



جمهورية العراق  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة ديالى  
كلية القانون والعلوم السياسية  
قسم القانون

## الغش في طلب خطاب الضمان

بحث تقدّم به الطالب  
ابوبكر حسين حسن عباس

قدم هذا البحث استكمالاً لمتطلبات نيل الحصول على شهادة البكالوريوس  
في كلية القانون والعلوم السياسية / قسم القانون

بإشراف

م . م وديان خالد عوده

١٤٣٩ هـ

٢٠١٨ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ  
شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۗ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾

بِسْمِ اللَّهِ  
الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

سورة الحجرات : الآية ١٣

## الإهداء

إلى من جرع الكأس فارغاً ليسقيني قطرة حب  
إلى من كلت أنامله ليقدّم لنا لحظة سعادة  
إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم  
والذي العزيز إلى القلب الكبير



إلى من أرضعتني الحب والحنان  
إلى رمز الحب وبلسم الشفاء  
إلى القلب الناصع بالبياض والدتي الحبيبة



إلى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس البريئة إلى رياحين حياتي  
إخوتي



إلى الأرواح التي سكنت تحت تراب الوطن الحبيب الشهداء العظام



الآن تفتح الأشرعة وترفع المرساة لتنتقل السفينة في عرض بحر واسع  
مظلم هو بحر الحياة وفي هذه الظلمة لا يضيء إلا قنديل الذكريات  
ذكريات الأخوة البعيدة إلى الذين أحببتهم وأحبوني أصدقائي



إلى الذين بذلوا كل جهدٍ وعطاءٍ لكي أصل إلى هذه اللحظة أساتذتي الكرام



إليكم جميعاً أهدي هذا العمل

السلامة

جابر حميد عبد الله

## شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين الذي وفقني في إتمام هذا البحث المتواضع  
وأعانني فيه .

أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى الدكتور الفاضل :

" وديان خالد عوده "

الذي أشرف على بحثي هذا ولم يتوان لحظة عن نصحي وإرشادي  
لإظهار هذا البحث على أحسن صورة .

كما وأتقدم بشكري وعظيم امتناني إلى الهيئة التدريسية

في كلية القانون

عامة وأساتذتي الأفاضل في قسم القانون خاصة

لما كان لهم من دعم لي في مشواري التعليمي

البحث

## المحتويات

| الصفحة  | الموضوع  |
|---------|--|
| ١       | المقدمة  |
| ٢       | المبحث الاول : ما هي خطاب الضمان                   |
| ٣-٢     | المطلب الاول : تعريف بخطاب الضمان                  |
| ٧ - ٤   | المطلب الثاني : انواع خطاب الضمان                  |
| ٩ - ٨   | المطلب الثالث : خصائص خطاب الضمان                  |
| ١٠      | المبحث الثاني : الاثار القانونية لعقد خطاب الضمان  |
| ١٢ - ١٠ | المطلب الاول : اثار عقد خطاب الضمان بالنسبة للعميل |
| ١٤ - ١٣ | المطلب الثاني : اثار خطاب الضمان بالنسبة للمصرف    |
| ١٦ - ١٥ | المطلب الثالث : اثار خطاب الضمان بالنسبة للمستفيد  |
| 17      | المبحث الثالث : ماهية الغش في خطاب الضمان          |
| ١٩ - ١٧ | المطلب الاول : التعريف او المقصود بالغش            |
| ٢٢ - ٢٠ | المطلب الثاني : شروط الغش المانع من الوفاء         |
| ٢٣      | المطلب الثالث : وسائل الحماية من الغش              |
| 24      | الخاتمة  |
| 25      | التوصيات   |
| ٢٦      | المصادر  |

## المقدمة

تزايدت ظاهرة الغش في التعاملات التجارية نتيجة التقدم المذهل والمطرود في مجال التجارة وكذلك بالنسبة لخطاب الضمان حيث تتعدد مجالات البنك في علاقته مع عملائه في تقديم الائتمان ويتمثل هذا الائتمان في تمكين العميل من الحصول على طلب من البنك يمكنه من الوفاء بالتزاماته لدى الغير والحصول على اجل او ثقه من دائئه بواسطة البنك . فخطاب الضمان نوع من الاعتماد بالضمان الذي تقدمه المصارف لعملائها ، حيث أن خطاب الضمان عملية ائتمانية تنشأ من تقديم البنك لعملائها مبعثاً للثقة بين اطراف التعامل لما يملكه من ملاءة مالية وسمعة تجارية لا تتوفر عادةً في غيره من الاشخاص الطبيعية والمعنوية حيث يستعمل خطاب الضمان من اجل تحويل المشاريع التجارية

### اهمية الموضوع :

تلعب خطابات الضمان بدور هام في الحياة الاقتصادية فهي تحل محل التأمين النقدي الذي يطلب تقديمه في مجال عقد التوريد والمقاولات وبذلك من الحالات التي يحتاج فيها الشخص الى تظمين المتعامل معه بادخال المصرف وما يملكه من ملاءة مالية وسعة تجارية ضامناً في الصفقة .

### مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في طبيعة ودور خطابات الضمان كعملية مصرفية وما يمتاز به من خصائص وما يجعلها وسيلة ناجحة في تحويل المشاريع التجارية ومنح ضمانات فتأمين خاص بالإبقاء بالالتزامات وعلى الرغم فالمشكلة الاساسية في البحث تكمن في حصول نزاعات بين المصرف مانح الخطاب والمستفيد من الخطاب من حيث الغرض الممنوع من اجله الخطابات.

### منهجية البحث

يعتمد البحث على المنهج التحليلي وذلك بتحليل المواد القانونية الواردة في قانون التجارة العراقي النافذ حالياً والمتعلقة بالموضوع مع الاستعانة ببعض نصوص القانون المدني العراقي

### هيكلية البحث

من اجل الوقوف على اهم جوانب الموضوع فقد تم تقسيم البحث الى ثلاثة مباحث تناولنا في المبحث الاول عن ماهيه عقد خطاب الضمان وانواعه وكذلك خصائصه ، اما المبحث الثاني فقد تناولنا الاثار القانونية لعقد الضمان ، وتناولنا في المبحث الثالث ماهيه الغش في خطاب الضمان وشروطه ووسائل الحماية من الغش واختتم البحث بأهم الاستنتاجات والتوصيات التي توصل اليه البحث

## المبحث الاول

### ماهية خطاب الضمان

سنتناول في هذا المبحث عن ماهية عقد خطاب الضمان من خلال مطلبين  
الاول تعريف خطاب الضمان ، والثاني انواع خطاب الضمان

### المطلب الاول

#### التعريف بخطاب الضمان

ويتضمن التعريف الفقهي والتعريف التشريعي

في البداية فان خطاب الضمان لغة تعني : الخطب او الامر صغراً او  
عظم وقيل وهو سبب الامر

**والخطب** : الامر الذي تقع من الخطابة والشأن والحال ومنه قولهم جل  
خطب اي اعظم الامر والشأن ، اما الضمان تعني ( الضمين )

الكفيل : ضمن الشيء وبه ضمناً كفل به (١) .

