مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

خطابات الضمان المصرفية وصورها والفرق بينها وبين الكفالة المصرفية

دراسة فقهية

Letters of bank guarantee, photocopies and the difference between them and the bank guarantee. Juristic study

المدرس الدكتور مغديد كريم طه

قسم القانون / كلية القانون / جامعة صلاح الدين - أربيل

معلومات البحث

تاريخ البحث:
الاستلام: ٢٠١٨/١٢/٢
القبول: ٢٠١٨/١/٨
النشر: شتاء ٢٠١٩

Doi:
10.25212/lfu.qzj.4.1.18

الكلمات المفتاحية:

Letter of guarantee, bank, commercial operations, finance, cash insurance, international transactions,

الملخص

فإن للخطابات الضمان المصرفية أهمية كبرى في نمو الحياة الاقتصادية وتطور العمليات التجارية، فهي تعد من وسائل تسهيل التمويل وتدعو الحاجة إليها عندما يقع التزام على عاتق أحد الأطراف بأن يقدم مالاً أو خدمة أو سلعة للطرف الآخر، كما تطلب أيضاً في حالات احتمال نشوء التزام وذلك تأميناً لحق محتمل، وقد جرت العادة أن تقدم الجهة الملتزمة تأميناً نقدياً للجهة المستفيدة، كضمان لتنفيذ الالتزام أو لحسن أدائه وفقاً للشروط التي اتفقتا عليها، وإن تطبيق خطاب الضمان ليس محصوراً في نطاق المحلي بل هو نشأ في الأساس على صعيد المعاملات الدولية، وإن خطاب الضمان تختلف عن الكفالة المصرفية

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

bank guarantee, bank commitment, Islamic banks, expenses.

لأن الضمان ينشىء التزام أصلي على الضامن المصرفية وهو استقلال الدين المضمون عن الالتزام الأصلي، وإن الأجرة التي تحصل عليها المصارف الإسلامية نظير إصدار خطابات الضمان هي عمولة مستحقة لها نظير المصروفات الإدارية والخدمات المصرفية التي تقدم لعملائها على سبيل الاحتراف.

المقدمة

الحمدلله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد:

فإن للتأمينات أهمية كبرى في نمو الحياة الاقتصادية وتطور العمليات التجارية، فهي تعد من وسائل تسهيل التمويل وتدعو الحاجة إليها عندما يقع التزام على عاتق أحد الأطراف بأن يقدم مالاً أو خدمة أو سلعة للطرف الآخر، كما تطلب أيضاً في حالات احتمال نشوء التزام وذلك تأميناً لحق محتمل، وقد جرت العادة أن تقدم الجهة الملتزمة تأميناً نقدياً للجهة المستفيدة، كضمان لتنفيذ الالتزام أو لحسن أدائه وفقاً للشروط التي اتفقتا عليها.

والتأمين النقدي يبقى مودعاً دون استغلال لدى الطرف المستفيد لحين إنتهاء الالتزام هذا الوضع كان هو السائد في السابق، إذ أن الإيداع على هذه الصورة يؤدي لحرمان المودع من جزء هام من رأسماله لمدة قد تطول، فيبقى مجمداً دون استثمار، هذا عدا المصاعب التي تلاقيه حين انتهاء تعهده والمطالبة باسترداده، لهذا كله أصبح أصحاب الأعمال يفضلون الالتجاء إلى المصارف التي قبلت أن تأخذ على عاتقها تقديم البديل العملي المرضي لأطراف العلاقة العقدية دون اللجوء إلى إيداع مبلغ نقدي، وذلك بإعطاء كفالة مصرفية فكانت هذه العملية خدمة منها لعملائها وتسهيلاً للمعاملات التجارية.

أهمية الدراسة: تتمثل أهمية هذه الدراسة فيما يلي:

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

1- زيادة حجم التبادل الاقتصادي بين الدول، وضرورة خطابات الضمان الخاصة بعمليات الاستيراد والتصدير.
2- يوفر استقلال خطاب الضمان في العقد الأساس الضمانة المطلوبة لأصحاب العمل، كما يجنب المقاولين تقديم بديل نقدي بإيداع مبلغ الضمان.
3- بيان الفروق الأساسية بين الكفالة وخطاب الضمان، والتي درج الباحثون على إحالة كل موضوع خاص بالضمان المصرفي إلى أحكام الكفالة المدنية.

الهدف من الدراسة: تكمن أهداف هذه الدراسة فيما يلي:

1- تناول الموضوع بأسلوب علمي يحاكي الواقع العملي على أن يتطابق ذلك مع العقل والمنطق.
2- بيان مفهوم الضمان ومشروعيته عند الفقهاء وصور خطابات الضمان المصرفية.
3- بيان مفهوم الكفالة المصرفية و أوجه الأختلاف بين الكفالة المصرفية وخطابات الضمان.

فرضية الدراسة: نحاول من خلال هذه الدراسة المتواضعة الإجابة عن بعض الأسئلة التي تثار هنا من قبيل: كيفية تعريف الفقهاء للضمان؟ هل صور خطابات الضمان المصرفية تتفق مع الفقه الإسلامي؟ هل الكفالة المصرفية تختلف عن خطابات الضمان أم لا.

نطاق الدراسة: نحاول من خلال هذه الدراسة أن نركز على بيان أوجه الاختلاف بين الكفالة المصرفية وخطابات الضمان، حيث اختلطت المواقف نتيجة لوجود أوجه الشبه بين الكفالة المصرفية وخطاب الضمان، وذلك تبرز في كل منهما علاقات بين ثلاثة أشخاص وسنبين ذلك.

منهجية الدراسة: أتبع الباحث المنهج المقارن في هذه الدراسة وأعتمد على الوسائل التالية:

1- القرآن الكريم للآيات المتعلقة بموضوع الدراسة وكتب الأحاديث خاصة الأحاديث ذات العلاقة بالموضوع والمعاجم اللغوية وكتب الفقه الإسلامي.
2- توثيق المعلومات التي تم إقتباسها من المراجع والمصادر العلمية والتي تم إدراجها في الهامش طبقاً لما تستوجبة الأمانة العلمية.

هيكلية الدراسة: بغية الوصول إلى أهداف الدراسة والتحقق من فرضياتها سوف تتناول الدراسة ثلاثة مباحث: المبحث الأول: مفهوم خطاب الضمان في الفقه الإسلامي وندرس فيه تعريف الضمان

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

في اللغة والإصطلاح الفقي ومشروعية الضمان وأركان عقد خطاب الضمان وشروطه وحكم أخذ البنك المقابل على إصدار خطاب الضمان والمبحث الثاني: صور خطابات الضمان وندرس فيه خطابات الضمان التي تصدر بحسب التزام البنك الضامن، والخطابات التي تصدر حسب المبلغ وخطابات الضمان التي تصدر حسب المدة والخطابات الضمان التي تصدر بناء على آلية المطالبة بالوفاء وكذلك خطابات الضمان المحلية والخارجية والمبحث الثالث: الفرق بين خطابات الضمان والكفالة المصرف.

المبحث الأول

مفهوم خطاب الضمان في الفقه الإسلامي

نتناول في هذا المبحث مفهوم خطاب الضمان في الفقه الإسلامي من خلال المطالب أدناه:

المطلب الأول: تعريف الضمان في اللغة والإصطلاح الفقهي والمطلب الثاني: مشروعية الضمان والمطلب الثالث: اركان عقد خطاب الضمان والمطلب الرابع: حكم أخذ البنك المقابل على إصدار خطاب الضمان.

المطلب الأول: تعريف الضمان في اللغة والإصطلاح الفقهي

الفرع الأول: الضمان في اللغة

قال ابن منظور " :الضَّمينُ: الكفيلُ. ضَمِنَ الشيءَ وبه ضَمناً وضَمَاناً: كفل به. وضَمنَّه إياه: كَفَّلَه 000 وضَمَّنتُه الشيءَ تَضْميناً فَتَضمنَّهُ عني: مثل غَرَّمْتُه "([1]).

([1]) ابن منظور، محمد بن مكرم الافريقي المصري (ت711هـ) لسان العرب، دار صادر، مادة ضمن، بيروت،ج257/13.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وقال ابن فارس : " الضاد والميم والنون أصل صحيح ، وهو جعل الشيء في شيء يحويه ، من ذلك قولهم : ضمنت الشيء إذا جعلته في وعائه ، والكفالة تسمى ضماناً من هذا ؛ لأنه إذا ضمنه استوعب ذمته "([2]).

الفرع الثاني: الضمان في الإصطلاح الفقهي:

اختلفت تسمية الفقهاء لضمان المال فقد سماه البعض منهم الكفالة وهم بعض الأحناف والمالكية والظاهرية وبعض الشيعة[3]، البعض الثاني سمى الضمان بمسمى الحمالة وهم بعض المالكية[4]، والبعض الثالث وهم الشافعية والحنابلة فقد ورد ضمان المال لديهم بمسمى الضمان[5].

وبالنظر إلى وجهات النظر المختلف فيها في تسمية كل منهم للضمان نجد أن الاختلاف ظاهري فقط، بمعنى أنه لا فرق عند الفقهاء بين هذه التسميات فقد رأى البعض منهم إطلاق مسمى الكفالة على

([2]) ابن الفارس، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني (ت395هـ) معجم مقايس اللغة، تحقيق: عبدالسلام محمد هاورن، دار الفكر،ج603/6.

