جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة كربلاء – كلية القانون
قسم القانون الخاص

اشتراط الاعتماد المستندي للتسوية التجارية

" دراسة مقارنة "

اطروحة مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة كربلاء
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص

من قبل الطالب
سيف منير عباس

بإشراف

الاستاذ الدكتور

باسم علوان طعمة العقابي

1446 هـ 2025 م

إقـــرار المشرف

أشـــهد بـــأن أطروحـــة الـــدكتوراه الموســـومة بـــ (أشـــتراط الاعتمـــاد المســـتندي للتســـوية التجاريـــة – دراســـة مقارنـــة) المقدمـــة مـــن قبـــل الطالـــب (**ســـيف منـــير عبـــاس**) إلـــى مجلـــس كليـــة القـــانون – جامعـــة كـــربلاء بوصـــفها جـــزء مـــن متطلبـــات نيـــل درجـــة الـــدكتوراه فـــي القـــانون الخـــاص ، قـــد جـــرت تحـــت أشـــرافي ورشـــحتها للمناقشة.

مع التقدير ...

التوقيع :

الاسم : أ.د باسم علوان طعمة العقابي

الدرجة العلمية : أستاذ دكتور

العنوان : جامعة أهل البيت –ع-

التاريخ : / / ٢٠٢٥

شهادة الخبير اللغوي

أطلعت على أطروحة الدكتوراه الموسومة بـ (أشتراط الاعتماد المستندي للتسوية التجارية – دراسة مقارنة) المقدمة من قبل الطالب (سيف منير عباس) إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء ، وقد قومتها لغوياً ووجدتها صالحة للمناقشة .

مع التقدير ...

التوقيع :

الاسم : أ.د صادق فوزي النجادي

الدرجة العلمية : أستاذ دكتور

العنوان : جامعة الكوفة – كلية التربية الاساسية

التاريخ : / / ٢٠٢٤

إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الاطروحة الموسومة بـ (اشتراط الاعتماد المستندي للتسوية التجارية "دراسة مقارنة")، و ناقشنا الطالب (سيف منير عباس) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الدكتوراه في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة ( ).

التوقيع :

الاسم: أ.د. محمد جاسم محمد

(رئيساً)

التاريخ: / / 2025

التوقيع :

الاسم: أ.د. غسان عبيد محمد

(عضواً)

التاريخ: / / 2025

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. اشراق صباح صاحب

(عضواً)

التاريخ: / / 2025

التوقيع :

الاسم: أ.م.د رحيم عبيد عطيه

(عضواً)

التاريخ: / / 2025

التوقيع :

الاسم : أ.م.د. عقيل كريم زغير

(عضواً)

التاريخ : / / 2025

التوقيع :

الاسم : ا.د باسم علوان طعمة

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ : / / 2025

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.د. احمد شاكر سلمان

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: / / 2025

المستخلص

يؤدي اشتراط التسوية بموجب الاعتماد المستندي دوراً مهماً واساسياً في عقد البيع الدولي المبرم بين البائع والمشتري ، كأداة فذة لتسوية المدفوعات الناشئة عن هذا العقد الدولي والذي يتسم بالأختلاف المكاني والجغرافي لأطراف العلاقة التعاقدية (المصدر والمستورد) مُما قد يؤدي الى تعارض مصالحهم التعاقدية الناشئة عن هذا التعاقد ، إذ تبدأ هذه العملية من عقد ألبيع إذ يشترط البائع أن يكون دفع الثمن مقابل تقديم المستندات المنصوص عليها في عقد البيع إلى مصرف يتولى عملية فتح الاعتماد المستندي وبشروط معينة لصالح البائع ، فتحقق هذه التسوية للبائع والمشتري فوائد لاتحققها وسيلة أخرى ، على اعتبار أن تعهد المصرف يصدر قبل أن يبدأ البائع بتنفيذ التزاماته التعاقدية ، فضلاً عن حصوله على الثمن فور تنفيذ هذه الالتزامات ، في حين أن أيٌ وسيلة أخرى لاتعطيه ضماناً كاملاً بسبب أنه يتوجب عليه ضرورة البدء في تنفيذ التزاماته التعاقدية قبل أن يحصل على أيٌ ضمان .

وفي الوقت ذاته تقدم الحماية القانونية للمشتري كونه لايدفع الثمن بواسطة المصرف إلا إذا قدم البائع المستندات الدالة على حسن تنفيذ التزامه ، ولاسيما أنها تمكنه من التصرف في البضاعة عن طريق حيازته للمستندات التي تثبت ملكية هذه البضاعة محل العقد متى دفع ثمنها ، لأن المصرف سوف ينقل إليه هذه المستندات بمجرد تلقيها من البائع ومطابقتها للشروط التي نصت عليها تعليمات (الآمر) بفتح الاعتماد المستندي ، وبهذا تكون الحماية التي تؤديها هذه التسوية أفضل بكثير من الحماية التي توفرها الأساليب التقليدية للوفاء بالثمن .

وعلى الرغم من الأهمية الفعالة التي يؤديها اشتراط التسوية في العقد انف الذكر فقد أولت هذه الدراسة جانباً كبيراً من البحث والتفصيل بين ثنايا النصوص وما تناولته أراء الفقه القانوني مستشفين ذلك الدور ومولين الاهتمام البالغ أولاً في تحديد مفهوم اشتراط التسوية عن طريق استعراض التعريفات والاراء التي سيقت بشأن إيضاح معناه الاصطلاحي سواء في سياق الشرط بمعناه العام أو في سياق الاعتماد المستندي ، ومن ثم تحديد طبيعته القانونية في العقد الأساس لما يترتب

على هذا التحديد من أثر في حياة العقد الدولي وما سيؤول إليه وعند الرجوع إلى النصوص القانونية ذات العلاقة لعلّها تسعفنا في تحديدها بشكل دقيق إلا أننا نجدها خالية من بيان تلك الطبيعة ، ممّا أدى إلى تعدد وأختلاف اراء الفقه القانوني بهذا الصدد إذ اشار البعض منهم إلى أن الاشتراط يعد ركنا في العقد الدولي الأساس ، بينما أشار البعض الاخر بأن هذا الاشتراط يعد شرطا في هذا العقد ، وبالنتيجة تم التوصل إلى اعتباره شرطا مقترنا بالعقد الأساس على وفق الأسانيد والحجج التي تم الاستناد إليها في هذه النتيجة ولاسيما وإن هذه الطبيعة تترتب عليها أحكام تم التطرق إليها بموجب الفصل الأخير من الإطروحة ، وبذلك انتهت بالنتائج والتوصيات التي اختتمت بها .

المقدمة

أولاً :- جوهر الموضوع

تساهم المؤسسات المصرفية العالمية بدور فعال وتأثير كبير في عمليات التبادل التجاري الدولي من خلال تقنيات مصرفية جديدة أستطاعت عن طريقها وضع حد لعنصر غياب الثقة بين تجار من جنسيات وأماكن مختلفة من العالم تفرق بينهم المسافة الجغرافية والحدود السياسية ، فضلا عن اختلاف اللغة والنظم القانونية والاقتصادية والسياسية ، الأمر الذي يقتضي أن تكون هذه العوامل تجعل هذا النوع من العقود يتميز بارتفاع نسبة المخاطر سواء كانت تجارية أو غير تجارية .

ممّا ينجم عنها تعارض المصالح بين الأطراف ، فالبائع المُصدر يبغي الحصول على ثمن البضاعة قبل شحنها والتخلي عن حيازتها خوفاً من عدم وفاء المشتري بالثمن بعد استلامه للبضاعة ، والمشتري يطلب استلام البضاعة قبل دفع ثمنها تفادياً لخطر عدم شحن البائع للبضاعة بعد استلامه قيمتها أو قيامه بارسال بضاعة غير مطابقة للمواصفات أو ذات نوعية رديئة أو أقل جودة من تلك المتفق عليها في العقد .

وأمام هذه العوائق ظهرت الحاجة إلى ضرورة اشتراط فتح الاعتماد المستندي بين الطرفين بتوسط طرف ثالث وهو المصرف الفاتح للاعتماد بغية تجاوز هذه المعوقات والسير قدماً نحو ابرام التعاقدات التجارية .

ثانياً / أهمية الموضوع

الاعتماد المستندي عملية مصرفية لجأت إليه المصارف منذ زمن ليس باليسير كأداة فذة لتسوية المدفوعات الناشئة عن التجارة الدولية ، فهذه الاخيرة تتسم بالتباعد الجغرافي بين أطرافها (المُصدر والمستورد) كما اسلفنا انفاً ، وعن طريق الاعتماد المستندي يطمئن المُصدر من جهة بالنسبة لحصوله على مستحقاته عند تقديم المستندات التي تمثل البضاعة المصدرة ، و يطمئن المستورد على تنفيذ المصدر لالتزاماته طبقاً للشروط المتفق عليها ، وبالمقابل يحصل المصرف نتيجة لقيامه بفتح الاعتماد على العمولة المحددة سلفاً .

وتأسيساً على ذلك ونتيجة للمزايا التي يمتاز بها الاعتماد المستندي ، شاع اللجوء إلى الاعتماد المستندي كوسيلة لتسوية الصفقات التجارية ، وذلك من خلال شرط يدرج غالباً في عقد الصفقة التجارية يقضي بلزوم تسديد دين هذه الصفقة بطريق الاعتماد المستندي ، لذلك يتحتم معرفة الطبيعة القانونية لهذا الشرط من خلال تكييفه وإيضاح الاثار الناتجة عن تحققه أو عدم تحققه .

ثالثاً / مشكلة البحث

تتجلى الاشكالية الأساسية التي يثيرها موضوع البحث والتي نحاول عن طريقه معالجتها في تحديد الأساس والطبيعة القانونية لأشتراط فتح الاعتماد المستندي ، والتي أضحت من المشاكل القانونية التي تواجه المتخصصين .

إذ جرت الاعراف والعادات التجارية الدولية على اشتراط تسوية دين الصفقة التجارية وسداد ثمنها بواسطة الاعتماد المستندي ، وعلى الرغم من شيوع هذا الشرط ورواجه في ميدان التعاملات التجارية الإ أنه لم يحظَ بتنظيم تشريعي يبين ماهيته ومفهومه ويحدد تكييفه القانوني على الرغم من ظهور نزاعات متعددة بشان تنفيذ الشرط الوارد في عقد البيع الاساس ولاسيما فيما يتعلق بتحديد موعد التزام المستورد بفتح الاعتماد من جهة وماهية الجزاء المترتب على هذا الاخير في حال اخلاله بفتح الاعتماد المستندي من جهة اخرى على الرغم من اهيمته الكبيرة لاسيما وان الاختلاف في تحديده وبيان مضمونه يترتب عليه نزاعات ونفقات باهضة في مجال التجارة الدولية والتي تتميز بضخامة العقود التي تبرم فيها ، وفي الوقت الذي تسعى فيه التشريعات التجارية الى ضمان استقرار المعاملات وتحديد حالات فسخ العقود الدولية والتي لايقتصر تأثيرها على أطراف العلاقة التعاقدية فحسب ، وإنُما أصبحت لها تاثير مباشر على الاقتصاد الوطني للبلد.

رابعاً / منهج البحث

بغية معالجة اشكالية البحث والوصول الى الحل القانوني ، سوف نتبع في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن ، كونه المنهج المعتمد في الدراسات القانونية وسنعمد عن طريقه إلى تحليل الاراء الفقهية التي قيلت بصدد الموضوع وربطها بالجانب التشريعي .

وعلى وفق المنهج المقارن بين القانون العراقي والقانون المصري والقانون الفرنسي ، إذ تختلف وجهات النظر التشريعية بصدد بعض الجوانب التطبيقية والجزئية مما يتطلب الوقوف عليها وتحديد الراجح منها بصدد موضوع البحث 0

خامساً / نطاق البحث

سوف يكون نطاق البحث في البيوع الدولية والتطرق إلى اتفاقية لاهاي لعام 1964 للقانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية – البضائع واتفاقية فيينا المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع لعام 1980 والاصول والاعراف الموحدة للاعتمادات المستندية المعدلة لسنة 1983 واتفاقية القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1986 وقواعد الانكوتيرمز الصادرة سنة 1990 والمعدلة لسنة 2000 ومبادئ اليونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لعام 2016 واتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة 2011 مع استعراض نصوص القوانين التي تنظم هذه التعاقدات كقانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 وغيره من القوانين ذات العلاقة مع اجراء مقارنة مع القانون المصري والفرنسي ، فضلاً عن مناقشة أراء الفقه القانوني والترجيح بينها .

سادساً / الدراسات السابقة

1- د. فائق محمود الشماع ، الاعتماد المستندي – دراسة قانونية مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان-الاردن ، 2023م .

تضمن هذا الكتاب بابين ، في كل باب ثلاثة فصول ، تناول الفصل الاول مناقشة العقد الاساس للصفقة التجارية بطريق الاعتماد المستندي وكيفية فتح الاعتماد وموعده والجزاء القانوني المترتب نتيجة لهذا الاخلال ، وكذلك ابرام عقد الاعتماد المستندي في الفصل الثاني والاركان القانونية الاساسية لهذا العقد وطبيعة تدخل المصرف الفاتح للاعتماد واساسه القانوني ، اما الباب الثاني تضمن تنفيذ الاعتماد والتزام المصرف باستلام المستندات الواجب تقديمها في الفصل الاول ، اما الفصل الثاني تضمن التزام المصرف بفحص المستندات المطلوبة وقواعد فحصها ، اما الفصل الثالث تضمن التزام المصرف بأداء قيمة الاعتماد لقاء المستندات المطلوبة وطرق الوفاء بقيمة الاعتماد المستندي ، اما الفصل الاخير تضمن حالات تعديل شروط خطاب الاعتماد القطعي وكيفية اجراءها .

بيد ان ما يلاحظ على هذه الدراسة بأنها لم تتضمن بالتفصيل تحديد طبيعة هذا الاشتراط ونوعه والجزاءات المترتبة نتيجة الاخلال بتنفيذه من قبل اطراف العلاقة التعاقدية واثر هذا الاخلال على العقد الاساس المبرم بينهما على وجه الدقة بغية اقتراح طرق المعالجة المطلوبة .

2- **د. علي جمال الدين عوض ، الاعتمادات المستندية – دراسة للقضاء والفقه المقارن ، دار النهضة العربية للنشر ،1989م .**

تضمن هذا الكتاب باب تمهيدي وسبعة ابواب اخرى ناقش من خلالها التعريف بالاعتماد المستندي وانواعه والقواعد التي تحكم تنفيذه وعلاقة اطراف العلاقة التعاقدية بموجب العقد الاساس وكذلك الالتزام بفتح الاعتماد المستندي ،وجزاء تخلف المشتري عن فتحه باعتباره وسيلة لدفع الثمن وتنفيذ الاعتماد ودور المصرف الفاتح للاعتماد في هذا التنفيذ.

الا ان ما يمكن ملاحظته من خلال هذه الدراسة بانه تطرق الى الاشتراط الذي يضعه اطراف العلاقة التعاقدية بموجب العقد الاساس الا انه اعتبر ان هذا الاشتراط ركن في العقد الاساس (عقد البيع الدولي) لذلك تمت مناقشة هذا الرأي وطرح الادلة التي تنفي هذا الاتجاه والتي ذكرت بموجب ثنايا هذه الاطروحة .

3- **ربيعة بن عزوز ، التسوية المشروطة ودورها في تنفيذ الاعتماد المستندي ، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل ، العدد السادس ، بدون سنة نشر .**

تضمن هذا البحث مبحثين ، تناول المبحث الاول ماهية التسوية المشروطة في الاعتماد المستندي ، اما المبحث الثاني تضمن المراكز القانونية الناجمة عن التسوية المشروطة ، عالج من خلالها كيفية الوفاء بقيمة الاعتماد المستندي من قبل المصرف الفاتح للاعتماد مقابل مستندات تحتوي على مخالفات طفيفة على ان يقدم المستفيد تعهداً او ضماناً يصدر من شخص طرف ثالث برد ما قبضه من المصرف المكلف بالتنفيذ عن اي مطالبة او تعويض سواء كان هذا التعويض تم دفعه للمصرف او العميل الامر نتيجة لتقديم مستندات المخالفة للشروط المتفق عليها من قبل الاطراف ، لذلك لم نجد ان هذه الدراسة قد تضمنت التسوية بموجب الاشتراط ، وانما انصبت على تسوية من نوع اخر وهي التسوية المشروطة .

سابعاً / خطة البحث

بغية الاحاطة بجزئيات الموضوع جميعها والوقوف على معطياته المختلفة وبما يتلائم مع خصوصيته سوف نقسمه على ثلاثة فصول وكالاتي :

الفصل الأول / سوف نتناول فيه مفهوم اشتراط فتح الاعتماد المستندي وسوف يقسم على مبحثين ، وسوف نتناول في المبحث الأول تحديد ماهية اشتراط فتح الاعتماد المستندي ، عن طريق التطرق إلى تعريفه وتحديد خصائصه التي تميزه عن غيره من التصرفات القانونية الأخرى .

أما المبحث الثاني فسوف نتناول فيه كيفية تحديد موعد فتح الاعتماد المستندي ، عن طريق النص العقدي سواء كان النص صريحاً او ضمنياً ، وكذلك حالة عدم النص على تحديد هذا الموعد وموقف الفقه في هذا الخصوص .

الفصل الثاني / سوف نتناول فيه تحديد الطبيعة القانونية للاشتراط بفتح الاعتماد المستندي وسوف يقسم على مبحثين أيضاً ، سوف نتناول في المبحث الأول تحديد الطبيعة القانوني للاشتراط وفقاً للقواعد العامة من خلال التطرق إلى موقف الفقه في هذا الخصوص .

أما المبحث الثاني فسوف نتناول فيه تحديد الطبيعة القانونية للاشتراط وفقاً للعقد الاساس والذي انقسم الفقه فيه على اتجاهين ، الأول يذهب الى اعتباره ركناً في العقد الأساس ، والثاني يذهب إلى اعتباره شرطاً في العقد الاساس .

الفصل الثالث / سوف نتناول فيه آلية تنفيذ الاشتراط بفتح الاعتماد المستندي والذي سوف يقسم على مبحثين ، المبحث الأول سوف نتناول فيه أحكام الاشتراط بفتح الاعتماد المستندي عن طريق التطرق إلى تحديد التزامات الطرفين سواء بالنسبة للعقد الاساس او بالنسبة لعقد الاعتماد المستندي .

أما المبحث الثاني فسوف نتناول فيه المسؤولية العقدية الناشئة عن الاخلال بتنفيذ الاشتراط بفتح الاعتماد المستندي من خلال التطرق إلى كيفية الاخلال العقدي الناشئ من قبل الاطراف والجزاءات المترتبة نتيجة لهذا الاخلال .

الفصل الاول

مفهوم اشتراط فتح الاعتماد المستندي

يعد عقد الاعتماد المستندي العملية المميزة للتجارة الخارجية والعامل الأساس في تمييزها عن التجارة الداخلية ، فضلاً عن إن الاعتماد يمثل أهم عمليات الائتمان المصرفي وله ألاثر الواضح في الاقتصاد الوطني والتجارة بشكل عام وأداة مهمة في تسوية البيوع الدولية .

فقد يتفق المتعاقدان في ميدان عقود التجارة الدولية على أن يقوم المشتري بدفع ثمن المبيع عندما يتأكد بأن البضاعة قد شحنت إليه فعلاً ، ويكون الاستدلال على الشحن بوثائق ومستندات تمثل البضاعة المشحونة وتعد حيازتها بمثابة حيازة البضاعة نفسها.

وهذه المستندات الغاية منها اثبات عملية شحن البضاعة المتعاقد عليها ، والتي تتمثل بشهادات المنشأ للبضاعة وسندات الشحن ، ومستندات التأمين عليها ، والفاتورة التجارية وغيرها من الوثائق التي تتطلبها المصارف أو التي يتفق على ادراجها المتعاقدون .

وفي الوقت الذي تعتمد فيه التجارة الدولية على تدفق البضاعة من البائع الى المشتري و دفع ثمن هذه البضاعة من قبل المشتري إلى البائع ، ولاسيما وأن البائع يحتاج إلى وسيلة تضمن له قبض ثمن هذه البضاعة وتنفيذ المشتري التزامه بصورة صحيحة بسبب التباعد المكاني بين طرفي عقد البيع هذا من جانب ، ومن جانب اخر عدم معرفة المركز المالي لبعضهما بشكل جيد ولعلّ هذه النقطة تعد العامل الأساس في أغلب التعاقدات التي تبرم بين الطرفين ، لذلك ينبغي وجود وسيلة تضمن للبائع حقه في قبض ثمن البضاعة ، وفي الوقت ذاته للمشتري حقه في استلام هذه البضاعة على وفق ما متفق عليه في العقد ، وهكذا يتضح لنا أن فكرة الاعتماد المستندي كوسيلة دفع مضمونة تحقق مطالب طرفي عقد البيع ، وفي الوقت ذاته تحقق كثيراً من المزايا للمصرف فاتح الاعتماد .

واستخلاصاً لما سبق يتبين أن هذه العملية تبدأ من عقد البيع الاساس المبرم بين الطرفين إذ يشترط البائع أن يكون دفع الثمن بموجب اعتماد مستندي وبشروط معينة يتم الاتفاق عليها أما بموجب العقدالاساس أو بموجب اتفاق لاحق وهذا مدار بحثنا .

وعليه لابد لنا من أن نسلط الضوء من خلال هذا الفصل على أهمية اشتراط فتح الاعتماد المستندي ودوره في تنفيذ العقد الاساس ، لذلك سوف نقسم هذا الفصل على مبحثين ، سنتناول في المبحث الأول ماهية اشتراط فتح الاعتماد المستندي ، أما المبحث الثاني فسوف يتضمن كيفية تحديد موعد فتح الاعتماد المستندي سواء بنص العقد أو من دون النص عليه .

المبحث الأول

ماهية اشتراط فتح الاعتماد المستندي

يتحقق الاطمئنان للبائع في ميدان عقود التجارة الدولية بأن بدل البضاعة سوف يدفع له ما دام استجاب لشروط فتح الاعتماد المستندي وقام بشحن البضاعة ، كما يتحقق للمشتري أن المصرف لن يقوم بالدفع الإ بعد أن يتاكد من ارسال البضاعة ويقوم بفحص وتدقيق المستندات ، فضلاً عن ذلك أن ما يحققه المشتري من ممارسة هذا الاسلوب هو الحصول على التسهيلات المصرفية التي تحقق للبائع فائدة يتوفر له بمناسبتها السيولة التي يستخدمها في تمويل عمليات أخرى ، ولاسيما وإن هذه المزايا والايجابيات التي تميزت بها عقود الاعتمادات المستندية اضحت دافعاً كبيراً للأطراف في اللجوء إلى تسوية صفقاتهم التجارية بموجبها ، وعن طريق اشتراطات خاصّة يتم تضمينها في عقودهم الأساسية .

وللاحاطة بشكل واضح بماهية اشتراط فتح الاعتماد المستندي يقتضي الأمر بنا الوقوف عند تعريفه والتعرف على خصائصه التي يتميز بها عن غيره من الأوضاع القانونية الأخرى .

وعليه سوف يتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين سنتناول في المطلب الأول التعريف بأشتراط فتح الاعتماد المستندي ، أما المطلب الثاني فسوف يتضمن خصائص اشتراط فتح الاعتماد المستندي .

المطلب الاول

التعريف بأشتراط فتح الاعتماد المستندي

لوضع تعريف شامل وجامع للاشتراط بفتح الاعتماد المستندي للتسوية [1] ، لا بد لنا أولاً من معرفة معنى الشرط بصورة عامة وتحديد مضمونه بصورة واضحة وجلية ، ومن ثم تعريف الاشتراط بفتح الاعتماد المستندي ، وعليه سوف نقسم هذا المطلب فرعين فرعين سنتناول في الفرع الأول منه تعريف الشرط بمعناه العام ، أما الفرع الثاني فسوف يتضمن تعريف الشرط في سياق الاعتماد المستندي .

الفرع الأول

تعريف الشرط بمعناه العام

اقترن الشرط عادة بأهم المبادئ التي تقوم عليها التشريعات السائدة وهو مبدأ سلطان الارادة ، والذي يقضي بتساوي الأفراد في الحقوق فلهم ما يشاؤون من ابرام أي من التصرفات القانونية المختلفة بحيث لا تتقيد ارادتهم إلا في حدود عدم مخالفة النظام العام والأداب للمجتمع .

لذلك يذهب البعض الى القول [2] بأن الشرط ليس له مصدر الا الارادة لكنه وصف يلحق الحق نفسه لا الارادة التي هي مصدره ، ومن ثم يكون جزء من نظرية الالتزام في ذاته لا من نظرية التصرف القانوني.

---

1 – التسوية ، لايمكن الوقوف على المعنى الدقيق للفظ وما يحتويه الا من خلال الوقوف على معناه اللغوي ، فلفظ التسوية هو مصدر ويقال سويت هذا الشيء اي استوى ، ولا يتساوى هذا مع هذا اي لايكون هذان الشيئان سواء ، ويقال تساوت الامور واستوت ، اي ساوى الانسان بينهما وتماثلا فلا فرق بينهما بشيء ، اما المعنى الاصطلاحي للتسوية مدار البحث يقصد به الوفاء في نطاق الاعتماد المستندي يتحقق من خلال قيام المصرف الفاتح للاعتماد بتنفيذ الوفاء بقيمة الاعتماد المستندي نظير مستندات يقدمها البائع تنفيذاً لالتزامه التعاقدي المقابل لالتزام المشتري الناشئ عن اشتراط فتح الاعتماد الوارد في العقد الاساس ، للمزيد ينظر ، محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور ، لسان العرب ، الجزء الثاني ، باب التاء ، دار صادر للنشر، لبنان – بيروت ، 1414هـ ، ص202 ، زينب السيد سلامة ، دور البنوك في الاعتمادات المستندية من الوجهة القانونية ، اطروحة دكتوراه ، جامعة الاسكندرية – كلية الحقوق ، 1980م ، ص335 .

2 – د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام ، الاوصاف والحوالة والانقضاء ، الجزء الثالث ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان – بيروت ، بدون سنة نشر ، ص35 .

ولاسيما وأن عملية ابرام العقود تتم كما هو معلوم بمحض ارادة المتعاقدين ، والتي قد تتفق على ترتيب احكام واثار لعقود محددة مسبقاً من قبل المشرع والتي اطلق عليها القانون بالعقود المسماة ، والذي رتب على كلٌ عقد منها اثار معينة ، لذلك فأن دور الشرط في العقد يتمثل أما بزيادة هذه الاثار لمصلحة أحد المتعاقدين أو كلاهما ، أو ينقصها بحسب المصالح المتبادلة والمبتغاة من التعاقد اساساً .

لذلك فقد اختلفت الشرائع والقوانين في أجازة هذه الشروط أو عدم اجازتها ، بيد أنها تقيدها بقيود معينة على وفق ما تقتضيه محددات المحافظة على النظام العام والأداب العامة كما اسلفنا ، وكذلك مدى هذه الاجازة بأعتبارها اموراً تقتضيها المعاملات او لا تقتضيها ، وليس أبلغ في الدلالة ممٌا اشار إليه المشرع العراقي بخصوص اجازة الشروط العقدية [1] فقد اجاز للمتعاقدين ايراد شروط تؤكد أو تلائم مقتضى العقد على ان لاتكون مخالفة للنظام العام والأداب وإلا لغى الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع للتعاقد فيبطل العقد والشرط معاً .

وتجدر الاشارة إلى القول بأن المشرع العراقي لم يعرف الشرط و إنٌما عرف العقد المعلق على شرط وفق المادة /286 /الفقرة /1 من القانون المدني والتي تنص على أن " العقد المعلق هو ما كان معلق على شرط واقف أو فاسخ" .

وكذلك الحال في التقنين المدني المصري [2] ، فقد تناول الشرط في المواد (265 الى 270) ويلاحظ من خلال نص المادة (265) من القانون المذكور ، أن المشرع أيضاً لم يعرف الشرط مباشرة إنما عرف الالتزام المعلق على شرط وقد جاء فيها "يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع" .

---

1 – فقد نصت المادة /131 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل على انه "1– يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جارياً به العرف والعادة ، 2– كما يجوز ان يقترن بشرط نفع لاحد العاقدين او للغير اذا لم يكن ممنوعاً قانوناً او مخالفاً للنظام العام اوالاداب والا لغى الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضاً".

2 – القانون المدني المصري النافذ رقم 131 لسنة 1948 المعدل .

ولـم يختلـف عـن ذلـك المشـرع الفرنسـي إذ نجـد أنـه لـم يعـرف الشـرط أيضـاً إنمـا عـرف الالتـزام الشـرطي وفقـاً لمـا نصـت عليـه المـادة /1304 مـن القـانون المـدني الفرنسـي والتـي جاء فيها "يكون الالتزام مشروطاً عندما يعتمد على حدث مستقبلي وغير مؤكد " [1] .

وفـي الحقيقـة نجـد أن المعـاني التـي سـيقت بشـأن إيضـاح مفهـوم الشـرط قـد تعـددت وتباينـت علـى وفـق الأطـار القـانوني ، فتـارة يكـون الشـرط وصـفاً مـن أوصـاف الالتـزام ، وأخـرى يكون شرطاً قانونياً أو شرطا مقترنا بالعقد .

فالشـرط كوصـف للألتـزام هـو فـي الاسـاس لـيس سـوى عنصـر عرضـي يضـاف إلـى التـزام ارادي مسـتكمل للعناصـر كافـة التـي اشـترطها القـانون [2] ، وهكـذا يتبـين بـأن الارادة في هذا المعنى تكون المصدر الاساس للشرط وليس القانون .

لـذلك عـرف الشـرط فـي هـذا المعنـى أو مـا يسـمى بالشـرط التعليقـي بأنـه : "أمـر مسـتقبل غير محقق الوقوع والذي يترتب عليه وجود الالتزام أو زواله" [3] .

ممُـا يلاحـظ علـى هـذا التعريـف بـأن الشـرط فـي هـذا السـياق يشـير إلـى أمـر خـارجي تقتضـيه الارادة ليقتـرن بـالتزام اسـتكمل عناصـر تكوينـه بالمجمـل ، ولـيس أبلـغ فـي الدلالـة ممُـا اشـار إليـه المشـرع العراقـي بموجـب احكـام القـانون المـدني النافـذ فـي المـادة /286 منـه والتـي جـاء فيهـا "1- العقـد المعلـق هـو ماكـان معلقـاً علـى شـرط واقـف أو فاسـخ ، 2- ويشـترط لصـحة التعليـق أن يكـون مـدلول فعـل الشـرط معـدوماً علـى خطـر الوجـود لا محققاً ولا مستحيلاً" وهو ذات اتجاه القانون المدني المصري [4] .

وتأسيسـاً علـى ذلـك يمكننـا القـول بـأن الامـر الـذي يعـد شـرطاً فـي هـذا الاطـار وينبغـي أن يكـون ارادي أي يجـري عليـه اتفـاق الطـرفين سـواء كـان هـذا الاتفـاق ابتـداءً ، أي قبـل

1-Art.1304 " L òbligation est conditionnelle lorsquèlle dèpend d'un événement futur et incertain"- Le droit civil français s'applique, www.codes.droit.org.

2 – د. محمود عبد الرحيم الديب ، أثار الشرط كوصف من اوصاف الالتزام في القانون المصري والفرنسي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر – الاسكندرية ، 2008م ، ص5 .

3 – د. انور سلطان ، النظرية العامة للالتزام – احكام الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر – الاسكندرية ، بدون سنة نشر ، ص197 .

4 – نصت المادة /265 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل على أنه "يكون الالتزام معلقاً على شرط اذا كان وجوده او زواله مترتباً على امر مستقبل غير محقق الوقوع"

أنعقاد العقد او لاحقاً لانعقاده وبالتالي يتوجب الاخذ به وتنفيذه على اعتبار أنه وليد الارادة المشتركة للطرفين [1] .

وفي مقابل ذلك قد يتحقق معنى اخر للشرط لكن مصدره ارادة المشرع لا ارادة المتعاقدين وتكون الغاية منه ترتيب اثر قانوني معين ، كتحديد العناصر الأساسية والضرورية لانعقاد العقد من حيث اركانه [2] وصحة ابرامه ، كأشتراط المشرع سلامة الرضا لأطراف العلاقة التعاقدية أساساً للتعاقد فهذه شروط مصدرها القانون وليس الارادة [3] .

نخلص إلى القول بأن غاية المشرع في هذا النوع من الشروط هي ترتيب اثر قانوني معين و لا دور لارادة المتعاقدين فيه ، وهذا الشرط خارج عن محل كلامنا لعدم تعلقه بالارادة .

---

1 – د. محمود عبد الرحيم الديب ، المصدر السابق ، ص6 .

2 – قد ورد لفظ الركن في اللغة بأنه : "جانب الشيء الذي يستند اليه ويقوم به ، وهو يأوي الى ركن شديد ، اي عزة وصفة ، ينظر ابي الحسن احمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، الجزء الثاني ، مادة ركن ، دار الفكر العربي ، مصر ، بدون سنة نشر ، ص430 . اما في الاصطلاح فقد عرفه الفقهاء عدة تعريفات وابرزها ما عرف بأنه " ركن الشيء ما لا وجود لذلك الشيء الا به ، وعرف ايضاً "بانه ما يتقوم به الشيء وهو جزؤه ، لذلك يتضح لنا من خلال تعريف الركن والشرط وجود قواسم مشتركة بينهما ونقاط خلاف في ذات الوقت ، حيث نجد انهما يشتركان من حيث ان كلاهما يتوقف عليه تحقق الشيء ووجوده ويلزم من عدمه العدم فيما يخص الشرط الشرعي لا اللغوي لأن الثاني يلزم من وجوده وجود الشيء ومن عدمه العدم ، أما الخلاف أذ نجده متحقق من خلال كون الركن يمثل جزءً من ماهية الشيء ، ولعلنا نقول ان ركن العقد يتوقف عليه وجوده وبعدمه لايتصور وجود للعقد ، وفي مقابل ذلك نجد ان الشرط خارج عن الماهية اي ان عدم تحققه لايؤدي بالنتيجة الى البطلان انما من الممكن ان يعطي الحق للمتعاقد طلب الفسخ اذا تحققت شروطه وللمزيد ينظر علاء الدين عبد العزيز بن احمد ، كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام البزدوي ، الجزء الثالث ، شركة الصحافة العثمانية للنشر ، اسطنبول ، 1890م ، ص1064 ، محمد بن حمزة بن محمد شمس الدين ، تحقيق محمد حسين محمد حسن اسماعيل ، فصول البدائع في اصول الشرائع ، الجزء الاول ، دار الكتب العلمية ، لبنان – بيروت ، 2006م ، ص239 .

3 – يذهب الاستاذ السنهوري الى القول ، بأن الشرط الذي يكون مصدره القانون لايعتبر شرطاً بالمعنى المعروف ، كون الشرط امراً عارضاً لايدخل في ماهية الشيء وتكوينه وبالتالي يمكن تصور الحق من دونه ، بيد ان مايتطلبه القانون لانعقاد العقد ليس كذلك ، فهذا يدخل في ماهية العقد وتكوينه ولايمكن تصور وجود العقد من دونه ، لذلك يذهب الى القول ونؤيده في ذلك بأن اطلاق تسمية الشرط على الاركان غير صحيح كون الشرط لايدخل في الماهية عكس الاركان ، ينظر د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثالث ، دار احياء التراث العربي ، لبنان – بيروت ، 2000م ، ص34 .

أمـــا المعنـــى الثالـــث والاخيـــر للشـــرط فهـــو الشـــرط المقتـــرن بالعقـــد ، فكمـــا هـــو معلـــوم بـــأن العقـــد هـــو وليـــد ارادتـــين تكونـــت فـــانبثق عنهـــا العقـــد متضـــمناً التزامـــات متبادلـــة و شـــروطاً ملزمة للطرفين .

فالعقـــد بطبيعـــة الحـــال محكـــوم بمبـــدأ عـــام اســـاس وهـــو أن العقـــد شـــريعة المتعاقـــدين ، وفـــي المقابـــل يعتبـــر الحيـــود عمّـــا اتفقـــت عليـــه ارادة المتعاقـــدين يعتبـــر اخلالاً عقـــدياً تترتـــب عليـــه مســـؤولية الطـــرف الـــذي اخـــل بالتزامـــه التعاقـــدي ، علـــى غـــرار القاعـــدة القانونيـــة ، إذ تتحقـــق المســـؤولية المدنيـــة بحـــق كـــلٌ مـــن يخـــالف احكامـــه ، ولمـــا كـــان العقـــد هـــو قـــانون طرفيـــه صـــار مـــن الطبيعـــي أن يتصـــف بالصـــفة الالزاميـــة لهمـــا ، وهـــذه الصـــفة هـــي العامـــل المشـــترك بـــين القاعـــدة القانونيـــة والقاعـــدة الاتفاقيـــة (العقديـــة) ، فالصـــفة الالزاميـــة للعقـــد فـــي كونـــه محكومـــا بمبـــدأ العقـــد شـــريعة المتعاقـــدين تطبـــق علـــى طرفـــي العقـــد ويلتـــزم المتعاقـــدون ببنـــوده طالمـــا كانـــت الارادة ضـــمن الاطـــار المرســـوم لهـــا قانونـــاً ، وهـــذه الصـــفة أي (صفة الالزامية) تسقط عند خروج الارادة عن الاطار القانوني السليم .

لـــذلك يمكننـــا القـــول بـــأن الصـــفة الالزاميـــة فـــي العقـــد تـــتلخص فـــي عـــدم امكانيـــة أي طـــرف فـــي العقـــد مـــن الـــتخلص مـــن تطبيـــق بنـــوده أو بـــالاحرى أحـــد بنـــوده علـــى وجـــه الخصـــوص إلا بموافقة الطرف الاخر ، وأن تعديل العقد لا يتم إلا بموجب هذه الموافقة [1] .

بيـــد أن مـــا نـــود التطـــرق إليـــه قبـــل الولـــوج فـــي تعريـــف الشـــرط المقتـــرن بالعقـــد ، بـــان الشـــروط العقديـــة كثيـــرة ومتعـــددة يكـــون الـــبعض منهـــا محـــل نقـــاش وتفـــاوض بـــين المتعاقـــدين ، وشـــروطاً أخـــرى اعتـــادَ المتعاقـــدون علـــى ادراجهـــا فـــي عقـــودهم بصـــورة متكـــررة حتـــى أصـــبحت شـــروطاً مألوفـــة [2] فيمـــا بيـــنهم ومطـــردة نتيجـــة تكـــرار ادراجهـــا فـــي العقـــود المبرمة بينهم .

إذ تنطـــوي وجهـــة النظـــر فـــي التفرقـــة بـــين الشـــروط التفاوضـــية والشـــروط المألوفـــة فـــي انطبـــاق فكـــرة هـــذه الاخيـــرة علـــى احكـــام اشـــتراط التســـوية ، والـــذي يمكـــن اعتبـــاره مثـــالاً حيـــا للشـــروط المألوفـــة فقـــد جـــرى التعامـــل التجـــاري علـــى ادراجـــه فـــي التعاقـــدات الدوليـــة ، حتـــى

---

1 – محمد دغمان ، الزامية العقد – دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، 2010م ، ص14 .

2 – د. مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، مطبعة الجامعة السورية ، سوريا ، 1952م ، ص342 ، د. عبد الحكم فودة ، تفسير العقد في القانون المدني المصري ، والمقارن ، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف ، مصر – الاسكندرية ، 1985م ، ص107 .

أصبح من النادر أن نجد عقد من عقود التجارة الدولية يخلو من اشتراط التسوية عن طريق الاعتماد المستندي والذي اضحى الصفة المميزة لهذا النوع من التعاقدات.

لذلك عرف رأياً أخر [1] الشروط المألوفة بأنها "شروط جرى العرف على ادراجها في العقود من دون الحاجة إلى إعادة النص عليها صراحة لاستقرار العمل بها وجريان عرف التعامل على ذلك" ، حتى أصبحت شروطا تقترن بالعقد بصورة تلقائية نتيجة إطراد الأفراد على اتباعها وبالنتيجة تولد لديهم الشعور بعدم جواز مخالفتها [2] .

فالشروط المقترنة بالعقد هي شروط تضاف إلى أصل العقد بحيث يتولد بموجب هذه الشروط أمر زائد على العقد وخارج عن ذاته [3] .

فالاقتران لغة يعني بأنه : مقارنة أي قارن بين شيئين مقارنة أي اقترن به وصاحبه ، وقرنت الشيء بالشيء وصلته والقرين المصاحب ، فهو من الازدواج كونه اجتماع شيئين أو أشياء في معنى من المعاني ، لذلك اطلق عليه تسميات عديدة منها (الشرط التقييدي) و (الشرط المقارن) و (الشرط المقترن بالعقد) ، ومهما تكن من تسميات فهو التزام واقع في العقد ناشئاً بارادة المتعاقدين ويضاف الى صلب العقد عند انشاءه بحيث يصبح جزء من اجزاءه التي تم التراضي على أساسها .

أن ما يلاحظ من المعنى اللغوي بأنه قصر الشروط المقترنة بالعقد فقط في تلك الشروط التي يتفق عليها المتعاقدون عند تكوين العقد ، بينما الشروط المقترنة بالعقد يمكن أن تكون سابقة أو لاحقة على تكوين العقد وتكون جزءً منه اذا تم الاتفاق عليها لاحقاً ، ولعلنا نجد ان هذا الرأي يستقيم مع موضوع بحثنا الى حد ما لاسيما وان اشتراط التسوية في الغالب الاعم ينشأ نتيجة اتفاق مبدئي مسبق ضمن العقد الاساس

---

1 – ينظر د. مصطفى محمد جمال ، القانون المدني في ثوبه الاسلامي – مصادر الالتزام ، الطبعة الاولى ، الفتح للطباعة والنشر ، مصر ، ص431 .

2 – ينظر د. رياض القيسي ، علم اصول القانون ، الطبعة الاولى ، مطبعة الفرات ، العراق – بغداد ، 2002م ، ص145 .

3 – د. عبدالله الجليلي ، الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام او للاداب في القانون المدني – بحث مقارن ، المطبعة العالمية ، مصر – القاهرة ، 1958م ، ص79 .

(البيع) المبرم بين الطرفين والذي بموجبه يتم تحديد آلية ووسيلة دفع ثمن الصفقة التجارية [1].

وعرف أيضاً بأنه (الشروط التي يتفق على اتباعها من قبل المتعاقدين صراحة أو ضمناً عند تعلقها بجزئية من جزئيات العقد) [2] .

وواقعاً نلحظ أن التعريف المتقدم قد اشار إلى دور الارادة في ايجاد وانشاء ما تشاء من الشروط ما دامت صحيحة وغير مخالفة للنظام العام والأداب ، بيد أن الفكرة الأساسية والتي يمكن أن نستشفها من هذا التعريف هي أن الشرط المقترن بالعقد يعد أمراً اضافياً أو زائداً على العقد ، بمعنى أن العقد الأساسِ (البيع) ، قد انعقد من دون هذا الشرط وتحققت اثاره سواء بين المتعاقدين ذاتهم ، أو بينهم وبين الغير ، وعليه لايتوقف وجوده في ذاته على هذا الشرط ، لذلك أصبح الشرط في هذه الحالة أمراً زائداً على أصل التصرف القانوني الأساسي [3] .

وعرفت أيضاً بأنها (ألتزام يضاف إلى صلب العقد عند انشائه ، بحيث يصبح جزءً من اجزائه التي تم التراضي على أساسها) [4] .

ومن خلال التعريف المتقدم يتضح بانه اشار الى نقطة أساسية وهي أن الشرط بالمعنى المتقدم يضاف إلى صلب العقد وبالتالي لايمكن الحيود عنه أو الاخلال في تنفيذه ، وهذا يرشدنا إلى القول بان الالتزام في هذه الحالة يعد التزاما جوهريا اساسياً واجب التنفيذ من قبل أطرافه ، بيد ان ما تجدر الإشارة اليه بان الشروط المقترنة لايشترط فيها أن تكون معاصرة لنشوء العقد وتكوينه ، وأن كان الغالب الأعم ذلك إلا انه بالامكان أن تلحق بالعقد بعد نشوئه وتصبح مقترنة به بموجب اتفاق لاحق .

---

1 – ينظر جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد الثالث عشر ، مصدر سابق ، ص336 ، د. سجى عمر شعبان ، ضوابط الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون– دراسة مقارنة ، مجلة كلية القانون – جامعة كركوك ، العدد السابع والثلاثين ، الجزء الاول ، المجلد العاشر ، 2021م ، ص321 .

2 – د. توفيق حسن فرج ، د. مصطفى الجمال ، مصادر واحكام الالتزام – دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 2008م ، ص494 .

3 – شمس الدين محمد بن ابي العباس الرملي ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، الجزء الثاني ، دار الفكر العربي ، لبنان – بيروت ، 1984م ، ص65 .

4 - د. محمد عثمان شبير ، الشروط المقترنة بالعقد واثرها فيه في الفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى ، مطبعة جامعة قطر ، الدوحة ، 2004م ، ص 61 .

وعرفت أيضاً بأنها "ما اتفق عليه المتعاقدان من دون استعمال اداة الشرط لتحديد علاقتهما وتعيين موجباتها وتغيير أحكام العقد العادية زيادة أو نقصاناً وسمي بشرط التقييد لأنه يقيد أحكام العقد " [1] .

يتضح من خلال هذا التعريف أنه يبين وبشكل واضح الغاية الأساسية من اقتران هذه الشروط بالعقد والتي تتمثل بتعديل بنوده زيادة او نقصان بحسب ما يتفق عليه الطرفان وهو أمر راجح إلى حد ما ، اذ يترك مجالاً للتفاوض لما يستجد مستقبلاً طيلة حياة العقد.

وعلى اية حال يوجد رأي في الفقه قد ذهب الى الشمولية في تعريفه للشرط المقترن بالعقد على اساس الاثر المترتب عليه نتيجة لاقتران العقد به والذي نؤيده فقد عرف الشرط المقترن بالعقد بأنه "ذلك الشرط الذي لايؤثر على انعقاد العقد وصحته انما يُقيد حكم العقد به ، ويعدل من اثاره الأصلية بأحداث التزامات اضافية بين المتعاقدين لم تكن قائمة حال ابرامه " [2] .

من خلال التعريف المتقدم نلحظ انه قد أكد المعنى نفسه والذي ذكرته التعريفات المتقدمة ، إلا أنه قد اشار الى نقطة مهمة وهي امكانية احداث التزامات اضافية لم تكن من الاثار الاصلية للعقد ، أي أنها قد ادخلت في ثنايا العقد بموجب اتفاق لاحق له وبالتالي ادرجت فيما بعد كالتزامات وشروط تعاقدية والدليل أنه اشار في الشطر الأخير من التعريف بأنها لم تكن قائمة حال ابرامه .

وعليه يمكننا أثارة سؤال مفاده هل تعد هذه الشروط التزامات جوهرية واجبة التنفيذ ، أو أنها التزامات ثانوية لاتؤثر على حكم العقد الاساس في حال عدم تنفيذها ؟ .

وفي هذا الصدد نجد أن المشرع الانكليزي في قانون بيع البضائع الانكليزي لسنة 1979 [3] قد ميز بين الشرط الجوهري وغير الجوهري .

فالشرط الجوهري ، هو اشتراط يدرج في عقد البيع يؤدي الاخلال به في اعطاء الحق للمتعاقد في رفض البضاعة و اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه من دون الحاجة

---

1 – د. صبحي محمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، دار العلم للملايين ، لبنان – بيروت ، 1972م ، ص640 .

2 – د. عباس الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، دار البحوث العلمية للنشر ، الكويت ، 1975م ، ص215 .

3-Cheshere and Fifoot's law of contract ,Ninth edition by M .P. Furmston – T.D.P.B.C.L.M.A London butter worths.p139.

إلى حكم قضائي [1] ، أما الشرط غير الجوهري ، فهو اشتراط يدرج في عقد البيع لا يؤدي الاخلال به إلى رفض البضاعة وفسخ العقد ، وإنّما يعطي الحق للمتعاقد الاخر في المطالبة بالتعويض اذا كان له مقتضى [2] .

ولاشك في أن المشرع الانكليزي قد ميز بين الشروط الجوهرية وغير الجوهرية وقد رتب اثار على كلٌ نوع منها ، بيد أن ما تجدر الاشارة إليه أنه لم يضع معياراً معيناً لتحديد مفهوم الشروط الجوهرية وتمييزها عن غير الجوهرية ، لذلك كان الاجدر به ترك الأمر لمحكمة الموضوع لتحديد ما اذا كان الشرط جوهريا أو لا ، وذلك بالنظر إلى اثار الاخلال على الطرف المتضرر .

هذا من جانب ومن جانب اخر فقد اشارت مبادئ اليونيدروا [3] الخاصّة بعقود التجارة الدولية بموجب المادة /4 – 4 منها والتي جاء فيها "لايوجد كمبدأ عام تدرج بين أحكام العقد ، بمعنى كلٌ حكم في العقد يتمتع بنفس الأهمية بغض النظر عن الترتيب الذي ورد فيه ...." .

يتضح ممّا تقدم بان جميع بنود العقد تكون على مرتبة واحدة بغض النظر عن كون هذه البنود جوهرية أو غير جوهرية ، ولعُلنا نجد أن هذا الاتجاه هو الأرجح كونه يتناغم مع مبدأ سلطان الارادة وما افرزه من مبادئ أخرى يلخصها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، مما يقتضي تنفيذ بنود العقد بالكامل ، إذ رتب المشرع الاثر نفسه على الالتزامات العقدية جميعها ، والدليل على ذلك ما نصت عليه المادة / 1/177 من القانون المدني النافذ والتي جاء فيها "في العقود الملزمة للجانبين أذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للمتعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع

---

1 – باتريك ادوارد ، ترجمة هنري رياض ، كرم شفيق ، شرح قانون بيع البضائع الانكليزي ، دار الجبل للطباعة والنشر ، الخرطوم ، بدون سنة نشر ، ص108 .

2 – المصدر نفسه ، ص110 .

3 – مبادئ اليونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لعام 2004 ، الطبعة الثانية – الترجمة العربية ، المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص ، روما ، 2008م ، منشورة على الموقع الالكتروني www.unidroit.org تاريخ الزيارة 2023/6/14 .

التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل ...." ، وهذا ما سار عليه المشرع المصري [1] والمشرع الفرنسي [2] .

نخلص الى القول بأن شروط العقد جميعها تكون على مرتبة واحدة من الاهمية ومن ثم يترتب الاثر نفسه نتيجة للاخلال في بند من بنوده .

وتأسيساً على ما سبق يمكننا اثار سؤال مفاده ألا تعد الشروط التي تدرج في العقد قيوداً على هذه الارادة ؟ على اعتبار أنها صاحبة السيادة والسلطان في التعاقدات المبرمة بين الافراد وأنها تعمل متحررة من القيود التي تتعارض مع هذه الحرية بأستثناء االقيود التي نص عليها المشرع والتي لها علاقة بالنظام العام ؟ .

ويذهب رأي من الفقه القانوني إلى القول [3] بأنه اذا كان الأصل في التشريعات المقارنة هو مبدأ حرية التعاقد فأن حرية الاشتراط نابعة من ذات المبدأ ، ومن ثم تخضع لما يخضع له هذا المبدأ من أصل واستثناءات ، وبالتالي فأن مبدأ سلطان الارادة لاينفك عن موضوع وضع الشروط وأقترانها بالعقود .

فقد يذهب أخرون الى القول[4] بأن وضع الشروط قد تكون قيدا للأرادة ، بيد أن ما يمكن قوله بأن الارادة هي التي وضعت أو تضع هذه الشروط ولكن ضمن ضوابط معينة وبالتالي لا تعد قيداً على حريتها ، ممّا زادت أهمية الشروط في العقود بصورة عامة وخاصة العقود الدولية منها ، على اعتبار أن أي فرد لا يدخل في اجراء اي تصرف قانوني أو التزام تعاقدي ألا وأنه يبغي من خلاله حماية مصالحه ، وبالوقت ذاته التحرز من تلك العملية التعاقدية مستقبلاً .

---

1 – نصت المادة /157 من القانون المدني المصري النافذ على أنه "في العقود الملزمة للجانبين أذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتضى ، ويجوز للقاضي ان يمنح المدين اجلاً اذا اقتضت الظروف" .

2 – نصت المادة /1184 من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل "في العقود المتبادلة وفي الحالة التي يمتنع فيها احد الطرفين عن تنفيذ التزامه في هذه الحالة لايلغى العقد حكماً وانما يعود للطرف الذي لم ينفذ حياله الالتزام ان يختار اما اجبار المتعاقد الاخر على تنفيذ الاتفاق عندما يكون التنفيذ ممكناً او طلب الغائه مع التعويض عن الضرر ويجب ان يطلب الا لغاء من القضاء ويجوز ان يمنح المدعى عليه مهلة تبعاً للظروف" ، للمزيد ينظر جورج فيدكر وأخرون ، القانون المدني الفرنسي بالعربية – الدالوز ، جامعة القديس يوسف ، لبنان – بيروت ، 2009م ، ص1179 .

3 – د. عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والارادة المنفردة ، عالم الكتب للنشر ، مصر ، 1984م ، ص41 .

4 – عبد الحميد عمر وشاجي ، نظرية الالتزامات في القانون المدني ، مطبعة النقيض الاهلية ، بغداد ، 1984م ، ص29 .

لـذلك تجـده يشـترط لنفسـه شـروط متعـددة تحقـق هـذه الغايـة ، حتـى أضـحى الشـرط تلـك الوسـيلة أو النافـذة التـي يطـل مـن خلالهـا النظـام القـانوني علـى المسـتقبل ، ولاسـيما وأن كثيـراً مـن العلاقـات التعاقديـة لايمكـن الـتكهن بهـا أو تحديـد معالمهـا فـي ظـل ظـروف أو ملابسـات محـددة [1] ، لـذلك نجـد ان المسـتقبل هـو وحـده الـذي يكشـف عنهـا ولايصـل القـانون الـى تحقيـق هـذا الهـدف الا مـن خـلال الشـرط ، فهـو امـر مسـتقبل يرجـع إليـه مصـير أغلـب العلاقـات القانونيـة ، ومـن خلالـه يسـتطيع الفـرد الـتحكم فـي مسـتقبل تصـرفه القانوني [2] .

الفرع الثاني

تعريف الشرط في سياق الاعتماد المستندي

تتـأثر العقـود والمعـاملات التجاريـة وغيـر التجاريـة بالشـروط التـي تقتـرن بهـا ، فتأثيرهـا يبـدو واضـحاً وجليـاً مـن حيـث الصـحة والـبطلان علـى الـرغم مـن أن اغلـب القـوانين الوضـعية اجـازت أن تتضـمن هـذه العقـود شـروطاً صـحيحة يعتـد بهـا ، وتكـون كـذلك مـا دامـت تؤكـد أو تلائـم مقتضـاها او ممـا قـد جـرت عليـه الاعـراف والعـادات السـارية فـي حينها .

وعليـه نجـد رأيـاً مـن الفقـه يـذهب الـى القـول [3] بـأن الوصـف فـي العقـد المشـروط امـر عـارض يلحـق بـه بعـد تكامـل أركانـه جميعهـا واتفـاق أطرافـه علـى المسـائل الاساسـية الجوهريـة فيـه ، وأن كـان هنـاك رأي اخـر يـذهب إلـى القـول [4] بـأن اغفـال المتعاقـدين الاتفـاق علـى الشـروط التفصـيلية التـي مـن شـأنها أن توقـف التنفيـذ يجعـل العقـد ناقصـاً مـن حيـث التنظـيم ممـا يسـتوجب تـدخلهما او تـدخل القاضـي لاسـتكمالها طبقـاً للقـانون والعـرف والعدالـة وبحسـب طبيعـة الالتـزام ، وبالنتيجـة يمكننـا القـول بـان الشـرط وإن كـان خارجـاً

1- En ce sens. Boris stark- Droit civil – lesobligations . 1972 , p339 et suivant .

2 – د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصدر سابق ، ص7 .

3 – د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص 27 ، د. حسنة مهاوش ، الشرط كوصف من اوصاف الالتزام في القانون المغربي ، مجلة الباحث للدراسات والابحاث القانونية والقضائية ، العدد السادس والاربعين ، 2022م ، ص62 .

4 – خالد عبد حسين الحديثي ، تكميل العقد – دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية للنشر ، لبنان – بيروت ، 2012م ، ص51.

عن تكوين العقد من الاساس مما يؤكد فكرة اعتباره امراً طارئاً على العقد ألا أنه وليد الارادة المشتركة للمتعاقدين ومن ثم يصبح واجب التنفيذ .

وعلى المستوى النظري بخصوص تعريف اشتراط التسوية التجارية لابد لنا من أن ننوه إلى معلومة مهمة تبرر ركوننا إلى اراء الفقه القانوني ، وهي أننا لم نجد له تعريفاً تشريعياً سواء في التشريع العراقي أو المصري أو الفرنسي ممّا يضطرنا إلى اللجوء للاراء والطروحات الفقهية التي سيقت بشأن تعريفه وتحديد مضمونه ومعناه .

وفي خضم الجدل الفقهي حول تعريف اشتراط التسوية التجارية نجد أن البعض قد عرفه بأنه: " عقد انشأ بموجب اتفاقية البيع الأساسية والمبرمة بين البائع والمشتري ، لغرض توفير ضمان للبائع ليحل محل ما تم تمثيله في مستندات الشحن من بضائع او سلع والتي يتنازل عنها مقابل الاعتماد " [1] .

ويظهر من التعريف اعلاه أنه قد خلط بين شرط التسوية وعقد الاعتماد المستندي ، إذ أشار إلى عقد الاعتماد المستندي بصورة عامة ولم يتناول تحديد مفهوم اشتراط التسوية التجارية ، بيد أن ما يلحظ على التعريف أنه قد اشارَ إلى نقطة مهمة وهي كيفية فتح الاعتماد وبين الغرض الأساسي منه وهو تسوية دين الصفقة التجارية وهذه الاشارة يمكن اعتبارها أساسه القانوني ، والتي من خلالها يستطيع أطراف العلاقة التعاقدية الاتفاق على ابرام عقد الاعتماد المستندي فيما بعد ، لذلك تمثل الإشارة العقدية في العقد الأساس نقطة البداية لابرام عقد الاعتماد المستندي .

وعرف ايضاً بأنه : (شرط أساسي سابق لابرام عقد الاعتماد المستندي واجب الوفاء به من قبل المشتري قبل تنفيذ أي التزام عقدي اخر ، وبخلافه تتحقق مسؤوليته العقدية وبالمقابل يعفى البائع من أي التزام عقدي اخر) [2] .

يتضح من خلال التعريف المتقدم أنه قد وصف اشتراط التسوية بأنه شرط أساس ، ولعلّنا أن نستشف من خلاله أنه أراد تقسيم الشروط العقدية ، على شروط أساسية وشروط غير أساسية ولا نعلم ما هو الضابط في تحديد ما هو أساسي وغير أساسي من بين هذه الشروط ، وهل أن الضابط أو المعيار شخصي او موضوعي من جهة

1- Benjamin's sale of Goods , fifth edition .(edited by A.G Gvest) sweet & max well , london (1997) n 15 at 23-064 p. 1684.seealsoo tiplady,D, introduction to the law of international trade (london,1989) p. 176.

2- Trans Trust S.P.R.L.V . Danubian Trading co. L td (1952) 2Q . B. 297 .

ومن جهة أخرى ، أو هل من الممكن اعتبار ارادة الطرفين هي من تحدد أهمية هذه الشروط أم العرف أم ماذا ؟ ، كلٌ هذه التساؤلات يمكننا أن نناقشها على وفق الأتي :-

1- اشار التعريف إلى اعتبار كون اشتراط التسوية شرطاً اساسياً سابقاً ، ولانعلم ما هو سنده القانوني في اعتباره شرطاً اساسياً ، وفي ذات الوقت اشارت مبادئ اليونيدروا [1] الخاصّة بعقود التجارة الدولية ، بموجب المادة /4-4 منها بأنه لايوجد تدرج فيما بين بنود العقد والتي جاء فيها "لايوجد كمبدأ عام تدرج بين أحكام العقد ، بمعنى أن كلٌ حكم في العقد يتمتع بنفس الأهمية بغض النظر عن الترتيب الذي ورد فيه ...." ، أي مامعناه بأن الأصل أن تكون جميع بنود العقد على مرتبة واحدة.

2- نص التعريف إلى وجوب الوفاء بتنفيذه ولعلٌ سند هذا الالزام هو مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) وكذلك مبدأ (القوة الملزمة للعقد) ، وبالنتيجة تعد الشروط التي اتفق عليها أطراف العقد هي الحاكمة فيما بينهم والتي تعد واجبة التنفيذ ، لأنها جاءت نتيجة اتفاق ارادتين وهي ارادة الموجب وارادة القابل وبعد اتفاقهما ظهر العقد إلى حيز الوجود والذي يعد وليد ارادة المتعاقدين ، وهذا يؤدي الى اعتبار الشروط التي كانت نتاج هذا الاتفاق ملزمة لطرفي العقد ولايجوز ان ينقضها أحد ، وإذا تطلب الامر تعديلها او الغائها يقتضي الامر اتفاق ارادة الطرفين وفق المسار الذي اوجدها .

نخلص إلى القول بان الشروط الارادية الاتفاقية هي شروط تنبثق بعد سلسلة مفاوضات ومداولات تتم بين الطرفين ويتم ادراجها بعد اتجاه ارادة المتعاقدين إلى الاخذ بها وتضمينها في عقودهم حالها حال أي بند عقدي اخر .

3- اعتبر اخفاق المشتري في فتح الاعتماد مبرراً للبائع في اعفاء نفسه من أي التزام عقدي اخر ، في الواقع نجد أن هذا الاعفاء له اساس من القانون وليس أبلغ في الدلالة ممّا اشار إليه المشرع العراقي [2] والمصري [1] والمشرع

---

1 – مبادئ اليونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية ، لعام 2004 ، مصدر سابق .

2 – نصت المادة /178 من القانون المدني العراقي النافذ على " يجوز الاتفاق على ان العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لايعفي من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته "

الفرنسي أيضاً باعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه في حال الاتفاق عليه من قبل المتعاقدين من دون حاجة إلى أنذار أو حكم قضائي .

