التنظيم القانوني لعقد الكفالة المصرفية- دراسة قانونية للشركة العراقية للكفالات المصرفية

Legal regulation of the bank guarantee contract - a legal study of the Iraqi Company for Bank Guarantees

أ.م.د جمال عبد كاظم الحاج ياسين / جامعة الامام جعفر الصادق (ع)

م.م اقبال مبدر نايف

الخلاصة

الهدف الاساسي من تأسيس الشركة العراقية للكفالات المصرفية، هو مساعدة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في العراق، للوصول إلى مصادر التمويل الرسمي من خلال المصارف العراقية الخاصة يهدف نظام القروض المضمونة ، أيضا تشجيع المصارف من اعتماد الأساليب الحديثة في تقييم المخاطر و اتباع انظمه إدارية متطورة .

وقد تم ذلك بموجب موافقة البنك المركزي العراقي بكتابه ١٩٧٤/٣/٩ في ٧/مايس/٢٠٠٩ وموافقة وزارة التجارة/دائرة تسجيل الشركات المؤرخة في ١١/أيلول/٢٠٠٩ وبموجب أحكام قانون الشركات رقم ٢١ لسنة، وبذلك تحولت الشركة من شركة ذات مسؤولية محدودة إلى شركة مساهمة خاصة واصبح عدد المساهمين في راس المال من المصارف الخاصة ١٦ مصرف. و إن نسبة الضمان الذي تمنحه الشركة يتوقف على طبيعة كل قرض إلا إن النسبة يمكن أن تصل إلى ٧٥% من قيمة القرض الذي يعتمده المصرف ، وان عمليات الشركة تركز أيضا على تطوير المؤسسات وبناء القدرات في المصارف المشاركة كما يكون التركيز على تسويق البرنامج أمام المؤسسات الصغيرة و المتوسطة من خلال الاتحادات الصناعية و التجارية ومراكز تطوير الأعمال تغطي عمليات الشركة مختلف أنحاء العراق وذلك من خلال شبكة فروع المصارف المشاركة في مختلف المحافظات وتعمل الشركة مع المصارف المشاركة و الشركاء الآخرون للتعرف على المشاريع الاقتصادية الواعدة لمساعدة هذه المؤسسات الصغيرة و المتوسطة.

وامام كل هذه الاهداف التي تسعى الشركة لتحقيقها، مما يطرح تساؤلاً حول التنظيم القانوني لعقد الكفالة المصرفية لحالة الشركة العراقية للكفالات المصرفية ، وتوصلنا الى ان أقرار الهيئة العامة للشركة والتحول إلى شركة مساهمة خاصة من خلال زيادة راس المال ودخول مساهمين جدد، لذا فهي تملك كيان قانوني منفصل عن أعضائها، وتعمل بشكل منفصل عن أعضائها، ولا تلتزم الشركة بأفعال أعضائها، ولا يعمل الأعضاء كوكلاء لها، فبوسعها أن تمتلك أصولًا، أو ممتلكات، أو أن تبرم عقودًا، أو تقيم دعاوى قضائية، أو أن يتم مقاضاتها، ولا يمكن تحميل مساهميها المسؤولية عن أي سلوك للشركة.

Abstract

The main objective of the establishment of the Iraqi Company for Bank Guarantees, is to help small and medium enterprises in Iraq, to access official funding sources through Iraqi private banks, the secured loans system aims, also, to encourage banks to adopt modern methods of risk assessment and to follow advanced administrative systems.

This was done according to the approval of the Central Bank of Iraq in its letter 9/3/1974 on May 7, 2009 and the approval of the Ministry of Commerce / Companies Registration Department dated September 11, 2009 and in accordance with the provisions of Companies Law No. 21 of the year, and thus the company was transformed from a limited liability company to a private joint stock company, and the number of shareholders in the capital from private banks became 16. And the percentage of guarantee granted by the company depends on the nature of each loan, but the percentage can reach 75% of the value of the loan approved by the bank, and the company's operations also focus on developing institutions and building capacities in participating banks, and the focus is on marketing the program to small enterprises. The company's operations cover various parts of Iraq through the network of branches of participating banks in various governorates, and the company works with participating banks and other partners to identify promising economic projects to help these small and medium enterprises.

In the face of all these goals that the company seeks to achieve, which raises a question about the legal regulation of the bank guarantee contract for the case of the Iraqi Company for Bank Guarantees, and we have come to the conclusion that the approval of the company's general assembly and the transformation into a private joint stock company by increasing the capital and the entry of new shareholders, so it has a legal entity Separate from its members, and operates separately from its members, the company is not bound by the actions of its members, members are not acting as its agents, it can own assets, property, enter into contracts, sue, be sued, and its shareholders cannot be held liable for any conduct of the company.

المقدمة

شاع في الاونة الاخيرة وفي اغلب دول العالم، استخدام الكفالة المصرفية في مختلف جوانب الحياة (الاقتصادية والمالية والتجارية... الخ)، كاحد الوسائل الائتمانية التي يتطلبها التعاقد مع القطاع العام او القطاع الخاص، وكانت المصارف هي الكفيلة وهي اللبنة الاولى في هذا المجال، الذي يعد ضروريا لتحقيق التنمية الاقتصادية الشاملة، وفي هذا الاطار عانت هذه الدول من عدم وجود قواعد عامة ذات طبيعة خاصة لموضوع الكفالة المصرفية، مما ادى الى ارباك في عمل النشاط المصرفي والمتعاملين معه بالكفالة الضامنة .

ولا يخفى دور المصارف التجارية الخاصة، لما لها من اهمية، في الاقتصاد القومي فهي مؤسسات المالية التي تقوم بدور كبير في توفير السيولة النقدية اللازمة لتمويل المشاريع الاستثمارية وتحتل المؤسسات المصرفية الخاصة مكانة كبيرة في الاقتصاديات المعاصرة فهي أحد المؤسسات المؤثرة بشكل مباشر في السياسة المالية والنقدية في اي بلد من خلال المعاملات المالية والنقدية وبالذات في مجال الائتمان الداخلي والخارجي .

وكذلك تقوم بدور الوساطة بين المقرضين والمستثمرين فهي بذلك تقوم باقتراض الأموال من المقرضين كحسابات جارية وودائع مقابل فائدة وإعطاؤها للمستثمرين أما بشكل قروض أو من خلال المشاركة في رؤوس أموال المشاريع الاستثمارية .

كما ان إن المصارف الخاصة لها دور كبير في تمويل المشاريع الاستثمارية لان نشاطها الرئيسي هو التمويل بينما المصارف العامة لها أنشطة أخرى تخص الدولة مثل التجارة الخارجية للدولة والعمليات التي تخص الخزينة ومعاملات الدوائر الحكومية ورواتب المتقاعدين ... الخ . بينما نشاط المصارف الخاصة هو جذب الودائع واستخدامها في تمويل المشاريع الاستثمارية أضافة إلى التسهيلات الائتمانية .

