وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جـامعـــــة كـربـــــلاء

كلية القانون

القانون الخاص

النظام القانوني للكفالة التجارية

(دراسة مقارنة)

أطروحة مقدمة إلى مجلس كلية القانون/ جامعة كربلاء وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

كتبت بوساطة الطالب

مصطفى عبد الكريم داغر

بأشـــــراف

الاستاذ الدكتور

علاء عزيز حميد الجبوري

٢٠٢٤/م ١٤٤٦/هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

قالوا سُبحانَك لا عِلمَ لنا إلا ما عَلّمتَنا

إنّكَ أنتَ العَليمُ الحَكيم

صَدقَ الله العَلي العَظيم

سورة البقرة /الآية ٣٢

الإهداء

إلى نور العالمين نبي الرحمة وسفينة النجاة. . . . . .المصطفى محمد وآله الأطهار (عليهم السلام) .

إلى من تنتظر أرواحنا لقياه . . . . . .منقذ الأمة الأمام القائم المنتظر (عج) .

إلى من لا أحسبهم أمواتاً بل أحياءً عند ربهم يُرزقون. . . . . .شُهداء الحشد والتحرير.

إلى من أدعو لهما ربي وأقول (ربي إرحمهما كما ربياني صغيراً) . . . . . .أعز ما أملك أمي وأبي.

إلى أستاذي ومعلمي الفاضل. . . . . .الأستاذ الدكتور علاء عزيز الجبوري.

إلى أجنحتي في الحياة. . . . . .أخي وأختي.

الباحث

شكر وإمتنان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله مالك الملك ، المنفرد بالعز والإرادة والتدبير، احمده مع اعترافي بالعجز والتقصير ، واشكره على ما أعان من قصر ويسر من عسر، والصلاة والسلام على سيدنا محمد السراج المنير وعلى آله وأصحابه ومن تبعه إلى يوم الدين وبعد.

لا يفوتني بعد أن أتممت أطروحتي المتواضعة أن أذكر لصاحب الفضل فضله وللكريم كرمه ، فأبدأ بأستاذي المشرف الأستاذ الدكتور(علاءعزيز حميد الجبوري) الذي شرفني بقبوله الإشراف على هذه الأطروحة ففتح أمامي الطريق وأضاف إليّ الكثير على المستوى العلمي، وإقتطع من وقته الكثير فتحية لعلمهِ الجَليل إعترافًا مني بالجميل.

كما يطيب لي أن اتقدم بفائق الشكر والأمتنان، إلى كليتي كلية القانون جامعة كربلاء ممثلًة بعميدها ومعاونيها وأساتذتها وموظفيها ، الذين مدوا لي يد العون على طول الطريق.

وحق علي أن اتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى والدي العزيزين وأخوي، اللذين مدّا لي يد العون في الجانب المادي والمعنوي سائلًا الباري عز وجل أن يمدهم بدوام الصحة وطيل العمر.

الباحث

المحتويات

الموضوع	الصفحة
المقدمة.	١-٦
الفصل الأول – مفهوم الكفالة التجارية .	٧-٦٩
المبحث الأول – ماهية الكفالة التجارية.	٩-٤٣
المطلب الأول – التعريف بالكفالة التجارية.	٩-٢٧
الفرع الأول – تعريف الكفالة التجارية.	١٠-١٧
الفرع الثاني – خصائص الكفالة التجارية.	١٨-٢٧
المطلب الثاني– ذاتية الكفالة التجارية.	٢٨-٤٣
الفرع الأول– صور الكفالة التجارية.	٢٨-٣٦
الفرع الثاني – الطبيعة القانونية للكفالة التجارية.	٣٧-٤٣
المبحث الثاني – إنشاء الكفالة التجارية ونطاقها القانوني	٤٤-٦٩
المطلب الأول – أركان الكفالة التجارية.	٤٤-٥٦
الفرع الأول – التراضي في الكفالة التجارية.	٤٤-٥٠
الفرع الثاني – المحل والسبب في الكفالة التجارية.	٥١-٥٦
المطلب الثاني – نطاق الكفالة التجارية.	٥٧-٦٩
الفرع الأول – النطاق الموضوعي للكفالة التجارية.	٥٧-٦٣
الفرع الثاني – النطاق الشخصي للكفالة التجارية.	٦٤-٦٩
الفصل الثاني – الآثار الناشئة عن الكفالة التجارية.	٧٠-١١٥
المبحث الاول – علاقة الدائن بالكفيل في الكفالة التجارية.	٧٢-٩٣
المطلب الأول– حقوق الدائن وإلتزاماته.	٧٢-٨٢
الفرع الأول– حقوق الدائن.	٧٣-٧٦
الفرع الثاني – إلتزامات الدائن.	٧٧-٨٢
المطلب الثاني – حقوق الكفيل التجاري وإلتزاماته.	٨٣-٩٣
الفرع الأول – حقوق الكفيل التجاري.	٨٣-٨٩
الفرع الثاني – إلتزامات الكفيل التجاري.	٩٠-٩٣
المبحث الثاني – التضامن في الكفالة التجارية.	٩٤-١١٦
المطلب الأول – التضامن المصرفي في الكفالة التجارية.	٩٤-١٠٤

الموضوع	الصفحة
الفرع الأول– الأساس القانوني للتضامن المصرفي.	٩٥–٩٩
الفرع الثاني – المبادئ التي تحكم التضامن المصرفي.	١٠٠–١٠٤
المطلب الثاني – التضامن الصرفي في الكفالة التجارية.	١٠٥–١١٦
الفرع الأول – مفهوم التضامن الصرفي وأساسه القانوني.	١٠٥–١٠٩
الفرع الثاني– المبادئ التي تحكم التضامن الصرفي.	١١٠–١١٦
الفصل الثالث – دعوى الكفالة التجارية وطرق إنقضائها.	١١٧–١٦٢
المبحث الاول – رجوع الكفيل التجاري على المدين والكفلاء مع بعضهم.	١١٩–١٣٩
المطلب الأول – رجوع الكفيل التجاري على المدين.	١١٩–١٣٠
الفرع الأول – رجوع الكفيل التجاري بالدعوى الشخصية.	١٢٠–١٢٥
الفرع الثاني – رجوع الكفيل التجاري بدعوى الحلول.	١٢٥–١٣٠
المطلب الثاني – رجوع الكفلاء التجاريين على بعضهم .	١٣١–١٣٩
الفرع الاول – رجوع الكفلاء التجاريين على بعضهم بالدعوى الشخصية.	١٣١–١٣٥
الفرع الثاني – رجوع الكفلاء التجاريين على بعضهم بالدعوى الصرفية.	١٣٦–١٣٩
المبحث الثاني – إنقضاء الكفالة التجارية.	١٤٠–١٦٢
المطلب الأول – الأسباب العامة لإنقضاء الكفالة التجارية.	١٤٠–١٥٤
الفرع الأول – إنقضاء الكفالة التجارية بالوفاء.	١٤١–١٤٨
الفرع الثاني – إنقضاء الكفالة التجارية بما يعادل الوفاء.	١٤٩–١٥٤
المطلب الثاني – الأسباب الخاصة لإنقضاء الكفالة التجارية.	١٥٥–١٦٢
الفرع الأول – التقادم والإبراء.	١٥٥–١٥٩
الفرع الثاني – إنقضاء الكفالة التجارية جراء إهمال الدائن للضمانات الممنوحة له.	١٦٠–١٦٢
الخاتمة.	١٦٣–١٦٨
المصادر.	١٦٩–١٧٧
الخلاصة باللغة الانكليزية.	A-B

الخلاصة

تعتبر الكفالة التجارية عقدًا تجاريا بالغ الأهمية ؛ لما تؤديه من دور فعال في تسيير وتنشيط النشاط التجاري والمصرفي بصورةٍ عامة فضلًا عن إنّها تعد من أبرز الوسائل التي تساهم في تحقيق الإئتمان بصورة خاصة ، وكل ذلك يكون من خلال تمكين الدائنين لصيانة حقوقهم.

ولمّا كان لعقد الكفالة التجارية حيزًا مهمًّا في الواقع التجاري للبلد ؛ فقد تناوله المشرع بالتنظيم من خلال بيان نطاقه وبعض أحكامه في المادة (١٠١٦)، من القانون المدني العراقي ذي الرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، التي نصّت فقرتها الثانية على أنّه" على أنّ الكفالة الناشئة عن ضمان الاوراق التجارية ضمانًا إحتياطيًا ،أو عن تظهير هذه الأوراق تكون دائمًا كفالة تجارية"، وهذا ما جعل للكفالة التجارية صورًا وطبيعة قانونية خاصة تميزها عَن غيرها من العقود كعقد الكفالة المدنية وغيرها من العقود المصرفية الأخرى ؛لذلك يتميز هذا العقد بأنّه أحد العقود الرضائية التي يكون لمبدأ سلطان الإرادة دورًا كبيرًا من لحظة إنشاءه إلى لحظة إنقضائه ؛ لذا لم يفرض المشرع شكلًا معينًا لَه بَل ترك الأمر لإرادة الطرفين ناهيكَ عن إنّ الكفالة التجارية ليست من عقود التبرع فهي دائمًا ما تكون بأجر ذلك ما يجعلها من العقود الملزمة للجانبين التي يكون للإعتبار الشخصي دورًا مهمًا في حياة هذا العقد ذلك أنّ المصارف لا تقوم بمنح الإئتمان لعملائها إلا بعد أن تقوم بعدّة إجراءات من شأنها أن تدقق من خلالها في مدى جدارتهم المالية والشخصية. هذا وتنشأ عن الكفالة التجارية علاقات قانونية بين أطرافها لتصل مداها لمن هم ليسوا طرفاً فيها. وتتمثل هذه العلاقات بحقوق وإلتزامات تتخلل ذمم أطراف هذا العقد ، لتكون للقواعد المنصوص عليها في قانون التجارة فضلًا عن المبادئ التي تحكم التضامن دورًا كبيرًا ومؤثرًا في كونها الأحكام العامة التي تسري على هذه العلاقات.

وهكذا فأنّ للتضامن دورًا كبيرًا في الكفالة التجارية لما يقدمه هذا النظام من فوائد لإطرافها كدعم الإئتمان والنيابة في المطالبة بالحقوق للدائنين ، فتارة يكون التضامن صرفيًا يستمد قوته من القواعد المنصوص عليها في قانون التجارة العراقي المرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤، وتارة أخرى مصرفيًا لما للمصرف من دورٍ كبيرٍ فيه ، ولا يبقى إلّا عن إنقضائها فتنقضي الكفالة التجارية بذات القواعد التي ينقضي بها أي عقدٍ آخر كالوفاء أو ما يقابل هذا الوفاء أو بأسبابٍ خاصة تكون خارجة عن ذلك الوفاء كالتقادم والإبراء وعدم تمسّك الدائن بالضمانات التي منحها القانون له .

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

إنّ مقدمة موضوع الأطروحة تتطلب منّا أن نقوم بعرضها من خلال تقسيمها إلى فقرات عدّة وهي:-

أولاً- موضوع الدراسة

إنّ الواقع العملي يفرض على الأشخاص القيام بمجموعة مِن التصرفات والمعاملات سواء على الصعيد التجاري أم المدني كالبيع والشراء وغيرها من التصرفات التي تعد الوسيلة القانونية التي أوجدها القانون والعرف لسد حاجاتهم في المجتمع ؛ممّا يقتضي ذلك أن يقوم الفَرد بتأجيل ما عليه مِن ديون فيصبح عُرضةً للخطر أمام الضمان العام الذي منحته التشريعات في قوانينها المدنية ميزة للدائنين .

على أنّ الكلام عَن الضمان العام اليوم أصبح لا يوائم ما هو عليه الحال في نطاق القانون التجاري ذلك أن التعامل في إطار المعاملات التجارية تحتاج إلى السرعة والإئتمان فهذه المبادئ الأخيرة تجعل من الضمان العام ميزة تقليدية وبطيئة بعض الشيء أمام فلسفة المشرع التجاري والأعراف التجارية التي يكون هدفها الوحيد سد حاجة التجّار وحمايتهم من خلال السرعة في التعامل ومنحهم الأجل المعقول لضمان حقوقهم. وَمِن هنا نجد أنّ الأعراف فضلًا عن التشريعات التجارية أوجدت وسيلة تضمن للدائنين حقهم في حالة عدم قيام المدينين بالوفاء وهذه الوسيلة تعرف (بالكفالة التجارية) فالكفالة التجارية تعد اليوم من الضمانات الشخصية التي لا غنى للتجار عنها لما تقدّمه لهم من حماية لحقوقهم إذ تعد الوسيلة الأساس لتحقيق ميزة الإئتمان ، والكلام عن الكفالة التجارية لا يقتصر فقط عن التعامل في نطاق الأشخاص الطبيعية ذلك أنّ المصارف اليوم تؤدي دورًا فعالًا وحيويًا من خلال منح الكفالات التجارية لعملائها والتي تعد اليوم من الخدمات الأساسية التي لا يمكن للعملاء الإستغناء عنها في الوقت الحالي. وعلى هذا الأساس نجد أنّ القانون خول الدائن الحق في طلب الكفالة التجارية من المدينين ضمانًا لحقوقهم ،على الرغّم من أنّ التشريعات المقارنة لم تأتْ على نسقٍ واحد ، فمنها من

أشار إلى الكفالة التجارية بصورة غير مباشرة كالمشرّع الأمريكي في قانون التجارة الأمريكي لسنة ١٩٥٢ المعدل.

والبعض الآخر نصّ عليها بصورة مباشرة كالمشرّع المصري في المادة (٤٨) ، من الباب الثاني تحت مسمّى الإلتزامات والعقود التجارية أمّا عن المشرّع العراقي الذي نصّ على الكفالة التجارية في المادة (١٠١٦)، من قانونه المدني المرّقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

فالكفالة التجارية في الأصل تكون صرفية فهي بذلك تخضع للقواعد المنصوص عليها في قانون الصرف وتارة اخرى نجدها كفالة مصرفية ذلك انّ المصرف يكون طرفًا رئيسًا فيها ، ناهيك عن انّ الصفة التجارية لها تجعل التضامن من أوصافها ؛ مما يقدمه هذا النظام من فائدة لأطرافها من جهة وعلى الواقع الإقتصادي من جهة اخرى فبذلك تنبثق عن الكفالة التجارية آثار تتمثل بالواقع على شكل حقوق وإلتزامات بين أطرافها وصولًا إلى الطرق التي تؤدي إلى إنقضائها ذلك إنّها تنقضي من خلال مجموعة من الأسباب العامة والخاصة ، ومن هنا نجد انّ النظام القانوني للكفالة التجارية متناثر بين متون القانون المدني والتجاري ، فلا يبقى أمام المشرّع التجاري إلّا أن يقوم بتوحيد النظام القانوني لها وفقًا لما يتناسب وحاجة التجارة والتجار بحيث يقوم بتنظيم ومعالجة هذا الموضوع لخصوصيته وأهميته على صعيد الأنشطة التجارية المتنامية.

ثانيًا- أهمية موضوع الدراسة

تأتي أهمية البحث من المكانة الكبيرة التي تحتلها الكفالة التجارية كونها ضمان خاص ابتدعه العرف التجاري ، فضلًا عن أن القوانين المدنية والتجارية اشارت إليها في نصوصها القانونية ويكون ذلك في جانبين ، الأول منها نظري ذلك أن أهمية دراسة الكفالة التجارية تبرز من خلال بيان ماهيتها والتي تتخلص في بيان تعريفها تعريفًا جامعًا مانعًا لإزالة الغموض عنها، فضلًا عن بيان خصائصها وأهم أنواعها والطبيعة القانونية التي تتميز بها ، كما تبرز أهمية الجانب النظري في بيان آثارها القانونية من خلال الكشف عن أهم الحقوق والواجبات التي تقع على عاتق أطراف عقد الكفالة التجارية وصولًا للطرق التي تكون سببًا في إنقضائها.

أمّا عن الجانب الموضوعي فلا يخفى عليكم في أن للكفالة التجارية أهمية تبرز من خلال أنّها تحقق ميزة الإئتمان ذلك أنّها تمنح الأجل للدائنين في ضمان وفاء المدينين فيما إلتزموا به ، ذلك ان الكفالة التجارية اليوم تؤدي دورًا كبيرا في ميدان المعاملات التجارية فهي من جانب تدعم الأفراد الطبيعية وخاصة في مجال التعامل في الأوراق التجارية فضلًا عن رفد النظام الإقتصادي للدولة ، ذلك ان الكفالة التجارية تعد صورة من صور العمليات المصرفية التي يكون المصرف طرفًا رئيس فيها.

ثالثًا- إشكالية موضوع الدراسة

تتمثل إشكالية بحثنا بصورة أساسية في عدم وجود نظام قانوني يحكم الكفالة التجارية ذلك أن التشريعات المقارنة لم تحسم الأمر بشأنها فالبعض منها لم ينص عليها مباشرة في تشريعاته التجارية بل أكتفت التشريعات المدنية بالإشارة إليها والبعض الآخر نصّ عليها بصورة مباشرة مما يؤدي ذلك إلى التشعب في رسم النظام أو الإطار القانوني الذي يحيط بعقد الكفالة التجارية فضلًا عن عدم تحديد طبيعتها القانونية ونطاقها القانوني بشكل دقيق ناهيك عن بيان هل أنّ الكفالة التجارية عقد تجاريا واسع النطاق أم عملية مصرفية ، فضلًا عن خطورة الآثار التي تنشأ عنها مما يؤدي إلى إشكالية مفادها انّه عندما تعرض مسألة بصدد الكفالة التجارية تجعل من القاضي مترددًا في تكييف النصوص القانونية التي تلائم الواقعة المتنازع عليها وكل ذلك يتلخص بعدم وجود نظام قانوني يحكم عقد الكفالة التجارية.

رابعًا- منهجية موضوع الدراسة

تحتاج دراسة الكفالة التجارية إلى منهج علمي لضبط بنية الدراسة ؛ لذلك إعتمدنا في هذه الدراسة منهجاً تحليلياً مقارناً من خلال بيان المفهوم القانوني لهذا العقد ؛ لتمييزه عمّا يشتبه به من العقود الأخرى سواء في نطاقها الصرفي أم المصرفي ؛ ممّا يجعل لهذا العقد نظامًا قانونيًا مستقلًا له من الأحكام القانونية والمزايا ما ينبغي ، فمن خلال إتباع أسلوب المقارنة بين نصوص التشريعات المقارنة ، وعلى رأسها موقف المشرّع الأمريكي والمصري يتبعها موقف المشرّع العراقي فضلًا عن عرض الآراء الفقهية التي بدورها ناقشت مفهوم الكفالة التجارية وما يتخلل هذا العقد من أحكام لنكشف الغبار عن النظام القانوني الملائم لهذا العقد التجاري ، كما إتبعنا في دراستنا هذه المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية التي اشارت للكفالة التجارية بصورة مباشرة أو بأخرى فضلًا عن تحليل آراء الفقه والقضاء ، ليكون لدينا نظاما قانونيًا متكاملًا يشمل ما ينطوي تحتها من إشكاليات .

خامسًا- أهداف موضوع الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى إعطاء مفهوم واضح وَمحدد للنظام القانوني للكفالة التجارية ومن خلال جانبين فالجانب الأول يكون نظريًا يبرز من خلال وضع تعريفًا جامعًا مانعًا لها فضلًا عن بيان أهم أنواعها وطبيعتها القانونية وتحديد أحكامها ، إبتداءً من لحظة نشوئها وصولًا إلى انقضاءها ، كما تهدف هذه الدراسة إلى بيان أهم المبادئ القانونية التي تحكم العلاقات الناشئة عن هذا العقد وصولًا لإنقضائها.

وكل ذلك يكون من خلال الإستدلال بالنصوص القانونية التي وضعتها التشريعات المقارنة التي تحكم الكفالة التجارية ناهيك عن الإستدلال بالآراء الفقهية والأحكام القضائية التي أشارت إليها ومن ثم الوصول إلى الراجح منها ؛ أمّا الجانب الآخر فيكون عمليًا من خلال التطرق إلى التطبيقات العملية للكفالة التجارية ليتسنّى لنا إمكانية ملئ النقص التشريعي للمنظومة التشريعية العراقية عن طريق إقتراح النصوص وتعديلها بما ويتفق مع واقع التشريعات وطموحها.

سادسًا- أسباب إختيار موضوع الدراسة

للوهلة الأولى تتعدد أسباب إختيارنا للموضوع نرى أنّ أهمّها يتلخص في قلة الدراسات التي ناقشت الكفالة التجارية فضلًا عن أنّ التشريعات المقارنة تباينت في تبني الكفالة التجارية فالبعض منها لم ينص عليها ، والبعض الآخر نصّ عليها من دونَ وضع النظام القانوني الذي يحكمها أمّا البعض الآخر فد نصّ عليها في قانونه المدني والذي آثار في أذهاننا مجموعة من التساؤلات فهل أن الكفالة التجارية تخضع للقواعد القانونية المنصوص عليها في القانون المدني ، أم لقواعد قانون التجارة ، فضلاً عن المعيار التجاري الذي يسبغ صفة التجارية لها ، كما يعد من أسباب إختيارنا لهذا الموضوع لما للكفالة التجارية من أهمية عملية في الواقع العملي وخاصة في نطاق المصارف ؛ ولما تعكسه على الواقع الإقتصادي للبلد والمعاملات التجارية من فائدة.

سابعًا- الدراسات السابقة

لم ينل موضوع الدراسة حظّه الكافي من البحث والتقصي ، ولاسيما على صعيد الفقه العربي والغربي ، إذ ناقشه معظم الفقهاء في دراسات مقتضبة ومكّررة حيث لا توجد فيه بحوث متخصصة ، فضلاً عن ندرة الاحكام القضائية ، ولعلّ السبب في ذلك يعود إلى عدم وجود

إشارة كافية للكفالة التجارية في نطاق التشريعات التجارية ولاسيما أنّ المشرّع العراقي نصّ عليها في قانونه المدني المرّقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ، ناهيك عن أنّ هذا النوع من العقود لا يخلو من الأهمية ويعد كثير الوقوع في الحياة العملية ذلك أنّ الكفالة التجارية تعد عقدًا تجاريًا من جانب ، ومن جانب آخر تعد عقدًا مصرفيًا كون أنّ المصرف يكون طرف رئيس فيها فلا يبقى إلّا أن تقوم التشريعات بتحديد النظام القانوني للكفالة التجارية ، ومن خلال أن يقوم الفقه بتسليط الضوء وبشيء من الدراسة والتعمق في حيثياته.

ثامنًا- خطة موضوع الدراسة

للإحاطة بجميع جوانب موضوع الدراسة قمنا قسمناه إلى ثلاثة فصول ، ثم إتبعنا التقسيم الثنائي في كل فصل ، ذلك أنّ كل فصل يحتوي على مبحثين ، وكل مبحث على مطلبين، وكل مطلب يحتوي على فرعين ، وكل فرع على شكل فقرات.

ومن خلال ذلك أنّ الفصل الأول يكون لمفهوم الكفالة التجارية وهو على شكل مبحثين ، الأول منها لماهية الكفالة التجارية أمّا المبحث الثاني لإنشاء الكفالة التجارية ، أمّا الفصل الثاني ويكون للعلاقات الناشئة عن الكفالة التجارية وعلى شكل مبحثين الأول منها لعلاقة الكفيل التجاري بالدائن ، أمّا المبحث الثاني لعلاقة المدين بالكفيل التجاري والكفلاء مع بعضهم ، والفصل الثالث للتضامن كأثر عن الكفالة التجارية وطرق إنقضائها وعلى شكل مبحثين ، الأول منها للتضامن في الكفالة التجارية ، والمبحث الثاني لطرق إنقضائها ثم يتبع ذلك خاتمة تتمثل بمجموعة من الإستنتاجات والمقترحات.

....((والله ولي التوفيق))....

الفصل الأول

مفهوم الكفالة التجارية

الفصل الأول

مفهوم الكفالة التجارية

بما أنّ الكفالة بإعتبارها تصرفًا قانونيًا له أهمية كبيرة في تسيير الأنشطة التجارية والمدنية ، فإذًا لسلطان الإرادة دورًا كبيرًا في نطاقها ، كما نجد لها تجليات وتطبيقات واسعة في الحياة المدنية والحياة التجارية على حد سواء ، فضلًا عن أنّ لها دلالة واسعة في القانون ، وهذا ما يسبغ عليها صبغة خاصة في جانب المعاملات التجارية وعلى وجه التحديد التنفيذ الحسن وضمان ذلك التنفيذ.

ومن منطلق تقديم الضمانات فإنّ الكفالة التجارية من الضمانات الشخصية التي لها مفهوم واسع وخصائص مهمة ، كالرضائية فضلًا عن إنتفاء صفة التبرع فهي لا تكون إلا مقابل عوض معلوم كما إنها لا تقوم في الأساس إلّا على الاعتبار الشخصي ، وتدعيمًا لمفهوم الضمان كركيزة أساسية للنشاط التجاري ، فالكفالة التجارية وسيلة ضمان وآلية تجارية مالية تسهم بما لها من أهمية في إسناد عنصر الائتمان الذي يعتبر من اهم مقومات القانون التجاري وخصائصه.

لذلك أعتبر المشرع العراقي والتشريعات المقارنة كالمشرع الأمريكي في قانون التجارة الموحد لسنة ١٩٥٢ المعدّل ، والمشرع المصري في قانون التجارة لسنة ١٩٩٩، الكفالة التجارية أداة ضمان ونظمتها في عدة نصوص قانونية بصورة غير مباشرة ومنحتها جانبًا من الأهمية ؛ حيث أشارت إليها وحددت نطاقها فضلاً عن بعض أحكامها في القانون المدني كأصل عام ، أمّا القانون التجاري فإنّ المشرع لم ينص صراحة على مصطلح الكفالة التجارية إلّا ما يتعلق بالأوراق التجارية من خلال الضّمان الاحتياطي والتظهير، أمّا ضمنيًا فنجدها من الأعمال المصرفية والأعمال التجارية بالتبعية ؛ مما يعني إنّ الكفالة التي تصدر عن المصارف والمؤسسات المالية وأيضًا تلك التي تصدر عن التاجر المحترف هي كفالة ذات صبغة تجارية بإعتبارها عملًا تجاريًا يخضع للقواعد التجارية ؛ لذلك يتوجب علينا البحث في طيّات التعريفات التي وردت على لسان الفقهاء ومناقشتها وبيان الراجح منها ، ومن ثم بيان موقف القضاء منها ، وكذلك بيان موقف التشريعات المقارنة ، بحيث نقترح تعريفًا يتلاءم وماهيتها ، وحتى نتعرف بشكل أوسع على مفهوم الكفالة في إطار النشاط التجاري ونعالج ما سبق من مواضيع فقد قسّمنا هذا الفصل إلى مبحثين ، حيث يكون المبحث الأول ، لماهية الكفالة التجارية ، أمّا المبحث الثاني للقواعد التي تحكم الكفالة التجارية ونطاقها القانوني ، وكما يلي:-

المبحث الأول

ماهية الكفالة التجارية

تعد الكفالة التجارية عقدًا بِشكلٍ عام من العقود الملزمة للجانبين ، فتارة نجد هذا العقد مصرفيًا ينشأ إبتداءً مستقلًا ، بموجب إتفاق بَينَ المَصرفْ وَالدائن ، وتارةً أخرى يقترن بإتفاقات أُخرى تتعلق بالفوائد والتأمينات الخاصة بالديون المقيدة فيه.

ومن خلال ذلك فأنّ لمبدأ سُلطان الإرادة دور كبير في إنشائه ، سواءً كانت الكفالة التجارية صرفية تخضع لقواعد قانون الصرف أم مصرفية تنطبق عليها أحكام المصارف ؛ ونَظرًا للطبيعة القانونية التي تُميز الكفالة التجارية عَنْ غَيرها، فضلًا عن الطابع العُرفي الذي يَتخللها ؛ كَونها نظامًا تجاريًا إبتدعهُ العُرف المَصرفي وأَقرّها التَشريع وَنظّم بَعض أَحكامَهُ من دون التعرض للتفصيلات كبيان طبيعتها أَو صورها. وَبِما أنّ القانون المَدني يعد أَساسًا للكثير مِن القواعد التي تحكم العقود بصورةٍ عامة ، وَعقْد الكفالة التجارية بِصورةٍ خاصَة ؛ لِذلك نَجدْ أنَّ بَعض أَحكامها متناثرة في باب الكفالة المدنية ، وَلِكي نُبَين ماهية الكفالة التجارية، قسّمنا المبحث إلى مَطلبين ، المَطلب الأَول منها لبيان التعريف بالكفالة التجارية ، فضلًا عن المطلب الثاني ، الذي يكون لذاتية الكفالة التجارية ، وكما سيأتي:-

المطلب الأول

التعريف بالكفالة التجارية

تعد الكفالة التجارية عقدًا يرتب إلتزامًا تجاريًا مهمًا وخطيرًا في الوقت ذاته ، كما إنها من التأمينات الشخصية التي تضمن للدائن إستيفاء ديونه إذا ما تخلف المدين عن الوفاء بالدين الاصلي. وتعد الكفالة التجارية من أهم الأنظمة المعاصرة حيث يمكن للدائن طَلب كفيل واحد أو عدّة كفلاء ، فَضلًا عن المزايا التي يمنحها التضامن كنظام يجعل للدائن أكثر من ذمّة يقوم الأخير بالتنفيذ عليها ، لذلك فللأخير الأثر الكبير في تعزيز الثقة بالكفالة التجارية بصورةٍ عامة ، والنظام المصرفي بصورةٍ خاصة وللإِحاطَة بِتعريف الكفالة التجارية ، إِرتأينا تقسيم المطلب إلى فَرعين ، يكون الأَول منها لبيان تعريف الكفالة التجارية ، في حين سَنتناول في الفرع الثاني خصائِصهُا، وكلٌ على التفصيل الآتي:-

الفرع الأول
تعريف الكفالة التجارية

يَقتضي منّا لبيان تعريف الكفالة التجارية أنْ نُبين تعريفها لغةً ؛ لتكون حجر الأساس في بيان معناها، كما ويتَسنّى لَنا التأكيد عَلى ما يَكْتنفها مِنْ التعريفات التي جاءتْ عَلى لِسان الفقه القانوني ومن ثم الوقوف عَلى موقِف التَشريعات القانونية ، وَالتي تتمثل في مَوقف قانون التجارة العراقي فَضلًا عن موقف التشريعات المُقارنة ؛ للوصول إلى تعريف مقترح يَتلاءم وَطبيعة الكفالة التجارية ، وكما يلي:

أولًا- التعريف اللغوي

الكفالة لغة من الفعل كَفل ويكفل فَهو كافل ، والمفعول مكفول ، ويقال كفل يتيمًا أي ربّاه وانفق عليه ، وتعهد برعايته ، وقوله رسول الله صلى الله عليه وآله وسلّم (أنا وكافل اليتيم في الجّنة هكذا، وأشار بالسبابة والوسطى)[١] ، وقوله تعالى "وكَفلها زكريا"[٢] ، أي ضمّها إلى نفسه ، ويقال ضمن الشيء ضمانًا فهو ضامن ، أي كفل الشيء فهو كفيل له[٣] ، من خلال ذلك نتوصل إلى نتيجة مؤدّاها أنّ الكفالة والضمّان لغة، (هي التعهد الذي يصدر عن شخص إلى آخر لتحمل عبء معين).

ثانيًا- التعريف الفقهي

يمكننا القول بأنّ للكفالة التجارية تعريفات عِدّه، وهذه التعريفات تارة تختلفْ وتارةً أُخرى تتفق، كُلٌ حَسَب الزاوية التي يُنظر إليها واضعوا هذه التعريفات للكفالة التجارية ، فهُنالك مَنْ يُعرفها على أنّها(الكفالة المُقدّمة مِنْ أَحد البنوك لضمان دَين أحد عُملائه مقابل عمولة محدّده)[٤]. يبدو لنا، من هذا التعريف انّه اشار إلى مواطن عدة أهمها ، إنّه يبين لنا نوع مهم وحيوي من أنواع الكفالة التجارية ، والتي تعرف بالكفالة المصرفية[٥].

---

(١) ينظر د. احمد عمر مختار ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، المجلد الأول ، ط١، عالم الكتب - القاهرة ، ٢٠٠٨، ص٥٣٦.

(٢) سورة آل عمران ، الآية (٣٧).

(٣) ينظر ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الانصاري المعروف بإبن منظور ، لسان العرب ، ج٢ ،دار المعارف - مصر ، ص١٠٠٤.

(٤) ينظر د. حسني محمود عبد الدايم ، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق ، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص٥٦.

(٥)تعرف الكفالة المصرفية على انها(عقد بمقتضاه يكفل البنك بتنفيذ الالتزام بان يتعهد للدائن بالوفاء بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه في الوقت المحدد) أو هي ضمان خاص يطمئن به الدائن إلى استيفاء حقه من المدين، وهي إما أن تكون ضمانا شخصيا أو عينيا) نقلًا عن سلخ آمنة ، الكفالة المصرفية ، رسالة مقدمة لجامعة أحمد دراية ، الجزائر ، لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال ، ٢٠١٦-٢٠١٧، ص١٧.

فضلًا عن انّه أَشار إلى جانب رئيسي مفاده ، انّ الكفالة التجارية تكون بموجب عمولة متفق عليها ، فَهي من عقود المعاوضات التي تبرم بقصد تحقيق الربح ، إلّا ان التعريف لا يخلو من الإنتقادات التي توجه إليه إذا ما أريدَ أن يوضع في قائمة التعريفات التي قَد تُقترح كتعريف جامعٍ للكفالة التجارية ، وَمِنْ أهم هذه الإنتقادات التي توجه إليه أنّ التعريف لم يُبين لنا طبيعة الكفالة التجارية في كونها عقد أم تصرف قانوني بإرادة واحدة ، فضلًا عن إنّه قَد أشار إلى أحد أنواع الكفالة التجارية متناسيا أنواعها الأخرى التي لا تَقل أهمية عن هذا النوع من الكفالات التجارية.

وعلى النهج ذاته هنالك من عرّف الكفالة التجارية على إنّها (عَقدْ بمُقتضاه يَكفلْ البنك شخصًا تنفيذ الإلتزام بأن يتعهد للدائن أن يفي بهذا الإلتزام إذا لَم يفِ به المدين نفسه)[1] ، وهنا نرى أنّ التعريف يؤكد على الكفالة المصرفية كنوع رئيس للكفالة التجارية كما إنّه يؤكدّ على طبيعة مصلحة المدين في الكفالة التجارية بأنّها عقد يبرم بين الكفيل (المصرف) والدائن ، فَضلًا عَن بيانة لأحد إلتزامات المصرف ، وهو الإلتزام بالتنفيذ ، بيد أنّ الأمر لا يستقيم بهذه السهولة على الرّغم من رجاحة هذا التعريف ذلك إنّنا نورد عليه بَعض الإشكالات، مِنها إنّه قَد حصر نطاق الكفالة التجارية في نطاق الكفالة المصرفية كَعمل من أعمال المصارف ، غاضًا البصر عَن الأنواع الرئيسة والمهمة الأخرى للكفالة التجارية ، فضلًا عن ذلك إنه لم يذكر مَسألة جوهرية وهي إنّ الكفالة التجارية تكون مقابل عمولة معينة يتلقاها الكفيل مقابل تقديم إئتمانه ، وبذلك إنّنا نقول: بأنّه لا يُمكننا أن نعول على التعريف السابق لما يَكتنفه من قصر قانوني لعدم إستيعابه ماهية عقد الكفالة التجارية.

وَعلى خلاف ما سبق وبمفهوم آخر يذهب إتجاهٌ إلى تعريف الكَفالة التجارية تحتَ مُسمّى الكَفالة الصَرفية وَيعرّفها على أنّها (الكفالة الناشئة عن ضمان الاوراق التجارية ضمانًا إحتياطيًا ، أو عن تظهير هذه الأوراق مكتسبة بذلك الصفة التجارية)[2].

(١) ينظر د. عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المدنية المسمّاة ، ط١ ، زين الحقوقية –بيروت ، ٢٠١٨ ، ص٤٣.

(٢) ينظر د. قدري عبد الفتّاح ، أركان عقد الكفالة ، دار النهضة العربية-القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص٣٦.

مِن خلال تحليل التعريف المذكور نَصل إلى نتيجة مفادها ، أنّ للكفالة التجارية نطاق واسع ذلك أنّه لا يقتصر فقط على التعامل في مجال الأعمال المصرفية بل يتعداها لأن يخضعها للأحكام والقواعد التي تحكم التعامل في الأوراق التجارية ألا وهي قواعد قانون الصرف[١]. وعلى الرّغم مِن إختلاف التعريف عَن سابقه إلا أنّنا لا نسلّم برجاحته كتعريفٍ جامعٍ مانعٍ للكفالة التجارية ، بَل نشكل عليه بأنه لَم يكن شاملًا بدوره لنطاق الكفالة التجارية ؛ ذلك إنّه إقتصر نطاقها في مجال التعامل بالأوراق التجارية.

كما ومِن جانبنا نشير إلى نقطة رئيسة بأنّ التعريف المذكور لَم يبين لنا طبيعة الكفالة التجارية ، أضف إلى ذلك بأنّه قد ذكر مصطلح الضّمان الإحتياطي على الكفالة الصرفية ، وهذا المصطلح لا يستقيم وطبيعة الكفالة التجارية في نطاق التعامل الصرفي ، لأنّ مصطلح الضمان الإحتياطي يوحي بأنّ الكفالة التجارية عقد تابع وهذا خلاف الأصل ؛ لأنّ الكفيل الصرفي لا يستطيع الدفع بالتجريد[٢] أمام مطالبة الدائن له بالوفاء بما إلتزم به المدين الأصلي. فالكفالة التجارية عقد أصلي وليس بعقدٍ تابع ، وهذا ما يتفق وطبيعة التعامل بالأوراق التجارية أولًا وما يعكس ذلك بأحكامه على الكفالة التجارية.

في النطاق ذاته وبمفهوم مغاير يذهب آخرون إلى تعريف الكفالة التجارية تحت مسمّى (الضمان الإحتياطي) ، ويعرفوها على أنّها(كفالة بمقتضاها يلتزم الكفيل ، الضامن الإحتياطي ، بضمان وفاء قيمة السفتجة على وجه التضامن مع الشخص الذي جرى الضمان لحسابه)[٣] ، ومن منطلق التعريف الأخير نجد انّه قد فَتح أمامنا آفاقًا جديدة ؛ لما يمكن أن تستوعبه الكفالة التجارية من أحكام ، وأهمّا التضامن [٤]، لما يمثّله الأخير من مزايا توفر للدائن حق مطالبة الكفيل مباشرة مِن دون الرجوع على المدين الأصلي ، وهذا ما لا يمكن نراه في الكفالة المدنية، ومن ثمّ إنّ القواعد التي تحكم التضامن تسري على الكفالة التجارية في حال ما إذا تعدد الكفلاء ، وبالتالي يكون للدائن أكثر من ذمّة يستطيع التنفيذ عليها عند عجز المدين عن الوفاء.

---

(١) يعرف قانون الصرف على أنه (مجموعة القواعد القانونية المنصوص عليها في القانون التجاري والتي تحكم الورقة التجارية من لحظة إنشائها وتداولها وضمانها والوفاء بها) نقلًا عن د. فوزي محمد سامي ، د. فائق محود الشمّاع ، القانون التجاري (الاوراق التجارية) ، المكتبة القانونية- بغداد ، ٢٠٠٨، ص١٠.

(٢) يعرف الدفع بالتجريد على أنه (دفع يتمسك به الكفيل في مواجهة الدائن لكي يقوم بالتنفيذ على المدين أولاً طالما أن هذا التنفيذ مجدياً للدائن ويفي بحقه) نقلًا عن قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الكفالة ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص١٣٠.

(٣) ينظر د. فوزي محمد سامي ، د. فائق محود الشمّاع ، القانون التجاري (الاوراق التجارية) مصدر سابق، ص٢٢٧.

(٤) يعد التضامن نوع من الضمانات الشخصية التي بموجبها للدائن الحصول على حقه وذلك بضم ذمم المدينين بعضها إلى بعض مما يوفر للدائن الحصول على حقه عند إعسار أحدهما.

إلا انّنا لازلنا نشكل على هذه التعريفات ومن بينها التعريف السابق ؛ لما يعتريه من غموض في مواطن عدّة لعلّ من أبرزها أنه عرّف الكفالة التجارية تحت مسمّى الضّمان ، وكما هو معروف، انّ الضّمان أوسع من الكفالة التجارية ، ومن ثمّ قد لا ينسجم والسرعة التي يتطلّبه التعامل التجاري ؛ لما يستوعبه الضمان من مفاهيم تتطلب التعقيد في الشكليات ، وهذا ما لا يتلائم ومبادئ القانون التجاري.

ويذهب آخر إلى تعريف الكفالة التجارية بأنّها (إلتزام جميع الموقعين على الحوالة من ساحب ومسحوب عليه قابل وضامن على وجه التضامن ، بالوفاء نحو حامل الورقة التجارية إذا إمتنع المدين الأصلي عن الوفاء)[1]. ويؤخذ على التعريف المذكور بانّه على الرّغم من إستيعابه ميزة التضامن في الكفالة التجارية إلّا انّه خلط بين مركز الساحب بوصفة مدينًا أصليا وبين المركز القانوني للكفيل بوصفه ضامنًا فضلًا عن التعريف ذاته حصر نطاق الكفالة التجارية في إطار قانون الصرف وهذا خلاف الأصل ؛ فأنّ للكفالة التجارية مفهوم عام ونطاق واسع في البيئة التجارية.

وهناك من يعرف الكفالة التجارية على أنّها (ضم الذمّة المالية لكل من الكفيل والمدين الأصلي ، ممّا يضمن للدائن الحصول على حقّه عند حلول الأجل)[2]، نرى أنّه في التعريف الأخير ضبابية يقع علينا البحث لإزالتها منها انّه لم يبين طبيعة الكفالة التجارية ، فضلًا عن أنّ التعريف يوحي بأنّ أطراف الكفالة التجارية هما الكفيل والمدين الاصلي ، وهذا خلاف الأصل ، فأطراف الكفالة التجارية هما كل من الكفيل والدائن ، كما أنّ التعريف قد تناسى ركنًا أساسيًا للكفالة التجارية ، ألا وهي العمولة التي يتلقاها الكفيل مقابل تقديم ذمته المالية أمام الدائن.

ثالثًا- التعريف التشريعي:

بعد إن بينا تعريف الكفالة لغةً ، ومن ثم بينا أهم التعريفات التي جاءت على لسان أصحاب الفقه القانوني ، لا يبقى أمامنا إلّا أن نستعرض موقف القوانين المقارنة ؛ ليتسنّى لنا أن نقترح تعريفًا يمكن أن يتلاءم وطبيعة الكفالة التجارية.

---

(١) ينظر يوسف عودة غانم ، التضامن الصرفي في الأوراق التجارية دراسة مقارنة ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٢ ،ص٢١.

(٢) ينظر أسماء مرابط ، الضمانات الشخصية المستحدثة ، مجلة العلوم الإنسانية ، جامعة أم البواقي م٦، ع١٢، ٢٠١٩ ، ص١٠٦.

على أية حال وفيما يخص موقف قانون التجارة الامريكي الموحد الصادر سنة ١٩٥٢، والمعدل سنة ٢٠٠٣ ، نجد أنّه لم ينص بصورة مباشرة على الكفالة التجارية، إلّا أنّه أشار إليها تحت مسمّى الضمّان ذلك أنّ الفقرة الثالثة من القسم (٣-١٠٤)، من المادة الثالثة التي تناولت بين أحكامها (الصكوك القابلة للتداول)، والتي نصّت على أنّه "لا يذكر أي تعهد أو تعليمات أخرى من قبل الشخص الواعد أو الآمر بالدفع للقيام بأي فعل بالإضافة إلى دفع الأموال لكن الوعد أو الأمر قد يحتوي على:١- تعهد أو سلطة لتقديم ضمانات أو الحفاظ عليها أوحمايتها لتأمين الدفع". ٢- تفويض أو سلطة للمالك للاعتراف بحكم أو تحقيق أو التخلص من الضمانات أو٣- التنازل عن منفعة أي قانون مخصص لمصلحة أو حماية الملتزم. ٤- شرط يحدد القانون الذي يحكم الوعد أو الأمر. أو٥- تعهدًا بحل نزاع يتعلق بالوعد أو الأمر في نطاق محدد[1] .

من خلال نص الفقرة الثالثة من المادة الثالثة يتضح لنا أنّ قانون التجارة الأمريكي الموحد نصّ على الكفالة التجارية بصورة غير مباشرة من خلال النص على الضمّان ذلك أنّ الأخير قد يكون على شكل كفالة تجارية فالمشرّع الأمريكي خول الآمر (المدين الأصلي) بإصدار الورقة التجارية من خلال إنّها قد تحتوي على تعهد أو سلطة منه للحصول على ضمان يؤمن للدائن خطر عدم الوفاء، ومن ثمّ أن هذا الضمان يأخذ شكل كفالة تجارية ، وعلى وجه التحديد في نطاق الاوراق التجارية والتي تسمى بالكفالة الصرفية، فضلًا عن ذلك أنّ المشرّع الأمريكي نص في القسم (١-٢٠٤)، من المادة الاولى على أنّه "باستثناء ما هو منصوص عليه في المواد (٣ و ٤ و ٥ و ٦ و١٢) يعطي الشخص قيمة للحقوق إذا اكتسبها: ١- مقابل التزام ملزم بتقديم ائتمان أو لتمديد الائتمان المتاح على الفور سواء تم السحب عليه أم لا ، وسواء تم النص على رد المبالغ المدفوعة أم لا في حالة وجود صعوبات في التحصيل. ٢- كضمان لمطالبة موجودة

(1)does not state any other undertaking or instruction by the person promising or ordering payment to do any act in addition to the payment of money, but the promise or order may contain (i) an undertaking or power to give, maintain, or protect collateral to secure
payment, (ii) an authorization or power to the holder to confess judgment or realize on or dispose of collateral, or (iii) a waiver of the benefit of any law intended for the advantage or protection of an obligor, (iv) a term that specifies the law that governs the promise or order, or (v) an undertaking to resolve in a specified forum a dispute concerning the promise or order.

مسبقًا أو إرضاء كليًا أو جزئيًا لها[1] ؛ وعلى أية حال وعلى الرغم من إشارة المشرّع الأمريكي للكفالة التجارية بصورة غير مباشرة ، إلّا إنه يبين لنا أطرافها وماهيتها.

أمّا فيما يخص موقف المشرّع المصري ، فلم ينص قانون التجارة المصري المرّقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ على الكفالة التجارية بصورة مباشرة ، إلا إنّه فضلًا عن ذلك قد أشار إليها في الفقرة الأولى من المادة (٤١٨) ، تحت مسمى الضّمان الإحتياطي ، والتي نصّت على أنّه "١- يجوز ضمان وفاء مبلغ الكمبيالة ، كلّه أو بعضه من ضامن إحتياطي". يتضح لنا أنّ المشرع المصري لم ينص صراحة على الكفالة التجارية ، بيد أنّه أشار إليها تحت مسمّى الضمان الإحتياطي ومن خلال ذلك نشير إلى إشكالية مفادها ، أنّ تبني المشرع المصري لمصطلح الضّمان الإحتياطي إتجاه لا يستقيم حسب تقديرنا ؛ لما يوحي بأنّ الكفالة التجارية هي عقد تابع ، وهذا خلاف الأصل لأن الدائن بذلك لا يستطيع أن ينفذ على الكفيل مباشرة ، لما يواجهه من الدفع بالتجريد من قبل الكفيل أثناء مطالبته الأخير بالوفاء ، فضلًا عن انّ المشرع المصري لم يعرف الكفالة التجارية ، ولم يبين أطرافها فضلًا عن بيان طبيعتها.

والآن لا يبقى لنا إلّا أن نبين موقف المشرع العراقي ، ذلك إننا نجد أنّ قانون التجارة العراقي المرّقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ ، سار على غرار التشريعات التي سبقت بأنه لم يورد تعريفًا للكفالة التجارية ، إلّا أنّه وعلى الرغم من ذلك نرى أنَّ له موقفًا مغايرًا للقوانين المقارنة السابقة فضلًا عن موقف قانون التجارة الملغى ذي الرقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠[2]، وموقف القانون المدني العراقي المرّقم (٤٠) لسنة ١٩٤١[3] ، حيث أشار إلى الكفالة التجارية تحت مسمى (الضمّان) في المادة (٨٠)، من قانون التجارة العراقي الحالي، والتي نصّت على أنّه "يجوز ضمان وفاء مبلغ الحوالة كلّه أو بعضه من أي شخص ولو كان ممّن وقعوا عليها".

---

(1) Section 1-204. Value. Except as otherwise provided in Articles 3, 4, [and] 5, [and 6], [6,] and 12, a person gives value for rights if the person acquires them:
(1)in return for a binding commitment to extend credit or for the extension of immediately available credit, whether or not drawn upon and whether or not a charge-back is provided for in the event of difficulties in collection;
(2)as security for, or in total or partial satisfaction of, a preexisting claim;

(٢) ذلك انّه أشار إلى الكفالة التجارية في المادة (٤٥٥) ، تحت مسمّى (الضمان الإحتياطي) ، والتي نصت على أنّه "١- يجوز ضمان وفاء مبلغ السفتجة كلّه أو بعضه من ضامن إحتياطي".

(٣) حيث نصّت المادة (١٠١٦) من القانون المدني العراقي ذي الرقم٤٠ لسنة ١٩٤١، على أنّه "١- كفالة المدين في دين تجاري تعتبر كفالة مدنية، حتى لو كان الكفيل تاجرا". ٢- على ان الكفالة الناشئة عن ضمان الاوراق التجارية ضماناً احتياطياً او عن تظهير هذه الاوراق تكون دائماً كفالة تجارية".

من خلال موقف التشريعات المقارنة وموقف المشرع العراقي نتوصل إلى نتيجة مفادها ، أّن المشرع العراقي في قانون التجارة العراقي الحالي قد تلافى الخطأ الذي وقع فيه المشرع المصري والمشرع العراقي في قانون التجارة الملغى فضلًا عن موقف قانوننا المدني الحالي لما يكتنف مصطلح الضمان الإحتياطي من إشكالية تتنافى وطبيعة الكفالة التجارية الاصيلة.

وعلى أية حال وعلى الرّغم من أنّ قانون التجارة العراقي قد أشار إلى مصطلح الضمّان إلّا إنّه لم يورد تعريفًا يتلائم وطبيعتها ؛ لذا فإنّنا نقترح على المشرع العراقي أن يتبنى مصطلح الكفالة التجارية ، وعلى وجه التحديد الكفيل الصرفي في نطاق الأوراق التجارية ، لما قد يواجهه فيها القضاء من صعوبة في تفسير إرادة الضامن تفسيرًا ضيقا في حدود الكفالة الصرفية ؛ ولما يشمله الضمان من مفاهيم وأحكام قانونية تتعدى القواعد التي تسري على الكفالة التجارية ومنها الكفالة العينية[1].

رابعًا- التعريف القضائي

يعد القضاء بصورة عامة ، المجال القانوني الذي تظهر فيه فلسفة التشريعات وما تتضمنه القواعد القانونية من أهمية للفرد والمجتمع ، فلا يقع على عاتق الفقه القانوني إلّا أن يراقب تلك القواعد القانونية ومدى موائمتها للحالات التي وجدت من أجلها ، وبصدد تعريف الكفالة التجارية لدى القضاء فلم يرد على لسانه تعريفًا واضحًا للكفالة التجارية بل إكتفت المحاكم بالإشارة إليها حيث جاء في قرار قضائي صادر عن محكمة تمييز العراق ، يقضي بأنّه" ذا كان أحد المدعى عليهم الموقعين على سند الكمبيالة كفيلاً متضامناً مع بقية المدعى عليهم فأن حصر المدعي الدعوى به وطلبه إبطالها عن البقية جائز إستناداً للمادة (١٠٣١) ، من القانون المدني ؛ لأنه مخير بالمطالبة من المدين أو من الكفيل"[2] ، من خلال الحكم القضائي السابق نجد أنه أشار إلى إحدى أحكام الكفالة التجارية ، وعلى وجه التحديد التضامن. وفي قرار آخر يقضي " أنّه بمقتضى المادة (٢٥٩) ، من القانون التجاري ما من موجب تجاري يقصد به القيام بعمل ، أو بخدمة يعد معقودًا على وجه مجاني ، وإنّ عدم توجب العمولة على الدائن المكفول دينه ، لا

(١) تعرف الكفالة العينية على أنّها (انها اتفاق يقدم بموجبه أحد الأشخاص ويقال له الكفيل العيني عقارا أو منقولا ضمانا لدين على غيره ووسيلته لذلك هي رهن هذا المال رهنا رسميا أو رهنا حيازيا لكي ينحصر في القيمة الاقتصادية لهذا المال وهي الحد الأقصى لمسئوليته عن هذا الدين) ، نقلًا عن د. عدنان ابراهيم السرحان ،العقود المسمّاة في المقاولة والوكالة والكفالة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، ٢٠٠٩، ص٢٥٦.

(٢) ينظر قرار محكمة تمييز العراق الإتحادية ذي الرقم ٤٨٣ ، والصادر في ٢٠٠٨/٥/١٢، ص١٠٢٦.

يجعل من الكفالة المصرفية عملًا مجانيًا ، طالما أن من حق المصرف الكفيل أن يتقاضى هذه العمولة من الدين المكفول[1] .

من خلال القرار الأخير يتضح لنا أنه أشار الى الكفالة المصرفية كنوع من الكفالة التجارية فضلًا عن تجارية هذه الكفالة حتّى ولو لم يتقاض الكفيل عمولة ، مقابل تقديم خدماته للدائن.

من خلال كل ما تقدم ومن خلال عرض التعريفات التي جاءت على لسان أصحاب اللغة فضلًا عن أصحاب الفقه القانوني ، والقوانين المقارنة التي أشارت إلى الكفالة التجارية ، وعلى الرّغم من أنّ القوانين المقارنة وعلى رأسها المشرع العراقي لم تعّرف الكفالة التجارية ، إلّا إنَّ ذلك في نظرنا لا يعد قصورًا تشريعيًا ؛ لأن ليس من واجب المشرع وضع التعريفات بل يعد ذلك من إختصاص الفقه القانوني والقضاء ، ومن خلال كل ذلك يمكن لنا أن نعرّف الكفالة التجارية على أنّها(عقد يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر مقابل عمولة معينة وخلال مدة معينة ، بتنفيذ إلتزام المدين إذا لَم يقم الأخير بنفسه). وبخصوص أهم الأسباب التي دعتنا إلى تبنّي هذا التعريف هي :-

١- أنّ الباحث استخلص من خلال السابق بأنّ الكفالة التجارية عقد، فهي تنشأ بموجب إتفاق بين الكفيل التجاري والدائن.
٢- أنّ الكفالة التجارية تكتسب الصفة التجارية من خلال العمولة التي يتقاضاها الكفيل التجاري، فهي عقد ملزم للجانبين لا تنشأ إلّا بقصد الربح.

(١) ينظر محكمة تمييز لبنان ، ذي الرقم ٥٨ الصادر في ١٩٧٠/٥/٢١ ،ص١٣٠٣.

الفرع الثاني

خصائص الكفالة التجارية

بما أنّ الكفالة التجارية عقد ومن ثمّ يجب أن يتمتع بخصائص لعلّ من أبرزها كونه عقدًا رضائيًا ، وتكون مقابل عوض متفق عليه فهو من عقود المعاوضة الملزمة للجانبين ، فضلًا عن انّه من العقود الأصلية محدد المدّة ، ولا نَتخيل كل ذلك دون الصفة التجارية التي تعتبر من أهم خصائصه وهذا ما سنوضحه ضمن المحاور الآتية وبالتعاقب :-

أولًا- الكفالة التجارية عقد رضائي

تعد الكفالة التجارية عقدًا رضائيًا ؛ حيث تخضع بدورها بشكلٍ عام للقواعد العامة في الإلتزامات[١] ؛ إذ يكفي لإنعقادها تلاقي الإيجاب والقبول بين الكفيل والدائن ، فَلا يعتبر التسليم والكتابة من أَركان هذا العقد[٢] ، ويترتب على ما تقدّم أَنَّ العقد ينتج أَثاره بمجرد الإتفاق عليه بتراضي طرَفيه ، وإن تتجه إرادتهما إلى إبرام عقد الكفالة التجارية. وفي التعبير عن الإرادة ، يتبادر للذهن تساؤل مؤدّاه ، ما هي طبيعة الكتابة في الكفالة التجارية ، أي بعبارة أخرى هل انّ الكتابة في الاخيرة للإثبات أم للإنعقاد؟

للإجابة عن هذا التساؤل نقول: أنّه في نطاق القوانين المقارنة نرىّ أن المشرع الأمريكي في قانون التجارة الموحد نصّ على الكتابة في القسم (١-٢٠١)/ ثالثًا والتي قضت بأنّه" يُقصد بكلمة (اتفاقية) ، على عكس (العقد)، صفقة الطرفين في الواقع ، كما هو موجود في لغتهما أو يُستدل عليه من ظروف أخرى ، بما في ذلك مسار الأداء ، أو مسار التعامل ، أو استخدام التجارة على النحو المنصوص عليه في القسم ١. ٣٠٣"[٣]. ومن خلال نص المادة السابقة ، يتضح لنا ، بأنّ قانون التجارة الموحد قد جعل الكتابة للإثبات وليس للإنعقاد ، فضلًا عن إنّ بإمكان الأطراف إثبات التصرف من خلال ظروف الحال. وبرأينا انّ هذا الإتجاه غير موفق وعلى الأخص في دائرة الكفالة التجارية ؛ لما يكتنفه من صعوبات قد تواجه القاضي في تفسير إرادة الأطراف المتعاقدة.

---

(١) ينظر د. محمد حسن قاسم ، قانون العقود الفرنسي الجديد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٨ ، ص٣٢.

(٢) ينظر د. أكرم ياملكي ، الأوراق التجارية وعمليات البنوك ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، ٢٠٠٨ ، ص٢٩١.

(3) "Agreement", as distinguished from "contract", means the bargain of the parties in fact, as found in their language or inferred from other circumstances, including course of performance, course of dealing, or usage of trade as provided in Section 1-303.

أمّا فيما يخص موقف المشرع المصري ، نجد أنّ قانون التجارة المصري المرقّم (١٧) لسنة ١٩٩٩، نجد انّه نص على الكتابة في الفقرة الأولى من المادة (٤١٩) ، من القانون ذاته والتي نصّت على أنّه "١- يكتب الضمان الإحتياطي على الكمبيالة أو على وصلة" ، وتأكيدًا على ذلك وعند الرجوع إلى القانون المدني المصري ذي الرقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨بإعتباره القاعدة العامة ، نجد أن المادة(٧٧٣) نصت على أنّ "لا تثبت الكفالة إلّا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلي بالبينة".

بالنسبة إلى موقف المشرع العراقي فلم يبتعد كثيرًا عن سابقه ، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (٨١) من قانون التجارة العراقي ذي الرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ على انّه "يكون الضمان بكتابة هذا اللفظ او بأية صيغة تفيد هذا المعنى على الحوالة ذاتها أو على ورقة متصلة بها ويوقعه الضامن"، وعند الرجوع إلى نصوص القانون المدني العراقي ذي الرقم (٤٠) لسنة ١٩٤١، فلم نلاحظ أية إشارة إلى المعنى ذاته سوى نص الفقرة الأولى من المادة (١٠٠٩) والتي جاء فيها "تنعقد الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل والكفول له". ومن خلال موقف التشريعات المقارنة نتوصل إلى نتيجة مفادها بأنّ الأخيرة لم تخرج من مبدأ الرضائية في عقد الكفالة بصورة عامة والكفالة التجارية بصورة خاصة ، ومن ثمّ فأنّ الكتابة في الكفالة التجارية للإثبات وليس للإنعقاد.

وعلى أية حال فيجب أن تكون الإرادة صريحة ، فضلًا عن أَنَّ هذه الإرادة يجب أَنْ تكون خاليةً من العيوب التي قد تشوبها وأَنْ يكون الطرفان أهلًا لمباشرة العقد[١] ،كما سنتكلم بتفصيلٍ أَكثر عند بحث التراضي كقاعدةٍ عامةٍ تحكم هذا العقد.

ثانيًا- الكفالة التجارية عقد معاوضة ملزم للجانبين

تتميز الكفالة التجارية بأنّها عقد معاوضة مُلزم للجانبين[٢] ، فكونَهُ معاوضة ، أي أنّ لِكل مِنْ أَطراف العقد أن يأخذ مقابلًا لما أَعطى من الطرف الآخر ، وملزمًا للجانبين ذلك أنّ إرادة أطراف عقد الكفالة التجارية تكون لها دورا كبيرًا في رسم الإلتزامات التي تقع على عاتقيهما[٣].

(١) ينظر د. فايز أحمد عبد الرحمن ، القانون التجاري الليبي (الأوراق التجارية ، أعمال المصارف ، العقود التجارية ، الإفلاس) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط١ ، ٢٠٠٧ ، ص٢٣١.

(2) Frederick k, Beutel, Bank, Officers, Hand Book of commercial banking law, Hardcover, 1982, p.19-5.

(٣) ينظر د. خالد السيد محمد عبد المجيد موسى ، مصادر الإلتزام ، دار الكتاب الجامعي ، الرياض ،٢٠١٧، ص٣٨.

فمن خلال ذلك يقع على عاتق الطرفان مجموعة من الحقوق واللإلتزامات فالكفالة التجارية تنشئ منذ إبرامِها إلتزامات في ذمّة عاقديها حيث يكون كل منهما في ذات الوقت دائنًا ومدينًا للآخر[١] ، لذلك يكون كل طرف في العقد ملزمًا أَن يقدم مقابلًا لما يأخذ.

وفي نطاق للكفالة المصرفية على سبيل المثال ، حيث يلتزم المصرفْ بتقديم خدماته للدائن والمدين مقابل عوض متفق عليه ، ومن هنا يكتسب العقد صفة الإلزام حيث يلتزم كل طرف في العقد بتقديم في نطاق معين تجاه إلى الطرف الآخر، فبالنسبة إلى الكفيل فأنّه يتلقى مقابل تقديم إئتمانه ، وفي المقابل على المدين الأصلي ، والدائن تقديم العوض إذا قضى الإتفاق على ذلك[٢].