وبطبيعة الحال أن الأحكام التي اشرنا اليها في القوانين النافذة يمكن أن تطبق لو كانت العلاقة التعاقدية غير مشوبة بعنصر اجنبي ، الا ان من المؤكد في مثل هذه التعاقدات تكون بين اطراف عابرة للحدود الجغرافية وبالتالي لا يمكن ان تتحقق الا اذا اتفق على تطبيقها صراحة من قبل الاطراف او احالة اليها قواعد الاسناد في دولة القاضي المنظور أمامه النزاع حال تحققه .

لذلك يذهب رأي من الفقه الى القول [2] بأن العقد الاساس اذا انعقد واصبح البائع والمشتري كل منهما عارفاً بحقوقه وواجباته وقد اطمأن الى قرينه ، بما اسند هذا القرين من ضمانات مصرفية تتمثل بالاعتماد المستندي بكونه طريقة للوفاء ويشترط فيه ان يكون غير قابل للالغاء ومحدد المدة من بدايته ونهايته ، وأصبح أطراف العقد ملزمين بتنفيذ التزاماتهم المحددة في العقد .

بيد ان هذا الالتزام المتبادل لايتحقق عملياً الا بعد تنفيذ المشتري لالتزامه بفتح الاعتماد المستندي واشعار البائع به ، فيصار في هذه الحالة المباشرة بتنفيذ العقد الاساس من قبل البائع وشحن البضاعة على اعتبار ان الغاية الاساسية من الاشتراط قد تيقنت بتوافر عنصر الاطمئنان والثقة بين اطراف العلاقة التعاقدية [3] ، مما يلاحظ بأن اشتراط التسوية في هذه الحالة يعد شرطاً متفوقاً على التزام البائع بتسليم البضاعة ، مما يعني ان المبادرة أصبحت واجبة على المشتري فيقوم بفتح الاعتماد المستندي ، وبخلافه تتحقق مسؤوليته العقدية ويصار الى فسخ العقد ولايبرئ المشتري من هذه المسؤولية الا اذا كان هذا الاخلال منسوباً إلى قوة قاهرة حالت دون تنفيذ هذا الالتزام.

---

1 – نصت المادة / 158 من القانون المدني المصري النافذ على أنه "يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لايعفي من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه "

2 – د. محمد جاسم محمد ، الجوانب القانونية لتصدع مبدأ الاستقلالية في الاعتماد المستندي ، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية ، العدد الثاني والعشرون ، 2021م ، ص44 .

3 – المصدر نفسه ، ص 28 .

وقد عرف ايضاً بأنه : " عبارة عن اتفاق بين المصدر والمستورد يجسد مضمون وخصائص الاعتماد المستندي المطلوب فتحه لتسوية دين العقد الاساس للصفقة التجارية كتحديد نوع الاعتماد ومدته واسم البنك الذي يجب فتح الاعتماد لديه" [1] .

يتضح من التعريف المتقدم بأنه قد لخص جوهر الاتفاق الحاصل بموجب العقد الاساس بين البائع والمشتري والمنبثق عنه الزام الاخير بسداد ثمن البضاعة وفق الالية المتفق عليها [2] والذي نتج عنه التزام المشتري بفتح الاعتماد المستندي كأثر من اثار عقد البيع الاساس ، لذلك يذهب رأياً من الفقه القانوني إلى القول [3] بوجوب تقصي قصد الطرفين من هذا الاتفاق بدقة ، فأذا لم يتم تفصيل جوهر الاتفاق بصورة صريحة من قبل الطرفين ولم يتم التوصل إليه ، وجب افتراض أن البائع أراد من اشتراطه أن يحصل به على اقصى درجات الامان فضلاً عن اتخاذه وسيلة لتسوية الثمن .

وعرف أيضاً بأنه : (شرط جوهري اتجهت إليه ارادة الطرفين ، يوجز الاتفاق على فتح اعتماد مستندي لتسوية دين الثمن وشرط لابرام عقد البيع) [4] .

يتضح من التعريف المتقدم بأن اشتراط التسوية يعد شرطاً جوهرياً لابرام العقد الاساس وبذلك نجد انه قد اسس فكرة هذا الشرط على اساس فكرة الشرط كوصف من اوصاف الالتزام ،على اعتبار ان عدم تحقق الشرط لا يؤدي بالنتيجة إلى ابرام العقد الاساس على اعتبار أنه شرط واقف [5] يتوقف عليه نشوء الالتزام ووجوده ، وعليه لايمكن تصور وجود للعقد الاساس من دون تحقق الشرط وفقاً للرأي المتقدم ، ولعلّنا نجد أن هذا الرأي قد توسع في تحديد مفهوم اشتراط التسوية هذا من جانب .

---

1 – د. فائق محمود الشماع ، الاعتماد المستندي – دراسة قانونية مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن – عمان ،2023م ، ص30 .

2 – د. محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية – عمليات البنوك ، المجلد الرابع ، دار الثقافة للنشر ، الاردن – عمان ، 2009م ، ص167 .

3 – د. علي جمال الدين عوض ، الاعتمادات المستندية دراسة للقضاء والفقه المقارن وفق قواعد سنة 1983 الدولية ، دار النهضة العربية ، مصر – القاهرة ، 1989م ، ص62 .

4 - Gutteridge & Megrah, the Law of Bankers Letters of Credit, London, 1976, et 1984, p145 .

5 – للمزيد ينظر: انور العمروسي ، الشرط والاجل في القانون المدني – الاوصاف المعدلة لاثر الالتزام معلقاً على نصوصهما بالفقه والقضاء ، دار محمود للنشر والتوزيع ، مصر – القاهرة ، بدون سنة نشر ، ص107 .

ومن جانب اخر اعتبر إن هذا الشرط هو شرط جوهري في العقد الأساس وشرط لابرامه اي شرط واقف كما اسلفنا ، لذلك يمكننا أن نتسائل كيف يعد شرطاً واقفاً والشرط الواقف يعد امراً عارضاً لاسيما وإن الشرط يكون وصفاً لالتزام مكتمل العناصر [1] ، اما الشرط في هذه الحالة يعد شرطاً جوهرياً كما تقدم بنا الحديث ، لذلك نجد أنه لاينسجم مع مفهوم اشتراط التسوية من حيث كونه شرطاً لابرام العقد الأساس ، وكان الاجدر به اعتباره شرط لتنفيذ العقد الاساس ليس إلا .

وتأسيساً على ذلك يمكننا ان نؤسس فكرة اشتراط التسوية على اساس كونه سبباً لالتزام المتعاقد الاخر على اعتبار ان التزام المشتري بدفع الثمن التزام جوهري مما يترتب نتيجة الاخلال به فسخ العقد وهذا ما اكدته المادة /581 /1 من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها "اذا لم يدفع المشتري الثمن عند استحقاقه او اخل بالالتزامات الاخرى التي نشأت عن عقد البيع ، فالبائع بالخيار اما ان يلزم المشتري بالتنفيذ وأما ان يطلب فسخ البيع" ، مقابل التزام البائع بشحن البضاعة .

(التزام بتحقيق نتيجة يقضي بألزام المتعاقد الاخر (المشتري) بتسديد ثمن العقد عن طريق فتح اعتماد مستندي تحدد صيغته بالاتفاق) [2] .

ومن خلال التعريف المتقدم والذي تطرق الى محاولة تحديد معنى الشرط عن طريق تكييفه على اعتبار أنه التزام بتحقيق نتيجة ، وفي مثل هذا النوع من الالتزامات يتوجب على المدين تحقيق نتيجة معينة سلفاً ، فأذا لم تتحقق النتيجة المرجوة ولم يكن تحقيقها مستحيلاً او راجعاً الى خطأ الدائن نفسه او بسبب قوة قاهرة حالت دون تنفيذه ، كان المدين مسؤولاً بمجرد ثبوت عدم التنفيذ ، وان لم يثبت الدائن ان عدم التنفيذ ناتج عن خطأ واجب الاثبات ارتكبه المدين أي بمعنى أن مسؤولية المدين مفترضه في هذا النوع من الالتزامات [3] .

نخلص إلى القول بأن مسؤولية المشتري العقدية تقوم حتماً بمجرد عدم بلوغ الغاية المرجوة وهي تنفيذ التزامه التعاقدي بفتح الاعتماد المستندي بهدف تسوية دين العقد ، بيد اننا نشير إلى نقطة مهمة وهي أن التعريف المتقدم لم يبين الجزاء المترتب نتيجة

---

1 – د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص69 .

2- J. Stoufflet ; cre'ditdocumentaire.de ,2004 , mise a jour ; oct . 2014 , n. P8 .

3 – د. نادية محمد مصطفى قزمار ، حدود المسؤولية العقدية في اطار الالتزام ببذل عناية وبتحقيق نتيجة ، مجلة بحوث الشرق الاوسط ، العدد الثامن والاربعون ، ص392 .

عدم تنفيذ هذا الالتزام وربما اكتفى بالقواعد العامّة بخصوص تحديد هذه المسؤولية ومايترتب نتيجة لهذا الاخلال .

وبناءً على ما تقدم بخصوص تعريف اشتراط التسوية التجارية يمكننا أن نقترح التعريف الاتي لاشتراط التسوية التجارية بأنه : شرط يحيل لتنفيذ التزام عقدي سابق لاداء جميع التزامات الطرفين يدرج عادة في العقد الاساس فيفرض التزام على عاتق المشتري بفتح اعتماد مستندي لتسوية دين الصفقة التجارية ، ويكون سبباً لتنفيذ العقد الاساس وبخلافه تتحقق مسؤولية المشتري العقدية .

ولايوجد أدنى شك بأن أي شرط أو بند يدرج في العقد يمثل عبء والتزام على عاتق اطرافه ويصبح واجب التنفيذ ، وهذا التنفيذ في حد ذاته هو جوهر الالتزام ، إذ إن اشتراط التسوية بموجب الاعتماد المستندي لوحده يمثل التزام على عاتق المشتري من دفع عمولات ومصاريف فتح الاعتماد المستندي ، لذلك يذهب رأي من الفقه إلى القول [1] بأن الشرط يستخدم في اطار التعاقدات للدلالة على جزء من مضمون ما اتفق عليه اطرافه اي كجزء من التصرف القانوني أو بند من بنود العقد ، مما يعني ان هذا الشرط يمثل جزء من التصرف القانوني والاخلال في تنفيذه يمثل اخلالاً في تنفيذ العقد بالكامل .

أما بخصوص كونه يمثل التزاماً سابقاً ، فيعني بانه ينفذ قبل الولوج في موضوع العقد الاساس والذي يتمثل بشحن البضاعة المتعاقد عليها او توريد السلع أو الخدمات محل العقد الاساس ولعل ذلك يرشدنا الى القول بان عقد فتح الاعتماد المستندي يمثل نقطة البداية للالتزامات الاخرى التي نص عليها العقد الاساس [2] ، لاسيما وأن المسؤولية العقدية تشترط وجود خطأ يتجلى في عدم تنفيذ الالتزام أياً كان نوع الالتزام سواء كان بتحقيق غاية او ببذل عناية ، وهذا ما تقتضيه القوة الملزمة للعقد والتي تقتضي قيام اطرافه بتنفيذ ما يقع على عاتقهم من التزامات ، اما في حالة عدول احد الطرفين عن تنفيذ التزاماته العقدية او تاخير في هذا التنفيذ ، بالامكان اجباره على ذلك عن طريق احكام المسؤولية العقدية [3] .

---

1 – د. محمد شتا ابو سعد ، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الاسلامية ، عالم الكتب للنشر ، مصر – القاهرة ، 1981م ، ص19 .

2 – د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص63 .

3 – د. نادية محمد مصطفى قزمار ، مصدر سابق ، ص375 .

المطلب الثاني

خصائص اشتراط فتح الاعتماد المستندي

تشير التطبيقات العملية في ميدان عقود التجارة الدولية الى اهمية اشتراط التسوية في العقود اليومية في حياة الناس والذي يمثل اهم اثار عقد البيع الاساس من حيث كونه يؤكد حق المشتري باستلام البضاعة المتفق عليها في الوقت المحدد والمكان المعين فضلاً عن مطابقتها لما اتفق عليه مع البائع ، لاسيما وأنه لن يجبر المشتري على ايفاء ثمنها الا بعد استلامه لكافة المستندات التي يتطلبها عقد الاعتماد المستندي فيما بعد ، وفي المقابل يتحقق الاطمئنان للبائع بعد تبليغه بفتح الاعتماد ، بأنه سيقبض ثمن بضاعته والنفقات التي يتكبدها كاملاً ، لأن المصرف التزم اتجاهه التزام مباشر ومستقل عن عقد البيع الاساس .

وتأسيساً على ما سبق وللاهمية التي يتصف بها الشرط ولاسيما في التعاقدات اليومية بين افراد المجتمع فيما بينهم ، أو بينهم وبين المؤسسات العامة او الخاصة ، او بين مؤسسات المجتمع العامة والخاصة فيما بينها ، لذلك يتوجب علينا التطرق لأهم الخصائص الواجب توفرها في الشرط من الناحية القانونية والتي بتوافرها يرتب القانون عليه اثاره القانونية وبخلاف ذلك لم تكن هنالك اثار قانونية نتيجة للالتزامات المشروطة .

وعليه يقتضي البحث تقسيم هذا المطلب على فرعين ، سوف نتناول في الفرع الاول خصائص الاشتراط من حيث التكوين ، أما في الفرع الثاني فسوف نتناول فيه خصائص الاشتراط من حيث التنفيذ .

الفرع الاول

خصائص الاشتراط من حيث التكوين

إن اللجوء إلى المرحلة التي تسبق التعاقد يرتكز على اسباب عديدة ، ومن أهم هذه الاسباب ، هي اسباب اقتصادية تتمثل في الاهمية العملية للعقد المراد ابرامه سواء بالنسبة للبائع او المشتري ، واسباب قانونية ترجع الى صعوبة تركيبة العقود الدولية بما لايكفي معه الركون الى القواعد المكملة والتي تطبق عند عدم وجود اتفاق على خلافها .

فقد كانت هناك محاولات متعددة من جانب الفقه القانوني لتحديد مفهوم المرحلة السابقة على التعاقد ، والتي تتضمن دراسة ومناقشة شروط العقد المزمع ابرامه ابتداءً قبل الولوج في مرحلة التعاقد والتي تعد المرحلة اللاحقة لمرحلة التفاوض والتداول التي يجريها المتعاقدون .

ثم تليها فيما بعد مرحلة ابرام العقد ، أي عقد فتح الاعتماد المستندي بما يتضمنه من شروط والتزامات متبادلة بين الطرفين والتي تعد تجسيداً لعقد البيع الدولي المبرم بين البائع والمشتري فيما يتعلق بطريقة باشتراط تسديد ثمن الصفقة التجارية مع عدم تصدع مبدأ استقلال العقدين من حيث كون عقد البيع مستقلاً عن عقد فتح الاعتماد المستندي .

فأذا استكمل الشرط مقوماته القانونية الاساسية فسيرتب اثراً قانونياً معين وهو وجوب الوفاء به والاخذ بمضمونه من قبل اطراف العلاقة التعاقدية ، وفي مقابل ذلك لا يثبت وصف الشرط اذا لم تتحقق المقومات الواجب توافرها فيه .

وعليه سوف نتناول خصائص اشتراط فتح الاعتماد المستندي من حيث التكوين ابتداءً اي حال تكوينه والنص عليه بموجب عقد البيع الاساس المبرم بين البائع (المُصدر) والمشتري (المستورد) على وفق القانون العراقي والمصري الفرنسي .

1- اتفاق مبدئي

تسبق عملية فتح الاعتماد المستندي عادة مناقشات واتصالات عديدة تتم بين المشتري (المستورد) والبائع (المصدر) ، فينتج عن ذلك اتفاق مبدئي يذكر فيه نوعية البضاعة والاسعار وكيفية الشحن وتاريخ التسليم وألية تسديد الثمن ، فيأخذ المشتري نسخة من هذا الاتفاق ويأتي به إلى المصرف لفتح اعتماد مستندي لتسوية ثمن البضاعة محل العقد الاساس[1] .

لذلك توصف المرحلة السابقة على التعاقد بأنها من أهم مراحل العقد واعقدها على الاطلاق كونها تتضمن اجراء التحاور والمراوغة فيعرض كلٌ طرف فيها قدراته ومهاراته ، فيأخذ ويعطي لغرض تحسس المصلحة والوصول الى تحقيق الغاية الاساسية له وعدم الالتزام بالعقد إلا في اللحظة التي يريدها [2]

فيقصد بالاتفاق الاولي أو المبدئي تلك المرحلة التي يتبادل فيها أشخاص العلاقة التعاقدية المستقبلية [3] الاراء ووجهات النظر ويناقشون الاقتراحات التي يضعونها

---

1 – سعيد عبد العزيز ، الاعتمادات المستندية ، الدار الجامعية للنشر ، مصر – الاسكندرية ، 2013م ، ص56 .

2 – د. عبد المعطي الخيال ، النظرية العامة للالتزام ، مطبعة جامعة حلوان– كلية الحقوق ، مصر ، 1993م ، ص122 .

3 – العقود المستقبلية او اتفاق الاطار : يسمى الاتفاق المبرم اصلاً بين الطرفين بأتفاق الاطار (contract-cadre) ويعني اخضاع المعاملات والعقود المستقبلية بينهما لاطار واحد يتم تحديده سلفاً ، تكمن غاية وخصوصية هذا الاتفاق في انه يترك لعقود اخرى لاحقة مهمة تحقيق اهداف طرفيه وتسمى هذه العقود المستقبلية بالعقود التطبيقية ، فقد ذاع استخدام هذا الاتفاق في فرنسا وبعدها في دول اوربية عديدة حتى صار تعبيراً مألوفاً ولاسيما في القانون الالماني الذي تشهد فيه فكرة هذا الاتفاق تطورات مهمة منذ صدور قانون 9 ديسمبر 1976 بشأن الشروط العامة في العقود التجارية ، فالمادة /2–2 من هذا القانون اجازت للطرفين الاتفاق مقدماً على شروط عامة محددة يجري تطبيقها مستقبلاً على طائفة محددة من التصرفات القانونية بيد ان هذا القانون ميز في هذا الخصوص بين نوعين من اتفاقات الاطار : اولهما هو اتفاق الاطار المعتمد وهو ينشأ عن اتفاق الطرفين بشأن الشروط العامة لعقودهما المستقبلية ، والثاني : هو اتفاق الاطار التفاوضي ، ويتضمن شروطاً عقدية يتفاوض الطرفان بشأن تفاصيلها لتنظيم عقودهما في المستقبل ، فيجوز اذاً للطرفين ان يتفقا على ان تسري بشأن علاقتهما المستقبلية احكام اتفاق الاطار التفاوضي غير أنه يشترط لذلك ان يتم الافصاح صراحة عن هذا الاتفاق للمتعاقد وان يجري اعلامه به بصورة واضحة وقت ابرام العقد ، ومتى اعلن المتعاقد قبوله تطبيق الشروط العامة التي يتضمنها هذا الاتفاق ، فأن اتفاق الاطار يكتسب قوة ملزمة في المعاملات المستقبلية، نخلص الى القول بان اتفاق الاطار يتضمن وضع القواعد الاساسية التي تخضع لها عقود اخرى سوف تبرم مستقبلاً بين الطرفين اي يرسم الاسس الثابتة للعقود المستقبلية وبذلك يقترب من اشتراط التسوية من حيث =الاساس الا ان الاختلاف يتحقق من حيث التطبيق ، كون ان اشتراط التسوية يشير فقط الى ضرورة التسوية بموجب الاعتماد

سوية رغبة منهم في الوصول الى ابرام العقد الاساس فمن خلال المفاوضات قد يتم الاتفاق على العقد بشكل كامل ، او قد يتم الاتفاق على مسائل معينة وتاخير الاتفاق على المسائل الاخرى ولكن بالنتيجة فأن الهدف الاساس من المفاوضة يتمثل باقتران الايجاب بالقبول والتعبير عن ارادتين متوافقتين ، ومن ثم أحداث أثر قانوني معين ينتج عنه ابرام عقد الاعتماد المستندي.

فقد عرف رأي من الفقه القانوني الاتفاق المبدئي بأنه (تلك العملية التي يتبادل فيها اطراف العلاقة التعاقدية الاقتراحات والتفاوض بشأنها بغية التعرف على المعاملة المزمع ابرامها وما سوف يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات على عاتق الطرفين من خلال سلوك افضل الوسائل القانونية التي تحقق مصلحتهما) [1].

إذ نصت المادة /91 الفقرة /1 من القانون المدني العراقي النافذ على الاتفاق الابتدائي والتي جاء فيها "الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بابرام عقد معين في المستقبل لايكون صحيحاً إلا إذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب أن يبرم فيها" .

يتضح من النص المتقدم ان المشرع العراقي قد اطلق على المرحلة التي تمهد لابرام اي عقد او اتفاق مستقبلي بالاتفاق الابتدائي ، بخلاف ما سار عليه المشرع المصري [2] ، والذي لم يحدد مفهوم هذه المرحلة العقدية المهمة .

لذلك لابد من تحديد اساسيات التعاقد المستقبلي ابتداءً ، لما لهذه المرحلة من اهمية وما تتضمنه من تبادل لوجهات النظر لاطراف العقد وما يتقرر فيها من وجود للعقد المزمع ابرامه ومصيره فيما بعد .

المستندي دون الولوج في تفاصيل ابرام عقد الاعتماد المستندي وتحديد تفاصيله وجزئياته على عكس اتفاق الاطار الذي يحدد جميع التفاصيل والامور الجزئية التي تقتضيها التعاقدات المستقبلية ، ينظر د. محمد شوقي شاهين ، المشروع المشترك التعاقدي – طبيعته واحكامه في القانون المصري المقارن ، دار النهضة العربية ، مصر – القاهرة ، 2000م ، ص195 ، : Dallant Rapport sur cass. Com ., 29 janv .1968,D.1968,p.341.

1 – د. محمد ابراهيم الدسوقي ، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وابرام العقود ، معهد الادارة العامة ، الرياض – السعودية ، 1415هـ ، ص24 .

2 – نصت المادة /101 الفقرة /1 من القانون المدني المصري النافذ والتي جاء فيها "الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بابرام عقد معين في المستقبل لاينعقد الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ابرامه فيها "

فالتزام التفاوض واقعاً يشتمل على عنصرين اساسيين ، الاول مادي ، يتمثل بالاعمال المادية كافة التي تتطلبها عملية التفاوض كالخطابات والمراسلات والاجتماعات بين الاطراف ، والثاني معنوي او نفسي ، يتجلى بالتحلي بحسن النية والإمانة والتزاهة بغية الوصول الى العقد المزمع ابرامه [1] .

لذلك يذهب رأي من الفقه القانوني إلى القول [2] بأن ما ينشأ عن اتفاق التفاوض هو التزام يقع على عاتق طرفيه يتمثل بضرورة البدء في المفاوضات وكذلك الاستمرار فيها وهو التزام بتحقيق نتيجة وهذه النتيجة تتمثل في موضوع بحثنا بابرام عقد الاعتماد المستندي .

الأمر الذي يقضي قيام اطراف التعاقد بتحديد المسائل والنقاط الاساسية لهذا التعاقد وتقديم البيانات التي يعتمد عليها في تحديد مدة عقد الاعتماد واطرافه وكذلك المستندات الواجب تقديمها الى المصرف الفاتح للاعتماد ، ومناقشة شروط عقد الاعتماد الذي تجري المفاوضة بشأنه [3] .

وتاسيساً على ما سبق يمكننا القول بأن الاتفاق المبدئي يمثل جوهر فكرة اشتراط التسوية إذ تفترض عملية فتح الاعتماد المستندي وجود عقدين هما ، عقد بيع وعقد اعتماد مستندي ، ويعد كل منهما مستقلاً عن الاخر ، فالعقد الاول هو عقد البيع الاساس ينشأ قبل نشأة الاعتماد المستندي ويعد سبباً لنشأته [4] ، والذي غالباً ما يكون عقداً دولياً يبرم بين طرفين مختلفين مكانياً محله بضائع منقولة ، تنتقل من دولة إلى أخرى بعقد نقل بحري أو جوي فيتم النقل عادة عن طريق سند شحن يصدر أما للآمر أو لحامله فيكون تدخل المصرف عادة لتنفيذ هذا العقد عن طريق الاعتماد المستندي

---

1 – ام كلثوم صبيح محمد ، المفاوضات الممهدة للتعاقد ماهيتها واحكامها– دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفراغ التشريعي ، مجلة كلية الحقوق ، العدد الاول ، المجلد السادس عشر ، 2017م ، ص298 .

2 – د. رجب عبد الكريم عبد اللاه ، التفاوض على العقد ، دار النهضة العربية ، مصر – القاهرة ، 2008م ، ص416 .

3 – د. حمدي محمود بارود ، مبدأ حسن النية ومقتضياته في مرحلة التفاوض قبل العقد في مجال عقود التجارة الدولية ، مجلة الجامعة الاسلامية – سلسلة الدراسات الانسانية – غزة ، المجلد السادس عشر ، العدد الاول ، 2008م ، ص845 .

4 – فيصل محمود مصطفى النعيمات ، مسؤولية البنك في قبول المستندات في نظام الاعتماد المستندي ، الطبعة الاولى ، دار وائل للنشر ، الاردن – عمان ، 2005م ، ص 18 .

والـذي يـتم اشـتراطه بموجـب العقـد الاسـاس [1] وعقـد الاعتمـاد يـدور وجـوداً وعـدماً مـن حيث ماهيته وشروطه واحكامه واطرافه مع عقد البيع .

لـذلك يمكننـا القـول بـان ابـرام عقـد الاعتمـاد مـا هـو إلا أثـر مـن اثـار اشـتراط التسـوية المنصـوص عليـه فـي عقـد البيـع كـالتزام أو بنـد عقـدي [2] والمنبثـق نتيجـة لسلسـلة مـن المفاوضـات المشـتركة بـين الطـرفين ، وبالتـالي يكـون محـدداً ومقيـداً بتلـك الشـروط والاحكـام الـواردة فـي العقـد الاسـاس ، فـلا يجـوز مخالفتهـا الا باتفـاق الاطـراف سـواء بموجـب عقـد اخـر أو بملحـق بالعقـد الاسـاس ، وان ورد نـص فـي قـانون التجـارة العراقـي والمصـري والفرنسـي يقضـي باسـتقلال كـل مـن العقـدين عـن الاخـر ، بيـد ان هـذا الاسـتقلال يتحقـق مـن حيـث الاثـر والتطبيـق لا مـن حيـث الشـروط والاحكـام او الاطـراف لان اطـراف العقـد الاسـاس هـم ذات الاطـراف فـي عقـد الاعتمـاد المسـتندي مـن حيـث المـآل وان وجـود المصـرف فـي العقـد الاخيـر مـاهو الا طـرف مكمـل للطـرفين الاخـرين

---

1 – د. جورجيت صبحي عبده قليني ، مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر – القاهرة ، 1992م ، ص64 .

2 – بطبيعة الحال يفرق قانون العقود الانكليزي بين مصطلح البنود العقدية وهو المصطلح الاكثر شيوعاً في القانون الانكليزي وبين مصطلح الالتزامات التعاقدية ، فقد عرف البنود العقدية : بأنها التزامات المتعاقدين المتولدة عن العقد المبرم بينهما وتكون ملزمة لهما وواجبة النفاذ من قبل الطرفين ، فمن خلال التعريف المتقدم لم نجد ان المشرع الانكليزي قد اضاف شيئاً جديداً في هذه الحالة كون ان الالتزامات الواردة جميعها في العقد هي واجبة النفاذ بطبيعتها كونها تمثل الارادة المشتركة للمتعاقدين ، الا ان رأي من الفقه القانوني يذهب الى القول بأنه ليس كل الادلاءات او التصريحات التي يدلي بها المتعاقدون اثناء التعاقد هي بنود عقدية ، فقد تكون بنود عقدية ملزمة وقد تكون مجرد تصريحات او ادلاءات وبالتالي فقد فرق البعض بين البنود العقدية والادلاءات او (التصريحات) على اساس ان الاولى تدخل في باب اثار العقد ، اما الثانية فتدخل في عيوب الارادة ، ولعل هذه التفرقة كانت متأثرة بالقانون المصري الى حد ما ولا وجود لها في القانون الانكليزي لان البيانات (statements) التي ياتي بها المتعاقدون اثناء التعاقد قد تمثل وفقاً لما تقول به السوابق القضائية الانكليزية ، اما ادلاءات او بنود عقدية او (مديحاً) والتفرقة بينهما لها اهمية كبيرة ، لانه اذا كانت البيان يمثل بنداً عقدياً فيخضع لاحكام البنود العقدية اذا اتضح عدم صحته ، وهذه الاحكام تميز بين البنود العقدية المعتبرة شروطاً والبنود العقدية المعتبرة ضمانات ، فعدم صحة الاولى يستتبه امكانية فسخ العقد ، اما عدم صحة الثانية فيقتصر اثرها على التعويض فقط ، للمزيد ينظر Dobson,Charlesworth Business Law , sixteenth edition sweet& maxwell,p34. ، د.حاتم محمد عبد الرحمن ، بنود عقد بيع البضائع دراسة في القانون الانجليزي مقارنة بالقانون المصري ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثاني ، الجزء الثاني ، السنة الثامنة والخمسون ، يوليو 2016م ، ص888 .

في العقد الأساس [1] لذلك يمثل هذا العقد نقطة ابتداء بهدف ابرام عقد الاعتماد المستندي .

ممهد لابرام عقد اخر

تسبق مرحلة فتح الاعتماد المستندي مرحلة أساسية وهي مرحلة ابرام عقد البيع بين البائع والمشتري والذي بموجبه يتم الاتفاق على وسيلة الدفع لتسديد ثمن البضاعة عن طريق الاعتماد المستندي بموجب بند عقدي يسمى بأشتراط التسوية ، والذي يتضمن اتفاق الطرفين على مدة الاعتماد ومبلغه وتاريخ فتح الاعتماد المستندي ، وكذلك المستندات الواجب تقديمها من قبل البائع [2] .

لذلك يعد هذا الاشتراط في عقد البيع من الشروط الاساسية الجوهرية كما مرُبنا انفاً ، بحيث اذا اشترط وجوب فتح اعتماد مستندي قبل شحن البضاعة واخفق المشتري في تنفيذه جاز للبائع تطبيقاً لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ أن يوقف ارسال البضاعة ، والمطالبة بفسخ العقد مع التعويض ، وهذا هو المرتكز الاساس في العقود الملزمة للجانبين [3] .

واستناداً لما سبق يمكننا القول ان العملية تبدأ من عقد البيع والذي يشترط فيه البائع أن يكون الثمن نظير تقديم المستندات المنصوص عليها في عقد الاعتماد المستندي ، وعلى الرغم من انطلاق عملية فتح الاعتماد المستندي من صلب العقد الاساس [4] الا ان ذلك لايعني اندماج العقدين في آن واحد ، بل إن كل منهما مستقلاً عن العقد الاخر استقلالاً تاماً وهذا ما اكدته محكمة التمييز الاتحادية [5] عملاً بأحكام المادة /273 –

---

1 – القاضي مهند صالح محسن ، عقد الاعتماد المستندي قانوناً وقضاءً ، مطبعة اوفسيت الكتاب ، العراق – بغداد ، 2015م ، ص18 .

2 – د. عصام صبرينة ، الاعتماد المستندي ألية جديدة للرقابة على التجارة الخارجية في التشريع الجزائري ، بحث منشور في مجلة افاق للعلوم ، المجلد الخامس ، العدد الثالث ، 2020م ، ص317 .

3 – د. الياس ناصيف ، العقود المصرفية – الاعتماد المستندي ، المجلد الثالث ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 2014م ، ص10 .

4 – د. وليد علي محمد علي ، الاعتماد المستندي – دراسة تحليلية بين الفقه والقضاء ، الطبعة الاولى ، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر – الاسكندرية ، 2019م ، ص4 .

5 – قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد /2047 / الهيئة المدنية منقول / 2012 في 2023/11/13 (منشور) .

ثانيـاً مـن قـانون التجـارة النافـذ والتـي جـاء فيهـا "عقـد الاعتمـاد المسـتندي مسـتقل عـن العقـد الذي فتح الاعتماد بسببه ويبقى المصرف أجنبياً عن هذا العقد" .

2- محدد المدة

تـؤدي المـدة دوراً فعـالاً لا يمكـن انكـاره فـي اشـتراط التسـوية ، سـواء كـان هـذا الـدور فـي مرحلـة تكـوين الاشتراط ام في مرحلة تنفيذه ، لذلك فان تحديد مدة العقد متى يبدأ ومتى ينتهي أمر مهم جداً لا بالنسبة للعقود المستمرة التنفيذ فحسب ، وانما بالنسبة للاصناف والعقود والاشتراطات الاخرى جميعاً لاسيما وان العقد يعد وسيلة قانونية لتبادل الاموال والخدمات [1] ، لذلك فقد نصت المادة /1210 من القانون المدني الفرنسي الجديد على ضرورة تحديد مدة العقد وعدم جعل المدة مؤبدة اطلاقاً والتي جاء فيها "تحظر الالتزامات المؤبدة ويجوز لكل متعاقد ان ينهي هذه الالتزامات طبقاً للشروط المنصوص عليها بشأن العقود غير محددة المدة " Art 1210-Les engagements perpétels sont prohibés Chaque' contractant pcut y mettre fin dans les conditions pévues pour le contrat 'a durée 'indélerininée. [2] .

فقـد اشـار المشـرع الفرنسـي إلـى وجـوب تحديـد مـدة العقـد وبخلافـه اعطـى الحـق للمتعاقـدين أو لاحـدهما ان ينهـي هـذه الالتزامـات ، بيـد أننـا لـم نجـد ان المشـرع قـد نـص علـى ضـرورة توجيـه انـذار رسـمي أو مـا شـابه ذلـك قبـل اللجـوء الـى انهـاء العقـد أو فسـخه ، لـذلك لا نجـد ان الامـر يسـتقيم فـي مجـال عقـود التجـارة الدوليـة ، اذ لابـد مـن اتبـاع الاجـراءات التـي تشـير اليهـا القواعـد العامـة ، الامـر الـذي يقتضـي ضـرورة تحديـد المـدة التي يجب ان يتم فتح الاعتماد المستندي خلالها .

لـذلك نجـد ان عقـد البيـع يـنص بموجـب اشـتراط التسـوية علـى تـاريخ اقصـى لفـتح الاعتمـاد المسـتندي ، او يفـتح خـلال مـدة معينـة ، او انـه يفـتح خـلال مـدة مـن تـاريخ معـين وهنـا يعـد تاريخ فتح الاعتماد محدداً ومعلوماً [3] .

---

1 – د. حسن علي الذنون ، دور المدة في العقود المستمرة ، مطبعة وزارة التعليم العالي – جامعة بغداد ، العراق – بغداد ، 1988م ، ص6 .

2 – نقلاً عن د. محمد حسن قاسم ، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 2018م ، ص 89 .

3 – د. الياس ناصيف ، العقود المصرفية – الاعتماد المستندي ، المجلد الثالث ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 2014م ، ص130 .

وتفسيراً لذلك يذهب رأي من الفقه القانوني إلى القول بوجوب انطباق القواعد العامة في حال لم يرد في عقد البيع بيان للمدة التي يفتح خلالها الاعتماد ، وضرورة الزام البائع بأعذار المشتري ابتداء من الوقت الذي يجب فيه فتح الاعتماد لو كان المشتري قد اتخذ ما يلزم لذلك وتصرف بشكل معقول على وفق عقد البيع وظروف تنفيذه [1] .

ولعلنا نجد ان هذا الرأي اقرب الى الصواب اذ لابد من اعذار الطرف الذي اخل في تنفيذ التزامه التعاقدي بغية تصحيح مساره والعودة الى جادة الصواب قبل اتخاذ اي اجراء قانوني بحقه لاسيما وان هذا الاجراء يعد مصداقاً لمبدأ حسن النية في التعاملات التجارية المبرمة بين الاطراف .

3- قائم على حق مالي

تشترط عقود التجارة الدولية في اغلب الاحيان دفع ثمن البضاعة المتفق عليه في العقد الاساس بموجب الاعتماد المستندي ولاطراف العقد مطلق الحرية فيما يخص تنظيم وتحديد شروط الدفع ، لذلك نجد ان اطراف العلاقة التعاقدية يحرصون خلال مرحلة التفاوض على مناقشة وتحديد هذه الشروط والتي يجب ان ينعقد عليها الاتفاق بين البائع والمشتري على اعتبار أن تسليم البضاعة ودفع الثمن يمثلان الالتزامات الرئيسة والاساسية في العقد الأساس المبرم بينهم [2] .

وممّا يلاحظ أن محل اشتراط التسوية هو التزام او حق مالي يتضمن تسوية ثمن الصفقة التجارية بموجب اعتماد مستندي يقتضي اصداره من قبل المصرف الفاتح للاعتماد بناء على طلب المشتري (الآمر) يتعهد بموجبه قبل المستفيد بدفع مبلغ معين أو أن يخصم له حوالة بقيمة معينة بعد قيام المستفيد بتسليمه المستندات المطلوبة [3] .

نخلص الى القول بان محل هذا الاشتراط قائم على حق مالي يتمثل بثمن الصفقة التجارية ويعد حقاً خالصاً للبائع ، أيٌ حق استئثاري للبائع لا يجوز لاحد غيره ان يستغله أو يستأثر به الا بعد الحصول على موافقته أو من يخلفه فيما بعد .

---

1 – د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص71 .

2 – د. عبد جمعة موسى الربيعي ، المتطلبات القانونية لابرام العقود التجارية الوطنية والدولية للبضائع ، مكتبة صباح للنشر والتوزيع ، العراق – بغداد ، 2009م ، ص211 .

3 – د. عزيز العكيلي ، شرح القانون التجاري ، الجزء الثاني ، الاوراق التجارية وعمليات البنوك ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الاردن ، 2005م ، ص437 .

4- سابق على التزامات البائع

جرت العادة في ميدان عقود التجارة الدولية على قيام المشتري بتنفيذ التزامه التعاقدي الوارد في عقد البيع الاساس والذي يترجمه كأثر من اثار هذا العقد هو اشتراط التسوية قبل تنفيذ أي التزام تعاقدي اخر ، لذلك نجد أن المشتري بعد ابرامه العقد الدولي يتقدم الى احد المصارف طالباً منها فتح اعتماد مستندي بغية الوفاء بثمن الصفقة التجارية [1] .

وهذا ما اشارت اليه نص المادة /273 – أولاً من قانون التجارة العراقي [2] والتي جاء فيها "الاعتماد المستندي عقد يتعهد المصرف بمقتضاه بفتح اعتماد مستندي بناء على طلب الامر بفتح الاعتماد ...." ، واكدته المادة /341 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 المعدل ، ومن هنا يتضح بان زمام المبادرة تكون بيد المشتري ابتداءً ومن ثم يصار الى تنفيذ البائع لالتزامه بشحن البضاعة ، وفي مقابل ذلك يرتب فتح هذا الاعتماد للمشتري حق جوهري يتمثل في استرداد كل ما دفعه من رسوم ومصاريف اخرى فضلاً عن قيمة الصفقة التجارية في حال اخل البائع في شحن البضاعة او التسليم في المدة المحددة [3] .

الفرع الثاني

خصائص الاشتراط من حيث التنفيذ

يتحدد التزام المشتري في تنفيذ عملية فتح الاعتماد المستندي من حيث مضمون هذا الالتزام باتفاق الطرفين ، فأن لم يفصلا قصدهما وجب في هذه الحالة افتراض ان البائع اراد من اشتراطه أن يحصل على اقصى درجات الامان ، فضلاً عن اتخاذه وسيلة لتسوية الثمن .

بيد ان ما تجدر الاشارة إليه بأن عدم صدور خطاب الاعتماد أو اذا صدر مخالفاً لعقد البيع فليس للبائع أن يناقش المصرف أو يطالبه باصدار خطاب اعتماد جديد ولا

---

1 – احمد سحنون ، دور الاعتماد المستندي في تمويل التجارة الخارجية بالجزائر ، اطروحة دكتوراه جامعة منتوري – قسنطينة ، 1999م ، ص36 .

2 – قانون التجارة العراقي النافذ رقم 30 لسنة 1984 .

3 – سعيد عبد العزيز ، مصدر سابق ، ص23 .

تعديل شروطه ، لأن الملتزم بذلك تجاه البائع هو المشتري ، وفي الوقت ذاته لايجبر البائع على التنفيذ وله أن يظل ممتنعاً عن ذلك وإذا طلب منه التنفيذ كان له ان يدفع طلب المشتري بعدم تنفيذ هذا الاخير التزامه بفتح الاعتماد المستندي تطبيقاُ لقواعد العدالة ، فضلاً عن ذلك فأن القواعد العامة ونصوص القانون المدني العراقي النافذ (م /177) تعطي الحق في ان يطالب الطرف الذي اخل بالتنفيذ أن ينفذ التزامه التعاقدي أو يتم فسخ العقد ، وقد يكون بالبيع شرط فاسخ صريح يوقع الفسخ دون ادنى سلطة في التقدير للمحكمة ، كما يحق له ان يطالب بتعويض ما اصابه من ضرر بسبب تخلف الطرف الاخر ، وان كان الراي الغالب في اعتبار شرط التسوية في عقد البيع يعد عنصراً جوهرياُ فيه .

وللاهمية التي يمتاز بها هذا الاشتراط ، وبعد استعراضنا لخصائصه من حيث التكوين يتطلب استعراض اهم المقومات والخصائص الاساسية التي يمتاز بها من حيث التنفيذ ، والذي يعد في هذه المرحلة أثراً من اثار عقد البيع الاساس .

1- فوري التنفيذ

ان الاصل في اشتراط التسوية أنه لايرتبط تنفيذه بعنصر الزمن ، بل انه ينفذ بصورة فورية حتى ولو تم تنفيذه بعد اجل معين لان الزمن كما اسلفنا لايعد عنصراً جوهرياً فيه ولا يدخل كذلك في قياس الالتزام [1] ومن ثم نجد ان التزام المشتري بموجب هذا الاشتراط في العقد الاساس يقوم على مرتكز اساس وهو فتح الاعتماد المستندي ، لذلك لانجد للمدة دوراً في هذا الالتزام ، و أن حدد الطرفان في بعض الاحيان مدة معينة يتم خلالها فتح الاعتماد أو تتم الاشارة إلى فتح الاعتماد إلا أنه لم تحدد مدة لاتمام هذه العملية المصرفية والتي استقر رأي الفقه القانوني [2] على وجوب فتح الاعتماد خلال مدة معقولة والمقصود من ذلك أن يصبح بمقدور البائع سحب مبلغ الاعتماد أو جزء منه منذ تاريخ بدأ عملية الشحن وحتى انتهاؤها بالكامل ، بغية

1 – د. احمد سلمان شهيب ، د. جواد كاظم جواد سميسم ، مصادر الالتزام – دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الاسلامي ، الطبعة الثانية ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 2017م ، ص20 .

2 – د. اكرم ابراهيم حمدان الزغبي ، مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندي – دراسة مقارنة وفقاً لاحكام النشرة 500 ، دار وائل للطباعة والنشر ، الاردن – عمان ، 2000م ، ص47 ، د فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص8 ، د. نوال بن خالدي ، دور الاعتماد المستندي في تمويل التجارة الدولية ، مجلة اكاديميا ، العدد الخامس ، 2016 ، ص172 .

اطمئنان البائع واستيثاقه من حصوله على ثمن البضاعة التي سوف يشرع بتصنيعها أو شراؤها وارسالها إلى المشتري [1] ، فهذه المدة لا تعد مدة تنفيذ للعقد وانما مدة سريان يستدعي امتدادها على التوازي مع مدة العقد الاساس .

نخلص إلى القول بأن اشتراط التسوية على وفق المنظور التنفيذي لا يعتمد على عنصر الزمن و لايشكل عنصراً جوهرياً من عناصره الاساسية كونه ينص على التزام ثابت ومحدد واجب النفاذ وهو فتح الاعتماد المستندي لمدة تتلائم وتتناسب مع مدة العقد الاساس ، وهذا يقودنا إلى القول بان الغاية التي يراد الوصول إليها من خلال اشتراط التسوية لايمكن أن تتحقق بالزمن وهنا تتحقق الصفة الاساسية لهذا الاشتراط وهي فورية التنفيذ [2] .

2- أحادي الجانب من حيث التنفيذ

يعد التزام المشتري المنصوص عليه في اشتراط التسوية بتقديم اعتماد مستندي لوفاء دين الثمن سبباً او التزاماً متقابلاً لالتزام البائع بتسليم البضاعة ، فأذا امتنع المشتري أو اعلن عدم امكانه بتقديم هذا الاعتماد ، أصبح للبائع الحق في طلب فسخ العقد مع المطالبة بالتعويض إذا كان له مقتضى [3] .

لذلك نجد أن جانباً من الفقه [4] قد عدٌ اشتراط فتح الاعتماد المستندي التزاماً اساسياً يدخل في تنفيذ عقد البيع بالاستناد إلى دوره في الوفاء وما يترتب على ذلك من امن وطمأنينة للبائع والمشتري في أن واحد لاسيما وان المشتري يعد العنصر الفعال والرئيس في هذه العملية فيلتزم المصرف بالتقيد بكل ما يصدر عنه فيما يخص الصفقة التجارية واتباع تعليماته في صدد قبول المستندات واطلاق مستحقات البائع في حال تقديمها مطابقة لشروط الصفقة التجارية .

1- Rodney N. Purvis and Robert parvas, the law and practice of commercial letters of credit sydney , Butter worth's .1975,p.13 .

2 – د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص10 .

3 – د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص61 .

4 – د. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص40 ، زهرة بن عبد القادر ، الاعتماد المستندي كأالية دفع في مجال التجارة الدولية ، ص5 ، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dz تاريخ الزيارة 2023/12/17 ، يوسف بن باصر ، الاعتماد المستندي في القضاء والممارسة المصرفية ، سلسلة بن باصر للدراسات القانونية ، مركز الابحاث الاقتصادية ، مطبعة دار القلم ، الرباط ، 2002م ، ص322 .

وهذا يقودنا إلى القول بان اشتراط التسوية التجارية ما هو إلا نتاج عقد ملزم للجانبين وهو عقد البيع الاساس من حيث النشوء ، بيد أن مرحلة التنفيذ تكون على عاتق المشتري فقط دون البائع .

ولربما يذهب رأي من الفقه القانوني إلى اتجاه اخر [1] بالقول بان هذا الاشتراط ينفذ من قبل البائع ايضاً لا فحسب من قبل المشتري والدليل بأنه يقدم مستندات البضاعة على وفق ما نص عليه العقد الاساس وهذا يعد تنفيذاً للاشتراط أيضاً ، الا انه يمكن الرد على هذا الرأي بالقول بان جوهر اشتراط التسوية يتمحور بمرتكز اساس وهو فتح الاعتماد المستندي وهذا الالتزام يقع على عاتق المشتري تنفيذه ، أما دور البائع في تقديم المستندات المطلوبة لتسليم البضاعة بغية قبض الثمن الوارد في عقد الاعتماد المستندي فيعد هذا الاداء تنفيذاً لالتزامه الوارد في عقد الاعتماد وليس في اشتراط التسوية [2] .

إلا أن ما نود الاشارة اليه بأنه وبعد نشوء الاشتراط وعند المباشرة بتنفيذه قد تستجد ظروف جديدة او تداركاً لنقص انجلى على المتعاقدين مما يستدعي تعديل هذا الاشتراط أو معالجة الجوانب التي خفيت عليهم .

لذلك يتبادر إلى الذهن تساؤل يقضي بالاستفهام عن حاجة هذا الاشتراط الى تعديل ، فهل يتطلب هذا التعديل موافقة البائع أو يتم من قبل المشتري فقط على اعتبار ان تنفيذ هذا الاشتراط يقع على عاتق هذا الأخير ؟ .

لاشك في ان اشتراط التسوية هو وليد الارادة المشتركة لأطراف العقد الاساس ، بيد أن تنفيذه يقع على عاتق المشتري فقط ، مما يقتضي تعديله اتفاق الامر والمستفيد ، فالآمر (المشتري) هو صاحب الكلمة الأولى عند انشاء الاعتماد وبناء على البيانات التي يقدمها للمصرف في طلبه اصدار الاعتماد المستندي فيما بعد ، وبالمقابل يلتزم اتجاه المصرف بالتزامات معينة ، اما المستفيد فأن حصول موافقته على هذا التعديل أمرُ لازمُ ، فهذا الالزام يمكن النظر إليه من جانبين .

الأول يرتكز على أساس التعاقد المبرم بين الطرفين والذي يستدعي حصول موافقتهما على اجراء اي تعديل او فسخ كونه وليد الارادة المشتركة ، أما الثاني ، فأساسه حقوق

---

1 – د. عبد جمعة موسى الربيعي ، مصدر سابق ، ص98 .

2 – سعيد عبد العزيز عثمان ، مصدر سابق ، ص24 .

المستفيد (البائع) أي على أساس أن له حقوقاً تعلقت بهذا الاشتراط ولا يجوز المساس بحقوقه هذه دون ارادته [1] .

3- انه اتفاق يحدد آلية التسوية

يؤدي اشتراط التسوية دوراً مهماً في تحديد الوسيلة المعتمدة لسداد ثمن العقد المبرم بين الطرفين .

فالأصل ان يتفق البائع والمشتري في عقد البيع الأساس المبرم بينهما على كيفية دفع الثمن[2] وكذلك الكيفية التي ينفذ فيها المصرف التزامه اتجاه المستفيد فتكون على شكل اعتماد مقدم أو معجل [3] ، إذ يصدر هذا الاعتماد متضمناً قيام المشتري بتقديم دفعة مقدمة الى البائع قبل تنفيذ أي التزام من قبل هذا الأخير [4] .

او عن طريق الاعتماد المستندي المعروف والشائع استعماله في ميدان عقود التجارة الدولية سواء كان قطعياً أو غير قطعي والذي مُر بنا ذكره .

---

1 – د. محي الدين اسماعيل علم الدين ، الاعتماد المستندي في الفقه والقضاء والعمل مع شرح القواعد والعادات الدولية الموحدة ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر – القاهرة ، 1968م ، ص211 .

2 – نصت المادة /526 من القانون المدني النافذ على الثمن والتي جاء فيها "1– الثمن ما يكون بدلاً للمبيع ويتعلق بالذمة ، 2– ويلزم ان يكون الثمن معلوماً بأن يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة" ، وكذلك نص المادة /457 من القانون المدني المصري ، فقد حددت شروط الثمن وكيفية استحقاقه وخصائصه وألية تحديده لاسيما انها اشترطت ان يكون الثمن مبلغاً من النقود ، فأذا كان كذلك كان العقد بيعاً مع بعض الحالات التي يكون فيها المقابل شيئاً من غير النقود ، للمزيد ينظر د. سعيد مبارك واخرون ، الموجز في العقود المسماة – الكتاب الاول عقد البيع ، العاتك لصناعة الكتاب ، مصر – القاهرة ، 2007م ، ص70 .

3 – اطلق عليه سابقاً اعتماد البند الاحمر : وهي "اعتمادات قطعية يسمح فيها للمستفيد بسحب مبالغ معينة مقدماً بمجرد اخطاره بالاعتماد اي قبل تقديم المستندات وتخصم هذه المبالغ من قيمة الفاتورة النهائية عند الاستعمال النهائي للاعتماد" ، وقد سميت بهذا الاسم لانها تتضمن على هذا الشرط الخاص والذي يكتب بالخط الاحمر (Red Clause) ليكون موضع انتباه اطراف التعاقد ، فقد نشأ هذا الاعتماد قديماً بين المصدرين الاستراليين والمستوردين الانكليز لتمويل الفلاحيين الاستراليين ومساعدتهم في عملية جز اصواف الاغنام ومن ثم تصديرها الى بريطانيا انذاك من اجل صناعة وتدعيم المنسوجات الصوفية ، للمزيد ينظر بوحالة الطيب ، النظام القانوني لعقد الاعتماد المستندي ودوره في التجارة الخارجية ، مجلة بحوث جامعة الجزائر ، العدد التاسع ، الجزء الثاني ، بدون سنة نشر ، ص212 .

4 – حفيظة زقاي ، اهمية الاعتماد المستندي في تمويل التجارة الخارجية ، مجلة ابحاث قانونية وسياسية ، العدد السابع ، 2018م ، ص124 .

الا انه وعلى الرغم من ذلك هنالك العديد من البدائل أمام المتعاقدين يمكن أن يتفقا عليها لتسوية الثمن ومنها [1] :-

1- بالامكان ان يتفق طرفا عقد البيع على قيام المشتري بدفع الثمن مقدماً قبل قيام البائع بشحن البضاعة وارسالها الى المشتري ، فيتم اللجوء الى هذا الاجراء عندما يتمتع المشتري بجدارة مالية عالية ، فضلاً عن ذلك يجب أن تكون لديه ثقة عالية بالبائع.

إلا أن ما يؤخذ على هذا الاجراء بانه ناظر الى مصلحة البائع فقط وعلى حساب مصلحة المشتري ، وهذا لا يحقق العدالة العقدية والتي تقوم على اساس التساوي فيما لكل فرد من حق ، ويتمثل هذا العدل بصورة خاصة في عقود المعاوضة ، إذ يرضى الطرفان بتبادل اداءات مختلفة ويستطيع كل منهما الزام الاخر بما تعهد به ، فالعدل هنا بأن ينال كل طرف حقه لاسيما وان العدل في هذه الحالة هو عدل حسابي لايعتد فيه بصفات الاشخاص وشخصياتهم [2] .

2- وقد يتفق الطرفان على ان يقوم المشتري باستلام البضاعة اولاً ومن ثم يقوم بدفع ثمنها فيما بعد ، فهذه الحالة تتيح للمشتري التاكد من اوصاف البضاعة ومطابقتها للشروط المتفق عليها .

ولعل ذلك يتيح للمشتري الحق في تصريف البضاعة المستلمة لو اتيحت له الفرصة ، والبائع ينتظر مدة من الزمن لكي يتمكن من قبض الثمن من دون اي ضمانات يستطيع من خلالها الاطمئنان في الحصول على ثمن البضاعة المرسلة للمشتري .

3- او تكون ألية التسديد عن طريق قيام المشتري بدفع ثمن المبيع عندما يتأكد بأن البضاعة قد شحنت فعلاً من قبل البائع ويكون الاستدلال على شحنها من خلال وثائق تمثل البضاعة المرسلة فتعد حيازتها بمثابة حيازة للبضاعة نفسها .

وممّا يلاحظ ان هذا الاجراء هو الشائع حالياً في ميدان عقود التجارة الدولية كونه يحقق مصلحة طرفي العقد وكذلك يؤكد التوازن العقدي بينهما ، فالبائع مطمئن بانه

---

1 – د. حسن النجفي ، شرح الاعتمادات المستندية ، شركة المعرفة للنشر والتوزيع المحدودة ، العراق – بغداد ، 1973م، ص23 وما بعدها .

2 – للمزيد ينظر د. منصور حاتم محسن ، العدالة العقدية – دراسة مقارنة ، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، المجلد الخامس والعشرين ، العدد السادس ، 2017م ، ص2583 .

سوف يقبض ثمن البضاعة المرسلة ، والمشتري سوف يستلم بضاعة مطابقة للشروط المتفق عليها والتي تلبي حاجاته الخاصة .

فضلاً عن ذلك فقد ابتدعت المصارف ما يسمى بالتسوية المشروطة والتي تبرز اهميتها في حالة تقديم المستندات المطلوبة من قبل المستفيد إلى المصرف المصدر للاعتماد بيد ان هذه المستندات تكون مخالفة للشروط المنصوص عليها في اشتراط التسوية والتي تم ادراجها في عقد الاعتماد المستندي إلا أن هذه المخالفة لاتعد مخالفة جوهرية ، وإنما مخالفة طفيفة يمكن معالجتها فيما بعد ، فقد عرفها البعض بانها (وسيلة للوفاء تتحقق بقيام المصرف المكلف بتنفيذ الوفاء بقيمة الاعتماد المستندي نظير مستندات تحتوي على مخالفات طفيفة مقابل تعهد او ضمان يصدر من طرف ثالث يكون في العادة بنك بهدف قيام المستفيد برد ما قبضه من المصرف المكلف بالتنفيذ عن أي مطالبة أو تعويض ما يكون قد دفعه المصرف الى العميل نتيجة تقديم مستندات مخالفة) [1] .

إلا أن ما تجدر الاشارة اليه بأننا لم نجد نصاً تشريعياً يوضح طرق الوفاء لمبلغ الاعتماد المستندي ، بيد أن المشرع العراقي بموجب المادة /274 من قانون التجارة النافذ قد وضع مبدأ عاماً بتقرير التزام المصرف بتنفيذ شروط الوفاء [2] ، الا انه في الوقت ذاته لم يحدد طرق الوفاء ، لذلك يقتضي الامر الرجوع الى تطبيق أحكام الأصول والأعراف الموحدة بشأنها ، فقد حددت هذه الأحكام بموجب المواد (2،7،8) من النشرة /600 للقواعد والاعراف الموحدة للاعتمادات المستندية لسنة 2007 طرق الدفع وتسوية ثمن الصفقة التجارية ، والتي تتمثل بالدفع الفوري لمبلغ الاعتماد المستندي من قبل المصرف إلى المستفيد مباشرة وعند أول طلب بعد تقديم المستندات المطلوبة والمطابقة لخطاب الاعتماد المستندي رغم أي معارضة قد تصدر من المشتري [3] .

---

1 – بن عزوز ربيعة ، التسوية المشروطة ودورها في تنفيذ الاعتماد المستندي ، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل ، العدد السادس ، ص27 .

2 – كذلك الحال بالنسبة للقانون المصري وفق المادة /342 من قانون التجارة النافذ رقم 17 لسنة 1999 .

3 – د. عباس زياد كامل السعدي ، الاعتماد المستندي – دراسة مقارنة ، دور الاعتماد المستندي في التجارة الدولية ، الطبعة الاولى ، دار وليد للنشر والتوزيع والبرمجيات ، مصر – القاهرة ، 2023م ، ص90 .

ولعل هذا يقودنا إلى القول بأن هذه الأحكام تؤكد مبدأ الاستقلالية بين العقد الأساس وعقد الاعتماد المستندي ، إلا أنه يمكننا اثارة تساؤل في هذا الصدد فلو فرضنا جدلاً ان البضاعة وصلت أو في طريقها إلى الوصول الى ميناء بلد المشتري (ميناء الوصول) الا ان هذا الاخير لم يوفِ ما عليه اتجاه المصرف الفاتح للاعتماد والحائز للمستندات فما هي الضمانة التي يمكن للمصرف التمسك بها بغية استيفاء حقه ؟ .

بطبيعة الحال اعطى القانون للمصرف صلاحية الحجز على البضاعة محل المستندات او مستنداتها وبيعها واستيفاء حقه من ثمن البضاعة وفقاً لقاعدة الاولوية المنصوص عليها في المواد (576-579) من القانون المدني العراقي ، إذ يكون المصرف في مركز الدائن المرتهن لمستندات البضاعة ويستطيع بموجب حكم قضائي الحجز على البضاعة ومن ثم التنفيذ عليها وبيعها في المزاد العلني [1] .

4- انه اتفاق يحدد صيغة الاعتماد المستندي

يتضمن اشتراط فتح الاعتماد المستندي الوارد في عقد البيع الاساس عادة تحديد طبيعة ونوع الاعتماد المستندي المطلوب ابرامه ، من حيث كونه اعتماداً غير قابل للالغاء (قطعي) [2] ، او قابلاً للالغاء (غير قطعي) [3] ، لاسيما وان آلية عمل كل من الاعتماد القطعي وغير القطعي واحدة بيد ان الاختلاف يكمن في امكانية تعديل أو الغاء الاعتماد غير القطعي من قبل المصرف من دون موافقة المستفيد (البائع) .

---

1 – د. صديق سهام ، النظام القانوني للاعتماد المستندي كألية لتسوية ثمن عقود التجارة الدولية ، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل ، المجلد السادس ، العدد الاول ، 2019م ، ص122 .

2 – الاعتماد القطعي : هو اعتماد بات وقطعي ونهائي غير قابل للرجوع فيه من قبل المصرف المصدر للاعتماد او من قبل اطرافه ، يرتب في ذمة المصرف التزاماً اصلياً لارجعة فيه فيكون التزام المصرف مستقلاً وغير مرتبط بأي من العقود والعلاقات الاخرى السابقة او اللاحقة التي يرتبط بها اطراف العلاقة العلاقة التعاقدية فيما بينهم او بينهم وبين الغير ، لذلك يعتبر هذا النوع من الاعتمادات هو الاكثر شيوعاً واستعمالاً في ميدان التجارة الدولية لما يوفره من ثقة وامان للبائع والمشتري على حد سواء ، للمزيد ينظر د. هاني دويدار ، العقود التجارية والعمليات المصرفية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر – الاسكندرية ، 2015م ، ص286 ، عمر محمد شبيب وائلي ، الاعتمادات المستندية في القانون الدولي الخاص – دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، مصر – الاسكندرية ، 2021م ، ص42 .

3– الاعتماد غير القطعي : هو اعتماد غير نهائي وممكن الرجوع فيه من قبل اطرافه فيجوز للمصرف تعديله او الغائه من تلقاء نفسه او بناء على طلب الامر ولايرتب اي التزام على المصرف اتجاه المستفيد ، للمزيد ينظر نص المادة /276 – اولاً من قانون التجارة العراقي النافذ .

مما يتوجب النص صراحة بموجب اشتراط فتح الاعتماد على نوع الاعتماد سواء كان قطعياً أم غير قطعي وفي حالة غياب النص على ذلك يعد الاعتماد في هذه الحالة اعتماداً قابلاً للالغاء ، ولعلنا نستشف من ذلك بأنه يبغي التخفيف عن كاهل المشتري وتقليل مصروفاته كون أن الاعتماد القطعي يتطلب رسوم ومبالغ أكبر من الرسوم التي يتطلبها الاعتماد العادي او غير القطعي [1] ، وكذلك تحديد قيمة الاعتماد ومدة صلاحيته والعملة التي يفتح فيها الاعتماد والمصرف الذي يفتح لديه الاعتماد ، وغير ذلك من الشروط التي يتفق عليها المتعاقدان ، وهذا يرجع في الأساس إلى قاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين .

