

اساس خطاب الضمان في مناقصات العقود الادارية: دراسة مقارنة

أ.د. اسماعيل صعصاع البديري، هيثم علي كزار

كلية القانون، جامعة بابل، العراق

المخلص:

تكاد تنفرد خطابات الضمان عن غيرها من الضمانات في أنها مقررته للمصلحة العامة والتي تمثلها ضمان حسن سير المرافق العامة ، والعقد في القانون العام كما هو ثابت ، يتميز عن العقد في القانون الخاص ، بالسلطات الممنوحة للإدارة في مواجهة المتعاقد معها ، فلإدارة حق اصدار قرار تعديل العقد بإرادتها المنفردة ولها حق أن تقرر سحب العمل وإلغاء العقد ، أو التنفيذ على حساب المتعاقد ، ومن ضمن السلطات الاستثنائية المقررة لصالح الإدارة هو نظام خطاب الضمان ، لذا كان من الاهمية البالغة البحث في اساس خطاب الضمان سواء في القانون الوطني للدول محل المقارنة أم في الاتفاقيات والقواعد الدولية المنظمة لخطابات الضمان .

الكلمات المفتاحية: خطاب الضمان ، مناقصات العقود الادارية ، القانون الخاص .

Abstract:

Letters of guarantee are almost unique from other guarantees in that they are established for the public interest, which is represented by ensuring the proper functioning of public facilities. The contract in public law, as established, is distinguished from the contract in private law, by the powers granted to the administration vis-à-vis its contracting party. The administration has the right to issue a decision to amend the contract. By its own volition, it has the right to decide to withdraw the work and cancel the contract, or implement it at the expense of the contractor. Among the exceptional powers established for the benefit of the administration is the letter of guarantee system. Therefore, it was extremely important to research the basis of the letter of guarantee, whether in the national law of the countries being compared or in the agreements and rules. International organization for letters of guarantee.

Keywords: Letter of guarantee, tenders for administrative contracts, private law.

المقدمة:

ظهرت خطابات الضمان في نطاق عمليات المصارف من خلال ممارستها لأنواع جديدة من الضمانات التي تقدمها لعملائها ، وقد سماها البعض خطاب الضمان أو الضمان المستقل أو الضمان المجرد أو الضمان الواجب الدفع لدى اول مطالبة ، ورغم تعدد التسمية إلا أنها كانت متشابهة في التنظيم القانوني الى حد ما ، لذا كان لزاما ان نستعرض التشريعات الوطنية المنظمة لخطاب الضمان ، ولان خطاب الضمان يستعمل غالبا في العطاءات الحكومية وذلك عندما تصدر التعليمات أنه على من يرغب بالدخول لمنافسة حكومية أو من يرسو عليه العطاء أن يقدم خطاب ضمان كبديل عن التأمين النقدي من احد المصارف ، ما يحتم علينا

بيان تلك التعليمات والضوابط الخاصة بالعقود الادارية . أما على مستوى عقود التجارة الدولية وبالخصوص عقود الانشاءات الدولية فقد ظهرت عدة قواعد دولية موحدة واتفاقيات منظمة لخطابات الضمان كان لابد من تسليط الضوء عليها لما تشكله من مصدر من مصادر القانون الوطني , والذي يقودنا الى البحث في اساس العلاقات الممهدة لإصدار خطاب الضمان وبيان مصدر التزام كل طرف في عملية اصدار الخطاب , لبيان مدى تحقيقه للمصلحة العامة التي رسمها المشرع للمرفق العام باعتبارها الغاية الاساسية من اصداره .

أهمية البحث:

تبرز أهمية البحث من خلال تسليط الضوء على النصوص القانونية المنظمة لخطاب الضمان , سواء كانت الداخلية أم الدولية , وللوقوف على التشريعات والتعليمات والضوابط للدول محل المقارنة كل من فرنسا ومصر والعراق , وبيان بعض الفروق الجوهرية بينها , لكي يتسنى وضع توصيات من شأنها تطوير النظام القانوني لخطابات الضمان , ويستتبع ذلك بيان اساس العلاقات التي صدر بموجبها خطاب الضمان .

مشكلة البحث :

تتمثل مشكلة البحث في قصور التشريع العراقي فيما يخص خطاب الضمان , وتحديدًا قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 المعدل وكذلك تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم 2 لسنة 2014 , إذ أن للتطور الهائل في قطاع الاقتصاد الذي اتسم بالسرعة , استحدثت بدائل عن النقود كضمانات فعالة لتنفيذ المشاريع وسواء على مستوى العقود المحلية التي تبرمها الادارة أم العقود الدولية , وهذه الضمانات مقرر له لصالح المشتري للخدمات "الادارة" , لذا كان لابد من تعديل التشريع العراقي بما يواكب تلك المتغيرات في الاقتصاد الوطني أو الدولي .

منهجية البحث :

تم اعتماد المنهج التحليلي المقارن في البحث , وذلك عبر تحليل النصوص القانونية واحكام القضاء وآراء الفقه المتعلقة بأساس خطاب الضمان في مناقصات العقود الادارية , ومن خلال مقارنة التشريع العراقي مع كل من التشريعين الفرنسي والمصري فيما يتعلق بموضوع البحث .

هيكلية البحث :

يقتضي البحث في موضوع اساس خطاب الضمان في مناقصات العقود الادارية تقسيمه على مطلبين , نخصص المطلب الاول لدراسة الاساس القانوني لخطاب الضمان في مناقصات العقود الادارية , ونخصص المطلب الثاني لدراسة اساس علاقات خطاب الضمان في مناقصات العقود الادارية .

المطلب الاول / الاساس القانوني لخطاب الضمان

نصت تشريعات الدول محل المقارنة على قواعد تنظيم خطاب الضمان , وفي ذات الوقت ظهرت عدة اتفاقيات وقواعد دولية نظمت التعامل بخطاب الضمان , لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين , نخصص الفرع الاول لدراسة اساس خطاب الضمان في القانون الوطني , والفرع الثاني لدراسة اساس خطاب الضمان في الاتفاقيات الدولية .

الفرع الاول / اساس خطاب الضمان في القانون الوطني

درج بعض الفقه⁽¹⁾ في فرنسا على تسمية خطاب الضمان , بالضمان المستقل (La garantie independante) والبعض الاخر (الضمان المجرد La garante abstraite) وغيرهم (الضمان الواجب الدفع لدى اول مطالبة La garante a premiere demande) أو (الضمان التلقائي La garante automatique) . وقد تناول القانون المدني الفرنسي خطاب الضمان تحت عنوان الضمانة المستقلة , إذ نص على (إن الضمانة المستقلة هي التعهد الذي يلتزم بموجبه الضامن بسبب التزام معقود من قبل شخص ثالث , بتسديد مبلغ إما عند أول طلب , أو وفقاً لطرق متفق عليها . إن الضامن ليس ملزماً في حالة التعسف أو الغش الظاهرين من المستفيد أو عند تواطؤ هذا الاخير مع الأمر بإعطاء الكفالة . لا يستطيع الضامن الاحتجاج بأي دفع يتعلق بالالتزام المضمون , مالم يتفق على خلاف ذلك . إن هذه الضمانة لا تتبع الالتزام المضمون)⁽ⁱⁱ⁾ .