#### اولاً :- التعريف الفقهي لخطاب الضمان :

يعرف خطاب الضمان على انه تعهد مكتوب يصدره البنك الضامن بناء  
على طلب عملية ( الامر ) بشأن عملية محددة او عرض محدد يلتزم  
بموجبه البنك بان يدفع الى الطرف الثالث ( المستفيد ) مبلغاً معيناً من  
النقود عند اول طلب منه سواء كان طلباً مجرداً او مبرماً او مصحوباً  
بتقديم مستندات محددة في الخطاب يقدمها المستفيد خلال اجل محدد عادة  
او غير محدد في اثناء سريان اجله رغم معارضه من العميل المضمون او  
البنك الضامن على ان ان يكون الضامن شخصاً غير المتعاقد مع المستفيد  
الذي طلب الضمان لصالح شخص مستفيد وكذلك عرف خطاب الضمان  
على انه تعهد مصرفي لدفع مبلغ نقدي لدى اول طلب من المستفيد بالتطبيق  
لنصوص التعهد دون امكان التمسك بأي وضع من بعد الاساس مع التحفظ  
كحاله الغش (٢) .

١ - ابن منظور ، لسان العرب ، مجلد الخامس ، ط٤ ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، ص٩٧

٢ - علي جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة  
٢٠٠٢م ، ص١١ - ١٢

كما عرف البعض الاخر على انه تعهد كتابي من البنك على طلب عملية يلتزم فيه لصالح هذا العميل في مواجهة شخص ثالث هو المستفيد بان يدفع مبلغاً معيناً اذا طلبه المستفيد خلال اجل محدود في الخطاب (١) .

### ثانياً : التعريف التشريعي لخطاب الضمان :-

عرف الشرع العراقي في المادة ( ٢٨٧ ) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ خطاب الضمان بانه ( تعهد يصدر من مصرف بناء على طلبه او متعاملين معه ( الامر ) بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين لشخص اخر ( المستفيد ) دون قيد او شرط اذا طلب منه ذلك خلال مدة معينة في الخطاب ليحدد في خطاب الضمان الفرض الذي صدر من اجله (٢) .

كما يعرف الخطاب الضمان بكونه تعهدا خطيا صادرا من المصرف (المصرف المصدر) لغرض معين بالذات بناء على طلب عميل له ( الامر بالإصدار) بدفع مبلغ معين او قابل للتعين لشخص ثالث (المستفيد) دون قيد او شرط بمجرد تقديمه طلبا اليه بذلك خلال المدة المعينة بخطاب الضمان وبين فيه عادة مخالفة الامر (العميل) لالتزامه او الالتزامات التي لضمان تنفيذها ثم اصدار خطاب الضمان (٣) .

حيث يلجأ العميل الى خطاب الضمان عندما يكون مقدما على التعاقد مع جهة ادارية او مصلحة حكومية او صاحب المشروع ، اذ غالبا ما يطلب من هؤلاء من المقاول الذي يريد القيام بمشروع او عملية انشائية كبيرة او بيع او توريد ان يقدم ضمانا ماليا يساوي نسبة معينة من مجموع قيمة العطاء لضمان تنفيذه ، لذلك يلجأ العميل الى المصرف طلبا من توجيه خطاب الضمان لصالح صاحب المشروع (المستفيد) يتعهد المصرف بمقتضاه ان يدفع للمستفيد المتفق عليه في خطاب الضمان متى ما طلب الاخير ذلك خلال مدة محددة (٤) .

١ - محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية المصرفية ، عمليات البنوك ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، عمان ٢٠٠٨ ، ص ٣٠٥ .

٢ - قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ .

٣ - د.اكرم ياملكي، الاوراق التجارية والعمليات المصرفية ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ٢٠٠٩ ، ص ٣٢٦ .

٤ - خالد ابراهيم، الوجيز في القانون التجاري، ط١، المعزز للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٣، ص ٣١٧ .

## المطلب الثاني انواع خطاب الضمان

تصدر خطابات الضمان بأنواع مختلفة ولأغراض كثيرة ومتعددة الا انه يمكننا تقسيم خطابات الضمان الى قسمين رئيسيين وسنتناول كل قسم منها في فرع مستقل كالآتي:-

### الفرع الاول انواع خطابات الضمان من حيث موطن اطرافها

تقسم خطابات الضمان بالاستناد الى موطن اطرافها الى قسمين :

**اولا: خطاب الضمان الداخلي:** هو الخطاب الذي يصدر بطلب من عميل محلي داخل العراق فلا يتوفر الطرف الخارجي فيها، فهو يعد تصرف قانوني يتغير فيه العنصر الخارجي ولا يقتضي تدخل مصرف مراسل او فرع للمصرف المحلي في الخارج من اجل اتمام عملية اصداره ويصدر هذا الخطاب عادة لمدة لا تزيد عن سنة واحدة الالقاء تأمينات تعادل مبلغ كامل مبلغ الخطاب<sup>(1)</sup>.

**ثانيا: خطاب الضمان الخارجي:** هي التصرفات القانونية التي يدخل فيها عنصر خارجي بحيث يستلزم خطاب الضمان لمنفعة او بأمر تدخل مصرف مراسل.

الضمان الخارجي على ثلاثة انواع :-

١- خطاب الضمان الذي يصدر بطلب خارجي لمنفعة جهة داخل العراق: يشكل هذا الخطاب غالبية خطابات الضمان الخارجي حيث تصدر بطلب من جهات خارج العراق كالمراسلين من المصارف الخارجية والمؤسسات المالية المعتبرة وكذلك شركات التأمين ويرد الطلب الى المصرف عادة على شكل رسالة بريدية وفي صورة برقية وترسل الى المصرف العراقي بواسطة اتصال هاتفي من المصرف المراسل

<sup>1</sup> نسيبه ابراهيم حمو ، خطاب الضمان ، رسالة ماجستير ، قدمت الى كلية القانون والعلوم السياسية ، في جامعة بغداد ، ١٩٧٨ ، ص ٦٣ .

يطلب فيه اصدار خطاب الضمان ويتم اصدار هذا الخطاب في الغالب لضمان المقاولين والشركات الاجنبية العاملة في العراق<sup>(١)</sup>.

٢- خطاب الضمان الذي يصدر بطلب داخلي لمنفعي جهة خارج العراق: يصدر هذا الخطاب بطلب من احد عملاء المصرف في العراق لمنفعة جهة خارج العراق ويختلف اغراض هذا الخطاب باختلاف المعاملات والصفقات التجارية<sup>(٢)</sup>.

٣- خطاب الضمان الذي يصدر بطلب خارجي لمنفعة جهة خارج العراق: يتم اصدار هذا الخطاب بطلب من احد مراسلي المصرف في الخارج او فروعه او من عميل غير مقيم في العراق ولمنفعة جهة خارج العراق ايضا، وهذا النوع من الخطاب نادر الاستعمال في المجال التطبيقي ويستلزم اصداره استحالة موافقة المديرية العامة في المصرف ويمكن تصور اللجوء اليه في حالة الثقة المالية لدى الامر والمستفيد بالمصرف العراقي<sup>(٣)</sup>.

---

١ - نسيبه ابراهيم حمو، مصدر سابق، ص ٦٧

٢ محمود الكيلاني، مصدر سابق، ٣٦٥

٣ نسيبه ابراهيم حمو، مصدر سابق، ص ٧٢.

