

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه اجمعين وبعد...

يُعد خطاب الضمان المصرفي من أهم أساليب التعامل المصرفي نظراً لما لها من دور في المعاملات التجارية على الصعيدين الداخلي والخارجي، باعتبارها أحد أدوات الثقة المصرفية؛ وبسبب تمتع خطابات الضمان بخصائص لا تتوفر في غيرها من الضمانات الأخرى. عندما يقوم المصرف بتقديم الخدمات لعملائه ونظراً لتزايد حجم التبادل التجاري والمعاملات التجارية التي تتم ما بين الافراد والشركات في ظل الانفتاح والتطور التجاري في أغلب دول العالم، حيث ظهرت خطابات الضمان المصرفية كصورة من الضمان المصرفي بدلاً من التأمين النقدي الذي يكون مرهقاً للمتعاقد (الامر) في أغلب الأحوال على اعتبار أن الخطاب يحقق للطرف الآخر المتعاقد المستفيد الغرض ذاته الذي يحققه له التأمين النقدي. وتعتبر خطابات الضمان المصرفية من أهم العمليات التي تقوم بها المصارف خدمة للنشاط الاقتصادي وتؤدي إلى ازدياد حركة التجارة الدولية باعتبارها إحدى وسائل الضمان واسعة الانتشار في مجال التعامل التجاري، ويتم اللجوء اليها عوضاً عن تجميد رصيد نقدي من قبيل (الامر) عند المستفيد كتأمينات لقاء التعاقد بينهم وتسهم خطابات الضمان في تحريك وتفعيل العقود والعمل بين المستفيدين أرباب العمل وأصحاب المشاريع وبين الأمرين المناقضين والمتعاقدين الذين ينفذون العمل. ومن هنا يبرز الدور المتميز للخطابات المصرفية في مجمل العملية الاقتصادية وخلال مراحل متعددة من المناقصة إلى التعاقد على التنفيذ الفعلي للعقد، فخطابات الضمان نوع من الاعتماد بالضمان الذي تقدمه المصارف لعملائها حيث أن خطاب الضمان عملية ائتمانية تنشأ من تقديم المصرف لعملائه مبعثاً للثقة بين أطراف التعامل بالنظر لما تملكه من مقدرة مالية وسمعة تجارية لا تتوفر في غيرها من الاشخاص الطبيعية والمعنوية، إذ أن خطابات الضمان المصرفية لها فائدة ومصلحة لجميع أطرافها وترجع هذه الفوائد للمصرف لما يتقاضاه من عمولة وفوائد ويفيد العميل لأنه يحتفظ بنقوده ويستبدلها بخطاب الضمان الذي يقدمه للمستفيد ويفيد المستفيد عندما يكون مطمئناً لمصدر الوفاء بقيمة الخطاب وهو المصرف.

وقد نصت المادة (٢٨٧) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ النافذ بأن: "خطاب الضمان تعهد يصدر من المصرف بناءً على طلب أحد المتعاملين معه (الامر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (مستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله". ويحق للمصرف الرجوع على الأمر للمطالبة بالمبلغ الذي اداه بموجب دعوى تسمى (دعوى الرجوع). عليه واستناداً لما تقدم رأينا دراسة دعوى خطاب الضمان المصرفي في القانون العراقي في أربعة مباحث، نتناول في المبحث الأول (ماهية خطاب الضمان المصرفي وخصائصه)، وفي المبحث الثاني (الاثار المترتبة على خطاب الضمان المصرفي وأنواعه ومدته وانقضائه

والغش فيه)، وفي المبحث الثالث (أنواع الدعاوى خطاب الضمان المصرفي)، وفي المبحث الرابع (إجراءات دعاوى خطاب الضمان المصرفي وصدور القرار والطعن فيه)، وأخيراً ننهي البحث بخاتمة من النتائج وعدد من التوصيات... والله ولي التوفيق.

المبحث الأول ماهية خطاب الضمان المصرفي

إن خطاب الضمان المصرفي هو محرر يتم إصداره من المصرف ويتم توجيهه إلى المستفيد بناء على طلب الأمر، وليس هناك شكل معين لخطابات الضمان المصرفية وبه يتعهد المصرف بدفع مبلغ معين من النقود إلى المستفيد خلال مدة معينة في الخطاب، بحيث يصبح من حق المستفيد الرجوع إلى المصرف الذي يكون ملزماً بالوفاء في حدود المبلغ الذي تعهد به^(١)، وماهية خطاب الضمان تعني مفهومها وتعريفها ووظيفتها الأساسية ورأي الفقه والقضاء فيها كما تعني الأسس القانونية من حيث تكيفها والنظام القانوني الذي يحكمها وماهية الشيء تعني أساسه وتكوينه ونشأته وتطوره وتعريفه ووظيفته الأساسية^(٢). وفي ضوء ما تقدم نقسم المبحث إلى مطلبين، الأول: نبين فيه مفهوم خطاب الضمان المصرفي، والمطلب الثاني: نوضح فيه خصائص خطاب الضمان المصرفي.

المطلب الأول مفهوم خطاب الضمان المصرفي

هناك عدة تعريفات قانونية وقضائية وفقهية لخطابات الضمان المصرفية، ولكن ذلك لا يدل على اختلافها وإن اختلفت من حيث الصياغة، ولكنها تتفق في جوهرها وأحكامها ومبادئها، ومن أهم هذه المبادئ الالتزام بالوفاء من قبل منظم الخطاب ومصدره، وكذلك التزام الأمر بحدود مطالبته، ووفقاً للغرض، والمبلغ، والاستحقاق. عليه فإن خطاب الضمان لغة تعني الكلام والرسالة، أما الضمان فيعني الالتزام ومنها الكفالة ومنها الترغيب، فمن ضمن الشيء ضماناً كفل به فهو ضامن وضمن ويقال ضمنه الشيء تضميناً أي: غرّمه والضمان بالجمع ضمانات بمعنى كفالات والكفالة الالتزام وضمن الرجل كفله أي التزم بأداء ما قد يقصر في أداءه^(٣)، ويعرف خطاب الضمان فقهاً على أنه تعهد مكتوب يصدره المصرف الضامن بناء على طلب عميله (الأمر) بشأن عملية محددة أو غرض محدد يلتزم بموجبه المصرف بأن يدفع إلى الطرف الثالث المستفيد مبلغاً معيناً من النقود عند أول طلب منه سواء كان طلباً مجرداً أو مبرماً أو مصحوباً بتقديم مستندات محددة في الخطاب يقدمها المستفيد خلال أجل محدد أو غير محدد أثناء سريان أجله رغم معارضة من العميل المضمون أو المصرف الضامن، على أن يكون الضامن شخص غير المتعاقد مع المستفيد الذي

(١) د. علي العريف، شرح القانون التجاري المصري، ج ١، مصر، ١٩٥٨، ص ٤٤٦.

(٢) د. محمود الكيلاني، عمليات البنوك، الجزء الأول: الكفالات المصرفية وخطابات الضمان، عمان-الأردن، ١٩٩٢.

(٣) محمد بن بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٧١، ص ٣٨٤.

طلب الضمان لصالح شخص المستفيد وكذلك عرف خطاب الضمان على أنه تعهد من المصرف لدفع مبلغ نقدي لدى أول طلب من المستفيد رغم معارضة العميل الأمر مع التحفظ لحالة الغش^(١)، كما عرفه البعض الآخر على أنه تعهد كتابي من المصرف بناء على طلب عميله يلتزم فيه لصالح هذا العميل في مواجهة شخص ثالث وهو المستفيد بأن يدفع مبلغاً معيناً إذا طلبه المستفيد خلال أجل محدد في الخطاب^(٢).

وبحث جانب آخر من الفقه إلى تعريف خطابات الضمان المصرفي قيام المصرف بإصدار خطاب الضمان بناء على أمر عميله، يتعهد بمقتضاه في مواجهة المستفيد منه بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين دون قيد أو شرط، بمجرد طلب هذا الأخير خلال مدة محددة وقد يوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله. كما يعرف البعض الآخر من الفقه على أن الالتزام الناشئ عنه في ذمة المصرف التزام أصيل منبت الصلة عن التزام العميل، وعلى أساس ذلك فإن خطاب الضمان هو صك يصدر من المصرف بناء على طلب عميله يتعهد فيه بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين خلال مدة محددة إلى المستفيد دون قيد أو شرط^(٣).

كما إن الالتزام الناشئ عن خطاب الضمان يكون على أساس كون خطاب الضمان تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد وهو المصرف المصدر للخطاب حيث يقوم المصرف من خلال هذا الخطاب بالتعبير عن إرادته بالالتزام تجاه المستفيد^(٤)، وتصدت بعض التشريعات والأنظمة القانونية لوضع أحكام خاصة تضبط مقتضيات خطابات الضمان رغم إنها تبقى قليلة إذ حاول البعض منها تنظيم هذا النوع من الضمان وتقنين أحكامه بما يحسم كل خلاف حول طبيعته القانونية.

وعرف المشرع العراقي في المادة (٢٨٧) في قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ خطاب الضمان بأنه: "تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب عميله أو متعاملين معه الأمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر المستفيد دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال مدة معينة في الخطاب ليحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله"^(٥). بالمشروع، خطاب الضمان بكونه تعهداً خطياً صادراً من المصرف (المصرف المصدر) لغرض معين بالذات بناء على طلب عميل له الأمر بالإصدار بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص ثالث المستفيد دون قيد أو شرط بمجرد تقديمه طلباً إليه بذلك خلال المدة المعينة في خطاب الضمان ويبين فيه عادة مخالفة الأمر العميل لالتزامه أو الالتزامات التي كانت لضمان تنفيذها تم إصدار خطاب الضمان^(٦)، حيث يلجأ العميل إلى خطاب الضمان عندما يكون مقدماً على التعاقد مع جهة إدارية أو صاحب مشروع، إذن غالباً ما يطلب هؤلاء من المقاول الذي يريد القيام

(١) د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، ط٢، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١١-١٢.
(٢) د. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية المصرفية، عمليات البنوك: دراسة مقارنة، عمان، ٢٠٠٨، ص ٣٠٥.

(٣) د. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية المصرفية، مج ٤، عمان، ٢٠٠٩، ص ٣١٠.

(٤) فائق إبراهيم الشماخ، خطاب الضمان المصرفي، عمان-الأردن، ٢٠٢٤، ص ٤.

(٥) قانون التجارة العراقي لسنة ١٩٨٤.

(٦) د. اكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، عمان-الأردن، ٢٠٠٩، ص ٣٢٦.

بالمشروع أو عملية إنشائية كبيرة أو بيع أو توريد أن يقدم ضماناً مالياً يساوي نسبة معينة من مجموع قيمة العطاء لضمان تنفيذه. لذلك يلجأ العميل إلى المصرف طالباً منه توجيه خطاب الضمان لصالح صاحب المشروع المستفيد يتعهد المصرف بمقتضاه أن يدفع للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان متى ما طلب الأخير ذلك خلال مدة محددة^(١).

فعلى مستوى الهيئات الدولية نشير إلى الجهود التي بذلتها غرفة التجارة الدولية من أجل وضع قول موحد بصدد هذا النوع من الضمانات حيث عرفت الفقرة الأولى من المادة الثانية من مشروع القواعد الموحدة حول الضمانات المستقلة^(٢) الصادرة بتاريخ ٣ كانون الثاني عام ١٩٩١، والذي وضعته (لجنة الممارسات التجارية الدولية) بالتعاون مع اللجنة الخاصة للتقنيات المصرفية خطاب الضمان هو (التزام خطي من قبل المصرف أو شركة التأمين أو أي هيئة أخرى أو أي شخص يطلق عليه الضامن بدفع مبلغ نقدي وفقاً لنصوص وشروط الضمانة وذلك بناء على طلب من الأمر بمقتضى تعليماته أو بناء على طلب أو تعليمات أو مسؤولية أو معرفة شركة ضمان أو أي هيئة أو شخص ويسمى جهة مصدر التعليمات لفائدة طرف آخر يسمى المستفيد^(٣)).

ومن جهة أخرى فقد نصت المادة الثانية الفقرة (أ) من نصوص اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥ على أنه لأغراض هذه الاتفاقية يمثل التعهد التزاماً مستقلاً يعرف في الممارسة الدولية بأنه ضمان مستقل أو خطاب اعتماد ضامن مقدم من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر^(٤). بأن يدفع للمستفيد مبلغاً معيناً أو قابلاً للتعيين لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مطالبة مشفوعة بمستندات أخرى حسب أحكام التعهد، ويستدل منها استحقاق السداد بسبب تقصير في أداء التزام ما أو بسبب حدوث طارئ آخر، أو سداد مال المقترض، أو المستلف، أو سداد لأي دين مستحق السداد واقع على الأصيل أو شخص آخر^(٥).

يتضح من خلال هذين التعريفين أن خطاب الضمان هو عبارة عن تعهد مستقل ومنفصل قابل للدفع لدى أول طلب تصدره مؤسسة مالية سواء كانت مصرفاً أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر وذلك بناء على طلب العميل المضمون لمصلحة المستفيد يلتزم بمقتضاه الضامن بالوفاء دون معارضة الرجوع إلى الأمر، وتأتي ثقة واطمئنان المستفيد إلى تعهد المصرف بأن يدفع نقوداً

(١) خالد ابراهيم، الوجيز في القانون التجاري، عمان-الأردن، ٢٠٠٣، ص ٣١٧.

(٢) الضمانات المستقلة: تلك الضمانات التي لا يجوز فيها للضامن التمسك في مواجهة المستفيد منها بالدفع الناشئة عن علاقة الأساس التي تقرر الضمان بمناسبتها والتي يجوز للمدين التمسك بها في تلك العلاقة ومن أهم الضمانات المستقلة في ميدان المعاملات المصرفية خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، إذ لا يجوز للمصرف مصدر خطاب الضمان أو فاتح الاعتماد التخلص من التزامه بأداء قيمة الخطاب أو مبلغ الاعتماد استناداً على دفع مستمدة من علاقة الأساس، فالمصرف يعد مديناً أصيلاً وليس مجرد كفيل. د. رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٧٣.

(٣) أحمد بن حسن بن أحمد الحسني، بحث في خطابات الضمان المصرفية وتكييفها الفقهي، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ٢٧.

(٤) محمد محمود حبش، العمليات المصرفية الدولية، عمان-الأردن، ٢٠٠٠، ص ١١٥.

(٥) علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، الإسكندرية، ١٩٨٤، ص ٣٦٦.

بموجب خطاب الضمان مستنداً إلى مركز المصرف المالي وسمعته، وعلى أساس أنه يكفي في كثير من الحالات أن يستند العميل والمستفيد إلى هذا التوقيع دون أن يؤدي ذلك إلى خروج مبلغ من المصرف وهذا ما يسمى (بأن المصرف أقرض توقيعه)^(١). ودأب كل من الفقه والقضاء على إعطاء بعض التعاريف لخطابات الضمان المصرفية، فعلى مستوى الاجتهاد القضائي نجد أن محكمة النقض الفرنسية قد عرفت خطاب الضمان في قرار لها بتاريخ ٢ شباط ١٩٨٨ بأنه: "يشكل ضماناً مستقلة للعقد الذي بمقتضاه يلتزم المصرف ويطلب من الأمر بان يدفع سلفاً نقداً معيناً دون ان يكون بإمكان المؤسسة المالية تأخير الوفاء أو إثارة أي اعتراض كيفما كان نوعه". وعرفت المحكمة الفيدرالية الألمانية خطابات الضمان بأنه: "الضمانة هي عقد ملزم لجانب واحد والذي بمقتضاه يتحمل أحد المتعاقدين الضامن مسؤولية تحقيق نتيجة اقتصادية أو خطر معين بمعنى الضرر الذي قد يتم عن العلاقة القانونية مع أحد من الغير". وعرفته محكمة النقض المصرية والذي حاولت فيه تعريف خطاب الضمان ونجد ما ورد فيه الطعن رقم (١١٨٩) لسنة ٤٩ قانونية في جلسة ١٣ شباط ١٩٨٤ والذي جاء فيها: "بأن من مقتضى خطاب الضمان ان يلتزم المصرف وبمجرد إصداره ووصوله الى المستفيد بأداء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير فور طلبه باعتباره حقاً يحكمه خطاب الضمان طالما كان هذا الأداء في حدود التزام المصرف المبين فيه"^(٢).

وكان للقضاء العراقي وقفة عند خطاب الضمان منذ زمن سابق على تقنين أحكام خطاب الضمان تشريعاً، إذ عرفته محكمة التمييز بقرارها بالعدد (١٥٢٤/ح/ ١٩٦٧) في ٢٠ نيسان ١٩٦٨ بأن: "خطاب الضمان (الكفالة المصرفية) أن يتعهد المصرف بدفع مبلغ معين الى شخص أو جهة بمجرد حصول طلب من المستفيد بالرغم من معارضة العميل بحيث لا يجوز للمصرف أن يرفض الوفاء لسبب يرجع الى علاقة المصرف بالأمر أو الأمر بالمستفيد"^(٣). وعلى مستوى الدراسات الفقهية نجد الفقه قد درج على إعطاء مجموعة من التعاريف لخطاب الضمان فقد عرفه جمال الدين عوض بأنه: "تعهد نهائي يصدر من المصرف بناء على طلب عميله الأمر بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من المصرف خلال مدة محددة ودون توقف على شرط آخر"^(٤). أما عبد الحميد الشواربي فقد عرفها باعتبارها: "تعهد كتابي صادر من المصرف بناء على طلب عميله بان يدفع للطرف الثالث وهو المستفيد مبلغاً معيناً من المال خلال مدة سريان هذا الخطاب وقد يكون خطاب الضمان غير مشروط فيتوجب على المصرف دفع القيمة عند أول طلب من المستفيد بغض النظر عن أي اعتراض من عميله وقد يكون خطاب الضمان مشروط بشروط معينة منصوص عليها في

(١) علي البارودي، العقود التجارية وعمليات البنوك وفق احكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، د.م، ١٩٩١، ص ٣٨٨.

(٢) محمود سمير الشرقاوي، خطاب الضمان وفقاً لمعاهدة سندات الشحن، مجلة القانون الاقتصادي لسنة ٣٣، العدد (٢)، ١٩٧٦. بحث متاح على الموقع الالكتروني:

<https://fil.law.cu.edu.eg/cgi-bin/koha/opac>

(٣) القاضي موفق علي العبدلي، آثار خطاب الضمان، بغداد، ٢٠١٠، ص ١١.

(٤) د. علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، ...، ص ٣٦٦.

متن خطاب الضمان يلزم توافرها أولاً قبل دفع المصرف القيمة للمستفيد^(١). وقد عرفه (P. Mattout) على انه: " التزام بمقتضاه يقبل الضامن بناء على طلب العميل القطعي الوفاء بصفته مديناً اصلياً لدى مطالبة بسيطة بمبلغ نقدي لمستفيد معين طبقاً لشروط ومقتضيات الضمانة مع التنازل مسبقاً عن ممارسة أي رقابة خارجية حول شروط وضع الضمانة موضع التنفيذ"^(٢). ومن خلال استعراض التعاريف المتقدمة وغيرها يتضح ان خطاب الضمان هو تعهد من جانب المصرف الضامن بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعين خلال مدة معينة اعتباراً للعقد الأصلي وبالاتقلال عنه ودون إمكانية التمسك بأية دفع. ونجد من التعريفات التي ساقها الفقهاء لخطابات الضمان بأن المصرف لا يقدم للعميل أو المستفيد نقوداً ولا يضع هذه النقود تحت تصرفه ولا يقوم بسداد قيمتها للمستفيد في كل الأحوال ولا المصرف يتحمل أي خسائر نتيجة سداد قيمته للمستفيد، وذلك لأنه يرجع على غطاء خطاب الضمان الذي يكون الأمر العميل قد أودعه، ومع ذلك يقوم محل النقود ويتضمن المطالبة بقيمته خلال وقت محدد فضلاً إنه يمكن تحديد وتعريف خطابات الضمان على أساس إنها علاقة قانونية بين المستفيد ومصدر الخطاب وهذه العلاقة شأنها ككل العقود ترتب التزامات على أطرافها وهي نتيجة لتلك العلاقة. ونرى إن خطاب الضمان هو علاقة قانونية بين المصرف والمستفيد تترتب عليها التزام المصرف بدفع مبلغ من النقود عند أول طلب خلال مدة محددة ومن كل هذا نقر إن العلاقة القانونية بين المصرف والمستفيد مستقلة عن علاقة المصرف بعملائه فضلاً عن إنها كانت سبباً للعلاقة فيما بين المستفيد والمصرف وإن التزامات أطراف هذه العلاقة تبدو واضحة على مصدر الخطاب بدفع مبلغ معين من النقود أو قابل للتعيين، وخاتمة القول فإن علاقة المصرف بعمله الأمر تعتبر بعيدة كل البعد عن علاقته بالمستفيد وإنه إذا أوفى المصرف قيمة الخطاب فإنه يرجع فيما أوفى به على الأمر تبعاً للعلاقة القانونية بينهم.

