الإصدار (17) 2025
العدد الخاص بالمؤتمر لطلبة الدراسات العليا
المنعقد بتاريخ 25 ـ 2025/2/26

مجلة رسالة الحقوق ISSN-2032-2075

الطبيعة القانونية للكفالة التجارية (دراسة مقارنة)

Legal nature of commercial guarantee(A comparative study)

بحث مقدم من قبل
الأستاذ الدكتور علاء عزيز الجبوري
طالب الدكتوراه/ مصطفى عبد الكريم داغر
جامعة كربلاء// كلية القانون

الخلاصة

تعتبر الكفالة التجارية عقدًا تجاريا بالغ الأهمية ؛ لما تؤديه من دور فعال في تسيير وتنشيط النشاط التجاري والمصرفي بصورةٍ عامة فضلًا عن إنّها تعد من أبرز الوسائل التي تساهم في تحقيق الإئتمان بصورة خاصة ، وكل ذلك يكون من خلال تمكين الدائنين لصيانة حقوقهم. ولمّا كان لعقد الكفالة التجارية حيزًا مهمًّا في الواقع التجاري للبلد ؛ فقد تناوله المشرع بالتنظيم من خلال بيان نطاقه وبعض أحكامه في المادة (1016)، من القانون المدني العراقي ذي الرقم (40) لسنة 1951، التي نصّت فقرتها الثانية على أنّه" على أنّ الكفالة الناشئة عن ضمان الاوراق الإحتياطية ضمانًا إحتياطيًا ،أو عن تظهير هذه الأوراق تكون دائمًا كفالة تجارية"، وهذا ما جعل للكفالة التجارية صورًا وطبيعة قانونية خاصة تميزها عَن غيرها من العقود كعقد الكفالة المدنية وغيرها من العقود المصرفية الأخرى ؛لذلك يتميز هذا العقد بأنّه أحد العقود الرضائية التي يكون لمبدأ سلطان الإرادة دورًا كبيرًا من لحظة إنشاءه إلى لحظة إنقضائه ؛ لذا لم يفرض المشرع شكلًا معينًا لَه بَل ترك الأمر لإرادة الطرفين ناهيكَ عن إنّ الكفالة التجارية ليست من عقود التبرع فهي دائمًا ما تكون بأجر ذلك ما يجعلها من العقود الملزمة للجانبين التي يكون للإعتبار الشخصي دورًا مهمًا في حياة هذا العقد ذلك أنّ المصارف لا تقوم بمنح الإئتمان لعملائها إلا بعد أن تقوم بعدّة إجراءات من شأنها أن تدقق من خلالها في مدى جدارتهم المالية والشخصية.

الكلمات المفتاحية:- (الكفالة ، المصرف، الإئتمان ، قانون التجارة ، الماهية ، الطبيعة القانونية ، الخصوصية).

Abstract

The commercial guarantee is considered a very important commercial contract; because it plays an effective role in managing and activating commercial and banking activity in general, in addition to being one of the most prominent means that contribute to achieving credit in particular, all of which is through enabling creditors to maintain their rights. Since the commercial guarantee contract has an important place in the commercial reality of the country; the legislator has addressed it with organization by stating its scope and some of its provisions in Article (1016) of the Iraqi Civil Code No. (40) of 1951, whose second paragraph stipulates that "the guarantee arising from the guarantee of reserve papers as a reserve guarantee, or from the endorsement of these papers is always a commercial guarantee", and this is what made the commercial guarantee have special legal forms and nature that distinguish it from other contracts such as the civil guarantee contract and other banking contracts; therefore, this contract is distinguished by being one of the consensual contracts in which the principle of the authority of the will plays a major role from the moment of its creation until the moment of its expiration; Therefore, the legislator did not impose a specific form for it, but rather left the matter to the will of both parties, not to mention that the commercial guarantee is not a donation contract, as it is always for a fee, which makes it a binding contract for both parties, in which personal consideration plays an important role in the life of this contract, as banks do not grant credit to their clients except after they carry out several procedures through which they can verify the extent of their financial and personal worthiness.

Key words:- (guarantee , bank, Credit, commercial guarantee, Legal nature).

المقدمة

أولًا: فكرة البحث

الكفالة التجارية تعد اليوم من الضمانات الشخصية التي لا غنى للتجار عنها لما تقدّمه لهم من حماية لحقوقهم إذ تعد الوسيلة الأساس لتحقيق ميزة الإئتمان ، والكلام عن الكفالة التجارية لا يقتصر فقط عن التعامل في نطاق الأشخاص الطبيعية ذلك أنّ المصارف اليوم تؤدي دورًا فعالًا وحيويًا من خلال منح الكفالات التجارية لعملائها والتي تعد اليوم من الخدمات الأساسية التي لا يمكن للعملاء الإستغناء عنها في الوقت الحالي. وعلى هذا الأساس نجد أنّ القانون خول الدائن الحق في طلب الكفالة التجارية من المدينين ضمانًا لحقوقهم.

ثانيًا: أهمية البحث

تأتي أهمية البحث من المكانة الكبيرة التي تحتلها الكفالة التجارية كونها ضمان خاص ابتدعه العرف التجاري ، فضلًا عن أن القوانين المدنية والتجارية اشارت إليها في نصوصها القانونية ويكون ذلك في جانبين ، أحدهما عملي والآخر نظري ذلك أن أهمية دراسة الكفالة التجارية تبرز من خلال بيان ماهيتها والتي تتخلص في بيان تعريفها تعريفًا جامعًا مانعًا لإزالة الغموض عنها، فضلًا عن بيان خصائصها وأهم أنواعها والطبيعة القانونية التي تتميز بها.

ثالثًا: إشكالية البحث

تتمثل إشكالية بحثنا بصورة أساسية في عدم وجود نظام قانوني يحكم الكفالة التجارية ذلك أن التشريعات المقارنة لم تحسم الأمر بشأنها فالبعض منها لم ينص عليها مباشرة والبعض الآخر نصّ عليها في قانونه المدني مما يؤدي ذلك إلى التشعب في رسم النظام أو الإطار القانوني الذي يحيط بعقد الكفالة التجارية فضلًا عن عدم تحديد طبيعتها القانونية في كونها عقد تجاريا أم عملية مصرفية.

رابعًا: منهجية البحث

تحتاج دراسة الكفالة التجارية إلى منهج علمي لضبط بنية الدراسة ؛ لذلك إعتمدنا في هذه الدراسة منهجاً تحليلياً مقارناً من خلال بيان المفهوم القانوني لهذا العقد ؛ لتمييزه عمّا يشتبه به من العقود الأخرى سواء في نطاقها الصرفي أم المصرفي ؛ ممّا يجعل لهذا العقد نظامًا قانونيًا مستقلًا له من الأحكام القانونية ما ينبغي أن تكون النظام القانوني الحاكم ل ها .

خامسًا: هيكلية البحث

سيتم تقسيم البحث الى مبحثين: يتناول المبحث الأول: مفهوم الكفالة التجارية، وذلك بتقسيمه الى مطلبين: يتناول المطلب الأول: التعريف بالكفالة التجارية، ويتناول المطلب الثاني: خصوصية الكفالة التجارية، إما المبحث الثاني فسيتناول القواعد التي تحكم إنشاء الكفالة التجارية وطبيعتها القانونية وكل ذلك في مطلبين ، ثم ننهي البحث بمجموعة من الاستنتاجات والمقترحات.

المبحث الأول/ مفهوم الكفالة التجارية

إن كانت للكفالة بإعتبارها تصرفًا قانونيًا له أهمية كبيرة في تسيير الأنشطة التجارية والمدنية ، فإذًا لسلطان الإرادة دور كبير في نطاقها ، كما نجد لها تجليات وتطبيقات واسعة في الحياة المدنية والحياة التجارية على حد سواء ، فضلًا عن أنّ لها دلالة واسعة في القانون ، وهذا ما يسبغ عليها صبغة خاصة في جانب المعاملات التجارية وعلى وجه التحديد التنفيذ الحسن وضمان ذلك التنفيذ. ومن منطلق تقديم الضمانات فإنّ الكفالة التجارية من الضمانات الشخصية التي لها مفهوم واسع وخصائص مهمة ، كالرضائية فضلًا عن إنتفاء صفة التبرع فهي لا تكون إلا مقابل عوض معلوم كما إنها لا تقوم في الأساس إلّا على الاعتبار الشخصي، لذا إرتأينا تقسيم هذا المبحث على مطلبين الأول لماهية الكفالة التجارية والثاني لخصوصيتها وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: ماهية الكفالة التجارية

لا شك أن يكون لكل مصطلح مفهوم ودلالة معينة؛ لغرض الوقوف على ماهيته وأهميته وأحكامه، وتحديد طبيعته القانونية التي اختلف الفقه فيها لذلك لابَد من تعريف الكفالة التجارية وخصائصها في فرعين متتالين، على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الكفالة التجارية

يمكننا القول بأنّ للكفالة التجارية تعريفات عِدّه، وهذه التعريفات تارة تختلفْ وتارةً أُخرى تتفق، كُلٌ حَسَب الزاوية التي يُنظر إليها واضعوا هذه التعريفات للكفالة التجارية ، فهُنالك مَنْ يُعرفها على أنّها(الكفالة المُقدّمة مِنْ أحد البنوك لضمان دَين أحد عُملائه مقابل عمولة محدّده)[1]. يبدو لنا، من هذا التعريف انّه اشار إلى مواطن عدة أهمها ، إنّه يبين لنا نوع مهم وحيوي من أنواع الكفالة التجارية ، والتي تعرف بالكفالة المصرفية[2]. فضلًا عن انّه أشار إلى جانب رئيسي مفاده ، انّ الكفالة التجارية تكون بموجب عمولة متفق عليها ، فَهي من عقود المعاوضات التي تبرم بقصد تحقيق الربح ، إلّا ان التعريف لا يخلو من الإنتقادات التي توجه إليه إذا ما أريدَ أن يوضع في قائمة التعريفات التي قَد تُقترح كتعريف جامع للكفالة التجارية ، وَمِنْ أهم هذه الإنتقادات التي توجه إليه أنّ التعريف لم يُبين لنا طبيعة الكفالة التجارية في كونها عقد أم تصرف قانونّي بإرادة واحدة ، فضلًا عن إنّه قَد أشار إلى أحد أنواع الكفالة التجارية متناسيا أنواعها الأخرى التي لا تَقل أهمية عن هذا النوع من الكفالات التجارية. وعلى النهج ذاته عرّف آخرون الكفالة التجارية على إنّها (عَقدْ بمُقتضاه يَكفلْ البنك شخصًا تنفيذ الإلتزام بأن يتعهد للدائن أن يفي بهذا الإلتزام إذا لَم يفِ به المدين نفسه)[3] ، وهنا نرى أنّ التعريف يؤكد على الكفالة المصرفية كنوع رئيس للكفالة التجارية كما إنّه يؤكدّ على طبيعة مصلحة المدين في الكفالة التجارية بأنّها عقد يبرم بين الكفيل (المصرف) والدائن ، فَضلًا عَن بيانة لأحد إلتزامات المصرف ، وهو الإلتزام بالتنفيذ، على أية حال وفيما يخص موقف القانون التجاري الامريكي الموحد (**Uniform Commercial Code The**) الصادر سنة 1952، والمعدل سنة 2003 ، نجد أنّه لم ينص بصورة مباشرة على

الكفالة التجارية، إلّا أنه ومن خلال إستقرائنا للنصوص القانونية التي جاء بها ، يتضح لنا أنّه أشار إليها في مواطن عدّة أهمها ،أنّ الفقرة الثالثة من القسم (3-104) ، من المادة الثالثة التي تناولت بين أحكامها (الصكوك القابلة للتداول) ، والتي نصّت على أنّه "لا يذكر أي تعهد أو تعليمات أخرى من قبل الشخص الواعد أو الآمر بالدفع للقيام بأي فعل بالإضافة إلى دفع الأموال لكن الوعد أو الأمر قد يحتوي على:1- تعهد أو سلطة لتقديم ضمانات أو الحفاظ عليها أوحمايتها لتأمين الدفع". 2- تفويض أو سلطة للمالك للاعتراف بحكم أو تحقيق أو التخلص من الضمانات أو3- التنازل عن منفعة أي قانون مخصص لمصلحة أو حماية الملتزم. 4- شرط يحدد القانون الذي يحكم الوعد أو الأمر. أو5- تعهدًا بحل نزاع يتعلق بالوعد أو الأمر في نطاق محدد[4]. من خلال نص الفقرة الثالثة من المادة الثالثة يتضح لنا أنّ قانون التجارة الأمريكي الموحد نصّ على الكفالة التجارية بصورة غير مباشرة ، ذلك أنّه خول الآمر (المدين الأصلي) بإصدار الورقة التجارية ، من خلال إنّها قد تحتوي على تعهد أو سلطة منه للحصول على ضمان يؤمن للدائن خطر عدم الوفاء ، ومن ثمّ أن هذا الضمان يأخذ شكل كفالة تجارية، وعلى وجه التحديد في نطاق الاوراق التجارية والتي تسمى بالكفالة الصرفية، فضلًا عن ذلك أن المشرع الأمريكي نص في القسم (1-204)، من المادة الاولى على أنّه "باستثناء ما هو منصوص عليه في المواد (3 و 4 و 5 و 6 و12) يعطي الشخص قيمة للحقوق إذا اكتسبها: 1- مقابل التزام ملزم بتقديم ائتمان أو لتمديد الائتمان المتاح على الفور سواء تم السحب عليه أم لا ، وسواء تم النص على رد المبالغ المدفوعة أم لا في حالة وجود صعوبات في التحصيل. 1- كضمان لمطالبة موجودة مسبقًا أو إرضاء كليًا أو جزئيًا لها[5] ؛ وعلى أية حال وعلى الرغم من إشارة المشرع الأمريكي للكفالة التجارية بصورة غير مباشرة ، إلّا إنه يبين لنا أطرافها وماهيتها. أمّا فيما يخص موقف المشرّع المصري ، فلم ينص قانون التجارة المصري المرّقم (17) لسنة 1999 على الكفالة التجارية بصورة مباشرة ، إلا إنّه فضلًا عن ذلك قد أشار إليها في الفقرة الأولى من المادة (418) ، تحت مسمى الضّمان الإحتياطي ، والتي نصّت على أنّه "1- يجوز ضمان وفاء مبلغ الكمبيالة ، كلّه أو بعضه من ضامن إحتياطي". يتضح لنا أنّ المشرع المصري لم ينص صراحة على الكفالة التجارية ، بيد أنّه أشار إليها تحت مسمّى الضمان الإحتياطي ومن خلال ذلك نشير إلى إشكالية مفادها ، أنّ تبني المشرع المصري لمصطلح الضّمان الإحتياطي إتجاه لا يستقيم حسب تقديرنا ؛ لما يوحي بأنّ الكفالة التجارية هي عقد تابع ، وهذا خلاف الأصل لأن الدائن بذلك لا يستطيع أن ينفذ على الكفيل مباشرة ، لما يواجهه من الدفع بالتجريد من قبل الكفيل أثناء مطالبته الأخير بالوفاء ، فضلًا عن انّ المشرع المصري لم يعرف الكفالة التجارية ، ولم يبين أطرافها فضلًا عن بيان طبيعتها. والآن لا يبقى لنا إلّا أن نبين موقف المشرع العراقي ، ذلك إننا نجد أنّ قانون التجارة العراقي المرّقم (30) لسنة 1984 ، سار على غرار التشريعات التي سبقت بأنه لم يورد تعريفًا للكفالة التجارية ، وذلك برأينا لا يعد عيبًا على المشرّع العراقي لأن وضع التعريفات ليست من مهامه إلّا أنّه وعلى الرغم من ذلك نرى أنَّ له موقفًا مغايرًا للقوانين المقارنة السابقة فضلًا عن موقف قانون التجارة الملغى ذي الرقم (149) لسنة 1970[6] ، وموقف القانون المدني العراقي المرّقم (40) لسنة 1951[7] ، حيث أشار إلى الكفالة التجارية تحت مسمى (الضمّان) في المادة (80)، من قانون التجارة العراقي الحالي، والتي نصّت على أنّه "يجوز ضمان وفاء مبلغ الحوالة كلّه أو بعضه من أي شخص ولو كان ممّن وقعوا عليها".