## الفرع الثاني

### انواع خطابات الضمان من حيث الغرض من اصدارها

يصدر خطاب الضمان لأغراض متعددة وكثيرة وبالتالي فإنه يمكننا من تقسيم خطاب الضمان من حيث الغرض من اصدارها كالآتي:

#### اولاً: خطاب ضمان المناقصات والمزايدات :

يقدم هذا النوع من خطاب الضمان الى الجهات المختصة بعمليات الانشاء والتعمير المختلفة وتشرف على مختلف المشاريع التصنيعية والزراعية والتنمية وفي كثير من الاحيان تكون هذه الجهات دوائر حكومية وهي التي تقوم باختيار من ترغب في التعاقد معه من المتقدمين بعطاءاتهم ورغبة من هذه الجهات صاحبة المشاريع في ضمان التنفيذ السليم من قبل المتقدم فأنها تشترط تقديم تأمين معين فقد يكون خطاب الضمان ، حيث يكفل لها الحصول على حقوقها في حالة اخلال المتقدم بالتزاماته<sup>(١)</sup> .  
ان خطاب الضمان في مجال المقاولات يكون:

#### ١- خطاب الضمان الابتدائي:

تتضمن المناقصات والمزايدات التي تعلنها الجهات الحكومية والمؤسسات والشركات شروطاً من بينها ان يوافق من يريد الاشتراك في العطاء المعلن عنه خطاب الضمان بقيمة معينة يدل فيه على جديته بما يطمئن الجهة المعلنه الى ان من تقدم لهذه المناقصة ان يتراجع حتى ولو تغيرت الاسعار ويعتبر بديل عن تأمين النقدي فهو دليل حسن نية مقدم العطاء ورغبة في الفوز بالمشروع المعلن عنه وبالتالي فإنه لا يمثل الا نسبة ضئيلة من حجم المشروع حيث لا يتجاوز في الكثير من الحالات ١٠% لأن مقدمة يسترده اذا احيل العطاء على غيره.

#### ٢- خطاب الضمان النهائي

بانتهاء المرحلة الاولى من مرحلتين طرح العطاء للمزايدة او المناقصة بإحالاته على احد المتقدمين ينتهي اثر خطاب الضمان

<sup>١</sup> - نسيبه ابراهيم حمو، مصدر سابق، ص٢٨.

الابتدائي بإعادته الى مقدمة اذا كان العطاء قد احيل الى اخر او استبدال غيره به اذا احيل العطاء على مقدم خطاب الضمان الابتدائي فان هذا الشخص يبرم عقدا مع صاحب المشروع يكون من التزاماته ان يتقدم بخطاب ضمان نهائي يتضمن بموجبه حسن التنفيذ وان لم يتحقق ذلك يصبح من حق صاحب المشروع المطالبة بقيمة الخطاب من المصرف الذي اصدره<sup>(١)</sup>.

### ثانيا : خطاب الضمان الكمركية:

جميع البضائع التي تدخل العراق او تخرج منه تخضع لقانون الكمارك والرسوم الكمركية المفروضة بموجبه ولتسهيل اعمال السلطه الكمركية والجهات ذات العلاقة وجدت بعض الحالات التي تستدعي اخذ تأمينات لضمان حق الخزينة ، وقد يكون هذه التأمينات بشكل خطاب الضمان ، ويطلق عليه اصطلاحا خطاب الضمان الكركي لأنه يصدر لأغراض متعلقة بقانون الكمارك والسلطات الكمركية وخطاب الضمان الكمركي يجمعها غرض واحد الا وهو ضمان حق الخزينة<sup>(٢)</sup>.

### ثالثا: خطاب الضمان لأغراض اخرى :

هناك اغراض اخرى متعددة يتم اصدار خطاب الضمان من اجلها حيث قد يستعمل خطاب الضمان لتسديد الضرائب المترتبة على الاجنبي عند مغادرته البلاد ، كما قد يحتاج المواطن الى تقديمها في حالات معينة كما في حالة تأجيل دفع الضرائب ، ويسمى هذا الخطاب بخطاب الضمان الضريبي<sup>(٣)</sup>.

<sup>١</sup> محمود الكيلاني، المصدر السابق، ص٣٥٩-٣٦٠.

<sup>٢</sup> نسيبه ابراهيم حمو، مصدر سابق، ص٣٦٠.

<sup>٣</sup> - د.محمود الكيلاني، المصدر السابق، ص٣٥٨.

## المطلب الثالث

### خصائص خطاب الضمان

يتميز خطاب الضمان بخصائص متعددة ولكن من اهم خصائص هذا العقد هي كالتالي:-

١- يعتبر خطاب الضمان عملية مصرفية : وفق نص المادة (٢٨٧) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ فان خطاب الضمان لا يصدر الا من قبل المصرف اي من قبل مؤسسة مصرفية ومن ثم فانه من المتعذر صدوره من مؤسسات مالية اخرى كشركات التأمين او الاستثمار المالي ، خلاف لما هو معروف في بعض الدول اذ تقوم شركات التأمين او شركات التمويل ايضا بإصدار خطاب الضمان .

٢- ان خطاب الضمان محدد لمدة: اشارت نص المادة (٢٨٧) من قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ الى ان خطاب الضمان هو تعهد بدفع مبلغ معين او قابل للتعين خلال المدة المحددة في الخطاب، وهذا يعبر امر طبيعي لان خطاب الضمان يمثل التزاما في ذمة المصرف وهذا الالتزام شأنه شأن باقي الالتزامات ذو طبيعة مؤقتة اذ لا توجد التزامات ابدية يقررها القانون فضلا على انه من العسير على المصرف التعهد بدفع مبلغ الخطاب الى ما لا نهاية<sup>(١)</sup>. الا انه يجوز تمديد خطاب الضمان ولكن يشترط ان يكون ذلك صراحة كما لا يجوز للمصرف ان يقوم بتمديد المدة دون اخطار العميل والمستفيد بذلك.

هكذا يبدو ان تعيين المدة يعد بمثابة بيان الزامي يجب ان يرد في صك الخطاب بالرغم من ان الفقهاء اختلفوا في حالة عدم تحديد المدة صراحة في خطاب الضمان حيث ذهب جانب منهم الى ان خطاب الضمان يكون صحيح وينتج اثاره في حالة عدم ذكر المدة صراحة في الخطاب ذلك لأنه من الممكن تحديد المدة من خلال الغرض الذي من اجله يصدر الخطاب في حين ذهب الجانب الاخر الى ان خطاب الضمان يكون غير صحيح ولا ينتج اثاره في حال عدم تحديد المدة صراحة ، وكذلك لا يمكن تحديد المدة من خلال الغرض الذي من اجله صدر خطاب الضمان<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> - د. فاروق ابراهيم جاسم، الوجيز في القانون التجاري العراقي، ط١، دار السيسىيان، بغداد، ٢٠١٤، ص٣٨٣.  
<sup>٢</sup> علي الامير ابراهيم، العقود التجارية وعمليات البنوك، ط١، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٧، ص١٩٤.

٣- ان خطاب الضمان هو تعهد بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين ضمانا لتحقيق غرض معين : اشارت المادة (٢٨٧) من قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ الى وجوب ان يحدد خطاب الضمان الذي صدر من اجله هذا الغرض ينبغي ان يحدد من عبارات واضحة بعيدة عن الغموض الذي من شأنه السماح باستخدام خطاب الضمان لأكثر من غرض واحد حيث يتحدد التعهد بخطاب الضمان لغرض الذي من اجله صدر الخطاب اي لضمان التزام معين ناشئ بذمة عميل المصرف لمصلحة المستفيد استنادا الى العلاقة القائمة بينهما كما لو كان العميل مقاولا يطلب من المصرف اصدار خطاب بناء على طلب رب العمل منه ذلك لضمان التزامه بعبء مقاوله قدمه له او لحسن تنفيذ عمله او للدافعة (المقدمة) التي تسلمها منه او لصيانة عمله بعد ايجاره خلال مدة الصيانة<sup>(١)</sup> .

