

الاستثناءات الواردة على مبدأ الاستقلالية في خطاب الضمان المصرفي
دراسة تحليلية مقارنة

د. محمد جاسم محمد

رسل عادل حميد

كلية القانون / جامعة ذي قار

lawcouncil4@utq.edu.iq

Roool347@gmail.com

مستخلص البحث:

ان خطاب الضمان يمثل صورة من اهم صور الائتمان المصرفي الذي اوجده العرف المصرفي كبديل عن استخدام وتبادل النقود، وهو خدمة من الخدمات التي تقدمها المصارف الى عملائها. وينطوي خطاب الضمان على مبدأ مهم جدا يكاد يجعله متميزا عن باقي صور الائتمان كالكفالة وهو مبدأ الاستقلالية. أي ان التزام المصرف تجاه المستفيد مستقل ومنفصل عن علاقة العميل بالمستفيد، وعن علاقة العميل بالمصرف. هذا المبدأ يمثل تجسيدا لفكرة كون التصرف التجاري مستقلا داخل علاقاته والتي تنتشعب الى ثلاثة علاقات فتكون احدهما مستقلة عن العلاقة الأخرى. الدراسة تحاول ان تثبت ان حماية مصالح العميل يجب ان يكون متقدما على التمسك بمبدأ الاستقلالية، اذا أدى ذلك التمسك الى جعل العميل بمركز الطرف الضعيف الذي يؤدي الى اهدار حقوقه للمحافظة على مصالح المستفيد والمؤسسة والمصرفية. التطبيق العملي لخطاب الضمان المصرفي افرز استثناءات على مبدأ الاستقلالية. هذا الالتزام من المفترض ان لا يكون مستقلا استقلا محضا وبعيدا عن حماية العميل خاصة ان تخلل مطالبة المستفيد غش او تعسف وسوء نية. علاوة على ذلك، ففي مرحلة فتح الاعتماد فان العميل يدخل بمفاوضات مع المصرف لإصدار الخطاب، ومن المنطقي ان العميل سيضع الشروط والتفاصيل التي تنسجم مع عقد الأساس وبالتالي فمن المنطقي على سبيل المثال ان يورد العميل شرطا يقضي بإيقاف المصرف عن الدفع ان خلل جوهري أصاب عقد الأساس قد يؤدي الى بطلانه او ان يشترط على المصرف بعدم تمديد مدة الخطاب ان انتهى موعده الا بعد حصول اذن العميل حول ذلك او ان يترتب المصرف بالوفاء ريثما تنتهي لجنة تحكيمية من النظر في المشاكل العملية الناجمة من تنفيذ عقد الأساس وهذا ليس انتهاكا لمبدأ الاستقلالية ولا يخالف نصا قانونيا بقدر حماية مصالح العميل التي ألزمت المصارف بمراعاتها انسجاما مع التوجه العالمي لحماية العملاء والمستهلكين بشكل عام والالتزاما بنصوص عقد فتح الاعتماد التي وافق على ادراجها المصرف. وكما تم بيانه سابقا، فان فورية تنفيذ المصرف واستقلاليته لا تجعلها تقوم على ضرب مصالح العميل وتعريضه لخطر مصادرة أمواله وذهاب حقوقه وهو ما تحاول الدراسة تسليط الضوء عليه وبيان مبرراته القانونية العملية.

الكلمات المفتاحية: خطاب الضمان، العمليات البنكية، الاستقلالية، الغش والتعسف من المستفيد.

المقدمة:

أولاً: فكرة البحث:

ان خطاب الضمان يمثل صورة من اهم صور الائتمان المصرفي الذي اوجده العرف المصرفي كبديل عن استخدام وتبادل النقود، وهو خدمة من الخدمات التي تقدمها المصارف الى عملائها كفتح الاعتماد المستندي والخصم وغيرها. ان عقد فتح الاعتماد هو العقد الأول الذي يبرم بين العميل والمصرف والذي ينتج اتفاقاً بينهما على اصدار المصرف لخطاب ضمان لصالح المستفيد الذي يحدده العميل ويحدد كذلك تفاصيل ذلك الخطاب كونه سيكون ملتزم النهائي به وبتفاصيله. ويتميز خطاب الضمان بتضمنه على مبدأ مهم جداً يكاد يجعله متميزاً على باقي صور الائتمان كالكفالة وهو مبدأ الاستقلالية. أي ان التزام المصرف قبل المستفيد مستقل ومنفصل عن علاقة العميل بالمستفيد وعن علاقة العميل بالمصرف. المبدأ يمثل تجسيدا لفكرة كون التصرف التجاري مستقلاً داخل علاقاته والتي تنسحب الى ثلاث علاقات فتكون احدها مستقلة عن العلاقة الأخرى. وهذا المبدأ ان أردنا بيان جذوره - في إطار العمليات المصرفية - فيكاد يكشف عن نفسه بانه من صنعة العرف المصرفي والخبرة المصرفية. الدراسة تحاول ان تثبت ان حماية مصالح العميل الامر داخل معاملة خطاب الضمان تمثل مرتبة متقدمة على التمسك بمبدأ الاستقلالية ان أدى ذلك التمسك الى جعل العميل بمركز الطرف الضعيف الذي يؤدي الى اهدار حقوقه للمحافظة على مصالح المستفيد والمؤسسة والمصرفية. فاستقلالية المصرف تتمثل بمجموعة مبادئ ومعايير لن تخرق بالتزامه بما اتفق عليه مع العميل من حيث صيغته وشروطه ومدته وتاريخ نفاذه ومبلغه وكيفية تمديده وانقضاءه وغيرها من التفاصيل التي يسطرها العميل بذلك الاتفاق. ان هذه الشروط والبنود التي يسطرها العميل على المصرف بعد مناقشة بينهما لا تمثل حقاً من حقوق العميل فحسب بل هي حماية له من تفضيل المصرف لمصالحه عند تنفيذ معاملة الخطاب.

ثانياً: مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث الرئيسية والتي يحاول البحث مناقشتها وبيانها في ايراد حالات معينة افترضها التطبيق العملي لخطاب الضمان المصرفي تمثل استثناءات مهمة على تطبيق مبدأ الاستقلالية على التزام المصرف قبل المستفيد، هذا الالتزام من المفترض ان لا يكون مستقلاً استقلالاً محضاً وبعيداً عن حماية العميل الامر عندما تتخلل او تشوب مطالبة المستفيد غش او تعسف وسوء نية ، فان مفهوم الغش في خطابات الضمان لا يقتصر على استعمال الوسائل والطرق الاحتيالية، فقط وانما يمتد ليشمل كل مطالبة تعسفية من المستفيد تنافي حسن النية في تنفيذ العقود. علاوة على ذلك، ففي مرحلة فتح الاعتماد فان العميل يدخل بمفاوضات مع المصرف لإصدار الخطاب، ومن المنطقي ان العميل سيضع الشروط والتفاصيل التي تنسجم مع عقد الأساس وبالتالي فمن المنطقي على سبيل المثال ان يورد العميل شرطاً يقضي بإيقاف المصرف عن الدفع ان خلل جوهرى أصاب عقد الأساس قد يؤدي الى بطلانه او ان يشترط على المصرف بعدم تمديد مدة الخطاب ان انتهى موعده الا بعد حصول اذن العميل حول ذلك او ان يترتب المصرف بالوفاء ريثما تنتهي لجنة تحكيمية من النظر في المشاكل العملية الناجمة من

تنفيذ عقد الأساس وهذا ليس انتهاكا لمبدأ الاستقلالية ولا يخالف نصا قانونيا بقدر حماية مصالح العميل التي ألزمت المصارف بمراعاتها انسجاما مع التوجه العالمي لحماية العملاء والمستهلكين بشكل عام والتزاما بنصوص عقد فتح الاعتماد التي وافق على إدراجها المصرف. وكما تم بيانه سابقا، فان فورية تنفيذ المصرف واستقلاليته لا تجعلها تقوم على ضرب مصالح العميل وتعريضه لخطر مصادرة أمواله وذهاب حقوقه وهو ما تحاول الدراسة تسليط الضوء عليه وبيان مبرراته القانونية العملية.

ثالثا: منهجية البحث: الدراسة ستعتمد المنهج التحليلي المقارن، من خلال تحليل النصوص القانونية المعنية بمعاملة خطاب الضمان المصرفي استنادا الى نصوص قانون التجارة والمصارف العراقي وغيرهما. هذا المنهج التحليلي سيعزز بمناقشات وتطبيقات مقارنة من القوانين الأخرى كالقانون المصري والفرنسي لتعزيز فكرة البحث وتقويم أهدافه ومتبنياته.

رابعا: خطة البحث: قسمت الدراسة الى مبحثين خصص المبحث الأول لبيان مبدأ الاستقلالية في خطاب الضمان المصرفي، والذي قسم على مطلبين خصص الأول لتحديد مفهوم مبدأ الاستقلالية، أي استقلال التزام المصرف المصدر لخطاب الضمان، في حين خصص المطلب الثاني لبيان النتائج المترتبة على مبدأ الاستقلالية وآثاره. اما المبحث الثاني فخصص لبيان تطبيقات تصدع مبدأ الاستقلالية الناشئة من تكوين عقدي الأساس وفتح الاعتماد، اما الثاني فخصص لبيان تلك الحالات اثناء فترة تنفيذهما.

المبحث الاول

بيان مبدأ الاستقلالية في خطاب الضمان

ان العلاقات الثلاثية التي تتميز بها المعاملات التجارية والمصرفية بالخصوص لاسيما الحديثة تتصف في كونها علاقات مستقلة مجردة، بعبارة أخرى ان تلك العلاقات غير مترابطة ذلك الترابط الذي يجعلها متداخلة الامر الذي يستلزم بطلان الأخرى عند بطلان الأولى. ان الفقه التجاري قد أسس لفكرة الاستقلالية في العلاقات الثلاثية التجارية التأسيس الذي انتج فكرة وتطبيق كون التصرف التجاري مستقل، وهذه الفكرة وجدت لها أرضية خصبة وبيئة مناسبة للنمو السريع في العلاقات التي يكون المصرف احد أطرافها. تبعا لذلك فان المصرف عادة ما يكون التزامه تجاه باقي اطراف معاملاته مستقل بالتزامه. بعبارة أوضح ان التزام المصرف في معاملة خطاب الضمان هو التزام مستقل عن العلاقة الأولى التي انشأت ذلك الالتزام المصرفي والمسمى بعقد الأساس هو منفصل عن التزام المصرف تجاه المستفيد وهذه الخاصية تمثل امتيازاً واضحاً لخطاب الضمان من الكفالة المصرفية الا ان اخذها وتطبيقها على اطلاقها يمثل اجحافاً وتعسفا بحق العميل وضياعا لحقوقه وجعله بموقف الطرف الضعيف. ولأهمية بيان وحسم هذا التأرجح والاختلاف، سنتولى في هذا المبحث بيان مبدأ الاستقلالية على مطلبين حيث سنخصص المطلب الأول لتحديد مفهوم مبدأ الاستقلالية، أي استقلال التزام المصرف المصدر لخطاب الضمان، في حين سنخصص المطلب الثاني لبيان ومناقشة النتائج المترتبة على مبدأ الاستقلالية وآثاره، على النحو الاتي:

المطلب الأول

تحديد مبدأ استقلالية التزام المصرف المصدر لخطاب الضمان

كما سبق بيانه أعلاه، ان خطاب الضمان المصرفي يقف على ارض صلبة في فصل التزام المصرف تجاه المستفيد عن عقد الأساس الذي يجمع بين العميل الامر بفتح الاعتماد وزمن فتح لأجله وهو المستفيد. وبينا ان تلك الأرض الصلبة هي ليست مكانا مناسباً دائماً للوقوف فقد يكون مكاناً رخواً أو خاطئاً وبالتالي يجب الانتقال الى مكان آخر وهو تحقيق العدالة وحماية الطرف الضعيف المتمثل بالعميل. نعم ان تلك الحماية يجب ان لا تشكل طعناً يؤدي الى انهيار مبدأ الاستقلالية وهذا ما يدعونا الى فهم جزئيات الموضوع بدقة لتقديم صورة متكاملة عن مبدأ الاستقلالية من حيث نشأته التاريخية وتعريفه الدقيق وحدود نطاقه. ان الاستقلالية المحضة والمجردة لا بد ان تصطدم بقواعد العدالة ومبادئ حسن النية. ولأجل كل ما تقدم نجد من المهم تسليط الضوء الواضح على خاصية الاستقلال من حيث كل جوانبها كي نكون على بينة حين مناقشة إيقاف تلك الخاصية تحقيقاً للعدالة ومنع الغش الذي يفسد كل شيء. لذلك، سوف نتولى بيان ذلك في فرعين، حيث خصص الأول لبيان التعريف بمبدأ الاستقلالية وتحديد نطاقه في خطاب الضمان المصرفي، في حين خصص الفرع الثاني لبيان النتائج والآثار المترتبة عليه، على النحو الآتي:

الفرع الأول

التعريف بمبدأ الاستقلالية وتحديد نطاقه في خطاب الضمان المصرفي

ان العقد الذي يربط بين العميل الامر بفتح خطاب الاعتماد والمستفيد الذي فتح الاعتماد بالضمان لأجله هو عقد مستقل ومنفصل عن العلاقة التي تربط بين المصرف وبين المستفيد الذي تعهد بالوفاء نيابة عن العميل. بعبارة أخرى، ان التزام المصرف قبل المستفيد هو التزاماً مستقلاً عن عقد الأساس وبالتالي فان الأخير لا يؤثر على التزام المصرف باي حال من الأحوال. ان هذه الخاصية تمثل تطوراً ملفتاً في العمليات المصرفية فبعد ان كان التزام المصرف التزاماً تبعياً لالتزام الكفيل في الكفالة المصرفية، اضحى اليوم بفعل تطور الفن المصرفي التزاماً مستقلاً. وهذه الاستقلالية تجد مكاناً واسعاً في باقي العمليات المصرفية ذات أطراف ثلاثة وبالخصوص في خطابات الضمان. في حقيقة الامر ان الفقه القانوني قد اثار ملاحظة بصدد هذه الخاصية وهي ان الفن المصرفي عندما ينتج اسالياً مصرفية فهو يحاول ان يحقق مصالحه ومصالحه المؤسسة المصرفية بلا شك، وبالتالي ان ابتداء الخبراء المصرفيون للاستقلالية المحضة في العمليات المصرفية هي عملية تصب بمصلحة تلك المؤسسات فبدلاً من الانشغال والدخول بمشاكل عقد الأساس وما ينتج عنها ويترتب عليها من اثار واسعة فقد رسخ العرف المصرفي ان المصرف يجب ان ينأى بنفسه عن تلك المشاكل ويبقى التزامه مستقلاً وبالتالي فهو ملزم بالوفاء للمستفيد بغض النظر عن طبيعة المشاكل وعمقها وصحته واثارها. وهذه النظرة وان كانت إيجابية من جهة المؤسسات المصرفية الا انها تجعل من العميل طرفاً ضعيفاً مستضعف، وبالتالي فان الواجب الشرعي والقانوني يحتم على المصرف ان يقف ليدافع عن الحق فكيف يمكن ان يفي بالتزامه للمستفيد ان كان الأخير متعسفاً او استخدام غشاً او كان العميل قد نفذ التزامه او مستمراً

بنتفيذ ذلك الالتزام على أحسن وجه. و يعتبر مبدأ الاستقلالية من السمات المميزة لمعاملة خطاب الضمان المصرفي، فعلى الرغم من أن العمليات المصرفية تتعد وتنشكلك بكييفيات مختلفة إلا أن خطاب الضمان يمثل درجة متقدمة في مجال توفير الائتمان المصرفي للعملاء. وهذا التميز في هذه المعاملة نابع من خصوصية الاستقلال في التزام المصرف. أن المبادئ القانونية التي تنشأ وتأخذ طريقها للتطبيق يجب أن لا تدرس بمعزل عن نشوؤها التاريخي وكيفية نموها وانتشارها ولذلك كان لزاما بيان أصل نشوء فكرة الاستقلالية بشكل عام فغي نطاق القانون التجاري، وب نطاق اضيق في نطاق العمليات المصرفية ثلاثية الأطراف بالخصوص. أن تلك النظرة التاريخية وأن كانت خاطفة إلا أنها ستكشف عن عوامل مهمة ساهمت برسوخ تطبيق مبدأ الاستقلالية لمصلحة المؤسسات المصرفية التي صاغته بعناية تحقيقا لمصلحتها دون الاكتراث بحماية الطرف الضعيف أو العميل المتعامل معها. وهي بذلك لا تستند الاضرار بالعمل بقدر المحافظة على عمولاتها ومصالحها. هذا من جهة، من جهة أخرى حتى نقرر مستوى الحماية للعميل لابد من تحديد مفهوم مبدأ الاستقلالية تحديدا على مستوى الفقه والتشريع وفي احكام القضاء بالشكل الذي يكشف أساسه القانونية وهو الأمر الذي يستلزم كذلك بيان نطاق تطبيقه ن وهو ما سنحاول بيان هذه الجوانب بالمواضيع الجزئية الآتية:

أولاً – التأصيل التاريخي لنشوء مبدأ الاستقلالية:

مبدأ الاستقلالية يعد من المبادئ المهمة في القانون التجاري لأنه يعزز الثقة والائتمان بالأنشطة التجارية بشكل عام والمصرفية خصوصا. (1) وقد ظهر هذا المبدأ في بلاد الرومان (2) إذ نظر إليه القانون الروماني من زاوية الجمود كون الشكلية في ذلك القانون كانت تتصف بالجمود حيث أن الإرادة كان دورها ثانوياً (3)، وأن السبب لم يكن يعتد به، فكان التصرف ينعقد بمجرد توافر الشكلية وهذا ما اصطلح عليه بالتجريد (4). والمراد من هذا الأمر أن الشكلية وجمودها تجعل من التصرف والتصرف التجاري بالخصوص (5) مستقلا عن سببه من حيث كونه مشروعا من عدمه وكذلك مستقلا عن الإرادة التي انشأته من حيث كونها معيبة أو صحيحة فبمجرد ما أن ينعقد التصرف تاما من حيث الشكل فتصبح التزاماته مستحقة التنفيذ دون النظر الى غيرها من الأمور (6). جدير بالإشارة الى أن هذه النظرة قد قادت الفكر القانوني للتفتيش عن قرين لهذا الأمر كونه يحقق بعض الغايات لاسيما تحقيق الاستقرار في المعاملات فاستخلصوا منه فكرة الاستقلالية في بعض التصرفات لاسيما ذات النشاط التجاري متعدد الأطراف. وعلى الرغم من اتساع نطاق تطبيق فكرة كون التصرف التجاري القائم على علاقات ثلاثية الأطراف هو تصرف مستقلا في التزامات اطرافه ومن المفترض عدم التداخل بين تلك العلاقات إلا أن الفقه بحث مليا في تقديم التسبيب القانوني المبني على حجج منطقية لتبني فكرة الاستقلالية تلك. فمن الفقهاء من ذهب الى عدم قابلية التصرف للطعن فيه لعيب السبب سواء كان غير موجود أو غير مشروع، وبغض النظر كذلك عن الإرادة أن كانت معيبة. وتأسيسا على ذلك فإن الحق الذي ينشأ عن السند، هو حقا أصلي وبنفس الوقت منفصلا عن سبب نشؤه (7).

ومن نافلة القول أن السبب الذي دعا إلى اعتماد هذا المبدأ – فضلا عن جدلية الفقه وفلسفته في التعامل مع التصرف ثلاثي الأطراف - هو الحاجة العملية اليه، حيث أن الغاية الأساسية منه هي

توفير الضمان للمتعاقدین والاستقرار والسرعة في التعامل. كما ويعود فرض هذا المبدأ في نطاق القانون التجاري إلى خصوصية هذا القانون وطبيعته التي تقتضي السرعة في التعامل، لذلك فإن من يتعامل بالمستندات التي يحكمها هذا القانون يصعب عليه أن يبحث في كل جوانب السند من حيث صحته وأطرافه لأن ذلك يحتاج إلى وقت طويل مما يؤدي إلى تأخير وعرقلة هذا النشاط وعدم التشجيع عليه⁽⁸⁾. جدير بالإشارة والتوضيح، أن الفن المصرفي مستمر في التطور من جهة ومستمز في ابتداع وسائل مصرفية جديدة تلبي رغبة العملاء في تحقيق السرعة في تنفيذ معاملاتهم التجارية. هذه السرعة تقتضي وجود طرفا وسيطا يحقق الطمأنينة لكل طرفي المعاملة في تنفيذ الالتزامات. لذلك فإن المؤسسات المصرفية تبتعد بين فترة وأخرى وسيلة مصرفية جديدة تساهم في تحقيق متطلبات التنمية الاقتصادية. المصارف أول الأمر كانت تتركز على ضمان شخص العميل وهو ما يعرف بالكفالة المصرفية لكن بعد ذلك تطور الحال ولكون الكفالة هي ما زالت بنت البيئة المدنية فتم ابتداع وسيلة الاعتماد المستندي للتجارة الدولية بالخصوص وخطابات الضمان المصرفية.⁽⁹⁾ إلا أن المؤسسات المصرفية وهي تواصل العمل في تطوير وسائلها ومنتجاتها هي تمنهج إجراءاتها واحكامها بما يؤمن مصالحها، فهي مؤسسات ربحية مهما حققت من تنمية اجتماعية، وتبعاً لذلك فإن تلك المؤسسات قد صاغت الاحكام التي تنظم آلية الضمان المتحقق من فتح الاعتماد بما يضمن عدم تدخلها في مشاكل أطراف معاملة خطاب الضمان وبالخصوص مشاكل عقد الأساس استناد إلى كون التزام المصرف مستقلاً عن باقي الالتزامات اعتماد على فكرة التجريد من جهة، والاستقلال من جهة أخرى⁽¹⁰⁾. صحيح أن مبدأ الاستقلالية يجد جذوره في القانون الروماني وفي نقاشات الفقه إلا أن تطبيقه الواسع في المعاملات المصرفية ثلاثية الأطراف هو المجال الرحب لعمل المؤسسات المصرفية وحرصاً على ديمومة مصالحها قد رسخت من مبدأ الاستقلالية المحضة التي لا تكثر بما يحصل للطرف الضعيف والعميل لها في معاملة خطاب الضمان ونأت بنفسها عن عقد الأساس سواء كان دون سبب أو ذو إرادة معيبة أو غيره تمسكاً بالاستقلالية⁽¹¹⁾. وهذا ما يجافي قواعد العدالة ومبادئ حسن النية، فكيف يمكن للمستفيد أن يحصل على مبتغاه وهو سيء النية متعسفاً مثلاً. بناء على هذا الجدل الفقهي فقد تولدت آراء فقهية نابعة من تحرر الإرادة التدريجي وتخلصه من براثن الشكلية فأصبح مبدأ سلطان الإرادة أكثر بروزاً ولا بد من الاعتداد بها في مختلف مراحلها⁽¹²⁾. أن مبدأ الاستقلالية وإن كان وما زال مبدأ مهماً وسمه بارزة للعمليات المصرفية إلا أنه يجب أن لا يكون على حساب الطرف الضعيف ويتنكر لمبادئ العدالة وهو ما نحاول تسليط الضوء عليه تباعاً. ومبدأ الاستقلال يبرز في حال تعددت الروابط لأن هذا التعدد هو الذي يثير الأشكال، كما هو الحال في خطاب الضمان حيث يقوم على علاقة ثلاثية غير مباشرة⁽¹³⁾، حيث يوجد فيه ثلاث أطراف هم العميل و المصرف و المستفيد، فتكون العلاقة مباشرة بين العميل والمستفيد، وكذلك بين العميل و المصرف ولكنها غير مباشرة بين المصرف والمستفيد⁽¹⁴⁾. ومن نافلة القول لاسيما في نطاق معاملات خطابات الضمان بالخصوص إذ لا يمكن تصور عملها دون مبدأ الاستقلالية على الرغم من أنه ليس مقرر مطلقاً لمصلحة المستفيد من الخطاب، كما سنرى لاحقاً، فهذا المبدأ لا يحقق الفائدة لطرف معين بل تستفاد منه جميع الأطراف⁽¹⁵⁾.

