكفيل المدين، فيكون له حق الرجوع على المدين الأصلي وعلى غيره من الملتزمين بالدين .وبذلك سنتناول الآثار المترتبة على الكفالة المصرفية والذي سيقسم إلى مطلبين وكما يأتي:

المطلب الأول: حقوق والتزامات العميل

تتحدد التزامات الأطراف وفقاً للعقد المبرم فيما بينه وبين الكفيل على أساس الحرية التعاقدية وبذلك يلتزم بما وجب عميله ومن هذا العقد بالإضافة إلى ما أوجبه القانون. بالنسبة

(1)القانون المدني العراقي رقم 40 لسنه 1951.

للمدين (العميل) تتحدد حقوقه والتزاماته بما ورد في العقد حيث يعتبر اكثر الأطراف ضعفاً فعليه عدة التزامات لأن وهو الذي يطلب المساعدة من الكفيل وعليه والضمان أما حقوقه فتعتبر معدومة فليس من حقه سوى التمسك بصحة العقد أو بطلانه ، وعليه سنبين كل ذلك في الفرعين التالين:

الفرع الأول: التزامات العميل "المدين "

تحدد التزامات العميل في اتجاه البنك برد القيمة أو المبلغ الذي التزم بدفعه للمستفيد، كما يلتزم بدفع العمولة والمصاريف، ومضمون هذه الالتزامات يتحدد في ضوء شروط عقد الائتمان والضمان المبرم بين البنك وعميله والشروط العامة لكفالة التي يستقل البنك بوضعها ، ويحكم الحالة عليها في بنود عقد الكفالة، وعمى ذلك فالالتزام الأول والأساسي الذي يرتبه عقد الائتمان بالضمان في ذمة العميل هو رد الضمان إلى البنك اذا ما قام البنك بدفعه مستفيد بمقتضى خطاب الضمان. ومن خلال الشرح السابق نستطيع ان نكيف أحكام الكفالة والتزامات وحقوق العميل تجاه المصرف حيث ان أول التزام يقع على عاتق المدين هو رد المبلغ الذي تعهد الكفيل به[1].

الفرع الثاني: حقوق العميل "المدين "

أما حقوق العميل فتكمن في كون المدين من اكثر الأطراف ضعفاً، أذ يكون هو الطرف الذي يطلب كفالتة في حالة عدم استطاعته الدفع وعدم مقدرته على التنفيذ، أذ تُعد حقوقه نسبة معدومة فليس من حقو سوى التمسك بصحة العقد المبرم وبطلانه. فمن حق المدين ان يتمسك بنقص أهليته لإبطال العقد المنشئ للالتزام الأصلي، واذا كان للمدين ان يحتج ضد الدائن بدفوع تتعلق بصحه حقه أو بانقضائه كان لو ان يحتج بهذه الدفوع في مواجهة الكفيل، وعلى ذلك كان حق الدائن ناشئاً عن عقد قابل للأبطال لمصلحة المدين، وكان للمدين ان يتمسك بإبطاله في مواجهة الكفيل، ولو كان الدائن قد أخطر المدين ان يتمسك

(1)عزيز العكيلي، الأوراق التجارية وعمليات البنوك،ج2، الدار العلمية لنشر والتوزيع، جامعة عمان،2002، ص460.

إبطاله في مواجهة الكفيل، ولو قبل الوفاء وفي ذلك يختلف الرجوع بدعوى الحلول عن الرجوع بدعوى الكفالة[1].

ونرى انه في دعوى الكفالة انه في دعوى الكفالة يمتنع على المدين التمسك بالدفوع ضد الكفيل على العكس من دعوى الحلول كما له الرجوع على المصرف بما دفع من مصاريف ونفقات التي سبق ان دفعيا إلى المصرف. ومن حق المدين التمسك بعدم التنفيذ على أمواله في حالة اذا كانت أموال المدين أو ما يملكه أو بعدم الحجز على الراتب بقدر الخمس. وكذلك يستطيع التمسك بحقه بالدفع بانقضاء الكفالة بالمقاصة أو بالتجديد أو بالإحالة[2].

