الرقم الدولي : ISSN2075 -7220
الرقم الدولي العالمي : ISSN2313 - 0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

السنة السادسة عشر 2024 العدد الاول

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

ISSN : 075-7220

ISSN` ONLINE : 2313-0377

AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal
For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued
By College of Law in Babylon University

First issue **2024** **Sixteenth year**

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

مجلة المحقق الحلي

للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

العدد الاول

السنة السادسة عشر

2024

البريد الالكتروني

https://www.iasj.net/iasj/journal/160/issues

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

هيئة تحرير المجلة

ت	الاسماء	الصفة	مكان العمل	الاختصاص العام	الاختصاص الدقيق
1	أ.د. فراس كريم شيعان	رئيس هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
2	م.د. هند فائز احمد	مدير هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
3	أ.د. اسراء محمد علي سالم	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
4	أ.د. اسماعيل صعصاع غيدان	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون اداري
5	أ.د. حسون عبيد هجيج	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
6	أ.د. ضمير حسين ناصر	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
7	أ.د. وسن قاسم غني	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
8	أ.د. ذكرى محمد حسين	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون تجاري
9	أ.د. صادق محمد علي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
10	أ.د. اسماعيل نعمة عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
11	أ.م.د محمد جعفر هادي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
12	أ.م.د. رفاه كريم كربل	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
13	أ.م.د. قحطان عدنان عزيز	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دولي
14	أ.م.د. ماهر محسن عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
15	أ.م.د. اركان عباس حمزة	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دستوري
16	أ.د. مروان محمد محروس	عضواً	كلية الحقوق/جامعة البحرين	قانون	ــــــــــ
17	أ.د. مزهر جعفر عبد جاسم	عضواً	اكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة / عمان	قانون عام	قانون جنائي
18	أ.د. سهيل حدادين	عضواً	الجامعة الاردنية	قانون	ــــــــــ
19	أ.د. فتحي توفيق عبد الرحمن	عضواً	كلية القانون/جامعة البتراء	قانون	ــــــــــ
20	أ.م.د. منى محمد عباس عبود	مدقق اللغة الانجليزية	كلية التربية الاساسية / جامعة بابل	اللغة الانجليزية	ــــــــــ
21	م.د. احمد سالم عبيد	مدقق اللغة العربية	كلية القانون / جامعة بابل	اللغة العربية	ــــــــــ

الفهرس

العدد الاول **السنة السادسة عشر** **2024**

ت	اسم الباحث	عنوان البحث	عدد الصفحات
1	أ.د.اسماعيل صعصاع غيدان م.م.هيثم علي كزار	انقضاء خطاب الضمان في مناقصات العقود الادارية والاثار المترتبة عليه	22-1
2	أ.د.اسماعيل صعصاع غيدان فراس اموري جبر	هيئات الضبط الاداري واساسها القانوني في مجال الامن المجتمعي	55-23
3	أ.م.د.أنغام محمود شاكر أ.م.د.ايناس مكي عبد	التعاقب بوصفه الاثر الناقل للعقد الوارد على المنقول المادي (دراسة مقارنة)	82-56
4	أ.م.د.عامر علي صاحب نورا علي عبيس	دور الاتفاقيات الدولية في تحديد القانون الواجب التطبيق على حقوق الملكية الصناعية (دراسة مقارنة)	109-83
5	أ.م.د.نسرين محسن نعمة	المسؤولية الجزائية عن تضليل المستهلك بمنتجات منتهية الصلاحية (دراسة مقارنة)	140-110
6	أ.م.د.رعد هاشم امين	تضارب المصالح في عقد وكالة التأمين (دراسة مقارنة)	173-141
7	أ.م.د.ميثم منفي كاظم	القواعد الدستورية للتسامح الفكري	204-174
8	أ.م.د.عمار رجب معيشر	تسبيب القرارات الاعدادية غير الفاصلة بموضوع الدعوة الجزائية	228-205
9	م.د. مشتاق طالب ناصر	الدور الاستشاري لمجلس الدولة العراقي في تعزيز التنمية المستدامة	249-229
10	م. وسن حميد رشيد	الاختصاصات التشريعية لرئيس الدولة ومسؤوليته في النظام البرلماني	268-250
11	احمد عبد الجليل عداي أ.م.د. ميثم منفي كاظم	التحكيم وحدود القاضي به بتسوية منازعات العقود الادارية (دراسة مقارنة)	305-269

"انقضاء خطاب الضمان في مناقصات العقود الادارية والاثار المترتبة عليه"

أ.د اسماعيل صعصاع البديري (1)
جامعة بابل / كلية القانون

م.م هيثم علي كزار (2)
جامعة بابل / كلية القانون

تاريخ استلام البحث:2024/1/21 تاريخ قبول النشر: 2024/2/1 تاريخ النشر:2024/3/3

الملخص

إن الغاية من مناقصات العقود الادارية التي تطرحها الجهات العامة هي لضمان سير المرافق العامة بانتظام , وذلك من خلال تلبية متطلبات عملها على اكمل وجه من ابنية وخدمات ومواد مختلفة ضرورية لاستمرارية الخدمة التي يقدمها المرفق العام للجمهور, ولأهمية المناقصات ولما توفره من عدالة بين اصحاب العطاءات وضع المشرع ضمانات أو تأمينات على شكل خطاب ضمان صادر من مصرف مرخص يقدمه صاحب العطاء ضمان لجدية عطائه أو لحسن تنفيذه للعقد , وينقضي التزام المصرف بخطاب الضمان بعدة حالات , منها بمصادرة مبلغ الخطاب إذا أخل المتعاقد بالتزاماته واخرى من غير مصادرة , أما بانقضاء المدة أو بالتنازل أو بانتهاء الغرض من اصدار خطاب الضمان , وينتج عن ذلك آثار تختلف حسب الطريقة التي انقضى بها الخطاب.

Expiration of the letter of guarantee in administrative contract tenders and its implications

Prof.Dr. Ismail Saasa
University of Babylon/College of Law

Ass.Lecturer Haitham Ali Kazar
University of Babylon/College of Law

Abstract:

The purpose of tenders for administrative contracts offered by public entities is to ensure the regular functioning of public facilities, by fully meeting the requirements of their work in terms of buildings, services, and various materials necessary for the continuity of the service provided by the public facility to the public. Due to the importance of tenders and the justice they provide among bidders, The legislator provides guarantees or insurance in the form of a letter of guarantee issued by a licensed bank, provided by the bidder as a guarantee of the seriousness of his bid or the proper implementation of the contract. The bank's obligation to the letter of guarantee expires in several cases, including by confiscating the amount of the letter if the contractor breaches his obligations and others without confiscation, either by expiration of the period or by waiver or When the purpose of issuing the letter of guarantee ends, this results in effects that differ depending on the way the letter expired.

المقدمة

اولا- موضوع البحث :

عادة ما تنص التشريعات الخاصة بكيفية إجراء المناقصات بدءا من اجراءات الاعلان عنها ثم احالتها بموجب العطاء الفائز واخيرا تنفيذها على احسن وجه , على تأمينات بنسب محددة من قيمة العقد , إذ تطلب الجهة طارحة المناقصة من اصحاب العطاءات تقديم تأمينات تختلف حسب كل مرحلة من مراحل التعاقد , وهذه التأمينات تكون على شكل خطاب الضمان يصدر من مصرف بناءً على طلب الآمر (المتعاقد) بمناسبة العقد اداري لصالح الجهة الادارية , إذ يتعهد المصرف بموجب خطاب الضمان بدفع مبلغ معين الى المستفيد خلال مدة محددة إذا أخل المتعاقد بالتزامه العقدي , وهذا الخطاب كأي التزام آخر لابد له من بداية ونهاية , فبداية هذا الالتزام تبدأ عندما يصدر المصرف خطاب الضمان لصالح المستفيد ويلاقي هذا الخطاب قبولا من المستفيد , ويبقى هذا الالتزام نافذا الى الوقت الذي يكون فيه نهايته , وينقضي التزام المصرف الناشئ عن خطاب الضمان , إما بالتنفيذ على قيمة الخطاب بأدائها للمستفيد , كما ينتهي هذا الالتزام من غير تنفيذ كأن يكون بانتهاء الغرض الذي صدر من أجله خطاب الضمان , أو بانتهاء مدته , كل هذه الحالات تؤدي الى انقضاء خطاب الضمان , وترتب العديد من الآثار يلتزم بها كلٌ من المصرف والمتعاقد بحسب الوسيلة التي انقضى بها الخطاب .