المطلب الثاني

خصائص خطاب الضمان المصرفي في القانون التجاري العراقي

من خلال الاطلاع على تعريف خطاب الضمان في قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ والذي جاء فيه: " تعهد من المصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه الأمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر المستفيد دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله"^(٣). إذ إن خطاب

(١) نسيبة إبراهيم حمو، خطاب الضمان: دراسة القانون العراقي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٨، ص ٣٧.

(٢) عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، البطاقات المصرفية الاقراضية والسحب المباشر من الرصيد، دمشق، ١٩٩٨.

(٣) قانون التجارة العراقي، رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.

الضمان المصرفي في القانون التجاري العراقي يتميز بخصائص كثيرة تجاه المصرف والعميل والمستفيد وسوف نوضح بالتفصيل أهم خصائص هذا العقد وهي كالتالي:

أولاً- استقلال خطاب الضمان: إن خطاب الضمان هو تعهد مالي من قبل المصرف فهو ليس ضم ذمة إلى ذمة لتنفيذ التزام معين، كما عرف القانون المدني الكفالة بهذا التعريف حيث إن القانون التجاري العراقي منح صلاحيات إصدار عقود الضمان للمصارف وفقاً لنظام العمل لديها، وطلب الإصدار يكون بناء على طلب العميل لديها الأمر وينصب التعهد على دفع مبلغ معين أو قابل للتعيين للمستفيد لكي يعرف المصرف التزاماته تجاه المستفيد ولكي يتمكن من مراجعة الأمر بالمبلغ الذي سددته للمستفيد، وحتى يستطيع المصرف احتساب عمولاته على الأمر ويحدد مبلغ العمولة استناداً لمبلغ التعهد ويكون الدفع عندما يطلب المستفيد الإداء من المصرف خلال المدة المحددة في العقد، وإن هذه المدة قابلة للتجديد بعد موافقة المصرف والأمر والمستفيد^(١).

فإن خطاب الضمان لا يصدر إلا من قبل مصرف أو من قبل مؤسسة مصرفية، وإنه لا يمكن صدوره من شركات التأمين والاستثمار المالي خلافاً لما هو معروف في بعض الدول، إذ تقوم شركات التأمين أو شركات التمويل بإصدار خطاب الضمان^(٢)، لذا فإن خطاب الضمان يقوم على استقلال التزام المصرف عن الالتزامات القائمة ما بين العميل والمستفيد فلا يجوز للمصرف التمسك بالدفع الناشئة عن العلاقة ما بين الأمر والمستفيد، وعلى المصرف الالتزام بالإداء عند طلب المستفيد ذلك، وإذا طلب المستفيد ذلك فعليه الإداء رغم معارضة الأمر، وهذا ما جاءت به المادة ٢٩٠ من القانون التجاري العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤: "لا يجوز للمصرف أن يرفض الإداء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالأمر أو المستفيد أو إلى علاقة الأمر بالمستفيد"^(٣). فإن خطاب الضمان يختلف عن غيره من الترتيبات القانونية المشابهة له، كالكفالة المصرفية والاعتماد المستندي، فخطاب الضمان يصدره المصرف ومستقل عن العلاقة التعاقدية بين العميل والمستفيد، كما إنه أيضاً مستقل عن العقد بينه وبين العميل، وإن هذه العلاقات وإن كانت ترتبط مع بعضها موضوعياً ولكنها مستقلة قانونياً^(٤)، وبموجب المادة (٢٩٠) من قانون التجارة النافذ، فإن المصرف لا يستطيع التمسك قبل المستفيد بأي دفع مستمد من العلاقة التي تربطه بالعميل أو التي تربط العميل بالمستفيد، ولا يجوز للمصرف الامتناع عن التسديد على أساس كون الأمر العميل لم يقوم بتقديم غطاء الخطاب، لأن العلاقة ما بين المصرف والمستفيد مستقلة عن العلاقة ما بين المصرف والعميل، كما لا يجوز للمصرف التمسك بالدفع أو بالعلاقة ما بين العميل والمستفيد^(٥)، ولكل ما تقدم فإن المصرف يكون ملزماً

(١) نسيبة إبراهيم حمو، المصدر السابق، ص ٣.

(٢) فاروق إبراهيم جاسم، الوجيز في القانون التجاري العراقي، بغداد، ٢٠١٤، ص ٣٨٦.

(٣) قانون التجارة العراقي، رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.

(٤) ربحي أحمد عارف، خطاب الضمان في مقولة الانشاءات الفيديك، مجلة التربية الأساسية، جامعة المستنصرية، العدد (٦٧)، ٢٠١١، ص ٢٤.

(٥) محمد سمير العوا، التحكيم في الاعمال المصرفية الالكترونية، مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية، جامعة الامارات، كلية القانون، ٢٠٠٣، ص ١٢٦.

بالإداء للمستفيد إذا كانت خطابات الضمان لا يشوبها الغش أو التعسف، ولا يكون ملزماً بأخطار العميل بطلب الإداء من المستفيد، وهذا بخلاف الكفالة المصرفية التي يكون المصرف ملزماً بأخطار العميل المكفول عن أي مطالبة تتم قبل أن يقوم بالدفع حتى يستطيع معرفة ما لديه من دفوع، كما وتختلف الكفالة عن خطاب الضمان في إن المصرف يستطيع أن يتمسك تجاه الدائن بالدفع التي من حق المدين التمسك بها، لأن التزام المصرف الكفيل في الكفالة المصرفية تابع إلى التزام المدين وليس مستقلاً عنه^(١).

ثانياً. خطاب الضمان يقوم على الاعتبار الشخصي للمستفيد: إن المستفيد وحده يستطيع الاستفادة من خطاب الضمان، وإن حقه من الحقوق ذات الاعتبار الشخصي، أي إن له وحده حق استعماله وليس له حق في التنازل عن هذا الحق إلا بموافقة المصرف، ولا يجوز للمستفيد التنازل عن هذا الحق أو تداوله أو تظهيره إلى مستفيد آخر، إذ أن خطاب الضمان هو حق شخصي للمستفيد ولا يجوز التنازل عنه ولا يعتبر ورقة تجارية، ولكن يجوز التنازل عن هذا الحق بموافقة المصرف، لأن شخصية المستفيد بالنسبة للمصرف محل اعتبار^(٢)، ولا يجوز تحويل العقد الأصلي إلى شخص آخر، لأن التحويل يجعل تنفيذ الضمان غير مقبول سواء كان التحويل من جانب العميل الأمر إلى آخره أو من جانب المستفيد إلى غيره، وإذا توفي المستفيد وحل محله ورثته أو تغير شكل الشركة بحيث يغير من شخصيتها القانونية، فإنه لا يمكن تنفيذ الضمان من جانب المصرف ما لم يكن الأطراف اتفقوا في خطاب الضمان على استدراك مثل هذه الوقائع فيكون طلب تنفيذ الضمان متفق مع مقتضيات خطاب الضمان^(٣)، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٨٩) من قانون التجارة العراقي النافذ: "لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الناشئ عن خطاب الضمان إلى الغير إلا بموافقة المصرف، حيث إن خطاب الضمان الذي يصدره المصرف شخصي للمستفيد يتعلق بالمستفيد وحده، ولا يجوز له التنازل عن هذا الحق أو تظهيره أو تداوله أو اعتباره ورقة تجارية، ولكن يستطيع التنازل عن هذا الحق بموافقة المصرف"^(٤).

ثالثاً. وفاء المصرف بالالتزام خلال فترة محددة: إن خطاب الضمان يتميز بالوفاء خلال الأجل المحدد له في عقد خطاب الضمان، وكل وفاء بعد هذا التاريخ يعد وفاء غير صحيح ويتحمل المصرف تبعيته، ولا يكون للمصرف أن يرجع على عميله الأمر بما دفعه؛ لأن الوفاء حصل خارج المدة المحددة له، فيتحمل المصرف وحده مسؤولية الوفاء وعدم تحديد المدة في خطاب الضمان يجعل المصرف مسؤولاً عن هذا الخطاب^(٥)، وقد نصت المادة (٢٩١) من قانون

(١) د. محمد جاسم محمد ورسول عادل حميد، مبدأ الاستقلالية في خطاب الضمان المصرفي، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، كلية القانون، جامعة ذي قار، العدد (٢٩)، مج (١٧)، ٢٠٢٤، ص ٢١٩.

(٢) د. محمد محمود حبش، المصدر السابق، ص ١١٥.

(٣) علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية...، ص ٣٦٦.

(٤) د. علي جمال الدين عوض، المصدر السابق، ص ٥٧٣.

(٥) طلال علي سليمان الشويكي، اثر الغش في التزام المصرف مصدر خطاب الضمان، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠١٥، ص ٣٥.

التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤: "تبرأ ذمة المصرف تجاه المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع إلا إذا اتفق صراحة قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها"، وقد يحدث أن يذكر في الضمان تاريخ انتهاء صلاحية التعهد وكذلك عادة ما ينقضي الضمان بوقوعه وينتهي الضمان بحلول تاريخ انتهاء أو لوقوع الحادثة المذكورة أيهما أولاً، لذا فعلى المصرف عدم إدراج أي مصطلح من شأنه أن يخلق غموضاً حول مدة الضمان لما يترتب عليه؛ لأن كل كلمة تعني مدة تقديرية أو احتمالية غير كافية لتحديد مدة الضمان^(١)، حيث إن خطاب الضمان هو التعهد بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين خلال المدة المحددة في الخطاب، وبما إن خطاب الضمان هو التزام في ذمة المصرف وهذا الالتزام شأنه شأن باقي الالتزامات ذو طبيعة مؤقتة، إذ لا توجد التزامات أبدية يقررها القانون ويجوز تمديد خطاب الضمان، ولكن يشترط أن يكون ذلك صراحة كما لا يجوز للمصرف أن يقوم بتمديد المدة دون موافقة الأمر والمستفيد، عليه فإن تعيين المدة يجب أن يرد في خطاب الضمان بالرغم من أن الفقهاء اختلفوا في حالة عدم تحديد المدة في خطاب الضمان، حيث ذهب جانب منهم إلى أن خطاب الضمان يكون صحيح وينتج آثاره في حالة عدم ذكر المدة صراحة في خطاب الضمان، ذلك لأنه من الممكن تحديد المدة من خلال الغرض الذي من أجله يصدر الخطاب في حين ذهب الجانب الآخر إلى أن خطاب الضمان يكون غير صحيح ولا ينتج آثاره فيما إذا لم يتم تحديد المدة صراحة، كذلك لا يمكن تحديد المدة من خلال الغرض الذي من أجله صدر خطاب الضمان^(٢).

رابعاً- خطاب الضمان محدد الغرض ويمكن تعديله وتجديده: نصت المادة (٢٨٧) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ "يحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله"، ويتوجب أن يكون الغرض من خطاب الضمان واضحاً ومحدداً تحديداً دقيقاً يمنع الجهالة، وأن يصدر خطاب الضمان لغرض واحد وليس لأكثر من غرض، وذلك لمنع استعمال خطاب الضمان لأكثر من غرض ولتفادي الغلط في تنفيذ خطاب الضمان، وينبغي أن يتضمن خطاب الضمان غرض واحد بشكل واضح بعيداً عن الغموض الذي من شأنه السماح باستخدام خطاب الضمان لأكثر من غرض واحد، حيث يتحدد التعهد بخطاب الضمان للغرض الذي من أجله صدر خطاب الضمان، أي لضمان التزام معين ناشئ بذمة عميل المصرف لمصلحة المستفيد استناداً إلى العلاقة القانونية بينهما، كما لو كان العميل مقاولاً يطلب من المصرف إصدار خطاب بناءً على طلب رب العمل منه، وذلك لضمان التزامه بعبء مقولة قدمت له أو لحسن تنفيذ عمله^(٣). ويمكن العمل على تحديد وتعديل خطاب الضمان إذا تلاقى إرادة أطرافه على ذلك، ففي بعض الحالات يجد الأمر العميل أن إصدار خطاب الضمان لتنفيذ المقولة أو العقد المبرم مع المستفيد يحتاج إلى مزيد من الوقت لإنجازه ويرغب الطرفان في مد أجل خطاب

(١) د. محمد فريد العريني، القانون التجاري، ط٢، بيروت، ١٩٨٥، ص ١٦.

(٢) علي الأمير إبراهيم، العقود التجارية وعملياته، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١٩٤.

(٣) د. أكرم ياملكي، المصدر السابق، ص ٣٤٨.

الضمان فيقوم المصرف بمد الأجل حفاظاً على عدم تسويله وتحميل المصرف مخاطر عدم قيام الأمر بتغطيته الجزء غير المغطى من خطاب الضمان أو تجنباً لأي نزاعات أخرى^(١).

خامساً- فورية التعهد بالضمان: إن خطاب الضمان ينتج آثاره القانونية وقت تنفيذه ويكون مستحقاً للوفاء فور صدوره، وهذه الميزة هي وظيفة خطاب الضمان، وذلك إن الدائن الذي يقبله ويرضى به بدلاً من الأموال يجب أن يكون من حقه أن يطلب وفاء الخطاب فور صدوره، ولهذا فإن خطاب الضمان لا يكون مستحقاً في تاريخ لاحق لإصداره، وإلا فإن المستفيد الذي كان يطلب الأموال فوراً لا يقبل بدلاً منها أموالاً مؤجلة^(٢).

سادساً- مبلغ الضمان: الأصل أن يحدد في خطاب الضمان المبلغ الذي يحدد ضمان المصرف، ويجب أن يكون هذا المبلغ معيناً أو قابل للتعيين، ومن الممكن أن يصدر الخطاب بغير تحديد المبلغ بل يتعهد فيه المصرف أن يضمن عميله في كل ما يسببه تصرفه من الضرر للغير أي المستفيد، وقد نصت المادة (٢٨٧) من القانون التجاري العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤: "يجب أن يحدد مبلغ في خطاب الضمان ويكون هذا المبلغ قابل للتحديد"، أي ان يكون التزام المصرف بدفع قيمة خطاب الضمان حتمي بما يحقق الوظيفة التي وجد من أجلها، وهي كونه بديلاً عن التأمين النقدي، وإن المصرف لا يمكنه الرفض على الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة العميل بالمستفيد أو لسبب يرجع إلى علاقة العميل بالمصرف^(٣)، وإن التزام المصرف بالدفع يكون بتقديم المستفيد المستندات التي تفيد بعدم تنفيذ الأمر لالتزاماته فلا يضمن المصرف تنفيذ التزامات العميل وإنما يكون التزامه بدفع مبلغ محدد وذلك لضمان الضرر الذي قد يصيب المستفيد جراء إخلال العميل بالأمر بالتزامه في عقد الأساس^(٤) المبرم بينهما، ويجب أن يحدد تعهد المصرف في خطاب الضمان بدفع مبلغ من النقود وأن يتم بيان قيمة هذا المبلغ بشكل حاسم لا يدعوا مجال للشك أو العملة التي يدفع بها المبلغ. ان المصرف لا يتعهد قبل المستفيد بتنفيذ التزامات العميل الأمر أو دفع دينه في حالة اخلاله بالتزاماته، وإنما يلتزم فقط بدفع مبلغ محدد من النقود إلى المستفيد وهذا المبلغ يكون معيناً لحظة اصدار الخطاب، كما يمكن ان يكون

(١) د. حمدي محمد مصطفى حسن، الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام المصرف طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥: دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، المجلد ٢٦، العدد ٥٠، ٣٠ نيسان ٢٠١٢، ص ١٢.

(٢) محمود سمير الشرقاوي، المصدر السابق.

(٣) د. محمود كيلاي، المصدر السابق، ص ٣٨٦.

(٤) عقد الأساس: هو ذلك العقد الذي نشأ خطاب الضمان بسببه، وهو عقد مبرم بين العميل الأمر والمستفيد من الضمان، وتختلف تسميته من حالة إلى أخرى فقد يكون عقد بيع دولي يكون فيه العميل الأمر مشترياً والمستفيد بائعاً، كما قد يكون عقد نقل تكنولوجيا يكون فيه العميل مستوراً للتكنولوجيا ويكون فيه المستفيد مورداً لها، أو قد يكون عقد بناء مصنع أو عقد انشاء دولي أو عقداً من عقود الأشغال كعقود التنقيب عن النفط والمعادن الأخرى أو عقد تجهيز دولي. ماجد محمد تقي، خطابات الضمان: محاضرات أقيمت على متدربي مصرف الشرق الأوسط للاستثمار، بغداد، ١٩٩٨، ص ٧.

قابلاً للتعين في المستقبل كأن يتعهد المصرف بأن يضمن عميله في كل ما يسببه تصرفه من ضرر للمستفيد^(١).

سابعاً. خطاب الضمان ذو كفاية ذاتية: يمتاز خطاب الضمان بخاصية الكفاية الذاتية ولا يتوقف مضمون الحق الثابت به أو مقداره أو استحقاقه على عنصر خارج خطاب الضمان، أي إن خطاب الضمان يكون كافياً بحد ذاته بحيث يطمئن المستفيد بخطاب الضمان، أي عندما يتلقاه المستفيد يكون قد تلقى نقوداً وبذلك يمكن للخطاب أن يؤدي وظيفته بأن يحل محل النقود تماماً^(٢)، فإن خطاب الضمان المصرفي الذي يصدره المصرف بناءً على طلب العميل لصالح مستفيد، بموجبه يتعهد المصرف بأن يدفع لهذا الأخير خلال مدة محددة مبلغاً معيناً أو قابل للتعين، فهذا التعهد الذي يصدر من جانب المصرف تجاه العميل لصالح المستفيد في حقيقة الأمر يمثل التزاماً في مواجهة المستفيد، بمعنى إن هذا الالتزام لا يتوقف على عنصر خارجي ولا يتحقق إلا بتحقيقه، وبالتالي يجعل المستفيد مطمئناً عند تسلمه خطاب الضمان بأنه سوف يستلم نقوداً، بذلك فإن خطاب الضمان قد حل محل النقود وبالتالي فإن خطاب الضمان يحقق الكفاية الذاتية، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٨٧) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤، بأن: "يتعهد المصرف أن يدفع للمستفيد بناءً على طلب العميل بدفع مبلغ من النقود خلال مدة معينة دون أن يكون هناك قيد أو شرط"، وهذا ما يحقق في مضمون خطاب الضمان الكفاية الذاتية، ويطمئن المستفيد بأن العميل الأمر سوف يقوم بتنفيذ عقد الأساس^(٣).

ثامناً. العقود والمعاملات المصرفية كافة تكون مكتوبة: فخطاب الضمان تعهد مكتوب من المصرف الذي أصدره، فلا يمكن أن يصدر إلا مكتوباً وفي ضوء محررات ونماذج الوصف الذي أصدره، وعادة يكتب خطاب الضمان في العراق باللغتين العربية والإنكليزية وفي إقليم كردستان، فضلاً عن هاتين اللغتين، تكتب كذلك باللغة الكوردية، ويعتبر خطاب الضمان من المحررات الرسمية التي تعد حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور^(٤).

(١) طلال علي سليمان الشوبكي، المصدر السابق، ص ٣٦.

(٢) د. ربحي أحمد عارف، المصدر السابق، ص ٢٦.

(٣) د. علي جمال الدين عوض، المصدر السابق، ص ٣٤٤.

(٤) قانون الاثبات العراقي النافذ رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩، المادة (٢٢).

المبحث الثاني الآثار المترتبة على خطاب الضمان المصرفي وأنواعه ومدته وانقضائه والغش فيه

المطلب الأول الآثار المترتبة على خطاب الضمان المصرفي

يرتب خطاب الضمان المصرفي التزامات على عاتق أطرافها كل من المصرف والعميل الأمر والمستفيد على النحو الآتي:

أولاً- آثار عقد خطاب الضمان المصرفي بالنسبة للمصرف: يترتب على خطابات الضمان التزامات بالنسبة للمصرف منها:

أ- **إصدار خطاب الضمان:** متى ما طلب العميل الأمر من المصرف إصدار خطاب الضمان إلى المستفيد، وتوفرت الشروط القانونية لذلك فعلى المصرف إصدار خطاب الضمان وليس الاكتفاء فقط بالتعهد بإصداره، بل يجب أن يتم إصداره فعلاً، وأن يتضمن الخطاب كتابة العناصر الرئيسية الداخلة في تنظيمه مثل اسم المصرف والعميل والمستفيد والغرض منه ومدة نفاذه والمبلغ الذي يتعهد المصرف بدفعه إلى المستفيد في حالة إخلال الأمر بالتزاماته تجاه المستفيد، ويقوم المصرف بتسليم خطاب الضمان حال تنظيمه إلى المستفيد أو ممثله القانوني^(١).

