جامـــعــة كـــربلاء

كلـية القــانون

الفرع الخاص

تقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي (دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

كتبت بوساطة الطالبة

حنين ثبات محسن

بإشراف

الأستاذ الدكتور اسراء فهمي ناجي

١٤٤٧ هـ ٢٠٢٦ م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ (٢٩)﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة النساء (الآية ٢٩)

إقـــرار الـمشرف

أشـهد إن رسـالة الماجسـتير الموسـومة بـــ (تقـويض الاسـتقلال فـي الإعتماد المستندي (دراسة مقارنة)) المقدمة من قبل الطالبة (حنين ثبات محسن) إلـى مجلـس كليـة القـانون – جامعـة كـربلاء بوصـفها جـزء مـن متطلبـات نيـل شـهادة الماجسـتير فـي القـانون الخـاص ، وقـد جـرت تحـت إشرافي ورشحت للمناقشة ... مع التقدير ...

التوقيع :

الاسم : أ. د. اسراء فهمي ناجي

الاختصاص : القانون التجاري

كلية القانون / جامعة كربلاء

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

إقرار المقوم اللغوي

أشهد أني قرأت رسالة الماجستير الموسومة بـ (تقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي (دراسة مقارنة)) المقدمة من قبل الطالبة (حنين ثبات محسن) إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء، وقد وجدتها صالحة من الناحتين اللغوية والتعبيرية، بعد أن أخذت الطالبة بالملاحظات المسجلة على متن الرسالة .

التوقيع :

الأسم : أ. د. حازم فاضل محمد البارز

الاختصاص العام : اللغة العربية

الاختصاص الدقيق :الأدب الحديث

الكلية : كلية العلوم الأسلامية – قسم اللغة العربية

الجامعة : جامعة كربلاء

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ (تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي "دراسة مقارنة")، وناقشنا الطالبة (حنين ثبات محسن) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون / فرع القانون الخاص بدرجة ( ).

التوقيع :
الاسم: أ.د اشراق صباح صاحب
(رئيساً)
التاريخ: ٦ / ٤ / ٢٠٢٦

التوقيع :
الاسم: أ.د. محمد جاسم محمد
(عضواً)
التاريخ: ٦ / ٤ / ٢٠٢٦

التوقيع :
الاسم: أ.م.د. عقيل كريم زغير
(عضواً)
التاريخ: ٦ / ٤ / ٢٠٢٦

التوقيع :
الاسم: أ.د. اسراء فهمي ناجي
(عضواً ومشرفاً)
التاريخ: / / ٢٠٢٦

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:
أ.د. احمد شاكر سلمان
عميد كلية القانون / جامعة كربلاء
التاريخ: / / ٢٠٢٦

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الإهداء

﴿ وَآخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾

من قال انا لها .. نالها

وأنا لها وإن ابت رغما عنها أتيت بها

الى حجة الله ووليه في أرضه وبلاده وخليفته على خلقه وعباده وسلالة النبوة وبقية العترة والصفوة ، صاحب الزمان ومظهر الإيمان وملقن أحكام القران ، ومطهر الأرض وناشر العدل في الطول والعرض ، والحجة القائم **المهدي الإمام المنتظر المرضي** .

الى التي كانت لي خير رفيقة درب وأنيسة قلب والتي ذكراها يعيد دفئ الماضي الجميل

جدتي رحمها الله

إلى الذي كان داعما وموجها لي ، في كل فرصة وكل موقف

جدي رحمه الله

إلى ضلعي الثابت وأمان ايامي ، إلى من كلله الله بالهيبة والوقار، وعلمني بدون انتظار، إلى من احمل اسمه بكل افتخار

والدي العزيز

إلى منبع الحب ورمز العطاء والتفاني

والدتي

إلى شريكي الدائم في كل دروب الحياة

زوجي

إلى رفيقة القلم والدرب صغيرتي **(رهف)**

الباحثة

الشكر والامتنان

{فَوَجَدَا عَبْدًا مِّنْ عِبَادِنَا آتَيْنَاهُ رَحْمَةً مِّنْ عِندِنَا وَعَلَّمْنَاهُ مِن لَّدُنَّا عِلْمًا }

صدق الله العلي العظيم

سورة الكهف الآية (٦٥)

الحمد لله الذي له العزة والجبروت ، وبيده الملك والملكوت ، وله الأسماء الحسنى والنعوت ، العالم فلا يغرب عنه ما تظهره النجوى أو يخفيه السكوت .

لا يسعني وانا انهي جهدي المتواضع هذا الا ان أقف بين يدي الله متضرعة وشاكرة لنعمه متوجهة إليه بالشكر والحمد اعترافا وطلبا للقبول انه نعم المولى ونعم النصير ، والصلاة والسلام على خاتم النبيين وسيد المرسلين أبي الزهراء محمد وعلى أهل بيته الطيبين الطاهرين ...

اما بعد ، يسعدني ان أتقدم بخالص تقديري واوفر امتناني الى مشرفتي الفاضلة **الأستاذ الدكتور إسراء فهمي** ، لما وجدته فيها من قبس العطاء والتجربة ولما غمرتني به من حفاوة بالغة وأدب جم واخلاق فاضلة ، وصدق التشجيع واصالة الرأي ، وعلى ما بذلته من جهد لتذليل الصعاب التي واجهتني ، فكانت خير عونا لي .

كما أتوجه بشكري واحترامي لجميع اساتذتي في كلية القانون _ قسم القانون الخاص على ما بذلوه من جهد في مرحلة الدراسة التحضيرية ، وأخص بالذكر معاون العميد للشؤون العلمية والدراسات العليا **الأستاذ الدكتور اشراق صباح صاحب** ، وكذلك رئيس القسم الخاص **الأستاذ الدكتور علي شاكر البدري** ، على ما بذلوه من جهد وعطاء وحرص على توجيهي .

كذلك أتوجه بشكري واحترامي الى **الأستاذ الدكتور محمد جاسم محمد** أستاذ القانون التجاري في كلية القانون/ جامعة ذي قار لكل ما ابداه من نصح وعون .

كما أتقدم بالشكر الى جامعة كربلاء التي كان لي شرف الانتماء إليها ، واخص بالذكر كلية القانون متمثلة بتدريسيها كافة وإدارة الدراسات العليا وموظفي مكتبة كلية القانون ، والشكر والتقدير لكل من ساهم أو شارك أو ساعد في إخراج هذه الرسالة بأي شكل من الاشكال .

ومن الله التوفيق

الباحثة

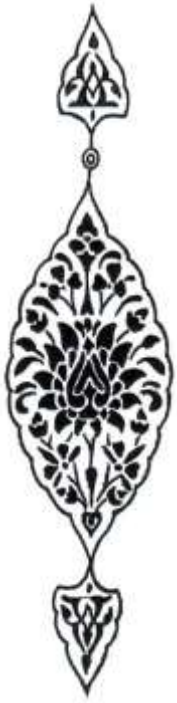
المستخلص

تتناول هذه الدراسة فكرة تقييد مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي وبيان حدوده ومدى تأثير واقع البيوع الدولية ومتطلباتها الحقيقية على هذا الاستقلال ، وبيان نطاق جدواه في توفير الحماية اللازمة لجميع الأطراف التعاقدية في عملية الاعتماد المستندي ، فعلى الرغم من ان مبدأ الاستقلال يحكم الاعتماد المستندي ويمنحه أهميته في تسوية عقود التجارة الدولية الا ان الواقع العملي يظهر حالات استثنائية تخرج على الاستقلال بين العلاقات ، وهي حالات ترد في دراستنا على سبيل المثال لا الحصر لان الواقع العملي في الاعتمادات المستندية قد يظهر حالات أخرى مختلفة وفقا للظروف ، مما يستوجب وضع حدودا يقف عندها هذا الاستقلال وتعد بمثابة قاعدة عامة تحكم التعاقدات وتنصف أطرافها ، لان الاعتماد المستندي عملية مصرفية ناجعة في مجال تسوية عقود البيع الدولية لذلك يستلزم تنفيذها بحسن نية ومنع كل ما يمكن أن يخرج بها عن الغرض الرئيسي الذي تهدف إليه ، بالتالي يمثل التقويض عرضا جديدا يتناول جانب الاستقلال المطلق في الاعتماد المستندي حاولنا من خلال البحث تسليط الضوء عليه وبيان ابعاده القانونية .

الموضوع	الصفحة
المُقدمة	١ – ٧
الفصل الأول: مفهوم تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي	٨ – ٧٨
المبحث الأول: ماهية الاستقلال في الاعتماد المستندي	١٠ – ٤٩
المطلب الأول: تعريف الاستقلال في الاعتماد المستندي وتمييزه مما يشتبه به	١١ – ٣٤
الفرع الأول: تعريف الاستقلال	١١ – ١٩
الفرع الثاني: تمييز مبدأ الاستقلال مما يشتبه به	١٩ – ٣٤
المطلب الثاني: مظاهر الاستقلال في الاعتماد المستندي	٣٤ –٤٩
الفرع الأول: استقلال التزام المصرف بالوفاء عن عقد فتح الاعتماد والعقد الاساس	٣٥ – ٤٠
الفرع الثاني: استقلال العلاقات بين المصارف المنفذة للاعتماد عن العلاقات التعاقدية الناشئة عنه	٤٠ – ٤٤
الفرع الثالث : استقلالية الصحة الظاهرية للمستندات عن الصحة الواقعية	٤٥ – ٤٩
المبحث الثاني: ماهية التقويض	٥٠ – ٧٨
المطلب الأول: التعريف بالتقويض	٥٠ – ٦١
الفرع الأول: تعريف التقويض	٥١ – ٥٥
الفرع الثاني: خصائص التقويض	٥٥ – ٦١
المطلب الثاني: أهمية التقويض	٦١ – ٧٨
الفرع الأول: الأهمية العملية للتقويض	٦٢ – ٦٨
الفرع الثاني: الأهمية النظرية للتقويض	٦٩ – ٧٨
الفصل الثاني: احكام تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي	٧٩ – ١٥٣

المبحث الأول: تطبيقات تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي	٨٠ – ١١٦
المطلب الأول: التطبيقات التشريعية	٨١ – ٩٧
الفرع الأول: الغش في المستندات	٨١ – ٨٧
الفرع الثاني: المقاصة	٨٧ – ٩٢
الفرع الثالث : تعليمات البنك المركزي في رعاية العملاء وحماية مصالحهم	٩٢ – ٩٧
المطلب الثاني: التطبيقات القضائية	٩٨ – ١١٦
الفرع الأول: الامر الولائي بالحجز	٩٨ – ١٠٦
الفرع الثاني: بطلان العقد الأساس	١٠٦ –١١٢
الفرع الثالث : تعيين حارس قضائي	١١٣ – ١١٦
المبحث الثاني: اثار تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي	١١٧ – ١٥٣
المطلب الأول: جواز تمسك المصرف بالدفوع المقررة لكل من طرفي عقد البيع قبل الاخر	١١٨ – ١٤٠
الفرع الأول: الدفع بعدم التنفيذ	١١٩ – ١٢٦
الفرع الثاني: دعوى ضمان العيوب الخفية	١٢٦ – ١٣٤
الفرع الثالث : الدفع بالغبن مع الاستغلال	١٣٥ – ١٤٠
المطلب الثاني: جواز تمسك طرفي عقد البيع بالدفوع المقررة للمصرف قبل كل منهما	١٤١ – ١٥٣
الفرع الأول: الدفع بوجود خطأ صادر من الغير	١٤٢ – ١٤٦
الفرع الثاني: الدفع بوجود قوة قاهرة	١٤٦ – ١٥٣
الخاتمة	١٥٤ – ١٥٨
المصادر	١٥٩ – ١٧٧
Abstract	i – ii

المقدمة



المقدمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، وبفضله تتنزل الخيرات والبركات وبتوفيقه تتحقق المقاصد والغايات ، وازكى صلوات الله وتسليمه على المبعوث رحمة للعالمين ، نبي الرحمة وامام الهدى محمد واله الطيبين الطاهرين .

اما بعد ، فأن موضوع (تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي) يتطلب منا الوقوف عند التعريف به وتحديد أهميته وبيان اشكاليته ، بالإضافة الى توضيح منهج البحث وبيان هيكليته ، وهذا ما سنبينه في مقدمة الدراسة :

أولا – موضوع الدراسة

الاعتماد المستندي هو عملية مصرفية دعت إليها الحاجة التجارية ، وهو يعد من أكثر العمليات المصرفية تعقيدا إذ تدخل ضمن نطاق تنفيذه ثلاث علاقات أو أكثر ، بالإضافة الى ذلك فأنه يعتبر من أهم وسائل تسوية البيوع الدولية بأنواعها ولهذا فإنه يتمتع بمكانة هامة في مجتمع التجارة الدولية في العصر الحديث ، اذ يتم تنفيذه عن طريق مصرف معين يختاره المشتري استنادا الى اشتراط الاعتماد المستندي في اتفاق البيع الحاصل بينه وبين البائع الأجنبي ويكون الغرض منه طمأنة البائع والمشتري الى إتمام تنفيذ عقد البيع المبرم بينهما ، وفي ذات الحين ، فأن عملية الاعتماد المستندي منظمة بطريقة ترعى مصلحة المصرف وتضمن له الحصول على حقوقه في النهاية .

اذ يلتزم المصرف التزاما مستقلا ومباشرا تجاه المستفيد بوفاء قيمة الإعتماد إليه عندما يستلم مستندات سليمة ومطابقة للتعليمات المدونة في خطاب الإعتماد ، على نحو يستطيع البائع ان ينفذ التزامه في عقد البيع آمنا من إفلاس المشتري أو عزوفه عن الدفع ، ودون ان يخشى من تراجع المصرف عن الوفاء بدعوى عدم تنفيذه لالتزامه المترتب عليه في عقد البيع أو بطلان هذا العقد طالما انه يقدم مستندات مطابقة للشروط وذلك بناء على التسليم بأن المصرف اجنبيا عن العقد الأساس ولا دخل له فيه تأسيسا على الاستقلال بين علاقات الاعتماد المستندي ، اذ ان الاعتماد المستندي هو أداة مصرفية

لتنفيذ العلاقة السابقة عليه بين العميل الآمر والمستفيد ، ويطلق على هذه العلاقة بالعلاقة الأساسية وتكون مستقلة عن الاعتماد المستندي المبرم بين المصرف والعميل الآمر من حيث الصحة والبطلان والآثار المترتبة عليها ، كما انها تكون مستقلة عن خطاب الاعتماد والذي يمثل العلاقة القانونية التي تربط المصرف بالمستفيد والتي يكون الغرض منها تنفيذ التزام المصرف الجوهري في الاعتماد المستندي .

وقد جرى تطبيق هذا الاستقلال منذ زمن بعيد واعتاد القضاء على الالتزام به والحكم بمقتضاه ، حيث تخضع الاعتمادات المستندية منذ بداية تنظيمها لأحكام هذا الاستقلال الى ان بدأت الأنظمة القضائية بصورة تدريجية بإصدار قرارات تخرج على الاستقلال وتخلق الاستثناءات عليه ، علاوة على ذلك فقد برز اتجاه فقهي حديث يلقي ظلالا من الشك حول اطلاق هذا الاستقلال و يدعو الى تقويضه نسبيا في حالات تعد بمثابة خروجا استثنائيا عليه يستلزمه الواقع العملي لتنفيذ عمليات الاعتماد المستندي .

ونظرا لحداثة مصطلح التقويض في السياق القانوني نجد ان المشرع العراقي والمقارن لم يتناوله بالتنظيم القانوني ، مما لفت انتباهنا لتسليط الضوء عليه من خلال بيان تعريفه وخصائصه وأهميته النظرية والعملية وبيان أهم احكامه القانونية .

ثانيا – أهمية الدراسة وأسباب اختيارها

يفرض موضوع الدراسة أهميته من الناحية النظرية والعملية معا ، **فمن الناحية النظرية**، تتجسد الأهمية النظرية لتقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي كونه وسيلة لتقييد الاستقلال في الاعتماد المستندي ووضعه ضمن حدود الواقع العملي للتجارة الدولية، وما يميز التقويض انه يكشف عن تلكؤ الاستقلال المطلق في توفير الحماية القانونية لجميع الأطراف المتعاقدة في الوقت الذي يجب ان يكون الاعتماد المستندي وسيلة دفع موثوقة بالنسبة لجميع الأطراف التي تشارك في تكوينه على حد سواء وذلك عند اختياره كوسيلة لتسوية عقد بيع دولي بين هذه الأطراف وبذلك يصبح الاستقلال المفروض على العقود عاجزا عن مواكبة متطلبات المشهد التجاري في كل زمان و

خصوصا في ظل التطور الحاصل في النشاط التجاري الدولي وتغير الظروف ، هذا التطور الذي دفع الكثير من الفقه القانوني الى البحث في علاقات الاعتماد المستندي وتحديد طبيعتها القانونية و الاحكام المترتبة عليها في محاولة حثيثة لفهم البناء القانوني لهذه العملية المصرفية واثار الاستقلال عليها ومداه ، اذ يمثل التقويض طريقا نقديا وتحليليا للاتجاه الفقهي الحديث لبيان مدى الاستقلال بين علاقات الاعتماد المستندي والعمل على تحقيق التكافؤ بين الائتمان والعدالة وتحقيق موازنة تنسجم مع متطلبات الواقع العملي للصفقات التجارية .

اما من الناحية العملية ، فتتجلى أهمية التقويض في كونه يواكب الواقع الحقيقي لتطبيق الاعتمادات المستندية ويعكس ما يثيره النص على الاستقلال في الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية و القوانين الوطنية من صعوبات جمة اثناء التنفيذ مما يبرز لنا فجوة ملموسة بين النص القانوني والتطبيق على أرض الواقع في الوقت الذي كان يجب ان تكون فيه النصوص القانونية ملائمة لكل ما يعترض هذه العملية المصرفية من ظروف مختلفة ، من هنا تظهر الأهمية العملية للتقويض في قدرته على استيعاب الحالات الطارئة وحسم المنازعات الناشئة عنها كما انه فضلا عن ذلك يساهم بشكل فعال في التوفيق بين العقود .

هذا ، فضلا عن ذلك ، هناك أسباب دعت إلى اختيار موضوع الدراسة وتتمثل بما يأتي :

١. ان تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي يعد من المواضيع الحديثة التي لم تحظ بدراسة دؤوبة في العراق .
٢. تقديم دراسة قانونية وافية عن تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي من خلال وضع دراسة تحليلية مقارنة .
٣. وجود الاستقلال بين العقود في عملية الاعتماد المستندي من غير ان يكون هناك تنظيم قانوني يحسم الجدل حول مداه وحدوده ، ولما لهذا من انعكاسات فعلية على هذه العملية

المصرفية وما يترتب عليه من نتائج ، من أجل ذلك عمدنا الى اختيار هذا الموضوع الذي نأمل ان يوفقنا الله في دراسته .

ثالثا – إشكالية الدراسة

يعد مبدأ استقلال الاعتماد المستندي حجر الأساس في تنظيم الاعتمادات المستندية، إذ يقوم على الفصل التام بين عقد البيع الدولي من جهة، وبين علاقة البنك بالمستفيد والأمر من جهة أخرى، بما يضمن سرعة التنفيذ وتوفير الثقة في التمويل التجاري الدولي ، غير أن الممارسة العملية والتطورات التشريعية والقضائية كشفت عن بروز اتجاهات – فقهية وعملية – أضعفت هذا المبدأ أو قيدته، سواء من خلال التوسع في الدفع بالغش أو اشتراطات الفحص المشدد للمستندات أو تدخل القضاء الوطني تحت ذريعة النظام العام أو الربط غير المبرر بين الاعتماد والعقود الأساسية.

وقد أدى هذا الوضع إلى ظهور تساؤلات جوهرية حول مدى قدرة مبدأ الاستقلال، بصيغته التقليدية، على الصمود امام الضغوط العملية والتجارية، ولا سيما في البيئات القانونية التي تتدخل فيها المحاكم لوقف صرف الاعتماد او إعادة توصيف العلاقة القانونية بين الأطراف ، وتكتسب المشكلة مزيدا من التعقيد عند دراسة اختلاف معايير القضاء المقارن في تفسير الاستثناءات على المبدأ، وغياب انسجام تشريعي في بعض الدول العربية، مما يجعل التطبيق العملي للاعتمادات المستندية عرضة لعدم اليقين القانوني والمخاطر التجارية.

وفي ضوء ما تقدم، تتمثل مشكلة البحث في السؤال الرئيس الآتي:

إلى أي مدى أدت الاستثناءات التشريعية والقضائية إلى تقويض مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي. وكيف يمكن تحقيق توازن بين حماية اطراف التعامل والمحافظة على جوهر هذا المبدأ؟

ويتفرع عن هذا السؤال الرئيس عدة تساؤلات فرعية ، منها :

١. ما الأساس القانوني لمبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي وفق قواعد ال UCP والقانون التجاري الدولي ؟

٢. كيف اثر استثناء الغش ، وتدخل القضاء الوطني ، والربط بين العقود ، على استقلال الاعتماد ؟

٣. هل تمثل هذه الاستثناءات تعديا غير مبرر على المبدأ ، أم انها ضرورة لحماية المستفيدين والآمرين والمصارف من المخاطر؟

٤. كيف تعاملت التشريعات العربية والقضاء المقارن مع هذه الإشكالية ؟

رابعا – أسئلة الدراسة

سوف نحاول في هذا البحث الإجابة عن الأسئلة الآتية وفق منهجية علمية منضبطة :

١- ما هو مفهوم مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي ، وهل الأعراف والأصول الموحدة للاعتمادات المستندية النشرة (٦٠٠) والقوانين المقارنة والفقه قدموا تعريفا واضحا له ؟

٢- كيف نميز مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي عن مبدأ استقلال التواقيع ومبدأ الكفاية الذاتية ومبدأ تطهير الدفوع ؟

٣- ماهي مظاهر الاستقلال في الاعتماد المستندي ؟

٤- ما هو مفهوم التقويض؟

٥- ماهي خصائص التقويض ؟ وماهي أهميته في الاعتماد المستندي ؟

٦- ماهي الأحكام المترتبة على دراسة تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي ؟

خامسا– منهجية الدراسة

تحتاج الدراسة الى منهج علمي ومنهجية تضبط بنية الدراسة ، من أجل الإحاطة بكافة تفاصيل هذا الموضوع وجوانبه القانونية ، لذلك سيكون المنهج المعتمد في الدراسة هو المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية التي تنظم أحكام تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي ، وإعطاء صورة واضحة للأحكام القانونية التي تنظم

الموضوع ونتتبع الآراء الفقهية التي طرحت بخصوص تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي سواء في الفقه العراقي أو المصري أو الأمريكي ونحدد معالمه وأهدافه ، وسوف نعتمد أيضا على المنهج المقارن في بحثنا من خلال المقارنة بين قانون التجارة العراقي النافذ رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ ، وقانون التجارة المصري الجديد رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ ، فضلا عن موقف قانون التجارة الأمريكي الموحد (UCC) لسنة ١٩٥٢ والمعدل سنة ٢٠١٩ مع الإشارة للنشرة (٦٠٠) من الأعراف والأصول الموحدة للاعتمادات المستندية كلما دعت الحاجة لذلك .

سادسا_ الدراسات السابقة

كتاب بعنوان (مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي) إعداد جورجيت صبحي ، دار النهضة العربية ، جمهورية مصر العربية ، ١٩٩٢ ، تناول فيه تعريف الاعتماد المستندي وسبب نشأته وانواعه والقواعد التي تحكمه واستقلال العلاقات الناشئة عنه وأهم الآثار القانونية المترتبة على هذا الاستقلال ، وهذه الدراسة تختلف بطبيعة الحال عن دراستنا التي تعالج موضوع تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي والتي تركز على وضع ضوابط للاستقلال بين العلاقات في حالات استثنائية يفرضها واقع التجارة الدولية .

أطروحة دكتوراه بعنوان (مدى استقلال إلتزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية) إعداد عادل إبراهيم السيد مصطفى ، جامعة عين الشمس ، كلية الحقوق، ١٩٩٦ ، والتي تناول فيها مبدأ استقلال التزام المصرف في الاعتمادات المستندية ومداه والاساس القانوني لالتزام المصرف بالوفاء الى المستفيد ودراسة المراكز القانونية لاطراف العلاقات الناشئة عن الاعتماد المستندي والاثار القانونية المترتبة على الفصل التام بين العلاقات ، في حين تنصرف دراستنا الى البحث في تقويض الاستقلال بوصفه استثناء على الأصل العام وخروجا على القاعدة العامة والبحث في أهميته النظرية والعملية في

عملية الاعتماد المستندي ودراسة اهم الاثار القانونية المترتبة على تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي .

رسالة ماجستير بعنوان (مدى الارتباط بين العقود في عمليات الاعتماد المستندي _ دراسة في القانون البحريني والمقارن) إعداد الباحثة نور عباس الريس ، كلية الحقوق _ جامعة البحرين ، مايو ، ٢٠١٧ ، حيث تناولت هذه الدراسة مضمون مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي واهميته والصعوبات العملية التي تواجه تطبيقه والبحث في العلاقات الناشئة عن عملية الاعتماد المستندي والاثار القانونية المترتبة على مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي ومداها ، بينما تمثل دراستنا خروجا مباشرا على الاستقلال من خلال البحث في تقويضه واهمية هذا التقويض ومردوده على عملية الاعتماد المستندي ودراسة الاحكام القانونية المترتبة على تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي من خلال البحث في التطبيقات القضائية والتشريعية لتقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي وبيان الاثار القانونية المترتبة على تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي .

سابعا – هيكلية الدراسة

استنادا لما سبق من أهمية وإشكالية ومنهجية ، ولغرض الإحاطة بتقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي قسمنا موضوع الدراسة إلى فصلين ، وكل فصل مقسم الى مبحثين .

الفصل الأول يوضح مفهوم تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي وذلك من خلال تقسيمه الى مبحثين : يتناول الأول ماهية الاستقلال في الاعتماد المستندي ، والمبحث الثاني ماهية التقويض .

في حين يوضح الفصل الثاني أحكام تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي ، من خلال تقسيمه الى مبحثين : يتناول المبحث الأول تطبيقات تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي ، والمبحث الثاني يتناول آثار تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي .

