

التنظيم القانوني لضمانات التمويل للمعاملات المصرفية عبر الحدود

لمى وهاب ابراهيم

قسم الشؤون القانونية/ رئاسة جامعة بابل

lomawahab79@gmail.com

تاريخ نشر البحث: 15 / 1 / 2022

تاريخ قبول النشر: 2021/11/17

تاريخ استلام البحث: 2021/9/4

المستخلص:

تظهر أهمية ضمانات التمويل للمعاملات المصرفية عبر الحدود لما لها من الدور الفعال في تسهيل المعاملات التجارية الدولية وكوسيلة لحماية المتعاملين الاقتصاديين وخاصة في مجال التجارة الدولية، ان عملية منح الضمانات والتحقق منها في اطار المعاملات المصرفية تساعد في الحد من مخاطر الائتمان في المعاملات المالية غير المضمونة . والعامل الرئيس لوجود هذه الضمانات هي لتقليل المخاطر على الدائن فالمخاطر تقل كلما كان الائتمان المضمون بموجودات يتيح للدائن استخدام هذه الموجودات كمصدر اخر لاسترداد اموالهم في حالة عدم سداد الديون .

الكلمات الدالة: الضمان، التمويل، عبر الحدود، المعاملات المصرفية، المعاملات المضمونة، القيود الزمنية.

Financing Guarantees For Cross-border Banking Transactions

Luma Wahab Ibrahim

Presidency of the University of Babylon

Abstract :

The importance of financing guarantees for cross-border banking transactions appears because of their effective role in facilitating international commercial transactions and as a means of protecting economic dealers, especially in the field of international trade. The process of granting and verifying guarantees within the framework of banking transactions helps reduce credit risks in unsecured financial transactions. The main factor for the existence of these guarantees is to reduce the risks on the creditor. The risks decrease whenever the credit secured with assets allows the creditor to use these assets as another source to recover their money in the event of non-payment of debts .

Keywords: guarantee, financing, cross-border, banking transactions, secured transactions, time constraints.

المقدمة

سنسلط الضوء على مفهوم البحث من خلال النقاط الآتية:

أولاً: جوهر البحث

ان المعاملات المضمونة والتي تنشأ حقاً ضمانياً احتيازياً من ممتلكات منقولة بغية تعزيز توافر الائتمان المضمون، وهذه المعاملات المضمونة يمكن ان تحقق مزايا اقتصادية كبيرة للدول التي تعتمد عليها ومنها اجتذاب الائتمان من المقرضين المحليين والاجانب وغيرهم من مقدمي الائتمان وتعزيز تنمية المنشأة التجارية المحلية وخصوصاً المنشأة الصغيرة والمتوسطة ونموها وزيادة التبادل التجاري بشكل عام [1:ص75]. ويتطلب اقتراض المال في كثير من الاحيان الى تعيين ضمانات من جانب متلقي القرض، وتعد هذه الضمانات قانونياً ملكية متاحة، وفي هذه الضمانات يتعهد المتلقي كضمان على قيمة القرض والسبب الرئيس من وراء الحصول على الضمان هو لتقليل مخاطر الائتمان وبالأخص في فترة التخلف عن سداد الدين والتعثرات التي تطرأ على العملة وفشل المحافظ الوقائية وغيرها من العديد من الدوافع التي تؤدي الى اخذ ضمانات من الاطراف بعضها بعض. ونجد ان المؤسسات المالية تحتاط خوفاً من ضياع اموالها بسبب وجود خطر عدم الوفاء مما يجعل البنوك والمؤسسات المالية تأخذ حذرهما من ذلك. ولذا تتخذ المؤسسات المالية والبنوك من الاسباب التي تجعل استرداد الدين المضمون، ومنها اللجوء الى الغير لضمان الدين القرض [2]. فيما يخص ضمانات تمويل المعاملات المصرفية عبر الحدود والذي تعد مجال من مجالات المعرفة وليس وظيفة للحصول على الاموال في المنشأة وفي ظل الاقتصاد الحديث فان كل شخص يستخدم مفاهيم التمويل بشكل من الاشكال سواء كان هذا التمويل هو ملكاً للدولة او للأشخاص بغض النظر عن حجم التمويل، فالتمويل هو في تطور دائم نتيجة التوسع الهائل في الاعمال المالية وابتكار الخدمات الهائل في الاعمال المالية وابتكار الخدمات المالية من قبل الشركات غير المالية واعادة تنظيم المؤسسات المالية حتى تتمكن من المنافسة والحفاظ على حصتها السوقية، لذا سنتناول ضمانات التمويل للمعاملات المصرفية عبر الحدود في نطاقها الضيق.

ثانياً: مشكلة البحث

نسعى من خلال بحثنا الى معالجة مشكلة البحث والتي تكمن في:

- انعدام النصوص القانونية الصريحة بشأن تنظيم ضمانات التمويل للمعاملات المصرفية.
- ضيق النطاق القانوني لضمانات التمويل للمعاملات المصرفية عبر الحدود.
- تطبيق القوانين المتعلقة بإنفاذ هذه الضمانات وتوفير اساس موضوعي لتحديد الاولوية في المصلحة الضمانية ازاء حقوق المطالبين المنافسين.

ثالثاً: اهداف البحث

يهدف البحث الى الاجابة عن التساؤلات التي اثيرت في مشكلة البحث ومحاولة ايجاد الحلول لها.

رابعاً: للإحاطة بمقصود البحث :

سنقسم بحثنا الى مطلبين سنتناول في المطلب الاول مفهوم الضمانات للمعاملات المصرفية عبر الحدود وفي المطلب الثاني الاثار القانوني لضمانات التمويل للمعاملات المصرفية عبر الحدود ثم نتبعها خاتمة وتوصيات..

