الخلاصة:

يعد خطاب الضمان المصرفي من العمليات المصرفية المهمة في التجارة على المستوى الداخلي والدولي ، إذ تتمثل هذه العملية بقيام مصرف بناءاً على طلب عميله بأن يتعهد تعهداً مستقلاً بدفع قيمة الضمان للمستفيد ، وتزداد أهمية هذه العملية المصرفية بشكل أكبر في مجال التجارة الدولية ، إذ لها دور كبير في توفير عامل الثقة بين أطراف العلاقة العقدية ، وما دمنا في إطار علاقة ذات طبيعة دولية ، فقد تثار أشكالية بشان القانون الواجب التطبيق على هذه العملية المصرفية ، لذا فأن هناك قواعد دولية حاولت إيجاد حل لهذه الأشكالية ، وهي كل من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس لعام ١٩٩٢ ، وقواعد اليونسترال لعام ١٩٩٥ ، إذ لهاتين الأتفاقيتين دور كبير في تنظيم عقد خطاب الضمان المصرفي بغية وضع قواعد موحدة قابلة للتطبيق على هذا العقد ، كما لها دور في بيان القانون الواجب التطبيق عليه ، إذ تم تدوين هذه القواعد في شكل مكتوب بأعتبارها قواعد مكملة لإرادة الأطراف .

Abstract

The letter of bank guarantee of important banking operations in the trade on the domestic and international level, as this process is the establishment of a bank at the request of the client to undertake an independent undertaking to pay the value of the collateral to the beneficiary, and the increasing importance of this banking operation is the largest in the field of international trade, it has a great role in the provision of trust between the parties to the contractual relationship factor, as long as we in the framework of the international nature of the relationship, the problem of the on the applicable law are raised on this banking operation, so there are international rules to try to find a solution to this problem, which is all of the rules of the International Chamber of Commerce in Paris for a year 1992, and the rules of UNCITRAL in 1995, since the conventions a big role in the organization of a speech the bank guarantee in order to establish uniform rules applicable to this contract, also have a role in a statement applicable by law for these two, as was the codification of these rules in written form as bases complementary to the will of the Parties.

المقدمة

أولاً :فكرة البحث

من المعلوم إن التجارة الدولية قد أتسعت أفقاً وتطورت بشكل ملحوظ وأصبحت تحتل مكانة مهمة بين الدول، وإزاء هذا التطور المتسارع لعلاقات التجارة الدولية والنشاط الملحوظ في القطاعات التجارية و الصناعية ، وأزدياد حجم المشروعات في كل من القطاعين الخاص والعام، وأزدياد حجم المعاملات الخارجية ، بدأ التفكير في إيجاد أدوات جديدة من أجل خلق آلية تؤمن هذه العمليات عوضاً عن التأمين النقدي الذي غالباً ما يكون مرهق للمتعاقد (المقاول أو المتعهد) إذ قد يعجز عن تدبير مبلغ التأمين، فيخسر المشروع ويضيع عليه الكسب المأمول من هذه العملية التجارية ، كما إن التأمين يؤدي على تجميد الأموال بطريقة غير أقتصادية ، ونتيجة لذلك ظهرت وسيلة جديدة ، توفر للدائن الأمان وسهولة الأقتضاء وهذه الوسيلة هي خطاب الضمان المصرفي ، لذا سنحاول أن نسلط الضوء على هذه العملية المصرفية من خلال التطرق إلى الأتفاقيات الدولية التي وضعت قواعد خاصة لهذه العملية المصرفية تبدو أكثر ملائمة للتطبيق عليها على مستوى عمليات التجارة الدولية ، فهناك العديد من القواعد المعتمدة التي أوجدتها الاتفاقيات الدولية أو الهيئات الدولية ، إذ تناولت بالتنظيم عقد خطاب الضمان المصرفي، بغية وضع قواعد موحدة قابلة للتطبيق على هذا العقد بدلاً من القواعد الوطنية ، وهذه القواعد تتطلب تراضي المتعاقدين على الأخذ بها فكل متعاقد له الحق في رفضها إذا لم تكن في صالحه .

ثانياً : أهمية البحث وأسباب أختياره

لا شك في أن الكتابة في أي موضوع من موضوعات القانون لا تخلو من أهمية كانت الدافع إلى تناول هذا الموضوع بالبحث ، ولا يخلو موضوع الحلول الدولية لتنازع القوانين لخطاب الضمان المصرفي عن أهمية كانت سبباً لدراسة هذا الموضوع ، إذ أن هناك مجموعة من الأسباب دفعتني لأختيار هذا الموضوع تتلخص بالآتي :

١- عدم وجود دراسة في القانون العراقي تناولت الحلول الدولية لتنازع القوانين لخطاب الضمان المصرفي .

٢- وجود عدة أتفاقيات تناولت توحيد قواعد خطاب الضمان المصرفي ، كاتفاقية اليونسترال لعام ١٩٩٥ وقواعد غرفة التجارة الدولية في باريس لعام ١٩٩٢ ، إلا أن العراق لم ينضم إليها على الرغم من أهميتها لأنها أوجدت قواعد موضوعية لخطاب الضمان المصرفي ، وحققت نوعا من التوازن بين مصالح ذوي الشأن .

٣- محاولة توضيح المبدأ السائد في العقود الدولية ومنها خطاب الضمان المصرفي ، وهو حرية الأطراف في أختيار القانون الواجب التطبيق ، ونصوص الأتفاقيات التي تناولت بالتنظيم قواعد خطاب الضمان المصرفي ، مستعيناً بالأتجاهات الفقهية والقضائية التي تبنت هذه الحلول وأقرت في الوقت نفسه حرية الأطراف في أختيار القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المصرفي .

ثالثاً : اشكالية البحث

مما لاشك فيه أن الحلول الدولية لتنازع القوانين لخطاب الضمان المصرفي لا يثير مشكلة فيما إذا كانت هذه العملية وطنية بكافة عناصرها لأنها في هذه الأحوال ستخضع للقانون الوطني وحده ، أما إذا أكتسبت الصفة الدولية فهنا تظهر مشكلة انطباق القوانين ، والسؤال الذي يطرح في هذا المقام ما هو القانون الذي يحكم هذه العلاقة القانونية في فرض أنها مشوبة بعنصر أجنبي ؟ فهل يسري عليها قانون الإرادة أم قانون المصرف أم قانون آخر ؟ وفي حال ما إذا تم تحديد هذه القوانين فان السؤال الأخر الذي يثار حول مدى انطباق القانون المختص فهل يحكم علاقة خطاب الضمان بجميع عناصرها فنكون أمام وحدة قانون ، أم أن القانون يتجزأ في حكمه لهذه العلاقة القانونية ، بحيث نكون أمام تجزئة للقانون الواجب التطبيق ، فنجد

قانون يسري على الشروط الموضوعية وأخر على الشروط الشكلية وقانون على الانعقاد وأخر على انتهاء ؟ والسؤال الذي يطرح فيما إذا كان القانون الواجب التطبيق هي قاعدة موضوعية تجد مصدرها في الاتفاق الدولي فهل يتم تطبيقها وفق قواعد الإسناد الوطنية أم تطبق بشكل مباشر ؟

رابعاً: نطاق البحث ومنهجيته:

إن دراستنا للحلول الدولية لتنازع القوانين لخطاب الضمان المصرفي(دراسة في القانون الدولي الخاص) ستتخذ المنهج المقارن سبيلاً لمعالجة موضوع البحث ، إذ سنعقد المقارنة بين الأتفاقيات الدولية المتمثلة بأتفاقية غرفة التجارة الدولية في باريس لعام ١٩٩٢ ، وأتفاقية اليونسترال لعام ١٩٩٥ والقانون العراقي وفي جميع موضوعات البحث ، بالإضافة إلى الإشارة إلى بعض النصوص القانونية المقارنة من القانون المصري والفرنسي .

خامساً : خطة البحث:

في سبيل الإحاطة بجوانب الموضوع كافة سنقسم موضوع فصلنا هذا على مبحثين نتناول في الأول (قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس لعام ١٩٩٢) ، وذلك من خلال مطلبين سنخصص الأول منها ل (نطاق التطبيق) ، أما المطلب الثاني فسنعالج فيه الآلية المتبعة في التطبيق ، وبعد أن ندرس ذلك سننتقل بعده إلى دراسة (قواعد اليونسترال لعام ١٩٩٥) وهو ما أردناه أن يكون عنواناً للمبحث الثاني الذي سنقسمه أيضاً على مطلبين ، سنتناول في الأول منها (تطبيق القانون المختار) ، أما المطلب الثاني فسنتناول فيه (تطبيق قانون المصرف) ، فإذا ما تم البحث في ذلك بعون الله وتوفيقه سنصل إلى خاتمة الموضوع والتي ستتضمن النتائج والتوصيات التي ستتوصل إليها بحثنا هذا.

... والله ولي التوفيق .

المبحث الأول

قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس لعام ١٩٩٢

تلعب قواعد غرفة التجارة الدولية دوراً مهماً وفعالاً في مجال التجارة الدولية ، وخاصة على مستوى العقود الدولية ، سواء من حيث تفسير وتوضيح الاصطلاحات التي تستعمل في هذا المجال ، أو من حيث تحديد الإلتزامات المترتبة على الأطراف في هذه العقود ، كما لها دور بارز في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية ، وفي بحثنا هذا سنقتصر على ما وضعته غرفة التجارة الدولية من قواعد حدد بموجبها القانون الواجب التطبيق على خطابات الضمان المصرفية ، راسمة في ذلك نطاق التطبيق والآلية المتبعة في تطبيقها ، ولأجل الإحاطة بهذه القواعد التي وضعتها غرفة التجارة الدولية سنقسم مبحثنا هذا على مطلبين ، نتناول في الأول نطاق التطبيق ، وفي الثاني الآلية المتبعة في التطبيق .

المطلب الأول
نطاق التطبيق

نصت المادة (٢/أ) من القواعد الدولية لخطابات الضمان المصرفية التي وضعتها غرفة التجارة الدولية في عام ١٩٩٢ ، على أنه (تنطبق هذه القواعد على كل خطاب ضمان تحت الطلب ينص فيه على خضوعه للقواعد الموحدة ، وتكون هذه القواعد ملزمة لكل الأطراف فيما عدا ما ينص عليه خلاف ذلك بصراحة في خطاب الضمان) .

فمن خلال هذا النص يتضح أن هذه القواعد تكون ملزمة لكل الأطراف ، ولا يستثنى من ذلك إلا حالة أتفاقهم على خلاف ذلك ، وهذا يعني أن هذه القواعد ليست من النظام العام بحيث يجوز للأطراف استبعاد القواعد الموحدة كلها أو بعضها ، فإذا لم تقم الأطراف المتعاقدة بأختيار هذه القواعد لتطبيقها على عقد خطاب الضمان المصرفي ، أو في حالة أتفاقهم على تطبيق بعض النصوص فقط ، فلا يجوز تطبيق القواعد أو النصوص المستبعدة ، فهذا أمر يرجع فيه إلى أتفاق الأطراف ، أما بخصوص القانون الذي يحكم خطاب الضمان المصرفي ، فقد نصت عليه المادة (٢٧) من هذه القواعد ، على أنه (ما لم يكن قد نص على خلاف ذلك في الضمان أو الضمان المقابل فإن القانون الذي سوف يحكم الضمان سيكون قانون البلد الذي فيه مقر عمل الضامن أو الطرف المصدر للتعليمات (حسب الأحوال) ، وإذا كان للضامن أو الطرف المصدر للتعليمات أكثر من مكان

يكون القانون هو قانون البلد الذي يقع فيه الفرع الذي اصدر الضمان أو الضمان المقابل) .