كما تناول المشرع الفرنسي خطابات الضمان تحت عنوان (الضمانات) في قانون المشتريات العمومية⁽ⁱⁱⁱ⁾ , واطلق عليه اسم (الضمان عند الطلب الاول) وكانت الاشارة الاولى له في الجزء التشريعي من القانون في الباب الاول الخاص بالعقود العامة , إذ نص على (يجوز أن تنص العقود , على نفقة المفاوض , على حجب الضمان أو ضمان الطلب الاول أو كفالة شخصية ومشاركة , بموجب الشروط ومع مراعاة الاستثناءات المنصوص عليها في مرسوم في مجلس الدولة)^(iv) , ثم تلى ذلك احكام تفصيلية في الجزء التنظيمي من ذات القانون وذلك في الباب التاسع الخاص بتنفيذ العقد , إذ قسم الضمانات التي يقدمها المتعاقد على ثلاث أنواع , النوع الاول اطلق عليه اسم (الاحتفاظ بالضمان) , وهو مبلغ نقدي يودع لدى الجهة الادارية صاحبة العقد يتم تحديد مقداره بما لا يتجاوز (5%) من المبلغ الاجمالي للعقد^(v) , ولغرض تشجيع التجارة فإن هذه النسبة يمكن أن تكون (3%) إذا كان المتعاقد من الباطن شركات صغيرة ومتوسطة^(vi) , أما النوع الثاني من الضمانات فهو الضمان عند الطلب الاول (خطاب الضمان) والضمان الشخصي والتضامن^(vii) , إذ نص على (يحق لصاحب العقد , طوال مدة العقد , استبدال الاحتفاظ بالضمان بضمان عند الطلب الاول أو بضمان شخصي ومشترك إذا لم يعارضه المشتري , والغرض من الضمان عند الطلب الاول هذا مطابق للغرض من الاحتفاظ بالضمان الذي يحل محله)^(viii) , وأشار القانون الى أن ضمان الطلب الاول (خطاب الضمان) ينشأ وفق نموذج يتم تحديده بأمر من الوزير المسؤول عن الاقتصاد^(ix) .

وعدّ المشرع المصري عمليات البنوك من الاعمال التجارية التي ينظمها قانون التجارة^(x) , وعدد هذا الاخير عمليات البنوك ومن ضمنها خطاب الضمان إذ نظمه القانون في ستة مواد^(xi) , استهلها بوضع تعريف لخطاب الضمان فعرّفه بأنه (1- خطاب الضمان تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص (يسمى الأمر) , بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (يسمى المستفيد) , إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة . 2- تسري فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف في هذا الفرع القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان)^(xii) .

وفي مادة اخرى تناول المشرع المصري امكانية طلب البنك غطاء مالي من الأمر مقابل اصداره لخطاب الضمان وقد يتنوع هذا الغطاء حسب التعامل السابق بين البنك والعميل , إذ نص على (يجوز للبنك أن يطلب تأميناً مقابل إصدار خطاب الضمان . ويكون هذا التأمين نقداً أو صكوكاً أو بضائع أو تنازلاً من الأمر عن حقه قبل المستفيد)^(xiii) . وقد كرس المشرع خاصية استقلال خطاب الضمان دلالة على أهميتها ولزيادة الثقة من قبل الاطراف المتعاملين بخطاب الضمان لاسيما الجهات الادارية , ولأدائها وظيفتها المتمثلة بحلها محل التأمين النقدي , إذ أن خطاب الضمان مقرر لمصلحة المشتري وغالباً ما تكون الجهة الادارية طارحة المناقصة , لذا فقد نص المشرع على (لا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالأمر أو إلى علاقة الأمر بالمستفيد)^(xiv) , وتناول المشرع المصري في باقي المواد بعض احكام خطاب الضمان مثل التنازل عن الخطاب , وحالات انتهاء خطاب الضمان , وسيتم دراستها في الباب الثاني من البحث^(xv) .

وقد اشار المشرع المصري في قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الى التأمين المؤقت وكيفية احتساب نسبته من القيمة التقديرية للعملية المطروحة بقوله (تحدد السلطة المختصة مبلغ التأمين المؤقت ضمن شروط الطرح , ويجب تقديره دون مبالغة وبما لا يجاوز النسبة المنصوص عليها ...)^(xvi) , واحال هذا القانون , شروط وصور وكل ما يتعلق بالتأمين المؤقت من حيث أدائه واستبداله ورده , الى لائحته التنفيذية , بقوله (تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الصور والشروط والاوزاع الخاصة بالتأمين المؤقت , وكيفية أدائه ورده واستبداله , والاجراءات الواجب اتباعها في شأنه)^(xvii) .

وفي ذات القانون تناول المشرع التأمين النهائي بقوله (على صاحب العطاء الفائز أن يؤدي التأمين النهائي بالنسب وخلال المدد بالأحكام المبينة قرين الحالات الآتية ...)^(xviii) , وايضا أحال القانون الى لائحته التنفيذية , صور وشروط واوزاع التأمين النهائي بقوله (تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الصور والشروط والاوزاع الخاصة بالتأمين النهائي , وكيفية أدائه ورده واستبداله , والاجراءات الواجب اتباعها في شأنه)^(xix) .

وبالرجوع الى لائحة القانون السابق نجد أنها قد اجازت اداء التأمين المؤقت بصورة خطاب ضمان صادر من احد المصارف المحلية المعتمدة أو من احد البنوك الخارجية شريطة أن يؤثر عليها بالقبول من أحد المصارف المحلية^(xx) , وفي ذات الوقت تناولت اللائحة صور واحكام التأمين النهائي , واجازت أن يكون التأمين النهائي على شكل خطاب ضمان صادر من أحد المصارف المحلية المعتمدة أو أحد البنوك الخارجية بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المحلية المعتمدة^(xxi) .

وقد نظم المشرع العراقي خطاب الضمان في قانون التجارة , وقد عده من عمليات المصارف ذات الصفة التجارية^(xxii) , فالقانون عدد تلك العمليات , واحد هذه العمليات هو خطاب الضمان , وقد وضع تعريف لخطاب الضمان جاء نصه (خطاب الضمان تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه (الأمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب , ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله)^(xxiii) , وما يميز هذا التعريف عن التعريف الذي وضعه المشرع المصري , بأنه نص على ضرورة ذكر الغرض الذي صدر من أجله خطاب الضمان , أي العملية الأساسية التي استوجبت اصداره وهي إما تكون الاشتراك في مناقصة أو حسن تنفيذ التزامات تعاقدية أو ضمان دفعات مقدمة , ولا يمكن المطالبة بأداء قيمة الخطاب عن غرض مغاير للغرض الذي ذكر في خطاب الضمان , إذ نص المشرع على (لا يجوز للمستفيد المطالبة بقيمة خطاب الضمان عن غرض آخر غير الغرض المحدد له فيه)^(xxiv) .