المطلب الثاني: حقوق والتزامات المصرف

لم ينص المشرع العراقي صراحة على حقوق والتزامات المصرف تجاه الأطراف، لكن نستطيع ان نستنبط التزامات المصرف من خلال الأحكام العامة والعلاقة بين اطراف الكفالة المدنية وبالتالي نستطيع ان نكيف الأحكام العامة للكفالة المدنية والعلاقة ما بين الكفيل والدائن وتطبيقها على الكفالة المصرفية حيث نصت المادة 1020 وما بعدها من القانون المدني العراقي للدائن مطالبة الكفيل بالدين المكفول به ومطالبته حالا اذا كان الدين معجل في حق الأصيل والكفيل فإن كان مؤجل ولو في حق احدهما طولب الكفيل عند حلول الآجل. ولغرض الإحاطة بالموضوع سوف نتناوله بالفرعين الآتيين:

الفرع الأول: التزامات المصرف

بداية لا بد من البحث في الالتزام الأساسي للمصرف والذي يعد الالتزام الجوهري له، والذي يتمثل بضمان القرض، فالكفالة المصرفية تعد إحدى صور الضمان المصرفي فهي أداة ائتمان يقدمها المصرف لكفالة عميله حيث يتعهّد بموجبها بالوفاء بدين العميل قبل الغير إذا أخلّ

(1)محمد لبيب شنب، التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية ، القاهر ة ، 1974، ص 262 .
(2)المادة 220 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

الأخير بالالتزام الذي كفل المصرف تنفيذه، وبذلك يكون هناك ضم لذمة الكفيل إلى ذمة المكفول، والغاية من الكفالة المصرفية هي إفساح المجال أمام المعتمد له أو العميل ان يزاول العمل الذي تعهد القيام به مقابل كفالة المصرف له من دون ان يضطر إلى دفع المبالغ التي يُطلب إليه دفعها ضماناً لتنفيذ تعهداته[1].

والكفالة هي ضمان خاص يطمئن به الدائن إلى استيفاء حقه من المدين، وهي إما أن تكون ضماناً شخصياً أو عيناً، قد انتشرت التأمينات الشخصية خصوصاً بعد توسع المعاملات بين الناس وقيامها أكثر فأكثر على السرعة والثقة والعلاقة الشخصية[2].

وقد ساهم تطور العمل المصرفي في انتشار هذا النوع من التأمينات، فعرفت البنوك أولاً الكفالة في شكلها التقليدي بحيث يطلب البنك من العميل تقديم كفيل يضمن الدين الذي في ذمته، وقد يكون البنك كفيلاً يضمن عميله في نشأ في ذمته من ديون لدى الغير كالتجار والموردين وغيرهم، ثم تطور نظام الكفالات في المجال المصرفي، فأصبحت للكفالات البنكية أبعاد وصيغا جديدة أوجدها النظام والقانون والأعراف المصرفية واتفاق الأطراف، وأصبحت هذه الصيغ المبتكرة متميزة عن مفهوم الكفالة التقليدية، ونجد من بينها ما يسمى بخطابات الضمان المصرفية التي تقوم البنوك الإسلامية بتقديمها لعملائها.

كما ان الهدف الأساسي من فكرة عمل الشركة هي تقليل نسبة المخاطر ونقص السيولة التي يمكن ان تواجهها هذه المصارف عند منحها القرض لأصحاب المشاريع الصغيرة والمتوسطة، وبالتالي زيادة تحفيز المصارف الخاصة على زيادة حجم التمويل المخصص للمشروعات الصغيرة، حيث تمنح الشركة العراقية للكفالات المصرفية، قروض وتكون على نوعين :- الأولى قروض مدة استحقاقها من (1-5) سنوات وقد تصل إلى (5000) الف دولار بشرط موافقة إدارة الشركة على منح القرض، ومعدل الفائدة على القروض الممنوحة هو معدل سعر الفائدة الموجودة بالسوق، مضافاً اليه 2% من قيمة القرض كعمولة لضمان

(1)د. محمود لطفي محمود عبد العزيز، تنازع الاختصاص القانوني في خطابات الضمان الدولية، ط1، المركز القومي للإصدارات القومية، القاهرة، ص63.
(2)د. جمال عبد كاظم وأخرون، مصدر سابق، ص19.