يتضح من خلال هذا النص أن غرفة التجارة الدولية قد أعطت الأختصاص بصورة أصلية لقانون الإرادة سواء كانت هذه الإرادة صريحة أم ضمنية ، أما في حالة غياب الإرادة يكون الأختصاص لقانون دولة المصرف أو للفرع الذي اصدر الضمان إذا كان للمصرف أكثر من فرع ، إلا أن السؤال الذي قد يثار هنا هل إن هذا القانون يحكم كل المسائل التي تثار بشان هذا العقد ، أم إن هناك بعض المسائل تخرج من نطاق تطبيق هذا القانون؟ ، وبعبارة أخرى هل يخضع عقد خطاب الضمان المصرفي للقانون الذي أشارت إليه المادة أعلاه بشروطه الموضوعية والشكلية أم أننا نكون أمام تجزئة في القانون الذي يحكم العقد ؟

أن الإجابة عن هذا التساؤل يتطلب منا أن نقسم مطلبنا هذا على فرعين ، نعرض في الأول منهما المسائل الموضوعية ، وفي الثاني المسائل الشكلية .

الفرع الأول
المسائل الموضوعية

يقصد بالمسائل الموضوعية كل ما يتعلق بوجود العقد من وقت إبرامه إلى وقت أنتهاءه والتي يترتب عليها حق مالي لأطرافها .

أولاً- **تكوين العقد** : يخضع عقد خطاب الضمان المصرفي في تكوينه للقواعد العامة في العقود من حيث ضرورة توافق إرادة طرفي العقد من حيث الإيجاب والقبول [١] ، اللذان يعبران عن إرادة طرفي العقد وبخلاف ذلك لا يبرم العقد لأنعدام الرضا ، وعلى خلاف القواعد العامة يجب أن يكون الإيجاب والقبول في عقد خطاب الضمان المصرفي صريحاً ، فلا يعتد بالإيجاب أو القبول الذي يصدر بشكل ضمني ، بل يجب أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً ، فلا يجوز إفتراضه أو التوصل إليه من خلال قرائن معينة ، بل لابد أن يكون التعبير بالكتابة ، فالكتابة توفر لعقد خطاب الضمان المصرفي الثقة والأمان[٢] ، وأشارت إلى الكتابة المادة الثانية من القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية ، فقد نصت على أنه (فيما يتعلق بتطبيق هذه القواعد على خطاب الضمان تحت الطلب والذي يشار إليه فيما يلي بالضمان يعني أي ضمان أو سند أو تعهد بالدفع أياً كان مسماه أو وصفه صادر من بنك أو شركة تأمين أو شخص (يشار إليه فيما يلي

بالضامن) يتعهد فيه كتابةً بأن يدفع مبلغاً محدداً نقدياً عند تقديم ما يتفق مع نصوص الضمان بناء على طلب كتابي بالدفع وأي مستند آخر أو مستندات) ، ويلتزم المستفيد أيضاً بالكتابة عند طلبه الضمان من المصرف[٣] ، أما عن موقف المشرع العراقي من شرط الكتابة فكان واضحاً من خلال تعريفه لخطاب الضمان المصرفي فقد نصت المادة (٢٨٧) من قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ ، بأنه (تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر(المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ، ويحدد في الخطاب الغرض الذي صدر من أجله)[٤] ، والسؤال الذي يثار هنا ما هو القانون الذي يحكم وجود الإرادة؟ .

إن قواعد غرفة التجارة الدولية حددت القانون الذي يحكم عقد خطاب الضمان المصرفي وجميع الإلتزامات الناشئة عنه وذلك في المادة (٢٧) منها التي نصت على أنه (ما لم يوجد نص على خلاف ذلك في الضمان أو الضمان المقابل ، فإن القانون الذي يحكم الضمان هو قانون الدولة التي يوجد فيها مقر عمل الضامن أو الطرف الذي أصدر التعليمات (حسب الأحوال) وإذا كان للضامن أو الطرف المصدر للتعليمات أكثر من مكان يطبق قانون البلد الذي يقع فيه الفرع الذي أصدر الضمان أو الضمان المقابل) .

يتبين من هذا النص أن قواعد غرفة التجارة الدولية قد أعتمدت على ضابطين في تحديد القانون الذي يحكم خطاب الضمان المصرفي ، الأول ضابط أصلي وهو ضابط الإرادة ، والآخر ضابط أحتياطي وهو قانون بلد المصرف أو الفرع الذي أصدر الضمان إذا كان للمصرف أكثر من فرع ، أي أن هذه القواعد أخذت بفكرة الأداء المميز في العقد الذي يتمثل بإصدار الضمان ، لذا عقدت الأختصاص لقانون المصرف بأعتباره صاحب الأداء المميز في العملية التعاقدية ، لذلك تخضع مسالة وجود الإرادة في عقد خطاب الضمان للقانون الذي يحكم موضوع العقد ، وخضوع وجود الإرادة لقانون العقد يؤيده أغلب فقهاء القانون الدولي الخاص[٥] ، وهذا ما أكده المشرع العراقي في المادة (٢٥/ ١) [٦] ،التي نصت على أنه (يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا أتحدا موطناً ، فإذا أختلفا يسري قانون الدولة التي

تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه) .

والنتيجة في ضوء ما تقدم أن ضابط الإسناد الأصلي وفقاً لأحكام القانون العراقي هو قانون الإرادة ، وهذا هو نفس الضابط الذي أنتهت إليه المادة (٢٧) من قواعد غرفة التجارة الدولية ، غير أن المشرع العراقي يختلف عن نهج غرفة التجارة الدولية فيما يتعلق بالضابط الأحتياطي ، فالمشرع العراقي أعطى الأختصاص في حالة أنعدام الإرادة لقانون الموطن المشترك أو لقانون محل الإبرام في حالة أختلاف موطن المتعاقدين ، وهذا الإسناد جامد لا يراعي متطلبات التجارة الدولية وبالأخص العمليات المصرفية بخلاف الإسناد الأحتياطي الذي نهجته قواعد غرفة التجارة الدولية الذي يأخذ بفكرة الأداء الميز ، إذ يوصف بأنه إسناد مرن يواكب التطور الحاصل في التجارة الدولية .

كما يجب الإشارة إلى إن عقد خطاب الضمان المصرفي كما هو الحال في بقية العقود يجب أن يكون خالياً من العيوب التي تتمثل بالإكراه والغلط والتغرير مع الغبن الفاحش والأستغلال ، وعندها يثار التساؤل عن القانون الذي يحكم هذه العيوب ؟

اختلفت الآراء في هذا الشأن ، فيرى جانب من الفقهاء بضرورة إخراج هذه العيوب من فكرة القانون الذي يحكم عقد خطاب الضمان ، على أساس أن عيوب الإرادة تخضع للقانون الشخصي لمن صدرت منه إرادة معيبة ، باعتبار أن القواعد المتعلقة بهذه العيوب ترمي إلى حماية الشخص المتعاقد نفسه وتتصل بأهليته ، لذا يجب أن يطبق عليها قانون جنسيته[٧] ، ويرى جانب آخر أن عيوب الإرادة تخضع لقانون العقد ، لأنها لا تتعلق بالشخص ذاته قدر تعلقها بظروف التعاقد[٨] .

ونعتقد أنه يجب أن يتم الفصل بين الأهلية التي تخضع دائماً للقانون الشخصي من حيث وجود الأهلية من عدمها ، وبين المسائل الأخرى المتعلقة برضا المتعاقد الآخر في كونها تسببت بعيب في إرادة المتعاقد من عدمه وهذه تخضع لقانون العقد الذي يحدد أو يتحقق من أن هذه الإرادة صدرت معيبة أم لا ، وأول العيوب هو عيب الغلط سواء ما يتعلق بأشخاص الضمان أو بموضوعه ، فقد يقع المصرف في غلط بشخصية المستفيد ويعتبر السبب الرئيسي في إصدار الضمان ، فإذا شاب إرادة المصرف أي غلط في شخصية المستفيد فإنه يفتح المجال للطعن في العقد

الأصلي بالأبطال لعيب الإرادة[٩] ، وقد يتعلق الغلط بموضوع الضمان أي المبلغ الذي يقوم المصرف بدفعه للمستفيد ، لذا يجب تعيين هذا المبلغ على وجه الدقة بالحروف أو بالأرقام أو بالأثنين معاً والأسلوب الأخير هو الأكثر شيوعاً[١٠] ، وقد يتعلق الغلط بالمركز المالي للعميل في مواجهة المصرف ، فقد يقع المصرف في غلط حول قوة وملائمة مركز العميل فيمنحه الثقة بالدفع للمستفيد فيتبين عكس ذلك[١١] ، وما ذكر بالنسبة للغلط ينطبق على باقي العيوب من إكراه وأستغلال والتغرير مع الغبن الفاحش .

وأما بخصوص المحل والسبب فهما ركنان أساسيان في العقد ، فمحل العقد بشكل عام هو ما يلتزم به المدين والذي قد يكون أعطاء شيء ، أو القيام بعمل ، أو الأمتناع عن عمل ، ويشترط لصحة أنعقاد العقد أن يتوافر في محله عدة شروط منها أن يكون موجوداً أو ممكن الوجود ، وأن يكون معيناً أو قابل للتعيين ، وأخيراً يجب أن يكون قابلاً للتعامل (مشروعاً)[١٢] ، أما بالنسبة لعقد خطاب الضمان فمحله يجب أن يكون مبلغ من النقود[١٣] ، موجوداً أو ممكناً ، ومعيناً أو قابلاً للتعيين ومشروعاً ، وبما إن محل خطاب الضمان المصرفي مبلغ من النقود فهو يكون دائماً ممكناً ومشروعاً ، ويخضع المحل حسب الرأي الراجح في الفقه للقانون الذي يحكم العقد أي القانون الذي يحكم المسائل الموضوعية ، وهو أما أن يكون قانون الإرادة أو القانون الاحتياطي الذي وضعه المشرع حسب الأحوال[١٤] ، إذ يرجع لهذا القانون بيان الشروط الواجب توافرها في المحل مثل قابليته للتعامل والتعيين والوجود والإمكان .

أما بالنسبة للسبب فهو الركن الثالث والضروري لإنشاء التصرف الإرادي[١٥] ، فخطاب الضمان منفصل عن العلاقات التي تعتبر أساساً له[١٦] ، إذ إن سبب إلتزام المصرف في عقد خطاب الضمان منقطع الصلة بالروابط الأخرى التي يعتبر هو نتيجة وثمرة لها ، فيجب فصله عن أي سبب من الروابط الأخرى وهذا الأمر يعطي للإلتزام قوة أكبر وثقة وطمأنينة للمستفيد ، لأن ربطه بالعلاقات الأخرى من شأنه أن يضعف قوته الملزمة[١٧] ، ولا يعارض هذا الأمر القواعد العامة في القانون ، التي تقضي بأن التصرف الإرادي سواء كان في صورة عقد أم في صورة إرادة منفردة ، يكون باطلاً إذا كان الإلتزام دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً أو مخالف للنظام العام والآداب ، ويفترض في كل إلتزام أن له سبب مشروع ولو لم يذكر ما لم يقم الدليل على غير ذلك ، وإذا ذكر السبب يعتبر هو

السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك[١٨] ، لأن صفة الأستقلال هي أحدى خصائص هذا العقد كما هو الحال في الورقة التجارية.

والسبب يخضع كذلك لقانون الإرادة الذي يحكم العقد من حيث الموضوع ، مع ضرورة عدم تعارض هذا القانون مع النظام العام في دولة القاضي ، وإلا أستبعد تطبيقه عن طريق الدفع بالنظام العام[١٩] ، وهذا ما أشارت إليه المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق)[٢٠] .