المطلب الاول: مفهوم ضمانات التمويل للمعاملات المصرفية عبر الحدود:

تلعب الضمانات دوراً هاماً في تمويل المعاملات المصرفية عبر الحدود وتمويل الديون وكممارسة تجارية منتظمة، كثيراً ما يعتمد الدائنون على الضمانات التي تقدمها الشركات او الافراد مقابل ديون اطراف ثالثة كشكل من اشكال الضمان في حين ان هذه الضمانات تخفف من المخاطر ولكنها لا تقضي عليها في مجال تمويل الاوراق المالية. حتى الضامن يمكن ان يتخلف عن السداد في التزاماته ومن ثم يجب على الدائن ان يفي بنفسه من جميع الاحتمالات فيما يتعلق بالضمانات.

وتتعرض المصارف عند قيامها بمنح المقرضين الى ظروف معينة تلجأ الى طلب ضمانات لتمنح للزبون وفق نسبة رقم الاعمال لا تتجاوز نسبة معينة تقدر 10-15 % من قيمة الضمانات المقدمة وعادة تستخدم هذه الضمانات لتقليل المخاطر عن الائتمان الممنوحة، ومع ذلك اذا اصبح سعر الضمان الابنية والاسهم والعقارات متقلباً عندئذ لا يتم تغيير القرض فان المصارف تطلب ضمانات لتعويض تزايد احتمال الخسارة المترتبة على عدم سداد الديون او صعوبة استبدالها مما تشكل عائق امام المصارف لاسترداد المبالغ التي اقترضها [3:ص46]. وعموماً ان توفر الضمانات ضماناً اضافياً للدائن ولهذا السبب غالباً ما تكون الضمانات المضمونة شرطاً اساسياً لتمديد التمويل الى المدين الرئيس وتسعى الى تطبيقها في المعاملات المصرفية عبر الحدود لذا سنقسم هذا المطلب الى فرعين:

الفرع الاول : تعريف ضمانات التمويل للمعاملات المصرفية

تعرف الضمانات في المفهوم القانوني هو وجود افضلية أو أولوية للدائن على حق عيني او حق نقدي لتسديد الدين ورهن الضمانة لصالح الدائن ويعطي له امتياز على باقي الدائنين في تصفية الحق، وهذه الضمانات بدورها لا تجعل القرض السيء جيد وانما تساهم في جعل القرض الجيد يكون بشكل افضل جودة ويتم تقييم الضمانات حسب نوع الضمان المقدم باعتبارها عنصر مهم من عناصر التسهيلات المصرفية المطلوبة [4]. اما الحق الضماني يعرف بانه حقاً ضمانياً في موجودات غير ملموسة غير الصكوك أو المستندات القابلة للتداول وهو يضمن الالتزام بسداد اي جزء لم يسدد من ثمن شراء الموجودات أو يضمن التزاماً اخر معقوداً او ائتمناً مقدماً على نحو اخر لتمكين المانح من اختيار موجودات ويشمل ايضاً الحق الضماني في الممتلكات الفكرية او حق الاجار التمويلي، وكما يستخدم الحق الضماني لجميع انواع حق الملكية في الموجودات المنقولة [5].

وتوفر الضمانات الحماية ضد مخاطر الائتمان وتعد الاداة لتسهيل عملية التداول بين الاطراف التي دونها لن تستطيع الدخول في علاقات مالية وبشكل اخر تزايد عدد وحجم المعاملات المستندة عبر الحدود للحصول على ضمانات ارتقاعاً مطرداً، وحتى يتمكن الدائنون الحاصلون على ضمانات صالحة وقابلة للتنفيذ من تغطية تعرضهم

لمخاطر الائتمان لتكون آلية الائتمان لديهم متاحة لأجراء اعمال اخرى[6]. وتعتبر البنوك التجارية المصدر الرئيس لمصادر التمويل للمعاملات المصرفية عبر الحدود وتعد من مصادر التمويل الخارجي وخاصة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ويأخذ التمويل البنكي الدور المهم والرائد في اشباع الاحتياجات التمويلية للمؤسسات نتيجة القصور المالي المتاح لديها وتتفاوت التسهيلات الائتمانية للمعاملات المضمونة التي تمنحها البنوك من حيث أجال الاستحقاق الى قروض قصيرة الاجل ومتوسطة الاجل وطويلة الاجل[7]. وتعرف المعاملات المالية المضمونة هي المعاملات الائتمانية التي يحتفظ فيها الدائن بحق في الاموال المنقولة للمدين ضماناً لتأمين استرداد القرض او الدين وايضا ان الحق في الاموال المنقولة يعرف باسم الحق في الضمان او الرهن او الضمانة[8].

وفي مجال ضمان التمويل للمعاملات عبر الحدود نجد ان الاطار القانوني في التشريع العراقي لم يتطرق للمعاملات الدولية المضمونة اما في التشريعات الاخرى ومنها التشريع الاماراتي لا يفرض اي قيود على الضمانات والتي تمتد من الاشخاص المحليين الى المقرضين الاجانب، طالما كانت هذه الضمانات لا تتعارض مع القوانين النافذة ويجب ان تكون هذه الضمانات خطية وتحدد المبلغ الذي يضمنه الضمان، وفي حالة تنفيذ التامين على الممتلكات غير المنقولة نجد انه عدم امكانية منح هذا الضمان لمصارف اجنبية مالم يكن لدى البنك ترخيص مصرفي تجاري حيث تقوم البنوك الاجنبية التي تقرض على المقرضين بشكل عام بتعيين بنك محلي كعامل امن خاص به لضمان الامن الداخلي للدولة[9]. ولهذه الضمانات انعكاسات ايجابية على قطاع الخدمات المالية، ولها تأثير على المصارف التي تشارك في عمليات الائتمان، وكما لها خاصية في تحسين فرص الحصول على تمويل والذي سيعود على المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وتعد دفعة كبيرة وريادة الاعمال للشركات الصغيرة والمتوسطة وللبنوك التجارية وبالأخص مع وجود الفراغ التشريعي[10]. واخيرا نقترح على المشرع العراقي تنظيم المعاملات المضمونة في اطار قانون خاص ومعالجة الثغرات المترتبة على صحتها والاثار التي تترتب على الاخلال بها.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لتمويل المعاملات المصرفية عبر الحدود وفق التشريع العراقي والتشريعات الاخرى