ب- **التزام المصرف بدفع قيمة خطاب الضمان:** إن الهدف الأساسي لخطاب الضمان المصرفي وهو من أهم التزامات المصرف وهو الوفاء بقيمة الخطاب إلى المستفيد متى ما طلب المستفيد ذلك من المصرف بعدما يقوم المصرف بالتأكد من سلامة المستندات والشروط في خطاب الضمان وشخصية المستفيد^(٢).

ج- **رد خطاب الضمان إلى العميل:** يلتزم المصرف في حالة انتهاء مدة خطاب الضمان وعدم المطالبة به من جهة المستفيد برد خطاب الضمان إلى العميل، وكذلك الحال عندما يقوم المستفيد بطلب الوفاء خلال المدة المحددة، ولكن إذا كانت المطالبة تنطوي على غش أو تعسف فيجوز للمصرف الامتناع عن الوفاء وأن يقوم برد الخطاب إلى العميل^(٣).

د- **إخطار العميل قبل الوفاء:** يلتزم المصرف بالوفاء بقيمة خطاب الضمان للمستفيد رغم معارضة العميل إلا في حالي الغش والتعسف، وهناك من يرى بأن على المصرف إخطار العميل قبل الوفاء حفاظاً على مصلحة العميل لكي يقوم بالتفاوض مع المستفيد وتسوية الأمور معه بالطريقة الودية قبل الوفاء بقيمة الخطاب وحتى لا يتقاجأ العميل بالوفاء، وهناك من يرى

(١) د. خالد وهيب الراوي، العمليات المصرفية الخارجية، ط ٢، عمان، ٢٠٠٥، ص ١٥١.

(٢) أكرم ياملكي المصدر السابق ص ٣٥٠.

(٣) تامر ريمون فهميم، ضمانات الائتمان المصرفي، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٣٠٠.

بأن المصرف ليس ملزماً بإخطار العميل قبل الوفاء، لأن المصرف لم يعلق الوفاء على قبول العميل الذي قد يعارض على دفع قيمة خطاب الضمان، لأن الهدف من هذا الإخطار ليس إعلام العميل بالوفاء للمستفيد، وإنما المقصود منه مطالبة المصرف بمستحققاته التي له في ذمة العميل نتيجة العملية القانونية التي أنشأها خطاب الضمان^(١).

ومن وجهة نظر أخرى على المصرف أن يقوم بإخطار العميل قبل الوفاء للمستفيد، للوقوف على حقيقة إخلال العميل بالتزاماته تجاه المستفيد ولإعطاء العميل الفرصة لكي يتوصل لتسوية مع المستفيد، وإن المصرف يستفيد من خطابات الضمان في الحصول على عمولة تتناسب مع قيمة الضمان وأجله ونوع العملية المطلوبة لتقديم خطاب الضمان عنها، وإصدار خطاب الضمان لا يكلف المصرف سوى نفقات إدارية بسيطة إذا ما قورنت بعمليات مصرفية أخرى، مثل: فتح الحسابات الجارية وتقديم القروض، كما إن المصرف لا يتكبد في النهاية أي خسارة إذا ما دفع قيمة الضمان لأنه يحتفظ بغطاء يؤخذ من العميل تضمن له سداد هذه القيمة، فضلاً على أن أموال العميل تشكل ضماناً هاماً للمصرف وكل ذلك هدفه من وراء خطاب الضمان قيام المصرف بتقديم خدماته لعملائه الذين تربطهم به علاقة مصرفية أكثر ربحاً للمصرف مثل: الحسابات الجارية وتقديم القروض، وهذا ما يتميز به خطاب الضمان عن غيره من العمليات المصرفية كالكفالة^(٢).

ثانياً- آثار خطاب الضمان المصرفي بالنسبة للعميل:

إن خطاب الضمان المصرفي هي خدمة يقوم بها المصرف لعملائه وبموجب ذلك فإن هذه الخدمة أو العملية التي يقوم بها المصرف لمصلحة العميل ترتب على عاتق العميل بعض الالتزامات ومنها:

أ- **الالتزام بتقديم غطاء خطاب الضمان:** يلزم العميل بأن يقوم بوضع غطاء مالي مناسب تحت يد المصرف بموجب خطاب الضمان، وإن هذا الغطاء يمكن أن يكون نقدياً أو عينياً، فالمقصود بالغطاء الضمانات المالية التي يطلبها المصرف من العميل لتغطية مركزه المالي عن كل خطاب ضمان، وشخصية العميل في هذه الحالة محل اعتبار لدى المصرف، فالمصرف يعتمد على السوق المالية والثقة المالية التي يتمتع بها العميل، وإن المصرف هو الذي يحدد مقدار الغطاء فقط، ويشترط المصرف على العميل تقديم غطاء كامل لخطاب الضمان، وقد يكون الغطاء جزئياً وقد يصدر المصرف خطاب ضمان بدون غطاء وهذا الغطاء قد يكون نقدياً يقدمه العميل إلى المصرف أو يقوم المصرف بحذفه من حساب العميل الجاري لديه كما يكون الغطاء عينياً ويتخذ عدة صور فقد يكون أوراق مالية أو تجارية أو بضائع أو عقارات^(٣).

ب- **الالتزام بدفع قيمة غطاء الضمان إلى المصرف:** من أهم التزامات العميل بأن يقوم بدفع قيمة خطاب الضمان التي قام المصرف بدفعها إلى المستفيد، وفي أغلب الأحيان يقوم المصرف

(١) رياض ناظم حميد، النظام القانوني لخطاب الضمان، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص ١٥٠.

(٢) علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية...، ص ٣٦٦.

(٣) د. تامر ريمون فهيم، المصدر السابق، ص ٢٩٨.

باستيفاء ما دفعه للمستفيد من قيمة الغطاء الذي قدمه العميل للمصرف، ولكن عندما يكون خطاب الضمان بدون غطاء أو إن مقدار الغطاء أقل من قيمة الخطاب في هذه الحالة يقوم المصرف بالرجوع إلى العميل لاستيفاء حقه الذي دفعه للمستفيد بموجب خطاب الضمان^(١). وقد نصت المادة (٢٩٢) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ بانه: "إذا أوفى المصرف للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان حل محله في الرجوع على الأمر بمقدار المبلغ الذي أوفاه"^(٢).

ج- التزام العميل بإداء العمولة والفوائد والحقوق المالية للمصرف: يلتزم العميل بأن يدفع عمولة للمصرف الذي قام بإصدار خطاب الضمان له، وإن هذه العمولة هي مقابل الخدمة التي قدمها له المصرف، وإن العميل ملزم بدفع العمولة حتى ولو لم يقدّم المصرف بدفع قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد، لأن العمولة مستقلة ولا علاقة لها باستخدام قيمة خطاب الضمان من عدمه ما دام المصرف قام بإصدار خطاب الضمان للعميل، وللمصرف أن يؤجل إصدار خطاب الضمان حتى يستوفي العمولة، ويتم تقدير العمولة بموجب اتفاق ما بين المصرف والعميل، وكذلك يلتزم العميل بدفع الفوائد والمصاريف الأخرى المترتبة على خطاب الضمان إلى المصرف، فإذا ما قام المصرف بدفع قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد فإن المصرف يستحق فوائد المبالغ التي دفعها للمستفيد إذا لم يكن للأمر غطاء عند المصرف من اليوم الذي سدد فيه المصرف إلى المستفيد، وإلى اليوم الذي يسترد فيه المصرف دينه من العميل، إذ أن المشرع العراقي في قانون التجارة لم يتطرق إلى هذه المسائل ولكن وفق أحكام القانون المدني يجوز للمصرف المطالبة بالفوائد^(٣).

د- يلتزم العميل بعدم معارضة المصرف في الدفع: يلتزم العميل بأن لا يعترض على قيام المصرف بدفع قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد، فالعميل لا يحق له أن يعارض في الوفاء للمستفيد بعد إخطاره بخطاب الضمان؛ لأن المستفيد يستخدم حقه في خطاب الضمان الذي يكون فيه التزام المصرف أصيلاً ومستقلاً تجاهه^(٤)، ويحقق خطاب الضمان للعميل عدة فوائد من حيث حله محل التأمين النقدي الذي يطلبه المستفيد من العميل، فبدلاً من تجميد المبالغ النقدية لدى المستفيد يقوم العميل بإصدار خطاب ضمان من المصرف للمستفيد، ويمكن استثمار تلك الأموال في أمور أخرى، وإن العمولات التي يدفعها العميل للمصرف أقل من سعر الفائدة التي يتحملها إذا ما قام باقتراض تلك الأموال من المصرف في حالة ما إذا كان العميل مقيم خارج البلد، فإن الضمان يغنيه عن تحويل العمولات الأجنبية الموازية لقيمة التأمين الواجب تقديمه ثم إعادة تحويله مرة ثانية عند انتهاء العملية وعدم رسو العطاء عليه، وما يترتب على ذلك من آثار مالية

(١) د. عزيز العقيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، ج ٢، عمان، ٢٠١٣، ص ٤٠٦.

(٢) قانون التجارة العراقي، رقم (٣٠)، لسنة ١٩٨٤.

(٣) د. علي جمال الدين عوض، المصدر السابق، ص ١٩٦.

(٤) رياض ناظم حميد، المصدر السابق، ص ٥٤.

نتيجة تغيير أسعار الصرف لفترة ما بين تقديم التأمين وسحبه وصعوبة تحديد الطرف الذي يتحمل هذه الخسارة إن وجدت^(١).

ثالثاً- آثار خطاب الضمان المصرفي بالنسبة للمستفيد:

إن خطاب الضمان يصدر لمصلحة المستفيد، فهو يرتب التزاماً في ذمة المصرف بمعنى إنه يهدف إلى ترتيب حق للمستفيد، وإن له الحق في رفض خطاب الضمان، وإن من أهم آثار رفض المستفيد لخطاب الضمان هو إسقاط الالتزام من جانب المصرف، وبالتالي فإن خطاب الضمان يعتبر منقضيّاً، وإن المصرف لا يلتزم بالوفاء فيما لو جرت المطالبة من قبل المستفيد^(٢). ويترتب على رفض المستفيد لخطاب الضمان رفضه التعاقد مع العميل، وإن رفض المستفيد لخطابات الضمان يؤدي إلى عدم التعاقد بينهم، ولكن بالعكس إذا قبل المستفيد خطاب الضمان فإن ذلك يؤدي إلى توفير الثقة اللازمة للدخول في التعاقد الأساسي بين العميل الأمر والمستفيد، كما إن قبول المستفيد لخطاب الضمان يمنع المستفيد من مطالبة العميل بتقديم تأمينات نقدية ما دام خطاب الضمان نافذاً^(٣)، وإن أهم أثر يترتب على قبول المستفيد لخطاب الضمان هو التثبيت والتأكيد لحق المستفيد في مواجهة المصرف، وبالتالي فإن المصرف يلتزم بالوفاء بقيمة خطاب الضمان إلى المستفيد متى ما طلب المستفيد ذلك، ويتميز حق المستفيد بأنه حق مباشر أي بمعنى أن المستفيد يستمد من خطاب الضمان مباشرة دون أن يكون لأي من العلاقات الأخرى أثر في ذلك^(٤). ويعد صدور خطاب الضمان من مصرف معتمد ضماناً كافياً من وجهة نظر المستفيد لا تقل عما يؤديه التأمين النقدي المودع لديه خاصة وإن خطاب الضمان يتضمن شروطاً تجعل التزام المصرف الضامن التزاماً مستقلاً وملزماً بالدفع دون قيد أو شرط، بالرغم من اعتراض العميل^(٥)، ومن جهة ثانية يحقق الضمان للمستفيد ميزة أخرى تتمثل في تجنب المشاكل الناتجة عن إيداع هذه المبالغ لديه وإعادة سحبها في نهاية المدة وما يترتب على ذلك من دفع تكلفة هذا الإيداع وارتفاع قيمتها حسب المدة التي قد تطول أو تقصر حسب نوع كل عملية على حدة. ومن جهة ثالثة لا يخفى إن قبول خطاب الضمان بدلاً من التأمين النقدي من الجهات المستفيدة يشجع الموردين والمقاولين على التقدم إلى المزادات والمناقصات التي يعلن عنها للمزايا التي يحققها خطاب الضمان لهم من عدم ضرورة إيداع مبالغ نقدية وتعطيلها عن الاستثمار أو الاقتراض من المصرف بفائدة مرتفعة مما يترتب عليه حصول الجهة المستفيدة على أفضل الشروط وأرخص الأسعار^(٦).

(١) أحمد بن حسن بن أحمد الحسيني، المصدر السابق، ص ٢٣.

(٢) أكرم يا ملكي، المصدر السابق، ص ٣٥٠.

(٣) القاضي موفق علي العبدلي، المصدر السابق، ص ٥٩.

(٤) المصدر نفسه، ص ٦٤.

(٥) محمد محمود حبش، المصدر السابق، ص ١١٥.

(٦) أحمد بن حسن الحسيني، المصدر السابق، ص ٢٤.

المطلب الثاني

أنواع خطابات الضمان والعمليات المصرفية التي تجري عليها

أولاً- أنواع خطابات الضمان المصرفية

تختلف أنواع خطابات الضمان من حيث أطرافها ومن حيث غرض إصدارها، فخطابات الضمان قد تكون داخلية عندما يكون المصرف والعميل والمستفيد داخل البلد وليس بينهم طرف خارجي، ويصدر هذا الخطاب عادة لمدة لا تزيد على سنة واحدة لقاء تأمينات تعادل مبلغ الخطاب، وكذلك قد يكون الخطاب خارجياً عندما يكون أحد أطرافها مثل المصرف والعميل والمستفيد خارجياً^(١).

من الناحية العملية قسم الفقهاء أنواع خطابات الضمان إلى خمسة أقسام، وهي:

- أ- خطابات الضمان المصرفية من حيث موطن المصرف إلى محلية وأجنبية.
 - ب- خطابات الضمان المصرفية من حيث الغرض إلى ابتدائية ونهائية.
 - ج- خطابات الضمان المصرفية من حيث الصيغة إلى مطلقة ومقيدة.
 - د- خطابات الضمان المصرفية من حيث التغطية إلى مغطاة كلياً أو جزئياً أو غير مغطاة.
 - هـ- خطابات الضمان المصرفية من حيث المصرف إلى مصرف واحد أو عدة مصارف^(٢).
- وسوف نستعرض أنواع خطابات الضمان من حيث موطن أطرافها والغرض من إصدارها:

١- أنواع خطابات الضمان من حيث موطن أطرافها:

- أ- **خطابات الضمان الداخلية:** عندما يكون المصرف والعميل والمستفيد داخل البلد وليس بينهم طرف خارجي، ويصدر هذا الخطاب عادة لمدة لا تزيد على سنة واحدة لقاء تأمينات تعادل مبلغ الخطاب، بحيث يكون أطراف خطاب الضمان الثلاثة داخل البلد وليس بينهم طرف خارجي.
- ب- **خطابات الضمان الخارجية:** هذا النوع من الخطابات يكون أحد أطرافها الثلاثة المصرف والعميل والمستفيد خارجياً وتكون على ثلاثة صور:

- خطابات الضمان الصادرة بموجب طلب خارجي لمنفعة جهة داخل البلد، وتصدر هذه الخطابات عادة من مصارف خارجية أو مؤسسات مالية أو شركات تأمين خارجية، ويكون الغرض من إصدار هذه الخطابات في الغالب لضمان عقود المقاولين الأجانب والشركات الأجنبية العاملة في البلد نتيجة تعاقدتها مع جهات رسمية فيها، ويطلق على المصرف الأجنبي الذي أصدر خطاب الضمان بـ(المصرف المراسل).
- خطابات الضمان التي تصدر بطلب داخلي لمنفعة جهة خارج البلد، ويصدر هذا النوع من الخطابات لضمان حسن سير تنفيذ عقد أبرم مع مستفيد يقيم خارج البلد كأن يكون لضمان عقد بيع دولي لبضاعة ستشحن إلى داخل البلد^(٣).

(١) نسيبة إبراهيم حمو، المصدر السابق، ص ٦٣ و ٦٧ و ٧٢.

(٢) د. حمدي محمد مصطفى، المصدر السابق، ص ٢١.

(٣) د. محمود الكيلاني، المصدر السابق، ص ٣٥٨.

■ **خطابات الضمان التي تصدر بطلب خارجي لمنفعة جهة خارج البلد، وتصدر هذه الخطابات بناءً على طلب أحد مراسلي المصرف أو فروعه في الخارج، أي يكون الأمر والمستفيد من هذه الخطابات يقيم خارج البلد، فضلاً عن وقوع مقر إدارة المصرف الذي يصدر خطاب الضمان في الخارج أيضاً، وتعد هذه الخطابات نادرة الوجود ويقتضي الحال عند إصدارها الحصول على موافقات خاصة منها موافقة الإدارة العامة للمصرف، فضلاً عن موافقة دائرة التحويل الخارجي في المصرف المركزي للبلد، إذا كان إصدار خطاب الضمان قد تم من قبل فرع للمصرف المحلي يقع خارج البلد أو قام المصرف المحلي بالاتفاق مع مصرف مراسل أجنبي في إصدار خطاب الضمان^(١).**

٢-أنواع خطابات الضمان من حيث غرض إصدارها:

أ-خطابات الضمان الابتدائية أو المؤقتة: وهي تعهدات موجهة من المصرف إلى المستفيد- الشركات والهيئات والأفراد-، الذي يتقدم بالمشاركة في العطاءات والمناقصات والمزايدات الحكومية من أجل ضمان جديتهم في العرض المقدم منهم، وتكون بدفع مبلغ من النقود من قيمة العملية التي يتنافس طالب خطاب الضمان للحصول عليها، ويستحق الدفع عند عدم قيام الطالب باتخاذ الترتيبات اللازمة عند رسو العطاء عليه، وهذه الخطابات خاصة بالعطاءات التي تقدم للجهات الحكومية وغيرها، ويتراوح المبلغ ما بين ١٪ و ٢٪ من قيمة العطاء المقدم، وغالباً ما يحدد المتعهدون آجال خطابات الضمان التي يطلبونها بمدد تتراوح ما بين شهر وثلاثة أشهر، وينتهي مفعول خطاب الضمان الابتدائي في حالة عدم رسو العطاء على الشركة المقولة وعند رسو العطاء على مقدم الضمان وقيامه بتوقيع العقد^(٢).

ب-خطابات الضمان النهائية: وهي تعهدات للجهة الحكومية ونحوها لضمان دفع مبلغ من النقود من قيمة العملية التي استقرت على عهدة الأمر العميل، ويصبح الدفع واجباً عند تخلف العميل عن الوفاء بالتزاماته المنصوص عليها في العقد النهائي للعملية بين العميل والجهة التي صدر خطاب الضمان لصالحها، فهذه الخطابات خاصة لضمان حسن تنفيذ العقود المبرمة مع الهيئات الحكومية والتأمين النهائي يتراوح ما بين ٥٪ و ١٠٪ من قيمة العطاء، وغالباً ما يصدر المصرف خطاب الضمان لمدة لا تتجاوز العامين ويسري مفعول خطاب الضمان النهائي لحين إتمام تنفيذ العقد ويستحق المبلغ المتعهد بدفعه في حالة تخلف الشركة المقولة عن الوفاء بالتزاماتها^(٣). ومن الجدير بالذكر أن عدم إبرام العقد الأصلي للمقولة لأي سبب كان كفيل بإبقاء المبلغ لحساب الأمر العميل، ولا يجوز مصادرته أو إيداعه في حساب الغير، وفي ذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية العراقية بالقول: " أن الغرض من خطاب الضمان وتحديد هو لحسن تنفيذ العقد، حيث أن العقد لم يعقد أصلاً لذا تكون مطالبة المدعي بمصادرة مبلغ خطاب الضمان أو إيداعه في حسابه لا

(١) القاضي موفق علي العبدلي، المصدر السابق، ص ١٢-١٣.

(٢) أحمد غنيم، خطابات الضمان: إطار متكامل نظرياً وعلمياً وقانونياً، مصر، ٢٠٠٨، ص ٤٢.

(٣) حمدي عبد العظيم، خطاب الضمان في البنوك الإسلامية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٣٢.