الفرع الثاني: خصائص الكفالة التجارية

من خلال العرض السابق للتعريف الفقهي والتشريعي يتضح لنا إن الكفالة التجارية تتمتع بمجموعة من الخصائص نبينها تباعًا على النحو الآتي:

أولًا- الكفالة التجارية عقد رضائي

تعد الكفالة التجارية عقدًا رضائيًا ؛ حيث تخضع بدورها بشكلٍ عام للقواعد العامة في الإلتزامات[8] ؛ إذ يكفي لإنعقادها تلاقي الإيجاب والقبول بين الكفيل والدائن ، فَلا يعتبر التسليم والكتابة من أركان هذا العقد[9] ، ويترتب على ما تقدّم أنَّ العقد ينتج أثاره بمجرد الإتفاق عليه بتراضي طرَفيه ، وإن تتجه إرادتهما إلى إبرام عقد الكفالة التجارية. وفي التعبير عن الإرادة ، يتبادر للذهن تساؤل مؤدّاه ، ما هي طبيعة الكتابة في الكفالة التجارية ، أي بعبارة أخرى هل انّ الكتابة في الاخيرة للإثبات أم للإنعقاد؟

للإجابة عن هذا التساؤل نقول: أنّه في نطاق القوانين المقارنة نرىّ أن المشرع الأمريكي في قانون التجارة الموحد نصّ على الكتابة في القسم (1-201)/ ثالثًا والتي قضت بأنّه" يُقصد بكلمة (اتفاقية) ، على عكس (العقد)، صفقة الطرفين في الواقع ، كما هو موجود في لغتهما أو يُستدل عليه من ظروف أخرى ، بما في ذلك مسار الأداء ، أو مسار التعامل ، أو استخدام التجارة على النحو المنصوص عليه في القسم 1. 303"[10]. ومن خلال نص المادة السابقة ، يتضح لنا ، بأنّ قانون التجارة الموحد قد جعل الكتابة للإثبات وليس للإنعقاد ، فضلًا عن إنّ بإمكان الأطراف إثبات التصرف من خلال ظروف الحال. وبرأينا انّ هذا الإتجاه غير موفق وعلى الأخص في دائرة الكفالة التجارية ؛ لما يكتنفه من صعوبات قد تواجه القاضي في تفسير إرادة الأطراف المتعاقدة. أمّا فيما يخص موقف المشرع المصري ، نجد أنّ قانون التجارة المصري المرقّم (17) لسنة 1999، نجد انّه نص على الكتابة في الفقرة الأولى من المادة (419) ، من القانون ذاته والتي نصّت على أنّه "1- يكتب الضمان الإحتياطي على الكمبيالة أو على وصلة" ، وتأكيدًا على ذلك وعند الرجوع إلى القانون المدني المصري ذي الرقم (131) لسنة 1948بإعتباره القاعدة العامة ، نجد أن المادة(773) نصت على أنّ "لا تثبت الكفالة إلّا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلي بالبينة". بالنسبة إلى موقف المشرع العراقي فلم يبتعد كثيرًا عن سابقه ، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (81) من قانون التجارة العراقي ذي الرقم (30) لسنة 1984 على انّه "يكون الضمان بكتابة هذا اللفظ او بأية صيغة تفيد هذا المعنى على الحوالة ذاتها أو على ورقة متصلة بها ويوقعه الضامن"، وعند الرجوع إلى نصوص القانون المدني العراقي ذي الرقم (40) لسنة 1951، فلم نلاحظ أية إشارة إلى المعنى ذاته سوى نص الفقرة الأولى من المادة (1009) والتي جاء فيها "تنعقد الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل

والكفول له". ومن خلال موقف التشريعات المقارنة نتوصل إلى نتيجة مفادها بأنّ الأخيرة لم تخرج من مبدأ الرضائية في عقد الكفالة بصورة عامة والكفالة التجارية بصورة خاصة ، ومن ثمّ فأنّ الكتابة في الكفالة التجارية للإثبات وليس للإنعقاد.

ثانيا: الكفالة التجارية عقد ملزم للجانبين

تتميز الكفالة التجارية بأنّها عقد معاوضة مُلزم للجانبين[11] ، فكونَهُ معاوضة ، أي أنّ لِكل مِنْ أَطراف العقد أن يأخذ مقابلًا لما أَعطى من الطرف الآخر ، وملزمًا للجانبين ذلك أنّ إرادة أطراف عقد الكفالة التجارية تكون لها دورا كبيرًا في رسم الإلتزامات التي تقع على عاتقيهما[12]. فمن خلال ذلك يقع على عاتق الطرفان مجموعة من الحقوق واللإلتزامات فالكفالة التجارية تنشئ منذ إبرامِها إلتزامات في ذمّة عاقديها حيث يكون كل منهما في ذات الوقت دائنًا ومدينًا للآخر[13] ، لذلك يكون كل طرف في العقد ملزمًا أن يقدم مقابلًا لما يأخذ. وفي نطاق للكفالة المصرفية على سبيل المثال ، حيث يلتزم المصرفْ بتقديم خدماته للدائن والمدين مقابل عوض متفق عليه ، ومن هنا يكتسب العقد صفة الإلزام حيث يلتزم كل طرف في العقد بتقديم في نطاق معين تجاه إلى الطرف الآخر، فبالنسبة إلى الكفيل فأنّه يتلقى مقابل تقديم إئتمانه ، وفي المقابل على المدين الأصلي ، والدائن تقديم العوض إذا قضى الإتفاق على ذلك[14]. وعند تسليط الضوء على علاقة الكفيل مع المدين الأصلي ، يذهب إتجاه قائل بأنّ المدين ليس طرفًا في العقد ، ولا يؤثر ترتيبًا لذلك المقابل الذي يدفعه إلى الكفيل على صفة التبرع لعقد الكفالة التجارية[15] ، ومن جانبنا نؤيد منحى الإتجاه السابق لأن ؛ المدين الأصلي ليس طرفًا في العقد. و يلاحظ وبحق أنّه في إطار علاقة الكفيل مع الدائن وهو جوهر العقد لا نتفق والإتجاه القائل بأنّه على الرغم من أنّ الدائن تقع على عاتقه بعض الإلتزامات كإلتزامه بالمحافظة على ما للمدين من ضمان عام ، فضلًا عن إلتزامه باتخاذ الإجراءات اللازمة لإستيفاء حقه ، بعد إنذار الكفيل بالمطالبة بالوفاء[16] ، فأن ذلك لا يغير من إضفاء صفة التبرع على الكفالة التجارية، ولو فرضنا إستقامة الرأي السابق ، إلّا أنّه لا يمكن أن نهمل جانبًا جوهريًا ألا وهو إنتفاء نية التبرع لدى الكفيل والمتمثل بالعمولة أو المقابل الذي يتلقاه من الدائن ، فبرأينا هذا القول يحسم النزاع السابق والذي يكون مؤداه أنّ الكفالة التجارية عقد معاوضة ملزم للجانبين.

ثالثًا- الكفالة التجارية عقد اصلي محدد المدة

يكون الإلتزام تبعيًا إذا كان مستندًا في نشوئه على إلتزام أَصلي يتبعه صحةً وبطلانًا ، كما في إلتزام الكفيل في الكفالة المدنية ؛ فأنّه يتبع الدين الأَصلي ولا يقوم إلاّ بقيامه[17] ، وفي هذا السياق يذهب كذلك رأيٌ قائل بأنّ الكفالة التجارية عقد تابع[18].

وأَسّسوا قولهم بأنّ الأخيرة تدور وجودًا وعدمًا مع العقد الأصلي الذي أدى إلى نشوئها، فهي نشأت بمناسبته ومستندةً عليه ، وأَنَّ الرابطة لا تزول تمامًا بين العقد الذي نشأ بصورة الكفالة التجارية وبين العقد الأصلي الذي بسببه وجدت[19] ، وبناءً على ذلك يجب الإشارة إلى أنّ التبعية في عقد الكفالة التجارية لها مدلول آخر ، عمّا هو الحال في نطاق الكفالة المدنية ، ففي الكفالة التجارية أنّ صفة التبعية تعني انّ الكفيل يلتزم بجميع ما إلتزم به الطرف المكفول[20].

في حين أنّ الأمر ليس كذلك ولا يستقيم بهذه السهولة ؛ لأن الكفالة التجارية تلازمها قاعدة إستقلال التواقيع[21]. لها دورا كبيرًا في نطاق هذا العقد ؛ لذا أَنّنا نؤيد الرأي القائل بأَنَّ الكفالة التجارية عقد مُستقل بذاته بشروطه وبطلانه عَنْ العقد الذي وجدت لأجله[22] ، والدليل على ذلك إنَّ بطلان توقيع المدين الأصلي في الكفالة التجارية بصورة عامة ، فضلًا عن الكفالة الصرفية بصورة خاصة لا يؤثر على إلتزام الكفيل الصرفي ، فإلتزام الأخير يبقى صحيحًا ؛ إلّا إذا كان سبب البطلان راجعًا لعيوب خاصة بالشكل[23]. وعلى صعيد القوانين المقارنة ، فأنّ المشرّع الأمريكي في قانون التجارة الموحد لسنة 1952 المعدل ، لم ينص مباشرة على إستقلالية عقد الكفالة التجارية ؛ إلّا إنّه ومن خلال الرجوع إلى المادة الثالثة من القانون ذاته ، نجد إنّه نص في الفقرة (ب) من الفصل(3-406) على أنّه "لا يؤثر الإلغاء أو الشطب من التظهير وفقًا للقسم الفرعي (أ) على حالة وحقوق الطرف المستمدة من التظهير"[24]. أما فيما يخص مَوقف المشرع المصري ، وَعندْ الرجوع إلى قانون التجارة ذي الرقم (17) لسنة 1999 ، نجد أنّه نص في الفقرة الثانية من المادة (420) ، على أنّه "ويكون إلتزام الضامن الإحتياطي صحيحًا ولو كان الإلتزام الذي ضَمنهُ باطلًا لأي سببٍ آخر، غَير عيب في الشكل". لم يبق لنا إلّا أن نبين موقف قانوننا العراقي ، فلم يكنْ موقف قانون التجارة العراقي ذي الرقم (30) لسنة 1984، بعيدًا عن موقف التشريعات التي سبقت ؛ حيث نصّ في الفقرة الأولى من المادة (82) على أنّه "يلتزم الضامن بالكيفية التي بها المضمون ، ويكون إلتزام الضامن صحيحًا ، ولو كان الإلتزام الذي ضمنه باطلًا ، لأي سبب آخر غير عيب في الشكل". وعلى أيّة حال فعلاوة على ما ذكر بشأن الكفالة التجارية من خصائص فتتميز الاخيرة بكونها عقدًا محدد المدّة ، ويعرف الاخير على أنّه (ذلك العقد الذي يكون فيه التنفيذ مُستمر مدَّةً مِنْ الزمن ، بعبارةٍ أُخرى هو العقد الذي يكون الزمن عنصرًا جوهريًا فيه ، كما في عقد الإيجار[25] ، وهذا ما نَجدهُ في عقد الكفالة التجارية، فللإطراف بإتفاقهم أن يحددوا المدَّة التي مِنْ خلالها يبقى العقد قائمًا ، ليرتّب آثاره خلال هذه المُدَّة[26]. أَمّا إذا لَمْ يتفق طرفا العقد على تحديد مدَّة لعقد الكفالة التجارية ، عندها يحق لأي من الطرفين إنهاء العقد بإرادته المُنفردة بشرط إخطار الطرف الآخر في العقد[27] ، لذلك تعد عقد الكفالة التجارية عقدًا مستمرًا حَيثُ تمثّل العلاقة القانونية المستمرة بين الدائن والكفيل

المطلب الثاني: خصوصية الكفالة التجارية

إن تحديد خصوصية الكفالة التجارية لا تتضح إلّا من خلال بيان صورها وكل ذلك من خلا بيانها على شكل فرعين وكما يأتي:-

الفرع الأول: الكفالة الصرفية

تعددت تعريفات الفقه للكفالة الصرفية حسب الزاوية التي ينظر إليها فهنالك من عرفّها بأنّها(الكفالة التي يكفل بمقتضاها احد الموقعين على الورقة التجارية في التزامه بضمان القبول أو الوفاء أو كلاهما) [28] ، ومن هنا يلاحظ على هذا التعريف انّه عرّف الكفالة الصرفية