بالاضافة الى دورها في تمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة، سيما وان هذه المشروعات من الركائز المهمة في تحقيق النمو الاقتصادي و الاجتماعي وكونها النواة الرئيسة للمشروعات الكبيرة وعصراً اساسيا في توزيع الثروة وتوفير فرص العمل وبالتالي معالجة مشاكل تدني دخل الافراد،وقدرتها على معالجة المشاكل الاقتصادية المختلفة بدرجة اكبر من الصناعات الكبيرة ، لكن البيئة الغير ملائمة في العراق

ونقص الدعم المؤسسي الى اعاقة نمو هذه المشروعات وبالتالي زيادة البطالة بسبب عدم قدرة القطاع الحكومي على استيعاب قوة العمل كون انشطتها غير متجة ولاتضيف شيئا الى الانتاج المحلي، وخاصة بعد ٢٠٠٣ وتحول الاقتصاد من الموجه الى اقتصاد السوق وزيادة حجم مساهمة القطاع الخاص وتفعيل دعم المشروعات الصغيرة و المتوسطة ، و الاهتمام بالمصارف التجارية الخاصة وتهيئة البيئة القاونية الجديدة بصدور قانون المصارف رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ وقانون البك المركزي رقم ٥٤ لسنة ٢٠٠٤ وازدياد عدد المصارف الخاصة وقيامها بتمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة من خلال منح القروض كأتمان مصرفي ومن هنا جاء اختيار موضوع البحث للتعرف على دور الشركة العراقية للكفالات المصرفية في تمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة ونظامها القانوني، واعتماد المنهج الوصفي التحليلي المقارن في تناول مشكلة البحث و فرضياتها من خلال توزيع البحث على مبحثين، الاول ، ماهية عقد الكفالة المصرفية ويتفرع الى مطلبين ، المطلب الاول ،مفهوم عقد الكفالة المصرفية و المطلب الثاني ، شروط انعقاد عقد الكفالة المصرفية، ثم الانتقال الى المبحث الثاني ، اثار عقد الكفالة المصرفية ويتوزع الى مطلبين ، المطلب الاول ، التزامات المصرف الكفيل و المطلب الثاني ، حقوق المصرف الكفيل .

خطة البحث

المبحث الاول: ماهية عقد الكفالة المصرفية

المطلب الاول: مفهوم عقد الكفالة المصرفية

الفرع الاول: تعريف عقد الكفالة المصرفية

الفرع الثاني: اهمية عقد الكفالة المصرفية

المطلب الثاني: شروط انعقاد عقد الكفالة المصرفية

الفرع الاول: الشروط الموضوعية لانعقاد الكفالة المصرفية

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لانعقاد الكفالة المصرفية

المبحث الثاني: اثار عقد الكفالة المصرفية

المطلب الاول: التزامات المصرف الكفيل

الفرع الاول: التزامات المصرف الكفيل بضمان القرض

الفرع الثاني: نطاق التزام المصرف الكفيل

المطلب الثاني: حقوق المصرف الكفيل

الفرع الاول: الدعوى الشخصية

الفرع الثاني: دعوى الحلول

المبحث الاول

ماهية عقد الكفالة المصرفية

تعد الكفالة المصرفية ، إحدى صور الضّمان المصرفي فهي أداة ائتمان يقدمها المصرف او شركة للكفالات، لكفالة عميله حيث يتعهّد بموجبها بالوفاء بدين العميل قبَل الغير إذا أخلّ الأخير بالالتزام الذي كفل المصرف تنفيذه، وبذلك يكون هناك ضم لذمّة الكفيل إلى ذمّة المكفول، خاصة وان تقديم المصرف او الشركة للكفالة المصرفيّة يوفّر الائتمان والثقة للعميل من دون أن يخرج من خزائنه أي نقود عند توقيع عقد الكفالة،وباعتبار ان الكفالة هنا عقد فهل سيخضع كغيره من العقود للقواعد العامة التي تحكم العقود؟ وللاجابة على هذا التساؤل سنعرض له من خلال تقسيم المبحث الى مطلبين الاول، مفهوم عقد الكفالة المصرفية والمطلب الثاني،شروط انعقاد عقد الكفالة المصرفية.

المطلب الاول

مفهوم عقد الكفالة المصرفية

تعد الكفالة من الضمانات الشخصية عن طريق ضم ذمة أخرى الى ذمة المدين بهدف ضمان الوفاء بالالتزام فتعدد المسؤولين عن دين واحد يحد من خطر عدم وفاء المدين و قد يكون مدينا بصفة أصلية أو بصفة احتياطية، و الكفالة هي الصورة النموذجية للضمانات الشخصية من حيث تأمين الدائن ضد مخاطر افالس مدينه و أكثرها انتشارا في المجال المصرفي لقلة تكاليفها و بساطة الإجراءات عكس الضمانات العينية التي تتصف بالإجراءات المعقدة من تسجيل و اشهار ،وللاحاطة بمفهوم الكفالة المصرفية سنقسم هذا المطلب الى فرعين الاول تعريف عقد الكفالة المصرفية والثاني اهمية الكفالة المصرفية

الفرع الاول

تعريف عقد الكفالة المصرفية

اصبحت المصارف والشركات المختصة بالكفالة كما في الشركة العراقية للكفالات المصرفية، يتدخل لفائدة عميله كضامن للوفاء بديونه عن طريق ما يسمى بالائتمان الغير مباشر والذي يمنح فيه المصرف توقيعه لزبونه كضمانة للوفاء بما على هذا الزبون من ديون، مع بقاء حق المصرف او شركة الكفالة في الرجوع على هذا الأخير متى وفى عنه للدائن، فهو – أي المصرف يخرج نقودا من حسابه كما هو

الحال في الائتمان المباشر، وأهم صور تدخله في الائتمان غير المباشر تبرز في الكفالة المصرفية، وسنسلط الضوء على حالة الشركة العراقية للكفالات المصرفية، باعتبارها شركة مساهمة خاصة، والكفالة المصرفية كتاب رسمي يصدر من المصرف المختص بناءا على طلب عميله القانوني يتعهد فيه بان يدفع لحساب المستفيد (الدائن) مبلغا محددا خلال فترة محددة في حال عدم تفيذ المدين(عميل المصرف)لالتزاماته التعاقدية[١]

قد تأسست الشركة العراقية للكفالات المصرفية بهدف مساعدة المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في العراق للوصول إلى مصادر التمويل الرسمي من خلال المصارف العراقية الخاصة يهدف نظام القروض المضمونة كما انها تعمل على تشجيع المصارف من اعتماد الأساليب الحديثة في تقييم المخاطر و اتباع انظمه إدارية متطورة أقرت الهيئة العامة التحول إلي شركة مساهمة خاصة من خلال زيادة راس المال ودخول مساهمين جدد والغاية من الكفالة المصرفية هي إفساح المجال أمام المعتمَد له أو العميل أن يزاول العمل الذي تعهد القيام به مقابل كفالة المصرف له من دون أن يضطر إلى دفع المبالغ التي يُطلب إليه دفعها ضماناً لتنفيذ تعهداته[٢].