الفصل الأول

مفهوم تقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي

الفصل الأول

مفهوم تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي

إزاء نمو العلاقات التجارية الدولية ، وتقدم وسائل الاتصال الدولية مثل الأقمار الصناعية والفاكس والانترنت ، زادت أهمية الاعتمادات المستندية بإعتبارها وسيلة سريعة لتنفيذ البيوع التجارية الدولية تتفق مع ما تتطلبه التجارة بشكل عام ، و إزاء هذا الاقبال المتزايد لعملية الاعتماد المستندي ظهرت مشاكل وصعوبات ربما يعود سببها الى ان الاعتماد المستندي انبثق في الأصل من الحاجة الماسة الى تسوية البيوع الدولية بطريقة مضمونة ، ولم يتولد من جراء عمل تشريعي لتنحدر جذوره الى نصوص قانونية واضحة تؤسس نظام قانوني متكامل ، كما ان العلاقات التي تتكون منها عملية الاعتماد المستندي مستقلة عن بعضها البعض فالعقد الأساس مستقل عن عقدي الاعتماد المستندي وخطاب الاعتماد والعقد الأخير مستقل عن عقد الاعتماد بالتالي فأن هذا الاستقلال بين العلاقات لا يعبر عن إرادة المشرع وليس نتاج التدخل التشريعي الاصولي.

كما نلاحظ انه يكون للمصرف دور محدود في هذه العملية ، ونتيجة لذلك صدرت النشرة الأخيرة للأعراف والقواعد الموحدة للاعتمادات المستندية استجابة لمتطلبات العمل المصرفي وتفسير المصطلحات اللغوية وتقليل المخاطر التي يواجهها المصرف عند تنفيذ العقد ، بحيث يتضح للمتصفح في النصوص والقواعد المنظمة لمبدأ الاستقلال انها قد وضعت لحماية مصالح القطاع المصرفي .

ويشير الواقع العملي الى صعوبة في فصل العقود في عملية الاعتماد المستندي في حالات معينة ففي البداية كان هذا المبدأ مقدسا ولكن تدريجيا ومع مرور الوقت بدأ الفقه والقضاء يشيران الى ان هذا المبدأ ليس مطلقا وانما يمكن تقويضه في حالات معينة على الرغم من ان الأصول والأعراف الموحدة (UCP) النشرة (٦٠٠) قد حرصت على

صياغة قواعد مصرفية محصنة ضد الطعن محاولة تأسيس نظام مصرفي سليم وموزون الا ان سلطة القضاء العادل لها رأي آخر اذ بدأت المحاكم تقوض مبدأ الاستقلال بين العلاقات كلما تطلبت القضية ذلك في محاولة توجيه وتطوير النظم القانونية بما يتسق مع متغيرات الواقع .

من هنا تظهر أهمية البحث في موضوع تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي ، ولغرض الإحاطة به وبيان التوصيف القانوني له ، سنقسم هذا الفصل الى مبحثين ، نتناول في المبحث الأول ماهية الاستقلال في الاعتماد المستندي من خلال التعريف به وذلك بتعريفه أولا ، ومن ثم بيان تمييزه عما يشتبه به ، وبيان مظاهر الاستقلال في الاعتماد المستندي ، وسنتناول في المبحث الثاني ماهية التقويض من خلال تعريفه وعرض الخصائص التي يتميز بها ، ومن ثم سنسلط الضوء على أهميته العملية والنظرية.

المبحث الاول

ماهية الاستقلال في الاعتماد المستندي

ان مبدأ الاستقلال يعد ركيزة أساسية يقوم عليها عقد الاعتماد المستندي ، ويترسخ الاستقلال عموما في علاقة المصرف بالعميل الآمر من جهة وعلاقته بالمستفيد من جهة أخرى، ويجعل التزام المصرف مستقلا عن عقد البيع (العقد الأساس) بين البائع والمشتري بحيث يلتزم المصرف بدفع قيمة الاعتماد الى المستفيد بمجرد المطابقة الظاهرية للمستندات بغض النظر عن واقع البضاعة الفعلي.

يهيمن هذا المبدأ على عملية الاعتماد المستندي التي تتكون من ثلاث علاقات أولها العقد الأساس (عقد البيع) بين البائع والمشتري وثانيها عقد فتح الاعتماد بين المصرف والعميل الآمر وهي علاقة تستقل منذ لحظة نشوئها عن العقد الأصلي وبموجب هذه العلاقة يتعهد المصرف بدفع مبلغ الاعتماد الى المستفيد خلال مدة معينة مقابل تسلمه مستندات مطابقة لتعليمات وشروط عميله الامر الوارد ذكرها في عقد الاعتماد المستندي ، مما يسفر عنه نشوء علاقة قانونية ثالثة بين المصرف والمستفيد تستقل وتنأى عن مضمون العلاقات السابقة ، وتخضع لأحكام قانونية مختلفة ، واعمالا لهذا المبدأ لا يمكن للعميل الآمر إثارة أي دفع مستمد من علاقته الاصلية مع المستفيد تجاه المصرف كعدم تنفيذ التزامه في عقد البيع ، ومن ناحية أخرى لا يمكن للمصرف اثارة أي دفع ناتج عن علاقته مع عميله الآمر تجاه المستفيد كإفلاسه وغيرها طالما ان المستندات المقدمة مطابقة للتعليمات.

ولغرض الإحاطة بماهية الاستقلال في الاعتماد المستندي وبيان أساسه القانوني يستدعي المقام تعريفه وتمييزه عما يشتبه من مبادئ ومن ثم بيان مظاهر الاستقلالية في الاعتماد المستندي وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث على مطلبين : نتناول في المطلب

الأول التعريف بمبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي وتمييزه عما يشتبه به ، ويكون المطلب الثاني لبيان مظاهر الاستقلالية في الاعتماد المستندي.

المطلب الأول

تعريف الاستقلال في الاعتماد المستندي وتمييزه مما يشتبه به

ان التعريف بالاستقلال في الاعتماد المستندي يستلزم تحديد معناه في الاصطلاح ومعناه القضائي وكذلك تمييزه عما يشتبه به ، وهذا ما سنحاول الوقوف عليه في الفقهي والتشريعي هذا المطلب ضمن فرعين على النحو الآتي :

الفرع الأول

تعريف الاستقلال

لغرض الوقوف على بيان المقصود من الاستقلال في الاعتماد المستندي لابد من تقسيم الفرع على ثلاث فقرات على النحو الآتي:

اولا : التعريف التشريعي

لقد جعل المشرع العراقي عقود الاعتماد المستندي مستقلة[1] عن بعضها البعض اسوة بأغلب التشريعات التي نظمت هذه العملية ، اذ نصت المادة (٢٧٣) فقرة

(١) كلمة (الاستقلال) في اللغة العربية مشتقة من الجذر (قلل) ، وتحديدا من الفعل (استقل) فيقال : أقل الشيء واستقله : حمله ورفعه ، واستقل القوم : ذهبوا واحتملوا سارين وارتحلوا ، وقال الله عز وجل " حتى اذا اقلت سحابا ثقالا" (سورة الأعراف ، الآية ٥٧) أي حملت واستقلت السماء وارتفعت ، وفلان انفرد بتدبيره يقال : استقل بأمره ، والدولة استكملت سيادتها وانفردت بإدارة شؤونها الداخلية والخارجية ولا تخضع لرقابة دولة أخرى، والاستقلال ترجمة لكلمة (Independence) الإنجليزية والتي تعني غياب التبعية هذا المعنى يكاد يتقارب مع ما يحمله الاستقلال من مدلول في التشريع والفقه ، انظر : ابي فضل جمال الدين بن مكرم بن منظور ، لسان العرب ، تحقيق : عبدالله علي الكبير ومحمد احمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلي ، طبع دار المعارف ، ١٩٨٠ ، ص٣٧٢٨ ، و كذلك مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، ط٤ ، مكتبة الشروق الدولية ، القاهرة _ مصر ، ٢٠٠٤ ، ص٧٥٦، وأيضا محمد اديب السلاوي ، الاستقلال ، مقال منشور على موقع (http://www.hespress.com) ، بتاريخ ٢١ يناير ٢٠٢٠ ، تاريخ الزيارة ٢٦ \ ٤ \ ٢٠٢٥ ، ٢:٠٠ pm .

ثانيا من قانون التجارة النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤[١] على ان " **ثانيا: عقد الاعتماد المستندي مستقل عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه ويبقى المصرف اجنبيا عن هذا العقد**" ، وقد نحى المشرع المصري نفس المنحى في قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩[٢] في المادة (٣٤١) فقرة ثانيا اذ نصت بالقول الصريح " **عقد الاعتماد المستندي مستقل عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه ويبقى البنك اجنبيا عن هذا العقد** "[٣] ، ويلاحظ على النصوص المتقدمة انها تبنت نهج الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية UCP النشرة رقم (٦٠٠) لسنة ٢٠٠٧ والتي نصت في المادة الرابعة منها على ان "أ. **الاعتماد بطبيعته عملية مستقلة عن عقد البيع أو غيره من العقود التي قد يستند إليها. المصارف بأي حال غير معنية أو ملزمة بمثل ذلك العقد حتى لو تضمن الاعتماد أي إشارة بأي شكل الى ذلك العقد وبناء عليه فأن تعهد المصرف بالوفاء أو بالتداول أو بأداء أي التزام آخر بموجب الاعتماد لا يكون خاضعا لأي إدعاءات أو حجج من طالب الإصدار ناتجة عن علاقاته بالمصرف المصدر أو بالمستفيد.**" [٤]

يستفاد من النصوص السابقة ان التزام المصرف يستقل عن عقد البيع لمصلحة المستفيد لأنه يتحدد التزام المصرف تجاه المستفيد بما ورد في خطاب الاعتماد

---

(١) المنشور في مجلة الوقائع العراقية بالعدد (٢٩٨٧) في السنة السادسة والعشرون (٢٦) بتاريخ ٢ \ ٤ \ ١٩٨٤ ، والذي اصبح نافذا بعد ستة اشهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية وذلك بتاريخ ٢ \ ١٠ \ ١٩٨٤ .

(٢) قانون التجارة المصري النافذ رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والمنشور في الجريدة الرسمية بالعدد التاسع عشر مكرر والصادر في ١٩٩٩/٥/١٧ .

(٣) لم يتغير النص المذكور في هذا القانون عن النص الذي ورد سابقا في مشروع القانون التجاري المصري في عام ١٩٦٤ ، ينظر : سائد عبد الحافظ المحتسب ، الطبيعة القانونية للاعتماد المستندي ، مكتبة الرائد العلمية ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٩٥، ص١١.

(٤) غرفة التجارة الدولية ، الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية _ نشرة رقم ٦٠٠ لعام ٢٠٠٧ (النسخة العربية) ، ترجمة : مكتب المحامي عيسى دل وشركاه ، تنقيح ومراجعة : علي محمود عطية واخرون ، جمعية عمال المطابع التعاونية ، عمان ، الأردن ، ص٢٩ ، وهي تعد اخر صياغة موحدة صدرت عن غرفة التجارة الدولية بباريس بعد ان أصدرت اول صياغة موحدة للأصول والأعراف الموحدة عام ١٩٣٣ والتي ظلت تعدل وتنقح في ضوء تغيرات التجارة الدولية وثم اعيد صياغتها في عام ١٩٥٢ في لشبونة ثم في باريس عام ١٩٦٢ وفي عام ١٩٧٤ وعام ١٩٩٣ وأخيرا عام ٢٠٠٧ .

فقط بالتالي لا يستطيع المصرف ان يحاسب المستفيد عن مدى تنفيذه لشروط عقد البيع، وأن حق المستفيد في مأمن عن كل العوامل الخارجية التي تهدد حقوق المصرف الناتجة عن فتح الاعتماد مثل انهاء علاقته بالعميل الآمر أو أن عميله على وشك الإفلاس وغيرها ، وكذلك لا يستطيع المصرف الامتناع عن الدفع بحجة أمر صادر له من عميله لعدم مطابقة البضاعة لشروط عقد البيع مادام انه تسلم مستندات مطابقة وعلاوة على ذلك فيلتزم بالوفاء بقيمة الاعتماد حتى ولو انفسخ عقد فتح الاعتماد ، كما انه محمي من التدخل كطرف بالمنازعات التي تحصل بين البائع والمشتري بسبب تنفيذ عقد البيع ، وبما ان خطاب الاعتماد مستقل عن عقد الاعتماد فلا يستطيع المستفيد ان يتدخل في أي عقد مبرم بين العميل والمصرف الفاتح ولا ينتفع بأي ميزة تقدم للعميل الامر كما لو حصل الأخير على تخفيض في العمولة من المصرف ثم حصل تعديل على الاعتماد واتفق مع المصرف ان تكون عمولة التعديل على المستفيد فلا يستطيع المستفيد ان يظفر بتخفيض عمولة العميل لاستقلال العقود[١] .

اما بالنسبة لقانون التجارة الأمريكي[٢] الموحد Uniform Commercial Code (UCC)" فقد نظم أحكام الاعتماد المستندي في المادة (٥) بشكل واضح وصريح اخذا بنظر الاعتبار النص على الاستقلال فيه اذ جاء في المادة (5-103) "**(د) ان حقوق والتزامات الجهة المصدرة تجاه المستفيد أو الشخص المرشح بموجب خطاب الاعتماد مستقلة عن وجود أو تنفيذ أو عدم تنفيذ العقد الذي ينشأ عنه خطاب الاعتماد أو الذي يشكل أساسه ، بما في ذلك العقود بين المصرف المصدر وطالب فتح الاعتماد ، أو بين طالب فتح الاعتماد والمستفيد** "[٣]

---

(١) عمرو محمد تركى ، الدليل الى القواعد الموحدة للاعتمادات المستندية (نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٦٠٠ سؤال وجواب)، الإسكندرية _مصر ، ٢٠١٢ ، ص ٤٤ و ٤٥ و٤٦ .

(٢) قانون التجارة الأمريكي لعام ١٩٥٢ المعدل في عام ٢٠١٩ منشور على موقع law.cornellschool.edu تاريخ الزيارة ٢٠٢٥/٥/٢٨ ، الساعة ٢:٣٠pm .

(٣) نص المادة (٣-١٠٥) فقرة (d) من ال UCC فهو :

يلاحظ على النص المذكور ان القانون الأمريكي الموحد حاول توضيح الاستقلال في الاعتماد المستندي بصورة مباشرة وصريحة ، و انه يركز على استقلال خطاب الاعتماد ، وما يرتبه من حقوق والتزامات بين المصرف والمستفيد عن عقد فتح الاعتماد و العقد الأصلي (عقد البيع) [١].

نلاحظ مما تقدم ان القوانين المقارنة لم تعرف مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي وانما جاءت بحكم عام يخلو من توضيح مدى هذا الاستقلال وأثره على العلاقات التي يتكون منها الاعتماد المستندي ، كما نلاحظ ان القانون العراقي والمصري محل المقارنة قد تطرقا الى مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي بذات الصياغة اللفظية وبشكل مباشر ، وهذا مما يدل على انسجام الإرادة التشريعية بينهما ، ويفضي الى حكم قانوني موحد ، في حين كان موقف القانون الأمريكي إيجابيا حيث انه يذكر بشكل مباشر استقلال حقوق والتزامات كلا من المصرف المصدر والمستفيد في خطاب الاعتماد عن العقود الأخرى فهو يضع حدودا واضحة بين العلاقات ويؤكد انسحاب أثر الاستقلال الى حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة ، بما لا يفسح المجال للاجتهاد أو التفسير.

=" (d) Rights and obligations of an issuer to a beneficiary or a nominated person under a letter of credit are independent of the existence، performance، or nonperformance of a contract or arrangement out of which the letter of credit arises or which underlies it، including contracts or arrangements between the issuer and the applicant and between the applicant and the beneficiary"

(١) كما نصت اتفاقية ISP98 (ممارسات الاعتماد الاحتياطية الدولية) على الاستقلالية بين العلاقات في المادة الأولى منها على ان " التزامات المصدر تجاه المستفيد لا تتأثر بحقوق والتزامات المصدر تجاه العميل الامر حتى ولو نص الاتفاق او أي قانون على عكس ذلك" منقول من : اكرم إبراهيم حمدان الزعبي ، مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندي (دراسة مقارنة وفقا لاحكام النشرة ٥٠٠) ، دار وائل للنشر ، ط١، عمان ، الأردن ، سنة ٢٠٠٠ ، ص١٩.

ثانيا : التعريف الفقهي

يعد مبدأ الاستقلال من المبادئ الأساسية التي تحكم الاعتماد المستندي ولذلك تناوله الفقهاء في مجال الاعتمادات المستندية بالبحث والدراسة كونه يمثل الركيزة الأساسية لعملية الاعتماد المستندي ، وعلى الرغم من تباين التعاريف الفقهية واختلافها من حيث التركيب اللغوي الا انها تتفق من حيث المضمون وفيما يلي استعراض لأهم التعاريف كما ورد ذكرها في الكتب الفقهية :

حيث يذهب رأي في الفقه الى تعريف هذا المبدأ بانه (التزام البنك بأداء مبلغ الاعتماد يتوقف على تقديم المستندات المطلوبة دون النظر الى البضائع أو الاحتجاج بعقد البيع بين البائع والمشتري) [١] .

يلاحظ على هذا التعريف انه يركز على استقلال التزام المصرف عن عقد البيع ، فالتزامه بتسليم مبلغ الاعتماد الى المستفيد معلقا على حصوله على مستندات مطابقة لتعليمات العميل الآمر في عقد فتح الاعتماد وبصرف النظر عن الواقع الفعلي للبضاعة، كما انه يعد أجنبيا عن العقد الأساس (عقد البيع) فلا يدخل طرفا في المنازعات بين البائع والمشتري ولا شأن له بشروط عقد البيع بحيث يطبق شروط عقد الاعتماد فقط حتى ولو كانت هي ذاتها شروط عقد البيع بالتالي لا يستطيع ان يمتنع عن الدفع للمستفيد بحجة اخلاله بألتزامه في عقد البيع ، ويتجاهل هذا التعريف احتمال تقديم مستندات مزورة تخل بهذا الاستقلال وتحول دون تسليم مبلغ الاعتماد كما انه يتجاهل استقلال علاقة المصرف بالعميل الآمر بموجب عقد الاعتماد عن العلاقتين السابقتين لتكتمل الصورة القانونية للاستقلال في عملية الاعتماد المستندي.

---

(١) د. أزاد شكور صالح ، م. م. دياري مسعود خليل ، استقلالية العلاقات الناشئة عن عمليات الاعتماد المستندي واثر الغش عليها (بحث مقارن) ، منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، مجلد ١١، عدد٤١، سنة ٢٠٢٢ ، ص٥٠٣.

وهناك من يعرفه على انه (التعهد بالدفع الصادر في خطاب الاعتماد ، يكون منفصلا عن المعاملة التي نشأ في سبيل تنفيذها فلا يكون المصرف المصدر معنيا الا بالمستندات المقدمة وفيما اذا كانت مطابقة لتعليمات عميله الآمر أم لا) [١] .

يلاحظ على هذا التعريف انه لا يذكر العلاقات الثلاثية بشكل صريح اذ يفصلها عن بعضها البعض بصورة غير مباشرة ، فعلاقة المصرف بالمستفيد تظهر في عبارة (التعهد بالدفع الصادر في خطاب الاعتماد) وعلاقة البائع بالمشتري تظهر في عبارة (المعاملة التي نشأ في سبيل تنفيذها) وعلاقة المصرف بالعميل الآمر تظهر في عبارة (مطابقة لتعليمات عميله الآمر) ، كما انه يعرف الاستقلال بين العلاقات بشكل مطلق متجاهلا الواقع العملي للتجارة الدولية .

ويعرف أيضا بأنه (حق المستفيد حقا أصليا وقائما بذاته ومستقلا عن العلاقات القانونية التي تربط العميل الآمر بالمستفيد (عقد البيع) ، أو التي تربط العميل الآمر بالبنك (عقد فتح الاعتماد))[٢] .

يلاحظ على هذا التعريف انه يسلط الضوء على الطبيعة القانونية لحق المستفيد بالتالي يكون التزام المصرف بدفع قيمة الاعتماد الى المستفيد منفصل عن العلاقات الأخرى التي تربطه بالعميل الآمر أو التي تربط الأخير بالمستفيد ، ويحسب عليه التكرار في عرض استقلال العلاقات القانونية اذ يشير مرتين الى الروابط القانونية بين الآمر والمستفيد والآمر والمصرف وكان يمكن دمجها في عبارة واحدة توضح استقلال حق المستفيد عن علاقات الاعتماد الأخرى.

---

(1) Chung-Hish hsu، the Independence of Demand Guarantees Performance Bonds and Standby Letters of Credit، National Taiwan University Law Review،2006 ، page 3.

(٢) انظر: زينب السيد سلامة ، دور البنوك في الاعتمادات المستندية من الوجهة القانونية ، أطروحة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، كلية الحقوق ، ١٩٨٠، ص٢٩١.

واستخلاصا لما سبق عرضه من الآراء الفقهية وبحسب تقديرنا يمكن تعريف الاستقلال في الاعتماد المستندي على أنه: (**التزام المصرف بدفع مبلغ الاعتماد فور استلامه المستندات المطلوبة مستقل عن التزامات اطراف العقد الأصلي ونزاعاتهم**) .

ثالثا: التعريف القضائي

يستند القضاء العراقي الى نصوص القانون عند اصدار احكامه القضائية مشيرا بشكل صريح الى مبدأ الاستقلال حيث قررت محكمة التمييز الاتحادية في احدى قراراتها بتاريخ ٢٠١٨\٥\١٠ على ان(... عقد الاعتماد المستندي مستقل عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه ويبقى المصرف أجنبيا عن هذا العقد (المادة ٢٧٣\ثانيا) تجارة)[١] .

وفي قرار آخر لها بتاريخ ٢٠١٣\٨\٢٥ نصت على ان (... عقد الاعتماد المستندي مستقل عن العقد الذي فتح بسببه ويبقى المصرف أجنبيا عن هذا العقد)[٢] .

---

(١) محكمة التمييز الاتحادية قرارها بالعدد ١٣٦٧ \الهيئة الاستئنافية\منقول\٢٠١٨ في ٢٠١٨\٥\١٠ ، جاء فيه : " دور المصرف يقتصر على تنفيذ شروط الوفاء والقبول والخصم المتفق عليها في عقد الاعتماد مادامت المستندات مطابقة لما ورد فيه من بيانات وشروط (المادة ٢٧٤) تجارة وان المصرف لا يتحمل أي التزام يتعلق بالبضاعة التي فتح الاعتماد بسببها (المادة ٢٨٠\ثانيا) تجارة ولان عقد الاعتماد المستندي مستقل عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه ويبقى المصرف اجنبيا عن هذا العقد (المادة ٢٧٣\ثانيا) تجارة" ، مشار اليه في الهامش لدى القاضي جبار جمعة اللامي ، شرح احكام العمليات المصرفية في القانون العراقي والمقارن (الاعتماد المستندي دراسة قانونية تحليلية لاحكام الاعتماد المستندي وتطبيقاته القضائية) ، مطبعة السيماء ، ط١،بغداد ، شارع المتنبي ،٢٠٢٢، ص١٨.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٦٠٧ \هيئة موسعة \٢٠١٤ جاء فيه " ان المحكمة قد استعانت بسبعة خبراء مختصين بالعمليات المصرفية وعرضوا للمحكمة تقريرهم بتاريخ ٢٠١٣\١١\١٨ الذي اعفى كلا من المصرف المصدر والمصرف المعزز من مسؤولية التزوير والخلافات بين اطراف العقد الأساس (البائع والمشتري) وان المصارف قد استلمت مستندات سليمة وقامت بالإجراءات المنصوص عليها في الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية وبما ان هذا التقرير متطابق مع تقرير الخبرة الفردي والثلاثي والخماسي بالتالي يعتبر مسوغا للحكم بأحكام المادة (١٤٠\اولا) من قانون الاثبات وان عقد الاعتماد المستندي مستقل عن العقد الذي فتح بسببه ويبقى المصرف اجنبيا عن هذا العقد" مشار اليه لدى القاضي اخلاص عبد الأمير إسماعيل ، الاحكام القانونية للاعتماد المستندي وتطبيقاته القضائية ، مطبعة السيماء ،الطبعة الثانية ،بغداد _ شارع المتنبي ، ٢٠٢٣ ،ص١٨_ص١٩.

يتضح مما سبق أن القضاء العراقي قد فصل بين علاقات الاعتماد وجعل المصرف بمنأى عن منازعات عقد البيع فالتزامه بوفاء قيمة الاعتماد في محله طالما تسلم مستندات مطابقة ظاهريا لتعليمات العميل الآمر .

اما بالنسبة للقضاء المصري فهو الآخر قد أسس هذه المنظومة القانونية على أساس مبدأ الاستقلال بين العلاقات وهذا ما نجده في قرار صادر عن محكمة النقض المصرية والذي قضت فيه ان (التزام البنك بالوفاء بقيمة الاعتماد المستندي من يوم تثبته هو التزام مستقل عن العقد القائم بين البائع و المشتري على الصفقة ، فلا يلتزم البنك بالوفاء بقيمته ،على ما جرى به قضاء محكمة النقض، الا اذا نفذ المستفيد شروط فتح الاعتماد)[١] ، يلاحظ على هذا القرار انه قد سلط الضوء على استقلال التزام المصرف عن عقد البيع وهو يلتزم مادام المستفيد قد نفذ التزامه ولكن في هذا السياق ممكن ان نشير الى استثناء يوقف التزام المصرف بالدفع حتى لو تسلم مستندات مطابقة ، في حال اذا اشترط المشتري ضرورة تقديم شهادة تفيد ان البضائع المرسلة هي ذاتها المنصوص عليها في عقد البيع وكان خطاب الاعتماد قطعي فيمتنع المصرف عن الدفع حتى يقوم المستفيد بتنفيذ الشرط وهذا الشرط موجود في بعض الدول الأوربية وبشكل خاص في إنجلترا الا انه نادر الحصول[٢] .

وقد قضى القضاء الأمريكي[٣] في قضية CCF. Inc(vs) national bank ان

(١) نقض مدني رقم ٩٣٣، لسنة ٤٥ جلسة ١٩٨٤\٤\٢٧،س٣٥ ،مشار اليه لدى مؤيد صالح العروسي ، مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي ، رسالة ماجستير ،كلية الحقوق_ جامعة المنصورة ،٢٠١٧ ، ص١٣.

(٢) سماح يوسف إسماعيل ، العلاقة التعاقدية بين اطراف عقد الاعتماد المستندي،رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس_ فلسطين، ٢٠٠٧، ص٤٨.