سند لها من القانون^(١)، وإذا قدم الأمر العميل خطاب ضمان لمشروع وكان لديه مع المستفيد عدة عقود أو مقاولات وصدر خطاب الضمان في أحدها بينما أخل العميل بالأمر بالتزاماته في مشروع آخر، فلا يجوز للمستفيد المطالبة بخطاب الضمان المصدر للمشروع المعين لاختلاف الغرض من صدوره، وهذا ما أشار إليه المشرع العراقي في نص المادة (٢٩٣) من قانون التجارة النافذ: "لا يجوز للمستفيد المطالبة بقيمة خطاب الضمان عن غرض آخر غير الغرض المحدد له فيه"^(٢).

ج- خطاب ضمان الدفعة المقدمة السلفة: وهو يوازي فيه مبلغه مبلغ السلفة التي يدفعها المستفيد للأمر، وحيث إن السلفة تستقطع بالتقسيم وحسب الذرات فإن مبلغ هذا الخطاب يتناقص أيضاً إلى أن يصل إلى الصفر عند الاستقطاع التام لمبلغ السلفة فعندئذ يلغى^(٣).

د- خطابات ضمان الأشياء المعارة للمقاول: ويحدد هذا النوع من الخطابات أحد أنواع خطابات الضمان للمقاولات، وتصدر لغرض ضمان إعادة المقاول الآلات والمكانن والمعدات التي يعيرها رب العمل إلى المقاول الأمر لاستعمالها في العمل الخاص بالمقولة المبرمة بين الطرفين^(٤).

هـ- خطاب ضمان الصيانة: وهو الذي يصدر بناء على طلب المستفيد ويغطي فترة ما بعد تسليم المشروع أو البضاعة، ويكون هدفه ضمان معالجة أي عيب قد يظهر في المشروع بعد تسليمه للمستفيد، وهناك خطابات ضمان أخرى تصدر لأغراض كمركية وضريبية تأخذ كتأمينات لضمان حق الخزينة أو لتسديد الضرائب المترتبة على أجنبي عند مغادرة البلاد^(٥).

• العمليات المصرفية التي تجري على الخطابات

تجري المصارف عادة العمليات التالية:

أ- الإصدار: ويتم إصدار الخطاب عند تقديم الطلب من الأمر إلى المصرف، وفي الخطاب الخارجي يصل الطلب إلى المصرف عن طريق المراسل الخارجي بواسطة البريد أو السويقت، في الخطاب الداخلي يكون (الأمر زبوناً للمصرف) وله تخصيص ائتماني لإصدار الخطابات، ويحتسب المصرف عمولاته ومصاريفه الأخرى استناداً على مبلغ وفترة الخطاب مع وجود مصاريف مقطوعة أي ثابتة، ويجري قيود الإصدار والمصروفات.

ب- التمديد إلى فترة أخرى بناء على طلب الأمر، هنا المصرف يحتسب عمولة للفترة الممتدة من اليوم الذي يلي تاريخ الاستحقاق الحالي إلى الاستحقاق الجديد، ولا يجري قيد إصدار ثاني.

(١) القرار المرقم (١٦٢٦)-الهيئة الاستئنافية، منقول- ٢٠١٢ في ٣١ / ٧ / ٢٠١٢، في: القاضي جبار جمعة اللامي، شرح أحكام العمليات المصرفية في القانون العراقي والمقارن: خطاب الضمان دراسة قانونية تحليلية لأحكام خطاب الضمان وتطبيقاته القضائية، ج ١، ط ٢، بغداد، ٢٠٢٣، ص ١٧٩.

(٢) قانون التجارة العراقي، رقم (٣٠)، لسنة ١٩٨٤.

(٣) د. محمود الكيلاني، المصدر السابق، ص ٣٨٥.

(٤) بشير زهيد، محاسبة المصارف من الناحية العلمية والعملية، ط ٣، دمشق، ١٩٦٨، ص ٥٩٣.

(٥) د. محمود الكيلاني، المصدر السابق، ص ٣٨٥.

ج- التخفيض من المبلغ المثبت في المتن الى مبلغ اقل منه بناء على موافقة وطلب المستفيد، ويجري التخفيض عادة على خطاب الدفعة المقدمة ووفق سياق استرداد السلفة.
د- الدفع الكلي الذي يعقبه إلغاء الخطاب، ويكون الدفع إما بناء على طلب المستفيد أو على أمر من الأمر.

١- الدفع الجزئي الذي يعقبه تخفيض الخطاب وربما تمديده.

٢- الإلغاء والعكس من السجلات^(١).

ثانياً- انقضاء خطاب الضمان المصرفي

توجد عدة حالات لانقضاء التزام المصرف بالوفاء بقيمة خطاب الضمان، ومن هذه الحالات مطالبة المستفيد من المصرف بالتنفيذ على قيمة الخطاب أو بانتهاء مدة الخطاب وعدم المطالبة بقيمته، وسوف نتطرق إلى ذلك:

أ- انقضاء خطاب الضمان بالمطالبة بإداء قيمته والوفاء به من قبل المصرف، حيث من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المصرف في خطابات الضمان الوفاء بقيمة الخطاب إلى المستفيد لدى أول مطالبة ترد من المستفيد في متن سند الخطاب^(٢). فقد أوجب المشرع العراقي على أن تكون المطالبة بقيمة الضمان أثناء سريان خطاب الضمان، وتبرئ ذمة المصرف إذا لم ترد مطالبة من قبل المستفيد خلالها، كذلك أوجب المشرع العراقي على أن تبرئ ذمة المصرف تجاه المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع^(٣).

وكذلك ينقضي خطاب الضمان إذا ما قام المصرف بإداء قيمة الخطاب إلى المستفيد إذا طلب المستفيد قيمة خطاب الضمان خلال الأجل المحدد به، ويلتزم المصرف بالدفع فوراً بمجرد الطلب دون أن يكون له الحق في مناقشة مدى أحقيته في ذلك، ومن ثم الوفاء على هذا الوجه ينقضي خطاب الضمان وينقضي طبعاً لذلك التزام المصرف بوفائه بالقيمة للمستفيد، هذا إذا كان المستفيد قد طالب بكامل قيمة خطاب الضمان دفعة واحدة وأوفاهها المصرف له أم إذا كان المستفيد قد طالب بجزء من قيمة خطاب الضمان أو تقدم بخطاب مستقل للمصرف يفيد بأنه تنازل عن المطالبة الجزء المتبقي من قيمة خطاب الضمان، لأي سبب من الأسباب باعتبار إن الجزء الذي طالب بوفائه كاف لتعويض ضرره، ففي هذه الحالة أيضاً ينقضي التزام المصرف أي لا يحق للمستفيد أن يرجع في تنازله بعد إخطاره للمصرف بذلك^(٤). أما إذا كان المستفيد قد تقدم بالمطالبة بجزء من قيمة خطاب الضمان، وسكت عن تحديد مصير الجزء المتبقي، فالأصل

(١) تيبا ماجد، خطابات الضمان وكيفية التعامل بها، بحث منشور على الانترنت:

https://www.researchgate.net/publication/332786673_khtabat_alzman_wkyfyt_a_ltml_bha

(٢) إسماعيل صمصاع البديري، هيثم علي كزار، انقضاء خطاب الضمان في مناقصات العقود الإدارية والآثار المترتبة عليه، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد (١)، ٢٠٢٤، ص ٨.

(٣) قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤، المادة (٢٩١).

(٤) إيهاب محمد نور عبد الله، خطاب الضمان المصرفي في ضوء الشريعة الإسلامية والقواعد الدولية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة جوبا، السودان، ٢٠٠٩، ص ١٤١.

أن المصرف لا يستطيع أن يفترض بأن المستفيد قد تنازل عن الجزء المتبقي، لأن التنازل لا يفترض ما لم يرد بنص صريح في طلب المستفيد، وبالتالي يظل التزام المصرف قائماً ما بقي خطاب الضمان نافذاً، ويحق للمستفيد أن يطالب به حتى آخر لحظة من تاريخ صلاحية الخطاب، ومتى ما تقدم المستفيد بطلبه خلال المدة فلا يكون أمام المصرف من سبيل سوى دفع القيمة المطلوبة طالما لم يتجاوز الحد الأقصى لقيمة الخطاب^(١).

ب- انقضاء خطاب الضمان دون الوفاء: ينقضي خطاب الضمان دون الوفاء عندما يقوم العميل بتنفيذ كافة التزاماته تجاه المستفيد، ولا يطالب المستفيد بقيمة خطاب الضمان وتنتهي مدة الخطاب أو بانتهاء الغرض الذي صدر من أجله خطاب الضمان قبل انتهاء مدة الضمان، حيث إن خطاب الضمان له بداية ونهاية ويتم تدوين مدة خطاب الضمان في متن الخطاب، وإن هذا التاريخ هو تاريخ نهاية التزام المصرف تجاه المستفيد، لذلك فإن خطابات الضمان يجب أن تتضمن تاريخ انتهاء سريان الخطاب، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٩١ / أولاً) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤) على إنه: "تبرأ ذمة المصرف تجاه المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع"، وإذا انتهت مدة الضمان لا يحق للمستفيد مطالبة المصرف بقيمة الضمان، حيث إن التزام المصرف يكون محدد المدة وبانتهاء هذه المدة يحل المصرف من التزاماته تجاه المستفيد، وبانتهاء مدة الخطاب يقوم المصرف بإخطار المستفيد بذلك، وبأنه تم إلغاء خطاب الضمان من سجلاتهم ويطلب من المستفيد إعادة خطاب الضمان وتحديثاته إن وجدت، لأن الخطاب أصبح معدوم القيمة في يد المستفيد بانتهاء مدته^(٢)، وإذا ما قام المصرف بالوفاء خارج مدة الخطاب في هذه الحالة يكون المصرف قد قام بالوفاء على مسؤوليته، وإذا كان الخطاب قد صدر دون تحديد مدة صلاحيته فهذا يعني أن الخطاب غير محدد المدة وبالتالي فإنه يجوز للمصرف أن ينهي في أي وقت بشرط أن يخطر المستفيد برغبته في إنهاء الخطاب خلال فترة معقولة، وأحياناً قد ينص في الخطاب على ضرورة أن يرد المستفيد وثيقة الضمان إلى المصرف، وهذا الشرط لا يعني أن يستمر الضمان حتى رد الخطاب بالفعل، لأن الخطاب ليس ورقة تجارية وليس له قيمة ذاتية بل هو مجرد أداة إثبات^(٣)، وقد ينقضي خطاب الضمان بانتهاء الغرض المحدد في خطاب الضمان قبل انتهاء مدته إذا صدر من المستفيد ما يفيد انتهاء الغرض الذي صدر من أجله خطاب الضمان قبل انتهاء مدته، كأن يكون إتمام إنجاز المرحلة التي قبض عنها المتعاقد دفعات مقدمة، سلفة أو تقديم صاحب العطاء الفائز تأمين نهائي وتوقيعه للعقد، فإن الغرض من التأمين يكون قد انتهى أو تقديم المتعاقد ضمان آخر موازن لخطاب الضمان، وقد نص المشرع العراقي على وجوب ذكر الغرض في خطاب الضمان في مثته بقوله: "ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله" فإذا ورد خطاب الضمان قبل انتهاء مدته عن طريق المستفيد إلى المصرف، فإن التزام المصرف بالخطاب ينقضي إذا نصت ضوابط إصدار خطاب الضمان الصادرة عن

(١) د. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية المصرفية...، ص ٤٠٩.

(٢) د. صلاح الدين السيسي، التسهيلات المعفية للمؤسسات والأفراد، عمان، ١٩٩٨، ص ٧٤.

(٣) إيهاب محمد نور عبد الله، المصدر السابق، ص ١٤٢.

المصرف المركزي العراقي، على إنه: " لا يجوز للمصرف المصدر لخطاب الضمان إلغائه وإعادة المبلغ إلى الزبون الأمر قبل أجل استحقاقه، إلا في حالة ورود كتاب رسمي من الجهة التي صدر خطاب الضمان لصالحها، والمستفيدة بانتفاء الحاجة إليه وبخلافه لا يلغي خطاب الضمان ويكون المصرف ملزم بدفع مبالغ خطابات الضمان لصالح الدوائر الحكومية"^(١).

المطلب الثالث الغش في خطابات الضمان وشروطه

أولاً- ماهية الغش في خطاب الضمان:

تحتل خطابات الضمان في نطاق عمليات البنوك مجالاً واسعاً نظراً للدور الهام الذي تلعبه في الحياة الاقتصادية، وما تحققه لأطراف العلاقة من مصلحة يستفيد منها المصرف بما يتقاضاه من عمولة وفوائد ويفيد العميل، لأنه يحتفظ بنفوقه ويستعاض عنها بخطاب الضمان الذي يقدمه للمستفيد، ويفيد المستفيد عندما يكون مطمئناً بسبب ملاءمة مصدر الخطاب الذي يلتزم به في مواجهته، عليه تزايدت ظاهرة الغش في التعاملات التجارية ومنها خطابات الضمان المصرفية نتيجة التقدم والتوسع في مجال التجارة. عليه فإن: "الغش لغةً نقيض النصيحة أو النصح وهو إظهار الشيء على غير حقيقته وتزيينه خلافاً للواقع"^(٢).

أما من الناحية القانونية فالغش هو كل فعل عمدي ينصب على سلعة معينة بشكل مخالف للقواعد المقررة لها في القانون أو في أصول الصناعة، ومن شأنه أن ينال من خواصها أو فوائدها، ومن الناحية التجارية يعتبر الغش بأنه الادعاء بتوافر مواصفات غير متوافرة حقيقية في بضاعة معدة للبيع بقصد الربح، ويعتبر الغش آفة اجتماعية واقتصادية خطيرة ويتعدى ضرره مصلحة المستهلكين، فتمتد آثاره لتشمل مصلحة المنتجين والمزارعين والصناعيين وقد تطل صحة الإنسان والنظام الاقتصادي بشكل عام^(٣).

والأصل في الالتزامات أن الشخص لا يلتزم إلا بما انصرفت إليه إرادته، وقد أوجب القانون تنفيذ الالتزام مع مبدأ حسن النية ومع ما تقتضيه الأمانة في المعاملات، وفي خطاب الضمان يقع على عاتق المصرف التزام فحص المشروع بالقدر الذي يلتزم به المصرف في ضمانه، فإذا ظهرت الدلائل على غش المستفيد أو قدم الأمر للمصرف الأدلة الفعلية على غش المستفيد فعليه أن يتحقق من حسن نية المستفيد، ولا يقوم الوفاء متى ما قام الدليل ظاهراً على وقوع الغش منه، والغش ظاهرة ترتبط بنظام خطابات الضمان نفسه وباستقلاله عن عقد الأساس، فالخطاب يدفع بمجرد توافر شروط وفائه دون إمكان المنازعة بدفع مستمد من عقد الأساس إلا في حالة الغش والتعسف الظاهر. حيث لخطابات الضمان استقلاليتها التامة عن

(١) إسماعيل صمصاع البديري، هيثم علي كزار، المصدر السابق، ص ١٥.

(٢) أبي فضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، مج ٦، بيروت، ١٩٥٦، ص ٣٢٣.

(٣) نادر شافي، جريمة الغش ومكافحتها، مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني:

العلاقة القانونية ما بين الأمر والمستفيد، فيكون التزام المصرف نحو المستفيد التزام أصلي، وإن هذا الالتزام لا يتأثر بالعلاقة ما بين الأمر العميل والمستفيد في عقد الأساس ولا يتدخل المصرف في هذه العلاقة ولا يكون ملزماً بالتحقيق عن تنفيذ أطراف عقد الأساس لالتزاماتهم تجاه بعضهم البعض، ليحقق خطاب الضمان وظيفته بوصفه من أهم وسائل الائتمان المصرفي، ويكون المصرف ملزم بأداء قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد بمجرد المطالبة به، وعندما يكون الهدف من هذه الاستقلالية منح المستفيد الطمأنينة في تنفيذ الأمر لالتزاماته فلا يحق للمصرف الامتناع عن دفع قيمة مبلغ خطاب الضمان أو التمسك في مواجهة المستفيد بالدفع المستمدة من العلاقات الأخرى، ولكن هل ان هذه الاستقلالية مطلقة أو مقيدة ترد عليها استثناءات؟ وهل يحق للمصرف الامتناع عن دفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد ولو انطوى طلبه على الغش أو التعسف؟ ان النظام القانوني قد استقر على ان الغش لا ينبغي ان يكون وسيلة للإثراء على حساب الغير والوصول إلى منافع، وان الغش يفسد كل شيء وينبغي الالتزام بمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات، وان الغش يرجع إلى صاحبه ولا ينبغي ان تكون خطابات الضمان حماية للغش، ولكن يجب ان يتم تحديد نطاق الغش والتعسف بعناية فائقة لكي لا يكون وسيلة للمصرف للتهرب من التزاماته بدفع قيمة خطاب الضمان، وان كان هناك اجماع على حق المصرف في الامتناع عن دفع مبلغ الضمان متى ما كان الطلب مشوباً بالغش من قبل المستفيد^(١).

وهناك من وسع في الغش من قبل المستفيد لم يقصره على استعمال طرق احتيالية فقط بل وسعه إلى سوء نية المستفيد والاضرار بالعمل الأمر^(٢)، ووفقاً لذلك يدخل تحت مفهوم الغش كل فعل يصدر من المستفيد من شأنه الاضرار بالعمل الأمر، سواء كان هذا الفعل احدي حالات الطرق الاحتيالية أو السلوك التدليسي للحصول على مبلغ خطاب الضمان أو ان الطلب يفقد إلى الأساس القانوني فيشمل التعسف في استعمال الحق، والذي يعرف بانه: " الخروج عن حدود حسن النية الواجب استعماله في الحقوق كأن يهدف شخص من وراء استعماله للحق الى تحقيق مصلحة غير مشروعة أو الحاق الاضرار بالأمر"^(٣). ولكن هذا التعريف رغم كونه عامل مهم في يد العميل لوقف صرف مبلغ خطاب الضمان عندما تكون هناك أسباب مقنعة تجعل حقوقه مهددة، ومع ذلك تعرض لانتقادات من شأنها ان تقلل حدته واثاره، ومنها كيف للمصرف ان يتأكد بان العميل قد نفذ التزاماته ليقرر بعد ذلك عدم احقية المستفيد بمبلغ خطاب الضمان؟ وكيف للمصرف ان يتأكد من تنفيذ العميل لالتزامه دون الرجوع الى عقد الأساس؟ وهل يعني ان رجوع المصرف إلى عقد الأساس سيؤدي إلى مخالفة قاعدة استقلالية خطاب الضمان ومن ثم سيحواله الى كفالة عادية يتبع فيها التزام المصرف التزام العميل ويخالف اهم

(١) حاتم محمد عبد الرحمن، العمليات المصرفية المستقلة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، ٢٠٠٢، ص ٢٧٦.

(٢) د. علي جمال الدين عوض، عمليات من الوجهة القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٣٣٦.

(٣) د. حمدي محمد مصطفى، المصدر السابق، ص ٥٠.

قاعدة من قواعد خطاب الضمان وهي فورية التنفيذ فالقاعدة المستقرة في هذا الشأن هو الدفع أولاً والمقاضاة فيما بعد^(١).

وهذا الاتجاه اخذت به اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لعام ١٩٩٧ في المادة (١٩)، التي حددت الحالات التي يجوز فيها للمصرف ان يمتنع عن دفع خطاب الضمان، وهي حالة الغش والحالات التي لا يستند فيها المستفيد الى حق في طلب دفع مبلغ خطاب الضمان، وهناك اتجاه ضيق يرى ان الغش المانع من صرف مبلغ خطاب الضمان يقتصر فقط على استخدام المستفيد لطرق احتيالية فقط، دون ان يدخل في معناها التصرفات التي تنطوي على التعسف في استعمال الحق، لان القول بخلاف ذلك سيؤدي إلى مخالفة قاعدة الغش لا يفترض بل يجب إقامة الدليل عليه ويخلق رابطة قانونية بين خطاب الضمان وعقد الأساس للبحث في مدى احقية المستفيد في طلبه، ومن شأنه ان يؤدي الى هدم الوظيفة التي وجد من اجلها خطاب الضمان بكونه بديلاً عن التأمين النقدي^(٢).

وهذا الاتجاه عرف الغش بقيام المستفيد باستعمال طرق احتيالية للحصول على مبلغ خطاب الضمان دون وجه حق، واغلب الآراء مع أصحاب الاتجاه الضيق في تحديث معنى الغش للعديد من الأسباب، حيث ان التوسع في مجال الغش يؤدي الى احجام المستفيدين من اللجوء الى خطاب الضمان وصعوبة تنفيذ العقود، لان المستفيد سيكون في حالة شك وتردد من إمكانية الحصول على مبلغ الخطاب بمجرد طلبه، وان ادخال التعسف ضمن الأسباب التي يلجأ اليها المصرف سيجعل من المصرف بمنزلة القاضي، وهو من يقرر ان كان هناك تعسف فيمتنع عن دفع المبلغ أو عدم وجود تعسف فيقوم بالدفع وهذا ما لا يمكن قبوله^(٣).