إنّ تقديم الشركة للكفالة المصرفيّة يوفّر الائتمان والثقة للعميل من دون أن يخرج من خزائنه أي نقود عند توقيع عقد الكفالة وذلك بمجرّد منح توقيعه الذي يتعهد بموجبه بأن يدفع قيمة الكفالة مستقبلاً إذا أخل عميله المكفول بالالتزام الذي كفل المصرف تنفيذه. وقد تشترط بعض المصارف لإصدار الكفالة

[١] – د. ماهر شكري، دور الكفالات المصرفية في التبادل التجاري الدولي، القاهرة، بلا سة طبع ،ص ١٤ وما بعدها

[٢] –تأسست الشركة بموجب موافقة البنك المركزي العراقي بكتابه ١٩٧٤/٣/٩ في ٧/مايس/٢٠٠٩، وموافقة وزارة التجارة/دائرة تسجيل الشركات المؤرخة في ١١/أيلول/٢٠٠٩ وبموجب أحكام قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧، تم تثبيت تاريخ التحول في ٢٠٠٩/٩/٢٥ وبموجب كتاب وزارة التجارة /دائرة تسجيل الشركات / الوطنية ٢٩-٨٤ في ٢٠٠٩/١٢/١٤، بذلك تحولت الشركة من شركة ذات مسؤولية محدودة إلي شركة مساهمة خاصة واصبح عدد المساهمين في راس المال من المصارف الخاصة ١٦ مصرف إن نسبة الضمان الذي تمنحه الشركة يتوقف على طبيعة كل قرض إلا إن النسبة يمكن أن تصل إلى ٧٥% من قيمة القرض الذي يعتمده= =المصرف ان عمليات الشركة تركز أيضا على تطوير المؤسسات وبناء القدرات في المصارف المشاركة كما يكون التركيز على تسويق البرنامج أمام المؤسسات الصغيرة و المتوسطة من خلال الاتحادات الصناعية و التجارية ومراكز تطوير الأعمال تغطي عمليات الشركة مختلف أنحاء العراق وذلك من خلال شبكة فروع المصارف المشاركة في مختلف المحافظات وتعمل الشركة المصارف المشاركة و الشركاء الآخرون للتعرف على المشاريع الاقتصادية الواعدة لمساعدة هذه المؤسسات الصغيرة و المتوسطة لمزيد من التفاصيل انظر الموقع الالكتروني الاتي: https://www.zawya.com .

المصرفيّة أن يقدّم المدين المكفول ضمانات كتقديم نقود أو رهن عقاري على مال يملكه المدين أو رهن حيازي على مستندات يقدمها المدين للمصرف الكفيل أو أي ضمانة أخرى يتطلبها الشركة.

والعقد الذي يتم بين الشركة والعميله هو عقد ملزم من جانب واحد، ذلك أن هذا العقد ينشيء التزامات على عاتق طرف واحد هو الشركة الكفيلة، فهي التي تلتزم اتجاه الدائن بتنفيذ التزام المدين الرئيسي، و كلما تخلف هذا ألاخير عن القيام به، ولا يغير من العقد صفته الملزمة لجانب واحد عندما تعطي الكفالة بمقابل ، باعتبار أن هذا الغرض يتعلق بعقد الكفالة المبرم بين المدين و الكفيل بالتوقيع عليه، ولما كان الائتمان يقوم على الثقة ، فالدائن لا يمنح ثقته لمدينه إلا بعد التحقق من مصدرية على الوفاء بالتزامه، بالاضافة إلى سمعته وشيوع حرصه على الوفاء بالتزاماته، لذلك تقوم الكفالة بوجه عام، والكفالة المصرفية بوجه خاص ، على الاعتبار الشخصي غير أن هذه الخاصية قد تتأرجح قوتها تبعا لنوع العلاقة المترتبة على الكفالة[١]

ويخضع عقد الكفالة كغيره من العقود للقواعد العامة حيث يشترط لانعقاده توافر الأهلية والرضا والمحل والسبب المشروع وخلو الإرادة من العيوب، ويحق لطرفي العقد أن يضمّنا عقدهما أي شروط بشرط عدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة[٢]. وقد لجأت الشركة إلى اعتماد نماذج تتضمن شروطاً مطبوعة مسبقاً لا ينقصها سوى تعبئة الفراغات. أما بالنسبة إلى البيانات التي قد تتضمنها الكفالة المصرفيّة فهي اسم الجهة الكفيلة، واسم المستفيد، الدائرة التي تُقدّم الكفالة لمصلحتها، اسم المكفول، تصريح من الشركة بتقديم نفسها كفيلاً متضامناً، الغرض من الكفالة، مبلغ الكفالة وأي شروط أخرى بحسب كلّ حالة، عقد الكفالة المصرفية هو عقد تابع: الكفالة المصرفية هي عقد ينشئ التزاماً بين الكفيل ودائن عميله، ولكن وجود هذا الالتزام يفترض وجوداً وعدماً. بما أن عقد الكفالة المصرفية هو عقد تابع لعقد أصلي [٣] فإن

---

[١] – . مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك –دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٦،ص ٨٨.

[٢] –مصطفى كمال طه وعلي البارودي، القانون التجاري ،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠١،ص٢٦٦.

[٣] –الالتزام التبعي هو ذلك الالتزام الذي ينشأ مستندا في نشوءه لالتزام سابق له كالتزام الكفيل والالتزام بالشرط الجزائي ويكون الالتزام تبعيا في حالتين :–الاولى :– إذا نشأ الالتزام كنتيجة قانونية لالتزام سابق كالالتزام بالتعويض.
الثانية:– إذا نشا الالتزام مجرد ضمانه لتنفيذ التزام سابق له كالتزام الكفيل والالتزام بالشرط الجزائي. والالتزام التبعي يدور مع الاصلي وجودا وعدما صحة و بطلانا فاذا وجد الاصلي وجد التبعي واذا انعدم الاصلي انعدم التبعي ، واذا صح الاصلي صح التبعي واذا بطل الاصلي بطل التبعي ولكن العكس غير صحيح ، أي اذا بطل التبعي فلا يؤثر على صحة الاصلي ،لان التابع تابعا ولا ينفرد بالحكم ....لمزيد من التفاصيل انظر د. علي حسن ذنون، النظرية العامة للإلتزامات ،مطبعة المعارف ،بغداد،١٩٧٠،ص ٣٥.

عقد الكفالة المصرفية لا يكون صحيحاً إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً سواء أكان مبلغاً من النقود أم عملاً أم امتناعاً عن عمل. وبناء عليه فإن كفالة الالتزامات الباطلة باطلة ويجوز للكفيل كما للمدين أن يدفع بهذا البطلان. كذلك يترتب على تبعية عقد الكفالة المصرفية أن المصرف لا يضمن أكثر من الدين المكفول، فهو لا يأتي بأكثر من الالتزام الأصلي ولا بشروط أشد منه. ولا يضمن المصرف أكثر مما ورد في شروط العقد.