بيد أن تساؤلاً يمكن اثارته في هذا الصدد حول مدى مسؤولية المشتري التي تترتب نتيجة لعدم التزامه بهذه الشروط ، مثلاً لو تم الاتفاق وتم تثبيت عملة العقد بموجب اشتراط فتح الاعتماد بالدولار ، وتم فتح اعتماد مستندي لصالح البائع باليورو ، فهل يجوز للبائع في هذه الحالة الرجوع ومطالبته بالتنفيذ العيني للالتزام أو فسخ العقد والمطالبة بالتعويض ؟ [2] .

وممّا يلاحظ بصدد الإجابة عن هذا التساؤل أن قضية مشابهة للحيثيات التي ذكرت اعلاه قد عرضت على القضاء الانكليزي سنة1972 بين شركة كينية لانتاج ألبن تدعى شركة (آلن) وهي المدعية ، ضد شركة نصر المصرية للاستيراد والتصدير ، إذ قامت الشركة الأخيرة بشراء كمية من البن من الشركة الأولى بموجب عقد بيع ذكر فيه بموجب اشتراط فتح الاعتماد ان الثمن يدفع بالعملة الكينية وعند صدور خطاب الاعتماد ورد فيه أن دفع الثمن بالجنيه الاسترليني ولم يعترض البائع على ذلك ، لا بل قام بسحب كمبيالات طبقاً لخطاب الاعتماد وتلقى قيمتها من المصرف بالجنيه الاسترليني الذي انخفض سعره حينها ، فطالب البائع المشتري في هذه الدعوى بمبلغ اضافي عن قيمة فرق التقدير بين العملتين .

فقد دفعت الشركة المصرية بدفوع عديدة كان أهمها ، الدفع ألاول ، أن الاعتماد متى فتح وقبله البائع فكأنه قد استوفى الثمن وبشكل نهائي ، اما الدفع الثاني ، فأن تغير العملة المتفق عليها في عقد البيع تم باتفاق الطرفين ، والدليل على ذلك نزول البائع عن التمسك بالعملة الكينية عندما تم ابلاغه بالاعتماد المفتوح بالعملة الاسترلينية .

---

1 – للمزيد ينظر نص المادة /7 من الاصول والاعراف الموحدة للاعتمادات المستندية تعديل سنة 1983.

2 – د. جورجيت صبحي قليني ، مصدر سابق ، ص121 .

وتأسيساً على ذلك حكمت محكمة أول درجة لصالح البائع واوجبت ايفاء الثمن بالعملة المحددة في العقد الاساس وهي العملة الكينية ، بيد ان محكمة الاستئناف الغت الحكم الابتدائي معللة ذلك ، بأن نزول البائع عن التمسك بالعملة المتفق عليها في عقد البيع يفهم من سلوكه ، ومن ثم يعد تنازلاً منه عن التمسك بعملة العقد الاصلية [1] .

بيد أن رأياً من الفقه القانوني [2] قد علق على قرار المحكمة المشار اليه اعلاه بأن هذا القرار قد جانب الصواب عندما عدٌ موقف البائع بقبول استيفاء الثمن بالجنيه الاسترليني تنازلاً منه عن حقه في استيفاء الثمن بالعملة الكينية طبقاً لعقد الاعتماد الذي فتحه المشتري لدى المصرف ، على اعتبار ان عقد الاعتماد مستقل عن عقد البيع ، والدعوى مؤسسة على العقد الاخير الذي يتضمن ان الثمن يستوفى بالعملة الكينية .

بيد أننا ومن خلال ما تقدم بشأن قرار المحكمة الاخير والذي عدٌ أن البائع قد تنازل عن حقه في التمسك بعملة العقد الاصلية ، يمكن مناقشته على النحو الاتي :-

1- ممٌا يلاحظ أن سداد ثمن البضاعة يتم على وفق العملة المتفق عليها بين الطرفين والمثبتة في عقد البيع الأساس، فأذا ورد بيان يخص عملة العقد وجب احترامه ولايعفى الامر (المشتري) منه ، ولايقبل من هذا الأخير التذرع بقيود الرقابة على النقد وغيرها من القيود المفروضة بموجب قانونه الداخلي لأن مثل هذه الأمور يفترض أن يعرفها أو يتوقعها وقت ابرام العقد ما لم تكن هذه الاسباب والظروف ترتقي إلى مستوى القوة القاهرة والتي تحول دون قيامه بتنفيذ التزامه التعاقدي [3] .

نخلص الى القول بان التزام المشتري بدفع الثمن يقتضي تنفيذه بموجب العملة المثبته في العقد الاساس المبرم بينه وبين المشتري [4] والذي يعد هو الفيصل

---

1 – د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص66 .

2 – د. جورجيت صبحي قليني ، مصدر سابق ، ص121 .

3 – د. عبد جمعة موسى الربيعي ، مصدر سابق ، ص 15 ، نقلاً عن لامي ، طرق سداد ثمن البضاعة ، الجزء الثاني بدون مكان طبع ، بدون سنة طبع ، ص236 .

4 – يعقوب يوسف السفري ، النظرية والتطبيق في احكام الاعراف رقم 600 لسنة 2007م ، اتحاد المصارف العربية في بيروت ، الاردن – عمان ، بدون سنة طبع ، ص457 .

في عملية التعاقد بينهما وهي العملة الكينية ، فأذا فتح الاعتماد بعملة أخرى كان للبائع أن يرفضه [1] ، لذلك كان الاجدر بالمحكمة أن تؤسس قرارها على هذه الحيثيات كون ان موقف البائع لا يعد تنازلاً منه عن قبوله الثمن بالعملة الجديدة والدليل على ذلك قيامه بأقامة الدعوى مدار البحث .

2- إن عملية اصدار الاعتماد المستندي من قبل المصرف تمر بمراحل متعددة ، واخرها اصدار تبليغ خطاب الاعتماد للمستفيد ، فيتم تبليغه بخطاب الاعتماد من قبل المصرف فاتح الاعتماد اذا كان الاعتماد يتم من قبل بنك واحد ، او من قبل المصرف المراسل اذا كان فتح الاعتماد يتم من قبل بنكين ، وعند تلقي المستفيد خطاب الاعتماد سيقرر ما اذا كانت متطلباته تتفق مع اشتراط التسوية المدرج في العقد الأساس أو لا، وفي هذه الحالة سيكون له الحق في الموافقة أو الرفض لخطاب الاعتماد المستندي المرسل من قبل المشتري [2] ، فأذا وافق اعتبرت موافقته قبولاً لجميع شروط الاعتماد وليس للبعض منها دون الاخر .

لذلك كان الاجدر به في المثال المتقدم رفض الشروط الواردة في خطاب الاعتماد المستندي وعدم الموافقة على تسوية الثمن بالجنيه الاسترليني ، بيد أن قبوله تنفيذ العقد وشحن البضاعة وارسالها دليلاً على موافقته لهذه الشروط ، وعليه نجد أن هذا الاتجاه يتلائم مع فلسفة تنفيذ الاعتمادات المستندية والتي تتطلب السرعة والائتمان من جانب وازالة المعوقات التي تعتري تنفيذها من جانب اخر .

---

[1]– د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص27 .

2 – د. نوال طارق ابراهيم ، غسان مصعب علوان ، اثر اجراءات فتح الاعتماد المستندي على الالتزام بالمدد الزمنية المحددة بالعقد ، مجلة العلوم الاقتصادية والادارية ، العدد التاسع والتسعون ، المجلد الثالث والعشرون ، لسنة 2017م ، ص171 .

المبحث الثاني

كيفية تحديد موعد فتح الاعتماد المستندي

إن أصل الالتزام بين اطراف عقد الاعتماد المستندي هو اشتراط التسوية الوارد في عقد البيع الاساس المبرم بين الطرفين ، لذلك يكون هو أساس التعاقد أو الاساس القانوني لعقد فتح الاعتماد المستندي ثم يصار فيما بعد إلى إبرام عقد الاعتماد المستندي والذي يتضمن التزامات الطرفين ، وبالتالي يصبح هو الفيصل في المرحلة اللاحقة لعقد البيع الاساس من حيث الشروط والاحكام وجزاء الاخلال الناتج عن تقصير اطرافه على اعتبار أن التزامات كل طرف على ضوء الالتزامات المحددة والمثبتة فيه .

لذلك نجد ان المصرف يلتزم بمقتضى ما ورد في عقد الاعتماد المبرم بينه وبين عميله (المشتري) بان يفتح اعتماد لصالح المستفيد على وفق الشروط المتفق عليها وأن يخطر البائع بها ، وان يقوم بفحص المستندات المقدمة منه للتاكد من مدى مطابقتها لشروط الاعتماد ، وان ينقل هذه المستندات للمشتري وفقاً لما متفق عليه .

وفي مقابل ذلك يخضع عقد الاعتماد المستندي لمجمل الاحكام التعاقدية المعمول بها في مجال التعامل المصرفي ، بيد أن هناك بعض الصعوبات التي تعتري هذا التعاقد في أغلب الاحيان لأن التعامل المصرفي مختلف ومغاير لمعظم التعاقدات الأخرى فقد تنقصه الشفافية والوضوح الأمر الذي يتسبب في ظهور صعوبات في تفسير عقد فتح الاعتماد المستندي واثباته ، كما في حالة تحديد وقت فتح الاعتماد عند عدم النص عليه في العقد الاساس فهل يفتح من وقت حصول الاتفاق الأولي بين طرفي العقد (أي المصرف والمستفيد) ، أو من وقت تقديم المبلغ محل العقد بصورة فعلية ، وكذلك تحديد نوع الاعتماد المطلوب ابرامه ووقت وتاريخ سريانه ، ومع ذلك فقد ينص العقد على قيام البائع باعمال معينة قبل قيام المشتري بفتح الاعتماد فان المشتري لايكون مسؤولاً تجاه البائع اذا لم يلتزم هذا الاخير بهذا الشرط من العقد الأساس وهذا هو جوهر العقود الملزمة للجانبين والتي تفرض التزامات متبادلة على اطرافها وتوجب على كل طرف تنفيذ التزامه قبال الطرف الاخر ، وقد ينص العقد على موعد فتح ألاعتماد إلا أنه لم يحدد نوع الاعتماد وتاريخ بدء سريانه .

لـذلك يقتضـي البحـث تقسـيم هـذا المبحـث علـى مطلبـين ، سـوف نتنـاول فـي المطلـب ألاول نـص العقـد علـى موعـد فـتح الاعتمـاد المسـتندي، أمـا فـي المطلـب الثـاني فسـوف نتنـاول فيـه عدم النص على موعد فتح الاعتماد المستندي .

المطلب الاول

نص العقد على موعد فتح الاعتماد المستندي

تسـبق عمليـة فـتح الاعتمـاد المسـتندي مرحلـة ابـرام عقـد البيـع الـدولي والـذي يـتم الاتفـاق بموجبـه علـى وسـيلة دفـع معينـة لتسـوية ثمـن البضـاعة فتكـون عـن طريـق الاعتمـاد المسـتندي ، فيتقـدم المشـتري بطلـب للبنـك الـذي يتعامـل معـه لفـتح الاعتمـاد المسـتندي لصـالح البـائع (المسـتفيد) يحـدد فيـه الشـروط المتفـق عليهـا بموجـب اشـتراط التسـوية ، وكـذلك تحديـد مبلـغ الاعتمـاد الـذي يجـب علـى المصـرف ارسـاله للمسـتفيد ، وتـاريخ بـدء سـريانه ومـدة صـلاحيته ، وبعـد اسـتكمال هـذه الاجـراءات يصـار الـى تنفيـذ عقـد الاعتمـاد المسـتندي مـن قبـل البـائع بعـد اخطـاره بـه مـن قبـل المصـرف المراسـل أو المبلـغ هـذه فـي حالة نص العقد على ذلك .

أمـا اذا افتقـدنا ارادة المتعاقـدين والتـي يترجمهـا الـنص العقـدي والتـي تكشـف لنـا تحديـد موعـد فـتح الاعتمـاد المسـتندي بالامكـان اسـتخلاص هـذه الارادة مـن خـلال البحـث الـداخلي فـي الرابطـة العقديـة ذاتهـا واسـتخلاص هـذه الارادة مـن بعـض العناصـر والشـروط والالتزامـات التـي تتضـمنها هـذه الرابطـة ، أو مـن خـلال البحـث عـن العـرف التجاري السائد في حينها والمتبع في هذا الصدد .

فالاشـارة الصـريحة والمحـددة لموعـد فـتح الاعتمـاد تسـتبعد التـأويلات والاختلافـات التـي تنشـأ بشـأن تحديـد الوقـت المحـدد والـذي يجـب فيـه علـى المشـتري فـتح الاعتمـاد لصـالح البـائع تنفيـذاً لالتزامـه التعاقـدي الـذي نـص عليـه العقـد الاسـاس ، وبخـلاف ذلـك فـأن شـرط التسـوية غيـر المحـدد بوضـوح تـام حتـى وإن كـان صـريحاً يكـون سـبباً لظهـور اختلافـات في تحديد موعد فتح الاعتماد المستندي .

وعليـه سـوف نقسـم هـذا المطلـب علـى فـرعين ، سـوف نتنـاول فـي الفـرع ألاول حالـة الاشـارة الصـريحة لموعـد فـتح الاعتمـاد المسـتندي ، امـا فـي الفـرع الثـاني فسـوف نتنـاول إلاشارة الضمنية لموعد فتح الاعتماد المستندي .

الفرع الاول

إلاشارة الصريحة لموعد فتح الاعتماد المستندي

إن الاصل الذي تستدعيه طبائع الأمور وظروف التعاقد الطبيعية ان تعبر الارادة الظاهرة عن الارادة الباطنة ، ممُا يحتم استعمال الفاظ وعبارات تتطابق مع الارادة الحقيقية لاطراف العلاقة التعاقدية ، مما يستوجب فهم مقصودهما من المعنى الظاهر لعبارات العقد ، فهذا يعني أن وجود الارادة الباطنة دون وجود الارادة الظاهرة لاينتج عن ذلك عقداً من أساسه [1] كونها قاصرة عن ايضاح وتحديد المعنى المقصود من الارادة الحقيقية للاطراف ، ومن ثم يستلزم تطبيق نصوص العقد المبرم بين الطرفين عملياً والقيام بتفسيرها والتعرف على محتواها وتحديد مضمونها والشروط التي تستلزم لتطبيقها .

فالنص قد يكون واضحاً إلا أنه في بعض الاحيان يشوبه النقص أو الغموض أو التناقض ، ففي هذه الحالات يكون التفسير أمراً لازماً لتطبيق النص بصورة صحيحة كاشفة عن الاراد الحقيقية لأطراف العلاقة التعاقدية [2] .

وعلى أية حال فأن ما ينبغي ادراكه بان فهم النص يستند على المعنى المستخلص من عباراته فيطلق عليه المعنى الحرفي أو الصريح للنص العقدي ، أي دلالة العبارة على المعنى المتبادر فهمه منها ، ويبدو ذلك جلياً في حالة النص الصريح الواضح إذ لايجوز الاجتهاد في تفسيره بحجة البحث عن حل ملائم و مخالف لما ورد صراحة في النص ، بل ينبغي التسليم بالمعنى الظاهر والذي اتجهت إليه الارادة الصريحة للمتعاقدين وعدم الاعراض عنها [3] لذلك ينبغي تبني عبارات واضحة ومحددة في أي تعاقد سواء كان داخلياً او دولياً ، لما لها من أهمية في استبعاد النزاعات بين المتعاقدين ، وهذا يستلزم النص في عقد البيع على الوقت الذي يجب فيه أن يكون

---

1 – اكثم ايمن عريبات ، حدود اعمال الارادتين الظاهرة والباطنة في تفسير العقد دراسة تحليلية في ظل اجتهاد القضاء الاردني ، مجلة كلية الشريعة والقانون – دهلقية ، المجلد الثاني والعشرون ، العدد الرابع ، بدون سنة نشر ، ص3373 .

2 – د. محمد حسين منصور ، نظرية القانون – مفهوم وفلسفة وجوهر القانون ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر – الاسكندرية ، 2009م ، ص395 .

3 – د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص 405 .

الاعتماد المستندي متاحاً لمباشرة اجراءات تنفيذ هذا العقد (البيع) [1] ، بغية استبعاد التأويلات والتفسيرات والتدخلات الاخرى في حياة العقد والتي قد تؤدي إلى تشويه العقد في مضمونه وطبيعته واثاره وبالخصوص موضوع تحديد الوقت الذي يجب فيه على المستورد فتح الاعتماد لمصلحة المصدر [2] ، وهذا الوضوح ممكن أن يتحقق من خلال الإشارة الرقمية أو الحرفية للتاريخ ، أو من خلال الاشارة لواقعة تفيد بوضوح تعيين الموعد المذكور كأرسال المستورد طلب فتح الاعتماد بتاريخ سابق أو لاحق لأيام عديدة من تاريخ استلام الاخطار من البائع بجاهزية البضاعة للتحميل ، فكل هذه تعد ظروفاً ووقائعاً يتم من خلالها الاستدلال على النية المشتركة لارادة الاطراف وبما يحقق التطابق بين العبارات المستعملة وروح العقد ومضمونه [3] .

وهكذا يتبين بأن الوقائع او الاحداث التي يمكن الاشارة اليها من قبل أطراف العقد والتي تفيد بوضوح تعيين موعد فتح الاعتماد المستندي لابد وأن تكون أحداث حقيقية غير وهمية لكي يتم الاستدلال من خلالها على تحديده ، مثال ذلك كأن يشترط في العقد بأن يتم فتح الاعتماد المستندي بتاريخ معين كأن يكون يوم 2023/1/1 ، أو يذكر بان يتم فتح الاعتماد بعد (10) أيام من تاريخ توقيع العقد الاساس ، ففي هذه الحالات قد حدد تاريخ فتح الاعتماد بصورة صريحة ومحددة لا لبس فيها ولا غموض ، بيد أن ما لا يمكن التعويل عليه أن يذكر بان يتم فتح الاعتماد يوم 30 من شهر شباط فهذا التاريخ غير حقيقي كون أن المعروف أن أيام هذا الشهر لاتتجاوز 28 يوماً ، ومن ثم يتضح أن هذا التاريخ لا وجود له من أساسه .

لذلك يقتضي الأمر القول بان تحديد هذا الموعد بصورة واضحة ومحددة يجعل تنفيذ الالتزام بهذا الوقت محدداً وحتمياً ومن ثم تتحقق مسؤولية الطرف الذي اخل بتنفيذ هذا الالتزام بالوقت المحدد ، وتفسيراً لذلك يذهب البعض إلى القول بأنه في الاحوال التي يكون فيها تنفيذ الالتزام التعاقدي مؤجلاً قد يكون هناك اخلال في تنفيذ العقد من قبل المدين عند تخلفه عن تنفيذ التزامه في الوقت المحدد ففي هذه الحالة يكون للدائن الحق في اللجوء الى الوسائل التي يوفرها القانون لمعالجة هذا الاخلال ومجازاة

1- Hedley,w. , Bills of Exchanges and Bankers ,Documentary credits , p.p288 – 7 .

2 – د. بردان رشيد ، د. بوراس نجيه ، القاضي وتفسير العقد ، مجلة القانون والمجتمع والسلطة ، المجلد السابع ، العدد الاول ، 2018م ، ص9 ،

3 – د. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص6 .

الطرف المقصر [1] ، وهذا يدفعنا الى القول بان اخلال المتعاقد (المشتري) في تنفيذ التزامه التعاقدي بفتح الاعتماد المستندي بالموعد المحدد يعد اخلالاً مبتسراً [2] في تنفيذ التزامه الاساس بتنفيذ عقد البيع الدولي المبرم بينهما.

ولعل تحديد موعد فتح الاعتماد لايقتصر أثره على المشتري فقط بل يحقق مصلحة البائع ايضاً لاسيما وأن أحد أهداف هذا التحديد هو عدم ترك البائع تحت رحمة المشتري في فتح الاعتماد ، لأن البائع في الاحوال جميعها بحاجة الى هذا الاعتماد ليس فقط عند تقديم المستندات ، بل قبل ذلك ايضاً إذ من الممكن أن يستخدمه في تدبير وتمويل بضاعته وتهيئتها واعدادها ، اذ لا يمكن اجباره على شحنها وارسالها قبل أن يطمئن أولاً إلى أن الاعتماد قد فتح ونشأ حقه فيه بالفعل [3] ، إلا إذا نص عقد البيع بان الاعتماد يفتح عندما يخطر البائع المشتري بأنه مستعد للتسليم وهذا الشرط نادر الوقوع في الواقع العملي لعقود التجارة الدولية [4] .

إلا انه ثمة التزامات قد تترتب بذمة البائع يتوجب عليه القيام بها قبل تنفيذ المشتري لالتزامه بفتح الاعتماد المستندي ، كما لو نص عقد البيع على الدفع بموجب اعتماد مستندي بنسبة 70% من مبلغ الفاتورة المؤقتة للبائع ، فقد اعتبر في هذه الحالة تقديم الفاتورة المؤقتة شرطاً مسبقاً للالتزام الذي يقع على عاتق المشتري لتقديم الاعتماد .

وبالنتيجة يمكننا القول بانه إذا كان العقد يتضمن النص بهذا المعنى فمن الضروري أن يفي البائع بالتزامه هذا والوارد بموجب العقد وبخلافه سيكون للمشتري الحق في

---

1 – علي حسين منهل ، الاخلال المسبق بالعقد – دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 2020م ، ص8 .

2 – يقصد بالاخلال المبتسر في العقد : هو قيام احد العاقدين بافعال تؤكد بأنه لن يقوم بتنفيذ التزامه التعاقدي عند حلول اجله ، حيث يعلن هذا المتعاقد على نحو واضح وقبل حلول الموعد المحدد للتنفيذ عن نيته في عدم تنفيذ التزامه عند ما يحل موعد التنفيذ ، للمزيد ينظر د. صفاء تقي عبد نور ، الاخلال المبتسر بالعقد واثره – دراسة في عقود التجارة الدولية ، مجلة جامعة بابل ، المجلد الرابع عشر ، العدد الثاني ، 2007م ، ص118 نقلاً عن د. محمود سيد ، العقود التجارية الدولية – دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، مصر – القاهرة ، 2001م ، ص198 .

3 – د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص62 وما بعدها .

4– Gutteridge & megrah ; op.cit. p.44 .

التعامل مع العقد باعتباره مرفوضاً والمطالبة بفسخ العقد مع التعويض اذا كان له مقتضى [1] .

فهذا ما تفرضه الطبيعة التبادلية للالتزامات العقدية الناشئة عن العقود الملزمة للجانبين وبالتالي فاذا طالب أحد المتعاقدين الاخر بتنفيذ التزامه التعاقدي من دون أن يفي هو بالتزام مستحق عليه ، فأن للطرف الاخر ان يمتنع عن تنفيذ التزامه متمسكاً بالدفع بعدم التنفيذ ، مما يؤدي بالنتيجة الى وقف القوة الملزمة للعقد بالنسبة للطرف الاخر ، فيكون امتناعه عن التنفيذ امتناعاً مشروعاً [2] .

الامر الذي قد يصل إلى حل الرابطة العقدية في حال تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه التعاقدي لا مجرد وقف التنفيذ عن طريق الدفع بعدم التنفيذ ، فيحق للطرف الاخر اللجوء إلى القضاء طالباً فسخ العقد ، إلا اذا حال بين تنفيذ هذا الالتزام وبينه سبب أجنبي فان الالتزام ينقضي في هذه الحالة وفقاً للقواعد العامة [3] .

الفرع الثاني

الإشارة الضمنية لموعد فتح الاعتماد المستندي

توجب عبارات النصوص العقدية الاخذ بالمعنى المستفاد مما تشير إليه ، أي ما يعتبر لازماً للمعنى المستفاد من هذه العبارات ، فهي مدلول اللفظ بطريق الالتزام ، وبالتالي فقد يكون التلازم بينهما ظاهراً يفهم بقليل من التمعن والتأمل [4] .

بيد أن الأمر قد يكون أكثر تعقيداً عندما يكون وجه التلازم بين عبارات العقد والمعنى المستفاد من اشاراته خفياً ففي هذه الحالة يحتاج تحصيل المعنى الالتزامي الذي يشير

1- see also Enrico Furst & co.v w.E . Fischer Lid- (1960) 2 Lloyd's Rep 340 at 350 and Toprak mahsulleri ofisiv Finagrain compagnie commerciale Agricole et Financiere SA (1979)2 Lloyds Rep 98 cf Nichimen corporation v Gatoil overseas Lld 1987 2 .

2- د. محمد حنون جعفر ، فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة واثرها في العقود الملزمة للجانبين ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد الثاني ، العدد الرابع ، 2013م ، ص3 .

3 – هذا ما نصت عليه المادة / 425 من القانون المدني العراقي النافذ والتي جاء فيها "ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلاً لسبب اجنبي لا يد له فيه" .

4 – د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص408 .

إليه النص الى جهد وتفكير وتفسير في ذات الوقت ، وهذا يقودنا إلى القول بان الاشارة الضمنية تستخلص من فحوى النص وظروف التعاقد الاساسية التي تجمعت وتشكلت في كيان واحد مستقل اطلق عليه العقد الاساس ، فأنبثق عنه اشتراط التسوية التجارية بموجب اعتماد مستندي ، إلا ان موعد فتح هذا الاعتماد غير منصوص عليه صراحة في هذا العقد .

لذلك يكون استخلاص هذه الاشارات عن طريق التفسير والتحليل الشخصي للمتعاقدين او الغير أو المحكمة المختصة في حال حدوث نزاع معين ، وهذا يؤدي بالنتيجة إلى أن يكون سبباً لظهور اختلافات في تحديد موعد فتح الاعتماد المستندي ، كما لو تم اخضاع موعد فتح الاعتماد لارادة المشتري عندما يتم الاتفاق على تحديد هذا الموعد بعد قيام المشتري (المستورد) بتعيين وسيلة النقل في حال كون الشحن والنقل يقع على عاتقه كما في حالة البيع (فوب F.O.B) [1] ، وكذلك البيع بشرط التسليم في مكان العمل أو مكان البيع ففي هذه الحالة يكون نقل البضاعة وتحميلها على عاتق المشتري أيضاً وغيرها من بيوع التجارة الدولية .

وفي مقابل ذلك يمكن أن يحدد موعد فتح الاعتماد المستندي بعد قيام البائع بشحن البضاعة وهذا الموضوع نادر الوقوع في ميدان التعامل التجاري الدولي ، كون أن البائع لا يشرع في شحن البضاعة وارسالها إلا بعد أن يطمئن بوجود اعتماد مستندي يضمن حصوله على ثمن البضاعة محل العقد ، ولو فرضنا جدلاً تحققه ففي هذه الحالة تكون المبادرة من جانب البائع بان يعرض التسليم وبعدئذ يستحق بذلك الثمن وهو ما ينطبق على البيع (سيف CIF) إذ هو يعرض المستندات ويستحق بذلك الثمن ،هذا في حال لم يكن البيع مشترطاً ان يسوى بطريق الاعتماد المستندي ، أما إذا كان مشترطاً التسوية تصبح الحالة معكوسة ويصار إلى أن تكون المبادرة واجبة على

1 – البيع فوب : هو البيع الذي يتم على اساس تسليم البضاعة على ظهر السفينة التي يعينها المشتري في الميناء المعين للشحن ، فيتضح ان عملية النقل تكون ضمن التزامات المشتري والذي يتولى استئجار السفينة او حجز المكان المناسب فيها على نفقته وان يخطر البائع باسم هذه السفينة ورصيف التحميل وتاريخ التسليم على ظهرها ، للمزيد ينظر المواد 298–300 من قانون التجارة العراقي النافذ .

المشتري فيقوم بفتح الاعتماد المستندي ليباشر البائع في تنفيذ التزامه التعاقدي المقابل [1].

في واقع الأمر يؤدي عدم تحديد موعد فتح الاعتماد المستندي الى حدوث نزاعات بين أطراف العلاقة التعاقدية ولربما تكون عائقاً امام تنفيذ العقد بصورة صحيحة تضمن تحقيق أهدافهما الرئيسة من وراء ابرام هذا العقد ، ولعل ذلك يمثل جوهر فكرة الترابط بين التزامات الطرفين والتي تقوم على أساس ركيزتين أساسيتين هما :-

الاولى : تحقق حالة التقابل بين الالتزامات المتبادلة .

الثانية : أن يكون تنفيذ التزام أحد الطرفين سبباً لتنفيذ التزام الطرف الاخر [2] .

فقد اعتبر أن سبب التزام أحد المتعاقدين هو سبب التزام المتعاقد الاخر ، فالغرض المباشر الذي قصده البائع هو الحصول على الثمن من خلال تقديمه المستندات المطابقة للشروط المتفق عليها انفاً ، اما الغرض المباشر الذي قصد المشتري الوصول إليه فهو الحصول على المبيع ، لذلك فسبب التزام البائع بالتسليم هو التزام المشتري بدفع الثمن اي تحقق الترابط بين التزام كل طرف بالتزام الطرف الاخر [3].

نخلص إلى القول بأن الشروط والاشارات الضمنية في العقد ما هي إلا شروط لم يتم النص عليها في العقد [4] بيد أنها ضرورية لتفصيل نوايا المتعاقدين واعمالها وتحديد

---

1 – د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص 62 .

2 – د. محمد حنون جعفر ، مصدر سابق ، ص7 .

3 – د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي – النظرية العامة للالتزام ، الجزء الاول ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، العراق ، بدون سنة نشر ، ص202 .

4 – ففي قضية عرضت على القضاء الانكليزي (HarboumasterLtd ضد Etablissements chainbaux sarl) .

=حيث نص العقد على وجوب فتح الاعتماد المستندي لتسوية ثمن البيع في غضون اسابيع من ابرام العقد الاساس .

ويلاحظ من نص العقد المتقدم ان مصطلح " بضعة اسابيع " غامض ولا يمكن الاستدلال من خلاله على موعد صريح لفتح الاعتماد المستندي ، لذلك كان الرأي بأن المعنى المفترض من خلال مايعنيه النص هو وجوب تحقق وقت معقول من تاريخ ابرام العقد الاساس ، يستطيع من خلاله المشتري اكمال اجراءات فتح الاعتماد المستندي .

ولعل هذا الراي لم يكن حاسماً في تقدير هذه المدة ، وكذلك كيفية تحديد صفة المعقولية في تحديد هذا الموعد ، لذلك كان الاجدر الزام المشتري بفتح الاعتماد المستندي خلال مدة تحددها المحكمة لكي لا يبقى البائع تحت رحمة المشتري ، للمزيد ينظر Gutteridge & megrah ; op.cit. p.33 .

مضمونها وتنفيذها فيما بعد وفقاً للارادة المشتركة للعاقدين وبما يهدف إلى تحقيق الغاية الاساسية من التعاقد .

المطلب الثاني

عدم النص في العقد على موعد فتح الاعتماد المستندي

تؤدي الارادة دوراً بارزاً في تكوين العقد وانشاءه وابرامه ، فهي العامل الأساس في ايجاد العقد ، فالعقد هو اتجاه ارادي مشترك إذ يستلزم وجوده اشتراك ارادتين أو أكثر في الاتجاه نفسه وذلك لتحقيق التراضي بين الطرفين .

لذلك يجب ان تكون النتيجة النهائية التي يصل اليها العقد بطبيعته هي نتيجة لارادة الطرفين من القيام بعمل أو الامتناع عن عمل وغيرها من الالتزامات ، أي ذات ما يبغي إليه الطرف الاخر ، فبمجرد توافق الارادتين على احداث اثر قانوني معين وصحة كل شروط العلاقة العقدية ، ينتهي المطاف بوجود عقد نافذ وملزم للطرفين بما اتفقو عليه في بنوده واحكامه ، سواء ما تم النص عليه صراحة أو ضمناً وإن كانت الاشارة غير الصريحة لبعض الالتزامات التعاقدية تثير بعض الاشكالات في تفسير الارادة للكشف عن فلسفة التعاقد الحقيقية ، على اعتبار أن أول اجراء يقوم به المصرف عند استلامه طلب فتح الاعتماد هو التحقق من مدة وصلاحية الاعتماد نظراً لارتباط التزامه بهذه المدة ، فبمجر نهاية هذه المدة يسقط التزامه اتجاه المستفيد ، وبالتالي يتوجب تحديد موعد فتح الاعتماد بصورة دقيقة حتى يقيد البائع بتنفيذ التزامه خلالها وهذا يعد جوهر التزام المصرف اتجاه المستفيد كونه ملزماً بتنفيذ العقد المبرم وبالشروط المتفق عليها .

لذلك يتضح لنا بان غياب الاشارة العقدية الصريحة المحددة لموعد فتح الاعتماد المستندي لا تخلو من بعض الاشكالات التي تظهر بصدد تحديدها وبالتالي نجد أن الفقه القانوني قد انقسم على اتجاهين ، اتجاه يوسع النطاق القانوني لموعد فتح الاعتماد المستندي ، وبالمقابل نجد اتجاه اخر يضيق من هذا النطاق .

وعليه سوف نتناول في الفرع الاول من هذا المطلب الاتجاه الفقهي الموسع لنطاق تحديد موعد فتح الاعتماد المستندي ، أما في الفرع الثاني فسوف نتناول الاتجاه الفقهي المضيق لنطاق تحديد موعد فتح الاعتماد المستندي .

الفرع الاول

الاتجاه الفقهي الموسع لنطاق تحديد موعد فتح الاعتماد المستندي

تقتضي طبيعة التزام المتعاقدين بموجب العقد الأساس تنفيذ ما ورد فيه من شروط والتزامات بالمجمل ولا مجال للتحلل من أي التزام أو بند عقدي ورد فيه بالارادة المنفردة لأحد الأطراف .

فالبند العقدي هو بيان أو تصريح صادر من أحد أطراف العلاقة التعاقدية يلقى قبولاً من الطرف الاخر فيصبح جزءً من العقد ومن دونه لايمكن معرفة ما اتفق عليه المتعاقدان ، وبالنتيجة يصبح العقد غير قابل للتنفيذ [1] .

ولعل انصار هذا الاتجاه [2] قد ذهبوا إلى وجوب احترام ما صدر عن ارادة الأطراف ، إذ لكل شخص ارادته الكاملة في تحديد وتنفيذ الالتزام من عدمه ، فأذا ارتبط مع اخر برابطة ملزمة لهما ، فلا يصح أن تزول هذه الرابطة واهدار كل قيمة لما صدر عن الطرفين بسبب وجود غموض أو وجود بعض الاخطاء البسيطة التي يمكن تلافيها أو أن الطرفين قد اغفلا تحديد نقاط معينة في اتفاقهم ، ومن أجل تجنب زوال العقد اخذ هذا الاتجاه بضرورة معالجة موضوع اخفاق المتعاقدين في تحديد موعد فتح الاعتماد المستندي ، وكما يلي :- .

---

1 – حسن عبد الله عبد الرضا ، مضمون العقد – دراسة مقارنة بين القانون الانكليزي والقانون المدني الفرنسي ، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني ، العدد الاول ، المجلد التاسع ، 2018م ، ص671 .

2– د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص44 وما بعدها ، د. محمد عبد الظاهر حسين ، الدور المنشئ للقاضي في اطار الروابط العقدية ، دار النهضة العربية ، مصر – القاهرة ، 2000م ، ص4 ، Gutteridge & megrah ; op.cit,10 p.

الرأي الاول / وجوب فتح الاعتماد خلال مدة معقولة

ينبغي على الأطراف تحديد موعد فتح الاعتماد وتاريخ سريانه ابتداءً ، واذا لم يحدد العقد هذا الموعد فقد ذهب رأي في الفقه القانوني [1] إلى وجوب تحديده خلال مدة معقولة تتحقق من خلال النظر الى الغرض المقصود من العقد على اعتبار أن البائع ملزم بالتسليم والذي يمثل أهم مقتضيات العقد ، فيتحقق بمجرد انعقاد العقد دون ضرورة للنص على ذلك ، ولعل الوضع في عقود التجارة الدولية لا يختلف كثيراً عن العقود الداخلية من هذا الجانب بأعتبار أن العقد الاساس يحدد وقت التسليم بالدقة ، وإن كان التسليم المقصود في هذا النطاق هو التسليم الحكمي لا التسليم المادي والذي يتحقق من خلال تسليم مستندات البضاعة محل عقد البيع ، وهذا الاجراء لايتم إلا من خلال فتح الاعتماد المستندي المشترط في العقد الاساس ، لذلك يكون التسليم غير لازم قبل فتح الاعتماد .

ولعلّنا نجد أن هذا الاتجاه قد جانب جادة الصواب من نواحي عديدة اهمها:-

1- تضمن هذا الاتجاه الاشارة إلى ضرورة فتح الاعتماد خلال مدة معقولة ، ولم يحدد نقطة ابتداء هذه المدة ، هل تسري من تاريخ ابرام العقد الاساس على اعتبار أن عنصر التسليم محدد بموجبه ، أو من تاريخ ابرام عقد الاعتماد المستندي .

2- اشار إلى وجوب تحديد موعد فتح الاعتماد استناداً الى الغرض المقصود منه ، الا أنه لم يحدد الجهة التي تتولى هذا الاجراء ، ولا نعلم هل انه قصد وجوب الزام الطرفين بضرورة هذا التحديد أو احالة الموضوع الى القضاء ؟ .

أ- فأذا قصد الزام المتعاقدين بضرورة تحديد هذا الموعد لم يكن هنالك نزاع من أساسه ومن ثم لا توجد ضرورة لهذا الاتجاه .

ب- أما إذا قصد احالة الموضوع إلى القضاء فانه لم يحدد معيار معين يتم اللجوء إليه من قبل المحكمة المختصة لغرض تحديد هذا الموعد .

---

1 – د. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص32 .

بيد ان تساؤل يتبادر الى الذهن يمكن اثارته في هذا الخصوص عن مفهوم مدة المعقولية [1] التي تمت الاشارة اليها انفاً فيما يخص تحديد مدة فتح الاعتماد ، ومن الذي يتولى تحديدها وكيف تحدد هذه المدة ؟.

فقد جاء في قانون التجارة الأمريكي الموحد لسنة 1985 إلاشارة الى نصوص تتضمن تعيين مدة المعقولية إذ نصت المادة (205 /أ- ب) منه والتي جاء فيها "متى ما تطلب تنفيذ اي التزام ان يتم خلال مدة معقولة ، فأن هذه المدة يجب أن يحددها الاتفاق ويؤخذ بنظر الاعتبار عند تحديد المعقولية طبيعة وغرض العقد والظروف المحيطة" [2] .

يتضح من خلال النص المتقدم والذي حاول تعيين مفهوم مدة المعقولية ، الا أن محاولته هذه لم تكن دقيقة ، إذ عدٌ الاصل في تحديدها يتم بالاتفاق بين الاطراف وهذا يرجعنا الى نقطة البداية ، إذ إن الاطراف اذا قاموا بتحديدها لم يحصل أي نزاع في هذه الحالة [3] ، كون أن نيتهم المشتركة قد اتجهت ابتداءً الى تحديدها ، بيد أن الاشكالية تكمن في حال حدوث نزاع لذلك كان الأجدر بالمشرع الامريكي وضع معيار ثابت ومعين يتم الاستدلال من خلاله على تحديد مفهومها بالدقة ، أو إحالة الموضوع إلى القضاء للبت فيه .

3- تطرق هذا الاتجاه أيضاً إلى موضوع التسليم وقد اعتبر أن التسليم غير لازم قبل فتح الاعتماد المستندي الا أنه ما تجدر إلاشارة إليه بان القواعد والاعراف الدولية تجيز تقديم مستندات صادرة بتاريخ سابق لتاريخ فتح الاعتماد المستندي وتبليغه ، إلا أنها تمنع تقديم مستندات تتضمن تاريخ لاحق لتقديمها [4] ، ولعلٌ

1- المعقولية : عرفت بانها "التزام عقدي صادر من احد اطراف العلاقة التعاقدية فيصبح واجب النفاذ اذا ما اقترن بانسجام مع الظروف المحيطة " وقيل ايضاً بأنها "معيار عام مرن يوجه القاضي الى ايجاد التوازن بين المصالح المتضاربة والتي تشوب العلاقة التعاقدية وفقاً للمعطيات الاقتصادية والاجتماعية والاخلاقية مراعياً في ذلك طبيعة تلك الالتزامات والغرض منها تحقيقاً لمبدأ حسن النية واقامة التوازن الذي ينشده اطراف العقد " للمزيد ينظر فارس حامد عبد الكريم ، المعيار القانوني الطبعة الاولى ، دون مكان نشر ، 2009م ، ص99 .

2- Alan D – miller and Ronen perry, the reasonable Volume 87 , may 2011,p329 .

3 – مازن عبد العزيز فاعور ، الاعتماد المستندي والتجارة الالكترونية في ظل القواعد والاعراف الدولية والتشريع الداخلي ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 2006م ، ص139 .

4 – بجاوي زهيرة ، د. مروك احمد ، التزام البنك المصدر بفحص المستندات في الاعتماد المستندي ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية ، المجلد السابع والخمسون ، العدد الثاني ، 2020م ، ص531 .

مـــا يستشـــف مـــن ذلـــك أن القواعـــد والاعـــراف الدوليـــة ارادت تســـهيل عمليـــة تقـــديم المســـتندات والمباشـــرة بفحصـــها ريثمـــا يـــتم فـــتح الاعتمـــاد لاحقـــاً الا إن هـــذا لا يـــتم علـــى حســـاب دقـــة هـــذه المســـتندات وفســـح المجـــال للتلاعـــب بهـــا وتغييـــر وقائعهـــا الاساسية .

نخلـص إلـى القـول بـأن هـذا الاتجـاه لـم يكـن موفقـاً فـي تحديـد موعـد فـتح الاعتمـاد المسـتندي كونـه اسـتند الـى حجـج لـم تصـمد أمـام الانتقـادات ولا يـتلائم مـع مقتضـيات التعامـل فـي ميـدان عقـود التجـارة الدوليـة إلـى حـد مـا والـذي يتطلـب السـرعة والائتمـان فـي آن واحـد ، فالائتمـان يتحقـق عنـد ابـرام العقـود والعمليـات المصـرفية ، والسـرعة فـي الاجـراءات المتخذة لتنفيذها فيما بعد .

الرأي الثاني / وجوب فتح الاعتماد حال تنفيذ الالتزام التعاقدي

يـذهب انصـار هـذا الاتجـاه [1] إلـى ضـرورة فـتح الاعتمـاد المسـتندي فـي الوقـت الـذي يـتمكن فيـه البـائع مـن تنفيـذ التزامـه الـوارد فـي عقـد البيـع الاسـاس باعـداد البضـاعة وشحنها وارسال مستنداتها التي تثبت شحنها إلى المصرف الفاتح للاعتماد [2] .

بطبيعـة الحـال هـذا الاتجـاه نـاظر إلـى مصـلحة الأمـر (المشـتري) بالدرجـة الاسـاس ، وذلـك بعـدم تحميلـه تكـاليف واعبـاء ماليـة وعمـولات مصـرفية نتيجـة لقيامـه بفـتح الاعتمـاد المستندي قبل مدة التنفيذ الفعلي للعقد الاساس .

إلا أن هذا الاتجاه لا يحقق هدف الاعتماد المستندي للأسباب الأتية :-

1- جعـل هـذا الاتجـاه موضـوع تحديـد موعـد فـتح الاعتمـاد المسـتندي خاضـعاً لارادة البـائع ، وهـذا غيـر مقبـول ولا يـتلائم مـع طبيعـة اشـتراط التسـوية باعتبـاره احـد بنود عقد البيع الاساس ولا ينسجم مع مبدأ تحقيق العدالة العقدية .
2- يجعـل المشـتري تحـت رحمـة البـائع فـي الوقـت الـذي يكـون فيـه البـائع بحاجـة الـى تنفيذ هذا العقد لتلبية حاجاته الاساسية وتوفيرها بالوقت المناسب .

1- Stoufflet,thèse, p.130 n 130 citèpar Baccar, art-prèci.n.17.p.5, Gutteridge & megrah ; op.cit. , p.44 ، د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص60 .

2 – د. رزق الله انطاكي ، د. نهاد السباعي ، موسوعة الحقوق التجارية– المصارف والاعمال المصرفية ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية ، سوريا – دمشق ، مطبعة الجامعة السورية ، 1958م ، ص238 .

3- لم يجعل حداً اعلى لهذه المدة فقد تطول وقد تقصر ، وفي الحالتين لا تحقق مبتغى المتعاقدين ،كون أن المدة عنصر أساس في التعاقدات المبرمة بين الاطراف سواء كانت على الصعيد الداخلي أو الدولي .

نخلص إلى القول بان هذا الاتجاه غير واقعي ولا يجدي نفعاً في التعاقدات الدولية والتي تمتاز بالدقة والتحديد وذلك للمكانة التي تحتلها هذه العقود والتي تمثل مقدمة الركائز الاساسية التي يقوم عليها الاقتصاد الدولي في الوقت الحاضر .

الرأي الثالث / وجوب فتح الاعتماد وقت ابرام العقد الاساس

يذهب هذا الرأي الى القول بضرورة فتح الاعتماد المستندي في وقت تمام انعقاد الصفقة التجارية ، وهذا الاتجاه تبناه القضاء الايطالي في احد قراراته الصادرة عن محكمة استئناف (milan) بتاريخ 1955/6/21 [1] .

يتضح أن هذا الاتجاه قد اسس فكرته حيال تحديد موعد فتح الاعتماد المستندي على اساس ارتباطه بعقد البيع الاساس ، وإن كانت صفة الاستقلالية هي الحاكمة في هذا الموضوع ، بيد أن الارتباط الوظيفي بين العقدين واضح ، وبالتالي فأن غياب الاشارة العقدية لموعد فتح الاعتماد المستندي يجعل هذا الموضوع محل نقاش وتفسير .

إلا أن ما يمكن إلاشارة إليه ما نصت عليه المادة /1198 من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها "يفسر شروط العقد بعضها بعضاً وذلك باعطاء كل منها المعنى الذي يراعي تناغم التصرف القانوني بأكمله عندما تسهم عقود عديدة وفق ألنية المشتركة للأطراف في نفس العملية ، تعين تفسيرها بالنظر الى هذه العملية " [2] .

يتضح من النص المتقدم بأنه قد اسس فكرة التفسير على مرتكز أساس واضح وهو التناسق والاندماج بين شروط العقد لا على أساس التباعد وعدم الانسجام ، فضلاً عن ذلك نجد أن المشرع الفرنسي قد اعتبر الارتباط المتجانس لعقود عديدة فكرة واحدة وموضوع واحد كونها تهدف إلى تحقيق هدف مشترك وهذا ما يبغي تحقيقه الارتباط الذاتي بين الاعتماد المستندي وعقد البيع الاساس ، وهذا يقودنا إلى القول بان اعتبار موعد اتمام العقد الاساس موعداً لفتح الاعتماد المستندي لاينسجم مع فكرة كل من هاتين العمليتين .

---

1 – د. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص33 ، نقلاً عن D.Desjardins ; 'Le crèdit documentaire irrevocable' thèse ,Me GILL,1982 p.47, Baccar; op.cit. p.44 .

2 – د. محمد حسين قاسم ، مصدر سابق ، ص78 .

فالعقد الاساس يمر بمراحل متعددة حتى يصبح واجب النفاذ ومن ثم يستغرق وقت قد يطول احيان ويقصر في احيان أخرى ، ولو فرضنا جدلاً اجبار المشتري على فتح الاعتماد من لحظة انعقاد العقد الاساس فيترتب على ذلك نتائج عديدة أهمها :-

1- اهدار صفة الاستقلال التعاقدي الذي نص عليه المشرع بين العقد الاساس وعقد الاعتماد المستندي ، وهذا غير مقبول كونه يتعارض مع نص قانوني آمر .
2- لو فرضنا جدلاً اتمام العقد الأساس ابتداءً ، وبعدها يتم ابرام عقد الاعتماد المستندي على أن ينفذ هذا الأخير من تاريخ ابرام العقد الأساس أي باثر رجعي ، بيد إن هذا الموضوع لا يحقق أي جدوى بالنسبة للطرفين ، إذ إن البائع لا يباشر باجراءات شحن وارسال البضاعة او تهيئتها للارسال إلا بعد اخطاره بخطاب فتح الاعتماد المستندي .
3- اثقال كاهل المشتري بمصاريف وعمولات مالية لا داعي لها ، لأن مدة التنفيذ قد تطول وهذا ما يجعل تنفيذ عقد الاعتماد مرهقاً للمشتري .

نخلص إلى القول بضرورة تحري الدقة في تحديد موعد فتح الاعتماد المستندي من قبل المحكمة ، من خلال البحث عن الارادة الحقيقية لاطراف التعاقد طبعاً مع افتراض حدوث النزاع لأن الأصل في حال عدم حدوث نزاع لا يلزم التدخل في حياة العقد من غير أطرافه ، وبالتالي يتوجب الكشف عن الارادة الحقيقية فهي وحدها التي تلزم المتعاقدين وعليها يستند التعاقد في أساسه ، أما مظهر التعبير عنها فليس إلا وسيلة أو قرينة للافصاح والكشف عن مكنونها الحقيقي ، وهذا يستلزم أن لا ياخذ بالتعبير إلا في الحدود التي يتطابق فيها مع الارادة الحقيقية [1] ، واذا تعذر الوصول إلى معرفة هذه الارادة الحقيقية وجب على القاضي الوصول إليها من خلال الافتراض كما عليه ان ياخذ بالارادة الحقيقية إذا صدق المظهر بالتعبير عنها وإلا فبالارادة المفترضة من قبله بانها هي الارادة الحقيقية [2] ، ولعلّ ذلك مصداق لمبدأ احترام الارادة التعاقدية في تنفيذ العقد المبرم بين الطرفين .

لذلك ينبغي اعمال هذا التحديد لاسيما وان أثره ينصرف على اطراف العلاقة التعاقدية جميعهم من جانب ، ومن جانب اخر فأن المصرف لايتعهد عادة اتجاه البائع إلا لمدة

---

1 – د. عباس العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الاثبات المدني – دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، 1997م ، ص70 .

2 – د. توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام ، بدون مكان طبع ، 1978 م ، ص58 .

معينة فأذا لم تحدد هذه المدة في العقد الاساس فيكون المشتري في هذه الحالة ملزماً بفتح اعتماد قابل للاستعمال لمدة محددة لمدة اجل الشحن فقط .

بيد إن هذا الرأي لا يسلم من النقد لأن هذه المدة لايمكن اعتبار المشتري فيها قد اوفى بالتزامه لانه في هذه الحالة يكون من حق البائع أن يشحن حتى ولو في اليوم الاخير لهذا الاجل وبالتالي يستحيل عليه استعمال الاعتماد لاستحالة تقديم المستندات إلى المصرف في الوقت المناسب .

الفرع الثاني

الاتجاه الفقهي المضيق لنطاق تحديد موعد فتح الاعتماد المستندي

ترتكز اثار العقد من حيث الموضوع على مبدأ القوة الملزمة للعقد والقاضي بوجوب تنفيذ الالتزامات العقدية بالكامل ودون تعديل وهذا يقتضي تحديد نطاق هذه الالتزامات مما يستلزم أحياناً تكملة العقد وتفسيره .

بطبيعة الحال لايقتصر نطاق العقد على ما اورده المتعاقدين من بنود وشروط لأن في ذلك تكريساً لمبدأ سلطان الارادة بصورة مطلقة ، لذلك لابد من توسعة نطاق العقد ومضمونه وفق معايير موضوعية محددة [1] ، وهذا ما اخذت به أغلب التشريعات ومنها القانون المدني العراقي والمصري والفرنسي ، فقد يقتصر اتفاق الطرفان على الأمور الجوهرية في العقد فينعقد العقد ، بيد إن المشكلة تثار في حال تنفيذه إذ لابد من تحديد المسائل الجزئية التي اغفلها المتعاقدان عند ابرام العقد وتحديد هذه المسألة إنما يرجع إلى المحكمة وفقاً لمبدأ تكميل العقد [2] وبالنتيجة يتم تجاوز النقص الذي اغفل المتعاقدان تنظيمه عند ابرام العقد الذي يعد القانون المنظم لطرفي العلاقة التعاقدية فيتم ذلك وفقاً لمعايير موضوعية تشابه مصادر القانون ، وبذلك تعد هذه المسألة من مسائل القانون وليست وقائعاً فتكون خاضعة لرقابة محكمة التمييز .

---

1 – د. منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني – مصادر الالتزامات واحكامها – دراسة مقارنة بين القوانين الوصفية والفقه الاسلامي معززة باراء الفقه واحكام القضاء ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الاردن ، 2012م ، ص208 .

2 – د. علي فيصل الصديقي ، مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية – دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 2019م ، ص270 .

فقد نص على ذلك المشرع الفرنسي في المادة /1194 من القانون المدني والتي نصت على تحديد نطاق العقد والتي جاء فيها "العقود لاتلزم بما هو منصوص عليه فيها فقط بل ايضاً بجميع ما يعد من توابعها وفقاً للعدالة والعرف والقانون" ، لذلك ينبغي تحديد نطاق العقد ابتداءً بغية معرفة هدف الارادة الحقيقية المشتركة للاطراف وماهية الالتزامات المترتبة على عاتق كل منهما لغرض تنفيذ العقد بالكيفية التي تحقق مصلحة اطرافه ، وعليه نجد ان هذا ما يتحقق في الوضع الطبيعي اي في حال كون عبارات العقد واضحة ومحددة فتترجم ارادة المتعاقدين الحقيقية بالدقة [1] .

بيد أن الوضع يختلف اذا كانت عبارات العقد غامضة أو لم تحدد تفاصيل التنفيذ بصورة واضحة ، فعلى القاضي أن يفسر هذا العقد باحثاً عن النية المشتركة للمتعاقدين على وفق معايير موضوعية ، ومع ذلك إذا لم يتحصل التفسير الصحيح التجأ القاضي بتفسيره إلى تحقيق مصلحة المدين أو المتعاقد الذي يكون التفسير أقل التزاماً له [2] ، فمتى كانت عبارات العقد مبهمة وغير واضحة أو كانت متناقضة فيما بينها فتفسر في هذه الحالة لاكثر من معنى ، لذلك نجد ان المشرع الفرنسي قد اشار إلى ذلك بموجب أحكام المادة / 1188 من القانون المدني الفرنسي والتي تقضي بوجوب تفسير العقد على وفق ألنية المشتركة للأطراف دون التوقف عند المعنى الحرفي لعبارات العقد ، فان تعذر الكشف عن هذه النية يفسر العقد على وفق المعنى الذي يعطى للشخص العادي لو وجد في الظروف نفسها [3] .

وفي هذا الاطار وفي ظل غياب الاشارة العقدية لموعد فتح الاعتماد المستندي نجد أن الفقه والقضاء قد استقر على وجوب فتح الاعتماد منذ الوقت الذي يكون فيه للبائع الحق في البدء بتنفيذ العقد الاساس إذ يؤكد الفقه أن هذه القاعدة ذات التطبيق الضيق تؤكد ان البائع قد تنازل عن لزوم فتح الاعتماد قبل البدء بتنفيذ العقد [4] ، فالمستفيد ينبغي أن يكون له الحق في الاعتماد منذ اللحظة التي يبدأ فيها بمباشرة اجراءات تنفيذ

---

1 – د. احمد ابراهيم الحياري ، تعديلات القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالعقد – دراسة مقارنة بالقانون المدني البحريني ، المجلة القانونية ، العدد الحادي عشر ، 2022م ، ص242 .

2 – د. يوسف عبيدات ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الاردن ، 2021م ، ص200 .

3 – د. احمد ابراهيم الحياري ، المصدر السابق ، ص242 .

4 – د. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص34 .

الصفقة الاساسية ، لان البائع يبغي الحصول على أقصى حماية ممكنة ضد اعسار المشتري أو سوء نية ادارته في التنفيذ أو قد تستجد ظروف مانعة للاستيراد [1] .

وفي هذا الصدد لابد من الاشارة الى نقطة مهمة بخصوص ما ذكر اعلاه فقد اشار الرأي المتقدم إلى ضرورة فتح الاعتماد المستندي منذ الوقت الذي يكون فيه للبائع الحق في البدء بتنفيذ العقد الاساس ولم يشر إلى ألية تحديد هذا الوقت ومتى يبدأ ومن يتولى تحديده.

وكما هو معلوم بأن الاصل في تنفيذ العقد ينحصر في الاتفاقات التي تلائم ارادة الطرفين والتي يمكن استنباطها من بنود العقد في حال لم تذكر صراحة ، ولعل ذلك يقودنا إلى اشكالات عديدة على مستوى تنفيذ العقد فمن الواضح أن تنفيذ العقد الدولي بالخصوص يبدأ من اشعار البائع (المستفيد) بفتح الاعتماد المستندي عن طريق المصرف المُبلغ وفقاً لشروط العقد المبرم بين المستورد (المشتري) والمصدر (البائع) فيتم شحن البضاعة سواء كانت مصنعة أو مشتراة إلى بلد المستورد بعد ارسال المستندات المطابقة لشروط العقد الاساس [2] .

وبذلك يتضح بان موعد بدء تنفيذ عقد الاعتماد المستندي يبدأ من لحظة اشعار البائع بفتح الاعتماد ليباشر بتنفيذ العقد الاساس إذ أصبح تنفيذ العقد الاساس في هذه الحالة لاحقاً لعملية فتح الاعتماد المستندي لا سابقاً له وهو السياق الطبيعي المعمول به في ميدان التجارة الدولية وبالنتيجة نجد أن هذا الاتجاه لا يختلف عمَّن سبقه من حيث الموضوع .

وفي مقابل ذلك فأن ما يمكننا طرحه يتمحور حول نقطة أساسية مهمة ، وبما أن عقد الاعتماد المستندي عقد رضائي يتم بمجرد الاتفاق على عناصره أي عند توافق الايجاب والقبول فيظهر هذا التوافق عملياً عندما يباشر المشتري باجراءات فتح الاعتماد وايداع الثمن لدى المصرف حال الانتهاء من هذه الاجراءات ويسلم البائع المستندات ويباشر بشحن البضاعة ، فمتى تم العقد امتنع على أي من طرفيه تعديله أو الغاءه من دون موافقة الطرف الاخر على وفق السياق الشائع في ابرام الاعتمادات المستندية (القطعية) ، فلا اشكال في هذه الحالة من فتح الاعتماد من تاريخ اتمام

1- Stofflet : op.cit . p. 10 .

2 – عادل بونحاس ، الاعتماد المستندي من الجانب النظري وانواع البيوع في التجارة الدولية ، مجلة ادارة الاعمال والدراسات الاقتصادية ، العدد الثاني ، 2015م ، ص203 .

العقد الاساس على ان يتم تنفيذه من لحظة تبليغ البائع بفتح الاعتماد ، وهنا تتحقق مصلحة الطرفين في آن واحد :-

1- بالنسبة للبائع فأنه قد حصل على الاطمئنان التعاقدي بفتح الاعتماد المستندي والذي لا يمكن الغائه أو تعديله بالارادة المنفردة لأحد الأطراف .

2- أما بالنسبة للمشتري فانه سوف يضمن حصوله على البضاعة على وفق الشروط المحددة سلفاً بموجب العقد الاساس [1] .

وفي هذا الصدد يمكننا اثارة سؤال مفاده اذا لم ينص عقد البيع الدولي على أن الدفع يكون نظير مستندات البضاعة فما الحكم في هذه الحالة هل يقوم المشتري بفتح اعتماد مستندي أو لا ؟ .

ولاشك في أن المشتري لايلزم بفتح اعتماد مستندي في هذه الحالة لصالح البائع وفق المنظور النظري ، فقد عرضت قضية مماثلة من حيث المضمون لهذه الحالة على القضاء الانكليزي رفض فيها المشتري مستندات قدمت إليه من قبل البائع بحجة أن الثمن لايستحق الا بعد ان يفحص البضاعة ويتاكد من مطابقتها لشروط البيع ، بيد أن العقد لاينص على الزامه بالوفاء فور تقديم المستندات اليه ، إذ رفض القضاء ذلك مسبباً قراره بحجة أن قول المشتري متعذر قبوله لان البضاعة المنقولة بحراً لن تسلم إلا لحامل سند الشحن ، ومعنى ذلك تحقق أحد الأمرين وهما : أما أن يتخلى البائع عن سند الشحن إلى المشتري ليمكنه من استلام البضاعه من غير أن يحصل هو على الثمن وهذا غير منطقي لانه سوف يتخلى عن حيازة البضاعة وتسليمها للمشتري من دون استلامه للثمن ومن دون اي ضمانات تؤمن حقه ضد الاخطار التي يمكن أن يتعرض لها من خلال تعامله مع مشتري من بلد اخر ، أو أن يقوم البائع نفسه بتسلم البضاعة من الناقل في ميناء الوصول ويقوم بتفريغها وخزنها بمعرفته وعلى مسؤوليته ونفقته ويستبقيها مدة كافية حتى يفحصها المشتري وهذا يكلفه اعبائها بعد شحنها [2] .

نخلص إلى القول بان تقديم المستندات ضرورة ملحة لايمكن الحيود عنها في مجال عقود التجارة الدولية ، فتصبح واجبة التقديم سواء نص العقد على شرط فتح الاعتماد أو لم ينص عليه ، وبالتالي نجد أن الاتجاه المتقدم أكثر انسجاماً وتحقيقاً لمصلحة

---

1 – د. علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، الطبعة الرابعة ، دار النهضة العربية ، مصر – القاهرة ، 2008 م ، ص1080 .

2 – د. علي جمال الدين عوض ، الاعتمادات المستندية ، مصدر سابق ، ص 61 .

وارادة المصدر (البائع) لانها توفر له الحماية القانونية لحق ثبت له بموجب اشتراط التسوية في الاعتماد المستندي .

ولعلنا نؤيد فتح الاعتماد المستندي فور اكمال اجراءات التعاقد للعقد الاساس دون تراخي في حال عدم النص على موعد محدد لفتح الاعتماد المستندي ، فالنص على موعد محدد وثابت يكون هو الفيصل في هذا التحديد ، أما في حال عدم النص فيستدعي الاسراع في عملية فتح الاعتماد فهذا الاجراء يحقق أهداف عديدة أهمها :-

1- يمثل تنفيذ المشتري لالتزامه التعاقدي بالسرعه الممكنة ، وبالمقابل يوجب على البائع تنفيذ التزامه بشحن البضاعة بوضع مماثل فهذا هو جوهر الترابط بين الالتزامات المتبادلة في العقود الملزمة للجانبين .

2- يبعث برسالة اطمئنان للبائع قبل أن يبدأ بإجراءات التنفيذ من جانبه [1] .

ولعل ذلك يمثل الهدف الاساس الذي يبغي اطراف العلاقة التعاقدية تحقيقه من خلال معاملاتهم التعاقدية .