ثانياً- انتهاء عقد خطاب الضمان : إن عقد خطاب الضمان المصرفي كغيره من العقود ينتهي أما بأنتهاء مدته أو بتنفيذ الإلتزامات محل هذا العقد ، فقيام المصرف بتنفيذ ما ألتزم به بدفع المبلغ المثبت في الخطاب هو الطريق الطبيعي لأنقضاء هذا الإلتزام[٢١]، كذلك إذا أنتهت المدة دون أن يطالب المستفيد بمبلغ الضمان فإن عقد خطاب الضمان المصرفي ينتهي ولا يبقى للمستفيد أي حقوق في نطاق الضمان [٢٢] إلا في حالة الأتفاق على مد أجل الضمان[٢٣] وأياً كانت الطريقة التي ينتهي بها عقد خطاب الضمان المصرفي سواء بأنتهاء المدة أم بالتنفيذ يجب أن تخضع لقانون ، فما هو هذا القانون ؟

إن قواعد غرفة التجارة الدولية حددت القانون الذي يحكم أنتهاء عقد خطاب الضمان المصرفي في المادة (٢٧) ، وهو أما أن يكون قانون الإرادة أو قانون المصرف في حالة أنعدام الإرادة ، لذا فإن هذا القانون هو الذي يحدد متى ينقضي العقد سواء بتنفيذه أو عدم تنفيذه[٢٤] .

أما المشرع العراقي فأنه أعتبر مسألة أنتهاء عقد خطاب الضمان من المسائل الموضوعية والتي تخضع لحكم المادة (١/٢٥) من القانون المدني ، وبالتالي يخضع أنتهاء عقد خطاب الضمان المصرفي لقانون الإرادة الصريحة والضمنية وفي أحوال غياب هذه الإرادة يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتحدا موطنا ، وإذا أختلفا يطبق قانون مكان إبرام العقد .

الفرع الثاني
المسائل الشكلية

يقصد بشكل العقد إظهار الإرادة بالطريقة التي يحددها القانون فإذا كان موضوع التصرف القانوني هو الإرادة ، فإن شكل التصرف هو إظهار هذه الإرادة إلى العالم الخارجي[٢٥]، فوجود الإرادة وإن كان ركناً ضرورياً في إبرام التصرف إلا إنه قد لا يكون كافياً، فقد يستلزم القانون إفراغها في شكل معين ، ليس فقط من أجل صحة العقد أو التصرف بل من أجل تيسير إثباته أيضاً[٢٦] ، ولقد أهتم فقهاء القانون الدولي الخاص في مختلف الدول بحث مشكلة القانون الواجب التطبيق على شكل العقد وأنتهى الرأي إلى إخضاع شكل العقد لقانون بلد إبرامه[٢٧] ، وليس من السهل دائماً أن نقرر فيما إذا كانت مسألة معينة هي من مسائل الشكل أو من مسائل الموضوع ، إذ أن التمييز بين المسائل الموضوعية والمسائل الشكلية يكون في غاية الصعوبة وذلك لعدم وجود حد فاصل بينهما كما أن هناك الكثير من المسائل الموضوعية تدخل في مجال المسائل الشكلية والعكس صحيح[٢٨] ، وعلى أية حال فأنه في نطاق خطاب الضمان المصرفي يجب التمييز بين الشكل المطلوب للأنعقاد والشكل المطلوب للإثبات وكالآتي:

أولاً- **الشكل المطلوب للأنعقاد** : قد يتطلب القانون إستيفاء شكل معين لانعقاد العقد ، فإذا لم يرتبط الرضا بهذا الشكل فلا ينعقد العقد ، ويميز جانب من الفقه الفرنسي بين الشكل الجوهري والشكل الخارجي ، فأما الشكل الجوهري فالمقصود به الرسمية التي يتطلبها القانون في بعض أنواع العقود لأنعقاد التصرف ، وهي مسألة موضوعية لأنها تهدف أساساً إلى حماية الإرادة ومن ثم تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع ، أما الشكل الخارجي فهو كيفية إخراج التصرف في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون[٢٩] ، وهذا الشكل الخارجي يخضع لقانون بلد الإبرام[٣٠] ، ويذهب رأي ثاني إلى وجوب إخضاع الشكل اللازم لأنعقاد التصرف لقانون محل الإبرام ، إذ يرى هؤلاء أن إخضاع الشكل اللازم لأنعقاد العقد للقانون الذي يحكم موضوع العقد أمر يتنافى مع مبدأ التيسير على المتعاقدين ، وهذا المبدأ الذي تقوم عليه قاعدة الإسناد في مجال شكل التصرفات القانونية[٣١] ، إذ سيضطر الأطراف بالرجوع إلى قانون غير قانون المكان الذي أبرم فيه التصرف وهو قانون يتعذر عليهم العمل بأحكامه ، ومن ثم فأن أعتبارات التيسير على المتعاملين تتطلب الرجوع إلى قانون محل الإبرام حتى بالنسبة إلى الأشكال التي تعتبر ركناً لإبرام العقد وشرطاً لصحته ، دون التقيد بما يقضي به القانون الواجب التطبيق على موضوع

التصرف[٣٢] ، لذلك يرى جانب من الفقهاء[٣٣] ، إن مسألة الشكل يجب أن تمتد لتشمل الشكل الجوهري والشكل الخارجي معاً ، بحيث إذا كان القانون الذي يحكم الموضوع يستلزم الشكل الرسمي وقانون بلد الإبرام يكتفي بالشكل العرفي ، ففي هذه الحالة ينعقد التصرف صحيحاً مادام قد أتخذ شكلاً عرفياً .

ونحن نتفق مع هذا الرأي لأن الرسمية تتطلب في الغالب تدخل موظف رسمي ، وهذا الموظف يخضع في أداءه لوظيفته لقانون الدولة التي يتبعها ، وعليه إذا لم يجد المتعاقدون في بلد الإبرام موظفاً مختصاً لإضفاء الرسمية على تصرفهم ، ولم يكن في هذه الدولة قنصلية تابعة للدولة التي يتعين تطبيق قانونها على موضوع التصرف ، ففي هذه الحالة يصعب على أطراف عقد خطاب الضمان إبرام العقد في الدول التي يتواجدون فيها .

ثانياً- **الشكل المطلوب للإثبات** : يعتبر تحديد طرق الإثبات نوعاً من الشكلية المقررة في القانون ، وهي بهذا التحديد تمس الحق في وجوده ، فإذا أنعدم الدليل المحدد للإثبات فان التصرف يكون موجوداً من الناحية النظرية ، ولكن قد يستحيل إثبات وجوده من الناحية العملية إذا لم يستطع صاحب المصلحة إثبات التصرف بطريق آخر غير الكتابة ، كما هو الحال في عقد خطاب الضمان المصرفي الذي يجب أن يكون مكتوباً فالكتابة هنا للإثبات وليس للأنعقاد ، لأن أشتراط الشكلية لا يتلائم بصورة عامة مع عقود التجارة الدولية فالتجارة تقوم على السرعة ، وبالأخص العمليات المصرفية التي تتطلب السرعة في أنجاز العقود ، هذا من جهة ومن جهة أخرى إن الأصل في العقود الرضائية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك[٣٤] ، وهذا ما أكدته المادة (٢/ أ) من قواعد غرفة التجارة الدولية لعام ١٩٩٢ ، و المادة (٢٨٧) من قانون التجارة العراقي كما مر .

وتعتبر العلاقة وثيقة بين قواعد الإثبات وقواعد الشكل الأمر الذي أدى إلى أخضاع القواعد الموضوعية للإثبات للقانون الذي يحكم الشكل[٣٥] ، ويذهب الرأي السائد في فقه القانون الدولي الخاص[٣٦] ، إلى أن القانون الذي يحكم الشكل هو الذي يحدد لزوم أو عدم لزوم شكل معين لإثبات التصرف ، كما يحدد قوة الدليل في الإثبات ، وعليه فإذا كان القانون الذي يحكم موضوع التصرف يتطلب الكتابة في حين أن قانون محل الإبرام لا يتطلبها ، وكذلك إذا كان القانون الذي يحكم شكل التصرف لا يتطلب الدليل الكتابي في الإثبات بينما يتطلبه قانون القاضي، ففي هذه الحالة يجوز إثبات

التصرف بغير الدليل الكتابي وفقاً للقانون الذي يحكم الشكل، وبعد ذكر القواعد المتعلقة بالشكل والمطبقة على العقود بصورة عامة ، لابد من التطرق لموقف قواعد غرفة التجارة الدولية من حيث القانون الواجب التطبيق على المسائل الشكلية ، وذلك من خلال الرجوع إلى المادة (٢٧) التي نصت على أنه (ما لم يوجد نص على خلاف ذلك في الضمان أو الضمان المقابل ، فإن القانون الذي يحكم الضمان هو قانون الدولة التي يوجد فيها مقر عمل الضامن أو الطرف الذي أصدر التعليمات (حسب الأحوال) وإذا كان للضامن أو الطرف المصدر للتعليمات أكثر من مكان يطبق قانون البلد الذي يقع فيه الفرع الذي أصدر الضمان أو الضمان المقابل) ، إذ يتبين من خلالها أن القانون الذي يطبق على المسائل الموضوعية والشكلية واحد وهو قانون الإرادة فقد جاء هذا النص مطلقاً من دون التمييز بين المسائل الشكلية والموضوعية ، وفي حالة أنعدام الإرادة يطبق قانون المصرف القائم بالعملية .

أما المشرع العراقي فقد ميز بين المساءل الموضوعية والشكلية من حيث القانون الواجب التطبيق ، إذ أعطى الأختصاص لقانون العقد لحكم العقد من حيث الموضوع ، أي قانون الإرادة ، وفي غياب الإرادة يكون الأختصاص لقانون الموطن أو محل الإبرام في حالة أختلاف موطن المتعاقدين ، وعلى ذلك نصت المادة (٢٥ / ١) - كما مر - ،أما المسائل الشكلية فالمشرع العراقي وضع قاعدة إسناد خاصة بها ، وهي قاعدة آمرة تتعلق بالنظام العام لا يجوز للأطراف الأتفاق على خلافها ، إذ نصت المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي على انه (تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها) ، فالمشرع العراقي في القانون المدني نص على القانون الواجب التطبيق على الشكل بقاعدة إلزامية لا يجوز لأطراف العقد مخالفتها .

وحسناً فعل المشرع العراقي[٣٧] ، بجعله قاعدة خضوع شكل العقد لقانون محل الإبرام قاعدة إلزامية ، وذلك للتسهيل والتيسير على المتعاقدين ، فمن الطبيعي أن يكون قانون البلد الذي أبرم فيه العقد هو أصلح من أي غيره لحكم شكل العقد ، والقول بخلاف ذلك يرهق المتعاقدين في البحث عن قانون آخر قد يمنعهم من إجراء تصرف قانوني صحيح.

المطلب الثاني

الآلية المتبعة في التطبيق

بعد أن أنتهينا إلى إمكانية إخضاع عقد خطاب الضمان المصرفي ذات الصفة الدولية إلى ما وضعته أتفاقية غرفة التجارة الدولية من حلول ، فأن السؤال الذي يطرح حول الآلية المتبعة في أعمال ما وضعته هذه القواعد من حلول ، وبتعبير آخر أساس تطبيق هذه القواعد فهل تطبق بصورة مباشرة على أساس أن لها قوة سريان ذاتي أم أن تطبيقها يكون من خلال منهج التنازع ، إن إجابة هذا الإستفهام تحتم علينا أن نقسم مطلبنا هذا على فرعين ، نعرض في الأول أسلوب التطبيق المباشر ، وفي الثاني أسلوب التطبيق غير المباشر .

الفرع الأول
أسلوب التطبيق المباشر

يقصد بالتطبيق المباشر هو أن تكون هناك قواعد مادية تضع مباشرة الحلول الموضوعية لمشاكل العقود الدولية [٣٨] ، فهذه القواعد لا تحيل المسائل محل النزاع إلى قانون آخر ، فقواعد هذا القانون تتضمن حلولاً وتنظيماً للعلاقات والروابط الخاضعة له [٣٩] ، وهذه القواعد تجد مصدرها أما في الأتفاقيات الدولية والتي تعد من أهم مصادر القواعد المادية في القانون الدولي الخاص ، ومن بينها بطبيعة الحال القواعد التي تتضمن تنظيماً مباشراً لبعض العقود الدولية ، كأتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية ، وأتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في فيينا عام١٩٨٠ ، التي وضعت أحكام مادية موحدة لتنظيم هذا النوع من البيوع ، وهذه الأحكام لا تنطبق إلا على البيوع الدولية وفقاً للمعيار الذي أعتنقته الأتفاقية ، أي أن العقد المبرم بين طرفين يعمل كل منهما في دولة مختلفة وبغض النظر عن جنسيته [٤٠] .

