

الطبيعة القانونية للضمانات المستقلة

The Legal Nature of Independent Guarantees

أستاذ دكتور

حسين عبدالله عبد الرضا
جامعة بغداد - كلية القانون

Hussein@colaw.uobaghdad.edu.iq

طالبة – ماجستير

شيماء خضير عباس
جامعة بغداد - كلية القانون

Shaimaa.khodair1201a@colaw.uobaghdad.edu.iq

المخلص

عرفت الكفالة منذ القدم كونها الضمان الشخصي الاكثر استخداماً سواء على مستوى الاعمال التجارية او المدنية داخلياً وخارجياً، الا انها عانت من نقاط الضعف من وجهة نظر الدائنين، فكانت أغلب القوانين تسعى الى حماية الكفيل على حساب الدائن علاوة على قيامها على مبدأ التبعية، مما حدا للدائنين للبحث عن وسيلة ضمان شخصي أكثر أماناً، وانطلاقاً من الحرية التعاقدية نشأت الضمانات المستقلة بدءاً بالممارسة العملية، تلتها مرحلة التنظيم التشريعي.

يقوم هذا النوع من الضمانات المستحدثة على مبدأ الاستقلال، فالضامن المستقل وهو المدين بالضمان يلتزم بضمان شخصي مصدره العقد مع عدم قابلية التمسك بالدفع مما يشكل ميزة تعري الدائنين، ولا يمكن للأنظمة القانونية المعروفة ان تستوعبها كالكفالة والانابة الناقصة وخطاب الضمان.

الكلمات المفتاحية: الضمان المستقل، ضمان الطلب الاول، الاستقلال، الكفالة.

Abstract

The guarantee has been known since ancient times as the most widely used personal guarantee, whether at the commercial or civil business level, internally and externally. However, it suffered from weaknesses from the point of view of creditors. In search of a safer personal guarantee, and based on contractual freedom, independent guarantees arose, starting with practice, followed by the stage of legislative regulation.

This type of new guarantees is based on the principle of independence. The independent guarantor, who is the debtor of the guarantee, is bound by a personal guarantee originating in the contract with the inability to adhere to defenses, which constitutes an advantage that tempts creditors, and the well-known legal systems cannot accommodate it, such as (Surtysip, Imperfect Representation, Stand-By Letter Of Credit).

Keywords: Independent Guarantee, Garantie Autonome, First Demand Guarantees, Independence, Surtysip, Cautionment.

المقدمة Introduction

أولاً: التعريف بموضوع البحث:- ان مبدأ حرية الارادة وما يتبعه من حرية تعاقدية مع عدم وجود نص قانوني يحظر انشاء اشكال معينة من الضمانات الشخصية مع عدم المخالفة للنظام العام والأداب، يجعل فكرة انشاء الضمان مدار البحث مقبولاً في القانون المدني العراقي رغم خلوه من تنظيمها تشريعياً.

ان الضمان المستقل بالمعنى الدقيق للعقود يضم كل من الضامن المستقل والدائن المستفيد، ومع ذلك فإن اهميته تبرز لجميع اطراف المعاملة الضمانية فلا ضمان بلا مضمون، فبالنسبة للمدين الرئيسي فهذا الضمان يغنيه عن الوديعة النقدية وما قد تمثله من ارهاق لذمته المالية، اما بالنسبة للدائن فهي توفر له الحصول على مبلغ الضمان النقدي بعيداً عن تهديد تمسك الضامن بالدفع الناشئة عن العلاقة الرئيسية (علاقة المدين الرئيسي بدائنه)، في حين تتضح اهميتها للضامن المستقل في صورة مصلحة تتحقق من العلاقة الرئيسية.

ثانياً: اهمية البحث:- وتبدو اهمية البحث لما ذكرناه آنفاً، علاوة على الخلو التشريعي لقانوننا المدني من تنظيمها مع ضرورة المسابرة للتطورات الحاصلة في القوانين المدنية وخصوصاً القوانين اللاتينية كالقانون المدني الفرنسي المعدل والذي اعترف بالضمان المستقل كعقد مسمى في المادة 2321 والمعدلة بالأمر 346 لسنة 2006 ضمن الفصل الثاني من الباب الاول (الاوراق المالية الشخصية) ضمن الكتاب الرابع.

ثالثاً: منهجية البحث:- ان البحث في الطبيعة القانونية للضمانات المستقلة يقتضي اتباع نهج الوصف التحليلي المقارن، بالاستعانة بنصوص القانون المدني العراقي والفرنسي والآراء الفقهية في مجال القواعد العامة للعقود أضافة للقواعد الخاصة بالضمانات، والقواعد الدولية الموحدة التي سعت لتنظيم الضمانات المستقلة حينما تستدعي الدراسة ذلك.

رابعاً: مشكلة البحث:- تدور مشكلة البحث الرئيسية في خلو القانون المدني العراقي من تنظيم الضمانات المستقلة اسوة بالقوانين المدنية المقارنة، وكذلك في اقتصار القانون المدني الفرنسي على تنظيمها بمادة واحدة فقط، اضافة الى ان حداثة هذا النظام القانوني تستدعي تحديد طبيعته القانونية من خلال الكشف عن وظيفته ومصدر الالتزام به وتحديد مفهوم الاستقلال الذي تقوم عليه وهل ان هذا الاستقلال ينفي التبعية التي تقوم عليها الضمانات التقليدية مطلقاً، ومدى انسجامه مع كل من المعنى التقليدي والحديث للتجريد.

خامساً: خطة البحث:- بناء على ما تقدم سنبحث الموضوع على ثلاثة مطالب وكالاتي:

المطلب الاول: الطبيعة الضمانية العقدية.
المطلب الثاني: الطبيعة المستقلة.
المطلب الثالث: تمييز الضمانات المستقلة عن الانظمة القانونية المشابهة.
الخاتمة.

المطلب الاول الطبيعة الضمانية العقدية

The Nature of the Contractual Guarantee

ان الغرض او الوظيفة الاساسية للضمانات بمختلف أنواعها يكمن في ضمان الوفاء بالالتزامات¹، مما يؤدي الى القول بأن وظيفة الضمان المستقل كضمان لا يمكن انكارها رغم الاستقلال القائم عليه، وقد اكدت أغلب الاتجاهات الفقهية² على ان الضمانات غالباً ما تتأطر بإطار العقد وتسمى (عقود الضمان)، وهذا ما سنحاول البحث فيه لتحديد مصدر التزام الضامن المستقل.
سيتم البحث في ذلك من خلال تقسيم هذا المطلب الى فرعين: يخصص الفرع الاول للبحث في الطبيعة الضمانية، اما الفرع الثاني فسيتم تسليط الضوء فيه على الطبيعة العقدية.

الفرع الاول الطبيعة الضمانية

The Guarantee Nature

نصت المادة 2321 من القانون المدني الفرنسي والمعدلة بالأمر 346 لسنة 2006: "الضمان المستقل هو الالتزام الذي يتعهد الضامن بموجبه، مقابل الالتزام الذي يلتزم به طرف ثالث، بدفع مبلغ اما عند الطلب الاول، او وفقاً لشروط متفق عليها. الضامن غير مسؤول في حالة اساءة المعاملة او الغش الواضح من قبل المستفيد أو تواطؤ الاخير مع المدين. لا يجوز للضامن معارضة أي استثناء يتعلق بالالتزام المضمون. مالم يتفق خلاف ذلك، فإن هذا الضمان لا يتبع الالتزام المضمون"، يلاحظ من المادة المذكورة الطبيعة الضمانية لموضوع البحث، مما يستتبعه ضرورة تحديد نوع الضمان الذي تمثله.

يتم الاهتداء بما ذهب اليه اتجاه³ في القانون الخاص الى تقسيم الضمانات من منظور الدائن، ففي حال كان اعتبار الدائن منصباً على شخص المدين بالضمان كان ضماناً شخصياً، بينما اذا كان اهتمامه متركزاً على مال معين كضمان كان ضماناً عينياً، ففي أي الضمانين يصنف الضمان مدار البحث.

يتم ابتداءً استبعاد فكرة ان الضمانات المستقلة قد تمثل ضماناً عينياً، ويتضح ذلك من فحص المقومات التي يقوم عليها الأخير من تخصيص عيناً ما كضمان أو لا، مع منح حق الافضلية والتتبع على هذه العين ثانياً، والذي يتضح من خلال المادة 2323 من القانون المدني الفرنسي المعدلة بالأمر المرقم 1192 لسنة 2021 بنصها: "الضمان العيني هو تخصيص أصل او مجموعة أصول حالية أو مستقبلية للسداد التفضيلي او الحصري للدائن"⁴.

كما يبدو ذلك من خلال نصوص القانون المدني العراقي التي تناولت الحقوق العينية التبعية ضمن الكتاب الرابع وعلى ابواب ثلاث شملت كل من الرهن التأميني والرهن الحيازي حقوق الامتياز ضمن المواد (1285-1383).

يلاحظ ان مقومات كل من الضمانات المستقلة المتمثلة بوعده ذو طابع شخصي بدفع مبلغ مالي لا تتقاطع مع مقومات الضمانات العينية المشار اليها، وجل ما يمكن ان يجمعهما هو النتيجة التي يكاد الضمان المستقل ان يحققها وهي التنفيذ الفوري والذي يؤديه التأمين النقدي حيث يمثل الاخير ضمان عينياً قوياً بالنسبة للدائنين بحكم الحيازة التي يقومها عليها، فالضمان المستقل يمثل بديلاً له.

وإذا ما جمعنا كل من الضمان المستقل والتأمين النقدي⁵ والكفالة النقدية⁶، على أساس تقاطعهم في الوظيفة الضمانية أولاً والمحل المتمثل بالمبلغ النقدي ثانياً، برزت نقطة اختلاف بينهم، كون كلاً من النظامين الاخرين هما ضماناً عينياً يقومان على التسليم والحيازة.

ان محاولة استيعاب الضمانات المستقلة ضمن الضمانات الشخصية يقتضي البحث في مقومات الاخير والتي برزت اراء فقهية مختلفة لتشخيصها تحديداً بين كل من الفقه العربي والفقه الفرنسي، سيتم تناولهما تباعاً واسقاطهما مع ما تقوم عليه الضمانات المستقلة.

أولاً: مقومات الضمانات الشخصية في الفقه القانوني العربي: استقر جانب كبير من الفقه العربي⁷ على أن الضمانات الشخصية تقوم على ثلاثة من العناصر، وهذا يستدعي النظر فيها والتعرف على مدى ملائمتها مع طبيعة الضمان المستقل، للتوصل الى إجابة على السؤال الذي يطرح ذاته: هل الضمان المستقل يمثل ضماناً شخصياً أم لا، نتناولها في النقاط الثلاثة الآتية:

المقوم الاول: ينبغي أن يكون للدائن حق شخصي في ذمة المدين، ولتحقيق مصالحه لا بد من تحقيق نوعاً من الاطمئنان لاستيفاء هذا الحق، فيقوم بمطالبة مدينه بضمان خاص، فيرتب التزام شخصي في ذمة الضامن، وهذا قائم في الضامن المستقل.

المقوم الثاني: أن الضمانات الشخصية تضمن أي حق شخصي أياً كان مصدره، وعليه يجوز للمدين بالتزام مصدره: (عقد او عمل غير مشروع او كسب دون سبب او قانون)، أن يقدم ضماناً شخصياً عن طريق طرف ثالث، وهذا المقوم متوافر أيضاً في الضمان المستقل.