(٣) اما بالنسبة للقضاء الفرنسي فقد حكمت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر لها في ٢٦ يناير ١٩٢٦ (بأن المصرف يلتزم في حالة فتحه اعتماد قطعي بتنفيذه لصالح المستفيد متى قدم اليه المستندات المطلوبة والمطابقة لشروط الاعتماد حتى ولو افلس العميل الامر) مشار اليه لدى : عادل إبراهيم السيد مصطفى ،مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية ، أطروحة دكتوراه ، جامعة عين شمس_ كلية الحقوق ، ١٩٩٦،ص٢١٤.

(الاعتماد المستندي منفصل ومستقل عن التزامات المدين في عقد الأساس)[١] .

يتضح من خلال استعراض الموقف القضائي ان القضاء في الدول المقارنة يكاد يتفق على مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي.

الفرع الثاني

تمييز مبدأ الاستقلال مما يشتبه به

من المعروف ان مبدأ الاستقلال يسود اغلب التصرفات التجارية ثلاثية الأطراف، فعلى صعيد التعامل بالأوراق التجارية اعتاد العرف التجاري على عزل الورقة التجارية عن سبب نشأتها ، كما في الاعتمادات المستندية وغالبا هو الالتزام الأصلي الذي نشأت من أجل تنفيذه ، فمبدأ الاستقلال في الاعتمادات المستندية نتيجة لذلك يمكن ان يشتبه مع غيره من المبادئ في نواحي ويمكن ان يختلف معها في نواحي أخرى وعليه سنسعى الى تمييزه عما يشتبه به من مبادئ وفق الآتي :

أولا : تمييزه عن مبدأ استقلال التواقيع

ان مبدأ استقلال التواقيع قد وضع من الأساس لزيادة الثقة بالأوراق التجارية كوسيلة للوفاء فيعتبر ضمان لمصلحة المستفيد من الورقة حيث يستقل كل توقيع يرد عليها عن باقي التواقيع الأخرى الآمر الذي يترتب عليه ان بطلان أحدها بسبب نقص أو انعدام أهلية الموقع لا يستفاد منه باقي الموقعين وأيضا يلتزم كل موقع على الورقة التجارية بوفاء قيمتها عندما يمتنع المدين الأصلي عن أداء التزامه بالوفاء بها [٢] ، ويمكن استخلاص ذلك بعد الرجوع الى المادة (٤٧) من قانون التجارة العراقي النافذ والتي نصت على انه " **اذا حملت الحوالة توقيعات اشخاص ليست لهم أهلية الالتزام بها أو توقيعات مزورة أو لاشخاص وهميين أو توقيعات غير ملزمة لاسباب أخرى لأصحابها**

(١) اكرم إبراهيم حمدان الزعبي ، مصدر سابق ، ص١٨ - ١٩ .

(٢) أ. م. د. ضرغام محمود كاظم ، قواعد التوازن الصرفي في قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ ، بحث منشور في مجلة العهد ، عدد ١٩، ٢٠٢٤، ص٢٢٤.

أو لمن وقعت الحوالة بأسمائهم ، فأن التزامات غيرهم من الموقعين عليها تبقى مع ذلك صحيحة"

وجاء المشرع المصري[١] ليعبر عن استقلال التوقيعات على الورقة التجارية بذات النص في المادة (٣٨٦) من قانون التجارة النافذ رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بالقول "**اذا حملت الكمبيالة توقيعات اشخاص ليست لهم أهلية الالتزام بها أو توقيعات مزورة أو لاشخاص وهميين أو توقيعات غير ملزمة لأسباب أخرى لاصحابها أو لمن وقعت الكمبيالة بأسمائهم ، فأن التزامات غيرهم من الموقعين عليها تبقى مع ذلك صحيحة**"

كما نظم المشرع الأمريكي احكام التوقيع على الورقة التجارية من خلال المادة (٤٠١-٣) وما بعدها من القانون التجاري الموحد بعنوان (PART 4. LIABILITY OF PARTIES) أو (الجزء الرابع. مسؤولية الأطراف) ، حيث نصت المادة (٤٠١-٣) بأن " **لا يكون الشخص مسؤولا عن الورقة التجارية ما لم (أ) يوقع الشخص على الورقة التجارية ، أو (ب) يمثل الشخص وكيل أو ممثل وقع على الورقة التجارية ويكون التوقيع ملزما للشخص الممثل بموجب المادة (٣-٤٠٢)**"[٢]

من خلال تفحص نص المادة المذكورة ، يمكن ان نتوصل الى ان الشخص لا يكون ملزما بالورقة التجارية الا بتوقيعه شخصيا أو بتوقيع ممثل ينوب عنه ، وعند استقراء نصوص الفقرات التالية نجد ان المشرع الأمريكي عالج التزام كل موقع أو ممثلا عنه مستقلا عن أي شخص آخر ودون ان يتأثر بصحة أو بطلان بقية التواقيع مما يدل

---

(١) اما في القانون التجاري الفرنسي فقد نص على هذا المبدأ في المادة (٥١١-٥) التي يستفاد منها ان خطأ التوقيع او عدم صحته لا يؤثر على باقي التوقيعات الأخرى ولا يستفيد منه موقع اخر لاتخاذه حجة بقصد التهرب من أداء التزامه ، غير ان القانون الفرنسي يفرق في المعاملة بين من يوقع بعد حصول العيب وهو عالم به وبين من يوقع قبل حصوله ، منقول من نادين موسى الفوعاني ، مبدأ استقلال التوقيعات في الاواق التجارية ، رسالة ماجستير، الجامعة اللبنانية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية ، ٢٠٢١ ، ص٢٩.

(٢) نص المادة باللغة الإنكليزية :

(a) A person is not liable on an instrument unless (i) the person signed the instrument، or (ii) the person is represented by an agent or representative who signed the instrument and the signature is binding on the represented person under Section 3-402 .

على انه إقرار بمبدأ استقلال التواقيع على الورقة التجارية وان المشرع يسعى جاهدا لترسيخه ضمن الاحكام القانونية المنظمة للورقة التجارية من أجل استمرار سرعة التداول والثقة في الأوراق التجارية .

بعد هذا العرض لابد من بيان أوجه الشبه والاختلاف بين المبدأين :

١. أوجه الشبه

يمكن تحديد أوجه الشبه بينهما فيما يأتي:

أ. يشترك كلا المبدأين في فصل العلاقات الأصلية ، ففي الاعتماد المستندي ينفصل الإلتزام المصرفي بالدفع الى المستفيد عن الإلتزام الأصلي السابق عليه ، وفي الأوراق التجارية توقيع كل شخص على الورقة التجارية ينشأ التزام صرفي مستقل عن الالتزام الأصلي الذي نشأت الورقة التجارية تنفيذا له كالبيع وغيره اذ ان مبدأ استقلال التواقيع يمتد الى العلاقات القانونية السابقة على انشاء الورقة طبقا لتجريد الالتزام الصرفي فتستقل الورقة التجارية عن الالتزام الأصلي بالتالي فأن الالتزام الناشئ عن التوقيع على الورقة التجارية يعتبر صحيحا ومستقلا عن كل ما يطرأ على العقد الأصلي من ظروف[١].

ب. يشترك كلا المبدأين في زيادة الثقة في المعاملات التجارية ، ففي الاعتماد المستندي يسهم مبدأ الاستقلال في تقديم الضمان الكافي للمستفيد بالحصول على مبلغ الاعتماد الذي يمثل ثمن البضاعة بمجرد تسليمه المستندات المطابقة الى المصرف ويطمئن العميل الآمر لأن المصرف ملزم بتسليمه مستندات البضاعة مطابقة لشروط الاعتماد[٢]، اما في الأوراق التجارية فالهدف الأساسي من استقلال التواقيع هو منع استغلال الدفوع

(١) نادين موسى الفوعاني ، مصدر سابق ، ص١.

(٢) بوزيدي الياس ، الاعتماد المستندي بين مبدأي استقلالية الالتزام المصرفي والمطابقة الظاهرية للمستندات، بحث منشور في مجلة معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي ، العدد ٥، ديسمبر، ٢٠١٥ ، ص١٤٨.

الشخصية ضد الحامل من قبل باقي الموقعين ، اذ تبقى التزاماتهم قائمة حتى عند وجود توقيع معيب[١] ، مما يعزز الثقة في المعاملات التجارية ويجسد الهدف الأساسي منها.

٢. أوجه الاختلاف

يمكن ملاحظة بعض الفروقات بين هذا المبدأ ومبدأ استقلال العلاقات في الاعتماد المستندي على النحو الآتي :

أ. ان مبدأ استقلال التوقيعات يعبر عن استقلال التزام كل موقع على الورقة عن التزامات باقي الموقعين بحيث يبقى قائما بصرف النظر عن زوال التزام موقع آخر سواء أكان سابقا ام لاحقا عليه ، فنخلص الى انه يقع على الورقة التجارية ، في حين يقع مبدأ استقلال علاقات الاعتماد المستندي على عقود تكون في مجموعها عملية مصرفية[٢] .

ب. تظهر الاتجاهات الحديثة المؤيدة للاستقلال النسبي بين العقود ان المحاكم بدأت تتبنى استثناءات قضائية على الرغم من عدم النص عليها في الأعراف والاتفاقيات الدولية للخروج على هذا المبدأ واتباع مقتضيات العدالة ، وعلى عكس مبدأ استقلال التواقيع اذ ان التوقيع يمثل التزام قائم بذاته ويعد مستقلا تماما عن أي إلتزام آخر وارد على الورقة التجارية [٣].

ت. ان المصرف يعمل كوسيط مالي بين البائع والمشتري لأنهاء التزامات كل منهما الناتجة عن عقد البيع الدولي المنعقد بينهما سابقا ولذلك فهو ينفذ شروط الاعتماد بصرف النظر عما اذا كانت هي ذاتها شروط عقد البيع فيرفض المستندات الغير مطابقة لتعليمات الآمر وفي فرض شحن البضاعة بعد ذلك لا يستطيع البائع الرجوع على المصرف لأنه إنما ينفذ عقد الاعتماد وليس طرفا أصيلا في عقد البيع ، وهذا بخلاف مبدأ استقلال

(١) نادين موسى الفرعوني ، مصدر سابق ، ص٣٦.

(٢) نور عباس الريس ، مدى الارتباط بين العقود في عمليات الاعتماد المستندي(دراسة في القانون البحريني والمقارن) ، رسالة ماجستير، مايو، ٢٠١٧ ، ص٣٧.

(٣) د. عصام حنفي محمود ،الأوراق التجارية ،الكمبيالة ، سند الامر، الشيك، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر ،ص٢٨.

التواقيع الذي يجعل من كل الموقعين بلا استثناء ملزمين قبال المستفيد من الورقة التجارية[١].

ث. بالرغم من استقلال عقود الاعتماد المستندي الا انها تنشأ تنفيذا للعقد الأصلي (عقد البيع) ، وخلافا لذلك ينتج عن التوقيع على الورقة التجارية التزام صرفي مستقل في موضوعه عن باقي التواقيع بحسب البيانات المقترنة به بالتالي ففي تظهير الورقة التجارية فالتوقيع الجديد يستقل بالتزامه تجاه الحامل الحسن النية و لاعلاقة له بموضوع التزام المظهر السابق[٢] .

ج. على الرغم من ان الاستقلال في الاعتماد المستندي يجعل حق المستفيد مباشرا وأصليا الا انه محدد بالمدة المتفق عليها لانتهاء الاعتماد المستندي فلا يستطيع المستفيد بعدها مطالبة المصرف بالوفاء[٣] ويكون له الحق في الرجوع على المشتري فقط وعلى العكس في الأوراق التجارية اذ يستطيع المستفيد ان يرجع على أي موقع فيها[٤].

وبناء على ذلك ، يتبين لنا من هذه المقارنة ان هنالك فارقا أساسيا من حيث نطاق الاستقلال بينهما يكمن في ان مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي هو استقلال وظيفي يقترن بدور المصرف على اعتباره وسيط مالي محايد يدفع مبلغ الاعتماد الى المستفيد عندما يستلم مستندات مطابقة وسليمة مما يعني انه يؤدي وظيفة محددة بمعزل عن مشاكل العقد الأصلي ، بينما يعد استقلال التواقيع في الورقة التجارية استقلال شخصي لا يتعلق بالوظيفة الرئيسة للورقة التجارية اذ ان كل توقيع يعد التزام مستقل عن باقي التوقيعات الأخرى مما يعني ان بطلانه لا يبطل باقي التوقيعات كما ان المستفيد يستطيع مطالبة أي موقع على الورقة بصرف النظر عن مشاكل الموقعين الآخرين .

---

(١) د. علي جمال الدين عوض ، الأوراق التجارية ، السند الاذني، الكمبيالة ،الشيك ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٩٥، ص٧٧.

(٢) د. علي جمال الدين عوض ،مصدر سابق ، ص٥٩.

(٣) جورجيت صبحي ، مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي ، دار النهضة العربية ، جمهورية مصر العربية ، ١٩٩٢ ،ص٤٥.

(٤) د. عصام حنفي محمود ، مصدر سابق، ص٢٨.

ثانيا: تمييزه عن مبدأ تطهير الدفوع

يؤدي تظهير الورقة التجارية الى انتقال الحق المدون فيها من شخص لأخر، وينتج عن التظهير تطهير الورقة من الدفوع وهذا يعني ان الحق ينتقل من المظهر الى المظهر اليه خاليا من أي دفع يستطيع ان يتمسك به المدين في مواجهة الدائن المباشر للامتناع عن الوفاء للحامل الحسن النية مثل التمسك ببطلان الالتزام لعدم مشروعية السبب ، ويمكن تعريف مبدأ تطهير الدفوع بأنه (نقل الحق الثابت في الشيك مبرئا من الدفوع التي يتمسك بها المدين امام ساحب الشيك في مواجهة حامل الشيك حسن النية)[١] ويعرف أيضا بأنه (تعبير عن تصرف قانوني يصدر بالأرادة المنفردة للمظهر يهدف من خلاله الى نقل الحق الثابت في الورقة التجارية الى المظهر إليه بعيدا عن منازعات الحاملين السابقين لها)[٢].

وقد اشار المشرع العراقي الى هذا المبدأ في المادة (٥٧) من قانون التجارة النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ حيث نص على انه " **ليس لمن أقيمت عليه دعوى بحوالة ان يحتج على حاملها بالدفوع المبنية على علاقاته الشخصية بساحبها أو بحامليها السابقين مالم يكن الحامل وقت حصوله على الحوالة قد تصرف بقصد الاضرار بالمدين**" يتضح من النص انه لأعمال مبدأ تطهير الدفوع لابد من توافر ثلاثة شروط أساسية أولها ان يكون الحامل القانوني للورقة التجارية تلقاها عن طريق التظهير التمليكي ، وثانيها ان يكون الحامل حسن النية ، وأخيرا ان لا يكون طرفا في العلاقة

(١) عبد السلام بني حمد ومروة الشريدة ، الدفوع التي لا يطهرها تظهير الشيك في ضوء احكام القانون والاجتهاد (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة جامعة النجاح للأبحاث ، ب، المجلد ٣٩، العدد٥، ٢٠٢٥ ، ص٢ ، ص٣.

(٢) سمير نصار ، الاسناد التجارية فقها واجتهادا وقضاءا ، الكتاب الرابع ، المكتبة القانونية ، ط١ ، ٢٠٠٦ ، ص١١٣.

التي نشأت بسببها الدفوع[١] ، ومن الجدير بالذكر ان لهذا المبدأ استثناء ، فهنالك دفوع لا يطهرها التظهير حتى وان كان الحامل حسن النية[٢].

اما المشرع المصري فقد نص على هذا المبدأ في المادة (397)من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن " **مع عدم الاخلال بأحكام المادة ٣٨٥ من هذا القانون ليس لمن أقيمت عليه دعوى بكمبيالة ان يحتج على حاملها بالدفوع المبنية على علاقاته الشخصية بساحبها أو بحامليها السابقين مالم يكن قصد الحامل وقت حصوله عليها الاضرار بالمدين** " ومنها حدد الفقه والقضاء شروط تطبيق هذا المبدأ .

اما المشرع الأمريكي[٣] فقد اقر مبدأ تطهير الدفوع بشكل غير مباشر في نصوصه المنظمة للأوراق التجارية في القانون التجاري الأمريكي الموحد وذلك من خلال المادة (٣٠٥-٣) التي نصت على استثناءات صريحة سمحت بها للمدين من التمسك ببعض الدفوع تجاه الحامل حتى ولو كان حسن النية مثل : انعدام الأهلية و الإكراه والاحتيال الجوهري و صغر السن [٤] .

---

(١) د. ايمان الشحات مصطفى محمد، المعاملات المتعلقة بالأوراق التجارية بين الواقع العملي والفقه الإسلامي ، بحث منشور في مجلة الدراسات العربية ، كلية دار العلوم ، جامعة المنيا، سنة ٢٠١٦ ، ص٣١٤٤.

(٢) احمد إبراهيم البسام ، قاعدة التطهير من الدفوع في ميدان الأوراق التجارية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٦٩، ص٨٥.

(٣) اما المشرع الفرنسي فقد نص على هذا المبدأ في المادة (L.511-12) التي نصت " لا يجوز للأشخاص الذين نرفع ضدهم الدعاوى المتعلقة بالورقة التجارية ان يحتجوا ضد حاملها بالدفوع المبنية على علاقاتهم السابقة مع الساحب او المظهرين السابقين مالم يتصرف الحامل عند حصوله على الورقة وفقا لمعرفة تامة بحساب المدين" النص باللغة الفرنسية:

(L.511-12)

" Les personnes actionnées en vertu de la lettre de change ne peuvent pas opposer au porteur les exceptions fondées sur leurs rapports personnels avec le tireur ou avec les porteurs antérieurs، à moins que le porteur، en acquérant la lettre، n'ait agi sciemment au détriment du débiteur"

(٤) نص المادة باللغة الإنكليزية :

Except as otherwise provided in this section، the right to enforce the obligation of a party to pay an instrument is subject to the following:

يتبين لنا ان هناك اتفاق بين القوانين محل المقارنة على المبدأ وهو ما يعزز استمرارية التعامل بالاوراق التجارية ويعزز الثقة بها .

من خلال هذا العرض يتضح لدينا أوجه الشبه والاختلاف بين المبدأين نعرضها على النحو الآتي:

١. أوجه الشبه

يمكن تحديد أوجه الشبه بين المبدأين فيما يأتي :

أ. يشترك كلا المبدأين في حماية المستحق الظاهري للحق ، ففي الاعتماد المستندي يعمل مبدأ الاستقلال على حماية المستفيد بعد ارسال المستندات وشحن البضاعة من خطر افلاس العميل الآمر أو محاولته تخفيض سعر البضاعة بحجة وجود عيب في البضاعة أو اختلاقه ، فيظل المصرف ملتزما بدفع مبلغ الاعتماد المستندي بصرف النظر عن أي نزاع قد يطرأ على العلاقة بين البائع والمشتري أو على حالة البضاعة ، وفي الأوراق التجارية يعمل مبدأ تطهير الدفوع على حماية الحامل الحسن النية فلا يضطر الى تحمل عبئ التحقق من تفاصيل العلاقات القانونية سواء بين الساحب و المسحوب عليه أو بين الساحب والمستفيد أو بين كل مظهر ومظهر إليه ، وهو ما يكون عائقا امام سرعة تداول الأوراق التجارية[١] .

ب. كلا المبدأين قابل للتقويض ، حيث ترد عليهما استثناءات ففي مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي فأن ابرز استثناء عليه هو الغش الذي اوجدته المحاكم على الرغم من عدم النص عليه في الأصول الموحدة للاعتمادات المستندية اذ وضعت في الاعتبار ان

=(1) a defense of the obligor based on (i) infancy of the obligor to the extent it is a defense to a simple contract، (ii) duress، lack of legal capacity، or illegality of the transaction which، under other law، nullifies the obligation of the obligor، (iii) fraud that induced the obligor to sign the instrument with neither knowledge nor reasonable opportunity to learn of its character or its essential terms، or (iv) discharge of the obligor in insolvency proceedings.

(١) نادين موسى الفوعاني ، مصدر سابق ، ص٧٧.

الغش يقوض مبدأ حسن النية الذي يعد أساس الإلتزامات التعاقدية[١] ، ثم توالت استثناءات جديدة عليه ، وفي مبدأ تطهير الدفوع فالقاعدة ان الحق ينتقل الى المظهر إليه خاليا من الدفوع التي يستطيع ان يتمسك بها المدين بالورقة التجارية في مواجهة الحامل ، ولكن يوجد استثناء يقوض اطلاق المبدأ اذ هنالك دفوع لا يطهرها التظهير فتسري ضد الحامل ولو كان حسن النية[٢] .

٢. أوجه الاختلاف

يمكن إبراز أوجه الاختلاف في عدة نقاط وكما يأتي :

أ. يطبق مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي بدون شروط كونه مبدأ كرسته الأعراف الدولية واغلب التشريعات الوطنية منذ القدم وجعلته أساس هذه العملية المصرفية ، بينما يطبق مبدأ تطهير الدفوع المترتب على التظهير التمليكي بثلاثة شروط قد سبق ذكرها .

ب. مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي يفصل علاقة المصرف بالعميل الآمر من جهة وعلاقته بالمستفيد من جهة أخرى ويمنع تأثير العقد الأساس على التزام المصرف ، بينما يتعلق مبدأ تطهير الدفوع بتداول الورقة التجارية ويمنع المدين من التمسك بالدفوع ضد الحامل.

ج. مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي لا يؤدي الى تطهير الحق عند تحويله الى المستفيد الثاني في الاعتماد المستندي القابل للتحويل بل يبقى خاضعا لشروط الاعتماد الأصلي[٣] وعلى العكس في الأوراق التجارية ينتقل الحق بالتظهير الى الحامل الحسن النية مطهرا من الدفوع الشخصية .

---

(١) بوزيدي الياس ، تأثير الغش على مبدأ استقلال الالتزامات في الاعتماد المستندي ، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية ، المجلد ١٥ ، العدد ١، سنة ٢٠٢٢ ، ص ١١٠٠.

(٢) د. ناصر احمد النشوى ، موقف الشريعة الإسلامية من التعامل بالاوراق التجارية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط١ ، ٢٠١١، ص٤٩٤ ، ص٤٩٨ ، ص٥٠٠.

(٣) د. بلعيساوي محمد الطاهر ، التزامات البنك في الاعتمادات المستندية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط١ ، ٢٠١٢ ، بيروت ، لبنان ، ص٥٠.

وبناء عليه ، يتبين لنا ان هنالك فارقا جوهريا بين المبدأين من حيث الغاية والآثار المترتبة على تطبيقهما ، حيث ان مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي يرمي الى تلبية السرعة في التعاقد على المستوى الدولي وتحقيق الأمان اللازم للمستفيد في الحصول على ثمن البضاعة وان أهم الآثار المترتبة عليه هي عدم جواز تمسك طرفي العقد الأساس بالدفوع المترتبة للمصرف قبل كل منهما الاخر وعدم جواز تمسك المصرف الدفوع المقررة لطرفي عقد البيع في مواجهة الطرف الاخر على الأقل قبل الولوج في اثار تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي ، بينما ان مبدأ تطهير الدفوع في الأوراق التجارية يهدف الى تطهيرها من الدفوع عند تداولها ويمنع المدين من التمسك بهذه الدفوع والاحتجاج بها ضد الحامل الحسن النية ، وان أهم الآثار المترتبة عليه هي حماية الثقة والائتمان في الأوراق التجارية وزيادة الاقبال على التعامل بها .

ثالثا: تمييزه عن مبدأ الكفاية الذاتية

يقصد بمبدأ الكفاية الذاتية ان الورقة التجارية كافية بذاتها لإثبات الحق الذي تقرره دون الحاجة الى وسيلة إثبات غيرها ومستقلة عن العلاقات القانونية السابقة أو اللاحقة عليها [١] ، فيجب عند تظهير الورقة التجارية تحديد اوصافها ومداها وقيمتها دون الاستناد في ذلك الى العلاقة السابقة بين الدائن والمدين ، ويتعلق هذا المبدأ بشكلية الورقة التجارية ولذلك فقد قرر المشرع البيانات الإلزامية الشكلية للورقة التي تهدف الى كفاية الورقة التجارية بذاتها لإثبات الحق وتحديده بحيث تغني عن الرجوع الى العلاقة الاصلية أو أية علاقة قانونية أخرى[٢]، فنستطيع تحديد الحقوق الواردة في الورقة التجارية ومداها من خلال قراءة المحرر وبعكس ذلك يفقد المحرر كفايته الذاتية وبفقد هذا المبدأ ستخضع الورقة التجارية للقواعدة العامة الواردة في القانون المدني على اعتبارها سند عادي[٣].

---

(١) نادية فضيل ، الأوراق التجارية في القانون الجزائري ، الطبعة الحادية عشر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، سنة ٢٠٠٦ ، ص١٧ .

(٢) علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق، ص٦٣.

(٣) علي جمال الدين عوض ، المصدر نفسه ، ص٧ وما بعدها .

اذ ان اكتساب الورقة لهذه الميزة يعتمد على توافر بيانات الزامية ترتبط بشكلية الورقة التجارية تمنحها القوة والاستقلال وعندما تكون الورقة مستوفية لهذه البيانات عندئذ يكفي الاطلاع عليها لمعرفة الحقوق الواردة فيها وميعاد استحقاقها دون الرجوع الى مستند أو اتفاق خارجي بين المدين والدائن من التجار[١] .

اما بخصوص موقف التشريعات المقارنة فانه يلاحظ ان المشرع العراقي لم ينص على مبدأ الكفاية الذاتية صراحة ولكن يستنبط هذا المبدأ من المادة(١٨٥ ٤١) من قانون التجارة العراقي النافذ والتي تنص على "**لا يجوز للمدينين في جميع الأحوال ان يحتجوا على حامل الورقة بالدفوع المبنية على علاقاتهم الشخصية بمن انشأها او بحامليها السابقين مالم يكن الحامل وقت حصوله عليها قد تصرف بقصد الاضرار بهم**"[٢] ، كما انه ذكر مبدأ الشكلية عند تعريفه للورقة التجارية في المادة (٣٩) التي نصت على " **الورقة التجارية محرر شكلي بصيغة معينة** ..." وتوضح هذه المادة ان الشكلية تستلزم ان تتخذ الورقة الصرفية هيئة محرر يمثل الجانب المادي لها وصيغة محددة تمثل الجانب البياني للورقة[٣] .