٤- يقوم خطاب الضمان على مبدأ الاستقلال : اشارت نص المادة (٢٩٠) من قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على انه ( لا يجوز للمصرف ان يرفض الاداء للمستفيد لسبب يرجع الى علاقة المصرف بالأمر او المستفيد او علاقة الأمر بالمستفيد). وبالتالي فانه بموجب هذا النص فان خطاب الضمان يقوم على مبدأ استقلال التعهد الصادر بموجبه عن كل من العقد الذي صدر الخطاب من اجله اي ان العلاقة القائمة بين المستفيد والعميل الأمر والعقد المبرم بين هذا الاخير والمصرف لصداره وبالتالي فالمصرف يكون ملتزما بدفع قيمة خطاب الضمان الى المستفيد بمجرد مطالبة هذا الاخير بالوفاء بمبلغ خطاب الضمان ويعتبر استقلال التزام المصرف ضروري لكي يطمأن المستفيد قيام المصرف بالوفاء<sup>(٢)</sup> .

<sup>١</sup> - د. اكرم ياملكي ، القانون التجاري، ط١، اثناء للنشر والتوزيع، اربيل، ٢٠١٢، ص٣٤٨.

<sup>٢</sup> - د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق، ص١٠٩.

## المبحث الثاني

### الاثار القانونية لعقد خطاب الضمان

يترتب على عقد خطاب الضمان التزام متقابلة على عائق اطرافها وهم كل من المصرف والعميل الامر والمستفيد وينقسم هذا المطلب كالآتي :

#### المطلب الاول

#### اثار عقد خطاب الضمان بالنسبة للعميل

عقد خطاب الضمان هو اتفاق بين المصرف والعميل وبموجب هذا الاتفاق فانه يترتب على عائق العميل التزامات متعددة وكالاتي:-

اولا: الالتزام بتقديم غطاء خطاب الضمان

يلتزم العميل بموجب بموجب عقد خطاب الضمان بتغطية خطاب الضمان متى ما طلب منه المصرف وذلك هذا الغطاء اما يكون نقديا او عينيا فالمقصود بالغطاء الضمانات التي يقتضيها المصرف من العميل لتغطية مركزه عن كل مبلغ يتعهد بدفعه فيما لو خاطر الى ذلك تنفيذ خطاب الضمان وشخصية العميل في هذه الحالة تعتبر محل اعتبار لدى المصرف فالمصرف يعتمد على السوق المالية والثقة العالية التي يتمتع بها العميل كما ان المصرف هو الذي يحدد مقدار الغطاء فقد يشترط المصرف على العميل ان يقدم غطاء كاملا لخطاب الضمان وق يكون جزئيا وقد يصدر المصرف خطاب الضمان بدون غطاء<sup>(١)</sup>.

وهذا الغطاء قد يكون نقديا حيث يقدم العميل المبلغ المتفق عليه الى خزينة المصرف او يقوم المصرف بخصمه من حساب العميل الجاري لديه كما قد يكون الغطاء عينية وهذا الغطاء العيني يتخذ عدة صور فقد يكون اوراق مالية وقد يكون اوراق تجارية وقد يكون بضائع<sup>(٢)</sup>.

#### ثانيا: الالتزام بدفع قيمة غطاء الضمان

يلتزم العميل بموجب خطاب الضمان بان يدفع قيمة خطاب الضمان التيس قام المصرف بدفعها الى المستفيد ويقوم المصرف في اغلب الاحيان باستيفاء ما دفعه للمستفيد من الغطاء الذي يقدمه له العميل الا انه قد يكون خطاب الضمان بدون غطاء او ان مقدار الغطاء اقل من قيمة الخطاب ففي

<sup>١</sup> - د. تامر زيمون فهيم ، ضمانات الائتمان المصرفي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص٢٩٨.

<sup>٢</sup> - د. تامر زيمون فهيم ، المصدر نفسه، ص٢٩٩.

هذه الحالة من حق البنك الرجوع على العميل لاستفتاء حقه الذي دفعه للمستفيد بموجب خطاب الضمان<sup>(١)</sup>.

وقد نصت المادة (٢٩٢) من قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على ذلك (اذا اوفى المصرف للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان حل محله في الرجوع على الامر بمقدار المبلغ الذي اوفاه)<sup>(٢)</sup>.

### ثالثا: الالتزام بأداء الحقوق المالية للمصرف:

يلتزم العميل الامر في نواجهه المصرف بأداء الحقوق المالية المترتبة في ذمة الاخير والمتمثلة في كل من العمولة والفوائد والمصاريف المترتبة على اصدار خطاب الضمان<sup>(٣)</sup>.

وهذا الالتزام يتكون من شقين:

#### ١- الالتزام بدفع العمولة

العمولة هي مقابل خدمة اصدار الخطاب الضمان يستحقها المصرف بمجرد اصدار خطاب الضمان حتى ولم يدفع المصرف قيمة الخطاب للمستفيد سواء كان خطاب الضمان مفطر كليا او جزئيا لان العمولة مستقل لا علاقة له باستخدام قيمة خطاب الضمان من عدمه مادام المصرف قد التزم بما تم الاتفاق عليه مع العميل في العقد المبرم بينهما وللمصرف ان يؤجل اصدار الخطاب حتى يستوفي العمولة ويتم تقدير مقدار العمولة بموجب اتفاق بشأن مقدار العمولة فان العميل في هذه الحالة يلتزم بدفع العمولة البنكية المعتادة<sup>(٤)</sup>.

#### ٢-الالتزام بدفع الفوائد والمصاريف المترتبة على خطاب الضمان :

حيث ان العميل يلتزم بالدفع كل ما يسري على قيمة خطاب الضمان من فوائد وبالتالي فاذا قام المصرف بالوفاء بقيمة خطاب الضمان الى المستفيد فان المصرف سوف يستحق الفوائد على المبالغ الذي سدده للمستفيد في

<sup>١</sup> - المادة (٢٨٨) من قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

<sup>٢</sup> -د. عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، ج٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٣، ص٤٠٦.

<sup>٣</sup> -د. عزيز العكيلي، مصدر سابق، ص٤٦١.

<sup>٤</sup> -د. علي جمال الدين عوض، مصدر سابق، ص١٩٦.

الذمة منذ اليوم الذي سد فيه المصرف الى المستفيد والى اليوم الذي يسترد فيه المصرف دينه من العميل.

ولابد من القول بان المشروع العراقي في قانون التجارة العراقي النافذ لم ينص على هذه الفوائد ولم يبين ذلك الا اننا نرى بانه تطبيقيا للقواعد العامة في القانون المدني فانه يجوز للمصرف المطالبة بالفوائد.

#### رابعاً: الالتزام بعدم الاعتراض على الدفع والتجريد:

يلتزم العميل بان لا يفترض على قيام المصرف بدفع قيمة الخطاب الضمان الى المستفيد عند مطالبة الاخير للمصرف فالعميل لا يحق له ان يعارض في الوفاء للمستفيد بعد اخطاره بكتاب الضمان لسبب مسدد من علاقته بالمستفيد لان المستفيد يستخدم حقه من خطاب الضمان الذي يكون فيه التزام المصرف اصيلاً ومستقلاً تجاهه<sup>(١)</sup>.