القرض، أما آلية تسديد القروض أما بصورة شهرية أو بحسب ما يتفق عليه بين المصرف والمقترض، وبما يتفق مع التدفقات النقدية من المشروع بعد موافقة الشركة[1]. وعودة لموضوع التزامات المصرف فإن هنالك ثمة واجبات تقع على عاتقه يتوجب الإتيان وهي:-

1-التزام المصرف بأداء الدين-: لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل بالوفاء بالالتزام ألا اذا لم يقوم المدين بالوفاء بالتزامه بنفسة، وعلى الدائن أثبات أخلال المدين الأصلي في التزامه حيث يمكن له مطالبة

البنك الكفيل والتنفيذ على أمواله وذلك بحصوله على سند تنفيذي، مثلاً في مواجهة الكفيل ألا ان المشرع منح الكفيل بدفع رجوع الدائن عليه، والتمسك بكل دفوع المدين الأصلي الناتجة عن هذه التبعية. أما في القضاء العراقي اتجهت محاكم الاستئناف والتمييز إلى اعتبار الكفالة المصرفية التي يكون فيها المصرف كفيلا قدم له عطاء كفالته بالضمانة الاحتياطية[2].

وان تعريف الكفالة يستفاد منه ان عقد الكفالة يترتب عليه التزام المكفول والكفيل بالدين، وان الكفيل يلتزم بالدين المكفول ويكون الدائن مطالبة كل من المكفول والكفيل، وهذا ما اخذ به المشرع العراقي حيث ورد النص(للدائن حق مطالبة الكفيل بالدين المكفول به)[3] .

2-التزام المصرف بإخطار المدين:-فقد نصت المادة من القانون المدني العراقي يجب على الكفيل ان يخطر المدين قبل ان يقوم بوفاء الدين فإن لم يقم بإخطار المدين قبل وفاء الدين أو لم يدخل في الدعوى عند مقاضاة الدائن له ، سقط حقه في الرجوع على المدين 000)[4].

ونلاحظ من نص المادة أعلاه ان على المؤسسة المصرفية ان تقوم بإخطار المدين (العميل طالب إصدار الكفالة) عند مطالبة المستفيد أي عند مقاضاة الدائن له، سقط حقو

(1) الشركة العراقية للكفالات المصرفية، تقرير متطلبات التعويض/ 2017-15.
(2) صلا ح الدين الناهي، ا هم الاجتهادات والقرارات القضائية، ج1، مطبعة الحوادث، 1976،ص199.
(3) المادة 1020 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
(4) المادة 1025 من القانون المدني العراقي رقم 40لسنة 1951.

بالرجوع على العميل بالمطالبة بالدين بعد تنفيذ الالتزام أو في حالة وجود أسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه.

3-التزام المؤسسة المصرفية بالمدة:- يضل الكفيل ملتزما إلى حين انتهاء المدة التي حددها الطرفان في العقد، فإن هذه المدة محدده وتبعاً للمبدأ العام المطبق في العقود الغير محددة فإن عقد الكفالة يمكن الغائه من جانب واحد من قبل الكفيل، شرط ان يشعر الدائن داخل اجل معقول ألا ان هذا الفسخ لن يبطل ألا التزاماته المستقبلية دون ان يتحرر الكفيل من التزامه بضمان الدين الأصلي[1].

وان القانون العراقي قد نص صراحة على المدة في المادة 1026 من القانون المدني.(يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفاء الدين، المستندات الأزمة الاستعمال حقه في الرجوع)[2].

نلاحظ ان قاضي الموضوع يحدد نوع عقد الكفالة محدد المدة ام لا بالرجوع إلى العبارات والألفاظ المستعلمة بالعقد.

4-يلتزم المصرف بالمبلغ المحدد (محل الالتزام):- يتحدد التزام الكفيل في أداء مبلغ الدين فضلاً عن التعويضات والمصروفات التي يتحملها المدين الأصلي، غير انه اذا حدد طرفاه نطاق التزام التزموا بمبلغ معلوم من هذ ا الدين أو أجراء معين من الالتزام فإن نطاق الالتزام يبقى في حدود هذا التحديد دون مصارف التعويضات وبذلك فان التزام البنك بالوفاء والأخطار في المدة المحددة ألا بد ان يكون هناك سند تنفيذي ضده كالأوراق التجارية والحكم القضائي، وأعطى الدائن ان يثبت حقو في مطالبة الكفيل على نحو يبين من ان المدين لم يدفع [3].