ومن كل ما تقدم نستطيع ان نقول بشكل اولي أن الكفالة عقد مدني[١] و لو كان الكفيل تاجرا أو كان الدين المكفول تجاري ما عدا حالة كفالة الأوراق التجارية التي تعتبر عقد تجاري،غير اننا بالرجوع الى القانون التجاري رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ العراقي ، نجده يعتبر الاعمال المصرفية اعمال تجارية من حيث الموضوع، حسب المادة (١٣/٥) منه، و يترتب على اعتبارها عقد تجاري مجموعة من النتائج القانونية، تشكل لنا أساس التمييز بين الكفالة المصرفية و الكفالة المدنية التي تعتبر عقد مدني[٢]،

فالكفالة المصرفية ائتمان شخصي كوهنا تؤخذ في الحسبان شخصية العميل المكفول، فالبنوك لا تمنح الكفالة إلا لعملائها الذين تتأكد من قدرتهم على سداد ديونهم في مواعيد استحقاقها وذلك بالاعتماد على ذمتهم المالية و معاملاتهم السابقة، إذ لا يمكن تصور منح بنك كفالة لعميل على وشك الافلاس، والبنوك تعتمد على معايير عملية في تحليل المخاطر قبل تقريرها منح اي ائتمان[٣].

ومما تقدم نعرف عقد الكفالة المصرفية، بانها عبارة عن تعهد خطي مكتوب يصدر عن المصرف او الشركة المختصة بضمان الكفالة بناء على طلب طالب الإصدار –الزبون– والذي هو طرف في صفقة

---

[١] – حسب المواد (١٠٠٨–١٠٤٧) من القانون المدني العراقي .

[٢] – فمن حيث الاثبات، فأثبات العقد التجاري يثبت بسندات رسمية،مثل السندات الرسمية او العرفية وبدفاتر الطرفين والاثبات بالبينة وبأية وسيلة اخرباذا رأت المحكمة قبولها على عكس التصرفات المدنية، كذلك فيما يتعلق بالتضامن فهناك قاعدة تفترض وجود التضامن التجاري في كل العقود التجارية وتستند الى وجود قرينة وجود مصلحة مشتركة دفعت المدينين لالتزامهم معا بدين تجاري ومنه كانوا متضامنين في الوفاء ،الا اذا وجد نص قانوني او اتفاق يقضي بخلاف ذلك،

[٣] –شعبان فرج ، العمليات المصرفية و إدارة المخاطر ، محاضرات ملقاة على طلبة ماجستير تخصص اقتصاديات المالية و البنوك، جامعة البويرة ، الجزائر ، سنة ٢٠١٣–٢٠١٤ ، ص٤٠

تجارية أو معاملات تعاقدية أو مالية مع المستفيد (الطرف آلاخر) والتي تضمن تنفيذ التزامات مالية معينة وفقا لصفقة أو عقد مبرم بين طالب إلاصدار والمستفيد.

الفرع الثاني

اهمية عقد الكفالة المصرفية

وتاتي اهمية عقد الكفالة من المزايا المتعددة التي يوفرها هذا العقد من خلال زيادة نفاذ المشروعات الصغيرة والمتوسطة، الى مصادر الائتمان وذلك عن طريق تقديم كفالات جزئية للقروض التي تمنحها المصارف المساهمة براس مال الشركة و المصارف المشاركة ببرامج الضمان، الى المشاريع الصغيرة و المتوسطة، كما تعمل على الدخول مع شراكة مع المصارف العراقية الخاصة وتقليل نسبة المخاطر التي تتعرض لها هذه المصارف نتيجة منحها القروض حيث تصل نسبة الضمان الى (٧٥%) من اجمالي القروض[١]، فالشركة العراقية تعمل على تسهيلمهمة اصحاب المشروعات الصغيرة و المتوسطة،في الحصول على القروض وخلق فرص عمل جديده تؤدي الى زيادة مدخولاتهم وتحسين الواقع الاقتصادي للبلد، وتشجيع المصارف الخاصة في برنامج عمل الشركة على توفير التمويل اللازم لهذه المشروعات، مع وجود غطاء لهذا الضمان من قبل الشركة وتخفيف القيود الادارية التي ترافق منح القرض للمشروعات الصغيره والمتوسطة مما سهل على المصارف الحصول على فرص استثمارية جديدة ومريحة[٢] فالمشاريع الصغيرة والمتوسطة كونها من الركائز المهمة في تحقيق النمو الاقتصادي و الاجتماعي في البلد لما لها من دور كبير في تحقيق الاستقلال الاقتصادي في البلد لما لها من اهمية وخصائص تفتقد لها الكثير من المشاريع الكبيرة فضلا عن كونها النواة الرئيسة للمشروعات الكبيرة والحجر الاساس في بناء الهياكل الاقتصادية،

المطلب الثالث

شروط انعقاد عقد الكفالة المصرفية

عقد الكفالة المصرفية كغيره العقود لا من توافر شروط لانعقاده، وهذا مانجده في ضمان قروض المشروعات الصغيرة والمتوسطة والتي سميت ب(السياسات و الارشادات) والتي حدد شروط عقد

[١] –التقارير السنوية للشركة،٢٠٠٩–٢٠١٦ :صفحات متفرقة.

[٢] –التقرير السنوي للشركة،٢٠٠٩_١٢

الكفالة، سواء اكانت شروط موضوعية او شكلية لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين الاول، الشروط الموضوعية و الثاني الشروط الشكلية.

الفرع الاول

الشروط الموضوعية لانعقاد عقد الكفالة المصرفية

وتتجلى هذه الشروط في الاهلية و المحل والسبب في عقد الكفالة، فعقد الكفالة المصرفية يعتبر من العقود المسماة لذلك يشترط لانعقاده ذات الشروط الموضوعية كأي عقد من العقود المدنية و التجارية، ويخضع في ابرامه و تنفيذه الى قواعد الشريعة العامة من اهلية، المحل و السبب.

اولا: الاهلية

ان اهم مايثار في موضوع الاهلية في هذا الاطار هو ان صفة الكفيل تتحكم في الاهلية المطلوبة في الالتزام ، وبمان شركة العراقية للكفالات شخص معنوي فهي تتمتع باهلية من تاريخ قيدها في السجل التجاري وبالتالي تخولها التصرف في الاموال القائمة او اكتساب اموال جديدة ،ويجب ان تتوافر في المصرف معايير معينة لقبول مشاركته في برنامج القروض التابع للشركة[١]، فيجب ان يكون المصرف تجاري تعود ملكيته للقطاع الخاص بشكل كامل وان لايكون مملوكا بشكل جزئيا او كليا للدولة، وان يمتلك موارد بشرية متخصصة وذات خبرة ومصادر مالية وتشغيلية للمشاركة في اقراض المشاريع الصغيرة والمتوسطة، وان يتعهد المصرف بارسال تقاريره بشكل دوري للشركة والبيانات المالية المدققة للفروع،والاهم من ذلك كله يجب ان يكون للمصرف سلطة التوقيع على الكفالات المصرفية[٢].

بالاضافة الى انه يجب ان يكون المصرف مسجلا باعتباره مؤسسة مالية لدى البنك المركزي وان يثبت المصرف بان لدية فاعلية وقدرة على الاقراض وسياسة ائتمانية داعمة وان يلتزم مجلس ادارة الشركة باتفاقية عمل مابين الشركة والمصارف المساهمة [٣].