وعند تسليط الضوء على علاقة الكفيل مع المدين الأصلي ، يذهب إتجاه قائل بأنّ المدين ليس طرفًا في العقد ، ولا يؤثر ترتيبًا لذلك المقابل الذي يدفعه إلى الكفيل على صفة التبرع لعقد الكفالة التجارية[٣] ، ومن جانبنا نؤيد منحى الإتجاه السابق لأن ؛ المدين الأصلي ليس طرفًا في العقد.

و يلاحظ وبحق أنّه في إطار علاقة الكفيل مع الدائن وهو جوهر العقد لا نتفق والإتجاه القائل بأنّه على الرغم من أنّ الدائن تقع على عاتقه بعض الإلتزامات كإلتزامه بالمحافظة على ما للمدين من ضمان عام ، فضلًا عن إلتزامه باتخاذ الإجراءات اللازمة لإستيفاء حقه ، بعد إنذار الكفيل بالمطالبة بالوفاء[٤] ، فأن ذلك لا يغير من إضفاء صفة التبرع على الكفالة التجارية، ولو فرضنا إستقامة الرأي السابق ، إلّا أنّه لا يمكن أن نهمل جانبًا جوهريًا ألا وهو إنتفاء نية التبرع لدى الكفيل والمتمثل بالعمولة أو المقابل الذي يتلقاه من الدائن ، فبرأينا هذا القول يحسم النزاع السابق والذي يكون مؤداه أنّ الكفالة التجارية عقد معاوضة ملزم للجانبين.

(١) ينظر د. حسن علي الذنّون ، النظرية العامة للإلتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص٣٢.
(٢) ينظر د. فايز عبد الرّحمن ، مصدر سابق ، ص٢١٧.
(٣) ينظر د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص٢٤.
(٤) ينظر د. راقية عبد الجبّار ، التأمين والكفالة ، ط١ ، جامعة العلوم التطبيقية – البحرين ، ٢٠١٢، ص٢٤٠.

ثالثًا- الكفالة التجارية عقد أصلي ومحدد المدّة

يكون الإلتزام تبعيًا إذا كان مستندًا في نشوئه على إلتزام أَصلي يتبعه صحةً وبطلانًا ، كما في إلتزام الكفيل في الكفالة المدنية ؛ فأنّه يتبع الدين الأَصلي ولا يقوم إلاّ بقيامه[١] ، وفي هذا السياق يذهب كذلك رأيٌ قائل بأنّ الكفالة التجارية عقد تابع[٢].

وأَسّسوا قولهم بأنّ الأخيرة تدور وجودًا وعدمًا مع العقد الأصلي الذي أدى إلى نشوئها، فهي نشأت بمناسبته ومستندةً عليه ، وأَنَّ الرابطة لا تزول تمامًا بين العقد الذي نشأ بصورة الكفالة التجارية وبين العقد الأصلي الذي بسببه وجدت[٣] ، وبناءً على ذلك يجب الإشارة إلى أنّ التبعية في عقد الكفالة التجارية لها مدلول آخر ، عمّا هو الحال في نطاق الكفالة المدنية ، ففي الكفالة المدنية أنّ صفة التبعية تعني انّ الكفيل يلتزم بجميع ما إلتزم به الطرف المكفول مع تعلقها بالعقد الذي وجدت من أجله[٤].

في حين أنّ الأمر ليس كذلك ولا يستقيم بهذه السهولة ؛ لأن الكفالة التجارية تلازمها قاعدة إستقلال التواقيع[٥]. لها دورا كبيرًا في نطاق هذا العقد ؛ لذا أَنّنا نؤيد الرأي القائل بأَنَّ الكفالة التجارية عقد مُستقل بذاته بشروطه وبطلانه عَنْ العقد الذي وجدت لأجله[٦] ، والدليل على ذلك إنَّ بطلان توقيع المدين الأصلي في الكفالة التجارية بصورة عامة ، فضلًا عن الكفالة الصرفية بصورة خاصة لا يؤثر على إلتزام الكفيل الصرفي ، فإلتزام الأخير يبقى صحيحًا ؛ إلّا إذا كان سبب البطلان راجعًا لعيوب خاصة بالشكل[٧].

---

(١) ينظر د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، النظرية العامة للإلتزام ، ج١، المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون سنة نشر ، ص١٤.

(٢) ينظر د. محمد السيد الفقي ، القانون التجاري (الاوراق التجارية ، الإفلاس ، العقود التجارية ، عمليات البنوك) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، ص٦١٥.

(٣) ينظر د. علي البارودي ، العقود التجارية وعمليات البنوك ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠١، ص٣٣٠.

(٤) ينظر د. عبد الرزّاق أحمد السنهوري ، التأمينات الشخصية والعينية ، ج١٠ ، ط٣ ، دار النهضة ، مصر ، ٢٠١١ ، ص٥٥.

(٥) يعرف مبدأ إستقلال التواقيع بأنه (كل شخص يضع توقيعه على الورقة التجارية يكون ملتزم بوفاء قيمتها ، متى ما أمتنع المدين الأصلي عن السداد والتزام كل موقع على الورقة يعتبر مستقلاً عن باقي الموقعين ، فإذا كان أحد هذهِ التواقيع باطلا سبب وجود نقص أو إنعدام أهمية الموقع فإن هذا العيب لا يستفيد منهُ باقي الموقعين) ينظر د. فوزي محمد سامي ، د. فائق محود الشمّاع ، القانون التجاري (الاوراق التجارية) مصدر سابق، ص١٦.

(٦) ينظر د. محمد عزمي البكري ، شرح قانون التجارة الجديد ، دار محمود ، القاهرة ، ص١١٣٨.

(٧) وهذا ما نصّت عليه المادة (٨٢) من قانون التجارة العراقي ذي الرقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤، والتي نصّت على أنّه" اولًا : يلتزم الضامن بالكيفية التي التزم بها المضمون، ويكون التزام الضامن صحيحا ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل".

وعلى صعيد القوانين المقارنة ، فأنّ المشرّع الأمريكي في قانون التجارة الموحد لسنة ١٩٥٢ المعدل ، نصّ على إستقلالية عقد الكفالة التجارية في الفقرة (ب) من الفصل(٣-٤٠٦) من المادة الثالثة من القانون ذاته على أنّه "لا يؤثر الإلغاء أو الشطب من التظهير وفقًا للقسم الفرعي (أ) على حالة وحقوق الطرف المستمدة من التظهير"[١].

أما فيما يخص مَوقف المشرع المصري ، وَعندْ الرجوع إلى قانون التجارة ذي الرقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ ، نجد أنّه نص في الفقرة الثانية من المادة (٤٢٠) ، على أنّه "ويكون إلتزام الضامن الإحتياطي صحيحًا ولو كان الإلتزام الذي ضَمنهُ باطلًا لأي سببٍ آخر، غَير عيب في الشكل".

لم يبق لنا إلّا أن نبين موقف قانوننا العراقي ، فلم يكنْ موقف قانون التجارة العراقي ذي الرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤، بعيدًا عن موقف التشريعات التي سبقت ؛ حيث نصّ في الفقرة الأولى من المادة (٨٢) على أنّه "يلتزم الضامن بالكيفية التي بها المضمون ، ويكون إلتزام الضامن صحيحًا ، ولو كان الإلتزام الذي ضمنه باطلًا ، لأي سبب آخر غير عيب في الشكل" ومن خلال العرض السابق نتوصل إلى نتيجة مؤداها أنّ عقد الكفالة التجارية مستقل من حيث الإبرام عن العقد الأصلي ، أمّا من حيث التنفيذ فهو متوقف على عدم تنفيذ الإلتزام الاصلي.

وعلى أيّة حال فعلاوة على ما ذكر بشأن الكفالة التجارية من خصائص فتتميز الاخيرة بكونها عقدًا محدد المدّة ، ويعرف الأخير على أنّه (ذلك العقد الذي يكون فيه التنفيذ مُستمر مدَّةً مِنْ الزمن ، بعبارةٍ أُخرى هو العقد الذي يكون الزمن عنصرًا جوهريًا فيه ، كما في عقد الإيجار[٢] ، وهذا ما نَجدهُ في عقد الكفالة التجارية، فللإطراف بإتفاقهم أن يحددوا المدَّة التي مِنْ خلالها يبقى العقد قائمًا ، ليرتّب آثاره خلال هذه المُدَّة[٣].

أَمّا إذا لَمْ يتفق طرفا العقد على تحديد مدَّة لعقد الكفالة التجارية ، عندها يحق لأي من الطرفين إنهاء العقد بإرادته المُنفردة بشرط إخطار الطرف الآخر في العقد[٤] ، لذلك تعد عقد الكفالة التجارية عقدًا مستمرًا حَيثُ تمثّل العلاقة القانونية المستمرة بين الدائن والكفيل ، وعلى أي حال هل يمكن لأطراف العقد قصر هذه المدّة أو تمديدها؟ ، وهذا ما سنبحثه في فصل إنقضاء الكفالة التجارية.

---

(1) (b)Cancellation or striking out of an indorsement pursuant to subsection (a) does not affect the status and rights of a party derived from the indorsement.

(٢) ينظر د. سمير عبد السيد تناغوا، مصادر الإلتزام، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص١٨.

(٣) ينظر د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ٣٣.

(٤) ينظر د. محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك ، جامعة الملك سعود ، الرياض ، ١٩٨٤، ص٢٤٥.

رابعًا- عقد الكفالة التجارية عقد ضمان شخصي

تعد الكفالة التجارية بصورة عامة من عقود الضّمان ، ويترتب على ذلك بأن يلتزم الكفيل إلتزامًا شخصيًا بضم ذمته إلى ذمة المدين ، مالم يتفق على غير ذلك[١] ، فللدائن أن يرجع على الكفيل أولا ، وليس للأخير الدفع بالتجريد أمام الدائن ، ومن ثمّ يمنح الدائن ضمانًا شخصيًا بالوفاء بما إلتزم فيه المدين الاصلي وبرأينا هذا أهم ما يميز الكفالة التجارية[٢].

على كل حال فالضّمان معناه (إلتزام المدين الأصلي والكفيل مسؤولية شخصية في جميع أموالهم)[٣] ، أما في نطاق الكفالة التجارية ، يتبادر إلى الذهن تساؤل مفاده ماذا يقصد بالضمان في نطاق الكفالة التجارية ؟

وللإجابة عن ذلك التساؤل نقول: أنّ القوانين المقارنة كما أشرنا سابقًا قد أكتفت بالإشارة إلى الكفالة التجارية تحت مسمى الضمان[٤]، وهذا ما لا يتلائم وطبيعة الكفالة التجارية فالأخيرة عقد ضمان شخصي ؛ لذا نقترح على المشرع العراقي أن يتبنى تسمية الكفالة لتجارية لما لها مدلول خاص في مدى حق الدائن بالضمان العام على ذمة الكفيل والمدين الأصلي ، فالكفيل لا يرهن امواله ضمانًا لدين الدائن ، وكذلك الأخير فهو لا يحصل على حق عيني تبعي على أموال الكفيل ، بل ان حق الدائن يتركز على الضمان العام للكفيل والمدين الأصلي.

ومن جانب آخر قد يكون للدائن أكثر من مدين على سبيل التضامن ، وهذا ما يوفره الأخير من مزايا ، فالتضامن مفترض وبنص القانون في المسائل التجارية[٥] ،وعلى منحى موقف القانون الملغى لسنة ١٩٧٠، الذي نص على التضامن ، نجد أنّ قانون التجارة الحالي لسنة ١٩٨٤ ، نص في الفقرة الاولى من المادة (٨٢) على أنّه " يلتزم الضامن بالكيفية التي التزم بها المضمون ، ويكون التزام الضامن صحيحا ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر

---

(١) ينظر عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص٣٣.

(٢) ينظر المادة (٢٩٠) من قانون التجارة العراقي المرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤، والتي نصّت على أنّه" لا يجوز للمصرف أن يرفض الأداء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالآمر أو المستفيد او علاقة الآمر بالمستفيد".

(٣) وهذا ما نصّت عليه المادة (٢٦٠) من القانون المدني العراقي ذي الرقم ٤٠ لسنة ١٩٤١ ، بأنه "اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه".

(٤) ينظر فيما سبق من البحث ، ص٧.

(٥) حيث نصت المادة (٤٧) من قانون التجارة المصري على أنّه "يكون الملتزمون معا بدين تجاري متضامنين في هذا الدين ، مالم ينص القانون او الإتفاق على غير ذلك".

غير عيب في الشكل ".من خلال ما تقدم من قول يستطيع الدائن الرجوع على أي من الملتزمين بموجب التضامن في سبيل مطالبتهم بالوفاء.

خامسًا- الكفالة التجارية عمل تجاري

تعد الكفالة التجارية عَمَلًا تجاريًا ، وبما أنّ الأخيرة يمتد نطاقها لتشمل أعمال المصارف ؛ فهي بذلك تستمد تجاريتها كونها أَحد الأَعمال التي أَسبَغَ عليها المُشرع العراقي بصورة خاصة والتشريعات المقارنة بصورة عامة الصفة التجارية ومن ثمّ تستمد الكفالة التجارية معيار تجاريتها ؛ كونها من نظرية الأعمال التجارية لذاتها أو بطبيعتها[١].

وهنا يتبادر للذهن تساؤل مفاده ، هل تعد هذه الأعمال تجارية لكل من المصرف والدائن على حدٍ سواء أَمْ تعتبر تجاريةٍ لأَحدهما ومدنية بالنسبة للآخر؟

بادئٍ ذي بدءٍ لابُد لنا أَنْ نشير إلى أنَّ أَغلب القوانين ذَهبت إلى إعتبار جميع العمليات التي تقوم بها المصارفْ تجارية دائمًا بغض النَظر عن صِفة المتعامل بها ، وهذا ما أكد عليه المشرع العراقي حيث عدَّ جميع عمليات المصارف تجارية بشرط أَن تكون بقصد الربح ، وهذه الصفة نجدها واضحةً في عقد الكفالة التجارية ، فالمصارف تتقاضى أَجر أَو فائدة مقابل تقديم خدماتها لعُملائها فهي لا تقوم بذلك تبرُعًا لهم[٢] ، كما ذهب المشرع إلى إفتراض هذ القصد إبتداءً مالم يثبت العكس[٣].

أمّا بالنسبة إلى إسباغ هذه الصفة للدائن فهناك من ذهب لإسباغ الصفة التجارية على الكفالة التجارية تبعًا لصفة الكفيل ، فهو تجاري إنْ كانَ ممنوحًا لأَشخاص مِن التجار ومدنيًا إذا كان قد منح لأَشخاص من غير التجار[٤] ، وبرأينا أَنَّ هذا الرأي غير مقبول من الناحية العملية لما قد يسببه من ضررٍ بمصلحة المصرف الذي يقوم بتقديم التسهيلات للتجار وغير التجار ، فبموجب الرأي السابق إذا تمت الكفالة التجارية لأشخاص من غير التجار فأنّ ذلك قد يحرم

---

(١) نصت المادة (١٣/٥) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ على انَّه "تعتبر الاعمال التالية أعمالاً تجارية إذا كانت بقصد الربح ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس ومنها:- ١٣ /عمليات المصارف" ، وتقابلها المادة (٩/٥) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حيث نصَّت على أنَّه "تعد الاعمال التالية تجارية إذا كانت مزاولتها على وجه الإحتراف : - و- عمليات البنوك والصرافة" ، كذلك تقابلها المادة (٥) من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠، وتقابلها المادة ٦/د من قانون التجارة الاردني.

(٢) ينظر د. محمد حسن الجبر، مصدر سابق، ٢٣١.

(٣) ينظر نص المادة (١٣/٥) من قانون التجارة العراقي.

(٤) ينظر د. حسني المصري ، القانون التجاري (الأوراق التجارية) ، بدون جهة نشر ، ١٩٨٧، ص٨٣.

المصرف مِنْ التمتع بالمزايا التي تمنحها الصفة التجارية لـه ، كـأن يتقاضـى فوائد على مُتجمد الفوائد التي ترتبها الأخيرة[١] ، أَو أن يتمسك بسعر الفائدة التجارية[٢].

أمّـا فـي نطـاق الأوراق التجاريـة ، فتتسم الكفـالات التجاريـة بكونهـا عمـلًا تجاريًـا بحسـب شكلها ، وفـي ذات النطـاق وفـي بيـان موقـف القوانين المقارنـة محـل البحـث فـأنّ قـانون التجـارة الموحد لسنة ١٩٥٢ ، نص في الفقرة (أ) من القسم (١-٣٠١) ، من المـادة الأولـى علـى أنّـه "باستثناء مـا هـو منصـوص عليـه خلافًـا لـذلك فـي هـذا القسـم ، عنـدما يكـون لمعاملـة مـا علاقـة معقولة بهذه الولاية وأيضًا بولاية أو دولـة أخرى يجـوز للأطـراف الاتفـاق علـى أن قـانون هـذه الولاية أو أي دولة أو أمة أخرى يجب أن يحكم حقوقهم وواجباتهم."[٣] ، ومن هنـا يتبـين لنـا أن القانون الامريكي قد ترك للأطراف سلطة إختيار القانون الذي يحكم معاملاتهم محل التصرّف.

أما فيما يخص قانون التجارة المصري لسنة ١٩٩٩، وفي نطلق الأوراق التجاريـة نجد أنّه نصّ في المادة (٣٧٨) على أنّـه "تسري أحكـام هذا البـاب علـى الكمبيـالات والسـندات لأمـر والشيكات ، وغيرها من الأوراق التجارية الأخرى ، أيًا كانت صـفة ذوي الشـأن فيهـا أو طبيعـة الأعمـال التـي أنشـأت مـن أجلهـا" ، ومـن هنـا يتبـين لنـا أنّ المشـرّع المصـري ، إفتـرض الصـفة التجاريـة علـى الأوراق التجاريـة والأعمـال التـي تقـع فـي نطاقهـا فضـلًا عـن الأشـخاص الـذين يباشرون هذه الأعمال.

ومن الملاحظ على أنّ المشرّع العراقي في قانون التجارة ذي الرقم ١٩٨٤ ، لـم يبتعد عن موقف القوانين محل المقارنة ، بل إنّه كان أكثر صراحة فـي المـادة (٦) والتـي نصّـت علـى أنّـهُ "يكون إنشاء الاوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها عملًا تجاريًـا ، بصـرف النظـر عـن صـفة القائم بها ونيته" .

لذلك بدورنا نؤيد موقف المُشرّع العراقي الذي عدّ الكفالة التجاريـة عقدًا تجاريًـا لطرفيـه بغض النظر عن صفة الشُركاء ولأَنَّ العقد نشـأ فـي بيئـةٍ تجاريـة وتطـور فيهـا وفقًـا لمـا إِقتضـتهُ

(١) هذا ما نصّت عليه المادة (١٧٤) من القانون المدني العراقي على أنّه "لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز في أي حال أن تكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية".

(٢) هذا ما نصّت المادة (١٧٥) من القانون المدني العراقي على أنّه "الفوائد التجارية التي تسري على الحساب الجاري يختلف سعرها القانوني بإِختلاف الجهات ويتبع في طريقة إحتساب الفوائد المركبة في الحساب الجاري ما يقضي به العرف التجاري".

(3) (a)Except as otherwise provided in this section, when a transaction bears a reasonable relation to this state and also to another state or nation the parties may agree that the law either of this state or of such other state or nation shall govern their rights and duties.

متطلبات العمل التجاري وما إقتضتهُ الضرورة العملية ، فهو نظام وضعَ لسد حاجة التجارة والتُجار ، فإذا وقعَ بين التجار وغير التجار وجب للأخير الخضوع لقواعده دونَ أَنْ يكون لصفة العُملاء أو العمليات مِنْ أَثر[١].

سادسًا- الكفالة التجارية عقد قائم على الإعتبار الشخصي

أَصبحَ مِن الواضح لدينا أَنَّ الكفالة التجارية عقد وليد إتفاق بينَ طرفيه ، وبِما أَنَّ المصرفْ يعد طرفًا في العقد ، لذلك فليس من اليسير أَن يبدي الأخير موافقتهُ.

فأن الكفالة التجارية وإِنْ لَمْ تتضمَّن منح العميل (المدين الأصلي) ، إئتمانًا ماليًا إِلّا أَنَّهُ يَخلق مظهرًا يَطمئن الغير إِلى التعامل معه ؛ ممّا قد يستغلهُ العملاء في غشهم[٢] .

فلابُدَّ من توافر شروط معينة في طالب الكفالة ، كقوة جدارتهم المالية فضلًا الشخصية ، فشخصية العميل محل إِعتبار لدى المصرفْ[٣] ، بعبارةٍ أُخرى أَنَّ هذا العقد يولد آثار تكون بمثابة مخاطر قد تضع الكفيل في مركزٍ لا يتحقق فيه التوازن من حيث الدائنية والمديونية ممّا قد ينتج عنها ضياع أَمواله ، فلا يقدم عليها طرفا العقد إِلّا إِذا توافرت الثقة الكاملة بينهما[٤] ، ومِنْ المخاطر التي قَد يتعرَّض لها الكفيل إِعسار أَوإِفلاس المدين ، ممّا قد لا يضمن للمصرف إِستيفاء حقه[٥]. وتأسيسًا على ذلك تحرص المصارفْ على إِختيا ر عملائها الذين تتوافر فيهم الثقة الكاملة ليس فقط لمصلحة المصرف الذي قد يتعرض لمخاطر إِفلاس عملائهُ وإِنّما حماية لمصالح الغير أيضًا[٦].

أمّا بالمنسبة إلى الدائن ، فالأخير طرفًا في العقد ومركز الكفيل ذي إعتبار بالنسبة إليه ، فيذهب الرأيٌ إلى أنّ الدائن يلتزم بإعلام الكفيل عن مركز المدين المالي وعن كل الظروف المحيطة بالدين ، فالكفيل في بعض الأحيان قد يجهل ما يحيط بالمدين من ظروف ، فيقع على الدائن إعلام المصرف بالمعلومات التي تخص مركز المدين الأصلي[٧] ،

---

(١) ينظر د. علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، المكتبة القانونية ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص٢٧١.

(٢) ينظر د.فوزي محمد سامي - د. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص٢٨.

(٣) هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في الطعن المرقم ٣٧١،٤٠١ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٤/٥/١٣.

(٤) ينظر د. علي البارودي ، مصدر سابق ، ص٣٢٨.

(٥) ينظر د. إلياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، عمليات المصارف ، ج٣ ، منشورات بحر المتوسط ، بيروت ، ١٩٩٦، ص٣٧٠.

(٦) ينظر د. عادل علي المقدادي ، عمليات البنوك ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، ٢٠١٤ ، ص٢١٨.

(٧) ينظر د. عبد الرزّاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص٣٤.

مِنْ خلال ما تقدّم يتّضح لنا بأنَّ ليس هنالك ما يَلزم المصرفْ بتقديم ذمته المالية لمَن يطلبها إلّا بَعد أَنْ يخضع مقدمي الطلب إلى سِلسلةٍ من التحريات والإِجراءات التي تَجعل المصرف يطمئن إِلى العميل المتعاقد الذي قد يُسئ بعض الأحيان إِستعمال هذه الثقة ممّا يجعل المصرف معرضًا إلى قيام المسؤولية بصورةٍ أَو بأخرى[1].

(١) ينظر د. محمد عزمي البكري ، مصدر سابق ، ص١٨٤.

المَطلب الثاني

ذاتية الكفالة التجارية

أَنَّ الكفالة التجارية هي ذلك العقد الذي يلتزم بموجبه شخصين أَو أَكثر حسب الأحوال سواء أكانوا أشخاصًا طبيعيين أم أشخاصًا معنويين ، وهذا العقد كأي عقد يتميز بخصوصية تفرده عن باقي العقود التي يتداخل معها ؛ ذلك أنّ الكفالة التجارية ذاتيه تبرز تارة من الصور التي تنبثق عنها ، وتارة أخرى تستمد من الطبيعة القانونية التي تُميز هذا العقد عَن العقود الأُخرى ، ومن هنا سَنقوم بتقسيم هذا المَطلب إِلى فرعين ، الفرع الأَول لبيان صور الكفالة التجارية ، أَمَّا الفرع الثاني ، والذي يكون لبيان طبيعتها القانونية ، وكالآتي:

الفرع الأول

صور الكفالة التجارية

للكفالة التجارية صور عدّة ، تختلف كُل صورة مِنْ هذه الصور عَنْ غيرها حَسب شكل كل منها وحسب النطاق القانوني الذي تشغله. فَتارةً نجد أن الكفالة التجارية ، كفالة صرفية تخضع بدورها لأحكام قانون الصرف ، وتارة أخرى نجدها كفالة مصرفية تخضع للقواعد القانونية التي تحكم العمليات المصرفية ، لذلك إرتأينا تقسيم هذا الفرع على شكل فقرات وكما يلي:-

أولاً- الكَفالة الصَرفية

لعلّ من أبرز صور الكفالة التجارية الكفالة الصرفية ، ونرى أنّ هذه التسمية جاءت على لسان بعض من الفقهاء والقضاء الفرنسي الذ أكدّ على ذلك حيث جاء في قرار على لسانها أنّه" الذي يوقع على كمبيالة معيبة ككفيل بالمعنى الصرفي، لا يعتبر كفيلا بالمعنى المتعارف عليه في القانون المدني وقانون المستهلك، إذا كان شرط البينات الواجب قانونيا كتابتها بخط اليد منعدمًا، هناك فرق بين الكفالة الصرفية، والكفالة العادية التي ينظم قواعدها القانون المدني وقانون المستهلك".[1] ونستنتج أنّ أساس هذه التسمية يكون من خلال القواعد القانونية التي تحكم هذا النوع من الكفالات التجارية والتي تتمثل بقواعد قانون الصرف وتطبيقًا لذلك فقد تعددت

(١) ينظر أ.د. ناصر أحمد إبراهيم النشوي ، موقف الشريعة الإسلامية من التعامل بالأوراق التجارية (دراسة فقهية قانونية تأصيلية مقارنة) ، دار الفكر الجامعي-الإسكندرية ، ٢٠١١ ، ص٨٠٦ ، كذلك ينظر قرارات محكمة النقض الفرنسية ، رقم ١٦-١٣٥٩٧ بتاريخ ١٩ نوفمبر، ٢٠١٧ قرار منشور على الموقع الألكتروني .https://www.rjcc.fr/2017/11/62.html

تعريفات الفقه للكفالة الصرفية حسب الزاوية التي ينظر إليها فهنالك من عرفّها بأنّها(الكفالة التي يكفل بمقتضاها احد الموقعين على الورقة التجارية في التزامه بضمان القبول أو الوفاء أو كلاهما)[1] ، ومن هنا يلاحظ على هذا التعريف انّه عرّف الكفالة الصرفية بالكفالة وهذا الأمر لا يستقيم منطقًا وقانونًا فلا يمكن تعريف الشيء بالشيء نفسه. وعلى النهج ذاته عرّفها إتجاه آخر بأنّها (تلك الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانًا إحتياطيًا ، أو من تظهير هذه الأوراق)[2] ، من خلال التعريفات المذكورة يتبادر للذهن تساؤل مؤدّاه هل نصّت التشريعات المقارنة على الكفالة الصرفية فعلًا؟

جوابًا عن ذلك التساؤل نقول انّه بما أنّ الكفالة التجارية تخضع للقواعد التي تحكم التعامل بالأوراق التجارية والتي نصّت عليها قوانين التجارة ، ذلك أنّ القوانين نصّت على الكفالة الصرفية ، وفيما يخص موقف المشرّع الأمريكي فأن قانون التجارة الأمريكي الموحد لسنة ١٩٥٢ المعدّل لم ينص صراحة على الكفالة الصرفية إلّا أنّه يمكن فهم ذلك من خلال المادة الثالثة التي تناولت (الصكوك القابلة للتداول) حيث نصّت الفقرة الثالثة من القسم (٣-١٠٤) على أنّه "لا يذكر أي تعهد أو تعليمات أخرى من قبل الشخص الواعد أو الآمر بالدفع ، للقيام بأي فعل بالإضافة إلى دفع الأموال ، لكن الوعد أو الأمر قد يحتوي على: (١) تعهد أو سلطة لتقديم ضمانات أو الحفاظ عليها ، أو حمايتها لتأمين الدفع" ، (٢) تفويض أو سلطة للمالك للاعتراف بحكم أو تحقيق أو التخلص من الضمانات ، أو (٣) التنازل عن منفعة أي قانون مخصص لمصلحة أو حماية الملتزم ، (٤) شرط يحدد القانون الذي يحكم الوعد أو الأمر ، أو (٥) تعهدًا بحل نزاع يتعلق بالوعد أو الأمر في نطاق محدد[3] ، ذلك نجد أنّ المشرّع الأمريكي أشار إلى الكفالة الصرفية تحت مسمّى الضمان وحدد نطاقها في دائرة الأوراق التجارية ، فهي بذلك كفالة صرفية تخضع بدورها لأحكام قانون الصرف.

---

(١) ومنهم ينظر أ.د. ناصر أحمد إبراهيم النشوي ، موقف الشريعة الإسلامية من التعامل بالأوراق التجارية (دراسة فقهية قانونية تأصيلية مقارنة) مصدر سابق ، ص٨٠٦.

(٢) ينظر د. صلاح الدين الناهي ، المبسوط في الاوراق التجارية (دراسة موازنة) ، دار العروبة - بغداد ، ١٩٦٥ ، ص٣٩٥.

(3)does not state any other undertaking or instruction by the person promising or ordering payment to do any act in addition to the payment of money, but the promise or order may contain (i) an undertaking or power to give, maintain, or protect collateral to secure

payment, (ii) an authorization or power to the holder to confess judgment or realize on or dispose of collateral, or (iii) a waiver of the benefit of any law intended for the advantage or protection of an obligor, (iv) a term that specifies the law that governs the promise or order, or (v) an undertaking to resolve in a specified forum a dispute concerning the promise or order.

أمّا المشرّع المصري فنلاحظ أنّه لم يبتعد كثيرًا عن موقف المشرّع الأمريكي ذلك أنّ قانون التجارة المصري لسنة ١٩٩٩، لَم ينص صراحة على الكفالة الصرفية إلّا أنّه أشار إليها بصورة غير مباشرة في مجال التعامل بالأوراق التجارية ، وعلى وجه التحديد تحت مسمى الضمان الإحتياطي ، وهذا ما نصّت عليه المادة (٤١٨) من القانون التجارة المصري ، بنصّها على أنّه " يجوز ضمان وفاء مبلغ الكمبيالة كلّه أو بعضه من ضامن إحتياطي".

وعلى صعيد تشريعنا العراقي وعلى ذات النهج نجد ان المشرّع العراقي نصّ على الكفالة الصرفية بصورة غير مباشرة في دائرة الأوراق التجارية في المادة (٨٠) من قانون التجارة العراقي المرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ والتي نصت على أنّه" يجوز ضمان وفاء مبلغ الحوالة كله أو بعضه من أي شخص ولو كان مّمن وقعوا عليها".

هكذا يتضح لنا أن التشريعات المقارنة ومنها مشرّعنا العراقي لم تنص صراحة على الكفالة الصرفية إلّا إنّه يمكن فهم ذلك بصورة غير مباشرة من خلال تبنيها مصطلح الضّمان ، فضلًا عن ذلك لابد للمشرّع العراقي إزالة الغموض الذي يكتنف الكفالة التجارية من خلال توحيد المصطلحات التي تستوعب ما تحتمله من أحكام قانونية لها من الخطورة والأهمية ما يذكر ذلك يمكن طرح تساؤل مؤداه ما هو معيار تجارية الكفالة الصرفية ؟ بعبارة أخرى من أين تستمد الكفالة الصرفية تجاريتها؟

للإجابة عن هذا التساؤل نبين بأن الفقه[١] قسّم الأعمال التجارية عمومًا الى ثلاث طوائف أولها الأعمال التجارية المطلقة أو بالطبيعة أو الأصلية ، وتعرف بأنّها (تلك الأعمال التي إعتبرها المشرّع تجارية لذاتها) ، وثانيها أعمال تجارية حسب شكلها وهي أعمال اكتسبت الصفة التجارية بسبب شكلها . والأخيرة الأعمال التجارية بالتبعية أو النسبية وهي أعمال مدنية في الأصل بيد أنها تكتسب الصفة التجارية لصدورها من تاجر نسبة لحاجاته التجارية[٢].

وهناك من يضيف الى الطوائف التي ذكرناها طائفة رابعة هي الأعمال التي تعد تجارية بالنسبة لطرف ومدنية بالنسبة إلى الطرف الآخر من أطراف العلاقة القانونية. هذا ويجمع الفقه

(١) ينظر د. سميحة القليوبي ، الموجز في القانون التجاري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص٢٣٩. ، د. عزيز العكيلي ، شرح التشريعات التجارية ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، ٢٠٠٨ ، ص١٤٥. ، د. محمد بهجت عبد اللة قايد ، د. أميرة صدقي ، القانون التجاري (نظرية الأعمال التجارية –التاجر- عمليات البنوك- شركات الأشخاص- شركات الاموال- الاوراق التجارية) ، مركز جامعة القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص٤٢.
(٢) ينظر د. محمد بهجت عبد اللة قايد ، د. أميرة صدقي ، نفس المصدر ، ص٤٤.

المقارن على أنّ التعداد الذي أورده المشرّع للأعمال التجارية في قوانين التجارة المختلفة لم يأت على سبيل الحصر بَل على سبيل الدلالة والمثل . ولهذا لم يتوانَ الفقه أو القضاء عن إضافة أعمال تجارية أخرى إلى ما ورد من تعداد لهذه الأعمال. ومن خلال ملاحظة الأعمال التجارية التي جاء بها المشرع العراقي في قانون التجارة يتبين أنّ هذه الأعمال جاءت على سبيل الحصر وليس على سبيل الدلالة(١).

ويمكن أن يضاف الى هذا التبرير في تقديرنا تبرير آخر هو أن المشرع العراقي يرى في قانون التجارة استثناء من القانون المدني والاستثناء لا يجوز التوسع فيه وفي أحكامه . ومع ذلك فإن الظاهر من متن النصوص القانونية هو أن المشرع نفسه لم يستطع حصر هذه الأعمال تماما فلو أمعنا النظر مثلا في نص الفقرة السابعة من المادة الخامسة من قانون التجارة العراقي ذي الرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤والتي نصت على انّه" خدمات مكاتب السياحة والفنادق والمطاعم ودور السينما والملاعب ودور العرض المختلفة الأخرى " ويظهر لنا جليا أن مصطلح " دور العرض المختلفة الأخرى " يعني أنه من المستطاع إضافة أعمال تجارية أخرى مشابهة بالغاية والهدف للإعمال المذكورة في الفقرة السابعة ويؤخذ على هذه الصياغة التي أفرغت بها هذه النصوص تسمح وعن طريق القياس إضافة أعمال تجارية لم يحددها المشرع بالذات . من ناحية أخرى فأنّ القانون لم يأخذ بنظرية الأعمال التجارية بالتبعية. ولم يتعرض أيضاً للعمل التجاري المختلط ، ومن هنا نقترح على المشرع العراقي الأخذ بما جاء ذكره من أعمال.

وبما أن الكفالة الصرفية لا تنفك أن تنشأ بمناسبة ضمان الورقة التجارية بالتالي تكون الإجابة بصدد معيار الكفالة الصرفية في الرجوع إلى موقف القوانين المقارنة ، ذلك أنّ المشرّع الأمريكي لم ينص على معيار تجاريتها إلّا إنّه يمكن لنا أن نستخلص ذلك من خلال نص الفقرة (أ) من من القسم (١-٣٠١) ، من المادة الأولى ، على أنّ " (أ) باستثناء ما هو منصوص عليه خلافًا لذلك في هذا القسم ، عندما يكون لمعاملة ما علاقة معقولة بهذه الولاية وأيضًا بولاية أو دولة أخرى ، يجوز للأطراف الاتفاق على أن قانون هذه الولاية أو أي دولة أو أمة أخرى يجب

(١) وتوضح الأسباب الموجبة للقانون ذلك صراحة بالقول أن المشرع أقام : " نظرية الأعمال التجارية على أساس من تعداد وارد على سبيل الحصر مراعياً في ذلك أن تشتمل على جميع الأعمال التجارية التي تقع في حدود التصور المعقول أخذا بالاعتبار حقائق الأوضاع التجارية والاقتصادية في القطر نقلًا عن د.باسم محمد صالح ، القانون التجاري(النظرية العامة، التاجر، العقود التجارية، الاعمال المصرفية) ، مطبعة جامعة بغداد، بغداد ، ١٩٨٧، ص٤٥.

أن يحكم حقوقهم وواجباتهم." [1] ، ومن هنا يتبين لنا أنّ القانون الأمريكي قد ترك للأطراف سلطة إختيار القانون الذي يحكم معاملاتهم محل التصرّف.

أمّا فيما يخص قانون التجارة المصري لسنة ١٩٩٩، وفي نطلق الأوراق التجارية ، نجد أنّه نصّ في المادة (٣٧٨) على أنّه "تسري أحكام هذا الباب على الكمبيالات والسندات لأمر والشيكات ، وغيرها من الأوراق التجارية الأخرى ، أيًا كانت صفة ذوي الشأن فيها أو طبيعة الأعمال التي أنشأت من أجلها". ومن خلال النص يتبين نّ المشرّع المصري نصّ مباشرةً على تجارية الكفالة الصرفية من خلال إفتراضه إبتداءً هذه الصفة على الأوراق التجارية والأعمال التي تقع في نطاقها فضلًا عن الأشخاص الذين يباشرون هذه الأعمال.

أمّا في العراق نجد انّ المشرّع العراقي نصّ صراحة في المادة السادسة من قانون التجارة المرقم ١٩٨٤، على أنّهُ "يكون إنشاء الاوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها عملًا تجاريًا ، بصرف النظر عن صفة القائم بها ونيته". من خلال ذلك نرى أنّ المشرّع العراقي لم يتطرق صراحة للكفالة الصرفية كنوع خاص للكفالة التجارية ، إلا انّه كان أكثر وضوحًا من المشرعّين الذين سبق ذكرهم ، من خلال إسباغ الصفة التجارية على الكفالة التجارية بصورة عامة والكفالة الصرفية بصورة خاصة ، حيث تكتسب الأخيرة صفتها التجارية من مجرد التعامل بالأوراق التجارية التي حددها المشرع العراقي ، ومن خلال نظرية الأعمال التجارية الشكلية والتي نصّ عليها المشرّع العراقي في المادة السادسة.

ومن خلال كل ما تقدم نجد أنّ للكفالة الصرفية دور كبير في نطاق الأوراق التجارية ، ومن خلالها تكتسب الصفة التجارية .

ثانيًا- الكفالة المصرفية

تعد الكفالة المصرفية اليوم من أهم أنواع الكفالات التجارية التي تقدمها المصارف خدمة لعملائها ، ومن ثمّ يندرج هذا النوع من الكفالات ضمن إطار الكفالة التجارية ، وفي نطاق تعريف الكفالة المصرفية هناك من يعرّفها بأنّها (التصرف الذي يتعهد بمقتضاه البنك في مواجهة الغير بتأدية الالتزام الذي يتحمله عميله تجاه هذا الغير إذا لم يقم العمل بتأديته بنفسه)[2]. ويعرفّها آخر بأنّها (الكفالة المقدمة من أحد البنوك لضمان دين أحد عملائها مقابل

(1) (a)Except as otherwise provided in this section, when a transaction bears a reasonable relation to this state and also to another state or nation the parties may agree that the law either of this state or of such other state or nation shall govern their rights and duties.

(٢) ينظر د. راقية عبد الجبّار ، مصدر سابق ، ص٩٨.

عمولة معينة)[1] ، من خلال التعريفات يتضح لنا أنّه بما أن الكفالة التجارية بصورة عامة والكفالة المصرفية بصورة خاصة يكون المصرف طَرفًا رئيس فيها فهي بذلك تؤدي دورًا مهمًا ومميزًا في البيئة التجارية.فضلًا عن ذلك أنّ للمصرف (الكفيل) الدور الكبير في إضفاء الصفة المصرفية عليها لما يقدمه المصرف من دور كبير في هذا النوع من الكفالات التجارية ؛ لذا يمكن لنا أنْ نعرّف الكفالة المصرفية على أنّها (العقد الذي بموجبه يلتزم مصرف أو اكثر مقابل عمولة معينة وخلال مدة معينة ، بتنفيذ إلتزام العميل المكفول إذا لم يقم به الأخير بنفسه). ومن خلال كل ذلك نشير إلى نقطة مهمة وهي بأنّ الكفيل التجاري(المصرف) شخص رئيس في هذا النوع من الكفالات التجارية فتخلّف المصرف فيها لا يمكن أن تسمى الكفالة التجارية ب(الكفالة المصرفية) ؛ لما يقدّمه المصرف من دور رئيس وهام فيها ، فضلًا عن التسهيلات والخدمات التي يقدمها لأطرافها.

وعلى صعيد القوانين فأنّ المشرّع الأمريكي لم ينص مباشرة على الكفالة المصرفية ، إلّا أنّنا نستشف ذلك من خلال العمليات التي تقوم بها المصارف خدمة لعملائها بصورة كفالة مصرفية يكون فيها المصرف طرفًا رئيس ، وهذا ما نصّ عليه الفصل (٥-١٠٤) من المادة الثالثة من قانون التجارة الأمريكي الموحد لسنة ١٩٥٢ المعدل ، والتي قضت على أنّه " قد يكون خطاب الاعتماد أو التأكيد أو النصيحة أو التحويل أو التعديل أو الإلغاء ، صدر بأي شكل يكون بمثابة سجل و توقيع"[2].

أما فيما يخص موقف المشرّع المصري ، فأن قانون التجارة المصري لسنة ١٩٩٩ المعدل لم ينص صراحةً على الكفالة المصرفية ، ومن خلال تحليل النصوص القانونية ذلك أنّنا نستشفي ذلك من خلال الباب الثالث الذي جاء فيه عمليات البنوك وعلى وجه التخصيص في البند تاسعًا ما يسمى بخطاب الضّمان حيث نصت المادة (٣٥٥) على أنّه "١- خطاب الضمان تعهد مكتوب يصدر من البنك 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 ومن دون اعتداد بأية معارضة".

(١) ينظر د. حسني محمود عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص٥٧.

(2)**Section 5-104. Formal Requirements.**
A letter of credit, confirmation, advice, transfer, amendment, or cancellation may be signed.

وعلى النهج ذاته فأنّ المشّرع العراقي المرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ لم ينص صراحة على الكفالة المصرفية ، إلّا أنّه يمكن فهم ذلك ضمنًا من خلال تنظيمه الأعمال المصرفية في الفصل الثاني وعلى وجه الدّقة فأنّ الفرع السابع أشار إلى خطاب الضمآن في المادة (٢٨٧) والتي نصّت على انّه" خطاب الضمان تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب احد المتعاملين معه (الامر) بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين لشخص اخر (المستفيد) دون قيد او شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ، ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله".

من خلال كل ما تقدم نلاحظ أنّ التشريعات المقارنة لم تنص مباشرة على الكفالة المصرفية إلّا إنّها أشارت إليها ضمنًا في العمليات المصرفية وعلى وجه الخصوص من خلال خطاب الضمان ، الذي يكون على شكل تعهد للدائن بالوفاء بإلتزام محله مبلغ من النقود خلال مدة معينة وهذا ما يتلائم وطبيعة الكفالة التجارية بصورة عامة ، والكفالة المصرفية بصورة خاص. وفي النطاق ذاته يتبادر للذهن سؤال مفاده ما هو معيار تجارية الكفالة المصرفية؟ وبعبارة أخرى من أين تكتسب الكفالة المصرفية تجاريتها؟

وللإجابة عن سؤالنا نقول: أنّه بما أنّ الكفالة المصرفية يكون المصرف طرفًا رئيسًا فيها ذلك أنّها تكتسب صفتها التجارية ؛ كونها من الأعمال الطبيعية التي أضفى عليها المشرّع الصفة التجارية إذا كانت صادرة من مصرف ، وفي نطاق القوانين المقارنة نرى ان المشرع الأمريكي في قانون التجارة الموحد ، ترك هذا الأمر إلى إرادة المتعاقدين لإختيار القانون الذي يحكم معاملتهما محل التصرف[١].

أمّا فيما يخص المشرّع المصري فأنّ قانون التجارة المصري المرقّم (١٧) لسنة ١٩٩٩، نصّ في المادة الخامسة على أنّه "تعد الأعمال تجارية إذا كانت مزاولتها على سبيل الإحتراف: و/ عمليات البنوك والصرافة".

أمّا المشرّع العراقي فقد سار على ذات النهج الذي سار عليه المشرع المصري ذلك أنّ قانون التجارة العراقي المرقم (٨٤) لسنة١٩٨٤، نصّ في المادة الخامسة على أنّه "تعتبر الاعمال التالية اعمالاً تجارية اذا كانت بقصد الربح ، ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس : ثالث عشر/عمليات المصارف".

(1)(a)Except as otherwise provided in this section, when a transaction bears a reasonable relation to this state and also to another state or nation the parties may agree that the law either of this state or of such other state or nation shall govern their rights and duties.

من خلال كل ما تقدم نتوصل إلى نتيجة مفادها أنّ التشريعات المقارنة وفي مقدمتها المشرّع العراقي نصّ على معيار تجارية الكفالة المصرفية ، ويعد هذا المعيار هو معيار الاعمال التجارية بطبيعتها.

ومن هنا تجدر الإشارة إلى أنّ القوانين المقارنة وعلى وجه الخصوص قانون التجارة المصري لسنة ١٩٩٩ ، فضلًا عن قانون التجارة العراقي لسنة ١٩٨٤ ، قد فرّقت بين العقود التجارية والعمليات المصرفية ، ومن هنا يتبادر لدى الذهن تساؤل مؤداه ما هو المعيار الذي وضعته التشريعات المقارنة للتفريق بين العقود التجارية ، وأعمال المصارف على إعتبار أنّ الكفالة التجارية تصرف قانوني؟

وعند الرجوع إلى نصوص القوانين المقارنة نرى أنها قد أجابت عن تساؤلنا ؛ حيث وضعت قوانين التجارة معيارًا شخصيًا مفاده ، أنّ الأعمال تعد مصرفية إذا كان المصرف طرفًا رئيسًا في العقد ، على عكس العقود التجارية والتي لا يشترط فيها أن يكون المصرف طرفًا رئيسًا في العقد[١] ، وهذا ما نصّت عليه التشريعات محل المقارنة حيث نجد أنّ قانون التجارة الأمريكي لسنة ١٩٥٢، المعدل لم يفرق بين العمليات المصرفية والعقود التجارية صراحة ، إلاّ أنّه يمكن أن يفهم ذلك ضمنًا ، من خلال إشارته إلى بعض الأعمال المصرفية في الفقرة (أ) من الفصل (٤أ-١٠٣) ، من المادة الرابعة/أ ، تحت عنوان (الودائع والتحصيلات المصرفية) ، والتي نصت على أنه "أمر الدفع" يعني تعليمات من المرسل إلى البنك المتلقي ، يتم إرسالها شفهيًا أو إلكترونيًا أو كتابيًا أو في سجل ، لدفع أو دفع بنك آخر ، مبلغًا ثابتًا أو يمكن تحديده من المال إلى المستفيد"[٢] ،على خلاف العقود التجارية ، فقانون التجارة الأمريكي

---

(١) لم تشترط التشريعات المقارنة ان عندما عرفت العقود التجارية ، كون المصرف طرفًا رئيسًا في العقد ، فعلى سبيل المثال نرى انّ قانون التجارة المصري لسنة١٩٩٩ عرّف عقد نقل التكنلوجيا بأنّه" عقد نقل التكنولوجيا اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات ولا يعتبر نقلاً لتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع . ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل تكنولوجيا ، أو كان مرتبطاً به" أمّا المشرع العراقي فنرى انّه عرف عقد الحساب الجاري في المادة (٢١٧) ، على أنّه" عقد يتفق بمقتضاه شخصان على ان يقيدا في حساب عن طريق مدفوعات متبادلة ومتداخلة الديون الناشئة عن العمليات التي تتم بينهما، من تسليم نقود او اموال او اوراق تجارية قابلة للتمليك وغيرها، وان يستعيضا عن تسوية هذه الديون عن كل دفعة على حدة بتسوية نهائية ينتج عنها رصيد الحساب عند غلقه.".

(2)**Section 4A-103. Payment Order –Definitions.**

(a) In this Article:

(1) "Payment order" means an instruction of a sender to a receiving bank, transmitted orally, to pay, or to cause another bank to pay, a fixed or determinable amount of money to a beneficiary.

لم يشترط أن يكون المصرف طرفًا فيها ، وهذا ما نصّت عليه المواد (٣-٤)[١] ، عندما عرفت عقود البيوع التجارية ، فضلًا عن الإيجارات من القانون ذاته.

وعلى عكس قانون التجارة الامريكي فأنّ المشرع المصري كان أكثر صراحة في قانون التجارة المرقم (١٧) لسنة ١٩٩٩، حيث أفرد أحكام خاصة بالعقود التجارية والأعمال المصرفية التي خصص لها بابًا خاصًا ، حيث نصّت المادة(٣٠٠) من القانون ذاته ، على انّه " مع مراعاة ما تقرره الفقرة الثالثة من المادة ٣٦١ من هذا القانون ، تسرى أحكام هذا الباب على العمليات التي تعقدها البنوك مع عملائها تجارا كانوا أو غير تجار وأيا كانت طبيعة هذه العمليات".

أمّا بالنسبة إلى لمشرّع العراقي ، فقد أفرد قانون التجارة العراقي المرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ بابًا لفصلين يكون الفصل الاول منه للعقود التجارية[٢] ، فضلًا عن الفصل الثاني والذي سرد فيه الاعمال المصرفية[٣] وخلاصة ذلك نتوصل غلى نتيجة مفادها أنّ القوانين المقارنة قد فرّقت بين العقود التجارية الأعمال المصرفية والتي يكون المصرف طرفًا رئيسًا وجوهريًا فيها بطبيعة الحال.

(1)

(1) In this Article unless the context otherwise requires “contract” and “agreement” are limited to those relating to the present or future sale of goods. “Contract for sale” includes both a present sale of goods and a contract to sell goods at a future time. A “sale” consists in the passing of title from the seller to the buyer for a price (Section 2–401). A “present sale” means a sale which is accomplished by the making of the contract. (1) In this Article, unless the context otherwise requires: * * *

(h.1) “Hybrid lease” means a single transaction involving a lease of goods and:

(i)the provision of services;

(ii)a sale of other goods; or

(iii)a sale, lease, or license of property other than goods.

(٢) نظّم المشرع العراقي العقود التجالرية في الباب الرابع ، حيث تضمنت هذه العقود عقد الرّهن في المادة (١٨٦) ، فضلا عن عقد الإيداع في المستودعات العامة ، في المادة (٢٠٢) ، والحساب الجاري في المادة(٢١٧).

(٣) ومن الاعمال المصرفية عقد وديعة النقود في المادة (٢٣٩) ، وإجارة الخزائن الحديدية في المادة (٢٤٨).

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للكفالة التجارية

أَصبحَ واضحٌ لنا أن عقد الكفالة التجارية لهُ مِن الخصائص ما يجعله ينفرد عن العقود التي تتشابه معه ؛ ومن هنا نرى أَنَّهُ تثار لدينا إشكالية مفادها أنّه حال ما إذا ثار نزاع بشأن الكفالة التجارية، فتحت أي غطاء قانوني سيدرج القاضي هذا العقد؟ أي بعبارة أخرى هل أنّ الكفالة التجارية من العقود المسمّاة التي نظَّمها المشرع العراقي، أم أنّ الكفالة التجارية عقد غير مسمى وبالتالي ما هي القواعد القانونية التي سيقوم القاضي بتطبيقها على عقد الكفالة التجارية؟

وللإجابة عن ذلك نقول: تعددت الأسئلة حول تحديد الطبيعة القانونية للكفالة التجارية ؛ لذا سنعرض هذه التساؤلات على شكل فقرات ، كل على الوجه التالي:-

أولًا- هل أنّ الكفالة التجارية عقد كفالة مدنية

عرّف المشرع العراقي في قانوننا المدني لسنة ١٩٥١ ، الكفالة المدنية على أنّها "ضم ذمّة إلى ذمّة للمطالبة بتنفيذ إلتزام"[١] أمّا الكفالة التجارية فممكن تعريفها على أنّها(عقد يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر مقابل عمولة بتنفيذ إلتزام إذا لم يقم به المدين بنفسه). وعليه يذهب رأي بإتجاه أنّ الكفالة التجارية عقد كفالة مدنية فهي تخضع بذلك لذات القواعد القانونية التي تحكم الكفالة المدنية ، وقبل بيان رأينا في ذلك يتحتم علينا أن نبين ما يكتنف كل من النظامين من أوجه شبه وإختلاف وعللا شكل نقاط وكما يأتي:-

١- أوجه التشابه:-

من الممكن أن تلتقي الكفالة المدنية مع الكفالة التجارية في إن كل من العقدين يعد من عقود الضّمان الشخصية[٢] والتي توفر للدائن الضمان العام على أموال المدين الاصلي فضلًا عن الكفيل[٣] ، فبموجب ذلك تكون مسؤولية الكفيل والمدين مسؤولية شخصية وتضامنية بجميع أموالهم أمام الدائن.

---

(١) وتقابلها المادة (٧٧٢) من القانون المدني المصري والتي نصّت على أنّه" الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه" .

(٢) ينظر د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص٢٢.

(٣) وهذا ما يتبين من تعريف الكفالة في المادة (١٠٠٨) من القانون المدني العراقي والتي نصّت على انّه" الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام". وتقابلها المدادة (٧٧٢) ، من القانون المدني المصري.

ومن جانب آخر قد تلتقي الكفالة المدنية مع الكفالة التجارية من ناحية أنّ كل من العقدين من العقود التي تقوم على الإعتبار الشخصي[١] ، فتارة نجد هذا الإعتبار قائم بين المدين الأصلي والكفيل إذ لا يمكن للأخير منح الضمان العام إذا لم تتوفر في المدين صفات جوهرية أهمها الثقة والأمان.

وفي جانب آخر نرى أنّ هذا الإعتبار واضحًا بين الكفيل والدائن ، إذ لا يمكن للدائن منح ثقته للمدين مالم تتوفر لدى الكفيل الصفات ذاتها من الثقة والسمعة الجيدة. فضلًا عن أوجه اخرى تعد نقطة إلتقاء كل من العقدين كون كل من العقدين من العقود الزمنية ولرضائية[٢] ، والتي تعد من الخصائص الجوهرية لكل منهما.

٢- أوجه الإختلاف:-

أمّا عن أوجه الإختلاف بين النظامين فتفترق الكفالة التجارية عن الكفالة المدنية في جوانب عدّة أهمها أنّ الكفالة التجارية من عقود المعاوضات[٣] ، فالأخيرة لا تنعقد تبرعًا بل مقابل أجر يتلقاه الكفيل ، ذلك أنّ الأخير لا يضع نفسه أمام مخاطر أبرزها التنفيذ على ذمته المالية من جراء عدم الوفاء دون تلقي مقابل معين[٤] ، أما الكفالة المدنية فهي من عقود التبرعات فلا يكون المقابل من خصائص العقد ، وتكاد لا تغيب عن ذهننا الصفة الجوهرية التي تلاصق الكفالة التجارية كونها عقد مستقل[٥] ، فبموجب ذلك لا يمكن للكفيل في الكفالة التجارية الدفع بالتجريد أمام مطالبة الدائن له بالوفاء على خلاف الكفالة المدنية فالصفة التبعية تكون ملازمة للعقد حتى تمكّن الكفيل من الدفع بالتجريد أمام الدائن ، بأن يطالب المدين الأصلي أولًا بالوفاء ومن ثم الرجوع عليه بالتنفيذ.

ولا تخفى علينا أوجه الإختلاف الأخرى التي تتميز بها الكفالة التجارية عن الكفالة المدنية من حيث المصلحة ، فالكفيل لا يقوم بذلك إعتباطًا بل غالبًا ما تكون هنالك مصلحة ما ترجع على الكفيل بالفائدة ناهيك عن أهم الجوانب الرئيسة التي تنفرد بها البيئة التجارية والمتمثّلة

(١) ينظر د. راقية عبد الجبار ، مصدر سابق ، ص٢٣٦.
(٢) ينظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص٣٧.
(٣) ينظر د. حسني عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص٢٨.
(٤) ينظر ما سبق من البحث ، ص١٢.
(٥) ينظر د. فوزي محمد سامي ، فائق محمود الشّماع ، مصدر سابق ، ص٢٢٨.

بالفوائد[١]. فضلاً عن جوانب رئيسة أهمّها الإختصاص القضائي فضلًا عن صفة الإستعجال[٢].

أمّا الكفالة المدنية فهي تخضع بدورها للإختصاص القضائي المدني وبهذا الشكل وبرأينا نقول: بأنّه لا يمكن أن تعد الكفالة التجارية عقد كفالة مدنية ذلك أنّ للكفالة التجارية خصائص ونظام قانوني يميزها عن غيرها من العقود الأخرى.

ثانيًا- الكفالة التجارية تضامن صرفي

قد تتداخل الكفالة التجارية ونظامًا آخر من الانظمة القانونية التي أقرّها القانون حماية لمصلحة الدائنين لذلك يذهب البعض إلى أنّ الكفالة التجارية ماهي إلّا تضامن صرفي ، ويعرف الاخير بأنّه (وصف يلحق الالتزام في أطرافه فيمنع من انقسامه ، والتضامن الصرفي يفترض أو يكون بناء على اتفاق أو بنص في القانون)[٣]. أمّا الكفالة التجارية فعرّفناها على أنّها (عقد يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر مقابل عمولة ، بتنفيذ إلتزام إذا لم يقم به المدين بنفسه).ومن هنا يتضح أنّ كل من النظامين يتداخلان من جهة ويفترقان من جهة أخرى ، لذلك سنفرد كل من أوجه الشبه والإختلاف على شكل نقاط وكما يأتي:-

١- أوجه التشابه:-

أنّ كل من النظامين يلتقيان بأن كل منهما من أنظمة الضمان الشخصي التي تقدم توثيقًا أكثر للدائن ، ففي الكفالة التجارية يقوم الكفيل بتقديم ذمته المالية مع المدين أمام الدائن ، وهذا ما نجده في التضامن الصرفي والذي بموجبه يتفق المدينين على ضم ذممهم المالية أمام الدائن للتنفيذ عليها عند الوفاء.

---

(١) نصت المادة ١٧١ من القانون المدني العراقي على انّه" اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتاخر المدين في الوفاء به كان ملزما ان يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التاخير فوائد قانونية قدرها اربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ان لم يحدد الاتفاق او العرف التجاري تاريخا اخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره".

(٢) أن اجراءات القضاء المستعجل سريعة جدا بالنسبة لمواعيد الحضور ولسير الدعوى وكذلك بالنسبة لتنفيذ القرار والطعن فيه . كما ان طبيعة القضايا التي يقضي فيها قاضي الامور المستعجلة لابد وان تكون مستعجلة يخشى فيها على الحق من فوات الوقت واخيرا فان القضاء في الامور المستعجلة هو قضاء مؤقت وخاضع لقاعدة اساسية هي عدم المساس باصل الحق . ومن ابرز صور الدعاوى المستعجلة التي تناولها القانون المدني العراقي هي دعوى الحراسة القضائية على الاموال المتنازع عليها اذا خشي عليها خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه فيطلب احد اطراف الدعوى من المحكمة تعيين حارس بصفة مستعجلة لادارة هذا المال فضلا عن التبليغات القضائية ، وسير الدعوى ومواعيد الحضور. ينظر نص المادة (١/١٥٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(٣) ينظر يوسف عودة غانم ، مصدر سابق ، ص١١.

ومن جانب آخر يلتقي التضامن الصرفي مع الكفالة التجارية من حيث إفتراض التضامن في كل من النظامين، فالتضامن الصرفي يفترض في مجال التعامل التجاري وهذا ما نجده في الكفالة التجارية التي تخضع لقواعد قانون الصرف[1] ، فضلًا عن أن النظامين قد يتشابهان أيضًا من حيث عدم إمكان المدين الدفع بالتجريد أمام الدائن ، ففي الكفالة التجارية لا يمكن للكفيل الدفع بالتجريد امام مطالبة الدائن له بتنفيذ الإلتزام الذي يقع على عاتقه ، وهذا ما نراه واضحًا في التضامن الصرفي ذلك أنّه لا يمكن للمدينين المتضامنين الدفع بالتجريد ، ذلك فأنّ جميع الملتزمين يكون إلتزامهم مستقلًا أمام مطالة الدائن لهم بالوفاء ، بعبارة اخرى انّ كل من النظامين يكون الإلتزام فيهما مستقلًا[2].

كما ويقترب التضامن الصرفي من الكفالة التجارية من حيث إمكان تعدد أطراف الإلتزام ، ففي الاخيرة يمكن أن يكون للدائن أكثر من كفيل[3] ، ناهيك عن التضامن الصرفي فأنّ التعدد يعد جوهر الإلتزام.

٢- أوجه الإختلاف:-

أمّا بالنسبة إلى أوجه الإختلاف بين كل من الكفالة التجارية والتضامن الصرفي ، فيمكن لنا تلخيصه في نقطة جوهرية مفادها إنّ التضامن الصرفي ما هو إلّا أثر من آثار الكفالة التجارية فالأخيرة تعرف عللى أنّها (عقد يتفق بمقتضاه شخص أو أكثر مقابل عمولة على وجه التضامن أو بدونه في تنفيذ إلتزام ، إذا لم يقم به المدين بنفسه) ومن ثمّ نتوصل إلى نتيجة مفادها أنّ التضامن ما هو إلّا أثرمن آثار الكفالة التجارية ، أما الأخيرة فهي عقد واسع النطاق له من الخطورة ما يجعله يحتفظ بطبيعته وخصائصه القانونية التي تحكمه.

ثالثًا- الكفالة التجارية ضمان إحتياطي

(١) ينظرنص المادة (٤٧) من قانون التجارة العراقي .

(٢) وهذا ما نصّت عليه المادة (٣٢١) على أنّ"١- اذا كان المدينون متضامنين فللدائن ان يطالب بالدين كله من شاء منهم وان يطالبهم به مجتمعين ومطالبته لأحدهم لا تمنعه من مطالبة الآخرين. ٢- ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء ان يحتج بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر الا بقدر
نصيب هذا المدين اذا كان قد انقضى بوجه من الوجوه ولكن يجوز له ان يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وهو وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعا".