المقوم الثالث: تبعية⁸ الضمان للالتزام: لأول وهلة تبدو التبعية كمبدأ تقوم عليه الضمانات بأنها ليست نقطة تقاطع مع الضمانات المستقلة بسبب المبدأ الذي تقوم عليه الأخيرة وهو (الاستقلال)، فالضامن المستقل يلتزم بدين أصلي مستقل عن الدين الرئيسي.

يلاحظ أن الطبيعة المستقلة لا تمنع الاعتراف بالصفة الضمانية، فالتبعية موجودة وقائمة في مرحلة المفاوضات التعاقدية، ولكنها بإرادة الاطراف وانطلاقاً من الحرية التعاقدية ولكون التبعية التي تقوم عليها الضمانات ليست من النظام العام فأنها تصبح مستقلة بمجرد الانعقاد وفي اثناء التنفيذ ايضاً ففي هذه المرحلة (التنفيذ) يتضح الاستقلال الذي يطمح له الدائن، أما بعد التنفيذ فتعود التبعية للظهور ليتمكن الضامن المستقل من الرجوع على المدين الرئيسي لاستيفاء ما تم سداده.

كما عبر عن ذلك جانب⁹ من الفقه: "لا يوجد ضمان بدون التزام مضمون، والضمان في خدمة المضمون ولكن تكون التبعية بنسب مختلفة: منها ما يكون الطابع التبعية فيه قوي جداً (كالكفالة)، ومنها ما هو مقيد (كالضمان المستقل)".

ثانياً: مقومات الضمان الشخصي في الفقه القانوني الفرنسي: ذهب هذا الجانب¹⁰ الى تحديد مقومين اثنين للضمانات الشخصية وهما:

المقوم الاول: انشاء حق مطالبة اضافي: فلا يوجد ضمان شخصي مالم تكن هناك ذمة مالية أخرى غير ذمة المدين الرئيسي، وبعبارة أخرى الضمان الشخصي يعني تعدد المدينين، ومن ثم تعدد الذمم المالية الملزمة، ويؤكد وجود هذا المقوم في الضمانات المستقلة من خلال تعريف الضمانات الشخصية بانها ضم ذمة او اكثر الى ذمة المدين الاصلي، فيصبح للدائن بدلاً من مدين واحد مدينان او اكثر كلهم مسؤولون عن الدين أما في وقت واحد او على التعاقب، وهذا قائم في الضمان المستقل.

المقوم الثاني: يجب الا يكون للضامن التزام أو خدمة كسبب او مقابل لالتزامه من قبل الدائن، وهذا ايضاً قائم في الضمان مدار البحث.

نستخلص مما سبق أن الالتزام بضمان مستقل هو التزام ضماني تتوافر فيه المقومات التي حددها الفقه العربي او الفرنسي، ذلك أن الضمان المستقل هو وليد حرية الإرادة والتي من خلالها يتجه الدائنون لتشكيل أداة تغطي تخلف المدين الرئيسي عن الوفاء¹¹ فهو (اداة ضمانية).

فالضامن المستقل لا يخصص اي مال من أمواله كتأمين للدين، ولكنه يشغل ذمته المالية بمبلغ نقدي دون تعيينه، لان النقود من الاموال المثلية، ومن ثم يمكن القول انه لا يحقق سوى ضمان عام على اموال الضامن المستقل، فبدل ان يكون للدائن المستفيد ضمان عام على اموال المدين فقط، يكون له ايضاً ضمان عام على اموال الضامن المستقل ولكن على دين آخر يمثل دين الاخير، ويمكن تلخيص العملية بتعدد الديون يقابله تعدد الضمان العام الممنوح للدائن المستفيد.

ومع ذلك لا بد من القول انه مع وجود تلك الصرامة التي يتميز بها الضمان المستقل، الا ان الدائن المستفيد لازال مهدداً بخطر افسار الضامن المستقل، لذا فهو لا يعطي ضماناً اكيداً في استيفاء الحق وهذا ما تحققه الضمانات الشخصية، مع التحفظ على ذلك اذا ما كان الضامن المستقل مصرفاً، بسبب اليسار الذي يتمتع به من جهة وحرصه على سمعته من جهة اخرى، ويمكن القول ان قوة الضمان الذي يحققه الضمان المستقل يتوقف على درجة يسار الضامن المستقل ومركزه.

وقد يثار التساؤل عن الفقرة الاخيرة الواردة في التعريف، هل أن الضامن المستقل يلتزم بالتضامن مع المدين الرئيسي أم بالتعاقب معه، الجواب سيكون على العكس مما سبق تماماً، فهو غير متضامن مع المدين الرئيسي في ذات الوقت ولا ملتزم بالتعاقب معه، لأنه ملتزم بصفة اصلية، وليس له الدفع بمطالبة المدين الرئيسي أولاً، ولا حتى المطالبة بالقسمة مع الاخير. ان الضامن المستقل ملتزم أصلي، والطابع المستقل يمنعه من أن يكون متضامناً مع المدين الرئيسي، فهو ملتزم بالسداد بمجرد المطالبة الاولى أو وفقاً لطرق قد يتفق عليها في عقد الضمان ذاته، ذلك أن مجرد المطالبة هي دليل على عدم وفاء المدين الرئيسي.

يستدعي ذلك استبعاد فكرة تضامن المدينين (تضامن سلمي) من ان تستوعب في الضمان المستقل، فعلى الرغم من أوجه التشابه بينهما من ناحية كونهما ضمان شخصي، ومن ناحية أخرى أن كلا من الضامن المستقل والمدين المتضامن هما مدينين أصليين، وذلك لوجود عدد من أوجه الاختلاف وتتمثل أولاً في اختلاف المحل بينهما، فالمدين المتضامن يدين بذات دين المدين الرئيسي، على خلاف المحل في الضمان المستقل، علاوة أن الضامن المستقل لا يمكن أن تجتمع فيه صفتي المدين الضامن المستقل والمدين المتضامن في ذات الآن.

لا يفوتنا أن ننوه أنه بصدر المرسوم المرقم 346 بتاريخ 23/ اذار/ 2006، نظم المشرع الفرنسي "الضمان المستقل" في الفصل الثاني من الباب الاول بعنوان "الضمانات الشخصية"، فحسم امر الضمانات المستقلة كضمانات شخصية، فجاء في المادة 2287 المستحدثة بالأمر 346 لسنة 2006: "الضمانات الشخصية التي ينظمها

هذا الباب هي الكفالة والضمان المستقل وخطاب النوايا¹²، وهذا دليل وافٍ على اعتبارها ضمان شخصي.

مما سبق يترتب على كون الضمانات المستقلة ضمانات شخصية ان التزام الضامن هو التزام شخصي، ومن ثم يلتزم في كل ذمته المالية، وينتقل التزامه بعد وفاته الى تركته، فلا يكون للدائن المستفيد الا ضمان عام في تركة الضامن المستقل، ونتيجة لذلك فإنها لا تجنب الدائن المستفيد مخاطر اعسار مدينه الضامن المستقل، او على اقل تقدير مزاحمة الغرماء.

الفرع الثاني الطبيعة العقدية

The Contracting Nature

انقسم فقه¹³ القانون الفرنسي قبل تنظيم الضمان المستقل في القانون المدني بالتعديل 346 لسنة 2006 لتحديد مصدر الضمان المستقل، هل هو عقد كفالة بطبيعة خاصة أم عقداً من نوع خاص، و ذهب البعض الى عدها نوعاً من الكفالة مع الفارق وهو ان الدائن المستفيد معفى من اثبات تقصير المدين، في حين ذهب البعض الآخر الى عد الضمان المستقل وعلى اعتبار الحقيقة الضمانية له، واستثناءه من امكانية التمسك بالدفع المستمدة من العلاقة الرئيسية، أما عقد كفالة باطلاً او عقداً صحيحاً غير مسمى، وللبحث في حقيقة مصدر التزام الضامن المستقل، لا بد من الاجابة على التساؤلات الآتية:

التساؤل الاول: هل أن الضمان المستقل عقد ام التزام بإرادة منفردة؟

التساؤل الثاني: فيما لو كان عقداً، هل هو عقد أحادي ام تبادلي؟

للإجابة على التساؤل الاول، نستذكر النصوص التي تناولتها التشريعات لتعريف الضمان المستقل، فعندما عرفها المشرع الفرنسي في التعديل التشريعي بالأمر المرقم 346 لسنة 2006 بالمادة 2321 والتي نصت: " ان الضمان المستقل هو التعهد الذي يلتزم بموجبه الضامن بسبب التزام معقود من قبل شخص ثالث بتسديد مبلغ أما عند الطلب الاول، او وفقاً لطرق متفق عليها...."، يلاحظ أن المشرع الفرنسي استخدم كلمة "يلتزم".

والحال كذلك في التعريف الذي أورده القواعد الدولية الموحدة (OHADA) لسنة 1993 حيث تم تعريفه في المادة 39 الفقرة الاولى أن الضمان المستقل: " هو الالتزام الذي يتعهد الضامن بموجبه في مقابل الالتزام الذي يوقعه العميل و بناءً على تعليمات الاخير، بدفع مبلغ محدد للمستفيد، وبناءً على الطلب الاول من المستفيد او وفقاً للشروط المتفق عليها".

أيضاً التعريف الذي أورده اتفاقية الامم المتحدة بشأن الضمانات المستقلة وخطابات الضمان لسنة 1995 جاء تعريف في المادة الثانية من الفصل الاول (نطاق الانطباق) من الاتفاقية المشار اليها تحت عنوان تعهد: "الأغراض هذه الاتفاقية يمثل التعهد التزاماً مستقلاً، يعرف في الممارسة الدولية بأنه ضمانه مستقلة او خطاب ضمان، مقدماً من مصرف او مؤسسة اخرى او شخص اخر، بأن يدفع للمستفيد مبلغاً معيناً او قابلاً للتعيين لدى تقديم مطالبة بسيطة مشفوعة بمستندات، حسب ما جاء في التعهد واي من شروطه المستندية يستدل منها استحقاق السداد بسبب تقصير في اداء التزام ما او بسبب حدث طارئ اخر او سداداً لمال مقترض او مستلف او سداداً لأي دين مستحق السداد واقع على الاصيل/ الطالب او شخص اخر"14.

ويلاحظ انه في كلا التعريفين استخدم المشرع مصطلح "التزام"، ان استخدام كلمة "يلتزم او التزام" في تعريف الضمان المستقل الذي لا يخرج عن أن يكون سوى (تصرف ارادي)، وهذا لا يؤدي الا الى أحد معنيين حصريين، أما الى الالتزام العقدي أو الالتزام بإرادة منفردة كونهما المصدرين الاراديين الوحيدين من بين مصادر الالتزام الاخرى (الكسب بلا سبب، العمل غير المشروع، القانون) والتي تمثل مصادر الالتزام اللاإرادية.

لتفريد أحد هذين المصدرين ليكون مصدر صحيحاً للالتزام الضامن المستقل ودحض الشكوك المحيطة بطبيعة مصدره، تشير الى إحدى السمات التي يقوم عليها الضمان المستقل، كونها ضمانات قائمة على الاعتبار الشخصي، ومن ثم لا يتصور بدهاء أن الدائن المستفيد يرتضي أن يكون أيما شخص ضامناً مستقلاً في مواجهته. مما يستدعي ان يكون هناك ايجاب صادر من الضامن المستقل متوجهاً للدائن المستفيد، والذي قد يرتضي أو لا يرتضي بالضامن المستقل المعين لصفات هي في اعتباره ضرورية للقبول، كالملاءة مثلاً أو السمعة الجيدة أو لتعاملات سابقة معه قد تكون ذات تأثير، وان الصورة النهائية لهذا الايجاب والقبول لا يمكن أن يكون الا في صيغة عقد، وبالتقاء الارادتين يتشكل عقد الضمان المستقل.