ثانيا- اهمية البحث :

تبرز اهمية البحث في أن خطاب الضمان وسيلة من وسائل الائتمان التي تساعد على تنشيط الاستثمار في عقود الاشغال العامة , إذ تولد الثقة لدى المناقصين والمقاولين في تسهيل اجراءاتهم التعاقدية خاصة عند دخولهم في المناقصات الكبرى التي تطرحها الجهات الحكومية , هذا من جهة ومن جهة اخرى تسهم هذه الدراسة في تعزيز الوعي القانوني لدى معظم رجال الاعمال والمقاولين فيما يترتب على خطابات الضمان من مخاطر قد تهدد مركزهم المالي في حالة فشلهم في إنجاح المشروع الذي صدر خطاب الضمان من أجله .

ثالثا- مشكلة البحث :

تتمثل مشكلة البحث بوجود فراغ تشريعي في التشريع العراقي بخصوص بعض المسائل التي تتعلق بخطاب الضمان في مناقصات العقود الادارية , منها ما يتعلق بصيغة المطالبة بخطاب الضمان , واخرى تتعلق بالدفع خارج مدة خطاب الضمان , كذلك حالة اغلاق المصرف الفرعي الذي صدر عنه خطاب الضمان .

رابعا- منهجية البحث :

تم اعتماد المنهج التحليلي المقارن في البحث , وذلك عبر تحليل النصوص القانونية واحكام القضاء وآراء الفقه المتعلقة بانقضاء خطاب الضمان في مناقصات العقود الادارية والآثار

المترتبة عليه , ومن خلال مقارنة التشريع العراقي مع كل من التشريعين الفرنسي والمصري فيما يتعلق بموضوع البحث .

خامسا- هيكلية البحث :

يقتضي البحث في موضوع انقضاء خطاب الضمان في مناقصات العقود الادارية والآثار المترتبة عليه تقسيمه على مطلبين , نخصص المطلب الاول لدراسة انقضاء خطاب الضمان, والمطلب الثاني لدراسة آثار انقضاء خطاب الضمان وكالآتي :

المطلب الاول

انقضاء خطاب الضمان

هناك عدة حالات تؤدي الى انقضاء خطاب الضمان في مناقصات العقود الادارية , منها ما يكون بالتنفيذ على قيمة الخطاب , ومنها ما يكون من غير تنفيذ , وتشمل انتهاء المدة وتحقق الغرض من الخطاب , وقبل أن نبدأ البحث بهذه الحالات لابد من القول أنه الوضع الطبيعي والسليم لانقضاء خطاب الضمان هو بانتهاء مدته دون مطالبة , إذ أنه لو قام المتعاقد مع الادارة بتنفيذ التزاماته وفق ما هو مرسوم له في العقد الاداري ؛ فإن هذا الخطاب سيعاد للمصرف دون مطالبة , لان الهدف النهائي من إصدار الخطاب للمستفيد هو لضمان جدية المتعاقد في تنفيذ التزاماته بموجب عقد المناقصة , أما لو حدث العكس بأن أخل المتعاقد بالتزاماته فلن يكون أمام الجهة الادارية إلا طلب قيمة خطاب الضمان من المصرف لينتهي بذلك التزام المصرف بالخطاب , لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين , نخصص الفرع الاول لبيان الانقضاء بتنفيذ خطاب الضمان , ونخصص الفرع الثاني لدراسة الانقضاء بدون تنفيذ خطاب الضمان , وكالآتي :

الفرع الاول

الانقضاء بتنفيذ خطاب الضمان

تدور حول عملية تنفيذ خطاب الضمان في مناقصات العقود الادارية مجموعة من الاشكاليات القانونية , إذ يتعلق بعضها بكيفية المطالبة بمبلغ الخطاب , والبعض الاخر يتعلق بأداء قيمته ومدى سلطة المصرف أو المتعاقد في ايقاف الدفع للمستفيد , لذا سنحاول بيان تلك الاشكاليات وكالاتي :

اولاً - المطالبة بتنفيذ خطاب الضمان :

يعد تعهد المصرف بدفع قيمة خطاب الضمان لدى المطالبة به من أهم الالتزامات التي يتضمنها خطاب الضمان , إذ جرت العادة أن يسطر المصرف تعهده بالأداء لدى اول مطالبة ترده من المستفيد في متن سند الخطاب[1] , وقد أكد على ذلك المشرع **الفرنسي** في الملحق الخاص بنموذج ضمان الطلب الاول إذ على المصرف أن يضع تعهده بقوله (ب- الالتزام : اتعهد بالدفع عند الطلب الاول في حدود المبلغ المضمون ...)[2] , أما المشرع **المصري** فقد

اكتفى بتعريفه لخطاب الضمان بأنه " خطاب الضمان تعهد مكتوب يصدر من بنك بناء على طلب شخص (يسمى الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (يسمى المستفيد) إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة "[3] , كذلك فعل المشرع **العراقي** عندما عرفه بأنه " خطاب الضمان تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب احد المتعاملين معه (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ..."[4] , ويتضح من ذلك أن أداء قيمة الخطاب مرتبط مباشرة بمطالبة المستفيد به , فالمطالبة تعد شرطاً لاستحقاق قيمة الخطاب [5] .

وعلى الرغم من أهمية المطالبة إلا أن تشريعات الدول محل المقارنة لم تبين شكلها وصيغتها , ولا يخلو هذا الموضوع من بعض الاشكاليات القانونية منها :

1- صيغة المطالبة :

ذهب البعض[6] , الى أنه لا يشترط أن تكون المطالبة بقيمة خطاب الضمان مطالبة قضائية , وإنما تكفي المطالبة العادية , فمن الممكن أن تكون بشكل رسالة أو بواسطة البريد المسجل , ولا يمنع أن تكون برقياً أو هاتفياً ما دام من الممكن إثباتها , وبتطور وسائل الاتصالات فإنه من الممكن أن تكون المطالبة الكترونياً عن طريق ارسال رسالة عبر الإيميل الرسمي للمصرف .

وعلى العكس من ذلك تؤكد التطبيقات القضائية في **مصر والعراق** على وجوب تقديم الطلب يدوياً الى المصرف وأن يدخل في سجل الوارد ويختم بختم المصرف إذ أن العبرة بوصول الطلب الى علم المصرف لا بتأريخ صدور الطلب[7] .

وبالنظر الى التطور الهائل في وسائل التواصل , بات من الضروري وضع قواعد تساير هذا التطور فيما يتعلق بصيغة المطالبة[8] .

كذلك يجب أن تتضمن المطالبة كافة المستندات المطلوبة في خطاب الضمان والمتفق عليها سابقا , فقد نص المشرع **الفرنسي** على مجموعة من المستندات الواجب ارفاقها مع المطالبة ليتسنى للمصرف أداء قيمة الخطاب[9] , أما المشرع المصري فلم يتطرق الى صيغة معينة للمطالبة , لا في قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 المعدل ولا في قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 ولا في لائحته التنفيذية , كذلك المشرع العراقي لم يتطرق الى صيغة معينة للمطالبة لا في قانون التجارة ولا في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 2 لسنة 2014 المعدلة .