(٣) وهذا ما نصّت عليه المادة (١٠٢٤) من القانون المدني العراقي" اذا تعدد الكفلاء، فان كان كل منهم قد كفل الدين على حدة بعقد مستقبل طولب كل منهم بجميع الدين، وان كانوا قد كفلوا معاً في عقد واحد قسم الدين بينهم وطولب كل منهم بحصته الا اذا كانوا قد كفلوا متضامنين فيما بينهم، ويفترض عدم التضامن ما بين الكفلاء الا اذا اشترط التضامن".

يعرف الضّمان الإحتياطي على أنّه (كفالة يسأل الكفيل بمقتضاها عن الوفاء بقيمة الحوالة التجارية على وجه التضامن)[1] ، أمّا الكفالة التجارية ، فهي(عقد يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر مقابل عمولة ، بتنفيذ إلتزام ، إذا لم يقم به المدين بنفسه) ، ومن خلال ما تقدّم يمكن لنا أن نورد أهم أوجه الشبه والإختلاف بين النظامين وكما ياتي:-

١- أوجه التشابه:-

ومن حيث أوجه الشبه نرى ان كل من الكفالة التجارية والضّمان الإحتياطي من التأمينات الشخصية التي بموجبها يكون الضامن أو الكفيل ملتزمًا شخصيًا بذمته المالية أمام الدائن ، وهو ما يعرف بالضمان العام أمام الدائنين.

ومن جانب آخر تلتقي الكفالة التجارية مع الضّمان الإحتياطي ذلك بأنّهما يخضعان لذات القواعد التي تحكم التعامل في الأوراق التجارية والمتمثلة بقواعد قانون الصرْف ، فضلًا عن صفة التضامن التي تتميز بها الكفالة التجارية والضمّان الإحتياطي سواء كان التضامن بين الكفلاء أنفسهم أم بين الكفيل والمدين ، ولا يغيب عن ذهننا أنّ كلًا من النظامين يعد نظامًا مستقلًا ؛ فلا يستطيع الكفيل بموجبه الدفع بالتجريد أمام الدائن حين المطالبة بالوفاء.

٢- أوجه الإختلاف:-

أمّا فيما يخص أوجه الإختلاف بين كل من النظامين فأنّ هنالك مجموعة من اوجه الإختلاف نبين منها أنّ الضّمان الإحتياطي يكون بصورة كفالة شخصية تارة وفي صورة كفالة عينية تارة أخرى ذلك ان الضمان في مدلوله يشمل العديد من الأنظمة التي لها من الخصائص ما يميزها عن غيرها ، وهذا خلاف الواقع فالكفالة التجارية ما هي إلّا كفالة شخصية ذلك أن الكفيل لا يلتزم إلّا بحدود الضمان العام لدائنيه. فضلًا عن أنّ الكفالة التجارية تتميز عن الضمّان الإحتياطي من حيث النطاق فنطاق الأخير ينحصر في دائرة التعامل بالأوراق التجارية وهذا ما نصّت عليه التشريعات المقارنة[2] على خلاف الكفالة التجارية فأنّها علاوة على ذلك تتسع دائرتها لتشمل مجال التعامل المصرفي والتسهيلات التي تقدمها المصارف خدمةً لعملائها ؛ فهي بذلك تعد من أعمال المصارف بصورة الكفالة مصرفية.

ومن زاوية أخرى يمكن لنا أن نثير إشكالية مؤداها بأن تسمية الضمان الإحتياطي توحي بانّه عقد تابع ولعل ما يؤكد ذلك أنّ المشرع العراقي في قانون التجارة قد تبنى مصطلح الضمان

(١) ينظر د. فوزي محمد سامي ، فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص٢٢٦.
(٢) نظم قانون التجارة العراقي الضمان الأحتياطي في المادة (٨٠) تحت مسمى الضمّان. فضلا عن المشرع المصري الذي نص على الضمان الإحتياطي في المادة (٤١٨).

تاركًا مصطلح الضمان الإحتياطي على خلاف موقف المشرّع المصري في قانون التجارة الذي سمّاها بالضمان الإحتياطي وحسنًا فعل المشرّع العراقي. وبالتالي نستنتج بأن ما الضّمان الإحتياطي إلّا صورة أو تطبيق واحد من تطبيقات الكفالة التجارية.

رابعًا- الكفالة التجارية خطاب الضمان

نظرًا لوجود مجموعة من أوجه التشابه بين الكفالة التجارية وخطاب الضمّان يذهب رأي قائل: بأن الكفالة التجارية خطاب ضمان بطبيعتها[1] ، إلّا إننّا نشكل على هذا الرأي من خلال بيان أهم أوجه الشبه والإختلاف بين النظامين وكما يأتي:-

١- أوجه التشابه:-

أنّ خطاب الضمّان عرفّته أغلب القوانين وعلى رأسها المشرّع العراقي بأنّه "تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) ، دون قيد او شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ، ويحدد في خطاب الضّمان الغرض الذي أنشأ من أجله"[2] ، أمّا الكفالة التجارية فهي كما عرفناها بأنّها (عقد يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر مقابل عمولة معينة تنفيذ إلتزام ، إذا لم يقم به المدين بنفسه) ، ذلك فمن أوجه الشبه بين النظامين أنّ كل من الكفالة التجارية وخطاب الضّمان يعدان من عقود الضمان فموجب ذلك يكون للدائن حق الضمان العام على ذمّة الكفيل مباشرة دونَ الرجوع على المدين الأصلي.كما أنّ كل من النظامين يلتقيان من حيث إستقلالية كل من العقدين ، فليسَ للكفيل الدفع بالتجريد أمام الدائن ، علاوة على ذلك فأنّهما يعدّان من الأعمال التجارية[3].

٢- اوجه الإختلاف:-

أمّا أوجه الإختلاف بين كل من الكفالة التجارية وخطاب الضمان فأنّه وعلى الرغم من أوجه الشبه بينهما إلّا انّ الأخير في رأينا يكون في نطاق ضيق ودليلنا على ذلك ، أنّ الفقه يكاد يتفق على أنّ خطاب الضمان عقد من نوع خاص ؛ لما يكتنفه من ماهية وطبيعة ينفرد بها ، أمّا الكفالة التجارية فهي أوسع نطاقًا كما تقدم من البحث ، ومن ثمّ لها نظامها القانوني

(١) ينظر أثر الغش في إلتزام المصرف مصدر خطاب الضمان ، رسالة تقدم بها الطالب طلال علي سليمان، وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة الشرق الأوسط ، ٢٠١٥، ص١.
(٢) وهذا ما نصت عليه المادة (٢٨٧) من قانون التجاة العراقي.
(٣) وهذا ما نصت عليه المادة (٥) من قانون التجارة العراقي في الفقرة الثالثة عشر منها (أعمال المصارف).

الخاص بها ولها قواعدها القانونية التي تحكمها والتي قد لا تتناسب وطبيعة خطابات الضمان وبالتالي فما خطاب الضمان إلّا صورة من أو تطبيق من تطبيقات الكفالة التجارية.

ومن خلال ما تقدم من البحث في نطاق تحديد الطبيعة القانونية للكفالة التجارية فأننّا نرى إنّ المشرع لدينا قد حسم الأمر إذ أنه حددّ نظامها القانوني وسمّاها بالكفالة التجارية وهذا ما نصّت عليها القوانين المقارنة وعلى صعيد القانون الأمريكي إذ لم ينص مباشرة على الكفالة التجارية إلّا إنّه نص في القسم (١-٢٠٤) ، من المادة الاولى على أنّ " باستثناء ما هو منصوص عليه في المواد ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ١٢ ، يعطي الشخص قيمة للحقوق إذا اكتسبها: (١) مقابل التزام ملزم بتقديم ائتمان أو لتمديد الائتمان المتاح على الفور ، سواء تم السحب عليه أم لا وسواء تم النص على رد المبالغ المدفوعة أم لا في حالة وجود صعوبات في التحصيل ؛ (٢)كضمان لمطالبة موجودة مسبقًا أو إرضاء كليًا أو جزئيًا لها[1] ؛ لذا نرى أنّ المشرع الأمريكي أشارَ للكفالة التجارية بصورة غير مباشرة.

أمّا المشرع المصري فكان أكثر وضوحًا من المشرع الأمريكي من خلال نصّه في القانون المدني المرقم (٧٧٩) لسنة ١٩٤٨، على أنّه "على أن ~الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا إحتياطيًا ، أو عن تظهير هذه الأوراق ، تعتبر دائمًا عملًا تجاريًا".

ولا يبقى لنا إلّا أن نبين مدى موقف المشّرع العراقي ، حيث كان له موقفًا متميزًا من القوانين التي سبق الذكر عنها ، حيث نصّ قانوننا المدني العراقي ذي الرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، في المادة (١٠١٦) على أنّه "على أنّ الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن تظهير هذه الاوراق تكون دائماً كفالة تجارية".

وهكذا يتضح لنا أَنَّ لعقد الكفالة التجارية عقد مسمى فبالأخير يعد نظامًا قانونيًا مستقلًا له من الخصائص يُميزه عَن العقود الأُخرى[2] ، فلا يبق أمام المشرّع العراقي إلّا أن يقوم بتوحيد

(1) Section 1-204. Value. Except as otherwise provided in Articles 3, 4, [and] 5, [and 6], [6,] and 12, a person gives value for rights if the person acquires them :(2)in return for a binding commitment to extend credit or for the extension of immediately available credit, whether or not drawn upon and whether or not a charge-back is provided for in the event of difficulties in collection ;(2)as security for, or in total or partial satisfaction of, a preexisting claim;

(٢) ينظر د. فائق محمود الشماع ، الحساب المصرفي ، مصدر سابق ، ص١٠.

القواعد القانونية التي تحكم هذا العقد لتداخل العلاقات الناشئة عَنهُ ؛ لما قد ينجم عنها من نزاعات بين أَطرافهاُ بحيث يأخذ المشرّع دوره في هذه المعالجات التشريعية وتنظيم العلاقات والروابط القانونية الناشئة عنه.

المبحث الثاني

إنشاء الكفالة التجارية ونطاقها القانوني

بما أَنَّ الكفالة التجارية عقد ، فبموجب ذلك تخضع كغيرها من العقود لجميع القواعد العامة التي تنظم إِنشاء هذا العقد التجاري ؛ ليرتّب أَثره على وجه يعتد به في مواجهة ما قد ينطوي تحته من علاقات بين أَطرافهُ والغير. وفي إِطار ذلك فأنَّ ثمة أركان يستلزم القانون وجودها حتى ترتب الكفالة التجارية آثارها ؛ لذا سيتم بيانها ومن ثم بيان نطاقها وسنتناول ذلك في مطلبين، الأَول مِنها يتضمن أَركان الكفالة التجارية ، أَمّا المطلب الثاني فنبين فيه نطاقها القانوني وكما يأتي:-

المطلب الاول

أركان الكفالة التجارية

بإِمكاننا أَنْ نعرف أَركان الكفالة التجارية (بأَنّها تلك القواعد القانونية التي يترتب على وجودها وجود العقد ، ويترتب على تخلفها عدم وجوده) لذلك تشترك الأخيرة مع العقود الأخرى في هذه الاركان فهي تخضع لذات القواعد التي تحكم سائر العقود من تراضي ومَحل وسَبب ، فعند تخلّف أَحد هذه الأَركان فيكون فالبُطلان هو نتيجة العقد ؛ لذلك ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يكون الفرع الأَول لبيان التراضي كقاعدة عامة تحكم الكفالة التجارية أَمّا الفرع الثاني فنبحث فيه المحل والسبب ، وعلى التفصيل الآتي:-

الفرع الأَول

التراضي في الكفالة التجارية

الكفالة التجارية تصرّف قانوني إِرادي ينشأ بموجب إِتفاق بين الكفيل والدائن طالب الكفالة التجارية[1] ، ولكي يُرتب الإِتفاق أَثرهُ يجب أَنْ تتوافر فيه أَركان إِنعقاد العقد ، وأَول هذه

(١) ينظر د. عزيز العكيلي ، الوسيط في شرح قانون التجارة ، مصدر سابق ، ص٣٠٦.

الأَركان هو التراضي ، والتراضي في الكفالة التجارية كالتراضي في أَي عقد ، إذ لا بد أَنْ تتوفر فيه مجموعة من الشروط منها أَنْ يكون موجودًا فضلًا عن أنْ يكون التراضي صحيحًا ، ونقسّم هذين الشرطين على شكل فقرات بالتفصيل الآتي:-

أولًا: وجود التراضي

تستلزم الكفالة التجارية كأي عقد وجود التراضي وأَنْ يعبر كل طرف عن إِرادتهِ ، وأَنْ يتطابق الإِيجاب الصادر من أَحد طرفيها وقبول الطرف الآخر عند الإتفاق عليها لترتّب هذه الإِرادة أَثرها بإبرام الكفالة التجارية[١].

فالتساؤل الذي يثار لدينا يكون مفاده من هم اطراف الكفالة التجارية؟

وللجواب عن سؤالنا نقول: إنّ طرفي الكفالة التجارية هم الدائن والكفيل التجاري ففي الغالب أنّ الدائن يكون هو طالب الكفالة التجارية ، فالإيجاب يكون صادرً من الكفيل التجاري ليطابقه قبول الدائن كما في الكفالة المصرفية أو في الكفالة الصرفية[٢] ، ففي الكفالة المصرفية ، وبالنسبة لعلاقة الكفيل المصرفي والمدين الأصلي يذهب رأي قائل إِلى أَنَّ الإِستمارات التي تعدها المصارف مسبقًا يمكن أن توصف بأنّها إِيجاب عام يكفي أَن يرتبط به قبول الطرف الآخر[٣]، ولا يخفى علينا خطورة هذا التصور الذي مؤدّاه ، أَنَّ المصارف لا تملك حق الرفض وهذا غير مقبول من الناحية القانونية ؛ والسبب يعود في ذلك إِلى أَنَّ الصيغ أَو النشرات التي تعدها المصارف مسبقًا ماهي إِلّا دَعوة إِلى التعاقد[٤] ذلك أنّ الكفالة التجارية من العقود التي تقوم على الإِعتبار الشخصي ، فلا يعلن المصرف عن رضائهُ إِلّا بعد أَنْ يقوم بعدَّة إِجراءات يستطيع من خلالها التأَكد من سمعة العميل و متانه وملائته المالية ، فالعملاء قد يطلبوا من المصرف القيام ببعض الخدمات التي تشكل خطورةً ماليةً على الأَخير كفتح الإِعتمادات المصرفية وعمليات التحويل المصرفي لتي من شأنها أَنْ ترتب مسؤولية المصرف؛ لذلك يصبح من حقه رفض الكفالة التجارية[٥].

وهكذا يبدو لنا أنّ على المصرفْ أَنْ لا يبدي تعسفًا إِزاء رفضهِ أَو قبولهِ تجاه العميل الذي أَبدا إِيجابًا إتجاهه ، فعندما يظهر للمَصرف أَنَّ أَحد العملاء غير جدير بالثقة فللمصرف حينها له

(١) هذا ما نصّت عليه المادة (٧٧) من القانون المدني العراقي في فقرتها الأولى على أنّه "الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفًا لأنشاء العقد ، واي لفظ صدر فهو إِيجاب والثاني قبول".
(٢) هذا ما نصّت عليه المادة (٧٧) ذاتها من القانون المدني العراقي.
(٣) ينظر فيليب ديبليك وميشال جرمان ، مصدر سابق ، ص٤٨٤.
(٤) ينظر د. مختار أحمد بريري ، مصدر سابق ، ص٢٩
(٥) ينظر د. فايز أحمد عبد الرّحمن ، مصدر سابق ، ص٢٢٧.

رفض منح إئتمانه مع بيان الأَسباب التي من أَجلِها حَصَل الرفض. ذلك أَنَّ الرأي مستقر على أَنَّ سكوت المصرف مدَّة من الزمن ودون أَنْ يفصح عن رفضهِ أَو قبولهِ ، ودون بيان الأسباب التي مِنْ أَجلها رفض الكفالة التجارية ، ما هو إِلّا صورة من صور التعسّف في إِستعمال حَق الرَفض أَو القبول إتجاه العُملاء[١].

وعلى أي حال فوجود التراضي في الكفالة التجارية يتطلب التعبير عن الإِرادة لكل من طرفي كفالة التجارية (الكفيل التجاري والدائن)؛ لذلك فالتعبير عن إِرادة الطرفين يكون صريحًا أو ضمنيًا يمكن إستخلاصه من خلال الظروف المحيطه به[٢] ، ومن هنا يتبادر للذهن تساؤل مفاده من هم أطراف الكفالة التجارية ؟

للإجابة عن تساؤلنا هذا نشير إلى قاعدة مهمة ألا وهي أنّ التراضي يتطلب قطعًا وجود إرادتين ، فالكفالة عقد وهذا الأخير له أطرافه. فالطرف الأول فيها هو (الكفيل التجاري)، فضلًا عن الطرف الثاني وهو(الدائن) المكفول له ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (١٠٠٩) من القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، والتي جاء فيها أنّه "تنعقد الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل والمكفول له"[٣]. ومن خلال النص القانوني السابق يتضح لنا ان للكفالة التجارية طرفين ألا وهما الكفيل والمكفول له ، إلا إننا ومن خلال النص السابق نثير إشكالية مؤداها من هو الشخص طالب الكفالة التجارية؟ وبعبارة أخرى من هم الاشخاص الذين يقع على عاتقهم التعبير عن الإرادة؟

للإجابة عن ذلك نقول: يذهب الرأي الراجح[٤] ، بأن الكفالة التجارية تتميز عن الكفالة المدنية بإنتفاء نية التبرع ، أي أنّ الشخص الكفيل لا يقوم بذلك تبرعًا منه بل توجد مصلحة ما من وراء تقديم ذمته المالية[٥].ومن هنا يجب علينا التمييز بين مصلحة الكفيل والدائن ، فمصلحة فمصلحة الكفيل تتمثّل إما بصورة مقابل أو عمولة متفق عليها مقدمًا أو يتم الإتفاق عليها فيما بعد ، أو أية مصلحة ترجع على تجارته بالفائدة[٦]. أمّا الدائن فتتركز مصلحته في أن يكون له

(١) ينظر د. عبد الفضيل محمد أحمد ، الأوراق التجارية وعمليات البوك، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٠، ص٦٠-٦١. ، د. محمود سمير شرقاوي ، القانون التجاري ، ج٢ ، (العقود التجارية ، الإفلاس ، الأوراق التجارية ، عمليات البنوك) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٨٤، ص٥٠٣. ، د. علي البارودي ، العقود التجارية وعمليات البنوك ، مصدر سابق ، ص٣٠١.

(٢) ينظر د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، مصدر سابق ، ص٣٢.

(٣) لم نرى في القوانين المقارنة نص يشابه النص اعلاه وفي رأينا هذه الإشارة يشاد عليها المشرع العراقي.

(٤) ينظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري مصد سابق ، ص٢٩. د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص٣٩. ، د. حسني محمود عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص٤٢.

(٥) ينظر د. عبد المجيد بكر ، نفس المصدر ، ص٣٩.

(٦) ينظر فيليب ديبليك وميشال جرمان ، مصدر سابق ، ص٤٨٤.

أكثر من مدين يمكن من خلاله إستيفاء دينه[١]. وعلى أية حال فنحن نتفق والقول يذهب بأن الدائن هو الشخص الذي يقوم بطلب تقديم الكفالة له ، أمّا الإيجاب فيصدر حتمًا من الكفيل إذا ما إقتضت مصلحته أن يقوم بهذا التصرف القانوني.

وبالنسبة إلى التعبير عن الإرادة ، فيكون التعبير عن الإيجاب أو القبول صريحًا بموجب إتفاق مكتوب في العقد ، أوضمنيًا يستنتج من خلال القرائن والظروف التي تحيط بأطرافه كما إن يكون هناك تعامل سابق بين المصرف والعميل (المدين الاصلي) ، أَو قد يفهم من خلال قيام المصرف بتسليم العميل دفترًا للصكوك[٢] ، وعلى الرَّغم من ذلك يجب أَنْ تتجه إرادة المصرف بشكل قاطع نحو قيام الأخير بكفالة العميل المدين[٣]. وما أنَّنا بصدد التعبير عَنْ الإرادة حيث نَجد أَنَّ القانون والقضاء يؤكدان على أَنّهُ لا يعتد في تحديد طبيعة ونوع الكفالة التجارية بما يطلقه طرفا العقد من أَوصاف ، فالعبرة بتوافر الشروط القانونية لنوع الكفالة التجارية المتفق عليها بين الطرفين[٤].

وهذا ما أكدتهُ محكمة النقض المصرية في قرار لها مفادهُ ، إنّ تحديد نوع الكفالة التجارية من سُلطة مَحكمَة الموضوع على ضوء وقائع النزاع حَيث إنتهت مَحكمة الموضوع في حدود سُلطتها التقديرية وبأسباب سائغة إلى نفي الصِفة التجارية عَن الكفالة بين الطرفين ، كما نفت توافر الشروط القانونية للكفالة التجارية ، وإنتهت إلى إعتبار الكفالة هي كفالة مدنية عادية ، وإنها لا تكون بذلك قد أخطأت في القانون أو خالفت الثابت في الأَوراق[٥].

وما يجب الإشارة إليه وفيما يخص إنصراف إرادة أَطراف العقد لتحديد نوع الكفالة التجارية نؤكد على أَنَّ الكفالة التجارية تعد كفالة عادية من حيث الأَصل ، إلّا إذا إتفق الأَطراف صراحةً على أَن يكون الكفالة تجارية لدى المصرف أَو أَن تتجه إرادتهم ضمنًا إلى الصورة الأَخيرة كصورة خاصّة من صور الكفالة التجارية[٦] ، فالقصد المتعلق بفتح هذا النوع من الكفالة التجارية له طبيعته الخاصّة إذ لا يقتصر الأَمر على تبادل الرضا بين الطرفين فقط إنّما

(١) ينظر د. قدري عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص٢٦.
(٢) ينظر د. إلياس ناصيف ، موسوعة الوسيط في قانون التجارة ، مصدر سابق ، ص١١٩.
(٣) ينظر د. أحمد بركات مصطفى ، مصدر سابق ، ص٢٥٠.
(٤) هذا ما نصّت عليه الفقرة الأولى من المادة (١٥٥) من القانون المدني العراقي بأنّه" العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني".
(٥) نقلاً عن د. محمود سمير شرقاوي ،مصدر سابق ، ص٥٠٢.
(٦) ينظر د. محمد خيري ، سمير الأمين ، الودائع وتأجير الخزائن والحساب الجاري لدى البنوك ، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١١ ، ص٢٠.

يجب أن توفر لديهما قصد معين ، أَي يجب أَنْ تنصرف نيتهما إِلى هذه الصورة الخاصة مِنْ الكفالة التجارية [١].

وبرأينا أنَّ إتجاه قصد طرفي العقد إِلى إِنشاء أي صورة من صور الكفالة التجارية يفضّل أَنْ يكون بموجب إِتفاق مكتوب يدرج كبند في العقد ؛ والسبب يرجع في ذلك للتخفيف عن كاهل القضاء في إِثبات إتجاه قصد أَطراف العقد لنوع الكفالة التجارية المبرمة بينهم.

وعلى أية حال وفي إطار التشريعات المقارنة وفي نطاق التعبير عن الإرادة فأن المشرّع الأمريكي نصّ في الفقرة الثالثة من الفصل (١-٢٠١) من المادة الاولى في قانون التجارة الموحد على أنّه "يُقصد بكلمة "اتفاقية على عكس العقد صفقة الطرفين في الواقع ، كما هو موجود في لغتهما أو يُستدل عليه من ظروف أخرى ، بما في ذلك مسار الأداء أو مسار التعامل أو استخدام التجارة على النحو المنصوص عليه في القسم ١. ٣٠٣"[٢] ، كما أكد القانون ذاته في الفقرة العاشرة على الكتابة بنصّه على أنّه" واضح بالإشارة إلى مصطلح ما يعني أنه مكتوب أو معروض أو مقدم على هذا النحو بناءً على مجمل الظروف يجب على الشخص العاقل الذي يعمل ضده أن يلاحظ ذلك. ما إذا كان المصطلح واضحًاأم لا هو قرار للمحكمة"[٣].

أمّا المشرع المصري فقانون التجارة المصري نصّ في الفقرة الاولى من المادة (٤١٩) على الكتابة والتي جاء فيها على انّه"١- يكتب الضمان الاحتياطى على الكمبيالة أو على وصلة ٢- ويؤدى الضمان بعبارة " للضمان الاحتياطى " أو بأية عبارة أخرى تفيد هذا المعنى ويوقعه الضامن".

ولا يبقى لنا إلّا ان نذكر موقف مشرّعنا العراقي الذي نص في قانون التجارة النافذ والمرّقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ في الفقرة الاولى من المادة (٨١) ، على انّه" يكون الضمان بكتابة هذا اللفظ او بأية صيغة تفيد هذا المعنى على الحوالة ذاتها او على ورقة متصلة بها ويوقعه الضامن".

---

(١) ينظر د. علي الأمير إبراهيم ، مصدر سابق ، ص١٤٤.

(2) "Agreement", as distinguished from "contract", means the bargain of the parties in fact, as found in their language or inferred from other circumstances, including course of performance, course of dealing, or usage of trade as provided in Section 1-303.

(3)(10) "Conspicuous", with reference to a term, means so written, displayed, or presented that, based on the totality of the circumstances, a reasonable person against which it is to operate ought to have noticed it. Whether a term is "conspicuous" or not is a decision for the court.

يتضّح لنا من خلال موقف التشريعات المقارنة وعلى رأسها مشرعنا العراقي على ضرورة أن تكون الإرادة صريحة من خلال الكتابة فضلًا عن أن تكون عبارات العقد واضحة ومن دون غموض.

ثانيًا: صحّة التراضي

أَمّا فيما يخص النوع الآخر من الشروط ، فهي شروط لا تؤدي بالنتيجة عند تخلف أَحدها إِلى بطلان العقد بل يصبح العقد موقوفًا وتدعى بشروط صحَّة التراضي[1] ، لذلك يقصد بشروط صحّة إِرادة كل من طرفي عقد الكفالة التجارية بأنّها تلك الشروط التي لا تؤدي قطعًا إلى بطلان العقد بل يكون الأخير موقوفًا على من شرع العقد لمصلحته ، فطبقًا للقواعد العامة يشترط في التراضي أَنْ يصدر من أَشخاص كاملي الأهلية[2] سواءً أكان صادرًا من الدائن أو الكفيل التجاري.

وأيضًا ينبغي أن يكون التراضي خاليًا من العيوب التي قد تصيب إِرادة الطرفين ، وهذه العيوب هي الغلط والإِكراه والتغرير مع الغبن فضلًا عن الإِستغلال والتي يتبع بشأنها فيما يخص الكفالة التجارية ما هو منصوص عليه في النظرية العامة للعقد[3] ، فليس لنا فيما يخص شروط صحَّة التراضي إِلّا أَنْ نتكلم عن الأهلية ونقصد بالأهلية هنا أهلية أطراف الكفالة التجارية فالسؤال المتبادر للذهن ماذا نقصد بأهلية اطراف الكفالة التجارية؟

ويقصد بالأهلية بصورة عامة على انّها (صلاحية الشخص لقبول الحقوق وتحمل الإلتزامات) ، وبالنسبة إلى المشرّع العراقي حيث تنص المادة الثامنة من قانون التجارة العراقي على أنّه (يشترط في التاجر ان يكون متمتعا بالأهلية القانونية وان يكون عراقي الجنسية) ، وتنص المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي على أنّه "سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة" ، كما وتنص المادة (١٨) من القانون المدني العراقي على أنّه "١- الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته ٢-ومع ذلك ففي تصرفات المالية التي تعقد في العراق وتترتب اثارها فيه إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الاهلية وكان نقص سبب نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه لا يسهل على الطرف الآخر تبينه , فانّ الاجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الأهلية" ، والذي نقصد به هنا هي أهلية الاداء والتي تعرف على انّها (صلاحية

(١) ينظر نص المادة (١٣٣) من القانون المدني العراقي.
(٢) سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة.
(٣) ينظر نصوص المواد (١١٢-١١٧-١٢١) من القانون المدني العراقي والتي تناولت عيوب الرضا.

الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعًا)[١]. فعلى أيّ حال حيث إستقر الرأي في الكفالة التجارية بأنَّ على المصرف واجب التحرّي عن أَهلية العملاء سواءً أكانوا أَشخاص طبيعية أَم معنوية[٢].

أمّا بالنسبة إلى أَهلية الأَشخاص الطبيعيين ، وبما أَنّ الكفالة التجارية تعد عملًا مِن أَعمال التصرف ، لذلك يجب أَنْ يكون الكفيل أو الدائن كاملي الأَهلية بالغي سن الرشد ، فالمَصرف لا يقوم بتقديم ذمتّه المالية إلّا لمن أَكمل سن الثامنة عشر من العُمر[٣].

أَمّا القاصر الذي لم يكمل الثامنة عشر من عمره فالمصرف لا يقوم بتقديم ذمتّه أمام العميل إلّا بإِذن من وليه أَو وصيه وبترخيص من المحكمة[٤] ، وبموجب ذلك لا يقتصر الإِذن على الكفالة التجارية بإِسمه بل يحق له وبحدود الإِذن المخول القيام ببعض التصرفات عن طريق الإِيداع ، وللوصي أَو الولي عدم إجازة الكفالة التجارية متى ما رأى أَنّ ذلك يَصُب في مَصلحة القاصر، وللأَخير بعد إِكمال سن الثامنة عشر أي ببلوغه سن الرشد أَن يقوم بكافة التصرفات التي ترتب آثارها القانونية على ذمته المالية[٥].

أَمّا بالنسبة إلى ذوي العاهات فإِذا كان أَحد الكفيل عديم القدرة على التوقيع أَو أَعمى ، ففي هذه الحالة لا تقوم الكفالة إِلّا عن طريق وصي أَو وكيل مخول عنه حق التوقيع على إبرام الكفالة التجارية او القيام ببعض العمليات التي تلحق الكفالة التجارية كالسحب والإِيداع [٦] ، أَمّا إِذا كان الكفيل مفلسًا ، فعندها ترتفع يد المفلس عن إِدارة أَمواله والتصرف فيها بحكم القانون من تأريخ صدور حكم شهر إِفلاسه[٧] ، وبالنتيجة لا يمكن للمفلس ان يكون كفيلًا ومن خلال ما تقدم نستنتج ان الكفالة التجارية حتى تنعقد يجب ان تتطابق ارادة طرفيها الدائن والكفيل التجاري فهذه الإرادة يجب ان تكون واضحة وصريحة لا يشوبها الغموض فضلًا عن خلوها من العيوب التي تعتريها كالغلط أو الإكراه.

ولا يبقى لنا إلّا أن نتكلم عن أهلية المصرف فبالنسبة للأشخاص المعنوية في الكفالة التجارية فأنّ المصرف شخص معنوي فهو يتمتع بها من لحظة قيده في السجل التجاري وبالتالي يخوله

(١) وهذا ما نصت عليه المادة (٤١) من مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦.

(٢) ينظر د. جلال وفا محمدين ، المبادئ العامة (العقود التجارية وعمليات البنوك) ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٨ ، ص٨٠.

(٣) هذا ما نصّت عليه المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي على أنّه "سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة".

(٤) ينظر نصوص المواد (٩٨-١٠١) من قانون التجارة العراقي.

(٥) ينظر د. صفوت بهنساوي ، الاوراق التجارية وعمليات البنوك ، دار النهضة العربية ، بني سويف ، ٢٠٠٨، ص٤٠٨.

(٦) ينظر نص المادة (١٠٤) من القانون المدني العراقي.

(٧) ينظر نص المادة (٦٠٣) من الباب الخامس من قانون الإفلاس والصلح الواقي المرقم ١٤٧ لسنة ١٩٧٠.

ذلك التصرف في الأموال القائمة أو اكتساب الأموال [١]وبالتالي له سلطة منح الكفالات المصرفية.

الفرع الثاني

المحل والسبب في الكفالة التجارية

المحل والباعث هما الركنان الآخران اللذان يجب توافرهما في عقد الكفالة التجارية ، فهناك شروط يجب توافرها في هذين الركنين لكي يرتب العقد أثره بالنسبة إلى أطرافه لذلك إرتأينا تقسيم هذا الفرع إلى فقرتين تكون الأولى للمحل ، أمّا الفقرة الثانية للسبب وكما يأتي:-

أولًا:- المَحل في الكفالة التجارية

يعد المحل الركن الثاني الضروري لوجود التصرف الإرادي ؛ ذلك انّ لكل تصرف إرادي صحيح قانونًا محل يضاف إليه ويكون قابلًا لحكمه ، والكفالة التجارية كأي عقد لابد أن يكون لها محل ترد عليه ويكون قابلًا لحكمها ، فطبقًا للقواعد العامة هنالك شروط يجب توافرها في محل الكفالة التجارية لكي ترتب أثرها ، منها أَنْ يكون المحل موجود أَو قابل للوجود ومعين أَو قابلة للتعيين ، فضلًا عن كونه قابلًا للتعامل وغير مخالف للنظام العام والآداب[٢] ، وبما أن الكفالة التجارية وجدت بمناسبة تنفيذ إلتزام يقع على عاتق المدين الاصلي تنفيذه ، فمحل الكفالة التجارية يتمثل وفقًا لذلك يتمثل بمنح الضمان أي ضمان الوفاء بالإلتزام الأصلي إذا لم يف به المدين الأصلي بنفسه ، لذلك فإذا كان مضمون إلتزام المدين الأصلي مبلغ من النقود مثلًا فيكون محل إلتزام الكفالة التجارية ضمان وفاء هذه النقود كما في الكفالة الصرفية ، وهكذا يكون محل الكفالة التجارية في هذه الصورة ممكنًا دائمًا[٣].

أمّا في الكفالة المصرفية ولحل النزاع القائم بين الفقه والقانون بصدد محل الإلتزام المضمون وحقيقة هذا الإلتزام في كونه إلتزامًا إحتياطيًا أم إلتزاما أصليًا لا يتأثر بصحة وبطلان الإلتزام الأصلي الذي نشأ بمناسبته نقول صحيح أنّ الكفالة التجارية وجدت بموجب إلتزام أصلي كان على المدين الأصلي الوفاء به ؛ لذلك انّ إلتزام الكفيل قد يتأثر به وجودًا وعدمًا، إلّا

(١) ينظر أ.م .د جمال عبد كاظم الحاج ياسين، التنظيم القانوني لعقد الكفالة المصرفية، بحث منشور في مجلة كلية القانون جامعة الأمام جعفر الصادق(ع)، ع١، ٢٠٠٥، ص١٥.
(٢) ينظر المواد (١٢٦-١٢٧-١٢٨-١٣٠) من القانون المدني العراقي.
(٣) ينظر د.فوزي محمد سامي - د. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص٤٥.

أنّ البحث في ذلك يكون في إطار التعامل المدني[١] وليس في إطار التعامل التجاري فالأخير مختلف تمامًا ذلك من أبرز مظاهره السرعة والإئتمان اللذان يجعلان على الكفالة التجارية إلتزامًا إصليًا لا تأثير للإلتزام الأصلي عليها[٢].

وتأكيدًا على ذلك وبما أن محل الكفالة التجارية يتأَثر بالسبب الذي قصد الأَطراف من ورائه إنشاء الكفالة التجارية أَي أَنَّ المحل يتأثر تبعًا لنوع الكفالة التجارية الذي قصد الأطراف إنشاءها ، فتبعًا لهذا القصد أَنّ المحل في الكفالة التجارية يكون أّما إلتزامًا بدفع مبلغًا من النقود محدد أو إلتزامًا بدفع ودائع من الصكوك[٣].

أمّا في مضمون الإلتزام الأول الذي نجد له تطبيق واضحًا ومؤثرًا في مجال التعامل في قانون الصرف ، ذلك أنّ الكفالة التجارية تؤدي دورًا مهما في مجال الاوراق التجارية والتعامل بها ، كونها إلتزام أصلي لا يتأثر بصحة وبطلان الإلتزام الذي وجدت بسببه ، فالإلتزام الأصلي لا يتعدى حدوده المظهر الذي وجدت الكفالة التجارية بسببه ، أمّا الصفة الاصلية فالجانب العملي يفرض نفسه بموجب قاعدة إستقلال التواقيع التي تجد لها دور كبير في نطاق الكفالة التجارية وما يؤكد كل ذلك نصوص القوانين المقارنة التي أكدت على الصفة الأصلية لها ، فعلى صعيد قانون التجارة الامريكي الموحد أنّ المادة الثالثة من القانون نصت في الفقرة (ب) من الفصل(٣-٤٠٦) على أنّه "لا يؤثر الإلغاء أو الشطب من التظهير وفقًا للقسم الفرعي (أ) على حالة وحقوق الطرف المستمدة من التظهير"[٤].

أما فيما يخص مَوقف المشرع المصري انّ قانون التجارة المرقم (١٧) لسنة ١٩٩٩، نصّ في الفقرة الثانية من المادة (٤٢٠) ، على أنّه "ويكون إلتزام الضامن الإحتياطي صحيحًا ولو كان الإلتزام الذي ضَمنهُ باطلًا لأي سببٍ آخر، غَير عيب في الشكل".

إنّ موقف قانون التجارة العراقي ذي الرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ ، لم يكن بعيدًا عن موقف التشريعات المقارنة حيث نصّ في الفقرة الأولى من المادة (٨٢) على أنّه "يلتزم الضامن

---

(١) أن من اهم خصائص الكفالة المدنية كونها عقد تبعي ، فبموجب ذلك أن جميع احكام الكفالة المدنية تتأثر صحة وبطلانًا بالعقد الاصلي فهي وجدت بسببه وتتبعه صحة وبطلانًا. ينظر نص المادة (٧٧٦) من القانون المدني المصري الحالي..

(٢) نصت المادة (٣) من قانون التجارة العراقي "لتجارة نشاط اقتصادي يجب ان يقوم على اساس من الثقة والامانة والالتزام الدقيق بقواعد القانون، ومن لا يلتزم بذلك يكون معرضاً للمسؤوليتين المدنية والجزائية".

(3)(11)"N.W.HALSEY,BANK LAWS, FOURTH EDTION,1913, SAN FRANCISCO, P21.

(4) (b)Cancellation or striking out of an indorsement pursuant to subsection (a) does not affect the status and rights of a party derived from the indorsement.

بالكيفية التي إلتزم بها المضمون ، ويكون إلتزام الضامن صحيحًا ولو كان الإلتزام الذي ضمنه باطلًا ، لأي سبب آخر غير عيب في الشكل".

هذا فيما يخص محل الكفالة التجارية في إطار التعامل في الاوراق التجارية وفي نطاق قانون الصرف ، أمّا فيما يخص محل الكفالة التجارية في إطار التعامل المصرفي وعلى غرار ما سبق ذلك ان محل الكفالة التجارية قد يكون ودائع من الصكوك أو أي أوراق مالية أخرى[١]. وفي نطاق محل الكفالة التجارية تثور إشكالية مفادها هي ما مدى تحديد نطاق إلتزام الكفيل الضامن في الكفالة التجارية ؟ وبعبارة اخرى هل يلتزم الكفيل التجاري بحدود إلتزام المدين الأصلي أم قد يتجاوز ذلك حدود الإلتزام الأصلي؟

للإجابة عن سؤالنا نقول إختلف الفقه في مدى تحديد إلتزام الكفيل التجاري ، فمنهم من يذهب إلى أنّ إلتزام الكفيل التجاري يكون مقيد بموجب ما إلتزم به المدين الاصلي[٢] ، فلا يتعدى بذلك إلتزام الكفيل حدود إلتزام المدين الأصلي بما إلتزم به. وتأسيسًا على ذلك أنّه لا يجوز للكفيل التجاري أن يتعهد بالوفاء بما يتجاوز الدين المكفول ؛ فإذا زاد عبء الدين الأصلي بما إلتزم به الكفيل التجاري كحصول المدين الأصلي على قرض جديد ، فأنّ الكفيل التجاري يكون مقيد بحدود ما إلتزم[٣]. وعلّلوا رأيهم بانّه لا يمكن للكفيل التجاري أن يكفل أو يضمن وفاء إلتزام أشد من الإلتزام الأول الذي إلتزم به المدين الأصلي فإذا زاد إلتزام الكفيل التجاري عمّا إلتزم به كان ملزمًا بحدود الدين الأصلي وفقًا لقاعدة إنتقاص العقد.

وعلى خلاف هذا الإتجاه يذهب آخرون إلى إنّ إلتزام الكفيل في الكفالة التجارية لا يكون مقيدًا بحدود الدين الأصلي فأنه بالإمكان أن يتجاوز إلتزام الكفيل التجاري حدود الدين الأصلي بما يتضمن ذلك من أصل الدين والفوائد المترتبة عليه فضلاً عن الملحقات والمصاريف ، ونؤيد من جانبنا الإتجاه القائل : بأنّ القانون التجاري هو قانون قائم على السرعة والأئتمان ولا يخفى علينا أنّ هذه المبادئ مفادها منح الآجل تسهيلًا للوفاء[٤] وهذا ما نجده واضحًا في الكفالة التجارية التي وجدت لأجل منح المدين الأصلي أجلًا يتناسب ووضعه المالي تسهيلًا لأعماله التجارية أم المدنية. كما أننّا نزيد على ما تقدم على هذا الرأي من أسانيد بأنّ التضامن

(١) ينظر د.محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية ، عمليات البنوك ، جامعة عمان الاهلية ، ٢٠٠٨، ص٢٣١

(٢) ينظر د. راقية عبد الجبّار ، مصدر سابق ، ص٢٨١.

(٣) ينظر د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص٤٩.

(٤) القاعدة اذا كان العقد معيباً في شق منه باطل أو قابل للإبطال و صحيحاً في شق آخر، فان الشق المعيب فقط الذي يبطل ، و يبقى الشق الصحيح سليماً قائماً و منتجاً لآثاره. ينظر نص المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي النافذ.

المفروض في الكفالة التجارية يؤدي دورًا كبيرًا في نطاقها كون الكفالة التجارية تعطي للدائن الغطاء القانوني المناسب لحماية حقه في مطالبة المدين أو الكفيل بحدود ما إلتزم به او بما تجاوز عن ذلك من إلتزام(١).

وفي هذا الإتجاه في نطاق التضامن الذي يميز الكفالة التجارية يتبادر إلى ذهننا تساؤل مؤدّاه ، هل أنّ التضامن المفروض في الكفالة التجارية يكون بين المدين الأصلي والكفيل التجاري ، أم يتعدى ذلك التضامن في الإلتزام بأن يكون للدائن أكثر من كفيل؟

للإجابة عن ذلك التساؤل نقول: أنّه يقع علينا أنْ نبين موقف القوانين المقارنة محل الدراسة ذلك أنّ قانون التجارة الأمريكي الموحد خلا من النص على التضامن سواء بين المدين الأصلي والكفيل ، أم بين الكفلاء إن تعددوا.

أمّا قانون التجارة المصري المرقم (١٧) لسنة ١٩٩٩، نصّ في الفقرة الاولى من المادة (٤٢٠) والتي نصّت على انّه "١- يلتزم الضامن الاحتياطى بالكيفية التى التزم بها المضمون".

وفي ذات المعنى نرى انّ الفقرة أولى من المادة (٨٢) من قانون التجارة لدينا نصّت على أنّه" اولا- يلتزم الضامن بالكيفية التي التزم بها المضمون ، ويكون التزام الضامن صحيحًا ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلًا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل".

من خلال ما تقدم عرضه نتوصل إلى نتيجة مفادها أنّ التضامن الذي نصت عليه القوانين المقارنة يجعل التضامن محصورًا بين الكفيل في الكفالة التجارية والمدين الأصلي ، إلاّ انّه ومن خلال إستقراء نصوص القانون المدني نجد أنّ المشرّع المدني المصري نصّ في الفقرة الأولى من المادة (٧٩٢) منه على انّ " إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة".

أمّا المشرع العراقي وبعبارات واضحة وصريحة نصّ في المادة (١٠٢٤) ، على إنّه" إذا تعدد الكفلاء فإن كان كل منهم قد كفل الدين على حدة بعقد مستقل طولب كل منهم بجميع الدين ، وإن كانوا قد كفلوا معاً في عقد واحد قسم الدّين بينهم وطولب كل منهم بحصته الّا اذا كانوا قد كفلوا متضامنين فيما بينهم ، ويفترض عدم التضامن ما بين الكفلاء إلّا إذا اشترط التضامن.

من خلال كل ما تقدم وفي إطار نطاق إلتزام الكفيل في الكفالة التجارية نخلص إلى نتيجة مفادها أنّ إلتزام الكفيل قد يكون محددًا بموجب نصوص ملزمة في العقد ، وقد يتجاوز هذا

(١) ينظر يوسف عودة غانم ، مصدر سابق ، ص١٠.

التقييد إلى أن يكون إلتزامه بأشد مما إلتزم به المدين الأصلي ، فضلًا عن أنّ التضامن بحدود المطالبة بذلك الإلتزام يكون بين المدين الأصلي والكفيل التجاري من جهة ، وبن الكفلاء نفسهم إن وجدوا.

ثانيًا :- السبب في الكفالة التجارية

يعرف السبب كركن من أركان إنعقاد الكفالة التجارية على أنّه (الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء إلتزامه فهو الباعث الدافع لإنشاء الكفالة التجارية)[١].

والسبب في عقد الكفالة التجارية كالمحل فيها ، إذ يجب أَنْ تتوافر فيه شروط عدّه لكي ترتب الكفالة التجارية اثرها منها أَن يكون السبب موجودًا فهو الباعث الدافع للتعاقد فعند ذكرهُ في العقد يجب أَنْ يكون الباعث الدافع للتعاقد ، إلّا إذا ثبت عكس ذلك ، وعلاوة على ذلك يجب أَنْ يكون السبب مشروعًا غير مخالفًا للنظام العام والآداب[٢].

يتّضح لنا مما سبق أَنّ المحل في عقد الكفالة التجارية يتمثل في التزام الكفيل التجاري بضمان الوفاء للدائن سواء أكان من النقود أم غيرها أمّا الباعث الدافع فيختلف في الكفالة التجارية حسب مركز كل من المتعاقدين ، فيذهب الرأي الغالب ونحن من مؤيديه بأنّ الكفيل التجاري لا يقوم بتعريض ذمته المالية إلى مخاطر التنفيذ من جراء عدم وفاء المدين الأصلي بما إلتزم به ، دون أن تكون هنالك مصلحة ما ينوي الوصول إليها[٣] ، وتختلف شكل المصلحة من إلتزام إلى آخر حسب نطاق التعامل التجاري وبما أنّ الكفالة التجارية تخضع لقواعد قانون التجارة فالمصلحة لا تخرج عن مفهوم المقابل الذي يتلقاه الكفيل من الدائن أم المدين.

فهذا المقابل هو ما ينفي نية التبرع لدى الكفيل التجاري ويخرج الكفالة التجارية من دائرة التعامل المدني ، لتدخل في حيز قانون التجارة الذ ينظم أحكامها حسب الأحوال[٤].

أمّا بالنسبة للدائن فيكون السبب في قبوله للكفالة التجارية هو حصوله على أكبر عدد من الضمانات التي تمكنه من الحصول أو إستيفاء ماله من حقوق تجاه المدين الاصلي أو الكفيل

---

(١) ينظر قرار محكمة التمييز الصادر في سنة ١٩٦٩ ، منشور في مجلة القضاء لسنة ١٩٦٩ ، ذي العدد ٣ ، ص١٤١.

(٢) هذا ما نَت عليه المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي على أنّه "١- يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقدون دون سبب أو لسبب ممنوع قانونًا ومخالف للنظام العام أو الآداب٢-ويفترض في كل التزام أن له سببًا مشروعًا ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك٣- أمّا إذا ذكر سبب في العقد فيعتبر انّه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك".

(٣) ينظر د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص٤٩.

(٤) يعرف المقابل على أنه (العوض النقدي الذي يتلقاه الكفيل التجاري لقاء تقديم ذمته المالية لضمان تنفيذ إلتزام) ينظر منير قزمان ، الوكالة بالعمولة في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٦،ص٤٨..

التجاري. وبغض النظر عن القرائن التي يعول عليها البعض كقرينة قاطعة للتمييز بين صور السبب في الكفالة التجارية والتي تتمثل في قصد أَطرافه[١] ، تثور إشكالية مفادها على من يقع عبء إثبات السبب في الكفالة التجارية؟

للإجابة عن سؤالنا نقول: أنّ القاعدة الأساسية التي تسري على طرفي الكفالة التجارية للبحث عن سبب إنشائها تتلخص في أَنّ البينة تكون على من يدعي بأنّ له مصلحة ما لإثبات سبب إنشاء الكفالة التجارية[٢] ، بمعنى أَنّ العبء يقع على عاتق أَحد طرفي الكفالة وبالتحديد من له مصلحة في إثبات سبب إنشاءها والقصد الذي من وراءهُ تم إنشاء الكفالة التجارية لتقوم المحكمة بعدها بتقدير الدليل والقرائن المقدمة إليها للفصل في تكييفها ، وتبعًا لما يتّضح من القرائن والأدلة المقدمة لها من قبل المدعي فهي تخضع بهذا الوصف لرقابة محكمة التمييز[٣].

(١) ينظر د. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص١٦٦.

(٢) هذا ما نصّت عليه المادة السابعة من قانون الأثبات العراقي ذي الرقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ في فقرتها الأولى على انّه "البينة على من إدعى واليمين على من أنكر".

(٣) لاحظ: قضاء تمييز العراق ،٤٨ ، استئنافية، ١٦٩ في ١٩٦٩/١٠/٢،المجلد السادس،ص٤٠٩-٤١١.

المطلب الثاني

نطاق الكفالة التجارية

انّ للكفالة التجارية تطبيقات حيوية ومهمة في الحياة التجارية ، بحيث انها تحكم موضوعيا من خلال نصوص التشريعات التي تنظم ماهيتها وعناصرها وآثاراها وصفاتها سواء كانت هذه التشريعات وطنية أم مقارنة. وكذلك نبين اشخاص الكفالة التجارية الذين تسري الى مراكزهم آثارها ، وتكون لهم في الوقت ذاته مصلحه في إنعقادها ، وهذا ما سنبحثه في الفرعين الآتيين ، الفرع الأول ويكون لبحث النطاق الموضوعي للكفالة التجارية ، أما الفرع الثاني ويكون لبحث سريانها وكما يأتي:-

الفرع الأول

النطاق الموضوعي للكفالة التجارية

يقصد بالنطاق الموضوعي للكفالة التجارية المسائل والمجال القانوني الذي بموجبه يمكن لها أن تكشف عن آثارها وبالتالي يكون لها نظامًا قانونيًا تنفرد به عن الأنظمة التجارية الأخرى ، ومن هنا نجد أنّ التشريعات المقارنة قد نصّت على المسائل الموضوعية التي تكون محل لنطاق الكفالة التجارية ، ذلك انّ المشرع الامريكي لسنة ١٩٥٢ المعدّل نصّ في الفصل (٣-١٠٤) من المادة الثالثة على صيغة الضمان في نطاق الصكوك القابلة للتداول[1] والتي نصّت على أنّه "لا يذكر أي تعهد أو تعليمات أخرى من قبل الشخص الذي يعد أو يأمر بالدفع للقيام بأي عمل بالإضافة إلى دفع المال ، ولكن الوعد أو الأمر قد يحتوي على (١) تعهد أو سلطة لتقديم ضمانات أو الحفاظ عليها أو حمايتها يؤمن الدفع" ، من خلال هذا النص يتضح لنا أن المشرّع الامريكي قد جعل من الاوراق التجارية محلًا للكفالة التجارية بحيث تكون هذه الأوراق ضمن النطاق الموضوعي في التنظيم القانوني ".

(1)does not state any other undertaking or instruction by the person promising or ordering payment to do any act in addition to the payment of money, but the promise or order may contain (i) an undertaking or power to give, maintain, or protect collateral to secure payment,.

أمّا المشرّع المصري فقد نص قانونه المدني المرّقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ ، في الفقرة الثانية من المادة (٧٧٩) على انّه "على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق ، تعتبر دائما عملا تجاريا ".

من خلال هذا النص يتبين لنا بانّ المشرع المصري في قانونه المدني قد حدد النطاق الموضوعي للكفالة التجارية في حدود الضمان الإحتياطي والتظهير، ذلك أنّ المشرع المصري جاء مؤكدًا في قانون التجارة المرّقم (١٧) لسنة ١٩٩٩، على ذلك عندما نظّم الضمان الإحتياطي فضلًا عن التظهير في نطاق الاوراق التجارية[١].

أمّا المشرّع العراقي فأنّ القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، نصّ في الفقرة الثانية من المادة (١٠١٦) على أنّه" على ان الكفالة الناشئة عن ضمان الاوراق التجارية ضماناً احتياطياً او عن تظهير هذه الاوراق تكون دائماً كفالة تجارية". وفضلًا عن ذلك أنّ المشرع في قانون التجارة العراقي المرقّم (٣٠) لسنة ١٩٨٤، جاء مؤكدًا على ذلك عندما نظّم الضّمان ، والتظهير كنطاق قانوني موضوعي للكفالة التجارية[٢].

من خلال ما تقدم ويتضح لنا انّ التشريعات المقارنة نصّت على النطاق الموضوعي للكفالة التجارية ذلك انها قد حددت ذلك النطاق في حدود الضمّان الإحتياطي والتظهير وعلى أي حال لا يسعنا إلا أن نبين كل منهما وعلى التفصيل التالي:-

أولًا- الضمان الإحتياطي

يعد الضمان الإحتياطي من الضمانات الشخصية الخاصة للوفاء بقيمة الورقة التجارية ؛ لما يمنحه من ثقة وإطمئنان لدى شخص الدائن.

لذا هناك مجموعة من التعريفات التي بينت مفهوم الضمان الإحتياطي كنطاق للكفالة التجارية لعلّ أبرزها من عرفّه بأنّه (كفالة صرفية يلتزم بموجبها الضامن الإحتياطي بكفالة أحد الموقعين على الورقة التجارية في إلتزامه بوفاء الورقة التجارية أو قبولها أو كلاهما)[٣] ، نستدل من التعريف أن الضمان الإحتياطي هو كفالة صرفية يلتزم بموجبها شخص بالوفاء بقيمة الورقة التجارية أو قبولها أو كل منهما على السواء.

---

(١) وهذا ما نصّت عليه المواد (٣٩١-٤١٨) من قانون التجارة المصري النافذ.

(٢) وهذا ما نصّت عليه المواد (٥١- ٨٠) من قانون التجارة العراقي النافذ.

(٣) ينظر أ.د. ناصر أحمد إبراهيم النشوي ، موقف الشريعة الإسلامية من التعامل بالأوراق التجارية (دراسة فقهية قانونية تأصيلية مقارنة) ، مصدر سابق ، ص٨٠٦.

وهناك من عرّفه على أنّه (كفالة الدين الثابت في الورقة التجارية)[١] ، وهنا يوضح التعريف ان الضمان الإحتياطي هو كفالة تجارية بموجبها يلتزم الكفيل بكفالة الدين في الورقة التجارية. وهناك من يعرف الضمان الإحتياطي أيضًا بأنه (ضمان شخصي بموجب توقيع شخص معين على الورقة التجارية يضمن بموجبه قبول المسحوب عليه أو وفائه أو كلاهما)[٢].

وفي إطار ذلك تثار مسألة مؤدّاها أنّ هناك من يقول: أنّ الضّمان الإحتياطي لا يعد بحد ذاته كفالة تجارية ، وإنما يعد تطبيقًا لها متى ما كان منشئً لها[٣] ، ودليلهم على ذلك بأنّ المتدخل أو الكفيل التجاري له حق الخيار بأن يأخذ بالكفالة أو الضمّان.

ونحن نذهب مع الرأي القائل: بأنّ الكفالة التجارية لها نطاق واسع في إطار القانون التجاري فهي تتسع وتضيق حسب إرادة أطرافها[٤] ، وبالتالي فالكفالة التجارية تارة تكون بشكل ضمان إحتياطي ، وتارة أخرى ، نجدها في نطاق التعامل المصرفي خصوصًا. ولعل أنّ الدليل على ما نقول ونتفق معه انّ التشريعات المقارنة تكاد أن تتفق على أن الكفالة التي تنشأ عن الضمان الإحتياطي تكون دائمًا كفالة تجارية[٥]، ومن هنا يثار لدى الذهن تساؤل مؤدّاه ماهي القواعد القانونية التي تحكم الضمان الإحتياطي او الكفالة الصرفية كنطاق موضوعي للكفالة التجارية؟

للإجابة عن سؤالنا نقول: بما أن الضمان الإحتياطي نشأ بموجب الاوراق التجارية ذلك انّ القواعد القانونية المتمثلة بقواعد قانون الصرف[٦] ، تكون النظام القانوني الحاكم له من حيث وجوده وإنقضائه.

من خلال ما تقدّم بحثه من التعريفات والآراء التي تقدمت نبين مسألة مفادها أنّها أشارت إلى الضمان الإحتياطي كأحد المسائل القانونية الرئيسة والمهمة التي بموجبها يمكن للأشخاص إنشاء الكفالة التجارية لما تقدمه من دور كبير وناجع في إطار الضمانات الشخصية التي تضمن للدائن التنفيذ على ذمة الكفيل أو المدين أو كليهما.

---

(١) ينظر أ.د مصطفى كمال طه ، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الألكترونية الحديثة ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٨ ، ص١٤٣.

(٢) ينظر د. سميحة القليوبي ، الأوراق التجارية (الكمبيالة ، السند الأمر ، الشيك) ، ط٦ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص٢٣٠.

(٣) ينظر نادية فضيل ، الأوراق التجارية في القانون الجزائري ، ط١١، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، ٢٠٠٦ ، ص٢٢.

(٤) ينظر د. قدري عبد الفتّاح ، أركان عقد الكفالة ، مصدر سابق ، ص٣٢.

(٥) وهذا ما نصّت عليه المادة (١٠١٦) من قانون المدني العراقي ، والمادة (٧٧٩) من القانون المدني المصري.

(٦) ينظر فيما سبق من البحث (ص١٢).

وبما أن الضمان الإحتياطي أو الكفالة الصرفية تكون في نطاق الأوراق التجارية ، على وجه الخصوص ، ذلك فأن نطاق الكفالة التجارية الصرفية تخضع لذات القواعد القانونية التي تحكم هذه الأوراق من حيث إنشاءها وتداولها فضلًا عن القواعد والاحكام التي تنظم طرق الوفاء بها.

ثانيًا- التظهير

يعد التظهير من المسائل الموضوعية التي تكون محل لنطاق الكفالة التجارية ، وهذا ما أكدته نصوص التشريعات المقارنة[١]، ذلك أنّ التظهير يقصد به (إجراء مُبسط يتم بكتابة معينة توضع على ظهر السند التجاري فيكون نافذًا في حق الجميع من دون حاجة الى قبول المحال عليه أو إعلانه إليه، كما يكون المحيل ضامنًا لوجود الحق وأدائه قبل المحال إليه ، ومن ثمّ يكون ضمان الورقة التجارية قد تضخّم)[٢].

فالتظهير ما هو إلّا تصرف لتداول الورقة التجارية فضلًا عن إنّه وسيلة ضمان نظّمها القانون التجاري تيسيرًا للأعمال التجارية والتاجر ؛ لسهولتها وبساطتها عمًا هو معروف في القانون المدني بالحوالة المدنية[٣] ، ذلك أنّه كلّما زادت التوقيعات على الورقة التجارية زاد الضمان المقرر لها، حيث يضمن كل مظهر الوفاء بقيمتها ، ومن هنا تظهر اهمية المظهر الذي يعتبر كفيلًا بأداء قيمة الورقة التجارية، فالمظهرون ملتزمون على سبيل التضامن تجاه حاملها، وللأخير الرجوع عليهم مجتمعًا أو منفردًا، ولا يحول ذلك أيضًا الرجوع على المظهرين إذا كانوا لاحقين للمظهر[٤] ، وبالتالي تعد الكفالة التي تنشأ عن تظهير الورقة التجارية على سبيل الضمان كفالة تجارية ، ذلك انّ التظهير يكون على صور عدّة فهو إمّا يكون ناقلًا للملكية أو توكيلاً أو رهنا للورقة التجارية[٥].

---

(١) وهذا ما نصّت عليه المادة (٧٧٩) على انّه "على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانًا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق ، تعتبر دائما عملا تجاريا ". أمّا المشرّع العراقي فأن القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، نصّ في الفقرة الثانية من المادة (١٠١٦) على أنّه" على ان الكفالة الناشئة عن ضمان الاوراق التجارية ضماناً احتياطياً او عن تظهير هذه الاوراق تكون دائماً كفالة تجارية". وفضلًا عن ذلك أنّ المشرع في قانون التجارة العراقي المرقّم (٣٠) لسنة ١٩٨٤، جاء مؤكدًا على ذلك عندما نظّم الضّمان، والتظهير كنطاق قانوني موضوعي للكفالة التجارية.

(٢) ينظر د. فوزي محد سامي ، د. فائق محمود الشمّاع ، مصدر سابق ، ص١١٩.

(٣) الحوالة المدنية إجراءً يتسم بالتعقيد وغير ما هو الحال في القانون التجاري وتعرف بأنها(إجراء ضعيف الأئتمان بموجبه لا يضمن المحيل إلا وجود الحق لا وفاءه اذا كانت بعوض ، أمّا اذا كانت بغير عوض فلا يضمن المحيل كل مما تقدم) ينظر ينظر د. فوزي محد سامي ، د. فائق محمود الشمّاع ، المصدر نفسه ، ص١٢٠.

(٤) ينظر نص المادة (١٢٥) من قانون التجارة النافذ.

(٥) يكون التظهير ناقلًا للملكية إذا ترتب عليه نقل ملكية الورقة التجارية والحق الثابت فيها إلى شخص آخر وهو المظهر إليه ، أما التظهير التوكيلي فهو التظهير الذي يكون المظهر إليه وكيلًا عن المظهر لإستحصال الحق الموجود في الورقة التجارية ، وأخير نقول : انّ التظهير الحيازي الذي يخضع لأحام الرهن عندما تكون

هذا ويجب أن نشير إلى مسألة مهمة بأنه هناك من يقول: بأنّ التظهير لا يعد بالمعنى الحقيقي نطاقً للكفالة التجارية [١] ، وبالتالي لا يمكن أن يكون نطاقًا ملائمًا لها ، ودليلهم على ذلك انّ التظهير بصورته ما هو إلاّ صورة من صور الرهن الحيازي ، فإذا ظهرت الورقة التجارية على سبيل الضمان فأنّ ذلك يعتبر رهنًا حيازيًا لها ضمانًا لدين آخر ويعتبر عقد كفالة تجارية ، ونحن نؤيد هذا الرأي ذلك ؛ أنّ المشرّع العراقي لم يكن موفقًا في الإشارة إلى ذلك المعنى . إلًا إنّنا نرد على ذلك قائلين بأنّ الكفالة التجارية عقد أصلي والتظهير كنطاق للكفالة التجارية جاء بحكم القانون[٢] ، ذلك لأنّ السرعة والإئتمان من مبادئ القانون التجاري وهذا ما نجده في التظهير كنطاق للكفالة التجارية التي تخضع بدورها لتلك المبادئ ، ذلك وإن جاز القول: بأنّ المظهر ليس كفيلًا تجاريًا بالمعنى الحقيقي إلّا أنّه يمكننا القول أنّه كفيلًا من نوع خاص [٣].