ثانياً – مفهوم مبدأ الاستقلالية: أن المراد بمبدأ الاستقلالية في خطاب الضمان هو استقلال التزام المصرف قبل باقي العلاقات القانونية الناشئة عن معاملة خطاب الضمان والتمثلة بعقد الأساس وعقد فتح الاعتماد. والاستقلالية تتجسد بكون المصرف متعهدا بالدفع إلى المستفيد عند أول طلب دون الالتفات إلى معارضة العميل، وبغض النظر عن مصير العقد الأصلي، أي أن التزام المصرف في خطاب الضمان مستقل عن العلاقة القائمة بين العميل والمستفيد من جهة وعن العلاقة القائمة بين العميل والمصرف من جهة أخرى⁽¹⁶⁾.

ويعد استقلال التزام المصرف قبل المستفيد بدلاً عن التأمينات التقليدية التي تستوجب تجميد أموال العميل باعتبارها تأميناً لمصلحة المستفيد⁽¹⁷⁾ إذ أن العميل الذي يرغب بتنفيذ عملاً معيناً في نطاق عقد المقاوله مثلاً أو التوريد عليه أن يقدم ضمانات نقدية مباشرة إلى المستفيد من أجل إتمام العقد والمباشرة بالتنفيذ، ومثل هكذا ضمانات نقدية عادة ما تكون كبيرة، وبالتالي فهي ان توفرت لدى العميل سيقوم بتجميدها عند وضعها كضمانة لدى المستفيد وهو بأمر الحاجة لها، وان لم يستطع تقديم تلك الضمانة النقدية فعليه ان يقدم ما يقوم مقامها وهو ما تقدمه المصارف للجهات المستفيدة بتحملها المسؤولية بالدفع عند طلب المستفيد، أي ان المصرف وبناء على عقد فتح الاعتماد مع العميل يقدم خطاباً بضمان تلك المبالغ النقدية اللازمة لإتمام العقد. تبعا لذلك فان المصرف سيكون التزامه بالضمان مستقلاً عن عقد الأساس الذي صدر الضمان لأجله ولأجل اكماله والمباشرة بالتنفيذ، أي ان المصرف لا يوقف تنفيذ التزامه على علاقات أخرى وان كانت سببا لنشوء التزامه بالدفع⁽¹⁸⁾. علاوة على ما تقدم، فان استقلال التزام المصرف في خطاب الضمان يستمد قوته من خاصية أخرى تتمثل بكونه ذو كفاية ذاتية، وهو ما يعني أن التزام المصرف لا يتوقف على غير ما يذكر في الخطاب من الناحية المبدئية⁽¹⁹⁾. بعبارة أوضح، أن الكفاية الذاتية الناشئة من اكتفاء الخطاب بذاته وثبوت ما يدل عليه بنفسه دون الحاجة الى غيره، أي أن أطراف خطاب الضمان يتعاملون مع مستند الخطاب بغض النظر عن العلاقات القائمة بين أطرافه حتى وان كانت سببا في نشوءه، وهو ما يرسخ الثقة لدى المستفيد بالخطاب⁽²⁰⁾.

ان العرف المصرفي الذي عمل على ترسيخ مبدأ الاستقلالية وتعزيزه في الممارسات العملية وجد فيه ضالته بشكل مختلف عن الكفالة المصرفية التي تلزم المصرف باقتفاء اثر عقد الأساس كون التزام المصرف تبعياً لذلك العقد الأصلي⁽²¹⁾ في حين ان المؤسسات المصرفية ورعاية لمصالحها ولاستقرار التعامل التجاري لا تقيم وزناً للدفع الناشئة عن العقد الأصلي بين العميل والمستفيد، ولا للدفع التي يمتلكها العميل قبل المصرف ذاته. تبعا لذلك ان كانت إرادة العميل معيبة بعيب من عيوب الإرادة، تم فسخ العقد الأصلي أو أبطاله لأي سبب قانوني، فإن ذلك لا يؤثر على التزام المصرف قبل المستفيد كونه مستقلاً فالأخير لا يستجد حقه من العقد المبرم بين المصرف وعميله وإنما تجده من خطاب الضمان نفسه. وعلى الرغم من وجهة الطرح أعلاه من الناحية المصرفية، ومن الناحية التجارية كذلك، الا انه قد يصطدم بالكثير من القواعد الثابتة قانوناً التي تقتضي حماية الطرف الضعيف من جهة، واقتفاء وتطبيق قواعد العدالة وحسن النية ومنع الغش المؤدي الى الفساد. وعليه فان استقلال التزام المصرف بالدفع يجب ان لا يكون بمعزل عن تلك القواعد والمبادئ وهذا ليس مصادرة للمبدأ بل هو تطبيق له، فالاستقلالية لا

تنهض بشكل مجرد عن محيطها وهذا لا يعرقل سير العمل المصرفي بقدر ما يحقق مبادئ العدالة وحماية الطرف الضعيف في العقد والمتمثل بالعميل وهو ما تحاول الدراسة بيانه تباعاً.

ثالثاً – الأساس القانوني لمبدأ الاستقلالية في خطاب الضمان:

أن المقصود بالأساس القانوني هو معرفة القاعدة أو النص القانوني الذي تركز عليه المعالجة القانونية للمسائل المنظورة، وفي هذا الموضوع سنعرض تلك النصوص القانونية والاحكام القضائية التي تمثل أساساً قانونياً لتطبيق مبدأ الاستقلالية في القانون والقضاء العراقي والمصري على النحو الآتي:

1- في القانون والقضاء العراقي:

يمكن القول وبوضوح أن استقلال التزام المصرف تجاه المستفيد في خطاب الضمان يجد منطلقه واساسه في المادة (287) من قانون التجارة النافذ ، التي نصت على ان الخطاب هو: "تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب احد المتعاملين معه (الأمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله". اذ يبين النص أعلاه، أن المصرف المصدر للخطاب يلتزم – بناء على طلب عميله بالضمان - بالوفاء للمستفيد بمبلغ الضمان المحدد عند الطلب دون قيد أو شرط، وهذا يعني أن التزام المصرف مستقل عن عقد الأساس الذي يجمع بين العميل والمستفيد والذي صدر الخطاب من اجل حسن تنفيذه.

كما ويظهر أساس مبدأ الاستقلالية في التزام المصرف بوضوح في نص المادة (290) من القانون أعلاه الذي جاء فيه: " لا يجوز للمصرف أن يرفض الأداء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالأمر أو المستفيد أو إلى علاقة الأمر بالمستفيد" بموجب هذا النص فإن المصرف لا يستطيع التمسك قبل المستفيد بأي دفع مستمد من العلاقة التي تربطه بالعميل أو التي تربط العميل بالمستفيد ، فلا يجوز للمصرف الامتناع عن الدفع على أساس أن المصرف لم يقدّم بتقديم غطاء الخطاب ، لأن العلاقة بين المصرف والمستفيد مستقلة عن العلاقة بين المصرف والعميل، كما لا يجوز للمصرف التمسك بالدفع لمستفيدة من علاقة العميل بالمستفيد.⁽²²⁾ ويتضح من هذه النصوص أن المصرف ان وجد ان عملية الدفع لا يشوبها غش او تعسف فلا واجب عليه بأخطار العميل بطلب الوفاء من قبل المستفيد، وهذا بخلاف الكفالة المصرفية التي يكون فيها المصرف ملزم بأخطار العميل المكفول عن أي مطالبة تتم قبل أن يقوم بالدفع حتى يستطيع معرفة ما لديه من دفع⁽²³⁾ ، كما وتختلف الكفالة عن الخطاب في أنها يستطيع فيها أن يتمسك المصرف تجاه الدائن بالدفع التي من حق المدين التمسك بها ، لأن التزام المصرف الكفيل في الكفالة المصرفية تابع إلى التزام المدين (العميل) وليس مستقلاً عنه⁽²⁴⁾

اما فيما يتعلق بأحكام القضاء العراقي، فان له اكثر من حكماً يركز على استقلال التزام المصرف المصدر لخطاب الضمان تطبيقاً لنص المادتين (278) و(290) من قانون التجارة النافذ اللذين يمثلان الأساس القانوني لمبدأ الاستقلالية. فقد جاء في حكم لمحكمة التمييز الاتحادية نص على أنه " لا يجوز للمصرف / المدعى عليه أن يرفض دفع مبلغ الخطاب ولأنه ملزم بتسديد المبلغ دون قيد أو شرط"⁽²⁵⁾. اذ يكشف هذا المبدأ القضائي أن المصرف قد رفض الوفاء للمستفيد لذلك

قام الأخير بمقاضاته، فجاء حكم محكمة التمييز ليلزم المصرف بالوفاء عملاً بأحكام المادتين (287) و(290) من قانون التجارة، وقد سببت محكمة التمييز حكمها بأنه ما دام طلب الوفاء قد تم خلال المدة المعينة في الخطاب وبمنأى عن أي علاقة أخرى تربط بين اطرافه فإنه ملزم بالوفاء عملاً بمبدأ الاستقلالية. وقد أكدت محكمة التمييز الاتحادية على مبدأ الاستقلالية في حكم آخر لها جاء فيه " ... صحيح وموافق للقانون للأسباب والحيثيات التي استند إليها وان طعون المميز غير وارده حيث لا يجوز للمصرف / المدعى عليه ان يرفض الاداء للمستفيد بموجب خطاب الضمان لسبب يرجع الى علاقة الأمر بالمستفيد بموجب المادة(29) من قانون التجارة رقم (30) لسنة 1984 لذلك قرر تصديق الحكم بالحجز ... "(26). نلاحظ من خلال هذا الحكم بأن محكمة التمييز الموقرة قد ألزمت المدعى عليه مبلغ خطاب الضمان إلى المدعي المميز عليه بصرف النظر عن أي علاقة أخرى.

2- في القانون والقضاء المصري

نص المشرع المصري في المادة (355) الفقرة (1) من قانون التجارة رقم (17) لسنة 1999م على استقلال التزام المصرف بالنص: " أي أن المصرف ملتزم بالوفاء دون أن يقيد بأية معارضة"، أي أن المصرف يلتزم بالوفاء دون أن يقيد بأية معارضة قد تصدر من العميل، و لا اثر لأي دفع يصدر من العميل على التزام المصرف⁽²⁷⁾. كما نص كذلك في المادة (358) من ذات القانون على انه " لا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالأمر أو إلى علاقة الأمر بالمستفيد". أي لا يجوز للمصرف أن يمتنع عن الوفاء لسبب يرجع إلى عقد الأساس أو إلى عقد فتح الاعتماد بالضمان، كما ويترتب على ذلك بأنه اذا كانت إرادة العميل الأمر مشوبة بأي عيب من عيوب الإدارة فأن ذلك لا أثر له على التزام المصرف المصدر للخطاب⁽²⁸⁾، كذلك عدم تقديم العميل لغطاء خطاب الضمان للمصرف لا يعد سبباً لعدم وفاء المصرف بالتزامه حيث أن المستفيد يستمد حقه مباشرة من الخطاب وليس من العقد المبرم بين العميل والمصرف⁽²⁹⁾. اما فيما يتعلق بأحكام القضاء المصري اذ جاءت العديد من أحكام محكمة النقض لتؤكد على هذا المبدأ، فقد قضت بأنه "علاقة البنك بالمستفيد منفصلة عن علاقته بالعميل مؤدى ذلك - الزامه بسداد المبلغ الذي يطلبه المستفيد فوراً ما دام في حدود التزام البنك"⁽³⁰⁾. ويتبين من هذا الحكم أن القضاء المصري يؤكد على ان التزام المصرف تجاه المستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه مستقل ومنفصل عن العلاقات الاخرى الناشئة بين اطرافه، وبالتالي التزامه بدفع المبلغ الى المستفيد عند طلب الوفاء وتوافر الشروط المنصوص عليها في متن الخطاب.

الفرع الثاني

نطاق تطبيق مبدأ الاستقلالية

ان مبدأ الاستقلالية كما تم بيانه أعلاه والذي يمثل خاصية وسمة بارزة ومفصلية في معاملة خطاب الضمان لابد من تحديد نطاقه وحدوده. وكما تم الإشارة إليه أعلاه وفي أكثر من موضع، فان الاستقلالية المحضة التي تجعل من المصرف وكأنه آلة لا يأبه لمصالح عملاءه وغير معني بعقد الأساس، وتجعل من التزام المصرف قبل المستفيد التزاماً مجرداً وغير مكترث بقواعد

العدالة وحسن النية ومنع الغش المفسد للتصرف، هو امرا ليس مطلقا دائما بل يجب ان يقيد. وهذا التقيد لكي تتبين صورته لابد من تحديد نطاق تطبيق مبدأ الاستقلالية كي تكون صورة التزام الصورة أكثر وضوحا وبشكل محدد من كل الاتجاهات. تبعا لذلك لابد من بيان نطاق تطبيق مبدأ الاستقلالية وتحديد متى يطبق؟ وعلى من؟ وبخصوص ماذا؟ بعبارة أوضح لابد من توضيح النطاق الزمني والشخصي والموضوعي لتطبيق مبدأ الاستقلالية وبالخصوص في خطاب الضمان، على النحو الآتي:

أولاً: النطاق الزمني

ويراد به حدود البداية والنهاية الذي يمكن ان يطبق خلاله مبدأ الاستقلالية، ويبدأ تطبيق هذا المبدأ منذ لحظة صدور خطاب الضمان ووصوله إلى علم المستفيد الذي ينشأ حقا للأخير بمطالبة المصرف وفاء قيمة الخطاب. ومنذ ذلك الوقت تصبح قيمة الخطاب تحت تصرف المستفيد دون قيد او شرط، ويتحمل المصرف في حال امتناعه عن الصرف المسؤولية القانونية لحبسه مالا يفترض ان يكون تحت تصرف المستفيد دون وجه حق أو سند قانوني⁽³¹⁾. وبعبارة أخرى، فان استقلالية التزام المصرف من حيث الزمن ينشأ من تاريخ صيرورة الخطاب ملزما للمصرف بوصوله الى علم المستفيد وعدم اعتراضه، وحتى نهاية ذلك التاريخ المثبت رسميا في سند الخطاب مالم يمدد. تبعا لذلك يمكن للمصرف ان يتمسك قبل المستفيد باي دفع لاسيما خروج السند عن التفعيل نتيجة انتهاء نطاقه الزمني متى ما طالب المستفيد بحقه، وهذا ما يجعل مبدأ الاستقلالية مفيد زمنيا بوقت سريان خطاب الضمان. وهذا الامر مرتبط بمبدأ الكفاية الذاتية لسند خطاب الضمان وبالتالي فان خاصية الاستقلالية في التزام المصرف تتوقف عن العمل متى ما يشير سند الخطاب لنفاذ نطاقه الزمني بانتهاء مدته دون طلب من المستفيد تحت أي سبب كان⁽³²⁾. وقد أكد القضاء العراقي على ذلك في حكم له جاء فيه: " أن التزام المصرف (المتعهد) بدفع مبلغ خطاب الضمان الصادر منه لا يمكن أن يكون بلا نهاية بل ينبغي أن تكون المطالبة بمبلغه خلال المدة المعينة فيه وبعبارة أخرى دمة المصرف تجاه المستفيد"⁽³³⁾. من خلال هذا الحكم يتضح بان القضاء يشارك الفقه والتشريع بضرورة وجود نطاق زمني حاكم لاستقلال التزام المصرف تم تحديده في متن الخطاب، فلا يجوز أن يكون بلا نهاية كما وان عدم المطالبة به خلال المدة المحددة فيه يؤدي إلى براءة دمة المصرف عند انتهاءها. استناد الى ذلك فان مقتضى الوجوب القانوني يستلزم من المصرف عدم التمسك بالاستقلالية تجاه أي سبب يثيره العميل تجاه المستفيد بعد انتهاء نطاق الخطاب الزمني والذي يفترض ان ينتهي تبعا له استقلالية التزام المصرف.

ثانياً: النطاق الشخصي

ويراد به تحديد الأشخاص الذين ينطبق عليهم وينصرف الى علاقاتهم القانونية مبدأ الاستقلالية. فيرى الفقه أن الاستقلال في التصرفات التجارية ينطبق عليها سواء كانت ذات علاقة مباشرة أو غير مباشرة⁽³⁴⁾. ففي خطاب الضمان تربط العميل بالمصرف علاقة مباشرة ومستقلة عن العلاقة التي جمعت العميل بالمستفيد (عقد مقولة او توريد مثلا) وهي علاقة مباشرة ومستقلة كذلك، في حين تربط المصرف والمستفيد علاقة غير مباشرة، لكن مع ذلك فهي تخضع لمبدأ

الاستقلالية⁽³⁵⁾ ، وهذا أن دل على شيء فهو يدل على أن الاستقلال لا يقتصر على بعض الأطراف أو العلاقات دون غيرها. ولكن السؤال المهم الذي يبرز هنا هو ان النطاق الشخصي ينطبق على الأشخاص المعنيين بشكل مباشر وحصري استناد الى كونهم من أسس لمعاملة خطاب الضمان والمتأثرين بأثارها وهم كل من العميل الامر بفتح الاعتماد والمصرف المصدر للخطاب والمستفيد الذي ارتبط بعلاقة عقدية مع العميل، فهل يجوز تحويل خطاب الضمان لمستفيد آخر؟ وهل تطبق بحقه هذه الاستقلالية؟ يمكن الإجابة على هذا السؤال باتجاهين حسب الآراء الفقهية:

الاتجاه الأول: و نستطيع أن نسميه بالاتجاه المضيق ، وهو الذي يرى بان تغيير اسم المستفيد بحكم القانون يؤدي إلى عدم سريانه في حقه، أي أن سريان الخطاب يبقى مقتصرًا على المستفيد الذي ذكر اسمه في متنه وان المصرف لا يلزم بالدفع إلا اليه⁽³⁶⁾ ، وذلك لأن إرادة المصرف - التي تترجم إرادة العميل- قد اتجهت اليه بالذات، تبعا لذلك فان المستفيد الثاني يعد أجنبيا عن خطاب الضمان ، واسمه غير مذكور فيه. ويتمسك أصحاب هذا الاتجاه بنص المادة (289) من قانون التجارة التي تنص على " لا يجوز للمستفيد أن يتنازل عن حقه الناشئ عن خطاب الضمان إلى الغير إلا بموافقة المصرف" كما يجوز للمصرف أن يتمسك بالمادة(290) من قانون التجارة لكونها تتعلق بتغيير في مضمون خطاب ذاته⁽³⁷⁾.