(1)هشام طارق- الياس الهرار، مصدر سابق، 2018.
(2)المادة 1026 من القانون المدني العراقي رقم 40لسنة 1951.
(3)هشام طارق- الياس الهرار، هشام طارق- الياس الهرار، مصدر سابق، 2018.

الفرع الثاني: حقوق المصرف

حقوق المصرف تتلخص بالدفوع التي يمكن التمسك في مواجهة الدائن، وهي تشمل الدفع ببراءة ذمته تبعا لبراءة ذمة الأصيل لان الالتزام في عقد الكفالة يوصف تبعا للالتزام الأصيل وينهار مع انهياره بمعنى ان ينتهي الدين بانقضاء الدين الأصلي وبانتهاء الدين يؤدي إلى إبراء الكفيل من التزامه بضمان المدين، يستثنى من هذه القاعدة الإبراء الناتج عن الصلح الواقي من الإفلاس وكذلك حالة إفلاس المدين شريطة ان يتقدم الدائن في التفليسة بما يمكنه الرجوع على الكفيل[1].لكن لا يجوز للكفيل الدفع بوجوب مطالبة المدين أولاً، رغم ان هذا الدفع يقرره القانون المدني صراحة وذلك لان كفالة البنك نص فيه، وهذا الدفع قصره المشرع المدني على الكفيل الغير متضامن، أما المشرع العراقي فقد اسقط حقه بالدفع بالتجريد حتى لو لم يكن متضامنا[2]. ويلحق بذلك كل دفع يؤدي إلى انقضاء الالتزام الأصلي المكفول مثل الوفاء بالمقاصة واتحاد الذمة والتقادم بالإضافة إلى بطلان الالتزام الأصلي، ويتمسك الكفيل بهذه الدفوع باسمه لا باسم المدين وهو حق له ولو تنازل المدين عنه ، ونلاحظ فيما سبق الدفوع التي يتمسك بها المصرف تجاه الدائن. وسنتطرق للدفوع التي يتمسك بها المصرف تجاه المدين وهي:-

1-دعوى الحلول: الأصل ان الكفيل في حالة الوفاء بالدين المكفول يحل محل الدائن وقد نصت بذلك المادة ٧٩٩مدني مصري على انه (اذا أوفى الكفيل الدين كان له ان يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق قبل المدين ولكن اذا لم يفي ألا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه ألا بعد ان يستوفي الدائن كل حقه في الدين)[3].

واذا قام البنك بالوفاء فانه يحل محل الدائن في حقوقه قبل المدين ويتمتع بكل الضمانات والامتيازات التي يتمتع بها الدائن هذا علاوة على ان الضمانات التي قد يشترط على المدين

(1)محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك،ج1، دار النهضة العربية، القاهرة ، ،1987، ص153.
(2)محمود الكيلاني ،مصدر سابق ،ص273.
(3)المادة ٧٧٩القانون المدني مصري رقم 131 لسنه1948 .

تقديمها عند أبرام الكفالة .وان حلول الكفيل محل الدائن يدخل في اطار الحلول القانوني فلا يحق للكفيل الرجوع بما وفاه ألا بعد ان يستوفي الدائن كل حقه من المدين فلا يجوز للكفيل ملازمة الدائن فِي رجوعه على المدين بدعوى الحلول[1].

وكذلك وللكفيل(المصرف)حق الحلول محل الدائن بغض النظر عما اذا كانت الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين أو لمصلحة الدائن وسواء تمت بعلم المدين أو دون علمه أو حتى معارضته كما قد يكون الكفيل متضامنا أو غير متضامناً ,عينيه كانت الكفالة ام شخصية ماجورا ام تبرعا[2].

2-الدعوى الشخصية: طبقاً 1033 من القانون المدني العراقي وبالرجوع إلى الأحكام العامة تنص على انه (اذا أدى الكفيل بما كفل به من ماله، فله الرجوع بما أدى على المدين [3].

نلاحظ ان الكفيل له الحق الرجوع على المدين بدعوى شخصية وللكفيل ان ينذر المدين بأنه اذا لم يفي وينفذ الالتزام الذي يقع على عاتقه فانه يقوم برفع دعوى شخصيه ضده سواء كانت الكفالة بناء على طلب المدين أو لا لكنه علم بحصول كفالة ولكنه لم يعارض[4]. وللكفالة المصرفية شروط وهي :

أ-ان يكون اجل الدين قد حل ، والأجل الذي يعتد به هنا هو الأجل الأصلي للدين المكفول وعلى ذلك اذا حل الأجل لكن الدائن قد منح أجلاً جديدا نتيجة اتفاق أو حكم قضائي أو نص قانوني فان هذا لأخير لا يحتج به في مواجهة الكفيل ويستطيع ان يلزم الدائن بقبول الوفاء عند حلول الأجل الأولي[5].