إن الأمر لا يطلب من المصرف إصدار خطاب ضمان إلا لمستفيد يثق فيه وفي أمانته، والمصرف لا يصدر خطاب ضمان إلا بعد حصوله على غطاء يضمن له ما يدفعه للمستفيد إذا تخلف الأمر عن دفعه إليه، وإنه إذا تغير شخص المستفيد وقدم طلب الوفاء من الشخص الجديد غير المعروف للمصرف وجب رفض الوفاء له^(٤)، ومن أحكام القضاء إن الطلب يعتبر غشاً أو منطوياً تعسفاً ظاهراً في الحالات الآتية:

أ- طلب الوفاء إذا كان غشاً ليس بسبب عدم تنفيذ الأمر لعقد الأساس، بل لأن الدليل على تمام التنفيذ كان مقدماً إلى المحكمة أو على عدم التنفيذ لقوة ظاهرة أو لأسباب سياسية بحتة راجعة إلى النزاع.

ب- إن العقد فسخ عمداً من جانب المستفيد وكانت إجراءات التحكيم نص عليها الضمان يهدد النزاع القائم لا تزال سارية.

(١) خليل فيكتور تادريس، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٩٥، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٤٣٥.

(٢) باسم محمد محمد أبو صفية، الغش كاستثناء على مبدأ استقلال خطاب الضمان، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان-الأردن، ٢٠٠٣، ص ١٠٥.

(٣) سوزان علي محمد أبو جماعة، استقلال التزام المصرف في خطاب الضمان: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت-الأردن، ٢٠٠٥، ص ١٠٧.

(٤) د. علي جمال الدين عوض، عمليات من الوجهة القانونية...، ص ٣٥٠-٣٥٢.

- ج- إن السلطات الوطنية اغتصبت الشخصية الاعتبارية للشركة المستفيدة وحلت محلها شركة عامة للقيام بالعمل المطلوب.
- د- المستفيد لم يقيم بتنفيذ التزاماته بدفع المبالغ الواجبة دفعها وكانت هناك شهادات هو محررها ولم يتنازع فيها تثبيت ذلك.
- هـ- إن طلب الوفاء لا ينصرف إلى العقد الذي صدر من أجله الضمان وذلك باعتراف المستفيد نفسه.
- و- حسن تنفيذ عقد الأساس ليس محل الشك وذلك بمقتضى الشهادة الصادرة من وكيل المستفيد والخبير القضائي نفسه.
- ز- إن المصرف المباشر الضامن الأول لطلب الوفاء في حين إن هناك أمراً قضائياً في بلد الضامن المقابل يمنعه والضامن ولو إنه مستقل يجوز طلبه في كل وقت، فإن أمانة التعامل تقتضي باستخدامه للغرض الذي صدر له بحسن نية ولا يمكن أن يكون وسيلة لأخذ المستفيد حقوقاً ليست له^(١).

ثانياً- شروط الغش المانع من الوفاء:

هناك شروط لابد من توافرها للقول بوجود الغش المانع للمصرف من دفع قيمة خطاب الضمان، وهي:

أ- أن يكون الغش والتعسف واضحاً وظاهراً كما هو معروف أن سوء النية لا يفترض، ومن أجل التأكيد على استقلالية خطاب الضمان عن العقد الأصلي يستلزم وجود أدلة بائدة للعيان ودامغة لأول وهلة يتضح منها دون شك وجود غش ودون الحاجة إلى إجراء تحقيق إضافي، ومن ثم لا يحق للمصرف الامتناع عن دفع مبلغ الضمان إذا احتاج الأمر إلى إثبات الغش أو وجود شك في تحققه، لأن لجوء الأمر إلى إثبات الغش يمس بمبدأ استقلال خطاب الضمان ما دام ذلك لا يتحقق إلا باللجوء إلى عقد الأساس حتى لو كان الرجوع لغرض إقامة الدليل بأن الأمر قد نفذ التزاماته^(٢)، وبمعنى آخر إن الخشية من وقوع الغش لا تكفي، فوجود إمارات تدعو إلى خوف من غش قد يصدر من المستفيد كما لو بدأ المستفيد يتهرب من صدور حكم في موضوع النزاع، ومن ثم فالخشية من الغش لا تصل إلى درجة الغش نفسه الذي يكون واضحاً كما لو كان الغش ماساً بشروط تنفيذ الضمان نفسه^(٣)، ومع إن الأمر يبدو سهلاً عندما تكون هناك مستندات مزورة في خطاب الضمان أو في حالة التأكد من إن المستفيد متعسف في طلبه كما لو اعترف أمام المصرف إن الأمر قد نفذ التزامه المتعاقد عليه، ومع ذلك هو يطلب مبلغ الضمان بسبب خلاف وقع بينهما، ويريد أن يضره كذلك إذا لم يقيم المستفيد بدفع المبالغ المستحقة عليه للأمر عند انتهاء أعماله، وفي الوقت ذاته يطلب من المصرف دفع مبلغ الضمان فإنه يكون

(١) د. علي جمال الدين عوض، عمليات من الوجهة القانونية...، ص ٣٥٣-٣٥٤.

(٢) د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة وتجديد القواعد الدولية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٦١-٢٦٢.

(٣) د. حمدي محمد مصطفى، المصدر السابق، ص ٤٧.

قد حصل على ما ليس حقا له، لأن خطابات الضمان هي روح التجارة ولا يتدخل القضاء في تسوية التزامات التجار إلا في حالة ثبوت الغش لا مجرد ادعائه، وهذا ما تؤكد المادة (١٩) فقرة (١) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة ١٩٩٧، التي اشترطت أن يكون الغش بين وواضح، أما القانون العراقي فلا نجد له نصاً يعالج مسألة الغش في خطابات الضمان ومن حيث مفهوم الغش والشروط فيه وترك الأمر لاجتهاد القضاء والفقهاء^(١).

ب- صدور غش ممن يحتج به عليه: يطرح السؤال في هذا الشأن هل يشترط أن يقع الغش من المستفيد نفسه أم يكفي مجرد علمه بالغش ولو لم يصدر منه شخصياً؟ بالرجوع إلى الأحكام التي تناولت الغش في خطاب الضمان لم تشير إلى الغش الصادر من غير المستفيد لندرة وقوعه من غير المستفيد في مجالات خطاب الضمان المصرفية، ومع ذلك لو افترضنا صدور الغش من غير المستفيد، هل يحق للمصرف الامتناع عن دفع مبلغ خطاب الضمان؟ إن القاعدة العامة في مجال العقود عموماً إن للطرف الذي وقع عليه الغش الحق في إبطال التصرف حتى ولو كان الغش صادراً من الغير نظراً لفساد إرادة المتعاقد المخدوع بسبب الغش، بشرط أن يكون المتعاقد الآخر على علم بهذا الغش وقت وقوعه، وكان من المفروض عليه أن يعلم به، فهل يمكن أن نطبق هذا الحكم على حالة الغش الصادر من الغير في خطاب الضمان؟^(٢).

هناك رأي يذهب للقول إن للمصرف أن يمتنع عن دفع مبلغ خطاب الضمان ولو لم يصدر غش من المستفيد شخصياً، وحجتهم في ذلك إنه لو افترضنا إن الغش صدر من الغير دون علم المستفيد به فإن المصرف ملزم بدفع مبلغ الضمان للمستفيد، فهنا من يتحمل تبعه هذا الوفاء؟ هل المصرف الذي علم بالغش أم الأمر؟ وما هي مصلحة الغير في ارتكاب هذا الغش؟ إن لم يكن ذلك لمصلحة المستفيد وربما التواطؤ فيما بينهما^(٣). بينما رأي آخر يرى ضرورة أن يصدر الغش من المستفيد نفسه أو من تابعه أو نائيه، والعلم وحده لا يكفي إلا إذا كان متواطئاً مع من صدر منه الغش، ففي هذه الحالة فقط يحق للمصرف الامتناع عن دفع مبلغ الضمان^(٤). والاتجاه الراجح مع أصحاب الرأي الثاني باشتراط علم المستفيد بالغش أو إمكانية علمه لمنعه من حق المطالبة بمبلغ الخطاب، ويطرح هنا تساؤل آخر عن المقصود بالغش، هل المقصود بالغش في تنفيذ معاملة الأساس أم الغش الدافع للتعاقد؟ بمعنى آخر هل الغش الصادر من المستفيد لدفع العميل للتعاقد معه أم المقصود به الغش الذي يستهدف دفع المصرف الضامن إلى إصدار خطاب الضمان أم الغش المتعلق بطلب المستفيد تسهيل خطاب الضمان؟ تباينت الاتجاهات التي تناولت هذه المسألة فقد ذهب اتجاه بأن الغش في أي علاقة يمنع صرف الضمان، وذلك تأسيساً على أن

(١) طلال علي سليمان الشوبكي، المصدر السابق، ص ٨٥.

(٢) د. علاء عمر محمد، سجي ماجد داود، التزام المصرف بدفع قيمة الاعتماد المستندي لمواجهة الأمر عند غش المستفيد، مجلة دراسات البصرة، العدد (٣٠)، ٢٠١٨، ص ١٥٤.

(٣) خليل فيكتور تادرس، المصدر السابق، ص ٤٩٥.

(٤) راضية مقران، خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، ٢٠١٣، ص ١١١.

الغش هو مسألة خطيرة، والغش أيّاً كان نوعه ومحله ينبغي أن يكون مبرراً كافياً لوقف الدفع، ولا يمكن التحري بأن الأخذ بمذهب الغش في عقد الأساس كمبرر لوقف الصرف، من شأنه أن ينال من مبدأ استقلال الخطاب أو وظيفته، لأن هذه الوظيفة تكون قد أهدرت بالفعل عن وجود الغش في عقد الأساس^(١)، أما الرأي الآخر فيرى إن الغش المبرر لمنع صرف الضمان هو الغش في معاملة خطاب الضمان فقط، ويدافع هذا الفريق عن رأيه بسند الحفاظ والتأكيد والتدعيم مبدأ استقلال الخطاب عن كل العلاقات الأخرى، مثل علاقة الأساس أو علاقة العميل الأمر بالمصرف الضامن، وذلك كله يقتضي تضيق مفهوم الغش في أضيق نطاق ممكن^(٢). نرى إنه لما كان الغش يفسد كل شيء فإن أي غش يصدر من المستفيد ويؤدي إلى جعل مصرف يدفع مبلغ خطاب الضمان هو غش مانع من تسييل خطاب الضمان، أما القول بأن ذلك يتعارض مع مبدأ استقلال الضمان فنرى إن هذا المبدأ يجب احترامه في جميع المسائل إلا في مسألة الغش، فالغش يفسد كل شيء وما يؤيد قولنا هو قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية التي ايدت قرار المصرف بالامتناع عن دفع مبلغ خطاب الضمان لقيام المستفيد بتقديم مستندات مزورة للمطالبة بالضمان مع عدم علم المستفيد بتزوير تلك المستندات، لكونه حصل عليها من الأمر ومن ثم قررت بعدم أحقية المستفيد بالرجوع على المصرف وإنما الرجوع على العميل الأمر للمطالبة بالتعويض^(٣). بالرجوع إلى بعض أحكام محكمة التمييز العراقية التي قضت بأن: "خطاب الضمان هو تعهد من المصرف لمصلحة المستفيد يقضي بدفع المبلغ المعين فيه للمستفيد عند الطلب وخلال المدة المعينة فيه دون قيد أو شرط، ولا يحق للمصرف رفض الوفاء عند الطلب لأي سبب من الأسباب"^(٤). فهل تعني محكمة التمييز في عباراتها بعدم أحقية المصرف برفض الوفاء عند الطلب لأي سبب كان؟ وهل يشمل ذلك حتى الطلب المنطوي على غش أو تعسف في استعمال خطاب الضمان؟ بالرغم من عمومية عبارات محكمة التمييز وإن كانت توصي بأن القضاء العراقي لا يعد الغش سبباً يمنع المصرف من دفع مبلغ الضمان، إلا أننا نرى أنه لا يمكن التعويل على هذه القرارات للجزم بموقف القضاء العراقي في هذا الشأن، لأن قاعدة الغش تفسد كل شيء من المبادئ الراسخة في القضاء العراقي^(٥).

جـ- أن يكون خطاب الضمان صحيحاً وساري المفعول: لا يمكن القول بأننا أمام غش صادر من المستفيد من خطاب الضمان إلا إذا كان طلباً صحيحاً للوفاء لخطاب ضمان صحيح ومكتمل العناصر الواجب توافره فيه وساري المفعول، وبالتالي لا يكون طلب المستفيد بالخطاب غش إذا استند تمسك المصرف الضامن بالرفض لأسباب موضوعية من الخطاب ذاته، كحالة الخطاب

(١) حاتم محمد عبد الرحمن، المصدر السابق، ص ٢٧٦.

(٢) د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري...، ص ٣٥٣.

(٣) قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية، رقم ٦٥٧ لسنة ٤٨ قضائية، في ٢٢/١٢/٢٠٠٥. (غير منشور).

(٤) قرار محكمة التمييز العراقية، رقم الإضبارة ٨٦/٨٥/١٠٣، في ٢٤/١/١٩٨٧. (غير منشور).

(٥) مرتجى داود سليمان، فعالية خطاب الضمان في التزام المصرف تجاه المستفيد، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

- <https://bsj.uobasrah.edu.iq/index.php/bsj/article/view/298/405>.

الذي لم يبدأ في السريان أو الخطاب المنتهي الصلاحية، وذلك لأنه لم يعد يوجد حق للمستفيد فيه للقول إن طلبه فيه غش منه أو إن ذلك الخطاب الباطل ليس فيه أي مخالفة للنظام العام أو الخطاب الذي اعترض عليه المستفيد، فلم ينعقد فلا يمكن القول عند ذلك إن رفض المصرف الوفاء للمستفيد بسبب اقتران طلب الوفاء بغش وإنما يكون رفض المصرف بالوفاء قائم على أسباب موضوعية في ذات الضمان، وهذا ما استقر عليه القضاء المصري في أحد أحكامه: "لا يكون دفع المصرف إلى المستفيد صحيحاً كما لا يكون له أن يرجع بما دفعه على عميله إلا إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لخطاب ضمان صدر صحيحاً ومطابقاً لتعليمات العميل ولا تحمل المصرف مسؤولية الوفاء"^(١).

وهناك العديد من الوسائل التي للأمر اتباعها للوقاية من غش المستفيد في خطابات الضمان، حيث يتوجب على الأمر أن يحتاط منذ البداية من غش المستفيد في الخطاب باعتباره المتضرر الأول والأخير من هذا الغش، ويكون عند إبرام عقد الأساس الذي صدر خطاب الضمان بسببه مع المستفيد، فعلى الأمر أن يختار التعاقد مع طرف ذو سمعة طيبة في مجال العمل الذي يمارسه إذا كان المستفيد من البلد الأمر، أما إذا كان المستفيد أجنبي يتوجب على الأمر قبل التعاقد مع المستفيد الأجنبي التحري عنه والاستفسار منه وطلب المزيد من المعلومات عن طريق غرفة التجارة في دولة المستفيد والاستعلام عنه لدى تجار من ذات بلد الأمر الذي سبق له التعامل مع المستفيد، وعلى الأمر أيضاً العمل على إيقاف دفع المصرف لبقية قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد في حالة وجود غش عن طريق القضاء المستعجل، حيث عندما يطالب المستفيد المصرف بالوفاء لا يكون للمصرف الامتناع عن الوفاء إلا في حالة وجود غش، كما لا يستطيع المصرف الامتناع عن تنفيذ تعهده في خطاب الضمان بناءً على طلب الأمر، كون تعهد المصرف في الخطاب مجرد ومستقل عن علاقته بالأمر، كما إن المصرف يسعى لاحترام موقفه وسمعته ومكانته، ويكون للأمر مصلحة بمنع وفاء المصرف بقيمة خطاب الضمان للمستفيد متى وجد إنه لا يحق للمستفيد المطالبة بالضمان ويطالب من المحكمة إيقاف دفع قيمة الضمان عن طريق القضاء المستعجل^(٢).

(١) د. طلال علي السليمان الشوبكي، المصدر السابق، ص ٩٥-٩٨.

(٢) المصدر نفسه، ص ٩٥-٩٨.

المبحث الثالث

انواع دعاوى خطاب الضمان المصرفي

الدعوى من تعريفها كما جاء في المادة الثانية من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته هي: "طلب شخص حقه من اخر امام القضاء"^(١). وقبل التطرق إلى انواع هذه الدعاوى لا بد من سرد مجموعة من الأحكام التي جاءت في قانون التجارة العراقي المرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ وهي خاصة بخطابات الضمان المصرفية وهي كالآتي:

أ - **المادة ٢٨١:** "لا يجوز التنازل عن الاعتماد المستندي ولا تجزئته الا إذا كان المصرف الذي فتحه مأذوناً في دفعه كله أو بعضه إلى شخص أو جملة أشخاص غير المستفيد الأول بناء على تعليمات صادرة من هذا المستفيد ولا يتم التنازل إلا إذا وافق عليه المصرف ولمرة واحدة ما لم يتفق على غير ذلك".

ب - **المادة ٢٨٧:** "خطاب الضمان تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه (الامر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من اجله".

ج - **المادة ٢٨٨:** "أولاً: للمصرف أن يطلب تقديم كفالة شخصية أو عينية لتغطية خطاب الضمان، ثانياً: يجوز أن تكون الكفالة تنازلاً من الامر عن حقه تجاه المستفيد".

د - **المادة ٢٨٩:** "لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الناشئ عن خطاب الضمان إلى الغير إلا بموافقة المصرف".

هـ - **المادة ٢٩٠:** "لا يجوز للمصرف أن يرفض الأداء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالامر أو المستفيد أو إلى علاقة الامر بالمستفيد".

و - **المادة ٢٩١:** "أولاً: تبرأ ذمة المصرف تجاه المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع إلا إذا اتفق صراحة قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها، ثانياً: إذا كان للمصرف أكثر من فرع فيجب توجيه المطالبة إلى الفرع الذي أصدره".

ز - **المادة ٢٩٢:** "إذا أوفى المصرف للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان حل محله في الرجوع على الامر بمقدار المبلغ الذي أوفاه".

ح - **المادة ٢٩٣:** "لا يجوز للمستفيد المطالبة بقيمة خطاب الضمان عن غرض اخر غير الغرض المحدد له فيه"^(٢).

(١) قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته.

(٢) قانون التجارة العراقي المرقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

المطلب الأول

الدعوى التي يقيمها المستفيد على المصرف

عرفت المادة (٢٨٧) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ خطاب الضمان: "بأنه تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه (الأمْر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب. ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله". حيث أن خطاب الضمان هو تعهد يصدر من جانب المصرف خدمة لعميله (الأمْر) بأن يدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين دون قيد أو شرط إلى شخص آخر يسمى (المستفيد) عند حصول إخلال بالالتزام من جانب الأمْر فهو بمثابة تأمين يحصل عليه المستفيد لضمان حقه عند حصول إخلال من جانب الأمْر بالتزاماته التعاقدية مع المستفيد. وفي حالة حصول إخلال من جانب الأمْر بالتزاماته يحق للمستفيد مراجعة المصرف والحجز على مبلغ الخطاب وفي حالة امتناع المصرف على اداء المبلغ للمستفيد يحق للأخير إقامة دعوى على المصرف للمطالبة بمبلغ الضمان^(١). وإذا قام المصرف بدفع مبلغ الضمان دون قيد أو شرط إلى المستفيد في هذه الحالة لا جدوى من قيام المستفيد من اقامة دعوى على المصرف للمطالبة بقيمة خطاب الضمان، وان على المصرف اداء قيمة خطاب الضمان دون قيد أو شرط وليس عليه الرجوع على الأمْر واخذ موافقته، لأن المصرف ومنذ البداية كان قد تعهد بإداء قيمة خطاب الضمان دون قيد أو شرط ولا يجوز للمصرف ان يرفض الاداء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالأمْر أو المستفيد أو إلى علاقة الأمْر بالمستفيد^(٢). وهو ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ١٥٢٩ / الهيئة الاستئنافية / منقول ٢٠١٦ / في ٢٠١٦/٧/١٦ والذي جاء فيه: "الحكم الصادر بالزام المستأنف المدير المفوض للمصرف المدعى عليه / اضافة لوظيفته بتأديته للمستأنف عليه المدير المفوض للشركة المدعية / اضافة لوظيفته مبلغ خطاب الضمان موضوع الدعوى صحيح وموافق للقانون لان المستأنف اصدر خطاب الضمان بناء على أمر شركة الامارة المتحدة للتجارة والمقاولات العامة لمصلحة الشركة المدعية عن حسن تنفيذ تجهيز معدات كهربائية، وان المطالبة كانت خلال فترة نفاذ خطاب الضمان وبذلك لا يجوز للمستأنف الامتناع عن دفع قيمة خطاب الضمان بحجة عدم اخلال الشركة الأمرة بالتزاماتها التعاقدية وانها بإمكانه الرجوع إلى الأمْر بالمبلغ الذي يسدده استنادا لأحكام المادة ٢٩٢ من قانون التجارة رقم ٣٠ سنة ١٩٨٤ لذا قرر تصديق الحكم المميز"^(٣).