ولأهمية الدور الذي يقوم به خطاب الضمان في مناقصات العقود الادارية وتقريره للمصلحة العامة فقد نص المشرع العراقي على استقلاله عن باقي العلاقات بقوله (لا يجوز للمصرف أن يرفض الاداء للمستفيد لسبب يرجع الى علاقة المصرف بالأمر أو المستفيد أو الى علاقة الأمر بالمستفيد)^(xxv) . أما على الجانب التطبيقي فقد اجازت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية والضوابط الملحقة بها تقديم التأمينات الاولية أو التأمينات النهائية على شكل خطاب ضمان صادر من أحد المصارف المعتمدة , , وقد حددت نسبة التأمينات الاولية بما لا تقل عن 1% ولا تزيد عن 3% من الكلفة التخمينية لعقد المناقصة , أما التأمينات النهائية فتكون بنسبة 5% من مبلغ العقد بعد التبليغ بكتاب الإحالة , إذ نصت التعليمات على أنه (اولاً - أ- تحدد التأمينات الاولية بمبلغ مقطوع بنسبة لا تقل عن 1%) واحد من المئة ولا تزيد على 3%) ثلاثة من المئة من الكلفة التخمينية ... ب- لا تقبل التأمينات الاولية لمقومي العطاءات إلا إذا كانت على شكل خطاب ضمان أو صك مصدق أو سفتجة . ثانياً - أ- تقدم التأمينات النهائية على شكل خطاب ضمان حسن تنفيذ للعقد بنسبة 5%) خمسة من المئة من مبلغ العقد (...)^(xxvi) .

وقد نصت هذه التعليمات على اعفاء بعض الاشخاص المعنوية العامة من تقديم التأمينات الاولية والتأمينات النهائية مثل الشركات العامة وذلك لملائتها وقدرتها على اداء التزاماتها , وتشجيعاً لاداراتها العامة على دخول المناقصات التي تطرحها الدولة^(xxvii) . كما نصت التعليمات على (يعفى مقدمو العطاءات المشاركون في مناقصات المقرر احالتها بأسلوب المناقصة المحدودة أو (المرحلة الثانية) اسلوب المناقصة بمرحلتين أو اسلوب الدعوة المباشرة أو اسلوب العطاء الواحد (العرض الواحد) او اسلوب التعاقد المباشر أو اسلوب الشراء المباشر من الشركات المصنعة الرصينة من تقديم التأمينات الاولية)^(xxviii) .

أما الضوابط الملحقة بهذه التعليمات اشارت الى استبعاد العطاءات التي لم ترفق معها التأمينات الاولية المطلوبة بموجب وثائق المناقصة , مع الأخذ بنظر الاعتبار الاشخاص المتمتعين بالإعفاءات السابقة , وهذا الاستبعاد يوجب حرمان المناقص من الاشتراك في المناقصة المطروحة مما يؤثر على اسم وسمعة المشاركون المناقص^(xxix) . وتناولت هذه الضوابط كيفية التعامل مع هذه التأمينات الاولية والنهائية إذ نصت على أنه (يتم التعامل مع التأمينات الاولية بأنواعها والتأمينات النهائية والكفالات المصرفية في جميع انواع العقود اما بالمصادرة أو الاحتفاظ أو الاطلاق الكلي أو الجزئي لها)^(xxx) .

الفرع الثاني / أساس خطاب الضمان في الاتفاقيات الدولية

يعد خطاب الضمان أحد عوامل تطور قطاع الانشاءات والتجهيز الدولية لما يوفره من زيادة في الثقة المتبادلة بين المستوردين والمصدرين وايضا للمشتغلين في اعمال الانشاءات من شركات ورجال اعمال , إذ يقوم بدور رئيسي وهام في مجال الحياة الاقتصادية وفي الكثير من العقود الدولية على اختلاف انواعها , وبصدد خطاب الضمان يزداد المستفيد منه اطمئناناً وقوة في

مواجهة البنك أو المقاول أو الشركة الأجنبية ، إذ أنه لا يحتاج الى اللجوء الى القضاء للتعويض عن عدم تنفيذ العقد أو الامتناع عن التنفيذ الجزئي أو التأخر في التنفيذ أو لاسترداد المبالغ التي حصل عليها المقاول أو الشركة كدفعة مقدمة في حالات عدم اتمام التنفيذ بل يكفي صدور مطالبة بقيمة خطاب الضمان .

وقد اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية عام 1995^(xxxv) ، سميت باتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة وتضمنت (29) مادة موزعة على سبعة فصول^(xxxii) ، إذ أعدت الاتفاقية لجنة الامم المتحدة للقانون الدولي (الاونسترال) ، وهي هيئة تقنية دولية حكومية تابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة تتولى اعداد الصكوك الدولية في ميدان القانون التجاري ، والغرض من الاتفاقية هو تيسير استخدام الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة ، وقد استخدمت الاتفاقية عبارة (التعهد) التي تتسم بالحياد للإشارة الى كلا النوعين ، وللتغلب على ما قد ينشأ من خلافات فيما يتعلق بالمصطلحات المستخدمة .

وتشكل التعهدات المستقلة التي تشملها الاتفاقية أدوات أساسية في التجارة الدولية ، فهي تستخدم على سبيل المثال ، لضمان الوفاء بالتزامات التعاقدية بما في ذلك التزامات البناء والتوريد ، وضمان سداد دفع مقدم ، وضمان التزام صاحب عطاء رست عالية المناقصة بإبرام العقد ، وضمان رد المبلغ المدفوع بموجب تعهد آخر . ويحدد الطابع الدولي على اساس أن مكان عمل أي شخصين من الأشخاص التاليين ، البنك ، المستفيد ، الأمر ، حسب ما هو مذكور في التعهد ، يقعان في دولتين مختلفتين^(xxxiii) .

وتناولت الاتفاقية في المادة الاولى من الفصل الاول نطاق انطباق الاتفاقية ، وعرفت التعهد بأنه (لأغراض هذه الاتفاقية ، يمثل التعهد التزاماً مستقلاً ، يعرف في الممارسة الدولية بأنه كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن ، مقدماً من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر (الكفيل /المصدر) بأن يدفع للمستفيد مبلغاً معيناً أو قابلاً للتعيين ، لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مشفوعة بمستندات أخرى ، حسب أحكام التعهد وأي من شروطه المستندية ، تقيده أو يستدل منها استحقاق السداد بسبب تقصير في أداء التزام ما ، أو بسبب حدث طارئ آخر ، أو سداداً لمال مقترض أو مستلف ، أو سداداً لأي دين مستحق السداد واقع على الاصيل /الطالب أو شخص آخر)^(xxxiv) .

وتناولت الاتفاقية استقلال التعهد عن أي علاقة خارجية عن خطاب الضمان إذ نصت على (لأغراض هذه الاتفاقية ، يكون التعهد مستقلاً عندما لا يكون التزام الكفيل /المصدر تجاه المستفيد : (أ) مرهوناً بوجود معاملة أصلية أو صلاحيتها ، أو بأي تعهد آخر ... أو (ب) خاضعاً لأي شرط أو حكم غير وارد في نص التعهد، أو بأي فعل أو واقعة مستقبلية غير مؤكدة الوقوع عدا تقديم المستندات ، أو أي فعل أو واقعة أخرى من هذا القبيل تدخل في نطاق عمليات الكفيل/المصدر)^(xxxv) .