---

<sup>١</sup> -رياض ناظم حميد، النظام القانوني لخطاب الضمان، ط١، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠١٥، ص٥٤.

## المطلب الثاني

### اثر خطاب الضمان بالنسبة للمصرف

يترتب على اصدار خطاب الضمان من قبل المصرف اثار متعددة كالآتي:

#### اولاً: الالتزام بإصدار خطاب الضمان:

إذا تم الاتفاق بين المصرف والعميل فإنه بموجب هذا الاتفاق يلتزم المصرف اصدار خطاب الضمان الى المستفيد وفقاً للشروط المحددة فعليه لا يكفي ان يتعهد المصرف بإصدار خطاب الضمان فقط بل يجب ان يصدر فعلاً والا كان المصرف مخلاً بتنفيذ التزامه بشرط ان يصدر هذا الخطاب كتابة وان يشتمل على العناصر الرئيسية التي يجبي ان يتضمنها خطاب الضمان كاسم المستفيد واسم العميل والغرض منه ومدة سريانه<sup>(١)</sup>.

كما على المصرف عن اصدار خطاب الضمان التزام بتعيين الفرض الذي صدر خطاب الضمان من اجله كما يقع على عاتق المصرف عند اصدار الضمان التزام بوصول هذا الخطاب الى المستفيد اي تسليمه للمستفيد نفسه او ممثله القانوني<sup>(٢)</sup>.

#### ثانياً : الالتزام بوفاء قيمة خطاب الضمان

من اهم الالتزامات التي تترتب على المصرف عند اصدارها لخطاب الضمان هي الوفاء بقيمة الخطاب الى المستفيد فمتى ما قام المصرف بفحص المستندات التي تؤكد من شخصية المستفيد والتحقق من الشروط الواردة في الخطاب الضمان<sup>(٣)</sup>.

حقيقة هذا الالتزام هو التزام رئيسي لأنه يمثل الهدف الاساسي لخطاب الضمان .

#### ثالثاً : الالتزام برد غطاء خطاب الضمان الى المستفيد

يلتزم العميل برد خطاب الضمان الى العميل بعدة حالات منها ان تنتهي مدة سريان الخطاب دون ان يتقدم المستفيد الى المصرف بطلب قيمة الخطاب المستفيد برد خطاب الضمان الى المصرف معلناً انتهاء الفرض منه او ان

<sup>١</sup> -د. خالد وهيب الراوي، لعمليات المصرفية الخارجية، ط٢، دار المنهاج لنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥، ص ١٥١.

<sup>٢</sup> -د. نسييه ابراهيم حمو، المصدر السابق، ص ٢٥٩.

<sup>٣</sup> - اكرم ياملكي، المصدر السابق، ص ٣٥٠.

يتقدم المستفيد بطلب الوفاء خلال المدة المحددة الا ان هذه المطالبة منطوية على لغش او تعسف فيجوز للمصرف ان يتمتع عن الوفاء بقيمة الخطاب فعليه ان يقوم برد الخطاب الى العميل<sup>(١)</sup>.

#### رابعاً : مدى التزام المصرف بأخطار العميل قبل الوفاء

يلتزم المصرف بالوفاء بقيمة خطاب الضمان الى المستفيد بالرغم من معارضة العميل ولا يمكن للمصرف رفض هذا الوفاء الا في حالي الغش والتعسف .

ويثار التساؤل هذا عن مدى التزام المصرف بأخطار العميل قبل الوفاء بقيمة خطاب الضمان وبالتالي نتيجة لعدم بيان المشرع العراقي لحكم هذه المسائل فان الفقه انقسم الى قسمين

#### ١- القسم الاول ( المؤيد )

يرى انصار هذه الرأي انه على المصرف اخطار عملية الامر قبل الوفاء بقيمة الخطاب وذلك حافظة على مصالح قد استند هذا الامر على عدة حجج ومنها

أ- ان هذا الخطاب قد يمكن العميل من التفاوض مع المستفيد وتسوية الموضوع معه بطريقة وديه وعادلة قبل الوفاء بقيمة الخطاب .

ب- يحرص المصرف على ان لا يفاجئ عملية بدفع الخطاب دون عملية .

ج- الاخطار اجراء يدعو اليه واجب الحرص والاحتياط وخاصة في الضمانات المشروطة .

#### ٢- القسم الثاني ( المعارض )

يرى انصار هذا الرأي بان المصرف ليس ملزماً بأخطار العميل قبل الوفاء بقيمة الخطاب لان المصرف لم يعلق الوفاء على قبول العميل الذي قد يتعارض على دفع قيمة خطاب الضمان لان الهدف من هذا الاخطار ليس اعلام العميل بالوفاء للمستفيد وانما المقصود منه مطالبة المصرف بمستحقات التي له في ذمة العميل نتيجة العملية القانونية التي انشأها خطاب الضمان<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> - تامر ريمون فهيم ، مصدر السابق ، ص ٣٠٠ .

<sup>٢</sup> - رياض ناظم حميد ، مصدر السابق ، ص ١٥٠ .

## المطلب الثالث اثر خطاب الضمان بالنسبة للمستفيد

المستفيد هو الشخص الثالث في خطاب الضمان حيث هو الشخص يصدر الخطاب لصالحه وبما ان خطاب الضمان يرتب التزاماً في ذمه المصرف المصلحة المستفيد بمعنى انه يهدف الى ترتيب حق المستفيدين التزام فان له الحق في رفض خطاب الضمان او رفض ذلك وكالاتي :

**اولاً : اثر رفض المستفيد لخطاب الضمان**  
فاذا رفض المستفيد لخطاب الضمان الذي اصدره المصرف فان اثر الرفض يتوقف على العلاقات وكالاتي :

### ١- بالنسبة لعلاقة المستفيد بالمصرف

ان خطاب الضمان هو الذي ينظم العلاقة بين المستفيد والمصرف والمصدر للخطاب فان من اهم الاثار التي تترتب على رفض المستفيد هو اسقاط الالتزام المصرف وبالتالي فان خطاب الضمان يعتبر منقضيماً وان المصرف لا يلتزم بالوفاء فيما لو جرت المطالبة من قبل المستفيد<sup>(١)</sup>.

### ٢- بالنسبة لعلاقه المستفيد بالعميل

٣- يترتب على رفض المستفيد لخطاب الضمان اثار قانونية تمس العلاقة بينهما منها رفض المستفيد التعاقد مع العميل في الحالات تتطلب ذلك حيث انه يتم التعاقد بين العميل والمستفيد يطالب هذا الاخر من العميل تقديم خطاب الضمان وبالتالي فاذا رفض المستفيد الخطاب لأي سبب فانه يؤدي الى عدم التعاقد العميل والمستفيد .

<sup>١</sup> - اكرم ياملكي ، المصدر السابق ، ص ٣٥٠.

## ثانياً : اثر القبول المستفيد لخطاب الضمان

اذا قبل المستفيد لخطاب الضمان الذي اصدره المصرف فانه الاثر الذي يترتب على ذلك يختلف بحسب العلاقات وكالاتي :-

### ١- علاقة المستفيد بالعميل الامر :

ان قبول المستفيد لخطاب الضمان يؤدي الى توفير الثقة الازمه للدخول في التعاقد الاساسي بين العميل الامر والمستفيد كما ان قبول المستفيد لخطاب الضمان يمنع المستفيد من مطالبة العميل بتقديم تأمينات نقديه ما دام خطاب الضمان بيده<sup>(١)</sup>.