(١) القاضي حيدر عودة كاظم، الاجراءات العملية في الدعوى المدنية (دراسة معززة بالتطبيقات القضائية)، ج٢، بغداد، ٢٠١٩، ص ١٥٥.

(٢) المادة ٢٩٠ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ سنة ١٩٨٤.

(٣) القاضي سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني ٢٠١٥ - ٢٠١٧.

وعلى المستفيد ان يوجه طلبه بمصادرة قيمة خطاب الضمان إلى الفرع الذي أصدر خطاب الضمان، ولا يجوز له أن يوجه طلبه إلى الفرع الرئيسي أو فرع آخر إذا كان للمصرف أكثر من فرع وهو ما ذكرته المادة (٢٩١) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ الفقرة الثانية: "إذا كان للمصرف أكثر من فرع فيجب توجيه المطالبة إلى الفرع الذي أصدره". وهو ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ١١١٩ / الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠٢٠ في ٢٠/٥/٢٠ والذي جاء فيها: "ان طلب مصادرة خطاب الضمان يجب أن تكون موجه لفرع المصرف الذي أصدره طبقاً لأحكام المادة ٢٩١ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ سنة ١٩٨٤ ولما كانت مطالبة المدعي موجه للفرع الرئيسي لذا تكون الدعوى واجبة الرد من هذا الجانب"^(١). ولا يجوز للمستفيد المطالبة بمبلغ يزيد عن قيمة خطاب الضمان أو المطالبة بقيمة خطاب الضمان عن غرض آخر غير الغرض المحدد في الخطاب، وهو ما جاءت به المادة ٢٩٣ من قانون التجارة العراقي المرقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤: "ولا يجوز للمستفيد المطالبة بقيمة خطاب الضمان عن غرض آخر غير الغرض المحدد له فيه". وهو ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية بقرارها ٣٦٨٤/هـ. أ.م في ٢٢/٩/٢٠٢٤ والذي جاء فيه: "لدى التدقيق والمداولة وجدان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية ولاشتماله على اسبابه قرر قبوله شكلاً وعند عطف النظر على الحكم المميز تبين انه صحيح وموافق لأحكام القانون، ذلك أن المميز اصدر خطاب الضمان موضوع الدعوى لصالح المميز عليه بناء على أمر مكتب البركة الهندسي تأمينا لعقد التجهيز المبرم بين المميز عليه والمكتب المذكور، وان المميز عليه طلب من المميز مصادرة مبلغ خطاب الضمان للغرض الذي صدر من اجله وخلال مدة نفاذه، وان المميز ملزم بذلك ولا يجوز له الامتناع عن أداء مبلغ خطاب الضمان للمميز عليه المستفيد منه لسبب يرجع لعلاقة المصرف بالأمر أو المستفيد أو لعلاقة الأمر بالمستفيد، مما تكون معه لدعوى المميز عليه والحالة هذه سندها من حكم القانون وحرية بالإجابة للمواد ٢٨٧ - ٢٩٠ - ٢٩٣ تجارة المرقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ وهذا ما قضى به الحكم المميز لذا قرر تصديقه ورد اللائحة التمييزية واسبابها وتحميل المميز رسم التمييز. وصدر القرار بالاتفاق استناداً لأحكام المادتين (٢٠٢١ و ٢٠١٨) مرافعات مدنية وافهم في ٢٢/٩/٢٠٢٤. ويجب ان يصل طلب التمديد لفترة خطاب الضمان إلى المصرف من قبل المستفيد، والأمر خلال فترة نفاذ خطاب الضمان وتبرأ ذمة المصرف ويتحمل المصرف من التزامه بدفع قيمة خطاب الضمان إذا لم يصله طلب التمديد خلال مدة سريان خطاب الضمان. وللمستفيد أيضاً مطالبة المصرف بقيمة خطاب الضمان أيضاً اثناء فترة التمديد. حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة ٢٩١ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤: "تبرأ ذمة المصرف تجاه المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع إلا إذا اتفق صراحة قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها"^(٢).

(١) القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، الجزء الخامس، بغداد، ٢٠١٥، ص ٤٨٦.

(٢) المادة ٢٩١ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

إذا لا يوجد في قانون التجارة العراقي المرقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ احكام تبيح للمصرف تمديد مدة نفاذ خطاب الضمان عند انتهاء مدته، حيث يجب ان يرد إلى المصرف طلب التمديد لمدة اضافية بطلب رسمي من المستفيد خلال فترة نفاذ خطاب الضمان. وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ٩/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠٢١ في ١١/١١/٢٠٢١)، والذي جاء فيها: " ان احكام خطاب الضمان الواردة في قانون التجارة لا تلزم المصرف بتمديد خطاب الضمان عند انتهاء مدته، وانما يلزم المصرف بالتمديد اذا ورد طلب المستفيد بالتمديد اثناء نفاذ مدته وليس بعد انتهاء مدة نفاذه"^(١)، وفي فترة تمديد خطاب الضمان يجوز للمستفيد مطالبة المصرف بقيمة خطاب الضمان ما دام تلك الفترة لم تنتهي، اي فترة التمديد وللصرف أن يقوم بدفع قيمة الضمان للمستفيد دون قيد أو شرط، ولا يجوز للمصرف ان يرفض الاداء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالأمر او المستفيد أو إلى علاقة الأمر بالمستفيد^(٢).

وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ٣٩٨٥ / هـ - أ. م في ١٤/١٠/٢٠٢٤ والذي جاء فيها: " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية ومشمول على اسبابه قرر قبوله شكلا ولدى امعان النظر في الحكم تبين انه صحيح لموافقة احكام القانون، لأن الثابت من مستندات الدعوى أن الخطاب موضوع الدعوى كان لمصلحة المستفيد المميز عليه/ اضافة لوظيفته والذي أصدره المميز / اضافة لوظيفته بناء على طلب الامر شركة الحبة للمقاولات وبالمبلغ المدعى به وتم تمديده لغاية ٢٠/١/٢٠٢٤ وبموجب الكتاب المرقم ٢٣/١٠٩ في ٢٣/١/٨ في ٢٠٢٣ حيث ان المطالب بمصادرته تمت في فترة نفاذية الخطاب وبموجب كتاب المميز عليه بالعدد ش.م/١٦٢٢٣ في ٢٠٢٣/٧/٤ فبالنالي يلزم المميز بتأديته ولا يجوز له ان يرفض الاداء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالأمر أو المستفيد أو إلى علاقة المستفيد بالأمر عملا بأحكام المادة ٢٩٠ قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ لذا قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ١٤/١٠/٢٠٢٤. وكما يجوز للمستفيد المطالبة بكامل قيمة خطاب الضمان المصرفي من المصرف ويجوز له المطالبة بجزء من مبلغ خطاب الضمان. كما جاء في قرار محكمة بداءة الكراة المرقم ٦٦٥/ب/٢٠١٤ في ٢٠١٤/٣/٣١ بأنه: "تجد المحكمة من خلال تحقيقاتها أن المدعي طلب مصادرة جزء من خطاب الضمان ضمن فترة نفاذه ويكون واقع ضمن المدة المشار إليها في المادة ٢٨٧ تجارة كما وجدت المحكمة ان المدعي طلب جزء من خطاب الضمان وليس جميع المبلغ وبما ان خطاب الضمان هو كفالة صادرة من مصرف المدعي عليه لكفالة شخص اخر لصالح المدعي وبما أن الكفالة التي يتضمنها الخطاب هي لضمان التعويض عما يصيب المدعي من ضرر من جراء اخلال المكفول بالتزامه تجاه المكفول له. وبما ان المدعي قدر مقدار التعويض بجزء من المبلغ وبأقل مما تعهد به المصرف فان طلبه

(١) القاضي حيدر عودة كاظم، المختار من قرار محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، الجزء الخامس، ٢٠٢١.

(٢) المادة ٢٩٠ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

جائز وعلى وفق القانون. لأن الأصل في التعويض أن يكون بمقدار الضرر وان خطاب الضمان والمبلغ الوارد فيه هو بمثابة التعويض الانتقالي بين المدعية والشركة المكفولة. ولأقرار المدعي بان مبلغ التعويض من الضرر الذي يطلب تعويضه هو جزء من مبلغ خطاب الضمان، فأن المدعي عليه ملزم بالوفاء بمقدار ذلك المبلغ دون قيد أو شرط. ولتوفر الدعوى على اسبابها واسانيدھا القانونية لذا قرر الحكم بإلزام المدعي عليه المدير المفوض للمصرف اضافة لوظيفته تأديته للمدعي المبلغ الذي طالب به^(١)، وللمستفيد مطالبة المصرف بالوفاء حتى ولو وقع المصرف تحت الوصاية كما جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٥٠٣٣ / هـ - أ - م في ٢٠٢٥/١٢/٣، والذي جاء فيه: "لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية ولمصادفة اليوم الاخير عطلة يوم السبت و مشتمل على اسبابه قرر قبوله شكلاً ولدى امعان النظر في الحكم المميز تبين انه صحيح لموافقة احكام القانون لأن الثابت من مستندات الدعوى ان المطالبة بمصادرة خطاب الضمان موضوع الدعوى تمت خلال مدة نفاذه وبالتالي لا يجوز للمصرف ان يرفض الأداء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالأمر أو المستفيد أو علاقة الأمر بالمستفيد (المادة ٢٩٠ من قانون رقم ٣٠ سنة ١٩٨٤) لا سيما وان خطاب الضمان تم اصداره قبل وضع المصرف تحت الوصاية وبالتالي فأن وضع المصرف تحت الوصاية والتصفية الجبرية لا يمنع من اقامة الدعوى لتثبيت الحق المدعي به وهذا ما قضى به الحكم المميز لذا قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠٢٥/١٢/٣"، ويحق للمصرف ان يرفض الاداء اذا وقعت المطالبة بقيمة خطاب الضمان خارج مدة نفاذ الخطاب أو لغير الغرض الذي حدد خطاب الضمان من اجله وهذا ما جاءت به المادة ٢٩١ فقرة اولا من قانون التجارة العراقي المرقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ "تبرأ ذمة المصرف تجاه المستفيد اذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع الا اذا اتفق صراحة قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها". والمادة ٢٩٣: "لا يجوز للمستفيد المطالبة ببقية خطاب الضمان عن غرض اخر غير الغرض المحدد له فيه". وهو ما جاء فيه حكم محكمة بداءة الكراة بالعدد ١٣٤٩/ب/٢٠١٤ في ٢٠١٤/٦/٣ والذي جاء فيه: "...اطلعت المحكمة على خطاب الضمان بالعدد...والنافذ لغاية ٢٠١١/٩/٢٤ ولوحظ ان المطالبة بحسب هذا الخطاب كانت بموجب دائرة المدعي بالعدد...في ٢٠١١/١٢/٢٨ وان هذه المطالبة خارج فترة نفاذ خطاب الضمان لأنه نافذ لغاية ٢٠١١/٩/٢٤ الا ان وكيل المدعية دفع بان دائرة موكلته طلبت تمديد ذلك الخطاب بموجب كتب رسمية اطلعت عليها المحكمة. الا انها لم تجد ما يشير إلى قبول المصرف بذلك ولم تجد ما يشير إلى حصول الاتفاق على تمديد الخطاب اعلاه وتكون المطالبة بذلك الخطاب خارج مدة نفاذه وفق المادة ٢٨٧ تجارة...وبذلك كان المدعي يستحق قيمة خطاب الضمان بالعدد... فقط لأن المطالبة كانت ضمن مدة نفاذه أما عن الخطاب الاخر بالعدد...فأن الدعوى واجبة الرد لأن المطالبة كانت خارج المدة القانونية"^(٢).

(١) القاضي ربيع محمد الزهاوي، التسبيب والاجتهاد في قرارات السادة قضاة محاكم البداءة، الجزء الثالث، العراق، ٢٠١٥، ص ٧١٥-٧١٦.

(٢) القاضي ربيع محمد الزهاوي، المصدر السابق، ص ٧١٦.

حيث ان الغرض من خطابات الضمان المصرفية هو تأمين لحسن تنفيذ العقد المبرم ما بين المتداعين كل من الأمر والمستفيد، فليس للمستفيد مطالبة المصرف بقيمة خطاب الضمان حتى لو توفرت شروطه اذا لم يتم تنفيذ العقد الأصلي الذي نظم خطاب الضمان لأجله، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ١٦٢٦ / استئنافية منقول / ٢٠١٢ في ٢٠١٢/٧/٣١ والذي جاء فيها: "اذا كان الغرض من خطاب الضمان هو حسن تنفيذ العقد وان العقد لم يعقد اصلا لذا تكون دعوى المدعي بمصادرة قيمة خطاب الضمان وايداعه في حسابه دون سند من القانون"^(١)، وفي حالة رفض المصرف ايداع قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد، يحق للمستفيد المطالبة بالإضافة إلى قيمة خطاب الضمان المطالبة بالفائدة القانونية ومن تاريخ المطالبة القضائية، وهو ما جاء به حكم محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ٢٨٤٨/٢٧٧٩/استئنافية منقول / ٢٠١٣ في ٢٠١٣/١٢/٩ والذي جاء فيها: "...الحكم صحيح وموافق للقانون لثبوت قيام المدعي...بمطالبة المدعى عليه المدير المفوض...اضافة لوظيفته بمصادرة الخطاب المرقم...خلال فترة نفاذه فيكون المدعى عليه في هذه الحالة ملزم بتسديد قيمته مع الفائدة القانونية البالغة (٥٪) من تاريخ المطالبة القضائية..."، وان اقامة الشخص الدعوى تجاه المستفيد لا يحول دون قيام الاخير بالمطالبة بقيمة خطابات الضمان، وهذا ما جاء به قرار محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ١١٨٠/الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠١٣ في ٢٠١٣/٥/١٥ والذي جاء فيه: "لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بأنه صحيح موافق للقانون وذلك لثبوت مطالبة المدعي بقيمة خطابات الضمان ضمن فترة التمديد وحيث أن خطاب الضمان كما عرفته المادة ٢٨٧ من قانون التجارة بأنه تعهد يصدر من المصرف بناء على طلب الأمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين للمستفيد دون قيد أو شرط ولا يجوز للمصرف ان يرفض الاداء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالأمر أو المستفيد أو إلى علاقة الأمر بالمستفيد وان اقامة الشخص الثالث الدعوى المرقمة ٦٦٤/ب/ ٢٠١٢ تجاه المدعية لا يحول دون قيام الاخير بالمطالبة بقيمة خطابات الضمان، لذا فان الحكم المميز والحالة هذه يكون متفقا واحكام القانون قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١٣/٥/١٥"^(٢).

كما لا يحق للمستفيد المطالبة بقيمة خطاب الضمان النهائي اذا قام بإنهاء العقد الأصلي ما بينه وبين الأمر من جانبه وهذا ما تأييد بقرار محكمة التمييز الاتحادية الرقم ٨٥٩٧ / استئنافية منقول / ٢٠١٦ في ٢٠١٦/٦/٢٠ والذي جاء فيه: "اذا تأييد من التحقيقات الجارية بأنه سبق وان صدر حكم قضائي مكتسب درجة الثبات بإنهاء عقد المقاول المبرم بين المدعي في هذه الدعوى والأمر في اصدار خطاب الضمان موضوع هذه الدعوى، وكان ذلك بسبب قيام المدعي في هذه الدعوى بإنهاء العقد من جانبه فأن مطالبة المدعي للمصرف المدعى عليه بمصادرة مبلغ خطاب الضمان لا سند لها من القانون ويكون الحكم الصادر برد الدعوى للسبب المذكور صحيح

(١) القاضي حيدر عودة كاظم، الاجراءات العملية في الدعوى المدنية...، ج ١، ص ١٥٣.

(٢) القاضي لفته هامل العجيلي، الجزء السابع، المصدر السابق، ص ٤٠.

وموافق للقانون فقرر تصديقه^(١)، وعلى المستفيد سحب قيمة خطاب الضمان بقدر الاعمال التي لم يقوم الامر بإنجازها فاذا ثبت للمحكمة بأن المستفيد قد قام بسحب قيمة خطاب الضمان اكثر من المبلغ الذي يستحقه فتحكم المحكمة بإلزامه برد الزيادة إلى الأمر وهذا ما نص عليه قرار محكمة تمييز اقليم كردستان المرقم ٣٨٤/الهيئة المدنية الاستئنافية /٢٠١٢ في ١١/٥/٢٠١٢، والذي جاء فيه: "على المحكمة الاستعانة بخبراء للتحقق من الاعمال التي انجزها المدعي (الأمر) والاعمال التي لم ينجزها والسلف الممنوحة فاذا ثبت ان المستفيد سحب من خطاب الضمان مبالغ اكثر من ما يستحقه فتحكم بالزام المدعي عليه برد الزيارة إلى المدعي"^(٢)، ولا يلزم أن يصدر من المستفيد قبول لخطاب الضمان، ويكفي ان يتلقى المستفيد الخطاب ولا يعترض عليه فيثبت حقه فيه، اما اذا اعترض المستفيد على خطاب الضمان ورده للمصرف سقط حقه فيه ويجوز له حينئذ مطالبة العميل بأداء التأمين نقداً. اما شروط الوفاء بمبلغ خطاب الضمان للمستفيد من قبل المصرف فهي كالآتي:

- أ- المطالبة من المستفيد حسب نص المادة ٢٨٧ إذا طلبه المستفيد من المصرف.
- ب- ان تتم المطالبة بقيمة خطاب الضمان من المصرف الذي أصدر خطاب الضمان استناداً لأحكام المادة ٢٩١ من قانون التجارة.
- ج- ان يتضمن خطاب الضمان الغرض الذي صدر من اجله استناداً لأحكام المادة ٢٨٧ من قانون التجارة.
- د- وصول المطالبة خلال مدة سريان خطاب الضمان استناداً لأحكام المادة ٢٩٢ / أولاً من القانون ذاته^(٣).

المطلب الثاني

الدعوى التي يقيمها المصرف على العميل الأمر والكفيل

نصت المادة (٢٩٢) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ سنة ١٩٨٤ بانه: "إذا اوفى المصرف للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان حل محله في الرجوع على الامر بمقدار المبلغ الذي اوفاه"، بموجب هذه المادة يحق للمصرف الرجوع على العميل الأمر وكفيله للمطالبة بالمبلغ الذي اداه بموجب دعوى تسمى (دعوى الرجوع) وهو ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ٢٥٥٩ / استئنافية منقول / ٢٠١٣ في ١٠/١١/٢٠١٣ الذي جاء فيه: "اذا كان المصرف قد سدد قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد فله الرجوع على المدعي عليه العميل الأمر بقيمة الخطاب وفقاً لأحكام المادة ٢٩٢ من قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة

(١) القاضي سعد جريان التميمي، المصدر السابق، ص ١٢٨.

(٢) القاضي محمد مصطفى محمود، المختار من قضاء محكمة استئناف أربيل الاتحادية بصفتها التمييزية:

القسم المدني، أربيل، ٢٠١٧، ص-٢.

(٣) القاضي حيدر عودة كاظم، الاجراءات العملية في الدعوى...، ص ١٤٤.

١٩٨٤" (١)، وكما يحق للمصرف الرجوع إلى العميل الأمر لاستيفاء ما دفعه من قيمة خطاب الضمان يحق له الرجوع إلى كفيل العميل الأمر أيضاً ويحق له أيضاً الرجوع إلى العميل الأمر وكفيله معا حيث أن الكفالة وبموجب المادة ١٠٠٨ من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته هو: "ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام" (٢)، حيث إذا أوفى الأمر بقيمة خطاب الضمان للمصرف سقط الالتزام عنه وعن الكفيل وإذا أوفى الكفيل قيمة خطاب الضمان سقط الالتزام عنه وعن العميل الأمر ويحق للكفيل مراجعة العميل الأمر بما أوفى به من قيمة خطاب الضمان حيث نصت المادة ٢٨٨ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على انه:

١- للمصرف ان يطلب تقديم كفالة شخصية او عينية لتغطية خطاب الضمان.