وقد تناول الفصل الثاني مبادئ تفسير نصوص الاتفاقية ، أما الفصل الثالث فقد تناول شكل ومضمون التعهد إذ نصت على (1- يقع اصدار التعهد حينما يخرج التعهد من نطاق سيطرة الكفيل/المصدر المعني . 2- يجوز اصدار التعهد في أي شكل يحفظ تسجيلاً كاملاً لنص التعهد ويوفر توثيقاً لمصدره بالوسائل المتعارف عليها عموماً أو بإجراء يتفق عليه الكفيل/المصدر والمستفيد . 3- يجوز من وقت اصدار التعهد ، أن يطالب بالسداد وفقاً لشروط وأحكام التعهد ، ما لم ينص فيه على وقت آخر . 4- لا يجوز عند اصدار التعهد ، الرجوع فيه ، ما لم ينص على جواز ذلك)^(xxxvi) . وقد تعلق الامر بزمان ومكان الإصدار ، أي متى وأين تصبح التزامات المصرف تجاه المستفيد سارية ، فإن الاتفاقية وضعت قاعدة توفر يقينا في مجال يتصف بالريبة ، وهي أن الاصدار يقع عندما يخرج التعهد من سيطرة المصرف ، أي عندما يرسل التعهد الى المستفيد ، فيكون التعهد جاهزاً للدفع وفقاً لشروطه الواردة فيه وغير قابل للإلغاء . أما الفصل الرابع من الاتفاقية فقد تناول تحديد الحقوق والالتزامات لكل من المصرف والمستفيد والدفع التي يمكن الاستناد إليها ، وفي الفصل الخامس تم تناول التدابير القضائية المؤقتة ، والفصل السادس تم تخصيصه لتنازع القوانين ، واخيراً الفصل السابع فقد خصص للأحكام الختامية .

وصدر عن غرفة التجارة الدولية بباريس ICC ، عدة قواعد منظمة لخطابات الضمان ، إذ تعود أولى المحاولات لتدوين الضمانات الدولية عام 1978 ، وقد تميزت برفض التأكيد على استقلالية الضمانات فيما يتعلق بالعملية الأساسية^(xxxvii) ، وهو ما يفسر بلا

شك النجاح الضئيل الذي حققته هذه الضمانات . واكتملت المحاولة الثانية عام 1992 سميت بالقواعد الدولية الموحدة لضمانات الطلب الاول , إذ صدرت تلك القواعد في كتيب برقم 458 في عام 1992 , والتي استمر العمل بها لغاية عام 2009 (xxxviii) , ومع ذلك لم تحقق النجاح المتوقع , لذلك شرعت غرفة التجارة الدولية في مراجعة شاملة لتلك القواعد , وبالفعل تم اعداد النسخة الجديدة من القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية الخاصة بضمانات الطلب الاول (خطابات الضمان) رقم (758) (xxxix) .

وما يجدر ذكره أن هذه القواعد اشار اليها دليل إعمامات خطابات الضمان الصادرة عن البنك المركزي العراقي وتعديلاتها , إذ أن الغرض من تنظيم هذا الدليل هو اطلاع العاملين بمجال خطابات الضمان في القطاع المصرفي على الاعمامات كافة الصادرة عن البنك المركزي العراقي والقرارات الصادرة عن الجهات الرسمية الاخرى ذات العلاقة , وقد وجه البنك المركزي العراقي بضرورة مراعاة المعايير والممارسات الدولية المنظمة لإصدار هذه الخطابات (xl) .

وقد تضمنت هذه القواعد (35) مادة , إذ تستهل المادة الاولى بنطاق تطبيق هذه القواعد , إذ تطبق على أي ضمان عند الطلب يشير صراحة الى أنه يخضع لها , ويمتد النطاق الزمني من 1 تموز 2010 وما بعده , وفي حالة أن ينص ضمان الطلب (خطاب الضمان) على أنه يخضع للقواعد الموحدة دون توضيح ما إذا كان المقصود إصدار 1992 أو مراجعة 2010 , فإنه يخضع لمراجعة 2010 (xli) . وتضمنت القواعد عدة تعريفات من ضمنها تعريف (ضمان الطلب أو الضمان يعني أي تعهد موقع بغض النظر عن تسميته أو وصفه , ينص على الدفع عند تقديم طلب مستوفي) (xlii)

وقد كرسست هذه القواعد بشكل واضح خاصية الاستقلال المجرّد لخطاب الضمان فيما يتعلق بالعقود والعلاقات الاساسية إذ نصت على " يكون الضمان بطبيعته مستقلاً عن العلاقة الاساسية والتطبيق , ولا يكون الضامن بأي حال من الاحوال معنيا بهذه العلاقة أو ملزماً بها . إن الإشارة في الضمان إلى العلاقة الاساسية بغرض تحديدها لا تغير من الطبيعة المستقلة للضمان . تعهد الضامن بدفع الضمان لا يخضع للمطالبات أو الدفع الناشئة عن أي علاقة بخلاف العلاقة بين الضامن والمستفيد " (xliii) , ولكي تؤدي هذه الضمانات دورها كبدل لإيداع النقود في يد المستفيد , وهذا تطبيقاً لمبدأ (الدفع اولا , والمطالبة لاحقاً) في حالة المطالبة بخطاب الضمان وفقاً لشروطه واحكامه , واستبعاد أي دفع خارجة عن شروط خطاب الضمان . وهذا لا يعني حرمان الأمر من أي حق في استرداد المبالغ المدفوعة في أداء خطاب الضمان إذا كان قادراً على إثبات أن المطالبة بخطاب الضمان غير مبررة فيما يتعلق بالأداء الفعال لالتزاماته (xliv) .

ووفقاً لهذه القواعد فإنه يجب التقييد بذكر التفاصيل الاساسية في خطاب الضمان مثل نوع الضمان (ضمان دفعات مقدّمة , أو ضمان حسن تنفيذ , أو ضمان دخول مناقصة) , رقم الضمان , اسم الضامن (اسم وعنوان الفرع) , هوية مقدم الطلب , هوية المستفيد , ذكر نوع العلاقة الاساسية بين الطرفين (نوع العقد) , شروط المناقصة , مقدار مبلغ الضمان أو الحد الاقصى للمبلغ المستحق الدفع والعملية التي يدفع بها , أي شروط للمطالبة بالدفع مثل ضرورة تقديم مستند في شكل ورقي أو الكتروني , لغة أي مستند محدد في خطاب الضمان , الطرف المسؤول عن دفع الرسوم كيفية تقديم الطلب (عبر الفاكس أو البريد الالكتروني) , مكان تقديم الطلب , تأريخ الانتهاء أي آخر موعد للمطالبة بالدفع , مع ضرورة الإشارة الى خضوع الضمان للقواعد الدولية الموحدة لضمانات الطلب 758 لعام 2010 (xlv) .