[3] ابن حزم، علي بن احمد بن سعيد بن حزم الأندلسي (ت456هـ) المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، ج396/6، وابن رشد، محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد (ت595هـ) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، ج350/2، والمرتضى، احمد بن يحيى بن المرتضى بن أحمد بن المرتضى بن المفضل بن منصور المهدي لدين الله (ت840هـ) البحر الزخار، مؤسسة الرسالة، دار الكتاب الاسلامي، القاهرة، ج170/3، وابن العابدين، محمد امين بن عمر بن عبدالعزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت1252هـ) حاشية المحتار على الدر المحتار، دار الفكر، بيروت، ط2، ج414/5.

([4]) الحسين عبد الوهاب بن على بن نصر البغدادي المالكي (ت422هـ) المعونة على مذهب عالم اهل المدينة، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ج201/2.

([5]) البغوي، محمد أبي الحسين بن مسعود بن محمد الفراء البغوي (ت510هـ) التهذيب في فقه الامام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت،ج170/4، وابن قدامة، عبدالله بن احمد بن قدامة المقدسي (ت620هـ) المغنى في فقه الامام احمد بن حنبل، دار الغد العربي، ج235/5.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الضمان، والبعض الآخر راى من باب التغليب أن يعنون بالضمان على أساس أن الكفالة بمعناها الخاص نوع من الضمان، وعند البعض أن كلاً من الضمان والكفالة يضمهما اسماً يحملهما يدخلان فيه فعنون به.

أولاً: تعريف الضمان عند الحنفية:

جاء في البدائع الصنائع: "التزام المطالبة بما على الأصيل".

وجاء في شرح فتح القدير: "إن الضمان بالمال عبارة عن: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة".

وجاء في حاشية ابن العابدين: "بأنه ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل بدين أو مال".[6]

ثانياً: تعريف الضمان عند المالكية:

عرفه صاحب المواهب الجليل بأنه: "شغل ذمة أخرى بالحق".

وعرفه الدسوقي المالكي بأنه: "التزام دين لا يسقطه التزام المدين".

وعرفه الصاوي بأنه: "التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره مع بقائه شاغلاً لذمته".[7]

([6]) والكاساني، أبو بكر علاء الدين بن مسعود بن أحمد الكاساني (ت583هـ) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، سنة1982م، ج414/6. وابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبدالواحد بن عبدالحميد السيواسي (ت593هـ) شرح فتح القدير، ط1، المطبعة الكبرى الاميرية، سنة 1316هـ، ج1163/7، وابن العابدين، محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز بن أحمد بن عبدالرحيم الحنفي (ت1252هـ) حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار إحياء التراث العربي، بيروت،ج415/5.

[7] الرعيني، ابو عبدالله محمد بن عبدالرحمن الحطاب الرعيني (ت954هـ) مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ج95/5، والدسوقي، محمد ابن عرفة الدسوقي المالكي (ت1230هـ) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة،ج427/2، والصاوي، ابو العباس احمد بن محمد الصاوي (ت1241هـ) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، ج155/2.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ثالثاً: تعريف الضمان عند الشافعية:

عرفه النووي في المنهاج بأنه: "التزام ما في ذمة الغير من المال".

وعرفه الشربينى صاحب المغني المحتاج بأنه: "التزام حق ثابت في ذمة الغير، ولم يخرج تعريف الضمان كثيراً عند فقهاء الشافعية عن التعريف الوارد اولاً".[8]

رابعاً: تعريف الضمان عند الحنابلة:

عرفه ابن القدامة في المغني بأنه: "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، فيثبت في ذمتهما جميعاً ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما".

وعرفه البهوتى في الكشاف بأنه: "التزام من يصح تبرعه، او التزام مفلس برضاها- من يصح تبرعه والمفلس – ديناً وجب أو يجب على غيره، مع بقاء الواجب على الغير".[9]

من التعريفات السابقة للضمان عند الأحناف والشافعية والحنابلة نجد أن الضمان لديهم عبارة عن ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون ولا يخرج الضمان بهذا التعريف عن كونه كفالة، ونحن نرجح ما ذهب إليه المذهب المالكي إلى أن الضمان ينشىء التزام أصلي على الضامن المصرفية وهو استقلال الدين المضمون عن الالتزام الأصلي.

خامساً: خطاب الضمان عند العلماء المعاصرين:

---

[8] النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (ت676هـ) منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار المعرفة، بيروت، ج323/2، والخطيب الشربينى، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني (ت977هـ) مغني المحتاج، ط1، دار الفكر، بيروت، سنة 1419هـ،ج269/2.

[9] ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (ت620هـ) المغني في فقه الامام أحمد بن حنبل، ط1، دار الغد العربي، القاهرة،ج323/5، والبهوتي، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي(ت1051هـ) كشاف القناع عن متن الإقناع، ط1، دار الفكر، بيروت، سنة1402هـ،ج362/3.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

عرف علماء المعاصرين خطاب الضمان بأنه: " تعهد المصرف (البنك) بدفع مبلغ معين لطرف ثالث عند إخلال العميل بالتزامة في مدة معينة "([10]).

وهناك تعريف آخر لخطاب الضمان بأنه " تعهد البنك بقبول دفع مبلغ معين عند الطلب إلى المستفيد من ذلك الخطاب نيابة عن طالب الضمان عند عدم قيام الطالب بالتزامات معينة قبل المستفيد"([11]).

كما تم تعريف خطاب الضمان بأنه " تعهد مكتوب يرسله البنك بناء على طلب عميله إلى دائن هذا العميل يضمن فيه تنفيذ العميل إلتزاماته أو بعبارة عامة يكفل به البنك عميله لدى هذا الشخص"([12]).

ومن تعريف العلماء المعاصرين لخطابات الضمان المصرفية نرى أنه ليس هناك ثمة خلاف بينه وبين تعريف خطابات الضمان المعمول بها لدى البنوك التقليدية إلا في جانب واحد يتمثل في عدم إستقلال التزام المصاريف الإسلامية في دفع مبلغ خطاب الضمان عن عقد الأساس الذي بسببه قام البنك بإصدار هذا الخطاب، إذ لا يلتزم البنك بدفع مبلغ خطاب الضمان للمستفيد إلا عند عدم قيام العميل (طالب الضمان) أو عجزه عن الوفاء بها قبل قبل المضمون له (المستفيد من خطاب الضمان).

المطلب الثاني: مشروعية الضمان

أولاً: الضمان في القرآن الكريم:

1- قال تعالى: ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾. [13]

([10]) الزحيلي، د. وهبة مصطفى الزحيلي، خطابات الضمان، دار المكتبي، القاهرة، ط2، سنة 2016، ص7.

([11]) الصدر، محمد باقر الصدر، البنك اللاربوي في الإسلام، دار التعاريف للمطبوعات، بيروت لبنان، ط8، سنة، 1983، ص128.

([12]) الهمشري، مصطفى عبدالله الهمشري، الأعمال المصرفية الإسلامية، الهيئة العمة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، سنة،1985، ص225.

[13] سورة يوسف الآية(72).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

"الزعيم هو المؤذن الذي قال أيتها العير، والزعيم والكفيل والحميل والضمين والقبيل سواء، والزعيم الرئيس"[14].

وجه الدلالة: هذه الآية تدل على أن الضمان كان صحيحاً في شرعهم، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يكن منسوخاً بشرعنا[15]، والظاهر هنا التقرير فإن النبي(صلى الله عليه وسلم) بُعث والناس يتكفلون فأقرهم على ذلك، كما حكم في قوله الزعيم غارم.[16]

2- وقال تعالى: ﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾.[17]

وجه الدلالة: تدل هذه الآية أيضاً على مشروعية الضمان، فقد جاء في الجامع لأحكام القرآن: "وكفلها زكريا أي ضمها إليه وضمن القيام بها، فالآية تدل على أن الضمان ياتي بمعنى الكفالة وهو لايتحقق إلا بالضم"[18].

ثانياً: الضمان في السنة النبوية:

1- روى ابن عباس عن شرحبيل بن سلمة عن ابي أمامة قال: سمعت رسول الله (صلى الله عليه وسلم) يقول: (إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث، لا تنفق المرأة شيئاً من

([14]) القرطبي، محمد بن احمد بن ابي بكر بن فروخ القرطبي (ت671هـ) الجامع لاحكام القرآن،ط2، تحقيق: احمد عبد العليم البردوني، دار الشعب، القاهرة، سنة1370هـ، ج231/9.

([15]) وتفصيل ذلك راجع (شرع من قبلنا ونماذج من تطبيقاته الفقية) رسالة ماجستير، مقدمة الى مجلس كلية العلوم الاسلامية–جامعة بغداد– سنة2006م، من قبل (مغديد كريم طه) ص43–44 ومابعدها.

([16]) السرخسي، شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن ابي سهل السرخسي (ت490هـ) المبسوط، ط3، دار المعارف، بيروت، ج161/19.

([17]) سورة آل عمران الأية(37).

([18]) القرطبي، ج70/4.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

بيتها إلا بإذن زوجها، قيل: يا رسول الله ولا الطعام، قال ذلك أفضل أموالنا، ثم قال:العارية مضمونة مؤداه، والمنحة مردودة، والدين مقضي والزعيم غارم)[19].

2- روى ابن شهاب عن أبي سلمة عبد الرحمن، عن أبي هريرة أن النبي(صلى الله عليه وسلم) كان يؤتى بالرجل المتوفى عليه الدين فيسأل: هل ترك قضاء؟ فإن حدث أنه ترك وفاء صلى عليه، و إلا قال للمسلمين، صلوا على صاحبكم، فلما فتح الله عليه الفتوح، قام فقال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم من توفى من المؤمنين فترك ديناً فعلي قضاؤه، ومن ترك مالاً فلورثته[20].

وجه الدلالة: "يدل الحديث على أن من ترك ديناً عليه ولا يملك القضاء فإنه (صلى الله عليه وسلم) يتكفل به ويقوم بقضائه من مال الصدقات وسهم الغارمين، وقيل: كان يقضيه من خالص ماله" [21].