عند اسناد ضمانات التمويل للمعاملات المصرفية عبر الحدود في ظل التشريع العراقي والتشريعات المشابهة نجد ان المشرع العراقي لم يرضه تعريف للمعاملات المضمونة عبر الحدود، ولكن القانون العراقي اشار الى الضمان وهو (الكفالة) في القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل في المادة (1008) على انه (ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام) وايضاً نصت المادة (1009/ الفقرة 1، 2) من القانون المدني العراقي الى (تنعقد الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل والمكفول له، ويجوز ان تكون الكفالة منجزة او معلقة على شرط او مضافة الى زمن مستقبل[4]. وتعتبر الضمانات المصرفية عبر الحدود او الكفالات الخارجية: تعهد كتابي يصدر عن المصرف المحلي وبناءً على طلب من احد المصارف المراسلة في الخارج بان يدفع مبلغ معين لجهة معينة (المستفيد المقيم) وخلال فترة محددة، اذا اخل العميل المكفول من المصرف بالوفاء بالتزاماته[11:ص316].

ونجد في التشريعات العربية ومنها المشرع الاماراتي الذي اشار الى اثر الضمان (الكفالة) في مقابل وحقوق والتزامات المدين الرئيسي والملتزم، والدائن الملزم، والضامن الكفالة على (تتعقد الكفالة بلفظها وبألفاظ الضمان ويكفي في انعقادها ونفاذها ايجاب الكفيل مالم يرددها المكفول له) [10]. ويبدو ان هذه النصوص القانونية قد حددت الضمانات على انها ضمانات تتألف من الجمع بين مسؤولية شخص يسمى الكفيل وبين المسؤولية الفعلية للمدين في اداء التزاماته. وتشمل الاحكام التي تحكم الضمانات، اصدار الضمانات والتي تشمل امور عديدة منها ما يتعلق بديون او ممتلكات لشخص معروف، وتكون في حدود المقدرة المالية للكفيل ليستطيع الوفاء بالتزاماته مالم توجد مطالبة من طرف ثالث، ويفضل المدين الرئيس والجهة الضامنة عن التزاماتها اذا قبل الدائن طريقة بديلة لإرضاء الدين ويعتبر هنا التزام المدين التزام ثانوي مكمل لالتزام المدين الرئيس ويمكن لاي ابراء بكل الالتزام او جزء منه من التزامات المدين الرئيس ان يطفئ التزامات الضامن (جزء منها) [12]. ويعد الدائن المضمون وهو: (الشخص الذي لديه حق ضمان) [13]. والمانع وهو الشخص الذي ينشئ حقاً ضمانياً لضمان التزامه هو او التزام شخص اخر، اما المدين فهو الشخص الذي يتعين عليه سداد قيمة الالتزام المضمون او الإيفاء به على نحو اخر، سواء اكان ذلك الشخص هو مانح الحق الضماني الذي يضمن سداد قيمة ذلك الالتزام او الإيفاء به على نحو اخر ام لم يكن ويشمل اي ملتزم ثانوي، مثل كفيل الالتزام المضمون [14]. وقد لا تكون للحق الضماني سوى قيمة ضئيلة لدى الدائن المضمون مالم يكن بوسعه انفاذه على نحو فعال وناجع وان نظام المعاملات المصرفية المضمونة الحديث على عدة اجراءات تبين بدقة حقوق الدائنين المضمونين والمانحين عند الانفاذ ويتيح النظام للدائنين انفاذ حقوقهم الضمانية خارج القضاء وهذا يتطلب تنسيقاً بين قوانين الدولة الخاصة بالعملة المضمونة وقوانينها الخاصة بالإعسار لكي يراعي فيه نفاذ الحق الضماني في حالة الاعسار وقيمتها الضمانية [15].

وكما ينفذ الحق الضماني على السلع الاستهلاكية لتمويل شرائها دون الحاجة لاي اجراء اخر سواء كان التمويل عن طريق اقراض المدين لشراء تلك السلعة او عن طريق تقسيط ثمنها وغيرها من صور التمويل، ولا يجوز ان يرد حق الضمان على الاموال المنقولة مثل تركة شخص على قيد الحياة او عوائد وثيقة التامين قبل تحقق الخطر المؤمن منه او حلول الاجل المحدد في عقد التامين واداء المبلغ المستحق او الحقوق الدورية كالمرتبات، ولإلزام المدين بالتوقف عن الاخلال بواجباته في اداء حق الضمان يحق للمحكمة بناءً على طلب يقدم اليها من قبل الدائن فرض غرامة تهديدية على المدين او مقدم الضمان لكي يتوقف عن مخالفة القانون والاخلال بواجباته [16]. واخيراً نجد ان على المشرع العراقي ان يحذو حذو المشرع الاماراتي والتشريعات المشابهة في وضع اطار قانوني وتنظيمي لضمانات تمويل المعاملات المصرفية عبر الحدود والسماح بقبول مجموعات اوسع من الاصول كضمانات مثل الحسابات مستحقة القبض والمخزونات ومن خلال انشاء سجلات الكترونية حديثة للضمانات، وتضمن هذه المصالح الضمانية وجعلها نافذة تجاه الاطراف المتضامنة وتوفير اطار تشريعي خاص للتمويل المضمون.