اما **الاتجاه الثاني** ويمكن ان نسميه بالاتجاه الموسع، اذ يرى أصحابه أن الحلول الذي يتم بحكم القانون يسري حكمه على الجميع ويلتزم المصرف بالدفع إلى المستفيد الثاني كونه حل محل الأول بحكم القانون. ويلحظ بان أصحاب هذا الاتجاه يغلبون مصلحة المستفيد الثاني الذي يحل محل الأول بحكم القانون فهم حسب قولهم يرون بان القرض الأساس من خطاب الضمان هو حماية المستفيد. كما انه في حالة كون المستفيد شخص معنوي ويندمج مع شخص معنوي آخر، فان جميع الحقوق والامتيازات العائدة للشركة المندمجة تنتقل إلى الشركة المدمج بها أو الناجمة عن الدمج وذلك وفقاً للمادة (152) من قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997م التي جاء فيها " تنتقل حقوق والتزامات الشركة المندمجة إلى الشركة المدمج بها أو الناجمة عن الدمج". ويمكن القول بترجيح الاتجاه الأول المضيق عملاً بأحكام المادة (289) من قانون التجارة بعدم جواز تنازل المستفيد عن حقه إلى الغير إلا بموافقة المصرف، ذلك لأنه من المفترض أن المصرف لا يقبل بحلول المستفيد الثاني محل الأول إلا بعد التأكد منه والاطمئنان اليه والثقة به، وهذا بالتالي يؤثر على الحماية المقررة للعميل مما قد يصدر من المستفيد من غش أو غيره عند المطالبة بقيمة خطاب الضمان. نتيجة لما تقدم فان كان التنازل عن الحق تم وفق الأصول القانونية فيمكن ان يسري استقلال التزام المصرف حتى الى المستفيد الجديد، لكن ان كان التنازل او تحويل الحق تم بشكل غير قانوني فهنا لا استقلالية ويمكن للمصرف ومن وراءه العميل التمسك بالدفع كافة تجاه المستفيد حماية لحقوقه

ثالثاً: النطاق الموضوعي

ويراد به النصوص القانونية التي تولت بيان أحكام مبدأ الاستقلالية بصورة عامة ، والتي تتمثل في هذا الموضوع بأحكام قانون التجارة العراقي رقم(30) لسنة 1984م المعدل ، التي عالجت

خطاب الضمان والمتمثلة بالمواد من (287 إلى 293) حيث خصص المشرع المادة(287) لبيان تعريفه والذي يتضح مبدأ الاستقلالية جلياً بقوله " ... بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين إلى شخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط ... " في حين تناولت المادة(288) في فقرتها الأولى تقديم كفالة لتغطية الخطاب سواء كانت شخصية أو عينية ، وتوالت المواد وصولاً إلى المادة(293).

المطلب الثاني

النتائج المترتبة على مبدأ الاستقلالية واثاره

ان مبدأ الاستقلالية في خطاب الضمان تترتب عليه مجموعة من النتائج المهمة تجعل من الخطاب عملية مصرفية ذات خصوصية ومختلفة من العمليات المصرفية الأخرى كالكفالة على سبيل المثال. ان تلك النتائج المتأتبة من الاستقلالية تترتب عليها آثار تنعكس على العلاقات بين أطراف الخطاب. ومن أجل الالمام بتلك النتائج واثار تطبيق مبدأ الاستقلالية على العلاقات المكونة لمعاملة خطاب الضمان سنقسم هذا الفرع الى قسمين، نتناول في القسم الأول النتائج المترتبة على مبدأ الاستقلالية، في حين خصص القسم الثاني لبيان آثار تطبيق هذا المبدأ، على النحو الاتي:

الفرع الأول

النتائج المترتبة على تطبيق مبدأ الاستقلالية

ان فكرة الاستقلالية تمثل خلاصة لمجموعة معطيات في مجال العمليات المصرفية كما بينهاها سلفاً، وهذه الفكرة او المبدأ يترشح عنه مجموعة من النتائج تشكل بمجموعها قوام فكرة الاستقلالية عند تطبيقها عملياً نبيها تباعاً على النحو الاتي:

أولاً: الكفاية الذاتية

من النتائج المترتبة على مبدأ الاستقلالية هو الكفاية الذاتية أي ان التزام المصرف لا يتوقف على أي عنصر خارجي مما ذكر في الخطاب⁽³⁸⁾ ، وهذا يعني أن أطراف الخطاب يتعاملون مع مستند الخطاب دون الرجوع الى أطراف العلاقة الاصلية ، وهذا ما يزيد الثقة بين اطراف الخطاب من ناحية حق المستفيد قبل المصرف المصدر للخطاب ، وكذلك حق المصرف في الرجوع على العميل بعد وفاء قيمة خطاب الضمان⁽³⁹⁾. كما ويراد من الكفاية الذاتية أن الخطاب بذاته يكون كافياً لبيان التزامات الاطراف فيه ، ومشتماً على كل البنود والشروط المتعلقة بالتزاماتهم دون الاعتماد على عنصر خارجي عنه⁽⁴⁰⁾. وبتوافر هذه الخاصية فإن خطاب الضمان سوف يحقق الغاية المرجوة منه، والتي وجد لأجلها وهي حله محل النقود. ولعل ما جاء في المادة (287) من قانون التجارة العراقي يؤيد هذه الخاصية اذا اوضحت ان خطاب الضمان يدفع عند الطلب دون قيد او شرط مادام طلب الوفاء مستوفياً لشروطه حيث نصت على انه " تعهد يصدر من مصرف بناءً على طلب احد المتعاملين (الأمر) بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد او شرط " بمعنى ان الوفاء به لا يتوقف على واقعة او عنصر خارجي عنه ، وقد جاء كذلك المادة(290) لتؤكد على كفايته الذاتيه حيث نصت على ان " لا يجوز للمصرف ان يرفض الاداء للمستفيد لسبب يرجع الى علاقة المصرف بالأمر او المستفيد او الى

علاقة الأمر بالمستفيد" وهذا يدل على ان المشرع قد اقر بالكفاية الذاتية لخطاب الضمان دون الاعتداد بأي اتفاقات اخرى بين اطراف لم تذكر في متن الخطاب وقد ايد القضاء العراقي ذلك ايضاً اذ اقرت محكمة التمييز مبدئاً قضائياً جاء فيه " خطاب الضمان عملية مصرفية توجب على المصرف اداء خطاب الضمان للمستفيد ولا علاقة للمصرف بعلاقة الأمر العميل بالمستفيد ومعرفة مصير العقد المبرم بينهما ومطالبته بيان الضرر ، وحيث ان التزام المصرف بالأداء التزاماً أصلياً ومستقلاً⁽⁴¹⁾ وهذا يعني بان القضاء العراقي قد اقر ايضاً بالكفاية الذاتية لخطاب الضمان دون الحاجة الى مستند او عنصر اخر خارجي عنه. وقد أكد القضاء المصري على مبدأ الكفاية الذاتية لخطاب الضمان في حكم له جاء فيه " خطاب الضمان - كباقي الاوراق التجارية - له استقلالية وكفايته الذاتية بمعنى : (الوفاء به لا يتوقف على واقعة خارجة عنه ولا على تحقق شرط ولا حلول اجل ، ولا يغير من ذلك ان يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع الى المستفيد منه"⁽⁴²⁾. يتضح من هذا الحكم ان خطاب الضمان يتمتع بالكفاية الذاتية وان الوفاء به لا يتوقف على أي عنصر آخر سوف يتمثل في صورة شرط او أجل غير مما حدد فيه ابتداءً ولا لرأي واقعة ترجيح المستفيد منه

ثانياً: عدم تبعية التزام المصرف لالتزام العميل (التجريد)

يراد بالتجريد ان يكون التزام المصرف صحيحاً بغض النظر عن سببه ، فالتجريد هو عدم جواز التمسك ببعض الدفوع بالنسبة لبعض الاشخاص ومعلوم بأن هذه الدفوع تتحدد بموجب نص في القانون او على اساس الحكمة الكامنة من وراء تجريد الالتزام في حال لم يحدد مدى التجريد قانوناً⁽⁴³⁾. فالمصرف ليس له أن يتمسك قبل المستفيد بالدفوع المستمدة من علاقة المستفيد والعمل. ان الفن المصرفي قد استحدث وسيلة خطاب الضمان للتخلص من مشاكل الكفالة المصرفية التي يكون فيها التزام المصرف تبعياً لالتزام العميل المكفول في حين ان التزام المصرف في خطاب الضمان مستقلاً ومجرداً من كل التزام اخر حتى وان كان نابعا من عقد الأساس الذي انشا الخطاب لأجله. وفي هذا الصدد فقد قضت محكمة استئناف الرصافة الاتحادية " أن التزام المصرف تجاه المستفيد هو التزام مباشر وبات مجرد عن السبب الذي صدر خطاب الضمان من أجله فعلاقة المصرف بالمستفيد قائمة بذاتها وغير تابعة لأي علاقة قانونية اخرى ، ومستقلة عن علاقة المصرف بالأمر أو علاقة الأمر بالمستفيد فلا يجوز للمصرف ان يتمسك في مواجهة المستفيد بدفوع مستمدة من علاقة الأمر بالمستفيد ..."⁽⁴⁴⁾. وهذا الحكم يعني ان خطاب الضمان - من حيث المبدأ - مجرد عن أي سبب ينشأ من أجله ، وان علاقة المصرف بالمستفيد مستقلة عن العلاقات الاخرى الناشئة عن عقد الأساس⁽⁴⁵⁾. وهذا ما اكدته محكمة التمييز على هذا المعنى بحكمها " القرار صحيح وموافق للقانون وذلك لأن مطالبة المدعي / اضافة لوظيفته بمبلغ خطاب الضمان تجد سندها في احكام المادتين (287) و (291) من قانون التجارة وحيث ان تعهد المصرف بدفع مبلغ خطاب الضمان الى المستفيد منه يكون دون قيد أو شرط ولا يتوقف ذلك على حصول ضرر للمستفيد ... لذا قرر تصديق القرار المميز ..."⁽⁴⁶⁾.

ثالثاً: الفورية

ويقصد بالفورية ان خطاب الضمان يستحق فور وصوله الى علم المستفيد، وان الضمان لا يكون مستحقاً في تاريخ لاحق لإصداره ، حيث ان المستفيد لا يقبل أي ضمان مالم تتحقق فيه مميزات الدفع الفوري ولا يستطيع العميل ان يناقض المصرف في دفعه الفوري للمستفيد لأن المصرف هو المتعهد بتسليم المبلغ⁽⁴⁷⁾. وتنص المادة (287) من قانون التجارة العراقي النافذ على: " ... بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد او شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ... " ، بناء على هذا النص فإن من نتائج مبدأ الاستقلالية هو فورية دفع الخطاب، أي التزام المصرف بدفع الخطاب للمستفيد عند تقديم طلب الوفاء فوراً دون التوقف على شرط حيث ان هذه الخصيصة ملازمة لوظيفة خطاب الضمان المتمثلة بحلوله محل النقد، حيث ان الدائن قد رضي به على اعتباره نقوداً غير مباشرة⁽⁴⁸⁾ جدير بالإشارة الى ان المصرف لا يدفع قيمة الخطاب من تلقاء نفسه. وانما يكون ذلك بناء على طلب مقدم من قبل المستفيد بصفته الشخصية او بواسطة وكيله لأن خطاب الضمان يصدر لمستفيد محدد بالذات ومذكور اسمه في متن الخطاب والمصرف ملزم امامه بالدفع عند المطالبة فوراً⁽⁴⁹⁾. ومن المهم ان تتضمن خطابات الضمان عبارات تفيد معنى الفورية⁽⁵⁰⁾. وقضت محكمة التمييز الموقرة بأن " خطاب الضمان هو تعهد من المصرف لصالح المستفيد يقضي بدفع المبلغ المعين فيه للمستفيد عند الطلب وخلال المدة المعينة فيه"⁽⁵¹⁾. ويتبين من هذا الحكم بأن خطاب الضمان يصدر لمصلحة المستفيد على اعتباره ضماناً له بدلاً من النقود، ويلزم المصرف بالدفع له عند المطالبة الفورية دون قيد أو شرط ما دامت المطالبة ضمن المدة المحددة في الخطاب.

رابعاً: عدم الدفع بالمقاصة في مواجهة المستفيد:

عرفت المقاصة في القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل في المادة 408 منه بكونها " المقاصة / هي اسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابل دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه"، كما جاءت المادة (409) في فقرتها الأولى لتبين انواع المقاصة اذا اوضحت بأنها على نوعين ، أما اجباري أو اختياري حيث نصت على " 1- المقاصة / إما جبرية تحصل بقوة القانون او اختيارية تحصل بتراضي المتدائنين" وان عدم اعتماد المقاصة يعتبر من النتائج المترتبة على تطبيق مبدأ الاستقلالية في خطاب الضمان حيث ان الأطراف لا تستطيع ان تتمسك قبل بعضها بالمقاصة لدين سابق في ذمة المستفيد او المصرف. فالعميل لا يستطيع ان يمتنع عن تسديد قيمة الخطاب استناداً لدين سابق في ذمة المصرف تجاهه كان يكون مستحقاً لفوائد يمتنع المصرف عن ايداعها في حسابه وتمكينه منها، ولا يجوز للمصرف كذلك التمسك بالمقاصة تجاه المستفيد ورفض دفع قيمة الخطاب عند الطلب بحجة ان لديه دين بذمة ذلك المستفيد. وتبعاً لذلك فإن التزام المصرف سيبقى قائماً تجاه المستفيد وان كانت له ديون في ذمة الأخير، فلا تبرأ ذمة المصرف الا بدفع قيمة الخطاب وبدون الدفع يجعله مشغول الذمة للمستفيد. ان نتيجة عدم جواز الامتناع عن الدفع استناداً الى المقاصة تعتبر نتيجة منطقية لتطبيق مبدأ الاستقلالية كونه يقوم على عدم التداخل بين العلاقات القانونية الناشئة عن خطاب الضمان من جهة وتطهيره من الدفع المستمدة من خارج نطاق الخطاب بناء على كفايته الذاتية. الا ان موضوع المقاصة وعلى الرغم

من اعتباره نتيجة منطقية لاستقلال التزام المصرف لا يسلم من النقاش الفقهي وعدم الدقة في الموقف التشريعي وهو ما سيتم بحثه في الفصل الثاني.

الفرع الثاني

آثار تطبيق مبدأ الاستقلالية على العلاقات القانونية الناشئة من خطاب الضمان

ان تطبيق مبدأ الاستقلالية سيلقي بظلاله على العلاقات بين أطراف خطاب الضمان بلا شك ومن أجل تسليط الضوء على الآثار المترتبة على ذلك سنبينها على النحو الآتي:

أولاً: الآثار المترتبة على العلاقة بين المصرف والعميل (عقد فتح الاعتماد بالضمان):

ان المصرف يتعهد بموجب خطاب الضمان بأن يدفع قيمته الى المستفيد متى ما قدم طلباً بذلك خلال المدة المحددة في الخطاب دون اية معارضة من العميل ، وهذا يعني ان استقلال التزام المصرف يستلزم التعامل مع المستفيد على انه مدين اصلي وليس نائب عن العميل ، فلا يجوز للمصرف ان يتمسك بأية دفعات في مواجهة المستفيد⁽⁵²⁾ . ولا يجوز للمصرف ان يمتنع عن تنفيذ التزامه بناء على أي دفع صادر من العميل، إلا في حالات الغش او التعسف الصادر من المستفيد⁽⁵³⁾ . كما وان التزام المصرف مستقل عن التزام العميل ، فالمصرف يصدر الخطاب دون النظر الى التزام العميل امام المستفيد ، ولا حتى مراقبة مدى تنفيذه لالتزامه أي لا يحق للمصرف ان يمتنع عن الدفع لسبب يرجع الى علاقته مع العميل ، لأن التزامه مستقل وغير تابع الى التزام العميل الأمر⁽⁵⁴⁾ وهذا بلا شك من حيث المبدأ الا ان العلاقة ان شأها شبهة الغش او وجود تعسف من المتسفيد لمصادرة الخطاب او عيب جوهري في عقد الأساس او غيرها فان اتجاه الأمور سيختلف بالتأكيد. ومن الآثار كذلك ان العميل لا يجوز له ان يمتنع عن إعادة قيمة الخطاب للمصرف مع عمولته نتيجة ابطال عقد الأساس او حدوث عيب فيه او نتيجة لدين سابق للعميل بحق المستفيد. وبنفس الاتجاه فان المصرف كذلك لا يجوز له عدم تنفيذ التزاماته في عقد فتح الاعتماد لأي سبب كان طالما ان العقد أصبح مكتملاً ومنتظراً للتنفيذ. جدير بالذكر، ان تطبيق مبدأ الاستقلالية يترتب الآثار أعلاه على العلاقة بين العميل والمصرف الا انه من المفترض ان لا يترتب آثار يقطع بموجبها ما يمتلكه العميل من حقوق يقررها القانون وان كانت تصطدم او تتعارض مع تلك الاستقلالية المحضة. أي ان العميل عندما يتمسك بالنصوص او القواعد القانونية التي تقرر حمايته قبل أي ضرر يمكن ان يتعرض له فهذا لا يمثل تعارضاً مع الاستقلالية، فكلهما يستحصل قوته من القانون وحماية الطرف الضعيف في العقود وإقرار مبادئ العدالة وحسن النية في تنفيذ العقود ومنع الغش مقدماً على تطبيق الاستقلالية وهذا ما تحاول الدراسة بيانه وبيان حالاته تباعاً لاسيما في الفصل الثاني.

ثانياً: الآثار المترتبة على تطبيق مبدأ الاستقلالية على العلاقة بين العميل والمستفيد (عقد الأساس):

من حيث المبدأ، وتطبيقاً للاستقلالية فانه لا يترتب من أثر على الدفعات الصادرة من العميل تجاه المستفيد على التزام المصرف قبل الأخير الا اذا كان هناك تنازل أو ما شابه بين العميل والمستفيد ولم يلتزم به الأخير ، فهنا يستطيع العميل مقاضاته فيما قبضه دون وجه حق⁽⁵⁵⁾ . وقد أيد محكمة النقض المصرية ذلك في حكم لها جاء فيه " على المدين (الأمر) أن يبدأ هو بالشكوى

الى القضاء اذا قدر انه غير مدين للمستفيد أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد من البنك⁽⁵⁶⁾. كما انه لا يجوز للمصرف ان يتمسك بتعديل عقد الاساس او بانقضائه كأن يكون قد انقضى بقوة قاهرة أو خطأ صاد من المستفيد حيث يلزم المصرف باستمرار تعهده بسداد قيمة الخطاب ويرجع على العميل بهذه القيمة⁽⁵⁷⁾. وعلى الرغم من ان الاستقلالية تنفذ اثارها لهذه العلاقة، الا انها تمثل الحلقة الأساس والعلاقة الام التي نشأ في ظلها خطاب الضمان، وبالتالي فان الفقه القانوني واحكام القضاء وحتى المشرع حذرين جدا بالتعامل مع مشاكل وملازمات عقد الأساس كونها تؤثر على أسباب الالتزامات المنبثقة من العقود الأخرى المكملة لعقد الأساس في تكون خطاب الضمان. فلا يمكن للاستقلالية ان تبقى قائمة عند توافر أسباب تؤدي الى بطلان عقد الأساس او حدث ما يوجب تعديله ما يستلزم تغيير قيمة الخطاب مثلاً او وجود عيب في إرادة احد الأطراف وما الى ذلك من الأمثلة التي تجعل من التزام المصرف رهين بمشاكل عقد الأساس. هذا من جهة، من جهة أخرى، فان ما يتضمنه عقد الأساس من معطيات وبند ليس بالضرورة ان يؤثر سلباً على استقلال التزام المصرف بل قد يؤثر إيجاباً بتوفيره حلول لمشاكل الخطاب كعدم ورود المدة وتحديد اسم المستفيد والقيمة المطلوبة وما الى ذلك التي قد يغفل عنها مستند الخطاب او يحدث لبس فيها ويأتي عقد الأساس للإجابة عنها وهذا ليس ضرباً لكفاية المستند الذاتية وانما استنتاجاً لما سكت عنه الخطاب وبالتالي من غير المنطق ان يأخذ المصرف بما يخدم مصالحه من عقد الأساس ويرفض الاخذ بآثاره وتبعاته الأخرى التي لا تعنيه بحجة الاستقلالية فهذا تناقض تعمل الدراسة على بيان صوره.

ثالثاً: الآثار المترتبة على تطبيق مبدأ الاستقلالية على العلاقة بين المصرف والمستفيد:

كما تم بيانه أعلاه في موضوع المقاصة مثلاً، فلا يجوز للمصرف ان يتمسك قبل المستفيد بدفع سابق من علاقة قديمة او بالمقاصة لدين سابق في ذمة الأخير، ولا يجوز العكس كذلك للمستفيد في ان يمتنع عن تنفيذ التزام معين لحق العميل نتيجة وجود دفع للمستفيد قبل المصرف وقد نصت المادة (5) من القواعد الموحدة التي اصدرتها غرفة التجارة الدولية لخطابات الضمان في باريس على "ان كل الضمانات والضمانات المقابلة غير قابلة للرجوع فيها مالم ينص فيها على غير ذلك"⁽⁵⁸⁾، وهذا يعني ان التزام المصرف يصبح قطعياً بالخطاب بمجرد وصوله الى علم المستفيد وليس له ان يرجع به استناداً الى علاقة اخرى أو عقد آخر، الا اذا كان هناك نصاً صريحاً يجيز ذلك. بيد انه يجوز للمصرف ان يتمسك تجاه المستفيد بالدفع التي تنشأ عن خطاب الضمان ذاته، لأن المصرف قد التزم بإرادته المنفردة الخالية من العيوب فاذا كان المصرف مثلاً قد وقع في غلط في شخصية المستفيد، فهنا من حقه ان يمتنع عن الدفع للمستفيد وان هذا الامتناع مستمد من خطاب الضمان كون المستفيد احد اطرافه⁽⁵⁹⁾.

