مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية
ISSN : 2602-7380
EISSN: 2773-2665
حيدر داود سلمان الزبيدي، "الغطاء في خطاب الضمان المصرفي (دراسة في الماهية والأساس القانوني، مقارنة بين القانونين العراقي والمصري"، ص ص. 06-33.
المجلد 10، العدد 01-2026

الغطاء في خطاب الضمان المصرفي

(دراسة في الماهية والأساس القانوني، مقارنة بين القانونين العراقي والمصري)*

حيدرداود سلمان الزبيدي [1]
(1) مدرس دكتور، كلية القانون والعلوم السياسية، الجامعة العراقية، الجمهورية العراقية.
البريد الإلكتروني: hyderalzubaidy@gmail.com

الملخص:

تتناول هذه الدراسة الضمانات المقدمة في خطابات الضمان باعتبارها أحد أهم الركائز القانونية والمصرفية التي يقوم عليها إصدار هذه الخطابات، كما تستكشف الدراسة الأساس القانوني لحق البنك في الاحتفاظ بالضمانات والتصرف بها بعد سداد خطاب الضمان، ويتم ذلك من خلال مراجعة مختلف المناهج الفقهية التي حاولت تحديد طبيعة العلاقة القانونية الناتجة، وما إذا كانت تشكل رهنًا نقديًا، أو ضمانًا مصرفيًا خاصًا، أو شكلًا من أشكال المقاصة التعاقدية، أو حقًا مستقلًا قائمًا على طبيعة العمليات المصرفية ومتطلباتها العملية.

وتخلص الدراسة الى أن خطاب الضمان لا يقتصر دوره على ضمان استرداد البنك لما قد يدفعه بموجبه، بل هو أداة قانونية ومصرفية لإدارة مخاطر الائتمان والتشغيل، مما يبرر تخصيصه بتنظيم قانوني أكثر وضوحًا يحدد طبيعته وآثار تطبيقه، وذلك لتحقيق التوازن بين متطلبات الاستقرار المصرفي وضمان حقوق العملاء والمتعاملين مع البنوك.

الكلمات المفتاحية: خطاب الضمان، غطاء خطاب الضمان، الضمانات المصرفية، المخاطر المصرفية، التأمينات النقدية، استقلال خطاب الضمان، التنفيذ على الغطاء .

* تاريخ إرسال المقال 2026/06/30، تاريخ مراجعة المقال 2026/09/15، تاريخ نشر المقال 2026/11/20.

المؤلف المراسل : hyderalzubaidy@gmail.com

Collateral for Bank Guarantees: Its Legal Nature and Basis (A Comparative Study of Iraqi and Egyptian Law)

Summary:

This study examines the collateral provided to banks in connection with the issuance of bank guarantees, focusing on its legal nature and the legal basis for banks' rights over it under Iraqi and Egyptian law. It explores the legal basis for a bank's right to retain and realise such collateral after making payment under a guarantee. To this end, the study reviews competing doctrinal approaches to the legal characterisation of the resulting relationship, including whether it constitutes a pledge of cash, a special form of banking security, a contractual set-off arrangement, or an autonomous right arising from the nature and practical requirements of banking operations.

The study concludes that the role of such collateral extends beyond securing the bank's reimbursement for amounts paid under a guarantee. It also serves as a legal and banking instrument for managing credit and operational risks. The study therefore advocates a clearer legal framework defining the legal nature of the collateral and the legal consequences of its use, with a view to balancing the requirements of banking stability with the protection of the rights of bank customers and other parties dealing with banks.

Keywords: Bank Guarantee; Collateral for Bank Guarantees; Banking Security; Banking Risks; Cash Collateral; Independence of Bank Guarantees; Enforcement of Collateral.

La couverture dans la lettre de garantie bancaire (Étude de sa nature et de son fondement juridique : analyse comparée entre le droit irakien et le droit égyptien)

Résumé :

La présente étude porte sur les garanties fournies dans le cadre des lettres de garantie, en ce qu'elles constituent l'un des piliers juridiques et bancaires essentiels sur lesquels repose l'émission de ces instruments. Elle examine également le fondement juridique du droit de la banque de conserver ces garanties et d'en disposer après le règlement de la lettre de garantie, à travers une revue des différentes approches doctrinales qui ont tenté de qualifier le rapport juridique en résultant : s'agit-il d'un gage en espèces, d'une garantie bancaire spécifique, d'une forme de compensation conventionnelle, ou encore ? d'un droit autonome fondé sur la nature des opérations bancaires et sur leurs exigences pratiques.

L'étude conclut que la lettre de garantie ne se limite pas à assurer à la banque le remboursement des sommes qu'elle est susceptible de verser à ce titre. Elle constitue un instrument juridique et bancaire de gestion des risques de crédit et des risques opérationnels. Cela justifie qu'elle fasse l'objet d'un encadrement légal plus clair, définissant sa nature et les effets de son application, afin de concilier les exigences de stabilité bancaire avec la protection des droits des clients et des cocontractants des banques.

Mots clés : Lettre de garantie ; couverture de la lettre de garantie ; garanties bancaires ; risques bancaires ; dépôts de garantie en espèces ; autonomie de la lettre de garantie ; réalisation de la couverture.

مقدمة:

يعد البحث في غطاء خطاب الضمان بوصفه دراسة في أحد الموضوعات الدقيقة في نطاق القانون التجاري والمصرفي، والتي لم تحظ بالدراسة المستقلة بالقدر الذي حظيت به موضوعات خطاب الضمان الأخرى، وفي الوقت الذي يعد فيه الغطاء الأداة الأساسية التي يعتمد عليها المصرف في مواجهة المخاطر الناشئة عن التزامه المستقل تجاه المستفيد، إلاّ أنّ أغلب الدراسات الفقهية والقضائية انصرفت إلى بحث الطبيعة القانونية لخطاب الضمان وآثاره، دون التوسع في دراسة الغطاء ذاته وأساسه القانوني وطبيعته القانونية .

كما تبرز أهمية البحث من الناحية العملية، بالنظر إلى الدور الذي يؤديه الغطاء في تحقيق التوازن بين مصلحة المصرف في تأمين حقه في الرجوع على الآمر، ومصلحة الآمر في المحافظة على حقوقه المالية وعدم تقييدها الا في الحدود التي تقتضيها عملية إصدار خطاب الضمان، وتزداد هذه الأهمية في ظل التوسع المستمر في استخدام خطابات الضمان في العقود التجارية والاستثمارية والمشروعات العامة والخاصة .

وتتمثل الأهمية العلمية للبحث في محاولة تأصيل الأحكام القانونية المتعلقة بالغطاء والكشف عن طبيعته القانونية في ضوء أحكام القانونين العراقي والمصري، وبيان مدى كفاية النصوص التشريعية القائمة لمعالجة الإشكالات القانونية التي يثيرها في ضوء التشريع والقضاء والفقه.

ويرجع اختيار هذا الموضوع الى جملة من الاعتبارات العلمية والعملية، من أهمها ندرة الدراسات القانونية المتخصصة التي تناولت غطاء خطاب الضمان باعتباره نظاماً قانونياً مستقلاً، إذ غالباً ما يرد الحديث عنه عرضاً ضمن الدراسات المتعلقة بخطاب الضمان من دون تخصيص دراسة مستقلة لأحكامه القانونية، كما أنّ التنظيم التشريعي للغطاء في كل من القانونين العراقي والمصري يثير عددا من المسائل القانونية المهمة المتعلقة بأساسه القانوني وطبيعته القانونية وحدود الحقوق المترتبة عليه الأمر الذي يستوجب دراسة تحليلية ومقارنة للكشف عن مدى وضوح هذه الأحكام وكفايتها في إطار التشريع والقضاء والفقه .

وتتمحور إشكالية البحث حول تحديد المركز القانوني لغطاء خطاب الضمان في ظل التنظيم التشريعي العراقي والمصري، وذلك في ضوء غياب تنظيم قانوني تفصيلي يحدد بصورة قاطعة أساسه القانوني، فعلى الرغم من اعتراف المشرعين العراقي والمصري بحق المصرف في طلب الغطاء أو التأمين مقابل إصدار خطاب الضمان، إلا أنّ النصوص القانونية لم تحسم بصورة واضحة الأساس الذي يبرر استئثار المصرف به طوال مدة سريان الخطاب، واذا ما إذا كان الغطاء يمثل مجرد ضمان تبعي تابع للعلاقة بين المصرف والآمر، أم أنه يشكل نظاماً قانونياً خاصاً يتمتع بخصائص مستقلة تميزه عن سائر الضمانات التقليدية، وما يترتب على ذلك من آثار قانونية بالنسبة للمصرف والآمر والمستفيد .