وهناك أتفاقيات تضمنت قواعد موحدة لتنظيم العقود البحرية ، وهي لا تنطبق إلا إذا أتسم العقد بالطابع الدولي ومن ثم أحكامها لا تنطبق على عقود النقل البحري الداخلي للبضائع [٤١] ، كأتفاقية بروكسل لعام ١٩٢٤ بشأن سندات الشحن المعدلة ببروتوكول ١٩٦٨ ، وأتفاقية الأمم المتحدة المبرمة في هامبورج ١٩٧٨ في شأن النقل البحري الدولي للبضائع [٤٢] ،

وهناك قواعد موضوعية مباشرة تطبق على العلاقات الدولية والداخلية في آن واحد ، كما هو الحال في معاهدة جنيف لسنة ١٩٣٠ و١٩٣١ والخاصة بالصك والكمبيالة والسند الأذني[٤٣] ، والقاعدة الموضوعية قد تجد مصدرها في القوانين كما في القانون الإنكليزي الخاص بعقد النقل البحري ، إذ يقوم القاضي الإنكليزي بتطبيق هذا القانون مباشرة دون الرجوع إلى قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص ، وبغض النظر عن وجود أي صلة بين النزاع والقانون الإنكليزي[٤٤] ، وكذلك القانون البحري الفرنسي الصادر في ١٨/ ٦ / ١٩٦٦ ، إذ يحدد مجال تطبيقه على وجه إلزامي في المادة (١٦) ، التي تنص على (أن هذا القانون يسري على عمليات النقل الجارية من أو إلى إحدى الموانئ الفرنسية والتي لا تكون خاضعة لمعاهدة دولية إنضمت إليها فرنسا) .

والذي يهمنا في موضوع البحث ، القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية في باريس لعام ١٩٩٢ الخاصة بخطابات الضمان المصرفية ، إذ وضعت أحكام خاصة بهذا النوع من العقود وحددت القانون الواجب التطبيق عليها ، فالسؤال الذي يثار هل يمكن تطبيق هذه القواعد مباشرة على عقد خطاب الضمان المصرفي بأعتبارها قواعد موضوعية تطبق على حل النزاعات الخاصة بعقد خطاب الضمان المصرفي أم تطبق عن طريق مهج تنازع القوانين ؟.

يرى جانب من الفقهاء ، أن القواعد الموضوعية للقانون التجاري بما لها من قوة سريان ذاتي تنطبق بصورة مباشرة على عقد خطاب الضمان المصرفي ، دون حاجة للرجوع إلى قاعدة الإسناد التي تقضي بإخضاع هذا العقد لقانون الإرادة [٤٥] .

إلا إننا نعتقد بأن القواعد الموضوعية التي تتضمنها غرفة التجارة الدولية لا يمكن تطبيقها بصورة مباشرة إلا إذا كانت دولة القاضي المعرض أمامه النزاع قد صادقت على هذه الأتفاقية أو نصت في تشريعاتها الوطنية على تطبيقها بصورة مباشرة على عقد خطاب الضمان المصرفي ، ويصدق هذا القول بالنسبة للمشرع العراقي لأنه لم يصادق على هذه الأتفاقية ولم يتضمن نص خاص يشير إلى تطبيقها بصورة مباشرة على النزاعات التي تحصل على مستوى التجارة الدولية ، لذلك يبقى تطبيقها متوقف على إرادة الأطراف ، فأطراف عقد خطاب الضمان

بإمكانهم أن يتفقوا على تطبيق هذه القواعد بصورة مباشرة على عقد هم مادام العقد ذات طابع دولي .

الفرع الثاني
أسلوب التطبيق غير المباشر

إن تطبيق القواعد المادية من خلال منهج التنازع هو الطريقة الأكثر شيوعاً[٤٦] ، فقاعدة الإسناد هي القاعدة التي يتم الرجوع إليها لأختيار القانون الأقرب صلة والأكثر ملائمة لحكم النزاع ، فهي قاعدة غير مباشرة والصفة غير المباشرة لقاعدة الإسناد ، تعني إنها لا تعطي حلاً موضوعياً مباشراً للنزاع ، فهي ترشد فقط إلى القانون الذي يعطي الحل النهائي والموضوعي للمسألة المثار حولها النزاع عن طريق قاعدة الإسناد ، أي أن تطبيق هذه القواعد يحتاج لأختيار المتعاقدين لها [٤٧] ، والتحليل القانوني الصحيح لقاعدة الإسناد يؤكد طبيعتها غير المباشرة ، فهي لا تتضمن أحكاماً مادية تطبق مباشرة في موضوع النزاع ، فمثلاً إن قاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية لا تبين السن الذي يكون فيها الشخص كامل الأهلية للإلتزام ، بل تعين جنسية القانون الذي يحدد هذه السن ، كذلك قاعدة الإسناد الخاصة بشروط أنعقاد الزواج لا تحدد شروط صحة الزواج ولا تبين فيما إذا كان الزواج صحيحاً أم باطلاً ، بل تبين القانون الواجب التطبيق على الزواج وتترك لأحكامه الموضوعية توضيح هذه المسائل ، وهذا ما دفع بعض الفقهاء إلى تشبيه قواعد الإسناد بمكتب الأستعلامات في محطة السكك الحديدية ، فكما تقتصر مهمة هذا المكتب على الإرشاد إلى رصيف القطار، فكذلك تقتصر وظيفة هذه القواعد إلى الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع[٤٨] .

وبما إننا بصدد الحديث عن قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس لعام ١٩٩٢ الخاصة بتنظيم خطابات الضمان المصرفية ، لذا فالسؤال يكون عن إمكان تطبيق هذه القواعد بصورة غير مباشرة (عن طريق قواعد الإسناد الوطنية)؟

يرى جانب من الفقهاء في القانون الدولي الخاص[٤٩] ، إن القواعد المادية لا يمكن تطبيقها إلا بمقتضى قاعدة إسناد وهي إرادة الأطراف الصريحة والضمنية في العقود الدولية ، وعلى الرغم من حاجة القواعد المادية لقواعد الإسناد ، إلا أن هذا لا يعني أن القواعد المادية تدخل في منازعة مع القوانين الداخلية ، وإنما المراد من ذلك إن القواعد المادية يتم

تطبيقها من خلال الأستعانة بقواعد الإسناد الموجودة في هذه القوانين[٥٠] ، وبالتالي فإن إرادة الأطراف وإعلان أختيارهم أو رضائهم بقواعد غرفة التجارة الدولية هي قاعدة إسناد[٥١] ، وهي قاعدة معروفة في فقه القانون الدولي الخاص[٥٢] ، وبالتالي فإن القاضي أو المحكم لا يستطيع الفصل في النزاع المطروح أمامه إستناداً إلى القواعد المادية إلا إذا أتجهت إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية إلى هذه القواعد[٥٣] ، فاعتماد تطبيق القواعد الموضوعية على إرادة الأطراف في العقد الدولي كقاعدة إسناد صرح بها أحد الفقهاء[٥٤] ، وإن كان بطريقة غير مباشرة أو ضمنية ، فوجودها ضروري لتحديد حالات تطبيق القواعد الموضوعية .

ولكن جانب آخر من الفقهاء يرى إن هذا التصور يخالف ما أنتهى إليه الفقه المعتمد في النظرية العامة ، لأنه يتجاهل التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية لأنه يجعل تطبيقها مرهوناً بإرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية ، إذ أن هذه القواعد تتمتع بالقوة الملزمة حالها حال القواعد الآمرة مما يتوجب على القاضي تطبيقها من تلقاء نفسه ما لم يرفضها الأطراف [٥٥] ، وعليه فأن تطبيق القواعد المادية لا يحتاج أن يقوم الأطراف بأختيارها ، فهي واجبة التطبيق إلا إذا أتفق الأطراف على إستبعادها صراحة أو ضمناً ، لأن القول بخلاف ذلك هو إنكار للصفة القانونية لهذه القواعد[٥٦] ، إلا إننا نرى بأن تطبيق هذه القواعد مرهون ومتوقف على إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية ، فقواعد غرفة التجارة الدولية تكون ملزمة للأطراف فيما عدا ما ينص عليه خلاف ذلك صراحة في خطاب الضمان ، فإرادة الأطراف هي صاحبة القرار في تطبيق هذه القواعد أو إستبعادها[٥٧] ، وبالتالي لا يستطيع القاضي أو المحكم تطبيقها بصورة مباشرة إلا إذا أشارت إليها إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية ، اللهم إلا إذا كانت دولة القاضي المعروض عليه النزاع قد أشارت إلى تطبيقها مباشرة على النزاع ، أو إذا وجد قانون خاص في هذه الدولة ينظم بعض العقود ، ففي هذه الحالة يمكن تطبيقه مباشرة على النزاع ، وعلى ذلك نصت عليه المادة (٢٩) من القانون المدني العراقي (لا تنطبق أحكام المواد السابقة إذا وجد نص على خلافها في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في العراق) [٥٨] ، لذلك فإن المادتين (٢٥و٢٦) هما القاعدة العامة والأستثناء ورد في مادة لاحقة هي المادة(٢٩) .

وفي ضوء ما تقدم لم يتضمن القانون العراقي نص يشير إلى تطبيق قواعد غرفة التجارة الدولية في حالة سكوت الأطراف عن أختيار القانون الواجب التطبيق على عقد خطاب الضمان المصرفي[٥٩] ، وبالتالي لا يمكن الرجوع إلى هذه القواعد وتطبيقها بصورة مباشرة إلا عن طريق قاعدة الإسناد الوطنية ، أي بالرجوع إلى (١/٢٥) من القانون المدني العراقي .

ونحن بدورنا نرجح أسلوب التطبيق المباشر لقواعد غرفة التجارة الدولية من خلال وجود قانون خاص يشير إلى تطبيق هذه القواعد على عقد خطاب الضمان المصرفي دون الرجوع لقواعد الإسناد ، لأن هذه الأخيرة تعد ملائمة لما حصل من تطورات في مجال التجارة الدولية ، وخصوصاً في مسألة التكييف ، إذ يتوجب على القاضي أولاً أن يكيف العلاقة ، ويحدد طبيعة ووصف العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي لغرض إدخالها ضمن أحد الأفكار القانونية المسندة ، بغية إسنادها لنظام قانوني معين ، وتخضع هذه العملية على الرأي الراجح لقانون القاضي ، وهذا القانون لا يكون معلوماً في المراحل الأولى من العلاقة بل وحتى أنتهائها ما لم تثار بشأنها دعوى أمام القاضي[٦٠] ، وسبب الصعوبة في هذه المرحلة هو عدم وجود أساس موحد لدى جميع الدول بشأن تحديد وصف وطبيعة العلاقات القانونية ، وهذا يؤدي إلى الأختلاف في أختيار قاعدة الإسناد ، ومن ثم إلى أختلاف في الحلول الواجب أتباعها[٦١] .

المبحث الثاني
قواعد اليونسترال لعام ١٩٩٥

بعد التعرف على ما وضعته غرفة التجارة الدولية من قواعد لتنظيم عقد خطاب الضمان المصرفي ، لابد من الإشارة إلى قواعد اليونسترال لعام ١٩٩٥ ، إذ أن لهذه القواعد دور مهم في تحديد القانون الواجب

التطبيق على عقد خطاب الضمان المصرفي ، إذ وضعت هذه القواعد حلولاً دولية لحل المنازعات التي قد تنشا عن هذا العقد ، ولأجل الإحاطة بالموضوع سنقسم مبحثنا هذا على مطلبين نتناول في الأول منهما تطبيق القانون المختار، وفي الثاني تطبيق قانون المصرف .