المبحث الثاني

تطبيقات تصدع مبدأ الاستقلالية في إطار خطاب الضمان المصرفي

لقد بينا في مواطن عديدة مما سبق ان الاستقلالية في التزام المصرف يفترض ان لا تكون مطلقة وان لا تكون حجة تهدر حق العميل كطرف ضعيف في معاملة خطاب الضمان. في هذا المطلب نود ان نختبر دعوانا بان مبدأ الاستقلالية وان كان يساهم في استقرار سير المعاملات التجارية

لاسيما المصرفية، الا انه وضع وتبلور وقتن بأحكام جميعها تصب بمصلحة المؤسسة المصرفية، وبالتالي فان هذا الاستقرار الذي توفره خاصية الاستقلال في التزام المصرف يمكن ان يكون استقراراً ظاهرياً فحسب. ان المشاكل التي تنشأ من عقد الأساس سواء كانت مشاكل عند تكوين او خلال تنفيذه هي ليست مشاكل عابرة يمكن غض الطرف عنها بداعي استقلال التزام المصرف، بل هي مشاكل تضرب صميم معاملة خطاب الضمان ان كان عقد الأساس باطلاً او معيباً، متضمناً لغش او تعسف. وكذلك الحال اثناء تنفيذ ذلك العقد وما يبرز عنه من ثغرات تستدعي اللجوء الى القضاء او التحكيم قبل الاستمرار بتنفيذه، وبالتالي فان طالب المستفيد بمصادر قيمة الخطاب خلال تلك المرحلة فما هو موقف المصرف حيال ذلك وهو ملزم بحماية مصالح عميله. هذه الحماية توفرها وتلزم بها قواعد العمل المصرفي⁽⁶⁰⁾ التي تعتبر العميل قيمة عليا يجب الاهتمام بمصالحه وعدم تعريضها للخطر بحجة استقلال الالتزام التي تكشف مشكلة حقيقية في تلك المعاملة، وعليه فقد قسم هذا المبحث الى مطلبين، خصص المطلب الأول لبيان حالات تصدع مبدأ الاستقلالية الناشئة من تكوين عقدي الأساس وفتح الاعتماد، في حين خصص الثاني لبيان تلك الحالات اثناء فترة تنفيذهما، على النحو الآتي:

المطلب الأول

حالات تصدع مبدأ الاستقلالية الناشئة من تكوين عقدي الأساس وفتح الاعتماد

ان المشاكل التي تنشأ من عقد الأساس سواء كانت مشاكل عند تكوين هي ليست مشاكل عابرة يمكن غض الطرف عنها بداعي استقلال التزام المصرف، بل هي مشاكل تضرب صميم معاملة خطاب الضمان ان كان عقد الأساس باطلاً او معيباً، متضمناً لغش او تعسف وغيرها من ثغرات تستدعي اللجوء الى القضاء او التحكيم قبل الاستمرار بتنفيذه. وبالتالي فان طالب المستفيد بمصادر قيمة الخطاب خلال تلك المرحلة فما هو موقف المصرف حيال ذلك وهو ملزم بحماية مصالح عميله. لكل ما تقدم ومن اجل الوقوف على هذه الحالات فقد قسم هذا المطلب على فروعين، خصص الأول منها لبيان أثر البطلان او ايراد شرط التحكيم على التزام المصرف، وخصص الثاني لمناقشة تأثير الشروط الواردة في عقد فتح الخطاب على الاستقلالية، على النحو الآتي:

الفرع الأول

مدى تأثير عقد الأساس على استقلالية التزام المصرف

تتمثل تأثير عقد الأساس على التزام المصرف بحاليتين هما، اما بطلان عقد الأساس، أو ايراد شرط تحكيم في عقد الأساس ولذلك سنتناول هاتين الحالتين في هذا الفرع وعلى النحو الآتي:

أولاً – أثر بطلان عقد الأساس على استقلالية التزام المصرف:

يعد عقد الأساس الدستور المنظم للعلاقة بين الأمر والمستفيد، والذي على اساسه اتفق الاطراف على اصدار خطاب الضمان لمصلحة المستفيد، فهو يمثل العلاقة الأولى بين الاطراف او توريد او عقد نقل⁽⁶¹⁾ فعندما يكون هنالك تعهد بين العميل والمستفيد فانه ينص في متن التعهد باصدار خطاب ضمان وائاً كان نوع عقد الأساس فانه يجب ان ينص فيه على الخطاب وكل ما ينطوي عليه من المدة والقيمة والمستندات المطلوب تقديمها من قبل المستفيد عند المطالبة بالوفاء⁽⁶²⁾،

وعليه فان غياب هذا العقد لا يتصور معه اتجاه الاطراف الى اصدار الخطاب⁽⁶³⁾ ، ولكن قد يحدث ان يبطل هذا العقد نتيجة عيب يتخلله وان التفكير المنطقي السليم يقتضي ان يكون اساس التصرفات الفعلية والقولية صحيحاً حتى ينتج اثارها القانونية ، واذا ما اخترق هذا الأساس فانه يكون باطل ومنعدم الاثر حيث يقتضي ذلك اعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد متى ما كان ذلك ممكناً لأن البطلان هو مالا يصلح اصلاً باعتبار ذاته او وصفاً باعتبار بعض اوصافه الخارجية⁽⁶⁴⁾. ان العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم كما نصت على ذلك المادة (138) من القانون المدني العراقي اذا جاء فيها " 1- العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً ، 2- فاذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فاذا كان مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل ". كما جاءت المادة (137) من ذات القانون في فقرتها الثانية لتبين الحالات التي يعد فيها العقد باطل حيث نصت على " 2- فيكون العقد باطلاً اذا كان في ركنه خلل كأن يكون الايجاب والقبول صادرين ممن ليس اهلاً للتعاقد او يكون النخل غير قابل لحكم العقد او يكون السبب غير مشروع ". يتضح من هذه المادة بان العقد يبطل اذا تخلل عيب كأن يكون في اطراف التعاقد او في سببه او محله فيصبح منعدماً ولا يقيد الحكم وان هذا الحال يجب ان ينطبق على عقد الاساس باعتباره احد انواع العقود الملزمة للجانبين حيث اكد البعض على ذلك بقولهم " في جميع الاحوال يجب ان يكون الغرض من الضمان صحيحاً قانوناً ، لذلك يجب ان لا يصدر الضمان عن التزام باطل لاي سبب من اسباب البطلان ، فلا يصلح ان يصدر البنك مثلاً ضماناً لتسديد فائدة مستحقة على عميله بواقع 10% لأن الربا الفاحش يبطل الالتزام لمخالفته النظام العام"⁽⁶⁵⁾ ، اذا كان هنالك سبب لابطاله لأنه لم يلتزم بالالتزام صحيح منذ البداية⁽⁶⁶⁾.

كما ويتبادر الى الذهن في هذا الموضوع سؤال حول كيفية التزام المصرف بناءً على عقد باطل وكيف ممكن للعميل ان يدفع مبلغ الخطاب الى المصرف عند الرجوع عليه استناداً الى عقد باطل؟ للإجابة على هذه التساؤلات نرجع الى نص المادة (2/19/ب) من قواعد اتفاقية الامم المتحدة لسنة 1995 المتعلقة بالضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة والتي جاء فيها تحديد الحالات التي لا يتصور ان يكون فيها اساس للمطالبة حيث جاء فيها " حيث يكون الالتزام الاصلي الواقع على الاصيل / الطالب قد اعلنت بطلانه محكمة او هيئة تحكيم مالم يبين التعهد ان هذا الحدث الاحتمالي يندرج ضمن المخاطر التي يغطيها التعهد " حيث يتضح من هذا النص بان من حالات انعدام اساس المطالبة هو صدور حكم محكمة او هيئة تحكيم ببطلان عقد الاساس او ايقاف صرف المصرف لقيمة الخطاب مادام انه لم ينص في متن الخطاب بان هذا الخطر لا يؤثر على التزام المصرف بالدفع الى المستفيد⁽⁶⁷⁾ ، وبالرجوع الى نص المادة (138) من القانون المدني العراقي نجد انها قد اقرت بصراحة تامة بان العقد الباطل لا يفيد الحكم اصلاً أي انه حتى وان انعقد ابتداءً الا انه لا يفيد الحكم ويجب اعادة المتعاقدين الى ماكان عليه قبله ، كما وقد جاءت المادة (2) من القانون نفسه لتبين بأن " لا مساع للاجتهاد في مورد النص " ، وما دام البطلان منصوباً عليه بنص صريح لا يحتمل التفسير لذا فلا مجال للاجتهاد والترجيح وان خطاب الضمان ما هو الا نتيجة طبيعية لهذا العقد حتى ولو كانت العلاقات منفصلة بينهما .

ونجد ان محكمة النقض الفرنسية قد سارت مع الاتجاه المعاكس حيث أكدت على عدم تأثير عقد الاساس وبطلانه على التزام المصرف ذلك استناداً لاي مبدأ الاستقلال المطلق ، حيث جاء في احد احكامها " يصلح حكم محكمة الاستئناف الذي يرفض طلب وقف الدعوى الذي قدمه الأمر في دعوى بطلان عقد الاساس ضد المستفيد ، تقديرأً منه ان الحكم الجنائي – الذي يصدر في هذه الدعوى الاخيرة – لا يؤثر في الدعوى التي اقمها الأمر على اساس ان البنك الذي اصدر خطاب المستحق لدى الطلب قد تعهد فيه بدفع قيمته الى المستفيد بمجرد الطلب"⁽⁶⁸⁾.

كما اشارت المحكمة الادارية العليا في مصر مع هذا النهج بقولها ان تعديل عقد المقاولة بين العميل والمستفيد لا اثر له على التزام المصرف بالدفع ذلك لأنها وصفت خطابات الضمان على أنها " ودها التي تحكم العلاقة بين البنك والمستفيد وانه كان يترتب على ذلك ان المقاول لا يملك الاحتجاج باثر مثل ذلك التعديل ضد البنك ، الا ان ثمة علاقة اخرى في خصوص خطابات الضمان بين المستفيد والمقاول وهي العلاقة الاخرى التي يحكمها عقد المقاولة وهي مستقلة تماماً عن العلاقة بين البنك والمستفيد فالخصم الحقيقي في هذه المنازعة هو المستفيد من خطاب الضمان وليس البنك"⁽⁶⁹⁾. من استعراض هذه الاحكام القضائية يتضح ان القضاء قد اخذ بمبدأ الاستقلال بمفهومه المطلق الذي لا يتفق ولا يساير التطور المالي وما ينجم عنه من حالات تلاعب وغش من شأنها ان تلحق ضرراً بالعميل الأمر حيث نجد ان البعض الآخر قد نادى بأهمية عقد الاساس وان عدم احترامه يعتبر خرقاً ومخالفة لحكمه اذ ورد قولهم " ان هذا الاستقلال لا يعدو الا ان يكون اعلاء لقيمة عقد الاساس ، فهذا العقد هو الذي ادى الى هذا الاستقلال ويعتبر عدم احترامه خرقاً له و مخالفة لحكمه"⁽⁷⁰⁾. ففي حالة بطلان العقد الاصلي يجب ان يلتزم المصرف بعدم الدفع الى المستفيد كون ان ما بني على الباطل فهو باطل وهذه قاعة فقهية معتمدة لدى القضاة في مختلف اصنافه ، عليه فانه متى ما شاب العقد الاساسي عيب ادى الى بطلانه فانه بنتج آثاره ، وبالتالي كل ما يبني عليه يكون باطلاً ويعاد الطرفين الى ما كان عليه مثل التعاقد حماية للمصالح العامة واستقرار المعاملات وحماية للمصلحة العميل في خطاب الضمان.

ثانياً – تأثير ايراد شرط التحكيم في عقد الاساس على استقلالية التزام المصرف:

التحكيم هو الاتفاق الذي يتم بين الاطراف في العقود على احوالة أي نزاع ينشأ بينهما الى تحكيم أطراف خارجة عن نطاق العقد⁽⁷¹⁾. وان شرط التحكيم قد يرد في العقد الأصلي ويسرى في هذه الحالة الأخير بشرط التحكيم، أو قد يرد في اتفاق لاحق حيث يتفق الاطراف بعد نشوب النزاع على الاحالة الى التحكيم للفصل بالمنازعة وهنا يسمى بمشارطة التحكيم. تبعا لذلك فانه عند ايراد هذا الشرط في عقد الأساس وحصل خلاف بين العميل والمستفيد وتقدم المستفيد الى المصرف طالباً الوفاء بقيمة خطاب الضمان، فهنا قد يقوم العميل بتعطيل الدفع محتجاً بشرط التحكيم المتفق عليه في عقد الاساس، الامر الذي يلقي بظلاله على التزام المصرف، فيصبح متأرجحاً بين الوفاء من عدمه. اذ ان المصرف لا يسبب ضرراً لعميله من جهة، ولا ان يخل بالتزامه بموجب خطاب الضمان من جهة أخرى. والسؤال الذي يبرز هنا هو، هل يمكن ان يعتبر شرط التحكيم أحد الاستثناءات الواردة على استقلالية التزام المصرف في خطاب الضمان والمعلقة له؟ ان الاجابة

على هذا السؤال تمثل محل جدل فقهي واختلاف قضائي وعدم استقرار تشريعي ، فمن ناحية نرى ان الدفوع التي تستند الى عقد الاساس لا يجوز الاحتجاج بها قبل المستفيد طبقاً للاستقلال الذي يتمتع به التزام المصرف، كما سبق وان بينا ذلك في أن عدم الاحتجاج يعتبر نتيجة للاستقلال⁽⁷²⁾. ومن ناحية اخرى قد يبادر للذهن انه كيف يلتزم المصرف بالدفع على الرغم من حصول نزاع او خلاف حول العقد ووجود شرط في هذا العقد يقضي بإحالة هذا النزاع الى لجنة تحكيم للفصل به. لقد اختلف الفقه بالتعاطي مع هذه الواقعة فبعضهم ذهب وعلى اساس قاعدة نسبية أثر العقد ، الى ان آثار أي عقد تقتصر على أطرافه دون ان تمتد الى الغير وتبعاً لذلك فإنه لا يجوز للعميل ان يحتج في مواجهة المصرف بشرط التحكيم ما دام ان المصرف لم يكن طرفاً فيه⁽⁷³⁾. وذهب اتجاه لا يختلف بالنتيجة مع الأول من حيث عدم تأثير شرط التحكيم الوارد في الخطاب على التزام المصرف استناداً الى خاصية الاستقلالية والتي تجعل من التزام المصرف مستقلاً ويجب تلبية طلب المستفيد دون قيد او شرط. وفي ضوء قلة الاحكام القضائية الواردة بهذا الصدد نعرض الحكم الصادر من محكمة التمييز القطرية، والذي سمي بحكم ميناء راس لفان والذي يعد من الاحكام القضائية المهمة فيما تضمنه من اجتهاد قضائي يخص خطاب الضمان المصرفي خاصة فيما يتعلق بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي الذي صدر ذلك الخطاب بمناسبة. حيث يتعلق الحكم بنزاع حول تمويل خطاب ضمان مقاوله من الباطن بمناسبة توسعة ميناء للغاز في قطر ، وبخاصة النزاع بين المقاول من الباطن ، ومصرفه المصدر للخطاب ، بسبب قيام المصرف بتجديد هذا الخطاب وتسهيل جزء من قيمته بطلب المقاول الأصلي(المستفيد) ، فقد حكم قضاء الموضوع بعدم قبول دعوى المقاول من الباطن (العميل الأمر) في مواجهة المصرف ، بسبب وجود شرط تحكيم في عقد المقاوله من الباطن وهو مالم تعتمده محكمة التمييز معولة على استقلال علاقة خطاب الضمان عن العلاقة الأصلية (المقاوله من الباطن) ، ويعد هذا الحكم الأول لمحكمة تمييز قطرية منشور بشأن مبدأ استقلال خطاب الضمان وعلى الرغم من ان النقص قد اشار بالحكم من حيث نتيجته الا انه انتقد من حيث اساسه ، فقد كان يكفي محكمة التمييز التعويل على الاثر النسبي لشرط التحكيم الوارد في علاقة العقد الأصلي⁽⁷⁴⁾. في قضية أخرى و حكم لمحكمة النقض الفرنسية في قضية (cresot-loire) حيث جاء فيه " اتفاق التحكيم الوارد في العقد الأصلي لا يحول دون الوفاء بخطاب الضمان"⁽⁷⁵⁾. والظاهر من الحكم ان المحكمة قد أسست حكمها هذا على مبدأ عدم جواز امتداد شرط التحكيم الوارد في عقد الاساس الى النزاع المتعلق بتنفيذ عقد الاعتماد، حيث لا يلزم المصرف بشرط التحكيم ويجب عليه الوفاء للمستفيد عند الطلب. اتجاه فقهي اخر، يذهب على خلاف الاتجاه الأول ويرى بضرورة ان يتوقف المصرف في تنفيذ التزامه نتيجة للمنازعة التي ينتظر البت بها من خلال التحكيم وبالتالي فان الوفاء للمستفيد يمثل اضراراً بمصالح العميل التي يجب ان يحافظ عليها المصرف بمقتضى الكثير من النصوص القانونية التي تلزم المصارف بحماية عملاءه ورعاية مصالحهم وهو سلوك يمثل من اهم مبادئ العمل المصرفي⁽⁷⁶⁾. وقد يثار سؤال آخر حل تأثير شرط التحكيم على التزام المصرف فيما لو كانت اجراءات التحكيم قد بدأت فعلاً قبل مطالبة المستفيد بقيمة الخطاب؟ قد يلجأ العميل الى طلب ايقاف صرف خطاب

الضمان قبل ان يطالب المستفيد بقيمة الخطاب عن طريق اللجوء الى التحكيم ، لأنه قد يصعب على العميل استرداد قيمة الخطاب فيما لو تم دفعه الى المستفيد ، وبعد ذلك صدور حكم التحكيم لصالح العميل ، أي أن استيفاء المستفيد للخطاب كان دون وجه حق ، مما يترتب على ذلك ان استرداده ليس بالأمر اليسير ، خاصة اذا كان المستفيد في دولة غير دولة العميل الأمر⁽⁷⁷⁾. ولكن على الرغم من هذه الصعوبات التي افرزها الواقع العملي ، نجد ان القوانين تؤكد على الاستمرار بالأخذ بهذا المبدأ، حيث تستند الى عدم جواز الاحتجاج بالدفع المتعلقة بعقد الاساس ، وبالتالي ترتب على ذلك عدم جواز امتداد الاجراءات المنصوص عليها في عقد الاساس الى خطاب حفاظاً على استقلالية الخطاب⁽⁷⁸⁾. وبعد ذلك يتبادر الى الذهن سؤال حول الاساس القانوني لعدم جواز الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس؟

يرى البعض ان الأساس القانوني لعدم جواز الاحتجاج هو مبدأ الاستقلال الذي يتمتع به خطاب الضمان عن العقد الأصلي، اذ يرون بان الاستقلال هو أهم مبدأ يميز خطابات الضمان المصرفية، وهذا يعني عدم جواز الاحتجاج بشرط التحكيم لما له من تأثير على التزام المصرف وحق العميل في الخطاب⁽⁷⁹⁾. و البعض الآخر من الفقه⁽⁸⁰⁾ يرى ان عدم جواز الاحتجاج بشرط التحكيم يجد اساسه في قاعة نسبية اثر العقود⁽⁸¹⁾، إذ ان مبدأ الاستقلال غير كافٍ لوحده للقول بعدم جواز الاحتجاج، وان المراد بنسبية اثر العقد هو أن هذا العقد لا يترتب آثار سواء كانت حقوق او التزامات الا لأطرافه حصراً ، عليه فأن شرط التحكيم بما أنه وارد في عقد الاساس فإنه لا يترتب آثاراً إلا لأطرافه وهم العميل والمستفيد. اما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فقد نص على إمكانية الأطراف باللجوء الى التحكيم في المادة (251) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل بالنص: " يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين. كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين" وفي المادة (252) التي تنص: (.... فاذا ثبت للمحكمة وجود اتفاق على التحكيم او إذا اقرت اتفاق الطرفين عليه اثناء المرافعة، فتقرر اعتباره الدعوى مستأخرة الى ان يصدر قرار التحكيم) ويتبين من النصوص أعلاه ان شرط التحكيم من الممكن ان يرد في اتفاق بين طرفين الا ان الاختلاف الفقهي يكمن في ان المصرف هل ينتظر الى انتهاء حكم المحكمين ويتوقف خلال هذه الفترة من تلبية طلب المستفيد بالدفع ام يدفع تحت أي ظرف؟ ويمكن الإجابة بالقول انه صحيح ان نص المادة (290) من قانون التجارة التي جعلت من التزام المصرف دون قيد او شرط، الا ان ذلك يجب ان يكون بشرطه وشروطه أي بدون اية إشكالية تخص العميل وأطراف العقد. ثم إذا كانت دعوة القضاء ستأخر لحين صدور قرار التحكيم فما هو الذي يمنع المصرف من التريث بالسداد للمستفيد لحين انتهاء حكم التحكيم لاسيما ان كانت المشكلة في صميم عقد الأساس وفي صميم التزام المصرف. علاوة على ما تقدم فاذا أراد المصرف ان يسدد المبلغ للمستفيد واثناء ذلك صدر حكم المحكمين بعدم احقية المستفيد بطلبه او ببطلان عقد الأساس فعلى أي أساس دفع المصرف وما هو السبب الشرعي الذي سيجعل من العميل ملزماً بالسداد للمصرف؟ نعم صحيح ان معاملة خطاب الضمان قائمة على الاستقلالية لكنها أيضاً متوقفة على ما يجعلها صحيحة وتتسند الى أسباب قانونية منطقية ومعقولة فلا مبرر لجعل التزام المصرف محضاً وبعيداً عن كل ما يجعله مترتباً.