وينطلق البحث من التساؤل الآتي : ما الأساس القانوني الذي يبرر استئثار المصرف بغطاء خطاب الضمان في القانونين العراقي والمصري؟ ويتفرع عن هذا التساؤل الرئيس عدد من التساؤلات الفرعية الا وهي :

1 -ما المقصود بغطاء خطاب الضمان، وما خصائصه وصوره المختلفة ؟

2 -ما الأساس القانوني الذي يستند إليه المصرف في طلب الغطاء مقابل إصدار خطاب الضمان ؟

3- ما الأساس القانوني الذي يبرر استئثار المصرف بالغطاء طوال مدة سريان خطاب الضمان ؟

4 -ما مدى كفاية التنظيم التشريعي في القانونين العراقي والمصري لمعالجة الإشكالات القانونية المتعلقة بالغطاء ؟

وقد اعتمد البحث على المنهج التحليلي من خلال دراسة النصوص القانونية المنظمة لخطاب الضمان والغطاء في كل من القانون العراقي والقانون المصري وتحليل مضامينها القانونية، ومحاولة بيان الأحكام القانونية المستخلصة منها في اطار التشريع والفقه والقضاء، كما اعتمد البحث على المنهج المقارن للكشف عن أوجه الاتفاق والاختلاف بين التشريعيين العراقي والمصري فيما يتعلق بالغطاء، وبيان مدى تأثر كل منهما بالاتجاهات الحديثة في القانون التجاري والمصرفي .

هذا وسيتم دراسة موضوع الغطاء في خطاب الضمان المصرفي (دراسة في الماهية والاساس القانوني، مقارنة بين القانونين العراقي والمصري) من خلال تقسيمها على مبحثين، خصصنا المبحث

الأول للتعريف بغطاء خطاب الضمان المصرفي، وتضمن مطلبين وهما : مفهوم غطاء خطاب الضمان المصرفي وخصائصه، وصور الغطاء في خطاب الضمان أمّا المبحث الثاني يخص الأساس القانوني لغطاء خطاب الضمان المصرفي، وتضمن مطلبين وهما الأساس القانوني لطلب غطاء خطاب الضمان من العميل إضافة الى دراسة الأساس القانوني لاستئثار المصرف بغطاء خطاب الضمان .

المبحث الأول: التعريف بغطاء خطاب الضمان المصرفي

إن دراسة التعريف بغطاء خطاب الضمان تقتضي بيان ماهية الغطاء بوصفه أحد متطلبات اصدار ذلك الخطاب وبيان خصائصه، ومن جهة أخرى فإن التشريعات نصت بشكل مباشر على صور متعددة للغطاء في الخطاب، مما تستدعي ضرورة بيانها والوقوف على بعض الفرضيات والاشكاليات القانونية التي تثار بصددها، وهو ما سيكون مداراً لهذا المبحث، وعليه سيقسم هذا المبحث على مطلبين، نخصص الأول لبيان مفهوم غطاء خطاب الضمان، ونبين في الثاني صور غطاء خطاب الضمان.

المطلب الأول: مفهوم غطاء خطاب الضمان المصرفي وخصائصه

جرت العادة التجارية على قيام المصارف بطلب ضمانات قانونية لتقديم أي عمليات ائتمانية للعملاء مستندة في ذلك لأحكام القانون، ولا سيما في اطار خطاب الضمان وذلك لتغطية قيمة الخطاب فيما لو اضطر المصرف الى تنفيذ مضمونه، ولتفصيل ذلك سنقسم دراسة هذا المطلب على فرعين، نبين في الأول تعريف غطاء خطاب الضمان ونخصص الثاني لبيان خصائصه.

الفرع الأول: تعريف غطاء خطاب الضمان المصرفي

من المسلم به أن خطاب الضمان هو أحد العمليات الائتمانية التي تمارسها المصارف والذي يصدر عن المصرف بناء على أمر احد عملائه ويتعهد المصرف بموجبه في مواجهة العميل المستفيد

منه بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين من دون قيد أو شرط وبمجرد طلب الأخير في إطار مدة محددة[1] .

والنقطة التي تستحق أن نبدأ بها هنا هي : ما الذي يجعل المصرف مستعدا لدفع قيمة خطاب الضمان ولاسيما انه قد يتعرض لدفع قيمته من دون قيد أو شرط خلال مدة الخطاب، إضافة الى تعرض المصرف لمجموعة من المخاطر الائتمانية الأخرى؟

يمكن القول بأن استعداد المصرف لدفع قيمة خطاب الضمان، على الرغم مما يحيط بذلك الخطاب من مخاطر ائتمانية واحتمال مطالبته بالدفع من دون قيد أو شرط خلال مدة سريان الخطاب، يستند الى مجموعة من الضمانات والاعتبارات القانونية والمالية التي تحد من تلك المخاطر، أهمها قيام العميل بتقديم تأمينات مالية وضمانات لقاء إصدار الخطاب بما يكفل للمصرف حق الرجوع على العميل وتسمى هذه الضمانات بغطاء خطاب الضمان [2]، وعليه فمن المهم في هذا الفرع بيان مفهوم غطاء خطاب الضمان في كل من القانونين العراقي والمصري .

ولم يبين القانون العراقي تعريفاً مباشراً لغطاء خطاب الضمان المصرفي تاركا بيان ماهيته وخصائصه للفقه، الاّ أنّ المادة (288) من قانون التجارة العراقي (رقم 30 لسنة 1984) ورد فيها ذكر غطاء خطاب الضمان بشكل غير مباشر حينما اجازت للمصرف أن يطلب تقديم كفالة شخصية أو عينية لتغطية خطاب الضمان، وكذلك لم تشر ضوابط إصدار خطابات الضمان إلى ذلك بشكل مباشر[3].

وبالانتقال إلى موقف المشرع المصري فإننا نجد أنه سار على نهج المشرع العراقي في عدم تعريف غطاء خطاب الضمان، وقد ورد في المادة (356) من قانون التجارة لسنة 1999 على أنه : ((يجوز للبنك أن يطلب تأميناً مقابل إصدار خطاب الضمان، ويكون هذا التأمين نقدا أو صكوكا أو بضائع أو تنازلا من الآمر عن حقه قبل المستفيد))، ويستفاد من النص المتقدم أن المشرع المصري عدة أمور أهمها انه اعتبر غطاء خطاب الضمان مقابلا له، وقد حدد طبيعته بـ (تأمين مقابل اصدار خطاب الضمان).

وقد عرف الفقه المصري غطاء خطاب الضمان بأنه : ((الضمانات التي يقتضيها البنك من العميل عند الاتفاق بينهما على فتح الاعتماد بالضمان لكي يغطى بها موقفه فيما لو اضطر البنك الى تنفيذ تعهده ودفع قيمة الخطاب الى المستفيد))[4] .

وقد عرف الباحثون غطاء خطاب الضمان على أنه : ((وهو ضمانات كافية لتغطية التعهدات التي يلتزم بها المصرف تجاه المستفيد من خطاب الضمان، أو هو مقابل ما يتحمله المصرف من مخاطرة اصدار خطاب الضمان في حالة عدم تنفيذ العميل لالتزاماته، لذا فإن المصرف يطلب من العميل)) [5]، أو هو الضمان العيني أو الشخصي الذي يقدمه العميل لتغطية مركزه المالي فيما لو اضطر المصرف الى دفع قيمة الضمان[6].

ومن خلال ما تقدم يتبين ان غطاء خطاب الضمان المصرفي في القانونين العراقي والمصري هـــو: مجموعة الضمانات التي يقدمها العميل للمصرف لتأمين حقه وتقليل المخاطر الناتجة عن احتمال قيام المصرف بالوفاء للمستفيد عند إخلال العميل بالتزامه الأصلي، ونستنتج في الوقت ذاته ان وجود الغطاء المذكور أعلاه، لا يعد شرطا قانونياً لازما لإصدار خطاب الضمان، وإنما يمثل وسيلة مصرفية لإدارة المخاطر تختلف بحسب المركز المالي للعميل .

الفرع الثاني: الخصائص القانونية لغطاء خطاب الضمان

يتمتع غطاء خطاب الضمان بخصائص قانونية تميزه عن الضمانات المدنية والتجارية التقليدية، إذ ينشأ الغطاء في إطار علاقة مستقلة بين المصرف والعميل رغم ارتباطه الوظيفي بخطاب الضمان كما سوف نرى، وتتمثل خصوصية الغطاء في كونه وسيلة مصرفية وقائية تمنح المصرف حق الاستيفاء المباشر من دون الحاجة للرجوع إلى القضاء - حسب الأصل - ومن خلال ما تقدم بيانه يمكن القول ان هنالك عدة خصائص يتسم بها غطاء خطاب الضمان، وأهما على النحو الاتي :

أولا - أن الغطاء تابع لعلاقة المصرف مع العميل

فالغطاء لا يوجه الى المستفيد من خطاب الضمان؛ بل يقدمه العميل للمصرف حماية له من مخاطر الإصدار، فهو ينشأ في العلاقة الداخلية بين المصرف والعميل الامر[7] .

ثانيا : أن غطاء خطاب الضمان لا يمثل مديونية بين المصرف والعميل

بل هو ضمان لمخاطر محتملة مستقبلية اذا ما تم دفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد، وعليه فالغطاء يؤمن التزاما احتمالياً قد يتحول الى التزام واجب التنفيذ.