بالكفالة وهذا الأمر لا يستقيم منطقًا وقانونًا فلا يمكن تعريف الشيء بالشيء نفسه. وعلى النهج ذاته عرّفها إتجاه آخر بأنّها (تلك الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانًا إحتياطيًا ، أو من تظهير هذه الأوراق)[29] ، من خلال التعريفات المذكورة يتبادر للذهن تساؤل مؤدّاه هل نصّت التشريعات المقارنة على الكفالة الصرفية فعلًا؟

جوابًا عن ذلك التساؤل نقول انّه بما أنّ الكفالة التجارية تخضع للقواعد التي تحكم التعامل بالأوراق التجارية والتي نصّت عليها قوانين التجارة ، ذلك أنّ القوانين نصّت على الكفالة الصرفية ، وفيما يخص موقف المشرّع الأمريكي فأن قانون التجارة الأمريكي الموحد لسنة 1952 المعدّل لم ينص صراحة على الكفالة الصرفية إلّا أنّه يمكن فهم ذلك من خلال المادة الثالثة التي تناولت (الصكوك القابلة للتداول) حيث نصّت الفقرة الثالثة من القسم (3-104) على أنّه "لا يذكر أي تعهد أو تعليمات أخرى من قبل الشخص الواعد أو الآمر بالدفع ، للقيام بأي فعل بالإضافة إلى دفع الأموال ، لكن الوعد أو الأمر قد يحتوي على: (1) تعهد أو سلطة لتقديم ضمانات أو الحفاظ عليها ، أو حمايتها لتأمين الدفع" ، (2) تفويض أو سلطة للمالك للاعتراف بحكم أو تحقيق أو التخلص من الضمانات ، أو (3) التنازل عن منفعة أي قانون مخصص لمصلحة أو حماية الملتزم ، (4) شرط يحدد القانون الذي يحكم الوعد أو الأمر ، أو (5) تعهدًا بحل نزاع يتعلق بالوعد أو الأمر في نطاق محدد[30] ، ذلك نجد أنّ المشرّع الأمريكي أشار إلى الكفالة الصرفية تحت مسمّى الضمان وحدد نطاقها في دائرة الأوراق التجارية ، فهي بذلك كفالة صرفية تخضع بدورها لأحكام قانون الصرف. أمّا المشرّع المصري فنلاحظ أنّه لم يبتعد كثيرًا عن موقف المشرّع الأمريكي ذلك أنّ قانون التجارة المصري لسنة 1999، لَم ينص صراحة على الكفالة الصرفية إلّا أنّه أشار إليها بصورة غير مباشرة في مجال التعامل بالأوراق التجارية ، وعلى وجه التحديد تحت مسمى الضمان الإحتياطي ، وهذا ما نصّت عليه المادة (418) من القانون التجارة المصري ، بنصّها على أنّه " يجوز ضمان وفاء مبلغ الكمبيالة كلّه أو بعضه من ضامن إحتياطي". وعلى صعيد تشريعنا العراقي وعلى ذات النهج نجد ان المشرّع العراقي نصّ على الكفالة الصرفية بصورة غير مباشرة في دائرة الأوراق التجارية في المادة (80) من قانون التجارة العراقي المرقم (30) لسنة 1984 والتي نصت على أنّه" يجوز ضمان وفاء مبلغ الحوالة كله أو بعضه من أي شخص ولو كان مّمن وقعوا عليها". هكذا يتضح لنا أن التشريعات المقارنة ومنها مشرّعنا العراقي لم تنص صراحة على الكفالة الصرفية إلّا إنّه يمكن فهم ذلك بصورة غير مباشرة من خلال تبنيها مصطلح الضّمان ، فضلًا عن ذلك لابد للمشرّع العراقي إزالة الغموض الذي يكتنف الكفالة التجارية من خلال توحيد المصطلحات التي تستوعب ما تحتمله من أحكام قانونية لها من الخطورة والأهمية ما يذكر ذلك يمكن طرح تساؤل مؤداه ما هو معيار تجارية الكفالة الصرفية ؟ بعبارة أخرى من أين تستمد الكفالة الصرفية تجاريتها؟

للإجابة عن هذا التساؤل نبين بأن الفقه[31] قسّم الأعمال التجارية عمومًا الى ثلاث طوائف أولها الأعمال التجارية المطلقة أو بالطبيعة أو الأصلية ، وتعرف بأنّها (تلك الأعمال التي إعتبرها المشرّع تجارية لذاتها) ، وثانيها أعمال تجارية حسب شكلها وهي أعمال اكتسبت الصفة التجارية بسبب شكلها . والأخيرة الأعمال التجارية بالتبعية أو النسبية وهي أعمال مدنية في الأصل بيد أنها تكتسب الصفة التجارية لصدورها من تاجر نسبة لحاجاته التجارية[32]. وهناك من يضيف الى الطوائف التي ذكرناها طائفة رابعة هي الأعمال التي تعد تجارية بالنسبة لطرف ومدنية بالنسبة إلى الطرف الآخر من أطراف العلاقة القانونية. هذا ويجمع الفقه المقارن على أنّ التعداد الذي أورده المشرّع للأعمال التجارية في قوانين التجارة المختلفة لم يأت على سبيل الحصر بَل على سبيل الدلالة والمثل . ولهذا لم يتوانَ الفقه أو القضاء عن إضافة أعمال تجارية أخرى إلى ما ورد من تعداد لهذه الأعمال. من خلال ملاحظة الأعمال التجارية التي أوردها المشرع العراقي في قانون التجارة يتبين أنّ هذه الأعمال جاءت على سبيل الحصر وليس على سبيل الدلالة[33].

الفرع الثاني: الكفالة المصرفية

ثانيًا- الكفالة المصرفية

تعد الكفالة المصرفية اليوم من أهم أنواع الكفالات التجارية التي تقدمها المصارف خدمة لعملائها ، ومن ثمّ يندرج هذا النوع من الكفالات ضمن إطار الكفالة التجارية ، وفي نطاق تعريف الكفالة المصرفية هناك من يعرّفها بأنّها (التصرف الذي يتعهد بمقتضاه البنك في مواجهة الغير بتأدية الالتزام الذي يتحمله عميله تجاه هذا الغير إذا لم يقم العمل بتأديته بنفسه)[34]. ويعرفّها آخر بأنّها (الكفالة المقدمة من أحد البنوك لضمان دين أحد عملائها مقابل عمولة معينة)[35] ، من خلال التعريفات يتضح لنا أنّه بما أن الكفالة التجارية بصورة عامة والكفالة المصرفية بصورة خاصة يكون المصرف طرًفا رئيس فيها فهي بذلك تؤدي دورًا مهمًا ومميزًا في البيئة التجارية. فضلًا عن ذلك أنّ للمصرف (الكفيل) الدور الكبير في إضفاء الصفة المصرفية عليها لما يقدمه المصرف من دور كبير في هذا النوع من الكفالات التجارية ؛ لذا يمكن لنا أنْ نعرّف الكفالة المصرفية على أنّها (الإلتزام الذي بموجبه يلتزم المصرف أمام الدائن ، بتنفيذ إلتزام العميل إذا لم يقم به الأخير مقابل عمولة معينة). وعلى صعيد القوانين فأنّ المشرّع الأمريكي لم ينص مباشرة على الكفالة المصرفية ، إلّا أنّنا نستشف ذلك من خلال العمليات التي تقوم بها المصارف خدمة لعملائها بصورة كفالة مصرفية يكون فيها المصرف طرفًا رئيس ، وهذا ما نصّ عليه الفصل (5-104) من المادة الثالثة من قانون التجارة الأمريكي الموحد لسنة 1952 المعدل ، والتي قضت على أنّه " قد يكون خطاب الاعتماد أو التأكيد أو النصيحة أو التحويل أو التعديل أو الإلغاء ، صدر بأي شكل يكون بمثابة سجل و توقيع"[36].أما فيما يخص موقف المشرّع المصري ، فأن قانون التجارة المصري لسنة 1999 المعدل لم ينص صراحةً على الكفالة المصرفية ، ومن خلال تحليل النصوص القانونية ذلك أنّ المشرّع المصري نظّم في الباب الثالث من القانون عمليات البنوك وعلى وجه التخصيص في البند تاسعًا ما يسمى بخطاب الضّمان حيث نصت المادة (355) على أنّه "1- خطاب الضمان تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص (يسمى الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (يسمى المستفيد) إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ومن دون اعتداد بأية

معارضة" . وعلى النهج ذاته فأنّ المشّرع العراقي في قانون التجارة المرقم (30) لسنة 1984 لم ينص صراحة على الكفالة المصرفية ، إلّا أنّه يمكن فهم ذلك ضمنًا من خلال تنظيمه الأعمال المصرفية في الفصل الثاني وعلى وجه الدّقة فأنّ الفرع السابع أشار إلى خطاب الضمان في المادة (287) والتي نصّت على انّه" خطاب الضمان 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 أجله". من خلال كل ما تقدم نلاحظ أنّ التشريعات المقارنة لم تنص مباشرة على الكفالة المصرفية إلّا إنّها أشارت إليها ضمنًا في العمليات المصرفية وعلى وجه الخصوص من خلال خطاب الضمان ، الذي يكون على شكل تعهد للدائن بالوفاء بإلتزام محله مبلغ من النقود خلال مدة معينة وهذا ما يتلائم وطبيعة الكفالة التجارية بصورة عامة ، والكفالة المصرفية بصورة خاص. وفي النطاق ذاته يتبادر للذهن سؤال مفاده ما هو معيار تجارية الكفالة المصرفية؟ وبعبارة أخرى من أين تكتسب الكفالة المصرفية تجاريتها؟

وللإجابة عن سؤالنا نقول: أنّه بما أنّ الكفالة المصرفية يكون المصرف طرفًا رئيسًا فيها ذلك أنّها تكتسب صفتها التجارية ؛ كونها من الأعمال الطبيعية التي أضفى عليها المشرّع الصفة التجارية إذا كانت صادرة من مصرف ، وفي نطاق القوانين المقارنة نرى ان المشرع الأمريكي في قانون التجارة الموحد ، ترك هذا الأمر إلى إرادة المتعاقدين لإختيار القانون الذي يحكم معاملتهما محل التصرف[37]. أمّا فيما يخص المشرّع المصري فأنّ قانون التجارة المصري المرقّم (17) لسنة 1999، نصّ في المادة الخامسة على أنّه "تعد الأعمال تجارية إذا كانت مزاولتها على سبيل الإحتراف: و/ عمليات البنوك والصرافة".أمّا المشرّع العراقي فقد سار على ذات النهج الذي سار عليه المشرع المصري ذلك أنّ قانون التجارة العراقي المرقم (84) لسنة1984، نصّ في المادة الخامسة على أنّه "تعتبر الاعمال التالية اعمالاً تجارية اذا كانت بقصد الربح ، ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس : ثالث عشر/عمليات المصارف" ، من خلال كل ما تقدم نتوصل إلى نتيجة مفادها أنّ التشريعات المقارنة وفي مقدمتها المشرّع العراقي نصّ على معيار تجارية الكفالة المصرفية ، ويعد هذا المعيار هو معيار الاعمال التجارية بطبيعتها. ومن هنا تجدر الإشارة إلى أنّ القوانين المقارنة وعلى وجه الخصوص قانون التجارة المصري لسنة 1999 ، فضلًا عن قانون التجارة العراقي لسنة 1984 ، قد فرّقت بين العقود التجارية والعمليات المصرفية

المبحث الثاني: القواعد التي تحكم إنشاء الكفالة التجارية وطبيعتها القانونية

بما أنَّ الكفالة التجارية عقد ، فبموجب ذلك تخضع كغيرها من العقود لجميع القواعد العامة التي تنظم إنشاء هذا العقد التجاري ؛ ليرتّب أثره على وجه يعتد به في مواجهة ما قد ينطوي تحته من علاقات بين أطرافهُ والغير. وفي إطار ذلك فأنَّ ثمة أركان يستلزم القانون وجودها حتى ترتب الكفالة التجارية آثارها ؛ لذا سيتم بيانها ومن ثم بيان نطاقها وسنتناول ذلك في مطلبين، الاول منها لبيان القواعد التي تحكم إنشاء الكفالة التجارية، والمطلب الثاني لبيان طبيعتها وكما يأتي:-

المطلب الاول: القواعد التي تحكم إنشاء الكفالة التجارية

بإمكاننا أنْ نعرف أركان الكفالة التجارية (بأنّها تلك القواعد القانونية التي يترتب على وجودها وجود العقد ، ويترتب على تخلفها عدم وجوده) لذلك تشترك الأخيرة مع العقود الأخرى في هذه الاركان فهي تخضع لذات القواعد التي تحكم سائر العقود من تراضي ومَحل وسَبب ، فعند تخلّف أحد هذه الأركان فيكون البُطلان هو نتيجة العقد ؛ لذلك ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يكون الفرع الأول لبيان التراضي كقاعدة عامة تحكم الكفالة التجارية أمّا الفرع الثاني فنبحث فيه المحل والسبب ، وعلى التفصيل الآتي:-

الفرع الأول/ التراضي في الكفالة التجارية

الكفالة التجارية تصرّف قانوني إرادي ينشأ بموجب إتفاق بين الكفيل والدائن طالب الكفالة التجارية[38] ، ولكي يُرتب الإتفاق أثرهُ يجب أنْ تتوافر فيه أركان إنعقاد العقد، وأول هذه الأركان هو التراضي، والتراضي في الكفالة التجارية كالتراضي في أي عقد،إذ لا بد أنْ تتوفر فيه مجموعةمن الشروط منهاأنْ يكون موجودًا فضلًاعن أنْ يكون التراضي صحيحًا،ونقسّم هذين الشرطين على شكل فقرات بالتفصيل الآتي:-