فاذا دققنا النظر بكل هذه الأمور نجدها تسير لمصلحة المصرف كمؤسسة ربحية قبال خسارة وتضرر الطرف الضعيف في العقد وهو العميل في حين كان من الواجب على المصرف ان يرعى مصالح عملاءه ان كان ما يوجب الرعاية سبب مشروع قانونا كلجوء الطرفين للتحكيم. ان مصادرة خطاب الضمان من قبل المستفيد اثناء سير إجراءات المحكمين تمثل تعسف وسوء نية من قبله واستجابة غير منصفة من قبل المصرف طالما كان المستفيد منذ البداية غير معارض لإيراد مثل ذلك الشرط في عقد الأساس. ومن نافلة القول بعدم جدوى شرط التحكيم في العقود التي تتضمن خطاب ضمان كون العميل سيلجأ من جديد لمقاضاة المستفيد لإرجاع قيمة الخطاب وبالتالي فان العميل سيجد نفسه في دوامة المحاكم دون مبرر. لذلك نجد من الأفضل ان تثريث المؤسسات المصرفية في الدفع ان كان هناك نزاع تحكيمي فيما بين الطرفين على ان يبقى خطاب الضمان ساري المفعول لحين ذلك الانتهاء كي يتمكن المستفيد من مصادراته ان كان الحق في جانبه. جدير بالإشارة الى ان المستفيد لا يمكنه التمسك بان هذا النزاع لم ينشأ عن عقد الأساس او انه بعيد عن التزاماته وعلاقاته الأخرى وحتى المتعلقة بخطاب الضمان، فلمستفيد ليس مستقل بشكل مطلق عن عقد الأساس بل انه مرتبط به منذ نشؤه وحتى بعد قبضه من المصرف⁽⁸²⁾ علاوة على ذلك فان دور التحكيم في هذه الفرضية ، يقتصر على بيان ما اذا كان طلب المستفيد لمبلغ الخطاب له سند في الواقع أو القانون من عدمه ، اما بالنسبة لشروط الضمان التي على اساسها منح المصرف الضمان للمستفيد فلا يتدخل بها⁽⁸³⁾ . وهناك اعتبارات عملية تتمثل في ان المنازعات ذات الصلة الوثيقة فيما بينها ترتب على عرضها امام جهة واحدة تجنب اصدار احكام متعارضة ، ذلك لأن عرض بعضها امام القضاء والآخر امام المحكمين يؤدي الى تعارض في الأحكام الصادرة في كل منها⁽⁸⁴⁾.

الفرع الثاني

تأثير الشروط الواردة في خطاب الضمان على الاستقلالية

ان الخطاب عادةً يصدر دون شروط بحيث يصبح ملزماً للمصرف بمجرد اصداره ووصوله الى علم المستفيد⁽⁸⁵⁾ ، ولكن قد يتضمن النص على شروط معينة موضوعة من قبل العميل يجب ان يحققها المستفيد حتى يصبح المصرف ملزماً بدفع قيمة الخطاب له. هذا الامر قد اثار جدل فقهي حول القيمة القانونية لهذه الشروط من جهة ومصير او طبيعة ذلك الاتفاق هل يبقى خطاب ضمان ام يتحول الى كفالة مصرفية او غيرها. البعض من الفقه لم يجد مشكلة في ان يتضمن الخطاب شروطاً معينة يدرجها العميل توجب التزام المصرف بها وهذا الشروط التي سيتضمنها الخطاب سيطلع عليها المستفيد وعند عدم اعتراضه معناها قبل بها وبالتالي يكون المصرف ملزماً بها عند الوفاء وهذا لا يعد خرق لمبدأ الاستقلالية كما وانه يشابه شروط فتح الاعتماد المستندي التي يجب ان يلتزم بها المصرف المصدر عند الوفاء للمستفيد. قبال ذلك نجد بان هناك من يرى ان خطاب الضمان المشروط سيتحول الى كفالة مصرفية من دون بحث في طبيعة الشروط المنصوص عليه في الخطاب⁽⁸⁶⁾ . فيرى البعض ان الضمان المشروط هو الضمان الذي يضمن فيه الضامن تنفيذ التزام العميل المضمون ، ويعلق دفع قيمتها على استيفاء شروط معينة ، يتطلب التحقق من توافرها الرجوع الى عناصر خارجة عن صك الضمانات ومنها عقد الأساس⁽⁸⁷⁾.

تبعاً لذلك فإن هذه الشروط أحياناً قد تخرج الخطاب من دائرة الاستقلالية ، وتجعله كفالة مصرفية متى ما أثرت بطبيعته ، باعتباره التزام بات غير معلق على شرط أو أجل مثل اشتراط اخلال العميل بالتزامه قبل المستفيد ، فهنا يكون كفالة مصرفية وليس خطاب ضمان⁽⁸⁸⁾ ، اما اذا لم تؤثر في طبيعته بحيث ظل محتفظاً باستقلاله وكفايته الذاتية ، فيبقى ضماناً مستقلاً⁽⁸⁹⁾ . وعليه فان كان الدفع معلق على علاقات اخرى سابقة عليه أو خارجه عنه أو بموجب مستندات غير واردة في صلب الخطاب فهنا يعد التزام المصرف تابعاً وليس مستقلاً⁽⁹⁰⁾.

بشكل عام ان مشروعية خطاب الضمان المشروط يحتاج الى تدقيق وتمحيص، فبعض الفقه يرى ان تلك الشروط -التي تلحق بخطابات الضمان- إذا أثرت بطبيعتها القانونية - على اعتبار ان الالتزام فيها التزام بات ومجرد- ستخرجها من طائفة خطابات الضمان. اما إذا كانت تلك الشروط الواردة فيها لا تؤثر في طبيعتها القانونية لاسيما من حيث استقلالها وتجردها، فيبقى لخطاب الضمان المشروط بمثل تلك الشروط ذات الطبيعة القانونية التي تمتاز بها ومنها الكفاية الذاتية⁽⁹¹⁾. ولعل ما يولد عن هذا التدقيق، هو ان الشروط الواردة في خطابات الضمان إذا لم تؤثر على طبيعة الخطاب المنجزة والفورية فأنها بالتالي لا تؤثر على استقلال تعهد المصرفي، حيث جاء في المادة (3) من اتفاقية الأمم المتحدة الاونسيترال (UNCITRAL) ما مضمونه إن اشتراط تقديم مستندات لا يؤثر على استقلال التزام المصرف ولا يخل بكفايته الذاتية، ولكن اذا اخل المستفيد بهذه الشروط من المؤكد ان يترتب على ذلك عدم جواز الوفاء.

اما بالنسبة لمحكمة النقض المصرية فان الضمان المشروط هو ما يتوقف الوفاء به على ارادة المصرف او ارادة العميل ، ففي حكم لها جاء فيه: " أنه اذا ما اصدر البنك خطاب ضمان لكفالة عميل ، فان علاقة البنك بالمستفيد يحكمها هذا الخطاب وحده ، وعباراته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها حتى اذا ما طوّل بالوفاء اثناء سريان الخطاب ، وجب عليه الدفع فوراً"⁽⁹²⁾. فيتبين من خلال هذا الحكم بأن القضاء المصري قد أخذ بخطاب الضمان المشروط ووجب على المصرف الالتزام بالشروط الموضوعية من قبل العميل وعدم الدفع للمستفيد إذا ما تترتب على هذا الدفع تجاوز هذه الشروط. وبهذا الصدد، فقد اقرت اتفاقية الأمم المتحدة هذا المبدأ حيث جاء في المادة الثانية منها ان طلب المستفيد المقدم للمصرف يجب ان يكون " مطالبة بسيطة او مطالبة مشفوعة بمستندات اخرى حسب احكام التعهد واي شروط المستندية ". وكذلك القواعد الموحدة لضمان العقود⁽⁹³⁾ اشترطت ان يقدم المستفيد طلب الوفاء مشفوعاً بمستندات تؤيد مطالبته ، ففي حالة ضمان العطاء يجب ان يقدم المستفيد اقراراً بأن عطاء العميل قد قبل ، او انه لم يقدّم بتوقيع العقد وكذلك في حالة الضمان النهائي والدفع يجب ان يقدم حكماً قضائياً او قرار تحكيم يبرر المطالبة. كما اقرت ايضاً القواعد الموحدة التي اصدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس كتب رقم (458) لسنة 1992 من المادة الثانية ان خطاب الضمان يكون مشروطاً متى ما كان منصوباً فيه تقديم مستندات وذكرتها على سبيل شهادة صادرة من مهندس او معماري، حكم محكمة او تحكيم حسب ما هو مذكور بالضمان⁽⁹⁴⁾.

أما اتفاقية الأمم المتحدة الاونسيترال (UNCITRAL) لعام 1995 فقد نصت في المادة (3) منها على انه " قد يكون التعهد مستقلاً عندما لا يكون التزام الضمان تجاه المستفيد (أ) ... (ب)

ضامناً لأي شرط أو حكم غير وارد في نص التعهد أو لأي فعل أو واقعة مستقبلية غير مؤكدة الوقوع ما عدا تقديم المستندات أو أي فعل أو واقعة أخرى من هذا القبيل⁽⁹⁵⁾. يلحظ من خلال ما أقرته هذه القواعد في نصوصها بأن خطاب الضمان من الممكن أن يكون مشروطاً، ولكنها اشترطت أن يرد هذه الشروط في متن خطاب الضمان، فإذا ما حصل ذلك امتنع على المصرف الوفاء للمستفيد ما لم يكن مطالبة بالوفاء مشفوعة بالمستندات المنصوص عليها صلب الخطاب. كما وأن من شروط هذا النوع من الضمان هنا أنه يجب أن تذكر الشروط في صلب الخطاب وضرورة تقديم المستندات المطلوبة⁽⁹⁶⁾ وفحصها ويجب أن يكون الفحص مقتصرًا على المستندات المذكورة في متن الخطاب دون الامتداد إلى أي عناصر خارجية⁽⁹⁷⁾.

المطلب الثاني

تصدع مبدأ الاستقلالية الناشئ من غش أو تعسف المستفيد أثناء تنفيذ عقدي الأساس

والاعتماد

في هذا المطلب نود أن نوضح بان الاستقرار الذي توفره خاصية الاستقلال في التزام المصرف يمكن أن يكون استقراراً ظاهرياً فحسب ولا يصمد أمام المشاكل التي تبرز خلال تنفيذه، فهي ليست مشاكل عابرة يمكن غض الطرف عنها بداعي استقلال التزام المصرف، بل هي مشاكل تضرب صميم معاملة خطاب الضمان أن كان عقد الأساس متضمناً لغش أو تعسف الأمر الذي يستدعي اللجوء إلى القضاء أو التحكيم قبل الاستمرار بتنفيذه. وبالتالي فإن طالب المستفيد بمصادر قيمة الخطاب خلال تلك المرحلة فما هو موقف المصرف حيال ذلك وهو ملزم بحماية مصالح عميله. هذه الحماية توفرها وتلزم بها قواعد العمل المصرفي⁽⁹⁸⁾ التي تعتبر العميل قيمة عليا يجب الاهتمام بمصالحه وعدم تعريضها للخطر بحجة استقلال الالتزام التي تكشف مشكلة حقيقية في تلك المعاملة، وعليه فقد قسم هذا المطلب إلى فرعين، خصص الأول لبيان أثر غش وتعسف المستفيد على الاستقلالية، في حين خصص الثاني لبيان تطبيقات الغش أو التعسف على مطالبة المستفيد بمصادرة الخطاب :

الفرع الأول

غش وتعسف المستفيد وأثرهما على الاستقلالية

الأصل في الالتزامات أن الشخص لا يلتزم إلا بما انصرفت إليه إرادته وارتضاه لنفسه ، وقد أوجب القانون أن يتفق تنفيذ الالتزام مع مبدأ حسن النية و ما تقتضيه الأمانة في المعاملات كذلك⁽⁹⁹⁾. وانطلاقاً من ذلك فقد وقع على عاتق المصرف المصدر لخطاب الضمان التزام فحص شروطه وباقي تفاصيله، فإذا ظهرت للمصرف أدلة أو شبهات كبيرة تشير إلى غش المستفيد، أو قدم العميل الأمر له تلك الأدلة أو الشبهات، فعليه أن يتحقق من حسن نية المستفيد ويتحقق مستنداته ويقارنها مع شروط الخطاب وباقي تفاصيله، وبالتالي – من المفترض عليه- أن يتوقف عن الدفع متى ما قام الدليل ظاهراً على وقوع الغش أو بلغت الشبهات مرتبة تؤكد تعسف المستفيد. هذا الأمر لم يكن سائغاً وسلساً عند التطبيق العملي فهو يصطدم بمجموعة عوائق – كالاستقلالية والدفع دون قيد أو شرط وغيرها - قد تمنع المصرف من الاستجابة للعميل بسهولة. هذا الموضوع قد أثار جدل فقهي واسع وتجاذب أطرافه عدة اتجاهات فقهية منها المؤيد ومنها

الرافض لاستجابة المصرف، الامر الذي انعكس كذلك على مواقف المشرعين واحكم القضاء وكذلك تباين الاتفاقيات الدولية حول الغش او التعسف المانع من الوفاء. ومن اجل الالمام بتفاصيل هذا الاختلاف الذي يمثل موضوعاً رئيساً في الدراسة، سوف نتناول في هذا الفرع التعريف بالغش والتعسف المانع من الوفاء، والتمييز بينهما، وبيان شروط وحالات كل منهما، ثم نختمه ببيان أثر تحققهما على التزام المصرف بالوفاء للمستفيد، على النحو الاتي:

اولاً: التعريف بالغش المانع من الوفاء : تعريف الغش من الناحية الفقهية، فقد عرف بانه الغش السلوك الغير مستقيم الذي يصدر من المستفيد عندما يتعين بوسائل احتيالية للمطالبة بقيمة الخطاب لذلك يعد الغش مانعاً من الوفاء تطبيقاً لقاعدة الغش يفسد كل شيء⁽¹⁰⁰⁾. ويرى البعض من الفقه ان الغش هو انعدام حق المستفيد قبل العميل ، وبالتالي قبل المصرف الضامن عن طريق استخدام وسائل احتيالية ، في حين ان البعض الاخر شدد في القيود التي ترد على مبدأ الاستقلال حتى لا تشكل تلك القيود وسيلة للنكول عن الوفاء بالالتزام سواء من العميل او من المصرف⁽¹⁰¹⁾. **اما تعريف الغش من الناحية التشريعية،** فان سوء النية يقع احياناً من قبل المتعاقد عند تنفيذ العقد في صورة غش او تواطؤ من أجل الحاق الضرر بالمتعاقد الاخر ، وتبعاً لذلك فان الغش هو عمل غير مشروع ينطوي على الاخلال بالالتزام العقدي او الواجب القانوني العام ينوي من يقوم به الحاق الضرر بالغير⁽¹⁰²⁾. كما عرفه البعض الاخر بانه كل فعل أو امتناع عن فعل يقع من المدين بالتزام عقدي او من تابعيه بقصد احداث الضرر⁽¹⁰³⁾ ، وهو يقابل الخطأ العمدي الذي يكون المدين قاصداً احدثه⁽¹⁰⁴⁾. كما يشير الفقه الى ان معيار الغش هو معيار موضوعياً يستند الى جسامه الخطأ، لذلك يرى البعض ان تحققه يكون بتهرب المدين من تنفيذ التزامه العقدي فقط ، في حين ان البعض الاخر يرى بان تحققه يكون بتهرب المدين من تنفيذ التزامه العقدي مع اقتترانه بتحقيق الاضرار بالغير⁽¹⁰⁵⁾. ومن المواد القانونية التي اشارت الى الغش المادة (759) من القانون المدني العراقي النافذ التي نصت على: " يقع باطلاً كل اتفاق يتضمن الاعفاء او الحد من ضمان التعرض أو العيب، اذا كان المؤجر قد أخفى عن غش سبب هذا الضمان " ، ان هذه المادة تؤكد على أثر الغش على العقد حيث انه يؤدي الى ابطال كل اتفاق يتناول التخفيف او الاعفاء من ضمان التعرض والعيب. كما جاءت المادة (559) ايضاً لتنص على " لا يضمن البائع عيباً قديماً كان المشتري يعرفه ، او كان يستطيع ان يتبينه لو انه فحص المبيع بما ينبغي من العناية ، إلا اذا اثبت ان البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أخفى العيب غشاً منه"⁽¹⁰⁶⁾. اذ يتضح من النص اعلاه بان البائع لا يضمن العيب الخفي اذا كان من السهل اكتشافه اذا بذل العناية المعقولة ولكنه يضمن هذا العيب اذا قام بإخفائه من اجل غش المشتري. اما قانون التجارة العراقي فلم يتطرق الى تعريف الغش، مما يعني الرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني، وقد يثور سؤال حول السبب وراء البحث عن الغش على الرغم من عدم النص عليه في قانون التجارة ؟ لعل الاجابة على ذلك تكمن في توفير الحماية وتحقيق العدالة للعميل الامر في خطاب الضمان كي لا يكون هذا الجانب مجالاً رحباً يستغله المستفيد سيء النية للحصول على ما ليس له عن طريق اتباع الوسائل والطرق غير المشروعة تحت مظلة غياب النص القانوني. اذ ان ثبوت الغش من جانب المستفيد في ظل مبدأ استقلال

خطاب الضمان يعد استثناء على هذا المبدأ وقيد على اطلاقه وكان هذا محل خلاف بين الفقهاء. ان مطالبة المستفيد بمبلغ الخطاب مع توافر ادلة حول وجود غش بتلك المطالبة، او توافر قناعات معتد بها حول وجود شبهات قوية حول وجود ذلك الغش او تعسف المستفيد بمطالبته اثار جدل فقهي واسع وانعكس على تباين المواقف التشريعية من حيث الاعتداد ام عدم الاعتداد به. فالمصرف يجد نفسه في موقف لا يحسد عليه ازاء هذا الامر لكنه يجب ان يكون على حذر شديد في تنفيذ التزامه. نعم ان المصرف يتمتع بالاستقلالية وغير معني بما هو خارج خطاب الضمان لكن الغش يفسد كل شيء كذلك وان التعسف يمثل خرقا لحسن النية ومبادئ العدالة¹⁰⁷ وحماية العمل المصرفي وبالتالي يجب ان لا يتبع مبدأ الاستقلالية بشكل مطلق دون الاكتراث لما يقف خلف مطالبة المستفيد. واذا اردنا ان نسلط الضوء على الاتجاهات الفقهية التي طرحت حول هذا الموضوع يمكن تقسيمها على اتجاهين، نبينها على النحو الاتي:

1- الاتجاه الموسع لمفهوم الغش المانع من الوفاء:

ان مفهوم الغش المانع من الوفاء طبقاً لهذا الاتجاه لا يقف عند استعانة المستفيد بوسائل احتيالية فحسب ، بل تمتد الى كل مطالبة تصدر من المستفيد بسوء نية وتعسف قاصدا من وراءها الاضرار بالعمل الأمر ، لذلك عرف هذا الاتجاه الغش بأنه: " استخدام المستفيد للضمان بقصد الاضرار بالعمل المتعاقد استخداماً يؤدي الى الانحراف بألية تلك الضمانات المصرفية عن الغاية التي وجدت من اجلها ، وبما يتنافى مع مبدأ حسن النية "⁽¹⁰⁸⁾. في حين عرفه البعض الاخر بأنه " الغياب الواضح لحق المستفيد في الحصول على مبلغ الضمان ، او استخدام المستفيد للقواعد القانونية بطريقة تؤدي الى الحصول على فائدة غير مشروعة "⁽¹⁰⁹⁾ ، كما عرفه آخرون بأنه " انعدام الاساس القانوني للمطالبة بجانب تزوير المستندات "⁽¹¹⁰⁾.

ويلحظ من التعاريف اعلاه بأنها تؤكد على ان الغش هو استخدام المستفيد لحقه استخداماً غير مشروع، بحيث ينعدم معه الاساس القانوني لهذا الاستخدام ويتنافى مع حسن النية. ويجد اصحاب هذا الاتجاه سندهم في المادة (19) من اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995 (Uncitral) والتي نصت على " استثناء الدفع اذا كان من البين الواضح: 1- ان أي مستند مقدم مزور او جرى تزويره ، 2- ان السداد لم يكن مستحقاً على الاساس الوارد في المطالبة والمستندات الداعمة ، 3- ان المطالبة بحكم نوع التعهد وغرضه ليس لها اساس يمكن تصوره ". ويلحظ الفقه من هذا النص بأنه قد جمع بين الغش والتعسف مما انعكس على انعدام الاساس القانوني للمطالبة المشروعة، أي ان هذا الاتجاه لا يصادر احقية المستفيد بالمطالبة الا انها في بعض الحالات تخرج عن سياق حسن النية مستهدفة الاضرار بالعمل الامر سواء من خلال استخدام وسائل احتيالية مؤدية الى الغش او مطالبا بمطالبات لا أساس لها من المشروعية مما يجعلها مطالبة تعسفية مخالفة لمقتضيات حسن النية ومبادئ العدالة ولا تنسجم مع قواعد العمل المصرفي والتي من أبرزها حماية مصالح العملاء.

2- الاتجاه المضيق من مفهوم الغش المانع من الوفاء:

يرى اصحاب هذا الاتجاه أن التوسع في مفهوم الغش من شأنه ان يفسح المجال للنظر في عقد الاساس وهذا ما يتنافى مع مبدأ الاستقلالية⁽¹¹¹⁾ ، كما انه يؤدي الى اعطاء الفرصة للعملاء

والمصارف للتوصل من التزاماتهم، ولذلك فهم مع التضييق من مفهوم الغش. واستناد الى هذا التوجه فان بعض مناصريه قد عرفوا الغش المانع من الوفاء بانه ما يقتصر على الغش التقليدي، أي الغش المصحوب باستخدام وسائل احتيالية دون غير ذلك⁽¹¹²⁾، علاوة على ذلك يجب ان يكون غشاً ظاهراً من دون الحاجة الى اثبات سوء نية المستفيد من عدمها. وقد ايدت الاحكام القضائية هذا الاتجاه ففي حكم لمحكمة النقض الفرنسية جاء فيه: " أن كون الأمر قد نفذ التزامه الناشئ عن عقد الاساس كاملاً لا يعفي البنك من وفاء التزامه المقطوع في خطاب الضمان ، دون اساءة استعمال الحق يجب استبعادها من المناقشة ، وان اثبات الغش وحده هو الذي يعطل نفاذ خطاب الضمان"⁽¹¹³⁾. ويتضح من هذا الحكم بأن تنفيذ العميل لالتزاماته كاملاً لا يعني اعفاء المصرف من الوفاء بالخطاب ان طالب به المستفيد، كذلك ان التعسف في المطالبة لا يمثل مانعاً من الوفاء وان كان ظاهراً حيث ان ما يمنع من الوفاء هو الغش فقط. وجاء كذلك في احدي قرارات محكمة استئناف القاهرة ما نصه: " لا يجوز للعميل الأمر او البنك ان يعطل صرف قيمة خطاب الضمان في غير حالة الغش عن طريق توقيع الحجز على تلك القيمة او المنازعة في صرفها لأن اباحة شيء من ذلك يخل بمبدأ القوة الملزمة للعقد الاساس الذي الزم العميل بتقديم خطاب الضمان، كما يتعارض مع التزام البنك القطعي والمباشر بالوفاء بقيمة خطاب الضمان عن عقد الاساس، ذلك المبدأ الذي يمنع الأمر من التمسك بشروط العقد المذكورة لتعطيل احكام الوفاء بقيمة خطاب الضمان....) أي انه لا يكفي ادعاء الامر بالغش الصادر من المستفيد بل يجب ان يقدم دليل قطعي على غشه، بخلاف الغش المانع من تقدم الاحتجاج بالدفع الذي يستطيع الساحب فيه أن يلجأ الى التحقيق او الاستعانة بشخص اخر.