ثالثا : قد يكون الغطاء عينياً أو شخصيا أو نقدياً

إن غطاء خطاب الضمان قد يتخذ أشكالاً مختلفة، فقد يكون مبلغاً نقدياً يقدمه العميل للمصرف او أمر من العميل للمصرف ويقيد بموجبه مبلغ الغطاء في الجانب المدين من الحساب الجاري للعميل لدى المصرف، وقد يكون عينيا وذلك من خلال تقرير حق رهن على عقار أو منقول يملكه العميل لصالح المصرف، او قد يكون على شكل تقديم أوراق تجارية او مالية او مستندات تمثل البضائع المملوكة للعميل [8].

رابعاً : أنّ الغطاء وسيلة قانونية لحماية حق رجوع المصرف على العميل

إذا دفع المصرف قيمة خطاب الضمان للمستفيد بسبب إخلال العميل، فإن الغطاء يوفر للمصرف وسيلة لاسترداد ما دفعه .[9]

خامساً : أنّ خطاب الضمان يحدد وفقا لسياسة كل مصرف درجة المخاطر المحيطة بطالب الخطاب، وعادة يختلف مقدار غطاء خطاب الضمان حسب طبيعة المخاطر المحيطة بالعميل ومدة خطاب الضمان وقيمة الضمان وملاءة العميل، وفي أحيانا أخرى يصدر المصرف خطاب الضمان من دون غطاء(أي على المكشوف) وذلك عندما يكون العميل الامر موضع ثقة تامة من المصرف[10] .

يتبين لنا مما سبق ان غطاء خطاب الضمان ليس عمولة أو اجر لقيام المصرف بإصدار خطاب الضمان؛ فالعمولة تتقرر لقاء خدمة اصدار خطاب الضمان بغض النظر عن قيام المصرف بدفع قيمته لاحقاً من عدمه، أما غطاء خطاب الضمان فهو وسيلة تأمين ضامنة للمصرف في مواجهة احتمال دفعه قيمة الضمان للمستفيد.

المطلب الثاني: صور الغطاء في خطاب الضمان

يتضح مما تم دراسته في المطلب الأول ان الغطاء في خطاب الضمان يتخذ صوراً مختلفة، أهمها قد يكون بشكل نقدي او عيني، وسوف نبين ذللك على فرعين، وعلى النحو الاتي :

الفرع الأول: الغطاء النقدي

وهذا في الغالب، وهو من افضل صور الغطاء وأوضحها، حيث يقدم المبلغ المطلوب الى خزينة المصرف[11]، ويكون على شكل وديعة نقدية يودعها العميل لدى المصرف، وتختلف نسبة هذه الوديعة حسب الملاءة المالية للعميل لدى المصرف، فقد تكون هذه الوديعة مساوية لقيمة خطاب الضمان وهو الحد الأعلى لسقف الوديعة ويحصل ذلك فيما لو كان طالب الاعتماد غير معروف لدى المصرف، أو بجزء من قيمة الخطاب اذا كان العميل معروف السمعة المالية لدى المصرف وموضع ثقة، وجرت العادة على قيام المصارفة التي تصدر خطابات الضمان على طلبها إيداع نسبة (10%) من قيمة الخطاب الابتدائي وما نسبته (20-30%) في حالة خطابات الضمان النهائية [12].

وبعد أن يودع العميل هذه النسبة في حسابه لدى المصرف، يقوم هذا الأخير بإيداعها في حساب يحمل اسم احتياطي خطاب الضمان، والاصل ان العميل لا يستطيع ان يتصرف بهذا الحساب حتى ينتهي التزام المصرف فاتح خطاب الضمان، وقد قضت محكمة النقض المصرية بعدم جواز تصرف العميل بالمبالغ المودعة كغطاء ائتماني نظير اصدار خطاب الضمان، ويقتضي وضع هذه النقود في حساب خاص مجمد معنون باسم العملية المضمونة[13]

وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في العراق، إذ ورد في أحد احكامها : ((وتأييد لها أن المدعي / المميز قد طلب مصادرة مبلغ خطاب الضمان المرقم ٩٩٩ / ٨٨٠٨ في ١٥-٥-٢٠١٤

والصادر من مصرف المدعى عليه / المميز عليه لعدم تنفيذ الآمر شركة (. . .) لالتزاماتها المحددة في العقد المرقم (...) وحيث ان الخطاب المذكور لم يصدر لحسن تنفيذ العقد المذكور وانما لحسن تنفيذ امر الشراء ٩٥٧ / د وحيث ان المادة (٢٩٣) من قانون التجارة لا تجيز للمستفيد المطالبة بقيمة خطاب الضمان عن غرض اخر غير الغرض المحدد له في الخطاب وبالتالي تكون دعوى المدعي فاقدة لسندها القانوني ويكون قرار ردها متفقاً وحكم القانون لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي. .))[14].

ويستفاد من قرار محكمة التمييز أن خطاب الضمان يعد أداة ضمان ذات غرض محدد ومقيد، فلا يجوز للمستفيد المطالبة بقيمته الا في الحدود التي صدر من أجلها، إذ إن تخصيص الخطاب لضمان التزام معين يمنع توجيه المطالبة الى المصرف استنادا الى إخلال يتعلق بعلاقة أو التزام آخر، الأمر الذي يكرس مبدأ تخصيص خطاب الضمان ويعزز حماية المصرف من المطالبات الخارجة عن نطاق الضمان المقرر قانونا .

الفرع الثاني: الغطاء العيني

ذكرنا سابقا ان خطاب الضمان المصرفي يرتب التزامات قانونية بين اطرافه، وقد يترتب عليها مخاطر مالية على المصرف وبخاصة اذا ما نفذ المستفيد على خطاب الضمان؛ وعليه يشترط المصرف في الغالب تقديم غطاء يضمن له استرداد ما يدفعه للمستفيد، وبينا ان هذا الغطاء قد يكون نقدياً أو عينيا، اما الغطاء العيني فيقصد به الأموال أو الحقوق التي يخصصها العميل ضمانا لحق المصرف في الرجوع عليه عند تنفيذ خطاب الضمان، وعليه سيتم بيان ما تقدم من خلال عدة فقرات وعلى النحو الاتي :

أولاً: الأوراق المالية والتجارية والسندات الثابت الحق فيها كغطاء لخطاب الضمان

يقصد بالأوراق المالية الاسهم والسندات والصكوك القابلة للتداول في الأسواق المالية، والتي تمثل حقوقاً مالية يمكن تقويمها بالنقود[15]، وتعد هذه الأوراق من بين أهم صور الغطاء العيني التي

يقبلها المصرف مقابل إصدار خطاب الضمان، وذلك لما تتمتع به من قيمة اقتصادية فضلاً عن إمكانية التنفيذ عليها عند إخلال العميل بالتزاماته[16] .

ويأخذ الضمان في هذه الحالة صورة الرهن، إذ تبقى الأوراق المالية في حيازة المصرف أو يتم قيد حق الرهن عليها، ويترتب على ذلك تمتع المصرف بحق الأولوية في استيفاء دينه من قيمة هذه الأوراق قبل غيره من الدائنين العاديين، وقد ذهب الفقه المصري الى أن الأسهم والسندات تعد من الأموال المنقولة التي يجوز أن تكون محلا للرهن الحيازي أو التأميني بحسب طبيعتها القانونية، ويترتب على ذلك إمكانية استخدامها كغطاء لخطابات الضمان المصرفية [17] .

وقد ورد في المادة (71) من قانون الشركات العراقي رقم (21 لسنة 1997 المعدل) الإجراءات القانونية لرهن الأسهم، إذ اجازت رهن الأسهم المملوكة للقطاع الخاص في شركات الأموال من خلال تأشير الرهن في سجل خاص لدى الشركة، وعلى أي حال لا يجوز رهن الحصص في شركات الأشخاص، وعلى هذا النحو سار المشرع المصري[18].

أما بخصوص الأوراق التجارية، وهي كل من (الحوالة والكمبيالة والصك) التي اجازت التشريعات ومنها المشرع العراقي والمصري تقرير حق الرهن عليها وفقا لإجراءات شكلية قانونية خاصة، فقد أجازت المادة (59) من قانون التجارة العراقي النافذ تظهير الورقة التجارية تظهيراً توثيقيا على سبيل الرهن، وإذا تم ذلك يجوز للمستفيد من الرهن (المظهر اليه المرتهن) استعمال جميع الحقوق الناشئة عن الحوالة، حسب الأصل تحكم العلاقة القانونية بين الراهن والمرتهن (المظهر والمظهر اليه) قواعد الرهن الواردة في القانون المدني مالم ينص قانون التجارة على خلاف ذلك[19]، وتستمد هذه الأوراق أهميتها من كونها تتضمن التزاما صرفيا مستقلا يمكن الرجوع بمقتضاه على المدينين الموقعين عليها عند الاستحقاق، فضلا عن الاستفادة من المزايا القانونية الواردة ضمن قانون الصرف .