٢- يجوز ان تكون الكفالة تنازلاً من الأمر عن حقه تجاه المستفيد.

لأنه اذا كان قيمة خطاب الضمان المودعة لدى المصرف من قبل الأمر أقل من قيمة خطاب الضمان الذي تعاقد عيله العميل الأمر مع المستفيد يجوز للمصرف ان يطلب من العميل الأمر تقديم كفالة شخصية أو رهن عقار أو مال آخر ويجوز ان يكون الضمان تنازلاً من العميل الأمر عن حقه لصالح المستفيد، أي ان الشخص الذي يطلب خطاب الضمان ممكن ان يتنازل عن حق معين ينهي حق المستفيد، وهذا ما جاء به قرار محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ١١٢٢ / استئنافية منقول/ ٢٠١٢ في ٢٠١٢/٧/٩ الذي جاء فيه: " يحق للمصرف الرجوع على الأمر وكفيله بمبلغ خطاب الضمان الذي سددته للمستفيد بموجب قرار حكم قضائي استناداً لاحكام المادة ٢٩٢ من قانون التجارة العراقي المرقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤". وكذلك ما جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية بقرارها الرقم ٧٠٣ / استئنافية منقول / ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٧/٢٨: " أن الأمر في خطاب الضمان موضوع الدعوى هو وشريكه... واما المدعي فيدعي انه كفيل وقد تأييد ذلك بكتاب مصرف... المرقم... من ان خطاب الضمان قد صدر بناء على طلب الشركة المذكورة وكفالة المدعي (ف ن) فتلك الكفالة أن صحت قيمتها تحكمها العلاقة بين المصرف و الأمر حيث انه بمقتضى المادة ٢٨٨ / أولاً من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ للمصرف أن يطلب من الأمر كفالة شخصية أو عينية لتغطية خطابات الضمان وإذا اعتبرت الكفالة تنازلاً من الأمر عن حقه تجاه المستفيد فانه ليس للكفيل حقوق أكثر مما للأمر فانه يتعين أولاً على الأمر اثبات حقه في مبلغ خطاب الضمان ومن ثم بإمكان الكفيل الرجوع على مكفوله..." (٣).

وان المصرف يحق له مطالبة الأمر بما اوفاه للمستفيد من قيمة خطاب الضمان وكذلك يحق له مطالبة الأمر بالعمولة المتفق عليها اثناء فترة سريان خطاب الضمان وكذلك اثناء فترة تمديده. وهذا ما جاء به قرار محكمة التمييز الاتحادية بقرارها الرقم ٢٦٦١ / هيئة موسعة مدينة في ٢٠٢٣/٨/١٦ والذي جاء فيه: " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية لاشتماله على اسبابه قرر قبوله شكلاً وعند عطف النظر عن الحكم المميز تبين انه صحيح وموافق لأحكام القانون ذلك أن المصرف /المدعي / المميز عليه سدد للجهة

(١) المصدر نفسه، ص ١٥٥.

(٢) القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته.

(٣) القاضي عدنان مايح بدر، دعاوي البداة واحكامها في القانون العراقي، بغداد، ٢٠١٩، ص ٣٠٩.

المستفيدة/محافظة المثني مبلغ خطاب الضمان موضوع الدعوى نتيجة اخلال المتعاقد معها بالعقد الذي صدر خطاب الضمان تأميناً له على النحو الثابت بالإضبارة من مستندات وبالتالي يصبح من حقه الرجوع على المدعى عليه/المميز الامر بإصداره بما اوفاه عن مبلغ الخطاب المذكورة في المادة (٢٩٢) تجارة. كما أن المصرف يستحق عمولات تمديده وعن المدة التي تم تمديد خطاب الضمان خلالها والتي احتسبها الخبير القضائي في تقريره المربوط بالدعوى والذي جاء معللاً ومسبباً ويصلح سبباً للحكم المادة ١٤٠ / اولا اثبات لذلك تكون دعوى المدعي بمبلغ خطاب الضمان وعمولات تمديده لها سندها من حكم القانون وحرية بالإجابة، وهو ما قضى به الحكم المميز لذا قرر تصديقه ورد اللائحة التمييزية واسبابها وتحميل المميز رسم التمييز. وصدر القرار بالاتفاق استناداً لأحكام المادتين ٢/٢١٠ و ٢١٨ من قانون المرافعات المدينة وافهم علنا في ٢٠٢٣/٨/٦، حيث يحل المصرف محل المستفيد في مطالبة العميل الأمر وكفيله بقيمة خطاب الضمان وللمصرف الحق في الرجوع على الأمر وكفيله بها اداه وهو ما اتجهت اليه قرارات محكمة التمييزية الاتحادية المرقمات/١٥٢٩ الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٦/١٢، والذي جاء فيه بأنه: "للمدعي المدير المفوض للمصرف الذي أصدر خطاب الضمان اضافة لوظيفته حق الرجوع على الجهة الامرة بإصدار خطاب الضمان المذكور المدعى عليه الأول اضافة لوظيفته وكفيله المدعى عليه الثاني بالمبالغ التي دفعها للجهة المستفيدة بعد ان ثبت قيام الجهة المستفيدة وهي المديرية العامة لإنتاج الطاقة الكهربائية للمنطقة الوسطى بمصادرة جزء من خطاب الضمان موضوع الدعوى وقيام المصرف المدعي بتسديد المبلغ المطالب به إلى الجهة المستفيدة فيكون حقه الرجوع على الجهة الامرة المدعى عليه الأول وكفيله المدعى عليه الثاني بما دفعه للجهة المستفيدة وهذا ما قضى به الحكم المميز فقرّر تصديقه....". وكذلك القرار التمييزي الاتحادي الرقم ١٧٦٥ / استئنافية منقول ٢٠١٦ في ٢٠١٦/٧/١٧ والذي جاء فيه: "... اذا تأييد من التحقيقات الجارية أن المصرف المدعي قام بتسديد مبلغ خطاب الضمان موضوع الدعوى إلى الجهة المستفيدة بناء على طلبها فيكون المدعي بذلك قد أوفى للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان فحل محله في الرجوع على الأمر بمقدار المبلغ الذي اوفاه ويكون الحكم الصادر بالزام المدعى عليه المدير المفوض للشركة الامرة بإصدار خطاب الضمان - اضافة لوظيفته بتأديته للمدعي مبلغ خطاب الضمان كمستفيد صحيح وموافق للقانون للسبب المذكور فقرّر تصديقه..."^(١).

فضلاً عن الدعوى التي يقيمها المستفيد على المصرف والدعوى التي يقيمها المصرف على العميل الأمر وكفيله هناك دعاوى اخرى ومنها ما يقوم المصرف بإقامتها على المستفيد ومنعه من المطالبة بقيمة خطاب الضمان كما جاء في القرار التمييزي المرقم ١٣٣٣ / الهيئة الاستئنافية / ٢٠١٦ في ٢٠١٦/٨/٢٨ والذي جاء فيه إن: "الحكم الصادر ببرد دعوى المدعي المدير المفوض بمصرف بابل/اضافة لوظيفته بطلب الزام المدعى عليه المدير العام لشركة الاخاء العامة اضافة لوظيفته بمنع مطالبته له بمبلغ خطاب الضمان موضوع الدعوى على اساس ان المدعى عليه طالبه بمبلغ خطاب الضمان بادعاء سحب العمل من شركة ديما

(١) القاضي سعد جريان التمييزي، المصدر السابق، ص ١٤٨- ١٤٩.

الاماراتية في حين أن الامر في خطاب الضمان هو شركة الجبل الشاهق فان الحكم المذكور صحيح وموافق للقانون لان هذا الادعاء ان صح يصلح ان يكون دفعا عند قيام المدعى عليه المذكور اعلاه بالمطالبة قضائياً بمبلغ خطاب الضمان...^(١)، ومنها ما يقوم المستفيد بإقامتها على الأمر ويطلب منه منع معارضته بالمطالبة بقيمة خطاب الضمان من المصرف، وهذا ما اتجه اليه قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٤٦٧ / الهيئة الاستئنافية / ٢٠١٦ في ٢٠١٦/٨/٣١ والذي جاء فيها: "دعوى المدعي المدير المفوض للشركة المدعية /اضافة لوظيفته يطلب الزام المدعى عليه وزير الشباب والرياضة/اضافة لوظيفته بمنع معارضته في سحب مبلغ خطاب الضمان المقدم من قبله عن العقد المبرم بين الطرفين لها سند من القانون بعد ان تأييد بان المدعي سبق وان استحصل على قرار حكم قضائي مكتسب درجة البتات بفسخ العقد موضوع خطاب الضمان المبرم بينه وبين المدعى عليه حيث لم يثبت اخلال من جانبه يستوجب مصادرة خطاب الضمان وان موضوع تسليم سلفة تشغيلية دون القيام بعمل معين نتيجة عدم مباشرته بالعمل يمثل موضوع دعوى أخرى"^(٢).

وهناك دعاوى يقوم الامر بإقامتها على المستفيد لمنعه من المطالبة بقيمة خطاب الضمان كما جاء في القرار التمييزي المرقم ١٠٨١ / الهيئة الاستئنافية / ٢٠١٥ في ٢٠١٥/٨/١٩ والذي جاء فيه ان: "الحكم الصادر برد دعوى المدعي المدير المفوض لشركة خلال الرواسي للتجارة والمقاولات العامة والاستثمار العقاري/اضافة لوظيفته والمقامة على رئيس ديوان الوقف السني /اضافة لوظيفته بطلب منع الاخير له بمبلغ خطاب الضمان جاء صحيحا وموافقا للقانون بعد ان تبين عدم انجاز اعمال المقاوله وتسليمها تسليما اوليا و نهائياً ولا يوجد سبب آخر لإيقاف صرف خطاب الضمان إلى المدعى عليه..."، وكذلك هناك دعوى أخرى يقوم الامر بإقامتها على المصرف لمنعه من صرف قيمة خطاب الضمان للمستفيد وهذا ما اتجه اليه القرار التمييزي الاتحادي المرقم ٥٣٥ / هيئة استئنافية منقول / ٢٠٢٤ في ٢٠٢٤/٢/٨، والذي جاء فيه: "...لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية مشتملا على اسبابه قرر قبوله شكلا وعند امعان النظر في الحكم المميز تبين انه غير صحيح لمخالفته أحكام القانون وذلك لأن الثابت من وقائع الدعوى ومستنداتها ان المميز عليه سبق له واصر خطابي الضمان بناء على طلب الامر المميز /اضافة لوظيفته لصالح الجهة المستفيدة وزارة التربية المديرية العامة للأبنية المدرسية ولقيام الجهة الأخيرة بمصادرة مبلغ خطاب الضمان وتسديدها من المميز عليه اضافة لوظيفته وتسليمها على وفق ما جاء بكتاب دائرة الشخص الثالث وزارة التربية بالعدد ٣٢١٩ في ٢٠٢٣/١٢/٦ فقد تحققت حالة الرجوع المنصوص عليها في المادة ٢٩٢ من قانون التجارة النافذ وبأحقية مبلغ خطابي الضمان ورسوم التمديد إلا أن المحكمة قضت بتأييد الحكم برمته دون ان يلاحظ ان مبلغ المتعهدات يعد بمثابة التعويض وبالتالي يتعين عدم

(١) المصدر نفسه، ص ١٥٠-١٥١.

(٢) القرار المرقم ١٤٦٤ / الهيئة الاستئنافية ٢٠١٦ في ٢٠١٦/٨/٣١. منشور على الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الأعلى العراقي:

الحكم بالفائدة القانونية المشار إليها في الحكم البدائي لذا قرر نقضه من هذه الجهة وإعادة الدعوى إلى محكمتها لإتباع ما تقدم على أن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠٢٤/٢/٨^(١).

(١) القرار المرقم ٥٣٥ / الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠١٤ في ٢٠٢٤ / ٢ / ٨. منشور على الموقع الإلكتروني لمجلس القضاء الأعلى العراقي:

- <https://www.sjc.iq/qview>

المبحث الرابع

اجراءات دعوى خطاب الضمان المصرفي واصدار الحكم فيها

في هذا المبحث سوف نتطرق إلى اجراءات دعوى خطاب الضمان المصرفي في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني سوف نتطرق إلى الإجراءات الخاصة بإصدار الحكم في دعوى خطاب الضمان وطرق الطعن فيها.

المطلب الأول

اجراءات دعوى خطاب الضمان المصرفي

أ-التحقق من التبليغات القضائية وصفات الخصوم: ويحضر الخصوم بأنفسهم أو من يوكلونهم من المحامين، ونظمت المواد من ١٣ إلى ٢٨ القواعد الخاصة بالتبليغات في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته وبينت الجهة التي تقوم بالتبليغ والوسائل التي يتم التبليغ بواسطتها وكيفية حصول التبليغ، وكما يمكن اجراء التبليغ مباشرة من قبل المحاكم. يجوز اجراء التبليغات من قبل الشرطة أو من يعينهم وزير العدل وهناك دائرة خاصة بالمبلغين تابعة لوزارة العدل يتم التبليغ من قبلهم وهذا هو الاصل. ويجوز اجراء التبليغ برسالة بالبريد المسجل او ببرقية مرجعة في الأمور المستعجلة وبقرار من القاضي او من قبل رجال الشرطة في حالة عدم وجود مكاتب للبريد، وإذا تحقق للمحكمة بأن ليس للمطلوب تبليغه مقام او محل عمل فيتم تبليغه عن طريق النشر في صحيفتين محليتين. وإذا اختار المطلوب تبليغه محلا في الوثائق والعقود وتبين انه انتقل إلى جهة اخرى يشرح القائم بالتبليغ ذلك ويتم اعادة تبليغه اما إذا تبين أن المحل المختار بالعقود والوثائق وهمية فيتم تبليغه عن طريق النشر في صحيفتين محليتين. وإذا كان المطلوب تبليغه وكلا فيجوز تبليغه إذا قبل التبليغ غيرانه يلزم بالتبليغ إذا استعمل وكالته بذات الدعوى ولو مرة واحدة. اذا كانت وزارة او دائرة رسمية او شبه رسمية مطلوب تبليغهما ترسل الورقة المراد تبليغها بدفتر اليد او البريد المسجل واذا كانت طالبت التبليغ دائرة رسمية والمطلوب تبليغه اختار محلا للتبليغ وتبين انه غير موجود فيتم اجراء التبليغ عن طريق النشر واذا كان المطلوب تبليغه شركة فتسلم ورقة التبليغ لمدير الشركة أو احد الشركاء و المستخدمين واذا لم يكن للشركة مركز فتسلم للمدير أو إلى احد الشركاء في اي مكان واذا كانت جمعية أو مؤسسة خاصة أو شخصية معنوية فتسلم الورقة في مركز ادارتها للنائب عنها بموجب عقد انشائها او نظامها او من يقوم مقامه أو احد العاملين فيها، واذا كانت شركة اجنبية لها فرع أو وكيل في العراق فتسلم الورقة إلى الفرع او الوكيل او الممثل التجاري. وإذا كان سجيناً أو موقوفاً فيرسل التبليغ بواسطة مدير السجن او الموقوف ويتم تبليغ منتسبو دوائر الدولة بواسطة دوائرهم ويجب ان تكون الفترة ما بين التبليغ وموعد المرافعة ثلاثة ايام وإذا ما صادف يوم المرافعة عطلة رسمية فيكون يوم المرافعة أول يوم عمل يليه. ويجري تبليغ الذين في الخارج

سواء كان عراقياً أو اجنبياً بواسطة البريد المسجل المرجع^(١)، والتحقيق في الجلسة الاولى من صحة التبليغات ومدى موافقتها للقانون من عدمه.

ب- التحقق من الخصومة: يجب ان تقام الدعوى على المدير المفوض اضافة لوظيفته او على المدير العام اضافة لوظيفته وحسب كل دعوى ويجب ان تقام الدعوى على الفرع الذي أصدر خطاب الضمان وليس على الفرع الرئيسي عملاً بأحكام المادة ٢٩١/ ثانياً من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ سنة ١٩٨٤ التي نصت على: "اذا كان للمصرف اكثر من فرع فيجب توجيه المطالبة إلى الفرع الذي أصدره"، ويجب التأكد من توجه الخصومة لكلا المتداعين إذا ان هناك نوعان من الخصومة ومنها الخصومة الناقصة والخصومة المعدومة. حيث يقوم مدير دائرة الزراعة او التربية بإقامة الدعوى دون ان تكون له شخصية قانونية تؤهله للمرافعة فهنا يقتضي اكمالاً للخصومة الناقصة ادخال الوزير المختص الذي تتبعه تلك الدائرة اذ ان هنالك الكثير من المديريات ليس لديها شخصية قانونية مثل المديرية العامة للتسجيل العقاري ومديرية تربية المحافظة ومديرية شرطة المحافظة وبالنسبة للخصومة المعدومة مثل ان تقام الدعوى من قبل شخص او جهة تجاه مصرف لم يقدّم بإصدار خطاب الضمان المصرفي. وهنا لا يمكن ادخال المصرف الذي قام بإصدار خطاب الضمان كشخص ثالث إلى جانبه لإكمال الخصومة وانما ترد الدعوى لكون الخصومة معدومة اصلاً^(٢). وبما ان قانون المرافعات هو الذي ينظم طرق التقاضي يجب ان تكون تلك الاجراءات سلمية غير متعثرة ولا تكفي ان تكون الاحكام عادلة بل يلزم إلى جانب ذلك ان تكون سريعة ناجزة قليلة الكلفة.

ج- التحقق من الوكالات: التأكد من أن المحامي الذي اقام الدعوى باسم موكله ممنوح وكالة سابقة لتاريخ اقامة الدعوى وربط نسخة مصورة منها مع اضبارة الدعوى والتأكد من ان الوكالة قد تضمنت حق توكيل الغير من عدمه وحق الخصومة. وحق تحليف اليمين والاقرار والصلح والتنازل واي حق اخر يستوجب تفويضاً، خاصاً وتأشير عدد الموكلين الذين قاموا بتوكيل المحامي إذا كان في الدعوى أكثر من مدعي او مدعى عليه.

د- الرسوم: يستوفي الرسم على ظهر عريضة الدعوى وبالتسلسل ابتداء من رسم الدعوى البدائية ثم رسم الدعوى الحادثة المنضمة والطعن الاستئنافي والتمييزي، ومعرفة فيما إذا كانت مشمولة بالرسم النسبي ام الرسم المقطوع حيث في بعض الدعاوى يستوفي رسم مقطوع ابتداءً ثم يستوفي بقية الرسم النسبي عند القيام بإجراءات اخرى. حيث في الدعوى التي يقيمها المستفيد على المصرف، والدعوى التي يقيمها المصرف على الامر يجوز اقامة الدعوى بقسم من مبلغ خطاب الضمان فيتم اخذ الرسم حسب المبلغ الابتدائي الذي طالب به المدعي وإذا تم اقامة دعوى حادثة منضمة او مستقلة ببقيّة المبلغ يتم اكمال الرسم عن الجزء الآخر من المبلغ المتبقي والمطالب به لاحقاً، اما في بقية دعاوى خطابات الضمان فيتم اخذ رسم مقطوع ابتداءً^(٣).

(١) القاضي صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية: دراسة مقارنة، بغداد، ٢٠١١، ص ٣٤-٤٨.

(٢) القاضي جاسم داود عبيد، معوقات الدعوى البدائية، منشور على الموقع الالكتروني:

-www.moham.nert/Law .

(٣) القاضي عدنان مايح بدر، المصدر السابق، ص ١٠.

هـ- مفاتحة المصرف الذي تم اصدار خطاب الضمان من جهته لإرسال نسخة مصدقة من خطاب الضمان المصرفي للاطلاع عليها وتثبيت محتوياتها في محضر جلسة المرافعة وربط نسخة منه بإضبارة الدعوى.

و- ربط نسخة مصدقة من العقد المبرم بين المدعي والشركة المتعاقدة للوقوف على حقيقة اخلاص تلك الشركة بالتزاماتها العقدية^(١).

ز- التحقق من ان خطاب الضمان لازال نافذا وساري المفعول والتحقق ايضاً من ان مطالبة المصرف بمصادرة خطاب الضمان كانت ضمن مدة نفاذه وليست خارج المدة إذا لا يحق للمصرف الامتناع عن صرف مبلغ خطاب الضمان لأي سبب إذا كانت المطالبة به ضمن مدة نفاذ ذلك الخطاب عملاً بحكم المادة (٢٩١) من قانون التجارة النافذ والذي نصت على: "اولاً، تبرأ ذمة المصرف تجاه المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع إلا إذا اتفق صراحة قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها".