والجدير بالذكر أن قواعد عام 1992 قد نصت على امكانية تأجيل أو وقف الدفع لمدة معقولة من دون تحديد تأريخ محدد , وذلك لمنح أطراف خطاب الضمان بعض الوقت للتوصل الى اتفاق يمنح مدة اضافية للدفع , أما قواعد عام 2010 فقد أشارت الى أنه يجوز للضامن تأجيل أو وقف الدفع لمدة لا تتجاوز (30) يوم اعتباراً من تأريخ استلام طلب الدفع (xvi) , وهذا ما يؤيده الباحث لان تأجيل أو وقف الدفع لمدة معقولة دون تحديد تأريخ محدد قد يؤدي الى خلاف بين الاطراف لأن المدة المعقولة قد تختلف بحسب نظرة وظروف كل طرف . ويرى الباحث أن هذه القواعد الدولية الموحدة قد وفرت صيغة قانونية ملائمة لخطابات الضمان ومن المستحسن الاستفادة منها , إذ انها توفر بيئة قانونية سليمة لمثل هذه التعاملات ويمكن الاستفادة منها في كافة الاعمال التجارية وعقود المناقصات الادارية ومكاتب الهندسة والمقاولات .

المطلب الثاني/ اساس علاقات خطاب الضمان

إذا كانت السمة المميزة لخطاب الضمان هي استقلال التزام المصرف في مواجهة الجهة الادارية (المستفيد من خطاب الضمان) ، فإن هذا الاستقلال يثير التساؤل حول الأساس الذي يحكم علاقات الاطراف المرتبطة بخطاب الضمان ، ونظراً لأن التحديد الصحيح لهذا الأساس يلقي المزيد من الوضوح على خاصية الاستقلال ، ولا خلاف أن اساس علاقة المستفيد (الجهة الادارية) بالمصرف (المصدر) هو خطاب الضمان ، وهذا الاساس قد يكون عقد الاساس (عقد المناقصة) عند التطرق لعلاقة المتعاقد بالمستفيد من الخطاب ، وقد يكون عقد خطاب الضمان عندما تثار العلاقة بين الأمر (المتعاقد) والمصرف ، لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين ، نخصص الفرع الاول لدراسة أساس علاقة المستفيد (الجهة الادارية) بالأمر (التعاقد) ، والفرع الثاني لدراسة أساس علاقة (المتعاقد) بالمصرف (المصدر) .

الفرع الاول/ اساس علاقة المستفيد (الجهة الادارية) بالأمر (المتعاقد)

يُعد عقد المناقصة الأساس والدافع الرئيسي الذي يدفع الاطراف إلى توجيه المطالبة بإصدار خطاب الضمان لمصلحة المستفيد (الجهة الادارية) ، فهو الدافع الذي يقود الى ميلاد العلاقات الأخرى التي يولدها خطاب الضمان . فعقد المناقصة يمثل العلاقة الاولى بين الاطراف ، فهو سابق في نشأته على خطاب الضمان إذ لولاه ما اتجهت النية إلى توجيه المطالبة بإصداره ، وهذا العقد قد يكون عقد نقل أو توريد أو مقاوله أو أشغال عامة (xvii) ، فعقد الاساس هو الذي يبرز الحاجة إلى اصدار خطاب الضمان (xlviii) ، فهو الذي يبرر اتجاه نية الاطراف الى توجيه الأمر إلى المصرف لإصدار خطاب ضمان لصالح الجهة الادارية . فعندما يكون هناك تعهد بالتعاقد بين المقاول والجهة الادارية يكون هناك ايضا تعهد بإتمام خطاب الضمان حال التعاقد النهائي أي خطاب ضمان ابتدائي ، وقد يكون توجيه الأمر للمصرف لإصدار خطاب ضمان نهائي لمصلحة المستفيد عند إبرام العقد .

وأياً كانت الصورة أو الشكل الذي يتخذه عقد المناقصة ، كأن يكون تعهد أو علاقة عقدية ، فإنه يتضمن تنظيمًا كاملاً وواضحاً لحقيقة العلاقة بين المناقص والمستفيد من خطاب الضمان ، كما يتعين أن ينص على هذا الخطاب في عقد المناقصة ، فينبغي الإشارة في عقد المناقصة إلى نوع وقيمة الخطاب ومدته والمستندات التي قد تتطلبها عملية المطالبة بالوفاء . وإذا كان خطاب الضمان يمثل أساس التزام المصرف تجاه المستفيد ، فإن عقد المناقصة يعد المرجع أو الدستور الذي يحكم العلاقة بين المتعاقد والجهة الادارية عندما ينشأ بينهما خلاف أو نزاع بصدد تنفيذها .

خلاصة القول أن عقد المناقصة يمثل مصدر العلاقة التي تنشأ بين الأمر والمستفيد (xlix) ، فهو أداة نشأة الالتزامات التي تتولد عنه ، بل إنه السبب في وجود خطاب الضمان إذ أنه بدون هذا العقد لا يتصور اتجاه الاطراف إلى الاتفاق لإصدار خطاب الضمان⁽¹⁾ ، لهذا يمكن القول بأن عقد المناقصة يؤثر على علاقة الامر والمستفيد فمن خلاله يمكن رجوع أيهما على الآخر ، كما أنه الاداة التي تضمن حسن تنفيذ كلا منهما لالتزاماته سواء تعلقت بتنفيذ بنود العقد ، أم انصرفت الى عدم احقية المستفيد من الحصول على قيمة خطاب الضمان . وعلاقة الأمر بالمستفيد يمكن أن تتحدد من خلال ثلاثة اشكال :

أولاً - قد تكون علاقة الأمر بالمستفيد تنظيمية ، بمعنى أنه لا يوجد عقد بين الأمر والمستفيد ، بل العلاقة التي بينهما يحددها القانون ، مثل الحالة التي يرغب فيها شخص مزاوله مهنة معينة وطلبت منه جهة الادارة تقديم خطاب ضمان ، أو كالمستورد الذي يريد تخليص بضائعه وطلبت منه دائرة الكمارك خطاب ضمان ، فهذه العلاقة بين الأمر والمستفيد هي علاقة تنظيمية يحدد أركانها وشروطها القانون مقابل الخدمة أو المنفعة التي سوف تقدمها جهة الادارة للأمر⁽ⁱⁱ⁾ .

ثانياً - والحالة هذه هي حالة التمهيد للدخول في التعاقد ، وفي هذه الحالة لا يوجد عقد أصلاً مبرم بين الأمر والمستفيد ، وإنما دعا المستفيد الأشخاص للدخول في تعاقد عن طريق مناقصة ، ونظم المستفيد طلباً للدخول في هذه المناقصة وتضمن هذا الطلب شروط ومن ضمنها أن يرفق مع العطاء المقدم خطاب ضمان ابتدائي لضمان جدية المتقدمين لإبرام العقد النهائي إذا ما أحيل العطاء على أحدهم ، ويحدد التزامات وحقوق الطرفين في هذه الحالة ؛ الشروط الموضوعية للدخول في المناقصة⁽ⁱⁱⁱ⁾ .

ثالثا - الحالة الاخرى هي حالة وجود عقد بين الأمر والمستفيد ، وهذه الحالة هي الاكثر وضوحا ، وهي أن يتم إبرام عقد بين مصدر أو مستورد أو بين مقاول ورب العمل ، ويكون أحد شروط أو بنود هذا العقد ؛ تلزم المقاول بتقديم خطاب ضمان نهائي صادر عن مصرف معتمد ، وعقد الأساس هذا الذي تم ابرامه بين الأمر والمستفيد هو السبب الذي أدى لإصدار خطاب الضمان إذ لولا وجود هذا العقد لما دعت الحاجة إلى إصدار خطاب الضمان (iii) .