### ٢- علاقته المستفيد بالمصرف

ان اهم اثر يترتب على قبول المستفيد لخطاب الضمان هو تثبيت وتأكيده لحق المستفيد في مواجهة المصرف وبالتالي فان المصرف يلتزم بالوفاء بقيمة خطاب الضمان الى المستفيد متى ما طلب المستفيد ذلك ويتميز حق المستفيد بانه حق مباشر اي بمعنى ان المستفيد يستمد من خطاب الضمان مباشرة دون ان يكون اي العلاقات الاخرى اثر في ذلك<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> - موفق علي العبدلي ، (اثر خطاب الضمان ) ، الطبعة الاولى ، دار الشؤون الثقافية ، بغداد ، ٢٠١٠ ، ص٥٩ - ٦٤ .

<sup>٢</sup> - موفق علي العبدلي ، المصدر نفسه ، ص٥٩ - ٦٤ .

## المبحث الثالث

### ماهية الغش في خطاب الضمان

تزايدت ظاهرة الغش في التعاملات التجارية نتيجة التقدم المذهل والمطرود في مجال التجارة والتي يسرت امداد مرتكبي الغش بإمكانيات واسعة لارتكاب هذه الجرائم ومهارة فائقة لإخفاء اثار اعمالهم وخداع المستهلكين ، الامر الذي ادى الى اهتمام الباحثين بمقاومة هذه الظاهرة ولا بد من التعرف على مفهوم الغش

### المطلب الاول

#### التعريف او المقصود بالغش

أولاً:- الغش لغة : نقيض النصيحة او النصح <sup>(١)</sup> وهو اظهار الشئ على غير حقيقته وتزيينه خلافاً للواقع

أما من الناحية القانونية فالغش هو كل فعل عمدي ينصب على سلعة معينة بشكل مخالف للقواعد المقررة لها في القانون او في اصول الصناعة ومن شأنه ان ينال من خواصها وفوائدها

ومن الناحية التجارية يعتبر الغش بانه الادعاء عن معرفة بتوافر مواصفات غير متوافرة حقيقة في بضاعة معده للبيع بقصد الربح ويعتبر الغش آفة اجتماعية واقتصادية خطيرة ويتعدى ضرره مصلحة المستهلكين فتمدد اثاره لتشمل المنتجين والمزارعين والصناعيين وقد تطال صحة الانسان والنظام الاقتصادي بشكل عام <sup>(٢)</sup>

ولمصطلح الغش عدة الفاظ تدور في فلكه لا بد من بيانها كالآتي :-

الحالة الاولى :- يتحقق الخداع بقيام الاعتقاد لدى الشخص المتعاقد معه بان الشئ محل العقد تتوافر به صفات ومزايا لا توجد بالحقيقة فيه عن طريق القيام باعمال او اكاذيب من شأنها اظهار الشئ على غير حقيقته او الباسه مظهرأ يخالف ما هو عليه في الحقيقة والواقع من دون المساس بالسلعة ذاتها.

---

(١) انظر: العلامة ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري /لسان العرب ، المجلد السادس ، دار صادر بيروت ، ١٩٥٦ ، ص ٣٢٣

(٢) نادر شافي ، جريمة الغش ومكافحتها ، الموقع السوري للاستشارات والدراسات القانونية ،

منشور على الانترنت <http://www.barasy.com/forum/showthread.php?3160>

الحالة الثانية :- فهو غش السلعة فيصرف معنى الغش هذا الى كل فعل عددي ايجابي ينصب على سلعة مما يعينه القانون ويكون مخالف للقواعد المقررة لها في التشريع او ثمنها وبشرط عدم علم المتعامل الاخر به فالغش يكون بالتغير في السلعة ذاتها .

والاصل في الالتزامات ان الشخص لا يلتزم الا بما انصرفت اليه ارادته وارتضاء لنفسه وقد اوجب القانون تنفيذ الالتزام مع مبدأ حسن النية ومع ما تقتضيه الامانة في المعاملات (١) ويقع على المصرف في خطاب الضمان التزام فحص مشروع الخطاب بالقدر الذي يلتزم به البنك في حالة الاعتماد المستندي فاذا ظهرت ادلة تدل على غش المستفيد او قدم الامر له هذه الادلة الفعلية فعليه ان يتحقق من حسن نية المستفيد ولا يرفع له متى قام الدليل ظاهراً على وقوع غش منه والغش ظاهرة ترتبط بنظام خطابات الضمان نفسه وباستقلاله عن عقد الاساس فالخطاب يدفع بمجرد توافر شروط وفائه اي فوراً دون امكان المنازعة بدفع مستمد من عقد الاساس وديون تمسك عليه من اعقد على قيمة خطاب الضمان فوراً لا يبتنى من هذا الاستقلال وهذه النتيجة الاحالة الغش او التعسف الظاهر التي تستبعد استقلال العلاقات وتدمجها في بعضها نجيز النظر في كل منها والتمسك على المستفيد بغش صادر منه في طلب الوفاء اي يمكن النظر في عقد الاساس لمعرفة ما اذا كان للمستفيد حق منه ويتمسك عليه بالدفع المستمدة في علاقة خارجة عن الخطاب حماية للمستفيد

ولذا ايضا قلنا ان الامر لا يطلب من البنك اصدار خطاب الضمان الا لمستفيد يثق فيه وفي امانته والبنك ايضا لا يصدر خطاب الضمان الا بعد حصوله على غطاء يضمن له ما يدفعه للمستفيد اذا تخلف الامر عن دفعه اليه وانه اذا تغير شخص المستفيد وقدم طلب الوفاء من الشخص الجديد غير المعروف للبنك وجب رض الوفاء له (٢)

---

(١) نصت المادة (١/٢٠٢) من القانون الاردني على انه ( يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع حسن النية )

(٢) د.علي جمال الدين عوض . مصدر سابق ، ص ٣٥٠ - ص ٣٥٢ .

ومن احكام القضاء ان الطلب يعتبر غشاً او منطوياً تعسف ظاهراً في الحالات الاتية (١) :-

- (١) طلب الوفاء كان غشاً ليس بسبب عدم تنفيذ الامر لعقد الاساس بل لان الدليل على تمام التنفيذ كان مقدماً الى المحكمة او على عدم التنفيذ لقوة ظاهرة او لاسباب سياسية بحثه راجعة الى النزاع
  - (٢) ان العقد فسخ عمداً من جانب المستفيد وكانت اجراءات التحكيم نص عليها الضمان يهدد النزاع القائم لا تزال سارية
  - (٣) اوان السلطات الوطنية القائمة على المستفيد اغتصبت الشخصية الاعتبارية للشركة المستفيدة وحلت محلها شركة عامة للقيام بالعمل المطلوب
  - (٤) المستفيد لم يقم بتنفيذ التزاماته بدفع المبالغ الواجب دفعها وكانت هناك شهادات هو محررها ولم يتنازع فيها تثبت ذلك
  - (٥) ان طلب الوفاء لا ينصرف الى العقد الذي صدر من اجله الضمان وذلك باعتراف المستفيد نفسه
  - (٦) حسن تنفيذ عقد الاساس ليس محل شك وذلك بمقتضى شهادة صادرة من وكيل المستفيد والخبير القضائي نفسه
  - (٧) ان البنك المباشر الضامن الاول لطلب الوفاء في حين ان هناك امراً قضائياً في بلد الضامن المقابل يمنعه
- والضمان ولو انه مستقل يجوز طلبه في كل وقت فان امانة التعامل تقضى باستخدامه للغرض الذي صدر له وبحسن نية ولا يمكن ان يكون وسيلة لاغتيال المستفيد حقوقاً ليست له