اذا كان محل غطاء خطاب الضمان (البضائع والمستندات الممثلة لها)، فقد يقدم العميل بضائع أو مستندات ممثلة لها كغطاء عيني لخطاب الضمان، ولا سيما في العمليات التجارية الدولية، ويقصد بالمستندات الممثلة للبضاعة سندات الشحن البحرية وإيصالات الإيداع وشهادات

التخزين وغيرها من الوثائق التي تخول حائزها السيطرة القانونية على البضاعة والتصرف فيها [20]، وقد أجازت المادة (186- 201) من قانون التجارة العراقي النافذ، تقرير حق الرهن على الاوراق المالية والتجارية والمستندات التجارية كسندات الشحن ووثائق الإيداع ووثائق الرهن .

ويأخذ الضمان في هذه الصورة شكل الرهن الحيازي، حيث تنتقل حيازة المستندات أو البضائع الى المصرف أو الى شخص ثالث متفق عليه، ويترتب على ذلك تمكين المصرف من بيع البضائع أو التنفيذ عليها عند إخلال العميل بالتزاماته الناشئة عن خطاب الضمان[21]، ويمكن القول أن هذا النوع من الغطاء يمثل حماية قانونية عالية للمصرف من حيث إمكانية التصرف فيها ونقل ملكيتها أو رهنها.

ثانياً : التنازل عن الحقوق التي للعميل الآمر قبل المستفيد

قد يتمثل غطاء خطاب الضمان في صورة تنازل العميل الآمر بفتح الخطاب عن حقوقه الناشئة عن العملية المطلوب الاعتماد لأجلها، وذلك من خلال تنازل العميل المذكور عن حقه في مواجهة المستفيد، وذلك بأن يتنازل العميل الآمر عن حقوقه الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين المستفيد لصالح المصرف، ومن نافلة القول أن هذه الصورة من صور غطاء الضمان تقترن بأغلب الحالات بفتح الاعتماد المصرفي لصالح العميل ليستخدمه في تنفيذ العقد[22] .

وقد نصت المادة (288) من قانون التجارة العراقي النافذ على انه : ((. . يجوز ان تكون الكفالة تنازلا من الامر عن حقه تجاه المستفيد ..))، وقد جاء في المادة (356) من قانون التجارة المصري لسنة 1999 نصاً مشابهاً له من حيث المضمون.

وبموجب ذلك يكون للعميل الآمر أن يتنازل عنه حقوقه التي ضمن حسن تنفيذها الخطاب للمصرف ضمانا لما قد يدفعه بموجب الخطاب، وتندرج هذه الصورة ضمن تطبيقات حوالة الحق أو التأمين الاتفاقي بحسب طبيعة العلاقة القانونية محل التنازل، ونرى ان نفاذ هذا التنازل في مواجهة المدين المحال عليه يشترط استكمال الإجراءات التي يقررها القانون، سواء بإعلان الحوالة أو قبولها وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني[23] .

ويترتب على انتقال الحق الى المصرف تمكينه من اقتضاء المبالغ المستحقة مباشرة من المدين المحال عليه واستيفاء ما له من حقوق بالقدر اللازم لتغطية التزام العميل، وهو ما يحقق وظيفة الضمان المقصودة من الغطاء العيني، واذا ما قبل المصرف بذلك يتعين عليه ان يتحقق من مركز العميل وسمعته التجارية ودراسة طبيعة العملية المطلوب ائتمانها[24].

ثالثاً : الرهن العقاري (التأميني) غطاءً لخطاب الضمان :

والرهن العقاري : ((حق عيني تبعي يترتب بمقتضى عقد رسمي ضماناً للوفاء بالتزام وهو يمنح صاحبه حق تتبع العقار في أي يد يكون واستيفاء ثمنه منه بالتقدم والاولوية))[25] .

ومن المسلم به لدى فقهاء القانون أن الرهن العقاري يعد من أقوى الضمانات العينية التي يمكن أن يقدمها المدين لدائنه عموما[26]، والعميل في مواجهة المصرف خصوصا ولا سيما في اطار غطائه لإصدار خطاب الضمان، لما يتميز به العقار من استقرار وقيمة مالية مرتفعة نسبيا، ويتمثل هذا الرهن في تخصيص عقار معين لضمان الوفاء بالتزام محتمل أو معلق على شرط، هو التزام العميل برد ما قد يدفعه المصرف بموجب خطاب الضمان، وقد نص القانون المدني العراقي على أن الرهن التأميني حق عيني يقع على عقار مخصص لوفاء دين، ويخول الدائن المرتهن حق التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة عند استيفاء حقه من ثمن العقار[27] .

ونرى أنه إذا ما قام العميل بتقرير حق الرهن التأميني على عقار له قيمة معتبرة لدى المصرف، فإنه ومن دون شك يشكل ضمانة فعالة للأخير، إذ يستطيع التنفيذ عليه واستيفاء حقه من ثمنه إذا قام بالوفاء للمستفيد بموجب خطاب الضمان إذا ما تعذر عليه الرجوع على العميل بطريق الوفاء الاختياري .

وفي ختام هذا المطلب يتبين أن الغطاء العيني يشكل إحدى أهم الوسائل القانونية التي يتوسل بها المصرف قانونيا لتأمين حقوقه الناشئة عن إصدار خطاب الضمان، وتتعدد صوره بين الأوراق المالية والأوراق التجارية والرهن العقاري والبضائع والمستندات الممثلة لها والتنازل عن الحقوق، إلاّ

أنها جميعا تؤدي وظيفة واحدة تتمثل في تعزيز المركز القانوني للمصرف وضمان استيفائه حقه عند الوفاء للمستفيد وعدم وفاء الامر لقيمة ما دفعه المصرف بشكل رضائي.

المبحث الثاني: الأساس القانوني لغطاء خطاب الضمان المصرفي

سنخصص دراسة هذا المبحث لبيان السند القانوني الذي يبرر حق المصرف في طلب الغطاء والاحتفاظ به واستيفاء حقه منه عند الوفاء بقيمة خطاب الضمان للمستفيد، وسنحاول ان نصل فيه الى السبب القانوني الذي يجعل المصرف ينفرد بالانتفاع بالغطاء المقدم من العميل ويستوفي حقه منه قبل أن يشارك فيه الدائنون الآخرون ؛ وسيتم ذلك من خلال تقسيمه على مطلبين، وعلى النحو الاتي :

المطلب الأول : الأساس القانوني لطلب غطاء خطاب الضمان من العميل

الأصل أن أساس طلب غطاء خطاب الضمان من قبل المصرف يرجع الى أن خطاب الضمان يمثل عملية ائتمان مصرفي تنشئ التزاما شخصيا ومباشراً على المصرف تجاه المستفيد، بينما يبقى حق المصرف في الرجوع على العميل مجرد حق قد يتعرض لخطر عدم الوفاء، وهو اما يستند الى التشريعات او الأنظمة وكذلك الى العقود والأعراف المصرفية، وهو ما سيكون مدار دراسة هذا المطلب.

الفرع الأول: الأساس التشريعي

ان ما ورد في قانون التجارة العراقي وقانون التجارة المصري في اطار خطاب الضمان يعد اساسا قانونياً تشريعياً مباشرا لغطاء خطاب الضمان، الا ان الأساس القانوني للغطاء في خطاب الضمان لا يقتصر على النصوص التشريعية التي أجازت البنك وخولته طلب الضمانات أو التأمينات من الآمر، وإنما يقوم على منظومة قانونية متكاملة تتداخل فيها أحكام القانون التجاري مع الاعتبارات العرفية العملية والفنية للعمل المصرفي، ومن هنا سنبين في هذا الفرع الأساس التشريعي لطلب غطاء خطاب الضمان المصرفي وعلى النحو الاتي :-

أولاً: الأساس القانوني وفقاً لأحكام القانون التجاري :

تعد المادة (288) من قانون التجارة العراقي والمادة (356) من قانون التجارة المصري تمثلان الأساس القانوني التشريعي المباشر لحق البنك في طلب الغطاء من العميل الامر، إذ أجازتا للمصرف اشتراط كفالة أو تأمين مقابل إصدار خطاب الضمان، ومع ذلك نرى ان هذين النصين لا يكفيان وحدهما لتفسير الاساس القانوني للغطاء أو بيان مبررات وجوده وحتى بالنسبة لتحديد طبيعته، ذلك أن الغطاء يجد أساسه كذلك في طبيعة العلاقة العقدية التي تنشأ بين البنك والآمر، وفي حق البنك بالرجوع على الآمر بعد الوفاء للمستفيد، فضلاً عن مقتضيات إدارة المخاطر الائتمانية التي تفرضها طبيعة النشاط المصرفي كما سوف نرى.

إذ تضمنت المادة (288) من قانون التجارة العراقي (النافذ) ان للمصرف ان يطلب من العميل الذي يرغب بإنشاء خطاب ضمان مصرفي لديه، تقديم كفالات شخصية او عينية كغطاء مالي للخطاب، او تنازلاً من الامر للمصرف عن حقه الذي أنشئ الخطاب لضمانه تجاه المستفيد، وهو ذات ما نظمه المشرع المصري في المادة 356 من قانون التجارة المذكور سابقاً، واذا ما امعننا النظر في النص المتقدم يتبادر الى الذهن فرضيات عدة سنحاول اثباتها او نفيها بإيجاز إذا ما حصرنا البحث في أساس طلب الغطاء بموجب المادة 288 فقط، ومن أهم تلك الفرضيات القانونية :

1. يطلب الغطاء من العميل كونه وسيلة لضمان حق الرجوع

أن المصرف يطلب الغطاء لأنه يتوقع أن يدفع للمستفيد، ومن ثم يحتاج الى ضمان استرداد ما دفعه من الآمر، وفقاً لهذه الفرضية، فان أساس طلب الغطاء ليس خطاب الضمان ذاته، بل حق المصرف المستقبلي في الرجوع على الآمر[28] .