أولًا: وجود التراضي

تستلزم الكفالة التجارية كأي عقد وجود التراضي وأنْ يعبر كل طرف عن إرادتهِ ، وأنْ يتطابق الإيجاب الصادر من أحد طرفيها وقبول الطرف الآخر عند الإتفاق عليها لترتّب هذه الإرادة أثرها بإبرام الكفالة التجارية[39]. وفي الكفالة المصرفية على وجه التحديد ، يذهب رأي قائل إلى أنَّ الإستمارات التي تعدها المصارف مسبقًا يمكن أن توصف بأنّها إيجاب عام يكفي أن يرتبط به قبول الطرف الآخر[40]، ولا يخفى علينا خطورة هذا التصور الذي مؤدّاه ، أنَّ المصارف لا تملك حق رفض الكفالة التجارية وهذا غير مقبول من الناحية القانونية ؛ والسبب يعود في ذلك إلى أنَّ الصيغ أو النشرات التي تعدها المصارف مسبقًا ماهي إلّا دَعوة إلى التعاقد[41] ذلك أنّ الكفالة التجارية من العقود التي تقوم على الإعتبار الشخصي ، فلا يعلن المصرف عن رضائهُ إلّا بعد أنْ يقوم بعدّة إجراءات يستطيع من خلالها التأكد من سمعة العميل و متانه وملائته المالية ، فالعملاء قد يطلبوا من المصرف القيام ببعض الخدمات التي تشكل خطورةً ماليةً على الأخير كفتح الإعتمادات المصرفية وعمليات التحويل المصرفي التي من شأنها أنْ ترتب مسؤولية المصرف؛ لذلك يصبح من حقه رفض الكفالة التجارية[42]. وهكذا يبدو لنا أنّ على المصرفْ أنْ لا يبدي تعسفًا إزاء رفضهِ أو قبولهِ تجاه العميل الذي أبدا إيجابًا إتجاهه ، فعندما يظهر للمَصرف أنَّ أحد العملاء غير جدير بالثقة فللمصرف حينها له رفض منح إئتمانه مع بيان الأسباب التي من أجلِها حَصَل الرفض. ذلك أنَّ الرأي مستقر على أنَّ سكوت المصرف مدَّة من الزمن ودون أنْ يفصح عن رفضهِ أو قبولهِ ، ودون بيان الأسباب التي مِنْ أجلها رفض الكفالة التجارية ، ما هو إلّا صورة من صور التعسّف في إستعمال حَق الرَفض أو القبول إتجاه العُملاء[43]. وعلى أي حال فوجود التراضي

في الكفالة التجارية يتطلب التعبير عن الإرادة لكل من طرفي كفالة التجارية ؛ لذلك فالتعبير عن إرادة الطرفين يكون صريحًا أو ضمنيًا[44] ، ومن هنا يتبادر للذهن تساؤل مفاده من هم أطراف الكفالة التجارية ؟

للإجابة عن تساؤلنا هذا نشير إلى قاعدة مهمة ألا وهي أنّ التراضي يتطلب قطعًا وجود إرادتين ، فالكفالة عقد وهذا الأخير له أطرافه. فالطرف الاول فيها هو الكفيل فضلًا عن الطرف الثاني وهو المكفول له ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (1009) من القانون المدني العراقي المرقم (40) لسنة 1951، والتي جاء فيها أنّه "تنعقد الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل والمكفول له"[45]. ومن خلال النص القانوني السابق يتضح لنا ان للكفالة التجارية طرفين ألا وهما الكفيل والمكفول له ، إلا إننا ومن خلال النص السابق نثير إشكالية مؤداها من هو الشخص طالب الكفالة التجارية؟ وبعبارة أخرى من هم الاشخاص الذين يقع على عاتقهم التعبير عن الإرادة؟

للإجابة عن ذلك نقول: يذهب الرأي الراجح[46] ، بأن الكفالة التجارية تتميز عن الكفالة المدنية بإنتفاء نية التبرع ، أي أنّ الشخص الكفيل لا يقوم بذلك تبرعًا منه بل توجد مصلحة ما من وراء تقديم ذمته المالية[47]. ومن هنا يجب علينا التمييز بين مصلحة الكفيل والدائن ، فمصلحة الكفيل تتمثّل إما بصوة مقابل ما متفق عليه مقدمًا أو يتم الإتفاق عليه فيما بعد ، أو أية مصلحة ترجع على تجارته بالفائدة[48]. أمّا الدائن فتتركز مصلحته في أن يكون له أكثر من ذمّة مالية يستطيع بموجبها إستيفاء ما له من حقوق في ذمة المدين الاصلي[49]. وعلى أية حال فنحن نتفق والقول يذهب بأن الدائن هو الشخص الذي يقوم بطلب تقديم الكفالة له ، أمّا الإيجاب فيصدر حتمًا من الكفيل إذا ما إقتضت مصلحته أن يقوم بهذا التصرف القانوني.وبالنسبة إلى التعبير عن الإرادة ، فيكون التعبير عن الإيجاب أو القبول صريحًا بموجب إتفاق مكتوب في العقد ، أوضمنيًا يستنتج من خلال القرائن والظروف التي تحيط بأطرافه كما إن يكون هناك تعامل سابق بين المصرف والعميل (المدين الاصلي) ، أو قد يفهم من خلال قيام المصرف بتسليم العميل دفترًا للصكوك[50] ، وعلى الرَّغم من ذلك يجب أَنْ تتجه إرادة المصرف بشكل قاطع نحو قيام الأخير بكفالة العميل المدين[51]. وبما أنَّنا بصدد التعبير عَنْ الإرادة حيث نَجد أَنَّ القانون والقضاء يؤكدان على أَنَّهُ لا يعتد في تحديد طبيعة ونوع الكفالة التجارية بما يطلقه طرفا العقد من أَوصاف ، فالعبرة بتوافر الشروط القانونية لنوع الكفالة التجارية المتفق عليها بين الطرفين[52]. وهذا ما أكدتهُ محكمة النقض المصرية في قرار لها مفادهُ ، إنّ تحديد نوع الكفالة التجارية من سُلطة مَحكمَة الموضوع على ضوء وقائع النزاع حَيث إنتهت مَحكمة الموضوع في حدود سُلطتها التقديرية وبأسباب سائغة إلى نفي الصِفة التجارية عَن الكفالة بين الطرفين ، كما نفت توافر الشروط القانونية للكفالة التجارية ، وإنتهت إلى إعتبار الكفالة هي كفالة مدنية عادية ، وإنها لا تكون بذلك قد أخطأت في القانون أو خالفت الثابت في الأَوراق[53]. وما يجب الإشارة إليه وفيما يخص إنصراف إرادة أَطراف العقد لتحديد نوع الكفالة التجارية نؤكد على أَنَّ الكفالة التجارية تعد كفالة عادية من حيث الأَصل ، إلّا إذا إتفق الأَطراف صراحةً على أَن تكون الكفالة تجارية لدى المصرف أَو أَن تتجه إرادتهم ضمنًا إلى الصورة الأَخيرة كصورة خاصّة من صور الكفالة التجارية[54] ، فالقصد المتعلق بفتح هذا النوع من الكفالة التجارية له طبيعته الخاصّة إذ لا يقتصر الأَمر على تبادل الرضا بين الطرفين فقط إنّما يجب أن توفر لديهما قصد معين ، أَي يجب أَنْ تنصرف نيتهما إلى هذه الصورة الخاصة مِنْ الكفالة التجارية [55].وبرأينا أَنَّ إتجاه قصد طرفي العقد إلى إنشاء أي صورة من صور الكفالة التجارية يفضّل أَنْ يكون بموجب إتفاق مكتوب يدرج كبند في العقد ؛ والسبب يرجع في ذلك للتخفيف عن كاهل القضاء في إثبات إتجاه قصد أَطراف العقد لنوع الكفالة التجارية المبرمة بينهم. وعلى أية حال وفي إطار التشريعات المقارنة وفي نطاق التعبير عن الإرادة فأن المشرّع الأمريكي نصّ في الفقرة الثالثة من الفصل (1-201) من المادة الاولى في قانون التجارة الموحد على أنّه "يُقصد بكلمة "اتفاقية على عكس العقد صفقة الطرفين في الواقع ، كما هو موجود في لغتهما أو يُستدل عليه من ظروف أخرى ، بما في ذلك مسار الأداء أو مسار التعامل أو استخدام التجارة على النحو المنصوص عليه في القسم 1. 303"[56] ، كما أكد القانون ذاته في الفقرة العاشرة على الكتابة بنصّه على أنّه" واضح بالإشارة إلى مصطلح ما يعني أنه مكتوب أو معروض أو مقدم على هذا النحو بناءً على مجمل الظروف يجب على الشخص العاقل الذي يعمل ضده أن يلاحظ ذلك. ما إذا كان المصطلح واضحًا أم لا هو قرار للمحكمة"[57]. أمّا المشرع المصري فقانون التجارة المصري نصّ في الفقرة الاولى من المادة (419) على الكتابة والتي جاء فيها على انّه"1- يكتب الضمان الاحتياطي على الكمبيالة أو على وصلة 2- ويؤدى الضمان بعبارة " للضمان الاحتياطي " أو بأية عبارة أخرى تفيد هذا المعنى ويوقعه الضامن". ولا يبقى لنا إلّا ان نذكر موقف مشرّعنا العراقي الذي نص في قانون التجارة النافذ والمرّقم (30) لسنة 1984 في الفقرة الاولى من المادة (81) ، على انّه" يكون الضمان بكتابة هذا اللفظ او بأية صيغة تفيد هذا المعنى على الحوالة ذاتها او على ورقة متصلة بها ويوقعه الضامن". يتضّح لنا من خلال موقف التشريعات المقارنة وعلى رأسها مشرعنا العراقي على ضرورة أن تكون الإرادة صريحة من خلال الكتابة فضلًا عن أن تكون عبارات العقد واضحة ومن دون غموض.

ثانيًا: صحّة التراضي

أَمّا فيما يخص النوع الآخر من الشروط ، فهي شروط لا تؤدي بالنتيجة عند تخلف أَحدها إلى بطلان العقد بل يصبح العقد موقوفًا وتدعى بشروط صحَّة التراضي[58] ، لذلك يقصد بشروط صحّة إرادة كل من طرفي عقد الكفالة التجارية بأنّها تلك الشروط التي لا تؤدي قطعًا إلى بطلان العقد بل يكون الأخير موقوفًا على من شرع العقد لمصلحته ، فطبقًا للقواعد العامة يشترط في التراضي أَنْ يصدر من أَشخاص كاملي الأهلية[59].وأيضًا ينبغي أن يكون التراضي خاليًا من العيوب التي قد تصيب إرادة الطرفين ، وهذه العيوب هي الغلط والإكراه والتغرير مع الغبن فضلًا عن الإستغلال والتي يتبع بشأنها فيما يخص الكفالة التجارية ما هو منصوص عليه في النظرية العامة للعقد[60] ، فليس لنا فيما يخص شروط صحَّة التراضي إلّا أَنْ نتكلم عن الأهلية ونقصد بالأهلية هنا أهلية أطراف الكفالة التجارية فالسؤال المتبادر للذهن ماذا نقصد بأهلية اطراف الكفالة التجارية؟

ويقصد بالأهلية بصورة عامة على انّها (صلاحية الشخص لقبول الحقوق وتحمل الإلتزامات) ، وبالنسبة إلى المشرّع العراقي حيث تنص المادة الثامنة من قانون التجارة العراقي على أنّه (يشترط في التاجر ان يكون متمتعا بالأهلية القانونية وان يكون عراقي الجنسية) ، وتنص المادة (106) من القانون المدني العراقي على أنّه "سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة" ، كما وتنص المادة (18) من القانون المدني العراقي على أنّه "1- الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته 2-ومع ذلك ففي تصرفات المالية التي تعقد في العراق وتترتب اثارها فيه إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الاهلية وكان نقص سبب نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، فانّ الاجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الأهلية" ، والذي نقصد به هنا هي أهلية الاداء والتي تعرف على انّها (صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعًا)[61]. فعلى أيّ حال حيث إستقر الرأي في الكفالة التجارية بأنَّ على المصرف واجب التحرّي عن أهلية العملاء سواءً أكانوا أشخاص طبيعية أم معنوية[62]. أمّا بالنسبة إلى أهلية الأشخاص الطبيعيين ، وبما أنّ الكفالة التجارية تعد عملًا مِن أعمال التصرف ، لذلك يجب أنْ يكون الشركاء كاملي الأهلية بالغي سن الرشد ، فالمَصرف لا يقوم بتقديم ذمتّه المالية إلّا لمن أكمل سن الثامنة عشر من العُمر[63].أمّا القاصر الذي لم يكمل الثامنة فالمصرف لا يقوم بتقديم ذمتّه أمام العميل إلّا بإذن من وليه أو وصيه وبترخيص من المحكمة[64] ، وبموجب ذلك لا يقتصر الإذن على الكفالة التجارية بإسمه بل يحق له وبحدود الإذن المخول القيام ببعض التصرفات عن طريق الإيداع ، وللوصي أو الولي عدم إجازة الكفالة التجارية متى ما رأى أنّ ذلك يَصُب في مَصلحة القاصر، وللأخير بعد إكمال سن الثامنة عشر أي ببلوغه سن الرشد أن يقوم بكافة التصرفات التي ترتب آثارها القانونية على ذمته المالية[65]. أمّا بالنسبة إلى ذوي العاهات فإذا كان أحد الكفيل عديم القدرة على التوقيع أو أعمى ، ففي هذه الحالة لا تقوم الكفالة إلّا عن طريق وصي أو وكيل مخول عنه حق التوقيع على إبرام الكفالة التجارية او القيام ببعض العمليات التي تلحق الكفالة التجارية كالسحب والإيداع [66] ، أمّا إذا كان الكفيل مفلسًا ، فعندها ترتفع يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها بحكم القانون من تأريخ صدور حكم شهر إفلاسه[67] ، وبالنتيجة لا يمكن للمفلس ان يكون كفيلًا.