ولم ينص المشرع المصري هو الآخر على مبدأ الكفاية الذاتية ولكنه يستوجب ان تتضمن الورقة التجارية مجموعة من البيانات الإلزامية في المادة (٣٧٩) من قانون التجارة المصري الجديد التي تنص على " **تشتمل الكمبيالة على البيانات الآتية : أ_ كلمة "كمبيالة" مكتوبة في متن الصك وباللغة التي كتب بها...**" مما يتوضح لنا ان المشرع المصري يعتبر (الكمبيالة _ بحسب تعبيره) سند شكلي كافيا بذاته لاثبات الحق الذي يقرره.

---

(١) حسنين مكي جودي ، التنظيم القانوني للورقة التجارية غير الصرفية (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه ، جامعة كربلاء ، كلية القانون ، ٢٠٢١ ، ص٢٠.

(٢) المصدر السابق ، ص١٩ .

(٣) د. فائق الشماع ، الشكلية في الأوراق التجارية ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، تصدر عن جمعية القانون المقارن العراقية ، العدد ٢٠ ، ١٩٨٧، ص١٣٠.

اما بالنسبة الى القانون الأمريكي فنجد ان قانون التجارة الموحد قد عرف السند القابل للتداول في المادة (١٠٤-٣) والتي نصت على " **السندات القابلة للتداول هي تعهد أو أمر غير مشروط بدفع مبلغ معين من النقود مع أو بدون فائدة أو مصاريف أخرى مذكورة في الوعد أو الأمر**"[١] والزم المشرع ان يحتوي السند على عدد من البيانات الإلزامية فقد اوجبت هذه المادة ان يتضمن السند وعدا أو أمرا بدفع مبلغ نقدي معين ، ثم أوضح ضرورة كتابة ميعاد الاستحقاق لدى الاطلاع أو في تاريخ معين في الفقرات التي تليها[٢] ، مما يدل على ان السند شكلي وفقا للقانون الأمريكي التجاري الموحد كافيا بذاته لإثبات الحق الوارد فيه .

من خلال ما تقدم يمكن ان نورد اهم أوجه الشبه والاختلاف بين مبدأ الكفاية الذاتية في الأوراق التجارية ومبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي على النحو الآتي:

١. أوجه الشبه

يمكن تحديد أوجه الشبه بين المبدأين فيما يأتي :

أ. يشترك كلا المبدأين في التشجيع على التعامل التجاري اذ يشجع مبدأ الكفاية الذاتية في الأوراق التجارية الى التعامل بها في سوق الأوراق المالية فيكفي مجرد قراءة الورقة التجارية لمعرفة المعلومات الكافية عن الأطراف الملتزمين بها والحق الثابت وهذا يعزز الثقة فيها و يؤدي الى سهولة تداولها ، ويمنح مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي الاطمئنان لأطرافه فالبائع يعلم بحصوله على مبلغ الاعتماد بمجرد تسليمه مستندات البضاعة الصحيحة بصرف النظر عن علاقته مع المشتري ، والمصرف لا يتدخل في

(١) النص وارد باللغة الإنكليزية كما يأتي :

(a)Except as provided in subsections (c) and (d)، " negotiable instrument " means an unconditional promise or order to pay a fixed amount of money، with or without interest or other charges described in the promise or order"

(٢) د. اثير عبد الجواد حسين ، الافتراض الصرفي (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه ، جامعة كربلاء ، كلية القانون ، ٢٠٢١م ، ص١٣٢.

المنازعات القضائية بين البائع والمشتري ويتعامل بالمستندات بصرف النظر عن البضاعة الفعلية وهذا يقلل مسؤوليته ، والمشتري يعلم ان المصرف لا يدفع الا عندما يسلم البائع مستندات تثبت شحن البضاعة وأنها بحسب المواصفات المتفق عليها .

ب. بناءا على كلا المبدأين ينفذ الطرف الوسيط (المصرف في الاعتماد المستندي والمدين في الأوراق التجارية) التزامه بالدفع استنادا الى المطابقة الظاهرية للبيانات ففي الأوراق التجارية يدفع المدين للحامل استنادا على البيانات المدونة في الورقة التجارية دون الحاجة الى الاستناد على واقعة خارجية ، وفي الاعتماد المستندي يدفع المصرف مبلغ الاعتماد الى المستفيد بمجرد المطابقة الظاهرية للمستندات دون النظر الى الواقع الحقيقي للبضاعة .

ج. يقوم مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي على فكرة الكفاية الذاتية ، اذ ان كل عقد يكون منفصل عن الآخر من جهة و كافيا بذاته من جهة أخرى ولا نستطيع الحصول على بيانات أي عقد الا بالرجوع اليه وقد نصت المادة (٤/ب) من الأصول والقواعد الموحدة للاعتماد المستندي (UCP 600) على انه "**يجب على المصرف المصدر ان لا يشجع أي محاولة من قبل طالب الإصدار بأن يضمن ، كجزء مكمل ، للاعتماد نسخا من العقد التحتي أو عن الفاتورة المبدئية أو أي شيء مماثل.**" من هنا يتبين لنا ان الغرض من هذه الفقرة هو وجوب ان يكون الاعتماد ذاته كاملا ودقيقا ، ولأجل ذلك يترتب على المصرف الفاتح ان لا يسمح للعميل الآمر بأن يرفق بعقد الاعتماد مستندات أخرى .

ونجد ان المشرع العراقي قد أشار الى الكفاية الذاتية في المادة(٢٧٤) من قانون التجارة النافذ التي نصت على انه " **يلتزم المصرف الذي فتح الإعتماد بتنفيذ شروط الوفاء والقبول والخصم المتفق عليها في عقد الإعتماد مادامت المستندات مطابقة لما ورد فيه من بيانات وشروط** " والمقابلة للمادة (٣٤٢) من قانون التجارة المصري الجديد والتي نصت على " **يلتزم البنك الذي فتح الإعتماد بتنفيذ شروط الوفاء والقبول والخصم**

المتفق عليها في عقد فتح الإعتماد اذا كانت المستندات مطابقة لشروط فتح الإعتماد" وهذا يعني ان عقد الاعتماد المستندي يتمتع بالكفاية الذاتية دون الحاجة الى الرجوع الى عقد آخر لمطابقة المستندات التي يتسلمها المصرف مع البيانات الواردة فيه وبالتالي تتحقق فيه الكفاية الذاتية ليكون أداة وفاء .

اما بالنسبة الى المشرع الأمريكي فنجد انه لم يورد نصا متماثلا يعالج هذه المسألة بعينها على الرغم من وجود احكام أخرى تنظم التزام المصرف بالوفاء تجاه المستفيد عند تقديمه مستندات مقبولة وصحيحة ومتطابقة مع شروط واحكام خطاب الإعتماد ستعرض في مظاهر الاستقلال في الإعتماد المستندي لاتصالها الجوهري به.

ح. كلا المبدأين قابل للتقويض ، ففي مبدأ الاستقلال في الإعتماد المستندي ذكرنا سابقا أول استثناء طرأ عليه هو الغش ، اما بالنسبة لمبدأ الكفاية الذاتية في الورقة التجارية يسمح بالاحالة الى محرر آخر بشرط عدم المساس بالتزامات وحقوق الحامل أو مداها وأوصافها وماعداها فيمكن الإحالة الى واقعة خارجية أو علاقة سابقة وهو ما يدل على ان مبدأ الكفاية الذاتية هو الآخر ليس مطلقا[١] .

٢. أوجه الاختلاف

يختلف مبدأ الكفاية الذاتية عن مبدأ الاستقلال بنقاط جوهرية ، يمكن ان نبينها على النحو الآتي:

أ. يتعلق مبدأ الكفاية الذاتية بركن الشكلية اذ يجب ان تتخذ الورقة التجارية شكلا معينا وتتضمن بيانات الزامية ينص عليها القانون مما يجعلها كافية بذاتها لأثبات الحق ، بالتالي فأنها بفقدان هذا المبدأ تخرج عن كونها ورقة تجارية وتتحول الى سند عادي

(١) قضت محكمة النقض المصرية في احدى قرارتها بأن (اذا ذكر في السند لأمر ان قيمته وصلت طبقا للعقد المحدد اليوم مع استيفائه لجميع البيانات المطلوبة قانونا فأن ذلك لا يعيب السند مادام لم يذكر فيه ان وجود الدين الثابت به او تحديد مبلغه او ميعاده او وفائه يخضع لشروط العقد المذكور) ، نقض مصري ، ١٩٦٧/٦/٢٧ ، مجموعة النقض لسنة ١٨ ، ص١٣٧٣ ، منقول من د. اثير عبد الجواد حسين ، مصدر سابق ، ص٤٣.

يخضع الى القواعد العامة في القانون المدني ، بينما مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي ، رغم اعتباره مبدأ أساسي يحكم العلاقة بين المصرف وطرفي الاعتماد الا ان فقدانه لا يؤثر على كيان عملية الاعتماد المستندي بإعتبارها عملية مصرفية بل يعد مجرد استثناء خصوصا في حالات الغش والتواطؤ .

ب. يكمن احد أوجه الاختلاف بين المبدأين في حجم التدخل القضائي ، ففي الأوراق التجارية لا يرجع القضاء الى العلاقة الاصلية بين اطراف الورقة طالما استوفت البيانات الشكلية المطلوبة فعند حدوث أي نزاع بشأن الحقوق الثابتة في الأوراق التجارية فأنه يتم اللجوء الى القضاء للمطالبة بالتنفيذ المباشر للورقة التجارية على اعتبارها سندات تنفيذية كافية بذاتها دون الحاجة الى رفع دعوى موضوعية مما يحد من تراكم القضايا امام المحاكم التجارية ، بينما في الاعتماد المستندي فأن وجود مبدأ الاستقلال يعد بمثابة ضمان مؤكد للبائع بالحصول على الثمن مما يشجع على استغلاله للاحتيال والحصول على ثمن البضاعة دون تنفيذ التزاماته ، عن طريق الغش في المستندات أو عدم ارسال البضاعة أو ارسالها دون المواصفات المطلوبة[1] ، ويترتب على ذلك استمرار تدخل المحاكم في تكييف القضايا بحيث ظهرت استثناءات أخرى على مبدأ الاستقلال وذلك تحقيقا للعدالة.

ج. لم ينص المشرع العراقي ولا المشرع المقارن بشكل صريح على مبدأ الكفاية الذاتية ، بينما يستمد مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي أساسه من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية UCP والتشريعات الوطنية.

وبعد هذا العرض المتقدم ، يتضح لدينا ان مبدأ الكفاية الذاتية يجعل الوراقة التجارة وسيلة وفاء قائمة بذاتها دون الحاجة الى إثبات الحق الوارد فيها ويقطع ارتباطها بالالتزام الأساسي مما يمنحها استقلالا جوهريا بينما ان الاستقلال في الاعتماد المستندي يتعلق بالدرجة الأساس باستقلال التزام المصرف وتحديده بمطابقة المستندات بصرف

(١) بوزيدي الياس ، مصدر سابق ، ص١٠٩٩ .

النظر عن المشاكل المنبثقة عن العقد الأصلي ولكنه لا يقطع الصلة نهائيا بين العقود إذ لولا وجود عقد البيع ما وجد الاعتماد حتى في حال كانت العقود مستقلة عن بعضها البعض.

بناء على ما تقدم ، يمكننا القول ان التمييز بين هذه المبادئ يتيح فهما أعمق لطبيعة النظم القانونية المختلفة ، فبينما تهدف المبادئ المتعلقة بالاوراق التجارية الى تسهيل تداولها وتعزيز الثقة بها ، يرمي مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي الى توفير الحماية للمستفيد من خلال الفصل بين العلاقات ، وتكمن أهمية هذا التمييز في تسليط الضوء على الخصوصية القانونية لكل مبدأ فعلى سبيل المثال لا يمكن تطبيق مبادئ الأوراق التجارية على عملية الاعتماد المستندي بذات المنطق ، الآمر الذي يحول دون الخلط بين الأنظمة القانونية و يضمن التطبيق القانوني لكل مبدأ على الوجه السليم .

المطلب الثاني

مظاهر الاستقلال في الإعتماد المستندي

كما اسلفنا سابقا من خلال بيان مفهوم الاستقلال انه يعتبر أساس العلاقات في عملية الإعتماد المستندي ، ذلك ان علاقة المصرف بالعميل الآمر بفتح الاعتماد مستقلة عن علاقته بالمستفيد ، وكذلك تستقل كلتا العلاقتين عن علاقة العميل الآمر بالمستفيد في عقد البيع الدولي (العقد الأساس) ، ويعد الاستقلال ميزة جوهرية في الاعتماد المستندي تستند الى العقود المبرمة بين الأطراف ، بالتالي فأن بيان مظاهر هذا الاستقلال يساعد في توضيح النقاط الرئيسة لالتزامات المصرف فاتح الاعتماد وتحديدها استنادا لاستقلال العقود التي يرتبط بها عن بعضها من جهة و عن العقد الأصلي من جهة أخرى ، من هنا فأننا سنحاول بيان مظاهر الاستقلال في الاعتماد المستندي بشيء من التفصيل ضمن ثلاثة فروع على النحو الاتي :

الفرع الأول

استقلال التزام المصرف بالوفاء عن عقد فتح الإعتماد والعقد الاساس

يعد التزام المصرف بوفاء مبلغ الاعتماد للمستفيد التزام أصلي ومباشر ومستقل عن التزاماته الناشئة استنادا للعقد المبرم بينه وبين العميل الآمر بفتح الإعتماد ، اذ انه التزام بات ومجرد[١] ، اذ ينشأ حق المستفيد بمجرد استلامه لخطاب الإعتماد القطعي وعلمه به ، ويصبح المصرف اثره مدينا للمستفيد بقيمة الاعتماد المستندي طالما ينفذ المستفيد التزاماته قبله ، بمعنى ان خطاب الإعتماد ينشأ علاقة قانونية أصيلة بين المصرف والمستفيد فيترتب عليه عدم قدرة المصرف على تعديل أو الغاء خطاب الاعتماد بإرادته المنفردة دون موافقة الطرف الآخر[٢] ، اذ تنص المادة (١٠) من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية (UCP) على ان "أ. **بإستثناء ما تم ذكره في المادة ٣٨ لا يعدل أو يلغى اعتماد ما دون موافقة كل من المصرف المصدر والمصرف المعزز ، ان وجد، و المستفيد**"

اما بالنسبة لموقف قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ ، فأنه ينص في المادة (٢٧٧) على ان " **أولا : يكون التزام المصرف في حالة الاعتماد المستندي غير القابل للالغاء قطعيا ومباشرا تجاه المستفيد وكل حامل حسن النية للورقة التجارية المسحوبة تنفيذا للعقد الذي فتح الاعتماد بسببه .**

ثانيا : لا يجوز الغاء الاعتماد المستندي البات أو تعديله الا بإتفاق جميع ذوي الشأن فيه."

---

(١) د. ثروت عبد الرحيم ، المطول في القانون التجاري الأوراق التجارية وعمليات البنوك ، دار النهضة العربية ، الجزء الثاني ، ص٩٧٠ ، د. سميحة القليوبي ، الأسس القانونية لعمليات البنوك ، مكتبة عين شمس ، القاهرة ، بدون سنة نشر ، ص١٥٥.

(٢) د. نجوى محمد كمال أبو الخير ، البنك والمصالح المتعارضة في الاعتماد المستندي دراسة للقضاء والفقه المقارن ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص٢٦٣_ ص٢٣٧.

اما بالنسبة لموقف قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، فأنه ينص في المادة (٣٤٥) بأن " **١_ يكون التزام البنك في حالة الاعتماد المستندي البات قطعيا ومباشرا قبل المستفيد وكل حامل حسن النية للصك الذي سحب تنفيذا للعقد الذي فتح الإعتماد بسببه .**

٢_ ولا يجوز الغاء الإعتماد المستندي البات أو تعديله الا باتفاق جميع ذوي الشأن فيه"

اما بالنسبة الى القانون الأمريكي التجاري الموحد (UCC) ، فأنه ينص في المادة (١٠٦-٥) على ان "**ب_ بعد اصدار خطاب الاعتماد ، فأن حقوق والتزامات المستفيد والمتقدم بطلب الإصدار والمؤكد والمصدر لا تتأثر باي تعديل أو الغاء لم يوافق عليه ذلك الطرف ، الا بالقدر الذي ينص عليه خطاب الإعتماد على انه قابل للالغاء أو ان يكون الحق للمصدر في تعديله أو الغائه دون الحاجة الى موافقة**"[١]

تشترط النصوص في القوانين محل المقارنة ضرورة موافقة المستفيد والمصرف المصدر والمصرف المعزز ان وجد على إجراء أي تعديل أو الغاء في خطاب الإعتماد ونلاحظ ان القانون العراقي قد اتفق مع القانون المصري في إيراد عبارة " بإتفاق جميع ذوي الشأن فيه " ، ويسجل للمشرع هذا التوجه الموفق ، ذلك ان طلب التعديل أو الإلغاء غالبا ما يصدر من العميل الآمر بفتح الاعتماد بالتالي تنتفي الحاجة الى موافقته ورضاه، ولكن ستكون موافقته ضرورية في حال لو كان الطلب صادرا من المستفيد بالتالي فان هذه العبارة الختامية للنص القانوني تلخص المعتاد و ما يجري بخلاف العادة .

---

(١) النص وارد باللغة الإنكليزية كما يأتي :

(106-5) (b) After a letter of credit is issued، rights and obligations of a beneficiary ، applicant ، confirmer ، and issuer are not affected by an amendment or cancellation to which that person has not consented except to the extent the letter of credit provides that it is revocable or that the issuer may amend or cancel the letter of credit without that consent.

لا يستطيع المصرف ان يتخذ من اخلال العميل بالتزاماته الواردة في عقد الإعتماد حجة للامتناع عن وفاء قيمة الاعتماد الى المستفيد كعدم دفع العمولة للمصرف وغيرها[١]، مادام استلم المستفيد الخطاب ، كما لا يستطيع الإمتناع عن الوفاء للمستفيد بسبب بطلان أو فسخ عقد الاعتماد أو بسبب افلاس العميل أو وفاته ، فكل هذه الأسباب لا تؤثر على حق المستفيد ولا تمس تعهد المصرف القطعي بالوفاء إليه طالما ينفذ المستفيد التزاماته الواردة في الخطاب استنادا الى الاستقلالية بين العلاقات[٢] ، وهناك من يرى انه " لا يستطيع المصرف مصدر خطاب الإعتماد تبرير رفضه قبول السحوبات بالاستناد الى العقد المبرم بينه وبين العميل الآمر"[٣]

ولا يستطيع المستفيد بالمقابل ان يتمسك بما ورد في عقد الاعتماد المستندي المبرم بين المصرف والعميل الآمر على اعتباره أجنبيا عن هذا العقد [٤] وهو ما نصت عليه المادة (٤/أ) من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية نشرة رقم (٦٠٠) بالقول الصريح "أ... **لا يحق للمستفيد بأي حال من الأحوال ان ينتفع من العلاقات التعاقدية القائمة بين المصارف أو بين طالب الإصدار والمصرف المصدر .**"

اما فيما يتعلق باستقلال التزام المصرف بوفاء قيمة الإعتماد عن العقد الأساسي ، فقد اكدت الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية استقلال التزام

---

(١) قضت المحكمة العليا الامريكية في قضية
(Wichita eagle and beacon publishing Co. (vs) pacific Nat'l Bank))
" ان التزام المصرف بقبول سند السحب يجب ان يقيد فقط بالمستندات المقدمة ولا ينبغي ان يقيد باشياء أخرى خارجية ولا ان تقيد بمدى خرق العميل الامر للاتفاق المعقود بينهما " مشار لهذا الحكم لدى :
Baird Standby, Letters of Credit in Bankruptcy , USA, University of Chicago review,Vol.40, 1982 ,P. 131.

(٢) د. نجوى محمد كمال أبو الخير ، مصدر سابق، ص٢٤٣.

(٣) انظر :
Gutteridge and Megrah ، The Law of Bankers' Commercial Credits, 8th ed., edited by Richard King, Barrister of Inner Temple, London and New York, 2001 ، p. 64.

(٤) د. علي جمال الدين عوض ، الاعتمادات المصرفية وضماناتها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤، ص٩٥.

المصرف تجاه المستفيد عن عقد البيع لأن جوهر الاعتماد المستندي هو اطمئنان البائع في الحصول على الثمن من المشتري دون ان تقف المنازعات بينه وبين المشتري حائلا على ذلك ، ومن غير الممكن ان تعتبر شروط عقد الاعتماد المستندي هي ذاتها شروط عقد البيع وذلك نتيجة لأستقلال العقود من جهة ونتيجة لأختلاف المراكز القانونية للأطراف من جهة أخرى كما ان الربط بين العقدين يصعب على البائع الحصول على حقه في الثمن عند حدوث نزاع بينه وبين العميل المشتري[١]، ونتيجة لذلك لا يحق للمصرف ان يتمسك بدفوع عقد البيع للامتناع عن الدفع للمستفيد لأنه يعد أجنبيا عن هذا العقد ، والتزامه في الاعتماد المستندي شخصيا لا يتأثر بالعلاقة الأصلية التي تربط بين العميل الآمر والمستفيد ، وعندئذ لا يحق للمصرف ان يتمسك تجاه المستفيد بالمقاصة بين مبلغ الاعتماد ودين له في ذمة العميل الآمر[٢] .

ومن خلال هذه الاستقلالية يطمئن البائع في الحصول على ثمن البضاعة من غير إمكانية تراجع المشتري عن تنفيذ عقد البيع لأنه يتلقى من المصرف خطاب اعتماد بات في الحصول على مبلغ الإعتماد الذي يمثل ثمن البضاعة في حال تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه والمنصوص عليها في ذات خطاب الاعتماد وانه يكون مستقل عن عقد البيع الذي يربطه بالمشتري وبذلك يثق البائع في الحصول على الثمن لأن المصرف يعد أجنبي عن عقد البيع [٣] ، فلا يقع على عاتقه واجب التحقق من تنفيذ المستفيد التزاماته الناشئة عن عقد البيع ، لكنه ملزم بالدفع الى المستفيد اذا استلم منه مستندات مطابقة لتعليمات عميله الآمر وينص المشرع العراقي على ذلك صراحة في المادة (٢٧٦) من قانون التجارة العراقي النافذ على ان " **ثانيا : اذا قدمت المستندات التي فتح الاعتماد**

(١) عادل إبراهيم السيد مصطفى ، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية ، أطروحة دكتوراه ، جامعة عين الشمس ، كلية الحقوق ، ١٩٩٦ ، ص٢٦١.
(٢) د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص١٥٥.
(٣) د. علي جمال الدين عوض ، الاعتمادات المصرفية وضماناتها ، مصدر سابق ، ص٩٥.

بسببها وكانت مطابقة لبيانات شروط عقد الاعتماد خلال مدة العقد وقبل طلب الغاء الاعتماد يكون المصرف والآمر مسؤولين تجاه المستفيد "[١]

اما بالنسبة الى المشرع المصري فقد أشار الى ذات الحكم من خلال المادة (٣٤٢) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ التي نصت على "**يلتزم البنك الذي فتح الاعتماد بتنفيذ شروط الوفاء والقبول والخصم المتفق عليها في عقد فتح الاعتماد اذا كانت المستندات مطابقة لشروط فتح الاعتماد**"

اما بالنسبة الى المشرع الأمريكي فقد نص في المادة (٥-١٠٨) من قانون التجارة الأمريكي الموحد (UCC) على ان "أ. **بإستثناء ما هو منصوص عليه خلافا لذلك في المادة (٥-١٠٩) ، يجب على المصدر قبول أي عرض يبدو ، وفقا للممارسة المتبعة في الفقرة الفرعية (ﻫ) ، متوافقا تماما مع شروط واحكام خطاب الإعتماد. بإستثناء ما هو منصوص عليه خلافا لذلك في المادة (٥-١١٣) ومالم يتم الاتفاق على خلاف ذلك مع مقدم الطلب ، فأنه يجب على المصدر رفض أي عرض لا يبدو متوافقا مع الشروط والاحكام**"[٢] هذا النص يوضح التزام المصرف المصدر في مطابقة المستندات المقدمة مع شروط واحكام خطاب الإعتماد مؤكدا على تنفيذ التزامه بالوفاء اذا كانت هذه المستندات متطابقة مع الشروط وضرورة رفضها اذا لم تكن متطابقة مالم يتم الاتفاق على خلاف ذلك مع العميل الآمر. وفي المقابل لا يحق للمستفيد ان يتمسك بدفوعه في عقد

---

(١) وقد اكدت ذلك المادة (١/١.٠٧) من اتفاقية ISP98 التي نصت على " التزامات المصدر تجاه المستفيد لا تتاثر بحقوق المصدر والتزاماته تجاه طالب فتح الاعتماد..."
النص وارد باللغة الإنكليزية كما يلي :
"An issuer's obligations toward the beneficiary are not affected by the issuer's rights and obligations toward the applicant…"

(٢) النص باللغة الإنكليزية :
(a) Except as otherwise provided in Section 5-109 , an issuer shall honor a presentation that, as determined by the standard practice referred to in subsection (e), appears on its face strictly to comply with the terms and conditions of the letter of credit . Except as otherwise provided in Section 5-113 and unless otherwise agreed with the applicant , an issuer shall dishonor a presentation that does not appear so to comply.

البيع قبال المصرف ليمتنع عن تنفيذ التزاماته لأن المصرف ليس طرفا فيه وانه ملتزم تجاه المستفيد بعبارات خطاب الإعتماد دون الخروج عنها زيادة أو نقصان [١] .

ووفقا لما تقدم يمكننا القول ان المصرف يقتصر عمله بالقيام بعملية فحص المستندات والتحقق من مدى مطابقتها لشروط الإعتماد المفتوح لديه ويجب عليه الوفاء للمستفيد من غير ان يتأثر بظروف العقد الأصلي والمنازعات الناشئة عنه ، فالمصرف هنا يلتزم تجاه المستفيد بالتزام مباشر وأصلي وقائم بذاته .

الفرع الثاني

استقلال العلاقات بين المصارف المنفذة للإعتماد عن العلاقات التعاقدية الناشئة عنه

لعله من نافلة القول توضيح الية الإعتماد المستندي اذ يتم تنفيذه في معظم الأحيان عن طريق توسط عدد من المصارف ، قد يختارها العميل الآمر أو المصرف فاتح الإعتماد بذاته ، وتتنوع هذه المصارف وفقا للدور المحدد لها من قبل المصرف فاتح الإعتماد فعلى سبيل المثال هناك المصرف المبلغ والمصرف المؤيد والمصرف المنفذ [٢].