2- أن تقدم المطالبة من قبل المستفيد أو وكلائه أو ممثله القانوني :

أن من خصائص خطاب الضمان أنه شخصي , أي ينشأ حقاً متعلقاً بشخص المستفيد ذاته , مما يعني تقديم المطالبة من قبل المستفيد أو وكيله القانوني دون غيرهما , وبذلك يمتنع على دائني المستفيد المطالبة بقيمة خطاب الضمان حتى وإن فرط المستفيد في حقه هذا[10] , لذا لا يكفي أن تقدم المطالبة من أي شخص يحمل خطاب الضمان , وإنما يجب على المصرف أن يتأكد من صفته المشروعة بالخطاب .

كما وقد سبق القول , بأن خطاب الضمان ليس ورقة تجارية يمكن تداولها سواء بالتظهير أم بالمناولة , لذا يمتنع على حامله المطالبة بقيمته إلا إذا كان له صفة المستفيد من الخطاب .

3- تقديم المطالبة ضمن مدة خطاب الضمان :

لم يتضمن نموذج خطاب الضمان **الفرنسي**[11] (ضمان الطلب الاول) على مدة محددة للمطالبة بقيمة خطاب الضمان , وإنما جعل التزام المصرف بالدفع يمتد من وقت اصدار ضمان الطلب الاول الى نهاية مدة الضمان , وهذا ما نص عليه المشرع **الفرنسي** بقوله " يفرج عن المؤسسات التي قدمت ضمانها أو ضمانها عند الطلب الاول بعد شهر على الاكثر بعد انتهاء فترة الضمان . ومع ذلك , إذا تم إخطار التحفظات خلال فترة الضمان الى المتعاقد والى المؤسسات التي منحت ضمانها أو ضمانها عند الطلب الاول وإذا لم يتم رفعها قبل انتهاء هذه الفترة , يتم تحرير المنشآت من التزاماتهم لمدة شهر على الاكثر بعد انتهائهم " [12] .

أما المشرع **المصري** و**العراقي** فقد أوجبوا أن يكون خطاب الضمان ساريا خلال مدة محددة مذكورة في متن الخطاب وتبرأ ذمة المصرف بانتهائها إذا لم ترده مطالبة من قبل المستفيد خلالها , لذا أكد المشرع المصري على أنه " تبرأ ذمة البنك قِبَل المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع إلا إذا اتفق صراحة على تجديد تلك المدة تلقائيا أو وافق البنك على مدها "[13] , وكذلك نص المشرع العراقي على أنه " تبرأ ذمة المصرف تجاه المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع إلا إذا اتفق صراحة قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها " [14] .

وطبقا لما تقدم , تستلزم مطالبة المصرف بقيمة خطاب الضمان أن تتم خلال مدة سريان الخطاب , وكل مطالبة تقع خارج هذه المدة باطلة , لأنها على غير ذي محل .

وهذا ما اكد عليه القضاء في العراق إذ نص على أنه " إن القرار محكمة البداءة (الرصافة) المطعون فيه بصدد تسييل خطاب الضمان جاء مطابقا لنص المادة (291) من قانون التجارة رقم (30) لسنة 1984 إذ أن المطالبة وردت ضمن المدة المدونة في خطاب الضمان , لذا تقرر تصديقه " [15] .

والعبرة دائماً هي في وصول المطالبة خلال مدة سريان الخطاب , حتى ولو تم تسديد قيمة الخطاب للمستفيد بعد انتهاء أجله[16], إذ نص المشرع **العراقي** على " خطاب الضمان تعهد يصدر من مصرف ... بدفع مبلغ معين ... إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ..." [17] , وهذا ما اكده القضاء **المصري** بقوله " ومن ثم يكون سداد البنك في هذه الحالة وفاءً صحيحاً متى وصلت إليه مطالبة المستفيد خلال سريان مفعول الخطاب ويرتب له حق الرجوع على عميله بقدر المبلغ المدفوع , حتى لو تم هذا الوفاء بعد انتهاء سريان الخطاب لأن العبرة في ذلك بتأريخ وصول المطالبة بالوفاء بصرف النظر عن تأريخ الوفاء ذاته " [18] .

ويلاحظ أن القضاء **العراقي** قد سلك مسلكاً مغايراً في أحد قراراته في تفسير عبارة " إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب " الواردة في قانون التجارة السابق ذكرها , وقرر بأنها تعني صرف مبلغ الخطاب الى المستفيد اثناء مدة الخطاب , فقد نقضت محكمة التمييز الاتحادية قرار محكمة استئناف بغداد /الرصافة بخصوص رد دعوى المصرف في الرجوع على الآمر بمبلغ خطاب الضمان المدفوع الى المستفيد , بحجة أن الدفع قد تم خارج مدة خطاب الضمان وإن كانت المطالبة قد تمت داخلها[19] , إذ أوضحت محكمة التمييز بأنه كان على محكمة الاستئناف أن تبني قرارها على تعسف الادارة في المطالبة بخطاب الضمان لا على حجتها سابقة الذكر , ويرى الباحث أن قرار محكمة الاستئناف قد جانب الصواب , إذ أن تراخي المصرف بالدفع للمستفيد لحين انتهاء مدة الخطاب لا يقدح بصحة المطالبة[20] .

ويلاحظ أن المشرع **المصري** و**العراقي** , لم يحددان مدة يلتزم خلالها المصرف بسداد مبلغ الخطاب للمستفيد , على العكس من ذلك نجد أن المشرع **الفرنسي** قد الزم المصرف بسداد مبلغ خطاب الضمان للمستفيد خلال خمسة عشر يوم من تأريخ استلام المطالبة , فقد ألزم المصرف بوضع عبارة " سيتم الدفع في غضون خمسة عشر يوماً من استلامي للمطالبة "[21] في متن خطاب الضمان .

4- انتهاء وقت تقديم المطالبة :

ينتهي وقت المطالبة بعد انتهاء الدوام الرسمي لليوم الاخير من تأريخ سريان خطاب لضمان , ولا يجوز المطالبة بعده , ويتحمل المستفيد وحده تأخير البريد وحتى القوة القاهرة , لذا يجب أن ترد المطالبة للمصرف في أو قبل اليوم المعين كأجل نهائي لالتزام المصرف[22].

ويتفق الباحث مع هذا الرأي , إذ أن على المستفيد أن يكون حريصا على حقوقه بحيث يتنبه الى تأريخ انتهاء خطاب الضمان , خصوصا وأن قرار مصادرة خطاب الضمان لا يتخذه المستفيد في يوم وليلة وإنما يكون بعد عدة اجراءات ثبت من خلالها أخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية .

ولكن ماذا لو صادف في تأريخ انتهاء مدة خطاب الضمان عطلة رسمية ؟ حينها ستثار اشكالية قانونية حول مدى مشروعية المطالبة المقدمة للمصرف في أول يوم عمل بعد انتهاء العطلة الرسمية , فقد اجاب البعض[23] حول هذه المسألة بأنه يتم تمديد مدة خطاب الضمان الى أول يوم عمل بعد انتهاء العطلة الرسمية , وقد استند بعضهم[24] الى قانون المرافعات المدنية , إذ نص المشرع العراقي على أنه " إذا صادف يوم المرافعة عطلة رسمية , فيعتبر تأريخ المرافعة هو يوم العمل الذي يلي العطلة "[25] , ويرى الباحث أن هذا الرأي محل نظر , إذ أن هذا الرأي يفتقر الى دليل قانوني يستند اليه , فلم يرد نص في القواعد المنظمة لخطابات الضمان يشير الى تطبيق قانون المرافعات المدنية فيما لم يرد فيه نص , كما أن المادة السابق ذكرها من قانون المرافعات تتعلق بيوم إجراء المرافعة القضائية , ولا علاقة لها بالموضوع محل التساؤل , كما أنه جرى العرف المصرفي على احتساب مدة خطاب الضمان لدى المصارف كوحدة واحدة لا يستخرج منها أيام العطل الرسمية وعطل نهاية الاسبوع , وأخيراً سندنا في ذلك أيضاً أن هذا هو شرط غالبا ما يكون مذكور في كل خطابات الضمان .

وأزاء هذه الاشكاليات القانونية نرى أنه على المشرع التدخل بنص صريح لحماية حقوق المستفيد (الجهة الادارية) من خطاب الضمان .