وما تجدر الإشارة إليه أن خطاب الضمان يمثل امتياز للجهة الادارية في العقد الاداري ، ويعد خروجاً واضحاً عن القاعدة المقررة في القانون المدني وهي قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) ، إذ أن خطاب الضمان مقرر للمصلحة العامة ، والادارة هي الجهة المكلفة بحمايتها . ويتمثل هذا الخروج ؛ عند وضع المصرف إقراره في خطاب الضمان بأنه على استعداد لدفع قيمة الخطاب عند أول طلب من المستفيد ودون الاعتداد بأي معارضة من جانب الأمر ، سواء مستندة على علاقة الأمر بالمستفيد أو علاقة الأمر بالمصرف (iv) .

الفرع الثاني/ اساس علاقة الأمر(المتعاقدين) بالمصرف (المصدر)

عندما يرغب الأمر من استصدار خطاب ضمان من احد المصارف لغرض الاشتراك في مناقصة أو للتعاقد أو لأي غرض آخر يمكن أن تطلبه الجهة الادارية التي يرغب الأمر الارتباط معها ، فعليه أن يتبع الاجراءات المحددة من قبل الجهات المختصة في اصدار خطاب الضمان (v) ، إذ يتوجب على الأمر أن يتقدم بطلب تحريري يبين رغبته في استصدار خطاب ضمان ويتضمن عدة معلومات منها الزامية مثل ، اسم طالب خطاب الضمان ، الجهة المستفيدة ، مبلغ الخطاب ، مدة الخطاب ، الغرض من الخطاب ، اسم ورقم وتأريخ المناقصة ، ومنها غير الزامية مثل ، ضرورة تقديم مستندات محددة ، امكانية تجديد الخطاب دون الرجوع الى الأمر وغيرها مما لا يخل في صحة الخطاب .

وعند تلقي الجهة مصدرة الخطاب للطلب المقدم اليها تعتمد الى دراسة الطلب ، من حيث الموقف المالي للأمر ومدى ملائته في الرجوع عليه في حالة أداء مبلغ الخطاب للمستفيد ، إذ يبرز ذلك فيما إذا كان خطاب الضمان مغطى أو غير مغطى . كذلك من حيث الشروط التي يرغب الأمر تضمينها في خطاب الضمان مع عدم الاخلال بمبدأ استقلالية الخطاب وإلا ابتعد عن الغاية المتوخاة من اصداره وهي قيامه محل التأمين النقدي (vi) ، وايضا يأخذ المصرف بنظر الاعتبار حجم مبلغ خطاب الضمان المراد اصداره ، إذ أن المصرف مقيد بمبلغ لإجمالي خطابات الضمان الصادرة منه ولا يستطيع تجاوزه وإلا اثرت مسؤوليته امام البنك المركزي (vii) ، فمن الشروط الشكلية لخطاب الضمان أن يذكر في اعلى قسيمة الخطاب مبلغ الخطابات الصادرة من هذا المصرف مع المبلغ المحدد له من قبل البنك المركزي وذلك لنيل ثقة المستفيد من استيفاء مبلغ خطاب الضمان عند أول طلب وعدم خوضه في عدم قدرة المصرف من اداء مبلغ الخطاب ، وبإمكان المستفيد (الجهة الادارية) التأكد من ذلك ، من خلال طلب نشرة تصدر من البنك المركزي بقيمة خطابات الضمان الصادرة من المصارف .

وبعد أن يقرر المصرف بإمكانية منح الأمر خطاب ضمان لصالح المستفيد الذي ذكره الأمر، يعتمد إلى توقيع عقد بينه وبين الأمر يسمى عقد خطاب الضمان فهو أساس العلاقة بين الأمر ومصدر الخطاب (المصرف) ، إذ أن عقد خطاب الضمان يحدد ابعاد العلاقة بينهما وما يتولد عنها من التزامات ، فهذا العقد ينظم تلك العلاقة ويُعد الاساس الذي يمكن الاحتكام إليه عند نشأة أي نزاع بين الطرفين .

لهذا يتعين أن يتضمن هذا العقد كافة التفاصيل الخاصة بهذا الخطاب ، كتلك التي تحدها العلاقة الاساسية التي تربط الأمر بالمستفيد ، إذ أن هذه العلاقة تلقي بظلالها على عقد خطاب الضمان ، فيصدر خطاب الضمان وفقاً للشروط أو طبقاً للصيغة التي يشترطها المستفيد (الجهة الادارية) على الأمر .

ويثير عقد خطاب الضمان التساؤل حول مدى التزام المصرف (مصدر الخطاب) بتلك الصيغ والشروط التي يفرضها المستفيد على الأمر ، والتي تُعد الاساس عند ابرام عقد خطاب الضمان ؟ والاجابة عن هذا التساؤل تبرزها حقيقة العلاقة بين الأمر

والمصرف , فإذا لم يكن هناك معاملات سابقة بينهما , فإنه يتوقف قبول المصرف لمثل هذه الصيغ والشروط على الضمانات التي يقدمها الأمر للمصرف فهي التي تسمح له بطلب خطاب الضمان , كما تسمح للمصرف بقبول اصدار خطاب الضمان بالشروط التي يفرضها المستفيد . وعلى العكس من ذلك تماماً عندما يكون هناك علاقة سابقة بين الأمر والمصرف فلا يستطيع المصرف رفض اصدار الخطاب بالشروط التي يفرضها المستفيد , فوجود مثل هذه العلاقة أو التعامل تفرض على المصرف قبول طلب الأمر والالتزام بالصيغ والشروط التي طلبها المستفيد من خطاب الضمان , بيد أن التزام المصرف بتلك الصيغ والشروط لا يؤثر على خطاب الضمان الذي يصدره المصرف أو يمس باستقلاله أيأ كانت تلك العبارات والصيغ التي يفرضها الأمر , فإنها لا تؤثر على استقلال خطاب الضمان , حتى في تلك الحالات التي تشير فيها الى عقد المناقصة , وهذا ما يقرره صراحة حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 18 أيار 2000 حيث قضت المحكمة بأنه (لا يعترف قضاء هذه المحكمة بالنصوص والعبارات التي تحتفظ بأن الضمانات ليست مستقلة عن العقد الاساسي , في حين أن الضمانات المذكورة كانت لا رجعة فيها وغير مشروطة , وبغض النظر عن أي نزاع من البنك أو الأمر , في حين أن نطاقها ثابت ولا تمتنع هذه الضمانات من مراجعة بسيطة الى العقد الاساسي ولا يعني ذلك تقدير تنفيذ العقد الاساسي لتقييم المبالغ المضمونة أو لتحديد فترة الصلاحية)^(viii) .