المطلب الثالث: أركان عقد خطاب الضمان وشروطه

إن خطابات الضمان المصرفي يقوم من الناحية التجارية على أركان وشروط أساسية لابد من توافرها جميعاً عند إصدار البنك لخطاب صحيح مستوف، وهذه الأركان وشروط سوف ندرسه بحسب التقسيم التالي:

1- أركان عقد خطاب الضمان:

---

[19] أخرجه أبو داوود، باب تضمين العارية،ج290/3، برقم (3565) والترمذي، في البيوع، باب ماجاء بان العارية مؤداه،ج313/3، برقم (1265) ، وابن ماجه، كتاب الصدقات، باب الكفالة،ج905/2، برقم (2398).

[20] أخرجه البخاري، كتاب الحوالة، باب إن أحال دين الميت، ج128/3، برقم (2169) ومسلم، كتاب الفرائض، باب من ترك مالاً فلورثته، ج62/5، برقم (1619).

[21] العسقلاني، احمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت852هـ) فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، سنة 1379هـ، ج283/7.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

أولاً: البنك: وهو الطرف (الضامن)، الضامن وهو من التزم ما على غيره.

ثانياً: العميل: وهو الطرف (المضمون عنه)، يكون شخصية حكمية (إعتبارية) كالشركة أو المؤسسة ممثلة في (مديرها المسؤول)، ويكون شخصاً طبيعياً.

ثالثاً: المستفيد: وهو الطرف (المضمون له)، وهو رب الحق الذي التزمه الضامن، عادة لا يكون الإ شخصية إعتبارية كمصلحة حكومية أو مؤسسة أو شركة معروفة ومن النادر أن يكون شخصاً طبيعياً.

رابعاً: قيمة الضمان: وهو (المبلغ المضمون)، والمضمون به هو الحق الذي التزم الضامن([22]).

2- شروط عقد خطاب الضمان:

أولاً: رضا الأطراف:

خطاب الضمان كتصرف شرعي لا يكون إلا إذا توافرت فيه كافة الشروط الموضوعية في التصرفات الشرعية بصفة عامة، مثل سلامة إرادة الطرفين من نقص الأهلية أو إنعدامها، ويجب كذلك أن تكون الرضا الذي على أساسه تم إبرام هذا العقد رضاءاً حراً وسليماً غير معين بعيب من العيوب التي تصيب الرضا مثل الإكراه أو الغش.

وعلى ذلك يشترط أن يكون العميل أهلاً لإبرام التصرف سواء كان شخصاً طبيعياً أو ممثلاً قانونياً، ومن الملاحظ أن هذه الشروط متطلبة بالنسبة للعميل والبنك دون المستفيد، وذلك لأن المستفيد ليس طرفاً في هذه العلاقة بل أنه يسعى إلى إبرام عقد الضمان لأن هذا العقد يؤمن له الحصول على منفعة محضة دون التقيد بأي التزام([23]).

ثانياً: محل الالتزام(المبلغ النقدي):

([22]) د. بكر بن عبدالله أبو زيد، خطابات الضمان، ضمن فقه النوازل، ط1، مؤسسة الرسالة، سنة1407هـ، ج7/1 ومابعدها.

([23]) د.علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية في القانون المصري وقانون التجارة والقواعد الدولية ، ط2، دار النهضة العربية، سنة2000م، ص108.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ومن العناصر الأساسية في خطاب الضمان ضرورة أن يكون محل التزام البنك أداء مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين يدفع للمستفيد عند تقديمه مطالبة صحيحة باستيفاء القيمة الواردة بخطاب الضمان، فإذا كان التزام البنك أداء خدمة معينة فلا نكون بصدد خطاب ضمان ولا يكفي أن يكون محل التزام البنك أداء مبلغ من النقود فحسب، بل يجب على البنك أن يتعهد بدفع هذا المبلغ للمستفيد فور طلبه سواء كانت المطالبة مقترنة بمستندات أو مجردة.[24]

وعلى ذلك إذا كان التزام البنك قبل دائني العميل بأداء المبالغ الناتجة عن تقصير العميل في اداء عمله أو تنفيذ التزامه، فإننا لا نكون بصدد عقد خطاب الضمان وإنما نكون في رحاب الكفالة، كما أن التزام البنك بالأداء النقدي للمستفيد يتعين أن يتسم بالطابع الفوري ودون الرجوع للعقد الرئيس الذي صدر بمناسبته خطاب الضمان.

ثالثاً: الشخص المستفيد:

يعتبر وجود مستفيد من خطاب الضمان هو من العناصر الأساسية والبديهية التي يجب توافرها في عقد الضمان، اذ بدون وجود هذا المستفيد لا تكون عناصر الخطاب مكتملة في تعهد البنك في خطاب الضمان، كما لا يتصور من حيث المنطق أن تنحصر العلاقة بين البنك والعميل دون وجود هذا المستفيد، لكن السؤال الذي يثور هل لشخص المستفيد أي اثر على إصدار خطاب الضمان أم أن البنك والعميل يصدران هذا النوع من الالتزامات الخطيرة لأي شخص كان دون النظر إلى من يكون؟

يعبر عن الطابع الشخصي لخطاب الضمان بأنه تعهد شخصي ونهائي يصدر لمصلحة شخص معين فلا يجوز لهذا الشخص (المستفيد) تظهيره إلى غيره لأنه لا يتضمن شرط الإذن بالتداول، وبالتالي لا يعتبر ورقة تجارية ولا يجوز التنازل عنه لأي شخص آخر، ولو بطريق التبعية بالتنازل عن العقد الأصلي الذي صدر بمناسبته خطاب الضمان، لأن شخصية المستفيد وأمانته والثقة فيه محل اعتبار لدى العميل الآمر في عقد الضمان مع البنك[25] فإذا كان

---

[24] د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية في القانون المصري وقانون التجارة والقواعد الدولية، المصدر السابق، ص109.

[25] د.عادل ابراهيم السيد، مدى استقلالية التزام البنك في خطابات الضمان، ط1، مطبعة جامعة عين الشمس، سنة1996م. ص73.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الخطاب يصدر لصالح جهة باسم شخص معين فهو يمثل علاقة مباشرة، فلا يجوز التنازل عنه او تداوله لأنه ليس للخطاب قيمة في حد ذاته، ولا لمن يحوزه حق المطالبة بالوفاء بقيمته وكما جاء يلزم البنك في تعهده بالدفع إلى الشخص المسمى في الخطاب أو لو كيله، وإذا فقد الخطاب على البنك أن يصدر للمستفيد بدل فاقد، او أن يدفع له دون الاحتجاج في مواجهته بعدم تقديم الخطاب الأصلي، وعلى العكس فالبنك ملزم بالامتناع عن الدفع لحائز الخطاب إذا لم يكن هو شخص المستفيد منه، كما أن الاعتبار الشخصي ملحوظ بالنسبة للمستفيد في خطاب الضمان، لأن الضمان يمنح للمستفيد بالنظر إلى أمانته وحسن نيته، وبالنظر إلى أنه لا يتوقع أن يطلب وفاءه غشاً منه.[26]

رابعاً: مدة نفاذ خطاب الضمان:

تعتبر المدة من العناصر الأساسية في خطاب الضمان ودائماً ما يصدر الخطاب محدداً به المدة التي يسري خلالها التزام البنك، ولا يهم أن تكون هذه المدة طويلة أو قصيرة وقد تتضمن شروط الضمان بأن الخطاب صالح لمدة محددة وقابل للتجديد التلقائي لحين استلام البنك من المستفيد ما يفيد بان العميل قام باستيفاء كافة الأعمال المطلوبة التي صدر خطاب الضمان بناء عليها، لكن الغالب في الحياة العملية أن ترتبط هذه المدة بميعاد تنفيذ العملية التي صدر خطاب الضمان تأميناً لها[27].

وتبدو أهمية المدة ايضاً بالنسبة للبنك مصدر الخطاب فهو يحدد العمولات التي يطلبها من العميل الآمر على أساس مدة الضمان، ويصدر البنك تعهده خلال مدة محددة يدفع خلالها البنك قيمة الضمان إذا وصلته مطالبة صحيحة من المستفيد أو ممن يفوضه.

المطلب الرابع: حكم أخذ البنك المقابل على إصدار خطاب الضمان

---

[26] د.علي جمال الدين، خطابات الضمان المصرفية في القانون المصري وقانون التجارة والقواعد الدولية، دار النهضة العربية، ط2، سنة، 2000م، ص110.

[27] د.علي جمال الدين، نفس المرجع، ص112.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

اتفق الفقهاء على أن عقد الضمان من عقود الإرفاق والإحسان مثله مثل عقد القرض والحوالة لا يجوز أن يؤخذ عليه عوض وبالمقابل فإن المصارف التقليدية درجت في تعاملاتها على أخذ المقابل عن إصدار خطاب الضمان لعملائها طالبي الائتمان يسمى بالعمولة ويراعي في تحديد هذه العمولة الأعمال والإجراءات التي تقوم بها تلك المصارف، وقيمة الدين الذي تضمنه، ومدة هذا الضمان وهي عادة تقدر بنسبة مئوية تحسب على أسس متعارف عليها، أما المصارف الإسلامية فإنها لا ترحب بأخذ زيادة على إصدار خطاب الضمان، ولكن الواقع يقرر أن المصارف الإسلامية تأخذ حين تصدر خطابات الضمان أجراً من طالب الضمان مقابل هذا الإصدار.[28]

فما مدى جواز أخذ العمولة أو الأجر مقابل هذا الإصدار من وجهة نظر العلماء المعاصرين:

أولاً: ذهب د. بكر بن أبو زيد ود. وهبة الزحيلي: إلى أن خطاب الضمان كفالة واستدلوا على ذلك بأن تعريف كل من الضمان والكفالة في الفقه الإسلامي متفقان من حيث المعنى، وهو التزام الشخص مالاً واجباً على غيره لشخص ثالث.[29]

وقد رتب معظم القائلين بهذا القول بعدم جواز أخذ الأجرة على الكفالة عملاً بقول الذين منعوا الأجر على الكفالة بانه: "ولو كفل الكفيل بمال على أن يجعل الطالب له جعلاً، فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة فالشرط باطل، وإن كان مشروطاً في الكفالة فالكفالة باطلة"[30].
وعلة المنع أن الكفيل مقرض في حق المطلوب، وإذا شرط له الجعل مع ضمان المثل، فقد شرط له الزيادة على ما أقترضه فهو باطل لأنه ربا.