الفرع الثاني/ المحل والباعث في الكفالة التجارية

المحل والباعث هما الركنان الآخران اللذان يجب توافرهما في عقد الكفالة التجارية ، فهناك شروط يجب توافرها في هذين الركنين لكي يرتب العقد أثره بالنسبة إلى أطرافه لذلك إرتأينا تقسيم هذا الفرع إلى فقرتين تكون الأولى للمحل ، أمّا الفقرة الثانية للباعث وكما يأتي:-

أولًا:- المَحل في الكفالة التجارية

يعد المحل الركن الثاني الضروري لوجود التصرف الإرادي ؛ ذلك انّ لكل تصرف إرادي صحيح قانونًا محل يضاف إليه ويكون قابلًا لحكمه ، والكفالة التجارية كأي عقد لابد أن يكون لها محل ترد عليه ويكون قابلًا لحكمها ، فطبقًا للقواعد العامة هنالك شروط يجب توافرها في محل الكفالة التجارية لكي ترتب أثرها ، منها أنْ يكون المحل موجود أو قابل للوجود ومعين أو قابلة للتعيين ، فضلًا عن كونه قابلًا للتعامل وغير مخالف للنظام العام والآداب[68] ، وبما أن الكفالة التجارية وجدت بمناسبة تنفيذ إلتزام يقع على عاتق المدين الاصلي تنفيذه ، فمحل الكفالة التجارية يكون وفقًا لذلك هو الإلتزام المضمون ؛ لذلك فإذا كان مضمون إلتزام المدين الأصلي مبلغ من النقود مثلًا فالأخير يكون محلًا للكفالة التجارية ، وهكذا يكون محل الكفالة التجارية في هذه الصورة ممكنًا دائمًا[69].ولحل النزاع القائم بين الفقه والقانون بصدد محل الإلتزام المضمون وحقيقة هذا الإلتزام في كونه إلتزامًا إحتياطيًا أم إلتزاما أصليًا لا يتأثر بصحة وبطلان الإلتزام الأصلي الذي نشأ بمناسبته نقول صحيح أنّ الكفالة التجارية وجدت بموجب إلتزام أصلي كان على المدين الأصلي الوفاء به ؛ لذلك انّ إلتزام الكفيل قد يتأثر به وجودًا وعدمًا، إلّا أنّ البحث في ذلك يكون في إطار التعامل المدني[70] وليس في إطار التعامل التجاري فالأخير مختلف تمامًا ذلك من أبرز مظاهره السرعة والإئتمان اللذان يجعلان على الكفالة التجارية إلتزامًا إصليًا لا تأثير للإلتزام الأصلي عليها[71]. وتأكيدًا على ذلك وبما أن محل الكفالة التجارية يتأثر بالسبب الذي قصد الأطراف من ورائه إنشاء الكفالة التجارية أي أنَّ المحل يتأثر تبعًا لنوع الكفالة التجارية الذي قصد الأطراف إنشاءها ، فتبعًا لهذا القصد أنّ المحل في الكفالة التجارية يكون أما إلتزامًا بدفع مبلغًا من النقود محدد أو إلتزامًا بدفع ودائع من الصكوك[72]. أمّا في مضمون الإلتزام الأول الذي نجد له تطبيق واضحًا ومؤثرًا في مجال التعامل في قانون الصرف ، ذلك أنّ الكفالة التجارية تؤدي دورًا مهما في مجال الاوراق التجارية والتعامل بها ، كونها إلتزام أصلي لا يتأثر بصحة وبطلان الإلتزام الذي وجدت بسببه ، فالإلتزام الأصلي لا يتعدى حدوده المظهر الذي وجدت الكفالة التجارية بسببه ، أمّا الصفة الاصلية فالجانب العملي يفرض نفسه بموجب قاعدة إستقلال التواقيع التي تجد لها دور كبير في نطاق الكفالة التجارية وما يؤكد كل ذلك نصوص القوانين المقارنة التي أكدت على الصفة الأصلية لها ، فعلى صعيد قانون التجارة الامريكي الموحد أنّ المادة الثالثة من القانون نصت في الفقرة (ب) من الفصل(3-406) على أنّه "لا يؤثر الإلغاء أو الشطب من التظهير وفقًا للقسم الفرعي (أ) على حالة وحقوق الطرف المستمدة من التظهير"[73]. أما فيما يخص مَوقف المشرع المصري انّ قانون التجارة المرقم (17) لسنة 1999، نصّ في الفقرة الثانية من المادة (420) ، على أنّه "ويكون إلتزام الضامن الإحتياطي صحيحًا ولو كان الإلتزام الذي ضَمنهُ باطلًا لأي سببٍ آخر، غَير عيب في الشكل". إنّ موقف قانون التجارة العراقي ذي الرقم (30) لسنة 1984 ، لم يكن بعيدًا عن موقف التشريعات المقارنة حيث نصّ في الفقرة الأولى من المادة (82) على أنّه "يلتزم الضامن بالكيفية التي إلتزم بها المضمون ، ويكون إلتزام الضامن صحيحًا ولو كان الإلتزام الذي ضمنه باطلًا ، لأي سبب آخر غير عيب في الشكل". هذا فيما يخص محل الكفالة التجارية في إطار التعامل في الاوراق التجارية وفي نطاق قانون الصرف ، أمّا فيما يخص محل الكفالة التجارية في إطار التعامل المصرفي وعلى غرار ما سبق ذلك ان محل الكفالة التجارية قد يكون ودائع من

الصكوك أو أي أوراق مالية أخرى[74]. وفي نطاق محل الكفالة التجارية تثور إشكالية مفادها هي ما مدى تحديد نطاق إلتزام الكفيل الضامن في الكفالة التجارية ؟ وبعبارة اخرى هل يلتزم الكفيل التجاري بحدود إلتزام المدين الأصلي أم قد يتجاوز ذلك حدود الإلتزام الأصلي؟

للإجابة عن سؤالنا نقول إختلف الفقه في مدى تحديد إلتزام الكفيل التجاري ، فمنهم من يذهب إلى أنّ إلتزام الكفيل التجاري يكون مقيد بموجب ما إلتزم به المدين الاصلي[75] ، فلا يتعدى بذلك إلتزام الكفيل حدود إلتزام المدين الأصلي بما إلتزم به. وتأسيسًا على ذلك أنّه لا يجوز للكفيل التجاري أن يتعهد بالوفاء بما يتجاوز الدين المكفول ؛ فإذا زاد عبء الدين الأصلي بما إلتزم به الكفيل التجاري كحصول المدين الأصلي على قرض جديد ، فأنّ الكفيل التجاري يكون مقيد بحدود ما إلتزم[76]. وعلّلوا رأيهم بانّه لا يمكن للكفيل التجاري أن يكفل أو يضمن وفاء إلتزام أشد من الإلتزام الأول الذي إلتزم به المدين الأصلي فإذا زاد إلتزام الكفيل التجاري عمّا إلتزم به كان ملزمًا بحدود الدين الأصلي وفقًا لقاعدة إنتقاص العقد. وعلى خلاف هذا الإتجاه يذهب آخرون إلى إنّ إلتزام الكفيل في الكفالة التجارية لا يكون مقيدًا بحدود الدين الأصلي فأنه بالإمكان أن يتجاوز إلتزام الكفيل التجاري حدود الدين الأصلي بما يتضمن ذلك من أصل الدين والفوائد المترتبة عليه فضلاً عن الملحقات والمصاريف ، ونؤيد من جانبنا الإتجاه القائل : بأنّ القانون التجاري هو قانون قائم على السرعة والأئتمان ولا يخفى علينا أنّ هذه المبادئ مفادها منح الآجل تسهيلًا للوفاء[77] وهذا ما نجده واضحًا في الكفالة التجارية التي وجدت لأجل منح المدين الأصلي أجلًا يتناسب ووضعه المالي تسهيلًا لأعماله التجارية أم المدنية. كما أننّا نزيد على ما تقدم على هذا الرأي من أسانيد بأنّ التضامن المفروض في الكفالة التجارية يؤدي دورًا كبيرًا في نطاقها كون الكفالة التجارية تعطي للدائن الغطاء القانوني المناسب لحماية حقه في مطالبة المدين أو الكفيل بحدود ما إلتزم به او بما تجاوز عن ذلك من إلتزام[78]. وفي هذا الإتجاه في نطاق التضامن الذي يميز الكفالة التجارية يتبادر إلى ذهننا تساؤل مؤدّاه ، هل أنّ التضامن المفروض في الكفالة التجارية يكون بين المدين الأصلي والكفيل التجاري ، أم يتعدى ذلك التضامن في الإلتزام بأن يكون للدائن أكثر من كفيل؟

للإجابة عن ذلك التساؤل نقول: أنّه يقع علينا أنْ نبين موقف القوانين المقارنة محل الدراسة ذلك أنّ قانون التجارة الأمريكي الموحد خلا من النص على التضامن سواء بين المدين الأصلي والكفيل ، أم بين الكفلاء إن تعددوا.أمّا قانون التجارة المصري المرقم (17) لسنة 1999، نصّ في الفقرة الاولى من المادة (٤٢٠) والتي نصّت على انّه "1- يلتزم الضامن الاحتياطي بالكيفية التى التزم بها المضمون". وفي ذات المعنى نرى انّ الفقرة أولى من المادة (82) من قانون التجارة لدينا نصّت على أنّه" اولا- يلتزم الضامن بالكيفية التي التزم بها المضمون ، ويكون التزام الضامن صحيحًا ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلًا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل". من خلال ما تقدم عرضه نتوصل إلى نتيجة مفادها أنّ التضامن الذي نصت عليه القوانين المقارنة يجعل التضامن محصورًا بين الكفيل في الكفالة التجارية والمدين الأصلي ، إلاّ انّه ومن خلال إستقراء نصوص القانون المدني نجد أنّ المشرّع المدني المصري نصّ في الفقرة الأولى من المادة (792) منه على انّ " إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة". أمّا المشرع العراقي وبعبارات واضحة وصريحة نصّ في المادة (1024) ، على إنّه" إذا تعدد الكفلاء فإن كان كل منهم قد كفل الدين على حدة بعقد مستقبل طولب كل منهم بجميع الدين ، وإن كانوا قد كفلوا معاً في عقد واحد قسم الدّين بينهم وطولب كل منهم بحصته الّا اذا كانوا قد كفلوا متضامنين فيما بينهم ، ويفترض عدم التضامن ما بين الكفلاء إلّا إذا اشترط التضامن.

من خلال كل ما تقدم وفي إطار نطاق إلتزام الكفيل في الكفالة التجارية نخلص إلى نتيجة مفادها أنّ إلتزام الكفيل قد يكون محددًا بموجب نصوص ملزمة في العقد ، وقد يتجاوز هذا التقييد إلى أن يكون إلتزامه بأشد مما إلتزم به المدين الأصلي ، فضلًا عن أنّ التضامن بحدود المطالبة بذلك الإلتزام يكون بين المدين الأصلي والكفيل التجاري من جهة ، وبن الكفلاء نفسهم إن وجدوا.

ثانيًا :- الباعث الدافع في الكفالة التجارية

يعرف الباعث كركن من أركان إنعقاد الكفالة التجارية على أنّه (الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء إلتزامه فهو الباعث الدافع لإنشاء الكفالة التجارية)[79]. والباعث في عقد الكفالة التجارية كالمحل فيها ، إذ يجب أَنْ تتوافر فيه شروط عدّه لكي ترتب الكفالة التجارية اثرها منها أن يكون السبب موجودًا فهو الباعث الدافع للتعاقد فعند ذكرهُ في العقد يجب أَنْ يكون الباعث الدافع للتعاقد ، إلّا إذا ثبت عكس ذلك ، وعلاوة على ذلك يجب أَنْ يكون السبب مشروعًا غير مخالفًا للنظام العام والآداب[80]. يتّضح لنا مما سبق أَنّ المحل في عقد الكفالة التجارية يتمثل في التزام الكفيل سواء أكان من النقود أم غيرها أمّا الباعث الدافع فيختلف في الكفالة التجارية حسب مركز كل من المتعاقدين ، فيذهب الرأي الغالب ونحن من مؤيديه بأنّ الكفيل التجاري لا يقوم بتعريض ذمته المالية إلى مخاطر التنفيذ من جراء عدم وفاء المدين الأصلي بما إلتزم به ، دون أن تكون هنالك مصلحة ما ينوي الوصول إليها[81] ، وتختلف شكل المصلحة من إلتزام إلى آخر حسب نطاق التعامل التجاري وبما أنّ الكفالة التجارية تخضع لقواعد قانون التجارة فالمصلحة لا تخرج عن مفهوم المقابل الذي يتلقاه الكفيل من الدائن أم المدين[82] ، فهذا المقابل هو ما ينفي نية التبرع لدى الكفيل التجاري ويخرج الكفالة التجارية من دائرة التعامل المدني ، لتدخل في حيز قانون التجارة الذ ينظم أحكامها حسب الأحوال. أمّا بالنسبة للدائن فيكون السبب في قبوله للكفالة التجارية هو حصوله على أكبر عدد من الضمانات التي تمكنه من الحصول أو إستيفاء ماله من حقوق تجاه المدين الاصلي أو الكفيل التجاري. وبغض النظر عن القرائن التي يعول عليها البعض كقرينة قاطعة للتمييز بين صور السبب في الكفالة التجارية والتي تتمثل في قصد أطرافه[83] ، تثور إشكالية مفادها على من يقع عبء إثبات السبب في الكفالة التجارية؟

للإجابة عن سؤالنا نقول: أنّ القاعدة الأساسية التي تسري على طرفي الكفالة التجارية للبحث عن سبب إنشائها تتلخص في أَنّ البينة تكون على من يدعي بأنّ له مصلحة ما لإثبات سبب إنشاء الكفالة التجارية[84] ، بمعنى أَنّ العبء يقع على عاتق أحد طرفي الكفالة

وبالتحديد من له مصلحة في إثبات سبب إنشاءها والقصد الذي من وراءهُ تم إنشاء الكفالة التجارية لتقوم المحكمة بعدها بتقدير الدليل والقرائن المقدمة إليها للفصل في تكييفها ، وتبعًا لما يتّضح من القرائن والأدلة المقدمة لها من قبل المدعي فهي تخضع بهذا الوصف لرقابة محكمة التمييز[85].