ومن ذلك يمكننا القول بأن اساس علاقة الأمر (المقاول) بالمصرف تستند الى عقد اصدار خطاب الضمان المعقود بينهما , فهو يحدد التزامات كل منهما , إذ أن هذا العقد قد نشأ نتيجة تلاقي ارادة الأمر والمصرف , ويضع على عاتق المصرف اصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد ومستقل عن عقد خطاب الضمان , وهذا الاخير كأى عقد آخر يجب أن تتوافر فيه أركان وشروط الانعقاد مثل التراضي والاهلية وصحة المحل ومشروعية السبب

الخاتمة

أولاً - الاستنتاجات :

- 1- أن التشريع العراقي يعاني من قصور تشريعي , إذ ان قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 جاء مقتضباً فلم يتضمن سوى 7 مواد نظمت خطاب الضمان ولم يجري عليها أي تعديل لذا أن العديد من المسائل المستحدثة بقيت بدون حلول قانونية .
- 2- إن نظام خطاب الضمان يعد بديل جيد عن التأمين النقدي الذي يؤدي الى تجميد مبالغ مالية للمتعاقدين كان يمكن أن يستثمرها في استثمارات أخرى .
- 3- إن المشرع العراقي لم ينظم الى اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بخطابات الاعتماد الضامنة لعام 1995 على الرغم منها كانت لتشكل مصدر قانوني هام لموضوع خطاب الضمان .

ثانياً - التوصيات:

- 1- نقترح على المشرع العراقي الانضمام الى اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بخطابات الاعتماد الضامنة لعام 1995 ليتسنى تضمينها في القانون العراقي , ما يزيد الثقة والاطمئنان لدى المستثمرين الاجانب إذ تشكل اداة جذب لرأس المال الاجنبي في الاستثمارات والمشاريع الكبيرة .
- 2- نشر الوعي المصرفي لدى الجمهور وتشجيعهم على التعامل مع المصارف في كافة معاملاتهم التجارية التي تتطلب اصدار خطاب ضمان لما يوفره لهم من فائدة مادية وسرعة في انجاز المعاملات .
- 3- ان نظام خطاب الضمان يحتاج الى مشروع قانون يلم بكافة الضمانات المتطورة في قانون واحد , الامر الذي يسهل على الكثيرين من العاملين في مجال مناقصات العقود الادارية الاستعانة به مما يؤدي الى نمو الاقتصاد الوطني بشكل عام .

الهوامش:

(1) ROSSI,Tuto : La garantie bancaire a premiere demande: pratique des affatres, droit compare, droit international prive, Le Mont sur-Lausanne, Meta editions , op353 , 1990 .

PRUM,Andre : Les garanties a premiere demand , essai sur iaonomie, Paris, Litec, op.220 , 1994

(ii) المادة (2321) من القانون المدني الفرنسي , منشور على الموقع الرسمي <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texteic/LEGITEXT000006070721/> تأريخ الزيارة 2022/8/25 الساعة 10 مساء

(iii) قانون المشتريات العمومية الفرنسي منشور على الموقع الرسمي <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texteic/LEGITEXT000037701019/> تأريخ الزيارة 2022/9/3 الساعة 9 صباحا

(iv) المادة (7-2191 L) من قانون المشتريات العمومية الفرنسي مرسوم الاستحداث رقم 1074-2018 بتاريخ 2018/11/26 , المصدر السابق

(v) **المواد** (32-2191 الى 35-2191 R) من قانون المشتريات العمومية الفرنسي مرسوم الاستحداث رقم 1075-2018 بتاريخ 2018/12/3 , المصدر السابق

(vi) نصت المادة (13-2151 R) من قانون المشتريات العمومية الفرنسي على أنه (في وثائق التشاور , يجوز للمشتري أن يطلب من مقدمي العطاءات الإشارة في عطاءاتهم الى جزء العقد الذي يعتمرون التعاقد عليه من الباطن مع اطراف ثالثة , ولا سيما المؤسسات الصغيرة والمتوسطة الحجم بالمعنى المقصود في توصية اللجنة 361/2003/ المجلس الاوربي المؤرخ في 2003/5/6 بشأن تعريف المؤسسات الصغرى والصغيرة والمتوسطة (...), مصدر سابق .

(vii) المواد (36-2191 الى 42-2191 R) من قانون المشتريات العمومية الفرنسي , مصدر سابق .

(viii) المادة (36-2191 R) من قانون المشتريات العمومية الفرنسي مرسوم الاستحداث رقم 1075-2018 بتاريخ 2018/11/3 مصدر سابق .

(ix) المادة (37-2191 R) من قانون المشتريات العمومية الفرنسي , المصدر السابق .

(x) الفقرة (و) من المادة (5) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 المعدل المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد 99 بتاريخ 1999/5/17

(xi) المواد(355-360) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 المعدل .

(xii) المادة (355) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 المعدل .

(xiii) المادة (356) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 المعدل .

(xiv) المادة (358) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 المعدل .

(xv) وقد ظهر خطاب الضمان في مصر تشريعيا لأول مرة في لائحة المناقصات والمزايدات الخاصة بمشتريات ومبيعات الحكومة الصادرة بقرار وزارة الخزانة رقم 542 لسنة 1957 تنفيذا للقانون رقم 264 لسنة 1954 الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات . د. سميحة القليوبي : النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الاطراف وبالنسبة للغير , مجلة القانون والاقتصاد , العدد الثاني , السنة الثانية والاربعون, 1973, ص 41 . د. علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري ووفقا لقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية , دار النهضة العربية , القاهرة , 2000 , ص 5 .

(xvi) المادة (16) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018 المعدل المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد 39 مكرر (د) بتاريخ 2018/10/3

(xvii) المادة (18) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018 المعدل .

(xviii) المادة (40) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018 المعدل .

(xix) المادة (42) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018 المعدل .

(xx) المادة (31) من اللائحة رقم 692 لسنة 2019 التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018 والمنشورة في الجريدة الرسمية بالعدد 244 تابع(ب) بتاريخ 2019/10/31

(xxi) المادة (82) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018 المعدل .

(xxii) الفقرة (ثالث عشر) من المادة (5) من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 المعدل المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 2987 بتاريخ 1984/4/2

(xxiii) المادة (287) من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 المعدل .

(xxiv) المادة (293) من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 المعدل .

(xxv) المادة (290) من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 المعدل .

(xxvi) المادة (9) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم 2 لسنة 2014 المعدلة منشورة بالعدد 4325

(xxvii) الفقرة (د) من البند (اولا) من المادة (9) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 2 لسنة 2014 المعدلة .

(xxviii) الفقرة (هـ) من البند (اولا) من المادة (9) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 2 لسنة 2014 المعدلة .

(xxix) الفقرة (أ) من البند (ثانيا) من الضوابط رقم (3) الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم 2 لسنة 2014 الصادرة بموجب كتاب وزارة التخطيط المرقم بالعدد 15792/7/4 بتاريخ 2014/7/20.

(xxx) البند (اولا) من الضوابط رقم (17) الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم 2 لسنة 2014 .

(xxxi) الترجمة العربية لاتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة منشورة على الموقع الالكتروني www.uncitral.org بتاريخ الزيارة 2023/3/5

(xxxii) فتحت باب التوقيع عليها بموجب قرارها 48/50 بتاريخ 11 كانون الاول 1995 , ودخلت حيز النفاذ في 1 كانون الثاني عام 2000.