ثانياً: ذهب معظم الباحثين: ومنهم د. يوسف القرضاوي ود. علي القرداغي ود. عبدالستار أبو غدة ود. نزية كمال حماد وغيرهم: إلى رد الأجر الذي يأخذه البنك مقابل إصدار خطاب الضمان إلى نوعين من العقود الشرعية هما: الوكالة والكفالة، إذ أن عملية إصدار الضمان ما هي إلا توكيل

---

[28] د.أحمد محمد إسماعيل برج، الكفالة وأثرها في الفقه الإسلامي، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة2001م، ص154ومابعدها.

[29] بكر بن عبدالله أبو زيد، خطاب الضمان، ضمن فقه النوازل، ط1، مؤسسة الرسالة، سنة 1407هـ، ج206/1، ود. وهبة مصطفى الزحيلي، خطابات الضمان، دار المكتبي، القاهرة، ط2، سنة 2016، ص56.

[30] البغدادي، أبو محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي (ت1030هـ) مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي، ص282.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

من العميل للمصرف بإقرار حق قد ثبت أو يثبت مستقلاً للمستفيد على العميل، وتوكيل بالأداء عنه، وعلى القول بهذا يجوز أخذ الأجر على الإصدار، لأن أخذ الأجر على الوكالة جائز في الفقه الإسلامي[31].

وفي هذا السياق فقد أقر مؤتمر المصرف الإسلامي المنعقد بدبي في توصياته بشان التعاملات في خطاب الضمان جواز أخذ الأجرة على إصدار خطابات الضمان على اعتبار أنه أمرين: وكالة وكفالة ولا يجوز أخذ الأجر على الكفالة، ويجوز أخذه على الوكالة ويراعي في هذا الأجر حجم التكاليف والأعباء التي يتحملها المصرف في سبيل أدائه للأعمال الخاصة بإصدار خطاب الضمان وذلك حسب العرف المصرفي، وتشمل الأعمال بوجه خاص تجميع المعلومات ودراسة المشروع الذي من أجله سيتم إصدار خطاب الضمان، وما تشتمل عليه الخدمات المصرفية المتعلقة بهذا المشروع كتحصيل المستحقات من أصحاب المشروع، وتقدير الأجر متروك للمصرف، بحيث ييسر على الناس شئون معاملاتهم وفقاً للعرف التجاري[32].

وذهب مجمع الفقه الإسلامي المذهب نفسه مقرراً بأن خطاب الضمان يعد وكالة وكفالة في ذات الوقت لذا يجوز للمصرف مصدر الخطاب أخذ أجر على إصدار خطاب الضمان[33].

ومما تقدم فإن الراجح: عدم جواز أخذ الأجر على الكفالة، لأن الكفالة بالمال قرض على المدين فإن رده مع زيادة كان رباً، وأما قياس أخذ المصرف الأجرة في الكفالة على أخذ الأجرة في الجاه فهو قياس مع الفارق، لأن الكفالة بالمال قرض والجاه ليس كذلك.

([31]) د.محمد عثمان شبير، المعاملات المصرفية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس، سنة1996م، ص265. ود.أحمد محمد أسماعيل برج، الكفالة وأثرها في الفقه الإسلامي، ص156. ود.عبد الرزاق رحيم، المصاريف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ص291.

([32]) أنظر: توصيات مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي، الصادرة في22مايو1996م، https://islamqa.info/ar/answers/244108.

([33]) أنظر: قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم5 المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة إنعقاد مؤتمره الثاني بجدة من22– 28 ديسمبر 1985م، http://www.iifa-aifi.org/1604.html

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

والذي يراه الباحث أن الأجرة التي تحصل عليها المصارف الإسلامية نظير إصدار خطابات الضمان هي عمولة مستحقة لها نظير المصروفات الإدارية والخدمات المصرفية التي تقدم لعملائها على سبيل الاحتراف.

المبحث الثاني

صور خطابات الضمان المصرفية

تنقسم خطابات الضمان المصرفية إلى أقسام متعددة وسنبين قسمين أساسيين المحلية والخارجية وفيما يلي نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: خطابات الضمان المحلية:

خطابات الضمان المحلية يصدرها بنك بناء على طلب أحد العملاء من المواطنين في داخل البلد الذي يعيش فيه على سبيل المثال (العراق/ كردستان)، ومن هذا النوع من الخطابات الضمان الجمركية وخطابات الضمان الملاحة وخطابات الضمان المناقصات والمزايدات وخطابات الضمان المهنية وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: خطابات الضمان الجمركية:

للجمارك أنظمة عديدة تيسر على المستوردين الحصول على بضائعهم ودفع الرسوم عليها وتمنع في نفس الوقت تكدس البضائع على الأرصفة أو المخازن، مما يسهل عمليات الشحن والتفريغ ويوفر جهداً ونفقات طائلة إلا أن ذلك كله لابد أن تتوافر له الضمانات الكافية لحماية حقوق الخزانة لذا تطلب

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

سلطات الجمارك من المستوردين تقديم خطاب مصرفي لضمان سداد الرسوم والجمارك المفروضة عليهم[34].

الفرع الثاني: خطابات الضمان الملاحية:

عند استيراد بضائع من الخارج قد يتأخر وصول سندات الشحن ويكون على المستورد انتظار وصول هذه المستندات حتى يتمكن من استلام البضائع، وهذا الانتظار قد يؤدي إلى خسارة وأضرار مالية جسيمة بالمستورد، وفي هذه الحالة تقدم خطابات الضمان خدمة ائتمانية كبيرة للعميل بتقديم خطاب ضمان إلى وكيل شركة الملاحة بالميناء بقيمة الشحنة الواردة أو بدون تحديد القيمة في بعض الأحيان، فيستلمه وكيل البضاعة مطمئناً أنه إذا لم تصله المستندات في وقت مناسب فإن البنك سيدفع له قيمة خطاب الضمان التي تكون في الغالب مساوية لقيمة البضاعة أو أن يكون الخطاب غير محدد القيمة، وفي هذه الحالة يطلب من بنكه أن يصدر خطاب الضمان غير مشتمل على مبلغ معين بحيث يرد ضمان البنك على كل التزام العميل قبل المستفيد فإذا صدر الخطاب على هذا النحو عد صحيحاً لأن محله مبلغ وإن لم يكن معيناً فإنه قابل للتعيين، وهذه القابلية لتعيين مبلغ الخطاب تتأتى من تحديد الغرض من خطاب الضمان عند إصداره، وعلى ذلك يصدر الخطاب متضمناً عبارة مقابل سند الشحن نظيف أو عبارة مقابل استلام بضاعة لدى الجمرك أو أي عبارة تفيد هذا المعنى وفي كل الأحوال لا يلتزم البنك مصدر الضمان بمبلغ غير معين إلا بأن يدفع للمستفيد قيمة الضرر الذي لحق به لا اكثر ولا أقل.

وعند وصول المستندات يقدمها العميل أو البنك إلى الشركة الملاحية مقابل استرداد خطاب الضمان، ويصدر البنك خطاب الضمان في هذه الحالة لحساب العميل بدون غطاء ولا عمولة إذا كانت البضاعة المستوردة محل اعتماد مفتوح بواسطته ويحتفظ بغطاء كامل، أما إذا لم يكن الاعتماد مفتوحاً بواسطة البنك مصدر خطاب الضمان فإنه يشترط على العميل تقديم غطاء نقدي كامل للخطاب قبل إصداره كما اشترط عليه تقديم إذن الاسترداد وموافقة الإدارة العامة للنقد على دفع قيمة البضائع بالعملة الأجنبية.

---

[34] محي الدين اسماعيل علم الدين، موسوعة البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، النسر الذهبي للطباعة، ط3، سنة2001م، ص773.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ومن خطابات الضمان الملاحية ما يستخدم لضمان نصيب مالك البضاعة المشحونة في الخسائر العمومية التي تصيب السفينة، ذلك أن تقدير هذه الخسائر بواسطة الخبراء ونسبة ما يصيب كل مالك بضاعة من قيمتها يحتاج إلى وقت طويل قد يمتد بضع سنين لذلك يكون هذا النوع من خطابات الضمان الذي يمكن المالك من استلام بضاعته غير محددة المدة[35].

الفرع الثالث: خطابات ضمان المناقصات والمزايدات:

يصدر هذا النوع من الخطابات على نطاق واسع لصالح الجهات الحكومية والشركات التي تتعاقد في عقود المقاولات والاستراد والتصدير، وتستخدم هذه الخطابات في هذه المجالات على مرحلتين من مراحل العلاقة فيما بين العميل والمستفيد، إذ تطلب الجهة التي يتقدم العميل إليها لدخول المناقصة أو المزايدة المطروحة في المرحلة الأولى بتقديم خطاب الضمان الأبتدائي تعبيراً عن حسن النية في التعاقد أو جديته فيه، حتى إذا أحيل عليه العطاء استبدل بهذا الخطاب غيره، والثاني هو خطاب الضمان في صورته النهائية فبعد إبرام عقد الأساس يقدم المستفيد خطاب الضمان النهائي وفق شروط عقد الأساس[36].