المطلب الأول
تطبيق القانون المختار

إن قواعد اليونسترال لعام ١٩٩٥ أكدت على دور الإرادة في أختيار القانون الواجب التطبيق ، حيث سمحت هذه القواعد للمصرف والمستفيد في أن يتفقا على أختيار القانون الذي التطبيق يحكم عقد خطاب الضمان المبرم بينهما ، وسواء كان هذا الأتفاق صريحاً أو ضمنياً ، لذلك ولأجل الإحاطة بهذا الموضوع سنقسم مطلبنا هذا على فرعين ، نتناول في الأول منهما الأتفاق الصريح ، وفي الثاني الأتفاق الضمني .

الفرع الأول
الأتفاق الصريح

أكدت قواعد اليونسترال على حرية الأختيار الصريح للقانون الذي يحكم عقد خطاب الضمان المصرفي ، إذ قررت أخضاع هذا العقد لقانون الإرادة فللمصرف والمستفيد أن يتفقا صراحة على أختيار القانون الذي يحكم عقدهما من دون أن يلزما بمراعاة الصلة بين العقد والقانون المختار ، فلهم أن يضمنوا عقدهم شرطاً صريحاً يشير إلى القانون الواجب التطبيق ، كما يجوز لهم أن يشترطا هذا الأمر في أتفاق لاحق مستقل ، وهذا ما نصت عليه المادة (٢١) من هذه القواعد (يخضع التعهد للقانون الذي يكون أختياره قد نص عليه في التعهد أو يتبين من شروط وأحكام التعهد بأنه قد أتفق عليه بين الكفيل / المصدر والمستفيد في غير التعهد) [٦٢] .

وعليه فإذا وجد هذا الأختيار الصريح فإنه يغني من الرجوع إلى عناصر أخرى ، وعلى القاضي أن يأخذ بالأختيار المصرح به [٦٣] ، فأطراف العلاقة العقدية عندما يختارون قانوناً ليحكم عقدهم فمن الضروري أن يكون لهم العلم المسبق بأحكامه والثقة به ، من حيث إنه الأقدر على حسم المنازعات التي قد تثار بخصوص علاقاتهم ، وإنه قانون يحقق مصالحهم ومصالح التجارة الدولية [٦٤] .

أما القانون العراقي كما مر فقد جاءت المادة (٢٥) من القانون المدني بقاعدة عامة أساسية أخضع فيها المشرع الإلتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي لقانون الإرادة والتي أكدت بصورة أولية على الأتفاق الصريح للأطراف .

وهذا ما أشار إليه القضاء العراقي في قرار صادر من محكمة التمييز جاء فيه ((إذا أتفق المتعاقدان بموجب شروط مستند الشحن على تطبيق أحد قانونين أجنبين تبعاً لجنسية الناقل فعلى المحكمة تطبيق أحد القانونين المذكورين إستناداً للمادة ٢٥ مدني)) [٦٥]

الفرع الثاني
الاتفاق الضمني

في حالة عدم وجود أتفاق صريح بين المصرف والمستفيد على أختيار قانون معين لحكم العقد ، فعلى القاضي المعروض أمامه النزاع البحث عن الإرادة الضمنية لهم التي قد يتوصل غليها من خلال الظروف المحيطة بالعقد ، ككتابة العقد بلغة معينة ، أو اشتراط تنفيذ العقد في دولة معينة أو من خلا الدفع بعملة معينة ، أو قد يكتشفها القاضي من خلال أشتراط الأطراف بجعل الأختصاص بنظر النزاع لمحكمة معينة ، إذ يدل هذا الأشتراط على أنصراف نية المتعاقدين إلى أخضاع عقدهم لقانون دولة المحكمة التي تنظر في النزاع ، ولقد أعترفت قواعد اليونسترال بالإرادة الضمنية لأطراف عقد خطاب الضمان المصرفي ، وهذا ما نصت (٢١) من هذه القواعد (يخضع التعهد للقانون الذي يكون أختياره قد نص عليه في التعهد أو يتبين من شروط وأحكام التعهد بأنه قد أتفق عليه بين الكفيل / المصدر والمستفيد في غير التعهد) .

فعبارة (...أو يتبين من شروط وأحكام التعهد) تعني الأتفاق الضمني للأطراف ، وبالتالي فأن قواعد اليونسترال ساوت بين الإرادة الصريحة والضمنية .

ولقد اعتمد المشرع العراقي في القانون المدني هذه الإرادة الضمنية في المادة (١/٢٥) التي تنص على أنه (.....، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه) ، فعبارة (أو يتبين من الظروف) تعني الإرادة الضمنية في تعيين القانون الواجب التطبيق ، إذ أن هذه المادة جاءت قاطعة الدلالة على إلزام القاضي بالبحث عن إرادة المتعاقدين الضمنية في أحوال غياب الإرادة الصريحة .

ومن أجل أستخلاص هذه الإرادة فإن للقاضي العراقي أن يسترشد بما أستقر عليه الأجتهاد القضائي والفقهي في البلاد التي تعتد بالإرادة الضمنية ، ويمكن أستخلاص هذه الإرادة من عدة ظروف وعوامل[٦٦] نذكر منها:

١- قد يختار أطراف عقد خطاب الضمان المصرفي بنود عقد نموذجي وضع وفقاً لقانون دولة معينة ، مما يعني أتجاه إرادتهما ضمنياً نحو أختصاص هذا القانون .

٢- قد يتفق الأطراف على أخضاع بعض المسائل في عقد خطاب الضمان لقانون دولة ما ، وبالتالي يمكن الأستنتاج ضمنياً أن إرادتهم قد أتجهت إلى جعل هذا القانون مختصاً لحكم عقد خطاب الضمان بأكمله .

٣- قد يتم أستخلاص هذه الإرادة من المسائل المستخدمة في إبرام عقد خطاب الضمان ، كاللغة المستخدمة فيه ، وتحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاع أو مكان تنفيذ الإلتزام أو محل تسديد الثمن أو تحديد نوع العملة التي يلتزم المصرف بدفعها إلى المستفيد وغيرها .

وأخذ القضاء العراقي بهذه الإرادة عند تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد خطاب الضمان ، وذلك في قرار صادر من محكمة التمييز جاء فيه ((أما عن سريان القانون فإن القانون العراقي هو الذي يطبق في هذه الدعوى عملاً بالمادة (٢٥) من القانون المدني ، فقد ظهر من ظروف الدعوى أن الطرفين قد أرتضيا ضمناً تطبيق القانون العراقي ، وقد أوضح الحكم المميز ذلك))[٦٧] ، ولم تبين المحكمة الظروف التي أستندت عليها في الكشف عن إرادة الأطراف الضمنية، ولكن نستطيع أن نحددها من خلال أن أحد أطراف النزاع كان عراقياً ، وأن المحكمة التي نظرت النزاع هي محكمة عراقية ، ومن ثم يمكن أعتبارهما دلالتين على الأختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق .

المطلب الثاني

تطبيق قانون المصرف

في أحوال غياب الإرادة الصريحة لأطراف عقد خطاب الضمان المصرفي في أختيار القانون الذي يحكم هذا العقد ، ولم يتمكن القاضي من الكشف عن الإرادة الضمنية لهما ، ففي هذه الأحوال يجب على القاضي أن لا يقف مكتوف الأيدي ، إذ أن عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية لأطراف عقد خطاب الضمان يجب أن لا يشكل عائقاً أمام حل التنازع

والفصل في الدعوى ، بل يجب عليه أن يطبق قواعد الإسناد الأحتياطية التي ترشده إلى القانون الواجب التطبيق على العقد ، سواء كانت هذه الضوابط محددة من قبل مشرعه الوطني أم تم تحديدها من قبل أتفاقية دولية فيما إذا كانت دولته قد أعتمدت قواعد هذه الأتفاقية في تشريعاتها الوطنية ، وبما أننا بصدد قواعد اليونسترال لذا ننتقل إلى ما أورده المشرع في هذه القواعد من وضع ضوابط إسناد أحتياطية تشير إلى القانون الواجب التطبيق في حالة عد أتفاق الأطراف صراحة أو ضمناً على القانون الذي يحكم العقد.

وبالرجوع إلى هذه القواعد نجد أنها أعطت الأختصاص لقانون الدولة التي يقع فيها مكان عمل المصرف الذي صدر خطاب الضمان ، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٢) من هذه القواعد (في حالة عدم أختيار قانون وفقاً للمادة (٢١) يخضع التعهد لقانون الدولة التي يقع فيها مكان عمل الكفيل / المصدر الذي أصدر فيه التعهد) .

والذي يتطلع إلى ما أنتهت إليه هذه المادة يدرك بأن الأختصاص يكون لقانون دولة التي يعمل فيها الكفيل (المصرف) ، ويبدو أن مكان عمل المصرف يثير علامات أستفهام ، إذ نلاحظ على هذه المادة أنها لم تبين المقصود بهذا المكان بصورة أكثر توضيحية ، إذ أن المصرف قد يكون له أكثر من مكان عمل ، وبالتالي قانون أي مكان يكون الواجب التطبيق على عقد خطاب الضمان المصرفي فهل هو قانون المكان الرئيسي أم الفرعي ؟

للإجابة على هذا الاستفهام نقول بأنه لا توجد مشكلة في حالة وجود حالة وجود المصرفين في دولة واحدة ، لأن في هذه الحالة يتم تطبيق قانون الدولة التي يوجد المصرفين . إلا أن المشكلة تظهر في حالة وجود كل منهما في دولة ففي هذه الحالة ما هو القانون الذي يطبق على العقد ؟ .

ذهب جانب من الفقهاء[٦٨] ، أن العملية المصرفية إذا قام بها فرع تابع لمصرف أجنبي أو مصرف وليد تابع للمصرف الأم الموجود في الخارج أو مراسل أو وكيل فأن القانون الواجب التطبيق على هذه العملية هو قانون الدولة التي يوجد فيها مقر أي من هؤلاء .

وذهب جانب آخر[٦٩] ، إلى القول بأنه يجب الأخذ بمعيار الأداء المميز في هذه الأحوال، فإذا كان الأداء المميز يقدمه المصرف الرئيسي والذي يتمثل بدفع مبلغ الضمان إلى المستفيد ، في هذه الأحوال يطبق قانون دولة هذا المصرف بأعتباره صاحب الأداء المميز ، أما إذا كان الأداء

المميز يجب تقديمه بمقتضى العقد من مصرف آخر كالفرع مثلاً ، ففي هذه الأحوال يجب تطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها هذا الفرع .

ونعتقد أن الرأي الثاني هو الراجح إذ يجب العمل بفكرة الأداء المميز لتحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة ، فإذا كان المصرف الرئيسي هو الملتزم بدفع قيمة الضمان للمستفيد يطبق قانون البلد الذي يوجد فيه هذا المصرف والعكس صحيح في حالة كون المصرف الفرع هو الملتزم بدفع قيمة الضمان إلى المستفيد .

أما عن موقف المشرع العراقي ، في حالة عدم وجود الإرادة الصريحة ويتعذر على القاضي الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف ، فهنا المشرع العراقي حاول أن يجنب القاضي مشقة البحث عن الإرادة المفترضة أو مسألة تركيز العقد ، لذلك فقد نص صراحة على تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون محل إبرام العقد ، فهل هذا الحل قابل للتطبيق على عقد خطاب الضمان المصرفي ذي الطبيعة الدولية؟.