يلاحظ أيضاً من العبارة التي أوردها المشرع الفرنسي في نهاية التعريف "وفقاً لطرق متفق عليها" فكلية "متفق" إنما تشير الى وجود اتفاق مسبق على طريقة السداد، وهذا الاتفاق لا يمكن أن يحتويه الا عقد بالمعنى القانوني.

تجدر الاشارة الى ان القانون المدني الفرنسي قبل التعديل الصادر بالأمر 131 لسنة 2016، لم يكن يعترف بالإرادة المنفردة والقانون كمصدر يمكنه انشاء الالتزام¹⁵، وهذه النظرية ترقى بجذورها الى القانون الروماني، أما بعد التعديل المشار اليه وتحديداً بالمادة المستحدثة 1100 كان قد اعتمد الارادة المنفردة والقانون كمصدر

للاللتزام والتي نصت: "تنشأ الالتزامات من التصرفات القانونية أو الوقائع القانونية أو سلطة القانون وحدها...."16.

مما يعني أنه اثناء التوقيت الذي أعترف به المشرع الفرنسي بالضمان المستقل في التعديل المرقم 346 لسنة 2006، لم يكن يعترف بالإرادة المنفردة كمصدر لأي التزام، ومن خلال هذا يتضح قصد المشرع الفرنسي بأن مصدر الالتزام بضمان مستقل هو العقد لا غير، وهذا ما يفسر تخليه عن استخدام كلمة العقد في تعريفه للضمان المستقل لأنها مسألة تحصيل حاصل في حينها، على حد ادنى بالنسبة للقانون المدني الفرنسي المعدل آنذاك.

صدر لمحكمة النقض الفرنسي في ذات الصدد قراراً¹⁷ جاء في ملخصه: ".... وهي العقد الذي يتعهد البنك بموجبه بناء على طلب احد العملاء بسداد مبلغ متفق عليه، دون ان يكون الضامن قادراً على تأجيل الدفع او التقاضي لأي سبب من الاسباب، ويجب بالتالي رفض الحكم الذي يرفض مطالبة العميل بالدفع من قبل الضامن لمقاول كان هذا البنك قد عمل كضامن له...."، يلاحظ من استقراء التعريف ان محكمة النقض الفرنسية اعترفت صراحة بالطبيعة العقدية للضمان المستقل.

أما ما يتعلق بموقف القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل، فهو وان لم ينظم الضمان المستقل، لكن من الممكن استيعابه كأحد اشكال الضمانات غير المسماة، وبالرغم من اعترافه بالإرادة المنفردة كمصدر منشئ للالتزام، لا بد من الاشارة الى أن موقفه فيما يتعلق بالالتزام بإرادة منفردة جاء على سبيل الحصر، فقد نصت الفقرة الاولى من المادة 184 منه: "1- لا تلزم الارادة المنفردة صاحبها الا في الاحوال التي ينص فيها القانون على ذلك"، ومن ثم فهو لا يسمح بإنشاء التزامات بإرادة منفردة خارج الاشكال¹⁸ التي نص عليها، مما يقود للقول بأنه لا يقبل من خلاله استيعاب إنشاء ضمان مستقل بإرادة منفردة لأنه لم ينص عليه تشريعياً ضمن نصوصه، وبذلك لا يتبقى سوى نوع واحد من المصادر الارادية التي من الممكن من خلالها انشاء التزام بضمان مستقل وهو العقد.

نستنتج مما سبق بأن مصدر التزام الضامن المستقل هو العقد، يقودنا هذا الاستنتاج الى البحث عن اجابة للتساؤل الثاني، فيما لو كان مصدر التزام الضامن المستقل عقداً أحادياً أم عقداً ملزماً للجانبين.

لا بد أولاً من تعريف العقود أحادية الجانب للتعرف على مميزاته فقد عرفه القانون المدني الفرنسي المعدل: " أن العقد من جانب واحد، عندما يكون شخص واحد أو أكثر ملزماً دون أن يكون هناك اي التزام من جانب الآخر"، أما بالرجوع الى القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 فلم نجده قد أورد تعريفاً له، وإنما ترك

الامر للفقهاء¹⁹ والذي عرفه بأنه: " هو العقد الذي ينشئ منذ أبرامه، التزامات في ذمة أحد عاقديه دون الآخر، بحيث يكون أحدهما دائماً والآخر مديناً" والمتأمل في التعريفين، يجد اتحاداً في المعنى، وهذا متوافق مع طبيعة عقد الضمانات المستقلة، فالضامن المستقل له صفة المدين الوحيد في هذه العلاقة التعاقدية دون الطرف الآخر متمثلاً بالدائن الوحيد، فلا تجتمع صفتي الدائن والمدين سوية في اشخاص هذه العلاقة. وربما يثار التساؤل الآتي: الا تعد الالتزامات التي تفرض قانوناً او يفرضها مبدأ حسن النية على الدائن المستفيد -كالالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات بمدى ومضمون الضمان، وخصوصاً عندما يكون الضامن المستقل شخصاً طبيعياً حماية للأخير من خطورة ما هو مقدم عليه، او أن يكون هناك التزام عقدي كأن يشترط على الدائن المستفيد للحصول على الضمان تقديم أوراق معينة- الترتامات يمكن معها القول بأن عقد الضمان المستقل عقداً ملزماً للجانبين.

الا أنه يمكن الرد على هذا التساؤل ذلك أن الضمانات الشخصية بطبيعتها أحادية الجانب هذا أولاً وكما يتضح ذلك من مقوماتها، ولكون هذه الالتزامات لا تشكل السبب بمعنى "المقابل" او "النظير"، وبعبارة أخرى أن العقود الملزمة لجانب واحد لا يوجد فيها التزام على عاتق الطرف الآخر²⁰.

وكذا الحال تبقى الضمانات المستقلة محتفظة بطبيعتها كعقد أحادي الجانب ولو كان الضامن المستقل قد تقاضى أجراً او مقابلاً لضمائنه من المدين الرئيسي بالعلاقة المضمونة وذلك ان الاخير اجنبي عن عقد الضمانات المستقلة ولا يعد أحد أطرافها، لكن ذلك لا يمنع من أن يلتزم المستفيد بمقابل للضمان في مواجهة الضامن المستقل عندها يتحول الى عقد ملزم للجانبين.

بينما ذهب رأي آخر²¹ وعلى خلاف ما سبق فلم يصنف الضمان المستقل كعقد احادي الجانب مطلقاً او عقد ملزماً للجانبين، وانما ذهب الى أنه يمكن تصنيفه كعقد احادي الجانب وهذا هو الشكل الافتراضي، وتارة اخرى يمكن تصنيفه كعقد ملزم للجانبين في الحالات المنصوص عليها صراحة في عقد الضمان المستقل ذاته او بحكم نص القانون، وعلى العكس من هذا الرأي ذهب جانب²² من الفقه الى القول بأن التزام الضامن في الضمان مدار البحث انما ينشأ عن عقد أحادي الجانب.

خلاصة القول أن عقد الضمانات المستقلة هو عقد احادي الجانب وهو الراجح، فالدائن المستفيد يقبل الضمان دون أن يلزم نفسه بالتزام في مقابلة الضامن المستقل.

المطلب الثاني الطبيعة المستقلة

The Independent Nature

بعد ان تم تحديد طبيعة الضمان المستقل كعقد أحادي الجانب، لا بد من البحث في طبيعة استقلال التزام الضامن لأن الأخير هو المعني بهذا المصطلح الوارد في تسمية هذا النوع من الضمانات كونه المدين الوحيد، مما يستدعي الوقوف على مفهوم الاستقلال من خلال بيان معنى التجريد، والسبب في المقارنة مع هذه الفكرة بالتحديد يعود الى أن التجريد فكرة تختلط مع فكرة الاستقلال.

وبناءً على ما تقدم، سنتناول هذا المطلب من خلال تقسيمه الى فرعين: نتناول في الاول منه مفهوم الاستقلال، وفي الفرع الثاني سنسلط الضوء على نطاق الاستقلال.

الفرع الاول مفهوم الاستقلال

The Concept of Independence

ان البحث في مفهوم الاستقلال له خصوصية وبصفة خاصة عندما يرتبط بالالتزام بالضمان لأمرين اثنين:

1. فالأمر يشوبه التناقض وخصوصاً في الانظمة التي تأخذ بالسببية كالقانون العراقي، وترتب على انعدامه او عدم مشروعيته بطلان الالتزام، هذا من ناحية.
2. ومن ناحية أخرى، أن الضمان يستوجب مضمون وبعبارة أخرى أن الضمانات تابعة للالتزام الاصلي، فلا يطرأ على الالتزام المضمون ايجاباً او سلباً الا وشمل الضمان سواء أكان الضمان شخصياً أم عينياً وهذا ما يعرف بالتبعية.

كما ان البحث في موضوع استقلال التزام الضامن المستقل يستدعي التطرق الى مفهوم الالتزام المجرد، وللتعرف على الاخير لا بد من التعرض على المقصود منه وفقاً للمفهوم القديم والحديث، ومن ثم التوصل لإجابة للتساؤل الذي يطرح ذاته: هل ان المقصود في استقلال التزام الضامن المستقل هو الالتزام المجرد عن السبب ام ان للاستقلال مفهوم آخر؟

أولاً: الالتزام المجرد وفقاً للمفهوم القديم: يحمل الالتزام المجرد وفقاً لهذا المفهوم أحد معنيين وفقاً للنظريات التي طرحت لتحديده:

المعنى الاول: يقصد بالالتزام المجرد هو (الالتزام المفصول عن سببه)²³، ذهب رأي²⁴ وهو يمثل أقلية من الفقه الفرنسي الى الاخذ بهذا المعنى لتحديد المقصود باستقلال هذه الضمانات من خلال القول بأن التزام الضامن المستقل هو تصرف مجرد

عن السبب، وذهب هذا الرأي الى تعريف التصرف المجرد: "بانها التصرفات التي تتدقق قيمتها من ذاتها بغض النظر عن سببها او دافعها (وجوده أو شرعيته)"، ويرر رأيه بان التصرفات القانونية التي يتم الكشف عن غرضها المالي بسهولة فهي تصرفات مسببة، واذا لم يمكن فهم سببها الا بالبحث عنه خارج نطاقها فهي تصرفات مجردة.

ان هذا الرأي وان كان يعطي تفسيراً لعدم قابلية التمسك بالدفع، الا ان مما يؤخذ عليه انه بأطلاقه صفة التجريد هذه لم ينفي السبب من اساسه، بل قال بوجوده خارج اطار علاقة الضامن المستقل بالدائن المستفيد، خصوصاً ان الارتباك في تحديد ركن سبب في الضمان المستقل لا يعني انه تصرف غير مسبب.

وذهب رأي²⁵ آخر وبالتناسق مع هذا المعنى الى القول بتجريد التزام الضامن المستقل عن السبب ويؤكدون بقاءه صحيحاً، معللاً ان هذه الصحة تنتج عن الطبيعة الخاصة للضمان المستقل.