وفي ما يلي بيان النوعين من الخطابات:

1- خطاب الضمان الإبتدائي أو المؤقت: تبدأ العلاقة فيما بين العميل والمستفيد بطرح مناقصة أو مزايدة ليتقدم مقاولون بعطاءات فيها، وحتى يتسنى للجهة طارحة المناقصة أو المزايدة ضمان عدم تراجع مقدم العطاء عن عرضه إذا تغيرت الأسعار أو تبين أن الجدوى الاقتصادية للعملية غير ذات ربح تشترط للدخول في المناقصة تقديم خطاب ضمان بنسبة معينة من قيمة العطاء المطروح، ويسمى الضمان في هذه الحالة بالضمان

[35] حسني المصري، عمليات البنوك القانونية، دار الكتب، سنة1994م. ص389، ومحي الدين اسماعيل علم الدين، موسوعة البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ص775 وما بعدها.

[36] د.محمود الكيلاني، عمليات البنوك، الكفالات المصرفية وخطابات الضمان، دار الجيب، عمان، سنة1992م، ص219ومابعدها.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الإبتدائي أو المؤقت لأن الغرض منه ينتهي برسوم أو عدم رسوم المناقصة أو المزايدة على العميل.

2- خطاب الضمان النهائي: بعد انتهاء فحص العطاءات برسوم العطاء على العميل ينتهي أثر خطاب الضمان الابتدائي بإعادته إلى مقدمه إذا أحيل العطاء على آخر أو استبدال غيره به إذا أحيل العطاء على العميل الذي يوقع في هذه الحالة عقداً مع الجهة طارحة المناقصة أو المزايدة يقدم لها فيه تأميناً نهائياً أو خطاباً مصرفياً بضمان حسن تنفيذ العملية حتى إذا لم يتم تنفيذ الأعمال على النحو الأكمل يصبح من حق صاحب المشروع المطالبة بقيمة الخطاب من البنك الذي أصدره([37]).

الفرع الرابع: خطاب ضمان الدفعات المقدمة:

وتحصل هذه الصورة في عمليات الاستراد عندما تبرم مصلحة حكومية أو مؤسسة مع مقاول عقد لاستيراد بضائع من الخارج تقوم هذه الجهة أو المؤسسة بتقديم دفعة أولى للمقاول تحت الحساب، وتكون هذه الدفعة مقابل خطاب ضمان بنكي معتمد بنفس القيمة والعملة وغير مقيد بأي شروط وساري المفعول حتى تاريخ انتهاء تنفيذ العقد، ويصدر خطاب الضمان عن الدفعة المقدمة ضماناً لإعادتها أو أي جزء منها لتغطية البضائع المستوردة أو الجزء المنفذ من العملية، تحدد هذه الدفعة بالنظر إلى نسبة قيمة خطاب الضمان إلى العملية، لذلك فإن البنك يلزم العميل بالتنازل عن العملية لصالحه ليكون على علم بما يرد من مستخلصات بشأن العملية المتنازل عنها ويتم تخفيض قيمة الخطاب وفقاً لهذا الأساس.

وقد تقدم الجهة الإدارية للمقاول بعض الآلات والمعدات لمساعدته في إنجاز العملية المعهود بها إليه، فيلتزم هو بتقديم خطاب ضمان تأميناً لهذه الأشياء، ينص الخطاب على تسليم هذه الأشياء عند نهاية العملية أو عند حلول تاريخ تسليمها([38]).

([37]) د.محمود الكيلاني، عمليات البنوك، الكفالات المصرفية وخطابات الضمان، دار الجيب، عمان، سنة1992م، ص221.

([38]) د.محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص222.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الفرع الخامس: خطابات الضمان المهنية:

قد تطلب ضمانات من الأفراد الذين يرغبون في مزاولة مهنة معينة، وتوجب لائحة تنظيم هذا العمل تقديم خطاب ضمان كشرط من شروط مزاولة المهنة وهذا الخطاب يعد بمثابة ضمان لما قد يستحق عليهم نتيجة للمخالفات التي قد تقع منهم أو الإخلال بالتزاماتهم ومن أنواع هذه الخطابات:

1- الضمانات التي تطلب من المخلص الجمركي: المخلص هو الوسيط الذي يقوم بمساعدة المستوردين والمصدرين والمسافرين في إنجاز الإجراءات الجمركية، ويلزمه قبل أن يزاول هذه المهنة أن يودع لدى مصلحة الجمارك تأميناً نقدياً أو خطاب ضمان في حدود قيمة تقدرها سلطة الجمارك، وذلك ضماناً للغرامات التي قد يحكم بها في المخالفات التي قد تقع منه أو من أحد مستخدميه أو ضماناً للتعويضات التي تستحق للمصلحة عما يقع منهم أو بسببهم من أضرار أثناء القيام بأعمال التخليص[39].

2- الضمانات التي تطلب من أصحاب المستودعات: قد يطلب من أصحاب المستودعات دفع مبلغ تأمين للجمارك أو خطاب ضمان في الحدود التي تقدرها المصلحة ويفرض هذا القرار على أصحاب المستودعات الالتزام بإجراءات وواجبات تحددها أحكامه تستهدف في جملتها إحكام الرقابة على حركة الإيداع والسحب بالمستودعات، ومن بين هذه الشروط وجوب غلق جميع أبواب المستودع بمفتاحين مختلفين يبقى أحدهما لدى جهة الجمارك، كما لا تسمح بإدخال أو إخراج بضائع إلا بترخيص سلطات الجمارك، ويترتب على إخلال صاحب المستودع بالالتزامات المنصوص عليها في هذه اللوائح اقتضاء قيمة خطاب الضمان.

3- الضمانات التي تطلب من شركات الملاحة: هذه الضمانات تطلب من شركات الملاحة لتغطية المخالفات التي قد تحدث من ربابنة السفن وبحارتها وتصدر هذه الضمانات لصالح هيئة الموانئ والمنائر، وكذلك قد تطلب ضماناً لما يحدث من عجز في البضائع الواردة وتصدر لصالح مصلحة الجمارك.

---

[39] علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص238.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

4- الضمانات التي تطلب من سماسرة البورصة والأوراق المالية: تقتضي اللوائح العامة لبورصات الأوراق المالية بأنه يجب على المرشح للعمل كسمسار في البورصة أن يودع في مصرف تأمين لا يقل عن مبلغ معين نقد أو سندات حكومية في حدود هذه القيمة أو يقدم بالمبلغ المذكور خطاب ضمان، ويخصص هذا التأمين لضمان ما يطلب منه في الوجوه التالية:

1- المبالغ المستحقة للعملاء.
2- المبالغ المطلوبة للجنة.
3- المبالغ المطلوبة لأعضاء البورصة.
4- الغرامات المالية.[40]

المطلب الثاني: خطابات الضمان الخارجية:

إن استخدام خطابات الضمان الخارجية لا يخرج عن نطاق العام لمجالات استخدام الخطابات المصرفية، غير أن هذا النوع قد يصدر بمناسبة معاهدات واتفاقات تنعقد بين دولتين أو تصدر بناء على طلب عميل غير مقيم لصالح مستفيد مقيم، وقد تصدر بناء على طلب عميل غير مقيم لصالح مستفيد غير مقيم ويسمى خطاب الضمان الذي يدخل فيه عنصر غير مقيم عميلاً أو مستفيداً بخطاب الضمان الخارجي ونستعرض ذلك فيمايلي:

الفرع الأول: الخطابات التي تصدر لصالح مستفيد مقيم:

وهي الخطابات التي يطلب إصدارها شخص أجنبي غير مقيم لصالح مستفيد مقيم في العراق ومثال ذلك إذا أحيل عطاء على أجنبي غير مقيم وكان من الشروط المنصوص عليها تقديم خطاب ضمان تأميناً لحسن تنفيذ العملية أو ضماناً للدفعة المقدمة مثلاً فإن الأجنبي يلجأ إلى البنك الذي يتعامل معه في مكان إقامته ويطلب منه تقديم ضمانه بإصدار خطاب لصالح المستفيد في العراقن في هذه الحالة يطلق عليه خطاب الضمان الخارجي أو الأجنبي.

(40) علي جمال الدين عوض المرجع السابق، ص239.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ويصدر خطاب الضمان الخارجي بهذه الصورة: يشترط الجهة التي أحالت العطاء المشار إليه في المثال السابق على الأجنبي الذي تم ترسية العطاء عليه، على أن يكون الضمان صادراً من بنك محلي، لأن هذا الشرط يحقق له سهولة استيفاء قيمة الخطاب بيسر بالإضافة إلى أن القانون الواجب تطبيقه عند نشوب نزاع يكون من اختصاص القضاء العراقي الذي يوفر للمستفيد الثقة ويقلل من نفقات التقاضي.