5- تقديم المطالبة الى الجهة التي اصدرته :

إن مطالبة المستفيد بأداء مبلغ خطاب الضمان يجب أن توجه الى المصرف المصدر للخطاب وتحديدا الى الفرع الذي أصدره , لأنه هو الذي أصدره وهو الذي يجب عليه أن ينفذ تعهده فيه , وهذا ما نص عليه المشرع **العراقي** بقوله " إذا كان للمصرف اكثر من فرع فيجب توجيه المطالبة الى الفرع الذي اصدره "[26] , ولم يرد نص مماثل عن المشرع الفرنسي والمصري , وقد أكد القضاء **العراقي** ذلك في أحكامه , إذ قرر في أحد احكامه على أنه " ... ولدى النظر في الحكم المميز وجد أنه غير صحيح لمخالفة أحكام القانون , ذلك أن مطالبة المدعي بمصادرة خطاب الضمان موضوع الدعوى وجهت الى المدعى عليه وفق ما ورد بالكتاب المرقم 11856

والمؤرخ في 2010/5/19 الصادر عن دائرة المدعي في حين أن خطاب الضمان موضوع الدعوى صادر عن مصرف (أ) للإستثمار والتمويل / فرع البيضاء / الانبار , وأن المطالبة بمصادرته قد تمت عن طريق المصرف الرئيسي وأمام صراحة نص المادة 291/ثانيا كان يتطلب من المدعي مفاتحة المصرف الذي أصدر خطاب الضمان لأن مخاطبة المصرف الرئيسي في الحالة المطروحة تعتبر مخالفة لحكم القانون ..." [27] .

ويثير هذا الموضوع عدة اشكاليات , منها حالة صدور خطاب ضمان من مصرف فرعي تم أغلاقه فيما بعد , إذ أنه من الممكن أن يقوم المركز الرئيسي للمصرف بغلق أحد الفروع التابعة له , أو يتم غلق هذا الفرع بموجب قرار قضائي , أو جهة ادارية مختصة كالبنك المركزي , والسؤال هنا ما هو مصير خطابات الضمان الصادرة عن الفرع المغلق ؟ ولمن تقدم المطالبة ؟

إن المصرف الرئيسي يعد الوريث القانوني الوحيد لحقوق والتزامات جميع فروعه الثانوية في حالة إغلاقها , وإن التطبيق الحرفي لنص البند (ثانيا) من المادة (291) من قانون التجارة العراقي تؤدي الى ضياع حق المستفيد كونه لا يستطيع تقديم المطالبة إلا الى الفرغ المغلق , ويؤدي ذلك الى تحايل المصرف والتذرع بغلق الفرع الثانوي له في عدم الوفاء بقيمة خطاب الضمان للمستفيد .

لذا لابد من تدخل المشرع لسد هذا الفراغ بنص يُمَكن المستفيد من تقديم المطالبة للمصرف الرئيسي في حالة غلق الفرع الثانوي الذي اصدر خطاب الضمان [28] , وهذا ما سعى القضاء **العراقي** الى تطبيقه ففي قضية تتلخص وقائعها بأن حكمت محكمة بداءة بغداد/ الكرادة[29] بالزام المصرف (ب) للإستثمار / الفرع الرئيسي , بأداء مبلغ خطاب الضمان الصادر عن ذات المصرف / فرع جميله , لصالح المستفيد (م .ه) . وقد نقضت محكمة إستئناف بغداد / الرصافة الاتحادية[30] حكم محكمة بداءة بغداد , بحجة أن المطالبة لم توجه الى الفرع الذي اصدر الخطاب تطبيقا لنص المادة (291) من قانون التجارة , إلا أن هذا الحكم أعيد منقوضا بقرار محكمة التمييز الاتحادية[31] , وأعادت محكمة استئناف بغداد /الرصافة حكمها[32] بتصديق حكم محكمة بداءة بغداد/ الكرادة مبررة حكمها بأن المستفيد كان قد فاتح المصرف الفرع الثانوي المصدر لخطاب الضمان وتبين أن المصرف مغلقاً فقام بمفاتحة الفرع الرئيسي وقد امتنع الاخير عن التسديد بحجة عدم وجود سيولة فتكون دعوى المدعي (المستأنف عليه) لها سند من القانون لذا تقرر تأييد الحكم الصادر عن محكمة بداءة بغداد / الكرادة .

ثانيا - وقف صرف مبلغ خطاب الضمان :

أن طلب المستفيد من المصرف بصرف خطاب الضمان عادةً يحصل بعد خلاف بين المستفيد (الجهة الادارية) والمتعاقد بخصوص تلكأ الاخير في تنفيذ التزاماته بموجب عقد المناقصة , فيلجأ المستفيد الى طلب مصادرة خطاب الضمان من المصرف في الوقت الذي يعتقد المتعاقد أنه نفذ التزاماته تجاه المستفيد ولا مبرر لتلك المطالبة .

والقاعدة العامة أن المصرف لا يجوز له الامتناع عن الدفع بناءً على طلب المتعاقد , لأنه يعطل الميزة الاساسية لخطاب الضمان وهي الدفع عند أول طلب , وهذا ما نص عليه المشرع المصري و المشرع العراقي[33] , إلا أنه كاستثناء يجوز للمصرف عدم دفع قيمة خطاب

الضمان للمستفيد في حالة قيام المطالبة على غش أو تعسف ظاهر من المستفيد[34] , فقد نص المشرع **الفرنسي** على أنه " ... إن الضامن ليس ملزما في حالة التعسف أو الغش الظاهرين من المستفيد ... "[35] , ولم يرد نص مماثل في القانون المصري أو العراقي , ويبقى السؤال هل يمكن للمتعاقد أن يمنع المستفيد من سحب خطاب الضمان؟

ترددت الاحكام القضائية في **العراق** بين امكانية لجوء المتعاقد الى القضاء لمنع المستفيد من سحب مبلغ خطاب الضمان من المصرف[36] استناداً الى الاوامر التي تصدر على العرائض استناداً الى قانون المرافعات[37] , وبين عدم جواز استصدار أمر قضائي بإيقاف سحب مبلغ خطاب الضمان من قبل المستفيد , إذ جاء في أحد القرارات أنه " لدى التدقيق والمداولة ... ولدى عطف النظر على القرار المميز , وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون , ذلك أن محكمة البداءة اصدرت قرارها بتأريخ 2009/7/1 على عريضة المميز عليه (طالب الامر الولائي) برفض الطلب بخصوص وقف الاجراءات القانونية المتخذة من قبل المميز(المطلوب الامر ضده) بتحويل مبلغ خطاب الضمان المرقم 1732 النافذ لغاية 2009/7/14 البالغة خمسة واربعون الف دولار امريكي , وبنتيجة التظلم المقدم من قبل طالب الامر فقد اصدرت المحكمة قرارها بقبول التظلم والغاء الامر المتظلم منه المسطر على اصل طلب المتظلم (طالب الامر الولائي) المدير المفوض للشركة واشعار المتظلم منه المطلوب اصدار الامر الولائي ضده المدير العام لشركة (ق. ع. ح.) إضافة لوظيفته بوقف إجراءات سحب خطاب الضمان رقم (28/995) بمبلغ سبعة وعشرون الف دولار امريكي من مصرف (أ. د.) للاستثمار وخطاب الضمان رقم (1732) بمبلغ خمسة واربعون الف دولار امريكي من مصرف (ج. د.) للتنمية والاستثمار , وإن محكمة البداءة استندت في قرارها المميز الى أن ظاهر المستندات يشير الى أن المتظلم دخل المزايدة ورست بعهدته وإن العقد حصل خلاف بشأن توقيعه وتنفيذه , وأنه ظهر أن المتظلم منه الاول إضافة لوظيفته (المميز) ليس له حق سحب مبلغ خطابات الضمان قبل ثبوت إخلال المتظلم بشروط المناقصة والتزاماته التعاقدية , وقد وجد بأن ما ذهبت إليه محكمة البداءة في قرارها المميز غير صحيح ومخالف للقانون , ذلك أن خطاب الضمان وكما عرفته المادة (287) من قانون التجارة رقم (30) لسنة 1984 بأنه تعهد يصدر من مصرف بناءً على طلب أحد المتعاملين معه (الامر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب , ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله , ونصت المادة (290) من القانون المذكور أنه لا يجوز للمصرف أن يرفض الاداء للمستفيد لسبب يرجع الى علاقة المصرف بالآمر أو المستفيد أو علاقة الامر بالمستفيد , فضلاً عن أن مبالغ خطابي الضمان لم يكونا محلاً للنزاع أمام القضاء. ولما كانت المحكمة قد ذهبت خلاف ذلك بصحة قرارها المميز , لذا قرر نقضه وإعادة الاضبارة إليها لاتباع ما تقدم ..." [38] .