(xxxiii) الفقرة (1) من المادة (4) من اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لعام 1995

(xxxiv) الفقرة (1) من المادة (2) من اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لعام 1995 .

(xxxv) المادة (3) من اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لعام 1995 .

(xxxvi) المادة (7) من اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لعام 1995 .

(xxxvii) منشور المحكمة الجنائية الدولية رقم (325) المتعلق بالقواعد الموحدة للضمانات التعاقدية 1978 , منشور على الموقع <http://maraje3.com> بتاريخ الزيارة 2023/3/5 الساعة 9 صباحا.

- J.-P. Buyle and X. Thunis, 1998 and Chronicles of Banking and Financial law, Bruylant, Brussels, Cahier AEDBF / EVBFR)^{xxxviii} op 996, M. Delierneux
- (^{xxxix}) تم اعتماد قواعد رقم (758) في تشرين الثاني عام 2009 في جلسة عامة من قبل لجنة الممارسات والتقنيات المصرفية ودخلت حيز النفاذ في 1 يوليو عام 2010 .
- (^{xl}) اعمام البنك المركزي العراقي رقم 184/2/9 بتاريخ 2018/5/7 , دليل اعمامات خطابات الضمان الصادرة عن البنك المركزي العراقي وتعديلاتها , اعداد وتنظيم دائرة مراقبة الصيرفة شعبة خطابات الضمان .
- (^{xli}) المادة (1) من القواعد الدولية الموحدة لضمائنات الطلب رقم 758 لعام 2010 , منشوره على الموقع الالكتروني www.ccibook.com تأريخ الزيارة 2023/1/23
- (^{xlii}) المادة (2) من القواعد الدولية الموحدة لضمائنات الطلب رقم 758 لعام 2010 .
- (^{xliii}) الفقرة (أ) من المادة (5) من القواعد الموحدة لضمائنات الطلب رقم 758 لعام 2010.
- (^{xliv}) G.Affaki and J.stoufflet " Chronique de droit Bancaire' Rev Banks and Law 2010, No.130, p.37)3(
- (^{xlv}) المادة (8) من القواعد الموحدة لضمائنات الطلب رقم 758 لعام 2010 .
- (^{xlvi}) الفقرة (أ) من المادة (23) من القواعد الموحدة لضمائنات الطلب رقم 758 لعام 2010 .
- (^{xlvii}) د. زكريا المصري : أسس الإدارة العامة للتنظيم الإداري - النشاط الإداري , دار الكتب القانونية , القاهرة , 2007 , ص 592 وما بعدها . د. علي محمد بدير ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي و د. مهدي ياسين السلامي : مبادئ واحكام القانون الإداري , مكتبة السنهوري , بغداد , 2011 , ص 489
- (^{xlviii}) المادة (9) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (2) لسنة 2014 المعدلة .
- (^{xlix}) د. علي البارودي : العقود وعمليات البنوك التجارية , دار الفكر الجامعي , الاسكندرية , 2001 , ص 353
- (^l) يقول بعض الفقه الفرنسي (ان التزام الضامن هو ضمان مستقل ومنفصل عن الديون المضمونة وبالتأكيد هذا الالتزام المستقل من اجل ضمان تنفيذ العقد الاساسي ولكن يتم فصله عن هذا العقد من لحظة اعداده) SIMLER PH: Cautionnement et garanties autonomes, pareis, 2006, no924, p.277
- (^{li}) د. عماد احمد عيسى : احكام خطابات الضمان المصرفية , رسالة مقدمة الى مجلس كلية الدراسات العليا في الجامعة الاردنية , 1995 , ص 49
- (^{lii}) د. مطيع علي جبير : العقد الإداري بين التشريع والقضاء , دار النهضة العربية , القاهرة , 2006 , ص 83
- (^{liii}) د. علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري , مصدر سابق , ص 543
- (^{liv}) المادة (290) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 المعدل.
- (^{lv}) الضوابط الخاصة بإصدار خطابات الضمان الصادرة عن البنك المركزي العراقي بموجب اعمام المرقم 58/3/9 بتاريخ 2015/2/26
- (^{lvi}) د. علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري , مصدر سابق , ص 92
- (^{lvii}) الفقرة (8) من اعمام البنك المركزي العراقي المرقم 510/3/9 بتاريخ 2019/12/30
- (^{lviii}) D.bancair : et bourse, M.CONTAMINE-RAYNAUD, juillet-Aout 2000, p.129,

المصادر

اولا- الكتب القانونية :

- 1- د. علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري ووفقا لقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية , دار النهضة العربية , القاهرة , 2000
 - 2- د. زكريا المصري : أسس الإدارة العامة للتنظيم الإداري - النشاط الإداري , دار الكتب القانونية , القاهرة , 2007
 - 3- د. علي محمد بدير ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي و د. مهدي ياسين السلامي : مبادئ واحكام القانون الإداري , مكتبة السنهوري , بغداد , 2011
 - 4- د. مطيع علي جبير : العقد الإداري بين التشريع والقضاء , دار النهضة العربية , القاهرة , 2006
 - 5- د. علي البارودي : العقود وعمليات البنوك التجارية , دار الفكر الجامعي , الاسكندرية , 2001
- ثانيا- البحوث والمقالات :
- 1- د. سميحة القليوبي : النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الاطراف وبالنسبة للغير , مجلة القانون والاقتصاد , العدد الثاني , السنة الثانية والاربعون, 1973
- ثالثا - الرسائل والاطاريح :
- 1- عماد احمد عيسى : احكام خطابات الضمان المصرفية , رسالة مقدمة الى مجلس كلية الدراسات العليا في الجامعة الاردنية , 1995
- رابعا - القوانين واللوائح والتعليمات :
- 1- القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل
 - 2- قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 المعدل

- 3- قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 المعدل
 - 4- قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018 المعدل
 - 5- قانون المشتريات العمومية الفرنسي
 - اللوائح والتعليمات والضوابط :
 - 1- اللائحة التنفيذية رقم 692 لسنة 2019 لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018 المعدل
 - 2- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم 2 لسنة 2014 المعدلة
 - 3- الضوابط رقم 3 الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم 2 لسنة 2014 المعدلة
 - 4- الضوابط رقم 17 الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم 2 لسنة 2014 المعدلة
 - خامسا- الاتفاقيات والقواعد الدولية :
 - 1- اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لعام 1995
 - 2- قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس الموحدة ل ضمانات الطلب رقم 758 لعام 2010
- سادسا - المصادر الاجنبية :

- 1- ROSSI,Tuto : La garantie bancaire a premiere demande: pratique des affatres, droit compare, droit international prive, Le Mont sur-Lausanne, Meta editions, 1990
- 2- PRUM,Andre : Les garanties a premiere demand , essai sur iautonomie, Paris, Litec, 1994
- 3- Cahier AEDBF / EVBFR 'Brussels 'Bruylant '1998 and Chronicles of Banking and Financial law ' X. Thunis 'J.-P Buyle and M. Delierneux
- 4- G.Affaki and J.stoufflet " Chronique de droit Bancaire"Rev Banks and Law 2010,No
- 5- SIMLER PH: Cautionnement et garanties autonmes, pareis, 2006,no924