نعتقد بأن ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين و ضابط محل أبرام العقد ، هي ضوابط جامدة لا تتلاءم مع التطور الحاصل في التجارة الدولية وبالأخص أعمال المصارف ، فالمشرع العراقي أفترض مسبقاً أن مركز الثقل في العلاقة العقدية هو الموطن المشترك للمتعاقدين أو دولة محل أبرام العقد ، في حين إن تحديد مركز الثقل في العلاقة العقدية يختلف بحسب طبيعة العقد ، ففيما يتعلق بقانون الموطن المشترك فأنه لم يساير الاتجاهات الحديثة التي تكاد أن تكون قد هجرته ولم ترجع إليه إلا في مجالات محدودة ، لأنه من النادر أن يتحد موطن أطراف العلاقة العقدية على صعيد التجارة الدولية ولاسيما إذا أخذنا بنظر الأعتبار التطور التقني في وسائل الأتصال الحديثة .

وكذلك أصبح هذا الضابط في الوقت الحاضر غير صالح في ظل وجود وسائل الأتصال الحديثة ، فقانون بلد الإبرام لم يعد ملائماً لمواكبة التطور الحاصل على مستوى التجارة الدولية ، حيث تعددت وتنوعت صور التعاقد بين غائبين نتيجة تطور وسائل الأتصال ، حيث يمكن أبرام العقود عن طريق الإنترنت من دون حاجة إلى أن يلتقي المتعاقدون في مكان محدد[٧٠]، وهذا الأمر كثير التحقق بالنسبة إلى عقد خطاب الضمان المصرفي ، ففي بعض الأحيان يطلب المستفيد من العميل أن يصدر الضمان من مصرف موجود في بلده ، فيطلب العميل من مصرفه بأن

يصدر الضمان من مصرف موجود في دولة المستفيد ، لذا فالعملية بين المصرفين تتم من خلال الهاتف أو الرسائل الإلكترونية وغيرها من وسائل الأتصال الحديثة.

وتأسيساً على ما تقدم نصل إلى نتيجة مفادها أن ضوابط الإسناد الاحتياطية ضوابط جامدة لا تلائم عقود التجارة الدولية بصفة عامة ، وبصفة خاصة عقد خطاب الضمان المصرفي، لأن العمليات المصرفية لها طبيعة خاصة بها تعمل بموجب آليات معينة ، فخطاب الضمان علاقة ثلاثية الأطراف كل علاقة منها لها أستقلاليتها .

ولابد من الإشارة إلى مسألة مهمة أشارت إليها قواعد اليونسترال وهي مسألة الغش الصادر من المستفيد ، إذ حددت قواعد اليونسترال حالات سوء النية (الغش) وجعلتها إستثناء من إلتزام المصرف بالسداد [٧١] ، كما أكدت الأتفاقية على إلتزام المصرف بالفحص الظاهري فقط للمستندات ، وألزمته أن يتصرف بحسن نية عند قيامه بفحص المستندات وأن يتوخى قدراً معقولاً من الحرص مع مراعاة المعايير الدولية المتعارف عليها في هذا الشأن [٧٢] ، فإذا رفض المصرف السداد للمستفيد من غير تقديم مبرر ، بالرغم من أن المستندات جاءت سليمة ومطابقة لشروط الأعتماد ، فيكون مسؤولاً تجاه المستفيد الذي له الحق بالمطالبة بقيمة الأعتماد مع الفوائد بأعتبار إنه قد قام بتنفيذ إلتزاماته ، ولا يكون للمصرف الحق في الأمتناع ، وفي نفس الوقت يسأل المصرف تجاه العميل عن إمتناعه عن الدفع بغير مبرر متى كانت المستندات مطابقة لشروط الأعتماد [٧٣] ، حيث يستطيع العميل مقاضاته ومطالبته بالتعويض لما لحق به من ضرر جراء عدم تنفيذه لإلتزامه الناشئ عن عقد البيع [٧٤] ، لأن إلتزام المصرف بفحص المستندات يقوم على أساس تقيده بشروط العميل الواردة بخطاب الأعتماد ، وعلى أساس المستوى الدولي للممارسات المصرفية ، فمتى قام المصرف بالتحقق من مطابقة المستندات ووجدها سليمة يجب عليه الدفع للمستفيد تنفيذاً لتعهده الشخصي [٧٥] .

فالسؤال الذي يثار ما هو القانون الذي يجب الرجوع إليه لتقدير وجود الغش أو التعسف الظاهر، فهل هو قانون الدولة التي يوجد فيها المصرف الذي أصدر الضمان ... ؟ .

يرى البعض [٧٦] ، إن القانون الذي يحكم الضمان هو الذي يجب الرجوع إليه للتأكد من وجود أو عدم وجود الغش أو التعسف الظاهر،

إستندوا في ذلك إلى حكم صادر من المحكمة الفيدرالية السويسرية في ١١ من يناير ١٩٨٩ خاص بالأعتمادات المستندية ، حيث قضت المحكمة بتطبيق القانون الواجب التطبيق على الضمان ليحكم التعسف الظاهر، عليه فإذا كانت الإرادة الصريحة أو الضمنية قد أتجهت لأختيار القانون الذي يحكم عقد خطاب الضمان المصرفي ، فإن هذا القانون هو نفسه الذي يحدد وجود حالة الغش من عدمه ، أما في حالة غياب الإرادة فإن القانون الذي يختص بهذه المسألة هو قانون الدولة التي يوجد فيها المصرف الذي أصدر الضمان ، كما أشارت إليه المادة (٢٢) من قواعد اليونسترال ، ويرى البعض الآخر بأن القانون الذي يحكم عقد الأساس ، أي العقد الذي يربط الآمر بالمستفيد هو الذي يحدد مسألة الغش أو التعسف الظاهر الصادر من المستفيد ، وسنده في ذلك إن الغش أو التعسف الظاهر يحدث من جانب المستفيد ، وهو طرف في عقد الأساس وآثاره تنصرف إلى مصدر الأمر الذي يعد الطرف الثاني في هذا العقد الأساس ، ومن هذا المنطلق فإنه من المنطقي أن يكون القانون الذي يحكم عقد الأساس ، هو الذي يحدد مسألة الغش أو التعسف الظاهر [٧٧] .

ونؤيد الأتجاه القائل بخضوع مسألة وجود الغش من عدمه للقانون الذي يحكم الضمان ، سواء كان هذا القانون قانون الإرادة الصريحة أم الضمنية ، أو قانون المصرف في حالة عدم وجود الإرادة ، فالغش وإن كان يفسد أو يعطل أستقلال الضمان عن عقد الأساس ، إلا إنه لا يعطل القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان .

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة الحلول الدولية لتنازع القوانين لخطاب الضمان المصرفي (دراسة مقارنة) خلصنا إلى جملة من النتائج والتوصيات نعرض لأهمها في الفقرتين الآتيتين :

أولاً : النتائج

١- إن قواعد غرفة التجارة الدولية عقدت الأختصاص بصورة أصلية لقانون الإرادة الصريحة والضمنية ، وفي حالة أنعدام الإرادة فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون بلد المصرف أو الفرع الذي أصدر الضمان إذا كان للمصرف أكثر من فرع ، أي إن قواعد غرفة التجارة الدولية أخذت بفكرة الأداء المميز في العقد الذي يتمثل بإصدار الضمان ، لذا عقدت

الأختصاص لقانون المصرف بأعتباره صاحب الأداء المميز في العملية التعاقدية .

٢- تبين لنا أن ضوابط الإسناد الأحتياطية التي أعتمدها المشرع العراقي في المادة (٢٥/ ١) المتمثلة بالموطن المشترك ومكان إبرام العقد ، هي ضوابط جامدة لا تتلاءم مع التطور الحاصل في التجارة الدولية وبالأخص أعمال المصارف ، أما الإسناد الأحتياطي الذي نهجته قواعد غرفة التجارة الدولية الذي يأخذ بفكرة الأداء الميز ، فهو إسناد مرن يواكب التطور الحاصل في التجارة الدولية .

٣- إن المشرع العراقي في المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي جعل قاعدة خضوع شكل العقد لقانون محل إبرامه قاعدة إلزامية ، وهذا الأمر يحقق ميزة للأطراف المتعاقدة تتمثل بالتسهيل والتيسير على المتعاقدين ، فمن الطبيعي أن يكون قانون البلد الذي أبرم فيه العقد هو أصلح من أي غيره لحكم شكل العقد ، والقول بخلاف ذلك يرهق المتعاقدين في البحث عن قانون آخر قد يمنعهم من إجراء تصرف قانوني صحيح .

٤- إن قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس لعام ١٩٩٢ وكذلك قواعد اليونسترال لعام ١٩٩٥ نظمت أحكام عقد خطاب الضمان المصرفي ، إلا إن هذه القواعد لا يمكن تطبيقها في العراق لأنه لم ينضم إليها ولم يتضمن قانون خاص يشير إلى تطبيق قواعد غرفة التجارة الدولية أو قواعد اليونسترال، وبالتالي لا يمكن الرجوع إلى هذه القواعد وتطبيقها بصورة مباشرة إلا عن طريق قاعدة الإسناد الوطنية التي نصت عليها المادة (٢٥/ ١) المتمثلة بقانون الإرادة .

٥- هناك مسائل لم ينظمها المشرع العراقي في قانون التجارة النافذ ، كمسألة الغش الصادر من المستفيد والتي تأثر على خاصية أستقلال عقد خطاب الضمان المصرفي وتكون سبباً في إبطاله ، في حين عالجت هذا الموضوع قواعد اليونسترال لعام ١٩٩٥.

ثانياً : التوصيات:

١- ندعو المشرع العراقي أن يأخذ العمليات المصرفية بنظر الأعتبار وبالأخص خطاب الضمان المصرفي لكثرة التعامل به على صعيد التجارة الدولية ، من خلال وضع قواعد إسناد خاصة تشير إلى القانون الواجب التطبيق عليه ، لأن المادة (١/٢٥) لم تعد كافية لحكم هذا النوع من العقود ، كما إنها غير ملائمة في ضوابطها الأحتياطية .

٢- ندعو المشرع العراقي أن يضمن التشريع الحالي (قانون التجارة النافذ) نص يشير على تطبيق قواعد غرفة التجارة الدولية وقواعد اليونسترال ولو بصورة أحتياطية ، يكون جارياً على النحو التالي (تطبق في حالة عدم وجود نص في هذا القانون بشأن خطاب الضمان المصرفي القواعد الدولية التي تناولت بالتنظيم أحكام هذا العقد) .

٣- نأمل من المشرع العراقي إلى تعديل المادة (٢٥ /١) لأنها لا تناسب العقود الدولية بصورة عامة وليس فقط عقد خطاب الضمان المصرفي ، ونقترح أن يكون التعديل في الضوابط الأحتياطية لها ، بحيث يتم إبدالها بفكرة الأداء المميز ، ونقترح أن تكون بالنحو التالي " يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يتم فيها الأداء المميز في العملية التعاقدية ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه " .

٤- ندعو المشرع العراقي إلى ضرورة تنظيم مسألة الغش الصادر من المستفيد من خلال النص عليها في قانون التجارة الحالي ونقترح أن يكون النص كالآتي (على المصرف الأمتناع عن الوفاء بقيمة خطاب الضمان للمستفيد في حالة تقديم الأخير مستندات مزورة أو حالة صدور تعسف ظاهري منه وفي كل الأحوال التي تبين أن المستفيد كان سيء النية) .

الهوامش

(١) الإيجاب هو التعبير البات عن إرادة شخص يتجه به إلى شخص آخر يعرض عليه التعاقد على أسس وشروط معينة. أما القبول فهو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب ، يراجع د.عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي ، ج١ ، ط٤ ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص٣٨ وما بعدها .

(٢) حسين بن محمد المهدي ، القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية ، بحث منشور في مجلة البحوث القضائية مجلة فصلية تعنى بالبحوث والدراسات القضائية ، يصدرها المكتب الفني للمحكمة العليا ، الجمهورية اليمنية – صنعاء ، العدد السابع ، يونيو ٢٠٠٧ ، ص٥٦ .