([1])هشام طارق- الياس الهرار، عرض حول موضوع الكفالة البنكية، جامعة عبدالملك السعدي ، تطوان، 2018.
([2])عصمت عبد المجيد بكر ،مصدر سابق ،ص٢٧٢.
([3])المادة 1033 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
([4])عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني -مقاولة -الوكالة -الكفالة ،دار الثقافة والنشر والتوزيع، الأردن ،٢٠٠٩، ص٤٢٤.
([5])هشام طارق- الياس الهرار، مصدر سابق، ص 34.

ب–ان يكون الكفيل قد أوفى بالدين للدائن (المستفيد) حتى يمكنه ان يرجع بالدعوى الشخصية على المدين ولا يقتصر الأمر هنا على الوفاء بالالتزام فقط أنما ينصرف إلى أسباب الانقضاء الأخرى كالمقاصة والوفاء بمقابل أو التجديد أو الإنابة بالوفاء بالوكالة بشرط ان يترتب على ذلك براءة ذمة المدين والا لما امكن الكفيل الرجوع عليه[1] .

ج–على الكفيل ان يخطر المدين قبل الوفاء وعدم المعارضة لهذا الوفاء وقد نصت المادة ١٠٢٥من القانون المدني العراقي بانه (يجب على الكفيل أخطار المدين قبل ان يقوم بوفاء الدين، واذا قاضاه الدائن وجب عليه ان يدخل المدين خصما في الدعوى فان لم يقم بالأخطار المدين قبل وفاء الدين او لم يدخله خصما في الدعوى عند مقاضاة الدائن له ،سقط حقك في الرجوع على المدين واذا كان هذا قد وفى الدين أو ثبت أسبابا تقتضي ببطلان الدين أو انقضائه)[2].ينظر نص المادة ١٠٢٥من القانون المدني العراقي رقم ٤٠لسنه ١٩٥١،وكذلك نص المادة ٧٩٨قانون مدني مصري و المادة ١٠٨٦مدني لبناني . بالإضافة للشروط السابقة للذكر المتطلبة لا قامة الدعوى الشخصية على المدين قبل الكفيل يمكن ان نلخص بعض العناصر التي من خلالها يتمكن المصرف (الكفيل)الرجوع على المدين بكامب مبلغ الدين الذي دفعة لإبراء ذمته ويدخل في هذا المبلغ بالإضافة لا صل الدين الفوائد والمصروفات التي انفقها الدائن للمطالبة المدين وقام الكفيل بدفعها[3].

(1)عصمت عبد المجيد البكر ،مصدر سابق ،ص٢٦٤،٢٦٣.
(2)المادة ١٠٢٥من القانون المدني العراقي رقم ٤٠لسنه ١٩٥١،وكذلك نص المادة ٧٩٨قانون مدني مصري و المادة ١٠٨٦مدني لبناني.
(3)المواد 22و800 من القانون المدني المصري رقم 31 لسنة 1948.

الخاتمة

من خلال استعراض البحث توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نوضحها فيما يلي :

أولاً :النتائج

١–يجب ان يتم تصديق جميع سندات الكفالة لدى كاتب العدل لتصبح وثيقة رسمية يسهل تنفيذها وتعود بإيرادات جيدة إلى خزينه الدولة .

٢–تتميز الكفالة المصرفية عن الكفالة الشخصية ان الكفيل في الاولى المصرف وليس شخصا ولتنظيم القانوني للكفالة المصرفية مختلفا كل الاختلاف عن النظام القانوني في تنظيم الكفالة الشخصية .

3–لكفالة المصرفية عقد يوفر مزايا للدائن والمدين من خلال توفر الائتمان والثقة في المعاملات التجارية عن طريق الدور الذي يلعبه البنك كوسيط مالي وأداة ائتمان, مما يؤدي إلى انتعاش الاقتصاد الوطني و التبادل التجاري.