فيصدر الأجنبي خطاب الضمان ويرسله إلى أحد البنوك المحلية التي يتعامل معها ويطلب منه أن يسلمه إلى المستفيد بعد التصديق عليه بما يعني إضافة التزامه إلى التزام البنك الأجنبي في مواجهة المستفيد، أو يطلب من البنك المحلي الذي يتعامل معه إصدار خطاب الضمان الذي طلبه عميله لصالح المستفيد في العراق، ويكون إصدار البنك المحلي لمثل هذا الخطاب ملزماً له رغم أنه يقوم بذلك نيابة عن البنك الأجنبي، لذا يلتزم البنك المحلي في مواجهة المستفيد ويتعهد بوفاء الخطاب دون أن يطالب الأجنبي بغطاء نقدي للخطاب لأنه في الغالب يكون للبنك المحلي والبنك الأجنبي اتفاق خاص، أو أن هنالك اتفاقية تربط بين البنوك المركزية فيما بين البلدين تنظيم إجراءات خطابات الضمان الخارجية، إضافة إلى هذا لا يتعهد البنك المحلي بإصدار خطاب ضمان للمستفيد الإ بعد أن يتلقي من البنك الأجنبي خطاباً يتعهد فيه بأن يدفع له عند أول طلب كل ما تحمله نتيجة هذا الضمان وهو ما يسمى بالضمان المقابل.

وإذا كانت هناك قيود رقابية على النقد الأجنبي فيتعين على البنك الأجنبي أن يؤكد للبنك المحلي استيفاء الإجراءات المتعلقة بها[41].

الفرع الثاني: الخطابات التي تصدر لصالح مستفيد غير مقيم:

قد يطلب شخص مقيم إلى أحد البنوك المحلية إصدار خطاب ضمان لصالح شخص غير مقيم، وفي هذه الحالة يكون المستفيد قد أحال عطاء على شخص مقيم في العراق وطلب منه تقديم ضمان كضمان للدفعة المقدمة أو ضماناً لحسن التنفيذ، وفي هذه الصورة يطلب البنك المحلي من أحد البنوك الأجنبية في بلد المستفيد أن يصدق خطاب الضمان الذي أصدره البنك المحلي أو أن يصدر هو خطاب

[41] د.محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص228.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ضمان حسب شروط المستفيد المتفق عليها سلفاً مع العميل، وعلى هذا فإن البنك الأجنبي يصدر خطاب الضمان ويكون لزاما عليه التعهد به ويعود على البنك المحلي إذا وفي قيمة الخطاب.

وأصبحت المشاكل التي تثيرها خطابات الضمان الخارجية بصورتيها تشكل قلقاً بالنسبة للبنوك والعملاء والمستفيدين على حد سواء، فأصبح من الواجب التصدي لها ومحاولة تجنبها، وينتج ذلك من التخوف الذي يساور المستفيدين من نواح عدة نوجزها فيمايلي:

1- يخشى المستفيد إذا انتهي سريان خطاب الضمان أن تطرأ أية صعوبات كان الخطاب يغطيها، لهذا السبب تسارع الجهة المستفيدة إلى طلب تسييل قيمة خطاب الضمان عند نشوب أي خلاف.
2- يخشى المستفيد من طول إجراءات التقاضي عندما تنتهي مدة سريان الخطاب دون تقديمه للمطالبة، لذا يتقدم المستفيدون بمطالبة البنوك بالوفاء عند اقتراب موعد انتهاء أجل استحقاق الخطاب.
3- نتيجة الشك الذي يساور المستفيد في تنفيذ العميل لالتزاماته قبله فأنه يلجأ وفي وقت مبكر إلى المطالبة بقيمة الخطاب أو بطلب تمديده أو زيادة قيمته.
4- معظم العلاقات التجارية الدولية المنظمة بموجب عقود تتضمن شروطاً بإحالة أي نزاع ينشأ بمناسبتها إلى التحكم التجاري الدولي لدى هيئات تحكيم دولية متخصصة مثل غرفة التجارة الدولية في باريس(I .C.C) أو لأي هيئة تحكيم أخرى، وهو أمر يكلف مبالغ باهظة بالنسبة للعميل الوطني ومن جهة ثانية فإن هذه العلاقات قد تتضمن إحالة النزاع إلى محاكم أجنبية ينطبق بشأنها ما ذكرناه بشأن التحكيم الدولي من حيث النفقات والمسافة إضافة إلى جهل العميل بالقوانين الأجنبية وأصول التقاضي.

هذه المسائل وغيرها تدفع بالمستفيدين إلى المطالبة بقيمة الضمان في وقت مبكر أو طلب تمديد مدته حتى لو تم تسليم المشروع أو البضاعة محل التعاقد[42].

[42] محي الدين علم الدين، مرجع سابق، ص775.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المبحث الثالث

الفرق بين خطاب الضمان والكفالة المصرفية

سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول خاص بتعريف الكفالة المصرفية، أما المطلب الثاني نناقش فيه أوجه الاختلاف بين الكفالة وخطاب الضمان وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف الكفالة المصرفية

الفرع الأول: الكفالة في اللغة والاصطلاح:

مصدر مأخوذ من كفل على وزن فعل، والكفيل هو الضامن، تقول كفل به يكفل كفالة، وقال ابن منظور[43]: الكافل العائل، يكفله وكفله إياه، وفي محكم التنزيل: ﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾[44] أي ضمنها إياه حتى تكفل بحضانتها، وجاء في الصحيحين عن سهل بن سعد عن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: (أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا). وقال بإصبعيه السَّبابةِ والوسطى[45] .

ويقال في بيان أصل كفل: كفل هو كافيه وكافله وهو يكفيني ويكفلني أي يعولني وينفق على، وأكفلته إياه وكفلته قال تعالى: ﴿ فَقَالَ أَكْفِلْنِيهَا﴾ [46]، وقوله تعالى: ﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾[47]، وهو كفيل بنفسه وبماله، وكفل عنه لغريمه بالمال وتكفل به ..... وأكفلني ماله: ضمه إلي وجعلني كافله، أي: القائم به، وهم بالخير كفلاء[48].

---

[43] ابن منظور، محمد بن مكرم الافريقي المصري (ت711هـ) لسان العرب، دار صادر، مادة كفل، بيروت،ج589/11.

[44] سورة ص الآية (23).

[45] أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأدب، باب فضل من يعول يتيماً، ج3/8، برقم (4998) ومسلم في صحيحه، كتاب الزهد والرقائق، باب الاحسان إلى اليتيم، ج221/8، برقم (2983).

[46] سورة ص الأية (23).

[47] سورة ال عمران الآية (37).

[48] الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمر الملقب بجار الله الزمخشري (ت583) أساس البلاغة، تحقيق: عبدالرحيم محمود، دار المعرفة، بيروت، مادة كفل، ص396.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وأما الكفالة في الاصطلاح: فقد اختلف الفقهاء في تعريف الكفالة تبعاً لاختلافهم فيما يترتب عليها من أثر.

فعرفها جمهور الحنفية بأنها: "ضمّ ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين"[49].

ويرى المالكية والشافعية في المشهور والحنايلة أنّ الكفالة هي: "أن يلتزم الرشيد بإحضار بدن من يلزم حضوره في مجلس الحكم"[50].

وعرفها القانون المدني العراقي: الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام[51].

وعرفها القانون المدني المصري بأنها: عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف المدين نفسه[52].

أما قانون المعاملات المدنية الإمارتي فقد عرفها بأنها: ضم ذمة شخص هو الكفيل إلى ذمة مدين في تنفيذ التزامه[53].

ووفقاً لذلك فإن عقد الكفالة يخضع للشروط المتطلبة لصحة العقود من رضىً وسبب وأهلية، وباعتبار الكفالة التزاماً خاصاً فإن المشرع من كل من العراق ومصر والإمارات اشترط الكتابة لإثباته، بغض النظر عن طبيعة الإثبات بالنسبة للدين الأصلي.

الفرع الثاني: الكفالة المصرفية:

---

[49] ابن العابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار،ج414/5.

[50] الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل، ج96/5، والخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج369/2، وابن قدامة المقدسي، المغني، ج70/5.

[51] 9 المادة (1008) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م.

[52] المادة (772) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م.

[53] المادة (1056) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (18) لسنة 1993م.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

فهي عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل الذي يلتزم أمام الدائن بالالتزام المكفول، ويظل المدين في هذا الالتزام بعيداً عن عقد الكفالة، والكفالة عقد يفترض حتماً وجود التزام أصلي ويكون التزام الكفيل ضماناً لتفيذ هذا الالتزام الذي يدور معه التزام الكفيل وجوداً وعدماً[54].

ويختلف عقد الكفالة المصرفية عن الصورة المألوفة للكفالة التي ذكرناها آنفاً، ففي الكفالة المصرفية لا تكون المبادرة للدائن وإنما للمدين الذي يطلب من البنك الذي يتعامل معه التقدم لكفالته أمام دائنيه، ولذا فإن الأقرب إلى هذا الواقع من الناحية القانونية أن الكفالة المصرفية تتم في شكل اشتراط لمصلحة الغير، فالعميل المدين يعقد الاتفاق مع البنك مشترطاً تدخله كفيلاً لصالح الدائن الذي يستمد من هذا الاشتراط حقاً مباشراً في مواجهة البنك.

ومن تعريف الكفالة المصرفية يمكن تحري خصائصها بوصفها أحد العقود المسماة الذي أبرم فيما بين البنك والكفيل الدائن وتتلخص هذه الخصائص فيما يلي:

أولاً: الكفالة المصرفية عقد ملزم لجانب واحد:

تلتقي الكفالة المصرفة مع الكفالة بوجه عام في هذه الخاصية بأنها عقد ملزم لجانب واحد، ذلك أن البنك الكفيل يتحمل بمفرده الالتزام الذي ينشئه هذا العقد، وإذا تلقى الكفيل عوضاً مقابل كفالته لعميله فإن هذا العوض يتلقاه من عميله لا من دائن هذا العميلين وهو إذاً تلقي العوض من الأخير (الدائن) فلا نكون بصدد الكفالة المصرفية وإنما الأمر عبارة عن تأمين اعتماد[55].