يمكن القول ان هذه الفرضية قد تصدق على خطاب الضمان من حيث النتيجة، الا انها تصطدم بنص المادة 288 ذاته؛ فالمادة المذكورة تتحدث عن "تغطية خطاب الضمان" لا عن تأمين حق الرجوع، مما يجعل النص أوسع من مجرد ضمان الرجوع .

2 . يطلب الغطاء مقابل تحمل المصرف للخطر الائتماني

مؤداها أن المصرف يضع ذمته المالية وائتمانه في خدمة الآمر، وبالتالي فإن الغطاء هو المقابل القانوني لتحمل هذا الخطر[29]، وهنا يكون الأساس هو العملية الائتمانية المصرفية لا فكرة الرجوع ولا الكفالة، والظاهر لنا ان الفرضية المتقدمة تتلاءم مع كون المادة 288 من قانون التجارة العراقي أجازت كفالة شخصية أو عينية، بل وأجازت التنازل عن حق للآمر تجاه المستفيد، مما يدل على أن الغاية هي توفير ضمانات متنوعة لمواجهة الخطر وتؤكد هذه الفرضية ما صدر عن البنك المركزي العراقي بشأن ضوابط اصدار خطابات الضمان من كونها وسيلة لحماية المصارف من مخاطر التنفيذ على خطابات الضمان غير المغطاة[30].

3 . الغطاء أثر لاستقلال التزام المصرف

ومفادها أن المصرف يصبح ملتزماً التزاماً مستقلاً تجاه المستفيد بمجرد إصدار الخطاب[31]، وقد ورد في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية ((وعند عطف النظر على الحكم المميز تبين انه صحيح وموافق لأحكام القانون ذلك ان الثابت من وقائع الدعوى ومستنداتها ان المميز عليه كان قد طلب باعتباره المستفيد من خطاب الضمان موضوع الدعوى من المصرف / المميز الذي أصدره مصادرة مبلغه وخلال مدة نفاذه ومن اجل الغرض الذي صدر خطاب الضمان تأمينا له وبالتالي فلا يجوز للمصرف الامتناع عن إداء مبلغه للمميز عليه لأسباب ترجع لعلاقة المصرف بالآمر او المستفيد او الى علاقة الآمر بالمستفيد الأمر الذي يجعل من دعوى المميز عليه والحالة هذه لها سندها من حكم القانون وحرية بالإجابة))[32]، ولذلك كان من الطبيعي أن يملك حق طلب الغطاء، وفقاً لذلك فإن استقلال خطاب الضمان هو الأساس الحقيقي لطلب الغطاء، فلو لم يكن التزام المصرف مستقلاً، لاستطاع التمسك بدفوع الآمر ولم يحتج الى غطاء بالدرجة نفسها .

4 . الغطاء صورة من صورتنفيذ الآمر لالتزامه التعاقدي تجاه المصرف

ومقتضاها أن طلب الغطاء ليس حقاً استثنائياً للمصرف، وإنما هو أحد الالتزامات التي يتحملها الآمر بمناسبة طلب إصدار خطاب الضمان[33]، هنا يصبح الأساس هو العلاقة العقدية بين المصرف والآمر .

5 . الغطاء ذو أساس عيني لا شخصي

إذ نصت المادة 288/ثانياً على : ((يجوز أن تكون الكفالة تنازلاً من الآمر عن حقه تجاه المستفيد .)) وهذا النص يوحي بأن المشرع لا ينظر الى الغطاء باعتباره مجرد ضمان شخصي للآمر، بل باعتباره تخصيصاً لحق أو مال معين لضمان وفاء المصرف، ومن ثم يمكن القول إن أساس الغطاء هو تخصيص مصدر مالي معين لمواجهة التزام المصرف المحتمل.

6 . يطلب الغطاء كونه حق قابل للتنفيذ عليه

يفترض أن المشرع لم يكتفِ بمنح المصرف حق طلب غطاء خطاب الضمان، بل قرر له ضمناً حق التنفيذ على هذا الغطاء واستيفاء حقه منه عند الوفاء للمستفيد[34] .

الا ان هذه الفرضية تصطدم بأن المشرع لم ينص صراحة العلاقة بين وفاء المصرف للمستفيد وبين نشوء حقه في الرجوع الى الغطاء للتنفيذ عليه، ونتساءل هنا: هل يشكل ذلك نقصاً تشريعيا ؟

لم نجد في الآراء الفقهية إجابة واضحة لذلك، ويمكننا القول ان عدم النص على ذلك في نص المادة (288) لا يكشف عن فراغ تشريعي بالمعنى الدقيق، لأن المشرع لم يقصد تنظيم آثار الغطاء بصورة مستقلة، وإنما أحال ضمنا الى القواعد العامة التي تحكم الكفالة الشخصية والعينية والتنازل عن الحقوق، ومن ثمة فإن حق المصرف في التنفيذ على الغطاء يستمد أساسه من النظام القانوني للضمان المقدم، لا من المادة (288) ذاتها، غير أن النص كان يمكن أن يكون أكثر وضوحاً لو بين صراحة أن وفاء المصرف للمستفيد يرتب حقه في الاستيفاء من الغطاء المقرر لمصلحته.

والتشريع المصري سار ضمنا على ذلك النحو، فالمادة (356) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 نصت على أنه : ((يجوز للبنك أن يطلب تأميناً مقابل إصدار خطاب الضمان، ويكون هذا التأمين نقداً أو صكوكاً أو بضائع أو تنازلاً من الآمر عن حقه قبل المستفيد .)) ثم جاءت المادة (2/359) ونصت على : ((يلتزم البنك بأن يرد للآمر في نهاية مدة سريان خطاب الضمان ما قدمه من تأمين للحصول على هذا الخطاب))، فالمشرع المصري، مثله مثل العراقي، لم يضع نصاً صريحاً يقول إن للبنك التنفيذ على التأمين أو اقتطاع قيمة ما دفعه منه، لكنه اقترب من ذلك أكثر من المشرع العراقي عندما ربط بين بقاء التأمين لدى البنك وبين التزامه برده عند انتهاء الخطاب، مما يفهم منه (بمفهوم المخالفة) أن التأمين لا يرد إذا تحقق سبب استعماله، أي إذا وفى البنك للمستفيد، فالمشرع العراقي اكتفى بمنح المصرف حق طلب الكفالة أو الغطاء، أما المشرع المصري أضاف حكما يتعلق بمصير التأمين عند انتهاء الخطاب .

ثانياً : القوانين والأنظمة المتعلقة بإدارة المخاطر المصرفية

ويزداد هذا الأساس وضوحا إذا ما نظر الى خطاب الضمان من زاوية وظيفته الاقتصادية، فالبنك عندما يصدر خطاب الضمان لا يبيع مالا ولا يقدم خدمة عادية، وإنما يمنح العميل ائتمانا قائما على سمعته وملاءته المالية، فمجرد توقيع البنك على خطاب الضمان يؤدي الى إحلال الثقة المصرفية محل الثقة الشخصية للعميل، ويجعل ذمة البنك المالية هي الضمان الحقيقي للمستفيد، ولذلك فإن الغطاء يشكل المقابل العملي لهذا الائتمان، إذ يهدف الى تحقيق التوازن بين المخاطر التي يتحملها البنك وبين العائد الذي يحصل عليه من العملية المصرفية[35]، وعلى هذا الأساس يمكن القول إن الغطاء يرتبط ارتباطا وثيقا بالطبيعة الائتمانية لخطاب الضمان، فلا يعد مجرد إجراء شكلي أو ضمان إضافي، وإنما يمثل إحدى الآليات التي تسمح للبنك بتحمل مخاطر الالتزام المستقل الذي ينشأ بموجب الخطاب .