المطلب الثاني: أنواع الضمانات والآثار القانونية المترتبة على الضمان للمعاملات المصرفية

سننتظر بداية إلى أنواع الضمانات لتمويل المعاملات المصرفية في الفرع الأول وفي الفرع الثاني سنتناول بعض الآثار القانونية المترتبة على الضمانات للمعاملات المصرفية عبر الحدود في فرعين:

الفرع الأول: أنواع ضمانات التمويل للمعاملات المصرفية عبر الحدود

تضمن مؤسسات الاقتراض الوفاء بالتزامات المدين، يعني بشكل آخر إذا فشل المدين في تسوية الدين فإن المصرف يعمل على تغطية الدين ويعطي الضمان المصرفي الحق للعميل في الحصول على الخدمات الاستثمارية. وغالباً ما يختار الأفراد الضمانات المباشرة للمعاملات الدولية عبر الحدود، وتعتبر هذه الضمانات المصرفية المستقلة وسيلة تمكن المتعاملين خلالها تقديمها للحصول على ضمانات من البنوك أو المصارف، وذلك لاستيفاء حقوقهم في حالة عدم الالتزام بتسديد العملاء أو الزبائن لديونهم وقد عرفت في السنين الأخيرة إقبالاً متزايداً عليها [17]. ويمكن الضمان المصرفي العميل أو المدين الحصول على السلع أو شراء المعدات أو سحب القرض [18: P30]. ومن جهة أخرى فقد حظيت الاعتمادات المصرفية باهتمام كبير من لدن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسفال) منذ عام 1968 والتي ما لبثت تؤكد على أهميته ومن خلال معظم دوراتها وفي ماي عام 1985 وبعد عدة سنوات من العمل المتواصل استطاعت اللجنة اقرار مشروع اتفاقية دولية تتعلق بالضمانات البنكية المستقلة والتي تمت المصادقة عليه في 11/12/1995 [20]. وهذه الاتفاقية ساهمت في نشر استعمال الضمانات للمعاملات المالية البنكية والمستقلة لتحقيق مصالح التجارة الدولية [19: ص20]. وهناك أنواع مختلفة من الضمانات لتمويل المعاملات عبر الحدود ومنها:

1- الضمانات الشخصية: وهذه الضمانات تأخذ بعين الاعتبار العنصر الشخصي وهو أن يتعهد شخص من الغير بدل المستفيد من القرض بالوفاء بالدين ويمكن أن يكون هذا الغير شخص طبيعي أو معنوي [20: ص109]. ويتم الضمان الشخصي بتدخل شخص آخر خلاف المقرض ويتعهد بسداد القرض (رأس مال المقرض والفوائد المترتبة وإيضاً تكلفة القرض) في حالة أن توقف المدين عن الدفع للمصرف ويمكن الرجوع على الفرد الضامن وهذا الأخير ويعد المصرف بتسديد المدين في حالة عدم قدرته على الوفاء بالتزاماته في تاريخ الاستحقاق [21: موقع انترنت]. ويرى البعض أن هذه الضمانات وإن وجدت فهذا لا يعني أن المصرف أو البنك سوف يستوفي حتماً دينه [22].

غير أن الضمانات الشخصية ومنها الكفالة والتي هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام [23]. وهي عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه [24]. ومن الواضح أن الكفالة هي فعل حالي هدفه الاحتياط ضد الاحتمالات السيئة والمتمثلة بعدم وفاء المدين بالتزامه تجاه المصرف، وعليه نرى أن الكفالة فعل رضائي وحيد الجانب تتجسد وجه الرضائية في أن قبول دور الكافل لا يخضع إلى أي شكل من أشكال القانونية والمألوفة وينعكس في اتفاق الكفالة ولا يحرر الأفي نسخة واحدة. وهنا نرى أن الأنظمة المختلفة تجبر المصارف على ضرورة اعلام المدين بمبلغ الدين محل الالتزام واجاله كل فترة

ويمكن فرض بعض العقوبات على المصارف التي لا تلتزم وهذا الاجراء الهدف منه يرمي الى تفادي الكثير من المنازعات الناجمة عن سوء التفاهم بين المصارف والعملاء.

الضمان الاحتياطي: يعتبر من الضمانات الشخصية وهو التزام مكتوب من طرف شخص معين يتعهد بموجبه على تسديد مبلغ ورقة تجارية او جزء منه في حالة عدم قدرة احد الموقعين على التسديد والاوراق التي يجري عليها هذا النوع هي السفتجة والسند والشيكات [25:ص192-193]. وان الضمان الاحتياطي في كثير من الاحيان عندما يقوم شخص ما بتحرير الورقة التجارية الى شخص اخر ويرفض المستفيد او المظهر اليه الحامل الشرعي قبول استلام الورقة التجارية وهذا التامين اما يكون رهناً يسلمه اليه او كفالة شخصية وهذه الكفالة هي التي يطلق عليها الضمان الاحتياطي، لأنه يوجد عندما يكون هناك ضعف او شكوك فيه هنا يأتي دور الضمان الاحتياطي لتقوية الثقة لدى حامل الورقة وهو يسهل تداول الورقة التجارية كتداول النقود التجارية [26:ص469-497].