(٣) نصت المادة (٢٠) من قواعد الغرفة (يجب أن تكون أي مطالبة في نطاق الضمان كتابة ويجب أن يرفق بها (بالإضافة إلى ذلك أي مستندات قد يكون منصوص عليها في الضمان) أو تعزز بإقرار كتابي يدخل في صلب المطالبة نفسها أو بمستند أو مستندات ترفق بالمطالبة) .

(٤) وعرفه المشرع المصري في المادة (١/٣٥٥) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ (خطاب الضمان تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى الآمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون إعتداد بأية معارضة) .

(٥) د.جمال محمود الكردي ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص٥١٣ ، و د.عادل محمود حوتة ، القانون الواجب التطبيق على عقد الضمان المقابل ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧، ص٩٢ .

(٦) أخذ المشرع المصري بهذا الاتجاه في المادة (١٩) من القانون المدني المصري التي نصت على أنه (يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا أتحدا موطنا ، فإن أختلفا موطنا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه) .

(٧) د.حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، ص٣٩٦ ، ود. بدر الدين عبد المنعم شوقي ، الوسيط في القانون الدولي الخاص المصري ، الجزء الثاني في تنازع القوانين – الأختصاص القضائي الدولي ، من دون مكان طبع ، ١٩٩٣ ، ص١٨٩ .

(٨) Batiffol et Lagard , droit international prive , tom 11, paris , 1983 , P.275 .

(٩) المادة (٢/١١٨) من القانون المدني عراقي التي نصت على أنه (لا ينفذ العقد إذا وقع غلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسي في التعاقد) ، وما يقابل ذلك المادة (١٢٢) من القانون المدني المصري التي نصت على أنه (يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون، إذا توافرت فيه شروط الغلط الواقع طبقاً للمادتين (١٢٠ و ١٢١) ، وهذا ما لم يقض القانون بغيره) ، وما يقابل ذلك المادة (١١١٠) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أنه (لا يكون الغلط سبباً لبطلان الأتفاقية ألا إذا وقع على جوهر الشيء بالذات الذي يشكل موضوع الأتفاقية)) .

(١٠) د.فوزي محمد سامي ود. فائق محمود الشماع ، القانون التجاري ، الأوراق التجارية ، ط١ ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص٦٨ .

(١١) نصت المادة (١٢١) من القانون المدني المصري على أن (يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد ، لو لم

يقع في هذا الغلط ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في أعتبار المتعاقدين ، أو إذا وقع في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته) .

(١٢) المواد (١٢٦ –١٣٠) من القانون المدني العراقي ، وما يقابل ذلك المادة (١/١٣٣)من القانون المدني المصري التي نصت على أنه (إذا لم يكن محل الإلتزام معيناً بذاته ، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً) ، وكذلك المادة (١٣٥) من القانون المدني المصري التي نصت على أنه (إذا كان محل الإلتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً) .

(١٣) المادة (٢٨٧) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ .

(١٤) د.صلاح المقدم ، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات إيجار السفينة ، دراسة مقارنة في القانون البحري ، الدار الجامعية ، ١٩٨٠، ص٤٢٤ ، ود. بدر الدين عبد المنعم شوقي ، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري ، من دون مكان طبع ، ١٩٩٠ ، ص٤٤٦ .

(١٥) د.فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع ، المصدر السابق ، ص٤٧ .

(١٦) المادة (٢ / ب) من قواعد غرفة التجارة الدولية التي نصت على أنه (الضمانات بطبيعتها عمليات منفصلة عن العقد أو العقود أو شروط المناقصات التي تكون أساساً لها ...) .

(١٧) د.علي جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص١٠٩ .

(١٨) نصت المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي على أنه :

١- يكون العقد باطلاً إذا إلتزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً أو مخالف للنظام العام أو للآداب .

٢- ويفترض في كل إلتزام أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك.

٣- أما إذا ذكر سبب في العقد فيعتبر أنه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، وما يقابل ذلك المادتين (١٣٦,١٣٧) من القانون المدني المصري إذ نصت المادة (١٣٦) على أنه (إذا لم يكن للإلتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً) ، أما المادة (١٣٧) فإنها تنص على أنه (١- كل إلتزام يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك . ٢- ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للإلتزام سبب آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه) ، وما يقابل ذلك المادة (١١٣١) من القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ التي نصت على أنه (أن الإلتزام لا ينتج

أي أثر إذا لم يكن مبنياً على سبب ، أو كان مبنياً على سبب غير صحيح ، أو على سبب غير مشروع) ، ونصت المادة (١١٣٢) من هذا القانون على انه (أن الأتفاق يكون صحيحاً ولو لم يذكر سببه) ، أما المادة (١١٣٣) من القانون نفسه فقد نصت على أنه (أن السبب يكون غير مشروع إذا حرمه القانون ، أو إذا كان مخالفاً للآداب أو النظام العام) .

(١٩) د.بدر الدين عبد المنعم شوقي ، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري ، المصدر السابق ، ص٤٤٦.

(٢٠) ويقابل ذلك المادة (٢٨) من القانون المدني المصري التي نصت على أنه (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في مصر) .

(٢١) د.حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي – أحكام الالتزام - ، بغداد ، ١٩٥٢، ص٢٨٩ .

(٢٢) المادة (٢٤) من قواعد غرفة التجارة الدولية لسنة ١٩٩٢ التي نصت على أنه (إذا كان الضمان قد أنتهى بالسداد أو أنتهاء الأجل أو الإلغاء أو خلافه فإن إحتجاز الضمان أو تعديلاته لا يعطي للمستفيد أي حقوق في نطاق الضمان) .

(٢٣) المادة (٢٦) من قواعد غرفة التجارة الدولية التي نصت على أنه (إذا طلب المستفيد مد أجل الضمان كبديل لطلب دفع قدم طبقاً لشروط وقواعد الضمان وبالمطابقة لهذه القواعد يجب على الضامن بدون تأخير أخطار الطرف الذي أصدر للضامن تعليماته وفي هذه الحالة يعلق الضامن دفع المطالبة لوقت معقول يسمح للأصيل والمستفيد بالوصول إلى أتفاق لمنح هذا الأمتداد) .

(٢٤) د.فؤاد رياض وسامية راشد ، مبادئ القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، ج٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٦ ، ص٣٣٢ .

(٢٥) د.هشام صادق ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الموضوعية المقررة في التشريع المصري ، ط١ ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٤ ، ص٣٨٣ .

(٢٦) د.أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨، ص٢٤٣ – ٢٤٤.

(٢٧) Bernard Audit , droit international prive ,3edition,2000 , P.156. و يراجع في نفس المعنى د.محمد السيد عرفة ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول في التنازع الدولي للقوانين ، مكتبة العالمية بالمنصورة ، ١٩٩١-١٩٩٢، ص٣٧١ ، ود. رعد مقداد محمود الحمداني ، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين " دراسة مقارنة " ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٩ ، ص٢٢٧ .

(٢٨) عوني محمد فخري ، أتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية ، بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص١٠٦ .

(٢٩) المادة (١/٩٠) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا بإستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك) ، وما يقابل ذلك المادة (١/١٠١) من القانون المدني المصري التي نصت على أنه (وإذا أشترط القانون لتمام العقد إستيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الأتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد) .

(٣٠) د. عاطف عبد الحميد عبد المجيد ندا ، الفكرة المسندة في قاعدة خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها – دراسة مقارنة في تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص٣٤٢ .

(٣١) جانب من الفقه المصري أكد سلامة هذا الأتجاه مفترضاً لو كان القانون الذي يحكم موضوع العقد يتطلب الكتابة مثلاً كركن لأنعقاد التصرف القانوني ولم يكن قانون محل الإبرام يستلزمها ويعتبر العقد رضائياً ، فإن منطق الرأي المخالف يقتضي التقيد بالكتابة كشرط لأنعقاد التصرف ، لمزيد من التفاصيل راجع د. حفيظة السيد الحداد ، المصدر السابق ، ص٣٤٢ .

(٣٢) د.فؤاد رياض ود. سامية راشد ، المصدر السابق ، ص٣٤٧ .

(٣٣) د.هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، المصدر السابق ، ص٣٨٦ .

(٣٤) كما هو الحال بالنسبة إلى عقد بيع العقار فهو من العقود الشكلية التي لا تنعقد إلا بمراعاة الشكلية المقررة في القانون ، أي التسجيل في دائرة التسجيل العقاري وهذا ما نصت عليه المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ (لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري) .

(٣٥) د.عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في شرح قانون الإثبات العراقي ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٧، ص٤٨ .

(٣٦) د. بدر الدين عبد المنعم شوقي ، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري ، المصدر السابق ، ص٤٥٨– ٤٥٩ ، ود. جمال محمود الكردي ، تنازع القوانين ، المصدر السابق ، ص٥٣٣ .

(٣٧) لقد خرج المشرع العراقي على هذه القاعدة في مسألة الزواج ، إذ نصت المادة (١٩) من القانون المدني العراقي على أنه (يعتبر الزواج صحيحاً من حيث الشكل إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه ، أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين) ، وهو الاستثناء الوحيد الذي خرج فيه المشرع العراقي عن هذه القاعدة ، وذلك بخلاف القانون المصري الذي أجاز للمتعاقدين أتباع الشكل المقرر في قانون جنسيتهم أو القانون الذي يخضع له العقد في أحكامه الموضوعية أو العمل بقانون موطن المتعاقدين ، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٠) من القانون المدني المصري (العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها

لقانون البلد الذي تمت فيه ، ويجوز أن تخضع أيضاً للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك) .

(٣٨) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، من دون سنة نشر، ص٢٨٦ .

(٣٩) د. أبو العلا النمر ، القانون الخاص الدولي ، دراسة تحليلية لمبادئ اليونيدورا المتعلقة بالعقود التجارية ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص١١٨ .

(٤٠) المادة الأولى من الأتفاقية ، يراجع في هذه الأتفاقية د. عادل محمد خير ، عقود البيع الدولي للبضائع من خلال أتفاقية فيينا وجهود لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص١٠٥ .

(٤١) هناك بعض الدول مثل إنكلترا قد تبنت بالفعل أحكام معاهدة بروكسل في تشريعاتها الداخلية على نحو يسمح بتطبيق هذه الأحكام على عقود النقل الداخلي أسوة بسريانها على عقود النقل الدولي عملاً بالتطبيق المباشر لنصوص المعاهدة ، لمزيد من التفاصيل يراجع د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، ط٢ ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص٧٤٩ .

(٤٢) د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجار الدولية ، المصدر نفسه ، ص٧٣٨ .

(٤٣) د.أحمد عبد الحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، مؤسسة شباب الجامعة ، ٢٠٠٥، ص١٩ .

(٤٤) د.صلاح المقدم ، المصدر السابق ، ص٩٥ .

(٤٥) د. هشام علي صادق ، النظام العربي لضمان الأستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٧، ص٥٧ .

(٤٦) د.أحمد عبد الحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، المصدر السابق ، ص٦ .

(٤٧) د.أبو العلا النمر ، القانون الخاص الدولي ، المصدر السابق ، ص١١٩ .

(٤٨) د.سعيد يوسف البستاني ، القانون الدولي الخاص ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٤ ، ص١٢٣ .

(٤٩) د.محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في أختيار قانون العقد الدولي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص٣٥٥ . ود. أبو العلا النمر ، القانون الخاص الدولي ، المصدر السابق ، ص١٢٠ .

(٥٠) د.أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، المصدر السابق ، ص٤٢٥ .

(٥١) Jean Robert , Larbitrage droit international prive , 5edition , dalloz , 1983, P.293 .

(٥٢) د.أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العلاقات الخاصة الدولية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص٣٣١ – ص٣٣٢ .

(٥٣) د.محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص٣٥٦ .

(٥٤) د.أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، المصدر نفسه ، ص٤١٨.

(٥٥) د.محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في أختيار قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص٣٥٥ .