اما ما يتعلق بموقف القانون المدني العراقي فلا يمكن الاخذ بمفهوم الالتزام المجرد عن سببه والذي يمثل المعنى الاول وفقاً للمفهوم القديم، تأسيساً على أن القانون العراقي نظام قائم على الرضائية، مما يعني ان الارادة هي قوام التصرفات القانونية، ووفقاً لذلك اشترط السبب من ضمن اركان التصرف القانوني الصحيح.

تأكيداً لهذا التوجه رتب القانون المدني العراقي على عدم وجود السبب او عدم مشروعيته بطلان التصرف وفقاً لنص الفقرة الاولى من المادة 132 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 : "يكون العقد باطلاً اذا التزم المتعاقدون دون سبب او لسبب ممنوع قانوناً او مخالف للنظام العام او الآداب"، واستناداً للنص القانوني المذكور لا يمكن لأطراف العقد فصل الالتزام عن سببه بإرادتهم فقط.

اعترف المشرع العراقي بالتجريد كما في خطاب الضمان والاعتماد المستندي²⁶ والاوراق التجارية حيث تعد الأخيرة مثلاً للتجريد في الالتزام الصرفي²⁷ وغاية التجريد هذه ان لا تكون العلاقات الخارجية عائقاً لتداول الاوراق التجارية²⁸، وفي ذات الصدد نشير الى نص الفقرة الاولى من المادة 94 من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1981: "لا تقبل المعارضة في وفاء الحوالة الا في حالة ضياعها أو الحكم على حاملها بالإعسار"، فهي انظمة تأخذ بالتجريد ولكن ليس بهذا المعنى المشار اليه.

المعنى الثاني: الالتزام المجرد هو: (الالتزام الذي لا تتوقف صحته على الارادة الباطنة بل يتم الوقوف فيه على الارادة الظاهرة فقط)²⁹، والذي رجح الارادة الظاهرة

هو الحاجة الى تحقيق نوعاً من الاستقرار في المعاملات على حساب الارادة، فلا ينظر الى عيوب الارادة ولا الى سببها.

يتناسب هذا المعنى بصورة اكثر مقبولة من الرأي السابق مع توجهات المشرع العراقي، وما دعا لذلك التقبل ان هناك احوال معينة يعترف فيها المشرع العراقي بالصورية كما جاء ذلك في نص المادة 147 من القانون المدني العراقي: "1- اذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص اذا كانوا حسني النية ان يتمسكوا بالعقد الصوري كما ان لهم ان يثبتوا صورية العقد الذي أضمر بهم وأن يتمسكوا بالعقد المستتر. 2- واذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك البعض بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين".

ثانياً: الالتزام المجرد وفقاً للمفهوم الحديث: ونقتبس في هذا الصدد التعريف الذي ذهب اليه رأي³⁰ مؤسساً آياه على النتيجة المتوخاة من التجريد: "هو تعطيل الدفوع الملحقة بالالتزام وعدم التمسك بها في مواجهة الدائن الذي يتلقى عن طريق علاقة قانونية حقاً من أحد أطرافها سواء أكان طرفاً فيها أم أجنبياً عنها وذلك في حالات استثنائية، مالم يكن عالماً او من الممكن علمه بها حفاظاً على استقرار التعامل من ناحية وتسهيل انتقال الحقوق بين الذمم".

ان استقراء التعريف المذكور يقود الى فرضية ان التجريد بمعناه الحديث هذا، لا يعني أن هناك التزاماً غير مسبب، وإنما يتجه الى ان الالتزام في الحقيقة هو التزام قائم على جميع أركانه بضمنها السبب، الا ان ما يحدث هو تعطيل حق المدين من التمسك بالدفوع في مواجهة دائنه.

يجب الاشارة بنقاط القوة التي اعترها هذا التعريف قبل الخوض في محاولة مقارنته مع الاستقلال الذي يقوم عليه الضمان المستقل، يلاحظ أن التعريف تقصى روح التجريد من خلال تعريفه بالغاية المرجو الحصول عليها منه هذا أولاً، ومن ثم أنه صرح بأن التجريد يأتي في حالات استثنائية فقط ويفهم منه انه أبقى على الرضائية كأصل والتجريد هو استثناء يراد منه تحقيق نوعاً من الاستقرار، وبذات المعنى ذهب رأي³¹ الى تعريف الالتزام المستقل بصورة عامة: "بأنه اثر ينفصل عن صحة وبطلان سبب التصرف لتحقيق غرض تتجه اليه ارادة الاطراف".

يلاحظ من خلال استقراء القوانين المدنية عدم تصديها لتعريف الاستقلال وعلى الاقل القوانين محل المقارنة، وإن كان التعريف ليس من واجبات المشرع، الا ان الضمانات المستقلة وعلى اعتبار حداثة الاعتراف بها في التشريعات المدنية، وخرجها عن القواعد العامة بعدم تبعيتها للعلاقات التي انشأت لضمانها، كان الاخرى بالمشرعين ايراد تعريفاً او تحديداً للمراد به.

استثناءً من ذلك الخلو اوردت اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة وخطابات الضمان لسنة 1995، وصفاً للاستقلال في المادة 3 تحت عنوان "استقلال التعهد" بنصها: "الأغراض هذه الاتفاقية، يكون التعهد مستقلاً عندما لا يكون التزام الضامن تجاه المستفيد:

أ- مرهوناً بوجود معاملة أصلية أو صحتها، أو بأي تعهد آخر (بما في ذلك خطابات الاعتماد الضامنة أو الضمانات المستقلة التي يتعلق بها أي تثبيت للتعهد أو أي كفالة مقابلة) أو،

ب- خاضعاً لأي شرط أو حكم غير وارد في نص التعهد، أو بأي فعل أو قول أو واقعة مستقبلية غير مؤكدة الوقوع عدا تقديم المستندات، أو أي فعل أو واقعة أخرى من هذا القبيل تدخل في نطاق عمليات الكفيل"³².

يلاحظ من خلال قراءة النص وتحليله عدد من النقاط:

1- النص المذكور لم يشر لا صراحة ولا ضمناً الى ان الالتزام بضمان مستقل هو التزام غير مسبب.

2- كما ان النص على ان التزام الضامن غير مرهون بوجود او صحة معاملة أصلية لم يفي السبب عنه، بل انها اشارة ضمنية الى ان الملتزم بالضمان ليس له حق التمسك بالدفع الناشئة عن العلاقة الاصلية سواء من حيث الصحة أو الوجود.

3- اما في الفقرة (ب) منه، فقد كان التأكيد على نطاق الاستقلال عن جميع العلاقات او الشروط او الآثار التي قد تنشأ عن غير العلاقة الأصلية، ومن ضمنها علاقة الضامن المستقل بالمدين الرئيسي.

4- ومما يستحق الإشادة في هذه المادة، انها نصت على العلاقة الرئيسية، للتأكيد على الوظيفة الضمانية لهذا الالتزام، الا انها لم تحدد السبب فيه خصوصاً وانها اشارت الى جميع العلاقات السابقة له، مما يترك المجال فضاءً للتحري عن السبب.

ومن خلال مقارنة الاستقلال الذي نصت عليها هذه المادة مع مفهوم التجريد بالمعنى الحديث نجد انهما يتوافقان في المعنى (تعطيل الدفع).

ولتأكيد ذلك نشير الى الفقرة الثالثة من المادة 2321 من القانون المدني الفرنسي بنصها: "لا يجوز للضامن معارضة أي استثناء يتعلق بالالتزام المضمون"، يلاحظ ان المشرع الفرنسي كان له ذات التوجه عندما نص على عدم قابلية التمسك بالدفع التي تتعلق بالالتزام المضمون (العلاقة الرئيسية).

ومن خلال استقراء النص الذي اوردته اتفاقية الامم المتحدة بالمادة والفقرة المذكورة من القانون المدني الفرنسي المعدل، نجد ان الاتفاقية كانت أكثر دقة في تحديد نطاق الاستقلال، لأنها نصت على استقلال التزام الضامن المستقل عن جميع

العلاقات، اما القانون المدني الفرنسي فقد قصر الاستقلال عن العلاقة الرئيسية المضمونة فقط، وسكت عن تجريد الضامن المستقل من تمسكه بالدفع التي قد تنشأ عنها.

نخلص مما سبق ان التزام الضامن المستقل التزاماً مسيئاً وان المراد بالاستقلال مدار البحث هو تجريد الضامن من التمسك بالدفع الناشئة عن العلاقات الخارجية لتحقيق على الحصول على مبلغ الضمان بصيغة فورية، ويستدعينا ذلك للبحث عن السبب الحقيقي لهذا الالتزام.

وتجدر الاشارة ان التعديلات التي أجراها المشرع الفرنسي بالأمر 131 لسنة 2016 في المادة 1128 التي تضمنت اركان العقد بنصها: "يشترط لصحة العقد توافر الاركان الآتية: 1- تراضي الاطراف المتعاقدة. 2- تمتعهم بأهلية التعاقد. 3- المضمون المشروع والمؤكد." 33، والذي دار الجدل حول الغاء المشرع الفرنسي لركن السبب ام ابقاءه، فذهب اتجاهه 34 من الفقه الى ان ما قصده المشرع الفرنسي بمضمون العقد -في المادة 1162 والمعدلة بالأمر 131 لسنة 2016: "ان العقد يجب الا يخالف النظام العام من خلال بنوده او غرضه سواء كان ذلك معلوماً او غير معلوم من قبل اطرافه"³⁵ - هو مشروعية البند العقدي³⁶ وكذلك مشروعية الغرض منه، ولم يقصد السبب كدافع للتعاقد، بينما ذهب رأي³⁷ الى ان المشرع الفرنسي الغى السبب بالمفهوم القديم وابقى عليه بمفهومه الحديث مدمجاً اياه بركن المحل وشملهما بمصطلح مضمون العقد، ولضيق مجال الدراسة ولكون السبب ركن في العقد وفقاً للقانون المدني العراقي المعدل رقم 40 لسنة 1951، سيتم تسليط الضوء لتحديد السبب في عقد الضمان مدار البحث.

ان البحث عن السبب لهذا النوع من الضمانات يستدعي الوقوف على نظريات السبب، فوفقاً للنظرية التقليدية للسبب فإن لكل نوع من العقود سبب ثابت، ويتمثل في الالتزام المقابل، الا ان هذه النظرية مستبعدة في إطار عقود الضمان لإيجاد سبب لالتزام الضامن المستقل في الالتزام المقابل كون عقد الضمان من العقود الملزمة لجانب واحد وهو الراجح، ومن ثم ليس هناك مقابل لالتزامه فالدائن المستفيد لا يلتزم تجاه الاول، فمن المنطقي ان لا يتم البحث عن السبب في داخل العلاقة بين الضامن المستقل والدائن المستفيد، مما يستدعي البحث عن سبب لالتزام الضامن المستقل خارج عقد الضمان مدار البحث.

تقضي النظرية الحديثة ان السبب هو الباعث الدافع للتعاقد، ويمكن تشخيص السبب بهذا المعنى من خلال الاجابة على السؤال: ما هو الباعث الذي دفع الضامن المستقل لإنشاء هذا الالتزام؟

يكاد ان يكون سبب الالتزام بضمان مستقل تأسيساً على نظرية الباعث الدافع لا يخرج عن أحد الفرضيتين الآتيتين: الأولى: اعتبار ان السبب يتمثل في العلاقة الرئيسية المضمونة، والفرضية الثانية: اعتبار ان العلاقة بين المدين الرئيسي والضامن المستقل هي السبب.