---

[١] –الشركة العراقية للكفالات المصرفية ،تقرير متطلبات التعويض،٤:٢٠٠٦.

[٢] – مصطفى رشدي شيحة، النقود والمصارف والائتمان، الطبعة الاولى ،دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية ،١٩٩٩،ص ٥٤.

[٣] –متاح على الموقع الالكتروني للشركة (www.icf-sem.com)

اما بالنسبة لاهلية المقترض ، فيجب ان يكون صاحب المشروع مواطنا عراقيا يتراوح عمره بين ١٨-٦٥ سنة وان يكون نشاط المشروع مشروعا، وان يتراوح عدد العمال في المشروع من ٢- ٢٩ عامل.

ثانيا: المحل

ويتمثل محل عقد الكفالة منح الضمان، ومحل التزام الكفيل في الاداء المحتمل لدين المدين الاصلي فيجب ان يكون محددا،كما يمكن ان ترد الكفالة على محل غير محدد شريطة ان تكون الاشارة الى الالتزام الاصلي غير محدد في عقد الكفالة اشارة صريحة، وشريطة ان يتضمن هذا الالتزام على الاقل تعيينا للمدين وامكانية لتحديد نطاق الدين،[١]

وعليه لاتعتبر الكفالة صحيحة اذا خلت من امكانية تحديد الدين كما ان طبيعة الدين المضمون ينبغي ان يكون محددا او قابلا للتحديد، وفيما يتعلق بمقدار الدين فاذا لم تكن الكفالة قد حددت صراحة بمبلغ معلوم او بجزء معين من الالتزام المضمون فان الكفيل يضمن ايضا التعويضات والمصروفات التي يتحمل بها المدين الاصلي بسبب عدم تنفيذ الالتزام كما يتعين ان يكون محل الكفالة المصرفية مشروعا غير مخالف للنظام العام والاداب العامة.

ثالثا: السبب

من اهم المشاكل القانونية المترتبة على عقد الكفالة المصرفية هي صعوبة التمييز بين السبب و المحل في عقد الكفالة هذا ، ولا ينبغي بحث التزام الكفيل (الشركة العراقية للكفالات المصرفية) في اطار العلاقة التي تربط الدائن بالكفيل مدام ان عقد الكفالة كما سبق القول هو عقد ملزم لجانب واحد على انه يمكن تحديد السبب الشخصي او الدافع لالتزام الكفيل في اطار العلاقة التي تربط الدائن بالمدين، بغية تحديد السبب الدافع لحصول المدين على الائتمان ويشكل السبب الشخصي في الكفالة احد اهم الوسائل القانونية لمراقبة مشروعية الالتزام ،وعليه يعتبر عقد الكفالة باطلا اذا كان سبب التزام الكفيل ،هو الحصول على الائتمان الممنوح للمدين بحيث يكون الكفيل ضامنا وفي نفس الوقت مستفيدا من الائتمان دون ان تكون له صفة المدين الاصلي في الالتزام[٢].

---

[١] -عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير،الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ،الجزء الاول، حقوق الطبع محفوظة لدى وزارة التعليم العالي ،١٩٨٠،ص٩٥.

[٢] – داوودي خليفة ، النظام القانوني للكفالة المصرفية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة الجيلالي،٢٠١٨،،ص٢٩

الفرع الثاني

الشروط الشكلية لانعقاد الكفالة المصرفية

لا يشترط شكل معين في صياغة العقود، فالأصل هو الرضائية فيها، الا أن الممارسة العملية للبنوك والمصارف اعتمدت في صياغة سندات الكفالة نماذج موحدة و معدة سلفا تتضمن مجموعة من البيانات و لما كانت الكتابة في هذا الإطار هي شرط لأثبات فان الامر يقتضي منا تناول دور الكتابة في اثبات الكفالة البنكية .

بما ان التزام الكفيل يجب ان يكون صريحا،فالكتابة هنا مطلوبة كونها شرطا للاثبات لا للانعقاد وعليه يمكن التعبير عن الرضائية بأية وسيلة ولاحاجة ان تكتسي شكلا محددا ، بالاضافة إلى هذا وباعتبار عقد الكفالة المصرفية عمل تجاريا بالطبيعة بالنسبة للمصرف، أما الطرف آلاخر، فانه يعتبر العمل تجاريا بالنسبة إليه، ما لم يكن تاجرا وتعلقت الكفالة بعمله التجاري، وإلا فهو يخضع فيما يخص إثبات الكفالة لقواعد إلاثبات في القانون المدني.

ونجد ان الشركة العراقية للكفالات المصرفية قد اشترطت تقديم طلب للحصول على قرض عند احد المصارف المشاركة مع الشركة ويقوم المصرف بدوره في تدقيق اوراقه فاذا وجد ان الضمانات كافية، يقوم المصرف بتحويل اوراقه الى الشركة لتدقيقها مرة ثانية للتعرف على اقيام الضمانات ومدى توافق المشروع مع اهداف وتوجهات الشركة فاذا وجدت الشركة ان الشروط المطلوبة والضمانات المقدمة كافية عندها تقوم باصدار شهادة ضمان خلال شهر من تاريخ التقديم ترسل الى المصرف للموافقة على عقد الاقتراض،ويقوم المصرف بدوره بتسليم القرض الى المقترض[١].

فنجد ان اشتراط تقديم الطلب من قبل المقترض هو لاثبات عقد الكفالة المصرفية فغايته من ذلك ان يكون التعبير عن الالتزام بشكل لايدع مجالا للشك، ويكفي لاثبات الكفالة ان تكون ارادة الشخص(الشركة العراقية) ككفيل واضحة وضوحا تاما، بصرف النظر عن العبارات المستخدمة في هذا الخصوص، وبالرجوع الى الجانب العملي للمصارف نجد ان العقد يدرج في عقد مكتوب مستقل بذاته، او في نفس محرر الالتزام الاصلي، وتلعب الكتابة دورا هاما في اثبات عقد الكفالة خاصة فيما يتعلق بتاريخ وتحديد

[١] – تقرير متطلبات التعويض الصادر من الشركة العراقية للكفالات المصرفية(١٦/٢٠٠٦)

مبلغ الدين المضمون وبالتالي تحديد مدى التزام الكفيل ،اما بخصوص التوقيع فنجد من خلال نماذج عقود الكفالة تتضمن عبارة (تمت قراءته والمصادقة عليه) وتاتي اهمية التوقيع في ضمان حماية حقوق الاطراف ،ويستتبع ادراج هذه العبارة توقيع الاطراف.

المبحث الثاني

اثار عقد الكفالة المصرفية

بمجرد انعقاد عقد الكفالة صحيحا، فأنه يرتب اثارا فيما بين عاقديه وهما كل من الجهة الكفيلة (الشركة العراقية للكفالات المصرفية) و الدائن، اما المدين فلا يكون طرفا في عقد الكفالة ، و تتجلى اثار عقد الكفالبة من وقت رجوع الدائن على الكفيل،مطالبا اياه بالوفاء بالدين المكفول لذا سنعرض لهذه الاثار من خلال تقسيم المبحث الى مطلبين الاول، التزامات المصرف الكفيل و الثاني ، حقوق المصرف الكفيل.