والتساؤل الذي يطرح هنا ما هو محل التظهير وعلى أي من الأوراق التجارية يرد؟

جوابنا على هذا التساؤل نقول: أنّ محل التظهير هو الورقة التجارية التي ورد التظهير عليها[٤] ، ذلك أنّ الكفالة التجارية في نطاق التعامل الصرفي لا يكون إلّا على ورقة تجارية تامة مستكملة لشروطها، أي أنّ التظهير يكون من جانب الكفيل لشخص الدائن المستفيد من ذلك الضمّان.

أمّا بخصوص الأوراق التجارية التي ترد عليها الكفالة التجارية أو الضمان فهنالك خلاف مؤداه أنّه الكفالة التجارية يكون في نطاق تظهير الحوالة التجارية والكمبيالة (سند الأمر)[٥] ، في حين هنالك من يرى بأن الكفالة التجارية ترد على جميع الاوراق التجارية المنصوص عليها في قانون الصرف[٦] ، أي بموجب ذلك فأنّ الكفالة التجارية يتسع نطاقها ليشمل الصك إضافة لما ورد ذكره من الأوراق التجارية الأخرى سالفة الذكر.

الورقة التجارية قد ظهرت حيازيا لدى المظهر إليه. ينظر د. فوزي محد سامي ، د. فائق محمود الشمّاع ، مصدر سابق ، ص١٢٠.

(١) ينظر سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٥ ، ص١٣٠.

(٢) تناولت التظهير المواد (٥١ -٥٢-٥٣-٥٤-٥٥) وما بعدها من قانون التجارة العراقي.

(٣) ينظر د. مصطفى كمال طه ، مصدر سابق ، ص١٤٢.

(٤) ينظر د. محمد بهجت عبد اللة قايد د. أميرة صدقي ، مصدر سابق ، ص٥٤.

(٥) د. مصطفى كمال طه ، نفس المصدر ، ص٧٢.

(٦) يعرف قانون الصرف على آنه (مجموعة القواعد القانونية التي تحكم الوقة التجارية من ناحية إنشائها وتداولها والوفاء بها) د. فوزي محد سامي ، د. فائق محمود الشمّاع ، مصدر سابق ، ص١٠.

وحجتهم على ذلك بأنّ الصك يكون دائمًا واجب الوفاء بمجرد الإطلاع[١] عليه لذلك تكون حياته قصيرة وهذا لا ينسجم وطبيعة الكفالة التجارية ، فضلًا عن إنّ الدائن يكون مطمئنًا لوفائه من قبل المصرف وهو ما يعرف بمقابل الوفاء[٢] ، ورأينا في ذلك أنّ الكفالة التجارية ترد على جميع الأوراق التجارية التي تخضع لقانون الصرف ذلك ان التظهير لا يقتصر دوره على نطاق محدد من الأوراق التجارية المنصوص عليها في قانون الصرف.

وعلى أي حال ومن خلال ما تقدم من البحث فأنّ النطاق الموضوعي للكفالة التجارية لا يقتصر على الضمان الإحتياطي والتظهير فقط ، بل يتعدى ذلك ليشمل الكفالة المصرفية التي يكون للمصرف الدور الرئيس والبارز فيها ذلك ان الكفالة المصرفية تعرف بانها (عقد يلتزم بمقتضاه المصرف الكفيل تجاه الدائن بأن يضمن تنفيذ إلتزام مقابل عمولة متفق عليها مسبقًا أو يحددها العرف المصرفي)[٣].

ثالثًا- الكفالة المصرفية

تعد الكفالة التجارية عملًا مصرفيًا فهي بذلك تخضع للقواعد المنصوص عليها في قانون التجارة ومن هنا يثار لدينا تساؤل مؤدّاه ماهي الأعمال المصرفية التي تدخل ضمن نطاق الكفالة التجارية؟

للإجابة عن هذا التساؤل نقول: بما ان المصرف طرفًا رئيس في الكفالة التجارية على وجه العموم والكفالة المصرفية على وجه الخصوص فهي بذلك تعد من اعمال المصارف والأعمال المصرفية التي تدخل ضمن نطاق الكفالة التجارية هي :-

١- خطاب الضّمان:-

يعرف خطاب الضمان على انّه(تعهد يصدر من مصرف بناءً على طلب أحد المتعاملين معه (الآمر) بدفع مبلغ معين من أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدّة المعينة في الخطاب. ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي أنشأ من اجله)[٤].

---

(١) د. فوزي محد سامي ، د. فائق محمود الشمّاع ، نفس المصدر ، ص١٢٩.
(٢) يعرف مقابل الوفاء بأنه الدين النقدي الموجود للساحب لدى المسحوب عليه. ينظر د. فوزي محد سامي ، د. فائق محمود الشمّاع ، المصدر نفسه ، ص١٨٧.
(٣) ينظر فيما سبق من البحث ، ص١٠.
(٤) ينظر نص المادة (٢٨٧) من قانون التجارة العراقي.

ومن خلال ذلك نستنتج بأنّ خطاب الضمان ما هو إلّا نطاقًا موضوعيًا للكفالة التجارية فهو صور من صور الكفالة التجارية المصرفية ذلك ان خطاب الضمان من العقود المستقلة التي لا تتأثر بالعلاقات التي وجدت من أجلها وهذا مانصّت عليه القوانين المقارنة بإستثناء قانون التجارة الامريكي الذي لم نرى له نص يقضي بذلك ، على خلاف قانون التجارة المصري المرقم(١٧) لسنة ١٩٩٩، الذي نصّ في المادة(٣٥٨)، منه على انّه "لا يجوز للبنك الإمتناع عن الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالآمر أو علاقة الآمر بالمستفيد".

أمّا المشرع العراقي فقد نصّ في المادة(٢٩٠) من قانون التجارة المرقّم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ على انّه" لا يجوز للمصرف ان يرفض الأداء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالآمر أو علاقة الآمر بالمستفيد".

ثانيًا- الإعتماد المستندي:-

يعرف الإعتماد المستندي بأنّه(عقد يتعهد المصرف بمقتضاه بفتح إعتماد لصالح المستفيد بناءً على طلب الآمر بفتح الإعتماد بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل)[١] ، ذلك كما في خطاب الضمّان فيكون الإعتماد المستندي هو النطاق الموضوعي الآخر والموائم للكفالة التجارية وخاصة في نطاق الأعمال المصرفية فهو بذلك عملية مصرفية وجدت ضمانًا لتنفيذ إلتزام العميل أمام الدائن ذلك فالمصرف(الكفيل التجاري) هو الضامن لتنفيذ ذلك الإلتزام وتاتي أيضًا أهمية هذه العملية من خلال إستقلاليتها وعدم تأثرها بالسبب الذي وجدت من أجله ذلك أنّ الكفالة التجارية المصرفية عقدًا مستقلًا وهذا ما نصّت عليه القوانين المقارنة بإستثناء قانون التجارة الامريكي ، فأنّ قانون التجارة المصري نصّ في الفقرة الثانية من المادة(٣٤١) والتي نصّت على أنّه" عقد الإعتماد المستندي مستقل عن العقد الذي فتح الإعتماد بسببه ويبقى البنك أجنبيًا عن هذا العقد".

امّا المشرّع العراقي فقد نصّت الفقرة الثانية من قانون التجارة العراقي المرّقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤، على انّه" عقد الإعتماد المستندي مستقل عن العقد الذي فتح الإعتماد بسببه ويبقى المصرف أجنبيًا عن هذا العقد".

(١) ينظر نص الفقرة الاولى من المادة (٢٧٣) من قانون التجارة العراقي.

الفرع الثاني

النطاق الشخصي للكفالة التجارية

يمكن لنا أن نعرف سريان الكفالة التجارية على أنّه (النطاق الشخصي للكفالة التجارية ، وبعبارة أخرى نقصد به أشخاص الأشخاص الذين تسري عليهم أحكام الكفالة التجارية) ، ذلك أنّ الكفالة التجارية لا يقتصر مفهومها وإمتدادها على الجانب الموضوعي فقط ، بل يتعدا ذلك ليشمل الأشخاص الذين يمنحهم القانون وطبيعة التعامل التجاري صفة الكفيل التجاري ، والتي من خلالها تكتسب الكفالة طبيعتها التجارية؛ لذلك يقع لزامًا علينا بداية أن نحدد من هم أشخاص الكفالة التجارية وعلى شكل فقرات بالتفصيل الآتي:-

اولًا- الكفيل الصرفي

تنشأ الورقة التجارية ابتداءً وهي لا تحمل سوى توقيع واحد هو توقيع الساحب أو المحرر ثم تتوالى عليها التواقيع من المظهرين او الكفلاء فضلا عن توقيع المسحوب عليه إذا قبل الحوالة[1] وقد جعل المشرع التجاري مسؤولية جميع الملتزمين بموجب الورقة التجارية مسؤولية تضامنية تجاه حامل تلك الورقة[2] ، وبما أنّ التضامن الصرفي وصف يلحق التزام المدين الاصلي وبذلك يلحق التزام الكفيل فأنّ ذلك الامر يثير التساؤل عمّا إذا كان المتضامنون في الورقة التجارية في مركز قانوني واحد او في مراكز قانونية شتى ومن هنا يقصد بالكفيل الصرفي بوجه عام (الشخص الذي يلتزم صرفيًا بوفاء الورقة التجارية إذا لم يم يقم المدين الاصلي بوفائها) ، ومن خلال ذلك يمكن لنا أن نورد جملة من الأشخاص الذين يمكن ان نطلق عليهم صفة الكفيل الصرفي وعلى التفصيل الآتي:-

١- المظهر

يلتزم المظهر إلتزامًا ذا طبيعة صرفية بضمان قبول ووفاء الورقة التجارية[3]، وإلتزام المظهر إلتزام تضامني مع بقية الملتزمين الصرفيين تجاه المظهر إليه وجميع الحملة اللاحقين عليه مما يعني ان التظهير لا يقطع علاقة المظهر بالورقة التجارية إذ يبقى حتى وفاؤها ضامنا

(١) وهذا ما نصّت عليه المادة (٧٠) من قانون التجارة العراقي النافذ على أنه " يجوز لحامل الحوالة ولأي حائز لها حتى ميعاد الاستحقاق، تقديمها الى المسحوب عليه لقبولها".

(٢)د. مصطفى كمال طه ، مصدر سابق ، ص٧٧.

(٣) وهذا ما نصّت عليه المادة (٥٥) من قانون التجارة العراقي النافذ على انه" يضمن المظهر قبول الحوالة ووفاءها ما لم يشترط غير ذلك".

لذلك الوفاء إلّا أنّ القانون التجاري قد أجاز للمظهر أن يتخلص من عبء الضمان الثقيل من خلال صورتين هما :-

الصورة الأولى فبإمكان المظهر إعفاء نفسه من الضمان ذلك أنّ القانون أجاز له ذلك[١] بشرط أن تكون صيغة التظهير تفيد هذا المعنى ، ويترتب على ذلك عدم تحمّل المظهر الالتزام الصرفي ، ومن ثمّ التحلل من المسؤولية التضامنية التي ألقاها عليه المشرّع التجاري وبالتالي ينتقل الإلتزام إلى المظهرين السابقين له.

وتتجسد الصورة الثانية بتحديد الضمان عن طريق قيام المظهر بحظر تظهير الورقة التجارية من جديد وفي هذه الحالة لا يكون المظهر ملزمًا بالضمان تجاه من تؤول إليه الورقة التجارية بتظهير لاحق[٢]. ومن هنا نرى أنّ فقهاء القانون التجاري إختلفوا في تحديد المركز القانوني للمظهر فذهب بعضهم إلى إعتباره في مركز المدين الاصلي المتضامن[٣]. وعلّلوا ذلك بقولهم: أنّ القانون التجاري جعل جميع الملتزمين بمن فيهم المظهر في مرتبة واحدة بوصفهم جميعاً متضامنين تجاه الحامل وبالتالي فهو يعد في نفس مركز الساحب والمسحوب عليه بوصفه مديناً أصلياً[٤]. كما أنّ إعتبار المظهر في مركز المدين الأصلي المتضامن وضع لتحقيق مصلحة الحامل بإعتباره مجرد كفيل متضامن ؛ وذلك لأنّه ينبغي مراعاة مصلحة الحامل في جميع المواطن التي لم ينظمها المشرّع التجاري ، وبما أنّ الأخير لم يحدد مركز المظهر فينبغي إعتباره في مركز المدين الأصلي[٥].

وردًا على الرأي السابق حاول جانب من الفقهاء وهو أقرب للصواب من خلال الجمع بين الرأيين وذلك على إعتبار أنّ المظهر في مركز قانوني خاص يجمع بين صفتي المدين الأصلي المتضامن والكفيل المتضامن[٦]. وهذا ال رأي جدير بالتأييد ؛ وذلك لأنّ المظهر في الواقع يحتل مركزًا وسطًا بين المدين الأصلي المتضامن والكفيل المتضامن ، فله من ملامح المدين الأصلي المتضامن إستقلالية إلتزامه عن إلتزامات غيره من الملتزمين الصرفيين ، وله

(١)وهذا ما نصّت عليه الفقرة الأولى من المادة (٥٥) من قانون التجارة العراقي النافذ.
(٢)وهذا ما نصّت عليه الفقرة الثانية من المادة (٥٥) من قانون التجارة العراقي النافذ على انه " يجوز للمظهر حظر تظهير الحوالة من جديد. وفي هذه الحالة لا يكون ملزما بالضمان تجاه من تؤول اليه بتظهيرلاحق".
(٣) ينظر د. علي سلمان العبيدي ، الاوراق التجارية في القانون العراقي، بغداد ، ١٩٧٣، ص٣٨٦.
(٤) ينظر د. فريد شرقي ، اصول القانون التجاري المصري ، القاهرة، بدون سنة طبع ، ص٢٨٢
(٥) ينظر د. سميحة القليوبي ، الاوراق التجارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧، ص١١١.
(٦) ينظر د. كمال محمد ابو سريع ، الاوراق التجارية في القانون التجاري ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣ ، ص١٩٠.

من ملامح الكفيل المتضامن من خلال عدم تأثير إفلاسه على حلول أجل الورقة التجارية وكون إلتزامه هشاً يسقط بمجرد إهمال الحامل بواجباته القانونية[١].

٢- المسحوب عليه القابل

يلتزم المسحوب عليه بمجرد التوقيع بالقبول على الحوالة التجارية إلتزامًا ذي طبيعة صرفية بالتضامن مع باقي الملتزمين الصرفيين في أداء قيمة الحوالة في ميعاد استحقاقها[٢] ،امّا قبل التوقيع بالقبول فانه يكون بمنأى عن الورقة التجارية وغير ملزم صرفياً بها وكل ذلك على إعتبار انّ المسحوب عليه القابل قبل توقيعه على الورقة التجارية لم يعبر عن ارادته في الالتزام بموجبها وان كان عالماً بصدورها .

فالقبول إذًا هو الذي يُقحم المسحوب عليه في الإلتزام الصرفي ويظل قبل وقوعه أجنبياً عن الإلتزام لا يصله بالحامل إلّا مقابل الوفاء[٣]. ويكون إلتزام المسحوب عليه القابل التزامًا مباشراً متولدًا عن التوقيع على الورقة التجارية ذاتها ومستقل عن العلاقات التي تربط المسحوب عليه بالساحب ؛ ومن ثمّ فأنّ القابل يكون ملتزمًا بالوفاء وأن لم يكن قد تلقى مقابل الوفاء من الساحب[٤] ، بل أنّه يكون ملتزمًا بالدعوى الصرفية حتّى تجاه الساحب نفسه عند صيرورته حاملاً للورقة التجارية[٥].

وعلى أي حال فأنّ هذه الفرضية ممكن تحققها من خلال صورتين ، الأولى منها انْ يقوم الساحب بتحرير الورقة التجارية لأول مرّةٍ دونَ ان يطرحها للتداول ، أمّا الصورة الثانية فتتمثل في حالة وصول الورقة التجارية للساحب وذلك من خلال إعادة تظهيرها له وعندها لا يمكن للمسحوب عليه القابل إعفاء نفسه من الضمان. إذ أنّه في قبوله للحوالة يكون قد تعهد بدفع مبلغها للحامل وهذا التعهد قطعي ولا يجوز العدول عنه. وقد أجمع الفقهاء على إعتبار أنّ المسحوب عليه القابل في مركز المدين الأصلي المتضامن[٦]، الذي يترتب على وفائه براءة ذمّة

(١) ينظر د. كمال محمد ابو سريع ، الاوراق التجارية في القانون التجاري ، نفس المصدر ، ص١٩١.
(٢) ينظر د. فائق الشماع ، احكام التزام المسحوب عليه القابل ، مجلة العلوم القانونية ، المجلد السابع عشر، ع١ ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٢ ، ص١.
(٣) ينظر المذكر التفسيرية لقانون التجارة العراقي السابق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ ، ص١٩٩.
(٤) ينظر د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، موجز القانون الصرفي، ط١ ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٢، ص١٧١.
(٥) وهذا ما نصّت عليه المواد انظر المواد (٧٨) من قانون التجارة العراقي ، (٤١٦) من قانون التجارة المصري .
(٦) ينظر د. رزق الله انطاكي ود. نهاد السباعي ، الوسيط في الحقوق التجارية البرية ، ج٢، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦٢، ص٣٩٩.

ذمّة سائر الملتزمين الصرفيين ، كما أنّ إفلاسه يجيز للحامل الرجوع بالورقة التجارية قبل ميعاد إستحقاق تلك الورقة[١].

٣- القابل بالتدخل

إذا قُدمت الورقة التجارية للمسحوب عليه لغرض قبولها فهو إمّا أن يقبلها ويصبح مُلتزمًا صرفيًا بأداء قيمتها للحامل أو انْ يرفض القبول وفي هذه الحالة يجوز للحامل الرجوع الصرفي على الملتزمين الصرفيين قبل حلول ميعاد استحقاق الحوالة التجارية. وتلافيًا لهذه النتيجة فَقد يعمد أحد الاشخاص إلى التوقيع على الورقة التجارية كقابل بالتدخل لمصلحة أحد الملتزمين. وعندئذٍ يمتنع على الحامل الرجوع المبتسر على من حصل التدخل لمصلحته وعلى الموقعين اللاحقين عليه[٢].

ويمكن أن يُعطى القبول بالتدخل من قبل شخص أجنبي عن الحوالة أو من قبل أحد الملتزمين بها[٣]. ويكون القابل بالتدخل ملتزمًا صرفيا بأداء مبلغ الحوالة في ميعاد استحقاقها إذا إمتنع المسحوب عليه عن الوفاء، وقد يتعدد القابلون بالتدخل فيكونون متضامنين فيما بينهم وبين باقي الملتزمين في مواجهة الحامل.

وعلى أي حال يبقى القابل بالتدخل ملتزمًا بالضمان حتى لو قبل المسحوب عليه الحوالة التي سبق له أن رفض قبولها ، ولا يجوز للقابل بالتدخل إعفاء نفسه من ضمان الوفاء والتنصل من الإلتزام الصرفي ذلك لأنّه عندما يوقع على الحوالة كقابل بالتدخل (كفيل صرفي) إنّما يتعهد بدفع مبلغها في حالة عدم ادائه من قبل المسحوب عليه في ميعاد الاستحقاق وبالتالي لا يجوز له العدول عن هذا التعهد.

٤- الضامن

الضامن هو الشخص الذي يتقدم لضمان مبلغ الورقة التجارية كله او بعضه، وقد يكون شخصا أجنبيًا عن الورقة التجارية أو أن يكون ملتزمًا بها ويكون الضمان بكتابة هذا اللفظ أو بأية صيغة تفيد هذا المعنى فضلًا عن توقيع الضامن[٤]. ويلتزم الضامن إلتزامًا صرفيًا بالتضامن مع الشخص الذي حصل الضمان لمصلحته ومع بقية الملتزمين الصرفيين بأداء مبلغ الورقة التجارية للحامل ، وقد جاء في قرار لمحكمة القاهرة التجارية الجزئية الذي يقضي بأنّ

(١) ينظر د. علي البارودي ، الوجيز في القانون التجاري ، القاهرة ، ١٩٦٦، ص١٣٢.
(٢) وهذا ما نصّت عليه المادة (١١٥) من قانون التجارة العراقي.
(٣) وهذا ما نصّت عليه الفقرة الثانية من المادة (١١٦) من قانون التجارة العراقي .
(٤) وهذا ما نصّت عليه المادة (٨١) من قانون التجارة العراقي.

"الضامن الاحتياطي يتضامن مع المدين في المسؤولية عن الدين ، على الرّغم من عدم النص على التضامن في السند"[١].

ويتحدد إلتزام الضامن بمقدار إلتزام الشخص المضمون[٢]. لذا ينبغي تعيين الشخص المضمون ، وفي حالة عدم تعيينه يعد الضمان حاصلًا لمصلحة الساحب وهذا ما نصّت عليه القوانين المقارنة عمومًا [٣]. بينما إعتبرت بعض التشريعات التجارية كاتفاقية الأونسيترال لعام ١٩٨٨ ، انّ الضمان في هذه الحالة يعد حاصلًا لمصلحة القابل أو المسحوب عليه في السفتجة الدولية ولمصلحة المحرر في السند الإذني الدولي .

ويقع التزام الضامن في الأصل على ضمان القبول وضمان الأداء إلّا أنّه يستطيع حصر ضمانه بالقبول دون الأداء ، أو بالأداء دون القبول ، أو أن يحصر ضمانه بحامل معين دون الحملة اللاحقين أو أن يحصره لمصلحة ملتزم معين دون الملتزمين الآخرين[٤].

وأختلف الفقهاء حول تحديد المركز القانوني للضامن ، وهو ذات الخلاف الذي دار حول تحديد مركز القابل بالتدخل ، فذهب بعض الفقهاء إلى إعتبار الضامن والقابل بالتدخل في مركز المدين الأصلي[٥]على أساس أنّ القانون التجاري قد ساوى بين جميع الملتزمين الصرفيين في المسؤولية التضامنية كما ان مصلحة الحامل وضرورة حمايته حماية كاملة تقتضي إعتبار جميع الملتزمين مدينين أصليين في مواجهته.

بينما يرى جانب آخر من الفقهاء إنّ الضامن والقابل بالتدخل يعدان في مركز الكفيل المتضامن[٦]. و برّروا ذلك على أنّ المشرّع التجاري قد أعتبر الضامن والقابل بالتدخل يلتزمان يلتزمان بالكيفية التي يلتزم بها الشخص الذي حصل الضمان أو القبول لمصلحته، مما يعني أن إلتزامهما تابعًا لإلتزام من تدخلوا لمصلحته ومرتبط به من حيث صحته وبطلانه وإنقضائه[٧]. في حين يذهب رأي آخر إلى اعتبار الضامن والقابل بالتدخل كفلاء صرفيين[٨]. وهو الرأي

(١) وهذا ما قضت به محكمة التمييز العراقية بقرارها رقم ٥٨١/مدنية منقول/٢٠٠١ بتاريخ ٢٠٠١/٦/٢٨ ، الموسوعة العدلية ، العدد٩٤، ٢٠٠٢، ص٨،٩.

(٢) وهذا ما نصّت عليه المواد (٨٢) من قانون التجارة العراقي ، (٤٧) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨.

(٣)وهذا ما نصّت عليه المواد (٣١) من قانون جنيف الموحد ، والمادة (٨١) في فقرتها الثالثة من قانون التجارة العراقي .

(٤) ينظر د.ابراهيم اسماعيل ابراهيم ، الضمان الاحتياطي في الاوراق التجارية ، دراسة قانونية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص١٥٠.

(٥) ينظر د.رزق الله انطاكي ، السفتجة او سند السحب ، مصدر سابق ، ص٢٥٧.

(٦) ينظر د. مصطفى كمال طه ود. مراد منير فهيم ، مصدر سابق ، ص١٢٩.

(٧) ينظر د. علي البارودي ، الوجيز في القانون التجاري ، مصدر سابق ، ص١٣٩.

(٨) ينظر د. علي البارودي ، نفس المصدر، ص١٣٩

الذي نذهب لتأييده ، ذلك لأن المركز القانوني للضامن والقابل بالتدخل يجمع بين ملامح الكفيل المتضامن من جهة وبين خصائص القانون الصرفي من جهة أخرى ، وتبرز صفة الكفيل الصرفي من خلال كون الضامن والقابل بالتدخل التزامهما أصليًا بالنسبة إلى الشخص الذي تدخلا لمصلحته فيما يتعلق بكيفية إلتزامهما الصرفي ومقدار ذلك الإلتزام.

وتبرز الصفة الصرفية بوضوح فيما يتعلق باستقلال التواقيع ، فبينما تقتضي القواعد العامة في الكفالة المدنية انّ التزام الكفيل يكون تابعا لالتزام المكفول تبعية مطلقة في بقاءه وانقضائه وصحته وبطلانه ، نجد أنّ قاعدة إستقلال التواقيع في الكفالة التجارية تقف حاجزًا يفصل بين توقيع الكفيل الصرفي وتوقيع المدين المضمون وتجعل لكل من إلتزامهما كيانًا مستقلًا عن الآخر، وهذا ما نلمسه من نص المشرّع التجاري على إعتبار إلتزام الضامن صحيحًا حتى ولو كان إلتزام المضمون باطلًا لأي سبب غير عيب في الشكل[١] .

ثانيًا_ الكفيل المصرفي

حتى تتحقق الغاية الرئيسة من الكفالة التجارية بإعتبارها تأمينًا شخصيًا والكفالة المصرفية بوجه خاص ، إشترط المشرّع التجاري شروطًا لا بدّ من توافرها في الكفيل التجاري الملتزم بالضّمان ومن أهم هذه الشروط أن يكون الكفيل مصرف[٢] ، فالمصرف شركة تجارية يقوم بعدة وظائف لا يمكن للبيئة التجارية الإستغناء عنها أهمّها قبول الودائع وتقديم الإئتمان للدائنين على وجه الإحتراف ، ويتلقى مقابل ذلك عمولة محددة عرفًا أو يتم الإتفاق عليها مسبقًا ، وكل ذلك يعطي للمصرف خاصية يتميز بها تضفي عليه صفة الثقة واليسار[٣] ، فالمصرف كفيل تجاري يلتزم أمام الدائن بالكيفية التي إلتزم بها المدين الأصلي فضلًا عن إنّ ذلك الإلتزام يكون مستقلًا عن إلتزام ذلك المدين من حيث الصحة والبطلان.ومن خلال كل ما تقدّم يمكن لنا أن نعرف الكفيل المصرفي على انّه (شخص معنوي يلتزم بتنفيذ إلتزام معين مقابل عمولة يحددها الإتفاق أو العرف).

(١) وهذا ما نصت عليه المادة (٨٢) من قانون التجارة العراقي .
(٢) وهذا ما نلاحظه من خلال تنظيم المشرعين وعلى رأسها المشرع العراقي للعمليات المصرفية.
(٣) ينظرد. محمد بهجت عبد اللة قايد د. أميرة صدقي ، مصدر سابق ، ص٦٧.

الفصل الثاني

الآثار الناشئةعن الكفالة التجارية

الفصل الثاني

الآثار الناشئة عن الكفالة التجارية

بعد أن بيّنا مفهوم الكفالة التجارية وأهم ما يندرج تحتها من جزئيات كبيان تعريفها فضلًا عن بيان أهم الخصائص التي لا تنفك عن ذلك المفهوم وصولًا إلى بيان طبيعتها وأهم القواعد القانونية التي تحكم إبرامها. وفي طور بيان دور الكفالة التجارية وما تقدمه من تسهيلات كبيرة سواءً للتجار وغير التّجار من خلال تسهيل أعمالهم التجارية ، يتوجب علينا لزامًا أن نبيّن أهم الآثار التي تنصرف عنها.

بدءًا نقول: بأنّه لا بد لنا من أن نتعرّف على الآثار الناشئة عن الكفالة التجارية والتي لا تخرج عن كونها (مجموعة الحقوق والإلتزامات التي تقع على عاتق كل من أطراف الكفالة التجارية وأشخاصها) ، وعلى ذلك فأنّ كل شخص له مصلحة في إنعقاد الكفالة التجارية تنصرف إليه آثارها ولعلّ أبرز ما يكون عالقًا في الذهن تساؤل مؤدّاه هل يعد التضامن آثر من آثار الكفالة التجارية؟

الأصل في الالتزام هو أمّا أن يكون التزامًا بسيطًا فيه مدين واحد ودائن واحد في حين قد يتعدد المدينون أو الدائنون ، والحكم هو أن ينقسم الالتزام بينهم أي انّ يتعدد الالتزام بقدر عددهم ولو كانت هذه الالتزامات جميعها قد نشأت من مصدر واحد على ذلك فإن تعدد طرفي الالتزام لا يغير من قواعد تنفيذه شيئا لأنه ليس لكل دائن في حالة تعدد الدائنين أن يطالب بأكثر من حصته في الدين ولا يلزم المدينين في حالة تعدد المدينين إلا بقدر نصيبه في الدين.

فالإلتزام التضامني فهو(ذلك الإلتزام الذي يلحق بوصف عقد الكفالة التجارية والذي بموجبه يكون للدائن مطالبة الملتزمين أو بعضهم بكل الدين المترتب في ذمتهم فضلًا عن مطالبة المدينين لبعضهم البعض) ، ومِن هنا يعد التضامن وصفًا يلحق الكفالة التجارية لا ينفك عنها ، لما له من المزايا التي تجعل من الكفالة التجارية نظامًا قانونيًا مهمًا وحيويًا في نطاق المعاملات التجارية. أضف إلى ذلك أن التضامن في الكفالة التجارية يكون تارة نطاق التعامل المصرفي ، وتارة أخرى نجده في نطاق التعامل الصرفي. وعلى أي حال من الأحوال فليس أمامنا إلّا أن نبين من خلال هذا الفصل العلاقات التي تكون داخل إطار عقد الكفالة التجارية والتي تتمثل على شكل حقوق وإلتزامات بين اطرافها وكل ذلك في مبحثين الأول، منها لعلاقة الدائن مع الكفيل لتجاري ، امّا المبحث للتضامن في الكفالة التجارية وكما يأتي:-

المبحث الأول

علاقة الدائن بالكفيل التجاري

إنّ علاقة الدائن بالكفيل لا تنفك أن تحكمها المصلحة التعاقدية التي من أجلها أبرم هذا العقد. ذلك فأنّ الكفالة التجارية لم توجد إلّا لتسهيل الأنشطة التجارية التي جوهرها السرعة والإئتمان؛ لذا فأن الكفالة التجارية تعد اليوم من أهم الضمانات التجارية التي تؤدي دورًا كبيرًا لضمان سير الأعمال التجارية والتي جوهرها رسم الحقوق والإلتزامات التي تقع على عاتق طرفي العقد وصولًا لإمكان إستيفاء تلك الحقوق وتنفيذ الإلتزامات .

وهكذا فلا بد لنا إلّا أن نبين تلك الحقوق والإلتزامات التي تتخلل علاقة الدائن بالكفيل لذلك قسّمنا هذا المبحث إلى مطلبين ، الأول منها يكون لحقوق الدائن وإلتزاماته أمّا المطلب الثاني فيكون لحقوق الكفيل وإلتزاماته وعلى الشكل الآتي:-

المطلب الأول

حقوق الدائن وإلتزاماته

انّ عقد الكفالة التجارية في واقع الحال ، هو المصدر الاساسي للحقوق والإلتزامات التي إتفق عليها الطرفين، فكل حق في عقد الكفالة التجارية يقابله إلتزام محدد نشأ عن رضا وقبول صاحبه ، ذلك ان الحقوق لا يمكن أن تلزم طرف العقد ما لم تكن عن رضا وقبوله بها ، إلّا ما إستثني بنص خاص ، ولا يبقى لنا في ذلك إلّا أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين ، الأول منها لحقوق الدائن ، والفرع الثاني لإلتزاماته وكالتالي:-

الفرع الأول
حقوق الدائن

أنّ علاقة الدائن مع الكفيل في الكفالة التجارية يمكن أن تتمثل بمجموعة من الحقوق والإلتزمات ، وعليه فأنّ حقوق الدائن يمكن لنا أن نفصلّها على شكل فقرات وهي كما يأتي وبالتعاقب :-

أولًا – حق الدائن بالمطالبة القضائية

يعد حق المطالبة من أهم الحقوق التي بموجبها يكون للدائن إستيفاء الاموال موضوع الدين ، ومن هنا يمكننا أن نعرف حق الدائن بالمطالبة بأنه (تقدم الدائن أمام الكفيل للمطالبة بمبلغ الدين المتفق عليه)[١] ، والذي نقصده في المطالبة هنا هي المطالبة القضائية [٢] ، ذلك أنّ المعيار في المطالبة القضائية هو حلول أجل الدين وعدم الوفاء رغم المطالبة بالوفاء ، والتساؤل المتبادر إلى الذهن هو هل أنّ المطالبة القضائية تتوقف على زمن حلول أجل الكفالة التجارية أم حلول أجل الدين الأصلي؟

للإجابة عن هذا التساؤل نقول: أنّ الفقه أختلف في تحديد وقت مطالبة الدائن للكفيل بملغ الدين الأصلي فهنالك رأيًا يقول أنّ وقت مطالبة الدائن للكفيل في الكفالة التجارية يكون عند حلول الأجل في الإلتزام الأصلي[٣] ، ألّا انّ رأيًا آخر يرى أن أجل مطالبة الدائن للكفيل في الكفالة التجارية يختلف عن أجل الدين الأصلي ، وذلك يكون الأصل بموجب إتفاق بين الدائن والكفيل[٤]. ونحن نذهب مع الرأي القائل: بأنّه يمكن لأجل الكفالة التجارية أن يختلف عن أجل الدين بموجب إتفاق يكون بين الدائن والكفيل في الكفالة التجارية ، كما يمكن لنا أن نعزز ذلك بالقول ان الكفالة التجارية عقد أصلي ومن ثمّ يكون حلول أجل المطالبة إستنادًا إلى وقت حلول أجل الكفالة ومن خلال كل ذلك تكون المطالبة القضائية للدائن بموجب عقد الكفالة التجارية .

---

(١) ينظر د. عبد الرزّاق أحمد السنهوري ، التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق، ص ١٢٥.

(٢) وهذا ما نصّت عليه المادة ١٠٢٠من قانون المدني العراقي التي نصّت على أنّه"١- للدائن حق مطالبة الكفيل بالدين المكفول به ويطالبه حالاً اذا كان الدين معجلاً في حق الأصيل والكفيل، فان كان مؤجلاً ولو في حق أحدهما طولب الكفيل عند حلول الاجل".

(٣) ينظر د. حسن حسني ، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني) ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠٠٩ ، ص١٧٩.

(٤) ينظر يوسف عودة غانم ، التضامن الصرفي في الأوراق التجارية دراسة مقارنة ، مصدر سابق ، ص٧٧.

وبما إنّنا بصدد بيان علاقة الدائن مع الكفيل من حيث المطالبة لذا يتوجب علينا ان نبيّن أن القاعدة العامة هنا تقول : بأنّ للدائن حق مطالبة الكفيل بالدين المكفول به ويطالبه حالاً إذا كان الدين معجلاً في حق الأصيل والكفيل ، أمّا إذا كان الدّين مؤجلاً ولو في حق أحدهما طولب الكفيل عند حلول الأجل[١].

إلّا أنّ القاعدة في القوانين التجارية تختلف عمّا هي في القوانين المدنية ذلك أنّ لا تضامن بين الكفيل والمدين، ما لم يشترط ذلك في عقد الكفالة أو عقد منفصل[٢] .امّا في الكفالة القضائية والقانونية والتجارية ، يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم[٣]، وخلاصة القول: أنّه إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين ، فالدائن مخير في المطالبة إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل ، ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبته الآخر ، فبعد مطالبته احدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالب الإثنين معاً [٤].

وعلى أي حال فأنّنا نبين موقف التشريعات المقارنة من حق الدائن بالمطالبة ذلك انّ موقف قانون التجارة الأمريكي نصّ في الفصل الثالث من المادة الثالثة على أنّه" ٣-لا ينص على أي تعهد أو تعليمات أخرى من قبل الشخص الذي يعد أو يأمر بالدفع للقيام بأي عمل بالإضافة إلى دفع الأموال ، ولكن الوعد أو الأمر قد يحتوي على ١- تعهد أو سلطة لإعطاء ضمانات أو الاحتفاظ بها أو حمايتها بؤمن الدفع. ٢- تفويض أو سلطة للحامل للاعتراف بالحكم أو تحقيق الضمان أو التصرف فيه"[٥] ، ومن ذلك يفهم بأنّ قانون التجارة الأمريكي خول الدائن بأنّ له حق المطالبة بمبلغ الدين أو التصرف بالكفالة التجارية أو له حق التنازل عنها.

---

(١) وهذا ما نصّت عليه المادة (١٠٢٠) ، من قانون المدني العراقي التي نصّت على أنّه"١- للدائن حق مطالبة الكفيل بالدين المكفول به ويطالبه حالاً اذا كان الدين معجلاً في حق الأصيل والكفيل، فان كان مؤجلاً ولو في حق أحدهما طولب الكفيل عند حلول الاجل".

(٢) وهذا ما نصّت عليه الفقرة الاولى من المادة (١٠٣٠) من القانون المدني العراقي التي نصّت على أنّه ١"- لا تضامن بين الكفيل والمدين، ما لم يشترط ذلك في عقد الكفالة او عقد منفصل".

(٣) وهذا مانصّت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٠٣٠) من القانون المدني العراقي والتي نصّت على أنه "امّا في الكفالة القضائية والقانونية والتجارية، يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين".

(٤) وهذا ما نصّت عليه المادة (١٠٣١) من القانون المدني العراقي والتي نصّت على انه" اذا كان الكفيل متضامناً مع المدين، فالدائن مخير في المطالبة ان شاء طالب المدين وان شاء طالب الكفيل، ومطالبته احداهما لا تسقط حق مطالبته الآخر فبعد مطالبته احدهما، له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما معا".

5) does not state any other undertaking or instruction by the person promising or ordering payment to do any act in addition to the payment of money, but the promise or order may contain (i) an undertaking or power to give, maintain, or protect collateral to secure

payment, (ii) an authorization or power to the holder to confess judgment or realize on or dispose of collateral.

أمّا موقف المشرّع المصري فأن قانون التجارة المصري المرقّم (١٧) لسنة ١٩٩٩، نرى انّه لم ينص مباشرة على الحق بالمطالبة ، إلّا أنّه من خلال نص الفقرة الأولى من المادة (٤٢٠) ، التي نصّت على أنّه" ١- يلتزم الضامن الإحتياطي بالكيفية التي إلتزم بها المضمون" ، وبهذا نتوصل إلى نتيجة مفادها، أنّ للدائن على الكفيل حق مطالبته بمبلغ الدين في الوقت الذي إلتزم به المدين الأصلي أمام الدائن .

أمّا فيما يخص المشرع العراقي نجد أنّ قانون التجارة العراقي لم يكن بعيدًا عن موقف المشرع المصري ذلك أنّ قانون التجارة العراقي المرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤، نصّ في الفقرة الأولى من المادة (٨٢) ، على انّه "يلتزم الضامن بالكيفية التي التزم بها المضمون ، ويكون التزام الضامن صحيحًا ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلًا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل".

ثانيًا- حق الدائن بالتنفيذ

يقصد بحق الدائن بالتنفيذ (أنّ للدائن الحق بإسترداد أمواله من خلال التنفيذ على ذمة الكفيل التجاري) ، ومن ذلك يفهم بأن للدائن الحق بالتنفيذ على ذمة الكفيل التجاري ، والسؤال المتبادر للذهن هنا ما المقصود بالذمة المالية للكفيل التجاري؟

جوابًا عن سؤالنا نقول: أنّ الذمة المالية كما هو معروف تعني بأنّه (جميع ما للشخص من حقوق موجودة او قد توجد ، والتزامات ناشئة او قد تنشأ)[١]، وأنّ هذه الذمة لا تنشأ الحقوق والالتزامات القائمة بين المتعاقدين وحسب وإنّما تشمل ما قد يوجد منها في المستقبل أيضًا فأنّ القاعدة العامة تقضي على أنّ أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه[٢] ، ومن هنا نرى أن حق الدائن بالضمان ينطوي على أنّ للأخير حق ضمان الوفاء على جميع أموال الكفيل [٣] ، ذلك أنّ التنفيذ على أموال الكفيل أو ذمته المالية تعد المرحلة الثانية التي يكون للدائن بموجبها إسترداد حقوقه.

(١) الذمّة المالية تعني جميع ما للشخص من حقوق موجودة او قد توجد ، والتزامات ناشئة او قد تنشأ .وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٦٠)، من القانون المدني العراقي على انه" اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه".

(٢) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٢٦٠) ، من القانون المدني العراقي على انّه" وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان الاّ من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون".

(٣) ينظر د. عبد الرزّاق أحمد السنهوري ، التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق، ص ١٢٩.

والتساؤل الآخر الذي يتبادر للذهن هنا ما المقصود بالضمان في إطار الكفالة التجارية؟

وللإجابة عن هذا التساؤل نقول أن نصوص القوانين المقارنة نصتّ على الضمانات في إطار الكفالة بإستثناء المشرّع الامريكي ، ذلك أن المشرّع المصري في قانونه المدني نصّ في المادة (٧٨٤) ، على أنّه "ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة ، وكل تأمين مقرر بحكم القانون".

أمّا المشرّع العراقي فعلى غرار المشرّع المصري ، فأن قانونا المدني العراقي المرّقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ، نصّ في الفقرة الثانية من المادة (١٠٢٧) ، على انّه" ويقصد بالضمانات، كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة، وكل تأمين مقرر بحكم القانون".

ومن هنا نتوصل إلى نتيجة مفادها أنّ حق الدائن بالتنفيذ مفاده أن يقوم الاخير بعد قيامه بمطالبة الكفيل ، الشروع بمجموعة من الإجراءات التنفيذية التي بموجبها يسترد الدائن حقوقه المالية من الكفيل التجاري. ألّا ان الإشكال يكمن هنا بالقول: هل انّ الدائن يقوم بهذه الإجراءات بحق الكفيل بداية ام يقوم بها بحق المدين الأصلي؟

أجابت على هذا القول: القواعد القانونية المنصوص عليها في قوانينا المدنية ذلك انّ المشرّع المصري نصّ في المادة (٧٩٣) من قانونه المدني على أنّه "لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد"، ويفهم من ذلك بأنّ للدائن أن ينفذ على ذمة الكفيل أولًا و له أيضًا أن ينفذ على ذمة المدين الأصلي من دون للأخير أن يدفع أمامه بالرجوع على ذمة الكفيل أولًا.

أمّا المشرّع العراقي فأن قانونا المدني كان أكثر وضوحًا في المادة (١٠٣٠) ، والتي نصّت على انّه"١- لا تضامن بين الكفيل والمدين، ما لم يشترط ذلك في عقد الكفالة او عقد منفصل.٢- أمّا في الكفالة القضائية والقانونية والتجارية ، يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين". وبالتالي فأن بموجب ذلك يكون للدائن مطالبة الكفيل أو المدين الأصلي من دون أن يقوم الأخير الدفع بالتجريد أمام الدائن.

الفرع الثاني

إلتزامات الدائن

مثلما كان للدائن حقوق على الكفيل التجاري ، فأنّ بمقابل ذلك يكون عليه مجموعة من الإلتزامات نبينها فيما يأتي على شكل فقرات ولعلّ أهمها:-

أولًا- إلتزام الدائن بتسليم المستندات

يعد الإلتزام بتسليم المستندات من اهم الإلتزامات التي تقع على عاتق الدائن ، والتي بموجبها يكون للكفيل التجاري أو المدين أن يضمن حقه بعد الوفاء ان لا يقوم الدائن بمطالبته بالوفاء مرة أخرى ، وبالتالي يضمن هذا الإلتزام حق الكفيل بإبراء ذمته من الدين نهائيًا[1].

ونجد أنّ هذا الإلتزام مصدره القانون ذلك أنّ القوانين المقارنة قد نصت على ذلك فأنّ ومنها قانون التجارة الامريكي الذي نصّ في الفصل الثالث من المادة الثالثة على أنّه" يجوز للشخص الذي يحق له إنفاذ مستند، بمقابل أو بدون مقابل، أن يفي بالتزام الطرف بدفع المستند (١) عن طريق عمل طوعي متعمد، مثل تسليم المستند إلى الطرف، أو إتلاف، أو تشويه، أو إلغاء الصك، أو إلغاء أو شطب توقيع الطرف، أو إضافة كلمات إلى الصك تشير إلى الإبراء، أو (٢) الموافقة على عدم رفع دعوى قضائية أو التنازل عن الحقوق ضد الطرف من خلال سجل موقع. لا يتم إعفاء الطرف من التزامه بدفع الشيك فقط من خلال إتلاف الشيك فيما يتعلق بعملية يتم فيها استخراج المعلومات من الشيك وإنشاء صورة للشيك، ومن ثم يتم نقل المعلومات والصورة للدفع.

أمّا فيما يخص المشرع المصري فأن قانون التجارة المصري المرقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، لم ينص صراحة على هذا الإلتزام ، إلّا إنّه يمكن أن يفهم ضمنّا من خلال نص الفقرة الثالثة من

1)Section 3-604. Discharge by Cancellation or Renunciation.a(A person entitled to enforce an instrument, with or without consideration, may discharge the obligation of a party to pay the instrument (i) by an intentional voluntary act, such as surrender of the instrument to the party, destruction, mutilation, or cancellation of the instrument, cancellation or striking out of the party's signature, or the addition of words to the instrument indicating discharge, or (ii) by agreeing not to sue or otherwise renouncing rights against the party by a signed record. The obligation of a party to pay a check is not discharged solely by the destruction of the check in connection with a process in which information is extracted from the check and an image of the check is made and, subsequently, the information and image are transmitted for payment.

المادة (٤٢٠) ، التي نصّت على انّه "وإذا أوفى الضامن الاحتياطى الكمبيالة آلت إليه الحقوق الناشئة عنها قبل كل ملتزم بمقتضى الكمبيالة تجاه المضمون" .

وعند الرجوع إلى نصوص القانون المدني كقاعدة عامة نرى أنّه كان أكثر صراحة ذلك أنّ المشرّع المدني المصري لسنة ١٩٤٩ نصّ على إلتزام الدائن بتسليم المستندات في الفقرة الأولى من المادة (٧٨٧) على انّه" يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع" .

أمّا عن المشرّع العراقي فأنّ قانون التجارة المرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ ، لم يكن واضحًا بالنسبة لإلتزام الدائن بتسليم المستندات ، إلّا إنّه من خلال نص الفقرة الثانية من المادة (٨٢) التي نصّت على أنّه "اذا اوفى الضامن الحوالة آلت اليه الحقوق الناشئة عنها قبل المضمون وقبل آل ملتزم بمقتضى الحوالة تجاه هذا المضمون". وعند الرجوع للقانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١، نرى انّه نصّ على إلتزام الدائن بتسليم المستندات في الفقرة الأولى من المادة(١٠٢٦) على انّه" يلزم الدائن بان يسلم الكفيل وقت وفاء الدين، المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع".

وعلى أي حال فأنّ التساؤل المتبادر لدى الذهن ماهي المستندات التي يقع على الدائن بعد الوفاء تسليمها إلى الكفيل؟

جوابًا عن تساؤلنا نقول: بما انّ نطاق الكفالة التجارية يكون في الأوراق التجارية تارةً والعمليات المصرفية تارة أخرى وهذا ما نصّت عليه القوانين المقارنة ومنها قانون التجارة الامريكي نصّ في الفقرة الثالثة من القسم (٣-١٠٤) ، من المادة الثالثة التي تناولت أحكامها (الصكوك القابلة للتداول) على أنّه "لا يذكر أي تعهد أو تعليمات أخرى من قبل الشخص الواعد أو الآمر بالدفع ، للقيام بأي فعل بالإضافة إلى دفع الأموال ، لكن الوعد أو الأمر قد يحتوي على: (١) تعهد أو سلطة لتقديم ضمانات أو الحفاظ عليها ، أوحمايتها لتأمين الدفع" ، (٢) تفويض أو سلطة للمالك للاعتراف بحكم أو تحقيق أو التخلص من الضمانات ، أو (٣) التنازل عن منفعة أي قانون مخصص لمصلحة أو حماية الملتزم ، (٤) شرط يحدد القانون الذي يحكم الوعد أو الأمر ، أو (٥) تعهدًا بحل نزاع يتعلق بالوعد أو الأمر في نطاق محدد".

امّا فيما يخص المشرّع المصري نصّ في قانون التجارة في الفقرة الأولى من المادة (٤١٨)، على أنّه "يجوز ضمان وفاء مبلغ الكمبيالة ، كلّه أو بعضه من ضامن إحتياطي".

ولا يبقى لنا إلّا ان نبين موقف المشرع العراقي ذلك ان قانون التجارة لسنة ١٩٨٤ ، نصّ في المادة (٨٠) ، على أنّه "يجوز ضمان وفاء مبلغ الحوالة كلّه أو بعضه من أي شخص ولو كان ممّن وقعوا عليها". ومن خلال كل ذلك نتوصل إلى نتيجة مفادها انّ المستندات التي يقع على الدائن تسليمها إلى الكفيل التجاري في ميدان الكفالة الصرفية هي الورقة التجارية وما يقع تحتها من حقوق تنتقل إلى الكفيل التجاري ليتسنى له عندها الرجوع على المدين الأصلي بما أوفى به من مبلغ الدين ، والدليل على ذلك نصوص القوانين المقارنة التي اشارت إلى ان تنتقل الحقوق المضمونة في الورقة التجارية مباشرة إلى الكفيل التجاري أو الضامن بعد قيامه بالوفاء الى الدائن[١].

أمّا فيما يخص نطاق الكفالة المصرفية فأنّ المشرّع العراقي لم ينص صراحة عليها فضلًا عن القوانين المقارنة ، بيد انّنا يمكننا أن نقول بأنّ المستندات التي يتوجب على الدائن تسليمها إلى الكفيل التجاري هي الأوراق التجارية المنصوص عليها في قانون الصرف ، وجميع المستندات التي تكون محلاً للعمليات المصرفية والتي يكون للمصرف ككفيل تجاري له حق إستردادها والرجوع على المدين الاصلي بقيمتها ومنها:-

١-سندات الشحن:-

يعد سند الشحن من اهم المسندات التي يقع على عاتق المصرف ككفيل تجاري فحصها وإستردادها للرجوع على المدين الأصلي بقيمتها ، ومن هنا تعد سندات الشحن وصلًا بالبضائع المشحونة موقعاً من الناقل أو من ينوب عنه فهو أداة إلثبات عملية شحن البضائع. تحتوي على البيانات المتعلقة بالبضاعة المشحونة ومواصفاتها من حيث مقدارها وحالتها عند وضعها على السفينة[٢].

(١) ذلك أن الفقرة الثالثة من المادة (٤٢٠) من قانون التجارة المصري نصّت على أنّه" وإذا أوفى الضامن الاحتياطى الكمبيالة آلت إليه الحقوق الناشئة عنها قبل آل ملتزم بمقتضى الكمبيالة تجاه المضمون" ، كما نصّت الفقرة الثانية من المادة (٨٢) من قانون التجارة العراقي ، والتي نصّت على أنّه" اذا اوفى الضامن الحوالة آلت اليه الحقوق الناشئة عنها قبل المضمون وقبل آل ملتزم بمقتضى الحوالة تجاه هذا المضمون".

(٢) د. حسن دياب ، الإعتمادات المستندية التجارية (دراسة مقارنة) ، ط١، بيروت، ١٩٩٩، ص١١٩.

٢- وثيقة التأمين:-

وتعد وثيقة التأمين من اهم المستندات التي يقع على عاتق الدائن تسليمها إلى المصرف بعد قيام الأخير بتنفيذ إلتزامه بدفع قيمتها إليه وتعرف هذه الوثيقة على انّها(مستند قانوني يضمن التزام البنك بالدفع للبائع في حالة تخلف المشتري أو عميل البنك عن الاتفاق)[١].

٣- الفاتورة التجارية:-

ولا يبق لنا في المستندات التي يقع على عاتق الدائن تسليمها للمصرف إلّا أن نتكلم عن الفاتورة التجارية ذلك أنّها تعتبر إحدى المستندات المهمة التي تطلب في عند قيام الكفيل التجاري المصرفي إلتزامه وتكون صادرة عن المستفيد (المصدر) في الاعتماد وتبين قيمة البضاعة المرسلة وكمية ومواصفات هذه البضاعة [٢].

ثانيًا- إلتزام الدائن بدفع العمولة

يعتبر عقد الكفالة بحسب الأصل من عقود التبرع [٣] ، لكن الأمر مختلف في إطار القانون التجاري ذلك إنّ الكفيل في الكفالة التجارية يكون شخص محترفًا للعمل التجاري فهو لا يقوم بهذا العمل مجانًا ، وإنّما يقصد من ورائه الربح فالصفة التجارية تتنافى ونية التبرع كما هو معلوم[٤].

وعلى أي حال فقد إختلف الفقه في تحديد صفة المعاوضة في الكفالة التجارية فهنالك من يقول: إن الكفالة التجارية تكون معاوضة في الأصل بين بين الكفيل والمدين الأصلي ، وبالتالي يكون المدين الأصلي هو الشخص الذي يلزم بدفع العمولة تجاه الكفيل التجاري[٥].

إلّا إنّ الرأي مختلف عند البعض الآخر فهنالك من يذهب إلى انّ الدائن هو من يكون ملزم بدفع العمولة تجاه الكفيل[٦] ، ذلك ان الكفالة التجارية تكون بين الدائن والكفيل وهذه هي جوهر علاقة الكفالة التجارية ، ونحن نتفق مع هذا الرأي ذلك أنّ الكفالة التجارية تكون بقصد

(١) د. حسن دياب ، الإعتمادات المستندية التجارية (دراسة مقارنة) ، مصدر سابق، ص١٢٠.
(٢) د. صفوت بهنساوي، مصدر سابق ص٥٠٨.
(٣) ينظر د. حسن حسني ، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني) ، مصدر سابق ، ص٥٦
(٤)وهذا ما نصت عليه المادة الخامسة من قانون التجارة العراقي نصّت على أنّه" تعتبر الاعمال التالية اعمالاً تجارية اذا كانت بقصد الربح ، ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس: ثالث عشر-عمليات المصارف".
(٥) ينظر محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية ، عمليات البنوك ، مصدر سابق ، ص٢٢٢.
(٦) ينظر د. سمير عبد السيد تناغوا، مصادر الإلتزام، مكتبة الوفاء القانونية ، مصدر سابق ، ص٣٤.

الربح فالكفيل لا يقوم بمنح الإتمان مجانًا ، بل يكون مقابل عوض متفق عليه في العقد. ومن هنا يمكن لنا أن نعرف العمولة في إطار الكفالة التجارية بأنّها (مبلغ من النقود متفق عليه في العقد يتقاضاه الكفيل مقابل ضمان دين معلوم خدمة للدائن).

ولكل ما تقدم نطرح تساؤلًا مؤدّاه هل أنّ الإتفاق على العمولة يجب أن يكون مكتوبًا في العقد ، أم يمكن للأطراف أن يتفقوا عليها بعد إبرامه؟

للإجابة عن تساؤلنا نقول: هنالك من يذهب إلى أنّ الأتفاق على العمولة وعلى تحديدها يجب أن يكون مكتوبًا في العقد ولا عبرة بما يكون بكل ما يكون خارج هذا العقد[١] على أنّ رأيًا آخر يذهب إلى القول: بأنّه لا يشترط بأن تكون العمولة وتحديدها مكتوبًا في العقد وقت إنعقاده ، ذلك أنّه ليس هنالك ما يمنع من استيفاءها بعد إبرام العقد وتحديدًا وقت المطالبة متى ما كان الطرفان قد إتفقا مسبقًا عليها[٢] ، ونحن نذهب مع الرأي القائل بأنه يجب ان تكون العمولة مكتوبه في العقد وقت إبرامه ، تحسبًا لأي خصومة مستقبلًا حول موضوعها ومسألة تحديدها ، لكن ليس هنالك ما يمنع من أن يتفق الأطراف على أنه يمكن للكفيل إستيفائها بعد تنفيذ العقد.

ولا يبقى لنا سوى ان نبين موقف القوانين المقارنة من العمولة ذلك ان قانون التجارة الموحد لم ينصّ عليها إلّا إنّنا يمكننا أن نستشفي ذلك من خلال نص المادة الثالثة على أنّه" الإبراء بالإلغاء أو التنازل. يجوز للشخص الذي يحق له إنفاذ مستند، بمقابل أو بدون مقابل، أن يفي بالتزام الطرف بدفع المستند عن طريق عمل طوعي متعمد، مثل تسليم المستند إلى الطرف، أو إتلاف، أو تشويه، أو إلغاء الصك، أو إلغاء أو شطب توقيع الطرف، أو إضافة كلمات إلى الصك تشير إلى الإبراء"[٣] ، نستنتج من النص أن على من يملك المستندات أو الشخص الذي يقع عليه تنفيذ إلتزام ، ان يقوم بدفع العمولة .

---

(١) ذلك انّ المادة (١٠١٥) من قانون التجارة العراقي نصّت على انه" تشمل الكفالة ملحقات الدين، ومصروفات المطالبة الاولى وما يستجد من المصروفات بعد اخطار الكفيل، هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره".

(٢) هذه القاعدة تفرض نفسها على القاضي أيضا حيث لا يجوز للقاضي أن ينقض شروط العقد أو أن يعدل فيه بدعوى أن النقض أو التعديل فيه تقتضيه العدالة، فالقاضي يطبق العقد كما هو طبقا لنصوصه لأنه يعتبر كالقانون فى تنظيمه لعلاقة المتعاقدين او طبقا للعرف او العادة .ينظر نص المادة (٨٦) من القانون المدني العراقي النافذ.

3) **Section 3-604. Discharge by Cancellation or Renunciation.**
(a)A person entitled to enforce an instrument, with or without consideration, may discharge the obligation of a party to pay the instrument (i) by an intentional voluntary act, such as surrender of the instrument to the party,

امّا المشرع المصري فلم ينص قانون التجارة المصري المرقم (١٧) لسنة ١٩٩٩صراحة على إلتزام الدائن بدفع العمولة ، لكن يمكن ان يفهم ذلك ضمنًا من خلال نص المادة الخامسة التي نصّت على أنّه" تعد الأعمال الآتية تجارية إذا كانت مزاولتها على وجه الاحتراف :- و- عمليات البنوك والصرافة".

وفما يخص المشرّع العراقي فأن قانون التجارة العراقي لسنة ١٩٨٤ ، كان أكثر وضوحًا من المشرّع الذي سبقه ، ذلك أنّ المادة الخامسة نصّت على أنّه" تعتبر الاعمال التالية اعمالاً تجارية اذا كانت بقصد الربح ، ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس: ثالث عشر-عمليات المصارف". من خلال هذه النصوص يمكن لنا أن نتوصل إلى نتيجة مفادها أنّه بما انّ نطاق الكفالة التجارية يكون في مجال قانون الصرف تارة والعمليات المصرفية تارة أخرى، فأنّ الكفالة التجارية لا تكون إلّا بقصد الربح وهذا الربح يتجسد من خلال المقابل الذي يتلقاه الكفيل التجاري من الدائن.

destruction, mutilation, or cancellation of the instrument, cancellation or striking out of the party's signature, or the addition of words to the instrument indicating discharge.

المطلب الثاني

حقوق الكفيل التجاري وإلتزاماته

يلاحظ أنّ علاقة الدائن مع الكفيل التجاري تعد جوهر الكفالة التجارية ، ذلك انّ قوانين التجارة المقارنة لها حيز وأثر كبير في تنظيم هذه العلاقة ، فبعد أن بينا حقوق الدائن وإلتزاماته ، لابد لنا أن نسلط أضواء البحث في هذه العلاقة على ما للكفيل التجاري من حقوق وما عليه من إلتزامات ، وهذا ما سنبحثه في فرعين وكالآتي:-

الفرع الأول

حقوق الكفيل التجاري

إنّ للكفيل حقوقًا كما عليه إلتزامات ، ويعد عقد الكفالة التجارية المصدر الأساس لهذه الحقوق ، فضلًا عن القانون الذي يعد المصدر الآخر لهذه الحقوق والإلتزامات وبما ان الكفالة التجارية يكون نطاقها تارة في الاوراق التجارية وتارة اخرى في مجال التعامل المصرفي وهذا ما سنتطرق له في المحورين الآتيين وبالتعاقب:-

أولًا – حق الكفيل الصرفي

للكفيل التجاري الصرفي دفوع اجاز له القانون بهدف التمسك بها أمام الدائنين، و هذه الدفوع اقرتها القواعد القانونية التي تحكم التعامل بالأوراق التجارية ، ذلك انّ الكفالة التجارية لها دور كبير ومهم فيها من خلال تقديم ميزة الائتمان[1] فالدائن من خلالها يكون مطمئنًا لاستحصال حقه بمطالبة الكفيل التجاري بموضوع الدين ، وعلي أي حال من الأحوال فأنّ الكفالة التجارية لا تخرج عن نطاق التعامل بالأوراق التجارية ، مما يضع الكفالة التجارية في دائرة المواضيع التي يقع على المشرع التجاري لزامًا أن يخضعها للقواعد القانونية التي تحكم تلك الأوراق.