ذهب رأي³⁸ الى ان التزام الضامن المستقل يجد سببه في العلاقة بين الضامن المستقل والمدين الرئيسي وكان لهذا الرأي الحجج المؤيدة :

1- ان العلاقة بين الضامن المستقل والمدين الرئيسي تقع خارج العلاقة التعاقدية ومن ثم لا يمكن للضامن المستقل التمسك بالدفع الناشئة عنها في مواجهة الدائن المستفيد مما يحافظ على استقلالية الالتزام بالضمان، ذلك ان الدائن المستفيد يعتبر من الغير بالنسبة لهذه العلاقة.

2- قد يكون السبب في التزام الضامن المستقل في صورة اجر يتقاضاه من المدين الرئيسي.

3- واذاف لتأكيد رأيه ان الضامن المستقل سيبقى صحيحاً في حالة بطلان العلاقة الرئيسية بين المدين الرئيسي والدائن، مما يعني ان العلاقة الرئيسية ليست هي السبب. أرست محكمة النقض الفرنسية في ذات الصدد قراراً³⁹ لها مفاده ينطبق على ما جاء به الرأي المشار اليه حيث جاء في نصه: "بما ان للضامن عند الطلب الاول مصلحة اقتصادية في ابرام العقد الاساسي، فإن الضامن عند الطلب الاول يتحقق ولو لم يكن هو طرف فيه"، حيث جاء في حيثيات القرار: (ان التزام شركة (Nancel) Leygfinance كضامن مستقل للمدين الرئيسي (Caison) لصالح الدائن المستفيد Credit Lyonnais France سببه هو ان التسهيلات النقدية التي سيحصل عليها المدين الرئيسي من الدائن المستفيد ستخصص ابتداءً لشراء مواد أولية سيتم توريدها فيما بعد للضامن المستقل)، بمعنى آخر ان سبب التزام الضامن المستقل هو ان المواد التي سيشتريها المدين سيتم توريدها له، وعلى اساس هذا القرار يكون سبب التزام الضامن المستقل هو العلاقة بينه وبين المدين الرئيسي.

بينما ذهب رأي⁴⁰ آخر الى القول بأنه لا يهم ما اذا ما كانت العلاقة بين المدين الرئيسي والدائن او العلاقة بين المدين الرئيسي والضامن هي السبب أو حتى عملاً مجرداً، نظراً للطبيعة المستقلة لهذا الضمان، والتي يترتب عليها عدم تمكن الضامن المستقل من التنصل عن التزامه لوجود دفع ناشئ عن العلاقة الرئيسية.

مما تقدم يتضح ان الضامن المستقل اداة ضمانية مصدرها العقد الاحادي الجانب وهو عقد صحيح لا يخلو من السبب، وانما المقصود بالاستقلال هو تعطيل الدفع

لضمان التنفيذ، ويكمن السبب في العلاقة بين الضامن المستقل والمدين الرئيسي وهو الراجح.

الفرع الثاني نطاق الاستقلال

The Scope of Independence

يتعلق محل الضمان المستقل بالعقد المبرم في ذاته، ولا يستمد من محل التزام المدين الرئيسي، وفي هذا الصدد يمكن القول ان محل التزام الضامن المستقل بهذه الصورة وبهذه الكفاية الذاتية هو اساس الاستقلال الذي تقوم عليه هذه العقود. يمكن للمتأمل ايضاً ان يستنتج فكرة أخرى من خلال طرح التساؤل الآتي، ليس الاتفاق على الاستقلال هو السابق في نية اطراف العقد، ألم يكن اتجاه ارادة الاطراف للوصول الى نتيجة الضمان هو البحث عن الوسيلة التي تحققها وهي الاستقلال، ويتبعها ذلك افراغ تلك النية في صورة موضوع التزام مستقل، بمعنى آخر ان المحل هنا هو تعبير عن توجه ارادة الاطراف الى الاستقلال مما يؤدي بنا الى قول ثاني وهو ان ارادة الاطراف هي اساس الاستقلال.

وفي فرضية أخرى يمكن الاخذ بالحد الأدنى من التوفيق بين كل من الارادة ومحل الضمان المستقل عند البحث عن اساس الاستقلال بالقول ان كل منهما نتيجة طبيعية للآخر أي هما فكرتين متزامنتين في الطرح والاتفاق، او بمعنى آخر ان اساس الاستقلال هو الارادة ووسيلتها هو مبلغ الضمان.

ان البحث في موضوع الاستقلال يقتضي التعرض الى نطاق استقلاله، من حيث ان هناك علاقتين سابقتين له، وهما علاقة المدين الرئيسي بالدائن، وعلاقة الضامن المستقل بالمدين الرئيسي، فعن أي العلاقتين يعد هذا النوع من الضمانات مستقلاً عنه، ام هو مستقل عن الاثنين معاً.

ان الرجوع الى نص المادة 2321 من القانون المدني الفرنسي نجدها قد اشارت الى عدم امكانية التمسك بالدفع الناشئة عن العلاقة الرئيسية (المدين الرئيسي بالدائن)، وتأسيساً على هذا يمكن الخروج بنتيجة ان الضمان هذا مستقل عن العلاقة الرئيسية يستتبعه عدم امكانية الضامن المستقل للتمسك بأي دفع ناشئ عنها.

ولكن ما هو وضع علاقة المدين الرئيسي بالضامن المستقل من الاستقلال، فلم نجد ان القانون قد نص على استقلال الضامن المستقل عنها، خصوصاً وانها تشكل ركن السبب في التزام الضامن المستقل، ومن هذا المنطلق يطرح تساؤل آخر، هل بإمكان الضامن المستقل الاحتجاج ببطلان هذه العلاقة لأي سبب كدفع للتمسك ببطلان الضامن المستقل؟

ومما استدعانا لهذا الطرح هو تأطير الاستقلال لهذا الضمان ضمن اطار ثابت لا يقبل الشك، ان الاجابة بالإيجاب على هذا التساؤل سنتعارض مع الغاية التي من اجلها تم ظهور الضمانات المستقلة، في الحصول على مبلغ الضمان بطريقة مباشرة وآلية اشبه بالدور الذي تؤديه التأمينات النقدية.

يلاحظ ان واقع الحال يشير الى ان الضامن المستقل قد تنازل ضمناً عن امكانية تمسكه بالدفع الناشئة عن كل من العلاقتين السابقتين للضمان المستقل، ويمكن تبرير ذلك من خلال القول أن هذا الضمان مستقل عن علاقة الضامن المستقل بالمدين الرئيسي، قياساً على استقلال الكفالة عن علاقة الكفيل بالمدين الرئيسي.

ولتأكيد ذلك نؤيد ما ذهب اليه رأي⁴¹ بالقول بتجريد الكفالة عن العلاقة بين الكفيل والمدين الاصلي بالرغم من عدم نص القانون المدني العراقي المعدل على هذا التجريد والقياس عليه ومد حكمه على علاقة الضامن المستقل بالمدين الرئيسي، وقد ساق عدداً من الحجج لتأكيد ذلك:

- 1- بالرغم من ان الرضائية هي الاساس في القانون العراقي⁴² الا ان هناك التزامات تقتضي التجريد بطبيعتها، فتلك الطبيعة تفترض التجريد خدمة للدائن حسن النية، فما من داع لإضعاف ضمانه بسبب التمسك بدفع ناشئة عن علاقة هو اجنبي عنها.
- 2- اعتراف كل من الفقه الفرنسي والالمانى والمصري بتجريد التزام الكفيل عن علاقته بالمدين الاصلي.

- 3- للحفاظ على قيمة الكفالة كضمان، ومن ثم الحفاظ على مركز اقوى للدائن. بعد ان خلصنا الى ان الضامن في هذا النوع من الضمانات ليس له التمسك بالدفع الناشئة عن كل من العلاقتين السابقتين لالتزامه وجب طرح التساؤل الآتي:
هل ان هذا الاستقلال يقضي على التبعية تماماً؟

للإجابة على هذا التساؤل يحب التمييز بين مراحل الضمان، ففي مرحلة المفاوضات العقدية أو ما يعرف بالمفاوضات التمهيديّة تكون التبعية حاضرة، فلا التزام بضمان بدون مضمون، تليها مرحلة الانعقاد والتي يستقل فيها الضمان عن جميع العلاقات السابقة بمجرد الانعقاد، اما في مرحلة التنفيذ يمكن القول انها المرحلة التي تمثل عمق الاستقلال فهي المرحلة التي تظهر فيها الغاية من انشاء هذا النوع من الضمانات من خلال قيام الضامن المستقل باعتباره المدين بالسداد بدون أي دفع أو اجراءات.

الا ان هذا الاستقلال أي في مرحلة التنفيذ أيضاً لا يجري على اطلاقه، فقد نص المشرع الفرنسي في القانون المدني في الفقرة الثانية من المادة 2321 المعدلة بالأمر 346 لسنة 2006 على استثناءين وهما حالتي الغش والتعسف فقد جاء بنصها:

"الضامن غير مسؤول في حالة اساءة المعاملة أو الاحتيال الواضح من قبل المستفيد أو تواطؤ الاخير مع الاصيل"⁴³.

واخيراً وليس آخراً، مرحلة ما بعد التنفيذ حيث تظهر التبعية مرة أخرى اسوة بما هو معروف في الكفالة ليتمكن الضامن المستقل من الرجوع على المدين الرئيسي. ويمكن تلخيص ما سبق باقتباس ما ذهب اليه رأي⁴⁴ من الفقه الفرنسي وهذا ما نؤيده بالقول بأن الضمان المستقل ليس عملاً مجرداً وانما مسبباً ويقع السبب في العلاقة بين الضامن المستقل والمدين الرئيسي واستدل بالحجج:

1- ان الاستقلال ينحصر في تنفيذ الضمان أي أثناء فترة الدفع من خلال عدم قابلية التمسك بالدفع المستمدة من العلاقة الرئيسية.

2- انه سيتم اعادة انشاء الرابط بالعلاقة الرئيسية بعد التنفيذ.

3- قد يتم اعادة انشاء الرابطة التبعية حتى قبل التنفيذ وذلك في حالتني التعسف والاحتيال.

4- ان الاستقلال وسيلة لتحقيق الضمان وليس اساساً للالتزام بالضمان.

المطلب الثالث

تمييز الضمانات المستقلة عن الانظمة القانونية المشابهة

Distinguishing Independent Guarantees of Similar Legal Systems

بعد ان حددنا طبيعة الضمانات المستقلة كضمان شخصي، وكون مصدر التزام الضامن المستقل لا يمكن ان يكون غير العقد في كل من القانون المدني الفرنسي المعدل والقانون المدني العراقي المعدل للأسباب المذكورة آنفاً، وان هذا العقد يتخذ شكل العقد الملزم لجانب واحد وهو الراجح وانه عقد مسبب، مع تجريد الضامن فيه من حقه بالتمسك بالدفع الناشئة عن العلاقات السابقة، لا بد من تسليط الضوء على بعض الانظمة القانونية المشابهة وتمييزها عن الضمانات المستقلة، من خلال تقسيم هذا المطلب الى ثلاثة فروع نقارن فيها الضمان المستقل مع (الانابة الناقصة، الكفالة وخطاب الضمان) على التوالي.