ح- التحقق من ان المدعي طالب بمبلغ ضمن حدود مبلغ خطاب الضمان فله ان يطالب بذلك المبلغ كله أو بجزء منه وليس له المطالبة بأكثر من ذلك المبلغ الوارد في خطاب الضمان المصرفي.

ط- لا يقبل اي دفع من جانب المدعي عليه (المصرف) لرفض اداء قيمة خطاب الضمان إذا كان السبب يرجع إلى علاقته بالأمر أو علاقة المستفيد بالأمر ولا يقبل ايضاً من الأمر المدعي عليه في دعوى الرجوع اي دفع إذا ما قام المصرف بأداء قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد إذا ما قام بالوفاء في مدة نفاذ الخطاب. اما إذا كان الدفع منتجاً او في الطلب غش أو تعسف فستجري المحكمة تحقيقاتها بشأنه وقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ١٦٢٦ / استئنافية منقول / ٢٠١٢ في ٢٠١٢/٧/٣١ والذي جاء فيه: "...إذا كان الغرض من خطاب الضمان هو حسن تنفيذ العقد وان العقد لم يعقد اصلاً لذا تكون دعوى المدعية بمصادرة مبلغ خطاب الضمان وايداعه في حسابه دون سند من القانون"^(٢).

ي- بعد ان تستكمل المحكمة تحقيقاتها في الدعوى تصدر قرارها المناسب فيها.

المطلب الثاني

الاجراءات الخاصة بإصدار الحكم في دعوى خطاب الضمان المصرفي وطرق الطعن بها

أ- الإجراءات الخاصة بإصدار الحكم في دعوى خطاب الضمان المصرفي: سبق واوضحنا بان دعوى خطاب الضمان المصرفي هي كباقي الدعاوى المدنية من حيث الشكل والمضمون فان اجراءات اصدار القرار فيها ايضاً لا تختلف عن باقي الدعاوى المدنية كما هو منصوص عليه في المواد ١٦١ و ١٦٢ و ١٦٣ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ سنة ١٩٦٩ وتعديلاته حيث أن الدعوى اذا ما تهيأت لا صدار الحكم يقرر القاضي ختام المرافعة ثم تصدر حكمها في ذات

(١) القاضي حيدر عودة كاظم، الاجراءات العملية في الدعوى المدنية...، ج ١، ص ١٤٤.

(٢) المصدر نفسه، ص ١٥٣.

اليوم او تحدد للنطق به موعد اخر لا يتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ ختام المرافقة وبعد ان يتم تلاوة الحكم علناً تحرر مسودته واسبابه ويعتبر الطرفان مبلغين به تلقائياً اذا كانت المرافقة قد جرت حضورياً حضر الطرفان ام لم يحضرا في اليوم المحدد للنطق بالحكم بعد ذلك وخلال خمسة عشر يوماً ينظم اعلام تبين فيه اسم المحكمة التي اصدرت الحكم وتاريخه ورقم الدعوى وتاريخ اصدار الحكم واسم القاضي أو القضاة الذين نطقوا بالحكم واسماء المدعين والمدعى عليهم ووكلاءهم وحالات الحضور والغياب بالنسبة لأطراف الدعوى وموجز ادعاءات ومطالبات ودفعات اطراف الدعوى وتذكر المحكمة الاسباب التي دعت إلى قبول بعض الدفعات ورد غيرها والاسباب التي استندت عليها والمواد القانونية التي استندت عليها ويتم ذكر قررت المحكمة الحكم بالزام المصرف المدعى عليه اضافة لوظيفته بتأدية قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد المدعي اضافة لوظيفية او الحكم بالزام الامر المدعى عليه اضافة لوظيفته بتأدية قيمة خطاب الضمان إلى المصرف المدعي اضافة لوظيفته او الحكم بمنع المصرف او الأمر المدعى عليهم اضافة لوظائفهم من معارضة المدعي المستفيد إضافة لوظيفته من معارضته بالمطالبة بقيمة خطاب الضمان، أو الحكم بمنع الامر المدعى عليه اضافة لوظيفته من معارضة المستفيد المدعي اضافة لوظيفته من المطالبة بقيمة خطاب الضمان، او الحكم بمنع الامر المدعى عليه اضافة لوظيفته المدعي المصرف اضافة لوظيفته من معارضة لصرف قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد. ويوقع ورقة الحكم من قبل القاضي او رئيس الهيئة ويختم بختم المحكمة ويتم التوقيع على كل نسخة من نسخ الحكم بقدر ما تدعو اليه الحاجة ثم تختتم كل نسخة بختم المحكمة وتحفظ بإضبارة الدعوى ويعطى منها نسخ لمن يطالبها من الطرفين بعد دفع الرسم المستحق ولا يجوز اعطاء أية نسخة من الحكم الذي صدر إلا بأمر من القاضي او رئيس الهيئة بناءً على طلب^(١).

ب- الاجراءات الخاصة بالطعن بالحكم الصادر في دعوى خطاب الضمان المصرفي: سبق وان اوضحنا بان خطاب الضمان المصرفي هو تعهد يصدر من المصرف بناءً على طلب أحد المتعاملين معه (الأمر) 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 الضمان الغرض الذي صدر من اجله المادة (٢٨٧) من قانون التجارة النافذ. حيث أن المبلغ الذي يتعهد بموجبه المصرف بدفعه إلى (المستفيد) إذا ما أخل العميل (الأمر) بالتزاماته التعاقدية هو بمثابة تأمين نقدي لصالح (المستفيد) وان هذا التأمين هو الذي يدفع (المستفيد) لأجل التعاقد مع (الأمر) وان هذا المبلغ هو في الغالب أكثر من مبلغ (٧٥٠٠) سبعة آلاف وخمسمائة دينار مع انه يجوز للمصرف ان يتعهد للطرف الآخر (المستفيد) بدفع مبلغ اقل من (٧٥٠٠) سبعة آلاف وخمسمائة دينار. حيث إذا ما تعهد المصرف بدفع مبلغ يزيد من (٧٥٠٠) سبعة آلاف وخمسمائة دينار إلى (المستفيد) فان محكمة الاستئناف بصفتها الاصلية تختص بالنظر في الطعن استئنافاً في الاحكام الصادرة من محكمة البداة بدرجة أولى لأن مبلغ الدعوى يزيد على (٧٥٠٠) سبعة آلاف وخمسمائة دينار

(١) القاضي صادق حيدر، المصدر السابق، ص ٢٣٦ - ٢٣٧.

ويجوز كذلك الطعن فيها تمييزاً امام محكمة التمييز حيث اذا ما كان مبلغ خطاب الضمان يزيد عن مبلغ (٧٥٠٠) سبعة آلاف وخمسمائة دينار فأن محكمة البداءة المختصة مكانياً تنظر فيها وأن الحكم الصادر منها يكون قابلاً للاستئناف والتمييز اما اذا كان مبلغ خطاب الضمان اقل من (٧٥٠٠) سبعة آلاف وخمسمائة دينار و هذا ما لا يحدث إلا نادراً فأن محكمة البداءة المختصة مكانياً تقوم بالنظر فيه وأن الحكم الصادر منها يكون قابلاً للتمييز فقط امام محكمة استئناف المنطقة بصفتها التمييزية وبدرجة اخيرة^(١).

(١) القاضي صادق حيدر، المصدر السابق، ص ٥٤-٥٥.

الخاتمة

بعد إكمال هذا البحث توصلنا إلى مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات نوجزها بما يلي:

أولاً- الاستنتاجات:

١. ان قاعدة استقلال خطاب الضمان التي تلزم المصرف بالوفاء بقيمة خطاب الضمان الى المستفيد دون النظر والرجوع الى عقد الأساس تتوقف اذا انطوى الطلب على غش من المستفيد واستعمل المستفيد طرق احتيالية، ويشترط ان يكون الغش واضحاً لا يقبل الشك وان يكون صادراً من المستفيد أو على علم به، وكذلك ان قاعدة الاستقلال تنقيد عندما يلجأ العميل الأمر الى اصدار امر ولائي من المحكمة يلزم المصرف بعدم الوفاء بداعي انه نفذ التزاماته تجاه المستفيد وان الأخير غير محق في طلبه.
٢. ان مبلغ خطاب الضمان هو ملك للمصرف ولا يجوز لدائني المستفيد المطالبة بإيقاع الحجز عليه قبل ان يطلبه المستفيد فهو حق شخصي للمستفيد وليس للغير إلزامه بالمطالبة به. وأيضاً لا يجوز لدائني الأمر إيقاع الحجز على مبلغ خطاب الضمان بحجة ان هذا المبلغ يعود لمدينهم الأمر لان هذا المبلغ دفعه المصرف وهو ملتزم به ويكون ملكه قبل تسليمه للمستفيد ولا يجوز تداوله بالطرق التجارية.
٣. بالنظر لما تلعبه المصارف من دور في الحياة الاقتصادية يجب على هذه المصارف ان تنقيد بالشروط القانونية في اصدار خطاب الضمان لعملائها والضوابط الموضوعية لها، وبخلاف ذلك تتعرض تلك المصارف الى الحرمان من اصدار خطاب الضمان ويقلل الثقة بالمصرف ويعرضها للخسارة ويضطر المستفيد في بعض الأحيان الى طلب إيقاع الحجز على ارصدة المصارف المفتوحة لدى البنك المركزي ويهدد كيان المصرف.
٤. ان خطاب الضمان ومن لحظة صدوره يخلق للمستفيد حقاً لا يجوز الرجوع عنه الا بموافقته الصريحة.
٥. يعد باطلا كل خطاب ضمان يصدر خلافاً لأحكام قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ أو قرارات البنك المركزي العراقي.

ثانياً- التوصيات:

١. نرى انه كان على المشرع في قانون التجارة العراقي الإشارة الى موضوع الغش والأمر الولائي التي تنقيد استقلال خطاب الضمان عن عقد الأساس.
٢. نرى انه كان على المشرع في قانون التجارة العراقي ان يعالج موضوع الحجز على قيمة خطاب الضمان لدى المصرف سواء من قبل دائني المستفيد أو دائني الأمر وسواء قبل استلامه من المصرف أو بعده.
٣. على المشرع في قانون التجارة العراقي ان يعالج موضوع الجهة التي ينبغي تقديم خطاب الضمان اليها في حالة اغلاق الفرع الذي يصدر منه خطاب الضمان المصرفي وحالة الخطابات التي تصدر في فرع الا ان التمديد يحصل في فرع اخر.

٤. على المشرع في قانون التجارة العراقي ادراج مادة خاصة بالتحكيم التجاري بالنسبة لخطابات الضمان في حالة حدوث خلافات ما بين الأمر العميل والمستفيد بالنسبة لتنفيذ عقد الأساس قبل ان يقوم المستفيد بالطلب من المصرف بقيمة خطابات الضمان لان خطابات الضمان هي اعمال تجارية.
٥. على المشرع في قانون التجارة العراقي العمل على إلزام المصارف بتسهيل إجراءات اصدار خطابات الضمان وضرورة التقيد بشروطها الموضوعية والقانونية وإصدار احكام بمحاسبة المصارف غير الملتزمة بهذه الشروط وتشجيع التجار والمقاولين على ضرورة العمل بخطابات الضمان لما لها من أهمية اقتصادية.
٦. نرى انه كان على المشرع في قانون التجارة العراقي اصدار قواعد وحلول لمعالجة خطابات الضمان الخارجية كما عالج خطابات الضمان الداخلية.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً-الكتب:

١. أبي فضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، مج ٦، بيروت، ١٩٥٦.
٢. أحمد بن حسن بن أحمد الحسني، بحث في خطابات الضمان المصرفية وتكييفها الفقهي، الإسكندرية، ١٩٩٩.
٣. أحمد غنيم، خطابات الضمان: إطار متكامل نظرياً وعلمياً وقانونياً، مصر، ٢٠٠٨.
٤. د. أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، عمان-الأردن، ٢٠٠٩.
٥. بشير زهيد، محاسبة المصارف من الناحية العلمية والعملية، ط ٣، دمشق، ١٩٦٨.
٦. تامر ريمون فهم، ضمانات الائتمان المصرفي، القاهرة، ٢٠١٢.
٧. القاضي جبار جمعة اللامي، شرح أحكام العمليات المصرفية في القانون العراقي والمقارن: خطاب الضمان دراسة قانونية تحليلية لأحكام خطاب الضمان وتطبيقاته القضائية، ج ١، ط ٢، بغداد، ٢٠٢٣.
٨. حمدي عبد العظيم، خطاب الضمان في البنوك الاسلامية، القاهرة، ١٩٩٦.
٩. القاضي حيدر عودة كاظم، المختار من قرار محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، الجزء الخامس، ٢٠٢١.
١٠. القاضي حيدر عودة كاظم، الاجراءات العملية في الدعوى المدنية (دراسة معززة بالتطبيقات القضائية)، ج ٢، بغداد، ٢٠١٩.
١١. خالد ابراهيم، الوجيز في القانون التجاري، عمان-الأردن، ٢٠٠٣.
١٢. د. خالد وهيب الراوي، العمليات المصرفية الخارجية، ط ٢، عمان، ٢٠٠٥.
١٣. القاضي ربيع محمد الزهاوي، التسبيب والاجتهاد في قرارات السادة قضاة محاكم البدءة، الجزء الثالث، العراق، ٢٠١٥.
١٤. د. رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، القاهرة، ٢٠٠٠.
١٥. رياض ناظم حميد، النظام القانوني لخطاب الضمان، الإسكندرية، ٢٠١٥.
١٦. القاضي سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني ٢٠١٥ - ٢٠١٧.
١٧. د. صلاح الدين السيسي، التسهيلات المعفية للمؤسسات والأفراد، عمان، ١٩٩٨.
١٨. القاضي صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية: دراسة مقارنة، بغداد، ٢٠١١.
١٩. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، البطاقات المصرفية الاقراضية والسحب المباشر من الرصيد، دمشق، ١٩٩٨.
٢٠. القاضي عدنان مايح بدر، دعاوي البدءة واحكامها في القانون العراقي، بغداد، ٢٠١٩.
٢١. د. عزيز العقيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، ج ٢، عمان، ٢٠١٣.
٢٢. علي الأمير إبراهيم العقود التجارية وعملياته، القاهرة، ٢٠٠٧.

٢٣. د. علي البارودي، العقود التجارية وعمليات البنوك وفق احكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، د.م، ١٩٩١.
٢٤. د. علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، الإسكندرية، ١٩٨٤.
٢٥. د. علي العريف، شرح القانون التجاري المصري، ج١، مصر، ١٩٥٨.
٢٦. د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة وتجديد القواعد الدولية، القاهرة، ٢٠٠٠.
٢٧. د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، ط٢، القاهرة، ٢٠٠٢.
٢٨. د. علي جمال الدين عوض، عمليات من الوجهة القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨.
٢٩. فاروق إبراهيم جاسم، الوجيز في القانون التجاري العراقي، بغداد، ٢٠١٤.
٣٠. فائق إبراهيم الشماخ، خطاب الضمان المصرفي، عمان-الأردن، ٢٠٢٤.
٣١. القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، الجزءان (٥ و ٧)، بغداد، ٢٠١٥.
٣٢. ماجد محمد تقي، خطابات الضمان: محاضرات أُلقيت على متدربي مصرف الشرق الأوسط للاستثمار، بغداد، ١٩٩٨.
٣٣. محمد بن بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٧١.
٣٤. محمد سمير العواء، التحكيم في الاعمال المصرفية الالكترونية، مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية، جامعة الامارات، كلية القانون، ٢٠٠٣.
٣٥. د. محمد فريد العريني، القانون التجاري، ط٢، بيروت، ١٩٨٥.
٣٦. د. محمد محمود حبش، العمليات المصرفية الدولية، عمان-الأردن، ٢٠٠٠.
٣٧. القاضي محمد مصطفى محمود، المختار من قضاء محكمة استئناف أربيل الاتحادية بصفتها التمييزية: القسم المدني، أربيل، ٢٠١٧.
٣٨. د. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية المصرفية، عمليات البنوك: دراسة مقارنة، عمان، ٢٠٠٨.
٣٩. د. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية المصرفية، مج٤، عمان، ٢٠٠٩.
٤٠. د. محمود الكيلاني، عمليات البنوك، الجزء الأول: الكفالات المصرفية وخطابات الضمان، عمان-الأردن، ١٩٩٢.
٤١. القاضي موفق علي العبدلي، آثار خطاب الضمان، بغداد، ٢٠١٠.

ثانياً-رسائل الماجستير واطاريح الدكتوراه:

١. إيهاب محمد نور عبد الله، خطاب الضمان المصرفي في ضوء الشريعة الإسلامية والقواعد الدولية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة جوبا، السودان، ٢٠٠٩.
٢. باسم محمد محمد أبو صافية، الغش كاستثناء على مبدأ استقلال خطاب الضمان، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان-الأردن، ٢٠٠٣.

٣. حاتم محمد عبدالرحمن، العمليات المصرفية المستقلة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، ٢٠٠٢.
٤. خليل فيكتور تادريس، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٩٥، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤.
٥. راضية مقران، خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، ٢٠١٣.
٦. سوزان علي محمد أبو جماعة، استقلال التزام المصرف في خطاب الضمان: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت-الأردن، ٢٠٠٥.
٧. طلال علي سليمان الشوبكي، أثر الغش في التزام المصرف مصدر خطاب الضمان، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠١٥.
٨. نسيبة إبراهيم حمو، خطاب الضمان: دراسة القانون العراقي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٨، ص ٣٧.

ثالثاً- البحوث:

١. إسماعيل صمصاع البديري، هيثم علي كزار، انقضاء خطاب الضمان في مناقصات العقود الإدارية والآثار المترتبة عليه، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد (١)، ٢٠٢٤.
٢. تيبا ماجد، خطابات الضمان وكيفية التعامل بها، بحث متاح على الموقع الالكتروني:
<https://www.researchgate.net>
٣. د. حمدي محمد مصطفى حسن، الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام المصرف طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥: دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، المجلد ٢٦، العدد ٥٠، ٣٠ نيسان ٢٠١٢.
٤. ربحي أحمد عارف، خطاب الضمان في مقالة الانشاءات الفيديك، مجلة التربية الأساسية، جامعة المستنصرية، العدد (٦٧)، ٢٠١١.
٥. د. علاء عمر محمد، سجي ماجد داود، التزام المصرف بدفع قيمة الاعتماد المستندي لمواجهة الأمر عند غش المستفيد، مجلة دراسات البصرة، العدد (٣٠)، ٢٠١٨.
٦. القاضي جاسم داود عبيد، معوقات الدعوى البدائية، بحث متاح على الموقع الالكتروني:
www.moham.nert/Law

٧. د. محمد جاسم محمد ورسل عادل حميد، مبدأ الاستقلالية في خطاب الضمان المصرفي، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، كلية القانون، جامعة ذي قار، العدد (٢٩)، مج (١٧)، ٢٠٢٤.

٨. محمود سمير الشرقاوي، خطاب الضمان وفقا لمعاهدة سندات الشحن، مجلة القانون الاقتصادية- جامعة القاهرة، العدد (٢)، ١٩٧٦. بحث متاح على الموقع الالكتروني:

<https://fll.law.cu.edu>.

٩. مرتجى داود سليمان، فعالية خطاب الضمان في التزام المصرف تجاه المستفيد، بحث متاح على الموقع الالكتروني:

<https://bsj.uobasrah.edu.iq>

١٠. نادر شافي، جريمة الغش ومكافحتها، بحث متاح على الموقع الالكتروني:

<https://www.lebarmy.gov.lb/ar/content>

رابعاً- القوانين والقرارات:

١. قانون الاثبات العراقي النافذ رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

٢. قانون التجارة العراقي، رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.

٣. القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته.

٤. قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته.

٥. قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية، رقم ٦٥٧ لسنة ٤٨ قضائية، في ٢٢/١٢/٢٠٠٥ (غير منشور).

٦. القرار المرقم ١٤٦٤ / الهيئة الاستئنافية ٢٠١٦ في ٣١ / ٨ / ٢٠١٦. منشور على الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الأعلى العراقي:

- <https://www.sjc.iq/qview>

٧. القرار المرقم ٥٣٥ / الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠١٤ في ٨ / ٢ / ٢٠٢٤. منشور على الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الأعلى العراقي:

- <https://www.sjc.iq/qview>

٨. قرار محكمة التمييز العراقية، رقم الإضبارة ٨٦/٨٥/١٠٣، في ٢٤ / ١ / ١٩٨٧ (غير منشور).