ومن زاوية أخرى، يستند الغطاء الى حق البنك في الرجوع على الآمر بقيمة ما قام بدفعه للمستفيد، فالتزام البنك قبل المستفيد هو التزام أصيل ومستقل[36]، إلاّ أنّ الوفاء الذي يقوم به البنك لا يؤدي الى تحمله النهائي لعبء الدين، وإنما يمنحه حق الرجوع على الآمر باعتباره المستفيد الحقيقي من إصدار الخطاب[37]، ويترتب على ذلك أن الغطاء يؤدي وظيفة قانونية تتمثل في تأمين هذا الحق وضمان فعاليته العملية، فالبنك عندما يطلب من الآمر إيداع مبلغ نقدي أو تقديم رهن أو كفالة، فإنه لا يفعل ذلك بوصفه طرفا في العلاقة الأساسية بين الآمر والمستفيد، وإنما باعتباره دائنا محتملا قد يصبح ملزماً بالدفع في أي وقت خلال مدة سريان الخطاب، ومن ثمة فإن الغطاء يمثل ضمانا مسبقا لحق الرجوع الذي قد يثبت للبنك مستقبلاً، ويحول دون تعرضه لمخاطر عدم قدرة الآمر على الوفاء بالتزاماته بعد تنفيذ البنك لتعهداته .[38]

كما يجد الغطاء مبرره في إطار إدارة المخاطر المصرفية، فالأصل أن البنك يلتزم بالوفاء للمستفيد بمجرد تحقق شروط المطالبة ودون أن يكون له التمسك بالدفوع الناشئة عن العلاقة بين الآمر والمستفيد، وهذا الاستقلال الذي يعد من أهم خصائص خطاب الضمان يؤدي في المقابل الى زيادة المخاطر التي يتعرض لها البنك ؛ لأنه قد يضطر الى الدفع قبل أن يتمكن من الرجوع على العميل أو قبل أن يتأكد من سلامة موقفه المالي، ومن هنا أصبح الغطاء أداة قانونية (وفنية) لإدارة هذه المخاطر، إذ يتيح للبنك مواجهة احتمال تعثر العميل أو إعساره أو امتناعه عن الوفاء بعد تنفيذ الالتزام تجاه المستفيد، وبالتالي فإن الغطاء لا يخدم مصلحة البنك وحده، بل يساهم بصورة غير مباشرة في تعزيز الثقة بخطابات الضمان ذاتها، لأن قدرة البنك على الوفاء للمستفيد ترتبط بوجود نظام فعال لإدارة المخاطر المرتبطة بإصدار هذه الخطابات .

ومن المهم الإشارة الضوابط التي أصدرها البنك المركزي العراقي بشأن اصدار خطابات الضمان لسنة(2022)، وبعد مراجعتها تبين ان الغطاء النقدي أو الضمانات المطلوبة بموجب هذه الضوابط ليست مجرد متطلب شكلي لإصدار خطاب الضمان، وإنما تمثل أداة رقابية واحترازية لإدارة المخاطر المصرفية والحد من مخاطر عدم الوفاء بالتزامات المصرف الناشئة عن خطاب الضمان، ويستدل على ذلك بصورة مباشرة من تأكيد البنك المركزي أن تشديد متطلبات الضمانات

والتحوطات يؤدي الى تقليل حدة المخاطر المحيطة بالمصرف، وتضمنت الضوابط في الوقت ذاته متطلبات خاصة بخطابات الضمان المقابلة (Back to Back) والتعامل مع مصارف ذات تصنيفات ائتمانية محددة، وهو نهج رقابي يهدف الى الحد من مخاطر عدم السداد ومخاطر الطرف المقابل، في إيضاح البنك المركزي بشأن خطابات الضمان الخاصة بالشركات الأجنبية، نصّ على أن هذه المتطلبات تمثل الحد الأدنى من المتطلبات، وأن اتباع المصرف لإجراءات ومتطلبات أكثر تحفظاً ((سيقلل من حدة المخاطر المحيطة بمؤسساتكم)) [39]، وهذا يعد دلالة صريحة على أن الغطاء والضمانات مقررة لأغراض إدارة المخاطر المصرفية [40].

الفرع الثاني: الأساس الاتفاقي لطلب غطاء خطاب الضمان

فمن الناحية العقدية، لا ينشأ خطاب الضمان بمعزل عن علاقة قانونية سابقة بين البنك والآمر، وإنما يصدر عادة تنفيذاً لعقد فتح اعتماد أو عقد تسهيل ائتماني أو اتفاق خاص بإصدار خطاب الضمان وبموجب هذه العلاقة يلتزم البنك بإصدار الخطاب والتعهد بالدفع للمستفيد عند تحقق شروط المطالبة، في حين يلتزم الآمر بتمكين البنك من الوسائل الكفيلة باسترداد ما قد يلتزم بدفعه مستقبلاً [41] .

ومن ثم فإن الغطاء لا يعد التزاماً منفصلاً عن العلاقة الأصلية بين البنك والآمر، بل يمثل أحد الالتزامات الجوهرية المترتبة عليها، ويستمد مشروعيته من مبدأ سلطان الإرادة ومن القوة الملزمة للعقد، ولهذا السبب قد يتخذ الغطاء صوراً متعددة تختلف باختلاف المركز المالي للعميل ومدى الثقة الائتمانية التي يحظى بها لدى البنك، فقد يكون نقدياً أو عينياً أو شخصياً أو جزئياً أو كلياً، دون أن يؤثر ذلك في صحة خطاب الضمان أو في استقلاله تجاه المستفيد[42] .

وبناءً على ما تقدم ذكره نرى، ان النصوص التشريعية العراقية والمصرية لا ينبغي النظر إليها باعتبارها السند القانوني الوحيد للغطاء، وإنما باعتبارها إقراراً تشريعياً لوسيلة فرضتها الحاجة العملية للعمل المصرفي قبل أن يتدخل المشرع لتنظيمها، فالأساس القانوني الحقيقي للغطاء يقوم على أربعة مرتكزات متكاملة : أولها الإذن التشريعي الممنوح للبنك بطلب التأمين أو الكفالة، وثانيها

العلاقة العقدية التي تربطه بالآمر، وثالثها حقه في الرجوع على الآمر بعد الوفاء للمستفيد، ورابعها مقتضيات إدارة المخاطر الائتمانية المرتبطة بالطبيعة المستقلة لخطاب الضمان، ومن اجتماع هذه المرتكزات تتحدد الوظيفة القانونية للغطاء بوصفه وسيلة لحماية المركز المالي للبنك وضمان استقرار المعاملات القائمة على خطابات الضمان دون المساس بمبدأ استقلالها أو بالحقوق المقررة للمستفيد .

المطلب الثاني: الأساس القانوني لاستئثار المصرف بغطاء خطاب الضمان

وبالانتقال الى الأساس القانوني لاستئثار المصرف على خطاب الضمان، لا يقتصر الدور القانوني للغطاء على كونه وسيلة لتأمين حق البنك في الرجوع على الآمر، وإنما يترتب عليه أثر قانوني آخر يتمثل في استئثار البنك بهذا الغطاء وتخصيصه لضمان الالتزامات الناشئة عن خطاب الضمان دون غيرها، ويستند هذا الاستئثار الى مجموعة من الاعتبارات القانونية التي تجد أساسها في طبيعة العلاقة بين البنك والآمر وفي الغاية التي خصص الغطاء من أجلها .

فالأصل في أموال المدين أنها تشكل ضمانا عاما لجميع دائنيه[43]، بحيث يتقاسم هؤلاء أموال المدين عند التنفيذ عليها وفقاً للقواعد العامة[44]، غير أن الغطاء المقدم مقابل إصدار خطاب الضمان يخرج جزئيا عن هذا الأصل، إذ يخصص منذ نشأته لضمان التزام محدد هو التزام الآمر برد ما قد يدفعه البنك للمستفيد تنفيذاً لخطاب الضمان[45]، ومن ثم فإن الغطاء لا يدخل في الذمة المالية للآمر بوصفه مالاً متاحاً للتنفيذ سواء من قبل الامر او من قبل جميع الدائنين، بل يرتبط قانوناً ووظيفياً بالعملية المصرفية التي قدم من أجلها، وقد ورد في قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق : ((. . وحيث ان المادة (293) من قانون التجارة لا تجيز للمستفيد المطالبة بقيمة خطاب الضمان عن غرض آخر غير الغرض المحدد له في الخطاب وبالتالي تكون دعوى المدعي فاقدة لسندها القانوني ويكون قرار ردها متفقاً وحكم القانون لذا قرر تصديق الحكم المميز..))[46].

ويجد هذا التخصيص سنده الأول في الاتفاق المبرم بين البنك والآمر، فمتى قدم الآمر مبلغاً نقدياً أو رهناً عينياً أو كفالة خاصة لضمان خطاب الضمان، فإن إرادته تتجه الى تخصيص هذا

المال أو الحق لتأمين مركز البنك القانوني في العملية محل الخطاب، ويترتب على ذلك نشوء رابطة تخصيص قانونية تجعل الغطاء مرتبطا بسبب معين وغرض محدد، هو مواجهة ما قد ينشأ من التزامات على عاتق البنك نتيجة إصدار خطاب الضمان، ومن ثم لا يجوز للامر المطالبة باسترداد الغطاء أو التصرف فيه بما يخل بالغاية التي خصص من أجلها طالما بقي خطاب الضمان قائما ومنتجا لاثاره [47].

كما يستند استئثار البنك بالغطاء الى طبيعة الالتزام المستقل الذي ينشأ بموجب خطاب الضمان، فالبنك لا يلتزم تجاه المستفيد بصفته وكيلا عن الامر أو نائبا عنه، وإنما يلتزم باسمه ولحسابه الخاص، ويصبح مدينا أصيلا للمستفيد بمجرد إصدار الخطاب[48]، ولما كان البنك يتحمل وحده مخاطر هذا الالتزام المستقل، فقد اقتضى المنطق القانوني أن ينفرد بالضمان المخصص لمواجهته، فالغطاء يمثل المقابل القانوني للمخاطر التي يتحملها البنك، ومن ثم فإن السماح لدائنين آخرين بمشاركته فيه يؤدي الى إهدار الغاية التي قدم من أجلها أصلاً [49].