(٥٦) د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المصدر السابق ، ص٢٥٤ .

(٥٧) المادة الأولى من قواعد غرفة التجارة الدولية .

(٥٨) و يقابل ذلك المادة (٢٣) من القانون المدني المصري التي نصت على أنه (لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في مصر).

(٥٩) نصت المادة (٢/٣٥٥) من قانون التجارة المصري في فقرتها الثانية (تسري فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف في هذا الفرع القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان) ، فهي بذلك تشير إشارة مباشرة إلى قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس لعام ١٩٩٢.

(٦٠) د.حسن الهداوي ود.غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين " ، تنازع الأختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، ط١ ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٨ ، ص٤٩ .

(٦١) د.حسن الهداوي و د.غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص "تنازع القونين " ، المصدر السابق ، ص٥١ .

(٦٢) إن المادة الأولى من الأتفاقية قد حددت نطاق التطبيق إذ نصت الفقرة الأولى منها على إنه (تنطبق هذه الأتفاقية على أي تعهد دولي مشار إليه في المادة الثانية) ، فالمادة الثانية بينت المقصود من التعهد ، فقد نصت على أنه (لأغراض هذه الأتفاقية يمثل التعهد إلتزاماً مستقلاً ، يعرف بالممارسة الدولية بأنه كفالة مستقلة أو خطاب أعتماد ضامن ، مقدماً من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر (الكفيل أو المصدر) بأن يدفع للمستفيد مبلغاً معيناً أو قابل للتعيين ، لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مطالبة مشفوعة بمستندات أخرى ، حسب أحكام التعهد وأي من شروطه المستندية ، تفيد أو يستدل منها أستحقاق السداد بسبب تقصير في أداء

إلتزام ما ، أو بسبب حدث طارئ آخر ، أو سداد لمال مفترض أو مستلف ، أو سداداً لأي دين مستحق السداد واقع على الأصيل / الطالب أو شخص آخر)

(٦٣) بيار ماير فانسان هوزيه ، القانون الدولي الخاص ، ترجمة علي محمود مقلد ، ط١ ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٨ ، ص٦٦٣ .

(٦٤) د. عكاشة محمد عبد العال ، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الأمارات العربية المتحدة ، دار الجامعة الجديدة ، ١٩٩٥ ، ص٤٣.

(٦٥) وأعتمد القضاء المصري نص المادة (١٩) من القانون المدني المصري ، إذ جاء في قرار صادر من محكمة النقض المصرية بتاريخ ٤/ديسمبر / ١٩٨٩ قضت فيه ((يتعين الوقوف إبتداءاً عندما تتجه إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية ، فإذا لم يفصح المتعاقدون عن إرادتهم في هذا الشأن وجب تطبيق قانون الموطن المشترك وإلا وجب تطبيق قانون الدولة التي تم فيها العقد) ، مجموعة المكتب الفني ، رقم الطعن ١١١٤ ، السنة الثانية والخمسون ، جلسة ٤ من ديسمبر ١٩٨٩ ،ص٢٤٩ .

(٦٦) د.محمد وليد المصري ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي ، ط٢ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١١ ، ص١٨٢ .

(٦٧) قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٩٩/ مدنية عامة أولى / ١٩٧١/ في ١٩٧٢/٣/١١ ، منشور في مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية ، العددان الأول والثاني ، ١٩٧٢ ، ص٢٤٦ .

(٦٨) د . سلطان عبد الله محمود الجواري ، القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والأعتماد المستندي ، دراسة مقارنة ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص٨٩ .

(٦٩) د. عكاشة محمد عبد العال ، قانون العمليات المصرفية ، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٤، ص١٢٨ .

(٧٠) المادة (١/٨٧) مدني عراقي والتي نصت على أنه (يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذان يعلن فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد أتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك) ،

وما يقابل ذلك المادة (١/٧٩) من القانون المدني المصري التي نصت على انه (يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد أتفاق أو نص صريح قانوني يقضي بغير ذلك) .

(٧١) جاءت المادة (١٩) من هذه القواعد بعنوان (الاستثناءات من إلتزام السداد) ونصت على إنه

إذا كان من البين والواضح :

أ-إن أي مستند مقدم ، مزور أو قد جرى تزييفه .
ب-إذا كان السداد لم يكن مستحقاً على الأساس الوارد في المطالبة والمستندات الداعمة
ج-إذا كانت المطالبة بحكم نوع التعهد وغرضه ليس لها أساس يمكن تصوره .
٢-لأغراض الفقرة (ج) من الفقرة (١) من هذه المادة ترد فيما يلي أنواع الحالات التي لا يتصور أن يكون فيها أساس للمطالبة :
أ- حيث لا يكون هناك شك في عدم وقوع الحدث أو الخطر الأحتمالي الذي أريد بالتعهد أن يؤمن للمستفيد من وقوعه .
ب - حيث يكون الألتزام الأصلي الواقع على الأصيل / الطالب قد أعلنت بطلانه محكمة أو هيئة تحكيم ما لم يبين التعهد أن هذا الحدث الأحتمالي يندرج ضمن المخاطر التي يغطيها التعهد .
ج- إذا كان الإلتزام الأساس قد نفذ بطريقة لا يتطرق إليها الشك كما طلبه المستفيد .
د- حيث يكون من الواضح أن الذي حال دون أداء الإلتزام الأصلي هو تصرف معيب متعمد من المستفيد .
ه – في حالة المطالبة بمقتضى كفالة مقابلة ، حيث يكون المستفيد من الكفالة المقابلة قد قام بالسداد بسوء نية أعتباره الكفيل / المصدر للتعهد الذي تتعلق به الكفالة المقابلة
(٧٢) المادة (١٤/ ١) من قواعد اليونسترال .
(٧٣) أما عن موقف القانون العراقي فإن قانون التجارة الحالي لم يشير إلى كيفية فحص المستندات في خطاب الضمان المصرفي ، لكنه أشار إلى ذلك في الأعتماد المستندي ، لذلك فأننا نرى بأن خطاب الضمان المصرفي لا يختلف عن الأعتماد المستندي فيما يتعلق بإلتزام المصرف بفحص المستندات لذلك يجب الرجوع إلى المادة (٢٧٩/ أولاً) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ التي نصت على إنه (على المصرف أن يتحقق من مطابقة المستندات لتعليمات الآمر بفتح الأعتماد) ، وعليه فإذا كانت المستندات غير مطابقة لشروط الأعتماد ، ففي هذه الحالة يرفض المصرف الوفاء لأن ذلك يضره ويضر عميله الآمر على أن يخطر العميل بذلك فوراً موضحاً له أسباب عدم دفع قيمة الضمان للمستفيد ، يراجع الفقرة الثانية من المادة نفسها .
(٧٤) د. بلعيساوي محمد الطاهر ، إلتزامات البنك في الأعتمادات المستندية ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،٢٠١٢ ، ص٢٣١ .
(٧٥) د. بلعيساوي محمد الطاهر ، المصدر نفسه ، ص٢٣١ .
(٧٦) Jean stoufflet , La garantie bancaire apremiere demande , J. D. I , 1987-P. 281 نقلاً عن د. عادل محمود حوتة ، المصدر السابق، ص٨٥
(٧٧) د.عادل محمود حوتة ، المصدر نفسه ، ص٨٧ –٨٨ .

المصادر

أ- المصادر العربية

أولاً : الكتب القانونية

١- د. أبو العلا النمر ، القانون الخاص الدولي ، دراسة تحليلية لمبادئ اليونيدورا المتعلقة بالعقود التجارية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦
٢- د. أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، من دون سنة نشر .
٣- د.أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العلاقات الخاصة الدولية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧ .
٤- د.أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ .
٥- د.أحمد عبد الحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين " دراسة مقارنة " مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ .
٦- د. بدر الدين عبد المنعم شوقي ، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري ، من دون مكان طبع ، ١٩٩٠ .
٧-د. بدر الدين عبد المنعم شوقي ، الوسيط في القانون الدولي الخاص المصري ، الجزء الثاني في تنازع القوانين – الأختصاص القضائي الدولي ، من دون مكان طبع ، ١٩٩٣ .
٨- د. بلعيساوي محمد الطاهر ، إلتزامات البنك في الأعتمادات المستندية ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٢.
٩-بيار ماير فانسان هوزيه ، القانون الدولي الخاص ، ترجمة علي محمود مقلد، ط١ ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٨.
١٠- د.جمال محمود الكردي ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .
١١- د.حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٥.
١٢- د.حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي – أحكام الالتزام - ، بغداد ، ١٩٥٢.
١٣- د.حسن الهداوي ود.غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين وتنازع الأختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية " ، ط١ ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٨ .
١٤- د. رعد مقداد محمود الحمداني ، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين " دراسة مقارنة" ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٩ .
١٥- د.سعيد يوسف البستاني ، القانون الدولي الخاص ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٤ .

١٦- د.صلاح المقدم ، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات إيجار السفينة " دراسة مقارنة في القانون البحري " ، الدار الجامعية ، ١٩٨٠ .
١٧- د. سلطان عبد الله محمود الجواري ، القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والأعتماد المستندي ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٠ .
١٨- د. عاطف عبد الحميد عبد المجيد ندا ، الفكرة المسندة في قاعدة خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها – دراسة مقارنة في تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٦ .
١٩- د.عادل محمد خير ، عقود البيع الدولي للبضائع من خلال أتفاقية فيينا وجهود لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ .
٢٠- د.عادل محمود حوتة ، القانون الواجب التطبيق على عقد الضمان المقابل ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ .
٢١- د.عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في شرح قانون الإثبات العراقي ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٧ .
٢٢- د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي ، ج١ ، ط٤ ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١٠ .
٢٣- د.علي جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ .
٢٤- د.عكاشة محمد عبد العال ، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الأمارات العربية المتحدة ، دار الجامعة الجديدة ، ١٩٩٥ .
٢٥- عكاشة محمد عبد العال ، قانون العمليات المصرفية ، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٤ .
٢٦-عوني محمد فخري ، أتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، بغداد ، ٢٠٠٧ .
٢٧- د.فوزي محمد سامي ود. فائق محمود الشماع ، القانون التجاري ، الأوراق التجارية ، ط١، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠٠٨ .
٢٨- د.فؤاد رياض وسامية راشد ، مبادئ القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين ، ج٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ .
٢٩- د.محمد السيد عرفة ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول في التنازع الدولي للقوانين ، مكتبة العالمية ، المنصورة ، ١٩٩١ .

٣٠- محمد وليد المصري ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي ، ط٢ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١١ .
٣١- د.محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ .
٣٢- د.هشام علي صادق ، تنازع القوانين " دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الموضوعية المقررة في التشريع المصري ، ط١ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٥ .
٣٣- د. هشام علي صادق ، النظام العربي لضمان الأستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٧ .
٣٤- د.هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، ط٢ ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ .

ثانياً : البحوث و القرارات القضائية:

١- حسين بن محمد المهدي ، القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية ، بحث منشور في مجلة البحوث القضائية مجلة فصلية تعنى بالبحوث والدراسات القضائية ، يصدرها المكتب الفني للمحكمة العليا ، الجمهورية اليمنية – صنعاء ، العدد السابع ، يونيو ٢٠٠٧.
٢- مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين في العراق
أ- العدد الأول ، ١٩٦٩ .
ب- العدد الأول والثاني ، ١٩٧٢ .
ثالثاً: القوانين والاتفاقيات الدولية:
١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
٣- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.
٤- قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .
٥- قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس لعام ١٩٩٢.
٦- قواعد اليونسترال لعام ١٩٩٥.

ب : المصادر الأجنبية :

1- Batiffol et Lagard , Droit international prive economica , 11, paris , 1983.

2- Bernard Audit " Droit international prive economica , 3 edition- 2000.
3- Jean Robert , Larbitrage droit international prive , 5 edition , dalloz , 1983.