وقد اكدت القواعد والأصول الموحدة على ان المستفيد من الاعتماد المستندي لا يتدخل بالعلاقات التعاقدية المنعقدة بين المصارف في المادة (٤/أ) السابق ذكرها ، وبناء على ذلك فقد ذهب رأي[٣] الى اعتبار العميل الآمر والمستفيد اجنبيان عن العلاقة بين المصرف المصدر والمصرف المبلغ نتيجة لإستقلال علاقة المصرف المصدر بالمصرف المبلغ للاعتماد عن علاقات الاعتماد المستندي الأخرى ، اذ يقوم المصرف المبلغ بمهمة

(١) د. عبد الأول عابدين محمد بسيوني ، الغش في الاعتمادات المستندية وأساليب الحماية منه (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة دراية ، المجلد ١٧ ، العدد ١٧ ، الجزء ٢ ، ٢٠١٧ ، ص٣١٠.
(٢) جورجيت صبحي ، مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٢، ص١٢٣.
(٣) اكرم إبراهيم الزعبي ، مصدر سابق ،ص١٧٢.

تبليغ الاعتماد الى المستفيد على اعتباره وكيلا عن المصرف المصدر[١] دون ان يستطيع العميل الآمر أو المستفيد تفويضه بالمهام بل ليس من صلاحية المصارف الأخرى المشاركة في تنفيذ الاعتماد تلقينه بالتعليمات[٢]، وعليه لا يستطيع المصرف المعزز اسناد المهام الى المصرف المبلغ لعدم وجود علاقة مباشرة بينهما اذ تستقل العلاقة بين المصرف المبلغ والمصرف المعزز اللذين يرتبط أولهما بعلاقة مباشرة مع المصرف المصدر ، ويعتبر المعزز اجنبيا تماما عنها ، وعلى العكس من ذلك اذ يعتبر المصرف المبلغ اجنبيا عن العلاقة القائمة بين المصرف المعزز والمستفيد و المصرف المصدر ولكن رغم انقطاع الصلة العقدية بين المصرفين الا ان المصرف المعزز يستطيع الاستفادة من خدمات المصرف المبلغ لتبليغ خطاب التعزيز ، فتبرم علاقة بينهما مستقلة هي الأخرى عن العلاقات القائمة بين الأطراف[٣].

وقد نصت على ذلك المادة (٩/أ) من النشرة (٦٠٠) بأن " **أ. يمكن تبليغ اعتماد ما وأي تعديل للمستفيد من خلال مصرف مبلغ . يقوم المصرف المبلغ ، غير المعزز ، بتبليغ الاعتماد وأي تعديل دون أي تعهد من قبله بالوفاء أو التداول**" ونصت المادة (٨/ب) من نفس النشرة بأن " **ب. يلتزم المصرف المعزز بشكل غير قابل للنقض بالوفاء أو بالتداول من وقت إضافة تعزيزه للإعتماد**"

نلاحظ ان القواعد والأصول الموحدة للاعتمادات المستندية قد وضعت الخطوط العريضة للاستقلال في المادة الرابعة منها وبينت حدود العلاقات التعاقدية بين المصارف

---

(١) يذهب البعض الى اعتبار العلاقة بين المصرف المصدر والمصرف المبلغ هي علاقة وكالة ، انظر :
-Gutteridge and Megrah, The Law of Banker's Commercial Credit, op. Cit., P.68.
-Benjamin, Sale of Goods, London ,2 sec edition ,1981, P.1189.
- Robert Lowe , commercial Law, London , sweet and Maxwel , 5th edition , 1976 , P.478.

(٢) جورجيت صبحي ، مصدر سابق ، ص١٢٥ ، ص١٢٦.
(٣) اكرم الزعبي ، مصدر سابق ، ص١٧٣.

بعضها ببعض من جهة والمستفيد وعلاقته بالمصارف من جهة أخرى ثم وجهت المواد اللاحقة بالتسلسل لتوضيح القواعد الحاكمة لهذه العلاقات .

وبالرجوع لموقف القوانين المقارنة نجد ان القانون العراقي يكتفى بالنص على الاستقلال بين العلاقات التعاقدية في المادة (٢٧٣/ثانيا) السابق ذكرها ، دون النص على الاستقلال بين العلاقات التعاقدية القائمة بين المصرف المصدر و المصارف الأخرى المنفذة للإعتماد عن علاقات الإعتماد المستندي ثم ينص على إمكانية تعزيز الإعتماد القطعي عن طريق التعاقد مع مصرف معزز يكون ملزما بالوفاء الى المستفيد اسوة بالمصرف المصدر ويحدد مسؤولية المصرف المبلغ في الفقرة الثانية بالنص الصريح في المادة (٢٧٨) على ان " **أولا: يجوز تثبيت الإعتماد البات من مصرف آخر يلتزم بدوره بصفة قطعية ومباشرة تجاه المستفيد . ثانيا : لا يعتبر مجرد الاخطار بفتح الإعتماد المستندي البات المرسل الى المستفيد عن طريق مصرف آخر تثبيتا من هذا المصرف للإعتماد**" .

يتفق القانون المصري مع القانون العراقي في الموقف القانوني إزاء استقلال العلاقات بين المصارف المنفذة للاعتماد اذ ينص في المادة (٢/٣٤١) من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على الاستقلال بين علاقات الإعتماد المستندي كما سبق ذكرها ، دون الإشارة الى استقلالها عن العلاقات التعاقدية القائمة بين المصارف المنفذة للإعتماد ، ثم ينص على إمكانية تأييد الإعتماد القطعي من خلال مصرف آخر ، ويوضح نطاق مسؤولية المصرف المبلغ التي لا تتعدى مهمة التبليغ بفتح الإعتماد المستندي كما يتضح من نص المادة (٣٤٦) من قانون التجارة الجديد التي تنص بأن "**١_ يجوز تأييد الاعتماد المستندي البات من بنك اخر يلتزم بدوره بصورة قطعية ومباشرة قبل المستفيد. ٢_ لا يعتبر مجرد الأخطار بفتح الاعتماد المستندي البات المرسل الى المستفيد عن طريق بنك آخر تأييدا من هذا البنك للإعتماد**" ، ولكنه يحيل المسائل غير المنصوص عليها في القانون الى الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية

(UCP) وذلك في المادة (٣/٣٤١) التي تنص على " **تسري فيما لم يرد في شأنه نص خاص في هذا الفرع القواعد الواردة بالأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة من غرفة التجارة الدولية**" مما يدل على استقلال العلاقات التعاقدية القائمة بين المصرف المصدر والمصارف الأخرى المنفذة للاعتماد عن العلاقات التعاقدية القائمة بين البائع والمشتري أو بين المشتري والمصرف ويعد المستفيد أجنبيا عن العلاقات المصرفية ، وفق ما هو معمول به في القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية.

اما بالنسبة الى القانون الأمريكي فهو الآخر ينص على استقلال عقود الاعتماد المستندي صراحة كما ورد سابقا ، دون الإشارة الى استقلال علاقة المصرف المصدر بالمصارف المنفذة للإعتماد عن العلاقات المنبثقة عن الاعتماد المستندي ولكنه يشير في المادة (١٠٧-٥) من قانون التجارة الأمريكي الموحد (UCC) الى حقوق والتزامات المصرف المعزز والتي نصت على " **يكون المصرف المؤكد ملزم مباشرة بخطاب الإعتماد ، وله ذات حقوق والتزامات المصرف المصدر في حدود تأكيده ، كما ان له حقوقا والتزامات تجاه المصرف المصدر كما لو كان المصرف المصدر هو طالب فتح الإعتماد ، وكأن المصرف المؤكد قد اصدر خطاب الإعتماد بناء على طلب المصرف المصدر ولحسابه**" [1] كما ينص في نفس المادة (١٠٧-٥-c) بأن " **يجوز للشخص المطلوب منه التبليغ ان يرفض القيام بدور المبلغ . المبلغ الذي ليس مصرفا مؤكدا غير ملزم بالوفاء بالعرض أو تقديم أي قيمة عند تقديم المستندات . يلتزم المبلغ تجاه المصرف المصدر والمستفيد بإبلاغ شروط خطاب الاعتماد ، أو التأكيد أو التعديل أو الاشعار الذي تلقاه بدقة ، ويلتزم تجاه المستفيد بالتحقق من صحة طلب التبليغ**

(١) النص باللغة الإنكليزية :

(107-5)(a) A confirmeris directly obligated on a letter of creditand has the rights and obligations of an issuerto the extent of its confirmation. The confirmer also has rights against and obligations to the issuer as if the issuer were an applicantand the confirmer had issued the letter of credit at the request and for the account of the issuer.

ظاهريا ، وحتى في حال عدم دقة التبليغ ، يكون خطاب الإعتماد ، أو التأكيد أو التعديل نافذا كما تم إصداره"[١]

نلاحظ ان هذه المادة تنظم حقوق والتزامات المصرف المعزز بحيث يكون الخيار للمستفيد في الرجوع على أي من المصرف المعزز أو المصرف المصدر ليستوفي مبلغ الاعتماد ، وتشير الى ان دور المصرف المبلغ غير الزامي ، واذا اقتصرت مهمته على التبليغ لا يتحمل أي التزام مالي ممثلا بقيمة الإعتماد المستندي تجاه المستفيد ، فهو ملزم بدقة التبليغ والتحقق ظاهريا من صحة طلب التبليغ دون التعمق فيه ولا يعد مسؤولا عن الوفاء الى المستفيد مالم يكن مصرفا مؤكدا في ذات الوقت.

يتضح من خلال ما تقدم ، ان استقلال العلاقات بين المصارف المنفذة للإعتماد عن العلاقات التعاقدية الناشئة عنه يتمثل في ان التزام العلاقة العقدية المصرفية يستقل تماما عن العلاقة الاساسية بين العميل الآمر والمستفيد ، بحيث ان التزام كل مصرف يتحدد في اطار العلاقة القانونية التي يرتبط بها ،و بالتالي ليس من حق العميل الآمر أو المستفيد تزويد المصارف الوسيطة بأي تعليمات أو توجيهات أو اسنادهم بالمهام .

---

(١) النص باللغة الإنكليزية :

(c)A person requested to advise may decline to act as an adviser . An adviser that is not a confirmer is not obligated to honor or give value for a presentation . An adviser undertakes to the issuer and to the beneficiary accurately to advise the terms of the letter of credit ، confirmation، amendment، or advice received by that person and undertakes to the beneficiary to check the apparent authenticity of the request to advise. Even if the advice is inaccurate، the letter of credit، confirmation، or amendment is enforceable as issued.

الفرع الثالث

استقلالية الفحص الظاهري للمستندات عن واقع البضاعة

ان المصرف في الاعتماد المستندي يتعامل بالمستندات فقط دون البضائع والخدمات ، لذلك يتحدد التزام المصرف بفحص المستندات للتأكد من مدى مطابقتها الظاهرية لتعليمات العميل المدرجة بعقد فتح الاعتماد ، وهذا الالتزام[١] يعد من أهم التزامات المصرف وأدقها اذ تتحقق مسؤولية المصرف قبل العميل اذا وفى بمبلغ الإعتماد الى المستفيد مقابل مستندات غير مطابقة[٢] ، اذ ان فحص المستندات التزام جوهري على المصرف بحيث يستطيع رفض المستندات غير المطابقة لشروط الإعتماد حتى في حال شحن البضاعة الى بلد المشتري[٣] وتعني الصحة الظاهرية للمستندات ان يستوثق المصرف من مطابقة مواصفات البضاعة الموضحة في المستندات لأوصاف البضاعة وفقا لتعليمات العميل الآمر في الإعتماد ، دون ان يعنى بالفحص الفعلي للبضاعة ليتحقق من مطابقتها للتعليمات ، وعندما يتأكد المصرف من الصحة الظاهرية للمستندات ومطابقتها من حيث النوع والعدد والصنف لبنود العميل المدونة يقتضي به ان يدفع مبلغ الإعتماد الى المستفيد[٤] بصرف النظر عن واقع البضاعة

---

(١) الفحص الظاهري للمستندات : هو التزام مصرفي يكون الغرض منه التحقق من مدى مطابقة المستندات التي يقدمها المستفيد في ظاهرها لشروط خطاب الاعتماد المقدم من قبل المصرف بموجب التزامه في عقد فتح الاعتماد ، انظر : د. نوال طارق إبراهيم ، غسان مصعب علوان ، اثر إجراءات فتح الاعتماد المستندي على الالتزام بالمدد الزمنية المحددة بالعقد ، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية ، العدد التاسع والتسعون، المجلد الثالث والعشرون ، ٢٠١٧ ، ص١٧٢.

(٢) السيد محمد اليماني ، الاعتماد المستندي والطبيعة القانونية لالتزام البنك ، أطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق، ١٢ أكتوبر ١٩٧٤م، ص٩٢.

(3)Anu Arora, The Dilemma Of An Issuing Bank, to accept or reject documents tendered under a letter of credit, LLoyd's Maritime and Commercial Law, LL. Publication ,1984. P81 .

(٤) قضت محكمة النقض المصرية في حكمها الذي صدر بتاريخ ٢٧ فبراير ١٩٨٤ على " وجوب البنك بالوفاء بقيمة الاعتماد متى تطابقت مستندات البائع تماما مع شروط فتح الاعتماد دون ادنى سلطة في التقدير او التفسير او الاستنتاج " ، الطعن رقم ٤٤٣ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢٧ ، المحاماة ، س ٦٦ ، سنة ١٩٨٦ ، ص١٤، ص١٥.

على السفينة[١] ، ولهذا تنتفي مسؤولية المصرف في حال كانت المستندات المطابقة لشروط العميل لا تمثل حقيقة البضاعة [٢] ، اذ يعد مبدأ المطابقة الظاهرية للمستندات امتداد طبيعي لمبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي وقد اقرت الأصول والأعراف الموحدة النشرة (٦٠٠) هذا المبدأ في المادة (١٤) التي تنص على " **أ. يجب على المصرف المسمى الذي يتصرف بناء على تسميته والمصرف المعزز ، ان وجد ، والمصرف المصدر أن يفحصوا التقديم ، استنادا الى المستندات وحدها ، لتحديد ما اذا كانت المستندات تشكل في ظاهرها تقديما مطابقا أم لا.**"

وبالرجوع الى موقف القانون العراقي نجد ان قانون التجارة العراقي النافذ قد استند على المطابقة الظاهرية للمستندات في المادة (٢٨٠/أولا) منه والتي نصت على " **أولا: لا يسأل المصرف اذا كانت المستندات مطابقة في ظاهرها للتعليمات التي تلقاها من الامر. ثانيا : لا يتحمل المصرف أي التزام يتعلق بالبضاعة التي فتح الإعتماد بسببها.**"[٣] .

اما بالنسبة الى قانون التجارة المصري الجديد فقد اعتمد هذا المبدأ في المادة (٣٤٨) التي نصت على "**١_ لا مسؤولية على البنك اذا كانت المستندات في ظاهرها**

(١) د. امين بدر ، الاعتمادات المستندية ، مجلة المحاماة ، العدد الثاني ، السنة الرابعة ، ١٩٥٩ ، ص٤٣٥.
(٢) جبار جمعة اللامي ، مصدر سابق ، ص ٩٧ ، ص٩٨.
(٣) وفي قرار صادر عن محكمة التمييز الاتحادية العراقية " وجد انه صحيح وموافق للقانون حيث ان المحكمة قد اطلعت على اوليات فتح الاعتماد المستندي موضوع الدعوى وعقود تجهيز الأدوات الاحتياطية للحفر وصيانة معدات الحفر المعقودة بين المدعي إضافة لوظيفته وبين الشركة المجهزة وشهادات فحص البضاعة واستعانت المحكمة بثلاثة خبراء من ذوي الاختصاص وقد تأيد من تقريرهم المفصل الواضح المؤرخ ٢٠١٠\٤\١١ ان مستندات الشحن للاعتمادين المستنديين المفتوحة استنادا للعقود المقدمة من قبل المدعي الى المصرف المدعى عليه مطابقة للشروط الواردة في كتاب فتح الاعتمادين أعلاه وان المصرف لا يسأل اذا كانت المستندات مطابقة في ظاهرها للتعليمات التي تلقاها من الامر ..." ،
قرار محكمة التمييز بالعدد ٨٥٩\ الهيئة الاستئنافية منقول\٢٠١٠ في تاريخ ٢٠١٠\٩\٢١ مشار له لدى : جبار جمعة اللامي ، مصدر سابق ، ص٥٠.

مطابقة للتعليمات التي تلقاها من الآمر. ٢_ ولا يتحمل البنك أي إلتزام يتعلق بالبضاعة التي فتح الإعتماد بسببها" .

اما بالنسبة الى القانون التجاري الأمريكي الموحد[١] فطبقا للمادة(أ-١٠٨-٥) التي جاء فيها "أ. **بإستثناء ما هو منصوص عليه خلافا لذلك في المادة (٥-١٠٩) ، يجب على المصدر قبول أي عرض يبدو ، وفقا للممارسة المتبعة في الفقرة الفرعية (هـ) ، متوافقا تماما مع شروط واحكام خطاب الإعتماد. باستثناء ما هو منصوص عليه خلافا لذلك في المادة (٥-١١٣) ومالم يتم الاتفاق على خلاف ذلك مع مقدم الطلب ، فأنه يجب على المصدر رفض أي عرض لا يبدو متوافقا مع الشروط والاحكام**"

عند الرجوع على الفقرة (هـ) من المادة (١٠٨-٥) نجد انها تنص على ان " **يجب على المصدر مراعاة الممارسات المتبعة في المؤسسات المالية التي تصدر خطابات اعتماد بانتظام . ويترك تحديد مدى التزام المصرف بهذه الممارسات للمحكمة. ويتعين على المحكمة ان تتيح للأطراف فرصة معقولة لتقديم أدلة على اتباع الممارسات المتبعة.**"[٢]

---

(١) اكد القضاء الأمريكي على مبدأ المطابقة الظاهرية للمستندات في قضية Courtoulds North America Inc. VS North Carolina Nat. Bank

ان المستندات التي ابرزها المستفيد للمصرف غير مطابقة لان خطاب الاعتماد اشترط ان توضح الفاتورة ان البضاعة (100% Acrylic Yarn) الا ان الفاتورة المقدمة من المستفيد توضح ان البضاعة (Imported AcrylicYarn) وعليه فأن المصرف غير ملزم بقبول المستندات لأنها لا تتفق مع مبدأ المطابقة الظاهرية في منظومة الاعتماد المستندي.

منقول من :

Ahmed Ziadat , Noncompliance in letter of credit law , A.UCP and Anglo-american survey , Ph.D thesis , Queen Mary college, university of London, London, 1989, P151 .

(٢) النص وارد باللغة الإنكليزية كما يأتي:

(e)An issuer shall observe standard practice of financial institutions that regularly issue letters of credit. Determination of the issuer's observance of the standard practice is a matter of interpretation for the court. The court shall offer the parties a reasonable opportunity to present evidence of the standard practice.

يلاحظ في المادة أعلاه ان المصرف يلتزم بمطابقة المستندات ظاهريا مع شروط خطاب الإعتماد وان المشرع الأمريكي لم يحدد معيارا لقبول المستندات وانما احالها وفقا للمعايير الشائعة بين المصارف عادة ، ويقصد بها الممارسات المصرفية المعترف بها دوليا لأن المستندات قد لا تطابق شروط العميل الآمر المذكورة في خطاب الإعتماد بصورة حرفية ولكنها بالرغم من ذلك تعد مقبولة في التطبيق العملي للمصارف أو قد يكون فيها خطأ بسيط ولكنه يعد جوهريا ويجب على المصرف رفضها تماشيا مع التطبيق العملي المصرفي ، وعليه يجب ان يعتني المصرف في فحص المستندات عناية المصرف الحريص وليس العادي تطبيقا للممارسات الدولية المصرفية ، آخذا بعين الاعتبار المردود الإيجابي في ذلك من إثبات قدرته وإمكانياته لتوطيد الثقة به ومراعيا مصلحة العميل الآمر ، ولذلك يجب ان يدقق المستندات بعناية ويتأكد من مطابقتها تماما لشروط العميل الآمر في عقد الإعتماد المستندي قبل أن يقدم مبلغ الإعتماد الى المستفيد[١].

وبناء على ما تقدم ، نلاحظ ان القوانين المقارنة قد اتفقت مع القواعد الموحدة النشرة ٦٠٠ على اعتماد مبدأ المطابقة الظاهرية للمستندات ، على الرغم من محدوديته في حماية مركز العميل الآمر وقصوره في تلبية متطلبات العدالة العقدية بما لا يخلو من انتقادات الفقه الوجيهة ، حيث يرى أحدهم ان الاستناد على مبدأ المطابقة الظاهرية للمستندات يتعارض مع القواعد العامة للعقود المتعلقة بالتوازن العقدي عند تنظيم حقوق والتزامات اطراف عقد الإعتماد (المصرف والعميل الآمر) ، وان إقرار المشرعين لهذا المبدأ يعد خرق لهذه القواعد في سبيل إضفاء قيمة معنوية لمبدأ الاستقلال في الإعتماد المستندي ولغرض تكريس الاعتماد المستندي كأداة مصرفية منشودة لحماية السرعة والائتمان في عمليات التبادل التجاري الدولي ، ذلك لأن المطابقة الظاهرية قد تضر

(١) د. علي الأمير إبراهيم ، كيفية فحص المستندات في الاعتماد المستندي والمراحل التي تمر بها عملية الفحص طبقا لأحكام قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والقواعد والأعراف الموحدة لعام ١٩٩٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥، ص٣٣، ص٣٤.

بمصلحة المشتري ، فعلى فرض ان المستندات المقدمة جاءت مطابقة لشروطه المدونة في عقد الاعتماد الا انها في الحقيقة تخالف الواقع الفعلي للبضاعة ، وما على المصرف سوى تقديم مبلغ الاعتماد الى المستفيد ما يبعث على الاستغراب! ففيه تغليب لمصلحة المصرف على مصلحة المشتري الذي له في هذه الحالة ان يرفع دعوى ضد البائع لأنه استوفى الثمن من غير توريد البضاعة المتفق عليها بالفعل[١] .

لذلك اصبح واضحا ان واقع المشتري الفعلي هو من آثار ترجيح المبادئ في عملية الإعتماد المستندي وطغيانها في الوقت الذي يحتاج فيه الأطراف الى الحماية القانونية والعدالة العقدية التي يكون مصدرها النص القانوني لا سلطة القضاء التقديرية الذي يقدر حدوث المطابقة من عدمها أو يبحث في طبيعة التزام المصرف بالمطابقة ، وهكذا بذات النسق ، بحيث يعبر مركز المشتري عن اخفاق مبدأ الاستقلال في تقديم الحماية لمصالح الاطراف المهددة[٢] ، علاوة على ذلك ان بتسليم المصرف مبلغ الاعتماد الى المستفيد لا يدل على تمام تنفيذ العقد الأصلي مادام ان العميل الآمر غير راضي على البضاعة ، لأن ذلك سوف يفضي الى اعتبار عقد الاعتماد بمثابة واقعة مادية في نظر المشتري تعطيه الحق بالمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب المطابقة السطحية من المصرف [٣].

وفقا لما تقدم ، يتبين لنا ان المقصود بالاستقلال بين العلاقات هو استقلال التزام المصرف بصرف مبلغ الاعتماد الى المستفيد عن التزامات اطراف العقد الأساس على نحو يظهر أثره في عملية الاعتماد المستندي من دون قيد ، لذلك ، ولغرض بيان حدود هذا الاستقلال لابد لنا من البحث في تقويضه بشكل مفصل وذلك من خلال توضيح ماهيته وخصائصه من جانب ، وتوضيح أهميته العملية والنظرية في عملية الاعتماد المستندي من جانب آخر ، وهذا ما سنبحثه في المبحث التالي ...

---

(١) علي الأمير إبراهيم ، التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتمادات المستندية في عقود التجارة ومسؤوليته ، دار النهضة العربية ، مصر، ٢٠٠٤، ص٣٦٤ .

(٢) نور الريس ، مصدر سابق، ص٢٢٣.

(٣) علي فيصل ، مبدأ حجية العقد (دراسة مقارنة) ، الخليج العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ،مملكة البحرين،٢٠١٣ ،ص٤٤.

المبحث الثاني

ماهية التقويض

بعد ان بينا مفهوم مبدأ الاستقلال في الإعتماد المستندي ومظاهره ، لن تكتمل الفائدة المرجوة من البحث دون التطرق الى مسألة التقويض، حيث تظهر هنا أهمية الدراسة وإبراز دور التقويض في إعادة التوازن بين تقديم الضمان للمستفيد و حماية حقوق العميل الآمر ، اذ ان مبدأ الاستقلال رغم أهميته في تسهيل التجارة الدولية ، لا يمكن اطلاقه بل اثبت التطبيق العملي للاعتماد المستندي انه بحاجة الى إعادة تنظيم.

لذا لابد من دراسة التقويض للوصول الى مقاربة علمية موزونة ووضع منظور بناء ، يسهم في توضيح مدى الاستقلال بين علاقات الاعتماد المستندي وتكريس دراسة نظرية ينطلق منها التقويض كمصطلح قانوني جديد يحدد الاستقلال ويضبطه ، ويسلط الضوء على قضية قانونية على مستوى التجارة الدولية لذا يمكن ان يكون بداية تعديل تشريعي يلوح في الأفق .

ولغرض الإحاطة بماهية التقويض وإعطاء صورة واضحة عنه لابد من التعرض أولا للتعريف به ، ومن ثم بيان أهم خصائصه ، من ثم البحث في أهميته العملية والنظرية ، وهذا ما سنعمل على ايضاحه من خلال تقسيم هذا المبحث على مطلبين : نتناول في المطلب الأول التعريف بالتقويض ، ويكون المطلب الثاني لبيان أهميته العملية والنظرية .

المطلب الأول

التعريف بالتقويض

افرزت ضرورات التجارة الدولية مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي ، واذا كان المشرعين قد رسخوا هذا المبدأ تماشيا مع متطلبات التجارة الدولية منذ وقت

طويل ، فأن مقتضيات الواقع العملي قد أظهرت وجود ضرورة مقابلة بالا يتم تطبيق مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي في بعض الأحيان ، واعمالا لذلك ، يشهد الوقت الحاضر تكاتف فقهي يدعو الى تقويض الاستقلالية ومعاصرة الواقع كلما كان ذلك ممكنا.

لذلك سنسلط الضوء على تعريف التقويض وخصائصه في هذا المطلب على فرعين ، نتناول في الفرع الأول تعريف التقويض ، ونعرض في الثاني الخصائص التي يتميز بها .