ويستند هذا الاستئثار كذلك الى فكرة التخصيص الوظيفي للغطاء، فالغطاء لا يقدم للبنك باعتباره دائنا عاديا للأمر، وإنما باعتباره طرفا معرضا لخطر قانوني ومالي خاص يتمثل في احتمال الوفاء الفوري للمستفيد بناءً على مطالبة مطابقة لشروط الخطاب، ولذلك فإن الغطاء لا يؤدي وظيفة الضمان العام، بل يؤدي وظيفة الضمان الخاص الموجه لتأمين خطر محدد، وهذا التخصيص هو الذي يبرر منح البنك سلطة الاحتفاظ بالغطاء وعدم الإفراج عنه قبل انقضاء التزامه الناشئ عن خطاب الضمان أو زوال المخاطر المرتبطة به[50] .

وفي القانونين العراقي والمصري يمكن استخلاص هذا المعنى من النصوص التي أجازت للبنك طلب الكفالة أو التأمين مقابل إصدار خطاب الضمان، فهذه النصوص لا تقرر مجرد حق البنك في طلب الضمان، وإنما تفترض ضمنا حقه في الاحتفاظ بهذا الضمان طوال المدة اللازمة لتحقيق الغرض الذي قدم من أجله، إذ لا يستقيم قانونا أن يجيز المشرع للبنك الحصول على غطاء ثم يحرمه من الاستفادة الفعلية منه أو يجعله عرضة لمزاحمة دائني الآمر قبل انتهاء الالتزام المضمون .

ويتعزز هذا الاتجاه بما تقرره التشريعات المقارنة والفقه المصرفي من أن الغطاء النقدي المودع لدى البنك يفقد، من الناحية الاقتصادية والوظيفية، صفته كمال متاح للعميل طوال مدة ارتباطه بخطاب الضمان، ويصبح مالا مخصصاً لضمان العملية المصرفية التي أنشئ من أجلها، ولذلك جرى العمل المصرفي على عدم تمكين العميل من السحب منه أو التصرف فيه الا بعد انقضاء التزام البنك وعودة الخطاب أو انتهاء صلاحيته بصورة نهائية .

وعليه، فإن الأساس القانوني لاستئثار البنك بغطاء خطاب الضمان لا يقوم على فكرة الملكية أو الحيازة وحدها، وإنما يقوم على اجتماع عدة اعتبارات تتمثل في تخصيص الغطاء لغرض معين، وارتباطه بعقد إصدار خطاب الضمان[51]، وكونه ضمانا لحق الرجوع المقرر للبنك[52]، فضلا عن كونه المقابل القانوني للمخاطر التي يتحملها البنك نتيجة التزامه المستقل تجاه المستفيد[53]، ومن ثم فإن استئثار البنك بالغطاء يعد أثراً طبيعيا لوظيفته القانونية وليس مجرد امتياز عملي تقرره الأعراف المصرفية .

يمكن القول ان أساس استئثار المصرف بالغطاء من القانون يختلف باختلاف نوع الغطاء؛ فإذا كان الغطاء نقديا مودعا لدى المصرف فإن أساس الاستئثار يستند أساسا الى الاتفاق المبرم بين الطرفين وما قد يترتب عليه من حق للمصرف في حبس المبلغ أو إجراء المقاصة وفقاً للشروط القانونية أو الاتفاقية، أما إذا كان الغطاء رهنا نقديا أو عينيا فأساس الاستئثار يقترب من حق الأفضلية والتتبع الناشئ عن الرهن، أما إذا كان الغطاء كفالة شخصية فليس هناك استئثار بمال معين أصلا، وإنما ضمان شخصي يضاف الى حقه في الرجوع على المدين الأصلي والكفيل وفقاً لأحكام القانون.

خاتمة :

في ختام دراسة موضوع غطاء خطاب الضمان المصرفي- دراسة في ماهيته وأساسه القانوني، توصلت الدراسة إلى عدة استنتاجات ومقترحات، أهمها :

أولاً: الاستنتاجات :

1 . غطاء خطاب الضمان يمثل ضمانة مصرفية مستقلة، فالغطاء ليس ركناً من أركان خطاب الضمان، وإنما هو وسيلة مصرفية لتأمين حق المصرف في الرجوع على العميل عند تنفيذ الخطاب .

2 . عدم وجود تعريف تشريعي للغطاء : اذ تبين أن المشرعين العراقي والمصري لم يضعا تعريفاً صريحاً لغطاء خطاب الضمان، تاركين الأمر للفقه والقضاء والأعراف المصرفية .

3 . استقلال الغطاء عن خطاب الضمان : وقد اثبتنا ذلك عن طريق الاستدلال بالتشريع والقضاء والفقه، على الرغم الارتباط الاقتصادي بينهما، فإن الغطاء يعد علاقة قانونية مستقلة عن علاقة المصرف بالمستفيد وعن خطاب الضمان ذاته، إذ يبقى حق المصرف في الغطاء قائما حتى قبل تنفيذ الخطاب .

4 . تعدد صور الغطاء: حيث كشفت الدراسة أن الغطاء لا يقتصر على الغطاء النقدي، بل يمتد الى الغطاء النقدي، والغطاء العيني الذي تتعدد أشكاله فقد يكون أوراق التجارية أو أوراق مالية أو عقارات مرهونة أو تنازل عن الحقوق والديون التي أنشئ خطاب الضمان على أساسها او كفالات شخصية او عينية أخرى ونستنتج ان هذا التنوع يعكس الطبيعة الائتمانية لخطاب الضمان .

5 . الغطاء يحقق وظيفة وقائية للمصرف : ويبحث ذلك في اطار إدارة المخاطر المصرفية، فالغاية الأساسية من اشتراط الغطاء هي حماية المصرف من مخاطر الوفاء للمستفيد في حال عجز العميل عن السداد، خاصة وأن المصرف يلتزم بالدفع بمجرد تحقق شروط الخطاب دون التمسك بدفوع العلاقة الأصلية مما يحمي المصرف من مشكلات التعثر والافلاس بسبب تعدد الخطابات من دون غطاء كافٍ.

6 . استئثار المصرف بالغطاء يستند الى طبيعة العملية المصرفية : رغم عدم وجود نص قانوني يمنح المصرف هذا الامتياز صراحة، الا أن استئثاره بالغطاء يجد أساسه في التشريع ضمناً، ومبدأ

سلطان الإرادة في العقود المصرفية، والقواعد العامة في الرهن والتأمينات، والأعراف المصرفية المستقرة .

7 . قصور التنظيم التشريعي : كشفت الدراسة وجود فراغ تشريعي في كل من العراق ومصر فيما يتعلق بتنظيم بعض جزئيات أحكام الغطاء، وشروطه، وأنواعه، وآثار استيفائه، وترتيب الأولوية عليه على بقية الدائنين تاركة ذلك الى القواعد العامة.

ثانياً : المقترحات :

1 . نقترح تنظيم تعريف لغطاء خطاب الضمان في ضوابط اصدار خطاب الضمان التي أصدرها البنك المركزي العراقي : فهو : مالاً أو حقاً عينياً أو شخصياً يقدمه طالب خطاب الضمان للمصرف تأميناً لحقه في الرجوع عليه عند الوفاء بقيمة الخطاب.

2. ندعو المشرع العراقي الى تنظيم أحكام أخرى للغطاء بنصوص خاصة، ولا سيما إضافة نصوص قانونية تنظم : أنواع الغطاء، شروط قبوله، كيفية استبداله، حقوق المصرف عليه، مصيره بعد انتهاء خطاب الضمان، ونعتقد ان هذه الاحكام القانوني لها أهمية خاصة في تنظيم وتسوية النزاعات بين اطراف الخطاب.

4 . ندعو المشرع العراقي الى تحديد الأساس القانوني لاستئثار المصرف بالغطاء وبيان مرتبته في مواجهة دائني العميل منعاً للخلافات العملية و القضائية.

5 . ان تخصيص الغطاء لخطاب الضمان يمثل ضمانة اكيدة للمصرف على الغطاء، لذلك ندعو المشرع العراقي الى إقرار منح المصرف حقاً ممتازاً أو أولوية قانونية على الغطاء المخصص لخطاب الضمان أسوة بالحماية التي تقتضيها طبيعة الائتمان المصرفي.

الهوامش:

(1) د. سميحة القليوبي : الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، ط6، 2013، ج2، دار النهضة العربية- القاهرة، ص857 .

(2) ينظر : د. فائق الشماع : خطاب الضمان المصرفي- دراسة قانونية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 92.

(3) ينظر: ضوابط اصدار خطابات الضمان الصادرة عن البنك المركزي العراقي بالعدد (9/ظ/390) في 2022/10/9 .

(4) د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربية، المكتبة القانونية- مصر، 1993، ص 609 .