الفرع الاول الانابة الناقصة

Imperfect Representation

تعرف الانابة وفقاً للمادة 405 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951: "1- تتم الانابة اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص اجنبي بوفاء

الدين مكان المدين. 2- ولا تقتضي الانابة ان يكون هناك مديونية ما بين المدين والاجنبي".

ان الانابة المقصود تشبيها هنا هي الانابة الناقصة، أي يبقى المنيب ملتزماً تجاه المناب لديه، لا الانابة الكاملة التي يستبدل فيها الالتزام الاول بالالتزام جديد من خلال تغيير المدين⁴⁵، ويلاحظ ان هناك **أوجه تشابه** بين كل من الانابة الناقصة ومعاملة الضمان المستقل والتي يمكن تلخيصها كالآتي:

1. يشتركان في وظيفة الضمان القوي، فتحقق الانابة الناقصة وظيفه الضمان كوظيفة اساسية⁴⁶ - علاوة على وظائفها الاخرى⁴⁷ - فيكون في مواجهة الدائن مدينين (الضامن المستقل والمدين الرئيسي) في الضمان المستقل و(المنيب والمناب) في الانابة الناقصة.

2. ان كل منهما (معاملة الضمان المستقل بمعناها الواسع والانابة الناقصة) تتكون من ثلاث أطراف.

3. استقلال التزام كل من الضامن المستقل والمناب في اداء الالتزام عن العلاقة التي تربطهما بالمدين الرئيسي لاختلاف مصدر كل منهما، ومن ثم تجردهما من امكانية التمسك بأي دفع ناشئ عنها.

4. للمناب ان يرجع على المنيب بعد الوفاء كما هو الحال مع الضامن المستقل.

ان أوجه التشابه المذكورة آنفاً وتفسيرها لبعض خصائص الضامن المستقل، لا يمكن من خلالها القول بإمكانية الانابة الناقصة من استيعاب الضامن المستقل لوجود عدد من **أوجه الاختلاف** يمكن تلخيصها كالآتي:

1. ان ما ينتج عن انشاء الضامن المستقل من اضافة ذمة جديدة في مواجهة الدائن، لا ينبي على ان المدين (الضامن المستقل) مديناً بذات الدين الذي في ذمة المدين الرئيسي كما في الانابة الناقصة وانما ينشئ مديناً جديداً بدين جديد، والا فقد الضامن المستقل أهميته.

2. ان استقلال التزام المناب يكون فقط عن علاقته بالمنيب ومن ثم يتجرد من دفعها كما نصت على ذلك المادة 407 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951: "يكون التزام المناب صحيحاً حتى لو كان ملتزماً قبل المنيب وكان التزامه هذا باطلاً أو خاضعاً لدفع من الدفع، ولا يبقى للمناب الا حق الرجوع على المنيب، كل هذا مالم يوجد اتفاق يقضي بغيره"، اما عن علاقة المنيب بالمناب لديه فلا يمتد لها هذا الاستقلال ولا يتجرد عن الدفع الناشئة عنها، على خلاف الضامن المستقل الذي يكون التزامه مستقل عن كل العلاقات والذي يتجرد من التمسك بالدفع الناشئة عنها جميعاً.

بناء على ما تقدم نؤيد ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها⁴⁸ من ان الالتزام بضمان مستقل لا يشكل إنبية ولكنه التزام مستقل بالضمان عن العلاقات الأخرى.

الفرع الثاني الكفالة

Suretyship

تعرف الكفالة وفق المادة 1008 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 بانها: "الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام" وكذلك المادة 2288 من القانون المدني الفرنسي المعدلة بالأمر 1192 لسنة 2021: "الكفالة هي العقد الذي بموجبه يتعهد الكفيل تجاه الدائن بسداد الدين في حالة تقصير المدين"⁴⁹، يتضح من هذه المواد ان هناك **أوجه تشابه** بين كل من الكفالة والضمان المستقل يمكن تلخيصهما بالآتي:

1. وظيفة كل منهما هي وظيفة ضمانية، بالتزام شخصي أي يمتد لجميع الذمة المالية للملتزم بها، فهما يقومان على فكرة تعدد الذمم الضامنة – الضمان العام - في مواجهة الدائن المضمون⁵⁰.
 2. الرأي الراجح في تحديد مصدر التزام الضامن في كل منهما انه عقد احادي ملزم لجانب واحد.
 3. لكل من الكفيل والضامن المستقل حق الرجوع على المدين بعد التنفيذ.
الا ان أوجه التشابه هذه لا تعني قابلية الكفالة في استيعاب النظام القانوني للضمان المستقل، لوجود عدد من **أوجه الاختلاف** ندرجها بالآتي:
1. لا تقوم الكفالة الا على التزام موجود وصحيح، كما نص على ذلك القانون المدني الفرنسي في المادة 2293 المعدلة بالأمر المرقم 1192 لسنة 2021: "لا توجد الكفالة الا على التزام صحيح"⁵¹، في حين ان التزام الضامن المستقل لا يتأثر بوجود او بطلان العلاقة الرئيسية .
 2. استقلال التزام الضامن المستقل عن العلاقة المضمونة، بينما يكون التزام الكفيل تابعاً له، ومن ثم فانه يتمتع بحق التمسك بالدفع الناشئة عنها، على عكس الاول الذي يتجرد منها.
 3. هناك مدين اصلي ومدين تباعي بالتزام واحد هو الدين الرئيسي في الكفالة، بينما في الضمان المستقل كلا المدينين اصليين بالتزامين اصليين لاختلاف مصدر التزام كل منهما بمحليين مختلفين.

4. بحكم استقلال التزام الضامن المستقل يتمتع اطرفه بحرية في تحديد مبلغ الضمان والذي من المقبول ان يتجاوز مبلغ العلاقة المضمونة، على عكس الكفالة التي تكون محددة بالالتزام الرئيسي.

نستخلص من ذلك انه لا يمكن لنظام الكفالة استيعاب الضمان المستقل، على الرغم من قيام بعض التشريعات بتنظيم احكامه ضمن الكفالة ولكن ككفالة غير تبعية مثل القانون المدني الالمانى⁵²، وذهب جانب⁵³ من الفقه لاستخدام مصطلح "كفالة مستقلة" للتعبير عن الضمان مدار البحث يعني بأنها ليست كفالة بالمعنى المعروف.

الفرع الثالث خطاب الضمان

Stand-By Letter of Credit

ذهب اتجاه فقهي⁵⁴ الى تعريف خطاب الضمان بأنه: (صك يصدره المصرف يتعهد فيه بناء على طلب أحد عملائه بسداد مبلغ نقدي الى الدائن المستفيد دون أي قيد أو شرط)، ويتضح من التعريف تأسيس خطاب الضمان كالتزام قانوني اصلي وليس كالتزام تابع، وذهب هذا الرأي الى ان خطاب الضمان لا يمكن ان يؤسس على النظام القانوني للكفالة بسبب ذلك الاستقلال.

فجاء في قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 المعدل بصدد تعريفه لخطاب الضمان في المادة 287 بأنه: "خطاب الضمان تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب احد المتعاملين معه (الأمر) بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين لشخص اخر(المستفيد) دون قيد او شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب...."، ويلاحظ من التعاريف المذكورة ان هناك اوجه تشابه كثيرة بين خطاب الضمان والضمانات المستقلة ويمكن تلخيصها بالآتي:

1. ان الالتزام في خطاب الضمان هو التزام اصلي يكون تعهد المصرف فيه قاطعاً بالسداد بمجرد المطالبة من الدائن المستفيد، كما هو الحال في التزام الضامن المستقل.
2. ليس للمصرف أي حق بالتمسك بالدفع الناشئة من علاقة العميل بالدائن، وهذه احد سمات الضمانات المستقلة فيلتزم المصرف بدفع مبلغ الضمان عند المطالبة الاولى (التنفيذ المباشر) حتى وان قدم العميل اعتراض على ذلك كبطلان علاقته بالمستفيد⁵⁵.
3. بالإضافة الى ان المحل في كلا النظامين يتمثل بمبلغ نقدي.

ومن ثم يمكن القول ان خطاب الضمان هو ضمان مستقل⁵⁶، او هو وسيلة للضمان المستقل كما عبر عن ذلك رأي⁵⁷ آخر، باستثناء بعض الفروق التي تستدعيها تجارية خطاب الضمان، فالأخير دائماً ما يصدر من مصرف (شخص معنوي) وان يكون من

بين أغراضه منح هكذا ضمانات، بالإضافة الى انه لا يمكن ان يتصور ان يكون هناك خطاب ضمان غير مكتوب وان لم ينص على ذلك في قانون التجارة رقم 30 لسنة 1981، على خلاف الضمانات المستقلة التي يمكن لأي شخص ان يصدرها مالم يرد نص خاص يحظرها، وان الكتابة غير مطلوبة فيها كركن، ويلاحظ بأن هذه الفروق وان كانت من مستلزمات خطاب الضمان الا انها ليست من جوهره.

الخاتمة

Conclusion

ارتأينا ان نختم هذا البحث بفقرتين: تتضمن الاولى أهم النتائج التي تم التوصل اليها، اما الفقرة الثانية فسنسلط الضوء فيها على بعض من التوصيات التي نرفعها للمشرع العراقي والباحثين المستقبليين:

اولاً: النتائج

1. خلو القانون المدني العراقي من تنظيم الضمانات المستقلة، الا ان هذا لا يمنع من انشائها وذلك نتيجة طبيعية للحرية التعاقدية لعدم وجود نص يحظرها وعدم مخالفتها للنظام العام.
2. تدرج الضمانات المستقلة ضمن فئة الضمانات الشخصية، كونها التزام شخصي ينسحب على الذمة المالية بأكملها ولا تختص بعين ما فهي قائمة على تعدد الذمم.
3. توصل البحث الى ان الضمانات المستقلة لا يمكن انشائها خارج اطار العقد ضمن كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني الفرنسي، ومن ثم لا يمكن انشائها بالإرادة المنفردة ضمن هذين القانونين.
4. خلصت الدراسة الى ان الالتزام بضمان مستقل هو عقد ملزم لجانب واحد (الضامن المستقل).
5. ان الاستقلال الذي يقوم عليه الضمان المستقل لا يعني انه التزام بلا سبب وكل ما يعنيه هو تعطيل الدفوع الناشئة عن العلاقات السابقة وهذا ما ذهب اليه الاتجاه الحديث في تحديد المقصود بالالتزام المجرد.
6. ان الانظمة القانونية المعروفة والمشابهة للضمان المستقل في عدد من الواجه كالإنابة الناقصة والكفالة لا يمكنها ان تستوعب مفهوم الضمان المستقل، باستثناء خطاب الضمان الذي يتوافق مع مقومات الضمان المستقل، مع الفارق في ان خطاب الضمان دائماً ما يصدر عن شخص معنوي، اما الضمان المستقل فمن الممكن ان يصدر عن شخص معنوي او أي شخص طبيعي.