الفرع الأول

تعريف التقويض

لم يحظ تعريف التقويض باهتمام من قبل الفقه وكذلك التشريع ، وقبل التعرض للتعريف التشريعي والفقهي لابد من الإشارة الى معناه اللغوي ، ولذلك لابد من تقسيم الفرع الى ثلاث فقرات على النحو الآتي:

أولا : المعنى اللغوي

التقويض في اللغة العربية كلمة مشتقة من الفعل الرباعي (قوض) والمفعول (مقوض) والذي يعني (الهدم) أو (الابطال) أو (الإلغاء) ، ويقال قاض البناء _ قوضا (هدمه) ويقال قوض الصفوف والمجالس : فرقها أو تقوضت الصفوف والمجالس (تفرقت) ، وبنى فلان ثم قوض : احسن ثم اساء [١] ، تقوضت جدران البيت : تهدمت انهدمت أو يقال يتقوض بناء العمارة يوما بعد يوم أو تقوضت اركانهم : تحطمت ، تفرقت [٢] .

(١) مجمع اللغة العربية ،معجم الوسيط ، ط٥ ، مكتبة الشروق الدولية ،القاهرة _ مصر ، ٢٠١١ ، ص٧٦٦.
(٢) موقع arabdict،، https://www.arabdict.com، تاريخ الزيارة ٢٠٢٥/٦/١ ، 1:30 PM .

كما جاء في المنجد (قوض: قاض يقوض قوضا البناء : هدمه . قوض البناء : هدمه و الصفوف و المجالس : فرقها و يقال تقوض : جاء وذهب وترك الاستقرار و_ ت الحلق أو الصفوف : انتقضت وتفرقت _ و انقاض البناء : انهدم)[١] ، كما جاء في مختار الصحاح (قوض _ قوض البناء تقويضا نقضه من غير هدم ، وتقوضت الحلق والصفوف انتقضت وتفرقت)[٢].

عليه يأتي مصطلح التقويض بمعنى الهدم فتقويض البناء يعني هدمه أو التفريق فتقويض الصفوف يعني تفريقها ، ويمكن ان يأتي (التقويض) بمعنى القلع أو الإزالة ولو اشرنا الى تقويض النظام (الذي هو الترتيب والجمع نظم) لأصبح المعنى قوض النظام أي هدم وفرق القواعد التي يدين بها المجتمع [٣].

هذا المعنى يوشك ان يتسق مع المدلول الفقهي والتشريعي للتقويض كما سنرى في الفقرات الآتية:

ثانيا : التعريف التشريعي

وفق اطلاعنا على التشريعات المقارنة محل الدراسة لم نقف على تعريف تشريعي صريح للتقويض ، اذ نظمت التشريعات المقارنة الاستقلال في الإعتماد المستندي في نصوصها القانونية السالفة الذكر، دون تنظيم ضوابط هذا الاستقلال أو الإشارة الى مداه، بيد انه توجد إشارة لمصطلح التقويض في تشريعات أخرى نصت عليه صراحة ويراد منه

(١) لويس معلوف ، المنجد في اللغة ، ط١٩ ، المطبعة الكاثوليكية ، بيروت، لبنان ، ١٩٥٦ ، ص٦٦٢.
(٢) محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، طبعة مدققة كاملة التشكيل ومميزة المداخل ، دائرة المعاجم مكتبة لبنان ، بيروت ، ١٩٨٩، ص٢٣٢.
(٣) احمد حماد و النمش عبد الرحمن و ابكر علي ،جريمة التحريض الالكتروني على تقويض النظام الدستوري عبر وسائل التواصل الاجتماعي ، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية _ المجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث ، العدد السادس ، المجلد الأول ، أغسطس ٢٠١٧ ، ص١٥٠.

الحد من اثر فعل معين[١] ، ولعله المعنى المراد من استخدامنا لمصطلح التقويض في الدراسة.

ثالثا : التعريف الفقهي

بعد اطلاعنا على الكتب الفقهية المتخصصة لم نقف على تعريف فقهي صريح للتقويض ، الا اننا وجدنا جملة من الآراء الفقهية تشكل طرحا فقهيا جديدا تتناول فكرة التقويض ضمن سياقات متعددة ، يمكن إيرادها لبناء أساس فقهي سليم للتقويض ، ووضع تصور قانوني له ، من خلال استعراض الآراء الفقهية التي تحمل بين طياتها دلالات ترتبط بالتقويض وكما يأتي :

يرى احد الفقهاء ان وجود مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي يخل بالأحكام الخاصة بالعقد الأصلي الذي عادة ما يتم تنفيذه عن طريق دفع الثمن مقابل البضاعة ، وهذا بعكس الاعتماد المستندي الذي يتم تنفيذه بدفع مبلغ الاعتماد المستندي مقابل مستندات يكتفي المصرف منفذ الاعتماد بمطابقتها ظاهريا مع تعليمات عميله الآمر بغض النظر عن الوضع الفعلي للبضاعة وهذا مخالف للأحكام الخاصة بعقد البيع خصوصا انه قد يفضي الى ضياع حق العميل الآمر (المشتري)[٢] .

---

(١) لدى اطلاعنا على قوانين دول أخرى وجدنا ان التقويض مدرج في نصوص قانونية متفرقة كمصطلح قانوني ، حيث نصت المادة (٥٠) من القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١ على ان " من يرتكب أي فعل بقصد تقويض النظام الدستوري للبلاد أو بقصد تعريض استقلالها أو وحدتها للخطر يعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد أو السجن لمدة أقل، مع جواز مصادرة جميع أمواله" وقد اخذ المشرع السوداني هذه المادة القانونية من قانون امن الدولة الصادر سنة ١٩٧٣ في عهد الرئيس نميري ،
وأيضا نصت المادة (١٤٩) من قانون العقوبات الأردني لسنة ١٩٦٠ المعدل على ان " ١- يعاقب بالأشغال المؤقتة كل من اقدم على أي عمل من شانه تقويض نظام الحكم السياسي في المملكة أو التحريض على مناهضته وكل من اقدم على أي عمل فردي أو جماعي بقصد تغيير كيان الدولة الاقتصادي أو الاجتماعي أو أوضاع المجتمع الأساسية. "

(٢) د. عبد الله بن محمد بن حسن السعيدي ، الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة ، دار طيبة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٩، ص٥٠٠.

يلاحظ ان هذا الرأي يشير الى تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي وان لم ينص عليه صراحة ، وذلك من خلال عرضه من زاوية أخرى ، حيث يظهر لنا ان الخروج على الاستقلال في الاعتماد المستندي يؤدي الى التقيد بأحكام عقد البيع ونصوصه القانونية ، بمعنى رفع خرق الاحكام القانونية ، وهذا العرض يشكل ارتباطا واضحا مع الدلالة التي ينطوي عليها التقويض .

هناك من يذهب الى ضرورة التقليل من حدة الاستقلال من خلال الأخذ بفكرة (المصلحة الظاهرة للمستفيد) بحيث يبيح خرق مبدأ الاستقلال في حالة تعديل العميل الآمر لبعض شروط الإعتماد المستندي دون الحصول على موافقة المستفيد اذا كانت من مصلحته ، مثل زيادة مبلغ الاعتماد او إضافة شرط نقل الاعتماد أو إطالة مدة الإعتماد لكي يستطيع المستفيد تقديم المستندات للمصرف ، على الرغم من نص المادة (١٠) من النشرة (٦٠٠) التي تشترط موافقة المستفيد على هذه التعديلات بمعنى موافقة جميع الأطراف في المجموعة العقدية اذ نصت على " أ. **بأستثناء ما تم ذكره في المادة ٣٨ لا يعدل او يلغى اعتماد ما دون موافقة كل من المصرف المصدر والمصرف المعزز ان وجد والمستفيد.** " [١] ، وقد اختلف في ذلك ، اذ رفض أحدهم مخالفة نصوص الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية من جهة ، واعترض على هذه الفكرة من جهة أخرى بذريعة ان المستفيد اعلم بمصلحته وان العميل الآمر أو المصرف لا يملكان سلطة التقدير فهو مسألة شخصية تعود للمستفيد نفسه بالتالي يجب الحصول على موافقته[٢].

يلاحظ على الفكرة أعلاه انها تتعامل مع حالات واقعية تقع في العمليات المصرفية ، وتركز على جانب مصلحة البائع مما تعكس تصورا نفعيا تتوازن فيه مصالح الأطراف طالما ليس فيها ضررا محقق ، ولكنها مع ذلك تمثل طرحا مخالف لقواعد الأصول الموحدة للإعتمادات المستندية بالتالي يمكن اعتبارها اقتراحا بتعديل النص لأن

(١) ستوفليه ، رسالة الاعتماد المستندي، باريس ، ١٩٥٧، ص٣٠٨ ، بند ٣٦٣، مقالة برت وليجال الخاصة بالاعتماد المستندي في فرنسا وخارجها ، مجلة bancaire ، ١٩٢٤، العدد ٢، ص٢٨٩.
(٢) زينب السيد سلامة ، مصدر سابق ، ص٢٩٦.

الحالات العملية وضرورات الواقع في زمانه ومكانه يحكم المشرع ، وهذه الرؤية الفقهية تتقاطع مع مدلول التقويض ومعناه فهي دعوة علنية الى نسبية الاستقلال في الاعتماد المستندي وهذا هو الغرض من التقويض .

في حين يتبنى رأي فقهي التقويض بصراحة ومن دون مواربة حيث يذهب هذا الرأي الى انه (اذا كانت المستندات مقدمة من المستفيد نفسه وكانت مزورة أو احتيالية فأنه على المصرف رفض الوفاء بقيمة الإعتماد...)[١]يتضح ان هذا الرأي يشير الى ان العدالة والنزاهة يجب ان تكون فوق كل شيء ذلك انه لا ينفي الاستقلال في الإعتماد المستندي ولكنه يعيد ترتيب الأولويات ، وعليه يبدو انه يجانب الاستقلال المشروط فيقترب من التقويض ويتماشى معه.

بناء على ذلك ، وبحسب تقديرنا يمكن تعريف التقويض بأنه: **(استثناء يفرضه الواقع العملي ، يحدد الاستقلال في الاعتماد المستندي بصورة نسبية ، دون المساس بجوهر عملية الاعتماد المستندي)** .

الفرع الثاني

خصائص التقويض

يحكم مبدأ الاستقلال التعهد غير المشروط الصادر من المصرف الى المستفيد بأداء قيمة الاعتماد المستندي بمجرد المطابقة الظاهرية للمستندات ، فيضع هذه العملية في موضع متميز ويركن ما ينافسها من عمليات التبادل التجاري الدولي ، مع ذلك فقد اظهر تناقضا مع مجريات الواقع العملي ولذلك صار لزاما البحث في تقويضه بشكل

(١) وهو رأي القاضي (Browne) وارد عند :
Bernard S. Whebele ، Problem children ، standby Letters of Credit and Simple first Demand Guarantees، Arizona law review، vol. 24 ، 1982 ، p.310.

نسبي وما لهذا التقويض من خصائص تمثل مردود إيجابي على عملية الإعتماد المستندي خصوصا وعلى مجتمع التجارة الدولي عموما وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال استعراض خصائص التقويض على النحو الآتي :

أولا : التقويض استثنائي

ان تقويض الاستقلال هو استثناء لا ينطبق على جميع عمليات الإعتماد المستندي التي تتمتع بإستقرار العلاقات التعاقدية،و المقصود بالاستثناء هو الخروج في حكم مسألة معينة عن الحكم المحدد في القاعدة العامة لضرورات معينة اقتضاها المشرع بحيث لا يجوز التوسع فيه لأن المشرع عندما يستثني حالة معينة تولدت عن الواقع المتطور للمجتمعات من حكم القاعدة العامة انما يستثنيها لسبب معين فينفرد بحكم خاص به لا علاقة له بحكم الأصل ولا يجوز ان نقيس عليه باقي الحالات ، ولم يعرف القانون العراقي والقوانين المقارنة الاستثناء لسببين الأول بأن التعريف ليس من اختصاص المشرع بل الفقه والثاني ان تعريف المشرع للمصطلحات يؤدي الى جمودها دون ان يلم بالحالات المستقبلية [١] .

على الرغم من ان المشرع عندما نص على الاستقلال في الإعتماد المستندي لم يشر الى جواز الاستثناء عليه ، بل اخضعه لحكم نص قانوني مفتوح بدون وضع ضوابط واضحة أو تقييد حدوده الأمر الذي خلق فجوة ملموسة بين الواقع والموقف القانوني بالشكل الذي اضطر القضاء الى التعامل معها ، اذ نجد ان الغش هو أول استثناء ظهر في القضاء الأمريكي الذي أباح للمصرف التدخل ووقف صرف مبلغ الاعتماد الى المستفيد [٢] ، ثم تبعه باقي الأنظمة القضائية المختلفة في السماح بتقويض الاستقلال امام غش المستفيد بحيث يمكن للمصرف حينها الإمتناع عن الوفاء ، ولذلك نجد ان

(١) استاذنا عادل شمران الشمري ، فلسفة الاستثناء في القانون المدني (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، السنة العاشرة ، العدد الثالث ، ٢٠١٨ ، ص١٢٠، ص١٢٦.

(٢) سجى ماجد داوود العزاوي ، غش المستفيد واثره في التزام المصرف بدفع قيمة الاعتماد المستندي (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة البصرة ، سنة ٢٠١٧، ص٧٧.

اغلب الفقه ممن تصدوا للموضوع وفقا للتوجه الحديث قد جانبوا القضاء على ان مبدأ الاستقلال ليس مطلقا كما يفهم من التنظيم التشريعي له ، بل يضيف له واقع البيوع الدولية جانبا استثنائيا وهو ما اطلقنا عليه (التقويض) ، وبدأت الأنظمة القضائية تقوض الاستقلال على نحو متتابع في محاولة تستحق التقدير لمسايرة الواقع [١] .

ثانيا : التقويض نسبي

المقصود بالنسبية في حقيقتها اللغوية هي كل أمر نسبي مقيد بغيره مرتبط به غير مطلق ، وبهذا فأن الشيء النسبي هو كل ما هو محدود وتقريبي لا يزال يسود الحالة التي ارتبط بها ، من ذلك فهو نسبي ينسب الى غيره ويتوقف وجوده عليه ولا يتعين الا مقرونا به وهو عكس المطلق [٢] ، فالنسبية تأتي في القوانين بمعنى اقتصار الحكم والغرض منها تحديد نطاق الحكم وتضييقه سواء من الناحية الشخصية أو الموضوعية[٣] ، وهذه الحقيقة تنسجم مع ما يظهر على التقويض ، اذ يرتبط التقويض بالإستقلال ويتأثر بظروف العلاقات التعاقدية في عملية الاعتماد المستندي والهدف الأساسي منه هو وضع ضوابط للاستقلال بعد ان حد اطلاقه قدرة القضاء عن الخروج عليه زمنا طويلا ، واستمر هذا الامر حتى ظهرت الاحكام التي تعالج تقويض الاستقلال في الثلاثين عاما الأخيرة من عمر الاعتماد المستندي ، في محاولة لتضييق اطلاقه خصوصا ان المصارف بحاجة لفهم نسبية الاستقلال حتى تتمكن من إتخاذ قرارات صحيحة بخصوص الامتناع عن دفع قيمة الاعتماد الى المستفيد في حال وجود ظروف

(1) Roberto Luis , The Autonomy Principle of Letters of Credit, an Article published in the Mexican Review Law Magazine, P.1.

(٢) د. ابي فضل جمال الدين بن مكرم بن منظور ، لسان العرب ، ط٣ ، ج٢ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة طبع ، ص٢٦٥.

(٣) طالب عبد سلمان ، النسبية في القانون المدني (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ٢٠٢١، ص٢٤.

تهدد تطبيق مبدأ الاستقلال عوضا عن دفع المبلغ الى المستفيد في كل الأحوال بما لا يتماشى مع العدالة[١].

ويذهب رأي من الفقه[٢] المؤيد لتقويض الاستقلال الى وضع مبررات للتقويض النسبي للحد من الاستقلال المطلق لألتزام المصرف ، معللا ذلك بوجوب التفرقة بين الروابط القانونية والروابط الفعلية أو الواقعية ، اذ ان سبب إبرام عقد الإعتماد المستندي هو لتسوية ثمن المثمن في عقد البيع فهو تابع له من الناحية الواقعية اذ لولا وجود البيع ما عقد الاعتماد المستندي وبانقضائه ينقضي عقد البيع فيرتبط أحدهما بالأخر من الناحية الفعلية على الرغم من الإنفصال القانوني بينهما وعليه يجب ان لا يفسر الاستقلال (خاصة استقلال التزام المصرف تجاه المستفيد) بأنه استقلالا من دون قيود[٣].

لا تنص قواعد الأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية (UCP) على التقويض النسبي للاستقلال في الاعتماد المستندي بل ورد النص على الاستقلال مطلقا من دون الاستثناء عليه وتحديده.

ولم يورد المشرع العراقي ما يشير الى التقويض النسبي للاستقلال ، على الرغم من أهميته في التطبيق العملي ، ولذلك ندعو المشرع العراقي الى تقييد الاستقلال في الاعتماد المستندي وإعادة النظر في التنظيم القانوني له بما يتسق مع واقع التجارة الدولية ، نقترح ادراج فقرة ثالثة الى المادة (٢٧٣) من قانون التجارة العراقي النافذ وتكون الصياغة كالآتي : **يجوز تقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي عند الاستعمال التعسفي له في حالات استثنائية.**

---

(١) نور عباس الريس ، مصدر سابق ، ص٦١.

(٢) السيد محمد اليماني ، الاعتماد المستندي والطبيعة القانونية لالتزام البنك ، أطروحة دكتوراه ، القاهرة ، ١٩٧٤، ص٣٥٧ وما بعدها.

(٣) وايد هذا الرأي القضاء الفرنسي في حكم له صادر عن محكمة التمييز في ٢٦ يناير ١٩٢٦ التي كيفت علاقة المصرف بالمستفيد بأنها (كفالة) وتفسيره ان التزام المصرف واقعيا تابع لالتزام العميل الامر فيكون له الحق في التمسك بنفس الدفوع التي يتمسك بها العميل الامر في العقد الأساس قبل المستفيد، محكمة النقض الفرنسية ٢٦ يناير ١٩٢٦ مشار اليه لدى عادل إبراهيم السيد مصطفى ، مصدر سابق ، ص٢٧٣.

أو نقترح إضافة عبارة **(مالم يتم الاتفاق على غير ذلك .)** الى القاعدة القانونية المنظمة للاستقلال في الاعتماد المستندي في المادة (٢٧٣) فقرة ثانيا من قانون التجارة العراقي النافذ التي سبق ذكرها وذلك لنمهد السبيل للأطراف المتعاقدة على الإتفاق فيما بينهم بما يناسب مصالحهم بناء على قاعدة قانونية اتفاقية .

اما المشرع المصري فهو الآخر لم ينص على التقويض النسبي للاستقلال وهذا يعد قصور بحسب تقديرنا في التشريع المصري قياسا بالتطور الحاصل في التنظيم القانوني للاعتمادات المستندية.

اما المشرع الأمريكي فقد استثنى الغش من الاستقلال المطلق للعقود في الاعتماد المستندي وذلك في المادة (١٠٩-٥) من قانون التجارة الموحد (UCC) والتي نصت على " **إذا ادعى مقدم الطلب ان المستندات المطلوبة مزورة أو احتيالية بشكل مادي أو ان وفاء المصدر من شأنه ان يسهل الاحتيال المادي من قبل المستفيد على المصدر او مقدم الطلب ، يجوز للمحكمة المختصة ان تمنع المصدر بصورة مؤقتة أو دائمة من تنفيذ الإعتماد أو تتخذ تدابير مماثلة ضد المصدر أو اشخاص آخرين** ..." يتضح من النص ان المشرع يشير الى التقويض النسبي للاستقلال من خلال إباحة الخروج على استقلال التزام المصرف بالوفاء الى المستفيد وإيقاف تنفيذ الإعتماد في حالة الغش وفقا لإجراءات المحكمة وبحسب ما تراه في هذا الشأن.

ثالثا : يعزز مرونة الإعتماد المستندي

ان عملية الاعتماد المستندي عملية جامدة ، اذ تنظمها نصوص قانونية تقريرية مما يدلل على صياغة تشريعية جامدة ، لأنها تقرر حكما صريحا يلتزم به القضاء مهما كانت الظروف القائمة دون ان يتمتع بالسلطة التقديرية في تسوية النزاعات[١] ، واحدى أساليب الصياغة الجامدة ان المشرع يعلق تحقق الحكم الذي تنص عليه القاعدة القانونية

(١) د. نواف حازم خالد ، الاتجاهات الفقهية في تقسيمات الصياغة التشريعية ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق ، المجلد ٨ ، العدد ٢٩ ، ٢٠١٦م، ص٢٥.

على استيفاء شرط معين ويسلب القاضي سلطته التقديرية الا في نطاق الشرط المنصوص عليه[١] ، كما هو الحال في نص المادة (٢٧٧) من قانون التجارة العراقي النافذ ، والتي نصت على " **أولا : يكون التزام المصرف في حالة الإعتماد المستندي غير القابل للإلغاء قطعيا ومباشرا تجاه المستفيد وكل حامل حسن النية للورقة التجارية المسحوبة تنفيذا للعقد الذي فتح الإعتماد بسببه.**" يتضح من هذا النص ان المشرع يجعل التزام المصرف بموجب الاعتماد المستندي مباشرا وباتا في مواجهة المستفيد منه بشرط ان يكون الإعتماد المستندي قطعي ، كما انه يعلق تنفيذ التزام المصرف في حالة الإعتماد المستندي القطعي بأداء مبلغ الإعتماد على المستفيد حسن النية ، مما يفسح المجال لسلطة تقديرية محدودة يتمتع بها القاضي عند الفصل في النزاعات ، هذا وبناء عليه نكون امام نص تشريعي يتسم بالجمود فتصبح العملية جامدة وشكلية .

اما بالنسبة للمشرع المصري في المادة (٣٤٥) من قانون التجارة المصري الجديد نص على انه "١- **يكون التزام البنك في حالة الإعتماد المستندي البات قطعيا ومباشرا قبل المستفيد وكل حامل حسن النية للصك الذي سحب تنفيذا للعقد الذي فتح الإعتماد بسببه.**"

اما بالنسبة للمشرع الأمريكي فإنه لم يصرح في قانون التجارة الموحد بذات النص الا انه نص في المادة (١٠٦-٥) بأن "أ-**يصدر خطاب الإعتماد ويصبح نافذا وفقا لشروطه تجاه المصرف المصدر عندما يقوم بأرساله أو إحالته بأية طريقة أخرى الى المستفيد ، ولا يكون الاعتماد المستندي قابلا للإلغاء الا اذا نص على ذلك.**"[٢] هذا

---

(١) للمزيد حول الصياغة الجامدة واساليبها ينظر : د. شمس الدين الوكيل ، مبادئ القانون ، ط١، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٦٨، ص١٥٤ .

(٢) النص باللغة الإنكليزية :

(a) A letter of credit is issued and becomes enforceable according to its terms against the issuer when the issuer sends or otherwise transmits it to the person requested to advise or to the beneficiary . A letter of credit is revocable only if it so provides.

النص يحدد وقت بدء التزام المصرف بمجرد ارسال خطاب الإعتماد الى المستفيد ، كما يجعل التزام المصرف المصدر وفقا لشروط خطاب الإعتماد مما يجعله كافيا بذاته ومتمتعا بالقوة الإلزامية ، وأخيرا فالنص يوضح ان الإعتماد المستندي يكون قطعيا الا عندما يتم النص على خلاف ذلك ، عليه نكون امام اتفاق تشريعي وتنظيم قانوني موحد نحو تقرير معالجة جامدة لهذه العملية المصرفية .

يتوضح لنا ان النصوص المتقدم ذكرها تخضع عملية الاعتماد لتنظيم شكلي صارم، بحيث تجعل التزام المصرف باتا ومستقلا عن العلاقة الأساسية ، ونعتقد ان صياغة هذه النصوص تعبر عن صياغة القواعد الموحدة للإعتمادات المستندية التي يمكن إعتبارها من قبيل الصياغة الجامدة كونها تفتقر الى عنصر المرونة ، من هنا تبرز الحاجة الى التقويض لأن الالتزام الصارم بمبدأ الاستقلال سيؤدي الى جمود عملية الإعتماد فتبتعد العقود عن جوهرها وأهدافها التعاقدية لتكون وسيلة اليه للاعتماد المستندي اكثر من كونها التزام تعاقدي يكون الأطراف فيه على ميزان واحد وصف تتساوى فيه الأدوار فلا يتحمل طرفا منهم أكثر من الآخر ولا يكون لأحدهم أكثر من الآخر وفي الاستقلال المطلق ما يخل بالأهداف العقدية الأساسية وحماية الأطراف الضعيفة .

المطلب الثاني

أهمية التقويض

لعله من نافلة القول ان البحث في أهمية التقويض يكشف قصور مبدأ الاستقلال في حماية الأطراف المتعاقدة بموجب عقد البيع الدولي ، فلم يعد ينظر الى الاستقلال كمبدأ مطلق خصوصا بعد ظهور الاتجاه الحديث الذي يذهب الى ان الاستقلال المفروض على عقود الاعتماد المستندي لم يعد يتناسب مع التطور الذي تشهده التجارة في الوقت الحالي ، ولذلك فأن السعي وراء تقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي يعكس دلالة واضحة على تطور الفكر القانوني التجاري .

عليه ومن اجل الوقوف على أهمية التقويض على الصعيد العملي والنظري ، سنقسم هذا المطلب الى فرعين ، نتناول الأهمية العملية للتقويض في الفرع الأول ، وسيكون الفرع الثاني لبيان الأهمية النظرية للتقويض على النحو الآتي :

الفرع الأول

الأهمية العملية للتقويض

من الواضح ان الواقع العملي في الوقت الحاضر يمثل عقبة امام مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي فعلى الرغم من تعزيز الأعراف الدولية و القوانين المحلية لهذا المبدأ الا ان الممارسة العملية أظهرت صعوبة الفصل التام بين العقود في الاعتماد ، بحيث ينتج عن التطبيق الفعلي للاعتماد ما يخالف النص المطلق على الاستقلال ويخلق فجوة ملموسة بين النصوص والممارسة الحقيقية ، من هنا يبرز الحديث عن أهمية تقويض الاستقلال من الناحية العملية على النحو الآتي :

أولا: التقويض يحمي العميل

يرعى مبدأ الاستقلال علاقات الإعتماد المستندي وبهذا يكون عقد الإعتماد لا يتأثر بأي ظرف يطرأ على عقد البيع ، وان المستندات المقدمة من المستفيد لينفذ التزامه تكون مستقلة عن عقد الأساس أو عقد الإعتماد وبناء عليه اذا أصدر العميل تعليماته الى المصرف الفاتح بعدم الدفع بذريعة عدم تنفيذ البائع التزامه قبله أو يرتاب من إعساره وإعلان افلاسه فأنها لا تلزم المصرف [١] ، ويتضح ان التوجه التقليدي يؤيد هذا المبدأ في عملية الإعتماد المستندي بدعوى انه يدعم ثقة البائع بالحصول على ثمن البضاعة حالما يقدم المستندات المطلوبة التي تثبت شحن البضاعة [٢] وهناك من يتمسك بهذا

(١) الياس أبو عيد ، المعتمد ، منشورات الحلب الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، ص٢٠١ .
(٢) د. مصطفى كمال طه ، د. علي البارودي ، القانون التجاري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠١، ص٦٦٠.