1 – ممدوح محمد الرشيدات ، التشريعات المالية والمصرفية في الاردن ، الطبعة الثانية ، دار وائل للنشر والتوزيع ، الاردن– عمان ، 2005م ، ص172 .

الفصل الثاني

الطبيعة القانونية للاشتراط بفتح الاعتماد المستندي

أبتكرت المجتمعات والاوساط التجارية ما يعرف بالاعتماد المستندي والذي أصبح أحد العقود المرافقة لصفقات الاستيراد والتصدير فيتفق أطراف عقد البيع (الإساس) على تسوية الثمن للصفقة التجارية بواسطته من خلال شرط يدرج في هذا العقد يدعى بشرط التسوية والذي يوفر الحل الملائم لمشكلة الوفاء والائتمان وبالوقت نفسه يقلل من المخاطر التي يتعرض لها اطراف العلاقة التعاقدية الى حد يجعله متميزاً عن غيره من العمليات المصرفية والوسائل الاخرى المعمول بها في ميدان التجارة الدولية بالاخص ، فهو يوفر قدراً كبيراً من الاطمئنان للمشتري والبائع على حدٍ سواء .

بيد إن هذا الاشتراط والذي على اساسه يبرم عقد الاعتماد المستندي و رغم أهميته اثار جدلاً فقهياً وقانونياً واسعاً فيما يتعلق بتحديد طبيعته القانونية ، وذلك لما لهذا التحديد من أهمية كبيره خاصة فيما يتعلق بالاجابة على التساؤلات أو المشكلات التي قد تثور في حال اخلال أحد اطراف العلاقة التعاقدية في تنفيذه أو الامتناع عن هذا التنفيذ من اساسه ، فما هو مصير العقد الاساس في هذه الحالة ، وكذلك تحديد طبيعة هذا الشرط هل يعد شرطاً مقترناً بالعقد الاساس أو ركناً فيه ، وكذلك ما يترتب على كل منهما نتيجة للفرق الجوهري بين الركن والشرط وما يترتب عليه من حكم في حال تخلفه أو انعدامه على ذلك العقد .

واستخلاصاً لما سبق وللاهمية القانونية والدور الواضح لاشتراط التسوية لابد لنا من أن نسلط الضوء من خلال هذا الفصل على الطبيعة القانونية لاشتراط التسوية من خلال تقسيم هذا الفصل على مبحثين ، سوف نتناول في المبحث الاول تحديد الطبيعة القانونية للاشتراط وفقاً للقواعد العامة ، اما المبحث الثاني سيتضمن تحديد الطبيعة القانونية للاشتراط وفقاً للعقد الاساس .

المبحث الأول

تحديد الطبيعة القانونية للاشتراط على وفق القواعد العامة

المراد بالطبيعة القانونية تعني الطريق الذي رسمه القانون في اخضاع موضوع ما لقانون معين ، فالطبيعة القانونية معلومة وتنحصر معرفتها في حقيقة ذهنية رسخها القانون تتعلق بأدراج هذا الموضوع ضمن مجموعة معينة من القواعد القانونية الاساسية المشرعة لتحكم جانباً معيناً من جوانب الحياة .

لذلك تكمن الغاية الاساسية في تحديد الطبيعة القانونية لاشتراط التسوية وفقاً للقواعد العامة والتي تختص بالتعاقد في تحديد النظام القانوني الذي يخضع له ، فنجد ان معرفتها وتحديدها للاشتراط بالنسبة للعقد الاساس تبلغ من الاهمية ذروتها سواء لدى المتعاقدين أو لدى الغير ، فتضع القواعد العامة الاطار القانوني الذي يفرض النظام في المجتمع فتعمل على تنظيم التعاملات بين الافراد وتحدد الحقوق والواجبات لكل الاطراف المعنية من خلال ما تسعى إليه من وضع اسس تمنع حدوث الخلافات وتوافر الطرق المناسبة لحلها وتسويتها .

بطبيعة الحال تقتصر دراسة الطبيعة القانونية لاشتراط التسوية وفقاً للقواعد العامة في هذا البحث على اعتباره وعداً بالتعاقد ، بيد أن ما تجدر الإشارة إليه بان هذا الوعد يتخذ صور عديدة أبرزها ، الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين أو الاتفاق الابتدائي ، والوعد الملزم لجانب واحد سواء للبائع أو للمشتري .

فقد تعددت الاراء الفقهية في تحديدها مما يقتضي التطرق لاستعراض هذه الاراء وترجيح اي منها لتحديد هذه الطبيعة

ومن هذا المنطلق اقتضت الضرورة البحثية تقسيم هذا المبحث على مطلبين سنتناول في المطلب الاول الاتجاه القائل بان الاشتراط كاتفاق ابتدائي ، أما المطلب الثاني فسوف نتناول فيه الاتجاه القائل بان الاشتراط كوعد ملزم لجانب واحد .

المطلب الاول

الاتجاه القائل بان الاشتراط أتفاق ابتدائي

من المسلم به في ميدان التعاقدات التي يجريها الاطراف في حياتهم اليومية ان تتم بصورة آنية بمجرد اقتران الايجاب بالقبول ، بيد ان الوضع يختلف في نطاق عقود التجارة الدولية والتي تتصف بالاهمية والضخامة مما يستدعي ايجاد وضع يحمي مصالح الطرفين ولا يعرض اي منهم لمفاجأت قد تؤدي لخسارة معينة وهذ ا الوضع القانوني الآمن يحققه الاتفاق الابتدائي من خلال اعطاء الفرصة للطرفين للقيام بدراسة الجدوى الاقتصادية والتاكد من تحقق المنفعة المقصودة ، اضافة الى معرفة الاطراف ما لهم وما عليهم من حقوق والتزامات حددت بموجب العقد والقانون في حال حصول خلاف معين .

وتأسيساً على ذلك لابد لنا من تحديد مفهوم الاتفاق الابتدائي ومن ثم التطرق الى ادلة هذا الاتجاه من خلال تقسيم هذا المطلب على فرعين ، سوف نتناول في الفرع الاول تعريف الاتفاق الابتدائي ، أما في الفرع الثاني فسنتناول ادلة القائلين بان الاشتراط كاتفاق ابتدائي.

الفرع الاول

تعريف الاتفاق الابتدائي

تمثل المرحلة السابقة على التعاقد موضع أهتمام فقهاء القانون كون أن المبادئ التي ترعى العقود والتي سعى المشرع إلى تطويرها وساهم الفقه والاجتهاد في إيضاحها كانت تنشأ وتنمو ضمن الاطار العام للعقد والذي يهيمن عليه مبدأ سلطان الارادة [1] وما تفرع عنه من قواعد منظمة أو حامية لها ، ومن ثم نجد أن البحث قد انصب على

1 – يعرف مبدأ سلطان الارادة بأنه : "الارادة هي صاحبة السلطان الاكبر في انشاء ما تشاء من عقود والتزامات دون التقيد بالانواع التي نظمها المشرع وتتمتع بحرية الدخول في العلاقة التعاقدية من عدمه ، وكذلك تحديد ما يترتب على العقد من اثار قانونية وانهاء العقد بعد ابرامه ، ما دامت تلتزم في ذلك بحدود النظام والاداب العامة ، للمزيد ينظر د. محمد حسين منصور ، مصادر الالتزام العقد والارادة المنفردة ، الدار الجامعية للنشر ، مصر – الاسكندرية ، 2000م ، ص48 .

مرحلة تكوين العقد وما إذا كانت الارادة المنفردة قادرة على انشاء التزامات تجاه من صدرت عنه ، وتحديد زمان ومكان انعقاد العقد .

وفي ظل ازدهار التجارة الدولية في العالم وما نتج عنها من معاملات مالية وعقود وعمليات مصرفية ، لم يعد الاسلوب التقليدي للتعاقد يفي بالغرض مما يلاحظ بان العقد لم يعد ثمرة اتفاق بين شخصين عاديين ، بل أصبح وليد المفاوضات والمناقشات المعقدة والتي قد تطول أو تقصر بين اشخاص متخصصين في مجال عقود التجارة الدولية والمحلية وفنيين وقانونيين .

فقد عرف المشرع العراقي الاتفاق الابتدائي [1] بأنه "الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بابرام عقد معين في المستقبل ،لايكون صحيحاً الا إذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب أن يبرم فيها" .

وقد اشار أيضاً في مورد اخر نصت عليه المادة /78 ايضاً من القانون المدني "بان صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد ينعقد بها وعداً ملزماً اذا انصرف الى ذلك قصد العاقدين" .

وقد عرفه المشرع المصري ايضاً [2] بانه "الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بأبرام عقد معين في المستقبل لاينعقد الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ابرامه فيها" .

بينما نجد أن المشرع الفرنسي قد اشار إلى الاتفاق الابتدائي بانه وعد بالبيع من خلال نص المادة /1589 من القانون المدني الفرنسي الجديد [3] بانه "يعد الوعد بالبيع بيعاً عند وجود رضا متبادل"

ويتضح من خلال استعراض موقف التشريعات محل المقارنة بأن المشرع العراقي قد أشار في تعريفه للإتفاق ألإبتدائي بأنه "الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين...." ، فقد استخدم مصطلح التعهد ، أي بمعنى أن المتعاقد يتعهد قِبل الأخر بإبرام العقد

---

1 – نصت عليه المادة /91 الفقرة /1 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل .

2 – وفق المادة /101 الفقرة /1 من القانون المدني المصري النافذ رقم 131 لسنة 1948 المعدل .

3 – القانون المدني الفرنسي بالعربية (الدالوز) ، مصدر سابق ، ص 1590 .

ألنهـائي فالتعهـد [1] يعنـي بأنـه : "وعـد مقـرون بشـرط يجـب الوفـاء بـه إبتـداءً ومـن ثـم يصار الى تنفيذ الاتفاق الاساس بين الطرفين .

وبالتـالي يمكننـا القـول بـأن هـذا الشـرط يـتلخص فـي تحديـد المسـائل الجوهريـة للعقـد المسـتقبلي ، بخـلاف مـا أشـار إليـه المشـرع المصـري والـذي أسـتخدم مصـطلح "يعـد " أي مـن الوعـد ، فكلمـة الوعـد تسـتخدم عنـد وجـود اتفـاق بـين طـرفين لايحكمـه اي شـروط أو جـزاء ، وبالتـالي لا يلـزم المتعاقـد الآخـر فـي هـذه الحالـة بتنفيـذ أي شـرط قبـل تنفيـذ الإتفـاق الأساس .

ممـا يقودنـا إلـى القـول بـأن أتجـاه المشـرع العراقـي كـان أكثـر توفيقـاً مـن المشـرع المصـري فـي هـذا الجانـب ، بحيـث أسـتخدم مفـردات دقيقـة توجـب الوفـاء بالشـرط ألـذي أشـارت إليـه ألمـادة قبـل أن يصـار الـى تنفيـذ ألإتفـاق الاسـاس وإبـرام العقـد المسـتقبلي ، الا انهمـا بالنتيجـة ذهبـا إلـى الإتجـاه ذاتـه وهـو اعتبـار الاتفـاق الابتـدائي عقـداً مسـتقبلياً لاينعقـد إلا بتحديـد المسـائل الجوهريـة الخاصـة بـه ابتـداءً ، ولـم يشِـر إلـى الطبيعـة القانونيـة الصـريحة لهـذا العقـد ، بيـد أن مـا يمكـن ملاحظتـه مـن خـلال اسـتنطاق فحـوى الـنص بـان هـذا الإتفـاق هـو وعـد بالتعاقـد لـيس مقصـوداً فـي ذاتـه ، وانمـا مجـرد وسـيلة تسـتهدف الوصـول الـى العقد المزمع ابرامه في المستقبل بين الواعد والموعود له [2] .

لـذلك نجـد أن المشـرع الفرنسـي قـد انفـرد فـي تحديـد طبيعتـه القانونيـة مـن خـلال الاشـارة إلـى كـون هـذا الاتفـاق يعـد عقـداً فـي حـال تحقـق وجـود الرضـا المتبـادل لاطـراف العلاقـة التعاقدية ، مما يعني أن الاخلال بهذا الاتفاق يؤدي إلى تحقق المسؤولية العقدية .

أما على صعيد الفقه فقد تعددت التعريفات المتعلقة بتحديد مفهوم الاتفاق الابتدائي .

---

1 – صابرين شوكة ، الفرق بين الوعد والتعهد ، مقال منشور على الموقع الالكتروني www.mawdoo3.com تاريخ الزيارة 2024/5/5 الساعة 12:30ص .

2 – حيدر فليح حسن ، مالك رحيم حمادي ، مدة العقد في المرحلة السابقة للتعاقد – دراسة مقارنة ، مجلة دراسات في حقوق الانسان ، المجلد الخامس ، العدد الثاني ، 2021م ، ص83 .

فقد عرفه البعض [1] بأنه "مشروع العقد المزمع ابرامه بين الطرفين والذي يتضمن المناقشات والمفاوضات التي تسبق العقد عادة والتي تهدف الى معرفة مدى استعداد كل طرف لقبول شروط الطرف الاخر من عدمه" .

وقد عرف ايضاً بأنه : تعبير عن ارادة حرة في مجلس العقد يترتب عنه نشوء التزام تعاقدي في ذمة الواعد ويقابله حق شخصي بالنسبة للموعود له يقضي بالزام الواعد بإبرام عقد اخر خلال مدة معينة وبالشروط المتفق عليها فيما بينهم [2] .

يتضح من خلال استعراض التعريفات التي طرحت بصدد تحديد مفهوم الاتفاق الابتدائي بانه اتفاق ممهد لابرام عقد اخر يستهدف من خلاله الوصول لابرام العقد المزمع بإبرامه بين المتعاقدين هذا من جانب ، ومن جانب اخر فهو يتضمن ايجاباً خاصاً به يختلف عن الايجاب الخاص بالعقد الاساسي كون الايجاب الاول انعقد به العقد الاساس ، فهو يحدد أليه التعاقد المستقبلي ، وكذلك تحديد المسائل الجوهرية التي سبق وأن تم الاتفاق عليها بين المتعاقدين .

لذلك نجد أن البعض يذهب [3] الى التفرقة بين الاتفاق الابتدائي والوعد بالتعاقد بالقول (بانه قد يكون العقد الحاصل تمهيداً للعقد النهائي غير قاصر على وعد ملزم للواعد فقط بل يتناول الاتفاق منذ اللحظة الاولى على شروط التعاقد الا أن ابرام العقد النهائي يتاخر لاسباب منها القيام باجراءات معينة ومثل هذا الاتفاق يتميز عن الوعد

---

1 – يلاحظ بأن هذا المصطلح قد اطلق ايضاً لدى جانب من الفقه المصري على العقد الابتدائي او غير المسجل ، بانه العقد الذي يتفق فيه اطراف التعاقد على جميع شروط البيع بالاضافة الى تحديد اجل معين لتحرير العقد النهائي ، لاسيما وان الغاية الاساسية من الاجل هي منح البائع مهلة لتجهيز مستندات الملكية او الحصول على اذن من الجهات المختصة ، اما بالنسبة للمشتري فتتمثل الاستفادة من ذات المهلة لتجهيز الثمن المتفق عليه وكذلك التاكد من ان المبيع غير مرهون او مثقل بأية حقوق اخرى ، فاذا حل الاجل المحدد لتحرير العقد النهائي وتاخر او امتنع البائع عن اكمال التعاقد جاز للمشتري في هذه الحالة اللجوء الى القضاء للحصول على حكم بصحة التعاقد ، فاذا سجله عندها يقوم مقام عقد البيع المسجل وقد اوضحت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد ان وصف العقد بالابتدائي جاء تماشياً مع العرف الذي جرى على اطلاق هذا الوصف على عقود البيع التي لم تبرم وفقاً للاصول التي يتطلبها قانون التسجيل ، للمزيد ينظر د. محمد المنجي ، عقد البيع الابتدائي ، الطبعة الثانية ، توزيع منشأة المعارف ، مصر – الاسكندرية ، 1987م ، ص6 .

2 – يونس مهتدي ، الوعد بالبيع ، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.linkedin.com تاريخ الزيارة 2024/4/13 .

3 – د. مصطفى العوجي ، القانون المدني الجزء الاول العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 2003م ، ص 200 .

بالتعاقد بانه يكون ملزماً للطرفين منذ لحظة تحريره وقد اطلق عليه تسمية العقد الابتدائي) ، وبالنتيجة يمكن تلخيص أوجه الاختلاف بين الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي من خلال الاتي :-

1- في العقد الابتدائي يعد حلول الاجل بمقام اظهار الرغبة ويتحقق ذلك الشرط الذي يهيئ السبيل لاتمام العقد ويجيز لكل من الطرفين أن يلزم الاخر بالتنفيذ .

أي أنه قد اعتبر حلول الاجل المحدد سلفاً بين الاطراف بمقام اظهار الرغبة المطلوبة في الوعد بالتعاقد على أساس أن العقد الابتدائي يعتبر عقداً مكتمل الاركان بيد إن تنفيذه مضاف الى أجل معين ، مما يقتضي إلزام المتعاقد الاخر بالتنفيذ الجبري في حال عدم قيامه بتنفيذ التزامه التعاقدي الذي نص عليه العقد الابتدائي [1] ، أما الوعد بالتعاقد فلا ينعقد الا إذا اظهر المتعاقد الاخر رغبته بالتعاقد مع الواعد ، وبالتالي يمكن للموعود له المطالبة بالتعويض في حالة الاخلال .

2- في العقد الابتدائي يعد تحقق شروط الاهلية وصحة التعاقد واستكمال الاركان الاساسية للعقد من لحظة انعقاد العقد الابتدائي دون النظر إلى ما سيحدث من ظروف بهذا الشان يوم حلول الاجل ، أما بالنسبة للوعد بالتعاقد فيتوجب تحقق شروط الاهلية وصحة التعاقد عند ابداء الطرف الاخر رغبته بالتعاقد ففي هذه الحالة يتم التعاقد بين الطرفين .

فالصفة التعاقدية لأطرافه تتحقق من لحظة ابرامه الاولى وتستمر إلى حين التنفيذ أو الانتهاء غير الطبيعي للعقد ولا عبرة بالاحداث والظروف التالية للانعقاد فيما يخص الأهلية والأركان العقدية ، [2] .

نخلص إلى القول بان الوعد بالتعاقد بجميع صوره سواء كان ملزماً لجانب واحد أو ملزماً للجانبين فأنه يكون عبارة عن مرحلة تمهيدية للعقد النهائي المزمع ابرامه مستقبلاً فتكون طبيعته القانونية عقدية وبالنتيجة لا يختلف عن الاتفاق الابتدائي ولعلنا نجد أن هذا القول يتفق مع ما نصت عليه المادة /78 من القانون المدني

---

1 – د. مصطفى العوجي ، مصدر سابق ، ص 202 .

2 – د. عاطف النقيب ، نظرية العقد ، منشورات عويدات ، لبنان – بيروت ، 1988م ، ص146 .

العراقي والتي جاء فيها بأن " صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد ينعقد بها وعداً ملزماً إذا انصرف إلى ذلك قصد العاقدين" ، والتي اعتبرت الوعد المجرد ملزماً وباتاً فلا يستطيع الواعد الرجوع عنه طيلة المدة المتفق عليها بين الطرفين ، وهذا ما ذهب إليه رأي من الفقه القانوني [1] بالقول بعدم التفرقة بين الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي ، ويضيف من خلال استعراضه للحالات التي يرغب فيها الطرفان بالتعاقد ولكن الاتفاق النهائي لم يتم وانما بقي معلقاً على توفر أحد الاسباب أو الشروط كالحصول على الاذن من جهة مختصة أو وصول المستندات ففي هذه الحالة فأن المتعاقدين قد ثبت قرارهما على ابرام العقد ويبغيان التقيد فيه منذ اللحظة الاولى "فيمضيان اتفاقاً ابتدائياً يعد كل منهما فيه الاخر بان يمضي العقد النهائي في مدة معينة بموجب الاتفاق" وهذا هو الاتفاق الابتدائي وهو وعد بالتعاقد ولكنه ملزم للجانبين ، مع ملاحظة أن الوعد بالتعاقد وكذلك الاتفاق الابتدائي عقد مكتمل الاركان لالمجرد ايجاب ولكنه تمهيدي إلى عقد نهائي آخر استناداً لنص المادة /91 من القانون المدني العراقي والمادة /101 من القانون المدني المصري والمادة /1589 من القانون المدني الفرنسي الجديد .

الفرع الثاني

ادلة القائلين بان الاشتراط أتفاق ابتدائي

تمر عملية التعاقد بين الأفراد بمراحل عديدة تبدأ بمجرد فكرة عابرة تكونت في ذهن الشخص وعند عزمه على المضي قدماً فانه ينتقل إلى مرحلة الدعوة للتعاقد والتي تقترن عادة بالمفاوضات الاولية والتي يكون لها ارتباط وثيق بالمشروع التعاقدي المزمع ابرامه في المستقبل [2] .

فنجد أن التطور الاقتصادي الحديث قد اوجد اوضاعاً قانونية لم تكن معروفة سابقاً ، من بينها تحديد الوضع القانوني لهذه الاتفاقيات المبدئية والتي تسبق عملية التعاقد

---

1 – د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص267 .

2 – د. عبد القادر العرعاري ، الطبيعة القانونية للاتفاقات التمهيدية التي تسبق ابرام العقود النهائية ، مجلة القضاء المدني ، العدد السادس عشر الخاص بالمؤتمر الخامس عشر للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الاسلامية ، بدون سنة نشر ، ص65 .

النهائيـــة ، وأيضـــاً تحديـــد الوضـــع القـــانوني للمتفاوضـــين وغيـــرهم وكـــل ذلـــك اســـتدعى دراسة هذه المرحلة المهمة والمؤثرة في حياة العقد الاساس .

بطبيعـة الحـال نجـد أن عقـود التجـارة الدوليـة لهـا أكثـر مـن أسـلوب لابرامهـا كمـا هـو الشـأن فـي العقـود الداخليـة ، فيوجـد الاتصـال المباشـر مـع الطـرف الاخـر سـواء تـم هـذا الاتصـال عبـر المراسـلات ام عبـر الاتصـالات وبواسـطة أجهـزة الفـاكس أوالـتلكس أوالكمبيـوتر ومـا تبعـه مـن أجهـزة متطـورة أخـرى ، وإلـى جانـب ذلـك يمكـن العمـل باسـلوب التفـاوض سـواء كـان هـذا الاسـلوب مكمـلاً لأي أسـلوب آخـر أو يكـون بمفـرده ، وهـذا الاسـلوب هـو الشـائع فـي ميـدان عقـود التجـارة الدوليـة والـذي غالبـاً مـا تلجـأ إليـه الدولـة ومؤسسـاتها الحكوميـة بالنسـبة للعقـود التـي تبرمهـا والتـي توصـف فـي الغالـب بـالعقود الإسـتُراتيجية ، بيـد إن هـذا الاسـلوب لايقتصـر علـى اشـخاص القـانون العـام ، إذ نجـد أن هـذا الاسـلوب التعاقـدي (التفـاوض) يتبـع مـن قبـل اشـخاص القـانون الخـاص أيضـاً ولاسـيما بـين الافـراد والشـركات العالميـة واصـحاب المشـاريع الكبيـرة ، فـأذا مـا أحسـن العمـل بـه تمكـن الطـرف المفـاوض مـن تحقيـق مبتغـاه علـى أتـم وجـه وهـذا مـا يطلـق عليـه بمرحلـة التفـاوض أو الاتفاق المبدئي الممهد للعقد النهائي [1] .

ومـن هـذا المنطلـق فقـد قضـت محكمـة بـاريس بـأن الاتفـاق المبـدئي هـو " العقـد الـذي يلتـزم أطرافـه بمقتضـاه بالبـدء أو الاسـتمرار فـي التفـاوض بحسـن نيـة بشـأن شـروط عقـد مستقبلي" [2] .

وعرف أيضاً بأنه "عقد مؤقت وسابق غايته التهيئة لابرام العقد النهائي " [3]

يتضـح مـن خـلال التعـريفين المتقـدمين بـان الاتفـاق الابتـدائي هـو عقـد غيـر دائـم يتصـف بالتأقيـت وعـدم الديمومـة يهـدف الـى التهيئـة وتسـهيل انعقـاد العقـد النهـائي واتمـام العلاقـة القانونيـة بـين الطـرفين فيحتـوي علـى المواضـيع التـي اتفـق الطرفـان علـى أنهـا تشـكل موضـوعه الاسـاس بيـد أنـه لا يتضـمن بنـود العقـد النهـائي الـذي وضـع العقـد التمهيـدي تهيئـة لهـا ، وفـي مقابـل ذلـك إذا تضـمن العقـد التمهيـدي هـذه البنـود أصـبح عقـداً نهائيـاً موقوف ابرامه على تحقق الشرط وانتفت عنه صفة العقد التمهيدي .

---

1 – د. طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، الطبعة الاولى ، الاصدار السادس ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن – عمان ، 2008م ، ص107 .

2- Paris , 19 mai 1992 , cité par Ghestin ,p 317 , not 134 .

3- Christian Larroument. Droit civil.Tome III , Economica , 1990. P. 264 et s.

واستناداً على ما سبق نجد أن البعض [1] يؤسس موضوع اشتراط التسوية على أساس فكرة الاتفاق الابتدائي ، على اعتبار إن هذا الاتفاق وألذي أدرج في عقد البيع يمهد إلى إلتزام عقدي أساسي يتمثل بدفع ثمن الصفقة التجارية بموجب إعتماد مستندي يحدد (نوعه و مدته و تاريخ تنفيذه) في العقد الاساس ، فتمثل هذه الصفات النقاط الجوهرية التي اشار إليها المشرع العراقي والمصري انفاً للعقد المزمع ابرامه في المستقبل فيتعهد المشتري بتنفيذه من خلال ابرام عقد فتح الاعتماد المستندي مع أحد المصارف المعتمدة لصالح المستفيد (البائع) وفق الشروط التي نص عليها العقد الاساس [2] ، وبخلاف ذلك تتحقق معه المسؤولية العقدية اتجاه المشتري (الواعد) ، وليس أبلغ في الدلالة مما أشارت إليه محكمة النقض الفرنسية [3] والتي قضت بادانة المشتري لعدم قيامه بدفع المبلغ اللازم لثمن الصفقة التجارية ، بل ذهبت إلى الأكثر من ذلك وهو عدم تنفيذه التزامه التعاقدي بفتح الاعتماد المستندي الواجب من ابرام الصفقة والمطالب به في المرتين واللتين يمكن اعتبارهما انذارين بالتسديد طبقاً لشروط الصفقة وبالتالي يكون الحكم بالغاء الصفقة صحيحاً ضده نتيجة عدم تنفيذه لهذا الالتزام[4] .

وإستخلاصاً لما سبق حرياً بنا التطرق لمناقشة ما جاء في هذا الاتجاه على النحو الاتي:-

1- من خلال استعراض التعريفات التي سيقت بشأن ايضاح مفهوم الاتفاق الابتدائي إذ نجد البعض يذهب إلى القول بانه عقد ابتدائي ، والبعض الاخر لا

1- د. عبد جمعة موسى الربيعي ، مصدر سابق ، ص38 ، كريم حمود فرج ، دراسات في مشاكل المحاسبة في العراق ، مطبعة الزمان ، العراق – بغداد ، 1987م ، ص3 ، د. حسن النجفي ، مصدر سابق ، ص24 .

2 – د. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص39 .

3- Baccar: art préci.p. 14 n. 47 .

4 – سار اجتهاد محكمة التمييز الفرنسية في قرارها الصادر سنة 1958 والذي اعتبرت بموجبه أن الوعد بالنظر في توظيف موظف سابق مجدداً عند عودة الانتاج الى مستواه العادي مجرد اتفاق مبدئي غير ملزم للشركة واكدت ذلك بموجب قرار اخر لها صدر سنة 1989 اعتبرت بموجبه ان البند الوارد في الاتفاق بين رب العمل والعماله المتضمن بانه : في كل حال ان الهدف الرامي الى تحديد ساعات العمل الاسبوعية ب35 ساعة سيتحقق سنة 1985 لا يشكل سوى اتفاق مبدئي اذا لم تحدد الشروط التي يجب ان تتوافر لتحقيق هذا الهدف ولم يحدد اثر خفض ساعات العمل على الاجر الذي يجب ان يدفع للعمال وبالتالي لا يتضمن هذا الاتفاق سوى الالتزام بالمفاوضة حول هذا الموضوع Cass. Soc.24 mars 1958. JCP 1958. 10868 note carbonnier (Affaire Régie Renault) .

يفرق بين الاتفاق الابتدائي والوعد بالتعاقد الملزم للجانبين كونه يعد أحد صوره الاساسية ولعل ذلك هو الأقرب للصواب من حيث كونه يؤسس أو يمهد لابرام عقد مستقبلي ، وبالتالي فإنه يتناغم مع ما نبغي الوصول إليه على اعتبار أن اشتراط فتح الاعتماد قد احال موضوع فتح الاعتماد المستندي إلى اتفاق اخر وعقد مستقل عن عقد البيع الأساس وهذا ما اكدته المادة /296 من قانون التجارة العراقي [1] .

2- أن الأصل في الاتفاق الابتدائي لايعتبر ملزماً إلا إذا إتجهت نية الاطراف إلى ذلك وهذا ما اكدته المادة /78 من القانون المدني العراقي [2] ، وفي مقابل ذلك ليس بالضرورة أن ينشأ التزام بات بابرام العقد النهائي ، ومن ثم إذا بقي اتفاق مبدئي فقط دون ان تعقبه تكملة لهذا ألإتفاق فلا يكون كافياً للقول بقيام العقد النهائي ، بمعنى ان صفة الالزام تتحقق في هذه الحالة استثناءً وهذا لا ينسجم مع اشتراط التسوية والذي يعد التزاماً عقدياً واجب النفاذ من قبل أطراف العقد الاساس .

3- يهدف الاتفاق الابتدائي إلى تحديد المسائل الجوهرية للعقد المزمع ابرامه في المستقبل ، ويعد هذا شرطاً أساسياً فيه وهذا يقودنا إلى القول :-

أ- ان مسألة تحديد الالتزامات الجوهرية والمسائل الثانوية تثير بعض الاشكالات في تحديدها ومن أبرزها عدم وجود معيار ثابت ومحدد يحكم تحديدها ، فهذا الامر يترائى للوهلة الأولى بالأمر اليسير ، فمدى أهمية الشئ تختلف من شخص لاخر فهو آمر شخصي ومسألة نسبية ، فما يكون مهماً بالنسبة لشخص معين لا يكون كذلك بالنسبة لآخر فهذه المسالة تعود للتقدير الشخصي للفرد ، لذلك يذهب رأي من الفقه القانوني إلى القول [3] بان تحديد جوهرية شروط العقد مسألة يعود تقديرها لأطراف العقد بالذات

---

1 – نصت المادة /296 من قانون التجارة النافذ على الاتي "يكون عقد البيع الذي يبرم وفق احكام هذا الباب مستقلاً ولايؤثر على العلاقات التي تنشأ بين كل من البائع او المشتري والناقل في عقد النقل ، او بين المشتري والمصرف في عقد الاعتماد المستندي" .

2 – نصت المادة / 78 من القانون المدني العراقي على انه "صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد ينعقد بها وعدا ملزماً اذا انصرف الى ذلك قصد العاقدين" .

3 – يزيد انيس نصير ، مرحلة ما قبل ابرام العقد – دراسة مقارنة ، مجلة المنارة للبحوث والدراسات ، المجلد التاسع ، العدد الثالث ، 2003م ، ص112 .

فيتحقق ذلك من خلال قيامهما بمناقشة بعض الشروط مسبقاً وقبل ابرام العقد ، فان هذه الشروط باعتقادهم تعد شروط جوهرية لمدى الالتزام الذي يترتب على كل منهما نتيجة لابرام العقد المقترح ، وفي المقابل نجد ان الشروط التي يتم تاجيل مناقشتها الى ما بعد ابرام العقد دليل على انها شروط ثانوية ، فمن خلال هذا الإستدلال يتم ألتعرف على نوع ألشرط سواء كان جوهرياً أو غير جوهري .

ب- إن موضوع تحديد المسائل الجوهرية لايعد عنصراً أساسياً في اشتراط التسوية ، إذ ان ما يمكن أن يتضمنه هذا الاشتراط ما هو الإ إشارة إلى عملية ابرام عقد الاعتماد المستندي دون الغوص في تفاصيل هذا التعاقد الأخير من أساسه ، وفي بعض الأحيان يتم تحديد نوع الإعتماد ومدته إلا إن ذلك لا يعد شرطاً إلزامياً .

4- في الاتفاق الابتدائي لايصل الجزاء المترتب نتيجة مخالفته إلى مرحلة الزام الطرف الذي اخل بتنفيذه على التنفيذ العيني وابرام العقد النهائي رغماً عنه ، بل يقتصر الجزاء في هذه الحالة على مطالبته بالتعويض ، لذلك يذهب رأي من الفقه القانوني إلى القول [1] بوجوب تناسب قيمة التعويض مع حجم الضرر أي يجب أن تزداد قيمته كلما زادت فرص ابرام العقد النهائي ، على العكس من اشتراط فتح الاعتماد والذي يؤدي الاخلال بتنفيذه إلى فسخ عقد البيع الاساس مع عدم الاخلال بحق المتضرر في المطالبة بالتعويض .

بيد إن تساؤلاً يتبادر إلى ألذهن في هذا الصدد ، فأذا كانت المسؤولية التي يخضع لها عند الأخلال بتنفيذ ألإتفاق ألإبتدائي هي المسؤولية العقدية ؟ فهل تمتد اثار هذه المسؤولية إلى العقد النهائي أو تقتصر على هذا الاتفاق ؟ .

في هذا الاطار نجد أن الفقهاء قد اختلفوا في تحديد موقفهم بصدد الاجابة على هذا التساؤل ، إذ يذهب رأي من الفقه القانوني [2] إلى القول بان الاتفاق الابتدائي عقد معلق على شرط واقف وأن مدة العقد النهائي ستحدد بدايتها عند قيام الوعد بالتعاقد فتشمل مدة العقد النهائي حينها مدة الوعد بالتعاقد .

---

1 – د. محمد حسين عبد العال ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية – دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتنظيم المفاوضات في عمليات التجارة الدولية ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر – القاهرة ، 1998م ، ص48 .

2 – د. محمد المنجي ، مصدر سابق ، ص136 .

بينما يذهب الرأي الاخر إلى القول [1] باعتبار الاتفاق الابتدائي عقداً تاماً فلا تشمله مدة العقد النهائي كونها تبدأ من لحظة حلول الموعد ، إلا إن ما يمكننا قوله بأن ألإتفاق ألإبتدائي يعد مرحلة ممهدة لإبرام العقد النهائي فلا يرقى الى مستوى العقد التام والذي ينشأ من لحظة إنعقاده إلتزامات متقابلة في ذمة أطرافه وبالتالي يجب أن تحدد ألمسؤولية وتقدر بحجم الإخلال وبما يتناسب مع قدر هذه المرحلة فقط وهذا ما يمكن أن يتحقق في هذه الجزئية على اعتبار ان الاتفاق الابتدائي حسب الراي الراجح يعد اتفاقاً بحد ذاته وليس عقداً مكتمل الأركان [2].

نخلص إلى القول بان الاتفاق الابتدائي لايرقى إلى مرحلة العقد التام وبالتالي ينشأ التزامات باتة في ذمة أطرافه بحيث تتحقق المسؤولية العقدية في حال الاخلال في تنفيذه بل تتحقق المسؤولية التقصيرية على اعتبار لايوجد عقد مستكمل للشروط القانونية بينهما ، وهذا لا يتناسب مع فكرة اشتراط فتح الاعتماد والتي تشترط تحقيق الغاية الاساسية وهي ابرام عقد الاعتماد المستندي بغية دفع ثمن البضاعة ، وبخلاف ذلك تتحقق المسؤولية العقدية بحق الطرف الذي أخل بتنفيذ هذا الالتزام .

المطلب الثاني

الاتجاه القائل بإن الاشتراط وعد ملزم لجانب واحد

يتبادر إلى الذهن بان الوعد الملزم لجانب واحد يتم بارادة واحدة وهي ارادة الواعد كما هو معروف في أغلب التصرفات القانونية أو يكون مشابهاً للعقد الملزم لجانب واحد والذي ينشأ التزام في جانب واحد فقط فيكون هذا المتعاقد مديناً لا دائناً ويكون المتعاقد الاخر فيه دائناً غير مدين كالوديعة من دون اجر والتي يلتزم فيها المودع بالالتزام بحفظ الشئ المودع لديه وبرده الى المودع عند انتهاء العقد أو غيرها ، ولا يلتزم المودع بشئ مقابل ذلك ، فألتزام تنفيذ الاشتراط وإن كان يقتصر على المشتري ، بيد أن الاتفاق الاساسي الوارد بموجب عقد البيع والذي بموجبه تم الاتفاق على هذا

---

1 – د. انور سلطان ، العقود المسماة – شرح عقدي البيع والمقايضة – دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1983م ، ص72 .

2 – فواز صالح ، العقد مفهومه وتصنيفه ، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.arab-ency.com تاريخ الزيارة 2024/4/16 الساعة 1:20 ص .

الاشـــتراط فقـــد تـــم بـــالإرادة المشـــتركة للطـــرفين ، بيـــد إن تنفيـــذه يقـــع ضـــمن التزامـــات المشـــتري لا البـــائع وهـــذا مـــا ســـتناوله فـــي هـــذه الدراســـة ، لـــذلك تقتضـــي الضـــرورة البحثيـــة تقســـيم هـــذا المطلـــب علـــى فـــرعين ، ســـوف نتنـــاول فـــي الفـــرع الأول تعريـــف الوعـــد الملـــزم لجانـــب واحـــد ، أمـــا فـــي الفـــرع الثـــاني فســـوف نتنـــاول أدلـــة القـــائلين بـــإن الاشـــتراط كوعـــد ملزم لجانب واحد .

ألفرع الاول

تعريف الوعد الملزم لجانب واحد

يعـــد الوعـــد الملـــزم لجانـــب واحـــد الصـــورة الثانيـــة مـــن صـــور الوعـــد بالتعاقـــد ، فالوعـــد بالتعاقد يمثل مرحلة وسط بين الايجاب الملزم والبيع النهائي .

فالوعـــد[1] بالتعاقـــد هـــو أن يعـــد أحـــد الأطـــراف الآخـــر بـــإبرام العقـــد معـــه مســـتقبلاً إذا رغـــب فيهـــا هـــذا الاخيـــر خـــلال مـــدة معينـــة [2] ، مـــن حيـــث المبـــدأ نجـــد إن هـــذا الإجـــراء معمـــول بـــه فـــي أغلـــب التعاقـــدات التـــي يجريهـــا الأطـــراف وبالخصـــوص التعاقـــدات التخصصـــية والتـــي تحتـــاج دراســـة وتحليـــل لأغلـــب بنودهـــا ، فتُتبـــع عمليـــة التفـــاوض مرحلـــة التعاقـــد اي بعـــد أن يكون كل من الطرفين على دراية تامة بظروف ألآخر

وعـــرف ايضـــاً "مـــا يفرضـــه الشـــخص علـــى نفســـه لغيـــره بالاضـــافة الـــى المســـتقبل لا علـــى سبيل الالتزام في الحال" [3]

آشـــار هـــذا التعريـــف بـــأن الإلـــزام الـــذي يفرضـــه الواعـــد علـــى نفســـه مســـتقبلاً يمثـــل العامـــل الأســـاس فـــي تنفيـــذ هـــذا ألإلتـــزام ومـــا يترتـــب عليـــه مـــن أثـــر قـــانوني ، فأحـــداث الأثـــر القـــانوني هـــو مـــن يحقـــق صـــفة الالـــزام مثـــال ذلـــك ، إذا وعـــد شخصـــاً باعطـــاء جـــائزة لمـــن يكـــون الفـــائز

---

1 – عرف الوعد بأنه "الاخبار عن فعل المرء أمراً في المستقبل يتعلق بالغير سواء كان خيراً ام شراً " ، للمزيد ينظر احمد بن فارس بن زكريا القزويني ، تحقيق عبد السلام محمد هارون ، معجم مقاييس اللغة ، الجزء السادس ، دار الفكر العربي ، لبنان – بيروت ، 1979م ، ص125 .

2 – د. محمد حسين عبد العال ، مصدر سابق ، ص195 .

3 – د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي – دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر – القاهرة ، بدون سنة نشر ، ص42 .

في مسابقة معينة ، فهذا الوعد أريد به احداث اثر قانوني معين وبالنتيجة تحققت صفة الإلزام.

لذلك نجد إن الفقه القانوني قد إختلف في تحديد مدى إلزامية الوعد من عدمه ، فقد ذهب رأي من الفقه [1] إلى إعتبار الوعد بالتعاقد من جانب واحد وعداً ملزماً على إعتبار إن هذا الوعد هو من مقدمات العقد النهائي المقصود ، أي بمثابة عقد يسبق العقد النهائي .

بيد إن ما يمكن أن يلاحظ على الرأي المتقدم إنه قد أسس صفة الإلزم على أساس عقدي وهذا غير متحقق على اعتبار أن الوعد بالتعاقد لا يعد عقد مكتمل الاركان ولم تتحقق صلة الارتباط بين الايجاب والقبول والدليل ان التعريفات التي سيقت بصدد ايضاح مفهوم الوعد قد جعلت الوعد متحققاً في حال أظهر الطرف الاخر رغبته بالتعاقد .

ومن ثم لايمكن اعتباره عقداً للاسباب الاتية :-

1- إن العقد يقتضي إنشاء الإلتزام في الحال ، أي حال صدور الإيجاب وأقترانه بالقبول الصحيح مباشرة ، أما الوعد فأنه يفيد انشاء التزام معين في المستقبل اذا اظهر الموعود له رغبته في التعاقد .
2- يلزم العقد أطرافه بوجوب الوفاء به ، وهذا الالزام مصدره القوة الملزمة للعقد والتي تحتم على اطرافه الخضوع لها ، على العكس من ذلك في الوعد الملزم لجانب واحد فقد اختلفت الاراء بصدد الزامية الوفاء به وان كان الرأي الغالب عدم الزاميته [2] .

---

1 – د. عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والارادة المنفردة – دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامي ، الكتاب الاول ، بدون مكان طبع ، 1984م ، ص 173 .

2 – فقد ورد في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بشأن نص المادة /102 والتي حددت الاثار التي تترتب على الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي مرحلتان يفصلهما حلول الميعاد او ظهور الرغبة في التعاقد ولكن يجب التمييز بين مرحلتين هما :-

الاولى: اذا كان الوعد ملزماً للجانبين اي اتفاق ابتدائي فأن حلول الميعاد المذكور لابرام العقد النهائي هو الذي يفصل ما بين هاتين المرحلتين .

الثانية : اما اذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد فأن الذي يفصل بينهما هو ظهور الرغبة في التعاقد من جانب الموعود له، للمزيد ينظر أمير فرج يوسف ، الموسوعة القانونية – العقد ، دار الكتاب الحديث ، مصر – القاهرة ، 2016 م ، ص 64 .

وفي مقابل ذلك يذهب رأي آخر من الفقه القانوني [1] إلى عدم الزاميته كون إن الأصل في الوعد بأنه لايلزم صاحبه قضاءً وأن كان الوفاء به يعد التزاماً طبيعياً أخلاقياً ، بمعنى اخر ليس للموعود له في الغالب اجبار الواعد على تنفيذه قانوناً ولا قضاءً ألا إذا صدر الوعد معلقاً على شرط ، وفي هذه الحالة يكون الوعد قد خرج عن معنى الوعد المجرد وتزيا بصفة الالتزام والتعهد ويصبح حينها ملزماً لصاحبه على الرأي الغالب في الفقه .

نخلص الى القول بأن الاختلاف بين الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد والعقد الملزم لجانب واحد يكمن في كون ان العقد الملزم لجانب واحد هو عقد كسائر العقود الاخرى فلا يتم الا بوجود عاقدين وارتباط الايجاب الصادر من احدهم بقبول الاخر وفقاً لما تقضي به القواعد العامة في انشاء العقد وتكوينه ، أما الوعد فأنه يتم بأرادة واحدة [2] فالتعبير (من جانب واحد) إذا أضيف الى العقد فانه ينصرف إلى الاثر لا إلى التكوين ، وإذا اضيف إلى الوعد فأنه ينصرف إلى تكوينه لا إلى أثره هذا من جانب .

ومن جانب اخر يتحقق أيضاً في وقت نشوء الإلتزام ووجوب الوفاء به ، إلا أنه من حيث المبدأ كلاهما اتفاق [3] على انشاء التزام بيد إن لحظة نشوء هذا الالتزام تختلف كما مر بنا انفاً .

---

1 د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص82 .

2– د. عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص45 .

3 – الاتفاق : هو توافق ارادتين او اكثر على انشاء التزام او نقله او تعديله ، وفي مقابل ذلك نجد ان المشرع الفرنسي قد عرف العقد بموجب المادة /1101 مدني بأنه "اتفاق يلتزم به شخص او اكثر قبل اخر او اخرين يهدف الى انشاء التزامات او تعديلها او نقلها او انهائها" ، حيث يتضح من تعريف المشرع الفرنسي للعقد بانه قد فرق بين العقد والاتفاق حيث اعتبر العقد نوع من انواع الاتفاق، وتفسيراً لذلك يمكن القول بان كل عقد اتفاق وليس العكس ، فالعقد هو النوع والاتفاق هو الجنس ، فالاتفاق هو اتحاد ارادتين على انشاء التزام او نقله او تعديله او الغائه ، اما العقد فهو اجتماع ارادتين على انشاء التزام فالبيع وهو ينشئ التزام على البائع بنقل ملكية المبيع والتسليم ، وعلى المشتري التزام بدفع الثمن ففي هذه الحالة التصرف عبارة عن اتفاق قبل ان يكون عقد بالمعنى الفني الدقيق ، بينما الاتفاق على تخفيض ثمن المبيع هو اتفاق وليس عقد اذ انه يؤدي الى مجرد تعديل التزام المشتري ، نخلص الى القول بان هذه التفرقة لاتؤدي الى تحديد مسائل جوهرية تفيد اجراءات التعاقد بصورة مباشرة ، وان كانت هذه التفرقة تظهر في الاهلية فالاهلية المطلوبة في عقد ينشئ التزام ليست كالاهلية التي تتطلب لانهاء التزام ، للمزيد

الفرع الثاني

أدلة القائلين بإن الاشتراط وعد ملزم لجانب واحد

يحرص اطراف التعاقد في أغلب التعاقدات اليومية وبالخصوص عقود التجارة الدولية على تنظيم اتفاقات معينة تهدف إلى ابرام العقود النهائية المزمع ابرامها في المستقبل بعد أن يكون كل منهما على دراية تامة بظروف الطرف الاخر اولاً ومن ثم تحديد النقاط الاساسية والجوهرية لهذا التعاقد ، وهذا ما يحدث بالفعل في عقد البيع الدولي والذي يضع حجر الاساس لعقد الاعتماد المستندي [1] .

لذلك يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول [2] بان الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد بمعناه القانوني السليم والمستكمل لاركانه الاساسية و المطلوبة قانوناً لا يمكن أن يكون الا إنفرادياً يلتزم به طرف واحد هو الواعد فقط لمصلحة الطرف الاخر (الموعود له) .

فتنطوي وجهة النظر القانونية بالاستناد الى القول بأن واجب فتح الاعتماد المستندي بحسب ما نص عليه العقد الأساس إبرام عقد الإعتماد يعد إلتزام يقع على عاتق المشتري تنفيذه فيقوم بتقديم طلب فتح الاعتماد إلى المصرف بالاضافة الى قيامه برد قيمة المدفوعات التي تتم بموجب الاعتماد الى المصرف بغية ايصال ثمن البضاعة للبائع الذي يكون في الغالب من دولة أخرى وفقاً للقواعد والاعراف الدولية المعمول بها في ميدان التجارة الدولية ، بمعنى أنه يقوم بفتح الاعتماد المستندي لكي يتم الوفاء بالالتزامات المترتبة على الآمر مستنداً في ذلك إلى الأساس القانوني الذي نصت عليه المادة /273 – أولاً من قانون التجارة العراقي النافذ والتي جاء فيها "الاعتماد المستندي عقد يتعهد المصرف بمقتضاه بفتح اعتماد لصالح المستفيد بناء على طلب الآمر بفتح الاعتماد" .

ينظر =حلمي بهجت بدوي ، اصول الالتزامات – الكتاب الاول نظرية العقد ، الطبعة الاولى ، مطبعة نوري ، مصر – القاهرة ، 1943م ، ص43–44 .

1– د. محمد حسين عبد العال ، مصدر سابق ، ص141 .

2 – د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص 173 ، سماح يوسف اسماعيل السعيد ، مصدر سابق ، ص 38 ، عبد المطلب عبد الحميد ، البنوك الشاملة عملياتها وادارتها ، الدار الجامعية للنشر ، مصر – الاسكندرية ، 2000م ، ص 249 .

وهكذا يتبين بأن التزام المشتري بفتح الاعتماد لوفاء دين الثمن سبباً مقابلاً لتنفيذ البائع التزامه بتسليم البضاعة وبنفس الوقت سابق لالتزامات البائع على إعتبار إن هذا الإلتزام هو التزام أولي أو التزام ابتدائي مقدم على الالتزامات العقدية الاخرى جميعها.

بيد إن تساؤلاً يمكن أن يثار في هذا الصدد وهو كالأتي ، ماهو الاجراء في حال انقضت مدة العقد الاساس ولم يتم فتح الاعتماد المستندي من قبل المشتري ، هل يعتبر اخلال عقدي من قبله أو بالامكان فتح الاعتماد خارج هذه المدة ؟ .

بطبيعة الحال تحقق عملية دفع الثمن بالاعتماد المستندي للبائع والمشتري فوائد لا تقدمها أي وسيلة أخرى ، لأن تعهد المصرف يصدر قبل أن يباشر البائع بتنفيذ التزاماته التعاقدية ، إلا أنها على الرغم من ذلك تمكنه من الحصول على الثمن فور البدء بتنفيذ إلتزامه وتسليم المستندات التي تمثل البضاعة وتثبت حسن تنفيذه ألتزامه ، وفي مقابل ذلك تحقق للمشتري الحماية المتبادلة بحيث إنه لا يدفع الثمن بواسطة المصرف ألا إذا قدم البائع هذه المستندات ، و تمنحه الحق في التصرف بالبضاعة من خلال حيازته المستندات متى دفع ثمنها على أعتبار إن المصرف ينقلها إليه فور تلقيها من البائع ، لذلك يجب الأخذ بالحسبان مدة العقد الاساس ، فإذا انتهت هذه المدة أصبحت عملية فتح الاعتماد غير مجدية على اعتبار أن مدة العقد حاسمة ولا تقبل التراخي إذ إن البائع لا يقبل تجميع بضاعته والانتظار مدة طويلة ، لذلك يفترض به اقامة دعوى الفسخ والمطالبة بالتعويض مباشرة [1] .

نخلص إلى القول بان اشتراط فتح الاعتماد لا يمكن تكييفه كوعد ملزم لجانب واحد للأسباب الأتية:-

1- يتم الوعد الملزم لجانب واحد بإرادة واحدة من حيث التكوين ، بيد إن اشتراط فتح الاعتماد وليد ارادتين هما إرادة البائع وإرادة المشتري والتي إنبثق عنها العقد الأساس والذي يعد هذا الاشتراط أحد بنوده الأساسية .
2- ينشأ الوعد بالتعاقد من لحظة إبداء الموعود له رغبته في قبول الوعد ، بيد إن إشتراط فتح الاعتماد ينشأ من لحظة انعقاد عقد البيع الاساس .

1 – د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص71 .

3- من حيث الأصل تعد عملية فتح الاعتماد المستندي التزاماً يقع على عاتق المشتري تنفيذه ، إلا إن ما يمكن قوله في هذا الصدد بان هذا الالتزام هو التزام تبادلي ، فالغاية الاساسية من فتح الاعتماد هي تسوية ثمن العقد وبالتالي لا يعد فتح الاعتماد تسوية للثمن ما لم يتم ايداع الثمن فعلاً لدى المصرف الفاتح للاعتماد وفي مقابل ذلك ياتي دور البائع في تنفيذ التزامه التعاقدي من خلال قيامه بارسال المستندات التي تثبت شحن البضاعة وارسالها إلى المشتري والمطابقة لشروط العقد ووفقاً لما نص عليه ، فأذا لم ينفذ البائع هذا الالتزام لا يستحق الثمن في هذه الحالة [1] .

وعليه يمكننا القول بان اشتراط التسوية يعتبر وليد الارادة المشتركة للعاقدين هذا من جانب ، ومن جانب اخر يعد التزاماً تبادلياً يقع تنفيذه على عاتق الطرفين ، فمن جانب المشتري يتوجب عليه القيام بفتح الاعتماد ، وعلى البائع ارسال المستندات المطلوبة بموجب العقد الاساس ، لذلك لانجده يتلائم مع فكرة الوعد الملزم لجانب واحد .

المبحث الثاني

تحديد الطبيعة القانونية للاشتراط على وفق العقد الاساس

تكمن الغاية الاساسية في تحديد الطبيعة القانونية لاشتراط التسوية في تحديد النظام القانوني الذي يخضع له ، فالطبيعة القانونية تعني الطريق الذي رسمه القانون في اخضاع الواقعة أو الفعل لقانون معين .

لذلك نجد إن معرفة هذه الطبيعة للأشتراط في العقد الاساس تبلغ من الاهمية ذروتها سواء بالنسبة للمتعاقدين او للغير ، وعليه نجد أن الأراء ألفقهية تعددت بصدد تحديد هذه الطبيعة فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بان هذا الاشتراط يعد ركناً في عقد البيع الاساس المبرم بين الطرفين ، وفي مقابل ذلك يذهب رأي آخر إلى القول بان الاشتراط يعد شرطاً في العقد الاساس ، وفي خضم هذا الجدل الفقهي يتوجب علينا تقسيم هذا المبحث على مطلبين ، سوف نتناول في المطلب الاول الاتجاه القائل بان الاشتراط ركن في العقد الاساس ، إما في المطلب الثاني فسوف نتناول الاتجاه الفقهي القائل بان الاشتراط يعد شرطاً في العقد الاساس .

---

1 – د. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص 109 .

المطلب الاول

الاتجاه الفقهي القائل بان الاشتراط ركن في العقد الاساس

يمثل العقد قمة الهرم القانوني من بين التصرفات القانونية التي يجريها الافراد في تعاملاتهم المستمرة وبالخصوص عقد البيع والذي اصبح يشغل مكانة مرموقة في التعاملات التجارية عموماً وفي نطاق عقود التجارة الدولية على وجه الخصوص ، فهو المحرك الرئيس لها عبر مختلف الازمنة فضلاً عن كونه يمثل حلقة محورية تدور حولها مجموعة علاقات قانونية عقدية متكاملة ، وبالتالي نجده قد حاز اهمية بالغة كونه يعد من العقود التي لا تنفذ الا بابرام عقود اخرى تتصل به اتصالاً مباشراً ، ومنها عقد النقل وعقد التأمين وعقد الاعتماد المستندي ، ومدى الاتصال الوثيق بينهما وهذا الاخير الذي يمثل محور دراستنا .

لذلك ينبغي قبل الولوج في موضوع الاتجاه القائل باعتبار الاشتراط ركناً لابد من التطرق إلى تحديد مفهوم الركن ابتداءً ومن ثم الخوض في أدلة هذا الاتجاه وما توصل إليه ، لذلك سوف نقسم هذا المطلب على فرعين ، سوف نتناول في الفرع الاول مفهوم الركن في العقد الاساس ، أما في الفرع الثاني فسوف نتناول ادلة القائلين بإن الاشتراط ركناً في العقد الاساس .

الفرع الاول

مفهوم الركن في العقد الاساس

يجيز مبدأ سلطان الإرادة للأطراف تحديد مضمون العقد برضاهم ما دام غير مخالف للنظام والاداب العامة ، وهذا ما يعرف بمبدأ حرية التعاقد الذي يجعل أنواع العقود التي يمكن ابرامها لا حصر لها وهي ما تعرف بالعقود غير المسماة ، لذلك فللعقد نظرية عامة في القانون المدني تنضوي تحتها الأحكام ألأساسية التي تحكم جميع العقود ومن هذه الأحكام أركانه الرئيسة التي نص عليها القانون وهي الرضا والمحل والسبب .

فللعقد أركان وشروط ، فقد عرف الركن إصطلاحاً بأنه [1] "مايكون به قوام الشئ ووجوده بحيث يعد جزءً من ماهيته وبذلك يعتبر قوام الشيء بركنه لا من القيام ذاته" [2].

وقد عرف أيضاً بأنه : "ما يتوقف عليه اساس وجود الشيء حتى وإن كان خارجاً عن ماهية ذلك الشيء " [3].

بينما ذهب رأي اخر إلى القول [4] بأن الركن في العقد هو :ما يتوقف على تحققه العقد وكان جزءً من مفهومه الاساس ، مثل التراضي أي اتفاق ارادتي العاقدين المعبر عنهما بالايجاب والقبول ، وعليه فان كل ارادة من تلك الارادتين يتوقف وجود العقد على تحققها وبالنتيجة يعد كل منهما جزء من مفهومه ، وبالتالي فكل منهما إذاً ركن للعقد [5] .

يتضح من خلال التعريفات التي طرحت بصدد إيضاح مفهوم الركن بأنها اتفقت على فكرة واحدة تشير الى كونه عاملاً أساساً يتحقق بوجوده وجود الشيء ويلزم من عدمه العدم ، وهذا ما يشترك به أيضاً مع مفهوم الشرط ، بيد إن الاختلاف بينهما يتحقق من خلال كون الركن يمثل جزء من ماهية الشيء ، وبالمقابل نجد إن الشرط يعد خارج

---

1 – الركن عرف لغة بأنه : "جانب الشئ الذي يستند اليه ويقوم به" ، وهو يأوي الى ركن شديد اي عزة وصفة ، وعرف ايضاً بأنه "احد الجوانب التي يستند اليها ويقوم بها ، و ركن الشئ جانبه الاقوى ، وقيل ايضاً ما يتقوى به من ملك وقوم وسند" ، للمزيد ينظر ابي الحسن بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، الجزء الثاني ، مادة ركن ، دار الفكر العربي ، مصر ، بدون سنة نشر ، ص430 ، عبد الكريم بن علي بن محمد ، المهذب في علم اصول الفقه المقارن ، الجزء الخامس ، الطبعة الاولى ، مكتبة الرشد ، الرياض ، 1963م ، ص19 ، ابراهيم انيس ، المعجم الوسيط ، الطبعة الرابعة ، مكتبة الشروق الدولية للنشر ، مصر – القاهرة ، 2004م ، ص395 .

2- ينظر محمد بن حمزة بن محمد شمس الدين ، تحقيق محمد حسين محمد حسن اسماعيل ، فصول البدائع في اصول الشرائع ، الجزء الاول ، دار الكتب العلمية ، لبنان – بيروت ، 2006م ، ص239 ، علي ابن محمد الجرجاني ، معجم التعريفات ، دار الفضيلة للنشر ، السعودية – الرياض ، بدون سنة نشر ، ص97 .

3 – د. وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، دار القلم للنشر ، سوريا – دمشق ، 1985م ، ص54 ومابعدها .

4 – سه ركه وت سليمان عمر ، تقويم الصياغة التشريعية لنظرية العقد – دراسة تحليلية مقارنة ، اطروحة دكتوراه – جامعة الموصل ، كلية الحقوق ، 2016م ، ص123 .

5 – المصدر والصفحة نفسها .

نطاق الماهية وبالنتيجة لا يؤدي عدم تحققه الى بطلان العقد ، وإنما من الممكن أن يعطي الحق للمتعاقد في طلب الفسخ إذا تحققت شروطه .

وفي مقابل ذلك يذهب رأي من الفقه القانوني إلى القول [1] بالتفرقة بين الشروط والاركان في العقد من خلال قوله بأن الشرط الذي يكون مصدره القانون لا يعتبر شرطاً بالمعنى المعروف ، لأن الشرط أمر عارض لا يدخل في ماهية الشيء وتكوينه وبالتالي يمكن تصور الحق من دونه غير ان ما يتطلبه القانون لإنعقاد العقد ليس كذلك ، فهذا يدخل في ماهية العقد وتكوينه ولا يمكن تصور وجود للعقد من دونه وهذا ما يعتبر ركناً للعقد لاشرطاً فيه مثل لزوم ان يكون الثمن والمبيع في عقد البيع معلوماً ، اي معينا تعيينا نافياً للجهالة والغرر وفقاً لمانصت عليه المواد (526 ، 514) مدني عراقي وبالتالي فان عقد البيع الصحيح يتوقف تحققه على هذه الصفة ولكنها في الوقت ذاته لا تعتبر جزء من مفهومه [2] ، اي تعد شرطاً لاركناً فيه .
وبالنتيجة فإن البطلان هو الجزاء المترتب نتيجة تخلف أحد الأركان الاساسية للعقد و إنعدام اثره القانوني فيصبح منعدم الوجود و لاحاجة الى تقرير البطلان عند ذلك .

الفرع الثاني

أدلة القائلين بان الاشتراط ركن في العقد الأساس

في خضم الجدل القانوني حول تحديد طبيعة الاشتراط ، نجد أن القانون المدني العراقي النافذ لم ينص على تحديد هذه الطبيعة في العقد الاساس وبغية سد الفراغ الذي يعتري النصوص التي تنظم احكام الاعتماد المستندي فقد برز دور الفقه القانوني في هذا الجانب ، إلا أن ما نجده في دورهم هذا ما هي الا اشارات متناثرة لا تتصف بشيء من التفصيل والدقة .
بادئ ذي بدء يرتكز العقد في القوانين اللاتينية وعلى رأسها القانون المدني الفرنسي قبل التعديل والقوانين التي تأثرت به منها القانون المدني العراقي النافذ والقانون المدني المصري على ثلاثة اركان اساسية وهي (الرضا ، المحل ، السبب) ، بخلاف نهج القانون الانكليزي العرفي والذي يعتمد على السوابق القضائية والذي

1 – للمزيد ينظر د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص34 .

2 – سه ركه وت سليمان عمر ، مصدر سابق ، ص 123 .