## المطلب الثاني شروط الغش المانع من الوفاء

باعتبار ان الغش هو الاستثناء الوحيد لتنفيذ خطابات الضمان والتي تقوم على اساس استقلال الخطاب واطرافه عن عقد الاساس فلا يمكن القول باننا امام غش مانع من الوفاء في خطاب الضمان الا بشروط يجب توافرها وبدون هذه الشروط لا يمكن ان يرعى هذا الغش كمبرر للمصرف يتمتع بموجبه عن ايجابه طلب المستفيد بتنفيذ خطاب الضمان وهذه الشروط هي ان يكون خطاب الضمان صحيحاً وساري المفعول ( فرع اول ) وان يكون الغش ثابتاً ( فرع ثاني ) وان يصدر الغش ممن يحتج به عليه ( فرع ثالث ) وهو الذي الذي سنتناوله كالاتي :-

### الفرع الاول

ان يكون خطاب الضمان صحيحاً وساري المفعول لا يمكن القول باننا امام غش صادر من المستفيد من خطاب الضمان الا اذا كان طلباً صحيحاً للوفاء لخطاب ضمان صحيح ومكتمل العناصر الواجبة توافره فيه وساري المفعول وبالتالي لا يكون طلب المستفيد بالخطاب غشاً اذا استند تمسك المصرف الضامن بالرفض لاسباب موضوعية من الخطاب ذاته كحالة الخطاب الذي لم يبدأ في السريان او الخطاب المنتهي الصلاحية وذلك لانه لم يعد يوجد حق للمستفيد فيه للقول ان طلبه فيه غش منه او ان ذلك الخطاب الباطل ليس فيه او لمخالفته النظام العام او الخطاب الذي اعترض عليه المستفيد فلم ينعقد (1)

فلا يمكن القول عند ذلك ان رفض المصرف الوفاء للمستفيد بسبب اقتران طلب الوفاء بغش وانما يكون رفض المصرف بالوفاء قائم على اسباب موضوعية في ذات الضمان وهذا ما استقر عليه القضاء المصري الذي جار في احد احكامه : لا يكون دفع البنك الى المستفيد صحيحاً كما لا يكون له ان يرجع بم دفعه على عميله الا اذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لخطاب الضمان صدر صحيحاً ومطابقاً لتعليمات العميل ( كما هي في خطاب الضمان ) ولا تحمل البنك مسؤولية الوفاء (2)

تبلغ حداً من الجسامة لو علمها المتعاقد الاخر لما اقدم على التعاقد

---

(1) طلال علي سليمان الشوبكي ، اثر الغش في التزام المصرف مصدر خطاب الضمان ، رسالة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الاوسط ، ٢٠١٥ ، ص ٨٢ - ص ٨٤

## الفرع الثاني

ان يكون الغش ظاهراً وثابتاً بدليل فوري لا يقبل المناقشة :

يلزم فضلاً عن التمسك بدفع بغش من المستفيد ثابت ان يكون هذا الغش او التعسف ظاهراً فظهور هذا الغش هو الذي يميز الدفع به في مجال خطابات الضمان وهو بذلك يختلف عن التمسك بالغش على الحاصل المظهر اليه في الورقة التجارية الذي يكفي فيه التمسك به والتمسك باثباته ولذلك يعتبر معيباً بالتناقض الحكم الذ قرر ان طلب المستفيد مشوب بالغش وقضى في الوقت نفسه باجراء تحقيق لتثبت منه

وذلك لأننا لو سمحنا للضامن او الامر بوسائل الاثبات المضادة لبيان غش المستفيد لضمان استقلال الخطاب الضمان لان اثبات الغش لا يكون الا بالنظر في عقد الاساس وهو ممنوع ولذا كان من المقرر ان غش او سوء نية المستفيد يجب ان يكون ظاهراً واضحاً والعبارة بالشخص المطالب بالوفاء اي المستفيد وشعوره بانعدام كل حق له وتساعد الوقائع المادية في تقوية اثبات هذا الشعور لديه فالمعيار شخصي فلا يقبل من الامر الذي يخطر البنك بمنعه من الوفاء والذي يلجأ الى قاضي الامور الوقتية ان يطلب اجراء تحقيق او سماع شهود او فحص مستندات او اتخاذ اي اجراء للتأكد من غش المستفيد بل يجب ان يقدم اليه الدليل جاهزاً قاطعاً على غش المستفيد في المعنى المتقدم ولا يقبل من المستفيد من باب اولى ان يطلب من البنك اعطاء مهلة لرفع الدعوى والحصول على حكم ضد العميل الامر ومن امثلة الغش الذي لا يحتاج الى تحقيقات وتحريات ( اذا وضع العميل الامر فوراً تحت نظر المحكمة المستندات الكمركية التي تثبت ان شحن البضاعة الموصوفة او انها وصلت بلد الوصول ، او اذا قدم اليه حكماً نهائياً يثبت انه قد نفذ جميع التزاماته. ويتوجب بالإضافة الى طلب المستفيد الوفاء بخطاب ضمان صحيح وساري المفعول بوجود الغش ان يكون الغش ظاهراً وواضحاً ولا يحتاج للتعرف

من وجوده وقد اكد القضاء الانكليزي على ضرورة ثبوت الغش وذلك في قضية تتلخص وقائعها بعقد بيع اشترط فيه البائع ان يتم بواسطة فتح اعتماد قطعي مقدماً بذات الوقت خطاب الضمان لصالح امشترري ( المستفيد ) في عقد البيع الا ان المشتري قد فتح اعتماد غير قطعي ورفض البائع ذلك وطالب بإيقاف وتنفيذ خطاب الضمان الصادر طبقاً لتعليماته فصدر قرار المحكمة برفض طلب البائع معللاً حكمها بقولها: ان خطابات الضمان هي روح التجارة ولا يتدخل القضاء في تسوية التزامات التجارة الا في حالة ثبوت الغش لا مجرد ادعائه<sup>(1)</sup>

(1) د. جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص ٣١٨-ص ٣٦٢

## الفرع الثالث

### صدر الغش ممن يحتج عليه به

فالذي يحرم المستفيد من خطاب الضمان ان يكون الغش صادراً ممن يحتج عليه اي هو المستفيد نفسه وللقول بوجود غش يتوجب ان يصدر الغش من المستفيد نفسه لا من غيره وكذلك يكون لو صدر من الغير مع علم المستفيد به فصدر الغش من الغير يجعله مساوياً لصدوره من المستفيد متى انطوى على حيل من الجسامة بحيث لولاها لما قام المصرف بالوفاء وبالرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني الاردني نجد ان المشرع الاردني لا يؤخذ بالغش والتدليس وإنما يأخذ بالتقرير والغبن كعيوب الرضا في العقد فنجد ان المادة ( ١٤٣ ) قد اشترطت للتقرير المفسد للرضا ان يكون وليد اجراءات احتيالية من شأنها التأثير على ارادة المتعاقد وعدم قدرته على استجلاء الحقيقة وتجعله غير قادر على الحكم على الامور حكماً سليماً فقد اعتبرت هذه المادة الوسائل الاحتياطية كما يمكن ان تكون الوسائل الاحتياطية بافعال سلبية ايضاً<sup>(١)</sup>