وهو يجوز في جميع الاوراق التجارية ويعتبر قليل الوقوع في الشيكات لأنها تسحب عادة من المصارف [27]. **الرهن:** وهو من الضمانات الشخصية وهو عقد يلتزم به شخص ضماناً لدين تجاري او على غيره بان يسلم الى الدائن او الى شخص يعينه المتعاقد ان يخوله حبس المال الى ان يستوفي حقه او ان يتقدم الدائنين المرتهين له في المرتبة والدائنين العاديين ينقاضى حقه عن ثمن هذا المال في اي يد يكون [28].

وبالرجوع الى القواعد العامة نجد ان اموال المدين تكون ضامنة للوفاء بدينه. وغالباً ما يقوم المصرف بمنح القرض بدون ضمانات اذ يصبح المصرف دائناً مرتهاً لهذه الضمانات، غير ان القاعدة العامة ان المصرف كدائن مرتهن لا يجوز له التصرف بالضمانات المرهونة الا في حدود الطرق القانونية المتبعة في بيع الاصول المرهونة، بل انه يستطيع ان يعترض على اي عمل من شأنه انقاص قيمة هذا الضمان [29]. ونجد ان معظم انواع الرهن تنشأ بالتراضي بين اطراف العقد باعتباره عقد رضائي وليس شكلي الا ان القانون استثنى بعض الرهون من هذه القاعدة وهو يشمل معظم الاموال المنقولة وهي رهن المنقولات المعنوية ورهن الاوراق التجارية والاسهم وحصص الشركات ورهن الدين [30:ص26]. وكذلك اشار الفقيه الفرنسي (loyel) عندما نصح باللجوء الى الرهن لضمان الدين بقوله (الكفيل يراوغ بينما المال المحمل بالضمان يدفع) [31:ص168]. وهناك انواع اخرى من الرهن والتي تستخدم في المعاملات المصرفية وهي رهن المنقولات المعنوية ورهن الاوراق التجارية والرهن الحيازي والرهن العقاري. ومن هنا يتضح لنا من خلال نص المادة (12) من تعليمات تسهيل تنفيذ قانون المصارف العراقي رقم 5 لسنة 2010 ان قيمت الضمانات بحسب انواعها، فالضمانات النقدية تحسب بنسبة 100% بشرط وجود وثيقة رسمية تثبت ربط الضمان بالقرض والكفالة الشخصية تحسب بنسبة 80% بالنسبة للمصارف المحلية في حين تحسب النسبة للمصارف الاجنبية حسب تصنيف هذه المصارف دولياً على ان لا تتجاوز النسبة 90%، وان الاوراق المالية في سوق العراق تحسب بنسبة 30%، اما نسبة الاوراق المالية في السوق العالمية فتحسب بنسبة 75%، اما حوالات خزينة العراق وحوالات البنك المركزي العراقي فتكون بنسبة 100% وبقيمة السندات الحكومية للدول الاخرى فتحسب حسب التصنيف العالمي الدولي، غير ان العقارات تحسب باقل النسبتين والقيمة التعاقدية لهذه العقارات فتحسب بنسبة 80% من قيمتها السوقية. نستنتج من ذلك

وجود مغالاة في تقييم الضمانات للمعاملات المصرفية. وهذا يدفعنا الى دعوة المشرع العراقي بتعديل قانون المصارف العراقي بإضافة نصوص تخول البنك المركزي العراقي السماح لمثل تلك المؤسسات بالعمل لتقييم الضمانات المقدمة ضمانا للقروض في المعاملات المصرفية المضمونة.

2- الضمانات الحقيقية او العينية: وهي ضمانات ملموسة يمكن للبنك ان يقوم بحجزها في حالة عدم سداد المدين لدينه وتتمثل هذه الضمانات بالعقارات والمنقولات وهذا يسمى بالرهن، وتتمحور هذه الضمانات الحقيقية على موضوع الشيء المقدم للضمان وهي مجموعة واسعة من السلع والتجهيزات العقارية وتكون على سبيل الرهن وليس على سبيل تحويل الملكية من اجل ضمان استرداد القرض، ويجوز ان يشرع في عملية البيع خلال مدة (15) يوم ابتداءً من تاريخ القيام بتبليغ المدين [32]. وفي الضمانات العينية تحدد نوع العملة والقيمة الخاصة بالضمانة العينية ومنها - الضمانات العقارية ويتم فيها تحديد نوع الرهونات العقارية، وهي تعتبر من اكثر الضمانات المتعامل بها والمتعارف عليها لدى المصارف المحلية والدولية، وكذلك التأمينات النقدية والكفالات البنكية الخارجية والداخلية، ورهن السيارات والبضائع، ورهن الاسهم والسندات، وتظهر وثيقة التأمين (البوليصة)، وتظهر الاوراق التجارية غير ان لا يتم الاعتماد بتظهير الاوراق التجارية كضمانة ولكن جرى العرف في السوق المصرفية اعتبارها كأحد عناصر توثيق المديونية [33]. وتقدم الضمانات العينية بما فيها الرهون ومنها فتح حسابات استثمارية مع اموال المصرف للراغبين في الاستثمار في جميع المعاملات المصرفية - ويكون الايداع في الحسابات لمدة سنة في الاقل وفقاً لقانون الشركات [34]. ويوجد عقارات لا تحبذ المصارف اخذها كضمانة وهي - العقارات المملوكة على الشيوع، وتكمن المشكلة في هذا النوع من العقارات كونها مملوكة لاكثر من شخص وفي حالة ان المصرف اضطر ان ينفذ على العقار فانه يجد صعوبة في تحديد حصة المدين وعلاوة على ذلك فان البنك ينتقل الى مقابل ثمن العقار والذي قد لا يكون كضمانة او يكون اقل من المبلغ الذي تم الحصول عليه من قبل المدين اضافة الى صعوبة الاجراءات في عملية تبليغ جميع المالكين للعقار. وكذلك من بين الضمانات غير العينية الاخرى هي العقارات في المناطق الحدودية [35: 65]. واخيراً نستنتج مما تقدم ان المعاملات المصرفية المضمونة ايا كان شكلها والتي تشمل الائتمان المضمون بنقل الملكية والتأجير التمويلي وحوالة المستحقات والبيع مع الاحتفاظ بالملكية والتمويل المضمون على المخزون والمعدات من دون اشتراط نقل حيازتها الى جانب البيع مع حق الاسترداد والبيع المشروط بسداد الثمن كاملاً والبيع مع اعادة الشراء تؤدي الى اغراضاً ضمانية وتنشأ حق ضمان بين الدائن المضمون ومقدم الضمان وتتصرف اثار الاتفاق بينهما فور الاتفاق وتمكن الدائنين من استيفاء كامل حقوقهم.