ثانياً: التوصيات

1. نوصي المشرع العراقي بإضافة مواد قانونية تنظم الضمانات المستقلة ضمن القانون المدني أسوة بالتعديلات التي أجراها المشرع الفرنسي والتي سبقها غيره من المشرعين بمدد طويلة كالقانون الالماني.
2. نوصي المشرع العراقي بإضافة مواد الى القانون التجاري تنظم الضمانات المستقلة ضمن الاعمال المصرفية.
3. نوصي المشرع العراقي بالتمييز بين الضمانات المستقلة التي يلتزم بها الاشخاص الطبيعية عن الاشخاص المعنوية، وتوفير الحماية السابقة واللاحقة لإنشاء الالتزام، فأما السابقة فتتم بمنع الاشخاص الطبيعيين من الالتزام بضمان مستقل لضمان الالتزامات الناشئة عن الائتمان الاستهلاكي والائتمان العقاري أسوة بالمشرع الفرنسي، واما الحماية اللاحقة فتتم من خلال تشريع مبدأ التناسب بين محل الالتزام بالضمان والعناصر الموجبة في ذمة الضامن المستقل عند الانعقاد.
4. نوصي الباحثين بضرورة البحث والتقصي لتحديد أثر الاستقلال عندما يكون الدائن المستفيد قد حصل على (تعويض او تأمين) جزئي جزاء اخلال المدين الرئيسي بالتزامه المضمون، وهل أن ذلك يخفض الالتزام بالضمان المستقل.

الهوامش Footnotes

1. د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، مصر، 1996، ص3.

2 وقد يكون مصدرها القانون كما هو الحال في التضامن وعدم التجزئة في بعض أحوالهما وفي الدعوى المباشرة وفي حقوق الامتياز، وقد يكون مصدرها القضاء كما هو الامر في حق الاختصاص، للمزيد ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر والاخير في التأمينات الشخصية والعينية، دار أحياء التراث العربي، ص7.

3 د. نبيل ابراهيم سعد، نحو قانون خاص بالائتمان/ الائتمان بوجه عام – عناصر قانون الائتمان/ محاولة لتأصيل قانوني لفكرة الائتمان، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، بدون طبعة، لسنة 2017، ص 37.

4 Art. 2323: "La sûreté réelle est l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif du créancier".

5 التأمين النقدي: نوع من أنواع التأمينات العينية فهو رهن حيازي يكون محله مبلغ من النقود، يلتزم الدائن المرتهن بأن يرد مثله عند انقضاء التأمين، للمزيد ينظر: د. منصور حاتم سليمان، التأمين النقدي، دراسة قانونية مقارنة مع الفقه الاسلامي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة الثالثة عشر، ص 309.

6 الكفالة النقدية: وهي رهن حيازة يضمن في العادة دين تعويض عن خطأ قد يرتكبه المدين في أثناء عمله، كما لو كان محاسباً او مقاولاً محلها مبلغ من النقود. للمزيد ينظر: السنهوري، مصدر سابق، ص20.

ينظر أيضاً: نظام الكفالات لسنة 1932 الملغي، المادة 3: " الكفالة التي يجب أخذها من أموري المالية غير واضعي اليد على النقود هي ثلاثة انواع 1- الكفالة النقدية 2- الكفالة بالملك 3- الكفالة الاعتبارية".

7 د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص7.

8 ذهب رأي الي: "انه ممكن ان توجد عناصر التبعية (تابع ومتبوع ورابطة) دون تحققها كالاتزامات التي تحل محل التزام آخر او تكمله كالتعويض عن الضرر او المصاريف، رغم عدم وجود حق آخر رئيسي تكون متوقفة عليه الا انه لا يمكن اعتبارها حق تابع لهذا الحق الرئيسي من حيث الوجود والعدم لكون مصيرها القانوني لا يتوقف على المصير القانوني للحق الاصيلي، لذا فوجود العلاقة التي تربط بين حقين لا يكفي لنشوء رابطة تبعية"، للمزيد ينظر: فواز يوسف صالح، د. حميد سلطان علي، معيار التبعية في القانون المدني- دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، المجلد 36، العدد 4، 2021، ص 72.

9 Vincent Brémond, Manuella Bourassin, Droit des sûretés, N° d'édition: 7, ISBN : 978 2 247 19780 4, Dalloz, France, 2019, p. 37.

10 Wolou Komi, Sciences juridiques, politiques et de l'Administration, Cours donnés à l'université de lomé, P. 11.

11 D. Ignacio Hernández Meni, La Virtualidad De La Clausula De Pago A Primer Requerimiento Para Definir La Naturaleza De Las Garantias Autonomas, La problemática de la calificación jurídica, Revista de Derecho Civil, vol. VIII, núm. 4 (octubre-diciembre, 2021, ISSN 2341-2216.

12 Art. 2287: "Les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention".

13 للمزيد ينظر:

- Laurent Aynès, Pierre Crocq, Collection Droit Civil Droit Des Sûretés, 10 e édition, France, 2016, p.33.

¹⁴ Art. 2: "For the purposes of this Convention, an undertaking is an independent commitment, known in international practice as an independent guarantee or as a stand-by letter of credit, given by a bank or other institution or person "guarantor/issuer" to pay to the beneficiary a certain or determinable amount upon simple demand or upon demand accompanied by other documents, in conformity with the terms and any documentary conditions of the undertaking, indicating, or from which it is to be inferred, that payment is due because of a default in the performance of an obligation, or because of another contingency, or for money borrowed or advanced, or on account of any mature indebtedness undertaken by the principal/applicant or another person".

¹⁵د. بن خدة حمزة، قراءة في أهم مستجدات الإصلاح الجزري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، بدون عدد مجلد، العدد الحادي عشر، 2019، ص 422.

¹⁶ Art. 1100: "Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi...."

¹⁷Cass., comm., du 2 février 1988, 85-17. Available at: <https://cutt.us/7yHng> . Last visited: 12/5/2022.

¹⁸ الحالات التي تلزم الإرادة المنفردة فيها صاحبها في القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل هي: (الإيجاب الملزم ونص عليه في المادة 84، انشاء المؤسسات ونص عليه في المادة 52، تحرير العقار المرهون رهناً تأمينياً ونص عليه في المادة 1308، الوعد بجائزة ونص عليه في المادة 185).

¹⁹ د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، دار السنهوري، العراق، 2015، ص 25.

²⁰ مصدر سابق، ص 25.

²¹ Вопросы частноправового регулирования, legal nature of an independent (bank) guarantee, lyudmila g. Efimova, legal concept, vol. 17. No. 4, 2018, p.88, available at: <https://doi.org/10.15688/lc.jvolsu.2018.4.12>, last visited: 16 sep. 2022.

²²د. نبيل ابراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص في نطاق قانون الالتزامات/ في نطاق قانون الاموال، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، لسنة 2017، ص 136.

²³يعد القانون الالمانى من الانظمة التي اقرت بصحة التصرفات المجردة، وهذا ما يفسر السبب في ظهور الضمانات المستقلة فيها قبل مدة طويلة من ظهورها في النظام القانوني الفرنسي، للمزيد ينظر:

- Pascal Ancel, Les Suretes Personnelles Non Acceoirs En Droit Francais En Droit Compare, these pour le doctorate, universiti De Dijon, Français , 1981, p.4.

²⁴ Contra. PH. Théry, Sûretés Et Publicité Foncière, PUF, coll. « Droit fondamental », 2e éd. 1998, n° 6. Referred to at: Julie Crastre, La summa

divisio des pour soi et des sûretés pour autrui, Thèse de Docteur, Université Panthéon-Sorbonne-Paris, 2020, P. 73.

25 M. cabrillac et. Mouly, droit des sûretés, 4 ed. Referred to at:

- خليفة الخروبي، قانون مدني التأمينات العينية والشخصية، منشورات مجمع الاطرش للكتاب المختص، بدون طبعة، تونس، 2014، ص 59.

26 ففي الاعتماد المستندي يتفق البائع مع المشتري على السداد بطريقة تضمن المبلغ المتفق عليه بعيداً عما يعترض تنفيذ العقد من مشاكل، للمزيد ينظر: د. خالص نافع أمين، مسؤولية المصرف في مواجهة المستفيد بموجب عقد الاعتماد المستندي، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 7، لسنة 2010، ص 132، وذهب د. فائق محمود الشماخ للتعبير عن ذلك بالقول: "الاعتماد المستندي يعد وسيلة تسوية للصفقات التجارية الدولية"، ويتضح من ذلك ان الاعتماد المستندي وبالرغم من استقلال المتعهد فيه عن الصفقة الرئيسية فهو لا يمثل اداة ضمان بل اداة وفاء، للمزيد ينظر بحثه: اشتراط تسوية دين الصفقة التجارية بطريق الاعتماد المستندي، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، كلية القانون، المجلد 36، العدد 2، لسنة 2021، ص 3.

27 د. علي فوزي الموسوي، الوجيز في الاوراق التجارية، دراسة في قانون التجارة العراقي النافذ، دار السنهوري، بيروت، بدون طبعة، لسنة 2020، ص 8.

28 د. علي فوزي الموسوي، فكرة التجريد في الالتزام الصرفي، مجلة الحقوق، كلية القانون الجامعة المستنصرية، مجلد 16، عدد 29-30، لسنة 2018، ص ص 1-17.

29 يراد بالالتزام المجرد عندما تم التعبير عنه بأنه (الالتزام لا تتوقف صحته على الارادة الباطنة بل يتم الوقوف على الارادة الظاهرة فقط): الالتزام الذي لا يسمح بالبحث عن مشروعيته في مضمون الارادة الحقيقية، أي ان الالتزام المجرد الذي يخفي غرضاً غير مشروع يبقى صحيحاً ما دام ان ذلك الغرض لم يظهر اثناء التعبير عن الارادة، للمزيد ينظر: حسن داخل عبد راضي الجعيفري، الالتزام القانوني المجرد، اطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، 2018، ص 55.

30 مصدر سابق، ص 67.

31 علاء حميد حسين الغزي، نظرية الالتزام المستقل دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة فرنسا، مصر، العراق، لبنان وفق التعديل الفرنسي لسنة 2016، الطبعة الاولى، مكتبة القانون المقارن، العراق، 2021، ص 48.

32 Art. 3: "Independence of undertaking For the purposes of this Convention ,an undertaking is independent where the guarantor issuer's obligation to the beneficiary is not: (a) Dependent upon the existence or validity of any underlying trans- action, or upon any other undertaking (including stand-by letters of credit or independent guarantees to which confirmations or counter-guarantees re- late); or (b) Subject to any term or condition not appearing in the undertaking, or to any future, uncertain act or event except presentation of documents or another such act or event within a guarantor/issuer's sphere of operations".

33 Art. 1128: "Sont nécessaires à la validité d'un contrat :1° Le consentement des parties ;2° Leur capacité de contracter ;3° Un contenu licite et certain".

34 د. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، مضمون العقد دراسة مقارنة بين النظام القانوني الانكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 شباط 2016، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص 672.

35 Art. 1162: "Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties".

³⁶البند التعاقدية: اتفاق على المسائل الجوهرية كافة والثانوية في العقد، وصياغتها بعبارات يفهمها الطرفان ويقبلان بها، وتصبح دستوراً لهذا العقد يلتزم بها أطرافه في هذا العقد أو العقود المستقبلية التي تنشأ عن هذا العقد". ينظر: المصدر السابق د. حسين عبدالله عبد الرضا، ذات الصفحة.

³⁷د. يونس صلاح الدين علي، مضمون العقد كركن جديد من اركان العقد في القانون المدني الفرنسي: دراسة تحليلية مقارنة بالقانون الانكليزي والعراقي، مجلة الراافدين للحقوق، جامعة الموصل، المجلد 19، العدد 68، لسنة 2019، ص 5.