(5) د. حسين محمد سمحان، د. موسى عمر مبارك : محاسبة المصارف الإسلامية، دار المسيرة للطباعة والنشر، 2017، ص327-328 .

(6) د. عمر سليمان رمضان : النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية : دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2009، ص120.

(7) منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي : أعمال البنوك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص322 .

(8) د. محمد بهجت عبد الله، د. اميرة صدقي : القانون التجاري، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح،القاهرة، 2006، ص 119 .

(9) ينظر : د. سميحة القليوبي : مصدر سابق، ص 864 – 865 .

(10) د. فائق الشماع : مصدر سابق، ص92 .

(11) د. حسين محمد سمحان، د. موسى عمر مبارك : مصدر سابق، ص227 .

(12) د. فائق الشماع : مصدر سابق، ص93 .

(13) الطعن رقم (1151) في جلسة 2001/3/39 / محكمة النقض المصرية، اشارت اليه : د. سميحة القليوبي : مصدر سابق، ص 865 .

(14) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق، رقم الحكم 4275 /هيئة استئنافية منقول، تاريخ الحكم 2024/11/04، متاح على الرابط الاتي :
https ://iraqld.e-sjc-services.iq/legislations/showverdict?verdictid=22765&articleid=111733

(15) د. فاروق إبراهيم جاسم : القانون التجاري العراقي، ج4، ط2، المكتبة القانونية-بغداد، 2024، ص322 وما بعدها .

(16) د. محمود سمير الشرقاوي : القانون التجاري، العقود التجارية _ الافلاس _ الاوراق التجارية _ عمليات البنوك،ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص568-569.

(17) ينظر : د. علي جمال الدين عوض : مصدر سابق، ص610-611 .

(18) اذ نصت المادة (51/مكرر) من قانون الايداع والقيد المركزي للاوراق المالية – القانون رقم 93 لسنة 2000 المصري : ((يكون اتفاق رهن الأوراق أو الأدوات المالية وفقا لأحكام هذا القانون ملزما ونافذا في مواجهة الغير متى كان مكتوبا وثابت التاريخ ومتضمنا تحديد محل الرهن، ويكفي لتحديد الرهن أن يتم قيده في حساب الراهن لدى الشركة)) .

(19) د. فوزي محمد سامي، د. فائق الشماع : القانون التجاري، الأوراق التجارية، بغداد، 1984 ص 180 .

(20) ينظر : د. باسم محمد صالح : القانون التجاري، القسم الأول، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بلا سنة نشر، ص 233،73-330 .

(21) ينظر : د. علي جمال الدين عوض : مصدر سابق، ص 609-611 .

(22) د. فائق الشماع : مصدر سابق، ص99 .

(23) ينظر : د. عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني (أحكام الالتزام) ج2، المكتبة القانونية، بغداد، بلا ت نشر، ص322.

(24) د. سميحة القليوبي : مصدر سابق، ص 868 .

(25) أ.م.محمد طه البشير، د. غني حسون طه : الحقوق العينية التبعية، ج2، جامعة بغداد/ كلية القانون، بلا عام نشر، ص352.

(26) استاذنا الدكتور عباس علي محمد الحسيني : الكفيل العيني في الرهن التأميني، محاضرات غير منشورة القاها على طلبة الدراسات العليا في جامعة كربلاء، كلية القانون، 2018-2019 .

(27) المادة (1285) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 (المعدل)، وهو ذات ما تضمنته المادة (1030) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

(28) للمزيد عن رجوع المصرف على الآمر، ينظر : د. محمد مصطفى عبد الصادق مرسي : الاثار القانونية الناشئة عن اصدار خطاب الضمان وطبيعة العلاقة بين البنك والمستفيد، مجلة القانون والاعمال، المجلد 2، العدد 1، المغرب، 2026، ص22 .

(29) ينظر : سهام عكوش : استقلال خطاب الضمان الدولي المصرفي عن عقد الأساس، مجلة العلوم الاسلامية،المجلد 29، عدد 2،(الجزائر) 2018، ص351.

(30) للمزيد ينظر : أسيل جمال صبيح الفضلي، علي محمد ثجيل المعموري : تقييم واقع خطابات الضمان في ضوء تطبيق المنصة الإلكترونية في البيئة العراقية، مجلة دراسات محاسبية، العدد 61، المجلد 17، بغداد، 2022، ص505 .

(31) ينظر : د. محمود سمير الشرقاوي : مصدر سابق، ص570 .

(32) قرار محكمة التمييز الاتحادية (٤٣٠٨/هيئة استئنافية منقول)، تاريخ الحكم ٠٦-١١-٢٠٢٤ . (غير منشور)

(33) ينظر : ندير بن هلال، نجاة طباع :" تمييز خطاب الضمان عن الكفالة التقليدية"، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد الثامن، العدد الثاني،الجزائر-2024، ص237-238 .

(34) ينظر : مرتجى داود سلمان : مصدر سابق، ص280 .

(35) د. عقيل الشرع، مصطفى محمد: دور خطابات الضمان في تمويل الاستثمار المحلي الخاص في العراق : دراسة تحليلية للمدة (2004-2018)، مجلة مركز دراسات الكوفة، المحفوظات، مجلد 1، عدد 64، الكوفة -النجف الاشرف، 2022، ص63.

(36) د.محمد بشايرة، عماد العمارنة : أثر العادات التجارية وحماية المستهلك في تفسير خطاب الضمان المصرفي في القضاء الأردني، دراسات في العلوم السياسية، الدراسة السادسة، الأردن، 2020، ص366 . متاح على الرابط :
((https://www.researchgate.net/profile/Emad-AlAmaren/publication/344212441_athr_aladat_altjaryt_whmayt_almsthlk_fy_tfsyr_khtab_aldman_almsrfy_fy_alqda_alardny/links/5f5c4ff2299bf1d43cfca7ab/athr-aladat-altjaryt-whmayt-almsthlk-fy-tfsyr-khtab-aldman-almsrfy-fy-alqda-alardny.pdf?_tp=eyJjb250ZXh0Ijp7ImZpcnN0UGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uIiwicGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uIn19))

(37)د. سامي حسين المعموري : الاحكام القانونية لخطاب الضمان-دراسة مقارنة- مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، السنة السابعة عشر، 2025، العدد الأول، ص585 .

(38) رسل عادل حميد، د. محمد جاسم محمد، الاستثناءات الواردة على مبدأ الاستقلالية في خطاب الضمان المصرفي، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، العدد 29، المجلد 17، 2024، ص223.

(39) اعمام البنك المركزي العراقي المرقم بالعدد (9/3/153) التاريخ : 17/5/2020

(40) ينظر : ضوابط اصدار خطابات الضمان الصادرة عن البنك المركزي العراقي بالعدد (9/ظ/390) في 2022/10/9 .

(41) مرتجى داود سلمان : فاعلية خطاب الضمان في التزام المصرف تجاه المستفيد، مجلة دراسات البصرة، السنة العشرون، العدد(58) اذار 2025، ص269 .

(42) د.مهيمن إسماعيل كاظم : خطاب الضمان المصرفي في القانون العراقي، مجلة الفارابي للعلوم الإنسانية، العدد3، المجلد 3، 2024،ص242،238.

(43) المادة (260) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 (المعدل) وتقابلها بالشكل والمضمون المادة (234) من القانون المدني المصري لسنة 1948 (المعدل) .

(44) ينظر : د. عبد المجيد الحكيم : مصدر سابق، ص60 .

(45) وقريب من هذه الفكرة : تخصيص مقابل الوفاء في الأوراق التجارية لوفاء ورقة تجارية معينة او دين معين، إذ تنص المادة (68) من قانون التجارة العراقي النافذ على انه : ((ثانيا : اذا كان للساحب لدى المسحوب عليه بضائع أو أوراق تجارية أو أوراق مالية او غير ذلك من الاموال التي يجوز استردادها طبقاً لأحكام الاعسار وكانت هذه الاموال مخصصة صراحة او ضمناً لوفاء الحوالة فللحامل الاولوية في استيفاء حقه من قيمتها.)) .

(46) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق، رقم الحكم 4275/هيئة استئنافية منقول، تاريخ الحكم 2024/11/4275 متاح على الرابط الاتي :
https ://iraqld.e-sjc-services.iq/legislations/showverdict?verdictid=22765&articleid=111733

(47) د. بدر سعد العتيبي : التنظيم القانوني لخطابات الضمان في مجال المناقصات العامة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة الثامنة - العدد 2 - العدد التسلسلي 30 - شوال - ذو القعدة 1441 هـ – يونيو 2020 م، ص100 .

(48) بن نذير هلال، نجاة طباع : مصدر سابق، ص238 .

(49) ينظر : د. علي جمال الدين عوض : مصدر سابق، ص 601-602 .

(50) د. محمد بهجت عبد الله، د. اميرة صدقي : مصدر سابق، ص122، 130 .

(51) د. فائق محمود الشماع : مصدر سابق، ص92 .

(52) منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي : مصدر سابق، ص322 .

(53) د. محمود سمير الشرقاوي : مصدر سابق، ص568.