الفرع الثاني: الآثار القانونية الواردة على ضمانات التمويل للمعاملات المصرفية عبر الحدود ونفاذها
تجاه الغير :

اولاً: القيود الزمنية الواردة على الضمان

تتعلق القيود الزمنية بإنفاذ الضمان والمدة الزمنية لنفاذها ويوجد اعتبارات يمكن الأخذ بها عند انفاذ الضمان وهذه الاعتبارات تتعلق بمدة التقادم التي يمكن للدائن ان يباشر في مقابلها الضامن لدفع الديون المستحقة عليه. ونرى موقف المشرع القانوني والذي نص في المادة (260) من القانون المدني العراقي على (1- اموال المدين ضامنة للوفاء بديونه 2- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان الا ما كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون) [36:ص89].

1- اولوية حقوق الضمان النافذة عند تراحم الدائنين: ينفذ حق الضمان في مواجهة الغير بما في ذلك الدائنين الاخرين للمدين، اذا استوفى اتفاق الضمان شروط انشائه، وفق احدى طرق النفاذ ، والنفاذ التلقائي على السلع الاستهلاكية لتمويل شرائها.

ان اولوية حقوق الضمان النافذة عند تراحم الدائنين تحسب مرتبة حق الضمان من وقت نفاذه في مواجهة الغير بأي طريقة من طرق النفاذ استناداً لمبدأ الاسبقية [37].

ونجد في بعض التشريعات تعترف بأولوية الدائنين ومنها التشريع الاماراتي حيث جاء فيه ان مجرد تنفيذ الضمان هذا لا يجعل المؤسسة المالية او البنك دائناً مضموناً. وجعل اثبات وجودها كدائن مرتتهن مضمون والمطالبة بانفاذ الضمان مع دائنين اخرين وقت انفاذ المطالبة وفضلاً على الحصول على مرتبة متكافئة مع الدائنين الاخرين [38]. اما في التشريع العراقي نجد ان المادة (1361) من القانون المدني العراقي الاتحادي رقم 40 لسنة 1951 نصت على (الاولوية في استيفاء دين معين مع مراعاة لسبب هذا الدين ولا يكون للدين امتياز الا بمقتضى نص في القانون. فهنا القانون هو الذي ينص صراحة على الامتياز ولم يحدد مرتبته فاذا لم ينص صراحة على مرتبته كان الدين متأخر عن كل امتياز منصوص على مرتبته، والديون الممتازة اذا كانت في مرتبة واحدة فأنها تستوفي بنسبة كل منها اذا كانت اموال المدين لا تكفي لتسديدها جميعاً ما لم ينص القانون على خلاف ذلك واستناداً لما جاء فان حق الامتياز يعطي للدائن صاحب الدين الممتاز حق التقدم على غيره من الدائنين الذين لا امتياز لديونهم او كان امتياز ديونهم متأخراً) [39]. وقد تقرر حقوق الامتياز للمصلحة العامة كامتياز الديون المستحقة للخزانة العامة عند تراحم مع ما يستحق للمصلحة الخاصة كالرسوم والضرائب التي تستحق للمصلحة العامة، وقد يمنح الدائن رهناً ضمناً استناداً الى فكرة الرهن الضمني والتي تتضمن ان المدين بهذه الحقوق يعتبر وكأنه منح الدائن رهناً ضمناً حتى يستوفي حقه منه. نستخلص مما جاء ان ترتيب حقوق الضمان بالنسبة للدائنين تراعي في حساب الترتيب واولوية في هذه الحقوق صفة الديون الممتازة وليس وقت نشوئها الا اذا كانت تلك الحقوق الممتازة خاضعة للتسجيل فهنا الاولوية للحقوق الاسبق في التسجيل، والاولوية بين الدائنين المسجلين اصحاب التأمينات العقارية فتكون دائماً للأسبق في التسجيل، اما من حيث اثر الحق في حقوق الامتياز على

منقول نجد انه يقتصر فقط على منح الدائن الاولوية او التقدم ولا يمكن منحه صفة التتبع لأنه يتعارض مع قاعدة الحيازة بالمنقول سند الملكية، وتجدر الاشارة الى ان التامين العقاري يمنح صاحبه امتياز التتبع والتقدم.