المبدأ بصرامة[١]على الرغم من ان إعتماد هذا المبدأ لا يشكل تقدم يذكر مقارنة بعدم إعتماده إلا في حالة استقرار العلاقات ،وبناء عليه فأن فكرة الفصل التام بين العقود قد تضعف مركز المشتري وحقوقه في بعض الأحوال لأن المشتري قد يتعرض الى خطر مخالفة البضاعة للمواصفات المتفق عليها في العقد الأصلي أو اخلال البائع بالتزاماته ولا يكون له غير الرجوع على البائع بموجب العقد الأصلي المبرم وتطبيق القواعد العامة المتعلقة بعقد البيع الواردة في القانون المدني [٢] ،وتعليل ذلك يرجع الى ان مبدأ الاستقلال يقوم أساسا على فكرة تقليل المخاطر التي من الممكن ان يتعرض لها المستفيد بعد تقديم المستندات المطابقة الدالة على شحن البضاعة كإفلاس المشتري أو سعيه لتخفيض الثمن بحجة وجود عيب في البضاعة أو تلفيق وجوده ، فيبقى التزام المصرف مستمرا استنادا لخطاب الإعتماد الصادر عنه وبصرف النظر عن حقيقة البضاعة وعن أي دعاوى مستقبلية قد تقام بسبب حالة البضاعة المشحونة بالتالي سيتأكد حصول البائع على الثمن بكل الظروف[٣] ، ويؤكد ذلك قانون التجارة العراقي النافذ في نص المادة (٢٩٠) والتي نصت على "**لا يجوز للمصرف ان يرفض الأداء للمستفيد لسبب يرجع الى علاقة المصرف بالأمر أو المستفيد أو الى علاقة الآمر بالمستفيد**" بناء على نص المادة آنفة الذكر ليس للمصرف التمسك في مواجهة المستفيد بالدفوع الناشئة عن علاقته بالعميل الآمر أو تلك الناشئة عن علاقة العميل بالمستفيد تأسيسا على استقلال العلاقات.

اما بالنسبة لموقف القانون المصري فأنه اشار الى نفس المعنى في المادة (٣٥٨) من قانون التجارة المصري الجديد والتي نصت على " **لا يجوز للبنك ان يمتنع**

(١) أبو جماعة ، سوزان علي محمد ، استقلال التزام البنك في خطاب الضمان (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، جامعة ال البيت ، ٢٠٠٥ ، ص١٤ ، وكذلك احمد زيادات و إبراهيم العموش ، الوجيز في التشريعات التجارية الأردنية ، عمان ، الأردن ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٥ ،ص ٢٥٤ ، ص٣٥٥.

(٢) دويدان هاني محمد ، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣ ،ص٣٠٣.

(3) See J. White and Summers ، Uniform Commercial Code 19-1 (3d ed.1988).

عن الوفاء للمستفيد لسبب يرجع الى علاقة البنك بالأمر او الى علاقة الامر بالمستفيد"

مع الأخذ بعين الإعتبار بالإضافة لما سبق ، قد يتجاوز المصرف حدود صلاحياته ويفتح اعتماد مستندي لمصلحة المستفيد منه بشروط غير المتفق عليها مع عميله الآمر ، كأن يفتح المصرف الإعتماد لمدة أطول من المدة التي يشترطها العميل الامر فيكون سببا في عرقلة وصول البضاعة أو استلامها في الوقت المناسب أو ان يفتح المصرف الإعتماد بمبلغ أكثر من ثمن البضاعة أو ان يتعمد اغفال مطابقة بعض المستندات ويكتفي بمطابقة البعض منها وهو ما يعتبر خطرا يهدد مصلحة المشتري[١] .

مما تقدم يلاحظ ان القوانين المقارنة والقواعد والأصول الموحدة للإعتمادات المستندية لا تنص على تقديم الحماية للمشتري بهذا الخصوص فلا يبقى امامه سوى الرجوع للقواعد العامة الواردة في القانون المدني ، كما يتضح لنا أهمية التقويض في اسهامه بتسوية مراكز الأطراف التعاقدية ورفع الغبن الذي يلحق بالعميل الآمر نتيجة التمسك بمبدأ الاستقلال بصورة تعسفية.

ثانيا: التقويض إستثناء يفرضه الواقع ويسهل حسم المنازعات

مما لا شك فيه ان وظيفة القضاء هي الفصل في المنازعات وحسمها ، فعلى المستوى الإجرائي هنالك بعض الأمور التي تسهل حسم المنازعات أولها وأهمها تحديد المشرع للمسائل القانونية بشكل صريح اذ يسهم في سرعة الفصل في القضايا من خلال تطبيق النص القانوني ، كما ان وضع ضوابط للمبادئ القانونية وتوضيح حدودها يسهم بشكل فعال في مساندة القضاء وحسم القضايا والمنازعات وتوفير الوقت والجهد[٢] ، والتزمت المحاكم بمبدأ الاستقلال لوقت طويل ولم يكن متصورا تقويض الاستقلال والحياد

(١) حنيش يوسف ، محاضرة حول مخاطر الاعتماد المستندي في ظل التطورات الراهنة ، قانون تجاري ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، ٢٠١٦، ص١٠.
(٢) طالب عبد سلمان ، مصدر سابق ، ص٣٣ .

عنه حيث كان للمحاكم في الولايات الامريكية المتحدة الريادة في تفعيل الاستقلال في قضية Pillans ضد Van Mierop[١] فقد اشارت له بصورة غير مباشرة[٢] ، مع ان المحكمة لم توضح الاستقلال كما هو معروف حاليا على اعتباره مبدأ دولي و تشريعي منصوص عليه في قانون التجارة الأمريكي الموحد كما ورد ذكره سابقا ، بل اشارت فقط بأن على المصرف تنفيذ التزامه تجاه المستفيد حتى في حال انعدام المقابل[٣]، وهو ما يعكس التزام المحاكم منذ الأزل بإيجاد الحلول القضائية لتحقيق العدالة حتى ولو كان الحل يمثل تحول عن السياق الآني ، ونفس السبب دفع المحاكم في الولايات الامريكية المتحدة لتفعيل التقويض في قضية Higgins ضد Steinharter ، فقد أصدرت محكمة نيو جيرسي حكما يوقف صرف قيمة الإعتماد الى المستفيد ، لأن المستفيد لم يشحن البضاعة وفقا للمواصفات المطلوبة وقام بتزييف المستندات المتفق عليها وبناء عليه حكم القاضي بأن المستفيد لا يملك الحق في مبلغ الإعتماد المستندي وانه يجب على المصرف الإمتناع عن تنفيذ التزامه[٤].

نلاحظ على الحكم أعلاه انه مهد الطريق لتطبيق التقويض لأول مرة كقيد على مبدأ الاستقلال في الإعتماد المستندي في سبيل تسهيل حسم النزاع ، لكنه في نفس

(١) تدور احداث هذه القضية حول تاجرين هما بيلان وروز ، اشتغلا معا في الصيرفة في روتردام ، وتعاونا على قبول شيك بمبلغ معين من تاجر ثالث من ايرلندا اسمه وايت ، ولكنه قبول مشروط حيث اشترطا على ان تكفل الشيك شركة Van Mierop and Hopkin ، ولقد ضمنت هذه الشركة الكبيرة والمعروفة في لندن آنذاك التاجر وايت ولكن افلس الأخير واعلن افلاسه حقيقة قبل حلول ميعاد استحقاق الشيك وابت الشركة الضامنة الوفاء للتاجرين بيلان وروز مدعية بانعدام مقابل الضمان واصدر القاضي مانسفيلد حكما مفاده ان قاعدة المقابل يجب ان لا يكون عائقا امام تنفيذ أي معاملة تجارية .
الموضوع وارد عند :
Charles Mitchell، Paul Mitchell، (2008) ، Landmark Cases in the law of Contract ، published by Hart Publishing ، Oxford and Portland ، p. 23.
(2) (1765) 3 burr 1663 ، 97 ER 1035. Edited by Charles Mitchell، Paul Mitchell ، Paul Mitchell.
(3) (1765) 3 burr 1663، 97 ER 1035.
(4) 175 N. Y. S 279 (1919) ، Cited by Ross P. Buckley and Xiang Cao ، The Development of the Fraud rule of Credit law : the journey so far and the road ahead ، an article ، no date ، at 669.

الوقت اثار جدلا حول التوازن بين حماية الحقوق في العلاقات التعاقدية من جهة وحماية مصلحة المجتمع التجاري الدولي في استقرار المعاملات المصرفية الدولية من جهة أخرى، الامر الذي حدا بالفقه الى الدعوة لضرورة تقنين هذا الاستثناء ووضع ضوابط قانونية له ، كما يعتبر اول ظهور تاريخي للتقويض ، على اعتباره حكم يفرضه الواقع العملي على القضاء مما يجعله حاليا حكم استقرائي مصدره السوابق القضائية يسد النقص التشريعي الحاصل ويسهل حسم المنازعات.

ثالثا : التقويض يوفق بين خطاب الاعتماد والعقد الأصلي .

يحظى خطاب الإعتماد بأهمية كبيرة في عملية الإعتماد المستندي ذلك لأنه يمثل تعهد المصرف بدفع مبلغ الإعتماد الى المستفيد في حال تسلمه مستندات مطابقة ظاهريا لتعليمات العميل الآمر ، فهو يعد إلتزام اصلي ومباشر وليس تابع لالتزامه بعقد فتح الإعتماد فعندما يصدر المصرف خطاب الإعتماد تنشأ علاقة أصلية ومباشرة بينه وبين المستفيد تكون مستقلة عن العقد الأصلي (عقد البيع) وعن عقد فتح الإعتماد[١] ، فيكون المصرف ملزما بصورة نهائية تجاه المستفيد ويجب عليه المطابقة حال تقديم المستندات ثم دفع مبلغ الاعتماد عندما يتأكد منها ولا علاقة له بالعقد الأساس[٢] ، كما ان المصرف يكون ملزما تجاه العميل بما ورد في عقد الاعتماد المستندي فقط حتى لو كانت مخالفة لعقد البيع حيث يبقى التزام المصرف متعلقا بعبارات الخطاب التي دونها بصرف النظر عن سبب تدوينها متوخيا الحيطة في نقل معلومات الخطاب للمستفيد[٣] فلا يستجيب المصرف للظروف المختلفة عند قيامه بتنفيذ التزامه سواء تلك التي تطرأ على عقد البيع

(١) د. نابي مريم ، الاعتماد المستندي واثر مبدأ استقلالية التزام البنك فيه ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، المجلد ٥، العدد٢ ، سنة ٢٠٢٠ ، ص١٠٤٠، ص١٠٤٢، ص١٠٤٣ .

(٢) وأكدت هذا المعنى محكمة النقض المصرية بالقول (... التزام البنك التزاما مستقلا عن العقد القائم بين البائع والمشتري ، فلا يلزم بالوفاء الا اذا كانت المستندات المقدمة اليه مطابقة تماما لشروط فتح الاعتماد.) ، نقض مصري بتاريخ ١٥ ابريل ١٩٥٤ ، منشور في مجموعة مبادئ الخمسة وعشرون عاما ، ج١ ، ص٢٢٠.

(٣) عادل إبراهيم السيد مصطفى ، مصدر سابق ، ص٢٦٣ .

أو حقيقة البضاعة أو العلاقات المتداخلة بين الأطراف في الإعتماد[١] ، فبالتالي لو حصل تعديل على العقد الأساس فأن المصرف لا يستطيع ان يوفق بين العقود لأنه يكون ملزما بتعليمات العميل الواردة في عقد فتح الإعتماد فقط وليس من شأنه عقد البيع بين البائع والمشتري أو أي عقد آخر لاحق عليه بينهما بما لا يكون منصفا أحيانا[٢] ، ولو خالف البائع اتفاقه مع المشتري يبقى المصرف ملتزما تجاه المستفيد بمبلغ الإعتماد فيما لو اخذنا مبدأ الاستقلال بين عقد البيع وخطاب الإعتماد على اطلاقه فعندما تستقل المصارف عن العقد الأساس لا تستطيع الاحتجاج في مواجهة المستفيد بالدفوع الشخصية أو الموضوعية لعقد البيع مثل سوء تنفيذ عقد البيع أو استحالة تنفيذه أو المقاصة بين حق المستفيد في مبلغ الاعتماد ودينه في ذمة المشتري بحيث يصبح احدهما دائن ومدين للآخر في الوقت نفسه أو يحتج قبله بإختلاف البضاعة عن مواصفاتها في المستندات[٣].

---

(١) د. محمد زياد الهويدي ، الهويدي في قانون واعراف الاعتمادات المستندية ، دار النهضة العربية ، شارع عبد الخالق ثروت _ القاهرة ، ص١٢٠ .

(2) Ross P. Buckley and Xiang Gao ، The Development of the Fraud Rule in Letter of Credit Law : the Journey So Far and the Road Ahead ، An Article Published online ،p، 666.

(٣) وقد حكمت محكمة النقض المصرية في واقعة استحالة تنفيذ عقد البيع بسبب قوة قاهرة باستمرار التزام المصرف في مواجهة المستفيد بما يبعث على الاستغراب في ٢ فبراير ١٩٧٨ بالقول (وقد نشأ للطاعنة البائعة حق في صرف قيمة الاعتماد بتقديمها المستندات المطابقة لشروط فتح الاعتماد ، فأن هذا الحق لا يتأثر بما حدث بعد ذلك من الزام السلطات البريطانية الطاعنة_ أيا كان السبب_ بإعادة شحن البضاعة المبيعة الى مصر ،اذ ان علاقة البنك المطعون ضده الأول (مصدر الاعتماد القطعي) بالطاعنة المفتوح لمصلحتها الاعتماد منفصلا عن علاقته بعميله المشتري ، كما انها منفصلة عن علاقة هذا العميل بالطاعنة البائعة فهو وشأنه في الرجوع عليها بما عسى ان يكون له من حقوق ناتجة عن عقد البيع) كما وعززت هذا المعنى محكمة اكس في ٢٤ يونيو ١٩٤٤ بأنه لا يعلل سبب امتناع المصرف عن دفع مبلغ الاعتماد الى المستفيد امتثالا لرغبات عميله الامر نزول القوات الحربية في شواطئ شمال افريقيا بتاريخ ١٩٤٢ حتى لو أدى الى استحالة تنفيذ عقد البيع، اذ يتمسك الحكمين السابقين بقاعدة الاستقلال المطلق بين خطاب الاعتماد وعقد البيع ولكن ثمة هنالك رأي مغاير لمحكمة استئناف باريس في عام ١٩٤٩ ابدى ترددا حول قاعدة استقلال العقد الأساس عن خطاب الاعتماد فأصدرت حكما دارت احداثه حول اتهام صدر من المشتري على البائع بالنصب والاحتيال والذي على اثره قدم بلاغا جنائيا عليه وامر المصرف بعدم الدفع اليه ثم قام البائع (المستفيد) برفع دعوى عدم الدفع امام محكمة السين فكان على المشتري تقديم طلب تأجيل النظر بها بسبب قاعدة الجنائي يوقف المدني فرفضت المحكمة طلبه ولكن قبلته محكمة استئناف باريس عندما استأنف المشتري امامها متذرعة بالغش ومعللة رأيها به وانه يكون عائقا حتى مع وجود قاعدة الاستقلال وايدتها محكمة النقض عندما طعن البائع الحكم الاستئنافي امامها ، وقد تعرض هذا الحكم للنقد على الرغم من تأييد بعض الشراح له تحت مبرر انه قاصر على الغش ومن الصعب اثباته بالتالي نادر ، الا ان اغلبهم اعتبره خروج على مبدأ الفصل

وفي هذا المقام يذهب رأي الى ان التناقض بين خطاب الإعتماد والعقد الأصلي يعد بمثابة اتفاق جديد بين الطرفين يعدل العقد الأصلي وينشأ التزاما جديدا لأحدهما ، كما لو يذكر مواصفات البضاعة بصورة مغايرة للاتفاق الرئيسي في عقد البيع ، وهذا التناقض حتما سيترتب عليه أثرا قانونيا لأن الطرف المتعاقد الذي يثق في العقد الأساس سيتفاجأ بمستندات تتكلم عن بضاعة أخرى ، فيتغير محل الصفقة ، وهذا الأثر يتوقف على موقف المستفيد ذلك انه قد يرفض أو يقبل هذا التغاير بين عقد الإعتماد والعقد الأساس ، فاذا تمسك بالرفض فأن على العميل الامر تعديل طلب فتح الإعتماد من اجل تنفيذ التزامات العقد الأصلي وهذا المسلك بحد ذاته يعتبر تقويض للاستقلال في الاعتماد المستندي لأن فيه تدخل واضح من الطرف المستفيد في العلاقة القانونية المبرمة بين العميل الآمر والمصرف بما لا يتفق مع اطلاق الاستقلال ، وقد يقبل المستفيد هذا التناقض ففي هذه الحالة ينشأ اتفاق جديد بين البائع والمشتري مغاير للشروط المتفق عليها في عقد البيع غير انه لا يعتبر تعديل عليه[١] .

من خلال ما تقدم ، يتبين لنا ان تقويض الاستقلال المطلق في الإعتماد المستندي يحقق توازنا بين تطبيق الاستقلال وحماية متطلبات الواقع العملي ، ويساهم بصورة عملية في تسوية المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة .

=بين خطاب الاعتماد والعقد الأصلي الذي اقرته القواعد الموحدة للاعتمادات المستندية وحرصت على التأكيد عليه ، منقول من : زينب السيد سلامة ، مصدر سابق ، ص٣١٤، ٣١٥، ٣١٦ ، السيد محمد اليماني ، مصدر سابق ، ص٣٦١.

(١) محيي الدين إسماعيل ، موسوعة اعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، النسر الذهبي للطباعة ، بلا سنة نشر ، ص١٢٨٣، ص١٢٨٤.

الفرع الثاني

الأهمية النظرية للتقويض

يمثل التقويض مسلكا نقديا وتحليليا للتوجه الفقهي الحديث من أجل إعادة النظر في حدود استقلال علاقات الإعتماد المستندي خصوصا في الحالات الاستثنائية ، كما ان دراسة التقويض لا تنحصر في البحث وراء نص تشريعي قائم وتقييد حدود المبدأ الذي ينص عليه ، بل يسعى الى وضع أساس جديد لربما ينطلق بعده المفكرون وأصحاب الرأي ، ويعمل على ضبط عملية الإعتماد المستندي وتحقيق موازنة منطقية تنسجم مع متطلبات الواقع بما يحفز الفقه القانوني على إعادة مراجعة العمل التشريعي القائم بهذا الخصوص ومحاولة تطويره ، من هنا تبرز الأهمية النظرية للتقويض وسنحاول الخوض في الموضوع بشيء من التفصيل على النحو الاتي :

أولا : التقويض يحقق التكافؤ بين الائتمان والعدالة

لعله من المفيد ذكر ان الإعتماد المستندي يعد شكل من أشكال التسهيلات الائتمانية غير المباشرة ، كونه لا يقوم على الدفع النقدي المباشر الى العميل بل يتخذ صورة الخدمات الضرورية التي تعرضها المصارف التجارية من أجل تيسير تنفيذ التعاملات القانونية[١] ، فيتحقق الائتمان لكلا طرفي عقد البيع الدولي ، اذ يحصل الطرف المصدر على تسهيلات ائتمانية من المصرف كأن يتسلم مبلغ مالي من الطرف المستورد وقبل شحن البضاعة على ان يعد جزءا من ثمن البضاعة المتفق عليها أو يمتد الائتمان ليشمل حصول الطرف المصدر على سلف قبل شحن البضاعة أو بعد تسليم مستندات الشحن وهو ما يطلق عليه بسلفيات على ذمة إعتمادات مستندية اذا كان

(١) عادل قائد فارع العامري ، اثر الائتمان المصرفي على النمو الاقتصادي في اليمين دراسة تحليلية قياسية للفترة (١٩٩٠_ ٢٠٠١م) ، رسالة ماجستير ، جامعة اليرموك ، اربد ، الأردن ، ٢٠٠٣ ، ص٥٨.

الإعتماد المستندي غير معزز[١] ، كما ان المستورد هو الآخر يحصل على الائتمان استنادا الى الإعتماد المستندي اما من الطرف المصدر ذاته وهو ما يطلق عليه بـ (تسهيلات موردين) أو يظفر ب تسهيلات ائتمانية أخرى تتمثل في الاتفاق على ان يدفع المصرف ثمن البضاعة حالما يستلم مستندات الشحن بينما يمهل العميل الآمر فترة زمنية محددة لسداد المبلغ[٢].

ويعزز مبدأ الاستقلال هذا الطرح اذ انه أضاف الى الإعتماد المستندي وأدى الى زيادة العمل به بشكل واسع ، لأنه يحقق للمستفيد نوعا من الأمان يساوي الأمان الذي يحققه دفع الثمن نقدا ، بما يجعلها عملية مصرفية ائتمانية مقبولة بدون تحفظ لاسيما بالنسبة للمصرف الذي يعتبر ان عملية الاعتماد المستندي ملائمة لطبيعة العمل المصرفي ، اذ يقتصر عمله على المطابقة الشكلية للمستندات دون الخوض في أية تفاصيل موضوعية ، خاصة ان الأعراف الدولية استبعدت قيام علاقة وكالة بين المصرف والعميل الآمر في الدفع الى المستفيد[٣] ، بالتالي نجد ان مبدأ الاستقلال يسهم في تحقيق الغرض الأساسي من الإعتمادات المستندية ويجعله وسيلة ائتمان مصرفية فعالة ، ذلك انه يعزل العلاقات الائتمانية عن بعضها البعض و يجعل التزام المصرف تجاه المستفيد مستقل عن التزامه تجاه العميل الآمر ،ولا شأن له بعقد البيع المبرم بينهما ولا يكون طرفا في منازعات عقد البيع وانما يضفي ثقة ائتمانية أساسها الشكل والمستند حيث لاعلاقة له بمضمون الصفقة كما لا يفسح المجال للعميل الآمر بالتدخل في التزامه بإصدار خطاب الإعتماد أو يتحكم في قراره بقبول المستندات ودفع المبلغ مادام

(١) عثمان ، عبد القادر ، وسائل الدفع في التجارة الخارجية الاعتمادات المستندية ، التحصيلات من المنظور التطبيقي ، بلا مكان نشر ، ١٩٩٣ ، ص٦.

(٢) سماح يوسف إسماعيل السعيد ، العلاقة التعاقدية بين اطراف عقد الاعتماد المستندي ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، فلسطين ، ٢٠٠٧، ص٣٤.

(3) Dixon Williams M، As good as cash ? The diminution of the autonomy principle ، Australian Business Law Review ، P. 32.

انها مستندات مطابقة لتعليماته[١] ، واكد هذا المعنى رأي في الفقه في تعليقه على احدى القضايا عندما جعل الهدف الأساسي للإعتماد القطعي هو تحقيق الأمان للبائع في الحصول على الثمن ومنع المشتري من الغاء الاعتماد أو التراجع عنه[٢]

مع ذلك ، فان هذا المنظور يثير بعض الإعتراضات ، حيث يذهب أحدهم الى ضرورة التأكيد على التقويض بما يتفق مع مبادئ العدالة والانصاف وتدعمه الاتجاهات الحديثة الداعية بوضع حدود لهذا الاستقلال والتي تقر بوجود استثناءات محتملة الحدوث عند تنفيذ العقود الثلاثية اذ لا يكفي تحقيق الائتمان والضمان ليتفوق على وسائل التبادل الدولية الأخرى بقدر ما هو مهم تحقيق العدالة بين الأطراف مثل كفتي ميزان فلا ترجح كفة الائتمان على حساب العدالة ، توازن سلس يجعل الأمانة والانصاف خطين متوازيين من دون افراط بالأمانة يهدر الانصاف بين الأطراف ولا تفريط بالعدالة يهز الاستقلال ، خصوصا بعد اخفاق الاتجاه التقليدي الداعم للاستقلال المطلق بين العقود في العثور على حل قانوني يوازن بين اكتساب الحقوق وتنفيذ الالتزامات بشكل يضمن عدم تضرر طرف معين في هذه العملية لترقى الى المستوى المطلوب بحيث اصبح اتجاها على شفا الإندثار، وحتى لو اقرت القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية صراحة استقلال التزام المصرف تمهيدا للفصل بين العقود الا انه من الممكن التشكيك في اطلاق استقلال التزامه أحيانا عندما يحدث خلل في التوازن العادل بين حقوق والتزامات العميل الآمر بعقده مع المصرف من جهة وبالعقد الأصلي مع البائع من جهة أخرى [٣].

نعتقد انه لا مهرب من القول ان التوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين كرسته القواعد العامة في القانون المدني وذلك في المادة (١٤٦) من القانون النافذ رقم ٤٠ لسنة

(١) د. محمد زياد الهويدي ، مصدر سابق ، ص١٢٠ .

(2) CHORLEY (LORD M.A.) ، leading cases in the law of banking ، london ، 1953، P.214.

(٣) د. بن عبد القادر زهرة ، الاعتماد المستندي كالية دفع في مجال التجارة الدولية ، بحث في جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، قسنطينة _ الجزائر ، ص ١٧ .

١٩٥١ والتي نصت بأن " **٢_ اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ... جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك**" وبما ان عملية الاعتماد المستندي تنشأ من عدة عقود فيجب ان تكون خاضعة للقواعد العامة في القانون المدني ، اذ ليس منطقيا ان يتحقق الائتمان والضمان لمصلحة المصرف والمستفيد على حساب العميل عندما يتعرقل تنفيذ عقد البيع بينما يسير الأمر بسلاسة بين المصرف والمستفيد ، فنخلص الى ان التقويض يساعد على تنفيذ الإعتماد المستندي وفق ما تقتضيه العدالة وهو ما ندعو إليه.