4–الكفالة المصرفية نظام قانوني خاص, يخضع في جانب منه للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني, غير أن هذا لا يخرجها من طابعها التجاري المتميز عن الكفالة المدنية فهي مستقلة عنها.

ثانياً–التوصيات

١–نقترح توجه المشرع العراقي إلى تنظيم الكفالة المصرفية بشكل دقيق وإيضاح أحكامها بشكل مفصل ودقيق .

2– ضرورة وجود تنظيم قانوني خاص بالكفالة المصرفية لينظم أحكامها و يزيل أي لبس, و ذلك بأدراج نصوص قانونية في القانون التجاري أو قانون المصارف أو قانون البنك المركزي العراقي تنظم الكفالة المصرفية أو إضافة نصوص قانونية خاصة مستقلة بالكفالة المصرفية.

3-بسبب الظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد نقترح توجه المصارف نحو الاستثمارات الدولية لدعم الاقتصاد الوطني وزيادة السيولة النقدية وتوفير وحماية لودائع المودعين .

المصادر

* القران الكريم

أولاً- كتب اللغة:

1-معجم المعاني لمجامع- معجم عربي.

ثانياً- الكتب القانونية:

1-الياس ناصيف، عقود مصرفية، المجلد الثاني، دار الحلبي الحقوقية ،لبنان ،2014 .

2-صلا ح الدين الناهي، اهم الاجتهادات والقرارات القضائية، ج1، مطبعة الحوادث، 1976 0

3-عزيز العكيلي ، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، ج2، الدار العلمية لنشر والتوزيع، جامعة عمان، 2002 .

4-عدنان إبراهيم السرحان ، شرح القانون المدني -مقاولة -الوكالة -الكفالة ،دار الثقافة والنشر والتوزيع ، الأردن، 2009.

5-عصمت عبد المجيد بكر ،الوجيز في العقود المدنية المسماة (الكفالة)،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان ،٢٠١٨ 0

6-طلبة السداسي السابع، شعبة المالية الإسلامية ، سفيان – هشام طارق- الياس الهرار ، عرض حول موضوع الكفالة البنكية، جامعة عبدالملك السعدي ، تطوان، 2018 0

7-محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية (المجلّد الرابع - عمليات البنوك - دراسة مقارنة) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان ، 2008 .

8- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية - عمليات البنوك- دراسة مقارنة،م4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 2008.

9-محيي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك ، ج 1 ، دار النهضة العربية ، القاهر ة ، 1987.

10-محمد لبيب شنب، التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية ، القاهر ة ، 1974 0

11-هاني احمد عبد الفتاح، التحكيم في الضمانات المصرفية، ط1 ، دار الدراسات العربية للنشر،مصر،2018 .

12-ماهر شكري، دور الكفالات المصرفية في التبادل التجاري الدولي، القاهرة، بلا سنة طبع.

13-مصطفى رشدي شيحة، النقود والمصارف والائتمان، الطبعة الاولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 1999.

14-عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، حقوق الطبع محفوظ لدى وزارة التعليم العالي، 1980.

15-داوودي خليفة، النظام القانوني للكفالة المصرفية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الجيلالي، 2018.

16-محمود لطفي محمود عبد العزيز، تنازع الاختصاص القانوني في خطابات الضمان الدولية، ط1، المركز القومي للإصدارات القومية، القاهرة.

ثالثاً- البحوث والرسائل والاطاريح

1-رقيه جبار علي ،الكفالة البنكية الضمان في النفقات العمومية ،مجله جامعة المدية , الجزائر, ع1, 2013

2-شعبان فرج، العمليات المصرفية وإدارة المخاطر، محاضرات ملقاة على طلبة ماجستير تخصص اقتصاديات المالية والبنوك، جامعة البويرة، الجزائر، لسنة 2013.

3-جمال عبد كاظم الحاج ياسين واخرون، التنظيم القانوني لعقد الكفالة المصرفية- دراسة قانونية للشركة العراقية للكفالات المصرفية، بحث مقدم مجلة جامعة الامام جعفر الصادق للدراسات القانونية- كلية القانون، العدد (1)، بلا سنة.

رابعاً –القوانين

1-القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل

2-قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 .

3- القانون المدني المصري رقم 131 لسنه 1948 .

خامساً –المواقع الإلكترونية

1-http://arab-ency.com.sy/law/detail