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الكفالة التجارية

أصبحَ واضحٌ لنا أن عقد الكفالة التجارية لهُ مِن الخصائص ما يجعله ينفرد عن العقود التي تتشابه معه ؛ لذلك نرى أنَّهُ تثار لنا إشكالية مفادها أنه حال ما إذا ثار نزاع بشأن الكفالة التجارية تحت أي غطاء قانوني سيدرج القاضي هذا العقد من العقود المسمّاة التي نظَّمها المشرع العراقي؟ بعبارة أخرى ما هي القواعد القانونية التي سيقوم القاضي بتطبيقها على عقد الكفالة التجارية؟

وللإجابة عن ذلك نقول: تعددت الآراء حول تحديد الطبيعة القانونية للكفالة التجارية ؛ لذا سنعرض هذه الآراء على شكل فروع ، كل على الوجه التالي:-

الفرع الاول- الكفالة التجارية عقد كفالة مدنية

عرّف المشرع العراقي في قانوننا المدني لسنة 1951 ، الكفالة المدنية على أنّها "ضم ذمّة إلى ذمّة للمطالبة بتنفيذ إلتزام"[86] أمّا الكفالة التجارية فممكن تعريفها على أنّها(عقد يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر مقابل عمولة بتنفيذ إلتزام إذا لم يقم به المدين بنفسه). وعليه يذهب رأي بإتجاه أنّ الكفالة التجارية عقد كفالة مدنية فهي تخضع بذلك لذات القواعد القانونية التي تحكم الكفالة المدنية ، وقبل بيان رأينا في ذلك يتحتم علينا أن نبين ما يكتنف كل من النظامين من أوجه شبه وإختلاف فمن الممكن أن تلتقي الكفالة المدنية مع الكفالة التجارية في إن كل من العقدين يعد من عقود الضّمان الشخصية[87] والتي توفر للدائن الضمان العام على أموال المدين الاصلي فضلًا عن الكفيل[88] ، فبموجب ذلك تكون مسؤولية الكفيل والمدين مسؤولية شخصية وتضامنية بجميع أموالهم أمام الدائن. من جانب آخر قد تلتقي الكفالة المدنية مع الكفالة التجارية من ناحية أنّ كل من العقدين من العقود التي تقوم على الإعتبار الشخصي[89] ، فتارة نجد هذا الإعتبار قائم بين المدين الأصلي والكفيل إذ لا يمكن للأخير منح الضمان العام إذا لم تتوفر في المدين صفات جوهرية أهمها الثقة والأمان. وتارة أخرى نرى أنّ هذا الإعتبار واضحًا بين الكفيل والدائن ، إذ لا يمكن للدائن منح ثقته للمدين مالم تتوفر لدى الكفيل الصفات ذاتها من الثقة والسمعة الجيدة. فضلًا عن أوجه اخرى تعد نقطة إلتقاء كل من العقدين كون كل من العقدين من العقود الزمنية ولرضائية[90] ، والتي تعد من الخصائص الجوهرية لكل منهما. أمّا عن أوجه الإختلاف بين النظامين فتفترق الكفالة التجارية عن الكفالة المدنية في جوانب عدّة أهمها أنّ الكفالة التجارية من عقود المعاوضات[91] ، فالأخيرة لا تنعقد تبرعًا بل مقابل أجر يتلقاه الكفيل ، ذلك أنّ الأخير لا يضع نفسه أمام مخاطر أبرزها التنفيذ على ذمته المالية من جراء عدم الوفاء دون تلقي مقابل معين[92] ، أما الكفالة المدنية فهي من عقود التبرعات فلا يكون المقابل من خصائص العقد ، وتكاد لا تغيب عن ذهننا الصفة الجوهرية التي تلاصق الكفالة التجارية كونها عقد مستقل[93] ، فبموجب ذلك لا يمكن للكفيل في الكفالة التجارية الدفع بالتجريد أمام مطالبة الدائن له بالوفاء على خلاف الكفالة المدنية فالصفة التبعية تكون ملازمة للعقد حتى تمكّن الكفيل من الدفع بالتجريد أمام الدائن ، بأن يطالب المدين الأصلي أولًا بالوفاء ومن ثم الرجوع عليه بالتنفيذ. ولا تخفى أوجه الإختلاف الأخرى التي تتميز بها الكفالة التجارية عن الكفالة المدنية من حيث المصلحة ، فالكفيل لا يقوم بذلك إعتباطًا بل غالبًا ما تكون هنالك مصلحة ما ترجع على الكفيل بالفائدة ناهيك عن أهم الجوانب الرئيسة التي تنفرد بها البيئة التجارية والمتمثّلة بالفوائد[94]. فضلاً عن جوانب رئيسة أهمّها الإختصاص القضائي فضلًا عن صفة الإستعجال[95]، أمّا الكفالة المدنية فهي تخضع بدورها للإختصاص القضائي المدني.

الفرع الثاني- الكفالة التجارية تضامن صرفي

قد تتداخل الكفالة التجارية ونظامًا آخر من الانظمة القانونية التي أقرّها القانون حماية لمصلحة الدائنين لذلك يذهب البعض إلى أنّ الكفالة التجارية ماهي إلّا تضامن صرفي ، ويعرف الاخير بأنّه (وصف يلحق الالتزام في أطرافه فيمنع من انقسامه ، والتضامن الصرفي يفترض أو يكون بناء على اتفاق أو بنص في القانون)[96]. أمّا الكفالة التجارية فعرّفناها على أنّها (عقد يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر مقابل عمولة ، بتنفيذ إلتزام إذا لم يقم به المدين بنفسه). ومن هنا يتضح أنّ كل من النظامين يتداخلان من جهة ويفترقان من جهة أخرى ذلك أن كلًا من النظامين يلتقيان بأن كل منهما من أنظمة الضمان الشخصي التي تقدم توثيقًا أكثر للدائن ، ففي الكفالة التجارية يقوم الكفيل بتقديم ذمته المالية مع المدين أمام الدائن ، وهذا ما نجده في التضامن الصرفي والذي بموجبه يتفق المدينين على ضم ذممهم المالية أمام الدائن للتنفيذ عليها عند الوفاء.ومن جانب آخر يلتقي التضامن الصرفي مع الكفالة التجارية من حيث إفتراض التضامن في كل من النظامين فالتضامن الصرفي يفترض في مجال التعامل التجاري وهذا ما نجده في الكفالة التجارية التي تخضع لقواعد قانون الصرف[97] ، فضلًا عن أن النظامين قد يتشابهان أيضًا من حيث عدم إمكان المدين الدفع بالتجريد أمام الدائن ، ففي الكفالة التجارية لا يمكن للكفيل الدفع بالتجريد امام مطالبة الدائن له بتنفيذ الإلتزام الذي يقع على عاتقه ، وهذا ما نراه واضحًا في التضامن الصرفي ذلك أنّه لا يمكن للمدينين المتضامنين الدفع بالتجريد ، ذلك فأنّ جميع الملتزمين يكون إلتزامهم مستقلًا أمام مطالبة الدائن لهم بالوفاء ، بعبارة اخرى انّ كل من النظامين يكون الإلتزام فيهما مستقلًا[98]. كما ويقترب التضامن الصرفي من الكفالة التجارية من حيث إمكان تعدد أطراف الإلتزام ، ففي الاخيرة يمكن أن يكون للدائن أكثر من كفيل[99] ، ناهيك عن التضامن الصرفي فأنّ التعدد يعد جوهر الإلتزام. أمّا بالنسبة إلى أوجه الإختلاف بين كل من الكفالة التجارية والتضامن الصرفي ، فيمكن لنا تلخيصه في نقطة جوهرية مفادها إنّ التضامن الصرفي ما هو إلّا أثر من آثار الكفالة التجارية فالأخيرة ، عقد يتفق بمقتضاه شخص أو أكثر على وجه التضامن أو بدونه في تنفيذ إلتزام ، إذا لم يقم به المدين

بنفسه ومن ثمّ نتوصل إلى نتيجة مفادها أنّ التضامن ما هو إلّا أثرمن آثار الكفالة التجارية ، أما الأخيرة فهي عقد واسع النطاق له من الخطورة ما يجعله يحتفظ بطبيعته وخصائصه القانونية التي تحكمه .

الفرع الثالث- الكفالة التجارية ضمان إحتياطي

يعرف الضّمان الإحتياطي على أنّه (كفالة يسأل الكفيل بمقتضاها عن الوفاء بقيمة الحوالة التجارية على وجه التضامن)[100] ، أمّا الكفالة التجارية ، فهي(عقد يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر مقابل عمولة ، بتنفيذ إلتزام ، إذا لم يقم به المدين بنفسه) ، ومن خلال ما تقدّم يمكن لنا أن نورد أهم أوجه الشبه والإختلاف بين النظامين ومن حيث أوجه الشبه نرى ان كل من الكفالة التجارية والضّمان الإحتياطي من التأمينات الشخصية التي بموجبها يكون الضامن أو الكفيل ملتزمًا شخصيًا بذمته المالية أمام الدائن ، وهو ما يعرف بالضمان العام أمام الدائنين. ومن جانب آخر تلتقي الكفالة التجارية مع الضّمان الإحتياطي ذلك بأنّهما يخضعان لذات القواعد التي تحكم التعامل في الأوراق التجارية والمتمثلة بقواعد قانون الصرْف ، فضلًا عن صفة التضامن التي تتميز بها الكفالة التجارية والضّمان الإحتياطي سواء كان التضامن بين الكفلاء أنفسهم أم بين الكفيل والمدين ، ولا يغيب عن ذهننا أنّ كلًا من النظامين يعد نظامًا مستقلًا ؛ فلا يستطيع الكفيل بموجبه الدفع بالتجريد أمام الدائن حين المطالبة بالوفاء.أمّا فيما يخص أوجه الإختلاف بين كل من النظامين فأنّ هنالك مجموعة من اوجه الإختلاف نبين منها أنّ الضّمان الإحتياطي يكون بصورة كفالة شخصية تارة وفي صورة كفالة عينية تارة أخرى ذلك ان الضمان في مدلوله يشمل العديد من الأنظمة التي لها من الخصائص ما يميزها عن غيرها ، وهذا خلاف الواقع فالكفالة التجارية ما هي إلّا كفالة شخصية ذلك أن الكفيل لا يلتزم إلّا بحدود الضمان العام لدائنيه. فضلًا عن أنّ الكفالة التجارية تتميز عن الضمّان الإحتياطي من حيث النطاق فنطاق الأخير ينحصر في دائرة التعامل بالأوراق التجارية وهذا ما نصّت عليه التشريعات المقارنة[101] على خلاف الكفالة التجارية فأنّها علاوة على ذلك تتسع دائرتها لتشمل مجال التعامل المصرفي والتسهيلات التي تقدمها المصارف خدمةً لعملائها ؛ فهي بذلك تعد من أعمال المصارف بصورة الكفالة مصرفية. ومن زاوية أخرى يمكن لنا أن نثير إشكالية مؤداها بأن تسمية الضمان الإحتياطي توحي بانّه عقد تابع ولعل ما يؤكد ذلك أنّ المشرع العراقي في قانون التجارة قد تبنى مصطلح الضمان تاركًا مصطلح الضمان الإحتياطي على خلاف موقف المشرّع المصري في قانون التجارة الذي سمّاها بالضمان الإحتياطي وحسنًا فعل المشرّع العراقي .

الفرع الرابع- الكفالة التجارية خطاب الضمان

نظرًا لوجود مجموعة من أوجه التشابه بين الكفالة التجارية وخطاب الضمّان يذهب رأي قائل: بأن الكفالة التجارية خطاب ضمان بطبيعتها ، إلّا إننّا نشكل على هذا الرأي من خلال بيان أهم أوجه الشبه والإختلاف بين النظامين ، فخطاب الضمّان عرفّته أغلب القوانين وعلى رأسها المشرّع العراقي بأنّه "تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) ، دون قيد او شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ، ويحدد في خطاب الضّمان الغرض الذي أنشأ من أجله"[102] ، أمّا الكفالة التجارية فهي كما عرفناها بأنّها (عقد يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر مقابل عمولة معينة تنفيذ إلتزام ، إذا لم يقم به المدين بنفسه) ذلك فمن أوجه الشبه بين النظامين أنّ كل من الكفالة التجارية وخطاب الضّمان يعدان من عقود الضمان فموجب ذلك يكون للدائن حق الضمان العام على ذمّة الكفيل مباشرة دونَ الرجوع على المدين الأصلي. كما أنّ كل من النظامين يلتقيان من حيث إستقلالية كل من العقدين ، فليسَ للكفيل الدفع بالتجريد أمام الدائن ، علاوة على ذلك فأنّهما يعدّان من الأعمال التجارية[103]. أمّا أوجه الإختلاف بين كل من الكفالة التجارية وخطاب الضمان فأنّه وعلى الرغم من أوجه الشبه بينهما إلّا انّ الأخير في رأينا يكون في نطاق ضيق ودليلنا على ذلك ، أنّ الفقه يكاد يتفق على أنّ خطاب الضمان عقد من نوع خاص ؛ لما يكتنفه من ماهية وطبيعة ينفرد بها ، أمّا الكفالة التجارية فهي أوسع نطاقًا كما تقدم من البحث ، ومن ثمّ لها نظامها القانوني الخاص بها ولها قواعدها القانونية التي تحكمها والتي قد لا تتناسب وطبيعة خطابات الضمان. ومن خلال ما تقدم من البحث في نطاق تحديد الطبيعة القانونية للكفالة التجارية فأننّا نرى إنّ المشرع لدينا قد حسم الأمر إذ أنه حددّ نظامها القانوني وسمّاها بالكفالة التجارية وهذا ما نصّت عليها القوانين المقارنة وعلى صعيد القانون الأمريكي إذ لم ينص مباشرة على الكفالة التجارية إلّا إنّه نص في القسم (1-204) ، من المادة الاولى على أنّ " باستثناء ما هو منصوص عليه في المواد 3 و 4 و 5 و 6 و 12 ، يعطي الشخص قيمة للحقوق إذا اكتسبها: (1) مقابل التزام ملزم بتقديم ائتمان أو لتمديد الائتمان المتاح على الفور ، سواء تم السحب عليه أم لا وسواء تم النص على رد المبالغ المدفوعة أم لا في حالة وجود صعوبات في التحصيل ؛ (2)كضمان لمطالبة موجودة مسبقًا أو إرضاء كليًا أو جزئيًا لها[104] ؛ لذا نرى أنّ المشرع الأمريكي أشارَ للكفالة التجارية بصورة غير مباشرة. أمّا المشرع المصري فكان أكثر وضوحًا من المشرع الأمريكي من خلال نصّه في القانون المدني المرقم (779) لسنة 1948، على أنّه "على أن ~الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا إحتياطيًا ، أو عن تظهير هذه الأوراق ، تعتبر دائمًا عملًا تجاريًا". ولا يبقى لنا إلّا أن نبين مدى موقف المشّرع العراقي ، حيث كان له موقفًا متميزًا من القوانين التي سبق الذكر عنها ، حيث نصّ قانوننا المدني العراقي ذي الرقم (40) لسنة 1951، في المادة (1016) على أنّه "على أنّ الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن تظهير هذه الاوراق تكون دائماً كفالة تجارية".وهكذا يتضح لنا أنَّ لعقد الكفالة التجارية نظامًا قانونيًا يُميزه عَن العقود الأُخرى[105] ، فلا يبق أمام المشرّع العراقي إلّا أن يقوم بتوحيد القواعد القانونية التي تحكم هذا العقد لتداخل العلاقات الناشئة عَنهُ ؛ لما قد ينجم عنها من نزاعات بين أطرافهاُ بحيث يأخذ المشرّع دوره في هذه المعالجات التشريعية وتنظيم العلاقات والروابط القانونية الناشئة عنه.