(١)الائتمان(نوعان منهما التجاري الذي يعرف على أنه يتم مزاولة الائتمان التجاري من قبل التجار مع بعضهم البعض من خلال البيع والشراء والتي يحصل عليه التجار من قبل الموردين للبضائع، فهو نوع من أنواع التمويل قصير الأجل، ولا يعتمد على أي أُسس علمية أو خبرات سابقة، والتي تلجأ إليه المؤسسات بهدف تمويل جزء من رأس المال التجاري ، وأحد أشكاله الكمبيالات. والنوع الآخر ما يعرف بالائتمان المصرفي الذي هو عبارة عن الثقة التي يمنحها البنك لعملائه عن طريق توفير مبلغ معين من المال ليتم استخدامه من أجل غرض محدد ولهدف معين وخلال فترة زمنية معينة، كما أنّ عملية السداد تتم وفق اتفاق معين على شروط محددة مقابل عائد مالي يتم الاتفاق عليه مسبقًا) ، نادية فضيل ، الأوراق التجارية في القانون الجزائري ، دار هومه ، الجزائر، ط١١، ٢٠٠٦ م، ص١٩.

فالأوراق التجارية هي محررات شكلية بصيغة معينة يتعهد بمقتضاها شخص أو يأمر شخصا آخر فيه بأداء مبلغ محدد من النقود في زمان ومكان معينين وتكون قابلة للتداول بالتظهير أو بالمناولة اليدوية كما هو معروف[١]. ولا يخفى علينا أن نطاق الكفالة التجارية لا يخرج عن التعامل بالأوراق التجارية بصورة عامة وفي نطاق تظهيرها بصورة خاصة فضلًا عن الضمان الاحتياطي[٢] ، فالتظهير في الأوراق التجارية إجراء مبسط يتم بكتابة معينة على ظهر السند التجاري فيكون الأخير نافذًا في حق الجميع من دون حاجة إلى قبول المحال عليه أو إعلانه بالقبول ، كما يكون المظهر كفيلًا لوجود الحق وأدائه قبل المظهر اليه[٣] ، وبالتالي فأنّ ضمان الورقة التجارية سيتضخم أو يزداد كلّما إزدادت عدد التظهيرات تجري عليها سواءً من المظهرين أو الضامنين الإحتياطيين. وبما أنّ التظهير والضمان الإحتياطي يكون نطاقًا للكفالة التجارية بموجب نصوص القوانين المقارنة[٤]، ذلك أنّ المظهر أو الضامن الاحتياطي بإعتباره كفيلًا تجاريًا يكون من حقّه التمسك بمجموعة من الدفوع تجاه الدائن التي خولته نصوص قانون التجارة وعلى ذلك فالسؤال المتبادر للذهن ماهي الدفوع التي يكون للكفيل التجاري التمسك بها أمام الدائن؟

للإجابة عن تساؤلنا هذا نقول: أنّ الدفوع التي يمكن للكفيل التجاري التمسّك بها هي:-

١- الدفوع الناشئة عن عيب ظاهري كنقص في الشكلية اللازمة للورقة التجارية أو تضمنها بيانا مخالفًا للقانون كما لو ذكر سبب غير مشروع في الورقة[٥] أو بسبب انقطاع التظهيرات الإسمية ويكون ذلك من العيوب الظاهرة في الورقة[٦]. فالورقة في هذه الحالات تكون غير صالحة لأن تكون محلًا صالحًا للتظهير حيث يستلزم التظهير ورقة تجارية مستوفية لشرائطها القانونية وبالتالي تكون الكفالة التجارية مستوفية لشروطها القانونية .

(١) ينظر د.فوزي محمد سامي - د. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص١٠.
(٢) يعرف الضمان الإحتياطي على أنه كفالة الدين الموجود في الأوراق التجارية من قبل شخص يوقع على الورقة ويكون ضامنًا للوفاء لها.
(٣) ينظر د.فوزي محمد سامي - د. فائق محمود الشماع ، المصدر نفسه ، ص١٥٠.
(٤) وهذا ما نص عليه قانون التجارة المصري الحالي لسنة ١٩٩٩ في المادة (٤١٨)، وقانون التجارة العراقي النافذ لسنة ١٩٨٤ في المادة (٨٠).
(٥) ينظر د.محمد بهجت عبد اللة قايد ، د. أميرة صدقي ، مصدر سابق، ص٤١٧.
(٦) كالنقص في الشكلية اللازمة التي يتطلبها القانون لأن تكون الورقة التجارية صالحة للتعامل .د.عبد الفضيل محمد أحمد ، الاوراق التجارية (الكمبيالة ،السند الأمر، الشيك) ، دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠١٠، ص١٢.

كما يجب الاشارة الى أنّ الدائن هنا يفترض علمه بها حيث أن ظاهر الورقة التجارية يوحي بها, فلا يعذر بجهله بها مهما كان حسن النية ؛ لأن العيب ظاهر وواضح يمكن تبينه بمجرد الإطلاع على الورقة , وليس في ذلك أي مفاجأة للدائن في الورقة حيث من السهل عليه إكتشاف العيب[١].

٢- الدفوع المبنية على إنعدام الأهلية اللازمة يمكن كذلك التمسّك بها قبل كل دائن في الورقة التجارية وذلك طبقًا للمادة (٤٦) من قانون التجارة العراقي المرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ والتي نصّت على أنّه" تكون التزامات ناقص الاهلية أو عديمها الناشئة من توقيعه على الحوالة بأية صفة باطلة بالنسبة إليه فقط .ويجوز له التمسّك بهذا البطلان تجاه آل حامل للحوالة"[٢] ، من خلال ذلك نجد انّها أكدت على جواز التمسك بهذا البطلان قبل كل حامل للحوالة أنّ عدم الأهلية عيب خفي وكان من الواجب حماية الحسن النية ولا شك أن تقرير هذا المبدأ فيه خروج على قاعدة التطهير من الدفوع[٣] ، وتبرير ذلك يتعلق بحماية مصلحة عديم الأهلية وناقصها وذلك يعود إلي حماية ناقص الأهلية علي اعتبار أنّ مصلحته أولى بالحماية من الحامل ذلك أنّ المشرّع العراقي نصّ على بطلان الإلتزامات الصرفية لناقص الأهلية وعديمها؛ ولكنه جعل هذا البطلان مقصورًا عليه حيث أكد ايضًا على ذلك من خلال نص المادة (٤٧) من قانون التجارة الحالي على أنّه "إذا حملت الحوالة توقيعات أشخاص ليس لهم أهلية الالتزام بها فان إلتزامات غيرهم من الموقعين تبقي مع ذلك صحيحة". إلّا أنّه إذا حاول ناقص الأهلية إخفاء نقص أهليته بطرق احتيالية فانه يمكن للحامل الرجوع عليه بعيدا عن قانون الصرف ومطالبته بالتعويض[٤].

بالتعويض[٤].

(١) ينظر أ.د مصطفى كمال طه ، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الألكترونية الحديثة ، مصدر سابق ، ص٧٦.

(٢) تقابلها المادة (٣٨٥) من قانون التجارة المصري لسنة ١٩٩٩ ، والتي نصّت على أنّه" تكون التزامات ناقصي الأهلية الذين ليسوا تجاراً وعديمي الأهلية الناشئة عن توقيعاتهم على الكمبيالة كساحبين أو قابلين أو ضامنين احتياطيين أو بأية صفة أخرى باطلة بالنسبة إليهم فقط".

(٣) معنى ان قاعدة التطهير من الدفوع ينبغي ان تعترض سبيل المدين في الاحتجاج على الحامل بما له من دفوع مبنية على اسباب بطلان العلاقة الاصلية كعدم مراعاة الشكلية القانونية في العقد او انعدام محله او عدم مشروعيته او استحالة تنفيذه طالما ان الورقة التجارية قد حررت كوسيلة لتنفيذ هذه العلاقة ينظر د.فوزي محمد سامي، د. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص١٥١.

(٤) هو عبارة عن عن مبلغ من النقود يتم منحه للشخص الذي يثبت للمحكمة أن ضررًا لحق به، نتيجة فعل ضار صدر عن شخص آخر، وغالبًا ما يكون التعويض الذي تحكم به المحكمة جبرًا للضرر تعويضًا نقديًا، ويمكن أن يكون التعويض معنويًا كما هو في حالة الاعتداء على الشرف أو الكرامة الإنسانية د. حسن علي الذنون، العقود المسماة، عقد البيع، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٥٣ ، ص ١٢٨.

٣- الدفع الناشيء عن تزوير التوقيع يمكن التمسك به قبل كل حامل ولو كان حسن النية إذ لا يمكن إلزام الشخص دون إرادته وقد سبق أن أكدّت محكمة التمييز عندنا على ذلك حيث قضت على أنّه "أن التظهير وإن كان يطهر الورقة من كافة الدفوع حسب أحكام قانون التجارة العراقي النافذ[١] إلّا انّه يجوز التمسك بأي دفع ناشئ عن تزوير أي من التواقيع المتعاقبة في الورقة التجارية.

ومن هنا يجب الإشارة الى انّه من زور توقيعه علي حوالة سواء بصفته ساحباً أو مظهرًا أو ضامناً أو قابل أو بأي صفة أخرى يستطيع الدفع بهذا التزوير في مواجهة الحامل حتى لو كان يجهل بأمر التزوير[٢], لأنّ المشرّع يولي الإهتمام لحماية هذا الشخص بإعتباره مجنيًا عليه في جريمة تزوير مع مراعاة أنّ الدفع بالتزوير قاصر علي صاحب التوقيع المزور, فلا يستطيع موقع آخر الاستفادة من ذلك إعمالا لمبدأ استقلال التوقيعات .

٤- الدفع الناشيء عن التحريف يمكن أيضًا الاحتجاج به مواجهة كل حامل حسن النية طبقًا لأحكام المادة (١٣١) من قانون التجارة العراقي النافذ لسنة ١٩٨٤حيث نصّت على أنّه "إذا وقع تحريف في متن الحوالة التزم الموقعون اللاحقون له بما ورد في المتن المحرف أمّا الموقعون السابقون عليه فيلتزمون بما ورد في المتن الأصلي ". وعليه فإنّ من طولب بقيمة الورقة التجارية كأن تكون بمبلغ ثلاثة مليون دينار يكون له الدفع بالتحريف تجاه كل حامل للحوالة إذا أثبت أن مبلغها وقت توقيعه عليها كان مليون دينار فقط .

٥- الدفع بانعدام النيابة أو تجاوزها فالدفع الناشيء عن التوقيع بلا تفويض قابل للإحتجاج به في مواجهة كل حامل ولو كان حسن النية نظرا لعدم اشتراك المدعى عليه في انشاء الورقة التجارية المدعى بها من قبل الحامل حيث لا التزام من دون رضا فمن وقع حوالة عن آخر بغير تفويض منه التزم شخصيًا بموجب الحوالة ويسري الحكم على النائب نفسه إذا تجاوز حدود سلطته كما نصت على ذلك المادة (٤٩) من قانون التجارة العراقي التي نصّت على انه "اولًا- من وقع حوالة عن آخر بغير تفويض منه التزم شخصيًا بموجب الحوالة .فاذا اوفاها آلت اليه الحقوق التي كانت تؤول الى من أدعى النيابة عنه. ثانيًا- ويسري هذا الحكم على النائب إذا جاوز حدود نيابته".

(١) ينظر د.فوزي محمد سامي - د. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص١٥٤.
(٢) وهذا ما نصّت عليه المادة (٦١) من قانون التجارة العراقي لسنة ١٩٨٤.

فمن المعلوم انه تجوز النيابة في سحب الأوراق التجارية أو تظهيرها، ولكي تترتب الآثار على ذلك يجب إبراز صفة النيابة والتزام النائب لحدود نيابته, فإذا ما تجاوز هذه الحدود أو ثبت عدم وجود النيابة أصلاً, فان تصرف مدعي النيابة لا يلزم الأصيل ؛ لأنه يعتبر هنا كمن زور توقيعه, ولذلك يمكن له الدفع بذلك حيث لا تطهر الورقة التجارية من الدفع بهذه الحالة[١].

٦- الدفوع المتصلة بالعلاقة الشخصية التي تربط الدائن بالمدين الصرفي، فلو أصبح الكفيل التجاري دائناً للدائن الأخير ثم جاء الدائن مطالباً إياه بقيمة الدين فيمكنه التمسك بالمقاصة في مواجهته, فالدفوع الناشئة عن العلاقة التي تربط الدائن شخصياً بالمدين ،لا يطهرها تظهير الورقة التجارية[٢] ، فإذا كان الكفيل بالحوالة دائناً للدائن بناء علي علاقة خارجة عن نطاق التعامل الصرفي فانه يستطيع مطالبة الدائن بالمقاصة بدينه [٣] .

ويترتب على ذلك انه يجوز للكفيل التجاري ان يتمسك في مواجهة الدائن بجميع ، الدفوع النبي يجوز توجيهها للحامل من قبل المدين المضمون [٤] ، ويجوز للكفيل ان يحتج على الدائن بالإهمال الناشئ عن عدم مراعاة الإجراءات والمواعيد المحددة قانونًا بعمل الاحتجاج وإقامة دعوى الصرف بشرط أن يكون من حق المضمون التمسك بهذا الإهمال[٥] ، من خلال كل ما سبق يتضح أن هناك دفوع يمكن التمسك بها قبل كل دائن للحوالة ولو كان حسن النية بعكس دفوع أخرى يكتسحها التظهير فيمنع الاحتجاج بها قبل الحامل القانوني حسن النية ويترتب على ذلك دعم حقه في إستيفاء قيمة الورقة المظهرة من كل ملتزم بموجبها وفي حالة الامتناع يكون الرجوع على الكفيل بالضمان .

ثانيًا_ حقوق الكفيل المصرفي

من المتفق عليه إنّ الكفالة التجارية لم تنظم ضمن الإطار القانوني الذي يحيط القانون التجاري ،ما يجعلنا نتساءل عن القواعد القانونية التي تحكم الكفالة التجارية ، وعند الرجوع

(١) ينظر محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية ، عمليات البنوك ، مصدر سابق ، ص٢٢٠.
(٢) ينظر د. محمود سمير شرقاوي ، القانون التجاري ، ج٢ ، (العقود التجارية ، الإفلاس ، الأوراق التجارية ، عمليات البنوك) ، مصدر سابق ، ص٤٤٩.
(٣) ينظر د.فوزي محمد سامي - د. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص١٥٦.
(٤) ينظر قرار صادر عن محكمة استئناف القاهرة لسنة ١٩٦٣ .ص٥٦.
(٥) ينظر أ.د مصطفى كمال طه ، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الألكترونية الحديثة ، مصدر سابق ، ص٨٦.

للقواعد القانونية العامة[١] والتي مفادها بأنّ عدم وجود نص خاص فأنّ القواعد القانونية العامة تكون واجبة التطبيق ، ذلك انّه يمكن لنا الرجوع لتلك القواعد القانونية الملائمة والتي تتناسب مع الكفالة التجارية وواقع البيئة التجارية وحاجات التجارة والتجار.

وعلى أي حال فأنّ للكفيل التجاري حقوق يمكن له الدفع بها أمام مطالبة الدائن من أجل تخفيض الوفاء أو التخلّص منه ، ونرى انّ الفقه كاد يكون متفقًا على تكييف حقوق الكفيل التجاري على شكل دفوع[٢]أهمها أن يكون للكفيل التجاري المصرف الحق بالدفع أمام الدائن ببطلان عقد الكفالة التجارية أو ان يكون له حق الدفع بقابليتها للإبطال[٣] ، فضلا عن الدفع بعدم قيام الدائن بالمحافظة على الضمانات التي منحها المدين الأصلي له[٤] ،وسنبحث هذه الحالات على شكل نقاط وكما يأتي:-

١- الدفع ببطلان عقد الكفالة التجارية

أمّا الحالة الأولى التي مفادها بأن يكون للكفيل الدفع ببطلان عقد الكفالة التجارية ، ففي هذه الحالة نرى ان الأمر لا يخرج عن العيوب التي تشوب رضا الكفيل التجاري (المصرف) ، وبالتالي يدفع الكفيل التجاري امام الدائن ببطلان إلتزامه إستنادًا إلى عيب شاب رضاه ، أو لم يكن يعلم بالمسؤولية الواقعة على عاتقه في ضمان إلتزام المدين ، فضلًا عن ظروف أخرى[٥] ، وهذه الحالة برأينا لا يمكن تصورها في الواقع العملي، لذا لا لا يبقى أمام الدائن إلّا أن يثبت عكس ذلك بكل ما تفرضه القواعد العامة في الإثبات[٦].

٢- الدفع بإضاعة الدائن بخطأه ما منحه المشرّع من ضمانات

(١) والمنصوص عليها في القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٢) ينظر د. يعقوب يوسف صرخوة ، الاوراق التجارية في القانون الكويتي دراسة مقارنة ، ط١، ١٩٩٦، ص١٨٧.

(٣) يعرف العقد القابل للإبطال بأنه (عقد باطل نسبيا يمكن تصحيحه بالإجازة بعد اتجاه نية الطرفان إلى ابطاله)، د.عبد الرزاق احمد السنهوري الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، المكتبة القانونية بغداد ، منشأة المعارف ، ٢٠٠٤ , ص ٢٠٤.

(٤) وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٢٧) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ بنصها على انه "على الدائن ان يحافظ على ما للدين من ضمانات مراعيًا في ذلك مصلحة الكفيل وتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطأه من هذه الضمانات.

(٥) عيوب الرضا هي (الإكراه والغلط والإستغلال والغبن مع التغرير) د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، النظرية العامة للإلتزام ، مصدر سابق ،ص٣٣.

(٦) التي نصت عليها القواعد القانونية في قانون الإثبات المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

أمّا الحالة الثانية والتي يكون مفادها للكفيل التجاري (المصرف) ، الدفع أمام الدائن بإضاعة الأخير بخطأه ما كان له حق التمسك به من ضمانات أخرى تتعلق بالدين المضمون ، ذلك أنّ الدائن كثيرًا ما يتسبب في ضياع كثيرًا من الضمانات والحقوق التي كان له التمسك بها أمام المدين الأصلي والتي بموجبها يكون للكفيل التجاري الإستفادة منها [١] ، والسؤال الذي يتبادر للذهن ماذا يقصد بالضمانات التي يكون للدائن التمسك بها؟

جوابًا على هذا التساؤل نقول: أنّ هناك رأيًا يقصر الضمانات المتاحة للدائن بأن تكون للأخير كفالة أخرى تتعلق بالدين المضمون[٢] ، أي أن تكون له كفالة شخصية مقدمة من قبل المدين الأصلي ذاته أو كفيلًا آخر ، على انّ هنالك رأيًا آخر يقصر الضمانات الممنوحة للدائن على تأمين عيني قدمه المدين الأصلي أو شخص آخر[٣] ، ومن خلال ما تقدم يمكن لنا أن نقول : أنّه يقصد بالضمانات المتاحة للدائن هي أي ضمان شخصي أو عيني مقدم للدائن سواء كان مقدمًا من قبل المدين ذاته أم من قبل شخصًا آخر ، ودليلنا على ذلك أن القانون المدني العراقي النافذ لسنة ١٩٥١ نصّ في الفقرة الثانية من المادة (١٠٢٧) والتي نصّت على انّه" ويقصد بالضمانات، كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة، وكل تأمين مقرر بحكم القانون"[٤]. ويفهم من ذلك انّه يمكن للكفيل التجاري الدفع أمام الدائن بأنه قد اهمل من خلال اضاعته ما كان له من الضمانات المتاحة له أو المقدمة له من قبل المدين الاصلي ذاته أو من قبل أي شخص آخر وبالتالي يكون الكفيل التجاري قد برأ أمام الدائن من حق المطالبة بقيمة الدين المضمون.

(١) وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٢٧) من القانون المدني العراقي المرقم٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٢) ينظر بسام حمد الطراونة ، باسم محمد ملحم ، شرح القانون التجاري-الاوراق التجارية والعمليات المصرفية ، ط٢، دار المسيرة للنشر والتوزيع ، الأردن ،٢٠١٤، ص١٣٣.

(٣) ينظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، التأمينات الشخصية ، ج١٠، دار احيا التراث العربي، بيروت-لبنان، ٢٠٠١، ص٢٠٢.

(٤) وهذا ما نصّت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٠٢٧) من القانون المدني العراقي بنصها على انّه"ويقصد بالضمانات، كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة، وكل تأمين مقرر بحكم القانون".

الفرع الثاني

إلتزامات الكفيل التجاري

بعدما بينا حقوق الكفيل التجاري يقع لزامًا علينا ان نبين إلتزاماته في مواجهة الدائن وعلى شكل فقرات وكالآتي:-

أولًا- إلتزام الكفيل التجاري بضمان الوفاء

يعرف إلتزام الكفيل التجاري بضمان الوفاء على انّه إلتزام الكفيل التجاري بالوفاء بقيمة الدين المكفول الذي إلتزم به المدين الاصلي للدائن ، وبما ان الكفالة التجارية من الأنظمة التجارية الخطيرة التي تؤدي دورًا كبيرًا ومهما في نطاق المعاملات التجارية ويتركز هذا الدور في نطاقين ، فتارة نجدها في نطاق قانون الصرف وتارة اخرى في نطاق المعاملات المصرفية، ففي **النطاق الأول** يرى جانبًا من الفقه[1] ،ان إلتزام الكفيل التجاري الصرفي بضمان الوفاء هو إلتزام يتميز بصفتين ، الصفة الاولى لهذا الإلتزام هي الصفة التبعية ودليلهم على ذلك نص المادة (٨٢) من قانون التجارة العراقي النافذ لسنة ١٩٨٤ التي نصّت في فقرتها الأولى على انّه"يلتزم الضامن بالكيفية التي التزم بها المضمون، ويكون التزام الضامن صحيحا ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل"، وتقابلها نص المادة (٤٢٠) من قنون التجارة المصري الحالي لسنة ١٩٩٩ التي تنص فقرتها الأولى على انّه" يلتزم الضامن الإحتياطي بالكيفية التي إلتزم بها المضمون".

ويترتب على الاخذ بهذا الرأي آثار عديدة اهمها بأن للدائن الحق بالرجوع على الملتزم المضمون أولًا وله الحق الرجوع على المدين المضمون إذ يبدوا لنا انّ التبعية هنا ذات طابع خاص، وليس ما هو عليه الحال في القواعد الحاكمة للقانون المدني[2].وكل ذلك يكون من خلال القواعد القانونية التي تحكم الكفالة التجارية كقواعد قانون الصرف ، فضًلا عن القواعد التي تحكم العمليات المصرفية.

---

(١) ينظر بسام حمد الطراونة ، باسم محمد ملحم ، شرح القانون التجاري-الاوراق التجارية والعمليات المصرفية ، مصدر سابق ، ص١٤٤.

(٢) ذلك ان الإلتزام التبعي في قواعد القانون المدني تعني بأنّ الكفالة التجارية ترتبط وجودا وعدما بوجود العقد الأصلي وهذا خلاف الأصل فالكفالة التجارية عقد أصلي ينظر. د. راقية عبد الجبار، مصدر سابق، ص٢٣٣ .

ومن جانبنا نشير الى انّ إلتزام الكفيل التجاري بضمان الوفاء للدائن يتركّز في جانب مهم وحيوي كونه إلتزام أصلي والدليل على ذلك بأن إلتزام الكفيل التجاري يبقى صحيحًا ولو كان إلتزام المدين المضمون باطلًا[١].

ومفاد هذا الرأي لا يفهم إلّا من خلال قاعدة إستقلال التواقيع، التي تقضي بأنّ كل موقع على الورقة التجارية خوله القانون أن يكون في مركز الكفيل التجاري يكون ملتزمًا بموجب ذلك التوقيع، وأن بطلان أحد هذه التوقيع لا يؤثر سلبًا على التوقيعات التي سبقته ذلك كما أنّنا لا يمكننا تصور بأنّ كل موقع على الورقة التجارية هو كفيل تجاري، ففي النهاية أنّ بطلان توقيع أحد الكفلاء على هذه الورقة لا يبطل إلتزام أو توقيعات الكفلاء التي سبقته[٢]. وتسري هذه القاعدة على إطلاقها بحدود مجموعة من الإستثناءات التي وردت في قواعد قانون التجارة ومنها قانون التجارة العراقي لسنة ١٩٨٤ الحالي التي نص عليها في الفقرة الاولى من المادة (٨٢) على انّه" يلتزم الضامن بالكيفية التي التزم بها المضمون ويكون إلتزام الضامن صحيحًا ولو كان الإلتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل" ، وبذات الإتجاه نرى أن المشرع المصري نصّ على ذلك في المادة (٤٢٠) ، والتي جاء في فقرتها الثانية على أنّه" ويكون إلتزام الضامن الإحتياطى صحيحًا ولو كان الإلتزام الذى ضمنه باطلًا لأى سبب آخر غير عيب في الشكل" ، ومن خلال ذلك نتوصل إلى نتيجة مفادها بأنّ إلتزام الكفيل التجاري في نطاق التعامل الصرفي هو إلتزام أصلي وتبعي من نوع خاص .

أمّا **فيما يخص النطاق الثاني** فإلتزام الكفيل التجاري يكون في نطاق التعامل المصرفي وهذا الإلتزام لا يكون بعيدًا كل البعد عن الكلام الذي سبق بحثه ، ذلك إن إلتزام الكفيل التجاري هو جوهر الكفالة التجارية والذي يتمثل بضمان الدين المقدم والمتمثل بالقروض التي تقدمها المصارف إلى عملاءها ، فهي أداة إئتمان تلتزم الأخيرة بضمان الوفاء عن عملاءها وبالتالي يكون هناك ضم ذمّة الكفيل التجاري إلى ذمة المدين الأصلي[٣] ، فالغاية المتوخاة من الكفالة

(١) وهذا ما نصّت عليه المادة (٨٢) من قانون التجارة العراقي لسنة ١٩٨٤ على انّه" يلتزم الضامن بالكيفية التي التزم بها المضمون ويكون التزام الضامن صحيحا ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل".

(٢) وكل ذلك بموجب قاعدة إستقلال التواقيع ، وهذا مانصت عليه المادة (٤٧) من قانون التجارة العراقي السنة ١٩٨٤.

(٣) ذلك ان المادة (١٠٠٨) من القانون المدني العراقي عرفت الكفالة على انها" ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام).

التجارية هي إفساح المجال أمام العملاء والمتعاملين في نطاق التعامل التجاري أن يزاول العمل الذي تعهد به مقابل كفالة المصرف له ، فالكفالات المصرفية اليوم لها أبعاد وصيغ أوجدها الإتفاق والعرف المصرفي ذلك أصبحت متميزة عن الكفالات التقليدية[١].

ويجب الإشارة الى انّ فكرة الشركة تؤدي اليوم دورًا كبيرًا في نطاق الكفالات التجارية بصورة عامة والكفالات المصرفية بصورة خاصة ، ذلك ان الهدف من الشركة هو تقليل نسبة المخاطر ، ونقص السيولة النقدية التي يمكن أن تواجهها المصارف عند منحها للقروض لأصحاب المشاريع المتوسطة والصغيرة ، وبالتالي يعد ذلك تحفيزًا للمصارف بتقديمها للقروض حيث تمنح الشركة العراقية للكفالات المصرفية[٢] ، قروض متنوعة أهمها قروض رأس المال قصيرة الأجل[٣] والتي لا تتجاوز مدة إستحقاقها عن سنة، والنوع الآخر من القروض هي قروض الإستحقاق الثابتة الأجل التي تتراوح ما بين سنتين إلى خمس سنوات.

ويتبادر لدى الذهن تساؤل مفاده بأنه كيف يتم تحديد نطاق إلتزام الكفيل التجاري بضمان الوفاء؟

جوابًا على سؤالنا هذا نقول: بما ان الكفالة التجارية هي وليدة عقد يتم إبرامه بين الكفيل التجاري والدائن ، ذلك أنّ نطاق ذلك الإلتزام لا يخرج عن نطاق الإرادة[٤] ، وحدود ذلك

(١) ينظر محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية عقد الكفالة دار الهدى، عين مليلة الجزائر، ٢٠١٨، ص١٠١.

(٢) تهدف الشركة العراقية للكفالات المصرفية الى توفير قدرة متنامية لدعم وتطوير القطاع الخاص من خلال زيادة القروض المضمونة المقدمة لتلك المشاريع في العراق ينظر أ.م .د جمال عبد كاظم الحاج ياسين، التنظيم القانوني لعقد الكفالة المصرفية، مصدر سابق، ص١٣.

(٣) هو نوع من القروض يتم سداده عادةً في غضون بضعة أشهر الى سنة. تُستخدم، هذه القروض عادةً لتغطية النفقات غير المتوقعة أو لسد فجوة مالية مؤقتة، يمكن أن تكون القروض قصيرة الأجل مضمونة أو غير مضمونة، وعادة ما يكون لها معدلات فائدة أعلى من أنواع القروض الأخرى ، د. اميرة جعفر شريف ، ، هة لمه ت ، محمد أسعد، م.م كامران محمد قادر، النظام القانوني لعقد القرض المصرفي (دراسة تحليلية مقارنة) بحث منشور في المجلة اللبنانية الفرنسية، اربيل، مجلة ٨،عدد٣،٢٠٢٣،ص٤٦٨.

(٤) ولا ننقصد ها إلا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وهذا مانصت علي المادة (١/١٤٧) التي جاء فيها الاتي "العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

الإتفاق فمن حيث الموضوع تكون الكفالة التجارية أمّا مطلقة غير محددة[١]، وتشمل بذلك أصل الدين والفوائد[٢].

أمّا النوع الآخر من الكفالة التجارية فهي الكفالة المحددة التي يتفق الدائن والكفيل فيها على تحديد نطاق الإلتزام ، فإمّا يلتزم الكفيل بحدود أصل الدين أو الفوائد.

ثانيًا- إلتزام الكفيل التجاري بتقديم المساعدة

يعرف إلتزام الكفيل التجاري بتقديم المساعدة بأنّه قيام الكفيل التجاري بتقديم المعلومات التي تساعد الدائن على إستيفاء دينه [٣] ، والسؤال المتبادر للذهن هو ماهي المعلومات التي بإمكان الكفيل التجاري تقديمها للدائن ؟

وللإجابة عن هذا التساؤل نقول: بأنّه يمكن للكفيل التجاري القيام بتقديم المعلومات التي من شأنها مساعدة الدائن في إستيفاء دينه من المدين وجوهر هذه المعلومات هي أنه بإمكان الكفيل أن يدل الدائن على الأموال الموجودة لدى المدين الأصلي والتي يمكن للدائن إستيفاء حقه منها او الحجز عليها[٤] ، ذلك أن الكفيل التجاري يلتزم إذا ما طالبه المكفول له بتقديم معلومات حول أموال المكفول المدين الأصلي بأن يدله عليها حتى يتمكن من إستيفاء الدين من هذا الأخير ، حيث يجب على الكفيل أن يمنحه ويقدم له كل ما طلبه من معلومات صحيحة ودقيقة ، ويترتب على قيام الكفيل التجاري تقديم معلومات غير صحيحة أو مزيفة ان يعرض الكفيل التجاري إلى المسؤولية[٥].

وربّ سائل يسأل عن الأساس القانوني لهذا الإلتزام؟ والجواب عن ذلك يكون أنّ الالتزام بتقديم المعلومات التزام تعاقدي, يظهر في كل حالة يثق فيها أحد المتعاقدين في الآخر في مجال يعتبر غير متخصص فيهِ . ويرى الفقه[٦] أن القضاء الحديث يتجه الى إلقاء الالتزام بتقديم

---

(١) وهذا ما نصّت عليه المادة (١٠١٥) من القانون المدني العراقي بنصّها على انّه" تشمل الكفالة ملحقات الدين، ومصروفات المطالبة الاولى وما يستجد من المصروفات بعد اخطار الكفيل، هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره".

(٢) تعرف الفائدة بانها (مبلغ من النقود يلتزم المدين بدفعه على سبيل التعويض، أمّا عن التأخير في تنفيذ التزام محله دفع مبلغ من النقود ، أوعن الميعاد ال محدد له، أو نظير انتفاعه بمبلغ من المال في عقد من عقود المعاوضة) د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، احكام الإلتزام ، مصدر سابق ،ص٧٤٣..

(٣)ينظر بسام حمد الطراونة، باسم محمد ملحم، شرح القانون التجاري(الاوراق التجارية والعمليات المصرفية) ، مصدر سابق ، ص١٤٦.

(٤) ينظر محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية ، عمليات البنوك ، مصدر سابق، ص٥٥.

(٥) ويراد بها إلزام المسؤول بأداء تعويض للطرف المضرور في الحالات التي تتوفر شروط هذه المسؤولية، فهي لا تحمل معنى الردع بقدر ما تفيد معنى جبر الضرر الذي تسبب فيه الشخص المسؤول د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، النظرية العامة للإلتزام ، مصدر سابق ،ص١٦٩.

(٦) ينظر محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية ، عمليات البنوك ، مصدر سابق ، ص٢٢٣.

المعلومات على عاتق الكفيل التجاري وفي إطار التعامل المصرفي على وجه الدقة وبصورة تبعية لعقود مصرفية عديدة[1]. أي أنّ الاتفاق على تقديم المعلومات ينشأ من خلال الاتفاق بين المصرف والدائن على تقديم المعلومات مباشرة , فقد يتم هذا الاتفاق بصورة لاحقة تبعاً لالتزامات الكفيل التعاقدية. وفي إطار علاقات الأعمال المبرمة مع الدائن . فقد يبرم الكفيل التجاري مع الدائن بعض العقود , وهذهِ العقود تشمل ضمنياً إلتزام الكفيل التجاري بتقديم تلك المعلومات.

المبحث الثاني

التضامن في الكفالة التجارية

الأصل في الالتزام هو أمّا أن يكون التزامًا بسيطًا فيه مدين واحد ودائن واحد في حين قد يتعدد المدينون أو الدائنون ، والحكم هو أن ينقسم الالتزام بينهم أي انّ يتعدد الالتزام بقدر عددهم ولو كانت هذه الالتزامات جميعها قد نشأت من مصدر واحد على ذلك فإن تعدد طرفي الالتزام لا يغير من قواعد تنفيذه شيئا لأنه ليس لكل دائن في حالة تعدد الدائنين أن يطالب بأكثر من حصته في الدين ولا يلزم المدينين في حالة تعدد المدينين إلا بقدر نصيبه في الدين.

وهذا الالتزام الموصوف وأعني به الإلتزام التضامني فهو لَيس التزامًا بسيطًا ، إذ أنّ الالتزام في صورته البسيطة أي الذي لم يلحقه وصف أو قيد يعدّل من آثاره يكون وجوده محققًا ونفاذه فوريًا، أمّا الإلتزام التضامني فهو(ذلك الإلتزام الذي يلحق بوصف عقد الكفالة التجارية والذي بموجبه يكون للدائن مطالبة الملتزمين أو بعضهم بكل الدين المترتب في ذمتهم فضلًا عن مطالبة المدينين لبعضهم البعض) ، ومِن هنا يعد التضامن وصفًا يلحق الكفالة التجارية لا ينفك عنها فهو من آثارها لما له من المزايا التي تجعل من الكفالة التجارية نظامًا قانونيًا مهمًا وحيويًا في نطاق المعاملات التجارية. أضف إلى ذلك أن التضامن في الكفالة التجارية يكون تارة نطاق التعامل المصرفي ، وتارة أخرى نجده في نطاق التعامل الصرفي. وكل ذلك نبحثه في مطلبين الأول منها يكون للتضامن المصرفي ، والمطلب الثاني للتضامن الصرفي وكما يأتي:-

المطلب الأول

التضامن المصرفي في الكفالة التجارية

يعد التضامن المصرفي في الكفالة التجارية صورة ن صور الضمانات الشخصية التي تزيد ملاءة الدائن للمطالبة بحقة بمبلغ الدين المضمون من خلال ضم ذمة الكفيل التجاري إلى

(١) اهمها خطابات الضمان المصرفية التي تقوم المصارف بإصدارها خدمة لعملائها.

ذمة المدين الأصلي. وعلى وجه الخصوص إذا ما واجه الدائن خطر إعسار ذمة أحد الملتزمين، ومن هنا إرتأينا تقسيم هذا المطلب على شكل فرعين الأول منها إلى الأساس القانوني الذي يرتكز عليه التضامن المصرفي ، أمّا الفرع الثاني عن المبادئ التي تحكم هذ التضامن المصرفي وكما يأتي:-

الفرع الأول

الأساس القانوني للتضامن المصرفي

لا يخرج التضامن في حقيقته عن كونه (الوصف الذي يحول دون انقسام الالتزام في حال تعدد المدينين ودون انقسام الحق في حال تعدد الدائنين، حيث تصبح ذمم المدينين كأنها ذمة واحدة بالنسبة إلى الدائن فيستطيع أن يطالب اي مدين منهم بكامل الدين)[١] ، والذي يهمنا هنا هو التعدد الذي يكون بين المدينين ذلك إنّ إلتزام هؤلاء يعد مؤثرًا وجوهريًا في الكفالة التجارية على أنّ نساؤلًا يتبادر لدى الذهن مفاده ما هو الأساس القانوني الذي يرتكز عليه التضامن بين المدينين في الكفالة المصرفية؟

جوابًا على هذا التساؤل نقول: انّ الفقه متفق على أنّ الأساس القانوني الذي يرتكز عليه التضامن بين المدينين يكون في مصدرين[٢] ، ذلك أنّ المصدر الأول منهما يكون عن طريق **الإتفاق** ، فالمصرف المدين له أن يتفق مع الكفيل التجاري على أن يكون إلتزامهما تضامنيًا أمام الدائن ، وهذا الإتفاق إمّا يكون مكتوبًا في صلب العقد الأصلي أو يمكن أن يتم الإتفاق عليه لاحقًا، وفي رأينا في كلتا الحالتين يجب ان يكون هذا الإتفاق صريحًا خاليًا من اللبس والغموض لما له من أثر كبير ومهم من حيث المطالبة بالحقوق التي تنشأ عن الكفالة التجارية.

أمّا عن المصدر الثاني للتضامن بين المدينين في الكفالة التجارية فهو القانون إذ يعتبر مصدرًا أساسيًا للتضامن بين المدينين ، ناهيك عن أنّ التشريعات عنت بوضع القواعد القانونية التي تحكم الكفالة التجارية ولو إن البعض لم ينظم ذلك فالقانون الأمريكي وأعني قانون التجارة الأمريكي ذلك أنّ الأخير لم ينص على ذلك على عكس قانون التجارة المصري النافذ لسنة

(١) ينظر د. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٥ ، ص٤٥.
(٢) ينظر د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ، أحكام الإلتزام ، مصدر سابق، ص٢٠٩.

(١٧) لسنة ١٩٩٩ الذي نصّ صراحة في المادة (٤٧) على أنّه"١- يكون الملتزمون معاً بدين تجارى متضامنين في هذا الدين ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك.٢- ويسرى هذا الحكم في حالة تعدد الكفلاء في الدين التجاري" ، على أنّ نص الفقرة الثانية من المادة (٤٨) من قانون التجارة ذاته نصّت على أنّه" لا يجوز في الكفالة التجارية ان يطلب الكفيل ولو كان غير متضامن تجريد المدين مالم يتفق على غير ذلك".

أمّا فيما يخص موقف المشرّع العراقي فيلاحظ أنّ قانون التجارة العراقي المرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤، لم ينص صراحة على التضامن المصرفي إلّا أننا نفهم ذلك من خلال نص المادة (٢٩٠) منه والتي نصّت على أنّه" لا يجوز للمصرف ان يرفض الأداء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالآمر أو المستفيد أو علاقة الآمر بالمستفيد"، على أنّنا لا نتناسى موقف القانون المدني العراقي النافذ لسنة ١٩٥١،الذي نصّ في المادة (١٠٣٠) منه على انّه" ١-لا تضامن بين الكفيل والمدين ، ما لم يشترط ذلك في عقد الكفالة او عقد منفصل.٢ - اما في الكفالة القضائية والقانونية والتجارية، يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين".

من خلال إستقراء موقف التشريعات نتوصل إلى نتيجة مفادها ان التضامن المصرفي في الكفالة التجارية يكون تارة بين المدين الأصلي والكفيل التجاري ، وبموجب ذلك يكون للدائن مطالبة أي منهما بقيمة الدين كله[١]، وتارة أخرى يكون التضامن المصرفي في حالة تعدد الكفلاء التجاريين على أنّه يمكن أن يتعدد الكفلاء أي يكون للدائن أكثر من كفيل مصرفي ، ما في الحالة التي يكون للمصرف أكثر من فرع أو فيما إذا أحال المصرف ككفيل التجاري الدائن على مصرف آخر حسب التعامل السابق بينهم[٢] ، فضلاً عن إنّنا نتوصل إلى نتيجة أخرى مؤداها أنّ المشرّع المصري في قانون التجارة النافذ لسنة ١٩٩٩، كان أكثر صراحة عندما نصّ في قانون التجارة على التضامن المصرفي بصورة مباشرة والكفالة التجارية بصورة غير مباشرة ولذلك أنّنا نقترح على المشرّع العراقي النص صراحة على التضامن المصرفي في قانون التجارة لسنة ١٩٨٤.

وأيًا كان الأمر ، ومن خلال ما تقدم يجب علينا أن نطرح تساؤلًا مؤدّاه ، هل أنّ التضامن المصرفي مفترض في الكفالة التجارية أم أنة يجب أن يكون مكتوبًا في العقد؟

(١) ينظر د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ، أحكام الإلتزام ، مصدر سابق ، ص٢٠٩.
(٢) ينظر د. رضا عبيد ، القانون التجاري (الأوراق التجارية، والعقود التجارية، عمليات البنوك) ، مطبعة السعادة ، القاهرة ،١٩٨٨، ص٨٧.

للإجابة عن هذا التساؤل نقول: أن تحليل نظام التضامن المصرفي يقودنا إلى نتيجة مؤدّاها ، أنّه بما أنّ قانون التجارة قائم على السرعة والإئتمان[١]،فبالتالي أنّ التضامن المصرفي يكون مفترض في الكفالة التجارية على عكس القوانين المدنية التي لا تفترض التضامن وكل ذلك يكون بموجب نصوص التشريعات المقارنة ذلك أنّ المشرع المصري نصّ في المادة (٢٧٩) من القانون المدني النافذ لسنة ١٩٤٨، على انّه" التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون"

أمّا المشرّع العراقي فقد نصّت المادة (٣٢٠) ، من القانوني المدني العراقي النافذ ذي الرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، على أنّه" التضامن ما بين المدينين لا يفترض إنمّا يكون بناءً على إتفاق أو نص في القانون". وتطبيقًا لكل ذلك قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها على انّه" عدم إمكانية إفتراض التضامن بين المدين وكفيله مالم يشترط ذلك في عقد الكفالة [٢].

ومن هنا وبما انّ التضامن المصرفي مفترض في الكفالة التجارية فأنّه[٣]. يكون لزامًا حرمان الكفيل التجاري من الدفع بالتجريد ، فضلًا عن حرمانه من الدفع بالتقسيم ، ولكن ماذا يقصد هنا بالدفع بالتجريد ناهيك عن الدفع بالتقسيم؟

يقصد بالدفع **بالتجريد** (قيام الكفيل بدفع مطالبة الدائن بالرجوع على المدين الأصلي بقيمة الدين المكفول)[٤] ، وهذا ما نصّت عليه التشريعات المقارنة ذلك انّ المشرع المصري نصّ في المادة (٧٨٨) من قانونه المدني النافذ لسنة ١٩٤٨، على انّه" ١-لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين .٢- ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل ألا بعد تجريده المدين من أمواله ويجب على الكفيل في هذه الحالة التمسك بهذا الحق".

أمّا عن موقف المشرّع العراقي ذلك أنّه نص في الفقرة الثانية من المادة (١٠٢١) من القانون المدني العراقي النافذ لسنة ١٩٥١، على أنّه" ٢- فإذا طولب الكفيل اولاً جاز له عند الاجراءات الاولى التي توجه ضده، ان يطالب الدائن بإستيفاء دينه من اموال المدين واتخاذ

(١) وهذا ما يفهم من خلال نص المادة الثالثة من قانون التجارة العراقي الحالي ذي الرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ ، والتي نصّت على أنّه " التجارة نشاط اقتصادي يجب ان يقوم على اساس من الثقة والامانة والالتزام الدقيق بقواعد القانون، ومن لا يلتزم بذلك يكون معرضاً للمسؤوليتين المدنية والجزائية".

(٢) ينظر قرار محكمة التمييز العراقية ذي الرقم (٨١٣) حقوقية ، الصادر بتأريخ ١٩٦٢/٥/٣١، منشور على مجلة القضاء العدد الرابع ، ص١٢٠.

(٣) ينظر نص الفقرة الثانية من المادة (١٠٣٠) من القانون المدني العراقي والتي نصّت على أنّه" أمّا في الكفالة القضائية والقانونية والتجارية، يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين".

(٤) ينظر د. حسني محمود عبد الدايم ، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق ، مصدر سابق ، ص٣٠٦.

الاجراءات ضده إذا ظهر ان امواله القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين بأكمله، وتقدر المحكمة ما اذا كان هناك محل لوقف الاجراءات مؤقتاً ضد الكفيل حتى يتم الإستيفاء".

ويقصد بالدفع **بالتقسيم** (ذلك الحق الذي يثبت للكفلاء عند تعددهم في نفس الدين ، كما إذا رجع الدائن على أحدهم وكان لأحدهم التمسّك بالدفع بالتقسيم)[١] ، ذلك أن المشرع المصري نصّ في المادة (٧٩٢) من القانون المدني النافذ لسنة ١٩٤٨، على أنّه" إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة . ٢- أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فإن كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله ، إلا إذا كان قد أحتفظ لنفسه بحق التقسيم".

أمّا عن موقف المشرّع العراقي ذلك أنّه نص في الفقرة الثانية من المادة (١٠٢٤) من القانون المدني العراقي النافذ لسنة ١٩٥١، على أنّه" اذا تعدد الكفلاء، فان كان كل منهم قد كفل الدين على حدة بعقد مستقبل طولب كل منهم بجميع الدين، وان كانوا قد كفلوا معاً في عقد واحد قسم الدين بينهم وطولب كل منهم بحصته الا اذا كانوا قد كفلوا متضامنين فيما بينهم، ويفترض عدم التضامن ما بين الكفلاء الا اذا اشترط التضامن".

من خلال كل ما تقدّم ذكره ، لا بُدّ لنا من بيان المميزات التي يمنحها التضامن المصرفي للدائن تجاه الملتزمين بموجب الكفالة التجارية والتي تميزّه عن التضامن في المعاملات المدنية وعلى الوجه التالي:-

أولًا- ان التضامن في المعاملات المدنية يكون إمّا بالإتفاق أو بموجب القانون، على أنّ التضامن المصرفي في الكفالة التجارية يكون مفترضًا بموجب نص القانون حتى ولو لم يتفق عليه في عقد الكفالة التجارية ذلك انّ القانون التجاري هو الذي يقرر التضامن المصرفي سواء كان بين الكفلاء التجاريين أم بين الكفيل التجاري والمدين المصرف[٢] والسؤال المتبادر للذهن هل يحق للأطراف إستبعاد التضامن من خلال الإتفاق على ذلك؟

للإجابة على ذلك نقول: أن التشريعات المقارنة اجابت على ذلك بإستثناء المشرّع الأمريكي الذي لم نرى له نص مماثل، فالمشرّع المصري نصّ في المادة (٤٨) من قانون التجارة المرقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، على انّه" يكون الملتزمون معًا بدين تجاري متضامنين في هذه الدّين ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك".

(١) ينظر د. حسني محمود عبد الدايم ، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق ، المصدر نفسه ، ص ٣١١.
(٢) ينظر د. عودة غانم المنصوري ، التضامن الصرفي في الأوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص٤٢.

أمّا المشرّع العراقي فأنّ الفقرة الثانية من المادة (١٠٣٠) من القانون المدني العراقي النافذ نصّت على أنّه")) ينظر نص الفقرة الثانية من المادة (١٠٣٠) من القانون المدني العراقي والتي نصّت على أنّه" أمّا في الكفالة القضائية والقانونية والتجارية، يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين". من خلال إستقراء النصوص القانونية التي جاءت على لسان التشريعات المقارنة نتوصل إلى نتيجة مفادها بأنّه ليس هنالك ما يمنع من إتفاق اطراف الكفالة التجارية على إستبعاد التضامن.

ثانيًا- في التضامن المدني لا يستطيع الدائن أن يبدأ بمطالبة أي من الكفلاء التجاريين إذا تعددوا أو أن يقوم بمطالبة الكفيل التجاري إذا كان منفردًا ، ذلك أنّ الدائن يصطدم بعارض الدفع بالتجريد من قبل الكفيل التجاري أو الدفع بالتقسيم إذا تعدد الكفلاء المدنيين ، على عكس التضامن المصرفي فلا يقف أمام الدائن أي حائل من هذه الدفوع عند مطالبته الكفلاء التجاريين إذا تعددوا أو إذا طالب الكفيل التجاري منفردا[١].

ثالثًا- انّ أحكام القانون المدني هي التي تسري على التضامن المدني على عكس التضامن المصرفي ، ذلك انّه في الأصل القواعد القانونية المنصوص عليها في قانون التجارة هي التي تحكم التضامن المصرفي[٢] ، مالم يكن هناك حكم خاص ففي هذه الحالة طبقت عليها القواعد القانونية الملائمة في القانون المدني.

وهذا ما نصّت عليه التشريعات المقارنة ذلك انّ المشرع المصري نص في المادة الثانية من قانون التجارة المصري المرقّم (١٧) لسنة ١٩٩٩، على أنّه" تسرى على المواد التجارية أحكام الاتفاق بين المتعاقدين، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق، سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية ، ثم قواعد العرف التجاري والعادات التجارية، فإذا لم يوجد عرف تجارى أو عادة تجارية وجب تطبيق أحكام القانون المدني .

(١) ينظر د. حسني محمود عبد الدايم ، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق ، ص٣١١. كذلك ينظر نص الفقرة الثانية من المادة (٤٨) من قانون التجارة المصري الحالي. والتي نصّت على أنّه "لا يجوز في الكفالة التجارية أن يطلب الكفيل - ولو كان غير متضامن تجريد المدين ما لم يتفق على غير ذلك".

(٢) وهذا ما يفهم من خلال نص المادة الرابعة من قانون التجارة العراقي الرقم(٣٠) لسنة ١٩٨٤، والتي نصّت على أنّه " يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون او اي قانون خاص آخر".

أمّا المشرع العراقي فأنّ قانون التجارة العراقي ذي الرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤، نصّ في الفقرة الثانية من المادة الرابعة على أنّه" يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون او اي قانون خاص آخر".

الفرع الثاني

المبادئ التي تحكم التضامن المصرفي

لا يمكن لنا الكلام عن المبادئ التي تحكم التضامن المصرفي في علاقة الكفيل التجاري مع المدين فضلًا عن علاقة الكفلاء ببعضهم ، قبل أن نبين تعريفها من وجهة نظرنا على انّها (مجموعة القواعد القانونية التي تحكم علاقة الكفلاء التجاريين مع بعضهم البعض ، فضلًا عن علاقتهم بالمدين تجاه الدائن) ، ذلك ان هذه القواعد لا تخرج عن ثلاثة مبادئ في نطاق الكفالة التجارية ، والتي سنفصلّها على شكل فقرات وكما يأتي:-

أولًا:- وحدة المحل

يحكم علاقة الملتزمين بموجب عقد الكفالة التجارية مبدأ وحدة المحل ، سواء أكانت هذه العلاقة تنحصر بين الكفلاء تجاريين مع بعضهم ، أم تكون هذه العلاقة بين الكفيل التجاري مع المدين ، ذلك انّ هذا الدائن بموجب هذا المبدأ أو هذه القاعدة يستطيع أن يطالب أيًا شاء من الملتزمين بكل الدين ، ناهيك عن أنّ مطالبة أحدهم سواءً من الكفلاء التجاريين او المدين الاصلي لا يسقط حقه في مطالبة غيره من الكفلاء المتضامنين فضلًا عن المدين الأصلي[1] ، وبعبارة أخرى أن مبدأ وحدة المحل يخول الدائن مطالبة الملتزمين التجاريين بموجب الكفالة التجارية منفردين أو مجتمعين.

كما تجدر الإشارة إلى نقطة مهمة ألا وهي بما أنّ التضامن مفترض في الكفالة التجارية فبموجبه يكون المدين والكفيل التجاري متضامنين بقيمة الدين المكفول ، فإذا طالب الدائن المدين المتضامن بقيمة الدّين لا يستطيع دفع هذه المطالبة بصورة أو بأخرى ، أضف إلى ذلك

(١) ينظر د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ، أحكام الإلتزام ، مصدر سابق ، ص٢١٠.

أنّـه إذا قـام الكفيـل التجـاري بالوفـاء تكـون ذمتـه قـد برئـت فضـلًا عـن بـراءة ذمـم الملتـزمين الآخرين[١] ، ولا يبقى له في هذه الحالة سوى الرجوع على باقي الملتزمين معه بذلك الدين على وجه التضامن كلٌ بقدر حصته بذلك الدّين.

وفي ذات المفهوم نقول: أنّ التشريعات المقارنة عنت بوضع النظام القانوني الذي يحكم هذا المبدأ ذلك أنّ المشرّع المصري نصّ في الفقرة الأولى من المادة (٢٩٠) من القانون المدني النافذ لسنة ١٩٤٨على أنّه" إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن بقي حقه في الرجوع على الباقين بكل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك".

أمّـا المشّـرع العراقـي فقد نـصّ فـي الفقـرة الأولـى مـن المـادة (٣١٦) مـن القـانون المـدني العراقي النافذ ذي الرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، منه على انّه" يجوز للدائنين المتضـامنين مجتمعين أو منفردين مطالبة المدين بكل الدين".

على أنّه تجدر الإشارة إلى أمر مهم وهو إنّ الدين المكفول قد ينقضي بالنسبة إلى أحد الملتزمين المتضامنين عن طريق الوفاء الجزئي للدائن، ذلك أنّ للأخير أن يقبل الوفاء جزئيًا من أحد الملتزمين ، على انّ هذا الوفاء لا يبرئ ذمة الملتزمين المتضامنين معه[٢] ، فللدائن مطالبتهم بما تبقى من قيمة الدين المكفول ، فالدين بالنسبة لهم واحد لا يجزأ ذلك إنّ إنقضاء جزء من الدين لا يعني إنقضاءه بالنسبة لهم جميعًا[٣].

ثانيًا- النيابة المتبادلة

لقد كان التضامن بين المدينين يقوم سابقًا على فكرتي الكفالة والوكالة ، [٤]، ففي حالة تعدد الكفلاء كأكثر من مصرف كفيل تجاري إذ يعتبر كل مدين بموجب هذا الإتجاه كفيلًا عن للآخر، وكذلك كل منهم وكيلا عن الباقين في التصرفات التي تفيدهم جميعًا ، إلا أنه ثبت قصور هاتين الفكرتين من خلال تفسير الأحكام الناشئة عن التضامن ، ولكن بعد ظهور فكرة النيابة التبادلية ، تبنّت التشريعات المقارنة هذه الفكرة وإتخذتها وسيلة لتفسير الأحكام الناشئة عن التضامن بوجه عام وفي التضامن المصرفي الكفالة التجارية بوجه خاص[٥].

(١) ينظر د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، أحكام الإلتزام ، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة ،بغداد ، ١٩٥٤، ص٨٨.
(٢) ينظر د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ، أحكام الإلتزام ، مصدر سابق ، ص٢١٢.
(٣) ينظر د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، أحكام الإلتزام ، المصدر نفسه ، ص٨٩.
(٤) إذ كان التقنين المدني المصري السابق يقيم التضامن السلبي على فكرتي الكفالة والوكالة.
(٥) نقلا عن د.أمين محمد بدر ، الأوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص٢٠١.

ذلك أنّ النيابة المتبادلة في إطار التضامن المصرفي يكون مفادها أنّ كل مصرف ككفيل تجاري من الملتزمين التجاريين في إطار الكفالة التجارية يعد ممثلًا عن الآخر فيما ينفع لا فيما يضر من خلال التصرفات التي يقوم بها(١). ذلك انّه إذا قام الكفيل التجاري المصرف بعمل نافع من شأنّه أن يستفيد منه الكفيل المتضامن معه في الكفالة التجارية فأنّ هذا التصرف ينصرف إليه ، أضف إلى ذلك بأنّه كل مدين يمثل سائر المدينين المتضامنين فيما يحفظ الالتزام ، وفيما يبقيه لا فيما يزيد من عبئه ، ومن ثم يكون إعذار أحد المدينين المتضامنين إعذارا للباقين ، وتكون مطالبته القضائية مطالبة للباقين ، ويكون قطع التقادم بالنسبة إليه قطعا للتقادم بالنسبة للباقين ، ويكون الحكم عليه حكما على الباقين(٢).

أمّا في إطار التصرفات التي يقوم بها الكفيل التجاري والتي من شأنها ان تضر بالملتزمين الآخرين معه فهي ليست على غرار التصرفات النافعة ذلك أنّ هذه التصرفات الضارة لا تنصرف إليهم(٣). بل تكون هذه التصرفات مقتصرة على الشخص الذي صدر منه ذلك التصرف.على أنّ سؤالًا قد يبقى عالقًا في الأذهان مفاده ، ماهي تلك التصرفات التي يقوم بها الملتزمين المتضامنين والتي من شأنها أن تنفع أو تضر الملتزمين الآخرين؟

للإجابة عن هذا التساؤل نقول:أن التشريعات المقارنة عنت برفع الغبار عن هذه التصرفات ذلك أنّ المشرّع المصري نصّ في الفقرة الثانية من المادة (٢٩٦) ، من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨، والتي نصّت على انّه" أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم ، فيستفيد منه الباقون إلا إذا كان الحكم مبنيًا على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه".

أمّا عن موقف المشرّع العراقي ذلك أنّه نصّ في الفقرة الثانية من المادة (٣٣٣) من القانون المدني العراقي النافذ لسنة ١٩٥١، والتي نصّت على انّه" اما اذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيستفيد منه الباقون إلّا اذا كان الحكم مبنيًا على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه".

من خلال موقف التشريعات المقارنة نفهم أنّ من الأعمال النافعة التي من شأنها أن تفيد الملتزمين المتضامنين في إطار التضامن المصرفي بوجه خاص وفي الكفالة التجارية بوجه عام

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص٢٨٦-٢٨٧.

(٢) وهذا ما نصّت عليه المادة (٣٢٩) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ ، في الفقرة الثاني بنصّها" واذا انقطعت مدة التقادم او وقف سريانه بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن ان يتمسك بذلك قبل باقي المدينين".

(٣) ينظر د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، أحكام الإلتزام ، مصدر سابق ، ص٩٢.

هي صدور حكم لصالح احد الكفلاء التجاريين والذي ينصرف أثره للملتزمين معه على سبيل التضامن.

أمّا في إطار التصرفات أو الاعمال الضارة التي تصدر من احد الملتزمين المتضامنين والتي ليست من شأنها أن تضر بالملتزمين المتضامنين الآخرين نرى أنّ التشريعات المقارنة أكدت على ذلك في قوانينها ذلك أنّ المشرع المصري نصّ في الفقرة الأولى من المادة(٢٩٦) من القانون المدني المصري النافذ لسنة ١٩٤٨، على أنّه" إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، فلا يحتج ذا الحكم على الباقين".

أمّا المشرّع العراقي ذلك انّه نصّ في الفقرة الأولى من المادة (٣٣٣) من القانون المدني العراقي النافذ لسنة ١٩٥١، على انّه" اذا صدر حكم على احد المدينين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين". من خلال العرض الاخير نتوصل إلى نتيجة مفادها أن النيابة المتبادلة أن التصرفات أو الاعمال التي تصدر عن الملتزمين المتضامنين تنصرف إلى الملتزمين الآخرين ولكن بحدود ما ينفع لا فيما يضر ، وهذا كله ينصرف إلى معنى النيابة المتبادلة.

ولا يبقى لنا في إطار النيابة المتبادلة إلّا أن نقول إن الأخيرة تنتج مجموعة من الآثار أهمّها:-

أولًا- إذا انقطع التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد الملتزمين المتضامنين ، لم يضر ذلك باقي المدينين ، ولم يجز للدائن أن يتمسك بقطع التقادم أو وقفه إلا بمواجهة المدين الذي انقطع التقادم أو وقف سريانه بحقه . وقد نصّت التشريعات المقارنة على ذلك بإستثناء المشرّع الأمريكي ذلك إنّنا لم نجد أي إشارة إلى ذلك المعنى على عكس المشرّع المصري الذي نصّ في المادة(٢٩٢) من القانون المدني المصري الحالي لسنة (١٩٤٨) والتي أفادت بأنّه" ١-إذا انقضي الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين .٢- وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى المدينين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدينين" .

أمّا المشرّع العراقي فأنّه نصّ صراحة على ذلك المعنى في المادة (٣٢٩) من قانونه المدني النافذ لسنة ١٩٥١، والتي نصّت على أنّه" ١-اذا كانت دعوى الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين لا يجوز سماعها بسبب التقادم استفاد من ذلك باقي المدينين بقدر حصة المدين الذي لا يجوز سماع الدعوى ضده. ٢-واذا انقطعت مدة التقادم او وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن ان يتمسك بذلك قبل باقي المدينين".

ثانيًا- إذا ارتكب أحد المدينين المتضامنين خطأ في تنفيذ التزامه تجاه الدائن ، فإن ذلك لا يضر بباقي المدينين ، وتقتصر المسؤولية على المدين المخطئ فقط وعبرت عن ذلك التشريعات المقارنة في نصوصها القانونية مستثناة منها قانون التجارة الأمريكي ذلك أنّ المشرّع المصري نصّ على ذلك في المادة (٢٩٣) من القانون المدني المصري النافذ لسنة ١٩٤٨، والتي عبرت بقولها:-" ١-لا يكون المدين المتضامن مسئولا في تنفيذ الالتزام إلا عن فعله".

أمّا عن موقف المشرّع العراقي فأنّه نصّ صراحة على ذلك في المادة (٣٣٠) من القانون المدني العراقي النافذ لسنة ١٩٥١، والتي نصّت على أنّه" لا يكون المدين المتضامن مسؤولاً فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام عن فعله واذا اعذر الدائن احد المدينين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك اثر بالنسبة إلى باقي المدينين ، أمّا اذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن فأنّ باقي المدينين يستفيدون من هذا الإعذار". تلك هي أهم الآثار الناتجة عن التضامن المصرفي بين المدينين في الكفالة التجارية ، ذلك إنّنا نقترح على التشريعات المقارنة النص على التضامن المصرفي في قوانينه التجارية لما له من آثار مهمة وحيوية في نطاق الكفالة التجارية بوجه خاص ، والمعاملات التجارية بوجه عام.