ويرى الباحث أن الأمر الولائي لا يعطل سحب مبلغ خطاب الضمان , لان الامر الولائي المتضمن وقف صرف مبلغ خطاب الضمان لابد وأن يصدر بموجب نص في القانون تستند اليه المحكمة عند اصدار ذلك الامر , وأن النصوص القانونية المنظمة لخطاب الضمان من قانون

التجارة[39] لم تتضمن منح أي طرف من أطرافه حق طلب وقف سحب مبلغه مما يعدم الاساس القانوني لطلب المدعي .

لذا نرى أن مسألة لجوء المتعاقد الى القضاء لاستصدار أمر ولائي بوقف صرف مبلغ خطاب الضمان قد تفاوتت بشأنه المعالجات القضائية , مما يمثل أشكالاً قانونيا لابد من تدخل المشرع لحسمه .

الفرع الثاني

الانقضاء بدون تنفيذ خطاب الضمان

ذكرنا فيما سبق , أن الوضع الطبيعي لانقضاء خطاب الضمان هو أن يعود للجهة المصدرة له من دون أن يتم سحب مبلغه من قبل المستفيد , وذلك بعد أن ينفذ المتعاقد كافة التزاماته الناشئة عن عقد المناقصة مع الجهة الادارية , وينقضي خطاب الضمان في هذه الحالة إما بانتهاء المدة المذكورة في الخطاب , أو بانتهاء الغرض الذي صدر من أجله خطاب الضمان قبل انتهاء تلك المدة , وهذا ما سنحاول بيانه في الآتي :

اولا - الانقضاء بانتهاء مدة خطاب الضمان :

أوضحنا فيما سبق أن خطاب الضمان له بداية ونهاية , وانتهاء الخطاب مرتبط بالتأريخ المدون في متن الخطاب , بحيث أن هذا التأريخ هو نهاية التزام المصرف وليس تأريخ استحقاق مبلغ الخطاب , وبعد انتهاء هذه المدة لا يلتزم المصرف أمام المستفيد بشيء إلا إذا وردت مطالبة قبل هذا التأريخ , لذلك تحرص التشريعات المنظمة لخطابات الضمان على ذكر تأريخ انتهاء سريان الخطاب[40] .

فقد نص المشرع **المصري** على أنه " تبرأ ذمة البنك قِبَل المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع ..."[41] , كما نص المشرع **العراقي** على أنه " تبرأ ذمة المصرف تجاه المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع ..." [42] .

وبانقضاء مدة الخطاب يرسل المصرف إخطار إلى الجهة المستفيدة , يشير فيه إلى أن التزامه في الخطاب قد انقضى بعدم وصول أية مطالبة إليه خلال مدة سريان الخطاب , وأنه قد تم إلغاءه من سجلاته[43] , ويطلب من المستفيد إعادة خطاب الضمان وتجديداته إن وجدت , دون أن يتوقف إلغاءه على إعادة أصل الخطاب , لأن الخطاب يصبح معدوم القيمة في يد المستفيد بانتهاء مدته , وفي هذا الشأن حكم القضاء **المصري** بأنه " ... يسقط التزام البنك إذا لم تصل إليه مطالبة من المستفيد بالدفع قبل حلول نهاية أجل الخطاب ..." [44] .

ويلتزم المصرف عند انتهاء مدة سريان خطاب الضمان بأن يرد للمتعاقد ما قدمه من غطاء مالي نظير اصدار خطاب الضمان لصالحه , إذ نص المشرع المصري على أنه " يلتزم البنك

بأن يرد للآمر في نهاية مدة سريان خطاب الضمان ما قدمه من تأمين للحصول على هذا الخطاب " [45] , ولم يذكر المشرع العراقي مثل هذا النص .

ويثور التساؤل حول خطابات الضمان الابتدائية متى تنتهي مدة سريانها ؟ أجاب البعض[46] بأن هذا النوع من خطابات الضمان ينتهي بتقديم خطاب ضمان نهائي وليس مجرد قبول العطاء الفائز وإلا اصبح العطاء من غير أي ضمان , وهذا الرأي تؤكده تشريعات الدول محل المقارنة إذ نصت على أن تنتهي مدة سريان خطاب الضمان الابتدائي الى ما بعد انتهاء مدة سريان العطاء بشهر واحد , ففي **مصر** نص المشرع على أنه " ... وفي جميع الاحوال , يجب أن يكون التأمين المؤقت سارياً لمدة ثلاثين يوماً بعد تأريخ انتهاء مدة صلاحية سريان العطاء أو تأريخ انتهاء مدة مد صلاحيته "[47] , أما في **العراق** فقد نصت الضوابط الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية على أنه "... ويتم الاحتفاظ في كل الاحوال بتأمينات المناقصين الثلاث الاوائل المرشحين للإحالة لحين تقديم التأمينات النهائية من مقدم العطاء الفائز وتوقيع العقد " [48].

يتضح من هذه النصوص أن خطاب الضمان الابتدائي لا ينتهي إلا بعد تقديم خطاب ضمان نهائي وتوقيع العقد , وإلا كان للجهة المستفيدة الحق في مصادرته بسبب عدم تقديم خطاب ضمان نهائي من قبل صاحب العطاء الفائز ونكوله عن توقيع العقد .

ثانيا ـ الانقضاء بانتهاء الغرض من خطاب الضمان قبل انتهاء مدته :

ينقضي التزام المصرف بموجب خطاب الضمان الصادر من قبله , إذا صدر عن المستفيد ما يفيد انتهاء الغرض الذي صدر من أجله خطاب الضمان قبل انتهاء مدته , كأن يكون اتمام انجاز المرحلة التي قبض عنها المتعاقد دفعات مقدمة (سلفة) , أو تقديم صاحب العطاء الفائز تأمين نهائي وتوقيعه للعقد فإن الغرض من التأمين الابتدائي يكون قد انتهى , أو تقديم المتعاقد ضمان آخر موازي لخطاب الضمان , فقد نص المشرع **العراقي** على وجوب ذكر الغرض من خطاب الضمان في متنه بقوله (... ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله)[49] وهو ما خلت منه قوانين الدول محل المقارنة كل من **فرنسا ومصر.**

فإذا ورد خطاب الضمان قبل انتهاء مدته عن طريق المستفيد الى المصرف فإن التزام المصرف بالخطاب ينقضي , إذ نصت ضوابط اصدار خطابات الضمان الصادرة عن البنك المركزي العراقي على أنه (لا يجوز للمصرف المصدر لخطاب الضمان إلغائه وإعادة المبلغ الى الزبون (الآمر) قبل أجل إستحقاقه إلا في حالة ورود كتاب رسمي من الجهة التي صدر خطاب الضمان لصالحها (المستفيدة) بانتفاء الحاجة إليه , وبخلافه لا يلغى خطاب الضمان ويكون المصرف ملزم بدفع مبالغ خطابات الضمان لصالح الدوائر الحكومية ...)[50] .