المطلب الاول

التزامات المصرف الكفيل

باعتبار ان عقد الكفالة المصرفية عقدا فأنه يرتب التزامات لكل من طرفيه ةيرتب حقوق ولتسليط الضوء على هذه الالتزامات سنعرض لها على فرعين، الفرع الاول: التزامات المصرف الكفيل باداء القروض والفرع الثاني: نطاق التزام المصرف الكفيل باداء القروض.

الفرع الاول

التزامات المصرف الكفيل بضمان القروض

بداية لابد من البحث في الالتزام الاساسي للمصرف والذي يعد الالتزام الجوهري له ،والذي يتمثل بضمان القرض، فالكفالة المصرفيّة تعد إحدى صور الضّمان المصرفي فهي أداة ائتمان يقدمها المصرف لكفالة عميله حيث يتعهّد بموجبها بالوفاء بدين العميل قبَل الغير إذا أخلّ الأخير بالالتزام الذي كفل المصرف تنفيذه، وبذلك يكون هناك ضم لذمّة الكفيل إلى ذمّة المكفول، والغاية من الكفالة المصرفية هي إفساح المجال أمام المعتمَد له أو العميل أن يزاول العمل الذي تعهد القيام به مقابل كفالة المصرف له من دون أن يضطر إلى دفع المبالغ التي يُطلب إليه دفعها ضماناً لتنفيذ تعهداته[١].

[١] –محمود لطفي محمود عبد العزيز،تنازع الاختصاص القانوني في خطابات الضمان الدولية،الطبعة الاولى ،المركز القومي للاصدارات القومية ، القاهرة ،ص٦٣ ومابعدها.

والكفالة هي ضمان خاص يطمئن به الدائن إلى استيفاء حقه من المدين، وهي إما أن تكون ضمانا شخصيا أو عينيا، اقد انتشرت التأمينات الشخصية خصوصا بعد توسع المعاملات بين الناس وقيامها أكثر فأكثر على السرعة والثقة والعلاقات الشخصية،[١] وقد ساهم تطور العمل المصرفي في انتشار هذا النوع من التأمينات، فعرفت البنوك أولا الكفالة في شكلها التقليدي بحيث يطلب البنك من العميل تقديم كفيل يضمن الدين الذي في ذمته، وقد يكون البنك كفيلا يضمن عميله في نشأ في ذمته من ديون لدى الغير كالتجار والموردين وغيرهم. ثم تطور نظام الكفالات في المجال المصرفي، فأصبحت للكفالات البنكية أبعاد وصيغا جديدة أوجدها النظام والقانون والأعراف المصرفية واتفاق الأطراف، وأصبحت هذه الصيغ المبتكرة متميزة عن مفهوم الكفالة التقليدية، ونجد من بينها ما يسمى بخطابات الضمان المصرفية التي تقوم البنوك الاسلامية بتقديمه لعملائها.

كما ان الهدف الاساسي من فكرة عمل الشركة هي تقليل نسبة المخاطر ونقص السيولة التي يمكن ان تواجهها هذه المصارف عند منحها القرض لاصحاب المشاريع الصغيرة والمتوسطة، وبالتالي زيادة تحفيز المصارف الخاصة على زيادة حجم التمويل المخصص للمشروعات الصغيرة والمتوسطة.حيث تمنح الشركة العراقية للكفالات المصرفية ،قروض وتكون على نوعين الاولى قروض راس المال القصيرة الاجل ،والتي لاتتجاوز مدة استحقاقها سنة واحدة،وقروض الاصول الثابتة والتي تتراح مدة استحقاقها من (١-٥) سنوات، وتتراوح قيمة القروض المضمونة مابين(٥٠٠٠-٢٥٠٠) الف دولار او مايعادلها بالدينار العراقي، وقد تصل الى (٥٠٠٠٠) الف دولار بشرط موافقة ادارة الشركة على منح القرض،ومعدل الفائدة على القروض الممنوحة هو معدل سعر الفائدة الموجود بالسوق، مضافا اليه ٢% من قيمة القرض كعمولة لضمان القرض،اما الية تسديد القروض اما بصورة شهرية او بحسب مايتفق عليه بين المصرف والمقترض،وبما يتفق مع التدفقات النقدية من المشروع بعد موافقة الشركة[٢]

بالاضافة الى الرسم التي تفرضه الشركة وقدره ٢% سنويا على الجزء المضمون من القرض، ويقوم المصرف بدفع هذا الرسم لمدة لاتتجاوز ١٤ يوم من تاريخ منح ضمان القرض، وفي حالة عدم تسديد

[١] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد : الجزء العاشر، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠١١،بيروت،ص١٠٥٤.

[٢] – الشركة العراقية للكفالات المصرفية ،تقرير متتطلبات التعويض، ٢٠١٧-١٥

رسم الضمان من قبل المصرف يتم تعليق او انهاء الضمان من قبل الشركة،وتقوم الشركة باشعار المصرف والمقترض بعد ٣٠ يوم تلي استحقاق رسم الضمان، تلتزم الشركة بدفع قيمة القروض المضمونة و البالغة ٧٥% من اجمالي قيمة القرض في حالة عدم تسديد من المقترض لمدة اكثر من ١٨٠ يوم الا ان دفع الضمان يجب ان تسبقه اجراءات من قبل المصرف،لان القرض يتم تقييمه والمصادقة عليه طبقا للارشادات و السياسات العامة،والتاكد من ان القرض ومعايير الضمان والشروط قد تم الايفاء بها من قبل المصرف وان المصرف قد سعى لاكمال الدفع من قبل الكفلاء عن المقترض،او تسييل الضمانات المتوفرة لديه، والا فأن المصرف يتخذ اجراءات قانونية ضد المقترض و الكفيل، وعند تقديم المصرف لطلب الضمان عليه ادراج نسخ من كل الوثائق في سجلات المصرف التي يتم تسليمها،وبعد ٣٠ يوم من استلام الشركة طلب المصرف بصرف الضمان، وبعد استيفاء المصرف للاجراءات السابقة تدفع الشركة للمصرف النسبة المضمونة زائد الفائدة المستحقة،علما ان المبالغ التي يتم تحصيلها من قبل المصرف او الشركة، سواء كانت من المقترض او الضامنين للمقترض او من خلال تسييل الضمانات، وبعد استلام المصرف قيمة القرض المضمون من الشركة يتم تقاسمها بين المصرف و الشركة، على اساس التناسب بينما تكون الشركة ملزمة بدفع قيمة القرض المضمون في حالات معينة، كما في حالة عدم دفع المصرف لرسم الضمان المستحق ضمن المدة المطلوبة، او عدم امتثال المصرف لبنود عقد ضمان القروض،او استلام الشركة طلبا خطيا من المصرف بانهاء الضمان.