وعليه فإن القول: بأن العقد الذي يتلقى البنك بموجبه عوضاً لا يكون عقداً ملزماً لجانب واحد ناتج عن خلط بين مصدر هذا العوض وأنه إذا كانت الكفالة المصرفية مصدراً لالتزامات متبادلة بين البنك الكفيل والدائن كما لو تم الاتفاق بينهما على إنقاص الفائدة على الدين المكفول أو أرجاء ميعاد استحقاقه أو التزام الدائن بعدم مطالبة الكفيل إلا في أموال معينة، فإن ذلك لا يؤثر على ما يمتاز به عقد الكفالة

[54] د.محمود الكيلاني، مرجع السابق، ص28.
[55] د.محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص31.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المصرفية بأنه ملزم لجانب واحد هو الكفيلن لأن هذا العقد ومع أنه بحسب الأصل يرتب آثاراً في جانب الكفيل فقط لا يعني بذلك أن لا تكون الكفالة مصدراً لالتزامات متبادلة وملزمة للجانبين.

ثانياً: الاعتبار الشخصي في الكفالة المصرفية:

تقوم الكفالة المصرفية على الاعتبار الشخصي، حيث يعني أن العميل الذي كان سبباً في إبرام عقد الكفالة فيما بين البنك ودائنه محل نظر البنك، ومن حيث ملائمته وثقته المالية، ووضعه المالي، لأن ذلك يتعلق بالخطر الذي قد يلحق الكفيل نتيجة كفالة عميل لا يتمتع بثقته ذلك أن الضمان لا يمنح حتى مقابل العوض إلا بناء على علاقة تقوم على الثقة بين الكفيل والمدين، لأن الكفالة تغطي شخصاً لا ديناً بالذات[56].

أما من الجهة الثانية فلا نلحظ أهمية لعلاقة الكفيل بالدائن لأن كليهما لا يهمه الاعتبار الشخصي للآخر، فالبنك يلتزم بوفاء دين عمليه إذا لم يف به الأخير، ولهذه الغاية لا يعنيه شخص الدائن، والدائن يلتمس ضم ذمة أخرى إلى ذمة مدينه، لأنه أياً كانت الذمة المضمونة فهي تقوي ضمانات الوفاء بدينه.

ثالثاً: رضائية عقد الكفالة المصرفية:

عقد الكفالة المصرفية عبارة عن تصرفين قانونيين صدر الأول عن الكفيل بإرادة حرة غير مشوبة بأي عيب ليلتقي بالثاني الصادر عن الدائن بإرادة حرة غير مشوبة بأي عيب.

وهو في القانون المدني ينعقد وينفذ بإيجاب الكفيل ما لم يرده المكفول له ورضائية البنك ترد في العبارات التي يتضمنها عقد الكفالة، ويشترط أن تكون واضحة وصريحة ليس فيها أي لبس أو إبهام حول نية تحمل الالتزام، لأن إرادة البنك لا يجوز استنباطها للقول أن نية البنك اتجهت إلى تحمل التزام

(56) علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص63.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المدين تجاه الدائن، وأن هذا الاستباط لا يجوز ولو كان خلال ظروف معينة أو استنتاجات مهما كانت درجة الإقناع بها[57].

رابعاً: عقد الكفالة المصرفية عقد تابع:

يفترض أن هناك علاقة قانونية نشأت على أساسها علاقة قانونية أخرى فالعلاقة الأولى أساسها وجود التزام فيما بين مدين ودائن، أما العلاقة الثانية فهي تلك الناشئة عن الأولى وهي علاقة الكفيل بدائن عميله.

وتبدو خاصية تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي واضحة من خلال النصوص المنظمة للكفالة بوجه عام، إذ ينص قانون المعاملات المدنية العراقي في أركان وشروط الكفالة على أنه: (يشترط لصحة الكفالة أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل ديناً أو عيناً أو وجهاً معلوماً وأن يكون مقدور التسليم من الكفيل)[58].

وينبني على تبعية الكفالة نتائج تبدو في أن الالتزام الناتج عنها لا يكون صحيحاً، إلا إذا كان الالتزام المكفول كذلك، وأن الكفالة تنتهي إذا حصل اتحاد بين ذمتي الكفيل والمدين الأصلي، ذلك لأنه لا يلتزم شخص بنفس الدين بصفتة مديناً وكفيلاً في نفس الوقت.

الفرع الثالث: نطاق الكفالة المصرفية:

نعني بنطاق الكفالة المصرفية المجال الذي تقوم فيه الكفالة بدور كبير، وهي في ذلك ذات أثر بالغ الأهمية في التنمية الاقتصادية وتبدو أهمية الكفالة عملياً عندما يجد المدين نفسه أمام صعوبات مالية كبيرة لا يستطيع أن يتخطاها إلا بوجود من يمنحه كفالة تغطي الالتزام الذي وضعه أمام تلك الصعوبات، فالبنك يتدخل لكفالة عميلة ليمكنه من الحصول على إعفاء أو أجل لسداد رسوم أو ضرائب

[57] د.محمود كيلاني، المرجع السابق، ص35.
[58] المادة (1012) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

حكومية، أو تجنيب العميل وضع كفالة نقدية أو أوراق مالية ضماناً لعمل التزام به، أو من أجل السماح له بقبض فوري لمبالغ أو سلفات أو دفعات على الحساب، أو لتمكنه من الحصول على السيولة النقدية ليغطي مشروع مهنة معينة، وفي جميع الأحوال يؤدي أثر الكفالة المصرفية كعقد إلى تخفيف العبء عن كاهل العميل من جانب ومن جانب آخر يفيد البنك في تحصيل العمولة التي يتم الاتفاق عليها نظير تقديمه هذا الضمان[59].

المطلب الثاني: أوجه الاختلاف بين الكفالة المصرفية وخطاب الضمان:

اختلطت المواقف نتيجة لوجود أوجه الشبه بين الكفالة المصرفية وخطاب الضمان حيث تبرز في كل منهما علاقات بين ثلاثة أشخاص، نجد أن الأطراف في الكفالة هم (الكفيل والمكفول والمكفول له)، وفي خطاب الضمان (الضامن والآمر والمستفيد)، ويشبه دور الضامن دور الكفيل الذي يضمن الوفاء بالتزام المكفول، والكفالة عقد ملزم للكفيل بينما المكفول له (الدائن) لا يلزم بشيء، وفي خطاب الضمان يكون البنك ملزماً والمستفيد غير ملزم بشيء.

ودافع الكفيل كدافع الضامن هو إسداد خدمة للمدين، وإذا كانت كفالة الدين المستقبلي جائزة فإن ضمان التعهد وخطاب الضمان المشروط يمكن أن يرد على دين مستقبلين ونورد أوجه الخلاف بين الكفالة المصرفية وخطاب الضمان فيما يلي:

أولاً: المعروف في خطاب الضمان أن حق المستفيد ينحصر فقط بالرجوع إلى البنك الملتزم، وأنه لا يستطيع الرجوع على الآمر لأن الخطاب يقيد علاقته بالبنك مصدر التعهد.

بينما في الكفالة المصرفية يمكن للدائن أن يرجع إلى الكفيل أو إلى المدين أيهما شاء، لأن البنك يلتزم بوصفه كفيلاً بالتدخل وتنفيذ التزام المدين المكفول إذا تقاعس هذا المدين عن الوفاء في موعد

[59] د.علي البارودي، الأوراق التجارية والإفلاس، منشاة المعارف،ط1، سنة1977م، ص274.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

استحقاق دينه، فالكفالة إذن لا تجدد ولا تنشئ التزام العميل وإنما تقدم كفيلاً يتولى تنفيذ الالتزام الأصلي.

ثانياً: الكفالة تصرف مسبب يتيح للكفيل الدفع في مواجهة الدائن بدفوع البطلان المستمدة من التزامه والتزام عميله، لأن هذه الدفوع مستمدة من الالتزام ذاته الذي تكفل البنك بتنفيذه في حالة تقاعس المدين.

ثالثاً: وهناك وجه آخر من أوجه الاختلاف يتعلق بموضوع الالتزام في كل من عقدي الكفالة والضمان، ففي عقد الكفالة يلتزم الكفيل والمدين بدين واحد، إلا أن الآمر يختلف في التزام البنك قبل المستفيد في خطاب الضمان وإن تراءى لنا أن تنفيذ البنك لالتزامه بدفع مبلغ الخطاب ناتج عن عدم تنفيذ الآمر لالتزامه، ولكن حقيقة التزام البنك في خطاب الضمان دائماً عبارة عن وعد بدفع مبلغ من المال على السبيل الضمان، إذ أن محل التزام البنك في خطاب الضمان لابد أن تكون بدفع مبلغ من النقود معيناً أو قابلاً للتعيين فلا يجوز أن يكون محل الخطاب أداء خدمة مثلاً، في حين أن وجود دين واحد على المدين والكفيل يؤدي إلى نتائج لا تتوافق مع مفهوم خطاب الضمان؛ لأن تنفيذ الالتزام محل التعاقد من أحد المدينين(الكفيل أو المدين الأصلي) يحرر سائر المدينين إذ يكون لهم أن يدلوا باسباب انقضاء الدين المنقضي بتنفيذه.

الخاتمة

وفي الختام توصل الباحث إلى أهم النتائج والتوصيات.

أولاً: الاستنتاجات:

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

1- يـقـدم خطابات الضمان فوائداً لكل أطرافه , فالمستفيد من الضمان البنكي وهو غالباً ما تكون جهة حكومية تضمن عدم التلاعب من جهة العميل أو المتقدم للمشروع , وتضمن عدم تراجعه بعد فوات الأوان.