ثانياً: انتهاء الضمان:

من بين القيود الزمنية الواردة على الضمان هو انتهاء المدة الزمنية لنفاذ الضمان، ينقضي حق الضمان بإحدى الطرق القانونية وهي طريقتين: طريق اصلي و اخر تبعي، الطريق التبعي يعني انقضاؤه تبعاً لانقضاء الدين المضمون به والطريق الثاني فيعني انقضاؤه بصورة مستقلة عن الدين فينقضي وبطل الدين المضمون به قائماً [40]. وينقضي الدين المضمون بتمامه بالوفاء او البراء او بغير ذلك مما ينقضي به الدين، او بهلاك المرهون مالم يتفق الراهن والمرتهن على ان يحل محله مال اخر دون الاخلال بإحكام القانون [41]. فالضمان بطريق اصلي استناداً لنص الفقرة الثانية من المادة 282 والمادة 284 من القانون المدني العراقي والذي يستفاد منها ضمناً بان طرق انقضاء الضمان هي:

- 1- تقديم تأمين كاف للوفاء بالدين المضمون بمقتضى ذلك يسقط الحق بالضمان، سواء كان التامين شخصياً كالكفالة او عيناً للرهن.
 - 2- بموجب نص المادة 283 من القانون المدني العراقي والذي اشارت ضمناً ان يجوز ان يسقط حق الحبس بالضمان بسبب تقصير المالك عندئذ يجوز للمالك ان يستصدر حكم من القضاء بأسقاط حق الضمان.
- والحالات التي ينقضي بها الضمان في المعاملات المصرفية بغير الوفاء طبقاً لأحكام القانون المدني العراقي والتي نصت عليها القواعد العامة فيه وهي: الوفاء بمقابل، المقاصة، البراء، اتحاد الذمة [42، ص 118]. وتماشياً مع التشريعات الحديثة ومنها التشريع الاماراتي والذي نص في المادة 1101 من القانون المدني لدولة الامارات العربية المتحدة على (اذا قام المدين المدينون والكفلاء الضامنون بتسجيل تسوية تتعلق بجزء من اجمالي الدين سوف ينتهي الضمان اخيراً وسيتم التنازل عن مسؤولية الضامن، اذا حددت التسوية ذلك فلن يكون الضامن مسؤولاً وسيتم تشغيل الانهاء التلقائي للضمان بموجب هذه المادة ويجوز للدائن اختيار المطالبة بالدين (جزءاً او كلاً) ضد المدين الرئيسي). وبالنسبة لوفاء الضامن الشخصي ففي حالة وفاته يجب ان يطالب بتركة المتوفي بموجب قانون الاحوال الشخصية المتعلقة بالوصية والميراث للبلد المقيم فيه الشخص الاجنبي او المواطن، ويكون لدائني المتوفي الاولوية الافضلية على اي توزيع للتركة عدا نفقات الدفن.

الخاتمة

وفي نهاية بحثنا الموسوم بـ (ضمانات التمويل للمعاملات المصرفية عبر الحدود) نود ان نشير الى جملة من التوصيات والمقترحات تتمثل بالاتي:

أولاً: الاستنتاجات: وتتمثل الاستنتاجات التي توصلنا إليها بالآتي:

- 1- من خلال بحثنا توصلنا الى ان الائتمان هو نظام يكون فيه الشخص الذي لا يستطيع الدفع ويحصل على شخص لضمان انه يستطيع الدفع .
- 2- ان ضمانات التمويل للمعاملات المصرفية عبر الحدود تنشأ حقاً ضمانياً وذلك حماية لها من مخاطر الائتمان.
- 3- نجد في ضمانات التمويل للمعاملات المصرفية عبر الحدود تحقق مزايا اقتصادية كبيرة وخاصة في مجال اجتذاب الائتمان من المقرضين المحليين والاجانب.
- 4- في مجال الاسواق المالية يتراحم المدينون والمقرضون للوفاء بالتزاماتهم المالية لذا يجب على البنوك ان تكون حذرة وتتخذ كافة التدابير لحماية وتأمين استثماراتها.
- 5- ان اولوية حقوق الضمان النافذة عند تراحم الدائنين تحسب مرتبة حق الضمان من وقت نفاذه في مواجهة الغير بأي طريقة من طرق النفاذ استناداً لمبدأ السابقة.
- 6- يجب على الضامن ان يلتزم بضمانه والاثار المترتبة عليه، ويجب على الدائن ضمان تجنب اي عملية انفاذ خالية من الصعوبات .

ثانياً: التوصيات : في نهاية بحثنا نود ان نبين جملة من التوصيات وكالاتي:

- 1- ندعو المشرع العراقي الى اصدار تشريع يتضمن قانون لضمانات التمويل للمعاملات المصرفية عبر الحدود وضمانها بقانون خاص.
- 2- اصدار تعليمات تتعلق بأولوية الحقوق والضمانات التي تقع على المعاملات المصرفية عبر الحدود والتي تعد غير قابلة للتسجيل في السجل الدولي.
- 3- تحديث الانظمة المصرفية في العراق بما يتماشى مع متطلبات الاقتصاد الوطني والتغيرات التي حدثت في الانظمة المصرفية في العالم.

CONFLICT OF INTERESTS

There are no conflicts of interest

المصادر

- [1] عبد الرحمن ايمن - تطور النظام المصرفي في الجزائر، دار بلقيس للنشر - الجزائر 2015.
- [2] الباحث بلول أعمار، اشكالية التنفيذ على الضمانات البنكية، دراسة مقارنة في القانون الجزائري والفرنسي، اطروحة دكتوراه في القانون 2018.
- [3] د. صادق راشد الشمري، ادارة العمليات المصرفية - مداخل وتطبيقات، مطبعة اليازوري 2016.
- [4] حنين العتوم، مقالة على الانترنت (الضمان البنكي)، يوليو 2020، متاح على الموقع <https://e3arabi.com> مال وأعمال ماهو - الضمان - المصرفي؟.