وإذا ورد خطاب الضمان قبل انتهاء مدته عن طريق المتعاقد (الآمر) الى المصرف , فإنه على المصرف مخاطبة الجهة المستفيدة من خطاب الضمان والاستعلام عن عدم حاجتها الى خطاب الضمان وإمكانية إلغائه , ذلك لاحتمال قيام المتعاقد بالحصول عليه بطرق احتيالية , ولان خطاب الضمان شخصي للمستفيد ولا يعد ورقة تجارية قابلة للتداول , فإن مجرد حصول المصرف على النسخة الاصلية من خطاب الضمان لا يشكل إبراءً لذمته , إلا بعد إقرار المستفيد بانتفاء الحاجة

اليه قبل انتهاء مدته , إذ نص أحد اعمامات البنك المركزي العراقي الموجه للمصارف المجازة على أنه " عدم إلغاء أي خطاب ضمان صادر من قبلكم قبل إنتهاء مدته لحين ورود كتاب رسمي من الجهة المستفيدة يتضمن إنتفاء الحاجة لخطاب الضمان "[51].

المطلب الثاني

آثار انقضاء خطاب الضمان

ذكرنا فيما سبق , الحالات العامة لانقضاء خطاب الضمان , إذ يترتب على انقضاء خطاب الضمان سواء بالتنفيذ أم بدون تنفيذ آثار مختلفة , يمكن بيانها من خلال تقسيم هذا المطلب على فرعين , نخصص الفرع الاول لدراسة آثار انقضاء خطاب الضمان بالتنفيذ , ونخصص الفرع الثاني لدراسة آثار انقضاء خطاب الضمان بدون تنفيذ , وكالآتي :

الفرع الاول

آثار انقضاء خطاب الضمان بالتنفيذ

يترتب على دفع المصرف قيمة خطاب الضمان للمستفيد ؛ انقضاء التزام المصرف بموجب هذا الخطاب , كما يترتب على هذا الانقضاء عدة نتائج وهي كما يلي :

اولا- **احتساب كافة العمولات والفوائد المترتبة على اصدار خطاب الضمان** , إذ يبقى في ذمة الآمر مبالغ عمولات التمديد وكافة الفوائد القانونية والفوائد الاتفاقية , وقد جاء في أحد احكام القضاء العراقي "الزام المدعى عليه (ح.ج.س) المدير المفوض لشركة خيرات الحجاز للمقاولات إضافة لوظيفته , بتأديته للمدعي (م.ك.أ) المدير المفوض لمصرف الاقتصاد للاستثمار والتمويل إضافة لوظيفته مبلغ مقداره ثمانية ملايين وسبعمائة وثلاثة آلاف ومئتان وخمسون دينار كعمولات مصرفية عن خطابات الضمان المفتوحة لدى مصرف المدعي , والزام المدعى عليه بتأديته للمدعي الفائدة القانونية البالغة (5%) اعتبارا من تأريخ المطالبة القضائية ولحين التأدية الفعلية ..."[52]

ثانيا- **رجوع المصرف على المتعاقد (الآمر)** , فإذا قام المصرف بدفع مبلغ خطاب الضمان بناءً على طلب المستفيد وخلال مدة سريان الخطاب وبالشروط الواردة فيه , فإن المصرف يدفع هذا المبلغ أما من غطاء خطاب الضمان المودع لديه أو من امواله إذا كان الخطاب بدون غطاء , فإن المصرف سيعود على المتعاقد لتحصيل ما دفعه للمستفيد , وأساس رجوع المصرف على المتعاقد في هذه الحالة هو عقد إصدار خطاب الضمان , وهو العقد الذي تم ابرامه بين المصرف والمتعاقد وبموجبه تعهد المصرف بإصدار خطاب الضمان وتعهد المتعاقد بدفع قيمة الخطاب للمصرف إذا قام الاخير بتنفيذ تعهده ودفع قيمة الخطاب للمستفيد .

فقد نص المشرع **المصري** على أنه " إذا دفع البنك للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان جاز له الرجوع على الآمر بمقدار المبلغ المدفوع وعائده من تأريخ دفعه " [53] , كما

نص المشرع **العراقي** على أنه " إذا أوفى المصرف للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان حل محله في الرجوع على الآمر بمقدار المبلغ الذي أوفاه " [54] .

وعلى أية حال , لا يجوز للمصرف الرجوع على المتعاقد (الآمر) إلا إذا كان أداءهُ لمبلغ الخطاب صحيحاً طبقا للشروط التي حددها خطاب الضمان , فإذا خالف ذلك وقام بالدفع للمستفيد فلا يجوز له الرجوع على الآمر , بل يتحمل مسؤولية وفائه من أمواله الخاصة .

ثالثا- **رجوع المتعاقد على المستفيد** , إن المصرف عندما يؤدي قيمة خطاب الضمان الى المستفيد فإنه يؤدي التزاماً على عاتقه بموجب الخطاب , ويؤدي التزاماً آخر يقع على عاتقه قِبَل المتعاقد بموجب عقد اصدار خطاب الضمان , وبذلك ينتهي خطاب الضمان وتبقى علاقة المتعاقد بالمستفيد بموجب عقد المناقصة , فإذا اعتقد المتعاقد أن ما قبضه المستفيد كان من غير وجهة حق استنادا لعقد المناقصة جاز له الرجوع على المستفيد .

ومن الحالات التي يمكن للمتعاقد الرجوع على المستفيد , حالة إذا ما قبض المستفيد قيمة الخطاب بناءً على غش ظاهر أو تعسف في المطالبة , ويقع عبء الاثبات في هذه الحالة على المتعاقد , ويمكن للأخير العودة على المستفيد بكافة الاضرار التي لحقت به نتيجة فعل المستفيد[55] .

رابعا- **رجوع المصرف على المستفيد** , قد يحدث أن يقوم المصرف بدفع مبلغ خطاب الضمان للمستفيد مخالفاً شروط الخطاب , ففي هذه الحالة يمتنع على المصرف العودة على المتعاقد لتحصيل مبلغ الخطاب منه , إلا أنه يستطيع العودة على المستفيد لاسترداد ما دفعه , لان المستفيد قبض مبلغ خطاب الضمان دون وجه حق , وهذه الحالة لا يمكن حدوثها إلا في حالات نادرة جداً , لان المصارف عادةً ما تكون شديدة التدقيق والتحقق من توافر شروط خطاب الضمان .

خامسا- **شطب خطاب الضمان من سجلات الضمان لدى المصرف** , إذ أنه جرى التطبيق العملي في المصارف على فتح لكل خطاب ضمان إضبارة خاصة به , تحوي على كافة الطلبات وعقد اصدار الخطاب وأوامر التمديدات والتجديدات الملحقة بالخطاب[56] , كما نص اعمام صادر عن مجلس الوزراء ينص على " مسك سجل خاص بخطابات الضمان من قبل القسم المختص وإخضاعه للتدقيق وتحديثه بالمعلومات وحفظ خطابات الضمان في إضبارة خاصة أو في قاصة حديدية وذلك للحفاظ عليها كونها تمثل التزامات مالية تترتب على من يخل بها مسؤولية قانونية " [57] .

سادسا- **الادراج في القائمة السوداء** , إذا ثبت قيام المناقص أو المتعاقد تزوير خطاب الضمان فإنه يدرج اسمه في القائمة السوداء ويمنع التعامل معه لحين رفع اسمه منها , إذ نصت الضوابط الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية على " أولا: يشمل بأحكام هذه الضوابط المناقصون أو المتعاقدون ... المخلين بالتزاماتهم التعاقدية مع جهات التعاقد الحكومية في (الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والمحافظات والشركات العامة التابعة للقطاع العام في حالة تنفيذ مقاولات ممولة من الخزينة العامة للدولة . ثانيا: حالات الادراج في القائمة السوداء : 1- تقديم عطاء وهمي 2- ثبوت القيام بتحريف أو تزوير العطاءات أو أية وثيقة في مستندات

المناقصة الخاصة بموضوع الادراج "[58] , كما نص البنك المركزي في احد اعماماته على " استناداً لما جاء بكتاب المصرف العراقي للتجارة المرقم بالعدد (رقابة داخلية /2424) في 2012/4/30 المتضمن قيام شركة (أماني الشعب /مديرها المفوض ع . م . ع) بإصدار خطابات ضمان مزورة . يرجى توجيه فروعكم بعدم التعامل مع الاسماء أعلاه للأسباب المذكورة آنفاً " [59] .