وخطوات منح ضمان الشركة للقروض الممنوحة للمشروعات المصغرة والمتوسطة،فالخطوة الاولى تتطلب قيام المقترض بتقديم طلب الحصول على القرض عند احد المصارف المشاركة في برنامج الشركة او احد فروعه،ويقوم المصرف بدوره بتدقيق اوراقه فأذا وجد ان الضمانات المقدمة كافية،يقوم المصرف بتحويل اوراقه الى الشركة لتدقيقها مرة ثانية،للتعرف على اقيام الضماناتومدى توافق المشروع مع اهداف وتوجهات الشركة،فاذا وجدت الشركة ان الشروط المطلوبة و ان الضمانات المقدمة كافية، عندها تقوم باصدار شهادة ضمان- خلال شهر من تاريخ التقديم- ترسل الى المصرف بدوره بتسليم القرض الى المقترض[١].

[١] – الشركة العراقية للكفالات المصرفية، تقرير متتطلبات التعويض،٢٠٠٦ –١٦.

الفرع الثاني

نطاق التزام المصرف باداء القرض

ان نطاق التزام الكفيل يتحدد بما يتضمنه عقد الكفالة المصرفية، الكفالة هي وليدة اتفاق ارادي بين الدائن و الكفيل، فمن حيث الموضوع، فإما أن تكون الكفالة مطلقة غير المحددة لتشمل أصل الدين المكفول و ملحقاته كالفوائد الاتفاقية أو القانونية، التعويضات الناشئة عن اخلال المدين بالتزاماته سواء بعدم التنفيذ مصروفات المطالبة الاولى و هي جميع المصروفات التي ينفقها البنك في مطالبة المدين و التي تشمل تكاليف الاعذار، رسوم الدفع الدعاوي و مصروفاتها كما جاء في المادة (١٠١٥) من القانون المدني العراقي [١]، واما تكون الكفالة محددة اذا تضمن عقد الكفالة تحديدا واضحا لنطاق الالتزام أي أن الأطراف أوردوا اتفاقا لرسم التزام الكفيل فيمكن أن يتم الاتفاق على أن الكفيل ال يضمن سوى أصول الدين دون الفوائد أو المصاريف.

والتزام الكفيل يتحدد بالالتزام الاصلي لان الكفالة تقوم لضمان الوفاء بالتزام أصلي، و التزام الكفيل يعتبر تابعا الالتزام المدين، فنطاق التزام الكفيل يرتبط بنطاق التزام المكفول الذي يجب أن يكون محددا في موضوعه ومقداره وأوصافه، فالكفيل يجب أن يلم بطبيعة الاتزام المراد كفالته سواء تمثل في عمل أومبلغ نقدي، و يكفي عند ابرام عقد الكفالة أن يحدد الاتفاق الأسس اللازمة فال يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام الاصلي، الا أنه بالعكس يجوز أن يكون التزام الكفيل أقل من التزام المكفول، كما يمكن أن يستفيد الكفيل من كل تغيير طارئ في الالتزام الاصلي ، اذن من كل ماتقدم نجد ان من يحدد نطاق التزام المصرف باداء القرض يحكمه الاتفاق اي عقد الكفالة الذي تم ابرامه ابتداءا بين اطرافه.

[١] – نصت المادة (١٠١٥) من القانون المدني العراقي (تشمل الكفالة ملحقات الدين، ومصروفات المطالبة الاولى وما يستجد من المصروفات بعد اخطار الكفيل، هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره.)

المطلب الثاني

حقوق المصرف الكفيل

هذا وقد يترتب على المصرف نتيجة اصاره للكفالة المصرفية دفع المبلغ المكفول بموجبها للمستفيد منها، وفي هذه الحالة له أن يرجع على المدين بما كفله ال بما أداه. فاذا أدى المصرف الى الدائن شيئا غير الدين فليس له أن يرجع بهذا الشيء على المدين بل يرجع عليه بما كفله به، ولمعرفة حقوق المصرف الكفيل وكما تنظمها القواعد العامة في القانون المدني،لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين الاول ، الدعوى الشخصية و الثاني ، دعوى الحلول

الفرع الاول

الدعوى الشخصية

للمصرف الكفيل حقوق تقابل التزاماته، وهي اما ان يرجع على المدين بمبلغ الكفالة ،واذا ما تمت مصالحة بين الدائن و المصرف الكفيل على أن يدفع جزءا من الدين فليس للاخر أن يرجع على المدين بأكثر من هذا الجزء الذي تمت المصالحة عليه. ويتفرع عن حق الرجوع دعويان، الاولى دعوى شخصية و الثانية دعوى الحلول ، والدعوى الشخصية تستند الدعوى المدنية الى أحكام القانون المدني و بمقتضاها يرجع الكفيل على المدين بأصل الدين اضافة الى حقه بالمطالبة بالفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع، و المصاريف التي قد يتكبدها نتيجة الكفالة المصرفية، على أنه في الاخير لا يرجع الا بالذي دفعه وقت اخباره المدين الاصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده، فالكفيل الذي يمكنه الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية هو ذلك الكفيل الذي عقد الكفالة بعلم المدين او بغير علمه وفي حالة اذا ماعقدت الكفالة رغم معارضة المدين، فالكفيل لايمكنه الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، فهي الدعوى التي يرفعها الكفيل ضد المدين لحماية حقه الشخصي ،ومثال ذلك دعاوى الديون ودعاوى المسؤولية و الدعاوى الناشئة عن العقود،[1].

اما الكفلاء الذين يحق لهم مباشرة حق الدعوى الشخصية فاللكفيل الذي يتقدم لكفالة المدين له ان يرجع بالدعوى الشخصية سواء كان كفيلا عاديا ام كفيلا متضامنا او كفيلا مأجورا او غير مأجور، كفيلا شخصيا او عينياً،ولكن مع مراعاة الاستثناء الذي ورد على هذه القاعدة في ان الكفيل الذي يكفل المدين

[1] – محمد صبري السعدي ،مصادر الالتزام – النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، القسم الاول ، دار الكتاب الحديث ،الجزائر ٢٠٠٣،ص٩٠.

رغم معارضته لايحق له الرجوع بالدعوى الشخصية،او الكفالة التي انعقدت لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين في حال اذا ماعقدت الكفالة بعد وجود الالتزام في ذمة المدين وهذه حماية للدائن من خطر اعسار المدين،ويشترط لقيام الدعوى الشخصية الوفاء عند حلول الاجل وهو الاجل الاصلي للدين والشرط الثاني هو الوفاء بالدين فعلا،كي يتمكن الكفيل من الرجوع للمدين بالدعوى الشخصية وليس من الضروري ان يفي المدين بالدين كله بل يكفي ان ينقضي الدين بما يقوم مقام الوفاء ولاهم طريقة الوفاء سواء أكانت مقاصة او اتحاد الذمة او التجديد،واخطار المدين قبل الوفاء وعدم معارضته وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٢٥) من القانون المدني العراقي[١]، ويقع عبئ اثبات الاخطار على الكفيل واثبات الاعتراض على المدين وفقا للمبادئ العامة في الاثبات.