وإذا أردنا تفحص وتدقيق الاتجاهين فيمكن القول ان أبرز اوجه الاختلاف بينهما تتمثل في كون الاتجاه الموسع اخذ بالغش المانع من الوفاء سواء كان في صورة استعمال وسائل احتيالية او في صورة المطالبة بسوء نية، أي انعدام الاساس القانوني للمطالبة (التعسف) وهذا يعني انه قد جمع بينهما، اما الاتجاه المضيق فانه اخذ بالغش المانع من الوفاء باستعمال المستفيد وسائل احتيالية فقط في الحصول على ما ليس له حق فيه. من جهة أخرى، يلحظ أن الاتجاه الموسع لم يأخذ بالمعنى الحرفي لاستقلال خطاب الضمان عن عقد الأساس، اذ يجد ان ذلك الفعل يمثل ارتكازاً مهما لترجمة وتفسير بعض الأمور المتعلقة بصرف قيمة خطاب الضمان، اذ لا يمكن الفصل المطلق بين ما كان سبباً لنشوء الالتزام واليات تنفيذه، على خلاف الاتجاه الآخر الذي تمسك حرفياً باستقلال التزام المصرف من عقد الأساس الامر الذي يجعل من ذلك الالتزام واجب التنفيذ في كل الأحوال والظروف الا إذا كان هناك غش ظاهراً للعيان كما عبر عنه بانه ينفذ العين.

كما هو واضح فان الاتجاه الاول يوفر مساحة أوسع لحماية العميل الأمر من خلال جمعه للغش بمعناه التقليدي، والمطالبة بسوء نية التي يمكن اعتبارها تعسفاً من المستفيد. ان هذا التوجه يتفق مع قاعدة ان الغش يفسد كل شيء والتي تمثل قاعدة قانونية سليمة على الرغم من عدم النص عليها صراحة في القوانين، اذ أنها تقوم على اعتبارات اخلاقية واجتماعية في محاربة الغش والانحراف عن جادة حسن النية الواجبة في المعاملات. وقد أكدت محكمة النقض المصرية على هذه القاعدة في حكم لها جاء فيه: " ان قاعدة الغش يبطل التصرفات قاعدة قانونية سليمة ولو لم

يجر بها نص خاص في القانون ، مؤداها بطلان الحكم الصادر عن اجراءات تنطوي على غش بقصد تقويت الاجراء على صاحب المصلحة رغم استيفاءه من جانبه بما يجب عليه القيام به قانوناً⁽¹¹⁴⁾. ان اقتصار توقف المصرف عن السداد على وجود غش ظاهر ويفق العين يمثل حالة من النادر حدوثها لاسيما مع التقدم التكنولوجي الحالي، وبالتالي ان المواقف الفقهية والنصوص القانونية التي تمنع المصرف من الوفاء استناد الى الغش الظاهر فقط تهدر قواعد قانونية أخرى تلزم الجميع الالتزام بحسن النية وعدم التعسف فضلاً عن منع الغش. ولذلك نجد ان تلك المواقف الداعمة للغش بمعناه التقليدي فقط هي مواقف تناغم المؤسسات المصرفية في تخليها عن حماية عملاءها عندما تقوم لديها ادلة وشبهات مهمة تكشف عن سوء نية وتعسف المستفيد بمطالبته بمبلغ الخطاب الضمان. ان المصرف عندما يتمهل في السداد للمستفيد لا يمثل ضرباً لقاعدة الاستقلالية بقدر ما هو موقف يستند الى مبررات قانونية قد تعلو على تلك الاستقلالية. فمن واجب المصرف أولاً حماية عميله من أي تلاعب بحقوقه فان كان ذلك العميل مستمر بعمله على اتم صوره فعلا م توجه المستفيد لمصادرة الخطاب. وكذلك فان من مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود عدم المطالبة بمصادرة خطاب الضمان بعد مرور فترة وجيزة من ابرام العقد ومباشرة العميل بالتنفيذ، او عند تقديم العميل للمصرف ما يثبت ان انجز أكثر مما هو مطلوب منه من حيث جدول العمل وبتوقيع جهة المستفيد ومع ذلك فان الأخير يطلب مصادرة خطاب الضمان. فان قالوا بان المصرف لا ينصب من نفسه محكمة للتحقق من وثائق عقد الأساس وشروطه، قلنا فكيف اذن يحكم بان هذا الغش ظاهر وذلك غير ظاهر؟ وعليه نجد ان اقتصار دور المصرف بالسداد عند اول مطالبة فقط دون النظر الى حيثيات التفاصيل الأخرى لاسيما تعسف المستفيد في ذلك يجعل من العميل طرفاً ضعيفاً مستضعف وتصادر حقوقه بسهولة الامر الذي يجب معه تفعيل فكرة امتناع المصرف عند وجود التعسف وسوء النية من قبل المستفيد كما سنعرضها ادناه.

ثانياً: التعريف بفكرة التعسف المانع من الوفاء:

1- تعريف وبيان فكرة التعسف المانع من الوفاء:

ان فكرة التعسف ترتبط بفكرة الحق وما يمثله الاخير من قيمة معينة يحميها القانون ، فالحق كما عرفه البعض بانه : "مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون"⁽¹¹⁵⁾. اما التعسف فهو يمثل انحراف الحق عن غايته على وجه غير مشروع⁽¹¹⁶⁾ الا ان المشرع لم يتناوله بتعريف محدد وانما اورد الحالات التي يعتبر فيها الشخص متعسفاً في استعمال حقه استعمالاً لا يسبب ضرراً للآخرين⁽¹¹⁷⁾. ونلاحظ بان المشرع اخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق بحذر ، فلم يضع لها معياراً عاماً بل حدد الحالات التي بانتقائها يعد استعمال الحق مشروعاً⁽¹¹⁸⁾ ، ومن تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق ما نصت عليه المادة (6) من القانون المدني العراقي على أنه: " الجواز الشرعي ينافي الضمان ، فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر " ، اما المادة (7) فقد حددت حالات التعسف اذ نصت على انه " 1- من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان 2 - ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الآتية: أ - اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير. ب - اذا كانت المصالح التي يرمي

هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ج - اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة⁽¹¹⁹⁾. وفي اطار حالات او معايير إساءة استعمال الحق والتعسف فيه هو قصد الاضرار بالغير جراء استعمال الحق، وهذا القصد يجافي مبدأ حسن النية الراسخ في المعاملات والعقود وقد اتفقت احكام القضاء الفرنسي على توافر سوء النية في حالة سوء استعمال الحقوق⁽¹²⁰⁾. فضلاً عن ذلك يشير الفقه الى انه ليس من السائع وليس مما يحتمله الضمير الإنساني ان تتوفر الحماية للمرء عن حقوقه فيما يصدر عنه من مخبئة وسوء طوية خلال استعمالها لتلك الحقوق، ويؤكد الفقه على ان سوء النية تقترب الى حد كبير من الغش والتدليس⁽¹²¹⁾. وبهذا الصدد فان إساءة استعمال الثقة هي ضرب من ضروب سوء النية بلا شك⁽¹²²⁾ وهو ما اسس اليه المشرع العراقي في المادة (3) التي تنص : (لتجارة نشاط اقتصادي يجب ان يقوم على اساس من الثقة والأمانة.....) وتطبيقاً في المادة (271) من قانون التجارة النافذ بالنص: " للمصرف ان يلغي الاعتماد عند اخلال المستفيد بواجب الثقة معه او صدور خطأ جسيم في علاقته به". اذ أن هذا النص عندا اوردته المشرع عند معالجته للسحب على المكشوف حيث انه أجاز للمصرف بإلغاء الاعتماد متى ما أخل المستفيد وتعسف بالثقة الممنوحة له وهذا الاخلال يمثل خرقاً لمبدأ حسن النية في التعامل ناشئ من سوء استعمال ذلك المستفيد لحقه في السحب على المكشوف. وهذه النصوص يمكن ان تؤسس لفكرة التعسف ذاتها لخطاب الضمان عند تعسف المستفيد قاصداً الاضرار بالعميل.

2- تطبيق فكرة التعسف على مطالبات المستفيد لمصادرة خطاب الضمان:

على الرغم من كون التعسف من المسائل الخلافية بين الفقهاء الا انه يتضمن فكرة التعدي على الحدود التي رسمها القانون فهو اثبات مباشر على تخلف الحق المضمون⁽¹²³⁾. ولذلك فان التعسف يعد متحققاً عندما لا يكون للمستفيد حق في طلب قيمة الخطاب، وان انعدام الحق هذا يكون مستفاداً من عقد الاساس او من ملاسبات أخرى مما يجعل المطالبة بالمصادرة تمثل سوء نية من المستفيد. بعبارة أوضح، ان فكرة التعسف في خطاب الضمان يمكن ان تتلخص في أن المستفيد يطالب بمصادرة الخطاب بسوء نية قاصداً الاضرار بالعميل الأمر ، او ان عقد الاساس لا يعطي حق للمستفيد او انعدام الأساس القانوني بطلب المصادرة في هذه المرحلة من التنفيذ فضلاً عن الغش المؤدي الى تزوير المسندات⁽¹²⁴⁾.

ان الاستقلالية التي يتميز بها خطاب الضمان والتي تنعكس على استقلال التزام المصرف يتصدع عندما تتخلل او تشوب مطالبة المستفيد غش او تعسف وسوء نية، بحيث يترتب على ذلك توقف خاصية الاستقلال والامتناع عن السداد لحين الحسم. نعم ان هذا سيرجع الأمور الى عقد الأساس وما المانع ان كان تطبيقاً لمبادئ العدالة واحقاق للحق وليس تعطيلاً مطلقاً للاستقلال. تبعاً لذلك، فان مفهوم الغش في خطابات الضمان لا يقتصر على استعمال الوسائل والطرق الاحتيالية، كما يرى اصحاب الاتجاه المضيق وانما يمتد ليشمل كل مطالبة تعسفية من المستفيد تنافي حسن النية في تنفيذ العقود المنصوص عليها في المادة (1/150) من القانون المدني العراقي وهذا يتفق مع الاتجاه الموسع لمفهوم الغش المانع من الوفاء واعتباره سبباً موجباً

لامتناع المصرف عن الوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد المتعسف. و في حكم لمحكمة التمييز الاتحادية حيث نقضت فيه الحكم البدائي الصادر برد الدعوى اذ نص القرار على : " ولدى النظر في الحكم البدائي المميز فقد وجد أنه غير صحيح ومخالف لأحكام القانون اذ يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعدالة بحسب طبيعة الالتزام عملاً بأحكام المادة(150) من القانون المدني وحيث ان المحكمة قد خالفت وجهة النظر القانونية المتقدمة في حكمها المميز ما اخل بصحته عليه قرر نقضه ... "(125).

الفرع الثاني

تطبيقات الغش او التعسف المانع من الوفاء

ان المشرع العراقي قد تطرق من خلال بعض نصوص القانون المدني الى حالات التعسف لاسيما في المواد (6) و (7) منه، بيد انه لم يتضمن - سواء المدني او التجاري - بيان حالات الغش او التعسف المانع من الوفاء لاسيما في خطاب الضمان. الا ان ذلك لا يمنع من استقاء بعض الحالات من نصوص القانون التجاري الواردة بشأن خطاب الضمان، والاستناد كذلك الى الاعراف والاتفاقيات الدولية المنظمة لحالات الغش او التعسف المانع من الوفاء لخطاب الضمان المصرفي الواردة في المادة (19) من اتفاقية الأمم المتحدة للكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، على النحو الاتي:

أولاً: الغش القائم على مستندات مزورة او جرى تزيفها:

حيث نصت على هذه الحالة المادة (1/1/19) اذ جاء فيها " اذا كان من البين والضح ان المستند، أيا كان مزوراً او جرى تزيفه فإن الكفيل / المصدر متصرفاً بحسن نية، ويكون له الحق ازاء المستفيد، في أن يتمتع عن السداد...". ومضمون هذه الحالة هو ان الغش الذي يمنع الوفاء، هو أن يكون المستند المقدم من المستفيد مزوراً، والمراد بالمستند المزور ان يكون متن هذا المستند منذ البداية مزوراً بعضاً او كلاً. كما اشارت هذه المادة الى المستند الصحيح ابتداء ولكن يجري تزيفه فيما بعد سواء بإضافة بيانات او حذفها او تغييرها. جدير بالإشارة الى ان مصطلح المستند قد ورد مطلقاً يستوي في ذلك ان كان مستنداً اصلياً او فرعياً⁽¹²⁶⁾ ، وتتحقق هذه الحالة عندما تكون المطالبة بالخطاب مشروطة بتقديم مستندات ، مثل شهادة خبرة تؤكد سوء التنفيذ او التأخير فيه او انعدامه. كما وتشير هذه المادة الى قيام المصرف بفحص هذه المستندات على ان يراعي حسن النية عند الفحص⁽¹²⁷⁾ والتأكد من خلوها من التزوير خلال مدة معقولة حددتها الفقرة(2) من المادة(16) من القواعد الدولية بأن لا تزيد على (7) ايام اعتباراً من اليوم التالي ليوم تسليم المطالبة والمستندات المرفقة بها. وقد عرف المشرع العراقي في المادة (286) من قانون العقوبات التزوير على انه تغيير الحقيقة بقصد الغش في سند او وثيقة او اي محرر اخر بإحدى الطرق المادية والمعنوية التي يبينها القانون، تغييراً من شأنه احداث ضرر بالمصلحة العامة او بشخص من الأشخاص.

ثانياً: عدم الاستحقاق بناء على السندات المقدمة للسداد

نص المادة (1/19/ب) على أن " السداد لم يكن مستحقاً على الأساس الوارد بالمطالبة والمستندات الداعمة" ، يمتنع على المصرف الوفاء في هذه الحالة اذا تبين بأن طلب الوفاء والمستندات المقدمة من قبل المستفيد لا تتعلق بشروط التعهد وبياناته ، كما لو قدم المستفيد طلب وفاء لا ينصرف الى العقد موضوع المطالبة وانما لعقد آخر⁽¹²⁸⁾ . وقد ورد في حكم لمحكمة التمييز العراقية بأنه "ليس للمدعى عليه مصادرة مبلغ خطاب الضمان المرفق بالعرض المقدم من قبل المدعي المحدد بمدة معينة اذا ما احيلت المناقصة بعد نفاذ مدة العرض"¹²⁹ . يمكن ان نستشف من هذا الحكم ان عقد الأساس لم يكن بعيداً عن التزام المصرف بسداد خطاب الضمان من عدمه بل ان الدفع توقف على معرفة تفاصيل ذلك العقد وهذا كما بيناه سلفاً بأنه ليس ضرباً لمبدأ الاستقلالية بل احقاقاً لحق ومعرفة تفاصيل ادق معنا لتعرض العميل الامر الى ظلم لغش او تعسف المستفيد وعلى المصرف التريث بالسداد متى ما توافرت لديه أسباب مقنعة حول ذلك.

ثالثاً: عدم وجود اساس للمطالبة

تنص المادة (1/19/ب) على امتناع المصرف عن الوفاء وانعدام اساس المطالبة بالسداد حيث جاء فيها " المطالبة بحكم نوع التعهد وغرضه ليس لها اساس يمكن تصوره، فأما الكفيل / المصدر متصرفاً بحسن نية، يكون له الحق ازاء المستفيد في ان يمتنع عن السداد" يتضح من ذلك انه اذا كانت مطالبة المستفيد غير مستندة الى اساس قانوني للمطالبة فعلى المصرف ان يمتنع عن الوفاء. وقد جاء حكماً لمحكمة التمييز العراقية ما يؤيد ذلك اذ نصت في حكماً لها: " اذا كان الغرض من خطاب الضمان هو احسن تنفيذ عقد وان العقد لم يعقد أصلاً لذا تكون دعوى المدعي بمصادرة مبلغه وايداعه في حسابه دون سند قانوني"¹³⁰ أي ان هذا الحكم يكشف بعدم احقية المستفيد بالمصادرة ان لم تكن مستندة الى اساس قانوني كون العقد الأصلي لم يعقد أصلاً وهذا ما يجعلنا نؤكد ان الاستقلالية لم تقف حائلاً هنا من الرجوع الى عقد الأساس ومعرفة تفاصيله وهو ما بيناه في اكثر من موضوع في الدراسة وهو ما يؤكد صحة التوجه بان مبدأ الاستقلالية يجب ان لا يعمل دوماً وبشكل مطلق بل يجب التحري وتفحص خلفيات المطالبة ان كانت بلا اساس كما في الحالة أعلاه.

رابعاً: عدم وقوع الخطر:

تتحقق هذه الحالة اذا كان الخطر الذي تم التأمين من وقوعه لم يتحقق ، أي انه لم يقع فمثلاً اذا كان الخطاب هو خطاب ضمان لحسن التنفيذ وقد اتم العميل تنفيذه ، ففي هذه الحالة لم يتحقق الخطر المؤمن من حدوثه ، وقضت محكمة باريس بان طلب الضمان على غير الأساس المحدد فيه غير جائز ، وذلك لأن صدر لأجل اعمال اضافية في طلبه تم لأجل تصفية حسابات المقاول الاصلية ، لذا فإن سبب الضمان لا يتطابق مع الغرض الذي صدر لأجله⁽¹³¹⁾ . يتضح من هذا الحكم بأن الخطر الذي تم التأمين من اجله والتمثل بالأعمال الإضافية لم يتحقق وان طلب الوفاء قدم من أجل الاعمال الاصلية لذلك فانه يعد حالة التعسف المانعة في الوفاء متحققة ، وان التحقق من وقوع الخطر يقتضي الرجوع الى المستندات والتبريرات المقدمة اليه دون الرجوع الى عقد الأساس حتى لا يتم المساس بالاستقلال الخطاب⁽¹³²⁾ .

خامساً: عدم وجود شك في اداء العميل الامر بالتزامه على نحو يرضي المستفيد ورغماً عن ذلك طلب الاخير الضمان:

إذا كان العميل قد قام بأداء التزامه بشكل تام ومع ذلك قام المستفيد بطلب الوفاء بمبلغ الخطاب فيعد طلبه هنا تعسفاً يستوجب امتناع المصرف عن تلبية ، ويرى البعض⁽¹³³⁾ بأن هذه الحالة يجب تفسيرها تفسير ضيق ولا يجوز التوسع فيه إذ ان المصرف طالما اقتنع لحين اداء الامر بالتزامه فانه وجب عليه الامتناع عن الوفاء ذلك لان طلب المستفيد للوفاء دون وجه حق يتعارض مع مبدأ حسن النية السائد في المعاملات الدولية ، وقد أكد على ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الذي قضت فيه برفض الوفاء بكتاب الضمان للشركة المستفيدة لوجود غش ظاهر من جانبها يتمثل في عدم تسديدها لمستحقات العميل على الرغم من قيامه بتنفيذ التزاماته المتولدة عن عقد الاساس وتقديم المستندات الدالة على ذلك⁽¹³⁴⁾. أي ان المصرف يستطيع ان يتخلص من تعسف المستفيد عن طريق الحصول على شهادات مصادق عليها من المستفيد بالوفاء بكامل التزاماته⁽¹³⁵⁾.

سادساً: تصرف معيب من المستفيد حال دون تنفيذ الالتزام:

يتمتع الوفاء في هذه الحالة إذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعاً الى تصرف معيب صدر من المستفيد نفسه حال دون التنفيذ ومع ذلك قدم طلباً بالوفاء ، فهنا يعد طلبه تعسفاً ينعدم فيه الاساس القانوني للمطالبة وهذا ما نصت عليه الفقرة (5/2) من المادة (19) من قواعد اتفاقية الأمم المتحدة حيث جاء فيها " حيث يكون من الواضح ان الذي حال دون اداء الالتزام الاصلي هو تصرف معيب متعمد من المستفيد نفسه" وأكدت على ذلك محكمة النقض الفرنسية عندما قضت بأن " الطلب المقدم من العميل الأمر في الضمان لدى أول طلب لاسترداد مبلغاً من المستفيد يكون مقبولاً بشرط ان يثبت ان المستفيد قد حصل عليه دون وجه حق بأن يثبت قيامه هو بتنفيذ التزاماته التعاقدية أو بإثبات ان عدم التنفيذ كان راجعاً الى خطأ المستفيد او بسبب بطلان عقد الاساس وهذا دون ان يكون عليه ان يبرر بغش او تعسف ظاهر"⁽¹³⁶⁾. ويتضح من هذه القضية بأن من حق العميل الامر ان يقدم طلباً لاسترداد التأمينات التي اودعها لدى المصرف بشرط ان يثبت انه قام بتنفيذ كافة التزاماته، أو ان الاخلال في التنفيذ كان راجعاً الى فعل صادر من المستفيد، فهذا الفعل يمثل هدرًا لمبدأ حسن النية السائد في العلاقات الدولية.