يرتكز العقد الرضائي فيه على ثلاثة أركان أيضاً وهي التراضي ، والنية التعاقدية لانشاء العقد ، والعوض اي ثمن العقد [1] ، فهذه الاركان لاتختلف كثيراً عن الاركان التي نادت بها المدرسة اللاتينية القديمة ، فالتراضي والسبب يشتركان بتنظيمها ، بيد ان المشرع الانكليزي قد إنفرد بموضوع العوض إذ عدٌ إن مقابل الإلتزام ركن في العقد ولم يشر إلى المحل على إعتبار إن المحل ركن في الالتزام لا في العقد المبرم بين الطرفين .

وفي واقع الأمر نجد أن الموقف قد تغير بعد قيام المشرع الفرنسي باصدار المرسوم الجمهوري بالعدد (131-2016) والمؤرخ في 10 فبراير 2016 ، والذي تخلى بموجبه المشرع الفرنسي عن أهم ركنين من اركان العقد وهما (المحل والسبب) واللذان يعتبران من ثوابت نظرية العقد [2] ، وقد استعاض عنهما بركن جديد وهو (مضمون العقد) والذي استحدثه بموجب تعديل نص المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي [3] .

فالسؤال الذي يمكن طرحه في هذا الصدد هل بالامكان الاستفادة من هذا الركن الذي استحدثه المشرع الفرنسي في تحديد طبيعة اشتراط فتح الاعتماد بالنسبة لعقد البيع الاساس؟ .

إبتداءً وقبل الاجابة على هذا التساؤل نود الايضاح بإنه يوجد خلاف فقهي بصدد استخدام المصطلح ، فقد استخدم هذا المصطلح للاشارة إلى نطاق العقد [4] ، وهناك من استخدم مضمون العقد [5] فلا مشاحة في الاصطلاح فالنتيجة واحدة وتشير إلى ذات المعنى ، فالمضمون ينصرف إلى معنى المحتوى أو الوعاء العقدي الذي تندرج

---

1 – د. يونس صلاح الدين علي ، مضمون العقد كركن جديد من اركان العقد المدني الفرنسي – دراسة تحليلية مقارنة بالقانون الانكليزي والعراقي ، مجلة الرافدين للحقوق ، العدد الثامن والستون ، المجلد التاسع عشر ، السنة 2021م ، ص2 .

2 – د. عمر عمور ، جوهر العقد – دراسة مقارنة على ضوء الفقه والقضاء الفرنسي ، مجلة الدراسات القانونية المقارنة ، المجلد السابع ، العدد الاول ، 2021 ، ص 1157 .

3- Ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations .

4 – د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص408 ، د. بلحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، دون سنة نشر ، ص268 .

5 – د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني – الالتزامات ، المجلد الاول ، الطبعة الثانية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 2018م ، ص316 .

فيه الحقوق والالتزامات العقدية المترتبة على اطرافه ، بينما يشير معنى النطاق إلى حدود تلك الالتزامات والحقوق أي الوعاء والوعاء هنا يتمثل بالعقد نفسه[1] ، لذلك يمكننا القول بان مصطلح (مضمون العقد) أقرب للصواب كونه يجمع المعنين في آن واحد .

وقد عرف رأي من الفقه الفرنسي مضمون العقد بأنه[2] :"مجموعة من الالتزامات التي تمكن طرفي التعاقد من تحقيق هدف التعاقد وفي ضوئه يتم تحديد النتيجة التي يتعين تحقيقها ومدى الوسائل التي يستعان بها لتحقيق تلك النتيجة " .

وعرف أيضاً بأنه[3] (ما يتوافق مع النظام والاداب العامة ومنع أي إخلال بالالتزامات التعاقدية الاساسية وتنفيذها على نحو يحقق هدف وسبب وجودها من خلال مفهوم قانوني واحد وهو مضمون العقد) .

من خلال التعريفات المتقدمة يمكننا القول بأن فكرة مضمون العقد تشير الى كونه التزاماً جوهرياً واجب النفاذ على أطراف العلاقة التعاقدية من خلال ما ينصرف إليه من قواعد امرة توجب على الاطراف اتباعها والدليل أن التعريف الاخير قد ربط بينه وبين موضوع النظام والأداب العامة وبخلافه يصار إلى بطلان العقد على اعتبار انه تخلف فيه ركن من أركان العقد الاساسية .

لذلك يرى أنصار هذا الاتجاه[4] بإن الإشتراط يعد إشتراطاً لعنصر جوهري في العقد ألأساس بحيث إذا أشير إليه في مفاوضات إبرام العقد فلا يعتبر العقد قد أبرم إلا إذا تم التراضي على جميع عناصر هذا ألإلتزام ولو أتفق على العناصر ألأخرى كافة لأنه شرط جوهري في العقد .

---

1 – علي فيصل الصديقي ، مضمون العقد بين الشرعية الشخصية والموضوعية – دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان– بيروت ، 2019م ، ص33 .

2 –Paul-abdré carpeau K le couteu obligatoire d' un contrat , N l mars 1965 .

3-Aurélien bomadé, la licéités du contenu du contract ou la conformité de ses sttipulaation et de son but à l'ordre publiée, 28 février 2017 .

4 – د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص61 ، د. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص40 ، Gutteridge and Megrah's, op.cit. p 263 .

ومما يلاحظ بإن هذا الإتجاه قد أسس رأيه على فكرة الالتزام الجوهري على اعتبار أن الالتزام الجوهري يمثل العمود الفقري الذي على اساسه تحدد وتكيف العلاقة العقدية ، لذلك ينبغي التطرق إلى مفهوم الالتزام الجوهري للوقوف على معناه الدقيق.

فقد عرف الالتزام الجوهري بانه[1] : "ذلك الالتزام الذي لايتصور وجود للعقد من دونه ، وهو الذي يعبر عن طبيعته وبتخلفه قد يبطل العقد او قد يدخله في نطاق عقد اخر" .

ويعرف أيضاً بأنه [2]: "الالتزام الذي يكون وجوده لازماً لنشأة العقد " .

يشير هذا التعريف إلى اعتبار هذا الالتزام عنصراً اساسياً في تكوين ونشأة العقد وبهذا يتشابه دوره مع دور الأركان الاساسية التي يرتكز عليها العقد .

وقد عرفه آخرون بأنه [3] : "هو الالتزام الذي يضفي على العقد معناه ، ومن دونه لا يكون للرابطة العقدية اي منفعة بالنسبة للأطراف" ، من خلال هذا التعريف يتضح لنا بان هذا الالتزام يمكن أن يبين صفة العقد وطابعه العام من جانب ، واعتباره يحقق المنفعة و التوازن العقدي من جانب اخر .

وتفسيراً لذلك نجد أن التعريفات المتقدمة قد أوضحت مفهوم الالتزام الجوهري بأنه التزام يسمو على جميع الالتزامات العقدية الاخرى ويعد العمود الفقري للعقد المبرم بين الطرفين وبخلافه لايتصور وجود للعقد من أساسه ، الا أن التعريف الأول قد اشار إلى نقطة أساسية وهي اعتبار هذا الالتزام يحدد طبيعة العقد من جانب وبتخلفه يؤدي إلى بطلان العقد او تحوله [4] في بعض الاحيان .

1- Ch. Deslauriers-Goulet, l'obligation essentielle dans le contrat, les cahiers de droit. Vol.55.n 4,2014, p927 .

2- Ch. Deslauriers-Goulet, op.cit.p.928 .

3- P. Fréchette, La qualification des contrats, aspects pratiques, Les cahier de droit, vol 51, p.p 375-377.

4 – تحول العقد: هو امكانية تحول العقد الباطل الى عقد اخر صحيح اذا تحققت شروط هذا العقد الاخير واتضح انصراف ارادة الطرفين المتعاقدين الى ابرامه ، لذلك يمكننا القول في هذا الصدد ، الى اي عقد يمكن ان يتحول عقد البيع في هذه الحالة ، ولو فرضنا جدلاً ان العقد سيتحول الى عقد اخر فمن المفترض انه سيتحول الى عقد هبة او عقد تبرع اذا لم تحدد الية تسليم الثمن او لم يحدد الثمن من اساسه ، او بالامكان انه سيتحول الى عقد غير مسمى يتفق الاطراف على تحديد مضمونه ونطاقه العام

وتجدر الاشارة إلى القول بوجود عقبة أخرى تواجه تنفيذ العقد وهي كيفية تحديد ما هو جوهري و غير جوهري من الالتزامات العقدية ، وبالتالي فقد طرحت نظريات عديدة في تحديد جوهرية الالتزام من عدمه ، فقد ذهب البعض الى القول [1] بان الالتزام الجوهري ينقسم على نوعين ، الاول التزام جوهري بطبيعته ، والآخرالتزام جوهري تحدده ارادة الطرفين ، وهذا التحديد يستند الى معيارين ، الاول معيار موضوعي خارج عن ارادة الطرفين ، والاخر ذاتي [2] يخضع لهذه الارادة ، فالالتزام الجوهري بطبيعته اي (الموضوعي) ، في بعض الاحيان يكون بالامر اليسير تحديد الالتزام الجوهري عن الالتزام الثانوي ، ففي بعض الحالات قد يأخذ العقد تسميته من هذا الالتزام الجوهري كما في حالة عقد الصيانة ، فالالتزام الجوهري في هذا العقد هو اجراء الصيانات المطلوبة من قبل الطرف الاخر والذي اخذ العقد طابعه العام .

بيد إن الأمر يختلف في عقود اخرى لذلك نجد أن القضاء قد اخذ عند محاولته اجراء التفرقة بين الالتزام الثانوي والالتزام الجوهري على اعداد قائمة تتضمن الالتزامات الجوهرية والتي تتناسب مع طبيعة كل عقد على حدة ، مثال ذلك عقد البيع فالالتزام الجوهري فيه بالنسبة للبائع هو تسليم المبيع أي وضعه تحت تصرف المشتري ، وبالنسبة لهذا الاخير هو دفع الثمن ، فهذا الالتزام المحدد بالنسبة لكل طرف ، فالتسليم يعد هو الفعل المحدد لعملية البيع التي سيظهر بها العقد في النهاية [3] .

أما الاخر والذي تتولى ارادة الأطراف تحديده في العقود التي تعتمد على مبدا الرضائية ، فقد جرت العادة على قيام الاطراف بتحديد الالتزامات الجوهرية عن طريق بند في العقد يستعمل لتسليط الضوء على الالتزام الجوهري كتعديل السعر ، أو آلية تسديده ، أو لتعزيز التزام موجود بالاساس في العقد [4] ، ، وليس أبلغ في الدلالة

للمزيد ينظر د. ريزان حمودي كريم ، تصحيح الاجراءات القضائية في نزاعات العقود الدولية وفق فكرة تحول وانتقاص العقد ، مجلة اكليل للدراسات الانسانية ، العدد الثالث عشر ، 2023م ، ص1353 .

1 – د. عمر عمور ، مصدر سابق ، ص 1146 .

2- Ph. jestaz, l’obligation et la sanction a la recherche d’une obligation fondamental, dansMélanges offerts à Paul Raynaud, Dalloz-Sirey, 1995,P.273 .

3- Christelle Pouliquen, Le rôle de la volonté en matière de qualification des contrats , Revue juridique de l’Ouest , 2004, p 418 .

4 – د. عمر عمور ، مصدر سابق ، ص 1149 .

ممـــا اشـــارت اليـــه اتفاقيـــة فيينـــا لعـــام 1980 [1] والتـــي اعطـــت البـــائع الحـــق فـــي اعتبـــار دفـــع الثمن سبباً لتسليم البضاعة إلى المشتري أو تسليم مستنداتها .

فهـــذا يقودنـــا الـــى تســـاؤلات عديـــدة ابرزهـــا هـــل بالامكـــان اعتبـــار الالتـــزام الجـــوهري ركنـــاً جديـــداً يضـــاف إلـــى الأركـــان الاساســـية التـــي يرتكـــز عليهـــا العقـــد الاســـاس كمـــا ذهـــب إلـــى ذلـــك أنصار هذا ألإتجاه .

فقـــد ذهـــب رأي مـــن الفقـــه القـــانوني [2] بصـــدد الاجابـــة علـــى هـــذا التســـاؤل الـــى القـــول بـــان الالتـــزام الجـــوهري يجـــد اساســـه القـــانوني فـــي محـــل العقـــد (مضـــمون العقـــد) فنجـــد ان هـــذا الـــرأي مـــا هـــو الا انعكـــاس الـــى مـــا ذهـــب إليـــه المشـــرع الفرنســـي بموجـــب التعـــديل الاخيـــر والـــذي ركـــز علـــى ركـــن المحـــل فـــي تنظـــيم أركـــان العقـــد الاساســـية ، إلا أنـــه قـــد ذهـــب أبعـــد مـــن ذلـــك واضـــاف نوعـــاً اخـــر للمحـــل وهـــو محـــل ألأداء أي ألشـــيء موضـــوع ألأداء ، بيـــد أنـــه ركـــز علـــى تقســـيم محتـــوى العقـــد إلـــى التزامـــات عديـــدة ، يـــأتي فـــي مقـــدمتها الجوهريـــة وهـــي التـــي تعـــد جـــوهر العقـــد والتـــي مـــن دونهـــا لايمكـــن للعقـــد البقـــاء أو الاســـتمرار وتخلـــف أحـــدها يمكـــن أن يعـــدم العقـــد أو يغيـــر مـــن طبيعتـــه [3] ، كمـــا فـــي عقـــد البيـــع فـــأن جـــوهره وجـــود شـــيء مـــا للبيـــع وان هنالـــك ســـعر (شـــراء) ، وبالتـــالي إذا بـــاع شـــخص شـــيئاً مـــا يعلـــم انـــه غيـــر موجـــود فـــلا يكـــون هنالـــك عقـــد ولايكـــون هنـــاك بيـــع بـــدون شـــئ تـــم بيعـــه ، وبالمقابـــل إذا تخلـــف الســـعر او انعـــدم فـــلا نكـــون امـــام عقـــد بيـــع فالحـــديث يكـــون هنالـــك عـــن عقـــد هبـــة أو عقـــد تبـــرع ، ويـــأتي بعـــدها الالتـــزام الطبيعـــة ، اي الالتزامـــات التـــي تســـتمد مـــن طبيعـــة العقـــد دون أن تكـــون جـــوهراً لـــه ، فهـــذه الالتزامـــات يمكـــن ان يقـــوم العقـــد بـــدونها وانهـــا يمكـــن ان تســـتبعد مـــن العقـــد بـــارادة الطـــرفين وقـــد اعتبـــرت هـــذه العناصـــر بانهـــا تشـــكل نطـــاق تطبيـــق الشـــروط المعدلـــة للمســـؤولية ، واخيـــراً هنالـــك التزامـــات عرضـــية ، فهـــذه الالتزامـــات

---

1 – جاء في اتفاقية فيينا المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع لعام 1980 بموجب مادتها /58 الفقرة /1 والتي نصت "اذا لم يكن المشتري ملزماً بدفع الثمن في وقت محدد ، وجب عليه ان يدفع الثمن عندما يضع البائع البضائع او المستندات التي تمثلها تحت تصرف المشتري وفقاً للعقد وهذه الاتفاقية ، ويجوز للبائع ان يعتبر الدفع شرطاً لتسليم البضائع او المستندات" .

2 -Ph. Delebecque, Les clauses allégeant les obligations dans les contrats, op.cit, p158.

3 – د. عمر عموري ، جوهر العقد – دراسة مقارنة على ضوء الفقه والقضاء الفرنسي ، مجلة الدراسات القانونية المقارنة ، المجلد السابع ، العدد الاول ، 2021 ، ص 1156 .

ليست ناتجة عن جوهر العقد ولا من طبيعته وبالامكان تضمينها في العقد بموجب بنود خاصة بها [1] .

فالالتزام الجوهري يكمن في الفئة الاولى من الالتزامات التعاقدية وبالتالي يمكن تفسيره من خلال نظرية محل العقد ولهذا السبب غالباً ما يفهم محل العقد على انه المحتوى الجوهري للعقد ، لذلك يذهب البعض الى القول [2] بان محل العقد لا يعد مجرد مضمون بسيط للعقد بيد أنه يعد المحتوى الاساسي والجوهري له وبذلك أورد تعريفاً لمحل العقد بأنه "الاداء الذي تتدخل ارادة الاطراف من اجله والذي تدور حوله المنفعة الاقتصادية للعقد ، فيصبح هذا الاداء بعد الابرام محلا لالتزام ما ، فيكون هذا الاداء هو العنصر الذي إذا فقد لايمكن لاطراف العقد ان يفكروا بابرامه أصلاً " .

ومن الواضح أن المحل العقد يمكن أن يكون انعكاساً لمفهوم الالتزام الجوهري ، إلا أن ما يمكن قوله بان ارتكاز الالتزام الجوهري على عنصر المحل وحده غير كافٍ فلا بد من الركون الى عنصر اخر ، فمن الأجدر أن يكون هذا الركون الى عنصر السبب ، فالسبب يعتبر العنصر الملازم للعقد ، فيمثل حتماً النظير المقابل للالتزام ، ففي العقود الملزمة للجانبين يكون التزام كل طرف مقابلاً لالتزام الطرف الاخر (فيكون كل طرف دائن ومدين في وقت واحد) ، وبذلك يتحقق التوازن العقدي بين الالتزامات المتقابلة للاطراف ، فأذا فقد أي من هذه الالتزامات فان التوازن سيختل وبالمقابل سوف ينقضي العقد من أساسه ، على اعتبار أنه لا وجود لالتزام متعاقد من دون مقابل ، وعليه يعد هذا الترابط الذي يجعل التزام كل طرف سبباً لالتزام الطرف الاخر يعتبر التزاماً جوهرياً . [3] .

خلاصة القول ومن خلال الطروحات التي قدمها انصار هذا الاتجاه باعتبار ان الاشتراط ركن من اركان العقد الاساس والادلة التي سيقت انفاً يمكننا مناقشتها على النحو المتقدم :-

---

1 – جورج سيوفي ، النظرية العامة للموجبات والعقود ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، مكتبة الحلبي الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 1994م ، ص152 .

2– Ph. Delebecque , op.cit. p.162 .

3 – د. عمر عموري ، مصدر سابق ، ص 1158 .

1- ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى اعتبار الاشتراط ركناً من اركان العقد الاساس على وفق ما ذكر اعلاه ، بيد أن ما يمكن ملاحظته أن النتيجة المترتبة عن اخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه بفتح الاعتماد المستندي هي فسخ العقد [1] ، فهذه النتيجة تتحقق عند الاخلال بتنفيذ التزام تعاقدي أو الاخفاق في تنفيذ أحد بنوده بعكس اختلال احد الاركان والذي يؤدي بالنتيجة إلى انعدام العقد من أساسه وبطلانه .

2- من ألثابت بإن عقد البيع من العقود المسماة والتي تولى المشرع تنظيم احكامها وأركانها وأثارها مما يقودنا إلى القول بانه لا يمكن أضافة أو الغاء أحد أركانه أو تعديل أحكامه من دون تدخل تشريعي بهذا الخصوص .

3- إن هذا الاتجاه أكثر انسجاماً مع أحكام القانون الانكليزي ، والقانون الفرنسي بعد التعديل الاخير الذي طال اركان العقد الاساسية ، بينما لا نجده يتلائم مع أحكام ونصوص القانون المدني العراقي و المصري النافذ .

4- طرح أنصار هذا الاتجاه رأيهم وأسسوا فكرتهم على اعتبار أن اشتراط التسوية يعتبر التزاماً جوهرياً ، بيد اننا لم نجد معياراً ثابتاً لتحديد ما يعتبر التزاماً جوهرياً او التزاماً ثانوياً ، والدليل وجدنا أن هذه المسألة هي محل خلاف بين الفقهاء بصدد تحديدها .

وبالنتيجة يمكننا القول بأننا لا نؤيد هذا الاتجاه في ما ذهبوا إليه من اعتبار أن الاشتراط ركن من أركان العقد الأساس على وفق ما ذكر اعلاه من جانب ، ومن حيث كونه لا يتلائم مع احكام النصوص التشريعية النافذة من جانب اخر .

1- Gutteridge and megrah's, op.cit. p.49 .

المطلب الثاني

الاتجاه القائل بإن الاشتراط شرط في العقد الاساس

يعد عقد الاعتماد المستندي أحد اثار عقد البيع (الاساس) وإن كان مستقلاً عنه ، إلا أن عقد الاعتماد يتم بمناسبة عقد البيع الدولي فلا يتم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد البيع إلا إذا ضمن كل من أطرافه الوسيلة الملائمة لتنفيذ الطرف الاخر لالتزامه ، ومن هنا ظهرت أهمية الاعتماد المستندي في تنفيذ عقد البيع الدولي على اعتبار أنه يمثل أحد بنوده الاساسية وشروطه الحاكمة في تنفيذ ما جاء فيه .

بيد أن ما نود الإشارة إليه بان هذا الاشتراط الوارد في عقد البيع للتسوية بموجب عقد الاعتماد المستندي والذي يذهب أنصار هذا الاتجاه الى اعتباره شرطاً مقترناً بالعقد ، ولرب سائلاً يسأل عن خصوصية اعتباره شرطاً مقترناً بالعقد وليس شرطاً تعليقياً ، فهذا ما سوف يتم التطرق إليه في هذا المطلب .

لذلك سوف نقسم هذا المطلب على فرعين ، سوف نتناول في الفرع الاول منه مفهوم الشرط في العقد الاساس ، أما في الفرع الثاني فسوف نتناول أدلة القائلين بان الاشتراط يعد شرطاً في العقد الاساس المبرم بين البائع والمشتري .

الفرع الاول

مفهوم الشرط في العقد الاساس

تطرقنا في الفصل السابق إلى مفهوم الشرط بصورة عامة وتحديد معناه الاصطلاحي وكذلك الشرط المقترن بالعقد ، لذلك سوف نتناول في هذا الفرع بعض التعريفات التي تقتضيها الضرورة البحثية للتاسيس إلى فكرة الشرط في العقد الاساس .

وبطبيعة الحال لا يقتصر دور الارادة في انشاء وابرام التعاقدات بين الاطراف بل تتعدى ذلك إلى تنظيم الشروط والالتزامات التي تتضمنها هذه العقود مادامت ضمن نطاق الاداب والنظام العام وتحقق مصلحة الاطراف ، وأبرز هذه الشروط هو الشرط المقترن بالعقد .

فقد عرف الشرط المقترن بالعقد بأنه [1] : التزام يضاف الى صلب العقد عند انشائه بحيث يصبح جزءً من اجزاءه التي تم التراضي على أساسها .

من خلال التعريف المتقدم يتضح أن الشرط المقترن بالعقد يضاف إلى صلب العقد الاساس سواء كانت هذه الاضافة سابقة على التعاقد أم لاحقة له ، فلا يؤثر ذلك في تكوين العقد كون ان العقد قد انعقد ابتداءً ، بيد ان ما تجدر الاشارة إليه أن حكم هذا الشرط لايؤثر على نشوء العقد بل يؤثر على تنفيذه .

وقد عرف ايضاً بأنه [2] "كل ما يشترطه الطرفان المتعاقدان لتحديد علاقتهما وتعيين التزاماتهما وحقوقهما الناشئة عنها" .

من خلال هذا التعريف نستشف بإن واضعه قد حاول تحديد آثار الشرط وأبرازها أكثر من تحديده لمفهومه بالدرجة الاساس .

بيد أن البعض الاخرقد عرفه بأنه [3]: "التزام أمر مستقبل ممكن ومشروع يضيفه المتعاقدان إلى العقد المبرم بينهما بحيث يتقيد به اثر العقد تغييراً أو تعديلاً أو اضافة".

اشار التعريف المتقدم الى ان الشرط الذي اتفق عليه المتعاقدان يحدث اثراً في العقد وهذا الاثر يمكن أن يكون تغييراً او تعديلاً أو اضافة لأحكام العقد الاساسية وهذه الاضافة التي انبثقت عن الارادة المشتركة للمتعاقدين والتي صيغت كشرط اضيف للعقد ، أصبحت جزء لا يتجزء منه وتمثل أحد بنوده الاساسية لاسيما وان هذه هي الغاية الاساسية التي يهدف الشرط المقترن بالعقد الوصول اليها وبالوقت نفسه لا تؤثر على نشأة العقد وتكوينه ، وانما يظهر اثره في تنفيذ العقد ولربما يؤدي الاخلال في تنفيذه إلى فسخ العقد والمطالبة بالتعويض اذا كان له مقتضى ما لم يكن هذا الاخلال راجعاً إلى تاثير السبب الاجنبي .

1- د. محمد عثمان شبير ، مصدر سابق ، ص61 .

2 – د. صبحي المحمصاني ، محاضرات في القانون المدني اللبناني – الاوصاف المعدلة لاثار الالتزام ، مطبعة نهضة مصر ، مصر – القاهرة ، 1958م ، ص57 .

3 – د. ايمان طارق الشكري ، د. منصور حاتم الفتلاوي ، التمييز بين شرطي التعليق والتقييد ، بدون مكان طبع ، بدون سنة نشر ، ص7 .

وليس أبلغ في الدلالة ممّا نصت عليه المادة /211 مدني عراقي[1] والتي جاء فيها "إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لايد له فيه كأفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك" .

ولعلّنا نتسائل في هذا الصدد عن وقت تحقق المسؤولية التعاقدية نتيجة الاخلال بتنفيذ اشتراط التسوية ولا سيما وأن التزام المتعاقد بموجب هذا الاشتراط هو التزام بتحقيق غاية وليس ببذل عناية ، فهل يكون باثر رجعي ليشمل العقد الاساس أو من لحظة نشوء السبب الأجنبي ؟

إذ إنّ الثابت بأن الالتزام الذي يكون طبيعته تحقيق غاية ، يكون في هذه الحالة افتراض مسبق على الشخص المكلف بالقيام به وملزم بتحقيق النتيجة المرجوة منه وبعكسه تتحقق مسؤوليته العقدية اتجاه الطرف الاخر ، لذلك فأن خطأه مفترض مسبقاً وليس مطلوب منه نفي الخطا حتى تنتفي عنه هذه المسؤولية ، بل عليه ان يثبت السبب الاجنبي والذي ينفي بدوره تحقق اثر هذه المسؤولية .

أما بصدد وقت تحقق الشرط وقيام المسؤولية فنجد أن المادة /290 /2 مدني عراقي قد نصت على "... لايكون للشرط اثر رجعي إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن بسبب اجنبي لايد للمدين فيه" .

يتضح مما سبق بان تحقق المسؤولية من تاريخ حدوث السبب الاجنبي وليس له اثر رجعي ، لذلك يمكننا القول بان اخفاق المتعاقد في تنفيذ اشتراط التسوية يؤدي بالنتيجة الى الفسخ ، بيد ان المتعاقد (المشتري) لاتتحقق مسؤوليته بوجود السبب الاجنبي [2]

---

1 – وكذلك نص المادة /1218 من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها "تتحقق القوة القاهرة في المسائل التعاقدية عندما يمتنع على المدين تنفيذ التزامه نتيجة حادث خارج عن سيطرته ولم يكن بالامكان على نحو معقول توقعه عند ابرام العقد ولم يكن من الممكن تجنب اثاره باتخاذ التدابير المناسبة ، اذا كان المانع مؤقتاً يوقف تنفيذ العقد ما لم يكن التاخير الناجم عنه مبررا لفسخ العقد ، واذا كان المانع نهائياً يعتبر العقد مفسوخاً بقوة القانون ويبرأ الاطراف من التزاماتهم طبقاً للشروط المنصوص عليها في المواد 1351 و 1351–1" ، فمن خلال النص المتقدم نجد ان المشرع الفرنسي قد ميز بين نوعين من الاسباب ، وهي الاسباب النهائية والاسباب المؤقتة وقد جعل فسخ العقد في الاولى بقوة القانون اما في الثانية فأعطى الحق في ايقاف العقد لحين وزال السبب المانع من تنفيذه .

2– ابراهيم الدسوقي ، الاعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1975م ، ص160.

، ولعل هذا السبب وغيره هو من رجح كفة التكييف القانوني للاشتراط كشرط وليس كركن في العقد الاساس ، فالنتيجة المتحققة كما سيمر بنا لاحقاً في الغالب تؤدي الى الفسخ وليس إلى البطلان .

نخلص الى القول بان الشرط المقترن بالعقد في مفهومه واثاره وأحكامه يختلف عن الشرط كوصف من اوصاف الالتزام من عدة نواحي ولعل من أبرزها ، بأنه يكون مقتصراً على مضمون الارادة التعاقدية المشتركة للاطراف ، وعلى العكس من الشرط الاخير والذي يتصف بكونه عارضاً لهذه الارادة اذ لا يمثل الارادة ذاتها .

وبالتالي فقد ذهب رأي من الفقه القانوني الى القول [1] بان الشرط يصبح عارضاً عندما يكون وسيلة يتم اللجوء إليها عند استكمال الحق لجميع عناصره إذ يعمل الشرط العارض في هذه الحالة على اضفاء صفة معينة لا ترتب اضافتها حكماً قانونياً ، أي بمعنى أن عدم وجود الشرط العرضي في الالتزام لايمكنه ان يؤثر على صحة العقد وتمامه [2] .

وهكذا يتبين بإن الشرط المقترن بالعقد يعتبر من مضمون الإرادة ، بل الإرادة ذاتها وليس عملاً من اعمالها كما عبر عنها البعض ، فالارادة هي صاحبة السيادة والسلطان في تحديد وقت تحقق الشرط ، وبالتالي لا نكون أمام أمر مستقبل محتمل الوقوع بل بصدد التزام يتحتم الوفاء به من قبل المدين ، وإلا كان مخلاً بالتزامه ما لم يحول دون ذلك تحقق السبب الاجنبي وعندها يحق للدائن المطالبة بالتنفيذ العيني أو الفسخ ، ونتيجة لذلك نجد ان الاشتراط يحقق ذات الاثار القانونية التي يحققها هذا الشرط من حيث وقت تحققه وما يترتب نتيجة الاخلال في تنفيذه [3] .

الفرع الثاني

أدلة القائلين بإن الاشتراط يعد شرطاً في العقد الاساس

---

1 – د. ايمان طارق الشكري ، منصور حاتم الفتلاوي ، مصدر سابق ، ص21 .

2 – د. محمد شتا ابو سعد ، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الاسلامية ، عالم الكتب للنشر ، السعودية ، 1981م ، ص21 .

3 – د. ايمان طارق الشكري ، منصور حاتم الفتلاوي ، المصدر السابق ، ص21 .

لـم يحـظَ الشـرط المقتـرن بالعقـد بالاهتمـام الكـافي مـن قبـل المشـرع العراقـي كمـا هـو الحـال بالنسـبة للشـرط كوصـف مـن اوصـاف الالتـزام ، سـواء مـن ناحيـة بيـان معنـاه أو تحديـد مـدى تـاثيره علـى العقـد فـي حـال تخلفـه ، سـوى أنـه اجـاز اقتـران العقـد بشـرط يؤكـد مقتضـاه أو يلائمـه مـن خـلال نـص المـادة /131 /1 مـدني عراقـي والتـي جـاء فيهـا "يجـوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة" [1] .

فقـد اجـازت المـادة المـذكورة اعـلاه اقتـران العقـد بشـرط يؤكـد مقتضـاه أو يلائمـه أو يكـون جاريـاً بـه العـرف والعـادة ، ممـا يلاحـظ أنهـا وضـعت ضـوابط عديـدة يمكـن للمتعاقـدين الاسترشاد بها بغية اقتران العقد المزمع ابرامه فيما بينهم بأحدها.

لـذلك يـذهب انصـار هـذا الاتجـاه إلـى القـول [2] بـان الاشـتراط ينشـأ نتيجـة شـرط اقتـرن بالعقـد الاسـاس ، يقضـي بتسـديد الـثمن عـن طريـق الاعتمـاد المسـتندي فقـد ينـدر أن لا يـنص عليـه فـي هـذا العقـد ، بيـد أن ذلـك لا يعنـي أنـه شـرط مفتـرض بـل يجـب أن تتجـه إليـه الارادة المشتركة للعاقدين صراحة أو ضمناً .

وهـذا يقودنـا الـى التسـاؤل بـأن الاشـتراط فـي هـذه الحالـة هـل يعـد شـرطاً جاريـاً بـه العـرف أو جرت به العادة في ميدان التعامل التجاري ؟ .

قبـل الاجابـة علـى هـذا التسـاؤل لابـد لنـا مـن التعـرف علـى مفهـوم كـل نـوع مـن هـذه الشـروط ، فقـد عـرف الشـرط الجـار بـه العـرف [3] بأنـه : (شـرط جـرى العـرف علـى ادراجـه فـي العقـود مـن دون الحاجـة إلـى إعـادة الـنص عليـه صـراحة لاسـتقرار العمـل بـه وجريان عرف التعامل على ذلك) .

---

1 – اما بالنسبة للتشريع الفرنسي والمصري فلا يوجد فيهما نص مماثل لما جاءت به احكام المادة المذكورة اعلاه بخصوص الشرط المقترن بالعقد .

2 – طارق علي الماغوط ، الاعتماد المستندي – دراسة مقارنة ، مكتب الدراسات الطلابية ، بدون مكان نشر ، 1998م ، ص13 وما بعدها ، حفيظة زقاي ، اهمية الاعتماد المستندي في تمويل التجارة الخارجية ، مجلة ابحاث قانونية وسياسية ، العدد السابع ، 2018م ، ص124 ، الياس بو زيدي ، الاعتماد المستندي بين مبدئي استقلالية الالتزام المصرفي والمطابقة الظاهرية للمستندات ، مجلة القانون للبحوث والدراسات القانونية ، العدد الخامس ، 2015م ، ص134 .

3 – د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في القانون المدني – مصادر الالتزام دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، الطبعة الثانية ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، العراق – بغداد ، 1963م ، ص336 ، د.عبد الحكم فودة ، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن ، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف ، مصر ، 1985م ، ص 107 .

يتضح من التعريف المتقدم بأن الشرط الجار به العرف يجري ادراجه في العقود دون الحاجة إلى النص عليه وهذا يثير لنا نقطة خلاف تتلخص في كون أن اطراد ادراج الشرط العرفي يولد الشعور لدى المتعاقدين والغير بالزاميته وعدم جواز الحيود عنه [1] ، بيد ان اهم اوجه الاختلاف هذا الشرط واشتراط فتح الاعتماد تتلخص في كون هذا الاخير لاينشأ ولا تترتب عليه اثاره القانونية ما لم تتجه إليه الارادة المشتركة للاطراف ليتم ادراجه في العقد الاساس لا كما يتم في النوع الاول .

أما الشرط الذي جرت به العادة فهو "الشرط الذي جرت العادة على ادراجه في العقود حتى صار يؤخذ به وأن لم يدرج فيها واصبح هذا الشرط لكثرة استعماله يعد حكماً وارداً في فئات معينة من العقود وهو شرط أكثر تحديداً من العرف " [2] .

فالعادة هي عرف لم يكتمل أو بالاحرى هي الأمر الذي يتقرر في النفوس ويكون مقبولاً عند ذوي الطباع السليمة بتكراره مرة بعد أخرى [3] .

إذ يشير التعريف المتقدم للشرط الذي جرت به العادة بانه يؤخذ به وأن لم ينص عليه العقد نتيجة الاطراد على ادراجه وأن كان يفتقر الى عنصر الالزام ، فهذا أيضاً لا ينطبق على فكرة ومفهوم اشتراط فتح الاعتماد للاسباب السالف ذكرها ، بيد أن هذا لا يعني أن الشرط المقترن بالعقد ينحصر نطاقه في هذين المعنيين ، فقد نصت المادة / 131 على القول بانه "كما يجوز ان يقترن بشرط نفع لاحد العاقدين او للغير اذا لم يكن ممنوع قانوناً ...." .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بأنه [4] (أي شرط في العقد ينتج اثره الطبيعي سواء كان شرطاً مألوفاً أم شرطاً عادياً فيعتبر شرطاً واجب النفاذ) .

تفسيراً لذلك نجد أن الاجتهاد القضائي الفرنسي قد اعطى لكل شرط ادرج في العقد ذات القيمة القانونية والاثر ، وبالتالي يتوجب على الاطراف التقيد بما ورد في العقد المبرم بينهم على اعتبار ان العقد شريعة المتعاقدين .

---

1 – د. رياض القيسي ، علم اصول القانون ، الطبعة الاولى ، مطبعة الفرات ، العراق – بغداد ، 2002م ، ص145 .

2 – د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص963 ، د. محمد شريف احمد ، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ، الطبعة الاولى ، مكتبة دار الثقافة للنشر ، الاردن ، 1999م ، ص142 .

3 – د. علي بدير ، المدخل لدراسة القانون ، دار الطباعة الحديثة ، العراق – البصرة ، 1970م ، ص178 .

4 – جاك غستان ، المطول في شرح القانون المدني – مفاعيل العقد واثاره ، ترجمة منصور القاضي ، الطبعة الاولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، 2000م ، ص 63 .

لذلك يتضح بان الشرط المقترن بالعقد هو ذلك الشرط الذي يتم ادراجه من قبل العاقدين في عقدهما لغرض تحقيق غايات اقتصادية أواجتماعية أومالية أوغيرها خارجة عن مقتضى العقد في بعض الاحيان فيضيفا بموجبه أو يزيدا في الالتزامات الواردة في العقد وهذه الالتزامات تدعى بالشروط المقترنة بالعقد لأنها تلحق بالعقد فيقترن بها فتكون بمثابة الأحكام التي اتفق عليها المتعاقدان بنية تنظيم وتنفيذ عقدهما ضمن اطارها الخاص [1] .

واستناداً لمُا سبق ذكره نجد أن أنصار هذا الاتجاه يعززون رأيهم بأعتبار الاشتراط كشرط مقترن بالعقد ببعض الاسانيد يمكن أن نوجزها بالاتي :-

1- إن استدلال أنصار هذا الاتجاه باعتبار الاشتراط شرطاً مقترناً بعقد البيع الأساس يأتي من كون عقد البيع يعد من العقود المسماة والتي تولى المشرع تنظيم أحكامها وحدد شروطها وأركانها طبقاً للقواعد العامة ، وهكذا يتبين بان اركان هذا العقد محددة ومعينة وبالتالي لا يمكن اضافة أو تعديل ركن من هذه الأركان الأساسية دون تدخل تشريعي .

2- اشتراط فتح الاعتماد المستندي يتم تنظيمه وادراجه في العقد الأساس ابتداءً من قبل أطراف التعاقد ، أي وقت الابرام فأقترن بالعقد الاساس وأصبح جزء لا يتجزء منه ، وبالتالي يعد من مضمون الإرادة أو بالأحرى الارادة ذاتها ، وليس أمراً عارضاً لها .

3- يتحقق نتيجة الاخلال بتنفيذ الاشتراط بفتح الاعتماد المستندي فسخ العقد الاساس والمطالبة بالتعويض وهي ذات النتيجة المتحققة عن الاخلال بالشرط المقترن بالعقد ، بخلاف اعتباره كركن والذي ينتج عنه ابطال العقد [2] على اعتبار الاخلال به يعتبر فقدان لاحد الاركان الاساسية ، فهذا لايؤدي بالنتيجة الى استقرار المعاملات وتبسيط الاجراءات التي تسعى إلى تحقيقها البيئة التجارية .

4- يرتكز الشرط المقترن بالعقد على عوامل عديدة من اهمها تحقيق المصلحة لاطراف التعاقد وليس أبلغ في الدلالة مما يهدف إليه اشتراط التسوية والذي يحقق

---

1 – نور الدين المطاعي ، الشرط المقترن بالعقد – دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير – جامعة الجزائر – معهد الحقوق والعلوم الادارية ، 1996م ، ص87 .

2 – د. اسماعيل غانم ، مذكرات في العقود المسماة – عقد البيع ، مطابع دار الكتاب العربي ، مصر ، 1958م ، ص54 .

مصلحة أطرافه ، فبالنسبة للبائع فيحقق له الاطمئنان التعاقدي والذي يتحقق بفتح الاعتمادي المستندي وصلاحيته قبل أن يبدأ بالتنفيذ من جانبه ، وللمشتري بأنه سوف يحصل على البضاعة المطلوبة على وفق المواصفات المثبتة بالعقد الاساس [1] .

نخلص إلى القول وبعد استعراض أدلة القائلين بان الاشتراط يعد شرطاً في العقد الاساس ، وهذا الشرط هو شرط مقترن بالعقد وعلى الرغم من بيان الارآء السابقه ، نرى إن هذا الإتجاه أقرب للصواب لأن حقيقة الاشتراط تتناسب مع فكرة الشرط المقترن بالعقد للاسانيد التي ذكرت انفاً ، بالاضافة الى أن ما ذهب إليه أنصار الاتجاه القائل بانه ركن لايسلم من الانتقاد ، فلا يمكن هدم العقد الاساس وابطاله لمجرد الاخلال في تنفيذ اشتراط التسوية في الوقت الذي تتصف فيه هذه العقود بالضخامة والاهمية الكبيرة من حيث دعمها للمشاريع الكبيرة والعملاقة ، لاسيما وأن الأطراف يمكنهم الحيود عن تنفيذ هذا الاشتراط في حال الاخلال بتنفيذه واللجوء إلى أحد أساليب الدفع الشائعة على المستوى الدولي [2] .

وبالتالي نرجح كون الاشتراط كشرط في العقد الاساس وليس ركناً فيه للفارق الجوهري بين الركن والشرط في العقد ، فانعدام الركن ينتج عنه بطلان العقد في الوقت الذي نسعى فيه إلى ضمان استقرار المعاملات في نطاق البيئة التجارية وتقليل حالات البطلان التي تؤدي الى عرقلة سير عملية التطور والسرعة في هذا المجال هذا من جانب ، ولكون أن عقد البيع من العقود المسماة التي تولى المشرع تنظيمها وتحديد أركانها من جانب أخر .

لذلك يمكننا القول بأننا لا نؤيد الرأي القائل بأن الاشتراط يعد ركن في العقد الاساس على اعتبار ان هذا الاشتراط لا يرقى إلى مستوى الركن فيه ، وفي ذات الوقت لا

---

1 – د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص64 .

2 – تتعدد طرق الدفع على المستوى الدولي ولاسيما في ميدان عقود التجارة الدولية الى طرق متعددة من اهمها :

أ– الاعتماد المستندي

ب– التحصيل المستندي

ج – خطابات الضمان الخارجية

د– التحويلات المباشرة ، للمزيد ينظر د. احمد غنيم ، الاعتمادات المستندية المشكلات العملية والجوانب التطبيقية ، الطبعة الاولى ، مطبعة كلية الحقوق – جامعة القاهرة ، 2000 م ، ص5 .

يمكــن تعــديل او اضــافة ركــن جديــد الــى ركــان عقــد البيــع الاســاس مــن دون وجــود ارادة تشريعية تتولى تنفيذ هذا الإجراء .

الفصل الثالث

أحكام تنفيذ الاشتراط بفتح الاعتماد المستندي

يــنظم عقــد البيــع العلاقــة القانونيــة بــين البــائع والمشــتري فيلتــزم بموجبــه المشــتري بــأن يقــدم للبــائع اعتمــاداً مســتندياً يحــدد الاشــتراط نوعــه ومدتــه ، فيطلــق علــى عقــد البيــع فــي هــذه الحالــة العقــد الاســاس أو العلاقــة الأساســية ، فهــذا العقــد تحكمــه القواعــد العامــة المنصــوص عليهــا فــي القــانون المــدني التــي تــنظم عقــد البيــع ، لــذلك نجــد أن المتعاقــدين يلتزمــان بتنفيــذ التزاماتهما التعاقدية لضمان انجاز العملية التجارية .

فهــذا الاشــتراط الخــاص بعمليــة التســوية يفــرض التزامــات متبادلــة علــى عــاتق طرفــي هــذا العقــد والــذي يعــد ابــرام عقــد الاعتمــاد المســتندي أبــرز اثــاره ، فيقــع علــى عــاتق المشــتري

تنفيذه على وفق ما نص عليه العقد الاساس من حيث نوع الاعتماد سواء كان اعتماداً قطعياً أو غير قطعي ، وكذلك وقت فتح الاعتماد ومدته وابتداء سريانه وفي بعض الاحيان يتم تحديد المصرف الذي يجب أن يتولى عملية فتح الاعتماد المستندي ، أي يتحدد التزام المشتري في ابرام الاعتماد من حيث مضمون هذا الالتزام وما ينطوي عليه اتفاق الطرفين ، فأن لم يحددا ويفصلا قصدهما وجب افتراض أن البائع يسعى من خلال الاعتماد الحصول على أقصى درجات الامان فضلاً عن اتخاذه وسيلة لتسوية الثمن على اعتبار أن الاعتماد يحقق وظيفة الضمان والامان القانوني قبل الائتمان هذا من جانب ، ومن جانب اخر يفرض الاشتراط على عاتق البائع التقيد بالشروط والالتزامات الخاصة بعملية فتح الاعتماد وعدم الحيود عنها من حيث المدة التي يجب أن ينفذ التزامه بموجبها ، وكذلك ارسال المستندات التي تمثل البضاعة وفقاً لما نص عليه العقد .

وبالنتيجة فان القواعد العامة ونصوص القانون المدني تعطي الحق لأي من الطرفين في حال اخلال الطرف الاخر بتنفيذ التزاماته التعاقدية أن يطالب بالتنفيذ العيني إذا كان ممكناً ، أو القيام بفسخ عقد البيع الاساس والمطالبة بالتعويض عما تعرض له من ضرر جراء تخلف الطرف الاخر عن تنفيذ هذه الالتزامات .

واستخلاصاً لما سبق وللاهمية القانونية والدور الواضح لموضوع تنفيذ اشتراط التسوية لابد لنا من أن نسلط الضوء عن طريق هذا الفصل على طبيعة التزامات الطرفين والاثر المترتب نتيجة الاخلال بتنفيذ هذه الالتزامات من خلال تقسيم هذا الفصل على مبحثين ، سوف نتناول في المبحث الاول التزامات البائع والمشتري بتنفيذ الاشتراط بفتح الاعتماد المستندي ، أما المبحث الثاني فسيتضمن تحقق المسؤولية الناشئة عن الاخلال بتنفيذ اشتراط التسوية .

المبحث الاول

التزامات البائع والمشتري بتنفيذ الاشتراط

يسعى البائع والمشتري من خلال اشتراط التسوية في العقد الاساس إلى تفادي الاضرار التي قد تحصل وتربك مقاصدهم ، فلا بد من ايجاد توازن عقدي بينهما فيدرك هذه المهمة وينظم مداها واحكامها عقد الاعتماد المستندي ، الذي يضمن حقوق الطرفين ومصالحهم الاساسية التي انبثقت عن عقد البيع المبرم بينهما منذ لحظة تسلم

البضاعة ووفاء ثمنها من قبل المشتري من خلال جعل الدفع والتسديد لقاء المستندات التي تمثل البضاعة وليس نظير البضاعة ذاتها ، وبذلك يعدُّ تنفيذاً للالتزامات المتبادلة لطرفي عقد البيع والتي حرص المشرع على تنظيم احكامها بهدف الحفاظ على العلاقة العقدية بين الاطراف عموماً والتجار على وجه الخصوص وانقاذها مما يهددها من مخاطر .

لذلك ينبغي على أطراف العقد الدولي اتمام تنفيذ الالتزامات العقدية كما نص عليه العقد الاساس ولاسيما وأن عقد البيع الدولي يمثل في الواقع العملي سلسلة من العقود لا تقبل التجزئة وليس عقد بمفرده ، فأذا انفسخ ذلك العقد سينتج اثره السلبي على العقود الاخرى المرتبطة به كافة ، وبالتالي لن تتحقق وظيفته الاساسية في استقرار المراكز القانونية لاطرافه خلال مدة تنفيذه وتحقيق قدر من الفائدة لهم .

ونظراً لاهمية عقد الاعتماد المستندي والذي يمثل أحد اثار عقد البيع وأبرزها في تسهيل العمليات التجارية والمصرفية ، ونظراً لما يترتب على أطراف عقد الاعتماد المستندي من مسؤولية تجاه الالتزامات المترتبة على كل منهما ، أصبح من الضروري التطرق إلى معرفة التزامات كل من الطرفين ومعرفة ما يترتب على العلاقة التعاقدية فيما بينهم والتي انبثقت عن اشتراط التسوية .

وعليه سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين ، سوف نتناول في المطلب الاول التزامات المشتري بتنفيذ الاشتراط بفتح الاعتماد المستندي ، أما في المطلب الثاني فسوف نتناول التزامات البائع بتنفيذ الاشتراط بفتح الاعتماد المستندي .

المطلب الاول

التزامات المشتري بتنفيذ اشتراط التسوية بفتح الاعتماد المستندي

تشترط عقود البيوع الدولية للبضائع قيام المشتري بدفع الثمن المنصوص عليه في عقد البيع عن طريق اعتماد مستندي غير قابل للالغاء في أغلب الاحيان .

لذلك يتحدد التزام المشتري بفتح الاعتماد على وفق ما تم الاتفاق عليه ابتداءً بينه وبين البائع ، فينبغي أن يكون هنالك نوع من الترابط والتزامن المعقول بين التزامات كل منهما على حدٍ سواء ، وبالنتيجة يتوجب على المشتري التقيد بما ورد بأشتراط

التسوية من حيث نوع الاعتماد ومدته وعملة الدفع ، وكذلك وقت التسوية وتاريخ بدء سريان الاعتماد المستندي ، مما يتوجب تقسيم هذا المطلب على فرعين ، سوف نتناول في الفرع الاول التزام المشتري بفتح الاعتماد المستندي على وفق العقد الأساس ، أما في الفرع الثاني فسوف نتناول مضمون التزام المشتري بتنفيذ الاشتراط بفتح الاعتماد المستندي .

الفرع الاول

التزام المشتري بفتح الاعتماد المستندي وفقاً للعقد الاساس

يعد الاعتماد المستندي من أهم العمليات المصرفية التي تقوم بتمويل صادرات وواردات التجارة الدولية ، والتي تتم من خلال تعاقد المشتري مع بائع معين على استيراد بضاعة وابرام عقد بيع دولي فيلجأ المشتري عند تنفيذه لالتزامه التعاقدي بالوفاء بالثمن عن طريق الاعتماد على وفق العقد الاساس والذي اشرنا إليه فيما سبق بأنه التزام أساس في العقد فقد تسبق عملية فتح الاعتماد مناقشات ومفاوضات بين أطراف عقد البيع ، فينتج عن هذه المفاوضات اتفاق مبدئي يتمثل باشتراط التسوية ، فيتسلم المشتري نسخة من هذا الاتفاق المبدئي ويأتي به الى المصرف لفتح الاعتماد ، إذ تبدأ المرحلة الأولى لتنفيذ هذا الالتزام من لحظة الاتفاق بين المشتري (الآمر) والمصرف ، حيث يطلب الاول فتح اعتماد مستندي واخطار البائع به عن طريق فرع المصرف أو عن طريق مصرف اخر يحدده المصرف الفاتح للاعتماد [1].

فيقوم المصرف بأخطار البائع بخطاب الاعتماد[2] فيما بعد ، وبالتالي نجد أن هذا الاجراء ما هو إلا تجسيد لتنفيذ التزامات عقدية بغية الايفاء بالالتزامات المترتبة على الآمر (المشتري) بموجب اشتراط فتح الاعتماد المستندي .

---

1 – د. محي الدين اسماعيل علم الدين ، موسوعة اعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، الجزء الثالث ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1993م ، ص1066 .

2 – خطاب الاعتماد : "هو عبارة عن وثيقة مصرفية تتضمن تعهد صادر من المصرف تجاه المستفيد (البائع) وحقوقه ، فيجري تبليغه بوجود عقد الاعتماد المستندي ونوعه من حيث كونه باتاً أو غير بات" للمزيد ينظر د. بلال الانصاري ، عمليات بالبنوك ، الطبعة الاولى ، المركز القومي للأصدارات القانونية ، مصر – القاهرة ، 2017م ، ص135 .

لذلك يمكننا القول بأن المشتري يتوجب عليه جملة من الالتزامات بموجب هذا الاشتراط من جانب ، وباعتباره طالب فتح الاعتماد من جانب اخر ، وأبرز هذه الالتزامات ما يلي:-

1- قيامه بفتح الاعتماد على وفق الاتفاق الوارد بموجب العقد الأساس من حيث مدته وتاريخ سريانه ونوع الاعتماد .
2- قيامه بأيداع ثمن البضاعة لدى المصرف الفاتح للاعتماد خلال المدة المتفق عليها وفقاً لشروط العقد الاساس .
3- يلزم بدفع مبلغ العمولة التي يستحقها المصرف لأتمام هذه العملية [1] .

فهذه الالتزامات تمثل جوهر الالتزام الاساس للمشتري بسداد قيمة البضاعة ، وفي هذا السياق يتبادر إلى الذهن تساؤل مفاده ، هل بالامكان اعتبار قيام المشتري بتنفيذ الاشتراط وفتح الاعتماد المستندي المتفق عليه يكون قد اوفى بالتزامه اتجاه البائع بسداد ثمن البضاعة ؟ .

وفي مقام الاجابة على هذا التساؤل ينبغي أولاً التطرق إلى موضوع مهم وهو تحديد مدى تاثير الاعتماد المستندي في عملية دفع الثمن ، إذ تعتمد هذه العملية على شرط الدفع الوارد في العقد الأساس استناداً لمبدا العقد شريعة المتعاقدين والذي يلزمهم بما اتجهت إليه ارادتهم من دون تدخل أي طرف اخر من الغير ، وبالتالي ينبغي القول بان الارادة في هذه الحالة هي صاحبة القول الفصل في مصير هذا الاعتماد ، أي من الممكن لعقد البيع على غير العادة أن يجعل عملية فتح الاعتماد سداداً مطلقاً وبمجرد قبول البائع للاعتماد الذي يشكل سداداً مطلقاً من شأنه أن يحرمه من حقه العادي في ملاحقة المشتري إذا لم يتلقَ الدفع من هذا الأخير بموجب الاعتماد المستندي [2] .

ولعل هذا الأمر لايقبله البائع ولا المنطق ولا العدالة كونه لا يخلو من الخطورة بالنسبة للبائع ، إذ بالامكان أن يتعرض للخسارة وفقدان ثمن البضاعة في حال افلاس المصرف أو اعساره ، وبخلاف ذلك لايمكن للمصرف الامتناع أو رفض الدفع من

---

1 – د. عبد المطلب عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص249 .

1-Gutteridge and Megrah's , op.cit. p38 .

دون سبب معقول وبالتالي يمكن للبائع مقاضاته في هذه الحالة بسبب اخلاله في تنفيذ التزاماته التعاقدية بموجب الاعتماد المستندي [1] .

وتجدر الاشارة إلى القول بأن مثل هذا الشرط بما يحمله من أهمية وخطورة في ذات الوقت يجب أن يدرج وينظم في العقد بصورة واضحة وجلية بما لا يدع مجالاً للشك في تفسيره وتنفيذه هذا من جانب ، ومن جانب اخر يتوجب تحديد المبلغ الذي يلزم المصرف بأيفائه للمستفيد من الاعتماد بالدقة ، ومن الجدير بالملاحظة أن مثل هذا الشرط لا يمكن التسليم به على اطلاقه ما لم يتم الاخذ بنظر الاعتبار النقاط الاتية :-

1- يعتمد شرط السداد المطلق في حالة الاعتماد المستندي القطعي فقط والذي يستلزم لالغاءه موافقة اطراف الاعتماد جميعهم على ذلك ، وبهذا يمكن للبائع أن يؤمن حقه في استلام الثمن في اسوء الظروف .
2- أن يكون هذا الاشتراط واضحاً ومحدداً بحيث لا يدع مجالاً للشك في تفسيره مما يستلزم التنفيذ مباشرة دون قيد أو شرط .
3- يفترض أن يتم تعيين المصرف الفاتح للاعتماد بموجب اشتراط فتح الاعتماد والذي يستلزم فيه السمعة التجارية الجيدة والخبرة الفنية العالية في هذا الجانب .

وبالنتيجة بالامكان اللجوء إلى هذا الاشتراط وفقاً لما ذكر اعلاه بغية تامين الحقوق الناشئة عنه بالنسبة لاطرافه وبالخصوص حق البائع في قبض الثمن كونه يعد في هذه الحالة الطرف الضعيف ، إذ إنه سوف يقوم بأرسال المستندات التي تمثل البضاعة والتي تعد حيازتها حيازة حكمية للبضاعة فيتمكن المشتري من الانتفاع بها من خلال بيعها أو رهنها أو أجراء أي تصرف من التصرفات القانونية عليها ، في الوقت الذي لا يتوافر لدى البائع اي ضمان يمكنه من استيفاء حقه [2] .

---

1 – نجوى محمد كمال أبو الخير ، البنك والمصالح المتعارضة في الاعتماد المستندي ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر – القاهرة ، 1993م ، ص404 .

2 – بينما نجد ان محكمة التمييز في دبي لم ترجح شرط السداد المطلق في احدى قرارتها بالعدد 67/2003 طعن حقوق في 2003/9/21 منشور في مجموعة المبادئ والاحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي في الاعتمادات المستندية منذ عام 1998– 2010 ، ص80 والذي جاء فيه بأن "مجرد قيام المشتري بفتح اعتماد مستندي لصالح البائع بقيمة البضاعة المبيعة لايبرأ ذمته من هذا الثمن ما لم يثبت المشتري بان المصرف الفاتح للاعتماد قد دفع مبلغ الاعتماد بالفعل الى البائع" .

نخلص الى القول بأن التزام المشتري في تنفيذ اشتراط فتح الاعتماد يعد التزاماً جوهرياً وأساسياً ، إذ لا وجود لعقد البيع دون الثمن ، فالثمن هو المقابل ذو الطابع المالي والذي يلتزم بدفعه المشتري مقابل انتقال ملكية المبيع اليه ، فيعد تنفيذ هذا الالتزام هو محل التزام المشتري [1].

ولعل المصرف يواجه مشكلة عند قيامه بفتح الاعتماد المستندي بناءً على طلب المشتري بأحتوائه على التزامات او اجراءات يكتنفها الغموض فما الاجراء في هذه الحالة ؟ .

يذهب رأي من الفقه الى القول [2] بأنه " إذا كان في الاعتماد أي غموض وكان الطرف المطلوب منه أن يتصرف على أساسه سواء (المستفيد او المصرف) ليس لديه الوقت الكافي لاستيضاح الغموض أو جلائه قبل قيامه بهذا التصرف كان له المضي بهذا الاجراء ويكون له حق التعويض على الشخص الذي يتصرف هو لحسابه بشرط أن يكون تصرفه معقولاً في ظل ذات الظروف التي تم فيها" .

وبالتالي نجد إن هذا الاجراء أقرب الى تحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة التعاقدية ، فمن جانب نجده قد حرص على تنفيذ طلب المشتري بفتح الاعتماد دون تاخير ، ومن جانب اخر فمن حق المصرف أو البائع عند تنفيذه لهذا الاجراء من خلال المطالبة بالتعويض .

الفرع الثاني

مضمون التزام المشتري بتنفيذ الاشتراط بفتح الاعتماد المستندي

يتحدد التزام المشتري في تنفيذ الاشتراط بفتح الاعتماد المستندي من حيث مضمون هذا الالتزام بعبارة اتفاق الطرفين بموجب العقد الاساس على اعتبار أن العقد من صنع الارادة وهي التي تمده بالقوة الملزمة مما جعل العقد وكأنه شيء مادي مملوك للاطراف منعزل عن محيطه وتكوينه وتنفيذه ، بحيث يقتصر المدار الذي يدور في

---

1 – فتحي عبد الرحيم ، الوجيز في العقود المدنية المسماة – عقد البيع ، الكتاب الاول ، الطبعة الثالثة ، مطبعة دار القلم ، مصر – المنصورة ، دون سنة نشر ، ص 90 .

2 – د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص 87 .

فلكه على ارادة اطرافه المجتمعة ، وبذلك أصبح العقد شريعة عاقديه فارادتهم هي التي تنظمه وارادتهم هي التي تلزمهم بوجوب تنفيذه و لادخل في ذلك لارادة المشرع أو القاضي بل يقتصر دورها على التزام هذه الارادة وانفاذها بالجبر على تنفيذ العقد والالتزام بما تم النص عليه في العقد وعدم امكان نقضه أو تعديله بارادة منفردة [1] ، فمنذ اللحظة التي ينعقد فيها العقد يخضع لارادة الطرفين كما يخضع لسلطان القانون [2].

وتأسيساً على ذلك ينبغي أن يتفق أطراف العقد على جميع المسائل الجوهرية ابتداءً ، فقد ذهب رأي من الفقه القانوني الى القول [3] بأن العقد لكي يعد بيعاً لابد من اتفاق الطرفين على نقل ملكية المبيع مقابل الثمن ، و لأن عقد البيع ينشئ التزامات متقابلة لاطراف العقد ينبغي تحديد مضمون التزام كل طرف على وجه الدقة ، وبالتالي نجد ان التزام دفع الثمن يتوجب أن يتم تحديده بصورة واضحة وصريحة لا تقبل التأويل او التفسير ، ولعل ابرز ما يتضمنه مضمون التزام المشتري من نواحي متعددة ابرزها :-

1- نوع الاعتماد

أهم التزام يقع على عاتق المشتري تنفيذه هو الالتزام بفتح الاعتماد المستندي فينشأ هذا الالتزام عندما يتفق مع البائع في عقد البيع عليه فيعد اتفاقهما على ذلك طريقة لدفع الثمن وتنفيذاً لعقد البيع فيتقدم المشتري الى مصرفه بطلب فتح الاعتماد تنفيذاً لالتزامه الناشئ عن عقد البيع .

---

1 – د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني – المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة السادسة ، منشورات صادر الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 1978م ، ص68 .

2 – يذهب رأي مناهض لهذا الاتجاه من الفقه الى القول بأن القانون لم يكن يعترف للارادة بالقدرة الذاتية على الزام المتعاقد بتنفيذ التزامه ، فالعقد لايستمد قوته من سلطان الارادة بل يستمد قوته الملزمة من سلطان القانون ، فالارادة تعتبر تابعة للقانون للمزيد ينظر ROUHETTE (G) : the obligatory force of contracts in french law, incontract law to day ,Angio-french comparisons,Edited by ponaid Harris and Denis Tallon, clarendon press,oxford,1989.p.38.

3 – د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص61 .

فيتوجب فتح الاعتماد وفقاً للشروط التي نص عليها الاتفاق بين البائع والمشتري [1] ، فإذا نص العقد ان يكون الاعتماد باتاً وقطعياً وجب أن يكون تنفيذ الاشتراط بهذه الصيغة ، وقد ينص على نوع أخر من انواع الاعتمادات فيجري تنفيذ الاشتراط وفقاً لما تم الاتفاق عليه ، بيد إن الاشكالية تكمن في حال عدم النص على نوع الاعتماد المطلوب بموجب الاتفاق بين الطرفين من حيث كونه قطعياً أو غير قطعي ، وفي حقيقة الأمر نجد أن الفقه القانوني قد انقسم بصدد الاجابه على هذا التساؤل على اتجاهين .