³⁸خليفة الخروبي، قانون مدني التأمينات العينية والشخصية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، بدون عدد طبعة، تونس، 2014، ص60.

³⁹ Cass, comm., 19 avril 2005, 02-17.6 . Available at:

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007050494?dateDecision=19%2F04%2F2005&isAdvancedResult=&page=2&pageSize=10&pdSearchArbo=&pdSearchArboId=&query=garantie&searchField=ALL&searchProximity=&searchType=ALL&sortValue=DATE_DESC&tab_s_election=juri&typePagination=DEFAULT .

- Last visited: 14 Nov. 2022.

⁴⁰Available at: Validité de la garantie autonome en droit interne (wikimemoires.net). Last visited: 12/5/2022.

⁴¹د. نورس عباس محسن العبودي، الالتزام المدني المجرد دراسة في القانونين المدنيين العراقي والمصري، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، الجامعة العراقية، العدد 11، لسنة 2021 ص 123، 124.

⁴²يشار الى ان المشرع العراقي اخذ بالتجريد في الالتزامات المدنية كما جاء بنص المادة 407 من القانون المدني العراقي: "يكون التزام المناب صحيحاً حتى لو كان ملتزماً قبل المنيب وكان التزامه هذا باطلاً أو خاضعاً لدفع من الدفع. ولا يبقى للمناب الا حق الرجوع على المنيب كل هذا مالم يوجد اتفاق يقضي بغيره"، وكذلك اخذ بالتجريد ضمن حدود في العلاقة بين المحال عليه والدائن كما جاء في نص المادة 349 منه: "للمحال عليه ان يتمسك قبل المحال له بما كان للمحيل من دفع متعلقة بذات الدين وليس له ان يتمسك بما كان من الدفع خاصاً بشخص المحيل وانما يجوز له ان يتمسك بما كان خاصاً به هو".

⁴³Art. 2321: "2- Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre".

44 Julie Crastre, , Op. Cit, P 463.

⁴⁵الانابة الكاملة لا تقترض، أي ان كل انابة هي ناقصة مالم ينص على خلافه، كما نصت على ذلك المادة 406 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951: "1- اذا اتفق المتعاقدون في الانابة على ان يستبدلوا التزاماً جديداً بالالتزام الاول كانت الانابة تجديداً للالتزام بتغيير المدين. 2- والاصل ان الانابة لا يفترض فيها التجديد فاذا لم يكن هناك اتفاق عليه، قام الالتزام الجديد الى جانب الالتزام الاول".

⁴⁶د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات الشخصية والتبعية وغير التبعية (الكفالة – الانابة الناقصة – الضمان المستقل – خطاب النوايا)، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، لسنة 2017، ص 176.

47 تتلخص وظائف الانابة في 1- الوفاء البسيط 2- التبرع 3- الاقراض.
48 نص القرار: "لا يشكل التزام البنك الذي قدم ضماناً مقابلاً مجرد انابة، ولكنه التزام مستقل فيما يتعلق بالضمان المصرفي من الدرجة الاولى وفيما يتعلق بالعقد الاساسي الملزم للشركات المتعاقدة".

- Cass., comm., du 12 décembre 1984, 83-15.389, publié au bulletin.
Available at:

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007014239?dateDecision=12%2F12%2F1984&init=true&page=1&query=garantie+autonome&searchField=ALL&tab_selection=juri Last visited: 12/27/2022.

49 Art. 2288: "Le cautionnement est le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci".

50 د. نبيل ابراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، مصدر سابق، ص 139.
51 Art. 2293: "Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable....".

52 نص القانون المدني الالمانى لسنة 1900 في الفقرة اولاً من المادة 773 منه ضمن النصوص الخاصة بتنظيم الكفالة: "يحظر المطالبة بالدفع المسبق. أولاً- يستثنى الدفع المسبق: 1- اذا تنازل الكفيل عن الدفع، ولا سيما اذا كان قد تعهد بنفسه بأنه مدين مباشر ...".
53 د. الياس ناصيف، عقد الكفالة، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، لسنة 2023، ص 306.

54 د. محمد حسين صالح طليان، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات (دراسة مقارنة)، مركز الدراسات العربية، الطبعة الاولى، مصر، 2017، ص 32.
55 د. خالد لوزي، الضمانات القانونية لحماية الائتمان من فكرة المخاطر، مركز الدراسات العربية، الطبعة الاولى، مصر، لسنة 2021، ص 241.

56 فجاء في المصطلحات المعتمدة في القواعد الدولية الموحدة (OHADA) 56 لسنة 1993 يعد خطاب الضمان هو ذاته الضمان المستقل، حيث تم تعريفه في المادة 39 الفقرة الاولى أن الضمان المستقل: "هو الالتزام الذي يتعهد الضامن بموجبه في مقابل الالتزام الذي يوقعه العميل و بناءً على تعليمات الاخير، بدفع مبلغ محدد للمستفيد، و بناءً على الطلب الاول من المستفيد او وفقاً للشروط المتفق عليها"، فالمصطلحين وفقاً لقانون (OHADA) مترادفين بالمعنى.

57 Kamal Jamal Awad Alawamleh, Documentary Credits and Independent Guarantees: A Critique of the 'Fraud Exception' Position in English and Jordanian Law, A Doctor thesis, the University of Central Lancashire , 2013p.25.

المصادر References

❖ القرآن الكريم ❖ المراجع باللغة العربية اولاً: الكتب

- i. د. الياس ناصيف، 2023، عقد الكفالة، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.
- ii. د. خالد لوزي، 2021، الضمانات القانونية لحماية الائتمان من فكرة المخاطر، مركز الدراسات العربية، الطبعة الاولى، مصر.
- iii. خليفة الخروبي، 2014، قانون مدني التأمينات العينية والشخصية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، بدون عدد طبعة، تونس.
- iv. سمير عبد السيد تناغو، 1996، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، بدون طبعة، مصر.
- v. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، 2004، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر والآخر في التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، مصر.
- vi. د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، 2015، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الاول، دار السنهوري.
- vii. علاء حميد حسين الغزي، 2021، نظرية الالتزام المستقل دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة فرنسا، مصر، العراق، لبنان وفق التعديل الفرنسي لسنة 2016، الطبعة الاولى، مكتبة القانون المقارن، العراق.
- viii. د. علي فوزي الموسوي، 2020، الوجيز في الاوراق التجارية، دراسة في قانون التجارة العراقي النافذ، دار السنهوري، بيروت، بدون طبعة.
- ix. د. محمد حسين صالح طليان، 2017، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات (دراسة مقارنة)، مركز الدراسات العربية، الطبعة الاولى، مصر.
- x. د. نبيل ابراهيم سعد، 2017، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية (الكفالة، الانابة الناقصة، الضمان المستقل، خطابات النوايا)، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، مصر.
- xi. د. نبيل ابراهيم سعد، 2017، نحو قانون خاص بالائتمان الائتمان بوجه عام- عناصر قانون الائتمان، محاولة لتأصيل قانوني لفكرة الائتمان، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، بدون طبعة، مصر.
- xii. د. نبيل ابراهيم سعد، 2017، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص في نطاق قانون الالتزامات/ في نطاق قانون الاموال، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار الجامعة الجديدة، مصر.

ثانياً: البحوث

- i. د. بن خدة حمزة، 2019، قراءة في أهم مستجدات الاصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، بدون رقم مجلد، العدد الحالي عشر.
- ii. د. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، 2018، مضمون العقد دراسة مقارنة بين النظام القانوني الانكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 شباط 2016، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 1.
- iii. د. خالص نافع أمين، 2010، مسؤولية المصرف في مواجهة المستفيد بموجب عقد الاعتماد المستندي، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 7.
- iv. د. فائق محمود الشماخ، 2021، اشتراط تسوية دين الصفقة التجارية بطريق الاعتماد المستندي، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، كلية القانون، المجلد 36، العدد 2.

- .v. فوز يوسف صالح، د. حميد سلطان علي، 2021، معيار التبعية في القانون المدني- دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، عدد خاص لبحوث التدريسيين مع طلبة الدراسات العليا/ الجزء الرابع/المجلد 36، العدد 4.
- .vi. د. منصور حاتم سليمان، 2021، دراسة قانونية مقارنة مع الفقه الاسلامي، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة الثالثة عشر.
- .vii. د. نوره عباس محسن العبودي، 2021، الالتزام المدني المجرد دراسة في القانونين المدنيين العراقي والمصري، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، العدد الحادي عشر.
- .viii. د. يونس صلاح الدين علي، 2019، مضمون العقد كركن جديد من اركان العقد في القانون المدني الفرنسي: دراسة تحليلية مقارنة بالقانون الانكليزي والعراقي، مجلة الراافدين للحقوق، جامعة الموصل، المجلد 19، العدد 68.

ثالثاً: الاطاريح

- .i. حسن داخل عبد راضي الجعيفري، 2018، الالتزام القانوني المجرد، اطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، كلية القانون.

رابعاً: التشريعات

- .i. نظام الكفالات لسنة 1932 الملغي.
- .ii. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
- .iii. قانون الاثبات العراقي، رقم 107 لسنة 1979 المعدل.
- .iv. قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 المعدل.

❖ Foreign References

First: Books

- i. Vincent Brémond, Manuella Bourassin, 2019, Droit des sûretés, N° d'édition: 7, ISBN : 978 2 247 19780 4, Dalloz.
- ii. Laurent Aynès, Pierre Crocq, 2016, Collection Droit Civil, Droit Des Sûretés, 10 e édition, Lextenso, France.

Second: Researches

- i. Вопросы частноправового регулирования, 2018, legal nature of an independent (bank) guarantee, lyudmila g. efimova, legal concep, vol. 17. no. 4.
- ii. D. Ignacio Hernández Meni, 2216, La Virtualidad De La Clausula De Pago A Primer Requerimiento Para Definir La Naturaleza De Las Garantias Autonomas, La problemática de la calificación jurídica, Revista de Derecho Civil, vol. VIII, núm. 4 (octubre-diciembre, 2021, ISSN 2341.

Third: Thesis

- i. Julie Crastre, 2020, La summa divisio des sûretés pour soi et des sûretés pour autrui, Thèse de Docteur, Universite Panthéon-Sorbonne-Paris.
- ii. Kamal Jamal Awad Alawamleh, 2013, Documentary Credits and Independent Guarantees: A Critique of the 'Fraud Exception' Position in English and Jordanian Law, A Doctor thesis, the University of Central Lancashire.

- iii. Pascal Ancel, 1981, Les Suretes Personnelles Non Acecoires En Droit Francais En Droit Compare, these pour le doctorate, universiti de dijon, français.

Lectures

- i. Wolou Komi, 2022, Sciences juridiques, politiques et de l'Administration, Cours donnés à l'université de lomé.

Forth: Laws and Regulation

- i. Français Code Civil 1804.
ii. Ohada 1993.
iii. United Nation Convention On Independent Guarantee And Stand-By Letters Of Credit, 1995.
iv. Explanatory Note By The UNCITRAL Secretariat On The United Nations Convention On Independent Guarantees And Stand-By Letters Of Credit, 1995.

Fifth: Français Judgments and Decisions

- i. Cass., com., du 12 Décembre 1984, 83-15.389, publié au bulletin.
ii. Cass., com., du 2 Février 1988, 85-17.
iii. Cass, com., 19 Avril 2005, 02-17.6.

Six: Website

- i. (wikimemoires.net).