(١) د. طلال علي سليمان الشوبكي ، مصدر سابق ، ص ٨٨ - ص ٨٩

## المطلب الثالث

### وسائل الحماية من الغش

هناك العديد من الوسائل التي للأمر اتباعها للوقاية من غش المستفيد في الخطاب ويمكن تقسيم وسائل الحماية وفقاً للاتي :-

أولاً :- دور الامر في الحماية من الغش

يتوجب على الامر ان يحتاط بداية غش المستفيد في الخطاب بإعتباره المتضرر الاول والآخر من هذا الغش ويكون ذلك بداية عند ابرام عقد الاساس الذي صدر خطاب الضمان بسببه مع المستفيد فعلى الامر ان يختار التعاون مع الطرف ذو سمعة طيبة في مجال العمل الذي يمارسه ويكون ذلك سهلاً على الامر متى كان المستفيد من ذات بلد الامر وليس الاجنبي فغالباً ما يكون طرفي عقد الاساس من تعلق بعمل تجاري من يمارسون التجارة والتجار يعرفون بعضهم البعض ومدى سمعة كل منهم اما اذا كان المستفيد اجنبي وليس من ذات بلد الامر يتوجب على الامر قبل التعاقد مع المستفيد الاجنبي التحري عنه في جولته وللأمر في ذلك الاستفسار عن المستفيد وطلب معلومات عنه عن طريق غرف التجارة في دولة المستفيد والاستعلام عنه لدى التجار من ذات بلد الامر الذي سبق لهم التعامل مع المستفيد

ثانياً :- إيقاف دفع المصرف لقيمة الخطاب بطريق القضاء المستعمل

أن المستفيد من ما بمطالبته بقيمة الخطاب للمصرف لا يكون للمصرف الامتناع عن الوفاء بالمبلغ لأي سبب خارج الخطاب ذاته وستثنى من ذلك حالة الغش كما لا يستطيع المصرف الامتناع عن تنفيذ تعهده في الخطاب بناء على طلب الامر كون تعهد لمصرف في الخطاب مجرد ومستقل عن علاقته بالأمر كما ان المصرف يسعى لاحترام توقيعه محفظة على سمعته ومكانته إلا أن الامر على انه ليس طرفا خطاب الضمان فقد يكون له مصلحة يمنع وفاء المصرف بقيمة الخطاب للمستفيد متى وجد ان لاحق المستفيد به وذلك متى قام الامر بتنفيذ التزاماته في عقد الاساس او متى كان عدم الالتزام الاصلي لسبب يرجع الى المستفيد كذلك يكون الدائن العميل ليس طرفاً في عقد الضمان (1)

(1) د.طلال علي سليمان الشوبكي ، مصدر سابق ، ص ٩٥ - ٩٨

## الخاتمة

بعد الانتهاء من هذا البحث المتواضع ، توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات نوجزها كالآتي: أولاً :- النتائج

- (١) ان خطاب الضمان هو تعهد مكتوب يصدر من المصرف بناء على طلب عملية بدفع مبلغ معين من النقود او قابل للتعين لشخص اخر يسمى المستفيد اذا طلب منه خلال المدة المحددة في الخطاب ، على ان يحدد في الخطاب الغرض الذي صدر من اجله
- (٢) يتميز خطاب الضمان بعدة خصائص من بينها انه يعتبر عمل تجاري بموجب احكام قانون التجارة العراقي النافذ وينصب على وضع مبلغ من النقود او قابل للتعين ، كما يتحدد بالمدة المعينه فيه التي تنقضي بانقضائه ، ويقوم على الاعتبار الشخصي بالنسبة للمستفيد والعميل ولا يجوز تداوله بالطرق التجارية .
- (٣) ينقضي خطاب الضمان اما بالوفاء بقيمته بناء على طلب المستفيد خلال المدة المحددة في الخطاب او بانتهاء المدة المحددة في الخطاب دون ان يطالب المستفيد بذلك

## ثانياً : التوصيات

- (١) نوصي بالمشرع العراقي بضرورة التدخل والعمل على وضع قواعد وحلول معينه تعالج مختلف المنازعات والخلافات المتعلقة بخطاب الضمان الخارجي حيث ان النصوص القانونية في قانون التجارة العراقي ان كانت كافية لتثبيت اسس العلاقات بين اطراف العملية في خطاب الضمان الداخلي الا انها غير كافية عند تعلق الامر بخطاب الضمان الخارجي .
- (٢) نوصي التجار والمتعاملين والمقاولين بضرورة العمل بخطابات الضمان بماله من دورة في تحويل المشاريع دون التأثر سلباً على رأس مال المشروع
- (٣) نوصي المصارف بتسهيل اجراءات منح خطابات الضمان وضرورة التقيد بفرض من الضمان والتأكيد على ذلك ضمن بنود عقد خطابات الضمان دون الاكتفاء بما اورده القانون من احكام

## قائمة المصادر

أولاً : المجاميع اللغوية :

(١) ابن المنظور ، لسان العرب ، مجلد الخامس ، ط ٤ ، بيروت ، ٢٠٠٥

ثانياً: الكتب

### • القرآن الكريم

(١) أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري ، لسان العرب ،المجلد السادس ، بيروت ١٩٥٦ ،

(٢) د. اكرم ياملكي ، الاوراق التجارية والعمليات المصرفية ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ٢٠٠٩

(٣) اكرم ياملكي ، القانون التجاري ، ط١ ، اثناء للنشر والتوزيع ، اربيل ، ٢٠١٢

(٤) تامر ريمون فهمي ، ضمانات الائتمان المصرفي ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ٢٠١٢

(٥) خالد ابراهيم ، الوجيز في القانون التجاري ، ط١ ، المعزز للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٣

(٦) خالد وهيب الراوي ، العمليات المصرفية الخارجية ، ط٢ ، دار المناهج للتوزيع والنشر ، عمان ٢٠٠٥

(٧) علي الامير ابراهيم ، العقود التجارية وعمليات البنوك ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٧

(٨) علي جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، ط٢، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٢

(٩) عزيز العكلي ، الوسيط في شرح القانون التجاري ، ج٢ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ٢٠١٣،

(١٠) فاروق ابراهيم جاسم ، الوجيز في القانون التجاري العراقي ، ط١، دار السيسبان ، بغداد ، ٢٠١٤

(١١) رياض ناظم حميد ، النظام القانوني لخطاب الضمان ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ،

مصر، ٢٠١٥

(١٢) محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية ، عمليات البنوك ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر

والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٨

(١٣) موفق علي العبدلي ، شرح ( اثار خطاب الضمان ) ، ط١، دار الشؤون الثقافية ، بغداد، ٢٠١٠

ثانياً : الرسائل العلمية

(١) طلال علي سليمان الشوبكي، اثر الغش في التزام المصرف مصدر خطاب الضمان ، رسالة ماجستير ، كلية

الحقوق ، جامعة الشرق الاوسط ، ٢٠١٥

(٢) نسبية ابراهيم حمو ، خطاب الضمان ، رسالة ماجستير قدمت الى كلية العلوم السياسية ، جامعة بغداد ، ١٩٧٨

ثالثاً :- القوانين

(١) القانون الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦

(٢) القانون التجارة العراقي النافذ رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤

(٣) القانون التجارة العراقي النافذ رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠

رابعاً :- الموقع الالكتروني

(١) نادر شافي ، جريمة الغش ومكافحتها ، الموقع السوري للاستشارات والدراسات القانونية على الانترنت

<http://www.Barasy.com/from/show>