فيذهب الاتجاه الاول إلى القول [2] بضرورة البحث عن قصد الطرفين من خلال تفسير بنود العقد وبالاستعانة بالعادات التجارية السارية بهذا الخصوص بالاضافة الى سوابق التعامل التجاري بينهما، فأذا لم يتم التوصل إلى حل معين وجب افتراض أن الاعتماد قطعي ضماناً للبائع ، وهذا ما قضت به النشرة /600 للقواعد والاعراف الموحدة للاعتمادات المستندية والتي اعتبرت مبدأ القطعية (اي كون الاعتماد قطعي وغير قابل للالغاء) من المقومات الاساسية للاعتماد المستندي وبخلافه يشكك في العملية التجارية بأنها اعتماد مستندي من حيث المضمون والفاعلية ، لذلك اعتبرت هذه القواعد قطعية الاعتماد جزء من تعريفه نظراً لما يحققه مبدأ القطعية من اطمئنان للبائع في عقد البيع بأنه إذا ارسل البضاعة سوف يتم سداد ثمنها لاحقاً عن طريق مصرف ليس له الحق في أن يتراجع أو يغير التزامه .

ولعل سائلاً يسأل هل أن النشرة / 600 تمنع من فتح اعتماد غير قطعي ؟ .

إن الاصل في تحديد نوع الاعتماد في ظل هذه النشرة يعد اعتماداً قطعياً ، بيد أن استعمال الاعتماد غير القطعي يعد نادراً جداً كما لو كان البائع مطمئناً بأن البضاعة المرسلة الى المشتري عليها طلب واسع جداً في سوق البلد الذي تم ارسالها إليه ولدى البائع زبائن اخرين في ذلك البلد يمكن بيع البضاعة إليهم من دون أي خسارة في حال تم رفضها ، أو ألغي العقد من قبل المشتري ، وهذا يعني إن الاعتماد غير القطعي

---

1 – الياس بوزيدي ، الاعتماد المستندي بين مبدئي استقلالية الالتزام المصرفي والمطابقة الظاهرية للمستندات ، مجلة القانون ، العدد الخامس ، 2010م ، ص134 .

2 – د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص65 ، د. محي الدين اسماعيل علم الدين ، مصدر سابق ، ص1067 ومابعدها .

وإن كان يتميز بندرة وجوده الا إن ذلك لايعني إنعدام النص عليه أو العمل بموجبه وفقاً لهذه النشرة [1] .

أما الاتجاه الاخر فيذهب إلى القول [2] بوجوب اعتماد ما شار اليه المشرع بصدد تحديد نوع الاعتماد المستندي في حال عدم النص عليه بموجب اتفاق الطرفين ، فقد ذهب المشرع العراقي في قانون التجارة [3] بموجب المادة /275 – ثانياً والتي جاء فيها "يكون الاعتماد قابلاً للالغاء ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك .

بينما اشار المشرع المصري بموجب قانون التجارة ايضاً [4] في المادة / 343 / الفقرة /2 والتي جاء فيها "يكون الاعتماد غير قابل للالغاء إلا إذا اتفق صراحة على قابليته للالغاء".

يتضح من خلال موقف التشريعات المتقدمة نجد بأن المشرع العراقي اعتبر ان الاصل في حال عدم الاتفاق بان الاعتماد قابلاً للالغاء اي غير قطعي على خلاف ما اشارت اليه النشرة 600 للاعراف والقواعد الموحدة للاعتمادات المستندية وايضاً بخلاف ما سار عليه المشرع المصري .

ولعلنا نستشف من ذلك عدة نقاط اهمها :-

أ- إن المشرع العراقي اعتبر أن الاصل في تحديد نوع الاعتماد هو الاعتماد غير القطعي وهذا الاعتماد لا يحقق عنصر الامان القانوني لاطراف العلاقة التعاقدية و لاسيما (البائع) .

---

1 – د. محمد زياد الهويدي ، الهويدي في قانون واعراف الاعتمادات المستندية – دراسة فقهية مقارنة محكمة للقانون الانكليزي والاردني والقضاء والفقه المقارن في الاعتمادات المستندية وفي تحليل نشرة الاعراف والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية ،الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر – القاهرة ، 2021م ، ص73 .

2 – د. جورجيت صبحي عبده ، مصدر سابق ، ص44 ، حياة شحاته ، مخاطر الائتمان في البنوك التجارية ، اطروحة دكتوراه جامعة القاهرة – كلية الحقوق ، 1990م ، ص 187 .

3 – قانون التجارة العراقي النافذ .

4 – قانون التجارة المصري النافذ رقم 17 لسنة 1999 والمنشور في الجريدة الرسمية بالعدد التاسع عشر مكرر والصادر في 1999/5/17 .

ب- من المحتمل ان المشرع العراقي كان ناظراً إلى مصلحة المشتري بالدرجة الاساس بغية عدم تحميله اعباء وتكاليف الاعتماد القطعي والذي يتطلب تكاليف وأجور اضافية، إلا أنه كان الأجدر به أن يوازن بين المصالح المتعارضة لطرفي العلاقة التعاقدية لاتقديم مصلحة احد الاطراف على حساب الاخر خصوصاً في ميدان عقود التجارة الخارجية والتي تتطلب تحقيق الامان القانوني لكلا الطرفين ، وإذا تطلب الأمر تقديم مصلحة البائع بغية تحقيق استقرار المعاملات وجذب الاموال والاستثمارات التجارية الخارجية إلى داخل البلد .

وفي هذا المقام يتبادر الى الذهن تساؤل يفيد بأنه إذا تم فتح إعتماد معين واستدعت الحاجة فيما بعد إلى تعديل هذا الاعتماد هل يوجد تاثير أو ارتباط بين هذا التعديل ونوع الاعتماد المفتوح؟ .

ولاشك في أن الاعتماد القطعي أو غير القابل للالغاء لا يمكن تعديله إلا بموافقة أطرافه مجتمعين ، أي لا يمكن لطرف بمفرده او لبعض الاطراف تعديل الاعتماد [1] ، فالآمر هو صاحب الكلمة الاولى عند انشاء الاعتماد فيبرم بناءً على البيانات التي يقدمها للمصرف عند طلبه فتح الاعتماد وهو الذي يلتزم قبل المصرف بالإلتزامات المطلوبة لتنفيذه ، وبالتالي لا يمكن للمصرف أن يجري أي تعديل دون موافقته لأن التعديل يعد تعديلاً للاتفاق الاصلي بينهما و لايجوز تعديل الاتفاق بالارادة المنفردة .
أما المصرف فيعد طرفاً في الاتفاق على انشاء الاعتماد فلا بد من موافقته أيضاً على هذا التعديل ، أما المستفيد فقد نشأت له حقوق بموجب هذا الاعتماد وبالتالي تعد هذه الحقوق حقوقاً مكتسبة فلا يجوز المساس بحقوقه دون ارادته [2] .
نخلص إلى القول بضرورة اعتماد موقف المشرع المصري بصدد تحديد نوع الاعتماد المستندي المطلوب ابرامه في حال عدم النص عليه من قبل اطراف العلاقة التعاقدية كونه أكثر توفيقاً من موقف المشرع العراقي ويحقق التوازن العقدي بين الطرفين .

---

1 – د. عبد الحميد الشواربي ، عمليات البنوك في ضوء الفقه والقضاء والتشريع ، منشأة المعارف للنشر ، مصر – الاسكندرية ، 2001م ، ص200 .

2 – د. محي الدين اسماعيل علم الدين ، مصدر سابق ، ص211 .

2- عملة الاعتماد

نصت مبادئ اليونيدروا [1] على آلية تحديد عملة الوفاء إذ اشارت إلى ضرورة الوفاء بعملة محل أو مكان الوفاء ، بيد أن هذا النص غير مطلق وقد ورد على هذا الاصل استثناءات عديدة منها :-

1- إذا كانت هذه العملة مقيدة من حيث التحويل أو التداول .
2- إذا كان الأطراف قد اتفقوا صراحة على عملة معينة ، فيكون هذا الاتفاق واجب النفاذ ما دام ممكناً وغير مستحيل .
3- أن يتم الوفاء في تاريخ الاستحقاق المعين ، واذا لم يتم الوفاء في هذا التاريخ اجازت للبائع (الدائن) أن يطلب في هذه الحالة الوفاء طبقاً لسعر الصرف في تاريخ الاستحقاق ولحظة الوفاء .

وبالتالي فان عملة الوفاء كقاعدة عامة تحدد بموجب الاتفاق ، فيجوز للمدين اختيار الوفاء بعملة مكان الوفاء فيكون لهذا الاختيار مميزات عملية محددة إذا كانت هذه العملة قابلة للتداول والتحويل بحرية وكان هذا الاختيار لا يسبب للدائن صعوبة ، إلا إن هذا الاختيار لايتم إذا كانت هذه العملة غير قابلة للتحويل ، ويجوز للطرفين في هذه الحالة استبعاد تطبيق هذه القاعدة فيما بينهم على أن لا يتم الوفاء إلا بالعملة [2] التي قدر بها الالتزام النقدي .

---

1 – نصت المادة /6–1–9 من مبادئ اليونيدروا لسنة 2004 على عملة العقد على انه "1– اذا كانت عملة الوفاء المتفق عليها لالتزام نقدي تختلف عن عملة مكان الوفاء فأنه يجوز للمدين الوفاء بعملة مكان الوفاء الا في الاحوال الاتية :– أ– اذا كانت هذه العملة ليست حرة التحويل ، ب– اذا كان الاطراف قد اتفقو صراحة على ان لايتم الوفاء الا بالعملة المعينة في الالتزام ، 2 – يجوز للدائن ان يطلب الوفاء بعملة مكان الوفاء حتى في الحالة الواردة في الفقرة (أ) (ب) كلما كان من المستحيل على المدين الوفاء بالعملة المعينة في الالتزام ، 3– يتم الوفاء بعملة المكان الذي يجب الوفاء فيه طبقاً لسعر الصرف المحدد في تاريخ الاستحقاق ، 4– مع ذلك اذا لم يوف المدين دينه في تاريخ الوفاء طبقاً لسعر الصرف المحدد في لحظة الاستحقاق او لحظة الوفاء .

2 – العملة ، فقد عرفها المشرع العراقي بموجب المادة /1 من قانون البنك المركزي العراقي رقم 56 لسنة 2004 بانها "الوحدة النقدية لأي بلد" ، تعد عملة العقد الوسيلة القانونية التي يتم من خلالها تسوية ثمن الصفقة التجارية ، وقد عرفها الفقه القانوني عدة تعريفات منها بأن العملة هي "وسيلة الدفع القانونية التي تضعها الدولة وتحمل قيمة محددة تخصصها للتداول في المعاملات وتفرض الالتزام بقبولها" ، يتضح من التعريف المتقدم بانه لكل دولة عملتها الوطنية الخاصة بها والتي يكون لها الاولوية في

لذلك نجد أن الأصل في تحديد عملة العقد يحدده الاتفاق المبرم بين البائع والمشتري على اعتماد عملة معينة سواء كان هذا الاتفاق ينص على تحديد عملة وطنية محلية ، أو عملة أجنبية دولية وجب التقيد بما ورد في هذا الاتفاق ، ولا يعفى المشتري من هذا الالتزام بحجة التذرع بقيود الرقابة على النقد الذي تفرضه دولته في حال كان هذا الفرض متوقعاً وقت ابرام العقد .

بيد أن الامر يختلف فيما لو طرأت أحداث أو مفاجأت ترقى إلى مستوى القوة القاهرة بحيث تخرج عن ارادته وسيطرته ففي هذه الحالة لا يمكن اجباره على ذلك ، كما لو حدث أمر معين استدعى تغير القوة الشرائية لهذه العملة صعوداً أو نزولاً ، وهنا يجب اعادة النظر بموضوع العملة المفروضة بموجب العقد بصورة رضائية ، لأن تنفيذ هذا الالتزام سوف يكلف المشتري تكاليف مالية باهضة مما يستدعي إعادة التوازن العقدي بالنسبة للطرفين ، وفي مقابل ذلك نجد أن أغلب الاتفاقات والتعاقدات وخصوصاً الدولية ، يلجأ فيها الاطراف الى تضمين تعاقداتهم شروط تتضمن التعديل التلقائي للعقد [1] في مثل هكذا حالات لمعالجة وتلافي ما قد يواجههم من ظروف وتقلبات اقتصادية مفاجئة تهدد التوازن الاقتصادي للعقد لا بل تهدد حياة العقد بالكامل والتي قد تؤدي الى حصول نزاع فيما بينهم مما ينعكس سلباً على جميع الاطراف اثناء تنفيذ العقد ويلحق خسارة في جانب أحد الأطراف فيقابله اغتناء في ذمة الجانب الاخر نتيجة التغير في قيمة العملة .

وعلى المستوى التطبيقي يتبادر تساؤل معين فيما لو لم يتم النص على عملة العقد (اي عقد الاعتماد) ففي هذه الحالة كيف يتم حل هذا الاشكال ؟ .

يذهب رأي من الفقه القانوني إلى القول [2] بأنه اذا لم يحدد العقد نوع العملة التي يجب الوفاء بها ، يتوجب في هذه الحالة أن تتم التسوية بنفس العملة المحددة لثمن المبيع .

الوفاء بالالتزامات الناشئة بين الافراد على باقي العملات الاخرى ، للمزيد ينظر د. احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات – القسم الخاص ، الطبعة الخامسة ، دار النهضة العربية للنشر ، لبنان – بيروت ، 2013م ، ص476 .

1 – التعديل التلقائي للعقد بانه : "ذلك الشرط الذي يسمح بأعادة توزيع المخاطر المالية بين أطراف العقد وبشكل تلقائي فيؤدي الى تعديل العقد او احد شروطه أذا ما طرأت ظروف معينة يحددها الاطراف مسبقاً عند ابرام العقد" للمزيد ينظر د. ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري ، شرط اعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر – القاهرة ، 2017م ، ص204 ، علي فيلالي ، الالتزامات النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2010م ، ص383 .

2 – د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص66 .

ولعلنا لا نؤيد هذا الرأي كونه يجافي العدالة ، فكما هو معلوم أن عقد البيع الأساس والذي يتحدد بموجبه ثمن المبيع ينعقد قبل مدة ليست باليسيرة فالعقد الدولي يحتاج إلى اجراءات قد تطول فيحصل فارق زمني بين انعقاد العقد الاساس وعقد الاعتماد المستندي ففي هذه المدة قد تحصل تقلبات اقتصادية تزيد من قيمة هذه العملة أو تقل من قيمتها وبالنتيجة لا يتحقق التوازن المالي للعقد ، لذلك كان الاجدر ترك موضوع تحديد العملة في مثل هذه الحالة إلى ارادة الطرفين أو اللجوء الى تفسير نصوص العقد وبما يتلائم مع ما تبغي الى تحقيقه هذه الارادة .

3- **مدة العقد**

يقصد بمدة العقد هي مدة عقد الاعتماد المستندي ، فيجب أن يفتح الاعتماد في الموعد المتفق عليه والمدة التي يجب أن يكون نافذاً خلالها والتي حددها عقد البيع وبخلافه يتعرض العقد للفسخ لخطأ المشتري وتقصيره بسبب أن المصرف لا يتعهد تجاه العميل او المستفيد لمدة مفتوحة وغير معينة ، فأذا لم تحدد المدة بموجب الاشتراط فيكون المشتري في هذه الحالة ملزماً بفتح اعتماد مستندي قابل للاستعمال لمدة من الوقت تسمح للبائع بأستعماله فعلاً [1] .

إلا أن ما يمكن أن يلاحظ بأن الرأي المتقدم قد اشار الى ضرورة فتح الاعتماد لمدة تسمح للبائع من استعمال الاعتماد فعلاً في حال عدم النص على تحديدها إلا أنه لم يوضح آلية تحديد هذه المدة ومن يتولى تحديدها ، لذلك كان الاجدر به جعل تحديد هذه المدة في الظروف الطبيعية مناط بالطرفين رضائياً ، أما في حالة النزاع فيتولى القاضي تحديدها وفقاً لما يقتضيه تنفيذ العقد الاساس على اعتبار أن عقد الاعتماد المستندي من عقود المدة ، فلا تعتبر المدة في هذا العقد مجرد فاصل زمني سواء كان مقصوداً أو مفروضاً بين انعقاد العقد وتنفيذه و لاتتركز وظيفتها أيضاً في تحديد مقدار المبلغ الموضوع تحت تصرف المستفيد فهو محدد في ذاته ومثبت في العقد الاساس فلا يزيد مقدار هذا المبلغ ولا ينقص سواء طالت هذه المدة أو قصرت ، بل ان دورها يبرز في الوقت الذي ينص فيه العقد على المدة التي يجب خلالها أن يظل المصرف

---

1 – د. الياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجارية – البيوع البحرية ، الجزء العاشر ، بدون مكان نشر ، 2002م ، ص467.

ملتزماً بوضع مبلغ الاعتماد تحت تصرف المستفيد وهي المدة التي يكون خلالها المستفيد واثقاً من أن ثمة مبلغ قد وضع تحت تصرفه [1] .

ولعلنا نتسائل في هذا الصدد عن الغاية الاساسية التي تحققها المدة في عقد الاعتماد المستندي على إعتبار إن هذا العقد من عقود المدة كما مر بنا انفاً ؟ .

ويعلل أنصار هذا الرأي [2] بأن الغاية الاساسية في ذلك تتحقق من خلال وضع المبلغ تحت تصرف المستفيد طوال مدة العقد وامكان هذا الاخير الاستفادة منه في اي لحظة خلال مدة نفاذ العقد هو الذي يحقق الغاية والفائدة الاساسية التي يبغي المستفيد الوصول اليها من خلال عقد الاعتماد المستندي وهذه الغاية تقاس بالزمن فتزيد معه اذ يزيد ، وتنقص بنقصانه وهذا وحده كافي لاعتبار هذا العقد من ضمن طائفة عقود المدة .

ولو فرضنا جدلاً بان مدة الاعتماد المتفق عليها قد انتهت دون أن يتمكن البائع من ارسال المستندات والبضاعة المتعاقد عليها ، ففي هذه الحالة هل يمكن للبائع أن يطلب من المشتري مد أجل الاعتماد حتى يتمكن من التنفيذ خلال المدة الجديدة ؟ .

وقبل الاجابة على هذا التساؤل لابد لنا من التمييز بين عدة مصطلحات متشابهة ، وهي التجديد ومد الاجل ، ، وانشاء اعتماد جديد ، فالتجديد يعني تجديد الاعتماد المفتوح مع تضمينه تعديلات جديدة ربما تكون جوهرية أو غير جوهرية ، أما بالنسبة إلى مد الاجل فهو اتفاق الآمر والمصرف المنشئ للاعتماد وليس رضا المستفيد لازماً لانعقاد أو صحة اتفاق الامتداد ، فيكون مد الاجل بشروط الاعتماد الاصلي نفسها عادة ولكن ليس ثمة ما يمنع من أن يقترن مد الاجل بتعديل بعض شروط الاعتماد ، أما انشاء اعتماد جديد مماثل للاعتماد الموجود يعني نشوء علاقة جديدة الاصل فيها أن تكون بالشروط الاصلية لهذا الاعتماد إلا إذا نص فيها على ادخال التعديلات [3] .

---

1 – د. عبد الحي حجازي ، عقد المدة او العقد المستمر والدوري التنفيذ ، اطروحة دكتوراه ، جامعة فؤاد الاول ، 1950م ، ص47 .

2 – المصدر نفسه ، ص48 .

3 – د. محي الدين اسماعيل علم الدين ، مصدر سابق ، ص215 .

وبالتالي فان مد الاجل هو استمرار للعلاقة التعاقدية الاولى بحالتها التي وصلت إليها في نهاية مدة الاعتماد ، إلا إن ما تجدر الاشارة إليه في هذا الصدد بأنه يتوجب معرفة سبب تأخر البائع في تنفيذ التزامه فأذا كان هذا التأخير بسبب البائع فلا يمكنه مطالبة المشتري بمد آجل الاعتماد ، كون أن مد اجل الاعتماد يحتاج إلى مصاريف واجور اضافية ويمكن تحميله هذه المصاريف لسبب لا يعود إليه ، أما اذا كان سبب التأخير قوة قاهرة لا يد له فيها فلا يوجد مانع يحول دون ذلك ، وإذا امتنع المشتري عن تنفيذ طلب البائع بامكانه اللجوء الى القضاء عملاً باحكام المادة/177 مدني عراقي .

نخلص الى القول بأن تحديد مدة العقد تعد عنصراً اساسياً في تنفيذه لاسيما وأن هذه المدة تتحدد التزامات الاطراف خلالها ، وان ذهب الرأي المتقدم الى اعتبار عقد الاعتماد من عقود المدة الا انه أسس رأيه على فكرة الائتمان فقط ، وكما نعلم بان الاعتماد يهدف الى تحقيق عنصرين مترابطين يكمل احدهما الاخر وهما ، عنصر الائتمان وعنصر الوفاء ، ولعل هدف العنصر الاول تحقيق العنصر الثاني ، فلا بد من الارتكاز اليهما معاً في تحديد دور المدة في تكوين وانشاء وتنفيذ عقد الاعتماد المستندي .

المطلب الثاني

التزام البائع بتنفيذ الاشتراط بفتح الاعتماد المستندي

يرتب عقد البيع الاساس التزامات متبادلة لكلا الطرفين بحيث يصبح كل من البائع والمشتري دائناً ومديناً في ذات الوقت فيلتزم البائع بتنفيذ الشروط والالتزامات العقدية

التي يقع على عاتقه القيام بها وتنفيذها ، ولعل أبرزها اشتراط التسوية والذي يحتم على البائع تنفيذ ما تم الاتفاق عليه بموجبه بخصوص تسوية ثمن العقد .

إلا أن ما تجدر الاشارة اليه بأن اشتراط التسوية يلزم البائع بتنفيذ التزامه اللاحق لالتزام المشتري على اعتبار أن تنفيذ الاشتراط (بفتح الاعتماد المستندي) يعد ألتزام احادي التنفيذ يلتزم المشتري بالقيام به .

أما التزام البائع فهو لاحق لالتزام المشتري ، فيقوم بارسال المستندات التي تمثل البضاعة محل العقد فيجري المصرف الفاتح للاعتماد الفحص الظاهري عليها والتأكد من مطابقتها للشروط التي نص عليها العقد الاساس واشار اليها عقد الاعتماد المستندي فيما بعد ، ومن ثم يقوم بأطلاق مستحقاته العقدية والتي تمثل ثمن هذه البضاعة في حال كون الاعتماد قطعي وغير قابل للالغاء ، ومن ثم يشرع بتسليم هذه المستندات إلى المشتري (الآمر) وبذلك يضمن استلامه للبضاعة المتفق عليها استلاماً حكمياً .

وبالتالي يلتزم المصرف بوفاء قيمة الاعتماد متى قدم المستفيد (البائع) مستندات مطابقة لما ورد بخطاب الاعتماد حتى ولو ثبت للمصرف استحالة تنفيذ العقد المبرم بين البائع والمشتري لأي سبب كان مادام ارسل المستندات التي نص عليها الاعتماد والتي تعتبر الالتزام الاساسي الذي يستحق بموجبه ثمن البضاعة والذي يتولى المصرف تسديده .

لذلك يقتضي تقسيم هذا المطلب على فرعين ، نتناول في الفرع الاول التزام البائع بأجابة طلب المشتري بفتح الاعتماد المستندي ، اما الفرع الثاني فسنتناول فيه التزام البائع بأرسال المستندات على وفق عقد الاعتماد المستندي .

الفرع الاول

أجابة طلب المشتري بفتح الاعتماد المستندي

يتضمن العقد التزامات متبادلة بحيث تقابل بعضها الاخر فيكون تنفيذ أحدها مرتبطاً بتنفيذ الالتزام المقابل ، فأذا تخلف التنفيذ في هذه الحالة يحق للطرف الاخر الامتناع عن تنفيذ التزاماته وما يتفرع عن ذلك من نتائج قانونية تؤثر سلباً على العقد بأكمله .

وعلى المستوى التطبيقي نجد أن طالب فتح الاعتماد المستندي والمستفيد (البائع) يرتبطان بعلاقة تعاقدية أساسها عقد البيع الدولي المبرم بينهما ، وهو الذي يحدد التزامات كل من الطرفين ، فيأتي عقد الاعتماد المستندي بأعتباره أثراً من أثار هذا العقد ويمثل مرحلة تنفيذية للعقد الاساس بوصفه التزام يقع على عاتق المشتري تنفيذه ، وليس للمصرف أية علاقة بهذا العقد فيكون اجنبي عنه ، وفي ذات الوقت لايمكن لطرفي العقد الاحتجاج بما ورد فيه بغية اثبات مسؤولية المصرف في حال تقصيره ، وبالمقابل لا يمكن للمصرف ان يتخذ منه وسيلة لدفع المسؤولية عنه اذا هو خالف تعليمات ألآمر بفتح الاعتماد المستندي [1] .

فيتقدم المشتري بطلب فتح الاعتماد الى المصرف الذي حدده الاتفاق مسبقاً في حال تم تحديده فيقوم بأدراج البيانات المطلوبة كافة والشروط الخاصة بالاعتماد في النموذج المعد من قبل المصرف سلفاً على ان تكون متوافقة مع شروط التعاقد وما نصت عليه الاعراف والقواعد الدولية للاعتمادات المستندية ، وأبرز ما يتضمنه هذا الطلب من بيانات تحديد نوع الاعتماد المطلوب ابرامه وتحديد قيمته والمستندات المطلوب ارسالها من قبل المستفيد ، وكذلك مدة صلاحيته ، وتاريخ بدء الاعتماد وتاريخ الشحن وتاريخ انتهائه ، ثم يقوم طالب فتح الاعتماد بالتوقيع على هذه الشروط بغية تقديمها للمصرف الفاتح للاعتماد [2] .

بعد ذلك يترجم طلب المشتري بفتح الاعتماد والشروط الواجب توافرها فيه بموجب خطاب الاعتماد المستندي [3] ، والذي يكون نقلاً عن طلب العميل (المشتري) ،

---

1 – محمد ديب ، الاعتماد المستندي – البيع سيف ومسؤولية الناقل البحري ، دار الشمال للطباعة والنشر والتوزيع ، لبنان ، 1980م ، ص 102 .

2 – عبد الهادي محمد الغامدي ، مضمون ونطاق التزام المصرف مصدر الاعتماد المستندي بفحص المستندات طبقاً للاصول والاعراف الموحدة – النشرة 600 وفي ضوء القضاء المقارن الانكليزي والامريكي ، المجلة الدولية للقانون ، 2017م ، ص6 .

3 - فقد تعددت التعريفات التي سيقت بشأن تحديد مفهوم خطاب الاعتماد المستندي ، فقد عرفه البعض بأنه "الخطاب الذي يرسله المصرف فاتح الاعتماد الى المستفيد يتعهد فيه بالوفاء لصالح الاخير بالطريقة المتفق عليها عند التقييد بالشروط ويحكم العلاقة بين المصرف والمستفيد " ، مما يلاحظ على التعريف المتقدم بأنه قد عرف خطاب الاعتماد بأنه الخطاب الذي يرسله المصرف ، فقد اعاد تكرار المصطلح دون ايضاح مفهومه ومعناه هذا من جانب ، بالاضافة الى ذلك فقد ذهب الى القول بأن هذا الخطاب يتضمن تعهد من المصرف بالوفاء لصالح المستفيد .

وفي مقابل ذلك يلتزم المستفيد (البائع) بأجابة هذا الطلب من خلال ارساله للمستندات التي تمثل البضاعة محل العقد المبرم بينه وبين المشتري ، فيكون خطاب الاعتماد المستندي حجة مطلقة في الحكم على المستندات الواجب تقديمها ، بمعنى أنه يجب أن تكون هذه المستندات مطابقة لما يشترطه الخطاب وأي اختلاف بينها وبين ما ورد فيه يجعلها مرفوضة فيمتنع تبعاً لذلك المصرف عن الوفاء بقيمتها للمستفيد بناء على تعليمات (ألآمر) بفتح الاعتماد المستندي .

ولعل هذا يقودنا إلى تساؤل يقضي بالقول بأن الاجابة في هذه الحالة من قبل المستفيد (البائع) إلى المصرف وليس إلى المشتري مباشرة ،ومن ثم هل يكون هذا الالتزام تجاه المصرف ؟ .

ولعل ذلك يقودنا الى تساؤل يفيد بأنه اذا كان خطاب الاعتماد تعهد يصدر من المصرف تجاه المستفيد بما معناه ان المصرف قد ألزم نفسه تجاه هذا الاخير ، فما هو موقفه في حال تم الغاء الاعتماد من قبل طالب فتح الاعتماد هل يبقى المصرف ملزماً تجاه المستفيد ام ينتهي التزامه تبعاً لذلك ؟ .

بداية نجد ان هذا التعريف قد جانب جادة الصواب على الاقل فيما يخص الاعتماد المستندي غير القطعي والذي يعطي الحق لأي من اطرافه في الغاء الاعتماد بصرف النظر عن موافقة الاطراف الاخرى ، لذلك نجد ان هذا التعريف يضيف اعباء مالية باهضة على عاتق المصرف في ظل ظروف وحيثيات لايد له فيها ، وبالتالي نجد ان هذا التعريف ربما يستقيم مع الاعتمادات المستندية القطعية والتي لايمكن الغائها الا بموافقة جميع الاطراف مما يسمح للمصرف من اعطاء تعهدات معينة بصدد هذا النوع من الاعتمادات ، بيد ان البعض الاخر قد عرفه بأنه "وثيقة مصرفية يصدرها المصرف موجهة الى المستفيد تتضمن بيانات واضحة وكاملة عن شروط الاعتماد التي يجب على المستفيد مراعاتها لكي يتسنى له الانتفاع من الاعتماد المفتوح ، فتعتبر هذه الشروط عنصراً جوهرياً في خطاب الاعتماد المستندي " .

يتضح من خلال هذا التعريف بأنه قد اعتبر خطاب الاعتماد وثيقة مصرفية وهو رأي جدير بالاهتمام ، فقد حدد مضمون هذا الخطاب وما يجب ان يتضمنه من بيانات وما يجب على المستفيد فعله بغية الانتفاع من هذا الاعتماد .

بيد ان ما تجدر الاشارة اليه بأن هذا الرأي قد اعتبر الشروط التي يجب على المستفيد مراعاتها للانتفاع بالاعتماد تشكل عنصر جوهري في خطاب الاعتماد لانها تمثل الاساس القانوني للعلاقة التي تنشأ بين المستفيد والمصرف الفاتح للاعتماد ، وعلى الرغم من أهمية خطاب الاعتماد في مجال التعاملات التجارية الا انه لا يمكن اعتباره من الاوراق التجارية القابلة للتداول ، فهو يمثل ورقة من اوراق المصارف التي ابتكرها العمل المصرفي ذات الطابع الشخصي ، للمزيد ينظر سائد عبد الحافظ المحتسب ، الطبيعة القانونية للاعتماد المستندي ، الطبعة الاولى ، مكتبة الرائد العلمية للنشر ، الاردن – عمان ، 1995م ، ص17 ، صلاح الدين حسن السيسي ، القطاع المصرفي وغسيل الاموال ، عالم الكتب للطباعة والنشر ، مصر – القاهرة ، 2003م ، ص 65 ، د. أكرم ياملكي ، د. فائق محمود الشماع ، القانون التجاري ، مطبعة جامعة بغداد ، العراق – بغداد ، 1980م ، ص394 ، د. بلال الانصاري ، مصدر سابق ، ص 134 .

وفي مقام الاجابة على هذا التساؤل نجد أن هذا الالتزام من حيث التنفيذ يكون تجاه المصرف ، أما من حيث التكوين فيكون للمشتري ، ولعل الفقه القانوني قد تطرق إليها بغية اسناد ارائهم بالقول إن هذا الالتزام هو التزام عقدي يقع على عاتق البائع تنفيذه تجاه المشتري والذي يجد أساسه في نص العقد الاساس المبرم بينهما من خلال عدة نظريات سيقت بصدد ايضاح هذا الالتزام ، وعليه سوف نتناول التطرق الى مفهوم هذه النظريات التي تحدد هذا الالتزام ، ومن ثم التطرق إلى أساس مسؤولية البائع نتيجة الاخلال باجابة طلب فتح الاعتماد :-

أولاً :- نظريات تحديد الاساس القانوني لأجابة طلب المشتري

1- نظرية الانابة

تشير هذه النظرية إلى فكرة تقتضي القول بأن المشتري ألآمر بفتح الاعتماد المستندي (المنيب) ينيب المصرف (المناب) مدينه أستناداً لعقد الاعتماد المستندي بغية دفع الدين المترتب بذمته (دين العقد الاساس) تجاه المستفيد (البائع) فيصبح التزام المصرف (المناب) تجاه المستفيد وفق هذه النظرية قطعي منذ اصدار البائع لقبوله ووصول هذا القبول لعلم من وجه له [1] .

بيد أن ما يمكن قوله بأن التزام المصرف في هذه الحالة يكون مستقلاً تماماً عن عقد البيع المبرم بين البائع والمشتري ، وكذلك عقد الاعتماد المستندي فيلتزم عند أجابة البائع بالوفاء بثمن البضاعة بصرف النظر عمّا قد يشوبها من عيوب قد ترتب البطلان أو الفسخ للعقد الاساس في هذه الحالة [2] .

إلا أن ما يؤخذ على هذه بأنها لا تتلائم مع جوهر الاعتماد المستندي والذي يهدف بالدرجة الاساس إلى الحماية القانونية لاطرافه ، بالاضافة الى ذلك بانه لايوجد ما يمنع المصرف من الدفع ببطلان عقد الانابة لعيب شابَ أرادته كالغلط أو الاكراه أو غيرها من عيوب الارادة .

2- نظرية الوكالة

---

1 – د. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص173 .

2 – حسن دياب ، الاعتمادات المستندية التجارية ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، الاردن – عمان ، 1999م ، ص199 .

نصت المادة / 927 من القانون المدني العراقي على الوكالة بأنها "عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم" .

فقد حاول البعض [1] تكييف دور المصرف وفقاً لعقد الوكالة ، بيد أنهم اختلفوا في توزيع أطراف هذا العقد وانقسموا على فريقين :-

الفريق الاول : اعتبر المشتري وكيلاً عن البائع

أي إن المشتري يعد في هذه الحالة وكيلاً عن البائع في تأمين أداء ثمن البضاعة بواسطة الاعتماد المستندي ، ففي هذه الحالة يكون البائع قد ابدى رغبته في التعاقد على البضاعة مع مصرف ذو سمعة جيدة [2] ، فأذا ما تم الاتفاق على هذه الشروط لايوجد مانع من تفويض البائع للمشتري بتأمين اداء ثمن البضاعة المتعاقد عليها عن طريق الاعتماد المستندي ، وبالتالي يصبح المشتري وكيلاً للبائع بموجب عقد تابع لعقد البيع الاصلي .

الفريق الثاني : اعتبر المصرف وكيلاً عن المشتري

على وفق هذا الرأي والذي عدٌ المصرف وكيلاً عن المشتري (الأمر) بتلقي أجابة البائع وكذلك استلام المستندات ودفع مبلغ الاعتماد المستندي أليه ، لذلك ينبغي على الوكيل الالتزام والتقيد بتعليمات وأوامر موكله والتي وردت في خطاب الاعتماد ووجهت الى البائع نقلاً عن الالتزامات والشروط التي تضمنها العقد الاساس ، لذلك استندوا في التأسيس لفكرتهم بموجب هذا الاتجاه إلى القول [3] بأن الوكالة تنتهي بالأجل المحدد لها أو بانتهاء العمل الذي وجدت من أجله وفقاً لاحكام المادة /946 من القانون المدني العراقي ، وهذا ما يتفق مع جوهر فكرة خطاب الاعتماد المستندي والذي ينتهي بانتهاء مدة صلاحيته أو بتقديم المستندات المطابقة لشروطه من طرف المستفيد للمصرف .

1- د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص78 ، ، د. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص167، فهيمة قسوري ، مصدر سابق ، ص107 .

2 – حسن دياب ، مصدر سابق ، ص 199 .

3 – د. حسين النوري ، دروس في الاوراق التجارية والنشاط المصرفي ، دار الجيل للطباعة ، مصر – القاهرة ، بدون سنة نشر ، ص338 .

إلا إن هذا الرأي لم يسلم من النقد ، إذ إن افتراض وجود عقد ضمني تابع لعقد البيع يتوكل بموجبه المشتري عن البائع بتأمين اداء الثمن هو اجراء لايتلائم مع فكرة عقد البيع وهو افتراض غير مقبول على اعتبار ان التزام المشتري بالوفاء بالثمن بموجب عقد البيع هو التزام أصلي يقع على عاتقه تنفيذه ، فالمشتري هنا يكون طرفاً اصيلاً في العقد وليس وكيلاً عن البائع فيه [1] ، أما الرأي الثاني فهو يقوم أساساً على الاعتبار الشخصي بين الوكيل والموكل وهذا الاعتبار يتأثر بكل ما يطرأ على شخصية كل منهما سواء بوفاة الموكل أو الوكيل أو بالعزل في حين أن التزام المصرف تجاه المستفيد لايتأثر بكل ما يطرأ على عقد الاعتماد المستندي او عقد البيع الاساس وفقاً لالتزام المصرف المباشر تجاه المستفيد (البائع) منذ وصول الخطاب إليه [2] .

بيد إن ما يمكننا قوله بأن اجابة البائع طلب فتح الاعتماد هو التزام عقدي اساسه عقد البيع المبرم بينه وبين المشتري وحيث إن الثابت بأن قيام المصرف بأرسال الخطاب إلى البائع ليس بمحض ارادته وإنما هو مدفوع بالقوة الملزمة لعقد الاعتماد المستندي المبرم بينه وبين الأمر بفتح الاعتماد المستندي والذي يكون هذا الاخير اثراً من اثار عقد البيع ، بغض النظر عن شكل الاجابة أو كيفية اجراءها ما دام البائع قد باشر في ارسال المستندات التي تمثل البضاعة محل العقد .

ثانياً :- اساس مسؤولية البائع نتيجة الاخلال بأجابة طلب فتح الاعتماد

يعدُ استلام البائع لخطاب الاعتماد المستندي قرينة على علمه بمضمونه دون اعتراض عليه من قبله مما يستدعي قيامه بتنفيذ التزامه التعاقدي بأرسال المستندات التي تمثل البضاعة محل العقد وهذا الالتزام يجد أساسه في العقد الاساس على اعتبار أن المستفيد (البائع) لايتحمل أي التزام من الاعتماد ، فلا يلتزم من الخطاب ولا من علاقته بالمصرف باستخدام الاعتماد ، وفي ذات الوقت لايمكن للمصرف الفاتح للاعتماد ولا للمصارف المتدخلة في تنفيذه حق دائنية تجاه البائع فليس لهم وسيلة

---

1 – فهيمة قسوري ، مصدر سابق ، ص107 .

2 – محمد تقية ، الارادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والتشريع ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1984م ، ص77 .

لاجباره على الاستفادة منه ، فأذا ترك البائع المدة المقررة لصلاحيته تمضي ولم يقدم المستندات المطلوبة فأن ما يترتب عليه نتيجة لذلك هو انقضاء حقه في الاعتماد المستندي [1] .

وهذا يقودنا الى تساؤل يقضي بالقول بان عدم اجابة البائع طلب فتح الاعتماد هل يكتفي بانقضاء حقه في الاعتماد المستندي أو تترتب مسؤوليته التعاقدية تجاه المشتري؟ .

وبطبيعة الحال يمثل خطاب الاعتماد المستندي استجابة المصرف لطلب العميل بفتح الاعتماد المستندي والذي يتضمن في فحواه جميع الشروط التي تم الاتفاق عليها سلفاً والتي انبثقت عن عقد البيع الاساس ، لذلك يذهب البعض الى القول [2] إن هذا الخطاب ينشئ للمستفيد (البائع) حقاً في قبض مبلغ معين أذا ما قدم المستندات المحددة في الخطاب ، وبالتالي يتضح من خلال ما طرحه الرأي المتقدم بأن الخطاب الذي يصدره المصرف للمستفيد ما هو الا ترجمة لطلب المشتري بفتح الاعتماد فينشأ للبائع الحق في قبض الثمن ، بيد انه قيَد هذا الحق بشرط تقديم المستندات المحددة في الخطاب .

نخلص الى القول بان هذا الالتزام التبادلي والذي يوجب أجابة هذا الطلب من قبل البائع سواء كانت اجابة صريحة تقضي بالموافقة أو بالرفض على ما ورد فيه ، أو اتخاذ اجراء ايجابي يتضمن ارسال المستندات المطلوبة فيفهم منه اجابة ضمنية لهذا الطلب ، وبخلافه تتحقق مسؤولية البائع التعاقدية تجاه المشتري فيحق له في هذه الحالة المطالبة بفسخ العقد الاساس والتعويض اذا كان له مقتضى ، فيشمل التعويض الكسب الفائت والخسارة اللاحقة ، وبالتالي يدخل ضمن اطار الخسارة اللاحقة المصاريف جميعها التي انفقها المشتري في سبيل فتح الاعتماد المستندي الذي نص عليه العقد ، إلا إذا كان امتناعه عن التنفيذ له ما يبرره ، كأن يكون خطاب الاعتماد يخالف الاتفاق المبرم بينه وبين المشتري ، ففي هذه الحالة يتوجب عليه اعلام المصرف برفضه للخطاب مستنداً للأسباب التي تبرره ، أو كان نتيجة لسبب أجنبي لايد له فيه وقد حال دون تنفيذ التزامه التعاقدي .

---

1 – د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص 68 .

2 – محي الدين اسماعيل علم الدين ، موسوعة اعمال البنوك ، الجزء الثاني ، شركة مطابع الطناتي ، مصر ، 1989م ، ص473 .

الفرع الثاني

التزام البائع بأرسال المستندات وفقاً لخطاب الاعتماد المستندي

تعتمد عقود التجارة الدولية على عدد من المستندات التي تلبي ما تتطلبه المعايير واللوائح والقوانين التي يضعها بلد المنشأ و المصدر للبضاعة وبلد الاستيراد ، فهذه المستندات واقعاً تحدد مصير البضاعة بل ومصير العقد بالكامل .

فالاعتماد المستندي بطبيعة الحال يستمد تسميته من أن المستندات هي الاداة الوحيدة التي يقوم عليها التعامل بين أطراف الاعتماد ، فالمستندات هي المحل الوحيد الذي يتضمنه الاعتماد منذ لحظة ابرامه ولغاية انتهائه

وفي واقع الأمر فأن الاعتماد المستندي عقد وهذا العقد يرتب عدة التزامات تقع على عاتق المصرف تجاه العميل (الآمر) ، فالمصرف الفاتح للاعتماد مدين بها للدائن العميل (الآمر) ولا يكون للمستفيد أي علاقه في هذا الجانب لأنه لم يكن طرفاً في عقد الاعتماد [1] ، وأهم هذه الالتزامات هي قيام المصرف بأصدار خطاب الاعتماد لصالح المستفيد بناء على طلب الآمر وكما مر بنا انفاً بعد إتخاذ عدة اجراءات بهذا الصدد فيصدر عنها فيما بعد هذا الخطاب متضمناً شروط الاعتماد المتفق عليها ، فيقوم بتوجيهه الى المصرف المراسل ليتم تنفيذه من قبل هذا الاخير ، فيلتزم المستفيد (البائع) بأجابة طلب المصرف وارسال المستندات المطلوبة ، كما يقع على عاتق المصرف فاتح الاعتماد القيام بفحص هذه المستندات وتدقيقها ، فتعد هذه المرحلة من أهم وأدق مراحل الاعتماد لتعلق حقوق والتزامات أطرافه بسلامتها ومطابقتها للشروط المتفق عليها بموجب العقد [2] .

لذلك نجد ان اغلب الاتفاقيات الدولية قد أهتمت بتنظيم احكام هذا الالتزام بوصفه العنصر المادي المهم في التزامات البائع على اعتبار أن العنصر المهم لالتزامات الاطراف في عقد البيع الدولي ليس انتقال ملكية المبيع فحسب ، بل الاهم من ذلك هو قيام البائع بالوفاء بالتزامه بتسليم المستندات التي تمثل البضاعة محل العقد كونها تعد

---

1 – بضليس عبد العزيز ، الاعتماد المستندي والتزام البنك بفحص المستندات في ظل احدث النشرات الصادرة عن الغرفة التجارية الدولية ، الطبعة الاولى ، مكتبة الوفاء القانونية للنشر ، مصر – الاسكندرية ، 2018م ، ص30 .

2 – أحمد جمعة القبائلي ، التوازن العقدي لاطراف الاعتماد المستندي وفق احكام القانون الليبي والعرف الدولي ، مجلة دراسات قانونية ، العدد الثامن والعشرون ، 2020م ، ص356 .

الهدف الاساس الذي يرد عليه عقد البيع والتي من خلالها تنتقل ملكية هذه البضاعة ، فقد نصت المادة /30 من اتفاقية فيينا لسنة 1980 على أنه "يجب على البائع أن يسلم البضاعة والمستندات المتعلقة بها ، وأن ينقل ملكية البضائع على النحو الذي يقتضيه العقد وهذه الاتفاقية" .

فمن خلال النص المتقدم يتضح بان الاتفاقية قد حصرت التزام البائع في التزامين اساسيين وهما : الالتزام بتسليم البضاعة ومستنداتها ، والتزامه بنقل ملكيتها ، وقد احالت تنظيم انتقال الملكية الى ما يقتضيه العقد ابتداءً وفي حال عدم استيعاب النص لهذا الانتقال بالامكان الرجوع الى احكام الاتفاقية ، فقد قدمت النص العقدي على أحكام الاتفاقية[1] .

إلا أن ما يمكن ملاحظته على هذا النص أيضاً بأن الاتفاقية قدمت التزام تسليم البضاعة على الالتزام بأرسال المستندات ، فالتسليم المادي للبضاعة في البيوع الدولية لايتم الا بعد دخول الطائرة أو السفينة الى ميناء الوصول ومن ثم المباشرة بأجراءات الاستلام والتسليم وايضاً من خلال هذه المستندات وهذا يتطلب وقتاً قد يطول أو يقصر ، لذلك يتم الاستعاضة عن هذا الاستلام من خلال ارسال مستندات الشحن إلى المشتري لكي يتمكن من خلالها التصرف بالبضاعة سواء بالبيع أو الرهن أو توكيل الغير باستلامها ، وبالتالي لابد له من مطالبة البائع بتسليمها اليه تنفيذاً لالتزامه التعاقدي وبخلافه يمكنه المطالبة بالتعويض عن أي ضرر أو تلف يصيب البضاعة محل العقد ، إذ من دون هذه المستندات لايستطيع المشتري القيام بأي تصرف بشان هذه البضاعة ومن ثم يعد البائع في هذه الحالة مخلاً بشروط عقد البيع بألتزامه بالتسليم [2] ، وهذا ما يطلق عليه بالتسليم الحكمي للبضائع والذي يستطيع المشتري من خلال حيازته لهذه المستندات التمتع بكل الحقوق والامتيازات منها الحق في التصرف بالمبيع والمطالبة بالتسليم عند تفريغ البضاعة .

---

1 – نغم حنا رؤوف ننيس ، التزام البائع بالتسليم في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا 1980 ، أطروحة دكتوراه ، جامعة الموصل – كلية القانون ، 2004م ، ص38 ،

2 – د. عبد القادر حسين العطير ، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية – دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن – عمان ، 1999م ، ص468 .

بيد أن ما يتبادر الى الذهن تساؤل بخصوص مدى التزام البائع بتوفير وارسال مستندات الشحن ، هل يلزم بأرسال هذه المستندات مجتمعة أو بالامكان أرسال جزء منها ، وفي حال عدم أرسالها بالكامل هل يعد مخلاً في تنفيذ هذا الالتزام ؟ .

وبطبيعة الحال يذهب رأي من الفقه القانوني الى القول [1] بأن التزام البائع بتوفير هذه المستندات هو التزام نسبي ، أي قد يكون ملزماً بتوفيرها بالكامل أو بتوفير جزء منها بحسب الحالة وطبيعة البضاعة المنقولة وما تم الاتفاق عليه بين أطراف العقد الاساس.

وعلى كل حال ، فأن الضرورة تقتضي تسليم المستندات [2] تسليماً فعلياً إلى المصرف وهذا الاخير بدوره يقوم بتسليمها للمشتري في المكان والزمان المتفق عليهما في العقد وينبغي أن تكون هذه المستندات مطابقة للاتفاق والعرف التجاري السائد ، فالعبرة ليست بخروج هذه المستندات من حيازة البائع ، بل دخولها في حيازة المشتري فعلياً ، وإذا تم الاتفاق في عقد البيع الاساس على موعد محدد لتقديم هذه المستندات يتوجب على البائع في هذه الحالة الالتزام بهذا الموعد بالدقة ، أما إذا خلا العقد من الاتفاق على شرط صريح بهذا الصدد فيتوجب على البائع تقديمها بأسرع وقت ممكن .

---

1 – د. أشرف احمد العدلي ، التجارة الدولية ، الطبعة الاولى ، مؤسسة طيبة للنشر والتوزيع ، مصر ، 2006م ، ص45 .

2 – المستندات ، لم تحدد هذه المستندات على سبيل الحصر وبالرجوع الى اتفاقية فيينا نجد انها لم تبين المستندات المطلوب تقديمها تاركة ذلك لارادة الاطراف والاعراف التجارية السائدة بخصوص البضاعة المبيعة ونوع البيع المتفق عليه ولعل ابرز هذه المستندات هي (سند الشحن بالنسبة للبضاعة المنقولة بحراً ، وسند الايداع بالنسبة للبضاعة المودعة في مخازن عامة بالاضافة الى:-

أ- شهادة المنشأ : وهي شهادة تصدرها الغرف التجارية لمصلحة المصدر تتضمن تحديد البلد الذي انتجت فيه البضاعة في الاصل .

ب- سند الشحن : وهو الورقة التي تكتب عند شحن البضاعة على متن السفينة المحددة للنقل لاثبات عملية الشحن ذاتها .

جـ – الفاتورة التجارية : تصدر من المستفيد من الاعتماد المستندي (البائع) والتي تصف طبيعة البضاعة وكمياتها واعدادها واوزانها مقترنة بالسعر ، فيجب ان تطابق مواصفات العقد وتعليمات المشتري فاتح الاعتماد .

د- الشهادة الصحية : تصدر هذه الوثيقة عادة من قبل جهات حكومية مخولة بعد التحقق من انها مطابقة لشروط التصدير في البلد المصدر ، للمزيد ينظر د. احمد حسني ، البيوع البحرية – دراسة لعقود التجارة البحرية الدولية سيف وفوب ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف للنشر ، مصر – الاسكندرية ، 1983م ، ص30 ، د. محمود محمد عبابنه ، أحكام عقد النقل ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، 2015م ، ص199 .

وبالتالي إذا نفذ البائع التزامه بأرسال المستندات على وفق السياق المطلوب وكانت مطابقة لشروط العقد ففي هذه الحالة يكون قد نفذ التزامه التعاقدي وبالمقابل استحق استيفاء ثمن العقد بغض النظر عن ظروف المتعاقد الاخر ، لذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية [1] في إحدى قرارتها إلى القول بأن "صعوبات أو اجراءات السلطات الرقابية المختصة في بلد المشتري على النقد لاتعطل حق المستفيد لان حقه يرتبط فقط بتقديم المستندات بصورة مطابقة لخطاب الاعتماد المستندي" .

فقد تضمنت حيثيات القرار المتقدم بأن المصرف قد امتنع في هذه القضية عن دفع مبلغ الاعتماد الى المستفيد بحجة منع سلطات الرقابة على النقد عميله من تنفيذ التزامه بتقديم الغطاء المالي للمصرف ، لذلك قررت المحكمة بأن هذه الاجراءات لاتمنع حق المستفيد تجاه المصرف على اعتبار أن حقه مستقل عن علاقة المصرف بالعميل ويرتبط فقط بتقديم المستندات بصيغة تطابق الشروط التي نص عليها عقد الاعتماد المستندي .

المبحث الثاني

المسؤولية العقدية الناشئة عن الاخلال بتنفيذ الاشتراط

يعد العقد وسيلة قانونية يتمكن من خلالها الافراد من افراغ ارادتهم والتعبير عنها على النحو الذي يتماشى وأشباع حاجاتهم الضرورية ويحقق مصالحهم .

لذلك فقد أولته التشريعات بقواعد خاصة تنظم أحكامه وأثاره وما يترتب نتيجة الاخلال في تنفيذه فجعلت منه شريعة خاصة للمتعاقدين يتوجب الرجوع اليها إذا نشأ

1 – قرار محكمة النقض الفرنسي الصادر بتاريخ 1955/4/23 ، اشار اليه محمد اليماني ، الاعتماد المستندي والطبيعة القانونية لالتزام البنك ، أطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة – كلية الحقوق ، 1974م ، ص35 .

أي نـزاع فيمـا بيـنهم وبالتـالي تتحقـق المسـؤولية العقديـة إذا اخـل المـدين بـبعض التزاماتـه التعاقديـة أو جميعهـا ، ونـتج عـن هـذا الاخـلال ضـرر بالـدائن وتـوافرت العلاقـة السـببية بـين الاخـلال والضـرر ، فتتحقـق عنـدها المسـؤولية العقديـة لأحـد الاطـراف ، لـذلك يـرى بـان الاخـلال العقـدي مـاهو الا انحـراف فـي سـلوك المـدين بـالالتزام لا يأتيـه الرجـل المعتاد إذا وجد في ظروف المدين نفسها .

فالمسـؤولية العقديـة لا تتحقـق فـي حالـة الاخـلال بتنفيـذ الالتـزام فحسـب ،بـل تتحقـق فـي حالـة امتنـاع المـدين عـن التنفيـذ امتناعـاً كليـاً ، او اذا نفـذ التزامـه التعاقـدي تنفيـذاً معيبـاً أو جزئياً أو حتى متأخراً عن الميعاد المحدد في العقد ولم يكن اجباره على التنفيذ .

بيـد أن الامـر مختلـف فـي حـال تحقـق امكانيـة اجبـار المـدين علـى تنفيـذ التزامـه التعاقـدي فنكـون فـي هـذه الحالـة بصـدد التنفيـذ العينـي الجبـري ولـيس المسـؤولية العقديـة ، فالمسـؤولية العقديـة تمثـل الجـزاء الـذي يرتبـه القـانون نتيجـة اخـلال المتعاقـدين فـي تنفيـذ التزاماتهم التعاقدية على الوجه الصحيح والمتفق عليه بموجب العقد الاساس .

وعليـه سـوف نقسـم هـذا المبحـث علـى مطلبـين ، سـوف نتنـاول فـي المطلـب الاول اخـلال طرفـي العقـد الاسـاس بتنفيـذ الاشـتراط بفـتح الاعتمـاد المسـتندي ، امـا فـي المطلـب الثـاني فسـوف نتنـاول فيـه الجـزاءات القانونيـة المترتبـة نتيجـة الاخـلال بتنفيـذ الاشـتراط بفـتح الاعتماد المستندي .

المطلب الاول

اخلال طرفي العقد الاساس بتنفيذ الاشتراط بفتح الاعتماد المستندي

يـرتبط الاشـخاص فيمـا بيـنهم بعلاقـات قانونيـة متعـددة ينـتج عنهـا التزامـات معينـة ، إذ تكفـل القـانون بنتظـيم احكـام هـذه العلاقـات بشـكل يكفـل اسـتقرار المعـاملات وتحقيـق العدالـة العقديـة فـي المجتمـع ، فقـد ينشـا اخـلال مـن أحـد الاطـراف فـي هـذه العلاقـات ممـا يسـتتبع حتمـاً تحقـق المسـؤولية العقديـة مـادام الاخـلال ناتجـاً عـن عـدم تنفيـذ التـزام عقـدي سـابق ، علـى أسـاس انـه فـي حـال كـان العقـد صـحيحاً ولازمـاً يتعـين علـى كـل طـرف مـن

اطـــراف العقـــد الوفـــاء بالالتزامـــات المفروضـــة عليـــه وفـــي حـــال اخـــل ولـــم ينفـــذها تقـــوم مســـؤوليته العقديـــة تجـــاه المتعاقـــد الاخـــر مـــع افتـــراض تحقـــق اركانهـــا مـــن خطـــأ وضـــرر وعلاقـــة ســـببية بينهمـــا ، فيلتـــزم المـــدين بـــالتعويض فـــي مواجهـــة الـــدائن عمـــا لحقـــه مـــن ضـــرر ، إلا إذا حال دون هذا التنفيذ سبب أجنبي لايد له فيه وكان غير متوقع الحدوث .

وعليـــه يقتضـــي البحـــث تقســـيم هـــذا المطلـــب علـــى فـــرعين ، ســـوف نتنـــاول فـــي الفـــرع الاول اخـــلال المشـــتري بتنفيـــذ الاشـــتراط ، أمـــا فـــي الفـــرع الثـــاني فســـوف نتنـــاول اخـــلال البـــائع بتنفيذ الاشتراط بفتح الاعتماد المستندي .

الفرع الاول

اخلال المشتري بفتح الاعتماد المستندي

إذا انعقـد العقـد وجـب علـى اطرافـه تنفيـذه علـى وفـق مـا يقتضـيه مبـدأ حسـن ألنيـة ومـا نـص عليـــه العقـــد ، وبالتـــالي إذا اخـــل أحـــد الطـــرفين بتنفيـــذ ألتزامـــه نهضـــت مســـؤوليته أمـــام المتعاقد إلآخر.

فـــالاخلال العقـــدي يعنـــي (عـــدم الوفـــاء بـــالالتزام الناشـــئ عـــن العلاقـــة التعاقديـــة) [1] ، وقيـــل أيضـــاً بأنـــه (ســـلوك معـــين يصـــدر عـــن احـــد المتعاقـــدين علـــى نحـــو يتنـــافى مـــع طبيعـــة التزامـــه التعاقدي الوارد بموجب العقد المبرم بينهما) [2] .

فمـــن خـــلال التعريفـــات التـــي ســـيقت بشـــأن تحديـــد معنـــى الاخـــلال ، نجـــد أنهـــا قـــد اشـــارت الـــى فكـــرة مشـــتركة وهـــي اعتبـــار الاخـــلال ســـلوك يصـــدر مـــن أحـــد الاطـــراف يتنـــافى مـــع مقتضـــى العقـــد ، وهـــذا الانحـــراف فـــي التنفيـــذ يمكـــن أن يتجســـد فـــي صـــورة التـــأخير فـــي التنفيـــذ او عـــدم التنفيـــذ نهائيـــاً [3] أو حتـــى التنفيـــذ المعيـــب يمكـــن أن ينضـــوي تحـــت هـــذا المفهـــوم ، وهـــذا يقودنـــا إلـــى القـــول بـــأن هـــذه التعريفـــات قـــد تضـــمنت احكـــام الخطـــأ العقـــدي والـــذي يمثـــل أحـــد أركان المسؤولية العقدية .

---

1 – بطرس البستاني ، محيط المحيط ، مكتبة لبنان للنشر والتوزيع ، بيروت – لبنان ، 1977م ، ص981 .

2 – د. منـــذر الفضـــل ، النظريـــة العامـــة للالتزامـــات – مصـــادر الالتـــزام ، الجـــزء الاول ، مكتبـــة دار الثقافـــة للنشـــر والتوزيع ، الاردن – عمان ، 1994م ، ص 292 .

3 – وهـذا مـا اشـارت اليـه المـادة / 7–1–1 مـن مبـادئ اليونيـدروا والتـي جـاء فيهـا "يقصـد بعـدم التنفيـذ كـل اخـلال مـن احد الاطراف في تنفيذ اي من التزاماته الناتجة عن العقد ويشمل الاخلال التنفيذ المعيب او التنفيذ المتأخر"

فقد عرف الخطأ العقدي بأنه "اخلال الشخص بالتزامه مع ادراكه بهذا الاخلال " [1] ، أي انحراف عن سلوك الشخص المعتاد المجرد والذي يمثل المرحلة الوسط من الاشخاص من حيث الحرص والعناية والخبرة والعلم فتختلف صور الخطأ تبعاً إلى اختلاف نوع الالتزام التعاقدي .

فقد ذهب جانب من الفقه القانوني إلى القول [2] بأن عدم التنفيذ في حد ذاته لايحمل المدين المسؤولية دائماً فقد تطرأ ظروف وأسباب لادخل لارادته فيها فتحول دون قيامه بتنفيذ التزامه التعاقدي ، ولكن من المفترض أن عدم التنفيذ ناتج عن خطا المدين والذي يمثل أحد وأهم أركان المسؤولية العقدية ، بيد أن هذا الركن لا يكفي لوحده لتحققها ما لم يقترن بركن اخر وهو ركن الضرر فتتحقق معهما العلاقة السببية ، بما معناه بان الضرر قد حصل نتيجة ارتكاب ذلك الخطا وبالنتيجة اذا تخلف أحد هذه الاركان انتفت المسؤولية العقدية ، ومن هذا المنطلق تتلخص مسؤولية المشتري نتيجة اخلاله بتنفيذ التزامه التعاقدي الذي يعد التزاماً مبدئياً وهو الالتزام بفتح الاعتماد والذي يشكل نقطة انطلاق الالتزامات الاخرى ، وعلى أعتبار أن البائع غير ملزم بشحن البضاعة المتعاقد عليها حتى يتم فتح اعتماد مستندي من قبل المشتري ومطابق للشروط التي نص عليها العقد الاساس ، وبما أن الوقت عنصر جوهري في تنفيذ هذا الالتزام ، فيحق للبائع انهاء العقد[3] إذا لم يتم فتح الاعتماد في التاريخ المحدد في العقد ، أو في وقت يمكن تحديده منه بعد إعذار المشتري بضرورة تدارك تقصيره التعاقدي خلال مدة معقولة تتناسب مع ظروف العقد ، كما يحق له المطالبة بالتعويض نتيجة لهذا الاخلال [4] .

---

1 – د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصدر سابق ، ص881 .