الخاتمة

بعد انتهاء بحثنا الموسوم ب (الطبيعة القانونية للكفالة التجارية)، وبيان أحكامها في القوانين المقارنة، يهمنا بعد ذلك الوقوف لنلقي نظرة عامة موجزة على الأفكار التي تناولها البحث، والتي أعطت الفرصة للباحث في بيان موقف التشريعات، وبيان مكامن القصور فيها، مع الإشارة الى ما نراه كفيلًا بمعالجة هذا القصور في التشريع العراقي، وذلك عن طريق بيان الاستنتاجات التي توصل أليها الباحث، والمقترحات التي يراها ممكنة ومفيدة.

أولًا: الاستنتاجات

توصلنا في هذا البحث الى مجموعة من الاستنتاجات، يمكن أيجازها من خلال الآتي:-

1- إنّ المشرع العراقي إكتفى بمعالجة الكفالة التجارية في نطاق القانون المدني بموجب المادة (1016) من قانونه المدني العراقي ؛ الأمر الذي يتجسد من خلاله القصور التشريعي بشأن تنظيم الحساب المَصرفي المُشترك وما يثيره من مسائل.

2- لم يضع المشرع العراقي تعريفًا جامعًا مانعًا لعقد الكفالة التجارية ، بل إكتفى بالإشارة إلى نطاقها من خلال نص الفقرة الثانية من المادة (1016) من القانون المدني العراقي والتي نصّت على أنّه" على أنّ الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانًا إحتياطيًا أو عن تظهير هذه الأوراق تكون دائمًا كفالة تجارية".

3- إنّ المشرع العراقي حصر نطاق الكفالة التجارية في إطار قانون الصرف وبذلك نتوصل الى نتيجة مفادها أنّ المشرّع العراقي لم ينظّم الكفالة التجارية المصرفية فالكفالة التجارية نوعان (كفالة تجارية صرفية وكفالة تجارية مصرفية).

4- . نستنتج بأنّ عقد الكفالة التجارية تكون مقابل أجر دائمًا الأمر الذي يميزها عن غيرها من الانظمة التي تكاد تكون مشابهة لها كالكفالة المدنية ذلك أنّ الكفيل التجاري هدفه الربح والمضاربة فلا يقوم بتقديم خدماته بدون مقابل. كما أن العادة جرت بأنّه كثيرًا ما يقترن هذا العقد بتقديم خدمات للعملاء كعمليات النقل المصرفي فضلًا عن منح العملاء إعتمادًا ماليًا لصالحهم.

5- أنّ عقد الكفالة التجارية يعد عقدًا ملزمًا للجانبين ذلك انّ كل طرف فيها يعطي مقابلًا لما يأخذ ففي نطاق للكفالة المصرفية على سبيل المثال ، حيث يلتزم المصرفْ بتقديم خدماته للدائن والمدين مقابل عوض متفق عليه، ومن هنا يكتسب العقد صفة الإلزام حيث يلتزم كل طرف في العقد بتقديم في نطاق معين تجاه إلى الطرف الآخر ، فبالنسبة للكفيل فأنّه يتلقى مقابل تقديم إئتمانه ، وفي المقابل على المدين الأصلي ، والدائن تقديم العوض إذا قضى الإتفاق على ذلك.

6- تعد الكفالة التجارية عَمَلًا تجاريًا ، وبما إنّ الأخيرة يمتد نطاقها لتشمل أعمال الصرف وأعمال المصارف ، فهي بذلك تستمد تجاريتها كونها أحد الأعمال التي أَسبَغَ عليها المُشرع العراقي بصورة خاصة والتشريعات المقارنة بصورة عامة الصفة التجارية وبالتالي تستمد الكفالة التجارية معيار تجاريتها تارة من حيث شكلها وتارة أخرى من نظرية الأعمال التجارية لذاتها أو بطبيعتها.

7- للكفالة التجارية خصائص عدّة ، جعلت منها نظامًا قانونيًا متميزًا عن غيرها من العقود ممّا أنعكس ذلك على طبيعتها القانونية ذلك إنّها لا تدرج تحت أي غطاء قانوني من العقود المسمّاة ، لأنّ المشرّع العراقي سمّاها في نص المادة (1016)، من القانون المدني العراقي ففي النهاية أنّ الكفالة التجارية عقد مسمى له نظامه القانون الخاص به.

8- تعد الكفالة التجارية من العقود الرضائية إذ لم تشترط القوانين المقارنة شكلًا معينًا لها بل تركت الأمر لإرادة المتعاقدين ، ففي النهاية يتوقف إنشاءه على ذات الأركان التي يتوقف عليها أي عقد بصورة عامة من تراضي ومحل وسبب.

ثانيًا: المقترحات

بالإضافة الى الاستنتاجات السابقة فأننا توصلنا الى مقترحات عديدة نذكر هنا أهمها:-

1- نقترح على المشرّع العراقي النص على الكفالة التجارية في قانون التجارة العراقي المرقم 30 لسنة 1984 إسوة بالمشرّع المصري.

2- كما نقترح على المشرّع العراقي أن يبين مفهوم الكفالة التجارية إن إقتضى الأمر ذلك من خلال وضع تعريفًا جامعًا مانعًا لتمييزها عن الكفالة المدنية ذلك أنّ المشرّع العراقي قد عرّف الكفالة المدنية في1 قانونه المدني المرقم40 لسنة 1951، في المادة (1008) ،على أنّها " ضم ذمة إلى ذمة للمطالبة بتنفيذ إلتزام" ونقترح على المشرع ان يكون التعريف بأنّ الكفالة التجارية"ضم ذمة إلى ذمّة للمطالبة بتنفيذ إلتزام مقابل عوض معلوم"..

3- نرى أنّه من الضروري أن يبين المشرّع العراقي بأن عقد الكفالة التجارية عقدًا مستقلًا لما لهذه الصفة من أثر كبير وفائدة تعود على أطرافه ولتمييزه عن غيره من العقود التبعية كعقد الكفالة المدنية ذلك انّ الأحكام القانونية التي تنطوي على عقد الكفالة المدنية لا تستقيم والكفالة التجارية كالدفع بالتجريد.

4- يلاحظ أنّه بإمكان المشرع العراقي أن ينص على أن تكون الكفالة التجارية مقابل عمولة معينة ذلك أنّ الصفة التجارية التي تلاصقها تقتضي أن تكون الكفالة التجارية مقابل أجر لصالح الكفيل التجاري.

5- نقترح على المشرع العراقي أن يعد الكفالة التجارية عقدًا تجاريًا إسوة بغيره من العقود التجارية كالحساب الجاري ، الذي عدّه المشرع العراقي عقدًا له من الخصوصية ما ينبغي.

6- نتأمل من المشرع العراقي أن ينظم الكفالة التجارية المصرفية ، من خلال النص عليها في قانون التجارة ذي الرقم (30) لسنة 1984 ، ونقترح أن يتضمّن نص هذه المادة فقرة تقضي بأن يكون المصرف طرفًا رئيسًا فيها.

الهوامش/

(1)- ينظر د. حسني محمود عبد الدايم ، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق ، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية ، 2009 ، ص56.

(2) تعرف الكفالة المصرفية على انها" عقد بمقتضاه يكفل البنك بتنفيذ الالتزام بان يتعهد للدائن بالوفاء بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه" أو "هي ضمان خاص يطمئن به الدائن إلى استيفاء حقه من المدين، وهي إما أن تكون ضمانا شخصيا أو عينيا".

(3) ينظر د. عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المدنية المسمّاة ، ط1 ، زين الحقوقية –بيروت ، 2018 ، ص43.

(4)- does not state any other undertaking or instruction by the person promising or ordering payment to do any act in addition to the payment of money, but the promise or order may contain (i) an undertaking or power to give, maintain, or protect collateral to secure
payment, (ii) an authorization or power to the holder to confess judgment or realize on or dispose of collateral, or (iii) a waiver of the benefit of any law intended for the advantage or protection of an obligor, (iv) a term that specifies the law that governs the promise or order, or (v) an undertaking to resolve in a specified forum a dispute concerning the promise or order.

(5)- Section 1-204. Value. Except as otherwise provided in Articles 3, 4, [and] 5, [and 6], [6,] and 12, a person gives value for rights if the person acquires them:
(1)- in return for a binding commitment to extend credit or for the extension of immediately available credit, whether or not drawn upon and whether or not a charge-back is provided for in the event of difficulties in collection؛
(2)- as security for, or in total or partial satisfaction of, a preexisting claim؛

(6)- ذلك انّه أشار إلى الكفالة التجارية في المادة (455) ، تحت مسمّى (الضمان الإحتياطي) ، والتي نصت على أنّه "1- يجوز ضمان وفاء مبلغ السفتجة كلّه أو بعضه من ضامن إحتياطي".

(7)- حيث نصّت المادة (1016) من القانون المدني العراقي ذي الرقم40 لسنة 1941، على أنّه "1- كفالة المدين في دين تجاري تعتبر كفالة مدنية، حتى لو كان الكفيل تاجرا". 2- على ان الكفالة الناشئة عن ضمان الاوراق التجارية ضماناً احتياطياً او عن تظهير هذه الاوراق تكون دائماً كفالة تجارية".

(8)- ينظر د. محمد حسن قاسم ، قانون العقود الفرنسي الجديد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2018 ، ص32.

(9)- ينظر د. أكرم ياملكي ، الأوراق التجارية وعمليات البنوك ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، 2008 ، ص291.

(10) “Agreement”, as distinguished from “contract”, means the bargain of the parties in fact, as found in their language or inferred from other circumstances, including course of performance, course of dealing, or usage of trade as provided in Section 1-303.

(11)- Frederick k, Beutel, Bank, Officers, Hand Book of commercial banking law, Hardcover, 1982, p.19-5.

(12)- ينظر د. خالد السيد محمد عبد المجيد موسى ، مصادر الإلتزام ، دار الكتاب الجامعي ، الرياض ،2017، ص38.

(13)- ينظر د. حسن علي الذنّون ، النظرية العامة للإلتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 ، ص32.

(14)- ينظر د. فايز عبد الرّحمن ، مصدر سابق ، ص217.

(15)- ينظر د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص24.

(16)- ينظر د. راقية عبد الجبّار ، التأمين والكفالة ، ط1 ، جامعة العلوم التطبيقية – البحرين ، 2012، ص240.

(17)- ينظر د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، النظرية العامة للإلتزام ، ج1، المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون سنة نشر ، ص14.

(18)- ينظر د. محمد السيد الفقي ، القانون التجاري (الاوراق التجارية ، الإفلاس ، العقود التجارية ، عمليات البنوك) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003 ، ص615.

(19)- ينظر د. علي البارودي ، العقود التجارية وعمليات البنوك ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2001، ص330.

(20)- ينظر د. عبد الرزّاق أحمد السنهوري ، التأمينات الشخصية والعينية ، ج10 ، ط3 ، دار النهضة ، مصر ، 2011 ، ص55.

(21)- يعرف مبدأ إستقلال التواقيع بأنه (كل شخص يضع توقيعه على الورقة التجارية يكون ملتزم بوفاء قيمتها ، متى ما أمتنع المدين الأصلي عن السداد والتزام كل موقع على الورقة يعتبر مستقلاً عن باقي الموقعين ، فإذا كان أحد هذهِ التواقيع باطلا سبب وجود نقص أو إنعدام أهمية الموقع فإن هذا العيب لا يستفيد منهُ باقي الموقعين) .

(22)- ينظر د. محمد عزمي البكري ، شرح قانون التجارة الجديد ، دار محمود ، القاهرة ، ص1138.

(23)- وهذا ما نصّت عليه المادة (82) من قانون التجارة العراقي ذي الرقم 30 لسنة 1984، والتي نصّت على أنّه" اولًا : يلتزم الضامن بالكيفية التي التزم بها المضمون، ويكون التزام الضامن صحيحا ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل".

(24)- (b)Cancellation or striking out of an indorsement pursuant to subsection (a) does not affect the status and rights of a party derived from the indorsement.

(25)- ينظر د. سمير عبد السيد تناغوا، مصادر الإلتزام، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، 2009 ، ص18.

(26)- ينظر د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، 33.

(27)- ينظر د. محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك ، جامعة الملك سعود ، الرياض ، 1984، ص245.

(28)- ينظر أ.د. ناصر أحمد إبراهيم النشوي ، موقف الشريعة الإسلامية من التعامل بالأوراق التجارية (دراسة فقهية قانونية تأصيلية مقارنة) ، دار الفكر الجامعي-الإسكندرية ، 2011 ، ص806.

(29)- ينظر د. صلاح الدين الناهي ، المبسوط في الاوراق التجارية (دراسة موازنة) ، دار العروبة - بغداد ، 1965 ، ص395.

(30)- does not state any other undertaking or instruction by the person promising or ordering payment to do any act in addition to the payment of money, but the promise or order may contain (i) an undertaking or power to give, maintain, or protect collateral to secure payment, (ii) an authorization or power to the holder to confess judgment or realize on or dispose of collateral, or (iii) a waiver of the benefit of any law intended for the advantage or protection of an obligor, (iv) a term that specifies the law that governs the promise or order, or (v) an undertaking to resolve in a specified forum a dispute concerning the promise or order.

(31)- ينظر د. سميحة القليوبي ، الموجز في القانون التجاري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1987 ، ص239. ، د. عزيز العكيلي ، شرح التشريعات التجارية ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، 2008 ، ص145. ، د. محمد بهجت عبد اللة قايد ، د. أميرة صدقي ، القانون التجاري (نظرية الأعمال التجارية –التاجر- عمليات البنوك- شركات الأشخاص- شركات الاموال- الاوراق التجارية) ، مركز جامعة القاهرة ، 2006 ، ص42.

(32)- ينظر د. محمد بهجت عبد اللة قايد ، د. أميرة صدقي ، نفس المصدر ، ص44.

(33)- وتوضح الأسباب الموجبة للقانون ذلك صراحة بالقول أن المشرع أقام : " نظرية الأعمال التجارية على أساس من تعداد وارد على سبيل الحصر مراعياً في ذلك أن تشتمل على جميع الأعمال التجارية التي تقع في حدود التصور المعقول أخذا بالاعتبار حقائق الأوضاع التجارية والاقتصادية في القطر.

(34)- ينظر د. راقية عبد الجبّار ، مصدر سابق ، ص98.

(35)- ينظر د. حسني محمود عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص57.

(36)- Section 5-104. Formal Requirements.

A letter of credit, confirmation, advice, transfer, amendment, or cancellation may be signed.