المطلب الثاني

التضامن الصرفي في الكفالة التجارية

بعد أن بينا التضامن المصرفي في الكفالة التجارية من خلال بيان أساسه القانوني وصولًا إلى اهم المبادئ التي تحكم ذلك التضامن لا بد لنا من الإنتقال إلى مفصل مهم وحيوي ألا وهو التضامن الصرفي في الكفالة التجارية، ذلك أنّه يقع علينا أن نبين مفهوم هذا التضامن فضلًا عن التطرق إلى أساسه القانوني من ثم بيان أهم المبادئ التي تحكمه وكل ذلك في فرعين الأول منها لمفهوم التضامن الصرفي واساسه القانوني ، والفرع الثاني يكون للمبادئ التي تحكمه وكما يلي:-

الفرع الأول

مفهوم التضامن الصرفي وأساسه القانوني

قد أورد الفقه التجاري عدة تعريفات بين من خلالها التضامن الصرفي لعل من أبرزها من يذهب إلى أنّه (إلتزام جميع الموقعين على الورقة التجارية بأداء مبلغها للحامل على وجه التضامن سواء في موعد إستحقاقها أم في حالة رجوع الحامل المبتسر على الضامنين)[1] ، على أنّ هناك من عرّفه بأنّه (من أهم الضمانات التي منحها المشرّع التجاري للدائن في الورقة التجارية إبتغاء الحصول على الحق الثابت فيها)[2]على أنّ هذا التعريف يحتاج إلى وقفة تكون مفادها قصر هذا التعريف ميزة التضامن على المبلغ الثابت في الورقة التجارية دون أن يشمل ملحقات ذلك المبلغ من فوائد ناهيك عن المصاريف التي تلحق به. فيما يرى جانبًا آخر من

(١) ينظر د. يوسف عودة غانم ، التضامن الصرفي في الأوراق التجارية دراسة مقارنة ، مصدر سابق ، ص٢٠.

(٢) ينظر د. علي حسن يونس ، الأوراق التجارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص١٩٧.

الفقه بأنّ التضامن الصرفي مؤدّاه (أنّ جميع الموقعين على الورقة التجارية من ساحب أو مسحوب عليه أو ضامن فضلًا عن القابل بالتدخل والمظهرين مسؤولون جميعًا على وجه التضامن بالوفاء بقيمة الورقة التجارية إتجاه الدائن في ميعاد إستحقاقها)[١] . وعلى الرغّم من مقبولية التعريف الأخير لدينا إلاّ أنّنا نشكل عليه ؛ ذلك أنّه لم يذكر مصطلح الكفلاء التجاريين مقتصرًا في بيان مسؤوليتهم التضامنية للوفاء بقيمة الورقة التجارية في ميعاد إستحقاقها.

على أنّه يقدح في الذهن تساؤل مؤداه ما هي الطبيعة القانونية للتضامن الصرفي؟

وللإجابة عن هذا التساؤل نقول: أنّ الفقه أختلف في تحديد الطبيعة القانونية للتضامن الصرفي فهنالك من يرى بأنّ التضامن الصرفي هو تضامن ناقص[٢] وفي رأيهم يعد التضامن الصرفي ناقصًا إذا لم يوجد بين المتضامنين مصلحة مشتركة مما يرتب انعدام بعض آثاره التي ترجع إلى فكرة النيابة التبادلية ، وكل ذلك يكون على أساس عدم وجود مصلحة مشتركة بين المتضامنين[٣] ، كما برّروا رأيهم هذا على أساس انّ المسؤولية التضامنية في قانون الصرف تكون بين أشخاص لا يعرف بعضهم بعضًا ، فالدائن قد لا يعرف الكفيل التجاري أو المدين الأصلي، وبالتالي أنّ عدم وجود علاقة سابقة بين المتضامنين يؤدي إلى إنتفاء المصلحة المشتركة[٤]، فضلًا عن قاعدة إستقلال التواقيع المنصوص عليها في قانون الصرف لا تخول أي متضامن التمسك بالدفوع التي يستطيع أن يتمسك بها أي متضامن آخر معه ، وكل ذلك يخلص مفاده انّ التضامن الصرفي هو تضامن ناقص.

على أنّ رأيًا آخر يقول: بأنّ التضامن الصرفي هو تضامن كامل وكل ذلك يكون مفاده بأنّ التضامن الصرفي شأنه شأن بقية أنواع التضامن الأخرى[٥] ، وهذا الرأي يكون ردًا على ما جاء به أصحاب الرأي الأول بقوله: بأنّ التضامن الصرفي يحصل بين أشخاص غير متعارفين هو قول: لا محّل له من الصواب ذلك انّ عدم التعارف بين المتضامنين ليس بالأمر المطلق فأنّه

(١) ينظر د. عزيز العكيلي ، القانون التجاري (الاعمال التجارية ، التجار ، المتجر ، الشركات التجارية ، الأوراق التجارية) ، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع ، عمّان ،١٩٩٦ ، ص٤٣٩.

(٢) د. محمد حسني عباس ، الأوراق التجارية في التشريع الكويتي ، مكتبة الانكلوامريكية ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص١٣٩.

(٣) ينظر د. يوسف عودة غانم ، التضامن الصرفي في الأوراق التجارية دراسة مقارنة ، مصدر سابق ، ص٢٠.

(٤) ينظر د. رزق الله إنطاكي ، السفتجة او سند السحب ، مطبعة جامعة دمشق ، ١٩٦٥، ص٢٥٧

(٥) ينظر د. أمين محمد بدر ، الأوراق التجارية في التشريع المصري (تأصيل وتحليل لقواعد الكمبيالة والسند الأذني والشيك ، ط٢مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٥٤، ص٢٠١.

في كثير من الأحيان نجد أنّ الملتزمون بموجب الورقة التجارية يكون بين أشخاص يعرف بعضهم بعضًا[١] ، أضف إلى ذلك أنّ حجتهم بأنّ إختلاف أسباب الإلتزام بين المتضامنين صرفيًا يؤدي إلى إنتفاء النيابة المتبادلة فهو قول: لا يمكن التسليم به ذلك أنّه حتى في التضامن المدني قد يحدث أن يكون سبب إلتزام بعض المدينين مختلفًا عن سبب إلتزام البعض الآخر[٢] ، وكل ذلك طبقًا لمفهوم السبب في النظرية الحديثة[٣].

ومن جانبنا نؤيد الرأي القائل بأنّ التضامن الصرفي هو تضامن كامل ذلك شأنه شأن أنواع التضامن الأخرى وكل ذلك في ظل وجود نيابة تبادلية بين المدينين والتي بموجبها يكون للدائن إعتبار كل مدين بمثابة الملتزم الوحيد الذي يستطيع الرجوع عليه بكل مبلغ الدين.

أمّا فيما يخص الأساس القانوني للتضامن الصرفي فالتشريعات المقارنة عنت بوضع القواعد القانونية التي تحكم التضامن الصرفي ذلك أنّ المشّرع الأمريكي لم ينص صراحة على التضامن الصرفي في قانون التجارة الأمريكي النافذ إلّا أنّه يمكن لنا أن نستخلص ذلك من خلال نص المادة الثالثة التي نصّت في القسم ٣-٤٠١. على أنّه "التوقيع ضروري للمسؤولية على الصك.(أ) لا يكون الشخص مسؤولاً عن أي مستند ما لم يقم الشخص بالتوقيع على المستند"[٤]، من خلال هذا النص يفهم لنا أن كل شخص يضع توقيعه على الورقة التجارية يكون مسؤولًا عنها وضامنًا لها ، على أنّ إتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية والسندات الإذنية الدولية لسنة ١٩٨٨[٥] ، نصّت على التضامن الصرفي في المادة (٦٩) ، منها والتي نصّت على انّه" للحامل للحامل ان يوجه المطالبة بالحقوق التي يخولها اليه الصك الى أي أحد من الموقعين الملتزمين بموجب الصك ، أو إلى جملة موقعين منهم أو إليهم جميعًا دونَ أن يكون ملزم بمراعاة ترتيب إلتزام كل منهم بالصك ، ويجوز لأي موقع قد دفع قيمة الصك أن يمارس بالطريقة نفسها الحقوق المقّررة للحامل قبل الموقعين الملتزمين تجاهه".

---

(١) ينظر د. أمين محمد بدر ، المصدر نفسه ، ص٢٠١.

(٢) ينظر د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ف شرح القانون المدني ،ج١ ، نظرية الإلتزام ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٤ ، ص٤٩٧.

(٣) وهو ما ذهب إليه المشرع العراقي في قانونه المدني الحالي لسنة ١٩٥١ في المادة (١٣٢).

4) (A person is not liable on an instrument unless (i) the person signed the instrument, or (ii)the person is represented by an agent or representative who signed the instrument and the signature is binding on the represented person under Section 3–402.

(٥) والتي يطلق عليها تسمية إتفاقية الأونسيترال لعام ، ١٩٨٨.

أمّا فيما يخص المشّرع المصري فأنّ قانون التجارة المرّقم (١٧) ، لسنة ١٩٩٩ نصّ في المادة (٤٤٢) ، منه على أنّه" الاشخاص الملتزمون بموجب كمبيالة مسؤولون بالتضامن قبل حاملها .٢- ولحامل الكمبيالة الرجوع على هؤلاء الملتزمين منفردين أو مجتمعين دون أن يلزم بمراعاة ترتيب التزاماتهم .٣- ويثبت هذا الحق لكل موقع على الكمبيالة إذا دفع قيمتها.٤- الدعوى المقامة على أحد الملتزمين لا تحول دون الرجوع على الباقين ولو كانوا لاحقين للملتزم الذى وجهت اليه الدعوى إبتداءً .

أمّا المشّرع العراقي فأن قانون التجارة المرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ ، نصّ في المادة (١٠٦) على أنّه "اولا- الأشخاص الملتزمون بموجب الحوالة مسؤولون بالتضامن تجاه حاملها. ثانيا- للحامل الرجوع على هؤلاء الملتزمين منفردين أو مجتمعين دونَ أن يلزم بمراعاة ترتيب التزاماتهم. ويثبت هذا الحق لكل موقع على الحوالة إذا ادى قيمتها. ثالثًا-الدعوى المقامة على احد الملتزمين لا تحول دون الرجوع على الباقين ولو كانوا لاحقين للملتزم الذي أقيمت عليه الدعوى ابتداءً".

ولا يبقى لنا هنا إلا أن نناقش مسألة لها من الأهمية ما يذكر مؤدّاها أنّ هنالك من الفقهاء[١] ، من يشكلون على التشريعات المقارنة بأنّه ما كان ينبغي عليها النصّ على التضامن الصرفي ذلك أنّ الأوراق التجارية تعد عملًا تجاريًا مطلقًا ، وأنّ التضامن في المسائل التجارية مقررًا بنص القانون[٢] ، ناهيكَ عن أنّ العرف التجاري [٣] ، هو الذي يفترض التضامن في المسائل التجارية.

وعند التمعّن في الرأي الفقهي السابق نقول: أنّه على الرغّم من أنّ العمليات المتعلقة بالأوراق التجارية تعد عملًا تجاريًا بموجب نصوص القوانين التجارية[٤] ، فضلًا عن أنّ القوانين المقارنة إتّجهت إلى النص على إفتراض التضامن في المسائل التجارية بعد أن سبق

(١) نقلًا عن د. يوسف عودة غانم ، التضامن الصرفي في الأوراق التجارية دراسة مقارنة ، مصدر سابق ، ص١٢.

(٢) ينظر د. محسن شفيق ، القانون التجاري الكويتي ، العقود التجارية ، الاوراق التجارية ، الإفلاس ، الكويت، ١٩٧٢ ، ص٢٢٥.

(٣) يعرف العرف التجاري على أنّه (استقرار العمل بقاعدة معينة مع الاعتقاد بإلزامها وضرورة احترامها من قبل التجار) ، ينظر نظام المحاكم التجارية الجديد بقرار مجلس الوزراء رقم (٥١١) بتاريخ ١٤٤١/٨/١٤ هجرياً.

(٤) ومنها قانون التجارة العراقي النافذ لسنة ١٩٨٤ ، الذي نصّ في المادة(٦) على انّه "يكون انشاء الاوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها عملاً تجارياً بصرف النظر عن صفة القائم بها ونيته".

لها السكوت عن ذلك ، ومنها المشرّع المصري الذي نص في المادة (٤٧) من قانون التجارة المرّقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ ، على أنّه" يكون الملتزمون معًا بدين تجاري متضامنين في هذا الدين ما لم ينص القانون أو الإتفاق على غير ذلك".

إلّا أنّ بعض التشريعات سكتت عن ذلك ومنها المشّرع العراقي فلم ينص قانون التجارة ذي الرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤، على إفتراض التضامن في المسائل التجارية ، ممّا يشكل ذلك نقصًا تشريعيًا لا بدّ على المشرّع العراقي تداركه.

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى انّ التضامن في المسائل التجارية لا يمكن إثباته عن طريق العرف التجاري. ذلك أنّ المشرّع التجاري لم يذكر العرف التجاري كمصدر رئيس من مصادر القانون التجاري ، مما يعني ذلك تعذر الرجوع إليه في مسألة إثبات التضامن[١] ، صحيح أنّ البعض يقول بأنه يمكن الرجوع إلى العرف في قواعد القانون المدني كون الأخير مصدرًا من مصادره ، وان القانون المدني يعد مصدرًا من مصادر القانون التجاري ، بيد أنّ هذا الرأي لا يمكن التسليم به على إطلاقه لإفتراض التضامن في المسائل التجارية ، لأن اللجوء إلى العرف لا يكون إلّا في حالة غياب النص التشريعي [٢]، وبما أنّ التشريعات المدنية نصّت صراحة على ذلك ، ذلك أنّ القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨ ، نصّ في المادة(٢٧٩) على أنّه "التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون" .

أمّا المشرّع العراقي فأنّ القانون المدني المرقم (٤٠) ، لسنة ١٩٥١ نص في المادة (٣٢٠) منه على أنّه "التضامن ما بين المدينين لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق او نص في القانون". فمن هنا لا يمكننا اللجوء إلى العرف التجاري لإثبات ذلك التضامن.

من خلال كل ما تقدم يمكننا القول: بأنّ الحاجة كانت ولا زالت ملحّة وقائمة للنص صراحة على التضامن الصرفي لما له من حاجة تظهر أهميتها في نطاق المسائل التجارية بوجه عام ، وفي الكفالة التجارية بوجه خاص.

---

(١) ينظر د. يوسف عودة غانم ، التضامن الصرفي في الأوراق التجارية دراسة مقارنة ، مصدر سابق ، ص١٣.

(٢) ينظر نص المادة (١) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١، والتي نصّت على أنه" فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة".

الفرع الثاني

المبادئ التي تحكم التضامن الصرفي

سبق الحديث عن المبادئ التي تحكم التضامن المصرفي والتي عرّفناها على أنّها (مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العلاقة بين الملتزمين المتضامنين فيما بينهم فضلًا عن علاقتهم أمام الدائن)[١] ، ومن هذا المنطلق فأن هنالك مبادئ تحكم التضامن الصرفي أو بالأحرى تحكم علاقة الملتزمين الصرفيين أمام الدائن ، فضلًا عن علاقتهم مع بعضهم البعض وهي:-

أولًا- وحدة المحل

يقصد بوحدة المحل في نطاق إلتزام المتضامنين الصرفيين أمام الدائن بأنّه (إنّ موضوع إلتزام المتضامنين الصرفيين واحد لا يتجزء ألا وهو إلتزامهم بدفع قيمة الدين موضوع الكفالة التجارية)[٢].

ومن هنا يترتب على هذا المبدأ إثرين مهمين الأول منهما يكون للدائن الحق في مطالبة كل ملتزم صرفي منفردًا بكل قيمة الديّن الصرفي[٣] ، أمّا الأثر الثاني فمؤدّاه بأنّ إستيفاء الدائن لقيمة الدّين من أحد الملتزمين الصرفيين يمنعه من حق الرجوع على الملتزمين الآخرين معه بموجب الكفالة التجارية [٤].

---

(١) ينظر د. يوسف عودة غانم ، التضامن الصرفي في الأوراق التجارية دراسة مقارنة ، مصدر سابق ، ص٩٢.

(٢).

(٣) ينظر د. أمين محمد بدر ، مصدر سابق ، ص٢٠١.

ينظر د. محي الدين اسماعيل علم الدين ، شرح قانون التجارة الجديد ، مصر ١٩٩٩ ،ص٨٠٤.

(٤) د. محمد إسماعيل علم الدين ، موجز القانون التجاري ، مصدر سابق ، ص٦٤.

أمّا الأثر الأول الذي مفاده بأنّ للدائن الرجوع على أي ملتزم صرفي ومطالبته بكامل قيمة الدين ، فهو بذلك يستطيع الرجوع على الكفيل التجاري من ضامن أو مظهر أو قابل بالتدخل وكل ذلك في نطاق التضامن الصرفي(١).

وكل ذلك بموجب النصوص القانونية التي جاءت بها التشريعات المقارنة ذلك أن قانون التجارة الموحد لم ينص على ذلك ناهيك عن أن إتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج والكمبيالات لسنة ١٩٨٨ نصّت في المادة (٦٩)، منها والتي نصّت على انّه" للحامل ان يوجه المطالبة بالحقوق التي يخولها اليه الصك الى أي أحد من الموقعين الملتزمين بموجب الصك أو إلى جملة موقعين منهم أو إليهم جميعًا دونَ أن يكون ملزم بمراعاة ترتيب إلتزام كل منهم بالصك ويجوز لأي موقع قد دفع قيمة الصك أن يمارس بالطريقة نفسها الحقوق المقّررة للحامل قبل الموقعين الملتزمين تجاهه"(٢).

أمّا المشرع المصري فأنّ قانون التجارة المصري ذي الرقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ ،نصّ على حق الدائن بالرجوع على أي من المتضامنين الصرفيين في المادة (٤٣٨) منه والتي نصّت على أنّه " لحامل الكمبيالة عند عدم وفائها في ميعاد الاستحقاق الرجوع على المظهرين والساحب وغيرهم من الملتزمين بها" .

أمّا المشرّع العراقي فأنّ قانون التجارة العراقي المرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ ، النافذ نصّ في المادة (١٠٢) ، على انّه "لحامل الحوالة عند عدم وفائها في ميعاد الاستحقاق الرجوع على المظهرين والساحب وغيرهم من الملتزمين بها" ، كما نرى انّ القضاء العراقي جاء مؤكدًا على ذلك في أحد القرارات الصادرة عن محكمة التمييز العراقية والذي يقضي على أنّه " لحامل الحوالة في ميعاد إستحقاقها وعند عدم الوفاء بقيمتها الرجوع على الملتزمين بها من مظهر وساحب وغيرهم من الملتزمين"(٣).

في حين أنّ الأثر الثاني والذي مفاده بأنّ للدائن الحق ان يرجع على جميع الملتزمين الصرفيين دفعة واحدة ومطالبتهم جميعاً بقيمة ما تكفل به ، قد أشارت إليه صراحة التشريعات المقارنة في قوانينها التجارية ، ذلك انّ إتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج والكمبيالات لسنة ١٩٨٨ نصّت في المادة (٦٩) ، منها على انّه" للحامل ان يوجه المطالبة بالحقوق التي يخولها اليه

(١) ينظر د. يوسف عودة غانم ، نفس المصدر ، ص٩٣.
(٢) ينظر د. فوزي محمد سامي ، د. فائق محود الشمّاع ، القانون التجاري (الاوراق التجارية) ، مصدر سابق ، ص٨.
(٣) ينظر قرار محكمة التمييز العراقية /٦١٣، مدني ، اولى ، الصادر ق ٣/ ١٩٧٨ ، مجموعة الاحكام العدلية، ع١ ، ص٨٧.

الصك الى أي أحد من الموقعين الملتزمين بموجب الصك ، أو إلى جملة موقعين منهم أو إليهم جميعًا دونَ أن يكون ملزم بمراعاة ترتيب إلتزام كل منهم بالصك ، ويجوز لأي موقع قد دفع قيمة الصك أن يمارس بالطريقة نفسها الحقوق المقّررة للحامل قبل الموقعين الملتزمين تجاهه"[١].

أمّا المشرّع المصري فأنّ قانون التجارة المرقم(١٧) لسنة ١٩٩٩، نصّ في الفقرة الثانية من المادة (٤٤٢) ، منه على أنّه "ولحامل الكمبيالة الرجوع على هؤلاء الملتزمين منفردين أو مجتمعين دون أن يلزم بمراعاة ترتيب التزاماتهم" .

أمّا فيما يخص المشرّع العراقي ذلك أنّ قانون التجارة المرقم(٣٠) لسنة ١٩٨٤، نصّ في الفقرة الثانية من المادة (١٠٦) من قانون التجارة العراقي على أنّه "للحامل الرجوع على هؤلاء الملتزمين منفردين او مجتمعين".

ومن هنا لا يبقى لنا إلّا أن نشير إلى نقطة مهمة وهي أنّ المطالبة الجماعية غالبًا ما تأخذ شكل المطالبة الودية او القضائية ، اما اشكال الرجوع الاخرى كالتنفيذ المباشر أو إصدار أمر الأداء فانها لأتصلح لحالة الرجوع الجماعي إذ انها تختص بحالة الرجوع على بعض الملتزمين دونَ البعض الاخر[٢]. ويلزم إقامة الدعوى في محكمة مختصة يقع في دائرتها موطن أحد الملتزمين الصرفيين[٣]، وقد يحصل أحياناً ان يرفع الدائن عدة دعاوى على الملتزمين الصرفيين في وقت واحد وتلك الدعاوى إمّا أن تكون مرفوعة امام محكمة واحدة تكون مختصة نوعياً ومكانياً بالنسبة لجميع الملتزمين الصرفيين وفي هذه الحالة يجوز للخصوم ان يقدموا طلبًا مفاده ضم الدعاوى إلى بعضها ، وللمحكمة أن تقضي بضم تلك الدعاوى أو عدم ضمّها[٤].

أمّا في حالة ان تكون تلك الدعاوى مرفوعة أمام عدة محاكم ففي هذه الحالة يجوز للملتزمين أن يطلبوا نقل الدعاوى الى المحكمة التي رفعت امامها اول دعوى. ويكون القرار الصادر في الدعوى الجماعية ملزماً إلى جميع الملتزمين الصرفيين بصورة شخصية وتضامنية ومن ثم فأنّ

(١) ينظر د. يوسف عودة غانم ، التضامن الصرفي في الأوراق التجارية دراسة مقارنة ، مصدر سابق ، ص٩٣.
(٢) ينظر د. يوسف عودة غانم ، التضامن الصرفي في الأوراق التجارية دراسة مقارنة ، المصدر نفسه ، ص٩٤.
(٣) د. صلاح الدين الناهي ، المبسوط في الاوراق التجارية (دراسة موازنة) ، مصدر سابق ، ص١٦٤.
(٤) ينظر نص المادة (٣٧) من قانون المرافعات العراقي المرقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

للحامل الحق في تنفيذ قرار الحكم في مواجهة أي ملتزم متضامن كما يحق له تنفيذه في مواجهة جميع الملتزمين[١].

ثانيًا- تعدد أطراف الإلتزام

يلاحظ وبحق أنّ هذا المبدأ المهم يعني أنّما وحدة محل الإلتزام لا تمنع من تعدد طرفا الالتزام التضامني والأخير يعد التزامًا موصوفًا وليس التزاما بسيطًا والالتزام في صورته الأولى الذي يلحقه وصف أو قيد يعدل من آثاره وله محل واحد ، ويتعدد كل من طرفيه[٢]، وبما أنّ التضامن يعد وصف يحول دون انقسام الحق في حالة تعدد الدائنين أو الالتزام في حالة تعدد المدينين ، فهذا التعدد إمّا أن يوجد ابتداء وإما أن يطرأ فيما بعد ، أي بعد نشوء الإلتزام في ذمّة الكفيل التجاري فإذا كان الطرف المتعدد في الالتزام التضامني هو الطرف الدائن فيكون هناك تضامن بين الدائنين أمام الكفلاء التجاريين أوقد يكون التعدد في الطرف المدين فيكون هناك تضامن بين الكفلاء التجاريين أي أنّ التضامن إمّا أن يكون إيجابيا وإمّا أن يكون سلبيا وهذا التضامن ينطوي على خروج على قاعدة انقسام الالتزام في حالة تعدد أطرافه ولذلك فهذا التضامن لا يفترض في حالة تعدد المدينين أو الدائنين بل لابد من اتفاق أو نص قانون يفترض هذا التضامن[٣].

ويترتب على هذا المبدأ نتائج عدة أهمها أنّ رجوع الدائن على الملتزمين الصرفيين لا يفقده حقه بالرجوع على الآخرين[٤] ، ذلك إذا شعر الدائن بأنّه قد أقام الدعوى على ملتزم مفلس كان بإستطاعته توجيه المطالبة إلى ملتزم آخر تكون الأخيرة أكثر جدوى للحصول على قيمة الدين المكفول أضف إلى ذلك أنّ للدائن إدخال الملتزم الثاني خصمًا في الدعوى ومطالبة الأثنين معًا[٥].

كما تجدر الإشارة إلى أنّ التشريعات التجارية المقارنة لم تلزم الدائن بمراعاة ترتيب محدد لمطالبة الدائن الملتزمين الصرفيين ، وهذا ما نصّت عليه إتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٨٨، الخاصة بتنظيم السفاتج والكمبيالات في المادة (٦٩) ، بقولها: " للحامل ان يوجه المطالبة بالحقوق التي يخولها اليه الصك الى أي أحد من الموقعين الملتزمين بموجب الصك ،

(١) ينظر د. يوسف عودة غانم ، التضامن الصرفي في الأوراق التجارية دراسة مقارنة ،مصدر سابق ، ص٩٧.
(٢) ينظر د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، أحكام الإلتزام ، مصدر سابق ، ص٩٧.
(٣) ينظر د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، أحكام الإلتزام ، مصدر سابق ، ص٩٧.
(٤) ينظر د. فوزي محمد سامي ، د. فائق محود الشمّاع ، القانون التجاري (الاوراق التجارية) ، مصدر سابق، ص٢٤٧.
(٥) ينظر د. يوسف عودة غانم المنصوري ، المصدر نفسه ، ص١٠١.

أو إلى جملة موقعين منهم أو إليهم جميعًا من دونَ أن يكون ملزمًا بمراعاة ترتيب إلتزام كل منهم بالصك ، ويجوز لأي موقع قد دفع قيمة الصك أن يمارس بالطريقة نفسها الحقوق المقّررة للحامل قبل الموقعين الملتزمين تجاهه".

أمّا المشرّع المصري فأنّ قانون التجارة المرقم(١٧) لسنة ١٩٩٩، نصّ في الفقرة الثانية من المادة (٤٤٢) ، منه على أنّه "ولحامل الكمبيالة الرجوع على هؤلاء الملتزمين منفردين أو مجتمعين دون أن يلزم بمراعاة ترتيب التزاماتهم" .

أمّا فيما يخص المشرّع العراقي ذلك أنّ قانون التجارة المرقم(٣٠) لسنة ١٩٨٤، نصّ في الفقرة الثانية من المادة (١٠٦) من قانون التجارة العراقي على أنّه "للحامل الرجوع على هؤلاء الملتزمين منفردين او مجتمعين".

أمّا الأثر الآخر الناشئ عن مبدأ تعدد الروابط والقاضي بأنّ بطلان أحد الملتزمين الصرفيين بموجب توقيعه على الكفالة التجارية لا يؤثر على إلتزام غيره من الموقعين الآخرين[١] ، ذلك أنّه قد يبطل إلتزام احد الموقعين على الكفالة التجارية الصرفية لسبب ما كنقص في الأهلية أو لتزوير توقيعه ، ففي مثل هذه الأحوال يتحلل الموقع من المسؤولية الصرفية ، وهذا البطلان لا يستفيد منه غيره من الملتزمين[٢]. ذلك أنّه على الرّغم من ذلك يبقى إلتزامه صحيحًا. وهذا ما أكدت عليه التشريعات المقارنة ذلك انّ قانون التجارة الأمريكي لم ينص على قاعدة إستقلال التواقيع ، على عكس المشرع المصري ذلك أنّ قانون التجارة المصري المرقّم (١٧) لسنة ١٩٩٩ ، نصّ في المادة (٣٨٦) ، منه على أنّه" إذا حملت الكمبيالة توقيعات أشخاص ليست لهم أهلية الالتزام بها أو توقيعات مزورة أو لأشخاص وهميين أو توقيعات غير ملزمة لأسباب اخرى لأصحابها أو لمن وقعت الكمبيالة بأسمائهم ،فإن التزامات غيرهم من الموقعين عليها تبقى مع ذلك صحيحة".

أمّا المشرّع العراقي فأن قانون التجارة العراقي المرّقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ ، نصّ في المادة (٤٧) ، على أنّه "إذا حملت الحوالة توقيعات أشخاص ليست لهم أهلية الالتزام بها أو توقيعات مزورة أو لأشخاص وهميين أو توقيعات غير ملزمة لأصحابها أو لمن وقعت الكمبيالة بأسمائهم، فإن التزامات غيرهم من الموقعين عليها تبقى مع ذلك صحيحة".

(١) ينظر د. فوزي محمد سامي ، د. فائق محود الشمّاع ، القانون التجاري (الاوراق التجارية) ، مصدر سابق، ص٢٣١.

(٢) د. أحمد البسام ، قاعدة تطهير الدفوع في ميدان الأوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص١٠٣.

ثالثًا- عدم إنقسام الدين

الأصل في القواعد العامة إنّ التضامن لا يكون إلّا بحدود علاقة الدائن مع المدينين المتضامنين ، بمعنى آخر يمكن القول: أنّه لا يوجد إلّا نوع واحد من التضامن ألا وهو التضامن لمصلحة الدائنين [١].

أمّا فيما يخص علاقة المدينين مع بعضهم البعض فأنّ الدين ينقسم فيما بينهم فلا يبقى أمام المدين الموفي إلا أن يرجع على المدينين الآخرين كل بحدود حصته من الدين[٢].

بيد أنّ الأمر يختلف في نطاق التضامن الصرفي ، ذلك أن التشريعات التجارية المقارنة قررت في نصوصها القانونية بأنّ هنالك تضامنًا بين المدينين يختلف عما هو الحال في القواعد العامة ، ذلك أنّ للمدين الموفي الرجوع على الملتزمين الآخرين بكامل قيمة الدين الذي أوفاه ففي النتيجة لا مجال لإنقسام الدين في علاقة المتضامنين الصرفيين فيما بينهم ناهيك عن أنّ المشرّع الأمريكي لم ينص صراحة على ذلك في قانون التجارة الموحد ، على عكس المشرّع المصري فأنّ قانون التجارة المرّقم (١٧) لسنة ١٩٩٩، نصّ في الفقرة الثانية والثالثة من المادة (٤٤٢) ،على انّه"٢- ولحامل الكمبيالة الرجوع على هؤلاء الملتزمين منفردين أو مجتمعين دون أن يلزم بمراعاة ترتيب التزاماتهم . ٣- ويثبت هذا الحق لكل موقع على الكمبيالة إذا دفع قيمتها".

أما المشرّع العراقي فأنّ قانون التجارة العراقي نصّ في الفقرة الثانية من المادة (١٠٦) ، منه على انّه "للحامل الرجوع على هؤلاء الملتزمين منفردين او مجتمعين دون ان يلزم بمراعاة ترتيب التزاماتهم. ويثبت هذا الحق لكل موقع على الحوالة اذا ادى قيمتها". وعند التمعن في هذه النصوص القانونية التي جاءت بها التشريعات المقارنة نقول: أنّ الأخذ بهذه النصوص على إطلاقها من شأنه أن يسمح لكل ملتزم يقوم بالوفاء الرجوع على سائر الملتزمين الصرفيين وهذا ما يتعارض وبعض المراكز القانونية للملتزمين فالقانون لا يخول للمظهر كضامن إلا أن يرجع على الملتزمين السابقين لذى نقترح على المشرّع العراقي تعديل نص المادة (١٠٦) ، وإضافة عبارة تجعل للموفي حق الرجوع على المسؤولين نحوه.

وتجدر الإشارة إلى إنّه بالإمكان تعليل مبدأ عدم إنقسام الدين في التضامن الصرفي من خلال التركيز على نقطة جوهرية وهي إنّ إلتزامات الموقعين على الورقة التجارية ككفلاء

(١) ينظر د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ، أحكام الإلتزام ، مصدر سابق ، ص٢٠٩.
(٢) ينظر نص المادة (٣٣٤) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ ، والمادة (٢٩٧) من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨.

تجاريين لا تنشأ دفعة واحدة من خلال تصرف قانوني واحد ، بل تنشأ من خلال تصرفات قانونية متعاقبة يستقل كل منها عن الآخر ذلك أنّ المشرع جعل كل موقع على الورقة التجارية ضامنًا لمن بعده[١].

رابعًا- النيابة المتبادلة

يمكن لنا أن نعرف النيابة المتبادلة في إطار الكفالة التجارية بوجه عام والتضامن الصرفي بوجه خاص على أنّها (كل مدين متضامن يعتبر ممثلًا عن باقي المتضامنين معه في حدود الأعمال النافعة دون الأعمال الضارة التي تصدر عنهم)[٢]. وبموجب ذلك فأنّه إذا قام أحد الملتزمين الصرفيين بعمل نافع من شأنه أن يستفيد منه باقي الملتزمين المتضامنين ، فأنّ أثر ذلك العمل ينصرف إليهم ، أمّا إذا صدر من أحد الملتزمين عملًا من شأنه الإضرار بباقي الملتزمين الصرفيين ، فأن ذلك العمل يقتصر على من صدر منه التصرف من دون الإضرار بباقي الملتزمين الآخرين[٣].

على أنّ تساؤلًا يتبادر للذهن مفاده ماهي الأعمال التي من شأنها ان يستفيد منها باقي الملتزمين الصرفيين؟

وللإجابة عن هذا التساؤل نقول: أنّ مبدأ النيابة المتبادلة في نطاق التضامن الصرفي بوجه خاص وفي نطاق الكفالة التجارية بوجه عام نجد أساسه في نطاق القواعد العامة كون أن القانون المدني المرجع في كل ما لم يرد بشأنه نص في نطاق المعاملات التجارية ، ومن ذلك مثالًا فأنّ الصلح الحاصل بين الدائن وأحد الملتزمين المتضامنين يعد من الأعمال النافعة التي ينصرف أثرها إلى باقي الملتزمين الصرفيين ، ذلك أنّ الصلح معناه (عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي)[٤].

ويفترض في الصلح سبق الخصومة بين الدائن وأحد الملتزمين ، فإذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة إستفاد منه الملتزمين الآخرين معه[٥].

---

(١) ينظر د. زكي زكي الشعراوي ، الوجيز في القانون التجاري ، ج١، ط٣، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦، ص٢٠٧.

(٢) ينظر د. يوسف عودة غانم المنصوري ، التضامن الصرفي في الأوراق التجارية دراسة مقارنة ، مصدر سابق ، ص١٤٠.

(٣) ينظر د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ، أحكام الإلتزام ، مصدر سابق ، ص٢١٣.

(٤) ينظر المادة (٦٩٨) من القانون المدني العراقي الحالي لسنة ١٩٥١.

(٥) وهذا ما نصّت عليه المادة (٣٣١) من القانون المدني العراقي الحالي لسنة ١٩٥١.

أما الأعمال الضارة التي تنصرف آثارها لبعض الملتزمين من دون الآخرين فمنها إنقطاع التقادم والذي يكون بموجب المطالبة القضائية من خلال إقامة دعوى من قبل الدائن أمام القضاء[1] ، فبموجب ذلك من يقطع التقادم من الملتزمين فأنّه لا يقطعه بالنسبة إلى الملتزمين الآخرين بل يقطعه لنفسه فقط.

(١) ينظر د. يوسف عودة غانم المنصوري ، التضامن الصرفي في الأوراق التجارية دراسة مقارنة ، مصدر سابق ، ص١٤٧.

الفصل الثالث

دعوى الكفالة التجارية وطرق إنقضائها

الفصل الثالث

دعوى الكفالة التجارية وطرق إنقضائها

تعرف الدعوى بصورة عامة على أنّها (طلب شخص حقه من آخر أمام القضاء) [1] ذلك أنّه بعد الكلام عن أهم ما إحتوت الكفالة التجارية من مفهوم واسع وأحكام تتعلق بأطرافها من حقوق وإلتزامات أزال الغبار عن الكثير من القواعد القانونية التي تعد نظامًا قانونيًا يحكمها ، ومن هنا لا بد لنا بيان كيف أوماهو الطريق الذي يمكن للكفيل التجاري فضلًا عن الكفلاء الآخرين إتباعه للمطالبة بقيمة الدين الموفى به فضلًا عن الحقوق الناشئة عن هذا العقد كونه عقدًا تجاريًا تكون الأشخاص الطبيعية سببًا لإنشائه وتارة أخرى تكون الأشخاص المعنوية من أسباب وجوده.

فلا يبقى أمامنا إلّا أن نبين الدعوى التي من خلالها يمكن للكفيل التجاري من مطالبة المدين الأصلي بعد قيامه بالوفاء، أضف إلى ذلك أن قيام أحد الكفلاء التجاريين في حالة تعددهم بالوفاء إلى الدائن لا يحول أمام الكفيل التجاري الموفي إلّا الرجوع على باقي الكفلاء المتضامنين معه بقدر نصيب كل منهم.

ولا يبقى أمامنا إلّا أن نبين أهم الطرق التي من خلالها تنقضي الكفالة التجارية ، ذلك إنّ الإنقضاء هو المحور الاخير الذي من خلاله نستكمل النظام القانوني لهذا العقد التجاري ، ذلك أن لإنقضاء الكفالة التجارية طريقان الأول منها طبيعيًا يكون من خلال الوفاء أو ما يعادل هذا الوفاء فضلًا عن الطريق الخاص للإنقضاء متمثلًا بالتنفيذ والحجز القانوني وكل ذلك من خلال مبحثين ، الأول لعلاقة الكفيل التجاري بالمدين والكفلاء التجاريين مع بعضهم، والمبحث الثاني لإنقضائها وكما يأتي:-

(١) ينظر نص المادة الثانية من قانون المرافعات العراقي النافذ لسنة ١٩٦٩.

المبحث الاول
رجوع الكفيل التجاري على المدين والكفلاء مع بعضهم

سبق وأن بينا علاقة الكفيل التجاري مع الدائن وهي جوهر عقد الكفالة التجارية لما تحمل هذه العلاقة بين طياتها من أحكام تكشف عن نظامها القانوني ، ومن هنا نرى اته لابد من بحث علاقة الكفيل مع المدين من حيث رجوع الكفيل التجاري بعد قيامه بالوفاء بقيمة الدين المكفول ذلك أنّ هذ الرجوع يعد من المسائل ذات الخطورة والتي تتمركز عليها الكفالة التجارية ، وتبرز أهمية هذه العلاقة أو خطورتها من خلال أنّه لا يمكن للمشرع إهمال حقوق أو مصلحة الكفلاء التجاريين لما قدموه من إئتمان لمصلحة المدين ، وعلى أي حال فأنّ التشريعات المدنية المقارنة بوجه عام فضلًا عن التشريعات التجارية على وجه الخصوص لم تهمل علاقة الكفيل التجاري بل وضعت لها الاحكام القانونية التي تضمن للكفيل التجاري ضمان حقوقه ، وهذا ما سنقوم ببيانه اضف الى ذلك أنّه لا بدّ لنا من بيان ماهية رجوع الكفلاء التجاريين مع بعضهم ، وهذا ما سنقوم ببحثه على شكل مطلبين ، الأول منها لرجوع لكفيل التجاري على المدين ، والمطلب الثاني لعلاقة الكفلاء مع بعضهم وكما يأتي:-

المطلب الأول
رجوع الكفيل التجاري على المدين

بعد قيام الكفيل بضمان الدين المكفول للدائن لا يبقى لنا إلّا ان نتصور حالة واحدة وهي رجوع الكفيل التجاري على المدين المكفول ، ذلك انّ التشريعات التجارية المقارنة ومنها تشريعنا العراقي تعنى بضمان استرداد الكفيل التجاري ما قدمة من ضمان لهذا المدين وتعريض ذمته المالية لخطر الإفلاس ، وهكذا يرى الفقه أن علاقة الكفيل التجاري ولو كانت خارجة عن عقد الكفالة التجارية إلّا إنّها ذات أهمية كأثر عن الكفالة التجارية ولما تحمله من خطورة على ذمة الكفيل التجاري ، ومن هنا سنقوم بتفصيل هذه العلاقة في نطاق عقد الكفالة التجارية من خلال فرعين الأول منها لرجوع الكفيل التجاري على المدين بالدعوى الشخصية ، والفرع الثاني لرجوع الكفيل التجاري على المدين بدعوى الحلول وكما يأتي:-

الفرع الاول

رجوع الكفيل التجاري بالدعوى الشخصية

انّ رجوع الكفيل التجاري على المدين بالدعوى الشخصية يمكن لنا أن نعرفه بأنّه (مطالبة الكفيل التجاري المدين المكفول بما اداه من قيمة الدين الذي وفى به) ، ومن هنا يتبادر لدى الذهن تساؤل مؤدّاه أنّه ما هو الأساس الذي يقضي برجوع الكفيل التجاري على المدين المكفول بالدعوى الشخصية؟

جوابًا على سؤالنا نقول: أن الفقه أختلف في تحديد طبيعة الأساس القانوني لرجوع الكفيل التجاري بالدعوى الشخصية على من كفله بقيمة الدين الذي أوفى به ، فهنالك[١] من يؤسس رجوع الكفيل التجاري على المدين المكفول بالدعوى الشخصية على أساس دعوى الوكالة والتي مفادها بأنّ الكفيل التجاري ما هو إلّا وكيل عن المدين الأصلي ، وبالتالي فإذا قام الكفيل التجاري بالوفاء إلى الدائن بما إلتزم به ذلك المدين يكون للكفيل الرجوع على مدينه بدعوى الوكالة[٢] ، ودليلهم على ذلك ان في هذه الحالة تكون الكفالة التجارية قد عقدت بعلم المدين الأصلي المضمون ودون معارضته[٣].

على إنّ رأيًا آخر[٤] يقول: إنّ رجوع الكفيل التجاري بالدعوى الشخصية يكون أساسه الفضالة ، فالكفيل التجاري ما هو إلّا فضولي في قيامه بالوفاء إلى الدائن ومن ثمّ لا يكون للكفيل التجاري إلا أن يرجع على المدين المكفول إلّا بدعوى الفضالة[٥] ، ودليلهم على ذلك أن هذه الحالة تكون عندما تعقد الكفالة التجارية بعلم المدين الأصلي أوبمعارضته[٦].

---

(١) وهذا هو رأي الفقه الفرنسي، د. سمير عبد السيد تناغوا، التأمينات الشخصية ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص١٠٥.

(٢) وفي هذه الدعوى القاضية بأنّ الكفيل التجاري ما هو إلّا وكيلًا عن المدين المكفول ، وعلى هذا النهج سار الفقه الفرنسي، كذلك ينظر المادة(١٠٣٨) من القانون المدني العراقي.

(٣) ينظر د. قدري عبد الفتّاح الشهاوي ، أحكام عقد الكفالة ، التضامن والتضامم ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩، ص١٧٧.

(٤) وهذا الرأي تبناه د. إبراهيم بكر ، الكفالات الشخصية والكفالات المصرفية ، الأردن ، منشورات الأردن للدراسات المصرفية ، ١٩٨٨، ص١٨٧.

(٥) وتقضي هذه الدعوى بأنّ الكفيل التجاري ما هو إلا بإلتزامه بوفاء الدين المكفول إلّا فضوليا في ذلك الإلتزام د.عبد الفتاح عبد الباقي البكري ، مصدر سابق ، ٢٣٢.

(٦) ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٨٧٨.

وعلى الرغم من مقبولية هذه الآراء وأدلتها، إلّا إنّنا نشكل عليها ، والدليل على ذلك أنّه لو إفترضنا أنّ رجوع الكفيل على المدين الأصلي بالدعوى الشخصية على أساس أنّ الكفيل وكيل ذلك انّه يكون للمدين الاصلي المكفول عزل وكيله ، وهذا لا يمكن تصوره في الكفالة التجارية[١]. ذلك انّ إلتزام الكفيل التجاري أمام الدائن مستقلًا تمامًا عن الإلتزام الأصلي فبالتالي لا يستطيع المدين الأصلي من عزل الكفيل إلاّ بإتفاق جميع اطرافه وكل ذلك بموجب نص القانون[٢].

وهذا ما نصّت عليه التشريعات المقارنة على خلاف قانون التجارة الأمريكي الموحد لسنة ١٩٥٢، الذي نصّ في الفصل الثالث من المادة الثالثة على أنّه "يتم تمثيل الشخص بواسطة وكيل أو ممثل قام بالتوقيع على الوثيقة ويكون التوقيع ملزمًا للشخص الممثل بموجب المادة٣-٤٠٣"[٣] ، نستنتج من النص أن المشرع الأمريكي خول الكفيل التجاري الرجوع على المدين المكفول بالدعوى الشخصية على أساس دعوى الوكالة، فما الكفيل التجاري إلّا وكيلًا عن المدين الأصلي.

أمّا المشرع المصري فقد نصّ في المادة (٧٧٨) من القانون المدني المصري الحالي لسنة ١٩٤٨، على انّه " على أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة للكفالة ، كان له في أي وقت أن يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشأ " .

أمّا فيما يخص موقف المشرع العراقي فقد نص على ذلك في المادة (١٠١٠) من القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، على انّه " ليس للكفيل ان يخرج نفسه من الكفالة ، ولكن له ذلك قبل ترتب الدين في ذمة الأصيل في الكفالة المعلقة والكفالة المضافة". وبصدد مناقشة الفرضية القاضية على إنّ رجوع الكفيل التجاري على المدين بالدعوى الشخصية يكون أساسه الفضالة فهذه الفرضية أيضًا لا يمكن التسليم بها ذلك ان الفضولي يقوم بعمل معين كالوفاء على أنّه لا يكون ملزمًا بذلك[٤] ، وهذا خلاف الأصل فالكفيل التجاري في الكفالة

---

(١) ذلك انّ الكفيل في الكفالة التجارية يكون إلتزامه مستقلًا عن إلتزام المدين المكفول فبالتالي لا يستطيع المدين عزل الكفيل التجاري فضلًا عن انّ النظام القانوني في الكفالة التجارية مختلف تمامًا عما هو الحال في عقد الوكالة ينظر نص المادة (٤٧) من قانون التجارة العراقي.

(٢) ينظر نص الفقرة ثانيًا من المادة (٢٧٧) من قانون التجارة العراقي.

3)(**Section 3-401. Signature Necessary for Liability on Instrument.**

(a) A person is not liable on an instrument unless (i) the person signed the instrument, or(ii)the person is represented by an agent or representative who signed the instrument and the signature is binding on the represented person under Section 3-402.

(٤) ينظر د. سمير عبد السيد تناغوا، التامينات الشخصية ، مصدر سابق ، ص ١٠٨.

التجارية يكون ملزمًا بالوفاء بموجب ذلك العقد المبرم بين الكفيل والدائن بناءً على شروط معينة[١].

وربّ سائل يسأل عن الرأي الأصلح ليكون أساسًا لرجوع الكفيل التجاري على مدينه المكفول بالدعوى الشخصية نجيب على ذلك ونقول: أنّنا نرى أن الرأي الأقرب للصواب هو أنّ أساس رجوع الكفيل التجاري على من كفله بالدعوى الشخصية لا يكون بموجب دعوى الوكالة أو الفضالة ، وإنما يكون بدعوى الكفالة التجارية التي أساسها القانون[٢].

ومن هنا نرى موقف التشريعات المقارنة ذلك أن المشرع الأمريكي في قانون التجارة الموحد لسنة ١٩٥٢ المعدل لم ينص على دعوى الكفالة ذلك انّ المشرع الأمريكي اعتبرها دعوى وكالة ، فما الكفيل التجاري إلّا وكيلًا عن المدين المكفول ، ذلك انه جاء بشيء مختلف عما جائت به التشريعات المقارنة الاخرى فالمشرع المصري نصّ على دعوى الكفالة في المادة (٨٠٠) من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨ على أنّه" للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أم بغير علمه"، وبذلك فأنّ للكفيل أن يرجع على المدين بدعوى شخصية وهي دعوى الكفالة التجارية.

أمّا المشرّع العراقي فأنّه نصّ على دعوى الكفالة في المادة (١٠٣٣) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ النافذ على انّه" اذا أدّى الكفيل ما كفل به من ماله ، فله الرجوع بما أدّى على المدين". ومن خلال ما تقدم ذكره نستنتج من خلال موقف التشريعات المقارنة وعلى رأسها المشرّع العراقي انّ للكفيل التجاري الرجوع على المدين المكفول بعد الوفاء بدعوى شخصية ألا وهي دعوى الكفالة أساسها القانون.

وأيًا كان الأمر ففي إطار هذه الدعوى يجب الإشارة إلى أنّ هنالك شروط يجب توافرها لكي يتوفر للكفيل التجاري ميزة إقامة هذه الدعوى وهذه الشروط نفصلّها على الوجه التالي:-

(١) والذي يحكمه عقد الكفالة التجارية المبرم بين الكفيل التجاري والدائن.

(٢) وهذا ما نصّت عليه نصوص التشريعات المقارنة ذلك (٨٠٠) من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨ على أنّه" للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعمله أو بغير علمه" ، فضلًا عن المشرع العراقي فأنّه نصّ على دعوى الكفالة في المادة (١٠٣٣) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ النافذ على انّه" اذا ادى الكفيل ما كفل به من ماله ، فله الرجوع بما ادى على المدين".

أولًا- وفاء الكفيل التجاري بقيمة الدين المكفول

ويعد هذا الشرط من الشروط البديهية فلا يستطيع الكفيل التجاري عند عدم قيامه بالوفاء الرجوع على المدين الأصلي وكل ذلك يكون بموجب نصوص القوانين المقارنة [١] ، أمّا السؤال عن شكل الوفاء فلا يسعنا إلّا أن نقول: إنّ وفاء الكفيل بقيمة الدين المكفول لا يخرج عن صور الوفاء المنصوص عليها في القواعد العامة[٢] ، وهي أمّا الوفاء نقدًا أو ما يقوم مقام الوفاء كالإبراء والمقاصة فضلًا عن التجديد والإنابة إضافة إلى إتحاد الذمّة والتي سيتم شرحها مفصلًا عند الكلام عن كيفية إنقضاء الكفالة التجارية[٣] .

ولأهمية الوفاء في الكفالة التجارية على إعتباره الركيزة الأساسية كأثر من آثار هذا النوع من الكفالات فلا بد لنا من أن نسلط الضوء على أنّ إنقضاء إلتزام الكفيل إستقلالًا عن الإلتزام الاصلي كالإبراء أو التقادم ففي هذه الحالات لا يكون للكفيل التجاري الرجوع على المدين المكفول [٤] ، ويكون الكفيل متضامنًا مع المدين الأصلي بالوفاء في الكفالة التجارية ذلك انه لا يمكن للكفيل التجاري الدفع بالتجريد امام الدائن عند المطالبة بالوفاء[٥]. فإذا ما تبين لنا ذلك ، فقد يسأل سائل عن انّه هل يمكن الوفاء جزئيًا بقيمة الدين المكفول عند المطالبة؟

وفي هذه الحالة يكون جوابنا: أنّه ليس هنالك مانع يعترض الكفيل التجاري إذا ما قامَ بالوفاء جزئيًا إلى الدائن لكن هذا الوفاء يكون متوقف حسب الرأي السائد على قبول الدائن[٦] ، وفي هذه الحالة لا يبقى أمام الدائن سوى الرجوع على المدين الاصلي بقدر الدين المتبقي بذّمته. وأخيرًا لا يبقى لنا إلّا ان نشير إلى مسألة بالغة في الأهمية وهي أنّه لا يمكن للكفيل التجاري الرجوع على المدين إلّا إذا قام الكفيل بالوفاء للدائن في الأجل المحدد للوفاء[٧] ، ذلك أنّه إذا قام

(١) وهذا ما نصّت عليه المادة (٨٠٠) من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨، والمادة (١٠٣٣) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١.

(٢) وهي الوفاء أو بما يقوم مقامه كالتجديد او الإنابة او المقاصة.

(٣) وهذا ما سيتم بيان تفاصيله في الفصل الثالث والمتضمن النتائج المترتبة عن الكفالة التجارية وكيفية إنقضائها.

(٤) ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٩٩٤..

(٥) ذلك انّ الكفالة التجارية عقد أصلي تحكمه القواعد القانونية المنصوص عليها في القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١، فضلًا عن القواعد المنصوص عليها في قانون الصرف.

(٦) ينظر د. سمير عبد السيد تناغوا، التامينات الشخصية ، مصدر سابق ، ص ١١٠.

(٧) ذلك أنّ الكفالة التجارية أمّا ان تكون مقيدة بأجل يتم الإتفاق عليه بين أطرافها.

الكفيل التجاري بالوفاء قبل حلول اجل الإلتزام فلا يستطيع الرجوع على مدينه المكفول إلّا عند حلول ذلك الاجل المتفق عليه في عقد الكفالة التجارية[١].

ثانيًا- عدم معارضة المدين المكفول

بما أنّ للإرادة دورًا كبيرًا في المعاملات المالية وعلى وجه الخصوص المعاملات التجارية وفي إطار رجوع الكفيل التجاري على مدينه المكفول ، يجب الإشارة بأنّه ليس للكفيل التجاري الموفي بقيمة الدين الرجوع على المدين المكفول بما أداه من قيمة الدين إذا ما صرّح المدين بعدم موافقته أو معارضته على قيام الكفيل التجاري بالوفاء ، ونشير إلى نقطة مهمة مفادها أنّه ليس للمدين في الكفالة التجارية معارضة الكفيل التجاري من الوفاء إلى الدائن إلّا في الحالات محددة[٢] وبالتالي لا يعد عدم وفاء الكفيل بالوفاء إخلالً بالإلتزام ، وهذا ما نراه واضحًا في الكفالة المصرفية فقد يتفق الكفيل التجاري والدائن على أن يكون التزام الكفيل التجاري باتًا أمامه[٣]، ولكن هنالك تساؤل يتبادر للذهن مفاده متى يتوجب على المدين المكفول ان يبدي معارضته على قيام الكفيل التجاري بالوفاء بما إلتزم به ذلك المدين؟

جوابًا على سؤالنا نقول: أنّ التشريعات المقارنة أجابت في نصوصها عن هذا التساؤل ذلك أنّ المشرّع الأمريكي في قانون التجارة لم يأت على لسانه شيء بخصوص معارضة المدين المكفول لوفاء الكفيل التجاري على عكس المشرع المصري المدني لسنة ١٩٤٨ الذي نصّ في الفقرة الأولى من المادة (٧٩٨) على انّه" يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفائه الدين ، وإلاّ سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلان الدين أو بانقضائه" .

أمّا عن موقف المشرع العراقي فقد نص في المادة (١٠٢٥) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ على انّه" يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل ان يقوم بوفاء الدين ، وإذا قاضاه الدائن وجب عليه أن يدخل المدين خصماً في الدعوى فان لم يقم باخطار المدين قبل وفاء الدين او لم يدخله خصماً في الدعوى عند مقاضاة الدائن له، سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو أثبت اسبابًا تقضي ببطلان الدين أو إنقضائه".

---

(١) ذلك انّ الكفالة التجارية عقد ، وهذا العقد كباقي العقود يكون محدد المدة يتم الإتفاق عليه بموجب تراضي عاقديه ينظر نص المادة (١٠٠٩) من القانون المدني العراقي.

(٢) ينظر نص الفقرة الاولى من نص المادة (٢٧٦) من قانون التجارة العراقي.

(٣) ينظر نص الفقرة الاولى من نص المادة (٢٧٧) من قانون التجارة العراقي.

.

يتضح لنا من خلال هذه النصوص نتيجة مؤداها أنّه على الكفيل التجاري أن يقوم بإخطار المدين المكفول بأنّه سيقوم بالوفاء ، وإذا ما قام المدين الكفول بإبداء معارضته لا يبقى أمام الكفيل التجاري الخيار أمّا بالوفاء او عدم الشروع به. ذلك أن المعارضة هنا تكون متوقفة على قيام الكفيل التجاري بالإخطار وفي نهاية المطاف يسقط حقه والحال كذلك بالرجوع على ذلك المدين المكفول.

الفرع الثاني

رجوع الكفيل التجاري بدعوى الحلول

بعد أن بينا رجوع الكفيل التجاري على مدينه بدعوى شخصية اساسها القانون وهي دعوى الكفالة التجارية ، نشرع في غمار طريق آخر منحه القانون للكفيل التجاري له ان يسلكه فضلًا عن الفقه القانوني تناوله بالدراسة والبحث لبيان إمكانية مطالبة الكفيل مدينه الذي كفله ، ذلك أنّ نصوص التشريعات المقارنة كانت صريحة في بيان تفاصيل هذه الدعوى ذلك أنّ المشرّع الامريكي نصّ في قانون التجارة الأمريكي لسنة ١٩٥٢المعدل في الفصل الثالث من المادة الثالثة على انّه" (أ) يجوز للشخص الذي يحق له إنفاذ مستند، بمقابل أو بدون مقابل، أن يفي بالتزام الطرف بدفع المستند (١) عن طريق عمل طوعي متعمد، مثل تسليم المستند إلى الطرف، أو إتلاف، أو تشويه، أو إلغاء الصك، أو إلغاء أو شطب توقيع الطرف، أو إضافة كلمات إلى الصك تشير إلى إبراء الذمة، أو (٢) الموافقة على عدم رفع دعوى قضائية أو التنازل عن الحقوق ضد الطرف من خلال سجل موقع. لا يتم إعفاء الطرف من التزامه بدفع الشيك فقط من خلال إتلاف الشيك فيما يتعلق بعملية يتم فيها استخراج المعلومات من الشيك وإنشاء صورة للشيك، ومن ثم يتم نقل المعلومات والصورة للدفع"[١].

(1) Section 3-604. Discharge by Cancellation or Renunciation.a(A person entitled to enforce an instrument, with or without consideration, may discharge the obligation of a party to pay the instrument (i) by an intentional voluntary act, such as surrender of the instrument to the party, destruction, mutilation, or cancellation of the instrument, cancellation or striking out of the party's signature, or the addition of words to the instrument indicating discharge, or (ii) by agreeing not to sue or otherwise renouncing rights against the party by a signed record. The obligation of a party to pay a check is not discharged solely by the destruction of the check in connection with a process in which information is extracted from the check and an image of the check is made and, subsequently, the information and image are transmitted for payment.

أمّا عن موقف المشرّع المصري ذلك انّه كان اكثر صراحة من خلال نصّه في المادة (٧٩٧) من القانون المدني المصري النافذ على انّه" إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين . ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين".

أمّا عن موقف المشرّع العراقي الذي نصّ صراحة في الفقرة الثانية من المادة (١٠٣٣) على أنّه" ويحل الكفيل محل الدائن في جميع ما لهذا الدائن من الحقوق، سواءً كانت الكفالة بأمر المدين أم بغير أمره". ومن خلال هذا العرض نتوصل إلى نتيجة مفادها أنّ المشرّع الامريكي لم ينص صراحة على دعوى الحلول لكنه بين أنّ لمن له مصلحة ما في معاملة تجارية ان يقوم بالوفاء بهذاالإلتزام ، فضلًا عن التشريعات الاخرى وعلى رأسها المشرّع العراقي الذي كان اكثر صراحة في بيان انّ يحل الكفيل التجاري محل الدائن بعد قيامه بالوفاء بإلتزام المدين المكفول.

وعلى أي حال من الأحوال فلا بد لنا من بيان الشروط القانونية التي يجب توفرها لقيام الكفيل التجاري من إقامة هذه الدعوى أمام المدين المكفول وسنفصلها على الوجه التالي:-

أولًا- ان يتم الوفاء بقيمة الدين المكفول

وهذا الشرط يكون لازمًا لهذه الدعوى فلا يحق للكفيل التجاري الرجوع على مدينه المكفول مالم يقم بالوفاء بقيمة الدين ، على انّ هنالك سؤالًا قد يتبادر إلى الذهن مفاده هل يكون الكفيل التجاري ملزمًا بالوفاء بقيمة الدين المكفول كاملًا أم يحق له الحلول ولو وفى بجزء من قيمة ذلك الدين؟

جوابًا عن سؤالنا نقول: أنّ نصوص التشريعات المقارنة جاءت مطلقة وليست مقيدة لحلول الكفيل التجاري محل الدائن بما أوفى[١] وبعبارة اخرى يحق للكفيل التجاري الوفاء ولو بجزء من ما إلتزم به المدين المكفول ، وبذلك يحل الكفيل التجاري محل الدائن بجزء من ذلك الدين للرجوع على المدين بما اداه[٢] وهكذا نكون أمام ثلاث فرضيات **الفرض الاول منها** مفاده أمّا

(١) وهذا ما نصّت عليه نصوص التشريعات المقارنة ذلك ان المشرّع المصري ذلك انّه كان اكثر صراحة من خلال نصّه في المادة (٧٩٧) من القانون المدني المصري النافذ على انّه" إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين . ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين". فضلًا عن موقف المشرّع العراقي الذي نصّ صراحة في الفقرة الثانية من المادة (١٠٣٣) على انّه" ويحل الكفيل محل الدائن في جميع ما لهذا الدائن من الحقوق، سواء كانت الكفالة بأمر المدين او بغير امره".

(٢) ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٩٩٢.

أن يقوم الكفيل التجاري بالوفاء بقيمة الدين كاملًا[١]، وهنا يحل الكفيل التجاري محل الدائن في بقيمة الإلزام المكفول كاملًا وبالتالي يكون له الرجوع على ذلك المدين بكامل الدين وكل ذلك تطبيقًا لنصوص التشريعات المقارنة التي كانت مفادها بأنّه" ويحل الكفيل محل الدائن في جميع ما لهذا الدائن من الحقوق ، سواء كانت الكفالة بأمر المدين أم بغير أمره" .