الفرع الثاني

آثار انقضاء خطاب الضمان بدون تنفيذ

سبق واشرنا الى أن الحالة الطبيعية هي أن ينقضي خطاب الضمان بدون تنفيذ , سواء بانتهاء المدة أم بتحقق الغرض من الخطاب , وعموما إذا انقضى خطاب الضمان دون تسديد قيمته للمستفيد فإنه يترتب على ذلك ما يلي :

اولا- انقضاء التزام المصرف بدفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد .

ثانيا- انقضاء التزام المتعاقد بتعويض المصرف عما كان سيدفعه بصدد خطاب الضمان .

ثالثا- احتساب الفوائد والعمولات وكافة المصاريف الادارية واستقطاعها من الغطاء النقدي .

رابعا- يلتزم المصرف بالإفراج عن الغطاء الذي قدمه المتعاقد لضمان إصدار خطاب الضمان للمستفيد , فقد نص المشرع **المصري** على أنه " يلتزم البنك بأن يرد للآمر في نهاية مدة سريان خطاب الضمان ما قدمه من تأمين للحصول على هذا الخطاب " [60] , ولم يتضمن القانون العراقي نص مماثل إلا أن هذا هو المعمول به في المصارف **العراقية** .

خامسا- شطب خطاب الضمان من سجلات المصرف , وذلك بالتأشير على الإضبارة الخاصة بالخطاب بانقضائه دون تنفيذ .

الخاتمة :

اولا- الاستنتاجات :

1- يترتب على انقضاء خطاب الضمان انقضاء التزام المصرف تجاه المستفيد من الخطاب , غلى الرغم من بقاء علاقة الآمر بالمصرف أو بالمستفيد قائمة .

2- المشرع العراقي لم يتطرق الى صيغة معينة للمطالبة لا في قانون التجارة ولا في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 2 لسنة 2014 المعدلة , مما اتاح الفرصة امام المصارف للتذرع بعدم وضوح المطالبة .

3- اذا كانت المطالبة بمصادرة خطاب الضمان خلال سريان المدة المذكورة في الخطاب , جاز أن يكون الاداء خارج تلك المدة .

4- كل مطالبة تقع خارج مدة سريان الخطاب تكون باطلة لورودها على غير ذي محل .

5- ينقضي خطاب الضمان بانقضاء مدته اذا لم تصل للمصرف خلال تلك المدة مطالبة من المستفيد وتبرء ذمة المصرف .

6- اذا اوفى المصرف بالتزامه في خطاب الضمان بأداء مبلغه للمستفيد جاز للآمر الرجوع على المستفيد إذا كان قد قبض مبلغ الخطاب دون وجه حق .

7- إن أثر انقضاء خطاب الضمان هو انقضاء التزام المصرف تجاه المستفيد , والتأشير على خطاب الضمان في سجلات المصرف والغائه , وإيقاف احتساب الفوائد والعمولات على الآمر .

ثانيا- التوصيات :

1- وجوب النص على نوع المستندات الواجب على المستفيد تقديمها الى المصرف لمصادرة خطاب الضمان .

2- على المشرع العراقي تفعيل آليات التواصل الالكتروني لسهولة طلب صحة صدور خطاب الضمان وليكون تقديم طلب مصادرة خطاب الضمان من خلال البريد الالكتروني الرسمي .

3- وجوب اعطاء مهلة محددة ب(15) خمسة عشر يوم للمصرف من تأريخ ورود المطالبة اليه لفحص المستندات المطلوب من المستفيد تقديمها مع طلب تسييل خطاب الضمان.

4- على المشرع العراقي النص على أنه يكون الوفاء بمبلغ خطاب الضمان خارج مدة سريان الخطاب صحيحا اذا وقعت المطالبة ضمن مدة سريانه .

5- على المشرع العراقي النص على أنه إذا صادف آخر يوم لنفاذ مدة خطاب الضمان عطلة رسمية يمدد تأريخ نفاذ الخطاب الى يوم العمل الذي يلي العطلة .

6- وجوب النص في قانون التجارة العراقي على أنه الامر الولائي لا يوقف سحب مبلغ خطاب الضمان لان الاوامر على العرائض تصدر من القاضي بناءً على سلطته الولائية وليس سلطته القضائية .

الهوامش :

(1) د. احمد محمود جمعة : العقود الادارية , منشأة المعارف , الاسكندرية , 2013, ص65 وكذلك د. احمد منصور و د. نجوى بكر : موسوعة المناقصات , ط1 , دار الفكر العربي , القاهرة , 2004 ,ص143

(2) الملحق رقم (13) لقانون المشتريات العمومية الفرنسي الخاص بتحديد نماذج ضمان الطلب الاول , تأريخ صدور الامر 2019/3/22 , نشر في الجريدة الرسمية بالعدد 0077 بتأريخ 2019/3/31 , منشور على الرابط https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000037701019/LEGISCTA000038325322/#LEGIARTI000045754926 تأريخ الزيارة 2023/4/28

(3) الفقرة (1) من المادة (355) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 المعدل المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (19) مكرر بتأريخ 1999/5/17

(4) المادة (287) من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 المعدل المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (2987) بتأريخ 1984/4/2

([5]) موفق علي العبدلي : آثار خطاب الضمان , دار الشؤون الثقافية , بغداد , 2010 , ص101
([6]) موفق علي العبدلي : آثار خطاب الضمان , المصدر نفسه , ص 103
([7]) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (273/الهيئة الاستئنافية / 2016) بتأريخ 2016/2/6 غير منشور
([8]) سنذكر في خاتمة البحث أهم المقترحات في هذا الصدد .
([9]) ملحق رقم (13) لقانون المشتريات العمومية الفرنسي الخاص بنموذج ضمان الطلب الاول .
([10]) د. محمد حسني عباس : عمليات البنوك , دار النهضة العربية , القاهرة , 1998 , ص138 . كذلك د. علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان المصرفية , دار النهضة العربية , القاهرة , 2004, ص269
([11]) ملحق رقم (13) لقانون المشتريات العمومية الفرنسي الخاص بنموذج ضمان الطلب الاول
([12]) المادة (R2191-42) من قانون المشتريات العمومية الفرنسي , مرسوم الاستحداث 1225 لسنة 2018 بتأريخ 2018/12/24 منشور على الموقع الالكتروني , تأريخ الزيارة 2023/6/17 https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000037701019
([13]) الفقرة (1) من المادة (359) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999 المعدل
([14]) البند (اولا) من المادة (291) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 المعدل
([15]) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (576/ الهيئة الاستئنافية منقول / 2013) بتأريخ 2013/3/11 غير منشور .
([16]) د. علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان المصرفية , مصدر سابق , ص289
([17]) المادة (287) من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 المعدل
([18]) قرار محكمة النقض , الطعن رقم 1189 لسنة 49 بتأريخ 1984/4/13 أشار إليه د. علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان المصرفية , مصدر سابق , ص576 ,
([19]) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (1186 /الهيئة الاستئنافية منقول/2008) بتأريخ 2008/12/28 , غير منشور
([20]) سنذكر في خاتمة البحث اهم المقترحات في هذا الخصوص .
([21]) الملحق رقم (13) لقانون المشتريات العمومية الفرنسي الخاص بنموذج ضمان الطلب الاول .
([22]) د. محي الدين اسماعيل علم الدين : موسوعة اعمال البنوك من الناحيتين العلمية والعملية, ج1, ط3 , منشأة المعارف , الاسكندرية , 2011 , ص835
([23]) د. معن الجربا : الطبيعة القانونية للضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة وفقا لاتفاقية الامم المتحدة وقواعد غرفة التجارة الدولية , ط1 , دار النهضة العربية , القاهرة , 2014, ص 316 كذلك د. خليفة بن محمد الحضرمي : مسؤولية البنك في عمليات الائتمان الخارجي , ط1 , دار الفكر والقانون , المنصورة , 2015 , ص40