سابعاً: طلب المصرف المباشر للضمان المقابل مع علمه بالتعسف الصادر من المستفيد

هذه الحالة تتناول الغش الصادر من المصرف المباشر ، أي المصرف الاجنبي في بلد المستفيد في طلب الوفاء بالضمان من المصرف المقابل وهو ما جاء في الفقرة (هـ) من المادة (2/19) من الاتفاقية حيث جاء فيها " في حالة المطالبة بمقتضى كفالة مقابلة حيث يكون المستفيد من الكفالة المقابلة قد قام بالسداد بسوء نية باعتباره الكفيل/المصدر للتعهد الذي تتعلق به الكفالة المقابلة" ، ويشترط لتحقيق هذه الحالة ان يقوم المصرف المباشر بسداد قيمة الخطاب الى المستفيد المتعسف ، وبعد ذلك يقوم هذا المصرف بطلب قيمة الضمان على الرغم من علمه بسوء نية المستفيد حيث يتحقق التواطؤ بين المصرف والمستفيد حيث تمثل الشرط الجوهري لهذه الحالة بسوء نية المستفيد وقصده العمدي وعلم المصرف بذلك كما قضت بذلك محكمة استئناف باريس بقولها "

يتمثل الوضوح في حالة طلب الضمان مقابل ، ان البنك المثبت للتعهد كان على علم بالتعسف الصادر من جانب المستفيد عند تسييل الضمان الصادر من جانبه⁽¹³⁷⁾. وان علم المصرف شرط ضروري لامتناع المصرف المقابل من الوفاء حيث جاء بقرار لمحكمة النقض الفرنسية ما يؤكد علم المصرف المباشر بالغش لحظة وفائه بقيمة الضمان او تواطؤ صريح بينهما⁽¹³⁸⁾. من خلال ما تم عرضه في جزئيات هذا الموضوع نتوصل الى ان الاثر المترتب على تحقق الغش او التعسف في طلب الوفاء المقدم من قبل المستفيد، هو الامتناع من قبل المصرف عن دفع مبلغ الضمان ، اذ ان اغلب الفقهاء يؤكدون على مبدأ استقلال خطاب الضمان وتراجع امام غش او تعسف المستفيد ، حيث يعد الغش قيداً على هذا المبدأ ، فاذا ما تحققت هذه الحالة وجب على المصرف الامتناع عن الدفع ، حيث انه عند ثبوت الغش وقيامه بالدفع لا يستطيع استرجاع المبلغ الذي دفعه بالرجوع على العميل الأمر⁽¹³⁹⁾.

الخاتمة:

وتنقسم الى ابرز ما توصل اليه البحث من النتائج والمقترحات على النحو الاتي:

أولاً: النتائج

- 1- ان العمليات المصرفية ما وجدت الا لحماية اطرافها وضمان السرعة في التعامل وان استقلال التزام المصرف في احدى هذه العمليات الا وهو خطاب الضمان تمثل اجحافاً بحق احد هذه الاطراف وهو العميل الامر ذلك لان هذا الاستقلال يجب ان لا يكون بمعزل من قواعد العدالة ومبدأ حسن النية في التعامل، وهذا لا يمثل مصادرة لهذا المبدأ بل تطبيقاً له بما يحقق العدالة ويحمي الطرف الضعيف المتمثل بالعميل .
- 2- ان مبدأ الاستقلالية محدد زمنياً بانتهاء المدة المحددة في الخطاب دون طلب من المستفيد لاي سبب كان وهذا الامر محل اتفاق بين الفقه والتشريع والقضاء، كما وان نطاقه الشخصي قد تشاطره اتجاهين الاول المضيق والذي يرى بان تغيير اسم المستفيد قانوناً يؤدي الى عدم سريانه في حقه ويقتصر على المستفيد الاول ، اما الثاني فهو الاتجاه الموسع والذي يرى بان الحلول بحكم القانون يسري حكمه على الجميع .
- 3- يتصف خطاب الضمان بمجموعة من الخصائص المميزة له من الكفالة ولعل من اهمها عدم تبعية التزام المصرف لالتزام العميل (التجريد) كما ويتصف بالفورية والكفاية الذاتية وعدم امكانية الدفع بالمقاصة اي ان الاطراف لا تستطيع ان تتمسك قبل بعضها بالمقاصة لدين سابق في ذمة المستفيد او المصرف .
- 4- ان تطبيق مبدأ الاستقلالية على علاقات اطراف الخطاب يترتب اثاراً تتمثل في عقد فتح الاعتماد بالتزام المصرف بالدفع عند تقديم طلب من المستفيد خلال المدة المحددة في الخطاب دون اية معارضة من العميل ولكن متى ما شاب هذا الطلب غش او تعسف ظاهر فان مجرى الامور سيتغير، وكذلك يظهر هذا التأثير على عقد الاساس بين العميل والمستفيد حيث يجب الرجوع اليه متى ما توفرت اسباب يترتب عليها بطلان عقد الاساس لأي سبب كان ، كما وينسحب اثر هذه الاستقلالية الى العلاقة بين المستفيد والمصرف والمتمثلة بالخطاب ذاته حيث يتمتع عن الدفع متى ما وجد نفسه سيقع تحت طائلة المسؤولية .

5- تتأثر استقلالية المصرف بعقد الاساس في حالة بطلانه او ايراد شرط تحكيم فيه وذلك لان العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً كما ان القاعدة الفقهية الثابتة ترى بان ما بني على الباطل فهو باطل، اضافة الى ذلك ان اشتراط اللجوء الى التحكيم عند قيام نزاع بين اطرافه يلزم المصرف بالتريث لحين صدور حكم تحكيم لبيان ما اذا كانت المطالبة لها سند من الواقع والقانون ام لا.

6- يتمتع المصرف عن الوفاء اذا كان خطاب الضمان مشروطاً بتقديم مستندات معينة لم ترفق مع طلب الوفاء ويمتنع عليه الوفاء الا في حدود تلك الشروط وقد اقرت الاتفاقيات الدولية هذا النوع من الخطاب.

7- تتصدع استقلالية التزام المصرف عندما تتخلل مطالبة المستفيد غش او تعسف وسوء نية وقد اختلف الفقهاء في تحديد المفهوم بالغش فقصره البعض على استخدام وسائل احتيالية في حين وسع البعض الاخر من مفهومه فاعتبر غشاً استخدام المستفيد لحقه استخداماً غير مشروع ينعدم فيه حسن النية.

8- خلو القانون المدني والتجاري من النصوص المحددة لحالات الغش والتعسف المانعين للوفاء لذلك عندنا الى الاعتماد على الاعراف والاتفاقيات الدولية التي تناولت هذه الحالات مع ايراد التطبيقات القضائية حول امتناع المصرف عن الوفاء عند تحقق هذه الحالات حماية للعمليات الامر.

ثانياً: التوصيات

1- ابتداء نوصي القضاء بعدم التمسك بالاستقلال المطلق في خطاب الضمان بل يجب النظر الى ظروف وملابسات كل نزاع بين اطرافه والخذ بها بنظر الاعتبار عند اصدار الاحكام وذلك بسبب طبيعة العمليات المصرفية المتجددة والمتنوعة

2- تعديل نص المادة (287) من قانون التجارة العراقي لتصبح على النحو الاتي: " تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب احد المتعاملين معه (الامر) بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين الى شخص آخر (المستفيد) دون قيد او شرط وبما يتفق مع ما يوجبه حسن النية اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة....."

3- تعديل نص المادة (290) من قانون التجارة العراقي وازافة عبارة (مع مراعاة احكام المواد (137) و(138/اولاً وثانياً) من القانون المدني العراقي) للتأكيد على تراجع مبدأ الاستقلالية اما بطلان عقد الاساس والغش او التعسف الظاهر.

4- نوصي بتضمين القانون التجاري لنصوص الاتفاقيات الدولية المتعلقة بخطابات الضمان لما لها من معالجات مهمة يفتقر اليها النص التشريعي كما نوصي بضرورة انضمام العراق اليها ليكون على تماس مباشر مع مستجداتها لما لذلك من دور في اتساع النشاط التجاري الداخلي والخارجي .

الهوامش

- (¹) الائتمان المصرفي: يعني الثقة، فالبنك عندما يقدم الائتمان لعملية، فهو يؤكد ثقته في هذا العمل، وبالتالي يشجع الغير على الثقة فيه و العمل، وبالتالي يشجع الغير على الثقة فيه مع العميل عندما يطلب الائتمان المصرفي فهو يطلب الثقة إلى جانب الدعم المالي لأن هذه الثقة تمكن العميل من الحصول على ثقة الغير أصلاً، مشار إليه لدى د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، مصدر سابق، هامش رقم (1)، ص423.
- 2- chentzig jurgew . Quaaludes remaraues internation ale droit compoare . vol.21,Anril-juin 1969 ,p37 H
- (³) د. حسني عبد الدايم عبد الصمد، الشكلية في أبرام التصرفات (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2011 ، ص149.
- (⁴) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 1 ، (نظرية الالتزام بوجه عام ومصادر الالتزام) ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ص44.
- (⁵) د.منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية والعربية والاجنبية معززاً بأراء الفقه واحكام القضاء) ، الطبعة الأولى ، دار نارس للطباعة والنشر ، اربيل – العراق ، 2006 ، ص41.
- (⁷) د. حسن دياب ، الاعتمادات المستندية التجارية (دراسة مقارنة) ، ط1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1999 ، ص73.
- (⁸) غفران حسين كريم ، التصرف التجاري المستقل ، رسالة ماجستير ، جامعة ذي قار ، كلية القانون ، 2020 ، ص14.
- (⁹) د. عادل ابراهيم السيد مصطفى ، مصدر سابق ، ص27.
- (¹⁰) د. عكاشة عبد العال ، تنازع القوانين في الأوراق التجارية (دراسة مقارنة في القانون المصري وبعض التشريعات العربية واتفاقيات جنيف 1931-1930) ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1988 ، ص196.
- (2)GoBinA: Garaties fihancieres et garauties autonomes, Gaz.pal,17 , decembrc , 1999,p.30.
- (¹²) د. محمود أبو عافيه، التصرف القانوني المجرد (النظرية العامة والتطبيقات في القانون المصري المقارن) ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1948 ، ص129.
- (¹³) د. علي فوزي الموسوي، فكرة التجديد في الالتزام المصرفي، مجلة الحقوق ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، مجلد 16 ، ع 29-30 ، 2017 ، ص2.
- (¹⁴) غفران حسين كريم ، مصدر سابق ، هامش رقم (4) ، ص18.
- (¹⁵) د. جورجيت صبحي عبده ، مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 ، ص203.
- (¹⁶) عصام حنفي محمود ، مصدر سابق ، ص30.
- 3- Hawed Alavi, v Autonomy Principle and frond exception in Documentary letters of credit , comparative study between united states and Englaud " Internatiounal and comparative law Review (15) 2,(2015) , pp-47-48 at P.49.
- (¹⁸) د.علي الامير ابراهيم والتزام البنك ببعض المستندات بالنسبة للاعتماد المستندي في عقود التجارة الدولية ومسؤوليته ، دار النهضة العربية ، 2004 ، فقرة 5 ، ص45.

- (19) هاني محمد دويدار ، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2003 ، ص286.
- (20) د. محمد ابراهيم موسى ، خطابات الضمان الملاحية ، مجلة الحقوق والبحوث الاقتصادية ، كلية الحقوق ، الاسكندرية ، العدد الأول ، ص942.
- (21) د. محمود الكيلاني ، مصدر سابق ، ص236 ، ص273-274.
- (22) د. محمد سمير العوا ، التحكم في الأعمال المصرفية الإلكترونية ، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية ، جامعة الإمارات ، 2003 ، ص126.
- (23) د. صفاء جمعة فتوح ، مصدر سابق ، ص213.
- (24) المصدر نفسه ، ص214.
- (25) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 1797 ، الهيئة الاستئنافية ، منقول ، 2011/11/21 بتاريخ ، قاعدة التشريعات العراقية
- (26) حكم محكمة التمييز بالعدد 553/الهيئة المدنية ، منقول /2008 في 2008/1/22 ، مشار اليه لدى دريد داود سلمان الجنابي ، قانون التجارة في قرارات محكمة التمييز الاتحادية ، ج1 ، دار مكتبة الأمر ، ص55-56.
- (27) د. بلال الأنصاري ، عمليات البنوك ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، الطبعة الأولى ، 2017 ، ص264.
- (28) د. عبد الحميد الشواربي ، عمليات البنوك ، مصدر سابق ، ص381.
- (29) د. سميحة القليوبي ، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري ، مصدر سابق ، ص875.
- (30) طعن رقم 2395 لسنة 61 ق – جلسة 1993/1/4 ، مشار اليه لدى د. سعيد حسين علي ، عقود قانون التجارة الدولية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، مصدر سابق ، ص165.
- (31) رضا عبيد ، القانون التجاري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1984 ، ص147.
- (2) Marie-Noelle, obard Bachellier et Manuella Bourassin et Vincent Bremond , op.cil p.251.
- (33) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 1694/الهيئة الاستئنافية ، منقول ، 2011 في 2011/11/15 ، مشار اليه لدى القاضي لفته هامل العجيلي ، مصدر سابق ، ص117.
- (34) د. عبد الحي حجازي ، سندات الانتماء المصرفية (الأوراق التجارية) الكمبيالة والسند الاذني و الشيك ، ج1 ، القسم العام ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1957 ، فقرة 60 ، ص53 ، وما بعدها.
- (35) غفران كريم حسين ، مصدر سابق ، ص18.
- (36) جبار جمعه اللامي ، مصدر سابق ، ص30 ، وكذلك د. علي جمال الدين عوض ، خطابات الضمان ، مصدر سابق ، ص100.
- (37) كمال بوسكره ، خطاب الضمان البنكي ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، 2014-2015 ، ص73.
- (38) هاني محمد دويدار ، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2003 ، ص286.
- (1) - Chun – Hsin Hus , "The independence of Demand cuarautees,performauce Bouds and staud by ,ettters of credit , Natianat Taiwan university law peview(1),(2006).
- اكدت محكمة التمييز الاردنية على هذه الخاصية في حكم تمييزي لها جاء فيه " ... وأن يكون لهذا الخطاب كفايته الذاتية فلا يرتبط استحقاق المبلغ الوارد فيه بعنصر خارجي ، وأن يكون المبلغ الثابت مستحققات فور اصدار الخطاب ووصله الى علم المستفيد منه " ، تمييز حقوق 89/1060 ، مجلة المحامين الاردنيين / سنة 1989 ، ص1379.

- (40) الياس ناصيف ، العقود التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى بيروت ، 2014 ، ص316.
- (41) حكم محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 1648/الهيئة الاستئنافية منقول 2010/ 2010/10/28 ، مشار اليه لدى فوزي كاظم المياحي ، مصدر سابق، ص62-63.
- (42) نقض مدني في الطعن 1342 لسنة 49 قضائية، جلسة 1980/12/12 ، ابراهيم خليل ، الوجيز في خطابات الضمان المصرفية وفقاً للتشريع المصري واحكام النقض والنصوص التشريعية في قانون التجاره رقم 17 لسنة 1999
- (43) محي الدين علم الدين اسماعيل ، رسالة دكتوراه ، مصدر سابق ، ص201-231.
- (44) قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية / الهيئة الاستئنافية الثانية المرقم 1036/س2/2013 في 2013/10/31، قاعدة التشريعات العراقية.
- (45) قرار محكمة التمييز بالعدد 2852 / الهيئة الاستئنافية منقول 2013/ 2013/12/16 ، قاعدة التشريعات العراقية
- (46) قرار محكمة التمييز بالعدد 588/ الهيئة الاستئنافية / منقول / 2007/7/29 ، مشار اليه لدى دريد داود سلمان الجنابي ، قانون التجارة في قرارات محكمة التمييز الاتحادية ، الجزء الأول ، منشورات دار ومكتبة الامير ، ص58.
- (47) د. علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك في الوجهة القانونية ، مصدر سابق ، ص596.
- (48) د. محسن شفيق ، التكيف القانوني للالتزام المصرفي ، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، س1 ، ع3 ، 1947 ، ص4.
- (49) د. علي جمعه موسى الربيعي ، مصدر سابق ، ص300.
- (50) د. علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك ، مصدر سابق ، ص596 وما بعدها.
- (51) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 103/س85-186 في 1987/1/24 ، وكذلك تمييز 727/موسعة اولي 82-1983 في 1984/7/30 ، مشار اليه لدى القاضي لفته هامل العجيلي ، مصدر سابق ، ص126.
- (52) مثل الغلط في شخص المستفيد او اذا كان خطاب الضمان الذي بيد المستفيد مزوراً ، خليل فيكتور تادرس ، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995 ، دار النهضة العربية ، 2004 ، 2005 ، ص274.
- (53) محمد الأطرش ، الضمانات البنكية المستقلة في عقود التجارة الدولية ، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، سلسلة الرسائل والاطروحات ، جامعة عياض ، مراكش ، العدد الثاني ، 1996 ، 1995 ، ص76.
- (54) ينظر محمد جنكل ، العمليات البنكية غير المباشرة ، سلسلة الموسعة القانونية والقضائية لقانون الاعمال والمقاولات ، الدار البيضاء ، 2009 ، ص144.
- (55) د. عبد الحميد الشواربي ، عمليات البنوك ، مصدر سابق ، ص383.
- (56) حكم محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 739/الهيئة الاستئنافية ، منقول 2015/ 2015/3/25 ، مشار اليه لدى جبار جمعه اللامي ، خطاب الضمان ، مصدر سابق ، ص23.
- (57) عبد الرحمن قيصر ، مدى الالتزام القانوني للبنك في خطاب الضمان ، رسالة ماجستير، كلية النجاح الوطنية ، فلسطين ، ص41.
- (58) المادة (5) من القواعد المودة التي اصدرتها غرفة التجارة الدولية لخطابات الضمان في باريس تدفع عند الطلب (UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW)
- (59) د. علي جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، مصدر سابق ، ص65.
- (60) د.علي الامير ابراهيم ، التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتماد المستندي في عقود التجارة الدولية ومسؤوليته ، دار النهضة العربية ، 2004 ، ص22 وما بعدها .

- (61) د. جلال وفاء محمد ين ، قانون التجارة البحرية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 1997 ، ص 386 وما بعدها.
- (62) د. محمد فريد العريفي ، د. علي البارودي ، القانون التجاري ، مصدر سابق ، بند 266 ، ص 353.
- (63) د. حمد ابراهيم موسى ، مصدر سابق ، ص 362.
- (64) المادة (138) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
- (65) أ- راغب حبشي ، مصدر سابق ، ص 9.
- (66) د. علي جمال الدين عوض ، خطابات الضمان ، مصدر سابق ، ص 91.
- (67) معن الجربا ، الطبقة القانونية للضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة وقواعد غرفة التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 1 ، 2014 ، ص 210.
- (68) نقض تجاري فرنسي في 13/12/1983 دلو ز سيري 1984 ، ص 240 ، تعليق فاسير ، مشار اليه لدى د. علي جمال الدين عوض ، الكفالة المصرفية ، مصدر سابق ، ص 44.
- (69) عادل ابراهيم ، مصدر سابق ، ص 37.
- (70) الاستاذ بولوا في تعليقه في 1981 JCP مشار اليه لدى د. علي جمال الدين عوض ، خطابات الضمان ، مصدر سابق ، ص 91.
- (1) oppetut(B) "Arbitrag , mediation et couciltation" Rev. arb.1984,p307.
- (72) د. عادل ابراهيم ، مصدر السابق ، ص 142.
- (73) د. عادل ابراهيم ، نفس المصدر ، ص 142.
- (74) محكمة التمييز القطرية الصادر في 2015/5/26 .
- (75) حكم محكمة النقض الفرنسية في 20/12/1982 مشار اليه لدى باسمه دباس ، شروط اتفاق التحكيم وأثارها ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2004 ، ص 83.
- (76) د. داوود خلف ، دليل عقود الانشاءات ، جمعية عمال المطابع التعاونية ، عمان ، الاردن ، 2003 ، ص 101.
- (77) ايهاب محمد نور عبد الله ، خطاب الضمان المصرفي في ضوء الشريعة والقانون والقواعد الدولية ، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير ، جامعة جوبا ، كلية القانون ، 2009 ، ص 49.
- (78) د. ابراهيم عادل ، مصدر سابق ، ص 143.
- (79) د. احمد الزيادات ، د. ابراهيم العموش ، الوجيز في التشريعات التجارية الاردنية ، دار وائل للنشر ، ط 2 ، عمان ، 1996 ، ص 142.
- (80) د. علي جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، مصدر سابق ، ص 210 ، وكذلك د. حمد نور شحاته ، النشأة الاتفاقية للسلطة القضائية للمحكمن ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 ، ص 84.
- (81) نص المادة (142) من القانون المدني العراقي ، وتقابلها المادة (152) من القانون المدني المصري .
- (82) د ابو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1981 ، ص 147.
- (83) د. هدى محمد عبد الرحمن ، دور المحكم في خصومة التحكيم وصلاحياته ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص 75.
- (84) د. حسام عيسى ، التحكيم التجاري الدولي ، القاهرة ، بلا ناشر ، 1988 ، ص 224.
- (85) د. سميحة القليوبي ، الاسس القانونية لعمليات البنوك ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988 ، ص 15.
- (86) محمد السيد الفقي ، القانون التجاري (الأفلاس ، العقود التجارية ، عمليات البنوك) ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2004 ، ص 430.
- (87) للمزيد حول تعريف الضمانات المشروطة انظر ، د. سميحة القليوبي خطابات الضمان المصرفية في ضوء مشروع قانون التجارة لدولة الامارات العربية المتحدة ، مجلة الامن والقانون ، تصدرها كلية الشرطة