2 – د. صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تاسيس نظام المسؤولية العقدية – دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني ، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر ، مصر ، 2010م ، ص65 ، ياسين محمد الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني – مصادر الحقوق الشخصية – نظرية العقد اثاره وانحلاله ، الجزء الاول ، المجلد الاول ، دار وائل للنشر ، عمان ، 2002م ، ص312 ، د. نادية محمد مصطفى قزمار ، مصدر سابق ، ص367 .

1- see chitty,j. , chitty on contracts: General principles vol. 1 (28 th ed) (sweet &max well, london,1999) at 23-034. P.1156 .

4 – عبد الكريم بلعبور ، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1986م ، ص130 .

فهذه الصورة او هذا الالتزام هو جوهر التزام المشتري بموجب اشتراط فتح الاعتماد ، فيتم فتح الاعتماد تسوية للبيع وبطلب المشتري للمصرف الفاتح للاعتماد تنفيذاً لالتزامه الناشئ عن عقد البيع ، فيعد اتفاقهما هذا بالنسبة للمشتري دفعاً لدين الثمن وبالنسبة للبائع تحقيقاً لالتزامه بالتسليم [1] ، لذلك يتحدد التزام المشتري في كيفية فتح الاعتماد من حيث مضمون هذا الالتزام وجزائه بعبارة اتفاق الطرفين فأن لم يفصلا مقصدهما وجب في هذه الحالة افتراض أن البائع اراد من اشتراطه هذا أن يحصل على أقصى درجات الامان فضلاً عن اتخاذه وسيلة لتسوية الثمن من خلال تدخل جهة اخرى وهي المصرف الفاتح للاعتماد لاسيما وان فتح الاعتماد في حد ذاته لا يعتبر مبرئاً لذمة المشتري من دين الثمن تجاه البائع ما لم يتاكد ويثبت المشتري ان المصرف المفتوح لديه الاعتماد قد دفع مبلغ الاعتماد بالفعل إلى البائع [2] ، وبالتالي تتحقق مسؤولية المشتري في حال اخلاله بتنفيذ هذا الالتزام .

بيد أنه قد يرجع سبب عدم تنفيذ المشتري لهذا الالتزام إلى فعل أو اهمال صدر من المتعاقد الاخر (البائع) ، فجعل تنفيذه لهذا الالتزام متعذراً وهذا ما اشارت إليه المادة /177 /2 من القانون المدني العراقي في شطرها الثاني والتي اعطت الحق لاي من الطرفين المطالبة بفسخ العقد مادام الطرف الاخر لم ينفذ ما تم الاتفاق عليه بموجب العقد المبرم بينهما ، إذ نصت هذه المادة على أنه "... في عقد البيع يجوز للبائع أو المشتري أن يطلب الفسخ اذا لم يؤدي العاقد الاخر ما وجب عليه بالعقد ..." .

واكدته المادة /80 من اتفاقية فيينا لسنة 1980 والتي جاء فيها "لايجوز لاحد الطرفين ان يتمسك بعدم تنفيذ الطرف الاخر لالتزاماته في حدود ما يكون عدم التنفيذ بسبب فعل او اهمال من جانب الطرف الاول" .

فالنصوص المتقدمة لم تفرق بين عدم التنفيذ الجزئي او الكلي ، إذ لا اهمية لمدى جسامة الاخلال المرتكب [3] ، مثال ذلك فقد يتفق المتعاقدان على وفاء ثمن الصفقة

---

1 – د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص59 .

2 – هذا ما قضت به محكمة تمييز دبي بموجب قرارها بالعدد 2003/ 67 طعن والمؤرخ في 2003/9/21 والمنشور في مجموعة المبادئ والاحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي في الاعتمادات المستندية منذ عام 1998 ولغاية 2010 ، ص80 .

3 – أسامة حجازي المسدي ، القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية ، دار الكتب القانونية للنشر ، مصر، 2010م ، ص184.

التجارية بموجب اعتماد مستندي بمبلغ يمثل نسبة معينة (مثال ذلك : يتم فتح اعتماد بنسبة 70% من مبلغ الفاتورة التجارية) من مبلغ الفاتورة المؤقتة التي يقدمها البائع ، ففي هذه الحالة لا ينهض التزام المشتري بفتح الاعتماد الا بعد تقديم البائع لهذه الفاتورة واخطار المشتري بنوع الاعتماد الذي يطلبه [1] .

نخلص إلى القول بأن فعل البائع في هذه الحالة قد تسبب في اخفاق المشتري في تنفيذ التزامه التعاقدي بفتح الاعتماد المستندي وبالنتيجة اعفاءه من المسؤولية التعاقدية المترتبة نتيجة لهذا الاخلال .

الفرع الثاني

إخلال البائع بتنفيذ الاشتراط بفتح الاعتماد المستندي

تقتضي القوة الملزمة للعقد قيام اطرافه بتنفيذ التزاماتهم الناشئة عن العقد المبرم بينهم على وفق ما تم الاتفاق عليه وفي حال امتنع أحد الاطراف عن تنفيذ التزاماته أو تاخر في تنفيذها كان بالامكان اجباره على التنفيذ .

فقد حددت اتفاقية الامم المتحدة (بشأن عقود البيع الدولي للبضائع) لسنة 2011 ، التزامات البائع في عقود التجارة الدولية بموجب المواد من (30-44) من الاتفاقية ، وعليه سوف نتناول صور اخلال البائع بتنفيذ الاشتراط وكما يلي :-

أولاً : اخلال البائع بأجابة خطاب فتح الاعتماد المستندي

يلزم أن يتضمن خطاب الاعتماد المرسل إلى البائع (المستفيد) جميع العناصر التي تحدد حقوقه والواجبات التي تفرض على عاتقه القيام بها للمطالبة بالحق الثابت فيه .

فالاصل في تحديد هذه الحقوق والواجبات مصدرين اساسيين هما ، تعليمات الآمر في المقام الاول ويتبعها العادات المصرفية الخاصة بالاعتماد المستندي في حدود ما تنطبق على هذا الاعتماد دون الرجوع إلى عقد البيع في المقام الثاني [2] .

ولمُا كان المستفيد من لحظة اخطاره بخطاب فتح الاعتماد المستندي البات أو بتعزيزه الاعتماد لصالحه يكتسب حقاً نهائياً غير قابل للالغاء في اقتضاء المبلغ المذكور

2- Gutteridge and megrah's , op.cit. p44 .

2 – د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص 84 .

بخطاب الاعتماد وفي ذات الوقت يفرض عليه العقد التزام متقابل وهو قبول خطاب الاعتماد .

لذلك يذهب البعض إلى القول [1] بان كيفية القبول لاتتحدد بشكل معين فيجوز التعبير عن القبول سواء بالقول أو الكتابة أو اتخاذ أي موقف اخر يعبر عنه ، كأستعمال الفاظ تدل على الموافقة على صيغة الخطاب ، أو يتخذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكاً حول مدلوله ، ولعل من أبرز مصاديق اجابة البائع في هذا الخصوص هي مباشرته بأرسال المستندات التي تمثل البضاعة محل العقد في حال كون الخطاب مطابقاً للشروط المتفق عليها مع المشتري وفي هذه الحالة يكون البائع قد نفذ التزامه التعاقدي بتنفيذ عقد الاعتماد المستندي من خلال ارساله للمستندات المطلوبة .

وقد يطرح بهذا الخصوص تساؤل مهم يتعلق بمعرفة ما اذا كان يسوغ التعبير عن القبول بالسكوت ؟

ويذهب البعض إلى القول [2] بأن السكوت المجرد من أي ظرف ملابس لايصلح أن يكون تعبيراً عن الارادة ايجاباً أو قبولاً ، فالسكوت وضع سلبي فلا يعتبر تعبيراً عن الارادة بأستثناء بعض الحالات التي ذكرها القانون ، بيد أنها لا تشمل حالة اجابة الاشتراط فالموضوع يحتاج تدخل مادي ملموس من قبل البائع يتمثل بالموافقة على الخطاب وارسال المستندات المطلوبة ، وبالتالي لا ينبغي الاخذ بفكرة السكوت الملابس للدلالة على قبول البائع بالاعتماد المخصص له .

بيد أن ما تجدر الاشارة إليه بأنه للمصرف الحق في تأخير ارسال خطاب الاعتماد الى البائع سواء لحين أن يتقاضى عمولته أو حتى تقدم أليه الضمانات التي اشترطها على المشتري (طالب فتح الاعتماد) ، او قد يتطلب الأمر حصوله على بعض الايضاحات والاستفسارات اللازمة من عميله لاسيما إن كانت تعليماته يشوبها النقص أو الغموض ، وبالتالي لايمكن للبائع مناقشة المصرف أو الاعتراض عليه ، لأنه ليس

---

1 – د. عبد الحق صافي ، مصدر سابق ، ص 270 وما بعدها .

2 – د. عبد الرزاق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام ، مطبعة الفجر الجديد ، مصر – القاهرة ، 1985م ، ص73 ، د. عبد الحق صافي ، المصدر السابق ، ص270 .

طرفاً في عقد الاعتماد المستندي [1] ، لذلك ينبغي عليه الرجوع على المشتري كونه المطالب امامه بالتنفيذ .

ثانياً : اخلال البائع بتسليم مستندات الشحن

أهم ما يميز الاعتماد المستندي بإن العمل فيه يرتكز على التعامل بالمستندات لابالبضائع ذاتها ودون النظر إلى تلك الاخيرة ، وهذا مما يدخل في عملية الضمان لصالح المستفيد (البائع) في أن يستوفي حقه ، وكذلك ضمان استقرار المصرف وابعاده عن اي مؤثرات سواء تلك التي تطرأ على علاقة العميل بالمصرف ، أو ما يتعلق بالعقد الاساس [2] ، لذلك فقد نصت المادة /34 من اتفاقية الامم المتحدة على ذلك والتي جاء فيها "البائع ملزم بتسليم المستندات المتعلقة بالبضائع ، فان عليه أن يوفي بهذا الالتزام في الزمان والمكان المعينين في العقد على النحو الذي يقتضيه ..." ، فقد ألزمت الاتفاقية البائع بتنفيذ التزامه بتقديم مستندات مطابقة لمقتضى العقد وفي

---

1 – فقد اثيرت قضية في هذا الخصوص أمام محكمة النقض الفرنسية والتي تتلخص وقائعها بقيام بائع لبناني بالتعاقد مع شخص اخر جزائري بموجب عقد بيع دولي على ان يدفع ثمن البضاعة بموجب عقد اعتماد مستندي ، فطلب المشتري من مصرفه ان يفتح له بواسطة فرعه في بيروت الاعتماد اللازم لاتمام هذه العملية ، بيد ان المصرف لم يتحصل فوراً على تعليمات دقيقة من المشتري (طالب فتح الاعتماد) بشأن مبلغ الاعتماد ، كما تأخر المشتري في الحصول على أذن الاستيراد الذي يتطلبه قانون النقد في الجزائر ، فلم يقم المصرف بأخطاب البائع بالاعتماد الا بصورة متأخرة اي بعد مدة شهر تقريباً من تلقيه طلب الآمر ، وفي أثناء هذا الشهر انخفضت قيمة الفرنك كثيراً مقابل الليرة اللبنانية ، فأصبح حق البائع الاحتمالي والناشئ من الخطاب اقل كثيراً مما يطلبه بسبب الهبوط في سعر العملة ، فسخ عقد البيع بسبب ذلك مما دفع البنك الى اقامة الدعوى القضائية بحق المصرف مطالباً فيها بالتعويض عن الضرر الذي نشأ عن تأخيره في فتح الاعتماد المستندي ، وقدر التعويض بما يساوي الفرق في سعر الصرف مستنداً في ادعائه الى خطأ المصرف التقصيري والذي يتمثل في تقصيره في عدم ابلاغ المشتري (ألآمر) عند طلبه فتح الاعتماد بالاوراق والاجراءات التي كانت لازمة لفتح الاعتماد دون تأخير وبذلك يكون المصرف قد خرج عن السلوك الطبيعي المطلوب من مصرف حريص ، لذلك طلب مقاضاته عن هذا الضرر اذ لو كان الاعتماد قد فتح في الموعد المناسب لما وقع هذا =الضرر ، لذلك قضت المحكمة بموجب قرارها المرقم سيرى 1954–1–121 برفض ادعائه على اساس ان الخطا الذي ينسب الى المصرف ليس له وجود خاص ومستقل عن سلوكه التعاقدي ، في الوقت الذي يتطلب للتمسك بالخطأ التقصيري ان يكون ما وقع مخالفة للقواعد التي تفرضها ضرورة الاحتياط والامانة في السلوك ولو بدون وجود عقد اطلاقاً وهذا ما لم يتوافر في القضية " للمزيد ينظر د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص 147 .

2 – فخر الدين جعفر الحسيني ، نظرات في قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984، المكتبة العالمية للنشر ، العراق – بغداد ، 1985م ، ص101 .

المدة المتفق عليها لضمان قيام المصرف باجراء الفحص الظاهري [1] لهذه المستندات والتحقق من مدى مطابقتها لشروط العقد المتفق عليه بين الطرفين وهذا ما أكدته المادة /279 – اولاً من قانون التجارة العراقي النافذ والتي جاء فيها "لايسأل المصرف إذا كانت المستندات مطابقة في ظاهرها للتعليمات التي تلقاها من الآمر" .

يتضح من خلال النص المتقدم أن المطابقة المقصودة هي مطابقة المستندات المقدمة من قبل البائع لتعليمات الآمر بفتح الاعتماد وهي مدار بحثنا في هذه الدراسة ، وليس مطابقة البضاعة محل العقد للشروط التعاقدية [2] ، فالصورة الاولى للمطابقة تكون

---

1 – الفحص الظاهري للمستندات ، هو التزام مصرفي يهدف الى التأكد من مدى مطابقة المستندات المقدمة من البائع ظاهرياً لشروط خطاب الاعتماد المستندي المقدم من قبل المشتري بموجب التزامه التعاقدي بفتح الاعتماد ، للمزيد ينظر د. نوال طارق ابراهيم ، غسان مصعب ، مصدر سابق ، ص172 .

2 – لذلك فقد نصت المادة /35 / الفقرة /1 من أتفاقية الامم المتحدة على موضوع مطابقة البضاعة لشروط العقد والتي جاء فيها "على البائع ان يسلم بضائع تكون كميتها ونوعيتها واوصافها وكذلك تغليفها او تعبئتها مطابقة لاحكام العقد" فقد الزمت هذه الاتفاقية البائع بتنفيذ الشروط الواردة في عقد البيع وبصورة خاصة احكام تسليم المبيع بالصورة التي تم الاتفاق عليها ابتداءً بين الطرفين ، فيلتزم البائع بتسليم البضاعة وفق الشروط المتفق عليها ، بيد أنه وعلى الرغم من هذا الاتفاق قد يتفاجأ المشتري عند تنفيذ العقد بتوريد بضائع مخالفة لما تم الاتفاق عليه ، ومع افتراض تحقق مثل هكذا حالات الا انه نجد انها ممكنة الحدوث في الواقع العملي حيث جرت مثل هكذا حالات في اغلب التعاقدات التي يبرمها التجار المحترفون عادة من خلال أيراد شرط في العقد يفيد بأمكانية تسليم شئ مختلف في مواصفاته عن ما تم الاتفاق عليه خاصة اذا كان الطرف الاخر لايملك الخبرة الكافية ، وليس ابلغ في الدلالة مما اوردته احدى شركات تصنيع السيارات الفرنسية في أحدى عقودها فقد تضمن شرطاً يقضي بانه "لايمكن اعتبار ما يرد في الاعلانات او كتب المواصفات او الكتالوجات او حتى السيارات المعروضة ايجاباً محدداً للنماذج التي يلتزم المنتج بتصنيعها ... والمنتج يحتفظ مقدماً باعلان امكانية ادخال مايراه من تعديلات او تغييرات سواء كان ذلك في الحركة او في هياكل السيارات او على الشاسيهات ، في اي وقت يراه مناسباً ، بل ويبدي المنتج تحفظه بأمكان ادخال هذه التعديلات على السيارات التي يجري انتاجها من ذات الموديل المطروح بالاسواق عن العام محل العقد" ، فمن خلال ما تقدم نجد بأن مثل هذه الشروط لاتحقق التوازن الاقتصادي والمالي للأطراف ، وبالتالي لاتحقق العدالة العقدية لاسيما وان عدم تحقق العدالة العقدية في الشروط التعاقدية يجب ان يؤخذ بمعناه العام اي ليس بسبب كون ان هذه الشروط مرهقة او ظالمة بذاتها فحسب ، بل لان احد الاطراف فقط هو من يلتزم بها دون الطرف الاخر ، وبالتالي لو كانت هذه الشروط مفروضة على عاتق الطرفين لم تكن هذه الشروط غير عادلة ولو كانت تحمل في طياتها التزامات مجحفة ، للمزيد ينظر د. حسن عبد الباسط جميعي ، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر – القاهرة ، 1996م ، ص20 ، د. محمد محمد سادات مرزوق ، الشروط التعاقدية غير العادلة – دراسة مقارنة ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، العدد السادس والخمسون ، اكتوبر 2014م ، ص788 .

أثـراً مـن أثـار عقـد الاعتمـاد المسـتندي ، أمـا الصـورة الثانيـة فتعـد أثـراً مـن أثـار عقـد البيـع الاساس .

فـأذا اخـل البـائع بتنفيـذ هـذا الالتـزام كـان للمشـتري الحـق فـي طلـب الفسـخ مـع التعـويض عمـا لحقـه مـن خسـارة ومـا فاتـه مـن كسـب ، وينـدرج ضـمن مفهـوم الخسـارة التـي لحقـت بالمشتري المصروفات التي تحملها في سبيل فتح الاعتماد المستندي [1] .

لـذلك ينبغـي أن نتسـائل فـي هـذا الصـدد عـن أمكانيـة حصـول البـائع علـى الـثمن عنـد تسـليم المسـتندات فـي حـال كـون التجهيـز جزئيـاً أو يتوجـب اكتمـال تنفيـذ العقـد وتسـليم مسـتندات البضاعة بالكامل ليتسنى له استحقاق الثمن ؟ .

فقـد ذهبـت محكمـة التمييـز الاتحاديـة فـي إحـدى قراراتهـا [2] الـى امكانيـة سـحب مبـالغ الاعتمـادات المسـتندية بصـورة جزئيـة ومنفـردة علـى وفـق مسـتندات الشـحن المقدمـة مـن قبـل البـائع واتفـاق الطـرفين ، واعتبـرت مخالفـة الطـرف الاخـر لهـذا الاجـراء تتحقـق معهـا مسؤوليته العقدية .

وتأسيسـاً علـى ذلـك نجـد أن قـرار المحكمـة انـف الـذكر قـد حقـق العدالـة العقديـة إلـى حـد مـا ، فمـن جانـب راعـى ضـخامة وحجـم التعاقـدات التـي تفـتح بصـدد تنفيـذها اعتمـادات مسـتندية وحجـم مبـالغ تمويلهـا ، فمـن غيـر الملائـم حـبس الـثمن لحـين اكتمـال تنفيـذ العقـد فـي الوقـت الـذي تسـمح فيـه طبيعـة العقـد واتفـاق الطـرفين لهـذا النـوع مـن التنفيـذ ، وبالتـالي اعطت الحق للبائع في استيفاء الثمن عمًا تم تنفيذه .

المطلب الثاني

الجزاءات المترتبة نتيجة الاخلال بتنفيذ الاشتراط

الأصـل فـي العقـود أن يـتم تنفيـذ الالتزامـات الناشـئة عنهـا بحسـب مـا تـم الاتفـاق عليـه فـي العقـد ، بمعنـى أن الاطـراف يلتزمـون بالتنفيـذ العينـي للالتزامـات بطريقـة تتفـق مـع مـا يوجبـه حسـن النيـة فـأذا انتهـى القاضـي إلـى وجـود عقـد صـحيح وتحـدد مضـمونه ، فأنـه يصـبح فـي هـذه

1 – الياس بوزيدي ، مصدر سابق ، ص136 .

2 – قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد /1169 / استئنافية منقول / 2015 في 2015/5/20 (منشور) .

الحالة واجب التنفيذ عيناً وبالتالي إذا لم يقم المدين بالتنفيذ الاختياري ، فيصبح بالامكان عند ذلك اجباره على التنفيذ العيني قضاءً متى كان ذلك ممكناً .

لذلك إذا وجد أن التنفيذ العيني ممكناً اجبر المدين عليه مادام الدائن مصراً على ذلك وفي هذه الحالة لامجال للمسؤولية العقدية لأننا بصدد التنفيذ العيني للالتزام والذي يعد أثراً من أثار العقد المبرم بين الطرفين ، وممّا يلاحظ ان هذا الاجراء هو وليد القوة الملزمة للعقد والتي تتلخص في أمرين أساسيين هما :-

1- التنفيذ العيني الجبري ، إذا لم ينفذ المتعاقد الاخر التزامه التعاقدي مع تحقق امكانية هذا التنفيذ .

2- تحقق المسؤولية العقدية ، في حال تحقق أركانها الأساسية فيلتزم المتعاقد الذي لم ينفذ التزامه بتعويض الطرف الاخر .

وفي الوقت الذي لم يعد فيه العقد الدولي تصرفاً قانونياً يتعلق فقط بمصلحة أطرافه ، بل أصبح يمثل قيمة مضافة للنشاط الاقتصادي في المجتمع وبالتالي يتعين الحفاظ عليه من المخاطر التي تعتريه كالفسخ والبطلان أو تنازع اطراف العقد قضائياً ، مما دفع الاجتهاد القانوني الحديث إلى تنظيم هذه الاثار ووضع الحلول القانونية اللازمة لمعالجتها .

وعليه سوف نقسم هذا المطلب على فرعين ، سوف نتناول في الفرع الاول التنفيذ العيني الجبري للاشتراط ، أما في الفرع الثاني فسوف نتناول فسخ العقد الاساس .

الفرع الاول

التنفيذ العيني الجبري للأشتراط بفتح الاعتماد المستندي

يستند تنفيذ العقود الملزمة للجانبين على مبدأ الرضائية ، أي بمجرد تمام انعقاد العقد يكتسب قوته الملزمة وبالتالي يستطيع كل طرف أن يطالب الاخر بالوفاء بالتزاماته التعاقدية الناشئة عنه ، وهذه القوة الملزمة لا تستمد من الارادة المشتركة للاطراف بل

من ارادة المشرع ايضاً [1] ، على اعتبار أنه ليس كل اتفاق للارادات يعترف به المشرع وكل ما يريده الاطراف يلزم المشرع بضمان احترامه ، سوى الاتفاقات التي تحدث وتبرم وفقاً للقانون ، فهي الوحيدة التي تشكل قانوناً لاطراف العقد .

لذلك ينبغي أن يستمد العقد شرعيته وقوته الملزمة من حقيقة واحدة لا تقبل الشك ، وهي إن الاتفاق الذي جرى بين أطراف العقد يجب أن يتفق مع مجموعة من القواعد التي حددها المشرع سلفاً وليس من اتفاق الارادات فحسب ، ومع ذلك يبقى شأن العقد وتنفيذه للأطراف طالما أن اتفاق الارادة قد تم على وفق القواعد المحددة مسبقاً سواء كانت قواعد قانونية او عرفية وبالنتيجة تحقيق الهدف او الغاية الاساسية من ابرام العقد وهي تتمثل عموماً في التزامات البائع والتزامات المشتري ، فأذا لم يقم هذا الاخير بتنفيذ التزاماته ففي هذه الحالة يتقرر حق البائع في الزام المشتري بالتنفيذ العيني الجبري [2] او العكس قد يخفق البائع في تنفيذ التزامه التعاقدي تجاه المشتري فيتخذ بحقه الاجراء القانوني نفسه .

وبغية ايضاح فكرة التنفيذ العيني في اشتراط التسوية يقتضي البحث التطرق الى امكانية تطبيقها من جانب المشتري ، ومن ثم من جانب البائع .

اولاً :- امكانية التنفيذ العيني الجبري على المشتري

يجوز للبائع متى تخلف المشتري عن تنفيذ التزامه التعاقدي بأداء الثمن او بأي التزام تعاقدي اخر أن يتمسك بألزامه بالتنفيذ العيني لهذا الالتزام ، وليس أبلغ في الدلالة مما نصت عليه المادة /246 /1 من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها "يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً" .

---

1 – د. اسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام ، مكتبة سيد عبدالله وهبة ، مصر – القاهرة ، 1956م ، ص51 .

2 – عرف التنفيذ العيني بأنه "اداء المدين عين ما التزم به مختاراً ، فهو عبارة عن وفاء المدين بالتزامه وتنفيذه اختيارياً طبقاً لما اشتمل عليه العقد وبطريقة تتفق مع مبدأ حسن النية في التنفيذ وقصد المتعاقدين ووفقاً لقواعد الامانة والنزاهة والثقة المتبادلة التي يوجبها شرف التعامل في نطاق الالتزامات التعاقدية ، للمزيد ينظر د. مصطفى العوجي ، مصدر سابق، ص559 ، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصدر سابق ، ص76 .

فقد اعتبر المشرع العراقي أن هذا الاجراء حق مكفول للطرف الدائن بالألتزام الذي حصل الاخلال التعاقدي به ، شرط أن لايكون هذا التنفيذ مستحيلاً .

بينما نجد ان المشرع الفرنسي قد نص بموجب المادة /1221 من القانون المدني على أنه "يحق للدائن بالتزام معين بعد اعذار المدين المطالبة بالتنفيذ العيني الا اذا كان هذا التنفيذ مستحيلاً أو كان هناك عدم تناسب واضح بين كلفته بالنسبة للمدين وفائدته بالنسبة للدائن " .

يتضح من خلال النص المتقدم بأن المشرع الفرنسي قد جعل هذا الحق مقيد بشرطين اساسيين هما :-

1- أن لايكون التنفيذ العيني مستحيلاً ، فالاستحالة لم تحدد هل المقصود هنا بالاستحالة المطلقة أو الاستحالة النسبية ، ولعلنا نستشف بأن المقصود بالاستحالة في هذا الخصوص هي الاستحالة النسبية كونه قد راعى مصلحة المدين من خلال تحديد مدى تحقق التناسب.

2- إن المشرع قد اشترط تحقق التناسب بين كلفة التنفيذ العيني بالنسبة للمدين وفائدته بالنسبة للدائن ، فأذا كانت هذه الكلفة باهضة بالنسبة للمدين لا يمكن المطالبة بالتنفيذ العيني كونه يثقل كاهل المدين على حساب الدائن .

ولعل المشرع في هذه الحالة يبغي تحقيق التوازن العقدي وعدم الاضرار باحد المتعاقدين على حساب الاخر ، ويرى ان هذا قد يكون على حساب الدائن إلا أن الأمر لايحتاج إلى تأويل لأن الدائن سوف يحصل على حقه بالتعويض اذا كان هذا التنفيذ غير متحقق .

بينما نجد ان الاتفاقيات الدولية المنظمة لاحكام عقود التجارة الدولية قد تضمنت احكاماً جوازية بصدد طلب التنفيذ العيني لاتصل إلى حد الاجبار على هذا التنفيذ ، فقد نصت المادة /7-2-2 من مبادئ اليونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية على أنه " في الاحوال التي يلتزم فيها المدين بتنفيذ التزام غير نقدي ولا ينفذه ، يجوز للدائن أن يطالب بالتنفيذ ما لم يكن:-

أ- التنفيذ مستحيلاً من الناحية القانونية أو الواقعية .

ب- التنفيذ أو حسب الاحوال وسائل التنفيذ الجبري غير معقولة فيما يخص الجهد المبذول او النفقات المستحقة .

جـ - في استطاعة الدائن ان يحصل على التنفيذ بصورة معقولة وبوسيلة أخرى .

د- التنفيذ ذو طابع شخصي محض .

هـ - الدائن لم يطلب التنفيذ خلال مدة معقولة بعد أن علم أو كان في وسعه أن يعلم بعدم التنفيذ " .

يستخلص مما تقدم بأن هذه المادة تتبنى مبدأ التنفيذ العيني ولكن على وفق قيود معينة ، لذلك تمثل اهمية خاصة فيما يتعلق بالعقود باستثناء عقد البيع وخلافاً للالتزام بتسليم شيء ما فأن الالتزامات العقدية بالقيام بعمل او الامتناع عن عمل لا يمكن ان تنفذ الا بواسطة الطرف الاخر ، وبالتالي يكون الاسلوب الوحيد في مثل هكذا حالات لاستيفاء التنفيذ هو التنفيذ الجبري .

إلا أن الوضع يختلف بموجب أحكام اتفاقية فيينا ، فقد عالجت موضوع التنفيذ العيني معالجة اخرى من خلال نص المادة / 28 منها والتي جاء فيها "اذا كان من حق احد الطرفين بمقتضى احكام هذه الاتفاقية ان يطلب من الطرف الاخر تنفيذ التزام ما فأن المحكمة غير ملزمة باصدار حكم بالتنفيذ العيني الا اذا كان بوسعها ان تقوم بذلك بمقتضى قانونها فيما يتعلق بعقود بيع مماثلة لا تشملها هذه الاتفاقية " .

فمن خلال النص المتقدم يتضح بان أحكام هذه الاتفاقية لم تضع نصوصاً امرة بصدد طلب التنفيذ العيني من قبل احد الاطراف ، بل احالت الموضوع إلى المحاكم الوطنية المختصة على اعتبار أن هذه المحاكم هي من تقدر موقف الحكم بالتنفيذ العيني من عدمه ، وسمحت لها بعدم الحكم به في حال لم يكن منصوص عليه بموجب قانونها الداخلي [1] .

لذلك فقد جاءت هذه الاتفاقية بأتجاه وسط بين من يذهب من التشريعات إلى اعتماد التنفيذ العيني كأصل والتعويض كأستثناء ، وتلك التي تجعل التنفيذ العيني استثناء

1 – دربال عبد الرزاق ، الوجيز في احكام الالتزام في القانون المدني الجزائري ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2004م ، ص10 .

والتعويض كأصل عام [1] . واستناداً لما سبق نجد أن التنفيذ العيني في ميدان الاعتمادات المستندية يختلف نوعاً ما عن غيره من التعاقدات الاخرى ، فقد ذهب رأي من الفقه القانوني إلى القول [2] بأن هذا الجزاء نظري في الغالب ويعلل ذلك بالقول بأن التنفيذ الجبري يمتنع عند الحالات التي يمكن فيها تنفيذ الالتزام بعمل على اعتبار أن هذا العمل يتطلب تدخلاً شخصياً من قبل المدين (المشتري) بقيامه بالتعاقد مع المصرف ، إلا أن المشتري قد يرفض القيام بهذا العمل وبالتالي لا يتصور عملياً أن يقوم البائع بالاتفاق مع المصرف على فتح الاعتماد على حساب المدين كما هو معروف في التزامات اخرى ، لذلك نجد ان هذا الرأي جدير بالاهتمام لاعتبارات عديدة منها :-

1- إن عقد الاعتماد المستندي عقد قائم على الاعتبار الشخصي ، أي أن شخصية المشتري (الآمر) بفتح الاعتماد محل اعتبار لدى المصرف والتي تدفعه إلى التعاقد معه ومنحه الثقة والامانة ، لذلك فقد يرفض المصرف اعتماداً يقدم إليه من قبل شخص معين على الرغم من يساره وتقديمه للضمانات الكافية والمطلوبة على اتم وجه وذلك لأسباب قد تتعلق بأخلاقه وكفائته [3] .

2- في ظل هذه الظروف لا يمكن للمصرف فتح الاعتماد المستندي على حساب المشتري وأن فعل فبشروط لاتحقق للدائن أهدافه وما يقتضيه العقد الاساس .

3- كذلك لايمكن أن يحل الحكم القضائي محل الاعتماد المستندي المطلوب لأن تنفيذه يتطلب شخص اخر غريب عن النزاع بين البائع والمشتري وهو المصرف الفاتح للاعتماد [4] ، وبالتالي لا يمكن السير باجراءات التنفيذ العيني على حساب المشتري للاسباب التي ذكرت اعلاه لاسيما وأن عقود التجارة الدولية ترتكز على مبدأ الائتمان وتحقيق الثقة واستقرار المعاملات وهذا الاجراء لايحقق هذه الغايات .

---

1 – د. طالب حسن موسى ، مصدر سابق ، ص189 .

2 – د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص 70 .

3 – د. محمد جاسم محمد ، مصدر سابق ، ص34 .

4 – د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص70 .

لـذلك ذهـب اتجـاه اخـر إلـى القـول [1] بـأن مثـل هـذه الحـالات تسـتلزم قيـام المحكمـة بأصـدار الحكـم علـى المـدين (المعانـد) بفـرض غرامـة تهديديـة يـدفعها عـن كـل وحـدة زمنيـة يتـاخر فيهـا عـن القيـام بالتنفيـذ العينـي لالتزامـه بفـتح الاعتمـاد المسـتندي الناكـل عنـه عمـلاً بأحكـام المـادة /253 مـن القـانون المـدني العراقـي [2] ، بيـد أن الاجـدر مـن ذلـك هـو طلـب فسـخ عقـد البيـع والمطالبـة بـالتعويض علـى أعتبـار أن الالتـزام الاسـاس للعقـد قـد تـم الاخـلال فـي تنفيذه .

وهـذا يقودنـا الـى التسـاؤل بأنـه فـي هـذه الحالـة هـل يعتبـر اخـلال المشـتري بتنفيـذ التزامـه بفتح الاعتماد المستندي اخلالاً متوقعاً في تنفيذ العقد الاساس ؟ .

وتفسـيراً لـذلك يقصـد بـالاخلال المتوقـع أو المسـبق [3] بأنـه " حالـة يتوقـع مـن خلالهـا الـدائن بأحتماليـة اخـلال مدينـه بتنفيـذ التـزام هـام مـن الالتزامـات التـي يرتبهـا العقـد بذمتـه وأن لم يحل اجل تنفيذها بعد " [4] .

يتضـح مـن خـلال التعريـف المتقـدم أن الاخـلال المتوقـع عمليـة اسـتنتاجية تتحقـق بنـاء علـى مـا يصـدر مـن المتعاقـد الاخـر قبـل وقـت التنفيـذ [5] مـن سـلوك وتصـرفات تـدل علـى اخلاله بالتزامه المستقبلي في العقود ذات الاجل المحدد لتنفيذ الالتزام

---

1 – د. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص43 ، د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص70 ، Bacar, op.cit. p.16 .

2 – نصت المادة / 253 من القانون المدني العراقي على الغرامة التهديدية والتي جاء فيها "اذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن او غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه وامتنع المدين عن التنفيذ جاز للمحكمة بناء على طلب الدائن ان تصدر قرار بألزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية ان بقي ممتنعاً عن ذلك" .

3 – فقد عرفته المادة /610 الفقرة الثانية منن القسم الثاني من قانون التجارة الامريكي الموحد UCC لسنة 1952 مع التعديلات لسنة 2017 بأنه " التصريح الذي يستنتج منه الشخص العاقل ان الطرف الاخر لن ينفذ التزامه الذي لم يصبح مستحقاً بعد بموجب العقد او أنه لايستطيع تنفيذ هذا الالتزام..." ، منشور على الموقع الالكتروني www.uniform commercial (good)2017 تاريخ الزيارة 2024/7/6 .

4 – د. محمود سمير الشرقاوي ، العقود التجارية الدولية دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر – القاهرة ، 1992م ، ص45 .

5 – حيث تقضي كل من المادة /71 من اتفاقية فيينا لعام 1980 ، وكذلك المادة /3/3/7 من مبادئ اليونيدروا المعدلة لسنة 2010 بأنه (في حال تبين بوضوح قبل حلول ميعاد تنفيذ العقد ان احد الطرفين سوف يرتكب مخالفة جوهرية للعقد جاز للطرف الاخر ان يفسخ العقد) ، وبناءً على ذلك يكون للمتعاقد الذي حصل الاخلال لمصلحته حق فسخ العقد دون الحاجة لانتظار استحقاق اجل التنفيذ عندما يظهر له ان المتعاقد الاخر سوف يرتكب مخالفة جوهرية للعقد عند حلول موعد التنفيذ من خلال قيامه او وكيله بعمل او امتناعه عن عمل ، او الاعلان عن نيته بشكل قاطع عن عدم التنفيذ ولو كان غير متعمد على ذلك ما دام من شأن ذلك ان يظهر بوضوح وقوع اخلال جوهري لالتزاماته غير الحالة ، مما يعني ان اساس منح حق الفسخ يعود لثبوت

[1] ، لـذلك يمكننـا الاجابـة علـى هـذا التسـاؤل بـأن اخـلال المشـتري بفـتح الاعتمـاد بأنـه اخـلال فعلـي متوقـع فـي تنفيـذ العقـد الاسـاس علـى اعتبـار ان الاشـتراط يعـد أهـم بنـوده الاساسـية وبـنفس الوقـت يعتبـر نقطـة انطـلاق الطـرفين للمباشـرة بتنفيـذ الالتزامـات العقدية التالية .

ثانياً :- امكانية التنفيذ العيني الجبري على البائع

يعـد التنفيـذ العينـي أسـاس العلاقـات التعاقديـة التـي تبـرم بـين الافـراد ، فيجبـر المـدين علـى هـذا التنفيـذ فـي حـال امتناعـه عـن ذلـك وهـذا مـا نصـت عليـه المـادة /253 مـن القـانون المـدني العراقـي والتـي جـاء فيهـا "أذا كـان تنفيـذ الالتـزام عينـاً غيـر ممكـن أو غيـر ملائـم إلا إذا قـام بـه المـدين نفسـه وامتنـع المـدين عـن التنفيـذ ، جـاز للمحكمـة بنـاء علـى طلـب الـدائن أن تصـدر قـرار بـألزام المـدين بهـذا التنفيـذ وبـدفع غرامـة تهديديـة أن بقـي ممتنعـاً عن ذلك" .

فمـن خـلال الـنص المتقـدم يمكننـا ان نستشـف بـان المشـرع العراقـي قـد اخـذ بنظـر الاعتبـار الالتزامـات التـي تكـون فيهـا شخصـية المـدين محـل اعتبـار بحيـث لاينفـذ الالتـزام مـا لـم يتـدخل المـدين بنفسـه لتنفيـذها ، لـذلك نجـد ان المشـرع قـد اعطـى للمحكمـة سـلطة واسـعة فـي كسـر تعنـت المـدين وامتناعـه عـن التنفيـذ واصـدارها الحكـم بالتنفيـذ العينـي ، ودفـع غرامـة تهديديـة تكـون الغايـة منهـا المباشـرة بالتنفيـذ واتمامـه علـى وفـق الاتفـاق المبـرم بـين الطرفين [2] .

احتمال وقوع مخالفة جوهرية بشكل معتبر ، أياً كان سبب هذه المخالفة وبصرف النظر عن سوء او حسن نية الطرف المخل ، بيد ان ما نود الاشارة اليه ان حالة التوقع بالاخلال المستقبلي يشترط ان تصل حالة الوضوح الى درجة عالية من التوقع بحيث يكون لدى الطرف الملتزم حيثيات وظروف وقرائن ووقائع سواء كانت صريحة ام ضمنية توحي بجدية وقوع مخالفات مستقبلية دون لزوم ان يصل الامر الى مرحلة اليقين القطعي للمزيد ينظر محمود دودين ، الاخلال المبتسر للعقد – تحليل مقارن بين الوئائق الدولية الموحدة للبيوع والقانونين المدني والتجاري القطريين ، المجلة الدولية للقانون ، مارس 2015 ، ص4 .

1 – وسن كاظم زرزور ، الطبيعة القانونية للاخلال المتوقع بالعقد ، مجلة رسالة الحقوق ، العدد الثاني ، 2016م ، ص316 .

2 – نجد ان تشريعات اخرى قد تراخت في اعمال التنفيذ العيني فقد اعتبرت هذا التنفيذ متعلق باستطاعة او عدم استطاعة المدين في القيام به فقد نصت المادة /249 من قانون الموجبات والعقود اللبناني والصادر سنة 1932 والتي جاء فيها "يجب على قدر المستطاع ان توفى الموجبات عيناً ، اذا ان للدائن حقاً مكتسباً في استيفاء موضوع الموجب بالذات " ، فمن خلال النص المتقدم يتضح بان التنفيذ العيني مرتبط باستطاعة المدين من عدمه ولا علاقة لموضوع الاستحالة بالتنفيذ كما فعل المشرع العراقي وكذلك التشريعات موضوع المقارنة هذا من جانب ، ولم يضع معيار محدد للاستطاعة من عدمها من جانب اخر ومن

بينما نص المشرع المصري بموجب المادة /203 الفقرة /1 من القانون المدني على التنفيذ العيني والتي جاء فيها "يجبر المدين بعد اعذاره طبقاً للمادتين 219،220 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً " .

فقد ابتدأ النص المصري بالاجبار على التنفيذ على اعتبار أن التنفيذ العيني يعتبر الطريق الطبيعي لتنفيذ العقد المبرم بين الطرفين وبالتالي لابد من القيام به متى كان ذلك ممكناً ، واستثناءً يمكن اللجوء إلى التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض .
ومن جانب اخر نصت اتفاقية فيينا لسنة 1980 على امكانية التنفيذ العيني [1] في حال تمت المطالبة به من قبل الطرف الاخر مع امكانية تنفيذه ، لذلك قد يكون عدم التنفيذ من جانب البائع بعدم قيامه بتنفيذ التزامه التعاقدي بتسليم المستندات وفقاً لما تم الاتفاق عليه مع المشتري وعليه جاز للمشتري في هذه الحالة أن يطالب البائع بتنفيذ التزامه وفقاً لما نصت عليه المادة /45 من اتفاقية الامم المتحدة [2] والتي جاء فيها " 1- اذا لم ينفذ البائع التزاماً مما يرتبه عليه العقد أو هذه الاتفاقية جاز للمشتري :-

أ- أن يستعمل الحقوق المقررة في المواد 46 إلى 52 من هذه الاتفاقية .

ب- أن يطلب التعويضات المنصوص عليها في المواد 74 إلى 77 من هذه الاتفاقية .

2- لايفقد المشتري حقه في طلب التعويضات إذا استعمل حقاً من حقوقه الاخرى في الرجوع على البائع .

3- لا يجوز للقاضي أو للمحكم أن يمنح البائع أي مهلة لتنفيذ التزاماته عندما يتمسك المشتري بأحد الجزاءات المقررة في حالة مخالفة البائع للعقد " .

من خلال النص المتقدم يلاحظ أن هذه الاتفاقية لم تعطِ المحكمة صلاحية امهال الطرف الذي اخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية فرصة لغرض تدارك تقصيره التعاقدي

هي الجهة التي تتولى متابعة تحققها من عدمه ، لذلك نجد ان النص المتقدم يضع الدائن تحت رحمة المدين ولا يحقق العدالة العقدية المتوازنة للطرفين .

1 – نصت المادة /58 من اتفاقية فيينا لسنة 1980 على أنه "اذا كان من حق احد الطرفين بمقتضى احكام هذه الاتفاقية ان يطلب من الطرف الاخر تنفيذ التزام ما ، فأن المحكمة غير ملزمة باصدار حكم بالتنفيذ العيني الا اذا كان بوسعها ان تقوم بذلك بمقتضى قانونها فيما يتعلق بعقود بيع مماثلة لاتشملها هذه الاتفاقية " .

2 – اتفاقية الامم المتحدة بشان عقود البيع الدولية للبضائع لسنة 2011 .

وبالتالي فقد جعل احترام الارادة التعاقدية تسمو على مصلحته ، وعلى الرغم من الجوانب الايجابية التي جاءت بها هذه الاتفاقية ، لذلك اننا لانؤيد ما جاء فيها بخصوص هذه الجزئية ، إذ كان الاجدر بها منح المحكمة سلطة تقديرية تمارس من خلالها صلاحية التدخل في حياة العقد وابداء ما تراه مناسباً بغية تحقيق استقرار المعاملات الدولية من جهة ، وتقليل حالات فسخ العقد من جهة أخرى [1] .

الفرع الثاني

فسخ العقد الاساس

يلتزم المتعاقدان بتنفيذ جميع الالتزامات الواردة في العقد المبرم بينهما وبطريقة تتفق مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، لا بل حتى وأن أصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً لاحد الطرفين لاينبغي تنفيذ العقد في هذه الحالة على نحو مختلف أو تقديم بديل لهذا التنفيذ أو انهاء العقد بالارادة المنفردة .

وعلى الرغم من الاجراءات القانونية جميعها والتي وضعها المشرع لمواجهة مثل هكذا حالات والاجراءات الاحترازية التي يتخذها المتعاقدان حال التعاقد فأن التنفيذ قد يتم على نحو معيب أو لا يتم من أساسه ، وفي هذه الحالة يحق للطرف المتضرر اللجوء الى القضاء أو اتخاذ أحد الوسائل البديلة لحل النزاع لمواجهة هذا الاخلال وبالخصوص الفسخ [2] .

لذلك فأن الفسخ وفقاً للقواعد العامة يقتضي اعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد ، وهذا يعني اعادة البضائع بعد ارسالها الى المشتري وما يصاحب ذلك من خسائر ونفقات للنقل والتأمين والخزن ، بالاضافة الى مخاطر تعرضها للهلاك أو العطب أو التلف ، وبالمقابل يسترد المشتري الثمن الذي دفعه للبائع [3] .

بيد أن الملاحظ بأن القواعد العامة بشأن الفسخ لا تحقق الغاية الاساسية في ميدان عقود التجارة الدولية لاسيما في حالة اللجوء إلى القضاء وما يستتبع ذلك من بطئ في

---

1 – د. محمود سمير الشرقاوي ، مصدر سابق ، ص59 .

2 – د. زياد خلف عودة ، عباس نعمة حسن ، الفسخ لارتكاب المخالفة الجوهرية في عقد بيع البضائع الدولي في ضوء اتفاقية فيينا 1980 ، مجلة الكوت الجامعة للعلوم الانسانية ، العدد الثاني ، المجلد السابع عشر ، السنة الاولى ، 2020م ، ص2 .

3 – د. علي سيد قاسم ، قانون الاعمال – العقود التجارية ، الجزء الرابع ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر – القاهرة ، 2003م ، ص27 .

الاجـــراءات وهـــذه قـــد تـــؤدي إلـــى الاضـــرار بـــالطرفين او بأحـــدهما علـــى الاقـــل ، فالبـــائع يعـــاني مـــن تقلبـــات الاســـعار كمـــا أن تلـــف البضـــاعة خـــلال مـــدة النـــزاع قـــد يلحـــق اضـــراراً بالغـــة [1] فـــي الوقـــت الـــذي تتصـــاعد فيـــه مخـــاوف التجـــار وخاصـــة فـــي عقـــود التجـــارة الدوليـــة مـــن انعـــدام الأمـــن القـــانوني والاســـتقرار فـــي العقـــود نتيجـــة للتـــدخل غيـــر المتـــوازن للمشـــرع والقاضـــي فضـــلاً عـــن الســـماح للقاضـــي بمراجعـــة العقـــد أو انهائـــه بالكامـــل وهـــذا يـــؤدي إلـــى زعزعـــة الثقـــة التـــي وضـــعها فيهـــا المتعاقـــدون [2] ، وقـــد يواجـــه المشـــتري تعنتـــاً من البائع في استرداد الثمن على نحو قد يصيب نشاطه التجاري بأضرار جسيمة .

لـــذلك فقـــد اتجـــه المشـــرع فـــي بعـــض الـــدول [3] إلـــى الحفـــاظ علـــى العلاقـــة التعاقديـــة بـــين الاطـــراف وانقاذهـــا مـــن مخـــاطر الانعـــدام والـــبطلان والفســـخ والنـــزاع القضـــائي وغيرهـــا ، وهـــي مخـــاطر يستعصـــى حلهـــا بموجـــب القواعـــد العامـــة فـــي القـــانون المـــدني وقـــد تتخـــذ اشكال عديدة ابرزها:-

1- اســـتكمال بعـــض الاركـــان العقديـــة التـــي اغفلهـــا الطرفـــان ، كخلـــو المبيـــع مـــن عنصـــر الثمن .

2- أزالة الغموض الذي يحيط بتفسير بعض الشروط المألوفة في العقود التجارية .

3- التشدد في تحديد حالات الفسخ واجراءاته [4] .

---

1 – د. حسام الاهواني ، عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ، 1999م ، ص822 .

2 – بكر عبد السعيد محمد ابو طالب ، أزمة العقد – دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، جامعة المنوفية – كلية الحقوق ، 2020م ، ص185 .

3 – فقد نظمها المشرع المصري بموجب المواد من 88 – 118 من قانون التجارة النافذ رقم 17 لسنة 1999 والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد 19 مكرراً بتاريخ 1999/5/17 .

4 – فقد نصت المادة /101 من قانون التجارة المصري النافذ والتي جاء فيها "1– اذا تبين بعد تسليم المبيع ان كميته او صنفه اقل مما هو متفق عليه او ان به عيباً او انه غير مطابق للشروط او العينة التي تم العقد بمقتضاها ، فلا يقضى للمشتري بالفسخ الا اذا نشأ عن النقص او العيب او عدم المطابقة عدم صلاحية المبيع للغرض الذي اعده له المشتري او صعوبة تصريفه ، ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضي بوجوب الفسخ ويكتفي عند رفض طلب الفسخ بانقاص الثمن دون اخلال في حق المشتري في التعويض .

2– على المشتري ان يخطر البائع بوجود النقص او العيب او عدم المطابقة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسليم المبيع اليه تسليماً فعلياً وعليه ان يقيم دعوى الفسخ او انقاص الثمن خلال ستين يوماً من تاريخ هذا التسليم ، 3– اذا لم يقع الاخطار او لم

4- اتخاذ اجراءات بديله عن الفسخ تؤدي الى الافادة من العقد بدلاً من فسخه ، كأنقاص الثمن في حال عجز البضاعة عن تلبية جميع متطلبات المشتري .

والمقصود من ذلك تقليل حالات الفسخ التي تعتري العقود التجارية لاسيما وأن المشرع قد قدم وسائل بديلة عن الفسخ وجعل هذا الاجراء هو اخر مرحلة يمكن اللجوء إليها من قبل الاطراف ، لذلك يرى البعض [1] أن هذه الوسائل (فكرة الانقاذ) تنسجم مع الهدف من ابرام العقود الدولية ، فالاصل هو تنفيذ العقد ومن ثم يجب الحفاظ على هذا الاصل قدر الامكان مع مراعاة حقوق الاطراف لاسيما وأن اجراء انقاص الثمن يمكن المشتري من تحقيق الغرض المقصود من العقد وهو الحصول على المبيع لاعادة بيعه أو غير ذلك ، وكذلك البائع يحصل على الثمن المناسب لما سلمه من بضائع .

وعلى الرغم من المساعي التي قدمها الفقه القانوني والاتجاهات الحديثة التي طرقتها بعض التشريعات محل المقارنة ، يبقى الفسخ في بعض الاحيان هو النتيجة الحتمية للاخلال التعاقدي لحل العقد الملزم للجانبين ، لذلك فقد نصت المادة /177 /1 من القانون المدني العراقي على الفسخ والتي جاء فيها "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى على أنه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين إلى أجل كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته" ، فقد جعل المشرع الاعذار كاجراء أولي يسبق عملية الفسخ ولعل ذلك قد يجدي نفعاً مع الطرف المتلكئ ويمكنه من تدارك تقصيره التعاقدي خلال مدة الانذار .

بيد ان المشرع المصري نص في المادة /157 /1 من القانون المدني على أنه " في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى" .

يرفع الدعوى خلال الميعاد المنصوص عليه في الفقرة السابقة سقط حق المشتري في اقامتها الا اذا اثبت الغش من جانب البائع ..." .

1 – د. هشام فضلي ، الاتجاهات الحديثة في تنظيم العقود التجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر – الاسكندرية ، 2013م ، ص14 .

فقد جعل المشرع طلب التنفيذ العيني يسبق عملية الفسخ في سبيل المحافظة على حياة العقد من الفسخ والانقضاء غير الطبيعي ومن ثم يصار إلى طلب الفسخ ، لذلك يرى البعض [1] أن الاصل في الفسخ أن يحصل بحكم قضائي استخلاصاً من النصوص المذكورة فيترتب على ذلك بأن الحكم القضائي الصادر بفسخ العقد يكون منشئ لهذا الفسخ لا كاشفاً له مادام لم يتفق الاطراف على الفسخ بنص العقد .

بينما نص المشرع الفرنسي بموجب المادة /1224 من القانون المدني المعدل على الفسخ والتي جاء فيها "يترتب الفسخ أما اعمالاً للشرط الفاسخ أو في حالة كان عدم التنفيذ على قدر كاف من الجسامة نتيجة اخطار الدائن للمدين أو بموجب قرار من القضاء" [2] .

فالمشرع الفرنسي ذهب إلى اتجاه اخر واعتبر أن الاصل في الفسخ يكون باتفاق الطرفين وبنص العقد ، ثم نتيجة لعدم التنفيذ وقيام المتعاقد الاخر باخطار الطرف الذي اخل بتنفيذ التزامه بضرورة تدارك تقصيره التعاقدي ، وبعد ذلك يكون القرار للقضاء بفسخ العقد ، ولعلنا نستشف من ذلك بان المشرع الفرنسي قدم الارادة المشتركة لاطراف العقد على القضاء كونها اقدر على تحديد مسار العقد بالصورة التي تتفق مع مقتضيات العقد وتحقق غاياته الاساسية .

وتأسيساً على ما سبق ذكره يمكننا أن نتناول موضوع فسخ العقد الاساس من جانبين ، تارة من جانب البائع وتارة أخرى من جانب المشتري .

أولاً :- طلب الفسخ من قبل البائع

إن الأصل في تنفيذ اشتراط التسوية وتسديد الثمن بموجب العقد الاساس يقع على عاتق المشتري ، فيكون عنصر المبادرة من قبله على اعتبار إن هذه الوسيلة المفروضة بموجب عقد البيع على المشتري تعد مشروطة اساساً لصالح البائع وهو الذي يفرضها على المشتري ، ولكنها في نفس الوقت تحقق للمشتري مصالح معينة

---

1 – حسن محمد كاظم المسعودي ، عبد الامير جفات كروان ، واقعة الفسخ القضائي في ذاتها ، مجلة رسالة الحقوق ، السنة السادسة ، العدد الثالث ، 2014م ، ص133 .

2 – د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص98 .

فتمكنه من مراقبة تنفيذ البائع لالتزاماته وتفرض على هذا الاخير تقديم المستندات في موعد معين وتمكنه كذلك من مراقبة تاريخ شحن البضاعة [1] .

لذلك تجدر الاشارة الى امكانية وجود شرط واضح وصريح في عقد الصفقة التجارية (البيع) المقترن بشرط فتح الاعتماد المستندي يوجب فسخ العقد في حالة الاخلال بفتح الاعتماد ، فمثل هذا الشرط لاشك بأنه يضاعف ضمان الدائن (البائع) حينما يتم النص على الفسخ التلقائي للعقد ودون حاجة إلى حكم قضائي ، فيتم الفسخ دون حاجة إلى اعذار المدين (المشتري) بضرورة تدارك تقصيره التعاقدي ، وفي ذات الوقت لايمتلك القاضي صلاحية منح المدين مهلة الميسرة ، وبذلك يتم التغلب على المخاوف التي تصاحب ابرام العقد من قبل البائع وتحقق الامان القانوني اللازم لهكذا تعاقدات مهمة .

وعلى هذا الاساس حكمت محكمة النقض الفرنسية حينما قضت بأن اعادة بيع البضاعة دون اعذار المشتري تكون صحيحة إذا اتفق على ذلك الطرفان بموجب العقد المبرم بينهما [2] ، وعليه يتوجب تنفيذ العقد وفقاً لما اشتمل عليه من التزامات سواء من حيث كيفية التنفيذ أومدته أونوعه .

وتفسيراً لذلك إذا تم الاشتراط بين الطرفين بموجب العقد الاساس على فتح الاعتماد المستندي خلال مدة زمنية معينة ولم تراعَ هذه المدة وانتهت دون تنفيذ هذا الالتزام ، فتتحقق مسؤولية الطرف الذي اخل بتنفيذ هذا الالتزام العقدي ، بيد أنه لايصار الى فسخ العقد مادام انتهت مدة العقد الاصلية من دون تنفيذ ، إنما يجوز الحكم بالتعويض عن قيمة الالتزامات والاعمال غير المنجزة وبحسب ما يقدره الخبراء فهذا ما اتجهت اليه محكمة التمييز الاتحادية [3] .

---

1 – د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص76 .

2 – د. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص37 .

3 – هذا ما نص عليه قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 2929 / الهيئة الاستئنافية منقول / 2019 بتاريخ 2018/11/12 منشور في مؤلف القاضي محمد علي محمود نديم ، منازعات العقود الحكومية والاستثمارية والتجارية في تطبيقات القضاء بداءة واستئنافاً وتمييزاً ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، مكتبة القانون المقارن ، العراق – بغداد ، 2021 ، ص257 ، والذي جاء فيه "... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بأنه غير صحيح ومخالف للقانون ، ذلك لان مدة العقد هي 90 يوماً من تاريخ 2012/11/20 فتكون هذه المدة قد انقضت ولا تجوز المطالبة بالفسخ ولايصار اليه وانما يجوز الحكم بالتعويض عن قيمة كمية الاعمال غير المنجزة وحسب ما يقدره الخبراء ، لذلك قرر نقض الحكم المميز واعادة الدعوى لمحكمتها للسير فيها وفقاً لما تقدم ."

أمـــا إذا خـــلا العقـــد مـــن شـــرط الفســـخ التلقـــائي فنكـــون فـــي هـــذه الحالـــة أمـــام تطبيـــق قاعـــدة الفســـخ التـــي نـــص عليهـــا المشـــرع وفقـــاً للقواعـــد العامـــة والتـــي تقضـــي بضـــرورة اعـــذار المتعاقـــد الاخـــر بضـــرورة تنفيـــذ التزامـــه التعاقـــدي خـــلال مـــدة يحـــددها الاعـــذار ، فـــأذا امتنـــع المشـــتري عـــن فـــتح الاعتمـــاد ولا يمكـــن كســـر عنـــاده والحكـــم عليـــه بالغرامـــة التهديديـــة ، فيطلـــب مـــن المحكمـــة فســـخ العقـــد الاســـاس والمقتـــرن تكامليـــاً مـــع عقـــد الاعتمـــاد المســـتندي ، ســـواء كـــان نتيجـــة الاخـــلال بفـــتح الاعتمـــاد كليـــاً او لفـــتح الاعتمـــاد بصـــورة متـــأخرة عـــن الموعـــد الـــذي حـــدده العقـــد الاســـاس ، فيطلـــب مـــن المحكمـــة ايقـــاع الفســـخ ، وإن كانـــت المحكمـــة غيـــر ملزمـــة بطلـــب الفســـخ إلا أنهـــا ملزمـــة بنظـــر الطلـــب وتقـــرر بعـــد ذلـــك مـــا تـــراه مناســـباً ووفقـــاً لمـــا تـــم تنفيـــذه مـــن العقـــد ، وعليـــه لابـــد مـــن صـــدور حكـــم قضـــائي بالفســـخ وبالتـــالي يحـــق للبـــائع المطالبـــة بـــالتعويض عـــن اخـــلال المشـــتري بتنفيـــذ التزامـــه بفـــتح الاعتماد المستندي ما لم يكن الاخلال نتيجة لتدخل سبب اجنبي لا يد له فيه .

إذ رأت محكمـــة اســـتئناف بـــاريس بـــان البـــائع يســـتطيع الحصـــول علـــى التعويضـــات الناتجـــة عـــن خســـارة ارباحـــه عـــن البضـــاعة محـــل العقـــد ، وذلـــك عنـــدما تكـــون هـــذه الخســـارة ضـــمن التصـــور المعقـــول للاطـــراف علـــى اعتبـــار أنـــه إذا لـــم يكـــن ضـــمان الـــدفع الـــذي يشـــكله الائتمـــان فـــي مكانـــه الصـــحيح لـــن يـــتمكن البـــائع مـــن شـــراء أو تصـــنيع البضـــاعة التـــي يســـتلزم تسليمها للمشتري بموجب العقد الاساس [1] .

---

1 – فقضت محكمة استئناف باريس في قضية Trans Trust S.P.R.L ضد Danubian Trading co. LTd. حيث تتلخص وقائع هذه الدعوى في ان المدعى عليهم تعاقدو على شراء الصلب من اصحاب المطالبات وكان من المقرر ان يشتريه هؤلاء من شركة بلجيكية منحها المصنعون خيار الشراء ، ولم يتمكن اصحاب المطالبات ولا الشركة البلجيكية من توفير الاموال اللازمة لشراء البضائع ، حيث ينص العقد الاساس على الدفع عن طريق اعتماد مستندي مؤكد من بنك بروكسل يتم فتحه لصالح الشركة البلجيكية من قبل شركة امريكية تعاقد المدعى عليهم على بيعها ، بعدها فشل المدعى عليهم في الحصول على الائتمان وتنكرو لعقد البيع وقد ارتفع سعر البضائع منذ تاريخ العقد، وبالتالي حكمت المحكمة بالتعويض عن الخسارة اللاحقة للبائع واستندت في ذلك الى اعتبار ان مقياس الاضرار للوهلة الاولى هو خسارة الربح من المعاملة وحيث يجب ان يكون المدعى عليهم على علم بأن فشلهم في تقديم خطاب الاعتماد سيجعل من المستحيل على المدعين تنفيذ العقد الاساس ، لذلك فأن الاساس الصحيح للحكم بالتعويض هو خسارة الارباح ، ولعلنا نضيف ايضاً بان المحكمة في هذا القرار قد استنتجت من اخفاق المدعين بتقديم خطاب الاعتماد المستندي جعلت منه فسخ مبتسر واخلال متوقع في تنفيذ العقد الاساس وهذا ما جعل قرارها اقرب للصواب واجدر بالاخذ به كأتجاه جديد في ميدان عقود التجارة الدولية ، للمزيد ينظر Guttertidge and megrah's, op.cit. p.263 .

وفي هذا الصدد يتبادر الى الذهن تساؤل يقضي بمدى أهمية السبب الاجنبي في تحقق أو عدم تحقق مسؤولية المشتري بفتح الاعتماد المستندي ؟ .