امّا الفرض الثاني فيكون مفاده أن يقوم ال كفيل التجاري بالوفاء للدائن بجزء من قيمة الدين المكفول[٢] ، وهذه الفرضية يمكن لنا استنتاجها من خلال إطلاق النصوص القانونية لهذه الدعوى فهي جاءت مطلقة دون تقييد فنص المادة الثالثة من قانون التجارة الامريكي لسنة ١٩٥٢ المعدل التي قضت بانّه" (أ) يجوز للشخص الذي يحق له إنفاذ مستند، بمقابل أو بدون مقابل، أن يفي بالتزام الطرف بدفع المستند (١) عن طريق عمل طوعي متعمد، مثل تسليم المستند إلى الطرف، أو إتلاف، أو تشويه، أو إلغاء الصك، أو إلغاء أو شطب توقيع الطرف، أو إضافة كلمات إلى الصك تشير إلى إبراء الذمة، أو (٢) الموافقة على عدم رفع دعوى قضائية أو التنازل عن الحقوق ضد الطرف من خلال سجل موقع. لا يتم إعفاء الطرف من التزامه بدفع الشيك فقط من خلال إتلاف الشيك فيما يتعلق بعملية يتم فيها إستخراج المعلومات من الشيك وإنشاء صورة للشيك، ومن ثم يتم نقل المعلومات والصورة للدفع"[٣].

أمّا المشرّع المصري لسنة ١٩٤٨ النافذ الذي نصّ في المادة (٧٩٧) من القانون المدني المصري النافذ على انّه" إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من

(١) وهذا ما نصّت عليه قرارت محاكم الطعن المصرية ، الطعن مدني مصري ، ٣٢، في جلسة ٢١، ١١، ١٩٦٧.

(٢) ينظر د.رمضان ابو السعود ، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ١٩٩٦، ص١١٧.

(3)(Section 3-604. Discharge by Cancellation or Renunciation) .a(A person entitled to enforce an instrument, with or without consideration, may discharge the obligation of a party to pay the instrument (i) by an intentional voluntary act, such as surrender of the instrument to the party, destruction, mutilation, or cancellation of the instrument, cancellation or striking out of the party's signature, or the addition of words to the instrument indicating discharge, or (ii) by agreeing not to sue or otherwise renouncing rights against the party by a signed record. The obligation of a party to pay a check is not discharged solely by the destruction of the check in connection with a process in which information is extracted from the check and an image of the check is made and, subsequently, the information and image are transmitted for payment.

حقوق قبل المدين . ولكن إذا لم يف إلاّ ببعض الدين ، فلا يرجع بما وفّاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين".

أمّا عن موقف مشرعنا العراقي فقد نصّ صراحة في الفقرة الثانية من المادة (١٠٣٣) على انّه" ويحل الكفيل محل الدائن في جميع ما لهذا الدائن من الحقوق، سواء كانت الكفالة بأمر المدين أم بغير امره". وهكذا لم يحدد المشرع لدينا سواء أكان الحلول جزئيًا أم كليًا.

ومن خلال هذا العرض نتوصل إلى نتيجة مفادها انّ المشرّع الامريكي لم ينص صراحة على دعوى الحلول لكنه بين أنّ لمن له مصلحة ما في معاملة تجارية ان يقوم بالوفاء بهذاالإلتزام ، فضلًا عن التشريعات الاخرى ومنها المشرّع العراقي الذي كان اكثر صراحة في بيان انّ يحل الكفيل التجاري محل الدائن بعد قيامه بالوفاء بإلتزام المدين المكفول. فعند الرجوع لنصوص هذه المواد لا نجد أي تقييد يكون مؤدّاه أن يقوم الكفيل التجاري بالوفاء بكامل قيمة الدين المكفول ، ذلك أنّ هذا الإطلاق يخول الكفيل التجاري ان يقوم بالوفاء الجزئي ليحل محل الدائن بقيمة الجزء الموفى به.

أمّا الفرض الثالث الذي يكون مفاده أن يقوم الكفيل التجاري بوفاء جزء من الدين المكفول، على ان يقوم شخص آخر من الغير[1] ، بوفاء الجزء المتبقي وكل ذلك نجد أساسه في النصوص القانونية التي ذكرتها التشريعات المقارنة ومنها المشرع المصري الذي نص في الفقرة الاولى من المادة (٣٣٠) من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨ النافذ على انّه" إذا وفي الغير الدائن جزءا من حقه وحل محل فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقدما على من وفاه ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك" .

امّا المشرع العراقي فقد كان واضحًا في ذلك من خلال نصّه في الفقرة الاولى من المادة (٣٨٢) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ النافذ على انّه " اذا وفى غير المدين الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ويكون في إستيفاء ما بقي له من حق مقدماً على من وفاه ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك". ومن خلال كل ما تقدم يمكن لنا ان نعرّف دعوى الحلول على انّها (الدعوى التي يكون بموجبها للكفيل التجاري ان يحل محل الدائن بالمطالبة بعد وفائه بكل قيمة الدين المكفول او جزء منه).

(١) ينظر د. رمضان ابو السعود ، التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص١١٨.

ثانيًا- حلول اجل الدين

أصبح بديهًا أنّه لا يمكن للكفيل الرجوع على المدين المكفول ما لم يحل محل أجل اذلك الدين ، ذلك ان وفاء الكفيل التجاري قبل حلول ذلك الأجل لا يخوله حق الرجوع على المدين المكفول وبالتالي لا يحق له المطالبة إلّا بعد حلول ذلك الأجل[١].

وتجدر الإشارة إلى نقطة مهمة وهي بماذا يحق للكفيل التجاري الرجوع على المدين المكفول ، ذلك أنّ للكفيل الرجوع على مدينه بأصل الدين المكفول[٢] ، فضلًا عن مطالبته بما يلحق الدين من توابع كالفوائد فضلاً عن حقوق أخرى كمطالبته بالشرط الجزائي[٣] ، إضافة إلى انّه يمكن للكفيل التجاري المطالبة بما كان للدائن أن يطالب به من تأمينات عينية كحق الرهن الحيازي[٤]، وهذا ما نصّت عليه نصوص التشريعات المقارنة ، ذلك انّ المشرّع المصري نص صراحة في الفقرة الثانية من المادة (٧٨٧) من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨ النافذ على انّه" فإذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس ، وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل" .

أمّا فيما يخص موقف المشرع العراقي ذلك أنّه نصّ في الفقرة الأولى المادة (١٠٢٦) من القانون المدني العراقي النافذ لسنة ١٩٥١، على انّه" يلزم الدائن بان يسلم الكفيل وقت وفاء الدين، المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع". وبصراحة العبارة كل ما تم الكلام عنه يكون موقوفًا ولا يمكن تطبيقه ما لم يقوم الدائن بإتخاذ الإجراءات اللازمة لنقل هذه الحقوق وكل ذلك بموجب النصوص القانونية التي جاءت على لسان ذات التشريعات المقارنة وفي مقدمتها المشرع المصري الذي نصّ في الفقرة الثالثة من المادة (٧٨٧) ، من القانون المدني المصري النافذ على انّه" أما إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقاري ، فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين ، ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين".

(١) ينظر د. سمير عبد السيد تناغوا، التامينات الشخصية ، مصدر سابق ، ص ١٠٢.
(٢) ينظر د. رمضان ابو السعود ، التأمينات الشخصية والعينية ، المصدر نفسه ، ص ١٢١.
(٣) وهذا الشرط منصوص عليه في المواد (٢٠٦) والمادة (٩١١) من نصوص القانون المدني العراقي النافذ لسنة ١٩٥١.
(٤) ان الحقوق العينية التبعية منصوص عليها في قواعد القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ وهي حق الرهن التاميني والحق الرهن الحيازي وحقوق الغمتياز.

وعن موقف المشرع العراقي ذلك انّه نصّ في الفقرة الثانية من المادة (٧٨٧) ، من القانون المدني العراقي على انّه" فإذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون او محبوس ، وجب على الدائن ان يتخلى عنه الكفيل ، واذا كان مضموناً بتأمين عقاري، فان الدائن يلتزم ان يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين للكفيل ، ويتحمل مصروفات هذا النقل على ان يرجع بها على المدين".

ومن خلال كل ما تقدّم يمكن لنا ان نمّيز بين رجوع الكفيل التجاري على مدينه المكفول بدعوى الكفالة وبين رجوع الكفيل على المدين المكفول بدعوى الحلول من خلال معايير عدّة نجملها وكالآتي:-

١- في الكفالة التجارية يحق للكفيل التجاري الرجوع على المدين الأصلي بدعوى الكفالة التجارية بشرط عدم وجود معارضة من قبل المدين الكفول ، امّا في دعوى الحلول فالكفيل التجاري له ان يرجع على مدينه المكفول سواءً ان أبدى الاخير معارضته أم لا.
٢- في الكفالة التجارية انّ للكفيل التجاري ان يرجع عل المدين المكفول بدعوى الكفالة التجارية بدعوى الكفالة التجارية بشرط إخطار المدين الأصلي بالوفاء ، على عكس مطالبة الكفيل التجاري الكفيل المكفول بقيمة الدين المكفول بدعوى الحلول فلا يشترط فيها على ان يقوم الكفيل التجاري إخطار مدينه.

المطلب الثاني

رجوع الكفلاء التجاريين على بعضهم

بعد أن بينا علاقة الكفيل التجاري مع المدين لا بقى لنا إلّا أن نتناول بالبحث علاقة الكفلاء التجاريين مع بعضهم البعض ، ذلك انّ الكفالة التجارية تتخللها أحكام وقواعد قانونية لا بد من الكشف عنها لأهميتها ، فلا يبقى امام المشرّع التجاري إلّا تصويبها في إطار نطاقها القانوني ليكون نظامًا قانونيًا متكاملًا ومن خلال كل ذلك سنفصّل هذا المطلب على شكل فرعين الأول منها يكون لرجوع الكفلاء على بعضهم بالدعوى الشخصية ، والفرع الثاني لرجوع الكفلاء على بعضهم في بالدعوى الصرفية وكما يأتي:-

الفرع الأول

رجوع الكفلاء التجاريين على بعضهم بالدعوى الشخصية

تقوم هذه الدعوى على إعتبار مهم وحيوي ألا وهو أنّ هنالك حقًا شخصيًا للكفيل التجاري الموفي في ذمة الملتزمين تجاهه[١] ويرتكز هذا الحق في إطار الكفالة التجارية في نطاقيها المصرفي والصرفي على أساس وجود علاقة بين الكفلاء التجاريين الملتزمين يحكمها إمّا التضامن أو عدم وجود التضامن في الكفالة المصرفية ، والتضامن في الكفالة الصرفية[٢].

أمّا في نطاق الكفالة المصرفية فقد يكون الملتزمين من الكفلاء التجاريين متضامنين أو غير متضامنين ، والتي سنبينها في فقرتين وكما يلي:-

أولًا- تعدد الكفلاء مع التضامن

ونجد أن أساس هذا التضامن في القانون[٣] ، ذلك أنّه يكفي في هذه الحالة قيام الكفيل التجاري المصرفي بالوفاء امام الدائن لينشأ حق تجاه الكفلاء التجاريين الآخرين له[١] ، بالرجوع عليهم بدعوى شخصية يكون أساسها التضامن[٢].

---

(١) ينظر د. حسن علي الذّنون ، شرح القانون المدني العراقي، أحكام الإلتزام ، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة ، بغداد ، بدون سنة طبع ، ص١١١.

(٢) ينظر نص الفقرة الثانية من المادة (١٠٣٠) من القانون المدني العراقي الحالي لسنة ١٩٥١، والتي نصّت على أنّه" اما في الكفالة القضائية والقانونية والتجارية كون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين".

(٣) ينظر نص المادة (١٠٣٤) من القانون المدني العراقي الحالي لسنة ١٩٥١، والتي نصّت على أنّه" اما في الكفالة القضائية والقانونية والتجارية، يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين".

ذلك انّ علاقة الكفلاء التجاريين في الكفالة التجارية هنا هي علاقة تضامن وهذا ما نصّت عليه التشريعات المقارنة ذلك أنّ قانون التجارة الأمريكي نصّ في الفصل الثالث من القسم ٣-٤٠١. التوقيع ضروري للمسؤولية على الصك.(أ) لا يكون الشخص مسؤولاً عن أي مستند ما لم يقم الشخص بالتوقيع على المستند ، أو (ثانيا) يتم تمثيل الشخص بواسطة وكيل أو ممثل قام بالتوقيع على الوثيقة ويكون التوقيع ملزمًا للشخص الممثل بموجب المادة ٣-٤٠٢"[٣]. ومن خلال هذا النص نرى انّ المشرّع الامريكي لم ينص على التضامن صراحة إلّا أنّه نصّ على أنّه يمكن للشخص أن يتضامن مع الكفيل التجاري بموجب توقيعه على السند ، وبذلك يكون قد تضامن معه في أداء ذلك الدين.

أمّا فيما يخص موقف المشرّع المصري ذلك انّ القانون المدني المصري المرقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ نصّ في المادة (٧٩٢) ، على انّه "إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله ، كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم".

أمّا عن موقف المشرّع العراقي فأنّ القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ نصّ في المادة (١٠٣٢) ، منه على انّه" اذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين ، كان له ان يرجع عند الاستحقاق على كل من الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم". ومن خلال ما تقدم نتوصل إلى نتيجة مؤدّاها بأنّ رجوع الكفيل التجاري على غيره من الكفلاء التجاريين الملتزمين يكون متوقف على شرطين **الأول منها** ان يكون الكفيل التجاري قد قام بالوفاء إلى الدائن عند حلول أجله[٤]. وهذا الشرط يكون من البديهيات ذلك أن رجوع الكفيل التجاري يفقد سنده من القانون عندما لا يقوم الاخير بالوفاء ، ولا يبقى

---

(١) يوسف عودة غانم المنصوري ، مصدر سابق، ص١٥١.

(٢) يعد التضامن أيضًا نوعًا من الضمانات الشخصية التي توفر للدائن ذلك انّه يزيد في حصوله على حقه بضم ذمة المدينين بعضها إلى بعض يوسف عودة غانم المنصوري، نفس المصدر، ص١٧.

3)(**Section 3-401. Signature Necessary for Liability on Instrument.**

(a)-A person is not liable on an instrument unless (i) the person signed the instrument, or (ii)the person is represented by an agent or representative who signed the instrument and the signature is binding on the represented person under Section 3–402.

(٤) ينظر د. عبد الرزّاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص٥٥١.

أمام هذا الكفيل التجاري إلاّ ان يثبت قيامه بذلك الوفاء بجميع طرق الإثبات[١] وربّ سائلٍ يسأل عن ما هو الحال فيما إذا قام الكفيل التجاري بالوفاء للدائن قبل حلول أجله؟

جوابًا على هذا السؤال نقول: عند وفاء الكفيل التجاري بقيمة الدين قبل حلول أجل الوفاء فأنّه لا يبقى أمامه إلّا الرجوع على باقي الكفلاء الملتزمين بقيمة الدين الموفى به[٢] ، وفي حال رفضهم الدفع لا يبقى للكفيل إلّا إنتضار حلول اجل الوفاء . **أمّا الشرط الثاني** لرجوع الكفيل التجاري على باقي الكفلاء الملتزمين فيجب أن يكون الوفاء صحيحًا مبرءًا للذمة [٣] ، ذلك انّه إذا قام الكفيل التجاري بالوفاء للدائن بقيمة الدين المكفول عن دين باطل أو إنقضى بالتقادم فليس هنالك مسوغ أو سبب قانوني يتمسك به الكفيل الموفي للرجوع على باقي الكفلاء التجاريين[٤] .

ثانيًا- تعدد الكفلاء مع عدم التضامن

وفي هذه الحالة يتعدد الكفلاء التجاريين أي يكون هنالك عدّة مصارف دون وجود التضامن بيهم ، ذلك أنّ الدين بينهم ينقسم بقوة القانون وهذا ما نصّت عليه التشريعات ذلك أنّ المشرّع الأمريكي لم ينص هذه الحالة على خلاف نظيره المشرع المصري الذي نصّ في قانونه المدني الحالي لسنة ١٩٤٨ ، في المادة (٧٩٢) منه على انّه" إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة.(٢) أمّا إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولًا عن الدين كله ، إلّا إذا كان قد أحتفظ لنفسه بحق التقسيم".

أمّا عَن موقف المشّرع العراقي الذي سار على ذات النهج في قانونه المدني الحالي لسنة ١٩٥١، نصّه في المادة (١٠٢٤) ، على أنّه" اذا تعدد الكفلاء، فان كان كل منهم قد كفل الدين على حدة بعقد مستقل طولب كل منهم بجميع الدين ، وان كانوا قد كفلوا معًا في عقد واحد قسم الدين بينهم وطولب كل منهم بحصته الا اذا كانوا قد كفلوا متضامنين فيما بينهم، ويفترض عدم التضامن ما بين الكفلاء الا اذا اشترط التضامن".

(١) ينظر د. عبد الرزّاق أحمد السنهوري ، المصدر نفسه ، ص٥٥٧.
(٢) ينظر يوسف عودة غانم المنصوري ، مصدر سابق، ص١٥٠.
(٣) ينظر د. عبد الرزّاق أحمد السنهوري ، المصدر نفسه ، ص٥٥٨.
(٤) ينظر د. أمين محمد بدر ، الإتزام الصرفي في قوانين البلاد العربية ، معهد الدراسات العربية ، ١٩٥٥، ص٦٦.

من خلال النصوص المتقدم ذكرها نتوصل إلى نتيجة مؤدّاها بأنّ التشريعات المقارنة قد ميزت بين نوعين من تعدد الكفلاء ذلك انّ النوع الأول هم الكفلاء الذين يكونون ملتزمين أمام الدائن كل منهم بعقد مستقل ، وفي هذا النوع يكون الكفيل التجاري ملزم بكامل قيمة الدّين [١].

على خلاف النوع الآخر من التعدد والذي يكون فيه الكفلاء التجاريين ملتزمين بقيمة الدين بعقد واحد ، ففي هذه الحالة يقسّم الدين بينهم كلُ حسب حصته في ذلك الدين[٢].

وعلى أي حال من الأحوال فأنّ تعدد الكفلاء التجاريين في الكفالة الصرفية قد يختلف بعض الشيء ، ذلك انّ الفقه [٣] ، يؤسس رجوع الكفلاء التجاريين على بعضهم بالدعوى الشخصية على أساس الوكالة ، عندما يقوم الكفيل التجاري بالوفاء بناءً على طلب المدين الاصلي ودون إعتراضه، او على اساس الفضالة ، ذلك عندما يقوم الكفيل التجاري بالوفاء بقصده دون أن يكون ملزمًا بذلك الوفاء[٤]. فضلًا على انّه يمكن للدعوى الشخصية أن تقوم على اساس دعوى الكفالة والتي تقضي بأنّه يكون على الكفيل التجاري الموفي الرجوع على غيره من الكفلاء التجاريين الملتزمين معه بذلك الدين[٥].

على انّ تساؤلًا متبادر للذهن مؤداه أنّه يجب عند تحديد أساس الدعوى الشخصية في نطاق الكفالة الصرفية التمييز فيما إذا كان الكفيل التجاري الموفي ملزمًا بالوفاء أم من عدمه؟

وللإجابة عن هذا التساؤل نقول: انّه في حالة أن يكون الكفيل التجاري غير ملزمًا بالوفاء كما أن يقوم الموفي بالتدخل بالوفاء بقيمة الدين المكفول ، ففي هذه الحالة يمكن تطبيق أحكام الوكالة او الفضالة عند رجوع الكفيل التجاري على غيره بموجب الدعوى الشخصية[٦].

أمّا في الحالة الاخرى والتي يكون مفادها أن يكون الكفيل التجاري ملزمًا بالوفاء ، كما في حالة وفاء الضامن فأنه في هذه الحالة أنّ تطبيق الأسس السابقة كالوكالة والفضالة تستبعد من تأسيس الدعوى الشخصية عليها ، ذلك انّ القول: بوجود وكالة ضمنية أو صريحة من قبل المدين الاصلي للوفاء بقيمة الدين لا يستقيم والمبادئ القانونية العامة للوكالة [٧] ، ذلك انّ أي

(١) ينظر نص المادة (١٢٤) من القانون المدني العراقي النافذ لسنة ١٩٥١.
(٢) ينظر بنفس الصدد نص المادة (١٢٤) من القانون المدني العراقي النافذ لسنة ١٩٥١.
(٣) نقلا عن يوسف عودة غانم المنصوري ، مصدر سابق، ص١٥٠.
(٤) ينظر المادة (١٨٨) من القانون المدني المصري الحالي لسنة ١٩٤٨.
(٥) ينظر يوسف عودة غانم المنصوري ، المصدر نفسه، ص١٥٠.
(٦) ينظر د. أمين محمد بدر ، مصدر سابق ، ص٦٨.
(٧) ينظر المواد (٩٤٧) من القانون المدني العراقي النافذ لسنة ١٩٥١، والمادة (٧١٥)،(٧١٦) ، من القانون المدني المصري النافذ لسنة ١٩٤٨.

ملتزم بموجب الكفالة التجارية في نطاق قانون الصرف لا يستطيع المدين الاصلي ان يقيل أي كفيل تجاري من إلتزامه بالوفاء[١].

ومن جانبِ آخر فأن القول: بأنّ أساس علاقة الكفيل التجاري الملتزم بالمدين هي علاقة فضالة لا يستقيم ايضًا مع المبادئ القانونية العامة للفضالة ، ذلك أنّ الفضالة تقضي أن يقوم الفضولي بعمل لصالح غيره دون أن يكون ملزمًا بذلك العمل[٢] ، في حين أن وفاء الكفيل التجاري بقيمة الدين المكفول يكون بناء على إلتزامه الصرفي الناشئ من توقيعه على الورقة التجارية[٣]. على أنّ الكلام الذي سبق ذكره لا يكون مجدٍ ما لم يقم الكفيل التجاري بالوفاء للدائن للدائن ، فالوفاء يخول الكفيل التجاري حق الرجوع على باقي الكفلاء التجاريين الملتزمين معه في الكفالة التجارية.

وعلى أي حال من الأحوال فأنّ الدعوى الشخصية تخضع لأحكام القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني من حيث إحتساب مدة التقادم فضلًا عن الفائدة القانونية وغيرها من الأحكام القانونية[٤] ، كما لا تستوجب الدعوى الشخصية إتخاذ الإجراءات القانونية التي فرضها فرضها المشرّع التجاري على الدائن عند ممارسة رجوعه على الكفلاء التجاريين[٥].

(١) ينظر يوسف عودة غانم المنصوري ، المصدر نفسه ، ص١٥١.
(٢) ينظر المادة (١٨٨) من القانون المدني المصري الحالي لسنة ١٩٤٨.
(٣) ينظر د. فوزي محمد سامي ، د. فائق الشماع ، مصدر سابق ، ص٦٠.
(٤) ينظر د. أمين محمد بدر ، مصدر سابق ، ص٦٩..
(٥) ينظر يوسف عودة غانم المنصوري ، مصدر سابق ، ص١٥١.

الفرع الثاني

رجوع الكفلاء التجاريين على بعضهم بالدعوى الصرفية

بدءًا يراد بالدعوى الصرفية (الدعوى التي تخضع في أحكامها لقواعد قانون الصرف والتي بموجبها للكفيل التجاري الرجوع على باقي الكفلاء الآخرين الملتزمين معه بموجب الكفالة التجارية)[١] ، ذلك أنّ الدعوى الصرفية لها دور كبير وحيوي في نطاق المعاملات التجارية يتركز في أنّها توفر للكفيل التجاري مزايا لا يوجد لها نظير في الدعوى الشخصية ، من خلال تطبيق القواعد القانونية المنصوص عليها في قانون الصرف[٢] ، كقاعدة التطهير من الدفوع فضلًا عن قاعدة عدم منح المدين مهلة للوفاء[٣].

ومن هنا نرى أنّ الفقه قد اختلف في تحديد الأساس القانوني لرجوع الكفيل التجاري على باقي الكفلاء بالدعوى الصرفية[٤] ، بحيث أنّ البعض منهم يذهب إلى إتجاه مفاده أنّ رجوع الكفيل التجاري الموفي على باقي الكفلاء يقوم على أساس الحلول القانوني[٥] ، وكل ذلك على إعتبار أنّ الكفيل التجاري الموفي ملزم بالدّين الصرفي مع المدين الأصلي وهذا ما نصّت عليه التشريعات المقارنة بإستثناء المشرّع الأمريكي الذي لم ينص على ذلك على خلاف المشرّع المصري الذي نصّ في المادة (٣٢٦) من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨ النافذ على انّه" إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية :(أ -(إذا كان الموفي ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه،.....)".

امّا فيما يخص المشرّع العراقي فانّه نصّ في المادة (٣٧٩) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١، النافذ على أنّه" اذا دفع الدين شخص غير المدين حلّ الدافع محل الدائن بحكم القانون في الاحوال الآتية: أ – اذا كان ملزماً بالدين مع المدين او ملزماً بوفائه عنه،.....".

---

(١) ينظر يوسف عودة غانم المنصوري ، المصدر نفسه، ص١٥٣.

(٢) يعرف قانون الصرف بأنه (مجموعة القواعد القانونية المنصوص عليها في القانون التجاري والتي تعنى بتنظيم التعامل في الاوراق التجارية من لحظة نشوئها الى لحظة الوفاء بها) ينظر د. فوزي محمد سامي ، د. فائق الشماع ، مصدر سابق ، ص١٠.

(٣) يعد مبدأ عدم منح المدين مهلة للوفاء من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها قانون الصرف ، فهو بذلك يشدد على المدين بالإلتزام بالوفاء في ميعاد الإستحقاق ينظر د.عبد الفضيل محمد احمد، مصدر سابق، ص١٩.

(٤) نقلًا عن يوسف عودة غانم المنصوري ، المصدر نفسه ، ص١٥٣.

(٥) ينظر د. محمد علي راتب ، السندات الأذنية ،ط١، مكتب النهضة العربية، القاهرة ،١٩٤٨، ص٢١٤.

فضلًا عن ما تقدم ذلك أنّ أصحاب هذا الإتجاه برّروا قولهم على أساس قرار محكمة التمييز لدينا الذي يقضي بأنّه" إذا ادى الكفيل قيمة سند الكمبيالة فأنّه يحل محل الدائن في ذات الحق بالتأمينات التي كانت للدائن والدفوع التي كانت على الدائن[١] ،

ومن خلال الرجوع إلى فكرة تأسيس الدعوى الصرفية على أساس حلول الكفيل الموفي محل الدائن نرى إنّها تؤدي إلى نتائج غير مقبولة يتلخص مؤدّاها انّ نظام الحلول القانوني يجعل الكفيل التجاري في نفس المركز القانوني للدائن ، ومن ثم أن الكفيل التجاري حينها يكون حسن النية متى ما حصل الوفاء لشخص حسن النية حتى وأن كان الكفيل التجاري سيء النية [٢]، على أنّ ذلك لا يستقيم والمبادئ القانونية التي يقوم عليها قانون الصرف ذلك انّ الاخير ينظر في مسألة حسن النية أو سوئها إلى الكفيل التجاري لا إلى الدائن الذي حصل لوفاء لمصلحته[٣].

كما نرى من جانبنا أنّ الاخذ بفكرة الحلول القانوني أيضًا تجعل من الكفيل التجاري يستطيع بدوره أن يحل محل الدائن بكل ما يرد عليه من دفوع ، وهذا خلاف التوجه الذي تنص عليه القواعد القانونية المنصوص عليها في قانون الصرف ، ذلك انّ للكفيل التجاري الموفي حقًا شخصيًا مستقلًا عن حق الدائن له صفاته وخصائصه بحيث أنّ هنالك دفوع يستطيع المدين التمسك بها دون الأخرى وكل ذلك تطبيقًا لقاعدة التطهير من الدفوع[٤].

وعلى أي حال من الأحوال فهذه الأسباب تكاد تكون كفيلة لهجر غالبية الفقه[٥] أي فقهاء القانون التجاري فكرة تأسيس رجوع الكفلاء على بعضهم على أساس الحلول القانوني ، ذلك أنّ الإتجاه الأقرب للصواب وكما يبدوا لنا بأنّ الكفيل التجاري يعد دائنًا جديدًا للملتزمين معه وكل ذلك يكون أساسه بموجب النصوص القانونية اتي جاءت بها التشريعات المقارنة ذلك أنّ المشرع الأمريكي نص في المادة الثالثة من القسم ٣-٤٠١. على انّه" التوقيع ضروري للمسؤولية على الصك (أولًا) لا يكون الشخص مسؤولاً عن أي مستند ما لم يقم الشخص

---

(١) ينظر قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ١٠٢٥، حقوقية ، هيئة عامة تأريخ ١٩٦٩/١٢/٦، م٦، ص٤٢٤.

(٢) ينظر يوسف عودة غانم المنصوري ، مصدر سابق، ص١٥٤.

(٣) ينظر د. حسين محمد سعيد ، إلتزامات وحقوق حامل الورقة التجارية (الشيك- الكمبيالة- السند الأذني) ، عالم الكتب ، القاهرة، بدون سنة طبع ، ص١١٢.

(٤) ينظر في تفصيل ذلك ، ما سبق بحثة ص٧٣.

(٥) ينظر د. فوزي محمد سامي ، د. فائق الشماع ، مصدر سابق ، ص١٥٤. كذلك ينظر د. محمود الكيلاني، الكيلاني، القانون التجاري الأردني(الأوراق التجارية) دراسة مقارنة، عمان ، ١٩٩٠، ص٨٢.

بالتوقيع على المستند ، أو(ثانيا) يتم تمثيل الشخص بواسطة وكيل أو ممثل قام بالتوقيع على الوثيقة ويكون التوقيع ملزمًا للشخص الممثل بموجب المادة ٣-٤٠٢"[١].

أمّا المشرّع المصري فأنّ قانون التجارة المصري المرقم (١٧) لسنة ١٩٩٩، نصّ في الفقرة الاولى من المادة (٤٣٨) منه على أنّه" لحامل الكمبيالة عند عدم وفائها في ميعاد الاستحقاق الرجوع على المظهرين والساحب وغيرهم من الملتزمين بها .

أمّا فيما يخص المشرع العراقي فأنّ قانون التجارة العراقي المرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ منه نصّ في المادة (١٠٨) على أنّه" يجوز لمن وفى الحوالة مطالبة ضامنيه بما يأتي: اولا_ المبلغ الذي اوفاه. ثانيا_ فوائد هذا المبلغ محسوبًا من يوم الوفاء بالسعر القانوني. ثالثًا_ المصاريف التي تحملها. على أنّ قانون التجارة العراقي كان أكثر وضوحًا من التشريعات السابقة الذكر ذلك أنّه نصّ في المادة (٧٨) منه على انّه" في حالة عدم الوفاء يكون للحامل ولو كان هو الساحب ذاته مطالبة المسحوب عليه القابل بدعوى مباشرة ناشئة عن الحوالة بكل ما تجوز المطالبة به بمقتضى المادتين (١٠٧) و(١٠٨) من هذا القانون".

ومن خلال ما تقدم ذكره من موقف التشريعات نتوصل إلى نتيجة مؤدّاها انّ الكفيل التجاري الموفي له حق الرجوع على الملتزمين الآخرين معه بموجب دعوى صرفية أساسها القانون.

وعلى أي حال أصبح واضحًا لدينا أنّه إذا قام أحد الكفلاء التجاريين الصرفيين كالضامن أو القابل بالتدخل أو الموفي بالتدخل بالوفاء بقيمة الدين المكفول كان له الحق بالرجوع على الملتزم الذي كفله وعلى الملتزمين السابقين عليه[٢] ، وكل ذلك بموجب دعوى صرفية أساسها القانون.

وبمعنى آخر نرى أنّ نطاق الكفيل التجاري الصرفي بالرجوع على باقي الملتزمين يضيق ويتسع تبعًا لمركز الشخص الذي حصل الوفاء لمصلحته ، وبهذا المعنى جاء قرار محكمة التمييز العراقية مؤكدًا على ذلك بنصه على أنّه" لا يقتصر حق الكفيل التجاري (الضامن) ، بالرجوع على مكفوله إذا ادى مبلغ الورقة التجارية بل إنّ هذا الحق يمتد ليشمل

1) (**Section 3-401. Signature Necessary for Liability on Instrument.**
~~(a)~~ A person is not liable on an instrument unless (i) the person signed the instrument, or(ii)the person is represented by an agent or representative who signed the instrument and the signature is binding on the represented person under Section 3–402.

(٢) د. محمد إسماعيل علم الدين ، موجز القانون التجاري ، ج٢، جامعة حلوان، سوريا ، ١٩٧٥، ص٦٨.

كافة الموقعين عليها من ساحب ومظهرين"[١] ، وجاء قرار آخر مؤكدًا على ذات المعنى بنصّه على انّه" للكفيل التجاري حق الرجوع على الساحب إذا دفع مبلغ الكمبيالة للدائن"[٢] ، على أنّ هنالك تساؤل متبادر للذهن مفاده بماذا يطالب الكفيل التجاري الملتزمين الآخرين معه؟

وللإجابة عن هذا التساؤل نقول: انّ قانون التجارة المصري المرقّم (١٧) لسنة ١٩٩٩ ، نصّ في الفقرة الثالثة من المادة (٤٢٠) منه على أنّه" وإذا أوفى الضامن الاحتياطى الكمبيالة آلت إليه الحقوق الناشئة عنها قبل كل ملتزم بمقتضى الكمبيالة تجاه المضمون" .

أما المشرع العراقي فقد نصّ قانون التجارة العراقي المرقّم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ ، في الفقرة الثانية من المادة(٨٢) ، منه على أنّه" اذا اوفى الضامن الحوالة آلت اليه الحقوق الناشئة عنها قبل المضمون وقبل آل ملتزم بمقتضى الحوالة تجاه هذا المضمون". وهكذا يمكننا القول : بأنّه إذا قام الكفيل التجاري بالوفاء تنتقل إليه الحقوق الناشئة عنها تجاه المدين الأصلي وتجاه أي ملتزم أخر.

(١) ينظر قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٢٠٤ ، مدنية ثالثة ، بتأريخ ١٩٧٢/٥/٩ ، النشرة القضائية ، ع٢ ، ١٩٧٤ ، ص١٢١.

(٢) ينظر قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ١٤٩٢، مدنية ثالثة ، بتأريخ١٩٧٤/٣/١٣، النشرة القضائية ، ع١، ١٩٧٦/ ص٢٣٠.

المبحث الثاني
إنقضاء الكفالة التجارية

عقد الكفالة التجارية كأي عقد آخر له من الأسباب القانونية التي تؤدي إلى إنقضائه . ذلك أنّ هذا النوع من الكفالات يتميز عن غيره بمميزات تجعل طرق إنقضاءه لها من الخصوصية ما يتوجب بيانها ولعلّ من أهم تلك المميزات، كونها عقد مستقلًا ذلك انّ طابع التجارية إبتداءً الذي يتميز به هذا العقد يضفي عليه هذه الخاصية، ومن هنا فأنّ هنالك أسبابًا عامة تؤدي لإنقضاء الكفالة التجارية لا تخرج عن الوفاء أو ما يعادله ، ناهيكَ عن هنالك أسبابًا خاصة تؤدي إلى إنقضائها دونً أن يقوم المدين بالوفاء أو ما يعادل ذلك الوفاء ، ومن خلال ذلك قسّمنا هذا المبحث إلى مطلبين الاول منها للأسباب العامة لإنقضاء الكفالة التجارية ، أما المطلب الثاني فيكون للأسباب الخاصة التي من خلالها تنقضي هذه الكفالة وكما يأتي:-

المطلب الأول
الأسباب العامة لإنقضاء الكفالة التجارية

يمكن لنا أن نعرّف الأسباب العامة لإنقضاء الكفالة التجارية على أنّها (تلك الطرق الطبيعية التي تنقضي من خلالها الكفالة التجارية ، والتي تتمثل بالوفاء أو ما يعادله) ، ذلك أن الوفاء هو الطريق الطبيعي الذي من خلاله ينقضي كل ما ينطوي تحت الكفالة التجارية من آثار ناهيك عن أنّنا نرى أنّ ما يعادل الوفاء هو الطريق الإحتياطي الآخر والذي من خلاله تنقضي الكفالة التجارية لما يتخلله من منفعة ما تشغل ذمة الدائن ، ومن هنا إرتأينا أن نقوم بتقسيم هذا المطلب على شكل فرعين الأول منها للوفاء ، والفرع الثاني لما يعادله وكما يلي:-

الفرع الأول

إنقضاء الكفالة التجارية بالوفاء

يعد الوفاء الطريق الطبيعي لإنقضاء الكفالة التجارية ، ذلك أنّ إلتزام الكفيل التجاري فيها ليس مؤبدًا فمصير هذا الإلتزام لابد أن ينتهي بالوفاء أو من خلال غيره من الوسائل التنفيذية الأخرى[١] ، ذلك أنّ بعض التشريعات تعالج الوفاء عند الكلام عن تنفيذ إلتزام ما[٢] ، وفيما يخص التشريعات اللاتينية كالمشرع المصري والعراقي فنرى إنّها تعالج الوفاء ضمن طرق إنقضاء الإلتزام على أنّنا نؤيد الرأي القائل: بأنّ الوفاء في الكفالة التجارية بصورة عامة واقعة مختلطة[٣]، فهو يجمع بين التنفيذ والوفاء على وجه واحد ، كالإلتزام بتسليم مبلغ من النقود أو الإلتزام بقيام عمل ما أو الإمتناع عن عمل معين[٤]. ذلك أنّ الوفاء يعد تصرفًا قانونيًا فيجري عليه ما يجري على سائر التصرفات الأخرى فلا بد من أن يتخلل هذا التصرف ركن الرضا على أنّ الأخير يجب أن يكون خاليًا من أي عيب من العيوب التي تعتريه كالإكراه ، والغلط ، والإستغلال فضلًا عن التدليس [٥].

ومن هنا لابد لنا أن نبين مفاصل عدّة أهمّها طرفا الوفاء ومحل الوفاء فضًلًا عن بيان مكان وزمان الوفاء ونفقاته ومن خلال ما يلي من المحاور وبالتعاقب:-

أولًا- طرفا الوفاء

يعد طرفا الوفاء من أهم أركانه فلا يكون هنالك وفاء دون وجود أطرافه ذلك يعد الكفيل التجاري بموجب الكفالة التجارية هو المدين الذي يقع على عاتقه الوفاء في حال يقم المدين الأصلي بالوفاء، فهو يعد طرف عقد الكفالة التجارية ، أمّا الطرف الآخر فيعد الدائن الذي يكون الوفاء لمصلحته الطرف الثاني للوفاء على أنّنا لا يمكننا إستبعاد فكرة إنقضاء الكفالة التجارية من خلال قيام المدين الأصلي بالوفاء فيبقى المدين الأصلي السبب الذي من أجله نشأت الكفالة التجارية.

---

(١) ينظر د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ، أحكام الإلتزام ، مصدر سابق ، ص٢٥١.
(٢) ينظر د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ، أحكام الإلتزام ، نفس المصدر ، ص٢٥١.
(٣) ينظر د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، أحكام الإلتزام ، مصدر سابق ، ص١٩٨.
(٤) ذلك أن الحق الشخصي يعرف بصورة عامة على أنّه (علاقة بين الدائن والمدين والذي يكون للدائن بموجبها مطالبة مدينه امّا القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل أو نقل حق عيني) ينظر عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص٦.
(٥) نظم المشّرع العراقي عيوب الإرادة في المواد (١١٢-١١٧).

وفي نطاق الكفالة المصرفية فيعد قيام المدين الأصلي بالوفاء من أهم الأسباب التي من شأنها أن تؤدي إلى إنقضاء إلتزام الكفيل التجاري والتي بدورها تؤدي إلى إنقضاء الكفالة التجارية، على أنّه يشترط في هذه الحالة أن يكون الوفاء حاصلًا من جانب المدين الأصلي بكامل مبلغ الدين المكفول.

أمّا في حالة قيام المدين الأصلي بالوفاء بجزء مّما كفل به فلا يبقى على الكفيل التجاري إلّا الوفاء بما تبقى من قيمة ذلك المدين[١]، ومن هنا يقدح في الذهن تساؤل مؤدّاه بأنّه بما أنّ الكفالة التجارية في نطاق التعامل المصرفي ليست على وجه التأبيد فهل يحق لأي من عاقديها إنهائها ؟

للإجابة عن تساؤلنا نقول: أنّ عقد الكفالة التجارية ليس على وجه التأبيد فلأطرافه أن يحددوا إبتداءً المدة التي للكفيل التجاري أن يقوم الأخير بالوفاء بموجبها[٢] ، وفي هذه الحالة إذا قام طرفا عقد الكفالة التجارية بتحديد مدته لا يستطيع أحد منهما الإنفراد بإنهائه دون إشعار الطرف الآخر، ذلك أنّ التشريعات المقارنة أشارت إلى ذلك المعنى من خلال النصوص القانونية التي نظمتها.

ذلك أنّ قانون التجارة الامريكي الموحد نصّ على ذلك بصورة غير مباشرة من خلال إشارته إلى أنّ الوفاء بقيمة الورقة التجارية يكون في وقت يتم تحديده وكل ذلك في الفصل الثالث (١٠٤-٣) من المادة الثالثة والتي نصّت على أنّه " أ- باستثناء ما هو منصوص عليه في القسمين الفرعيين (ج) و(د)، يعني مصطلح "الصك القابل للتداول" وعدًا أو أمرًا غير مشروط بدفع مبلغ ثابت من المال، مع أو بدون فوائد أو رسوم أخرى موصوفة في الوعد أو الأمر، إذا كان: ١- تكون مستحقة الدفع لحاملها أو لأمرها وقت إصدارها أو حصولها على حاملها لأول مرة.٢- يستحق الدفع عند الطلب أو في وقت محدد".

---

(١) ينظر ليندة محمد السعيد ، الكفالة البنكية ، اطروحة دكتوراه ،جامعة الجزائر ، ٢٠١٧-٢٠١٨ ، ص٧٣.

2) (Section 3-104. Negotiable Instrument.

(a)Except as provided in subsections (c) and (d), "negotiable instrument" means an unconditional promise or order to pay a fixed amount of money, with or without interest or other charges described in the promise or order, if it:

(1)is payable to bearer or to order at the time it is issued or first comes into possession of a holder; (2)is payable on demand or at a definite time; and.

أمّا فيما يخص المشرع المصري ذلك أنّ القانون المدني لسنة ١٩٤٨ ، نصّ في الفقرة الثانية من المادة (٧٧٨) ، على أنّه" على أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة للكفالة ، كان له في أي وقت أن يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشأ".

أمّا المشّرع العراقي ذلك انّ القانون المدني لسنة ١٩٥١ ، نصّ في الفقرة الأولى من المادة (١٠٢٠) على أنّه" للدائن حق مطالة الكفيل بالدين المكفول به ويطالبه حالًا إذا كان الدين معجلًا في حق الأصيل والكفيل ، فإن كان مؤجلًا ولو في حق أحدهما طولب الكفيل عند حلول الأجل".

أمّا في الحالة التي لا يقوم أطراف الكفالة التجارية بتحديد مدتها ففي هذه الحالة وعلى رأي البعض أن لأي منهما أن يقوم بأنهائها[1] ، ذلك أن العاقدين لم يحددوا مدة لإنتهائها.

هذا فيما يخص المدين الأصلي أمّا فيما يخص الكفيل التجاري في الكفالة المصرفية فيبقى الكفيل التجاري (المصرف) الطرف الذي يكون له الدور الحيوي في الوفاء ، فالمصرف هو الشخص الوحيد الملزم بالوفاء عند عدم قيام المدين الأصلي بتنفيذ إلتزامه ، كما لا يخفى علينا أّنّ التشريعات المقارنة أشارت إلى ذلك المعنى في نصوصها القانونية ذلك أنّ قانون التجارة الامريكي الموحد نصّ في القسم (٥-١٠٤) من المادة الخامسة في باب خطابات الإعتماد على أنّه "قد يكون خطاب الاعتماد أو التأكيد أو النصيحة أو النقل أو التعديل أو الإلغاء يتم إصداره بأي شكل يمثل سجلاً ويتم المصادقة عليه أولا- بالتوقيع أو ثانيًا- وفقًا لاتفاق الطرفين أو الممارسة القياسية المشار إليها في القسم ٥-١٠٨(هـ) الموقعة".

أمّا فيما يخص المشرّع المصري فأنّ قانون التجارة المصري المرقم (١٧) ، لسنة ١٩٩٩، نصّ في الفقرة الأولى من المادة (٣٥٥) ، منه على انّه "خطاب الضمان تعهد مكتوب يصدر من البنك 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".

(١) يعرف إنهاء العقد على أنّه (هو مانع من استمرار نفاذ العقد (الزمنى) ، أما لانتهاء مدته المحددة من قبل ، أو القابلة للتحديد كحق الموكل في إنهاء الوكالة أو المستأجر في إنهاء عقد ايجاره الممتد بقوة القانون. الحالة الثانية لإنهاء العقد هو أن يتم باتفاق الطرفين على الإنهاء، أو بالإرادة المنفردة إذا ما كان العقد يقرر هذا الحق) ينظر المادة (٩١٨) من القانون المدني العراقي.

أمّا المشرّع العراقي فأنّ قانون التجارة العراقي المرقم (٣٠) ، لسنة ١٩٨٤ ، نصّ في (٢٨٧) ، متة على انّه" خطاب الضمان تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب احد المتعاملين معه (الامر) بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين لشخص اخر (المستفيد) دون قيد او شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ، ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من اجله". وربّ سائل يسأل هل يشترط في الكفيل التجاري في الكفالة المصرفية أن يكون الكفيل التجاري مصرفًا ؟

وللإجابة عن هذا التساؤل نقول: أنّه لا يمكن للكفالة المصرفية ان تنعقد دون أن يكون الكفيل التجاري مصرفًا فالأخير يعتبر شخصًا ذو إعتبار فيها ، ذلك انّ الكفالة المصرفية تعد من العمليات المصرفية التي أوجدها العرف التجاري[١] ، والتي خصّص لها المشرّع العراقي فضلًا عن التشريعات المقارنة بابًا خاصًا بها ذلك ان المعيار الذي لا ينفك عنها هو المصرف لتكون بموجبه كفالة مصرفية أضف إلى ذلك الدور الكبير الذي يقوم به المصرف في دائرة المعاملات التجارية على أنّ الأمر لا يقتصر على كون الكفالة التجارية مصرفية فقط ، بل يتعدى ذلك في كون الكفالة التجارية عقدًا تجاريًا قد لا يكون أحد أطرافها مصرفًا ، فالأشخاص الطبيعية أو الشركات الاخرى قد تكون طرفًا فيها كشركات الصيرفة او الإستثمار والتي يمكن أن تعد من اطرافها وكل ذلك بموجب مبدأ العقد شريعة المتعاقدين[٢].

أمّا فيما يخص الكفالة الصرفية فأنّ قانون الصرف عنى بتحديد أشخاص الكفالة التجارية ذلك أنّ الكفيل التجاري فيها لا يخرج عن كونه أمّا (ضامنًا إحتياطيًا أو مظهراً أو قابلًا بالتدخل)، فكل من هؤلاء هم بموجب قواعد قانون الصرف كفلاء تجاريين[٣] ، ذلك أنّ إلتزامهم وجد تسهيلًا للمتعاملين بموجب الاوراق التجارية.

(١) ينظر د. علي البارودي ، العقود التجارية وعمليات البنوك ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠١، ص٣٣٠.

(٢)وفي رأينا وفقًا لهذا المبدأ إذا كان الكفيل التجاري مصرفًا وهذه هي الكفالة التجارية المصرفية أو أن يكون الكفيل التجاري شخصًا طبيعيًا وهذه هي الكفالة التجارية العادية أو الصرفية.

(٣) ينظر د. فوزي محمد سامي ، د. فائق محود الشمّاع ، القانون التجاري (الاوراق التجارية) ، مصدر سابق ، ص٢٣٧.

ثانيًا- محل الوفاء

لا تبرأ ذمة الكفيل التجاري بالوفاء إلّا إذا وفّى الأخير بالمحل الذي إلتزم به لا بشئ آخر[١]، ويشترط بالوفاء بذلك المحل أن يكون الوفاء به كله لا بعضه لذا تثار مسألة كيف يتم تعيين محل الوفاء في الكفالة التجارية؟

وللإجابة على سؤالنا نقول: أنّ الأصل في الوفاء يكون بذات المحل المتفق عليه في العقد[٢]، وفي هذه الحالة ليس على الكفيل التجاري أنّ يدفع غير ما إلتزم به من دون رضاء الدائن، أمّا في الحالة التي يلتزم فيها الكفيل التجاري بالوفاء بشيء لم يتم تعيينه وعين لاحقًا في العقد ففي هذه الحالة يكون على الدائن قبول الوفاء من الكفيل بما يماثله ولو كان دون رضاه[٣]، والكفيل التجاري ملزم بالوفاء بذات الشئ المستحق أي بمحل الإلتزام ذاته فلا تثار صعوبة بالنسبة لتحديد المحل في الإلتزامات غير التعاقدية ذلك أنّ القانون هو الذي يحدد ما على المدين اداءه[٤].ولكن نرى أنّ الصعوبة تثار في نطاق الإلتزمات العقدية فقد لا يحدد محل الوفاء الملتزم به أو ما يتعين على المدين وفاءه فالأصل هنا تكون للقاعدة التي تقضي أنّ العقد لا يلزم فقط بما ورد فيه ولكن أيضًا بما هو من مستلزماته[٥].ومن هنا تجدر الإشارة إلى أنّ الإلتزام بالوفاء في الكفالة التجارية يكون محله دائمًا مبلغ من النقود ففي هذه الحالة لا يمكن للكفيل التجاري الوفاء بغير تلك النقود دونَ رضاء الدائن[٦].

أمّا في الكفالة التجارية المصرفية يكون محل الوفاء مبلغًا معين أو قابل للتعيين وهذا ما نصّت عليه القوانين المقارنة ، ذلك انّ قانون التجارة الامريكي أشار إلى ذلك المعنى من خلال صدور الأمر بالدفع أو الوفاء إلى الدائن ذللك أنّه نصّ في الفصل (١٠٣) ، من المادة الرابعة على أنّه" "أمر الدفع" يعني تعليمات من المرسل إلى البنك المتلقي، يتم إرسالها شفهيًا أو

(١) وهذا ما نصّت عليه المادة (٣٩٠) من القانون المدني العراقي بنصّها على أنّه" اذا كان الدين مما يتعين بالتعيين فليس للمدين ان يدفع غيره بدلاً عنه بدون رضاء الدائن حتى ولو كان هذا البدل مساوياً في القيمة للشيء المستحق او كانت له قيمة أعلى".

(٢) وهذا ما نصّت عليه الفقرة الأولى من المادة (٣٩٠) من القانون المدني العراقي ، والتي قضت على أنّه" اذا كان الدين مما يتعين بالتعيين فليس للمدين ان يدفع غيره بدلاً عنه بدون رضاء الدائن حتى ولو كان هذا البدل مساوياً في القيمة للشيء المستحق او كانت له قيمة أعلى".

(٣) وهذاما نصّت عليه الفقرة الثانية من المادة (٣٩٠) من القانون المدني العراقي ، والتي قضت على أنّه" اما اذا كان مما لا يتعين بالتعيين وعين بالعقد فللمدين دفع مثله وان لم يرض الدائن".

(٤) ينظر د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ، أحكام الإلتزام ، مصدر سابق ، ص٢٦٩.

(٥) وهذا ما نصّت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي.

(٦) وهذا ما نستشفّه من خلال نص الفقرة الثانية من المادة (٤٠) والتي نصّت على نّه" أمر غير معلق على شرط بأداء مبلغ معين من النقود".

إلكترونيًا أو كتابيًا أو في سجل بدفع أو دفع بنك آخر مبلغ ثابت أو قابل للتحديد من المال إلى المستفيد"[1].

أمّا فيما يخص المشّرع المصري فأن قانون التجارة المصري الحالي لسنة ١٩٩٩، نصّ في الفقرة الأولى من المادة (٣٥٥) ، على أنّه" خطاب الضمان تعهد مكتوب يصدر من البنك 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" .

أمّا المشّرع العراقي فأنّ قانون التجارة العراقي الحالي لسنة ١٩٨٤، نص في المادة (٢٨٧) ، منه على أنّه" خطاب الضمان تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب احد المتعاملين معه (الآمر) بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين لشخص آخر(المستفيد) دون قيد أو شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله".

أمّا في الكفالة التجارية الصرفية فأن الأمر فيه شيء من الخصوصية مفادها أنّ هذه النوع من الكفالات لا تكون إلّا بمناسبة مبلغ النقود فلا يكون محل الوفاء بها غير ذلك وهذا ما أكدته التشريعات المقارنة ، ذلك انّ المشرع الامريكي نصّ في الفصل (١٠٤) ، من المادة الثالثة من قانون التجارة الموحد على انّه"١- باستثناء ما هو منصوص عليه في القسمين الفرعيين (ج) و(د) ، يعني مصطلح "الصك القابل للتداول" وعدًا أو أمرًا غير مشروط بدفع مبلغ ثابت من المال، مع أو بدون فائدة أو رسوم أخرى موصوفة في الوعد أو الأمر"[2].

أمّا فيما يخص المشرع المصري فأنّ قانون التجارة لم يكن واضحًا في ذلك على أنّه نصّ في المادة (٧٨٠) من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨ ، على أنّه" لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر ممّا هو مستحق على المدين ، ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول ".

---

1) (**Section 4A-103. Payment Order –Definitions.** (a) In this Article:
(1) "Payment order" means an instruction of a sender to a receiving bank, transmitted orally, electronically, or in writing or in a record, to pay, or to cause another bank to pay, a fixed or determinable amount of money to a beneficiary if:

2) (**Section 3-104. Negotiable Instrument.**
(a)Except as provided in subsections (c) and (d), "negotiable instrument" means an unconditional promise or order to pay a fixed amount of money, with or without interest or other charges described in the promise or order,.

أمّا المشرع العراقي فأن قانون التجارة العراقي لسنة ١٩٨٤ ، النافذ لم يكن واضحًا كذلك في أن يكون المحل محددًا إلّا أنّه نصّ في المادة (١٠٣٤) من القانون المدني العراقي النافذ ، على انّه "إذا ادى الكفيل للدائن عوضًا بدل الدين، ويرجع على المدين بما كفله لا بما ادّاه أمّ إذا صالح الدائن على مقدار من الدين فأنّه يرجع ببدل الصلح لا بجميع الدين". من خلال موقف التشريعات المقارنة وفيما يخص محل الوفاء في الكفالة التجارية نتوصل إلى نتيجة مفادها أنّ محل الوفاء في الكفالة التجارية المصرفية في الاصل يكون مبلغًا من النقود على انّه لا يكون هنالك مانعًا قانونيًا من أن يكون محل الوفاء أموالًا أخرى كالصكوك ويتم الوفاء بالصكوك من خلال قيام الكفيل التجاري بدفع قيمتها للدائن أمّا إذا تعذر ذلك فيمكن تسليمها إليه على أن ان يتم أمّ إذا كان قيمة الدين المكفول أقل من قيمة الصك يمكن حينها للكفيل التجاري الوفاء جزئيًا[١]. أمّا في الكفالة التجارية الصرفية فالأمر يكون مختلفًا فبما أنّ الكفالة التجارية هنا تكون تسهيلًا لتنفيذ الأوراق التجارية فبذلك لا يكون محل الوفاء بها شيءً غير النقود وكل ذلك بموجب قواعد قانون الصرف المنصوص عليها في القوانين التجارية ، بإستثناء قانون التجارة الأمريكي الموحد الذي نصّ على أنّه بالإمكان أن يكون محل الوفاء أموالًا أخرى.

ثالثًا- مكان الوفاء ونفقاته

أنّ تحديد مكان الوفاء يعتبر من المسائل المهمّة من الناحية العملية ذلك لأن المدين لا يعد متأخرًا بالوفاء بإلتزامه إلّا إذا رفض القيام بالمطالبة بالوفاء في ذات المكان المعين له[٢].

أنّ الأصل في الكفالة التجارية أن يقوم المتعاقدين بتحديد مكان الوفاء ، فقد يكون الوفاء في موطن المدين وهذا ما هو متعارف عليه ، وتارة أخرى بالإمكان أن يكون الوفاء في موطن الدائن[٣] ومن هنا يمكننا أن نعرف مكان الوفاء على أنّه (ذلك المكان الذي يقوم الدائن بمطالبه مدينه بالوفاء بما إلتزم به) ، وبما أنّ الكفيل التجاري ملتزم إلتزامًا تامًا بموجب الكفالة التجارية فأنه يقع على الدائن لزامًا مطالبته بالوفاء .

ففي الكفالة التجارية المصرفية يكون على الدائن مطالبة الكفيل التجاري في مكان المصرف الذي إلتزم بضمان الوفاء وكل ذلك بموجب النصوص القانونية التي جاءت بها التشريعات المقارنة ذلك أنّ المشرّع الامريكي لم ينص على ذلك إلّا أنّه يمكن أن يفهم ضمنًا من خلال الفصل (١٠٣) ، من المادة الرابعة من قانون التجارة الامريكي الموحد على انّه"١- أمر الدفع"

(١) ينظر نص المادة (١٥٥) من قانون التجارة العراقي النافذ.
(٢) ينظر د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ، أحكام الإلتزام ، مصدر سابق ، ص٢٧٤.
(٣) ينظر د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ، أحكام الإلتزام ،المصدر نفسه ، ص٢٧٤.

يعني تعليمات المرسل إلى البنك المتلقي، والتي يتم إرسالها شفهيًا أو إلكترونيًا أو كتابيًا أو في سجل، بدفع أو دفع بنك آخر إلى دفع مبلغ ثابت أو قابل للتحديد من المال إلى المستفيد"[١].

أمّا فيما يخص المشرّع المصري ذلك انّ قانون التجارة المصري نصّ في المادة (٣٥٨) ، منه على أنّه" لا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالآمر أو إلى علاقة الآمر بالمستفيد".

أما المشرّع العراقي فأن قانون التجارة العراقي النافذ لسنة ١٩٨٤، نصّ في المادة (٢٩١) ، منه على أنّه" اذا كان للمصرف أكثر من فرع فيجب توجيه المطالبة الى الفرع الذي أصدره". أمّا في الكفالة الصرفية فأن الأمر لا يختلف كثيرًا ذلك انّ مكان الوفاء يكون فيها يكون في موطن الكفيل التجاري وهذا ما نصّت عليه التشريعات المقارنة.

ولا يبقى لنا إلّا أن نتكلم عن النفقات المترتبة عن ذلك الوفاء أن نفقات الوفاء على الكفيل التجاري أو المدين بها ، إلّا إذا نص الإتفاق أو العرف أو القانون على غير ذلك ، فالنفقات التي يتحملها الكفيل التجاري عند الوفاء كما في حالة إرسال مبلغ الدين إلى الدائن ومصاريف الصكوك أو الحوالات التي يجريها المصرف على ذلك الدين[٢]. ويمكننا أن نشير إلى نقطة مهمة مفادها أنّ نفقات الوفاء غير مصروفات الدين فالأولى تكون قدر صرفت من أجل تنفيذ الإلتزام ، أمّا الثانية فتكون من اجل إنشائه[٣].

---

1) (**Section 4A-103. Payment Order –Definitions.** (a) In this Article:
(1) "Payment order" means an instruction of a sender to a receiving bank, transmitted orally, electronically, or in writing or in a record, to pay, or to cause another bank to pay, a fixed or determinable amount of money to a beneficiary if:

(٢) وهذا ما نصّت عليه المادة (٣٩٨) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١.

(٣) ينظر د.حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي، احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص٢٣٣.

الفرع الثاني

إنقضاء الكفالة التجارية بما يعادل الوفاء

بعد ما بينا إنقضاء الكفالة من خلال طريقها الطبيعي بالوفاء نشير ننتقل إلى زاوية مهمة من زوايا البحث ، ألا وهي إنقضاء الكفالة التجارية بما يعادل الوفاء ، ويعني ذلك أن الكفيل التجاري لم يقم بتنفيذ الإلتزام نقدًا بل يقوم بذلك من خلال وسائل قانونية تعادل الوفاء بما إلتزم به والتي سنعرضها تباعًا وكما يلي:-

أولًا- إنقضاء الكفالة التجارية بالوفاء بمقابل

يعرف الوفاء بمقابل في نطاق الكفالة التجارية على انّه" قبول الدائن إستيفاء حقه بشيء آخر غير الشيء الذي إلتزم به الكفيل التجاري)[١] ، ذلك أنّ الوفاء بمقابل في إطار الكفالة التجارية يكون على شكل إتفاق بين الدائن والكفيل التجاري يلتزم الأخير بعرض شيء آخر يقوم مقام الوفاء بما إلتزم به في إلتزامه الأصلي ، وقبول الدائن وحصول هذا الوفاء حقيقة [٢].

على أنّنا نشير إلى جانب مهم وعملي وهو أنّ الكفالة التجارية لا تنقضي من خلال بالوفاء بمقابل إلّا بتحقق شرطين **الأول** منها ، ينص على أنّه يجب أن يكون هنالك إتفاق حقيقي بين الدائن والكفيل التجاري ، مفاده قيام الكفيل التجاري بوفاء شيء مغايرًا للشيء المستحق الذي إلتزم به[٣].

أمّا **الشرط الثاني** فيكون مؤدّاه إنّ إلتزام الكفيل التجاري بالوفاء بمقابل عن طريق نقل ملكية شيء معين أو نقل حق عيني يجب أن ينفذ فورً ودون تأخير[٤]. وخلاصة القول: أنّ الوفاء بمقابل من جانب الكفيل التجاري إلى الدائن لا ينفذ أثره إلّا أن يكون بنقل ملكية شيء جديد غير الدين المستحق بذمته وأن يتم نقل ملكية هذا الشيء فورًا دونَ تأخير.

ومن هنا يجب أن لا نتناسى مسألة لا تقل أهمية عن التي سبقتها ، ألا وهي بما أنّ الوفاء بمقابل إتفاق بين الكفيل والدائن ذلك أنّه يجب أن تتوفر لدى الأخيرين الأهليه اللازمة لنفاذ هذا التصرف ، ففيما يخص الدائن فأنّ أهليته في إستيفاء الدين هي أهليه وجوب الحقوق له أمّا أهلية الكفيل التجاري فتخضع بذاتها لصلاحيته للقيام بالتصرفات القانونية [٥].

---

(١) وهذا ما نصّت عليه المادة (٣٩٩) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١.
(٢) ينظر د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ، أحكام الإلتزام ، مصدر سابق ، ص٢٧٤.
(٣) وهذا ما نصّت عليه المادة (٤٠٠) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١.
(٤) ينظر د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ، أحكام الإلتزام ، المصدر نفسه ، ص٢٧٨.
(٥) ينظر د.حسن علي الذنّون ، شرح القانون المدني العراقي، احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص٢٣٣.

ناهيك عن أنّ إرادة كل من الطرفين يجب أن تكون خالية من العيوب التي قد تشوب هذه الإرادة[١].