- بدبي 1993 ، ص 89، د. عبد الحكم محمد عثمان ، قانون اصول المعاملات التجارية ، ط 1 ، 1994 ، ص 299 ، ايضاً خليل فيكتور ، مصدر سابق ، ص 554.
- (88) أكرم حياوي طعمه علي ، مصدر سابق ، ص 34.
- (89) د. مصطفى كمال طه ، مصدر سابق ، ص 467 ، ايضاً د. خليل فيكتور ، مصدر سابق ، ص 555.
- (90) د. سميحة القليوبي ، الأسس القانونية للعمليات المصرفية ، مصدر سابق ، ص 456.
- (91) محمود الكيلاني ، مصدر سابق ، ص 353-354.
- (92) طعن مصري رقم 1342 ، 49 ق ، جلسة 1980/12/22 ، مشار اليه لدى ، د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص 142.
- (93) انظر المادة رقم (9) من القواعد الموحدة لضمائم العقود الصادرة من غرفة التجارة الدولية المنشور رقم 325 ، راجع د. محي الدين أسماويل ، مصدر سابق ، ج 1 ، ص 325.
- (94) انظر المادة (2) من القواعد الموحدة التي صدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب (UNIFORM RVLES FOR DEMAND GUARANTEES(URDG) الكتيب رقم 458 لسنة 1992 ، مشار اليه لدى مجدي عبد الفتاح سليمان ، مصدر سابق ، ص 92.
- (95) د. علي جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، مصدر سابق ، ص 423 ، وكذلك د. سميرة القليوبي ، المنظمات الدولية ، مصدر سابق ، ص 129.
- (96) د. علي الامير ابراهيم ، التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتمادات المستندية في عقد التجارة الدولية ومسؤوليته ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، 2004 ، ص 84.
- (4) Martine Delierneux , cit , p281 , moghomes Michel , These cetee , p-136.
- كذلك انظر : د. زينب السيد سلامة ، دور البنوك في الاعتماد المستندي من الوجهة القانونية ، رسالة دكتوراه ، حقوق الاسكندرية ، ص 177.
- (98) د. علي الامير ابراهيم ، التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتماد المستندي في عقود التجارة الدولية ومسؤوليته ، دار النهضة العربية ، 2004 ، ص 22 وما بعدها .
- 99 - المادة 1/150 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951م المعدل .
- 100 - د. معن الجريا ، مصدر سابق ، ص 200 ، وكذلك د. فياض القضاة ، دورة الاعتمادات المستندية ، المركز العربي للتدريب الاردني ، عمان ، 1998.
- 101 - د. عادل ابراهيم السيد ، مدى استقلال التزام البنك في خطاب الضمان ، مصدر سابق ، ص 107.
- 102 - د. حسن علي ذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، الجزء الثاني ، الخطأ ، 2001 ، ص 198.
- 103 - عدنان ابراهيم السرحان وخاطر نوري حمد ، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية ، الالتزامات (دراسة مقارنة) ، ط 1 ، عمان ، الدار العلمية للنشر و التوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2002 ، ص 334.
- 104 - عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام في القانون اللبناني والقانون المصري ، بيروت و دار النهضة العربية ، 1979 ، ص 422.
- 105 - د. اسامه عهد العبد ، التعسف في استعمال الحق ، مجلة محامي ، السنة الرابعة عشر ، نوفمبر - ديسمبر ، 1993 ، ص 4.
- 106 - نفس المعنى المادة (2/687) بصدد عقد القرض التي جاء فيها " اما اذا كان القرض بفائدة او كان بغير فائدة ولكن قد تعمد اخفاء العيب كان المفترض ان يطلب اصلاح العيب ، واما ابدال شي سليم بالشيء المعيب " .
- 107 - حسين عامر ، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود ، مطبعة مصر ، الطبعة الأولى ، 1960 ، ص 3 وما بعدها.

108-Stoufflet, j.C.P. ,1984, N.20436.

- 109 - طلال علي سليمان الشوبكي ، اثر الغش في التزام المصرف مصدر خطاب الضمان ،كلية الحقوق ، جامعة الشرق الاوسط ، 2015 ، ص77.
- 110 - د. خليل فيكتور ، مصدر سابق ، ص435.
- 111 - رضا السيد ، النظام المصرفي وعمليات البنوك ، مصدر سابق ، ص349.
- 112 - د. سميحة القليوبي ، الاسس القانونية لعمليات البنوك ، 1988م ، ص162.
- 113 - حكم محكمة النقض الفرنسية، مشار اليه لدى د. محمود الكيلاني، عمليات البنوك، مصدر سابق، ص35.
- 114 - نقض مصري في 1996/6/26 بالرقم 450 لسنة 1995 ، منشور في مجلة هيئة قضايا الحكومة ، عدد 4 أكتوبر - ديسمبر ، 1997.
- 115 - د. احمد عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة ، بالفقه الغربي ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، دار احياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع ، لبنان ، 1953-1954 ، ص9. وعرف الحق كذلك بأنه : " الميزة التي يمنحها القانون لشخص وتحميها طرق قانونية فيكون الشخص بموجب تلك الميزة ان يتصرف في المال الذي اقر القانون استثنائه به باعتباره مالك له او على اعتباره مستحقاً له في ذمة الغير. عبد المنعم البدر اوي ، المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1966 ، ص450
- 116 - حسين عامر ، مصدر سابق ، ص54.
- 117 - بشار فلاح ناصر الشباك ، نظرية التعسف في ادارة الشركات التجارية ، دراسة مقارنة ، مركز الدراسات العربية للنشر ، الطبعة الأولى ، 2016 ، ص35.
- 118 - ينظر حسين عامر ، مصدر سابق ، ص60.
- 119 - ففي قضية عرضت على محكمة استئناف بغداد / الرصافة الاتحادية ، وكان مضمونها ان المدعي (المستأنف) لدى محكمة بداءة مدينة الصدر ، سبق وان اصدرت محكمة قضاء الموظفين قراراً بحقه تضمن نقله من مكان عمله في محافظة ميسان وأكتسب القرار الدرجة القطعية ، وقد طعن به امام المحكمة الادارية العليا في مجلس الدولة والتي اصدرت قرارها بإلغاء الامر الاداري الصادر من المدعى عليه (المستأنف عليه) اضافة لوظيفته والذي اصدره ظلماً وعدواناً بحق المدعي ، ونظراً للأضرار المادية والمعنوية التي لحقت به وبأفراد أسرته طلب في عريضة الدعوى البدائية التعويض بمبلغ مقداره (250) مليون دينار ، وقد اصدرت محكمة البداءة حكماً برد دعواه وتحميله الرسوم ومن ضمنها تعاب محاماة وكيله المدعى عليه مبلغ مقداره (500) الف دينار ولعدم قناعته بالحكم فقد طعن به استئنافاً فقررت محكمة الاستئناف بانه " بعد التدقيق والمداولة وعطف النظر على الحكم المعطون فيه وجد أنه مخالف للأصول واحكام القانون يكون المدعي (المستأنف عليه) قد اساء استعمال حقه بانحرافه في استخدام سلطته التي خولها اياه القانون ويلزم بضمان الضرر الذي اصاب المدعي جراء ذلك على وفق المادة 1/7 من القانون المدني، لاسيما وان المادة 204 من القانون المذكور قد أوجب التعويض على كل تعد يصيب الغير بأي ضرر وعلى وفق المادة 205 منه يلزم المدعى عليه بتعويض الضرر المعنوي الذي اصاب المدعي جراء امر النقل التعسفي بتأديته الى المدعي مبلغاً مقداره (ستة وخمسون مليون وخمسمائة الف دينار.....)" (حكم محكمة استئناف بغداد / الرصافة الاتحادية ، بالرقم 528/س3/2014 في 201/5/8 منشور في قاعدة التشريعات العراقية ، على الموقع، iraqid.e-shv-services.iq.
- 120 - حسين عامر ، مصدر سابق ، ص96.
- 121 - حسين عامر ، مصدر سابق ، ص92.
- 122 - المصدر نفسه ، ص91.
- 123 - د. خليل فيكتور ، مصدر سابق ، ص434.
- 124 - خليل فيكتور ، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الامم المتحدة لعام 1995 مصدر سابق ، ص435.

- ¹²⁵ - قرار محكمة التمييز الاتحادية / الهيئة الموسعة المدنية بالعدد 12 في 2015/1/19 ، قاعدة التشريعات العراقية على الموقع iraqid.e-shv-services.iq
- ¹²⁶ د. سميحة القليوبي ، المنظمات الدولية ، اتفاقيتي الأمم المتحدة المنعقدة بشأن الكفالات المستحقة وخطابات الاعتماد ، ص36.
- ¹²⁷ - نص المادة (1/14) من الاتفاقية عى انه " يتعين على الكفيل /المصدر ، في اداء التزامات بموجب التعهد وبمقتضى هذه الاتفاقية ان يتصرف بحسن نية ، وان يتوخى قدراً معقولاً مع ايلاء الاعتبار الواجب للمعايير المتعارف عليها في الممارسات الدولية بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة"
- ¹²⁸ د. علي جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، مصدر سابق ، ص227. وكذلك د. خليل فيكتور ، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان ، مصدر سابق ، ص450-451.
- ¹²⁹ حيث ان المدعي شركة قدمت عرضاً للاشتراك في مناقصة لتجهيز المدعي عليه بمادة العدس الأحمر المجروش وهذا العرض قد ارفق بخطاب ضمان بمبلغ (120 ألف دولار امريكي) من المصرف العراقي للتجارة، علماً ان الفقرة (3) من شروط المناقصة بينت ان العرض سيكون نافذاً لمدة (20 يوماً فقط) وبعد هذه الفترة ومروا (42 يوماً) أحال صاحب المناقصة العمل على الشركة المدعية الا ان الأخير لم يقم بالتجهيز مما حدا بالمدعي عليه صاحب المناقصة مصادرة خطاب الضمان تبعاً لذلك رفع المدعي شكواه الى المحكمة التي قررت بانه ليس لصاحب المناقصة مصادرة خطاب الضمان استناد الى كون فترة المناقصة والعرض المقدم من المدعي قد انتهت ولا يوجد الزام عليه بقبول العرض بعد مرور اكثر من 20 يوماً على انتهاء عرض المناقصة. محكمة التمييز الاتحادية العدد/1206/ الهيئة الاستئنافية منقول/2011 في 2011/8/24 مشار اليه لدى القاضي جبار جمعه اللامي، مصدر سابق، ص 167-169.
- ¹³⁰ محكمة التمييز الاتحادية العدد/1626/ الهيئة الاستئنافية منقول/2012 في 2012/7/31 مشار اليه لدى القاضي جبار جمعه اللامي، مصدر سابق، ص 161-163.
- ¹³¹ - د. خليل فيكتور ، رسالة دكتوراه ، مصدر سابق ، ص451.
- ¹³² - د. حياة شحاته ، مخاطر الانتماء في البنوك التجارية ، 1990 ، ص365.
- ¹³³ - سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص82.
- 1-Case.cowe.10/1/1986 Rev.de Ban que 1987.p711,N463.
- ¹³⁵ د. حمدي محمد مصطفى ، مجلة الشريعة والقانون ، جامعة الامارات العربية ، ص66.
- ¹³⁶ Cass.com.7/6/1994 D.1994.P175.
- ³Caparis, 17/6/1992, D1995, somm , P.19.Note Vasseur egalweut , paris 27/11/1990 , D1991 , somm,P.200 , Note vasseur.
- ¹³⁸ - حكم محكمة النقض الفرنسية في 2003/11/26 ، مشار اليه لدى مجدي عبد الفتاح
- ¹³⁹ steffhone Pieddelwer , Emmauuel putman , op .cit , P705

أولاً: المصادر

- 1- ابو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1981 ، ص147.
- 2- احمد الزيادات ، د. إبراهيم العموش ، الوجيز في التشريعات التجارية الاردية ، دار وائل للنشر ، ط2 ، عمان ، 1996
- 3- احمد عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج1 ، (نظرية الالتزام بوجه عام ومصادر الالتزام) ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان

- 4- احمد عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة ، بالفقه الغربي ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، دار احياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع ، لبنان ، 1953-1954
- 5- ألياس ناصيف ، العقود التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى بيروت ، 2014
- 6- بشار فلاح ناصر الشباك، نظرية التعسف في ادارة الشركات التجارية، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر، الطبعة الأولى ، 2016
- 7- بلال الأنصاري ، عمليات البنوك ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، الطبعة الأولى ، 2017
- 8- جلال وفاء محمد بن ، قانون التجارة البحرية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 1992
- 9- جورجيت صبحي عبده ، مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992
- 10- حسام عيسى ، التحكيم التجاري الدولي ، القاهرة ، بلا ناشر ، 1988
- 11- حسن دياب ، الاعتمادات المستندية التجارية (دراسة مقارنة) ، ط1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1999
- 12- حسن علي ذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، الجزء الثاني ، الخطأ ، 2001
- 13- حسني عبد الدايم عبد الصمد، الشككية في أبرام التصرفات (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2011
- 14- حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، مطبعة مصر، الطبعة الأولى، 1960
- 15- خليل فيكتور تادرس ، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995 ، دار النهضة العربية ، 2004 ، 2005
- 16- داوود خلف ، دليل عقود الانشاءات ، جمعية عمال المطابع التعاونية ، عمان ، الاردن ، 2003
- 17- دريد داود سلمان الجنابي ، قانون التجارة في قرارات محكمة التمييز الاتحادية ، ج1 ، دار مكتبة الأمر
- 18- رضا عبيد ، القانون التجاري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1984
- 19- سعيد حسين علي ، عقود قانون التجارة الدولية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ط1 ، سنة الأولى ، 2017
- 20- سميحة القليوبي ، الاسس القانونية لعمليات البنوك ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988
- 21- سميحة القليوبي ، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري ، الجزء الثاني ، الطبعة السابعة ، 2015
- 22- سميرة ابو نسيم ، خطابات الضمان دراسة مقارنة بين الانظمة القانونية في مصر و المغرب وفرنسا ، رسالة لنيل درجة الماجستير في الحقوق ، جامعة طنطا ، كلية الحقوق ، قسم القانون التجاري ، 2009

- 23- عادل ابراهيم السيد مصطفى، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988 جبار جمعه اللامي
- 24- عبد الحكم محمد عثمان، قانون اصول المعاملات التجارية، ط1، 1994،
- 25- عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك، دار الكتب والدراسات العربية، 2017
- 26- عبد الحي حجازي، سندات الائتمان المصرفية (الأوراق التجارية) الكمبيالة والسند الاذني و الشيك، ج1، القسم العام، المطبعة العالمية، القاهرة، 1957
- 27- عبد المنعم البدر اوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، 1966
- 28- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام في القانون اللبناني والقانون المصري، بيروت و دار النهضة العربية، 1979
- 29- عدنان ابراهيم السرحان وخاطر نوري حمد، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات (دراسة مقارنة)، ط1، عمان، الدار العلمية للنشر و التوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002
- 30- عكاشه عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية (دراسة مقارنة في القانون المصري وبعض التشريعات العربية واتفاقيات جنيف 1930-1931)، الدار الجامعية، بيروت، 1988
- 31- علي الامير ابراهيم والتزام البنك ببعض المستندات بالنسبة للاعتماد المستندي في عقود التجارة الدولية ومسؤوليته، دار النهضة العربية، 2004
- 32- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981
- 33- لفقة هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، مطبعة الكتاب، بغداد، 1981
- 34- محمد السيد الفقي، القانون التجاري (الأفلاس، العقود التجارية، عمليات البنوك)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004
- 35- محمد جنكل، العمليات البنكية غير المباشرة، سلسلة الموسوعة القانونية والقضائية لقانون الاعمال والمقاولات، الدار البيضاء، 2009
- 36- محمد سمير العوا، التحكم في الأعمال المصرفية الإلكترونية، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية، جامعة الإمارات، 2003،
- 37- محمود أبو عافيه، التصرف القانوني المجرد (النظرية العامة والتطبيقات في القانون المصري المقارن)، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1948
- 38- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية المصرفية، 1992
- 39- معن الجربا، الطبقة القانونية للضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة وقواعد غرفة التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2014
- 40- منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية والعربية والاجنبية معززا بأراء الفقه واحكام القضاء)، الطبعة الأولى، دار ثاراس للطباعة والنشر، اربيل - العراق، 2006

- 41- هاني محمد دويدار ، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2003 ،
 - 42- هدى محمد عبد الرحمن ، دور المحكم في خصومة التحكيم وصلاحياته ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997
- ثانياً: الأطاريح والرسائل والبحوث**
1. ايهاب محمد نور عبد الله ، خطاب الضمان المصرفي في ضوء الشريعة والقانون والقواعد الدولية ، رسالة ماجستير ، جامعة جوبا ، كلية القانون ، 2009
 2. باسمه دباس ، شروط اتفاق التحكيم وأثارها ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2004،
 3. زينب السيد سلامة ، دور البنوك في الاعتماد المستندي من الوجهة القانونية ، رسالة دكتوراه ، حقوق الاسكندرية
 4. عبد الرحمن قيصر ، مدى الالتزام القانوني للبنك في خطاب الضمان ، رسالة ماجستير ، كلية النجاح الوطنية ، فلسطين
 5. علم الدين محي الدين اسماعيل ، خطاب الضمان ، الاساس القانوني للالتزام البنك ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1967
 6. غفران حسين كريم ، التصرف التجاري المستقل ، رسالة ماجستير ، جامعة ذي قار ، كلية القانون ، 2020
 7. كمال بوسكره ، خطاب الضمان البنكي ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، 2014-2015.
 8. د. محسن شفيق ، التكييف القانوني للالتزام المصرفي ، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، س1 ، ع3 ، 1947
 9. عصام حنفي محمود ، استقلال ونهائية خطاب الضمان في ضوء قواعد التجارة الدولية الموحدة ، مجلة جامعة الملك سعود ، المجلد الثالث والعشرون ، يناير ، 2011م
 10. د. علي فوزي الموسوي ، فكرة التجديد في الالتزام المصرفي ، مجلة الحقوق ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، مجلد 16 ، ع 29-30 ، 2017
 11. د. سمح القليوبي خطابات الضمان المصرفية في ضوء مشروع قانون التجارة لدولة الامارات العربية المتحدة ، مجلة الامن والقانون ، تصدرها كلية الشرطة بدبي 1993
 12. د. محمد ابراهيم موسى ، خطابات الضمان الملاحية ، مجلة الحقوق والبحاث الاقتصادية ، كلية الحقوق ، الاسكندرية ، العدد الأول ،
- ثالثاً: القوانين**
- 1- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 م.
 - 2- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 م.
 - 3- قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 م.
 - 4- قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997م
 - 5- قانون التجارة رقم (17) لسنة 1999م

رابعاً: القرارات القضائية

1. حكم محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 1648/الهيئة الاستئنافية منقول 2010/ 2010/10/28
2. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 1797 ، الهيئة الاستئنافية ، منقول ، 2011 بتاريخ 2011/11/21
3. حكم محكمة التمييز بالعدد 553/الهيئة المدنية ، منقول 2008/ في 2008/1/22
4. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 1694/الهيئة الاستئنافية، منقول ، 2011 في 2011/11/15
5. قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية / الهيئة الاستئنافية الثانية المرقم 1036/س/2013 في 2013/10/31
6. قرار محكمة التمييز بالعدد 2852 / الهيئة الاستئنافية منقول 2013/ في 2013/12/16
7. قرار محكمة التمييز بالعدد 588/ الهيئة الاستئنافية / منقول / 2007/7/29
8. حكم محكمة استئناف بغداد / الرصافة الاتحادية، بالرقم 528/س/2014 في 2014/5/8
9. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 103/س/85-186 في 1987/1/24،
10. تمييز 727/موسعة اولى /82-1983 في 1984/7/30
11. طعن رقم 2395 لسنة 61 ق – جلسة 1993/1/4 ،
12. طعن مصري رقم 1342 ، 49 ق ، جلسة 1980/12/22
13. نقض مصري بالرقم 1342 في 1980/2/12 لسنة 49ق

خامساً: المصادر الأجنبية

- 1) chentzig jurgew . Quaaludes remaraues internation ale droit compoare . vol.21،Anril-juin 1969
- 2) GoBinA: Garaties fihancieres et garauties autonomes، Gaz.pal،17 ، decembrc ، 1999
- 3) Hawed Alavi، v Autonomy Principle and frond exception in Documentary letters of credit ، comparative study between united states and Englaud " Internatioual and comparative law Review (15) 2،(2015) ،
- 4) Chun – Hsin Hus ، "The independence of Demand cuarautees،performauce Bouds and staud by ،etters of credit ، Natianat Taiwan university law peview(1)،(2006).

Exceptions to The Principle of Independence in The Bank Letter of Guarantee: A Comparative Analytical Study

Russel Adel Hamid Prof. Dr. Mohammed Jassem Mohammed

University of Thi-Qar / college of Law

Roool347@gmail.com

lawcouncil4@utq.edu.iq

Abstract:

The letter of guarantee represents one of the most important forms of bank credit created by banking custom as an alternative to the use and exchange of money, and it is one of the services that banks provide to their customers. The letter of guarantee is distinguished by its inclusion of a very important principle that almost makes it distinct from other forms of credit, such as guarantees, which is the principle of independence. That is, the bank's obligation towards the beneficiary is independent and separate from the customer's relationship with the beneficiary, and from the customer's relationship with the bank. This principle represents an embodiment of the idea that commercial behavior is independent within its relationships, which are divided into three relationships, so that one of them is independent of the other relationship. The study attempts to prove that protecting the client's interests must take precedence over adherence to the principle of independence, if that adherence leads to placing the client in the position of a weak party that leads to wasting his rights to preserve the interests of the beneficiary, the institution, and the banking community. The practical application of the bank letter of guarantee created exceptions to the principle of independence and the bank's commitment to the beneficiary. This obligation is not supposed to be completely independent and far from the protection of the client, especially if the beneficiary's claim includes fraud, abuse, or bad faith. This is what the study attempts to explain.

Keywords: Letter of Guarantee, Banking Operations, Independence, Fraud and Abuse by The Beneficiary.