ويذهب رأي من الفقه القانوني إلى القول [1] بضرورة تحديد وقت تحقق السبب الاجنبي المانع من الحكم بالتعويض ، فيشترط أن تجتمع فيه شروط القوة القاهرة ، وهذه الشروط هي شرط عدم التوقع ، وشرط عدم امكانية تفاديه ، لذلك نفترض ان الجهات الادارية قد منعت اصداراجازة الاستيراد أو قامت بمنع التحويلات الخارجية فهل يعد هذا المنع سبباً اجنبياً لايد للمشتري فيه ، ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى ضرورة التمييز بين حالتين ، حالة المنع الصادر قبل ابرام عقد الصفقة الاساس ، والمنع الصادر بعد الابرام ، فبالنسبة للحالة الاولى فأن شرط عدم التوقع غير متحقق ، بينما يتحقق هذا الشرط بالنسبة للحالة الثانية .

ولعلنا لانؤيد هذا الاتجاه كونه لاينسجم مع المنطق السليم لفكرة السبب الاجنبي مادام المنع واقعاً قبل الابرام ففي هذه الحالة كيف يتم تحقق شرط عدم التوقع فالوقوع الفعلي للسبب حاصل قطعاً ، بل العكس من ذلك يمكن القول بان السبب الاجنبي في الحالة الثانية متحقق من خلال تحقق أحد شروطه وهو شرط عدم التوقع على اعتبار أن المنع صدر بعد انعقاد العقد الاساس ، فقد اشارت محكمة النقض المصرية في إحدى قراراتها بالقول بأن عدم فتح الاعتماد المستندي أو التأخر في فتحه بسبب عدم توافر العملة المتفق على فتح الاعتماد بها لا ينفي اخلال وتقصير المشتري الذي طلب فتح هذا الاعتماد ، لذلك كان ينبغي عليه أن يقدر هذه الصعوبة مقدماً وأن يهيئ لها العلاج المناسب أو يرفض الالتزام تجاه المدعي (البائع) بفتح الاعتماد المستندي ابتداءً [2] .

نخلص إلى القول بأن التزام المشتري بفتح الاعتماد المستندي التزام أساسي لايمكن الحيود عنه أو التباطؤ في تنفيذه كونه يمثل جوهر التزاماته وبالنتيجة يصار الى فسخ العقد الاساس في حال الاخلال بتنفيذه والمطالبه بتعويض البائع عن الاضرار التي

---

1 – د. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص 45 .

2 – د. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص45 ، نقلاً عن مجلة المحاماة المصرية ، ص1279 ، قرار نقض بتاريخ 31/مايو/1966 اشار اليه د. حسن دياب ، مصدر سابق ، ص55 .

لحقته ، بالاضافة الى تعويضه عن الخسائر اللاحقة والكسب الفائت مادامت تمثل النتيجة الطبيعية المباشرة لهذا الاخلال .

ثانياً :- طلب الفسخ من قبل المشتري

الأصل في تنفيذ العقد هو ما التزم به المتعاقدان بمحض ارادتهم فلا يجوز لأحدهما نقض العقد أو تعديله أو انهائه دون موافقة الطرف الاخر ، فالهدف الاساس من ابرام العقود الملزمة للجانبين هو التنفيذ المتبادل للالتزامات الناشئة عنها ، وبخلافه يصار إلى فسخ العقد والمطالبة بالتعويض من قبل الطرف الذي حصل الاخلال لمصلحته [1].

فيلتزم البائع بموجب العقد الاساس بتسليم البضاعة محل العقد وبالشروط والمواصفات المثبته فيه وبالمكان والموعد المتفق عليه والمحدد سلفاً من خلال تسليم المستندات التي تمثل هذه البضاعة ، وبالتالي تتحقق مسؤولية البائع في حال الاخلال بتنفيذ هذا الالتزام [2].

لذلك يذهب رأي من الفقه القانوني الى القول [3] بأن التعاقد على اي سلعة مستوردة مع اي جهة اخرى بغية ادخالها الى البلد يتوجب ان يكون الالتزام بمبدأ حسن النية حاضراً فيه [4] وذلك من خلال الالتزام بالمواصفات المحددة ببنود العقد والتي تشمل مكونات هذه السلعة والتبصير بما تحتويه من مخاطر وكل البيانات التي تتعلق بصناعتها وكيفية استعمالها ، فهذا الالتزام يقع تنفيذه على عاتق البائع او المصدر .

وحيث ان الثابت بأن الفسخ يقوم على اساس فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، إذ تقضي طبيعة هذه العقود أن يكون التزام أحد العاقدين مرتبطاً بالتزام الاخر ، ومن ثم فأن العدالة تقضي بانه إذا لم ينفذ احدهما التزامه جاز

---

1 – علي فيلالي ، مصدر سابق ، ص48 .

2 – د. محمود سمير الشرقاوي ، مصدر سابق ، ص132 .

3 – هناء صباح الجحيشي ، المسؤولية المدنية للدولة عن جودة السلع المستوردة – دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، مصر – القاهرة ، 2021م ، ص39 .

4 – نصت المادة /150 من القانون المدني العراقي على مبدأ حسن النية والتي جاء فيها "1– يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، 2– ولايقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام " .

للاخر أن يتحلل مما في ذمته من التزام عن طريق فسخ العقد كجزاء لاخلال الطرف الاخر بالتزامه ، فينبغي اعادة الحال الى ماكان عليه قبل التعاقد ، على اعتبار ان اثر الفسخ لايقتصر على المستقبل فقط بل يمتد الى الماضي أيضاً ، فيلتزم كل من المتعاقدين بأن يرد الى الاخر ما تلقاه منه ويعتبر العقد كأن لم يكن أصلاً [1] هذا ما نص عليه المشرع المصري ، بيد أن المشرع العراقي لم يشترط ذلك بل جعل هذا الحكم كأثر لبطلان العقد وهذا ما نصت عليه المادة /138- الفقرة /2 من القانون المدني والتي جاء فيها "فأذا ابطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فأذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل" .

وتاسيساً على ما سبق يمكننا أن نتسائل هل بالامكان الاخذ بفكرة الفسخ الجزئي للعقد الاساس أو لايمكن تحقق ذلك ؟.

الفسخ الجزئي يعني بأنه "اجراء أو جزاء ينصب على موضوع الرابطة العقدية ومعناه عدم الاعتراف بجزء من الالتزام غير المنفذ والابقاء على الجزء الاخر من الالتزام " [2].

فهذا الاجراء يتطلب من القضاء عدم التفريط والتجاوز من خلال التحقق من صفة التجزئة الموضوعية لمحل العقد مما يقتضي حرصاً شديداً في تفسير ارادة الطرفين والعمل تحقيق ما اراداه حال الحكم بالفسخ الجزئي للعقد [3] .
ويتضح من خلال التعريف المتقدم بأنه قد اعتبر الفسخ الجزئي جزاء الاخلال الناشئ عن تقصير أحد الاطراف في التنفيذ ، فالمفهوم المتقدم على وفق أشتراط التسوية يقتضي التفصيل الاتي :-

اولاً :- حالة عدم التنفيذ الكلي

---

1 – نصت المادة / 160 من القانون المدني المصري والتي جاء فيها "اذا فُسخ العقد اعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فأذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض " .

2 – د. احمد السعيد الزقرد ، محاولة انقاذ العقود من الفسخ ، المكتبة المصرية للنشر ، مصر – المنصورة ، 2007م، ص143.

3 – د. محمد عبد الظاهر حسين ، الدور القضائي ازاء الرغبة في انهاء الرابطة العقدية ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر – القاهرة ، 2000م ، ص191 .

هـذه الحالـة يمكـن تصـورها نتيجـة اخـلال المشـتري فـي فـتح الاعتمـاد المسـتندي ، فهـذا يعنـي عـدم التنفيـذ لأن تنفيـذ الاشـتراط يقـع كوحـدة واحـدة لاتقبـل التجزئـة علـى اعتبـار أنـه كعمليـة مصـرفية لاتـتم الا بعـد اكمـال جميـع الاجـراءات اللازمـة لتنفيـذ هـذا الالتـزام ، وفي هذه الحالة لايمكن اعمال فكرة الفسخ الجزئي .

ثانياً :- حالة التنفيذ الجزئي او المعيب

هـذه الحالـة يمكـن تصـورها مـن جانـب البـائع علـى اعتبـار أن يلتـزم بأرسـال المسـتندات وتسـليم البضـاعة ، فـأذا كـان هـذا التنفيـذ معيـب فـي جـزء منـه لايمكـن فسـخ العقـد بالنسـبة للجـزء المتبقـي والـذي لـم ينفـذ مـن قبـل ، وبالتـالي يمكـن أن تتحقـق هـذه الفكـرة فـي هـذه الجزئية من الموضوع .

نخلـص الـى القـول بـأن الفسـخ يعـد اجـراءً نهائيـاً يـتم اللجـوء إليـه فـي الحالـة التـي يستعصـي معهـا اعمـال جميـع الوسـائل القانونيـة اللازمـة للمحافظـة علـى حيـاة العقـد وابقائـه قيـد التنفيذ لحين انتهائه وفق الطريق الطبيعي لانتهاء العقد بالتنفيذ .

الخاتمـــــــــة

بعـد أن انتهينـا مـن دراسـة موضـوع اشـتراط الاعتمـاد المسـتندي للتسـوية التجاريـة والتـي امتـدت الـى ثلاثـة فصـول بحمـد الله وتوفيقـه لنـا حـان الأن أن نقطـف ثمـار هـذا الجهـد المتواضـع والـذي لا نـدعي فيـه الكمـال فالعمـل الإنسـاني مهمـا وصـل مـن الرفعـة والعلـو يبقى عملاً يشوبه النقص والعيوب فالكمال لله وحده .

اولاً :- الاستنتاجات

توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى جملة من النتائج الاتية :-

1- لـم يـنظم المشـرع العراقـي وحتـى المصـري والفرنسـي احكـام اشـتراط الاعتمـاد المسـتندي ، وبالتـالي لـم يضـع تعريفـاً معينـاً يحـدد مفهومـه ومضـمونه ومحتـواه ،

وبالتالي توصلنا إلى تعريفه بأنه التزام عقدي سابق لاداء جميع التزامات الطرفين يدرج عادة في العقد الاساس فيفرض التزاماً على عاتق المشتري بفتح اعتماد مستندي لتسوية دين الصفقة التجارية ويكون سبباً لتنفيذ العقد الاساس وبخلافه تتحقق مسؤولية المشتري العقدي .

2- يمثل اشتراط التسوية التزاماً عقدياً سابقاً لالتزامات الطرفين ، يقع تنفيذه على عاتق المشتري لذلك اعتبر هذا الالتزام احادي التنفيذ من حيث الأثر لا من حيث التكوين فيكون سبباً لتنفيذ البائع لالتزامه التعاقدي بتنفيذ العقد وارسال المستندات التي تمثل البضاعة محل العقد الاساس .

3- لايوجد نص تشريعي يوضح طرق الوفاء لمبلغ الاعتماد المستندي ، بيد أن المشرع العراقي بموجب المادة /274 من قانون التجارة النافذ قد وضع مبدأ عاماً بتقرير التزام المصرف بتنفيذ شروط الوفاء المنصوص عليها بموجب العقد مما يستدعي الرجوع إلى أحكام الأصول والأعراف الدولية الموحدة .

4- قد يغفل اطراف العقد الاساس النص بموجب اشتراط التسوية عن تحديد نوع الاعتماد المستندي المطلوب ابرامه من قبل المشتري ، لذلك اختلفت التشريعات محل المقارنه في تحديد نوع الاعتماد المطلوب ، وبالتالي فقد نص المشرع العراقي على تحديد بموجب المادة /275 من قانون التجارة على أن الاصل في تحديد نوع الاعتماد المستندي بأنه اعتماد قابل للالغاء ، وهذا الحكم يعد خلافاً لما نادت به الاتجاهات التشريعية والفقهية في العقود المتأخرة والتي جعلت الاصل للاعتماد المستندي البات .

5- قد يغفل الاطراف عن تحديد وقت فتح الاعتماد المستندي بصورة محددة وصريحة مما يؤدي إلى حدوث تأويلات وتفسيرات لارادة الطرفين وتدخلات في حياة العقد مما قد يؤدي الى تشويه العقد في مضمونه وطبيعته واثاره .

6- لم تحدد الطبيعة القانونية لأشتراط التسوية مما حدى بالفقه القانوني الى طرح عدة اراء بصدد تحديدها ، إذ ذهب الاتجاه الاول إلى القول بانها اتفاق ملزم لجانب واحد ، بينما ذهب اتجاه اخر الى اعتبارها اتفاق ملزم للجانبين ، والبعض الاخر بانها ركن في العقد ، وان كان هذا الاخير لاينسجم من احكام القانون المدني العراقي بيد أنه أقرب إلى احكام القانون الفرنسي والانكليزي ، لذلك كان الاتجاه الاقرب الى الصواب بأنه شرط مقترن بالعقد الاساس .

7- لايعتبر تنفيذ المشتري لالتزامه التعاقدي بفتح الاعتماد المستندي وفاء للدين وابراء لذمته تجاه البائع بسداد الثمن ، الا اذا اتفقا على خلاف ذلك ووفق شروط خاصة بهذا الشأن .

8- اذا تضمن الاعتماد المستندي شروطاً غير واضحة أو يكتنفها الغموض وكان المصرف ليس لديه الوقت الكافي لاستيضاح الغموض او جلائه ، يمكنه في هذه الحالة المضي بهذا الاجراء على أن يكون تصرفه معقولاً ، وله الحق بعد ذلك بالتعويض على الطرف الذي تصرف لحسابه .

9- لايعد اشتراط التسوية الوسيلة الوحيدة لتسوية ثمن الصفقة التجارية ، فهناك طرق اخرى للتسوية التجارية على المستوى الدولي منها (التحصيل المستندي ، خطابات الضمان الخارجية ، التحويلات المباشرة) إلا أن أبرزها وأهمها من حيث تحقق الائتمان التعاقدي للطرفين هو الاعتماد المستندي .

10- قد يغفل اطراف التعاقد تحديد نوع العملة المطلوبة للتسوية ، لذلك نجد ان مبادئ اليونيدروا قد نصت على ضرورة الوفاء بعملة محل العقد او مكان الوفاء ، او تتم التسوية بنفس العملة المحددة لثمن المبيع .

11- يعد عقد الاعتماد المستندي من عقود المدة ، فالمدة فيه لاتعد مجرد فاصل زمني بين انعقاد العقد وتنفيذه ، بل يبرز دورها في الوقت الذي ينص فيه العقد على المدة التي يجب خلالها ان يبقى المصرف ملتزماً بوضع مبلغ الاعتماد تحت تصرف المستفيد فتحقق له الاطمئنان بقبض الثمن .

12- التزام البائع بأرسال المستندات هو التزام نسبي ، اي قد يكون توفيرها وارسالها بالكامل او توفير جزء منها حسب نوع العقد وطبيعته والبضاعة المنقولة .

13- قد يشترك البائع مع المشتري في الاخلال العقدي الحاصل نتيجة عدم تنفيذ الاشتراط بفتح الاعتماد المستندي ، كما لو تطلب الامر تقديم بيانات او فواتير من قبل البائع يستند عليها المشتري في فتح الاعتماد ولم ينفذ هذا الالتزام فيكون الخطأ في هذه الحالة خطأ مشترك بينهما .

14- لاينبغي تنفيذ الالتزامات العقدية بالكامل لكي يتحقق استحقاق البائع للثمن بل بالامكان سحب مبالغ الاعتمادات بصورة جزئية ومنفردة وفقاً للمستندات المقدمة من قبل البائع .

15- يعتبر اخلال المشتري بتنفيذ التزامه التعاقدي بفتح الاعتماد المستندي أخلالاً فعلياً في تنفيذ العقد الاساس على اعتبار ان الاشتراط يعد أهم بنوده الاساسية .

16- إذا نص العقد الاساس على فتح الاعتماد المستندي خلال مدة معينة وانتهت هذه المدة دون تنفيذ ، فلا يصار الى فسخ العقد ، انما يقتصر حق المتعاقد الاخر على التعويض فقط عن قيمة الالتزامات والاعمال غير المنجزة .

ثانياً :- المقترحات

من خلال هذه الدراسة فأننا نقدم المقترحات الأتية :-

1- نقترح على المشرع العراقي بضرورة تبني فكرة التنظيم القانوني لاشتراط التسوية التجارية من خلال تحديد مفهومه واثاره وطبيعته القانونية ، وذلك لاهميته في حياة العقد من جانب ، وتحديد الاثار المناسبة للعقد الاساس في حال الاخفاق في تنفيذه من جانب اخر .

2- ضرورة تعديل نص المادة /274 من قانون التجارة العراقي النافذ بغية تحديد طرق الوفاء لمبلغ الاعتماد المستندي لتصبح كالاتي (يلتزم المصرف الفاتح للاعتماد المستندي بتنفيذ شروط الوفاء والقبول والخصم المتفق عليها في عقد الاعتماد او من خلال السفتجة المستندية والخصم المصرفي لها مادامت المستندات مطابقة لما ورد فيه من بيانات) ، وبذلك تكون نصاً قانونياً آمراً يتم تنفيذه من قبل اطراف العقد .

3- نقترح على المشرع العراقي في حال اغفل الاطراف تحديد نوع الاعتماد المستندي بموجب اشتراط التسوية والمطلوب ابرامه بضرورة تبني ما أشارت أليه النشرة / 600 للقواعد والاعراف الموحدة والتي اعتبرت ان الاصل في تحديد نوع الاعتماد هو الاعتماد القطعي وذلك بغية تحقيق الامان القانوني للمتعاقد الاخر .

4- نقترح على المشرع العراقي النص على فتح الاعتماد المستندي لمدة تسمح للبائع بأستعمال الاعتماد فعلاً في حال عدم تحديدها ، وفي حال النزاع تتولى الجهات التحكيمية او القضائية مهمة تحديدها وفقاً لما يقتضيه تنفيذ العقد الاساس .

5- ضرورة تقنين احكام اشتراط التسوية وتحديد طبيعته القانونية بغية معرفة اطراف التعاقد بالمسؤولية الناتجة عن الاخلال بتنفيذ هذا الاشتراط .

6- انشاء مراكز متخصصة من اشخاص اكفاء وذوي خبرة مؤهلين للقيام باعداد قواعد استرشادية خاصة بالتعاقدات الدولية وتحديد ألية تنفيذ الالتزامات الواردة فيها بصورة تضمن تحقيق التوازن العقدي للاطراف .

7- تقنين الشروط والالتزامات التي يتضمنها اشتراط التسوية في نصوص واضحة وصريحة بعيداً عن الغموض بغية تنفيذها بصورة تضمن تحقيق الهدف الاساس من اشتراطها وتضمينها بموجب العقود المبرمة بين اطراف التعاقد .

8- نشر ثقافة هذا النظام نظرياً وممارسة كوسيلة لتسوية الثمن لعقود التجارية الدولية في الوقت الذي تتوفر فيه وسائل اخرى للقيام بهذه الوظيفة لتعريف الافراد بأهميته وضرورته في هذا المجال .

9- ضرورة النص على تحديد نوع عملة العقد ووضع ضوابط معينة يتم الاسترشاد بها من قبل اطراف التعاقد عند الاشارة الى نوع العملة المطلوبة لتسديد الثمن وبما ينسجم مع السياسية الاقتصادية للبلد .

10- ضرورة تنظيم احكام التزام البائع بأرسال المستندات خاصة في التنفيذ الجزئي للعقد والذي يتطلب تنفيذه وفق جدول زمني محدد بموجب العقد الاساس وذلك لاهمية هذه الجزئية كونها تتعلق بسداد الثمن .

11- ضرورة الاخذ بما سار عليه المشرع المصري بخصوص التشدد في تحديد حالات الفسخ للعقود الدولية لتقليل حالات الفسخ ، كأتخاذ اجراءات بديلة عن الفسخ تؤدي الى الافادة من العقد بدلاً من فسخه كأنقاص الثمن في حال عجز البضاعة عن تلبية جميع متطلبات المشتري ، بالاضافة الى ضرورة ازالة الغموض الذي يحيط بتفسير بعض الشروط المألوفة في العقود التجارية .

12- ضرورة النص على ألية يحدد من خلالها وقت فتح الاعتماد وتنفيذه بغية تفادي النزاعات التي قد تحدث بسبب تنفيذ هذا الاجراء على اعتبار ان عامل الوقت مهم فقد يكون محل العقد تكنولوجيا مع مرور الوقت تفقد قيمتها بسبب طول مدة النزاع أمام القضاء .

قائمة المصـــادر

- **القرآن الكريم**

أولاً : الكتب والمؤلفات

1- ابراهيم الدسوقي ، الاعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1975م .

2- ابراهيم انيس ، المعجم الوسيط ، الطبعة الرابعة ، مكتبة الشروق الدولية للنشر ، مصر – القاهرة ، 2004م.
3- ابي الحسن احد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، الجزء الثاني ، مادة ركن ، دار الفكر العربي ، مصر ، بدون سنة نشر .
4- ابي الحسن بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، الجزء الثاني ، مادة ركن ، دار الفكر العربي ، مصر ، بدون سنة نشر .
5- احمد السعيد الزقرد ، محاولة انقاذ العقود من الفسخ ، المكتبة المصرية للنشر ، مصر – المنصورة ، 2007م .
6- احمد بن فارس بن زكريا القزويني ، تحقيق عبد السلام محمد هارون ، معجم مقاييس اللغة ، الجزء السادس ، دار الفكر العربي ، لبنان – بيروت ، 1979م .
7- د. احمد حسني ، البيوع البحرية – دراسة لعقود التجارة البحرية الدولية سيف وفوب ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف للنشر ، مصر – الاسكندرية ، 1983م .
8- د. احمد سلمان شهيب ، د. جواد كاظم جواد سميسم ، مصادر الالتزام – دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الاسلامي ، الطبعة الثانية ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 2017م .
9- د. احمد غنيم ، الاعتمادات المستندية المشكلات العملية والجوانب التطبيقية ، الطبعة الاولى ، مطبعة كلية الحقوق – جامعة القاهرة ، 2000 م .
10- د. احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات – القسم الخاص ، الطبعة الخامسة ، دار النهضة العربية للنشر ، لبنان – بيروت ، 2013م .
11- د. أسامة حجازي المسدي ، القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية ، دار الكتب القانونية للنشر ، مصر، 2010م
12- د. اسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام ، مكتبة سيد عبدالله وهبة ، مصر – القاهرة ، 1956م.
13- د. اسماعيل غانم ، مذكرات في العقود المسماة – عقد البيع ، مطابع دار الكتاب العربي ، مصر ، 1958م.
14- د. أشرف احمد العدلي ، التجارة الدولية ، الطبعة الاولى ، مؤسسة طيبة للنشر والتوزيع ، مصر ، 2006م .
15- د. اكرم ابراهيم حمدان الزغبي ، مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندي – دراسة مقارنة وفقاً لاحكام النشرة 500 ، دار وائل للطباعة والنشر ، الاردن – عمان ، 2000م .
16- د. أكرم ياملكي ، د. فائق محمود الشماع ، القانون التجاري ، مطبعة جامعة بغداد ، العراق – بغداد ، 1980م .

17- د. أمير فرج يوسف ، الموسوعة القانونية – العقد ، دار الكتاب الحديث ، مصر – القاهرة ، 2016 م .
18- د.انور العمروسي ، الشرط والاجل في القانون المدني – الاوصاف المعدلة لاثر الالتزام معلقاً على نصوصهما بالفقه والقضاء ، دار محمود للنشر والتوزيع ، مصر – القاهرة ، بدون سنة نشر .
19- د.انور سلطان ، العقود المسماة – شرح عقدي البيع والمقايضة - دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1983م .
20- د.انور سلطان ، النظرية العامة للالتزام – احكام الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر – الاسكندرية ، بدون سنة نشر .
21- د.ايمان طارق الشكري ، د. منصور حاتم الفتلاوي ، التمييز بين شرطي التعليق والتقييد ، بدون مكان طبع ، بدون سنة نشر .
22- باتريك ادوارد ، ترجمة هنري رياض ، كرم شفيق ، شرح قانون بيع البضائع الانكليزي ، دار الجبل للطباعة والنشر ، الخرطوم ، بدون سنة نشر .
23- بضليس عبد العزيز ، الاعتماد المستندي والتزام البنك بفحص المستندات في ظل احدث النشرات الصادرة عن الغرفة التجارية الدولية ،الطبعة الاولى ، مكتبة الوفاء القانونية للنشر ، مصر – الاسكندرية ، 2018م .
24- بطرس البستاني ، محيط المحيط ، مكتبة لبنان للنشر والتوزيع ، بيروت – لبنان ، 1977م .
25- د.بلال الانصاري ، عمليات بالبنوك ، الطبعة الاولى ، المركز القومي للأصدارات القانونية ، مصر – القاهرة ، 2017م.
26- بلحاج العربي ، احكام الالتزام في ضوء الشريعة الاسلامية – دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن – عمان ، 2012م .
27- بلحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، دون سنة نشر .
28- د.توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام ، بدون مكان طبع ، 1978م .
29- د. توفيق حسن فرج ، د. مصطفى الجمال ، مصادر واحكام الالتزام – دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 2008م .
30- ثروت عبد الحميد ، ضمان صلاحية المبيع لوجهة الاستعمال ، دار ام القرى للطبع والنشر ، مصر – المنصورة ، بدون سنة نشر .
31- جاك غستان ، المطول في شرح القانون المدني – مفاعيل العقد واثاره ، ترجمة منصور القاضي ، الطبعة الاولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، 2000م .

32- جهاد محمود عبد المبدي ، الحق في الرجوع عن العقد الالكتروني – دراسة تحليلية لعقود الاستهلاك ، المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع ، العدد الاول ، المجلد الرابع ، 2023م .
33- جورج سيوفي ، النظرية العامة للموجبات والعقود ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، مكتبة الحلبي الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 1994م
34- جورج فيدكر وأخرون ، القانون المدني الفرنسي بالعربية – الدالوز ، جامعة القديس يوسف ، لبنان – بيروت ، 2009م.
35- د.جورجيت صبحي عبده قليني ، مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر – القاهرة ، 1992م .
36- د.حسام الاهواني ، عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ، 1999م .
37- د. حسن النجفي ، شرح الاعتمادات المستندية ، شركة المعرفة للنشر والتوزيع المحدودة ، العراق – بغداد ، بدون سنة نشر .
38- حسن دياب ، الاعتمادات المستندية التجارية ، بدون مكان طبع ، 1999م .
39- د. حسن عبد الباسط جميعي ، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر – القاهرة ، 1996م .
40- د. حسن علي الذنون ، دور المدة في العقود المستمرة ، مطبعة وزارة التعليم العالي – جامعة بغداد ، العراق – بغداد ، 1988م .
41- حسن مكي مشيري ، خصوصيات التعاقد عن طريق شبكة المعلومات الدولية – الانترنت ، الطبعة الاولى ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 2019م .
42- د. حسين النوري ، دروس في الاوراق التجارية والنشاط المصرفي ، دار الجيل للطباعة ، مصر – القاهرة ، بدون سنة نشر.
43- د. حسين محمد بيومي الشيخ ، الاعتماد المستندي في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي – دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر – الاسكندرية ، 2021م .
44- د. حلمي بهجت بدوي ، اصول الالتزامات – الكتاب الاول نظرية العقد ، الطبعة الاولى ، مطبعة نوري ، مصر – القاهرة ، 1943م .
45- خالد عبد حسين الحديثي ، تكميل العقد – دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية للنشر ، لبنان – بيروت ، 2012م.
46- دربال عبد الرزاق ، الوجيز في احكام الالتزام في القانون المدني الجزائري ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2004م .

47- رجب عبد الكريم عبد اللاه ، التفاوض على العقد ، دار النهضة العربية ، مصر – القاهرة ، 2008م.
48- رزق الله انطاكي ، د. نهاد السباعي ، موسوعة الحقوق التجارية- المصارف والاعمال المصرفية ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية ، سوريا – دمشق ، مطبعة الجامعة السورية ، 1958م .
49- رضا عبيد ، دراسة في القواعد الموحدة في البيوع الدولية ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر – القاهرة ، 1996م
50- د. رياض القيسي ، علم اصول القانون ، الطبعة الاولى ،مطبعة الفرات ، العراق – بغداد ، 2002م .
51- د. سائد عبد الحافظ المحتسب ، الطبيعة القانونية للاعتماد المستندي ، الطبعة الاولى ، مكتبة الرائد العلمية للنشر ، الاردن – عمان ، 1995م .
52- سعيد عبد العزيز عثمان ، الاعتمادات المستندية ، الدار الجامعية للنشر ، مصر – الاسكندرية ، 2005م
53- د.سعيد مبارك واخرون ، الموجز في العقود المسماة – الكتاب الاول عقد البيع ، العاتك لصناعة الكتاب ، مصر – القاهرة ، 2007م .
54- د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني – المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة السادسة ، منشورات صادر الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 1978م .
55- شمس الدين محمد بن ابي العباس الرملي ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، الجزء الثاني ، دار الفكر العربي ، لبنان – بيروت ، 1984م .
56- د.صبحي المحمصاني ، محاضرات في القانون المدني اللبناني – الاوصاف المعدلة لاثار الالتزام ، مطبعة نهضة مصر ، مصر- القاهرة ، 1958م .
57- د. صبحي محمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، دار العلم للملايين ، لبنان – بيروت ، 1972م .
58- د. صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تاسيس نظام المسؤولية العقدية – دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني ، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر ، مصر ، 2010م .
59- د. صلاح الدين حسن السيسي ، القطاع المصرفي وغسيل الاموال ، عالم الكتب للطباعة والنشر ، مصر – القاهرة ، 2003م .
60- طارق علي الماغوط ، الاعتماد المستندي – دراسة مقارنة ، مكتب الدراسات الطلابية ، بدون مكان نشر ، 1998م
61- د. طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، الطبعة الاولى ، الاصدار السادس ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن – عمان ، 2008م .
62- د.عاطف النقيب ، نظرية العقد ، منشورات عويدات ، لبنان – بيروت ، 1988م .

63- عامر قاسم احمد القيسي ، الحماية القانونية للمستهلك – دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،2002م .
64- عباس الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، دار البحوث العلمية للنشر ، الكويت ، 1975م .
65- د.عباس العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الاثبات المدني – دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، 1997م .
66- عباس زياد كامل السعدي ، الاعتماد المستندي – دراسة مقارنة ، دور الاعتماد المستندي في التجارة الدولية ، الطبعة الاولى ، دار وليد للنشر والتوزيع والبرمجيات ، مصر – القاهرة ، 2023م .
67- د. عبد الحكم فودة ، تفسير العقد في القانون المدني المصري ، والمقارن ، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف ، مصر – الاسكندرية ، 1985م .
68- د. عبد الحميد الشواربي ، عمليات البنوك في ضوء الفقه والقضاء والتشريع ، منشأة المعارف للنشر ، مصر – الاسكندرية ، 2001م .
69- عبد الحميد عمر وشاجي ، نظرية الالتزامات في القانون المدني ، مطبعة النقيض الاهلية ، بغداد ، 1984م .
70- د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام الاوصاف ، الحوالة ، الانقضاء ، المجلد الثالث ، دار النهضة العربية ، مصر – القاهرة ، 2000م .
71- د.عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي – دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر – القاهرة ، بدون سنة نشر .
72- د.عبد الرزاق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام ، مطبعة الفجر الجديد ، مصر – القاهرة ، 1985م .
73- د. عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والارادة المنفردة – دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامي ، الكتاب الاول ، عالم الكتب للنشر ، مصر ، 1984م .
74- د. عبد القادر حسين العطير ، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية – دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن – عمان ، 1999م .
75- عبد الكريم بلعبور ، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1986م .
76- عبد الكريم بن علي بن محمد ، المهذب في علم اصول الفقه المقارن ، الجزء الخامس ، الطبعة الاولى ، مكتبة الرشد ، الرياض ، 1963م .

77- عبد الله الجليلي ، الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام او للاداب في القانون المدني – بحث مقارن ، المطبعة العالمية ، مصر – القاهرة ، 1958م .
78- د.عبد المجيد الحكيم ، الموجز في القانون المدني – مصادر الالتزام دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، الطبعة الثانية ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، العراق – بغداد ، 1963م .
79- عبد المطلب عبد الحميد ، البنوك الشاملة عملياتها وادارتها ، الدار الجامعية للنشر ، مصر – الاسكندرية ، 2000م .
80- عبد المعطي الخيال ، النظرية العامة للالتزام ، مطبعة جامعة حلوان- كلية الحقوق ، مصر ، 1993م .
81- د. عبد جمعة موسى الربيعي ، المتطلبات القانونية لابرام العقود التجارية الوطنية والدولية للبضائع ، مكتبة صباح للنشر والتوزيع ، العراق – بغداد ، 2009م .
82- د. عزيز العكيلي ، شرح القانون التجاري ، الجزء الثاني ، الاوراق التجارية وعمليات البنوك ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الاردن ، 2005م .
83- علاء الدين عبد العزيز بن احمد ، كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام البزدوي ، الجزء الثالث ، شركة الصحافة العثمانية للنشر ، اسطنبول ، 1890م .
84- علي ابن محمد الجرجاني ، معجم التعريفات ، دار الفضيلة للنشر ، السعودية – الرياض ، بدون سنة نشر.
85- علي بدير ، المدخل لدراسة القانون ، دار الطباعة الحديثة ، العراق – البصرة ، 1970م .
86- د. علي جمال الدين عوض ، الاعتمادات المستندية دراسة للقضاء والفقه المقارن وفق قواعد سنة 1983 الدولية ، دار النهضة العربية ، مصر – القاهرة ، 1989م .
87- د.علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، الطبعة الرابعة ، دار النهضة العربية ، مصر – القاهرة ، 2008 م .
88- علي حسين منهل ، الاخلال المسبق بالعقد – دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 2020م .
89- علي سيد قاسم ، قانون الاعمال – العقود التجارية ، الجزء الرابع ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر – القاهرة ، 2003م .
90- علي فيصل الصديقي ، مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية – دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 2019م .
91- د.علي فيلالي ، الالتزامات النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2010م .
92- عمر محمد شبيب وائلي ، الاعتمادات المستندية في القانون الدولي الخاص – دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، مصر – الاسكندرية ، 2021م .

93- عمر محمد عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك ، منشأة المعارف ، مصر ، 2004م .
94- د. فارس حامد عبد الكريم ، المعيار القانوني الطبعة الاولى ، دون مكان نشر ، 2009م .
95- د. فائق محمود الشماع ، الاعتماد المستندي – دراسة قانونية مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن – عمان ،2023م .
96- د. فتحي عبد الرحيم ، الوجيز في العقود المدنية المسماة – عقد البيع ، الكتاب الاول ، الطبعة الثالثة ، مطبعة دار القلم ، مصر – المنصورة ، دون سنة نشر
97- فخر الدين جعفر الحسيني ، نظرات في قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984، المكتبة العالمية للنشر ، العراق – بغداد ، 1985م .
98- فيصل محمود مصطفى النعيمات ، مسؤولية البنك في قبول المستندات في نظام الاعتماد المستندي ، الطبعة الاولى ، دار وائل للنشر ، الاردن – عمان ، 2005م .
99- كريم حمود فرج ، دراسات في مشاكل المحاسبة في العراق ، مطبعة الزمان ، العراق – بغداد ، 1987م.
100- لامي ، طرق سداد ثمن البضاعة ، الجزء الثاني بدون مكان طبع ، بدون سنة طبع .
101- مازن عبد العزيز فاعور ، الاعتماد المستندي والتجارة الالكترونية في ظل القواعد والاعراف الدولية والتشريع الداخلي ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 2006م .
102- د. محمد ابراهيم الدسوقي ، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وابرام العقود ، معهد الادارة العامة ، الرياض – السعودية ، 1415هـ .
103- محمد المنجي ، عقد البيع الابتدائي ، الطبعة الثانية ، توزيع منشأة المعارف ، مصر – الاسكندرية ، 1987م .
104- محمد بن حمزة بن محمد شمس الدين ، تحقيق محمد حسين محمد حسن اسماعيل ، فصول البدائع في اصول الشرائع ، الجزء الاول ، دار الكتب العلمية ، لبنان – بيروت ، 2006م .
105- محمد تقية ، الارادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والتشريع ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1984م .
106- د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني – الالتزامات ، المجلد الاول ، الطبعة الثانية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 2018م .
107- د.محمد حسن منصور ، مصادر الالتزام العقد والارادة المنفردة ، الدار الجامعية للنشر ، مصر – الاسكندرية ، 2000م.
108- د.محمد حسين قاسم ، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 2018م .

109- د.محمد حسين منصور ، نظرية القانون – مفهوم وفلسفة وجوهر القانون ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر – الاسكندرية ، 2009م .
110- محمد دغمان ، الزامية العقد – دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، 2010م .
111- محمد زياد الهويدي ، الهويدي في قانون واعراف الاعتمادات المستندية – دراسة فقهية مقارنة محكمة للقانون الانكليزي والاردني والقضاء والفقه المقارن في الاعتمادات المستندية وفي تحليل نشرة الاعراف والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية ،الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر – القاهرة ، 2021م .
112- د.محمد شتا ابو سعد ، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الاسلامية ، عالم الكتب للنشر ، مصر – القاهرة ، 1981م .
113- محمد شريف احمد ، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ، الطبعة الاولى ، مكتبة دار الثقافة للنشر ، الاردن ، 1999م .
114- د. محمد شوقي شاهين ، المشروع المشترك التعاقدي – طبيعته واحكامه في القانون المصري المقارن ، دار النهضة العربية ، مصر – القاهرة ، 2000م .
115- محمد عبد الظاهر حسين ، الدور القضائي ازاء الرغبة في انهاء الرابطة العقدية ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر – القاهرة ، 2000م .
116- محمد عبد الظاهر حسين ، الدور المنشئ للقاضي في اطار الروابط العقدية ، دار النهضة العربية ، مصر – القاهرة ، 2000م .
117- محمد عبدالله حمود ، انهاء العقد بالارادة المنفردة ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الاردن ، 2002م .
118- د. محمد حسين عبد العال ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية – دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتنظيم المفاوضات في عمليات التجارة الدولية ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر – القاهرة ، 1998م .
119- محمد عثمان شبير ، الشروط المقترنة بالعقد واثرها فيه في الفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى ، مطبعة جامعة قطر ، الدوحة ، 2004م .
120- د.محمد علي محمود نديم ، منازعات العقود الحكومية والاستثمارية والتجارية في تطبيقات القضاء بداءة واستئنافاً وتمييزاً ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، مكتبة القانون المقارن ، العراق – بغداد ، 2021م .

121- د. محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية – عمليات البنوك ، المجلد الرابع ، دار الثقافة للنشر ، الاردن – عمان ، 2009م .
122- د. محمود سمير الشرقاوي ، العقود التجارية الدولية دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر – القاهرة ، 1992م .
123- محمود سيد ، العقود التجارية الدولية – دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، مصر – القاهرة ، 2001م .
124- د. محمود عبد الرحيم الديب ، أثار الشرط كوصف من اوصاف الالتزام في القانون المصري والفرنسي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر – الاسكندرية ، 2008م .
125- د. محمود محمد عبابنه ، أحكام عقد النقل ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، 2015م .
126- د. محي الدين اسماعيل علم الدين ، الاعتماد المستندي في الفقه والقضاء والعمل مع شرح القواعد والعادات الدولية الموحدة ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر – القاهرة ، 1968م .
127- د. محي الدين اسماعيل علم الدين ، موسوعة اعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، الجزء الثالث ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1993م .
128- مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، مطبعة الجامعة السورية ، سوريا ، 1952م .
129- د. مصطفى العوجي ، القانون المدني – العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية ، الجزء الاول ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 2003م .
130- د.مصطفى محمد الجمال ، عبد الحميد محمد الجمال ، القانون والمعاملات ، المكتبة القانونية والدار الجامعية للنشر ، مصر – الاسكندرية ، 1987م .
131- د.مصطفى محمد جمال ، القانون المدني في ثوبه الاسلامي – مصادر الالتزام ، الطبعة الاولى ، الفتح للطباعة والنشر ، مصر .
132- ممدوح محمد الرشيدات ، التشريعات المالية والمصرفية في الاردن ، الطبعة الثانية ، دار وائل للنشر والتوزيع ، الاردن- عمان ، 2005م .
133- د.منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني – مصادر الالتزامات واحكامها – دراسة مقارنة بين القوانين الوصفية والفقه الاسلامي معززة باراء الفقه واحكام القضاء ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الاردن ، 2012م .
134- مهند صالح محسن ، عقد الاعتماد المستندي قانوناً وقضاءً ، مطبعة اوفسيت الكتاب ، العراق – بغداد ، 2015م .

135- نجوى محمد كمال أبو الخير ، البنك والمصالح المتعارضة في الاعتماد المستندي ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر – القاهرة ، 1993م .
136- هاني دويدار ، العقود التجارية والعمليات المصرفية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر – الاسكندرية ، 2015م .
137- هشام فضلي ، الاتجاهات الحديثة في تنظيم العقود التجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر – الاسكندرية .
138- هناء صباح الجحيشي ، المسؤولية المدنية للدولة عن جودة السلع المستوردة – دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، مصر – القاهرة ، 2021م .
139- محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور ، لسان العرب ، الجزء الثاني ، باب التاء ، دار صادر للنشر، لبنان – بيروت ، 1414هـ .
140- وليد علي محمد علي ، الاعتماد المستندي – دراسة تحليلية بين الفقه والقضاء ، الطبعة الاولى ، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر – الاسكندرية ، 2019م .
141- وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، دار القلم للنشر ، سوريا – دمشق ، 1985م .
142- د. الياس ناصيف ، العقود المصرفية – الاعتماد المستندي ، المجلد الثالث ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 2014م .
143- د. الياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجارية – البيوع البحرية ، الجزء العاشر ، بدون مكان نشر ، 2002م .
144- ياسين محمد الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني – مصادر الحقوق الشخصية – نظرية العقد اثاره وانحلاله ، الجزء الاول ، المجلد الاول ، دار وائل للنشر ، عمان ، 2002م .
145- يعقوب يوسف السفري ، النظرية والتطبيق في احكام الاعراف رقم 600 لسنة 2007م ، اتحاد المصارف العربية في بيروت ، الاردن – عمان ، بدون سنة طبع .
146- يوسف بن باصر ، الاعتماد المستندي في القضاء والممارسة المصرفية ، سلسلة بن باصر للدراسات القانونية ، مركز الابحاث الاقتصادية ، مطبعة دار القلم ، الرباط ، 2002م .
147- يوسف عبيدات ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الاردن ، 2021م .

ثانياً : الاطاريح

148- احمد سحنون ، دور الاعتماد المستندي في تمويل التجارة الحارجية بالجزائر ، اطروحة دكتوراه جامعة منتوري – قسنطينة ، 1999م .
149- بكر عبد السعيد محمد ابو طالب ، أزمة العقد – دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، جامعة المنوفية – كلية الحقوق ، 2020م.
150- حياة شحاته ، مخاطر الائتمان في البنوك التجارية ، اطروحة دكتوراه جامعة القاهرة – كلية الحقوق ، 1990م .
151- سه ركه وت سليمان عمر ، تقويم الصياغة التشريعية لنظرية العقد – دراسة تحليلية مقارنة ، اطروحة دكتوراه – جامعة الموصل ، كلية الحقوق ، 2016م .
152- زينب السيد سلامة ، دور البنوك في الاعتمادات المستندية من الوجهة القانونية ، اطروحة دكتوراه ، جامعة الاسكندرية – كلية الحقوق ، 1980م .
153- عبد الحي حجازي ، عقد المدة او العقد المستمر والدوري التنفيذ ، اطروحة دكتوراه ، جامعة فؤاد الاول ، 1950م .
154- محمد اليماني ، الاعتماد المستندي والطبيعة القانونية لالتزام البنك ، أطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة – كلية الحقوق ، 1974م .
155- نغم حنا رؤوف ننيس ، التزام البائع بالتسليم في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا 1980 ، أطروحة دكتوراه ، جامعة الموصل – كلية القانون ، 2004م .

ثالثاً : البحوث والدراسات

156- د. احمد ابراهيم الحياري ، تعديلات القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالعقد – دراسة مقارنة بالقانون المدني البحريني ، المجلة القانونية ، العدد الحادي عشر ، 2022م .
157- د. أحمد جمعة القبائلي ، التوازن العقدي لاطراف الاعتماد المستندي وفق احكام القانون الليبي والعرف الدولي ، مجلة دراسات قانونية ، العدد الثامن والعشرون ، 2020م .
158- د. اكثم ايمن عريبات ، حدود اعمال الارادتين الظاهرة والباطنة في تفسير العقد دراسة تحليلية في ظل اجتهاد القضاء الاردني ، مجلة كلية الشريعة والقانون – دهلقية ، المجلد الثاني والعشرون ، العدد الرابع ، بدون سنة نشر .
159- ام كلثوم صبيح محمد ، المفاوضات الممهدة للتعاقد ماهيتها واحكامها- دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفراغ التشريعي ، مجلة كلية الحقوق ، العدد الاول ، المجلد السادس عشر ، 2017م .

160- بجاوي زهيرة ، د. مروك احمد ، التزام البنك المصدر بفحص المستندات في الاعتماد المستندي ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية ، المجلد السابع والخمسون ، العدد الثاني ، 2020م .

161- بردان رشيد ، د. بوراس نجيه ، القاضي وتفسير العقد ، مجلة القانون والمجتمع والسلطة ، المجلد السابع ، العدد الاول ، 2018م .

162- بن عزوز ربيعة ، التسوية المشروطة ودورها في تنفيذ الاعتماد المستندي ، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل ، العدد السادس ، بدون سنة نشر .

163- بوحالة الطيب ، النظام القانوني لعقد الاعتماد المستندي ودوره في التجارة الخارجية ، مجلة بحوث جامعة الجزائر ، العدد التاسع ، الجزء الثاني ، بدون سنة نشر .

164- د. حاتم محمد عبد الرحمن ، بنود عقد بيع البضائع دراسة في القانون الانجليزي مقارنة بالقانون المصري ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثاني ، الجزء الثاني ، السنة الثامنة والخمسون ، يوليو 2016م .

165- حسن عبد الله عبد الرضا ، مضمون العقد – دراسة مقارنة بين القانون الانكليزي والقانون المدني الفرنسي ، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني ، العدد الاول ، المجلد التاسع ، 2018م .

166- د. حسن محمد كاظم المسعودي ، عبد الامير جفات كروان ، واقعة الفسخ القضائي في ذاتها ، مجلة رسالة الحقوق ، السنة السادسة ، العدد الثالث ، 2014م .

167- حسنة مهاوش ، الشرط كوصف من اوصاف الالتزام في القانون المغربي ، مجلة الباحث للدراسات والابحاث القانونية والقضائية ، العدد السادس والاربعين ، 2022م .

168- حفيظة زقاي ، اهمية الاعتماد المستندي في تمويل التجارة الخارجية ، مجلة ابحاث قانونية وسياسية ، العدد السابع ، 2018م .

169- حمدي محمود بارود ، مبدأ حسن النية ومقتضياته في مرحلة التفاوض قبل العقد في مجال عقود التجارة الدولية ، مجلة الجامعة الاسلامية – سلسلة الدراسات الانسانية – غزة ، المجلد السادس عشر ، العدد الاول ، 2008م .

170- حيدر فليح حسن ، مالك رحيم حمادي ، مدة العقد في المرحلة السابقة للتعاقد – دراسة مقارنة ، مجلة دراسات في حقوق الانسان ، المجلد الخامس ، العدد الثاني ، 2021م .

171- حيدر هادي عبد الخزاعي ، ضمان مطابقة المبيع عند التسليم ، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.almerja.com تاريخ الزيارة 2024/6/6 .

172- ريزان حمودي كريم ، تصحيح الاجراءات القضائية في نزاعات العقود الدولية وفق فكرة تحول وانتقاص العقد ، مجلة اكليل للدراسات الانسانية ، العدد الثالث عشر ، 2023م .

173- زهرة بن عبد القادر ، الاعتماد المستندي كألية دفع في مجال التجارة الدولية ، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dz تاريخ الزيارة 2023/12/17 .

174- زياد خلف عودة ، عباس نعمة حسن ، الفسخ لارتكاب المخالفة الجوهرية في عقد بيع البضائع الدولي في ضوء اتفاقية فيينا 1980 ، مجلة الكوت الجامعة للعلوم الانسانية ، العدد الثاني ، المجلد السابع عشر ، السنة الاولى ، 2020م .

175- سجى عمر شعبان ، ضوابط الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون- دراسة مقارنة ، مجلة كلية القانون – جامعة كركوك ، العدد السابع والثلاثين ، الجزء الاول ، المجلد العاشر ، 2021م .

176- صابرين شوكة ،الفرق بين الوعد والتعهد ، مقال منشور على الموقع الالكتروني www.mawdoo3.com تاريخ الزيارة 2024/5/5 الساعة 12:30ص .

177- صديق سهام ، النظام القانوني للاعتماد المستندي كألية لتسوية ثمن عقود التجارة الدولية ، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل ، المجلد السادس ، العدد الاول ، 2019م .

178- د. صفاء تقي عبد نور ، الاخلال المبتسر بالعقد واثره – دراسة في عقود التجارة الدولية ، مجلة جامعة بابل ، المجلد الرابع عشر ، العدد الثاني ، 2007م .

179- عادل بونحاس ، الاعتماد المستندي من الجانب النظري وانواع البيوع في التجارة الدولية ، مجلة ادارة الاعمال والدراسات الاقتصادية ، العدد الثاني ، 2015م .

180- عبد القادر العرعاري ، الطبيعة القانونية للاتفاقات التمهيدية التي تسبق ابرام العقود النهائية ، مجلة القضاء المدني ، العدد السادس عشر الخاص بالمؤتمر الخامس عشر للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الاسلامية ، بدون سنة نشر .

181- د. عصام صبرينة ، الاعتماد المستندي ألية جديدة للرقابة على التجارة الخارجية في التشريع الجزائري ، بحث منشور في مجلة افاق للعلوم ، المجلد الخامس ، العدد الثالث ، 2020م .

182- عمر عمور ، جوهر العقد – دراسة مقارنة على ضوء الفقه والقضاء الفرنسي ، مجلة الدراسات القانونية المقارنة ، المجلد السابع ، العدد الاول ، 2021 .

183- فواز صالح ، العقد مفهومه وتصنيفه ، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.arab-ency.com تاريخ الزيارة 2024/4/16 الساعة 1:20 ص .

184- مبادئ اليونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لعام 2004 ، الطبعة الثانية – الترجمة العربية ، المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص ، روما ، 2008م ، منشورة على الموقع الالكتروني www.unidroit.org تاريخ الزيارة 2023/6/14 .

185- د. محسن شفيق ، اتفاقية لاهاي لعام 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية – دراسة في قانون التجارة الدولية ، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية ، العدد الثالث ، القسم الاول ، السنة 43 ،1974م .
186- محمد جاسم محمد ، الجوانب القانونية لتصدع مبدأ الاستقلالية في الاعتماد المستندي ، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية ، العدد الثاني والعشرون ، 2021م .
187- د. محمد حنون جعفر ، فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة واثرها في العقود الملزمة للجانبين ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد الثاني ، العدد الرابع ، 2013م .
188- د. محمد محمد سادات مرزوق ، الشروط التعاقدية غير العادلة – دراسة مقارنة ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، العدد السادس والخمسون ، اكتوبر 2014م .
189- محمود دودين ، الاخلال المبتسر للعقد – تحليل مقارن بين الوثائق الدولية الموحدة للبيوع والقانونين المدني والتجاري القطريين ، المجلة الدولية للقانون ، مارس 2015 .
190- د. محمود سمير الشرقاوي ، الالتزام بالتسليم في عقد البيع للبضائع ، مجلة القانون والاقتصاد ، العددان 3،4 ، السنة 46 ، 1976م .
191- د. منصور حاتم محسن ، العدالة العقدية – دراسة مقارنة ، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، المجلد الخامس والعشرين ، العدد السادس ، 2017م .
192- نادية محمد مصطفى قزمار ، حدود المسؤولية العقدية في اطار الالتزام ببذل عناية وبتحقيق نتيجة ، مجلة بحوث الشرق الاوسط ، العدد الثامن والاربعون ، المجلد السابع ، 2019م .
193- نوال بن خالدي ، دور الاعتماد المستندي في تمويل التجارة الدولية ، مجلة اكاديميا ، العدد الخامس ، 2016م .
194- نوال طارق ابراهيم ، غسان مصعب علوان ، اثر اجراءات فتح الاعتماد المستندي على الالتزام بالمدد الزمنية المحددة بالعقد ، مجلة العلوم الاقتصادية والادارية ، العدد التاسع والتسعون ، المجلد الثالث والعشرون ، لسنة 2017م .
195- د. وسن كاظم زرزور ، الطبيعة القانونية للاخلال المتوقع بالعقد ، مجلة رسالة الحقوق ، العدد الثاني ، 2016م .
196- الياس بو زيدي ، الاعتماد المستندي بين مبدئي استقلالية الالتزام المصرفي والمطابقة الظاهرية للمستندات ، مجلة القانون للبحوث والدراسات القانونية ، العدد الخامس ، 2015م .
197- يزيد انيس نصير ، مرحلة ما قبل ابرام العقد – دراسة مقارنة ، مجلة المنارة للبحوث والدراسات ، المجلد التاسع ، العدد الثالث ، 2003م .

198- يونس صلاح الدين علي ، مضمون العقد كركن جديد من اركان العقد المدني الفرنسي – دراسة تحليلية مقارنة بالقانون الانكليزي والعراقي ، مجلة الرافدين للحقوق ، العدد الثامن والستون ، المجلد التاسع عشر ، السنة 2021م .

199- يونس مهتدي ، الوعد بالبيع ، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.linkedin.com تاريخ الزيارة 2024/4/13 .

200- عبد الهادي محمد الغامدي ، مضمون ونطاق التزام المصرف مصدر الاعتماد المستندي بفحص المستندات طبقاً للاصول والاعراف الموحدة – النشرة 600 وفي ضوء القضاء المقارن الانكليزي والامريكي ، المجلة الدولية للقانون ، 2017م .

رابعاً : المجموعات والقرارات القضائية

1- قرار محكمة النقض الفرنسي الصادر بتاريخ 1955/4/23 (منشور) .

2- قرار النقض المصري بتاريخ 31/مايو/1966 (منشور) .

3- قرار محكمة التمييز في دبي بالعدد 67/2003 طعن حقوق في 2003/9/21 (منشور) .

4- محكمة تمييز دبي بموجب قرارها بالعدد 2003/ 67 طعن والمؤرخ في 2003/9/21 والمنشور في مجموعة المبادئ والاحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي في الاعتمادات المستندية منذ عام 1998 ولغاية 2010 .

5- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد /1169 / استئنافية منقول / 2015 في 2015/5/20 (منشور) .

6- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 2929 / الهيئة الاستئنافية منقول / 2019 بتاريخ 2018/11/12 (منشور) .

7- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد /2047 / الهيئة المدنية منقول / 2012 في 2023/11/13 (منشور) .

خامساً : القوانين

1- القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل .

2- قانون الموجبات والعقود اللبناني والصادر سنة 1932 .

3- القانون المدني المصري النافذ رقم 131 لسنة 1948 المعدل .

4- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل .

5- قانون التجارة الامريكي الموحد UCC لسنة 1952 مع التعديلات لسنة 2017 .

6- قانون التجارة العراقي النافذ رقم 30 لسنة 1984 .

قانون التجارة المصري النافذ رقم 17 لسنة 1999 والمنشور في الجريدة الرسمية بالعدد التاسع عشر مكرر والصادر في 1999/5/17 .

7- قانون البنك المركزي العراقي رقم 56 لسنة 2004

8- قانون حماية المستهلك رقم 1 لسنة 2010 المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 4143 في 2010/2/8 .

سادساً : المعاهدات والاتفاقيات الدولية

1- اتفاقية لاهاي لعام 1964 (القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية – البضائع) .

2- اتفاقية فيينا المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع لعام 1980 .

3- الاصول والاعراف الموحدة للاعتمادات المستندية تعديل سنة 1983.

4- اتفاقية القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1986 .

5- قواعد الانكوتيرمز الصادرة سنة 1990 والمعدلة سنة 2000.

6- مبادئ اليونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية ، لعام 2004 .

7- اتفاقية الامم المتحدة بشان عقود البيع الدولي للبضائع لسنة 2011 .

سابعاً :المصادر الاجنبية

1- Benjamin's sale of Goods , fifth edition .(edited by A.G Gvest) sweet & max well , london , 1997) n 15 at 23-064 p. 1684.seealsoo tiplady,D, introduction to the law of international trade(london,1989) p. 176.

2- Ph. jestaz, l'obligation et la sanction a la recherche d'une obligation fondamental, dansMélanges offerts à Paul Raynaud, Dalloz-Sirey, 1995,P.273 .

3- Cheshere and Fifoot's law of contract ,Ninth edition by M .P. Furmston – T.D.P.B.C.L.M.A London butter worths.p139.

4- Gutteridge & Megrah, the Law of Bankers Letters of Credit, London, 1976, et 1984, p145 .

5- Alan D – miller and Ronen perry, the reasonable Volume 87 , may 2011,p329 .

6- En ce sens. Boris stark- Droit civil – lesobligations . 1972 , p339 et suivant .

7- - J. Stoufflet ; cre'ditdocumentaire.de ,2004 , mise a jour ; oct . 2014 , n. P8 .

8- Rodney N. Purvis and Robert parvas, the law and practice of commercial letters of credit sydney , Butter worth's .1975,p.13 .

9- Trans Trust S.P.R.L.V . Danubian Trading co. L td (1952) 2Q . B. 297 .
10 - Enrico Furst & co.v w.E . Fischer Lid- (1960) 2 Lloyd's Rep 340 at 350 and Toprak mahsulleri
11- ofisiv Finagrain compagnie commerciale Agricole et Financiere SA (1979)2 Lloyds Rep 98 cf Nichimen corporation v Gatoil overseas Lld 1987 2 .
12 - Dobson,Charlesworth Business Law , sixteenth edition sweet& maxwell,p34.
13 - Christian Larroument. Droit civil.Tome III , Economica , 1990. P. 264 et s.
14 - Hedley,w. , Bills of Exchanges and Bankers ,Documentary credits , p.p288 – 7.
15 - Aurélien bomadé, la licéités du contenu du contract ou la conformité de ses sttipulaation et de son but à l'ordre publiée, 28 février 2017 .
16 - P. Fréchette, La qualification des contrats, aspects pratiques, Les cahier de droit, vol 51, p.p 375-377.
17 - Ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations .
18 - Ch. Deslauriers-Goulet, l'obligation essentielle dans le contrat, les cahiers de droit. Vol.55.n 4,2014, p927.
19 - Christelle Pouliquen, Le rôle de la volonté en matière de qualification des contrats , Revue juridique de l'Ouest , 2004, p 418 .
20 - Paul-abdré carpeau K le couteu obligatoire d' un contrat , N l mars 1965 .
21 - Berhard Audit, La vente internationale , de marchandises, L.G.D.J. paris, 1990, p.80 .
22 - chitty,j. , chitty on contracts: General principles vol. 1 (28 th ed) (sweet &max well, london,1999) at 23-034. P.1156 .
23 - D.Desjardins ; 'Le crèdit documentaire irrevocable' thèse ,Me GILL,1982 p.47 .
24 - Cass. Soc.24 mars 1958. JCP 1958. 10868 note carbonnier (Affaire Régie Renault).
25 - ROUHETTE (G) : the obligatory force of contracts in french law, incontract law to day ,Angio-french comparisons,Edited by ponaid Harris and Denis Tallon, clarendon press,oxford,1989.p.38.
26 - Ph. Delebecque, Les clauses allégeant les obligations dans les contrats .

27 – Stoufflet (J) : 'crédit documentaire' , Rep Repertoire de droit commercial , éd. Mai 2004, actualization juin 2015.

Abstract

The requirement of settlement by documentary credit plays an important and fundamental role in the international sales contract concluded between the seller and the buyer, as a unique tool for settling payments arising from this international contract, which is characterized by the spatial and geographical difference of the parties to the contractual relationship (the exporter and the importer), which may lead to a conflict of their contractual interests arising from this contract , This process begins with the sales contract, as the seller stipulates that the price be paid in exchange for submitting the documents stipulated in the sales contract to a bank that undertakes the process of opening the documentary credit under certain conditions in favor of the seller. This settlement brings benefits to the seller and buyer that cannot be achieved by any other means.

Considering that the bank's pledge is issued before the seller begins implementing his contractual obligations, in addition to receiving the price immediately after implementing these obligations, while any other means does not give him a complete guarantee because he must begin implementing his contractual obligations before he obtains any guarantee.

At the same time, legal protection is provided to the buyer because he does not pay the price through the bank unless the seller presents documents proving the proper implementation of his obligation, especially since it enables him to dispose of the goods through his possession of documents proving ownership of these goods subject to the contract once he pays their price.

Because the bank will transfer these documents to it as soon as it receives them from the seller and they conform to the conditions stipulated in the instructions of the orderer to open the documentary credit, and thus the protection provided by this

settlement is much better than the protection provided by traditional methods of meeting the price.

Despite the effective importance played by the settlement stipulation in the aforementioned contract, this study devoted a large part of research and detail between the folds of the texts and what was dealt with in the opinions of legal jurisprudence, fulfilling that role and paying great attention first to defining the concept of the settlement stipulation by reviewing the definitions and opinions that were given regarding it. Clarifying its terminological meaning, whether in the context of the condition in its general sense or in the context of the documentary credit, Then determining its legal nature in the contract is the basis for the impact that this definition will have on the life of the international contract and what it will lead to. When referring to the relevant legal texts, perhaps they will help us in defining them accurately, but we find them devoid of an explanation of that nature, which has led to a multiplicity and difference of opinions. Legal jurisprudence in this regard, as some of them pointed out that the stipulation is a pillar of the basic international contract.

While others indicated that this condition is considered a condition in this contract, and as a result it was concluded that it is considered a condition associated with the basic contract in accordance with the foundations and arguments that were relied upon in this result, especially since this nature entails provisions that were addressed in the last chapter of the thesis, and thus it ended. With the conclusions and recommendations.

Republic of Iraq

Ministry of Higher Education & Scientific Research

University of karbala

College of Law

Requirement of documentary credit for commercial settlement "Comparative study"

A Thesis

Submitted to:-

The Council of the College of Law\ University of karbala

as a Partial Fulfillment of the Requirements of the Phd.A Degree in Private Law

By;-

Saif Moneer Abbas

Supervised by:-

Prof. Dr. Bassem Alwan Tohme Al-Aqabi

2025 1446 A.H

A.D