([37])(a)Except as otherwise provided in this section, when a transaction bears a reasonable relation to this state and also to another state or nation the parties may agree that the law either of this state or of such other state or nation shall govern their rights and duties.

(38)- ينظر د. عزيز العكيلي ، الوسيط في شرح قانون التجارة ، مصدر سابق ، ص306.

(39)- هذا ما نصّت عليه المادة (77) من القانون المدني العراقي في فقرتها الأولى على أنّه "الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفًا لأنشاء العقد ، واي لفظ صدر فهو إيجاب والثاني قبول".

(40)- ينظر فيليب ديبليك وميشال جرمان ، مصدر سابق ، ص484.

(41)- ينظر د. مختار أحمد بريري ، مصدر سابق ، ص29

(42)- ينظر د. فايز أحمد عبد الرّحمن ، مصدر سابق ، ص227.

(43)- ينظر د. عبد الفضيل محمد أحمد ، مصدر سابق ، ص60-61. ، د. محمود سمير شرقاوي ، القانون التجاري ، ج2 ، (العقود التجارية ، الإفلاس ، الأوراق التجارية ، عمليات البنوك) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،1984، ص503. ، د. علي البارودي ، العقود التجارية وعمليات البنوك ، مصدر سابق ، ص301.

(44)- ينظر د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، مصدر سابق ، ص32.

(45)- لم نرى في القوانين المقارنة نص يشابه النص اعلاه وفي رأينا هذه الإشارة يشاد عليها المشرع العراقي.

(46)- ينظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري مصد سابق ، ص29. د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص39. ، د. حسني محمود عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص42.

(47)- ينظر د. عبد المجيد بكر ، نفس المصدر ، ص39.

(48)- ينظر فيليب ديبليك وميشال جرمان ، مصدر سابق ، ص484.

(49)- ينظر د. قدري عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص26.

(50)- ينظر د. إلياس ناصيف ، موسوعة الوسيط في قانون التجارة ، مصدر سابق ، ص119.

(51)- ينظر د. أحمد بركات مصطفى ، مصدر سابق ، ص250.

(52)- هذا ما نصّت عليه الفقرة الأولى من المادة (155) من القانون المدني العراقي بأنّه" العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني".

(53)- نقلاً عن د. محمود سمير شرقاوي ،مصدر سابق ، ص502.

(54)- ينظر د. محمد خيري ، سمير الأمين ، الودائع وتأجير الخزائن والحساب الجاري لدى البنوك ، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، 2011 ، ص20.

(55)- ينظر د. علي الأمير إبراهيم ، مصدر سابق ، ص144.

(56)- “Agreement”, as distinguished from “contract”, means the bargain of the parties in fact, as found in their language or inferred from other circumstances, including course of performance, course of dealing, or usage of trade as provided in Section 1-303.

(57)- (10) "Conspicuous", with reference to a term, means so written, displayed, or presented that, based on the totality of the circumstances, a reasonable person against which it is to operate ought to have noticed it. Whether a term is "conspicuous" or not is a decision for the court.

(58)- ينظر نص المادة (133) من القانون المدني العراقي.

(59)- وهذا ما نصت عليه المادة (106) من القانون المدني العراقي الحالي بقولها "سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة".

(60)- ينظر نصوص المواد (112-117-121) من القانون المدني العراقي والتي تناولت عيوب الرضا.

(61)- وهذا ما نصت عليه المادة (41) من مشروع القانون المدني لسنة 1986.

(62)- ينظر د. جلال وفا محمدين ، المبادئ العامة (العقود التجارية وعمليات البنوك) ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1988 ، ص80.

(63)- هذا ما نصّت عليه المادة (106) من القانون المدني العراقي على أنّه "سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة".

(64)- ينظر نصوص المواد (98-101) من قانون التجارة العراقي.

(65)- ينظر د. صفوت بهنساوي ، مصدر سابق ، ص406.

(66)- ينظر نص المادة (104) من القانون المدني العراقي.

(67)- ينظر نص المادة (603) من الباب الخامس من قانون الإفلاس والصلح الواقي ذي الرقم 147 لسنة 1970 .

(68)- ينظر المواد (126-127-128-130) من القانون المدني العراقي.

(69)- ينظر د.فوزي محمد سامي - د. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص45.

(70)- أن من اهم خصائص الكفالة المدنية كونها عقد تبعي ، فبموجب ذلك أن جميع احكام الكفالة المدنية تتأثر صحة وبطلانًا بالعقد الاصلي فهي وجدت بسببه وتتبعه صحة وبطلانًا.

(71)- نصت المادة (3) من قانون التجارة العراقي "التجارة نشاط اقتصادي يجب ان يقوم على اساس من الثقة والامانة والالتزام الدقيق بقواعد القانون، ومن لا يلتزم بذلك يكون معرضاً للمسؤوليتين المدنية والجزائية".

(72)- (11)"N.W.HALSEY,BANK LAWS, FOURTH EDTION,1913, SAN FRANCISCO, P21.

(73)- (b)Cancellation or striking out of an indorsement pursuant to subsection (a) does not affect the status and rights of a party derived from the indorsement.

(74)- ينظر د.محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية ، عمليات البنوك ، جامعة عمان الاهلية ، 2008، ص231

(75)- -ينظر د. راقية عبد الجبّار ، مصدر سابق ، ص281.

(76)- ينظر د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص49.

(77)- القاعدة اذا كان العقد معيباً في شق منه باطل أو قابل للإبطال و صحيحاً في شق آخر، فان الشق المعيب هو فقط الذي يبطل ، و يبقى الشق الصحيح سليماً قائماً و منتجاً لآثاره

(78)- ينظر يوسف عودة غانم ، مصدر سابق ، ص10.

(79)- ينظر قرار محكمة التمييز الصادر في سنة 1969 ، منشور في مجلة القضاء لسنة 1969 ، ذي العدد 3 ، ص141.

(80)- هذا ما نصّت عليه المادة (132) من القانون المدني العراقي على أنّه "1- يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقدون دون سبب أو لسبب ممنوع قانونًا ومخالف للنظام العام أو الآداب2-ويفترض في كل التزام أن له سببًا مشروعًا ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك3- أمّا إذا ذكر سبب في العقد فيعتبر انّه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك".

(81)- ينظر د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص49.

(82)- يعرف المقابل على أنه (العوض النقدي الذي يتلقاه الكفيل التجاري لقاء تقديم ذمته المالية لضمان تنفيذ إلتزام).

(83)- ينظر د. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص166.

(84)- هذا ما نصّت عليه المادة السابعة من قانون الأثبات العراقي ذي الرقم 107 لسنة 1979 في فقرتها الأولى على انّه "البينة على من إدعى واليمين على من أنكر".

(85)- لاحظ: قضاء تمييز العراق ،48 ، استئنافية، 169 في 1969/10/2،المجلد السادس،ص409-411.

(86)- وتقابلها المادة (772) من القانون المدني المصري والتي نصّت على أنّه" الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه" .

(87)- ينظر د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص22.

(88)- وهذا ما يتبين من تعريف الكفالة في المادة (1008) من القانون المدني العراقي والتي نصّت على انّه" الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام". وتقابلها المدادة (772) ، من القانون المدني المصري.

(89)- ينظر د. راقية عبد الجبار ، مصدر سابق ، ص236.

(90)- ينظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص37.

(91)- ينظر د. حسني عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص28.

(92)- ينظر ما سبق من البحث ، ص12.

(93)- ينظر د. فوزي محمد سامي ، فائق محمود الشّماع ، مصدر سابق ، ص228.

(94)- نصت المادة 171 من القانون المدني العراقي على انّه" اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتاخر المدين في الوفاء به كان ملزما ان يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التاخير فوائد قانونية قدرها اربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة

في المسائل التجارية، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ان لم يحدد الاتفاق او العرف التجاري تاريخا اخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره".

(95)- أن اجراءات القضاء المستعجل سريعة جدا بالنسبة لمواعيد الحضور ولسير الدعوى وكذلك بالنسبة لتنفيذ القرار والطعن فيه . كما ان طبيعة القضايا التي يقضي فيها قاضي الامور المستعجلة لابد وان تكون مستعجلةيخشى فيها على الحق من فوات الوقت واخيرا فان القضاء في الامور المستعجلة هو قضاء مؤقت وخاضع لقاعدة اساسية هي عدم المساس باصل الحق . ومن ابرز صور الدعاوى المستعجلة التي تناولها القانون المدني العراقي هي دعوى الحراسة القضائية على الاموال المتنازع عليها اذا خشي عليها خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه فيطلب احد اطراف الدعوى من المحكمة تعيين حارس بصفة مستعجلة لادارة هذا المال.

(96)- ينظر يوسف عودة غانم ، مصدر سابق ، ص11.

(97)- ينظر ما سبق من البحث ، ص4.

(98)- وهذا ما نصّت عليه المادة (321) على أنّ"1- اذا كان المدينون متضامنين فللدائن ان يطالب بالدين كله من شاء منهم وان يطالبهم به مجتمعين ومطالبته لأحدهم لا تمنعه من مطالبة الآخرين. 2- ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء ان يحتج بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر الا بقدر نصيب هذا المدين اذا كان قد انقضى بوجه من الوجوه ولكن يجوز له ان يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وهو وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعا".

(99)- وهذا ما نصّت عليه المادة (1024) من القانون المدني العراقي" اذا تعدد الكفلاء، فان كان كل منهم قد كفل الدين على حدة بعقد مستقبل طولب كل منهم بجميع الدين، وان كانوا قد كفلوا معاً في عقد واحد قسم الدين بينهم وطولب كل منهم بحصته الا اذا كانوا قد كفلوا متضامنين فيما بينهم، ويفترض عدم التضامن ما بين الكفلاء الا اذا اشترط التضامن".

(100)- ينظر د. فوزي محمد سامي ، فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص226.

(101)- نظم قانون التجارة العراقي الضمان الأحتياطي في المادة (80) تحت مسمى الضمّان. فضلا عن المشرع المصري الذي نص على الضمان الإحتياطي في المادة (418).

(102)- وهذا ما نصت عليه المادة (287) من قانون التجارة العراقي.

(103)- وهذا ما نصت عليه المادة (5) من قانون التجارة العراقي في الفقرة الثالثة عشر منها (أعمال المصارف).

(104) Section 1-204. Value. Except as otherwise provided in Articles 3, 4, [and] 5, [and 6], [6,] and 12, a person gives value for rights if the person acquires them: (2)in return for a binding commitment to extend credit or for the extension of immediately available credit, whether or not drawn upon and whether or not a charge-back is provided for in the event of difficulties in collection؛ (2)as security for, or in total or partial satisfaction of, a preexisting claim؛

(105)- ينظر د. فائق محمود الشماع ، الحساب المصرفي ، مصدر سابق ، ص10.

المصادر

أولا- الكتب القانونية

1- عزيز العكيلي ، شرح التشريعات التجارية ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، 2008.
2- أكرم ياملكي ، الأوراق التجارية وعمليات البنوك ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، 2008.
3- إلياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، عمليات المصارف ، ج3 ، منشورات بحر المتوسط ، بيروت ، 1996.
4- حسن علي الذنّون ، النظرية العامة للإلتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008.
5- حسن علي الذّنون ، شرح القانون المدني العراقي، أحكام الإلتزام ، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة ، بغداد ، بدون سنة طبع .
6- حسني محمود عبد الدايم ، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق ، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية ، 2009 .
7- خالد السيد محمد عبد المجيد موسى ، مصادر الإلتزام ، دار الكتاب الجامعي ، الرياض ، 2017.
8- راقية عبد الجبّار ، التأمين والكفالة ، ط1 ، جامعة العلوم التطبيقية – البحرين ، 2012.
9- رزق الله انطاكي ود. نهاد السباعي ، الوسيط في الحقوق التجارية البرية ، ج2، مطبعة جامعة دمشق ، 1962.
10- سميحة القليوبي ، الأوراق التجارية (الكمبيالة ، السند الأمر ، الشيك) ، ط6 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008.
11- سمير عبد السيد تناغوا، مصادر الإلتزام، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، 2009.
12- صلاح الدين الناهي ، المبسوط في الاوراق التجارية (دراسة موازنة) ، دار العروبة - بغداد ، 1965.
13- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، التأمينات الشخصية ، ج10، دار احيا التراث العربي ، بيروت-لبنان ، 2001.
14- عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، النظرية العامة للإلتزام ، ج1، المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون سنة نشر.
15- عزيز العكيلي ، القانون التجاري (الاعمال التجارية ، التجار ، المتجر ، الشركات التجارية ، الأوراق التجارية) ، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع ، عمّان ،1996.
16- عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المدنية المسمّاة ، ط1 ، زين الحقوقية –بيروت ، 2018.
17- فايز أحمد عبد الرحمن ، القانون التجاري الليبي (الأوراق التجارية ، أعمال المصارف ، العقود التجارية ، الإفلاس) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2007.

18- فوزي محمد سامي ، د. فائق محود الشمّاع ، القانون التجاري (الاوراق التجارية) ، المكتبة القانونية- بغداد ، 2008.
19- محمد السيد الفقي ، القانون التجاري (الاوراق التجارية ، الإفلاس ، العقود التجارية ، عمليات البنوك) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003.
20- يوسف عودة غانم ، التضامن الصرفي في الأوراق التجارية دراسة مقارنة ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2012.
21- سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1985.

ثانيًا- القوانين

1- القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951
2- قانون الإثبات العراقي المرقم 107 لسنة 1979.
3- قانون المرافعات المدنية المرقم 83 لسنة 1989.
4- قانون التجارة العراقي المرقم 30 لسنة 1984.
5- قانون الإفلاس والصلح الواقي ذي الرقم 147 لسنة 1970.
6- القانون المدني المصري المرقم 131 لسنة 1948.
7- قانون التجارة المصري المرقم 17 لسنة 1999.
8- قانون التجارة الأمريكي لسنة 1952.

ثالثا- القرارات القضائية

1- قرار محكمة التمييز العراقية الصادر في سنة 1969 ، منشور في مجلة القضاء لسنة 1969 ، ذي العدد3.
2- قرار محكمة التمييز العراقية المرقم 48، استئنافية ،169 في 1969/10/2،المجلد السادس.

رابعاً- المصادر الاجنبية

1- Frederick k, Beutel, Bank, Officers, Hand Book of commercial banking law, Hardcover, 1982.