- [5] دليل الاونسترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة - الملحق المتعلق بالحقوق الضمانية في الممتلكات الفكرية - الامم المتحدة نيويورك 2011.
- [6] أمانة مجلس ومحافظي المصارف المركزية ومؤسسات النقد العربية / اللجنة العربية لنظم الدفع والتسوية، ورقة عمل حول الاطار القانوني لنظم الدفع وتسوية الأوراق المالية - صندوق النقد العربي 2006.
- [7] حيدوشي احمد، زمار عامر، اليات تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة عن طريق البنوك التجارية- دراسة حالة بنك الفلاحة والتنمية الريفية (وكالة عين بسام)، رسالة ماجستير في العلوم المالية والمحاسبية، 2017-2018 .
- [8] برنامج المعاملات المضمونة وسجلات الضمانات المنقولة، متاح على الموقع: <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/68a26f1e-fff8-4c55-9208-58c95aa26325/Secured+Transactions+and+Collateral+Registries+Brochure+-+Arabic.pdf>
- [9] قانون البنوك والعمليات المصرفية - مكتب محاماة في دبي - مقالة على الانترنت - متاح على الموقع: stalawfirm.com/ar/blogs/view/guarantee-law-and-practice-in-uae.html
- [10] خليل فيكتور تادريس- مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الامم المتحدة لعام 1995، دار النهضة العربية 2005.
- [11] joaneklein-cornededans ;la pratique-des garanties bancaired ansiescontratin ternationaux "coiiection techniques de la .banqueafb diffusion, juin1999 .
- [12] شاكر القزويني - محاضرات في اقتصاد البنوك، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1992.
- [13] د. ذكرى محمد حسين، ادارة وسائل مخاطر القروض المصرفية(دراسة مقارنة) بحث منشور، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة التاسعة، 2017 .
- [14] <https://law.uokerbala.edu.iq/wp/blog/2015/02/15/messege6>.
- [15] المادة (1008) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل النافذ.
- [16] المادة (644) من القانون المدني الجزائري رقم 75 لسنة 1975 .
- [17] محمد كمال عفانة، ادارة الائتمان المصرفي، دار اليازوري العلمية، تشرين الاول 2015، ص192-193.
- [18] د. إبراهيم اسماعيل ابراهيم، الضمان التجاري في الاوراق التجارية، دراسة قانونية، دار الثقافة والنشر والتوزيع 1999.
- [19] سمير جميل حسن الفتلاوي، العقود التجارية - الطبعة الاولى 2001.
- [20] الفصل الخامس / المادة 228 من قانون المصارف الاتحادي الاماراتي رقم 14 لسنة 2018 (تعليمات المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والانشطة المالية) .

- [21] انظر المادة (1296) القانون المدني العراقي والمادة (1047) من القانون المدني المصري.
- [22] د. هزار سليمان يوسف، الضمانات التعاقدية في نطاق التجارة الدولية، اتحاد المصارف العربية، بيروت 1989.
- [23] د. فائق محمود الشماع، الايداع المصرفي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، الطبعة الاولى، 2011 .
- [24] الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون - الجزائر .
- [25] مصارف واسواق مالية، مقالة على الانترنت، متاح على الموقع <https://manhom.com/79509>
- [26] المادة(1) من القانون السوري رقم 41 لعام 2004 المعدل بالمرسوم التشريعي رقم 49 لسنة 2008/9/10 .
- [27] محمد شيخون - المصارف الاسلامية - دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع 2002.
- [28] نص المادة (1008) والمادة (1009) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1950 المعدل النافذ.
- [29] عبدالله خالد امين، والطراد، اسماعيل ابراهيم - ادارة العمليات المصرفية المحلية والدولية - الطبعة الاولى 2002 دار وائل للنشر .
- [30] نص المادة (1056 / 1،2) من القانون المدني الاماراتي رقم 5 لسنة 1985 وتعديلاته.
- [31] القانون المدني الاماراتي رقم (5) لسنة 1985 المعدل، الفصل الخامس، الشروط والاحكام التي تحكم الضمانات .
- [32] قانون الأونسيترال النموذجي بشأن المعاملات المضمونة متاح على الموقع https://uncitral.un.org/ar/texts/securityinterests/modellaw/secured_transactions .
- [33] قانون الأونسيترال النموذجي بشأن المعاملات المضمونة (2017) متاح على الموقع https://uncitral.un.org/ar/texts/securityinterests/modellaw/secured_transactions/gui de_to_enactment
- [34] دليل الأونسيترال، قانون الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة عبر الحدود.
- [35] قانون دولة البحرين رقم 6 لسنة 2015 بشأن التنازع بين القوانين المدنية والتجارية .
- [26] الدكتور طارق كاظم عجيل، نظرية الخلافة الخاصة في التصرفات القانونية، 2010.
- [37] قانون المعاملات المضمونة - متاح على الموقع https://uncitral.un.org/ar/texts/securityinterests/modellaw/secured_transactions
- [38] المرسوم الاماراتي - مرسوم قانون اتحادي رقم 14 لسنة 2018 بشأن المصرف المركزي وتنظيم المنشأة والانظمة المالية.
- [39] نص المادة (1361) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

[40] د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، انقضاء الحبس للضمان، محاضرات منشورة على موقع شبكة جامعة بابل،

<https://www.uobabylon.edu.iq/uobColeges/lecture.aspx?fid=7&depid=2&lcid=1925>

.2

[41] جريدة العرب الاقتصادية الدولية، صوت القانون حالات انقضاء الرهن وفقا لنظام الرهن التجاري، متاح

على الموقع https://www.aleqt.com/2018/05/02/article_1379626.html.

[42] د. فاروق ابراهيم جاسم، دكتوراه في الحقوق، استاذ في القانون التجاري، مبادئ القانون التجاري لطلبة

ادارة الاعمال والمحاسبة والعلوم المالية والمصرفية، كلية القانون – الجامعة المستنصرية 2017.