ومن هنا نصل إلى نتيجة مؤدّاها بأنّ الوفاء بمقابل في نطاق الكفالة التجارية يجب أن يكون شيءً مغايرًا عن محل الوفاء الأصلي وهذا ما نراه واضحًا في الكفالة التجارية المصرفية، ذلك أنّ للمصرف أن يقوم بالوفاء إلى الدائن بشيء غير النقود فلا يوجد هنالك مانع قانوني ينص على غير ذلك ، وكذلك هو الحال في الكفالة التجارية الصرفية ذلك أنّ للكفيل التجاري ان يوفي الدائن بشيء غير النقود على أن يكون هذا الوفاء مساويًا في قيمته لما إلتزم به الكفيل التجاري أمام الدائن [٢].

أمّا فيما يخص الآثار التي تنتج عن الوفاء بمقابل فأنّه يسري على على هذا النوع من الوفاء من جهة أنّه ينقل ملكية الشيء الذي تم تسليمه إلى الدائن من قبل الكفيل التجاري لأحكام البيع المنصوص عيها في القانون المدني وهذا ما نصّت عليه التشريعات المقارنة بإستثناء المشرع الأمريكي ذلك انّ المشّرع المصري نص في المادة (٣٥١) ، من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨ ، على أنّه" يسري على الوفاء بمقابل ، فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطي في مقابلة الدين ، أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منه بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الحفية . ويسري عليه من حيث أنه يقضي الدين أحكام الوفاء ، وبالأخص ما تلعق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات".

أمّا المشرّع العراقي فأن المادة (٤٠٠) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ ، نصّ على أنّه" يسري على الوفاء بمقابل من حيث انه ينقل ملكية الشيء الذي اعطى في الدين احكام البيع وبالأخص ما يتعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية ، ويسري عليه من حيث انه يقضي الدين احكام الوفاء وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات".

ومن هنا نصل إلى نتيجة مفادها بأنّ أحكام الوفاء بمقابل هي مزدوجة فهو بإعتباره ناقلًا للملكية تسري عليه أحكام البيع ، وبإعتباره وفاء تسري عليه أحكام الوفاء.

(١)عيوب الإرادة في القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ هي (الإكراه والغلط والإستغلال والغبن مع التغرير).
(٢) ينظر د.فوزي محمد سامي ، د. فائق محود الشمّاع ، القانون التجاري (الاوراق التجارية) ، مصدر سابق ص٢٧٠.

ثانيًا- إنقضاء الكفالة التجارية بالتجديد.

يعرف التجديد في إطار الكفالة التجارية على أنّه (إستبدال دين قديم بدين جديد فيكون الأخير سببًا في إنقضاء الدين القديم ونشوء الدين الجديد)[١] ، فالتجديد إتفاق يكون مؤدّاه قضاء الإلتزام القديم وإنشاء عقد جديد ذلك انّ الإلتزام الجديد يتميز عن الإلتزام القديم إمّا بتغير الدّين في محله أو في مصدره أو تغير الإلتزام من حيث أحد أطرافه ذلك أنّ لإنقضاء الإلتزام في الكفالة التجارية من خلال التجديد شروط أهمّها أنّه لا بد من وجود إلتزام قديم فضلًا عن نشوء إلتزام جديد يحل محله ، ناهيك عن حلول الإلتزام الجديد محل الإلتزام القديم[٢].

أمّا **الشرط الأول** القاضي لنشوء التجديد بأن يكون هنالك إلتزام قديم على أن يكون الأخير قائمًا أي موجود وناشئ عن عقد صحيح ، ذلك أنّه إذا كان الإلتزام القديم باطلًا تعذر قضاؤه عن طريق التجديد ، أمّا **الشرط الثاني** فلا بد لإنقضاء الإلتزام القديم بالتجديد أن يكون هنالك إلتزمًا جديدًا يحل محل الإلتزام القديم في الكفالة التجارية[٣] وهذا الإلتزام الجديد يجب أن يكون مغايرًا تمامًا عن محل الإلتزام القديم وقد يكون هذا التغيير أمّا في محل الإلتزام او في أحد أطرافه ، على أنّه إذا كان الإلتزام الجديد باطلًا لأي سبب من الأسباب التي تؤدي إلى بطلانه ، فلن تنقضي الكفالة التجارية بالتجديد ويبقى إلتزام الكفيل التجاري قائمًا أمام الدائن[٤].

وفيما يخص تغير الإلتزام الجديد بتغير الدائن فيكون ذلك كأن يتفق الدائن والكفيل على أن يحل شخص أجنبي محلّه ، فيكون هذا الشخص الأجنبي هو الدائن الجديد[٥].

وذلك ما أكدت التشريعات المقارنة على ذلك بإستثناء المشرع الأمريكي ، ذلك أن المشرع المصري نصّ في قانونه المدني لسنة ١٩٤٨، في الفقرة الثالثة من المادة (٣٥٢) ، والتي نصّت على أنّه" بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد".

(١) وهذ ما نصّت عليه المادة (٤٠٢) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١، بنصّها على أنّه" يجوز تجديد الالتزام باتفاق الطرفين على ان يستبدلا بالالتزام الاصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله او في مصدره".
(٢) ينظر نص المادة (٤٠٢) من القانون المدني العراقي ذاتها.
(٣) ينظر د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ، أحكام الإلتزام ، مصدر سابق ، ص٢٨١.
(٤) ينظر د.حسن علي الذنّون ، شرح القانون المدني العراقي، احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص٢٣٧.
(٥) وهذا ما نصّت عليه المادة (٤٠٢) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١.

أمّا المشرّع العراقي فقد نص القانون المدني لسنة ١٩٥١، في المادة (٤٠٢) على أنّه" يجوز تجديد الالتزام أيضاً بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الاجنبي هو الدائن الجديد أو بتغيير المدين اذا اتفق الدائن مع اجنبي على ان يكون هذا الاجنبي مديناً مكان المدين الاصلي وعلى ان تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه أو إذا قبل شخص أجنبي أن يكون المدين الجديد وحصل المدين الأصلي على ان اجازة الدائن ذلك".

على أنّ الإشكالية قد تثار في حالة تغيير الإلتزام الجديد من حيث تغير المدين فليس هنالك مانعًا قانونيًا من أن يتفق الدائن مع الكفيل على أن يحل أجنبيا محل الأخير للوفاء في الإلتزام وكل ذلك بدلالة النصوص القانونية التي أشارت إلى التجديد بتغيير المدين الأصلي[١] ، أمّا فيما يخص التجديد بتغير محل الإلتزام فيجوز للكفيل الإتفاق مع الدائن الإتفاق على تقديم شيء جديد غير المحل الأصلي للوفاء وهذا ما نصّت عليه القوانين المقارنة ذلك أنّ المشرّع المصري نصّ في الفقرة الأولى من المادة (٣٥٢) ، من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨، على أنّه "بتغيير الدين إذ أتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي إلتزامًا جيدا يختلف عنه في محلّه أو في مصدره".

أمّا المشرّع العراقي فأن القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١، نصّ في المادة (٤٠٢) ، على أنّه" يجوز تجديد الالتزام باتفاق الطرفين على ان يستبدلا بالالتزام الاصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله او في مصدره".

وأخيرًا وليس آخرًا ففيما يخص الشرط الأخير فأنّ مؤدّاه أنّه يجب أن تكون هنالك نية من قبل الطرفين للتجديد ذلك أنّ المشرّع المصري نصّ على ذلك في المادة (٣٥٤) ، من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨ ، والتي قضت على أنّه" التجديد لا يفترض ، بل يجب أن يتفق عليه صراحة ، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف". على أنّ المشرّع العراقي لم ينص على ذلك في قانونه المدني ذلك انّنا نقترح الإلتفاته من قبل مشرعنا الوطني للنص على ذلك.

ثالثًا- إنقضاء الكفالة التجارية بالمقاصة

المقاصة هي طريقًا من طرق إنقضاء الالتزام يفترض أنّ هنالك شخصين كل منهما مدين ودائن للآخر في الوقت نفسه أي أنّ بين هذين الشخصين إلتزامين يكون المدين في أحدهما دائن في الثاني فبدلًا من أن يوفي كل منهما بدينه للآخر ينقضي الدينان بقدر الاقل منهما فيكون

(١) ينظر نص المادة (٤٠٢) من القانون المدني العراقي والمادة (٣٥٢) من القانون المدني المصري .

المدين بالدين الاقل قد وفى دينه ببعض حقه ويكون المدين بالدين الاكبر قد وفى بعض دينه بحقه ويتعين عليهما الوفاء بالقدر الزائد وفاء عاديًا[١].

فالمقاصة على هذا الوجه أداة وفاء وفي ذات الوقت يمكن أن تكون أداة ضمان ، فالدائن الذي يستوفي حقه من الدين الذي في ذمته يختص وحده بهذا الدين من دون غيره من دائني المدين فيستوفي في حقه منه متقدمًا عليهم جميعًا وهي بذلك تقترب من نظامين قانونيين آخرين هما الدفع بعدم التنفيذ[٢] ، والحق في الحبس[٣] ، إذ انّ أي طرف في عقد ملزم لجانبين يستطيع أن يمتنع عن تنفيذ ما عليه من إلتزام حتى يستوفي ماله من حق مقابل .

كما أنّ للدائن أن يحبس تحت يده ما لمدينه عنده حتى يستوفي حقا مرتبطا بالشيء المحبوس ففي هاتين الحالتين وضع القانون تحت تصرف الدائن أداة ضمان تكفل له الوفاء بحقه فيمتنع عن تنفيذ إلتزامه أو يحبس ما تحت يده ، والمقاصة تؤدي الغرض نفسه فالدائن لا يدفع الدين الذي في ذمته إستيفاء للحق الذي له بل انّ المقاصة تصل إلى أبعد من ذلك في تأدية هذا الغرض إذ انّ الدائن لا يقتصر على الامتناع عن تنفيذ إتزامه أو على حبس الدين الذي عليه بل هو يقضي الدين الذي عليه قضاءً تاما بالحق الذي له في ذمة دائنه.

وللمقاصة أنواع أهمّها المقاصة القانونية التي تقع بحكم القانون اذا توافرت شروطها كما ويصطلح عليها في القانون[٤] أيضا بالمقاصة الجبرية وهي التي اسهب المشرع في بسط احكامها وهي التي يعنيها في عبارة المقاصة القانونية وهناك نوع آخر من المقاصة وهي الإختيارية والتي تقع باتفاق الطرفين أو بإرادة احدهما ، كما في حال إذا تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية ، وأخيرا هنالك نوع آخر يعرف بالمقاصة القضائية ذلك أنّها تقع بحكم قضائي في حالة تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية ايضًا.

---

(١) ينظر د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ، أحكام الإلتزام ، مصدر سابق ، ص٢٩١.

(٢) إن مبدأ الدفع بعدم التنفيذ ثابت في القانون المدني، بحيث يجوز فيه لأحد الطرفين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إلى أن يقوم الطرف الأخر بتنفيذ التزامه المقابل، فهو اختبار الحسن نية الطرف الآخر، فإما أن يبدأ بالتنفيذ من جانبه، وإما أن يتعنت في علم التنفيذ، وبذلك تعددت وتنوعت تعريفات الدفع بعدم التنفيذ، حيث لم يتم الاتفاق على تعريف محدد له ينظر د. جلال محمد إبراهيم مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠١١، ص٢٨٥.

(٣) انّ الحق في الحبس يتوقف على يقوم على عدة أمور منها العدالة وحسن النية والمنطق القانوني ، فليس من العدل أن يلزم شخص بالوفاء بدين ترتب في ذمته دون أن يلزم من يطالبه بالتنفيذ بالوفاء بما عليه من دين له ، وليس من حسن النية أن يمتنع شخص عن تنفيذ التزامه ويطالب دائنه بما ترتب في ذمته من التزام نحوه ينظر احمد سمير الصوفي، حق الحبس في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإنسانية، المجلد الحادي والعشرون، حزيران،٢٠٢٤،ص٢.

(٤)وهذا ما نصّت عليه الفقرة الاولى من المادة (٤٠٩) ، من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ بنصّها "المقاصة اما جبرية تحصل بقوة القانون او اختيارية تحصل بتراضي المتداينين".

ومن هنا فأن التشريعات المقارنة أكدت على شروط المقاصة ذلك أنّ المشرّع المصري نصّ في الفقرة الأولى من المادة (٣٦٢) ، من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨ ، على انّه" للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ولو أختلف سبب الدينين إذا كان موضوع كمل منهما نقودا أو مثليات متحدة في النوع والجودة وكان كل منهما خاليا من النزاع مستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاءً".

أمّا المشرّع العراقي فأنّ القانون المدني العراقي نصّ في الفقرة الثانية من المادة (٤٠٩)، من القانون المدني العراقي على انّه "يشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنسًا ووصفًا وحلولًا وقوة وضعفا ولا يشترط ذلك في المقاصة الإختيارية فإن كان الدينان من جنسين مختلفين او متفاوتين في الوصف أو مؤجلين أو أحداهما حالًا والآخر مؤجلًا أو أحدهما قويًا والاخر ضعيفا فلا يلتقيان قصاصا إلّا بتراضي المتداينين سواءً اتحد سببهما ام اختلف" ، ووفقًا لهذا النص فان شروط المقاصة مؤّداها أن يوجد دينان متقابلان ، وان يتماثل الدينان في المحل ، وان يكون كل من الدينين صالحا للمطالبة به قضاءً، وأن يكون الدينان خاليان من النزاع ، وأن يكون الدينان مستحقان الأداء ، فضلًا عن أن يكون الدينان قابلين للحجز.

المطلب الثاني

الأسباب الخاصة لإنقضاء الكفالة التجارية

بما أنّ للكفالة التجارية أسباب عامة تنقضي من خلالها فمن البديهي أنّ هنالك أسباب خاصة تكون سببًا آخر لإنقضائها ، ذلك يعد من الأسباب الخاصة لإنقضاء الكفالة التجارية التقادم فضلًا عن الإبراء ناهيك عن إهمال الدائن لما منح إياه القانون من ميزة للمطالبة بالوفاء من خلال الضمانات التي قدمت إليه ، ومن هنا يمكن لنا أن نقسّم هذا المطلب على شكل فرعين ، يكون الأول منها للتقادم وإستحالة التنفيذ ، أمّا المطلب الثاني ويكون تقسيمه إلى فرعين الأول للإبراء فضلًا عن الفرع الثاني إلى إهمال الدائن للضمانات الممنوحة له وكما يأتي:-

الفرع الأول

التقادم والإبراء

تنقضي الكفالة التجارية بأسباب لا تتعلق بالوفاء ومن هذه الأسباب التقادم والإبراء ونفصّل ذلك من خلال فقرات نبينها كما يلي:-

أولًا- التقادم

يعرف التقادم في إطار الكفالة التجارية على أنّه (مضي مدة معينة على إستحقاق الدين دونَ أن يطالب به الدائن)[١] ، ويترتب على ذلك سقوط حق الاخير للمطالبة بقيمة الدين المكفول إذا طولب بهذا الحق من له مصلحة في ذلك ، ذلك أنّ الفكرة التي يقوم عليها التقادم في إطار الكفالة التجارية هي إستقرار المعاملات التجارية[٢] ، فالحق الذي يسكت صاحبه عن المطالبة به به مدة طويلة لا يترتب له المطالبة بذلك الحق بعد إنتهاء هذه المدة ، فالسكوت هنا يمكن إعتباره على أنّه دلالة على انّ الدائن إستوفى حقه أو أنّه قد تنازل للكفيل التجاري عن ذلك الحق[٣].

وفي إطار الكفالة التجارية المصرفية يتبادر للذهن تساؤلًا مفاده ماهي المدة القانونية التي يتقادم من خلالها يسقط حق الدائن بالمطالبة بحقه بالوفاء؟

(١) ينظر د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ، أحكام الإلتزام ، مصدر سابق ، ص٣١١.
(٢) د.حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي، احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص٣٠٥.
(٣) ينظر د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ، أحكام الإلتزام ، نفس المصدر ، ص٣١٠.

جوابًا عن تساؤلنا نقول: بما أنّ الكفالة التجارية تنقضي بالتقادم المسقط ذلك انّ التشريعات المقارنة عنت بوضع الإطار القانوني الذي يحيط بهذا التقادم بإستثناء المشرع الأمريكي ذلك أن المشرّع المصري نصّ في المادة (٣٧٤) من القانون المدني النافذ لسنة ١٩٤٨ ، على انّه" يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية".

أمّا المشرع العراقي فأنّ المادة (٤٢٩) ، من القانون المدني النافذ لسنة ١٩٥١، نصّت على انّه " الدعوى بالالتزام أيًا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه احكام خاصة". من خلال ما تقدّم نتوصل إلى نتيجة مؤدّاها بأنّ مدة تقادم الكفالة التجارية في نطاق التعامل المصرفي هي خمس عشرة عام .

ومن هنا تجدر الإشارة إلى أنّ التقادم في إطار الكفالة التجارية فهو الذي يؤدي الى سقوط الحق اذا أهمل صاحبه إستعماله او المطالبة به مده معينه. وهو يؤدي الى سقوط جميع الحقوق الشخصيه والحقوق العينيه عدا حق الملكيه يستند إلى فكرتين الاولى منها هي فكرة المصلحة العامة ذلك أنّ التقادم بموجب هذه الفكرة يتأثر بمبدأ النسبية[١] ، ذلك في الأولى لا يمكن النزول عن حق التقادم قبل ثبوت الحق فيه[٢] ، كما انّه يمكن التمسك بالتقادم في أي حال كانت عليه الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة المختصة[٣] ، أمّا الفكرة الاخرى التي يقوم عليها التقادم هي فكرة المصلحة الخاصة ذلك أنّ التقادم لا يقع هنا بقوة القانون بل يجب التمسك فيه من قبل من له مصلحة في ذلك[٤] ، ومن هنا يثار تساؤل مؤدّاه من له مصحة للتمسك بالتقادم في إطار الكفالة التجارية ؟

جوابًا على سؤالنا نقول: أن صاحب المصلحة في إثبات التقادم هو الكفيل التجاري فضلًا عن المدين الأصلي ذلك أنّه إذا تم التقادم لصالحه أفاد الكفيل التجاري وانتهت الكفالة التجارية تبعًا لانقضاء الالتزام الاصلي للمدين وفي المقابل ، إذا قطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي

(١)أنّ الآراء التي قبلت في تبرير نظام التقادم تقضي بأنّه يقوم على اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة والخاصة فهو يستهدف إستقرار الأوضاع التي تستمر على حال معينة مدة من الزمن . فإذا اريد قلب هذه الاوضاع فإن ذلك سيجر إلى احلال الفوضى وزعزعة العلاقات القانونية . فالضروريات الاجتماعية هي التي املت هذا النظام لأن يؤدي إلى اقرار الواقع حتى لو كان في بدايته قائماً على الغصب.

(٢) وهذا ما نصّت عليه المادة (٤٤٣) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١.

(٣) وهذا ما نصّت عليه الفقرة الثانية من المادة (٤٤٢) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١.

(٤) وهذا ما نصّت عليه الفقرة الاولى من المادة (٤٤٢) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١.

امتد اثر هذا القطع إلى الكفيل وكل ذلك يكون بموجب القواعد العامة في الإثبات ، ذلك أنّ مصلحة الدائن في دائرة التقادم تكون أمّا بوقفه أو قطعه[١].

ذلك فيكون للدائن ان يتمسك بالتقادم إذا كان مضت المدة التي من خلالها يسقط حق الدائن بالمطالبة[٢].

أمّا التقادم في الكفالة التجارية الصرفية فأنّ الأمر مختلف ذلك أنّ التقادم في إطار التعامل بموجب الاوراق التجارية يخضع لقواعد قانون الصرف ، فمدة التقادم تختلف حسب مركز الكفيل التجاري بالنسبة للدائن ، فإذا كانت الدعوى مقامة من قبل الدائن ضد الضامن الإحتياطي ، أو المظهر، أو القابل بالتدخل ، فأن مدة التقادم فيها سنة واحدة [٣] ، وكل ذلك بموجب النصوص القانونية التي جاءت على لسان التشريعات المقارنة بإستثناء المشرع الامريكي ، ذلك أنّ المشرّع المصري نصّ في الفقرة الثانية من المادة (٤٦٥) ، من قانون التجارة النافذ لسنة ١٩٩٩، واتي جاء فيها على انّه" وتتقادم دعاوى الحامل قبل المظهرين وقبل الساحب بمضي سنة من تاريخ الاحتجاج المحرر في الميعاد القانوني أو من تاريخ الاستحقاق إذا اشتملت الكمبيالة على شرط الرجوع بلا مصاريف" .

أمّا المشرّع العراقي فأنّ قانون التجارة لسنة ١٩٨٤، النافذ نصّ في الفقرة الثانية من المادة (١٣٢)، على أنّه" تتقادم دعاوى الحامل تجاه المظهرين ، أو الساحب بمضي سنة من تأريخ الإحتجاج المحرر في الميعاد القانوني أو من تأريخ الإستحقاق إذا إشتملت الحوالة على شرط الرجوع بلا مصاريف".

ولا يبقى لنا إلّا أن نبين التقادم بالنسبة إلى لدعاوى المقامة من قبل الكفلاء التجاريين على بعضهم البعض ذلك أنّ التشريعات اكدت على ذلك عدا المشرّع الامريكي ، فأنّ قانون التجارة المصري لسنة ١٩٩٩، النافذ نص في الفقرة الثالثة من المادة (٤٦٥) ، على أنّه "وتتقادم دعاوى المظهرين قبل بعضهم البعض وقبل الساحب بمضي ستة أشهر من اليوم الذى أوفى فيه المظهر الكمبيالة أو من يوم اقامة الدعوى عليه".

---

(١) ان حكم وقف التقادم هو عدم حساب المدة التي يتحقق فيها العذر الشرعي او سبب الوقف ، فتحسب المدة السابقة على تحقق سبب الوقف وتضاف اليها المدة اللاحقة فلو كانت المدة خمس عشرة سنة تقادم طويل ومدة العذر الشرعي خمس سنوات والمدة قبل العذر خمس سنوات فانه يحتاج لاكمال مدة التقادم عشر سنوات. أمّا انقطاع التقادم فسقوط المدة السابقة قبل تحقق اسباب الانقطاع فاذا زال الاثر المترتب على سبب الانقطاع تبدا مدة جديدة وتعتبر المدة السابقة كأن لم تكن.

(٢) ينظر د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ، أحكام الإلتزام ، مصدر سابق ، ص٣١١.

(٣) ينظر د.فوزي محمد سامي ، د. فائق محود الشمّاع ، القانون التجاري (الاوراق التجارية) ، مصدر سابق ص٢٨٧.

أمّا المشرّع العراقي فأنّ قانون التجارة الحالي لسنة ١٩٨٤، نصّ في الفقرة الثالثة من المادة (١٣٢) ، والتي نصّت على أنه" : تتقادم دعاوى المظهرين تجاه بعضهم البعض او تجاه الساحب بمضي ستة اشهر من اليوم الذي اوفى فيه المظهر الحوالة او من يوم اقامة الدعوى عليه".

ثانيًا- الإبراء

يعرف الإبراء في إطار الكفالة التجارية بأنّه (إسقاط شخص ما له من حق لمصلحة شخص آخر)[١] ، ومن هنا يجب الإشارة إلى أنّ حكم الإبراء واحد لا يختلف حكمه في كل من الكفالة التجارية المصرفية والكفالة التجارة الصرفية ، ففي هذا الإطار يعني الإبراء قيام الدائن بالتنازل عن حقه للكفيل التجاري أو المدين ، ويتم الإبراء عن بأي لفظ يصدر من الدائن بمعنى الإبراء كأن يقول الدائن أبرأتك أو أسقطت ذلك أنّ هذه الألفاظ تدل على أنّ الأخير قد تنازل عن حقه لصالح لكفيل التجاري ، والسؤال الذي يتبادر للذهن هل للكفيل التجاري عدم قبول إبراء الدائن له ؟ أي بعبارة أخرى هل يتوقف الإبراء على قبول الكفيل التجاري له؟

جوابًا على سؤالنا نقول: يذهب رأي إلى انّه لا يمكن للكفالة التجارية الإنقضاء بالإبراء دون موافقة الكفيل التجاري، ذلك انّ الإبراء يكون موقوفًا على قبوله[٢]، على أنّ آخر يقول: بأنّ ليس لقبول الكفيل التجاري دورًا في إنقضاء الكفالة التجارية لكنّ الإبراء يرتد برده له بشرط أن يكون الرفض في مجلس العقد[٣] ، ودليل أصحاب هذا الإتجاه أنّ الكفيل التجاري أو المدين قد يكون من الأشخاص الذين لا يرضون لكرامتهم بأن يتفضل عليهم غيرهم[٤].

وتجدر الإشارة إلى أنّه يصح ابراء الكفيل التجاري إذا مات وكان قد قبل الإبراء ذلك أنّ ليس للكفيل التجاري أن يبرأ من الدين قبل وفاته[٥] ، وقد يكون الإبراء عامًا كأن يقول الدائن للكفيل التجاري أبرأتك من كل حق، كما يمكن للإبراء ان يكون خاصًا كما أبرأتك من ذلك

(١) ينظر د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ، أحكام الإلتزام ، مصدر سابق ، ص٣٠٦.
(٢) ويمكننا ان نقول: أنّ الإبراء لا يقضي من الإلتزام إلّا عنصر المسؤولية وحده ، فالدائن وحده يملك النزول عنه بإرادته المنفردة فيكون له الحق التنازل عنه دون اللجوء الى قهر المدين لتنفيذ التزامه ذلك أن الدائن لا يستطيع النزول عن عنصر المديونية فقد يكون للمدين مصلحة في بقاء التزامه.
(٣) ينظر د.سليمان مرقس ، احكام الالتزام ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٧، ص٣٧٣.
(٤) ينظر د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ، أحكام الإلتزام ، المصدر نفسه ، ص٣٠٥.
(٥) وهذا ما نصّت عليه المادة (٤٢٢) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١.

الحق[١] ، على أن سؤالًا يتبادر لدى ذهننا مؤدّاه هل يمكن للدائن إبراء الكفيل التجاري عن جزء من الدين الذي كفله؟

للإجابة عن سؤالنا نقول بما أنّ الإبراء هو تصرف قولي إرادي يصدر عن الدائن ذلك أنّه ليس هنالك مانعًا قانونيًا من أن يبرأ الدائن كفيله عن جزء من الدين المكفول ولو قام الكفيل التجاري بالوفاء بجزء ممّا كفله وأبرأ الدائن عمّا بقي في ذمة الكفيل[٢].

ولا يبقى لنا إلّا أن نتكلم عن شروط صحّة الإبراء ذلك أنّه يشترط في ذلك أن يكون المبرئ أهلًا للتبرع ، فلا يصح الإبراء إلّا من العاقل البالغ وغير محجورًا عليه كأن يكون الدائن سفيهًا فيما أبرأ[٣]. أمّا إذا كان الدائن في مرض الموت وصدر عنه الإبراء فيكون حكم الإبراء هنا حكم الوصية[٤].

كما يشترط في الإبراء أن يكون الحق الذي أبرأ فيه الدائن قائمًا ثابتًا في ذمة الكفيل التجاري فلا يصح الإبراء عن حق غير موجود في ذمة الكافل ذلك أنّ الإبراء لا يكون إلّا في الحق الصحيح الموجود ، كما يسقط ما يتبع هذا الحق المبرئ منه من تأمينات سواء كانت عينية أم شخصية[٥].

(١) ينظر د.اسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، ج٢، احكام الالتزام واثباته ، مكتبة عبد الله وهبه- مصر، ١٩٦٧- ص٣٤٧.

(٢) ينظر د. عبد الرزّاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص٨٨٧.

(٣) وهذا ما نصّت عليه المادة (٤٢١) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١.

(٤) وهذا ما نصّت عليه الفقرة الثانية من المادة (١١٠٩) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١.

(٥) ينظر د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ، أحكام الإلتزام ، مصدر سابق ، ص٣٠٦.

الفرع الثاني

إنقضاء الكفالة التجارية جراء إهمال الدائن للضمانات الممنوحة له

تنقضي الكفالة التجارية أيضً بسبب إهمال الدائن مراعاة ما منحه الكفيل التجاري من ضمانات إليه ، ذلك أن هذا الإهمال يكون سببًا من الأسباب الخاصة التي من خلالها تنقضي الكفالة التجارية والسؤال المتبادر للذهن ماذا يقصد بالضمانات الممنوحة للدائن؟

للإجابة عن هذا السؤال نقول: أنّ التشريعات المقارنة نصّت على هذه الضمانات بإستثناء المشرّع الأمريكي ذلك أن المشرّع المصري في قانونه المدني نصّ في المادة (٧٨٤) ، على أنّه "ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة ، وكل تأمين مقرر بحكم القانون".

أمّا المشرّع العراقي فعلى غرار المشرّع المصري ، فأن قانونا المدني العراقي المرّقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ، نصّ في الفقرة الثانية من المادة (١٠٢٧) ، على انّه" ويقصد بالضمانات، كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة، وكل تأمين مقرر بحكم القانون". وخلاصة القول: أنّ ما يقصد بالضمانات كل تأمين مقدم لصالح الدائن سواء كان من المدين الأصلي أو الكفيل التجاري .

أمّا بخصوص الأساس القانوني لإنقضاء الكفالة التجارية من خلال إهمال الدائن هذه الضمانات فأنّ اليها التشريعات المقارنة أشارت إلى ذلك المعنى ذلك أنّ المشرّع الأمريكي لم يتطرق إلى ذلك المعنى على عكس المشرّع المصري الذي نصّ في الفقرة الثانية من المادة (٨٧٤) ، من القانون المدني المصري النافذ لسنة ١٩٤٨، والتي قضت بأنّه "تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات".

أمّا المشرع العراقي فأنّ الفقرة الأولى من المادة (١٠٢٧) ، من القانون المدني العراقي النافذ لسنة ١٩٥١، نصّت على أنّه "على الدائن ان يحافظ على ما للدين من ضمانات، مراعيًا في ذلك مصلحة الكفيل وتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطاه من هذه الضمانات". و في الحقيقة هذه الضمانات هي ضمانات منصوص عليها في القانون.

ذلك أنّها تشمل كل تـأمين يمنحـه الكفيل التجـاري لمصـلحة الدائن ، علـى أنّ سؤالًا يتبـادر لـدى الذهن مفاده ماهي المدة التي من خلالها يجب على الدائن المطالبة بهذه الضمانات؟

جوابًا على سؤالنا نقول: أنّ القانون بشكل عام حدد المدة التي بحدودها يكون على الدائن المطالبة بهذه الضمانات بيد أن بعض التشريعات المقارنة كالمشرّع الأمريكي والمشرع العراقي لم يحددوا المدّة التي على الدائن مراعاتها للمحافظة على الضمانات التي منحها إياها الكفيل التجاري على عكس المشرّع المصري ذلك انّه حدد مدة المطالبة بحدود الستة أشهر تبدأ من تأريخ إنذار الكفيل التجاري للدائن على ان يشرع بالمباشرة بإتخاذ الإجراءات اللازمة للمطالبة بتلك الضمانات[1] مما يتوجب على المشرع العراقي تنظيم ذلك السقف الزمني ومراعاته.

على انّه يجب الإشارة إلى أنّه مجرد التأخير قبل المدة المحدّدة بالشروع للمطالبة بتلك الضمانات لا يترتب عليها إنقضاء الكفالة التجارية[2].

امّا في نطاق الكفالة التجارية الصرفية فعلى غرار ما تقدم ذكره ذلك أن قواعد القانون التجاري حددت الحالات التي يسقط من خلالها حق الدائن بالمطالبة بالوفاء نتيجة إهماله ذلك أنّ المشرّع الأمريكي لم ينص على ذلك بخلاف المشبّع المصري ذلك أنّ قانون التجارة المصري لسنة ١٩٩٩، نصّ في الفقرة الأولى من المادة(٤٤٧) ، والتي قضت بأنّه "تسقط حقوق حامل الكمبيالة قبل المظهرين والساحب وغيرهم من الملتزمين ما عدا القابل بمضي المواعيد المعينة لإجراء ما يلى :- ١- تقديم الكمبيالات المستحقة الوفاء لدى الاطلاع أو بعد مدة معينة من الاطلاع .....".

أمّا المشرّع العراقي فأنّ الفقرة الأولى من المادة (١١١) ، من قانون التجارة الحالي لسنة ١٩٨٤، نصّت على أنّه "تسقط حقوق حامل الحوالة تجاه المظهرين والساحب وغيرهم من الملتزمين ، ما عدا القابل ، بمضي المواعيد المعينة لاجراء ما يأتي : - تقديم الحوالات المستحقة الوفاء لدى الاطلاع او بعد مدة معينة من الاطلاع....". ومن خلال ما تقدّم نتوصل إلى نتيجة مفادها انّه إذا كانت الكفالة التجارية بمناسبة حوالة تجارية لدى الإطلاع أو بعد مدة معينة من الإطلاع ولم يقم الدائن بالمطالبة بالوفاء من خلالها يسقط حقه بالوفاء وتنقضي من جراء ذلك الكفالة التجارية.

(١) هذا ما نصّت عليه الفقرة الثانية من المادة (٧٨٥) من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨.
(٢) وهذا ما نصّت عليه الفقرة الأولى من المادة (٧٨٥) من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨.

وتجدر الإشارة إلى انّ تمسك الكفيل التجاري بإهمال الدائن من خلال عدم مطالبته بالوفاء ، لا يستوجب إثبات الضرر ذلك انّ سقوط حق الدائن جراء إهماله لا يعد تعويض عن الضرر ، فضلًا عن أنّ هذا التمسك من قبل الكفيل التجاري يعد لدينا من الدفوع الموضوعية التي يمكن التمسك بها في جميع مراحل الدعوى[1].

(١) وهذا ما نصّت عليه المادة (٨٠) من قانون المرافعات المدنية المرقّم (٨٣) ، لسنة ١٩٦٩.

الخاتمة

الخاتمة

بعد إنتهاء دراستنا الموسومة لـ (النظام القانوني للكفالة التجارية) ، وبيان مفهومها فضلًا عن أحكامها تأسيسًا على موقف الفقه ناهيكَ عن موقف التشريعات المقارنة لا يسعنا إلّا أن نقف على أَهم الإستنتاجات التي توصلنا إليها ، كما ومن خلال مسيرتنا البحثية لهذه الدراسة يرتأي الباحث أَن يبين أهم المفاصل التي إستوقفتنا لما يعتليها من القصور التشريعي ، وبصدد ذلك يقع لزامًا علينا أن نقدم مجموعة من المقترحات التي بدورها قد تشكّل أَهم المعالجات التي تكون كفيلة لسد ذلك القصور وكما يأتي:-

أولًا- الإستنتاجات

تضمنت دراستنا ل(النظام القانوني للكفالة التجارية) أَهم النتائج التي نوجزها من خلال ما يأتي:

١- إنّ المشرع العراقي إكتفى بمعالجة الكفالة التجارية في نطاق القانون المدني بموجب المادة (١٠١٦) من قانونه المدني العراقي ؛ الأمر الذي يتجسد من خلاله القصور التشريعي بشأن تنظيم الكفالة التجارية وما يثيره هذا العقد من مسائل.

٢- لم يضع المشرع العراقي تعريفًا جامعًا مانعًا لعقد الكفالة التجارية ، بل إكتفى بالإشارة إلى نطاقها من خلال نص الفقرة الثانية من المادة (١٠١٦) من القانون المدني العراقي والتي نصّت على أنّه" على أنّ الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانًا إحتياطيًا أو عن تظهير هذه الأوراق تكون دائمًا كفالة تجارية".

٣- إنّ المشرع العراقي حصر نطاق الكفالة التجارية في إطار قانون الصرف وبذلك نتوصل الى نتيجة مفادها أنّ المشرّع العراقي لم ينظّم الكفالة التجارية المصرفية فالكفالة التجارية نوعان (كفالة تجارية صرفية وكفالة تجارية مصرفية).

٤- . نستنتج بأنّ عقد الكفالة التجارية تكون مقابل أجر دائمًا الأمر الذي يميزها عن غيرها من الانظمة التي تكاد تكون مشابهة لها كالكفالة المدنية ذلك أنّ الكفيل التجاري هدفه الربح والمضاربة فلا يقوم بتقديم خدماته بدون مقابل. كما أن العادة جرت بأنّه كثيرًا ما يقترن هذا العقد بتقديم خدمات للعملاء كعمليات النقل المصرفي فضلًا عن منح العملاء إعتمادًا ماليًا لصالحهم.

٥- أنّ عقد الكفالة التجارية يعد عقدًا ملزمًا للجانبين ذلك انّ كل طرف فيها يعطي مقابلًا لما يأخذ ففي نطاق للكفالة المصرفية على سبيل المثال ، حيث يلتزم المصرفْ بتقديم خدماته للدائن والمدين مقابل عوض متفق عليه، ومن هنا يكتسب العقد صفة الإلزام حيث يلتزم كل طرف في العقد بتقديم في نطاق معين تجاه إلى الطرف الآخر ، فبالنسبة للكفيل فأنّه

يتلقى مقابل تقديم إئتمانه ، وفي المقابل على المدين الأصلي ، والدائن تقديم العوض إذا قضى الإتفاق على ذلك.

٦- تعد الكفالة التجارية عَمَلًا تجاريًا ، وبما إنّ الأخيرة يمتد نطاقها لتشمل أعمال الصرف وأعمال المصارف ، فهي بذلك تستمد تجاريتها كونها أَحد الأَعمال التي أَسبَغَ عليها المُشرع العراقي بصورة خاصة والتشريعات المقارنة بصورة عامة الصفة التجارية وبالتالي تستمد الكفالة التجارية معيار تجاريتها تارة من حيث شكلها وتارة أخرى من نظرية الأعمال التجارية لذاتها أو بطبيعتها.

٧- للكفالة التجارية خصائص عدّة ، جعلت منها نظامًا قانونيًا متميزًا عن غيرها من العقود ممّا أنعكس ذلك على طبيعتها القانونية ذلك إنّها لا تدرج تحت أي غطاء قانوني من العقود المسمّاة ، لأنّ المشرّع العراقي سمّاها في المادة (١٠١٦) ، من القانون المدني العراقي بالكفالة التجارية.

٨- تعد الكفالة التجارية من العقود الرضائية إذ لم تشترط القوانين المقارنة شكلًا معينًا لها بل تركت الأمر لإرادة المتعاقدين ، ففي النهاية يتوقف إنشاءه على ذات الأركان التي يتوقف عليها أي عقد بصورة عامة من تراضي ومحل وسبب.

٩- نستنتج من خلال دراسة الكفالة التجارية أنّها عقدًا اصليًا وليس بعقد تابع وكل ذلك من خلال قاعدة إستقلال التواقيع والتي لها دورا كبيرًا في نطاق هذا العقد ؛ لذا أَنّنا نؤيد الرأي القائل بأَنَّ الكفالة التجارية عقد مُستقل بذاته بشروطه وبطلانه عَنْ العقد الذي وجدت لأجله ، ودليلنا على ذلك إنَّ بطلان توقيع المدين الأصلي في الكفالة التجارية بصورة عامة ، فضلًا عن الكفالة الصرفية بصورة خاصة لا يؤثر على إلتزام الكفيل الصرفي ، فإلتزام الاخير يبقى صحيحًا ؛ إلّا إذا كان سبب البطلان راجعًا لعيوب خاصة بالشكل.

١٠- تعد الكفالة التجارية بصورة عامة من عقود الضّمان ، ويترتب على ذلك بأن يلتزم الكفيل إلتزامًا شخصيًا بضم ذمته إلى ذمة المدين ، مالم يتفق على غير ذلك فللدائن أن يرجع على الكفيل أولًا وليس للأخير الدفع بالتجريد أمام الدائن ، وبالتالي يمنح الدائن ضمانًا شخصيًا بالوفاء بما إلتزم فيه المدين الاصلي وبرأينا هذا أهم ما يميز الكفالة التجارية.

١١- إنّ الكفالة التجارية عقد قائم على الإِعتبار الشخصي ، ممّا يستوجب فتحه قيام المصرف بعدّة إجراءات عملية تبدأ بتقديم عميل طلب منح الكفالة ؛ لتنتهي إمّا بإصدار المصرف قرارهُ القابل أو الرافض بمنحها ؛ فليس من السهل أن يبدي المصرف موافقته

ما لم يقم بعدّة تحريات يتضح له من خلالها مدى جدارة العميل من حيث مركزه وملاءته المالية.

١٢- لم تضع القوانين المقارنة والقانون العراقي على وجه الخصوص المبادئ القانونية التي تحكم العلاقات التي تنشأ بين أطراف هذا العقد ، وبما أنّ أحكام التضامن تعد أحد المبادئ التي تحكم العلاقات بين أطرافه مما توجب علينا الرجوع إلى نصوص القانون المدني كقواعد عامة تحكم علاقات أطراف هذا العقد المصرفي لسد القصور التشريعي الذي إعتلى هذه العلاقات القانونية والتي قد تنصرف آثارها حتى إلى الغير.

١٣- إنّ التضامن في الكفالة التجارية يكون نوعين بحسب نطاقها فتارة يكون مصرفًيا بين الكفيل والمدين الأصلي وتارة أخرى يكون صرفيًا بين الكفلاء التجاريين الصرفيين.

١٤- تنتهي الكفالة بإنتهاء مدّتها إذا كانت محدد المدّة ، وفي هذه الحالة ليس لإرادة أحد الطرفين من أثر على إنهائها ، إلّا إذا اتفقت إرادة الطرفين على ذلك ، أمّا إذا كانت الكفالة التجارية غير محددة المدة كما هو الغالب ، فلإرادة أحد طرفي الحساب أو كلاهما أثر على إنهائها.

ثانياً- المقترحات:-

بعد بيان النتائج التي توصلنا إليها من خلال بحثنا لعقد الكفالة التجارية ، لم يبق لنا إلّا أن نبين ما سنضعه بين يدي المشرع من مقترحات أهمها:

١- نقترح على المشرّع العراقي النص على الكفالة التجارية في قانون التجارة العراقي المرقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ إسوة بالمشرّع المصري على أن يكون النص هو "١-تكون الكفالة التجارية دائما بأجر ٢- لا يجوز في الكفالة التجارية أن يقوم الكفيل بالدفع بالتجريد أمام الدائن مالم يتفق على غير ذلك".

٢- كما نقترح على المشرّع العراقي أن يبين مفهوم الكفالة التجارية إن إقتضى الأمر ذلك من خلال وضع تعريفًا جامعًا مانعًا لتمييزها عن الكفالة المدنية ذلك أنّ المشرّع العراقي قد عرّف الكفالة المدنية في قانونه المدني المرقم٤٠ لسنة ١٩٥١، في المادة (١٠٠٨) ،على أنّها " ضم ذمة إلى ذمة للمطالبة بتنفيذ إلتزام" ونحن نقترح على المشرّع العراقي أن يكون تعريفها على أنّها (عقد يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر مقابل عمولة معينة ، تنفيذ إلتزام معين ، إذا لَم يقم به المدين بنفسه) .

٣- نرى أنّه من الضروري أن يبين المشرّع العراقي بأن عقد الكفالة التجارية عقدًا مستقلًا لما لهذه الصفة من أثر كبير وفائدة تعود على أطرافه ولتمييزه عن غيره من العقود التبعية كعقد الكفالة المدنية ذلك انّ الأحكام القانونية التي تنطوي على عقد الكفالة المدنية لا تستقيم والكفالة التجارية كالدفع بالتجريد.

٤- يلاحظ أنّه بإمكان المشرع العراقي أن ينص على أن تكون الكفالة التجارية مقابل عمولة معينة ذلك أنّ الصفة التجارية التي تلاصقها تقتضي أن تكون الكفالة التجارية مقابل أجر لصالح الكفيل التجاري.

٥- نتأمل من المشرع العراقي أن ينظم الكفالة التجارية المصرفية ، من خلال النص عليها في قانون التجارة ذي الرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ ، ونقترح أن يتضمّن نص هذه المادة فقرة تقضي بأن يكون المصرف طرفًا رئيسًا فيها.

٦- من الضروري أن يهيئ المشرع العراقي المبادئ التي تحكم العلاقات التي تنشأ عن عقد الكفالة التجارية كمبدأ وحدة المحل والنيابة التبادلية لما لها أهمية في تنظيم هذه العلاقات ولما لها من فوائد تنعكس على أطرافها.

٧- ندعو المشرع العراقي النص على جعل التضامن أصل في الكفالة التجارية على أن يكون النص "يفترض التضامن بين الكفيل التجاري والمدين مالم ينص الإتفاق على غير ذلك" ،

لما يحققه المبدأ المذكور من فوائد لأطرفها سواءً تعلق الأمر بالدائن أم بالكفيل التجاري أو المدين الأصلي.

٨- إن الأجدر بالمشرع العراقي النص على تهيأة الأحكام الخاصة التي تعنى بحكم العلاقات التي تنشأ عن الكفالة التجارية ، ومنها علاقة الكفيل بالدائن فهي جوهر عقد الكفالة التجارية.

٩- ينبغي على المشرع العراقي وضع النصوص الخاصة التي تحكم إنقضاء الكفالة التجارية ، من حيث تحديد الأسباب التي تؤدي إلى إنتهائها سواءً أكانت إرادية أم غير إرادية ونقترح النص ان يكون "تنقضي الكفالة التجارية بالوفاء او ما يعادله أو من خلال إهمال الدائن الضمانات التي منحها القانون إياها".

قائمة المصادر

قائمة المصادر

أولًا- القرآن الكريم.

١- سورة آل عمران ، الآية (٣٧).

ثانيًا- المعاجم اللغوية.

١- ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الانصاري المعروف بإبن منظور ، لسان العرب ، ج٢ ، دار المعارف - مصر .

٢- احمد عمر مختار ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، المجلد الأول ، ط١، عالم الكتب - القاهرة ، ٢٠٠٨.

ثالثا- الكتب القانونية.

١- ابراهيم اسماعيل ابراهيم ، الضمان الاحتياطي في الاوراق التجارية ، دراسة قانونية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٩.

٢- إبراهيم بكر ، الكفالات الشخصية والكفالات المصرفية ، الأردن ، منشورات الأردن للدراسات المصرفية ، ١٩٨٨.

٣- أحمد البسام ، قاعدة تطهير الدفوع في ميدان الأوراق التجارية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٦٩.

٤- أسماء مرابط ، الضمانات الشخصية المستحدثة ، مجلة العلوم الإنسانية ، جامعة أم البواقي م٦، ع١٢، ٢٠١٩.

٥- اسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، ج٢، احكام الالتزام واثباته ، مكتبة عبد الله وهبه- مصر، ١٩٦٧.

٦- أكرم ياملكي ، الأوراق التجارية وعمليات البنوك ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، ٢٠٠٨.

٧- إلياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، عمليات المصارف ، ج٣ ، منشورات بحر المتوسط ، بيروت ، ١٩٩٦.

٨- أمين محمد بدر ، الإلتزام الصرفي في قوانين البلاد العربية ، معهد الدراسات العربية ، ١٩٥٥.

٩- أمين محمد بدر ، الأوراق التجارية في التشريع المصري (تأصيل وتحليل لقواعد الكمبيالة والسند الأذني والشيك) ، ط٢مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٥٤.

١٠- باسم محمد صالح ، القانون التجاري(النظرية العامة، التاجر، العقود التجارية، الاعمال المصرفية) ، مطبعة جامعة بغداد، بغداد ، ١٩٨٧.

١١- بسام حمد الطراونة ، باسم محمد ملحم ، شرح القانون التجاري (الاوراق التجارية والعمليات المصرفية) ، ط٢، دار المسيرة للنشر والتوزيع ، الأردن ،٢٠١٤.

١٢- جلال محمد إبراهيم مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠١١.

١٣- جلال وفا محمدين ، المبادئ العامة (العقود التجارية وعمليات البنوك) ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٨.

١٤- حسن حسني ، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني) ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠٠٩.

١٥- حسن دياب ، الإعتمادات المستندية التجارية (دراسة مقارنة) ، ط١، بيروت، ١٩٩٩.

١٦- حسن علي الذنّون ، النظرية العامة للإلتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨.

١٧- حسن علي الذّنون ، شرح القانون المدني العراقي، أحكام الإلتزام ، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة ، بغداد ، بدون سنة طبع .

١٨- حسني محمود عبد الدايم ، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق ، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية ، ٢٠٠٩ .

١٩- حسين محمد سعيد ، إلتزامات وحقوق حامل الورقة التجارية (الشيك- الكمبيالة- السند الأذني) ، عالم الكتب ، القاهرة، بدون سنة طبع.

٢٠- خالد السيد محمد عبد المجيد موسى ، مصادر الإلتزام ، دار الكتاب الجامعي ، الرياض ، ٢٠١٧.

٢١- راقية عبد الجبّار ، التأمين والكفالة ، ط١ ، جامعة العلوم التطبيقية – البحرين ، ٢٠١٢.

٢٢- رزق الله انطاكي ود. نهاد السباعي ، الوسيط في الحقوق التجارية البرية ، ج٢، مطبعة جامعة دمشق ، ١٩٦٢.

٢٣- رضا عبيد ، القانون التجاري (الأوراق التجارية، والعقود التجارية، عمليات البنوك) ، مطبعة السعادة ، القاهرة ،١٩٨٨.

٢٤- رمضان ابو السعود ، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٦.

٢٥- رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٥.

٢٦- زكي زكي الشعراوي ، الوجيز في القانون التجاري ، ج١، ط٣، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦.

٢٧- سليمان مرقس ، احكام الالتزام ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية- القاهرة ، ١٩٥٧.

٢٨- سميحة القليوبي ، الأوراق التجارية (الكمبيالة ، السند الأمر ، الشيك) ، ط٦ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨.

٢٩- سميحة القليوبي ، الاوراق التجارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧.

٣٠- سميحة القليوبي ، الموجز في القانون التجاري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧.

٣١- سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٥.

٣٢- سمير عبد السيد تناغوا، مصادر الإلتزام، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩.

٣٣- صلاح الدين الناهي ، المبسوط في الاوراق التجارية (دراسة موازنة) ، دار العروبة - بغداد ، ١٩٦٥.

٣٤- عادل علي المقدادي ، عمليات البنوك ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، ٢٠١٤.

٣٥- عاشور عبد الجواد عبد الحميد ، موجز القانون الصرفي ، ط١ ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٢.

٣٦- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، التأمينات الشخصية ، ج١٠، دار احيا التراث العربي ، بيروت-لبنان ، ٢٠٠١.

٣٧- عبد الرزّاق أحمد السنهوري ، التأمينات الشخصية والعينية ، ج١٠ ، ط٣ ، دار النهضة ، مصر ، ٢٠١١.

٣٨- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ف شرح القانون المدني ،ج١ ، نظرية الإلتزام ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٤.

٣٩- عبد الرزاق عبد الوهاب ، التظهير واثاره في قانون التجارة الجديد ، دراسة مقارنة ، مطبعة الشعب ، بغداد ، ١٩٨٩.

٤٠- عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، النظرية العامة للإلتزام ، ج١، المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون سنة نشر.

٤١- عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ، أحكام الإلتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون سنة طبع.

٤٢- عزيز العكيلي ، القانون التجاري (الاعمال التجارية ، التجار ، المتجر ، الشركات التجارية ، الأوراق التجارية) ، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع ، عمّان ،١٩٩٦.

٤٣- عزيز العكيلي ، شرح التشريعات التجارية ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، ٢٠٠٨.

٤٤- عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المدنية المسمّاة ، ط١ ، زين الحقوقية – بيروت ، ٢٠١٨ .

٤٥- علي البارودي ، العقود التجارية وعمليات البنوك ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠١.

٤٦- علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، المكتبة القانونية ، القاهرة ، ١٩٩٣.

٤٧- علي سلمان العبيدي ، الاوراق التجارية في القانون العراقي ، بغداد ، ١٩٧٣.

٤٨- فايز أحمد عبد الرحمن ، القانون التجاري الليبي (الأوراق التجارية ، أعمال المصارف ، العقود التجارية ، الإفلاس) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط١ ، ٢٠٠٧.

٤٩- فائق الشماع ، احكام التزام المسحوب عليه القابل ، مجلة العلوم القانونية ، المجلد السابع عشر، ع١ ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٢.

٥٠- فريد شرقي ، اصول القانون التجاري المصري ، القاهرة، بدون سنة طبع.

٥١- الفقه الفرنسي، د. سمير عبد السيد تناغوا، التامينات الشخصية ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩.

٥٢- فوزي محمد سامي ، د. فائق محود الشمّاع ، القانون التجاري (الاوراق التجارية) ، المكتبة القانونية- بغداد ، ٢٠٠٨.

٥٣- قدري عبد الفتّاح ، أركان عقد الكفالة ، دار النهضة العربية-القاهرة ، ٢٠٠٥ .

٥٤- قدري عبد الفتّاح الشهاوي ، أحكام عقد الكفالة ، التضامن والتضامم ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩.

٥٥- كمال محمد ابو سريع ، الاوراق التجارية في القانون التجاري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٣.

٥٦- محمد إسماعيل علم الدين ، موجز القانون التجاري ، ج٢، جامعة حلوان ، سوريا ، ١٩٧٥.

٥٧- محمد السيد الفقي ، القانون التجاري (الاوراق التجارية ، الإفلاس ، العقود التجارية ، عمليات البنوك) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٣.

٥٨- محمد بهجت عبد اللة قايد ، د. أميرة صدقي ، القانون التجاري (نظرية الأعمال التجارية –التاجر- عمليات البنوك- شركات الأشخاص- شركات الاموال- الاوراق التجارية) ، مركز جامعة القاهرة ، ٢٠٠٦.

٥٩- محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك ، جامعة الملك سعود ، الرياض ، ١٩٨٤.

٦٠- محمد حسن قاسم ، قانون العقود الفرنسي الجديد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٨.

٦١- محمد حسني عباس ، الأوراق التجارية في التشريع الكويتي ، مكتبة الانكلوامريكية ، القاهرة ، بدون سنة طبع .

٦٢- محمد خيري ، سمير الأمين ، الودائع وتأجير الخزائن والحساب الجاري لدى البنوك ، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١١.

٦٣- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية عقد الكفالة دار الهدى، عين مليلة الجزائر ، ٢٠١٨.

٦٤- محمد عزمي البكري ، شرح قانون التجارة الجديد ، دار محمود ، القاهرة .

٦٥- محمد علي راتب ، السندات الأذنية ،ط١، مكتب النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٤٨.

٦٦- محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية ، عمليات البنوك ، جامعة عمان الاهلية ، ٢٠٠٨.

٦٧- محمود سمير شرقاوي ، القانون التجاري ، ج٢ ، (العقود التجارية ، الإفلاس ، الأوراق التجارية ، عمليات البنوك) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٨٤.

٦٨- المذكر التفسيرية لقانون التجارة العراقي السابق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ .

٦٩- مصطفى كمال طه ، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الألكترونية الحديثة ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٨.

٧٠- مصطفى كمال طه ود. مراد منير فهيم ، القانون التجاري (الاوراق التجارية والافلاس) ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٤.

٧١- نادية فضيل ، الأوراق التجارية في القانون الجزائري ، ط١١، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، ٢٠٠٦.

٧٢- ناصر أحمد إبراهيم النشوي ، موقف الشريعة الإسلامية من التعامل بالأوراق التجارية (دراسة فقهية قانونية تأصيلية مقارنة) ، دار الفكر الجامعي-الإسكندرية ، ٢٠١١.

٧٣- يعقوب يوسف صرخوة ، الاوراق التجارية في القانون الكويتي دراسة مقارنة ، ط١، ١٩٩٦.

٧٤- يوسف عودة غانم ، التضامن الصرفي في الأوراق التجارية دراسة مقارنة ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٢.

رابعا- القوانين.

١-قانون الإثبات العراقي المرقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
٢-قانون الإفلاس والصلح الواقي ذي الرقم ١٤٧ لسنة ١٩٧٠.
٣-قانون التجارة الأمريكي لسنة ١٩٥٢.
٤-قانون التجارة العراقي المرقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.
٥-قانون التجارة المصري المرقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.
٦-القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
٧-القانون المدني المصري المرقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٨-قانون المرافعات المدنية المرقم ٨٣ لسنة ١٩٨٩.

خامسًا- الإتفاقيات.

١- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن السفاتج والكمبيالات الدولية والسندات الإذنية الدولية لسنة ١٩٨٨.

سادسًا- الأحكام القضائية.

١- قرار محكمة التمييز العراقية الصادر في سنة ١٩٦٩ ، منشور في مجلة القضاء لسنة ١٩٦٩ ، ذي العدد٣.
٢- قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٢٠٤، مدنية ثالثة ، بتأريخ ١٩٧٢/٥/٩ ، النشرة القضائية ، ع٢ ، ١٩٧٤.
٣- قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٨١٣ ، حقوقية ، الصادر بتأريخ ١٩٦٢/٥/٣١، منشور على مجلة القضاء العدد الرابع .
٤- قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٦١٣ مدني ، اولى ، الصادر ق ٣/ ١٩٧٨ ، مجموعة الاحكام العدلية ، ع١.
٥- قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ١٠٢٥، حقوقية ، هيئة عامة تأريخ ١٩٦٩/١٢/٦، م٦.
٦- قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ١٤٩٢، مدنية ثالثة ، بتأريخ١٩٧٤/٣/١٣، النشرة القضائية ، ع١، ١٩٧٦.
٧- قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٤٨٣ ، والصادر في ٢٠٠٨/٥/١٢.
٨- قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٤٨، استئنافية ،١٦٩ في ١٩٦٩/١٠/٢،المجلد السادس.

٩- قرار محكمة التمييز العراقية بقرارها المرقم ٥٨١، مدنية منقول ،٢٠٠١ بتاريخ ٢٠٠١/٦/٢٨ ، الموسوعة العدلية ، العدد٩٤، ٢٠٠٢.

١٠- قرار محكمة النقض المصرية ، الطعن مدني مصري ، ٣٢، في جلسة ٢١، ١١، ١٩٦٧.

١١- قرار محكمة النقض المصرية في الطعن المرقم ٣٧١،٤٠١ لسنة ٣٨ق ، جلسة ١٩٧٤/٥/١٣.

١٢- محكمة تمييز لبنان ، المرقم ٥٨ الصادر في ١٩٧٠/٥/٢١.

سابعًا- الدوريات

١- ينظر لينده محمد السعيد ، الكفالة البنكية ، اطروحة دكتوراه ،جامعة الجزائر ، ٢٠١٧-٢٠١٨.

٢- سلخ آمنة ، الكفالة المصرفية ، رسالة مقدمة لجامعة أحمد دراية ، الجزائر ، لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال ، ٢٠١٦-٢٠١٧.

٣- أثر الغش في إلتزام المصرف مصدر خطاب الضمان ، رسالة تقدم بها الطالب طلال علي سليمان، وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة الشرق الأوسط ، ٢٠١٥.

٤- احمد سمير الصوفي، حق الحبس في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإنسانية، المجلد الحادي والعشرون، حزيران،٢٠٢٤.

٥- . اميرة جعفر شريف ، ، هة لمه ت ، محمد أسعد، م.م كامران محمد قادر، النظام القانوني لعقد القرض المصرفي (دراسة تحليلية مقارنة) بحث منشور في المجلة اللبنانية الفرنسية، اربيل، مجلة ٨،عدد٣،٢٠٢٣.

٦- أ.م .د جمال عبد كاظم الحاج ياسين، التنظيم القانوني لعقد الكفالة المصرفية، بحث منشور في مجلة كلية القانون جامعة الأمام جعفر الصادق(ع)، ع١، ٢٠٠٥.

ثامنًا- المواقع الألكترونية

١- https://www.rjcc.fr/2017/11/62.html.

٢- تاسعًا- المصادر الأجنبية

1- N.W.HALSEY,BANK LAWS, FOURTH EDTION,1913, SAN FRANCISCO.,

2- Frederick k, Beutel, Bank, Officers, Hand Book of commercial banking law, Hardcover, 1982.

ABSTRACT

The commercial guarantee is a very important commercial banking contract; Because of the effective role it plays in managing and stimulating economic and banking activity in general, in addition to being one of the most prominent means that contribute to achieving credit in particular, all of this is done by enabling creditors to protect their right.

Since the commercial sponsorship contract has an important role in the economic reality of the country; The legislator dealt with it by regulating it by clarifying its scope and some of its provisions in Article (1016) of the Iraqi Civil Law No. (40) of 1951, the second paragraph of which stipulates that "the guarantee arising from guaranteeing reserve securities as a reserve guarantee or from endorsing these papers shall be permanent." "Commercial guarantee," and this is what gives the commercial guarantee a special legal form and nature that distinguishes it from other contracts, such as the civil guarantee contract and other banking contracts. Therefore, this contract is distinguished by being one of the consensual contracts in which the principle of the authority of will plays a major role from the moment of its creation until the moment of its expiration. Therefore, the legislator did not impose a specific form for it, but rather left the matter to the will of the two parties. Not to mention that the commercial guarantee is not a donation contract, as it is always for a fee. This is what makes it a binding contract for both sides, in which personal consideration has an important role in the life of this contract, since banks do not grant credit. To its clients only after it has undertaken several procedures through which it can verify their financial and personal worthiness.

The commercial guarantee creates legal relationships between its parties, extending its reach to those who are not a party to it. These

relationships are represented by rights and obligations that permeate the receivables of the parties to this contract, so that the general rules stipulated in the Civil Code, as well as the principles that govern solidarity, have a major and influential role in being the general provisions that apply. on these relationships.

Solidarity plays a major role in commercial guarantees because of the benefits this system provides to its parties, such as credit support and representation in claiming rights for creditors. Sometimes solidarity is formal, deriving its strength from the rules stipulated in Iraqi Trade Law No. (30) of 1984, and at other times it is banking, because of the bank's major role. In it, it only remains upon its expiration, so the commercial guarantee expires according to the same rules that terminate any other contract, such as fulfillment or what is equivalent to this fulfillment, or for special reasons that are outside of that fulfillment, such as the statute of limitations, discharge, and the creditor's failure to adhere to the guarantees that the law provides for him.

Ministry of Higher Education

And scientific Research

University of Karbala/ College of Law

Legal system of commercial guarantee (Comparison study)

Phd Thesis Written By:

Mustafa Abdelkarim Daghir

Submitted To The Council of College of law/University of karbala As a part of A phd degree in private law

Supervised BY

Dr. Alaa Aziz Hameed AL-jubouri

2024 A.D **1446 A.H**