الفرع الثاني

دعوى الحلول

قد لا يكون من مصلحة الكفيل الرجوع على المدين ألاصلي بدعوى الكفالة فيفضل أن يرجع عليه بدعوى الدائن نفسه، أي بدعوى الحلول فالكفيل الذي وفى الدين وفاء صحيحا يحل محل الدائن في حقوق امتيازاته ضد المدين في حدود كل ما دفعه وضد الكفلاء ألاخرين في حدود كل ما دفعه منهم ،غير أن هذا الحلول لا يغير في شئ الاتفاقات الخاصة ،المعقودة بين المدين الأصلي وبين الكفيل،حسب المادة(٢/١٠٢١) من القانون المدني العراقي، إن حلول الكفيل محل الدائن في حقوقه يدخل في إطار الحلول القانوني، ويشترط لإعمال الدعوى الحلول قيام الكفيل بوفاء الدين للدائن وفاء صحيحا، أو ما يعادل الوفاء كالمقاصة واتحاد الذمة، ويشترط أن يكون وفاء الكفيل للدين كاملا أما في حالة الوفاء الجزئي، فلا يحق للكفيل الرجوع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين ،ولا يجوز للكفيل مزاحمة الدائن في رجوعه على المدين بدعوى الحلول، ومن الشروط كذلك حلول ألاجل ألاصلي للدين، وما دام للكفيل أن يحل محل الدائن في جميع حقوقه التي له على المدين ألاصلي فإنه له كذلك الرجوع

[١] – نصت المادة (١٠٢٥) من القانون المدني العراقي (يجب على الكفيل ان يخطر المدين قبل ان يقوم بوفاء الدين، واذا قاضاه الدائن وجب عليه ان يدخل المدين خصما في الدعوى فان لم يقم باخطار المدين قبل وفاء الدين او لم يدخله خصما في الدعوى عند مقاضاة الدائن له، سقط حقه في الرجوع على المدين اذا كان هذا قد وفى الدين او اثبت اسبابا تقضي ببطلان الدين او انقضائه.)

على كل المدينين المتضامنين الذين ضمنهم جميعا ،إذ يحق له الرجوع على كل مدين متضامن بكل الدين ولهذا الأخير الذي وفى له حق الرجوع على باقي المدينين حسب حصصهم[١].

اذن كما يحق للكفيل الرجوع على باقي الكفلاء إذا كان الدين مكفولا من طرف عدة أشخاص مادامت الكفالة تضامنية ذلك أن الكفالة البنكية عمل تجاري دائما.

[١] – د.أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ،دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٧، ص٣٥٤.

الخاتمة

ومن خلال ماتقدم بحثه توصلنا الى جملة نتائج و توصيات وكالاتي:

اولاً: النتائج

١- اهتمام الدول المتقدمة في شركات ضمان القروض ولفترات طويلة من الزمن حققت نتائج مملوسة في دعم و تمويل المشروعات الصغيرة و المتوسطة ، في حين ان الدول العربية ومن ضمنها العراق تعتبر متاخرة في انشاء شركات ضمان قروض التي تعتبر احدى وسائل التمويل المصرفي الحديثة للمشروعات الصغيرة والمتوسطة.

٢- تعد الضمانات وارتفاع اسعار الفائدة من اهم المعوقات التي تحول دون الحصول على التمويل اللازم من قبل المشروعات الصغيرة والمتوسطة ،اذ لا تتوفر لديها الضمانات الكافية وكفالات الموظفين التي تطلبها تلك المصارف التجارية، اذ ليس هناك اسعار فائدة تشجيعية على القروض التي تمنح للمشروعات الصغيرة والمتوسطة.

٣- تعتبر الشركة العراقية للكفالات المصرفية اول شركة متخصصة، بقضية ضمان القروض للمشروعات الصغيرة والمتوسطة في العراق بالاضافة الى كونها اول شركة في الوطن العربي تمول من قبل القطاع الخاص بعيداً عن تدخل الدولة.

٤- وساهمت المصارف التجارية الخاصة بشكل كبير في انجاح عمل الشركة العراقية للكفالات المصرفية ، اذ سهلت تمويل المشروعات الصغيرة و المتوسطة ومن خلال فروعها المنتشرة في محافظات العراق اذ استطاعت تقديم الكثير من القروض للمشروعات الصغيرة و المتوسطة ،وفرص عمل مباشرة وغير مباشرة.

ثانياً: التوصيات

١- ضرورة قيام المصارف التجارية باعادة النظر باسعار الفائدة التي تتقاضاها، وعدم الاكتفاء بالضمانات العقارية بل يمكن قبول الكفالات الشخصية من قبل موظفي الدولة وغيرهم وضرورة انشاء شركة عامة لضمان القروض تتعامل مع المصارف الحكومية و الخاصة لغرض مساعدة هذه المصارف على تحمل مخاطر الاقراض وتسمح لها امكانية منح قروض بمستويات عالية.

٢- ضرورة تشريع القوانين اللازمة و التعليمات التي تحمي المنتج المحلي وتشجيعه للحد من الاستيراد وتفعيل التعرفة الكمركية لتشجيع المشروعات الصغيرة والمتوسطة.

٣- زيادة عدد المصارف الخاصة المشاركة في الشركة العراقية للكفالات المصرفية بهدف زيادة عدد ضمانات القروض ومن ثم زيادة قدرة المصارف على منح الائتمان بصورة كبيرة في ظل مخاطر مضمونه من قبل الشركة.

٤- قيام الشركة العراقية للكفالات المصرفية بتفعيل برنامج الكفالة الاسلامية مع المصارف الاسلامية خاصة بعد صدور قانون المصارف الاسلامية رقم ٤٣ لسنة ٢٠١٥ كونه سيخدم شريحة واسعة من المجتمع لاترغب بالتعامل مع المصارف التجارية الاعتيادية بسبب اسعار الفائدة.

قائمة المصادر

اولاً: الكتب

١- د.أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ،دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٧.

٢- شعبان فرج ، العمليات المصرفية و إدارة المخاطر ، محاضرات ملقاة على طلبة ماجستير تخصص اقتصاديات المالية و البنوك، جامعة البويرة ، الجزائر ، سنة ٢٠١٣-٢٠١٤.

٣- داوودي خليفة ، النظام القانوني للكفالة المصرفية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة الجيلالي،٢٠١٨.

٤- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد : الجزء العاشر، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.

٥- علي حسن ذنون، النظرية العامة للإلتزامات ،مطبعة المعارف ،بغداد،١٩٧٠.

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

٧- محمد صبري مح السعدي ،مصادر الالتزام – النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، القسم الاول ، دار الكتاب الحديث ،الجزائر ٢٠٠٣.

٨- محمود لطفي محمود عبد العزيز،تنازع الاختصاص القانوني في خطابات الضمان الدولية،الطبعة الاولى ،المركز القومي للاصدارات القومية ، القاهرة، بلا سنة طبع.

٩- مصطفى رشدي شيحة، النقود والمصارف والائتمتان، الطبعة الاولى ، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، ١٩٩٩.

١٠- مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٦.

١١- مصطفى كمال طه وعلي البارودي ، القانون التجاري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠٠١.

ثانياً: التشريعات والتعليمات

١- القانون المدي العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

٢- القانون المدني المصري ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

٣- القانون التجاري العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.