2- أما العميل فهو يضمن أن يقوم بمشاريع بحيث لا يقدم إلا نسبة من المبلغ المطلوب وذلك بضمان البنك له , وفي هذه الحالة قد ضمن أن يتقدم إلى مشاريع ضخمه بسيولة ضئيلة حتى ينتهي المشروع ويتمكن من إعادتها للبنك.

3- أما البنك فيستفيد من العمولات التي يحصل عليها لقاء الخدمات الإدارية التي يقدمها للعميل، والمجال مفتوح على كل الأبواب في شتى أنواع هذا الضمان.

4- ومن الناحية الشرعية لقد توافق هذا النوع من الضمانات مع الشريعة الإسلامية حسب ما ورد عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من 22 - 28 ديسمبر 1985م.

5- وهناك إختلاف بين خطاب الضمان والكفالة المصرفية لأن الضمان ينشىء التزام أصلي على الضامن المصرفية وهو استقلال الدين المضمون عن الالتزام الأصلي.

6- أما الأجرة التي تحصل عليها المصارف الإسلامية نظير إصدار خطابات الضمان هي عمولة مستحقة لها نظير المصروفات الإدارية والخدمات المصرفية التي تقدم لعملائها على سبيل الاحتراف.

ثانياً: التوصيات:

1- على مستوى التشريعي ضرورة تحريك المشرع العراقي لوضع تقنين خاص بعمليات البنوك خاصة بخطابات الضمان المصرفية يضبط ويزيل الخلاف حولها.

2- تخفيف نظام الدفع والمعاوضة على مستوى التعامل المصرفي وذلك بإعطاء البنك الحق في عدم تسهيل قيمة الخطاب في بعض الحالات لخلق نوع من التوازن في مجال خطابات الضمان التي تدفع عند الطلب.

3- تصدي القضاء لوسائل العميل أو البنك التي تهدف إلى عرقلة تنفيذ الضمان لصالح المستفيد عندما يتحقق من وجود بند واضح بالدفع لدى أول طلب وعليه رد أي طلب يرمي للعرقلة وألا يقبل المراجعة بشأن طلبات عدم سداد قيمة الخطابات إلا في حالات محدد نوجزها فيما يلى:

أ- عندما يكون خطاب الضمان قابلاً للتخفيض ويطلب دفعة كاملة.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ب- وعندما يطلب مبلغ خطاب الضمان بقصد الغش الفاضح أو بصورة تعسفية.

ت- وعندما تكون المطالبة مقدمة لضمان عقد ظهر أنه مخالف للنظام العام أو الآداب العامة.

4- تطبيق القواعد الدولية الموحدة الصادرة من غرفة التجارة الدولية بباريس والمتعلقة في خطابات الضمان بالعراق، وذلك لتنظيم خطابات الضمان لحين إصدار تشريع خاص ينظم عمليات البنوك ومن ضمنها خطابات الضمان المصرفية.

قائمة المصادر

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: كتب الحديث النبوي الشريف

1- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله الجعفي البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق: د.مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، بيروت.

2- الترمذي، أبو عيسى محمد سَوْرة بن موسى بن الضحاك الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق: بشار معروف عواد، دار الغرب الاسلامي، بيروت.

3- السجستاني، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي، سنن أبي داود، دار الكتاب العربي، بيروت.

4- مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

5- القزويني، أبو عبدالله محمد بن ماجه بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة

ثالثاً: كتب المعاجم واللغة

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

6- الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمر الملقب بجار الله الزمخشري، أساس البلاغة، تحقيق: عبدالرحيم محمود،دار المعرفة، بيروت.
7- ابن الفارس، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني، معجم مقايس اللغة، تحقيق: عبدالسلام محمد هاورن، دار الفكر.
8- ابن منظور، محمد بن مكرم الافريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت.

رابعاً: كتب الفقه

أ- الفقه الحنفي

9- ابن العابدين، محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز بن أحمد بن عبدالرحيم الحنفي، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار إحيار التراث العربي، بيروت.
10- الكاساني، أبو بكر علاء الدين بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت.
11- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبدالواحد بن عبدالحميد السيواسي، شرح فتح القدير، ط1، المطبعة الكبرى الاميرية.

ب- الفقه المالكي

12- الدسوقي، محمد ابن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.
13- الرعيني، ابو عبدالله محمد بن عبدالرحمن الحطاب الرعينى، مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل، دار الكتب العلمية، بيروت.
14- الصاوي، ابو العباس احمد بن محمد الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف.

ت- الفقه الشافعي

15- البغوي، محمد أبي الحسين بن مسعود بن محمد الفراء البغوي، التهذيب في فقه الامام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت.
16- الخطيب الشربينى، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ط1، دار الفكر، بيروت.
17- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار المعرفة، بيروت.

ث- الفقه الحنبلي

18- البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ط1، دار الفكر، بيروت.
19- ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني في فقه الامام أحمد بن حنبل، دار الغد العربي، القاهرة.

ج- الفقه الظاهري

20- ابن حزم، علي بن احمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت.

ح- الفقه الأمامي الاثني عشري

21- المرتضى، احمد بن يحيى بن المرتضى بن أحمد بن المرتضى بن المفضل بن منصور المهدي لدين الله، البحر الزخار، مؤسسة الرسالة، دار الكتاب الاسلامي، القاهرة.

خامساً: كتب أخرى

22- أحمد محمد إسماعيل برج، الكفالة وأثرها في الفقه الإسلامي، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2001م.
23- بكر بن عبدالله أبو زيد، خطاب الضمان، ضمن فقه النوازل، ط1، مؤسسة الرسالة، سنة 1407هـ.
24- حسني المصري، عمليات البنوك القانونية، دار الكتب للنشر، سنة1994م.
25- الزحيلي، د. وهبة مصطفى الزحيلي، خطابات الضمان، دار المكتبي، القاهرة، ط2، سنة 2016.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

26- عادل ابراهيم السيد، مدى استقلالية التزام البنك في خطابات الضمان، ط1، مطبعة جامعة عين الشمس، سنة1996م.
35- علي البارودي، الأوراق التجارية والإفلاس، منشاة المعارف، ط1، سنة1977م.
36- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، ط2، دار النهضة العربية، سنة2000م.
37- محمد عثمان شبير، المعاملات المصرفية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس، سنة1996م.
38- محمود الكيلاني، عمليات البنوك، الكفالات المصرفية وخطابات الضمان، دار الجيب، عمان، سنة1992م.
39- محي الدين اسماعيل علم الدين، موسوعة البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، النسر الذهبي للطباعة، ط3، سنة2001م.

سادساً: القوانين

40- قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (18) لسنة 1993م.
41- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م.
42- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م.

سابعاً: الرسائل الجامعية

43- بضراني، نجاة بضراني، رسالة دكتورا بعنوان: الائتمان المصرفي بطريق التوقيع، جامعة القاهرة،1987م
44- مغديد كريم طه، رسالة ماجستير، بعنوان: شرع من قبلنا ونماذج من تطبيقاته الفقهية، مقدمة الى مجلس كلية العلوم الاسلامية-جامعة بغداد- سنة2006م.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

پوختە

ئەم توێژینەوە تیشك ئەخاتە سەر بابەتی خیتاباتی زەمانی مەسرەفی لە چەند رووێکەوە، پێناسە ومەفهومی خیتاباتی زەمانی مەصرەفی لە فقهی ئیسلامی وجۆرەکانی وە جیاوازی لە نێوان خیتاباتی زەمانی مەسرەفی وکەفالەی مەسرەفی چونکە تێکەلاویك هەیە لەنێوانیان بەهۆی وێچونیکی زۆر لە نێوانیان،خیتاباتی زەمان وکەفالەی مەسرەفی پەیوەندی نێوان سێ کەس دیاری ئەکات، بۆیە لەم توێژینەوە جیاوازیەکان ئەخەینەرو، چونکە خیتاباتی زەمانی مەسرەفی تەنها لە چوارچێوەی ناوەخۆ قەتیس نامێنێتەوە بەلکوو لە ئەساسەوە بۆ ئالوگۆری بازرگانی نێودەولەتی داندراوە، گرنگی ئەم توێژینەوە لەوە دایە قەبارەی ئالوگۆری بازرگانی لە نێوان وولاتان گەشەی سەندووە، بۆیە بێویستە خیتاباتی زەمانی تایبەت بە کرداری هاوردە ونارده دیاری بکرێت، وەهەروەها خیتاباتی زەمانی مەسرەفی، دلنیایی پێویست ئەدات بەخاووەن کار، وەهەروها بێشکەش کردنی بدیلی نقدی بەدانانی مەبلەغی زەمان، لەکاتی جێ بەجێ کردنی گرێ بەستی مقاوەلات، چارەسەری کێشەی خیتاباتی زەمان بەشێوەی پیشەیی بەمەرجێك بەردەوام بوونی ئالوگۆری بازرگانی وئابووری بەبێ ئەوەی دژ بە بەرژەوەندی هیچ لایەك بێت، وەهەروها لەم توێژینەوە باسی ئەوە ئەکەین چۆن خیتاباتی زەمانی مەسرەفی تەکییف ئەکات لە گەل فقهی ئیسلامی .

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

Abstract

Banking guarantees are of great importance in the growth of economic life and the development of business processes. They are a means of facilitating and need financing when an obligation falls on a party to provide money, service or goods to the other party, as well as in cases where a liability may arise, And that the application of the letter of guarantee is not confined to the local domain but rather originated primarily in international transactions, and that the letter of guarantee varies P Because the guarantee creates an original obligation on the bank guarantor, which is the independence of the debt secured from the original obligation, and that the fees obtained by the Islamic banks in return for the issuance of letters of guarantee are a commission due to them for the administrative expenses and banking services provided to their clients professionally.