([24]) موفق علي العبدلي : آثار خطاب الضمان , مصدر سابق, ص27
([25]) المادة (24) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل , منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (1766) بتأريخ 1969/11/10
([26]) البند (ثانيا) من المادة (291) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 المعدل
([27]) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (317/ الهيئة الاستئنافية منقول/ 2011) بتأريخ 2011/3/10 غير منشور
([28]) سنذكر في خاتمة البحث اهم المقترحات في هذا الصدد .
([29]) قرار محكمة بداءة بغداد/ الكرادة رقم (2757/ب/2013) بتأريخ 2013/8/29 , غير منشور .
([30]) قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية (1320/س/2013) بتأريخ 2013/12/19 غير منشور
([31]) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (423/الهيئة الاستئنافية منقول/2014) بتأريخ 2014/2/18 غير منشور
([32]) قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة رقم (1320/س/2014) بتأريخ 2014/11/6 , غير منشور
([33]) المادة (358) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999 المعدل , والمادة (290) من القانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 المعدل .
([34]) د. حمدي محمد مصطفى : الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسترال 1995 , بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون , كلية القانون , جامعة الامارات العربية المتحدة , العدد 50 , السنة 26 , 2012 , ص21 .
([35]) المادة (2321) من القانون المدني الفرنسي لعام 1804 المعدل

([36]) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (120/هيئة عامة أولى/1972) بتأريخ 1979/5/29 أشار إليه موفق علي العبدلي : آثار خطاب الضمان , مصدر سابق , ص89
([37]) المواد (151-153) من قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل
([38]) قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية المرقم (646) بتأريخ 2009/9/13 ,غير منشور
([39]) المواد (287-293) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 المعدل
([40]) د. محمود الكيلاني : عمليات البنوك – الكفالات المصرفية وخطابات الضمان , ط1 , دار الجيب للنشر والتوزيع , عمان , 1992 , ص123
([41]) البند (1) من المادة (359) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999 المعدل
([42]) البند (اولا) من المادة (291) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 المعدل
([43]) د. صلاح الدين السيسي : التسهيلات المصرفية للمؤسسات والافراد , دار الوسام للطباعة والنشر , ط1 , 1998 , ص74
([44]) قرار محكمة النقض المصرية , الطعن رقم 1432 سنة 49 بتأريخ 1999/2/22
([45]) البند (2) من المادة (359) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999 المعدل .
([46]) د. سميحة القليوبي : الاسس القانونية لعمليات البنوك , ط2 , دار النهضة العربية , القاهرة ,2003 , ص75
([47]) المادة (16) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم (182) لسنة 2018 المعدل , منشور في الجريدة الرسمية بالعدد (39) مكرر (د) بتأريخ 2018/10/3
([48]) البند (سابعا) من الضوابط رقم (3) الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (2) لسنة 2014 المعدلة الصادرة بموجب كتاب وزارة التخطيط العراقية المرقم بالعدد (5792/7/4) بتأريخ 2014/7/20
([49]) المادة (287) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 المعدل
([50]) البند (3) من إعمام البنك المركزي العراقي على جميع المصارف العاملة في العراق رقم (58/3/9) بتأريخ (2015/2/26) , غير منشور
([51]) اعمام البنك المركزي العراقي رقم (5412/3/9) بتأريخ 2020/3/30 غير منشور
([52]) حكم محكمة بداءة الحلة بالرقم 1790/ب/2018 بتأريخ 2018/7/1 غير منشور
([53]) المادة (360) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999 المعدل
([54]) المادة (292) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 المعدل
([55]) د. علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان المصرفية , مصدر سابق , ص578
([56]) مقابلة اجراها الباحث مع رئيس قسم الإئتمان في مصرف الشرق الاوسط للاستثمار والتمويل فرع بابل , بتأريخ 2023/5/27
([57]) الفقرة (16) من اعمام مجلس الوزراء العراقي بخصوص خطابات الضمان الى الوزارات كافة والجهات غير المرتبطة بوزارة بالعدد د.ت/2299/4 بتأريخ 2013/2/4 , غير منشور
([58]) الضوابط رقم (20) الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (2) لسنة 2014 المعدلة
([59]) اعمام البنك المركزي العراقي الى المصارف المجازة كافة رقم 54/4/9 بتأريخ 2012/5/10 , غير منشور
([60]) الفقرة (2) من المادة (359) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999 المعدل

المصادر :

اولا- المصادر القانونية :

1- د. احمد محمود جمعة : العقود الادارية , منشأة المعارف , الاسكندرية , 2013
2- د. احمد منصور و د. نجوى بكر : موسوعة المناقصات , ط1 , دار الفكر العربي , القاهرة , 2004
3- د. سليمان محمد الطماوي : الاسس العامة للعقود الادارية –دراسة مقارنة , ط1, دار الفكر العربي , القاهرة , 1975
4- د. سميحة القليوبي : الاسس القانونية لعمليات البنوك , ط2 , دار النهضة العربية , القاهرة ,2003
5- د. فتحي عطية السيد مصطفى : الحلول العملية لمشكلات المناقصات والمزايدات الناشئة عن تطبيق القانون رقم 89 لسنة 1998 وتعديلاته , ط9 , دار النهضة العربية , القاهرة , 2014

6- د. خليفة بن محمد الحضرمي : مسؤولية البنك في عمليات الائتمان الخارجي , ط1 , دار الفكر والقانون , المنصورة , 2015
7- د. صلاح الدين السيسي : التسهيلات المصرفية للمؤسسات والافراد , دار الوسام للطباعة والنشر , ط1 , 1998
8- د. علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان المصرفية , دار النهضة العربية , القاهرة , 2004
9- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الاسس العامة للعقود الادارية , دار الكتب القانونية , مصر , 2000
10- د. عاطف محمد عبد اللطيف : امتيازات الادارة في قانون المناقصات والمزايدات دراسة مقارنة , ط1 , دار النهضة العربية , القاهرة , 2009
11- موفق علي العبدلي : آثار خطاب الضمان , دار الشؤون الثقافية , بغداد , 2010
12- د. محمد حسني عباس : عمليات البنوك , دار النهضة العربية , القاهرة , 1998
13- د. محي الدين اسماعيل علم الدين : موسوعة اعمال البنوك من الناحيتين العلمية والعملية, ج1, ط3 , منشأة المعارف , الاسكندرية , 2011
14- د. معن الجربا : الطبيعة القانونية للضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة وفقا لاتفاقية الامم المتحدة وقواعد غرفة التجارة الدولية , ط1 , دار النهضة العربية , القاهرة , 2014
15- د. محمود الكيلاني : عمليات البنوك – الكفالات المصرفية وخطابات الضمان , ط1 , دار الجيب للنشر والتوزيع , عمان , 1992

ثانيا- البحوث والمقالات :

1- د. حمدي محمد مصطفى : الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسترال 1995 , بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون , كلية القانون , جامعة الامارات العربية المتحدة , العدد 50 , السنة 26 , 2012

ثالثا- القوانين واللوائح والتعليمات :

1- القانون المدني الفرنسي لعام 1804 المعدل
2- قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل
3- قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 المعدل
4- قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 المعدل
5- الضوابط رقم (3) الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (2) لسنة 2014
6- قانون المشتريات العمومية الفرنسي , مرسوم الاستحداث 1225 لسنة 2018 بتأريخ 2018/12/24
7- قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم (182) لسنة 2018 المعدل
8- الملحق رقم (13) لقانون المشتريات العمومية الفرنسي الخاص بتحديد نماذج ضمان الطلب الاول , تأريخ صدور الامر 2019/3/22

رابعا- المواقع الالكترونية :

1- https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000037701019/LEGISCTA000038325322/#LEGIARTI000045754926
2- https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000037701019