ثانيا: التقويض مبرر لرد الاستقلال الى القواعد المدنية

ان بعض دول الأنظمة اللاتينية لم يعتنق مشرعيها مبدأ الاستقلال المطلق بين العقود فعندهم العقد اللاحق مرتبط بالعقد السابق ، فعقد الإعتماد قد ابرم لتنفيذ عقد البيع فهو مستمد منه وعقد لأجله ، فقد يكون الارتباط نتيجة للمحل في العقد الأول ذلك ان العقود المبرمة على التوالي تتعلق بتنفيذ أمر واحد على اختلاف الالتزامات بين أطرافها فهي تهدف الى تحقيق غرض أساسي واحد متعلق بالعقد الأصلي ، فعلى مستوى الإعتمادات المستندية نجد ان العقود مرتبطة فيما بينها بالمحل ومتعلقة به ، ففي عقد البيع المحل هو البضاعة التي يقوم البائع بتسليم مستنداتها الى المصرف واخراجها من عهدته بناء على خطاب الإعتماد المبرم بينهما ، اذ نجد ان كل العقود ترتبط بالبضاعة حتى وان اختلفت التزامات الأطراف الناشئة عن كل عقد[١] ، هذا من جانب وفي الآخر ترتبط العقود فيما بينها بالسبب اذ تبرم العقود اللاحقة بسبب تنفيذ العقد الأصلي والذي لولاه لما ابرمت من الأساس خصوصا بأن السبب وفق التوجهات الحديثة يفيد المعنى الى الغاية البعيدة التي يسعى إليها المتعاقدين بحيث يتجلى الارتباط و الصلة بين العقود عند

(١) علي الأمير إبراهيم ، التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتمادات المستندية في عقود التجارة الدولية ومسؤوليته ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٤ ، ص٦١ والصفحات التي تليها .

الاخذ بالمفهوم الحديث للسبب[١] ، كما أشار أحد الفقه الى ان الالتزام المستند الى سببه يبقى قائما ما بقي سببه ، فالسبب لا يؤثر على العقد وقت ابرامه وتمام نشوء الالتزامات والحقوق بين الأطراف فقط انما يظل موجها للمسارات التعاقدية الى ان يتم تنفيذ الالتزامات بالكامل[٢] ، وعليه حاولت هذه الدول الاستعانة بالقواعد المدنية التي تشرح إمكانية الارتباط بين العقود لتفسير موقفهم إزاء التقويض، منها (قاعدة الملحقات تتبع الأصل) والتي تعني ان هناك التزامات تبعية قد تنشأ لأجل تنفيذ الالتزامات الأصلية ، فهي ترتبط بها من حيث الصحة والبطلان ، وتنقضي بتنفيذ الالتزام الرئيسي وقد عرف هذا الإرتباط على انه (رابطة تنشأ بين علاقة الالتزام والشيء عندما تكون هذه العلاقة ضرورية للاستخدام الجيد للشيء أو الانتفاع به على نحو تفقد به هذه العلاقة مبرر وجودها وقيمتها القانونية عندما تكون بمعزل عن الشيء)[٣] .

بناء عليه يرى أحد الفقه ان مبدأ نسبية أثر العقد والاستثناءات الخارجة عنه تجسد ذات المنطق لهذه القاعدة مما يبرر معاملتهما على نسق واحد ، اذ أحيانا قد يلتزم الغير في عقد ليس طرفا فيه دون تقييد هذا الالتزام خصوصا بأن القانون قد بت بأن العقد لا يلزم اطرافه بما ورد فيه فقط بل أيضا مستلزماته فيفسر عقد الإعتماد على انه من مستلزمات تنفيذ العقد الأصلي فاذا فشل المشتري في فتح الاعتماد يفشل في اتمام عقد البيع [٤] ، ومنهم من حاول تفسير التقويض برده الى (عقد الإطار) وهو العقد الذي

---

(١) وفي هذا الصدد بين الفقيه الألماني (اهرنج) معنى القصد من التصرفات القانونية في كتابه (القصد في القانون) قائلا " لا شيء يوجد في نطاق القانون الا بالقصد وبمقتضى هذا القصد ، والحق كله انما هو من خلق القصد ، وهذا هو ما يقول به الفقهاء المسلمون ، كما سنرى ذلك في محله" انظر: الدكتور عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الأول في مصادر الالتزام ، المكتبة الوطنية، بغداد ،بتاريخ ١٣\١٠\١٩٧٧ ،ص٢٤٠_ ص٢٤١ .

(٢) الفقيه كابيتان (Capitan) ، انظر : عبد المجيد الحكيم مع كلمة للأستاذ الكبير عبد الرزاق السنهوري ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي في مصادر الالتزام مع المقارنة والموازنة بين الفقه الغربي والفقه الإسلامي ، الجزء الأول ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، الطبعة الثالثة ، بغداد ، ١٩٦٩، ص٢٣٤.

(٣) د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد دراسة في النظرية العامة للالتزامات ،الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠١ ، ص٢٦٤.

(٤) نور الريس ،مصدر سابق ، ص٥٧_ ٥٨ .

ابتكره لأول مرة القضاء الفرنسي[١] ويعتبر عقد غير مسمى بالنسبة للقضاء العراقي[٢] ويعرفه أحد الفقه على انه (ذلك العقد الذي يحدد الشروط الرئيسة التي يلتزم الطرفان بأتباعها فيما يبرمانه من عقود لاحقة وهي عقود التطبيق أو عقود التنفيذ) وفي توصيف العقد (ان هذا العقد يحوي في طياته الشروط العامة أو الرئيسة التي تنظم العقود اللاحقة عليه فيكون بالنسبة لها كما الدستور بالنسبة للقوانين العادية فلا يجوز الحياد عن القواعد المذكورة فيه ، فيكون هو الموجه والمنظم والمراقب لهذه العقود)[٣] ، فهو اتفاق نهائي وهذا ما يميزه عن الوعد بالتعاقد بحيث يلتزم احد الطرفين أو كليهما لاحقا بأبرام العقود التطبيقية المتفق عليها[٤] ، فهذا العقد يضع الشروط للعقود المستقبلية اللاحقة عليه المتمثلة بالتطبيق أو التنفيذ وينظمها من أجل تحقيق هدف معين ولا يجوز مخالفة هذه الشروط [٥] .

على هذا النحو يمكن تفسير الإرتباط بين عقود الإعتماد المستندي حيث يبرم عقد الاعتماد من أجل تنفيذ عقد البيع (العقد الأساسي) وتبعا لذلك يتم ارسال خطاب الإعتماد الى المستفيد ، مما يعبر عن صلة حقيقية لا يمكن تجاهلها[٦] .

اذ ان العقد الأصلي يتضمن كافة شروط تنفيذه منها اشتراط الإعتماد المستندي ، ثم عقد الإعتماد الذي يدون فيه معلومات خاصة حول الأطراف المتعاقدة وقيمة الإعتماد

---

(١) وقد عرفه المشرع الفرنسي في المادة (١١١١) على انه "عبارة عن اتفاق بين اطراف العقد على تحديد المميزات والخصائص لعلاقاتهم العقدية المستقبلية" انظر : الدكتور هوزان عبد المحسن عبد الله ،عقود الاطار_ دراسة مقارنة في ضوء مرسوم قانون رقم (١٣١-٢٠١٦) للقانون المدني الفرنسي ، مجلة الحقوق_ تصدر عن مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ،مجلد ٤٦ ،عدد٥ ،يونيو ،سنة ٢٠٢٢ ،ص١٦٢ .

(٢) د. عطية سليمان خليفة ، عباس م موسى الياس ،عقد الاطار والقانون الواجب التطبيق عليه ، مجلة الكوفة للعلوم القانونية ، العدد ١٦ ،سنة ٢٠١٣ ، ص١٣٣ .

(٣) د. هوزان عبد المحسن ،مصدر سابق ، ص١٢٣_ ص١٢٤ .

(٤) د. محمد حسين عبد العال،ابرام العقد تطبيقا لعقد اخر في ظل فكرة اتفاق الاطار، بحث منشور بمجلة كلية الحقوق ،مطبعة جامعة البحرين ، المجلد الثالث ، الجزء الأول،٢٠٠٦ ، ص١٧ .

(٥) د. عطية سليمان وعباس موسى ، مصدر سابق ، ص١٢٦ .

(٦) د. هاني محمد دويدار ،النظام القانوني للتجارة العقود التجارية – العمليات المصرفية الاسناد البحري – الإفلاس ، ط١ ،بيروت ، ١٩٩٧م ، ص٤٢٢ ،ص٤٢٤.

الواجب دفعه الى المستفيد عند تسليم المستندات المطابقة لشروط البضاعة التي تم تحديدها في العقد الأول ليلتزم بها المصرف والمستفيد في العقود اللاحقة مما يوضح تقاربا مع عقد الاطار.

نلاحظ ان كل هذه المحاولات لتفسير التداخل بين العقود في عملية الإعتماد هي اجتهادات محدودة كون عقد الإعتماد عقد تجاري ذو طبيعة خاصة نابع من الحاجة الدولية لوسائل تبادل مضمونة بين التجار، فعلى الرغم من ان الغرض هو إعطاء التقويض مشروعيته الا انه يجب اتباع نهج قانوني أكثر ملائمة مع عملية الإعتماد يفسر مدى الإرتباط بين عقودها ويضع أساسا مقبولا للتقويض يستطيع القضاء ان يتكئ عليه مستقبلا.

ثالثا: التقويض يحافظ على مصداقية الاعتمادات المستندية

إزاء قصور الاستقلال في الإعتماد المستندي عن حماية الأطراف المتعاقدة في عقود البيع الدولية ، دفع الفقه الى إعادة النظر فيه ودراسة تقويضه ، اذ يرى أحدهم ان مبدأ الاستقلال المطلق بات عاجزا عن مواجهة محاولات الاحتيال التي من الممكن ان يمارسها الأطراف بسوء نية ولذلك فهو بحاجة الى إعادة النظر لكي يستوعب ما يمكن ان يطرأ على تنفيذ العقود من وقائع مادية أو قانونية وفضلا عن ذلك أصبح يؤثر سلبا على التوازن المالي بين الاطراف في عقود الإعتماد المستندي[١] ، مما حدا بالاتجاه الفقهي الحديث وبعض احكام القضاء الى الإعتراف بالتقويض حيث يعتقد أحدهم [٢] ان التقويض هو الحل للتصدي لكل فعل من شأنه المساس بمصداقية الإعتمادات المستندية

(١) د. حسام رضا السيد عبد الحميد ،الاستقلال بين العلاقات التجارية المرتبطة ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، العدد ٧٥ ، مارس ، ٢٠٢١ ، ص٧٥٦ .

(٢) محمد مرسي عبده ، الضوابط القانونية لمنع الغش البحري المؤسسي دراسة في احكام القضاء المقارن ، بحث منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعة و القانون ، المجلد ٤٥ ،عدد٢ ، ٢٠١٨ ، ص٣١.

مثل أفعال الغش في التجارة الدولية والبحرية خاصة ، وبما ان التقويض لا يستند الى أي نص يسمح به ضمن نصوص القواعد والأصول الموحدة أو التشريعات المنظمة لهذه العملية فالمسؤولية تقع على عاتق القضاء وقد يعارض البعض بدعوى ان الاستثناء على المبدأ ينص عليه القانون وليس للقضاء استنباطه مادام غير مصرح به ، ولكن من الممكن ان يستند القضاء الى القواعد العامة لتنفيذ العقود والتي تراعي مبدأين أولهما مبدأ حسن النية الذي يقتضي تنفيذ العقود بما اشتملت عليه بحسن نية، وثانيهما ان الغش يفسد كل المعاملات المدنية أو التجارية بالتالي يستند القضاء الى أساس قانوني يقوض الاستقلال في سبيل التصدي للعمليات الاحتيالية.

كما من الضروري ان نذكر ان الثغرات الموجودة في التنظيمات القانونية سواء في النصوص المكونة لها أو بنيتها وطبيعتها المعقدة تفسح المجال الى إمكانية استغلالها في عمليات احتيالية خصوصا ان الإعتماد المستندي بحد ذاته عملية تتخللها عدة عقود وتحكمها مبادئ على رأسها مبدأ الاستقلال بالتالي يتيح الفرص لإستغلالها من أحد طرفي عقد البيع او كليهما بالإتفاق بينهما على ان يكون الإعتماد المستندي عملية صورية لإخفاء تحويل رؤوس الأموال أو تبييضها(١)

بهذا الصدد نتناول المادة (٢٧) من القواعد الموحدة للإعتماد المستندي والتي نصت بأن " **تقبل المصارف مستند النقل النظيف فقط. مستند النقل النظيف هو ذلك الذي يخلو من أي عبارة أو إشارة تبين صراحة وجود عيب في حالة البضائع أو تغليفها. لا حاجة لأن تظهر كلمة " نظيف " على مستند النقل حتى لو نص الإعتماد على ان يحمل مستند النقل عبارة "نظيفة على المتن**"." يلاحظ على النص انه من النصوص المنظمة لشروط قبول المستندات، الا انه يركز على ظاهر المستند ويصرف النظر واقع البضاعة ، مما تشكل ثغرة قانونية لمصلحة المستفيد قد يستغلها لتمرير

(١) مرسي محمد عبدة ، الضوابط القانونية لمنع الغش البحري المؤسسي (دراسة في احكام القضاء المقارن) ، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ، المجلد ٤٥ ، عدد٢ ، الأردن ، سنة ٢٠١٨م ، ص٢٦.

مستندات تبدو قانونية في ظاهرها ولكنها تنطوي على غش ، بالتالي تنتج ممارسات احتيالية يسهلها الالتزام الشكلي بالقواعد الموحدة للإعتمادات المستندية ، وفي هذا الإطار يصف أحد الفقه الاحتيال في الإعتماد المستندي على انه (المستندات التي تحتوي ، صراحة أو ضمنا ، على بيانات جوهرية للحقائق التي يعلم المصدر انها غير صحيحة)[١]

لم يرد مثل هذا النص في القانون العراقي أو القوانين المقارنة ، الا انه تم النص على رفع مسؤولية المصرف اذا كانت المستندات مطابقة في شكلها لشروط العميل الآمر في مواد قانونية قد سبق ذكرها ، مما يحيلنا الى ذات النتيجة وان اختلف أسلوب المعالجة.

بناء على ما تقدم ، يمكننا القول ان التقويض يساهم في المحافظة على سمعة هذه العملية المصرفية فهو يقلل من مساعي الاحتيال والغش أو محاولات تحويل الأموال أو جرائم غسيل الأموال مادام ان القضاء سيذعن الى العدالة تاركا الانصياع وراء مبدأ يملي عليه الإجراءات في حلقة مفرغة لا تقوده الى عدالة ملموسة .

خلاصة الفصل

تناولنا في هذا الفصل مفهوم تقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي ، فعرفنا فيه الاستقلال ووجدنا ان التزام المصرف بدفع قيمة الإعتماد الى المستفيد مستقل عن العقد الأساس وما يطرأ عليه من منازعات ، كما انه التزام محدود حيث انه يقتصر على المطابقة الظاهرية للمستندات بصرف النظر عن حقيقة البضاعة المرسلة ، وقد تطرقنا الى تمييز مبدأ الاستقلال مما يشتبه به وتناولنا مظاهر هذا الاستقلال وخلصنا الى انه يرمي الى توفير الحماية للمستفيد والمصرف بالدرجة الأولى بغض النظر عن واقع المشتري فضلا عن ذلك ان بدفع المصرف قيمة الإعتماد الى المستفيد لا يدل على تمام

(١) اللورد ديبلوك (١٩٠٧_١٩٨٥) مشار له في مقال بعنوان (الجرائم المالية والاحتيال والعقوبات) منشور على الموقع الالكتروني (https://www.tradefinanceglobal.com) ، تاريخ الزيارة : ٢٠ / ٦ / ٢٠٢٥ الساعة ٦:١٣ م.

تنفيذ العقد الأساسي طالما ان المشتري في مركز قانوني ضعيف وغير راضي عن البضاعة المباعة إليه ، ولذلك تناولنا مفهوم تقويض هذا الاستقلال ووجدنا من خلال متابعة أهم الآراء الفقهية والبحث عن الوقائع القضائية انه حكم يفرضه الواقع العملي ويعمل على وضع ضوابط للاستقلال في الاعتماد المستندي ويعبر عن إرادة القضاء العادلة .

وخلصنا الى ان التقويض يتميز بخصائص معينة ، منها انه استثنائي ونسبي ويعزز مرونة عملية الإعتماد المستندي ، كما بيّنا ان الاستقلال المطلق يخضع عملية الإعتماد لتنظيم شكلي صارم فيؤدي الى جمودها وتبتعد العقود عن جوهرها وأهدافها التعاقدية وتختل المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة .

وناقشنا أهمية التقويض وأبرزنا الآراء الفقهية المؤيدة والمعارضة له في هذا السياق وتوصلنا الى أن التقويض يحمي العميل الآمر ويسهل حسم المنازعات ويوفق بين خطاب الإعتماد والعقد الأساسي على صعيد الممارسة العملية له .

إضافة الى ذلك ، فقد اوضحنا ان التقويض يساهم في مواكبة الواقع العملي ويشجع المفكرين القانونيين على مراجعة النصوص القانونية المنظمة للاستقلالية بين العلاقات ومحاولة تعديلها ، وهنا تظهر الأهمية النظرية للتقويض والتي ناقشنا فيها محاولات تفسير التداخل بين العقود وردها الى القواعد المدنية وإعطاء التقويض مشروعيته القانونية ، كما تناولنا فيها ان التقويض يحقق التكافؤ بين الائتمان والعدالة ، وأخيرا ، ان التقويض يحافظ على مصداقية الإعتمادات المستندية .

هذا ، ولغرض فهم أثر التقويض على عملية الإعتماد المستندي لابد لنا من بحث احكامه بشكل مفصل وذلك من خلال بحث تطبيقاته في الإعتماد المستندي من جانب ، وبيان الآثار القانونية المترتبة عليه من جانب آخر ، وهذا ما سنبحثه في الفصل التالي...

الفصل الثاني

احكام تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي

الفصل الثاني

احكام تقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي

يقصد بأحكام تقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي هي الآثار القانونية التي يرتبها على عملية الاعتماد المستندي و التطبيقات المنبثقة عنه ، فهذا التقويض ليس مجرد دراسة نظرية ونقاشات قانونية متفرقة في الكتب والبحوث القانونية ، بل ينتج عنه تطبيقات حقيقية عند تنفيذ الإعتماد المستندي مما يخلق آثارا تنعكس مباشرة على هذه العملية وتضفي عليها مرونة تتجاوز المفهوم التقليدي للاستقلال المطلق ، لذا فأن البحث في احكام التقويض يتطلب منا البحث في مسألتين ، المسألة الأولى تتعلق بتطبيقات تقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي وتتمثل بالتطبيقات التشريعية والتطبيقات القضائية وهذا الاختلاف ينشأ من مصدر التطبيق ، فبينما هنالك تطبيقات مستمدة من التشريع مثل تعليمات البنك المركزي في رعاية العملاء وحماية مصالحهم ، توجد تطبيقات تستند الى إجراءات قضائية منظمة .

هذا ، وبالنظر الى الدافع من تقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي فأن الهدف منه هو التركيز على تحقيق الموازنة بين الأطراف العقدية ، وحماية مصالحهم اقصى ما يمكن كونه يعد نتيجة املتها الحاجة العملية الناشئة عن تنفيذ الإعتمادات المستندية ، وبعد ان اوضحنا ان اهم ما يقدمه مبدأ الاستقلال المطلق هو الضمان للمستفيد بسبب استقلال التزام المصرف عن العقد الأصلي وعن عقد الإعتماد المستندي و مع أهمية هذا الأمر يجب ان يلاحظ انه قد يسمح للمستفيد ان يتعسف في الحصول على حقه ويعرض المشتري لمخاطر العملية التجارية فهو يحصل على الثمن ممثلا بقيمة الإعتماد من المصرف المصدر بصرف النظر عن تنفيذ عقد البيع من عدمه ، ومن هنا وجب تقويض هذا الاستقلال وبيان مردوده الإيجابي على استقرار البيوع التجارية الدولية وحماية مبدأ حسن النية في المعاملات المصرفية و تقليل المنازعات القانونية الناشئة عن التنفيذ

الشكلي للإعتماد ، لذلك سنبحث في الآثار القانونية المترتبة على تقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي .

من هنا سوف نقسم هذا الفصل الى مبحثين ، نخصص الأول للبحث في تطبيقات التقويض ، اما المبحث الثاني في آثار تقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي، على النحو الآتي :

المبحث الاول

تطبيقات تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي

ان السماح للمستفيد بالمطالبة بمبلغ الإعتماد المستندي واستيفاء قيمته بدون قيود استنادا الى التسليم المطلق باستقلال خطاب الاعتماد عن العقد الأصلي ، أمر يتعارض مع عدالة المعاملات التجارية وحسن تنفيذها والاطمئنان إليها ، ويجعلنا أمام اختلال واضح في التوازن بين مراكز الاطراف المتعاقدة ، بينما ان الهدف السامي من وضع القواعد القانونية هو تنظيم العقود وضمان حقوق الافراد فيها على مستوى واحد ، مما يتطلب تعزيز الحماية القانونية للطرف الضعيف .

وبالرغم من ان البعض يتمسك بمبدأ الاستقلال الا ان الواقع العملي افرز تطبيقات استثنائية يترتب عليها امتناع المصرف عن الوفاء الى المستفيد وتنعقد مسؤوليته خلاف ذلك ، هذه التطبيقات توضح ان استقرار عملية الإعتماد المستندي المترتب عن الاستقلال بين العلاقات انما هو مجرد استقرار ظاهري ، و لا يستطيع الصمود امام واقع التجارة الدولية خلال مرحلة التنفيذ والمشاكل التي تنبثق عنه ، اذ انها ليست مشاكل طفيفة يمكن صرف النظر عنها في سبيل الاستقلال المطلق بين العقود ، وانما هي مشاكل تؤثر على جوهر معاملة الاعتماد المستندي في حال كانت المستندات مغشوشة او عند بطلان العقد الأساس مما يستدعي رفع النزاع الى القضاء أو التحكيم قبل قيام المصرف بصرف قيمة الإعتماد الى المستفيد ، علاوة على ذلك فأن هذه التطبيقات

تكشف لنا بوضوح ان الهدف من التقويض ليس نظري فحسب ، بل انه ينبع من حرص حقيقي على حماية مصالح الأطراف الضعيفة وعدم المخاطرة فيها بذريعة الاستقلال بين العلاقات.

ولغرض تسليط الضوء على تطبيقات تقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي ، سنقسم هذا المبحث الى مطلبين ، نتناول في الأول التطبيقات التشريعية وفي المطلب الثاني التطبيقات القضائية ، على النحو الآتي :

المطلب الأول

التطبيقات التشريعية

يشكل التقويض تطورا في تنظيم مبدأ الاستقلال وفهمه ، حيث انه يدخل مرونة نسبية على منظومة الإعتماد المستندي بما يفسح المجال للقضاء في تكييف القضايا والمنازعات عند وجود حالات استثنائية غير منصفة ، وبناء عليه ظهرت تطبيقات للتقويض تستند الى نصوص القانون و تعد بمثابة نقطة انطلاق نحو استقلال نسبي بين عقود الإعتماد المستندي ، لذلك نعرض هذه التطبيقات تباعا ، على النحو الآتي :

الفرع الأول

الغش في المستندات

يعد فحص المستندات أهم التزام يترتب على عاتق المصرف ، بحيث يجب عليه ان يتأكد من تقديمها في ميعادها ومن مطابقتها للشروط المدونة في خطاب الإعتماد ، ويحكم التزامه هذا قاعدة التنفيذ الحرفي لتعليمات العميل الآمر[١] ،ويمتنع على المصرف

(١) اكدت ذلك محكمة النقض المصرية في حكم لها جاء فيه (فتح البنك اعتمادا مستنديا للوفاء بثمن صفقة تمت بين تاجرين . التزامه بالوفاء. شرطه . تطابق مستندات البائع وشروط فتح الاعتماد . ليس للبنك في ذلك ادنى سلطة في التقدير او التفسير) ، الطعن رقم ١٩٨ لسنة ٣٩ قضائية جلسة ٢٦ / ١ / ١٩٧٦.

غض النظر عن أي مخالفة في المستندات[١] ، كما يجب عليه ان يتأكد من مطابقة المستندات من حيث العدد لما هو مطلوب في عقد فتح الإعتماد ولا يتمتع المصرف في هذا السياق بأية سلطة تقديرية ، فليس له على سبيل المثال ان يوافق على مستند عوضا عن آخر ، وليس له ملئ النقص الموجود في مستند معين ببيانات مستند آخر ، وعليه ان يتحقق من عدم وجود تناقض بين المستندات ، أو انه يتعامل مع مستندات غير متطابقة غير انها تشتمل على تحفظات من البائع أو الشاحن أو شركة التأمين[٢] ، كما يجب ان يكون قرار المصرف بقبول المستندات أو رفضها قرارا نهائيا ، إذ لا يستطيع المصرف إصدار قبولا مشروطا أو مع تحفظ فأما الرفض أو القبول حصرا[٣].

بناء على ما سبق ، يمتنع على المصرف قبول المستندات المخالفة أو الناقصة أو المتناقضة فيما بينها[٤] ، فله رفض الوفاء أو التداول في حالة وجود تناقض واضح في المستندات وعلى هذا نصت المادة (١٨/ج) من الأعراف الموحدة بالقول "**يجب ان يطابق وصف البضائع والخدمات او الأداء في الفاتورة التجارية لوصفها في الإعتماد.**" وكذلك الحال اذا وجد اختلاف جسيم بين المستندات ، ويجب عليه ان يخطر العميل الآمر بالرفض مع ذكر الأسباب ، وقد نصت على ذلك المادة (١٦) من الأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية – نشرة رقم ٦٠٠ بأنه " **أ. عندما يقرر المصرف المسمى الذي يتصرف بناء على تسميته أو المصرف المعزز ، ان وجد ، أو المصرف المصدر بأن التقديم غير مطابق ، يمكن ان يرفض الوفاء او التداول .**" وقد أشار المشرع العراقي لذلك في المادة (٢٧٩) من قانون التجارة العراقي النافذ والتي نصت بأن " **أولا**

(١) د. بلعيساوي محمد الطاهر ، التزامات البنك في الاعتمادات المستندية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، ٢٠١٢، ص٣١.

(٢) د. عصام حنفي محمود ، قانون التجارة الدولية ، كلية الحقوق ، جامعة بنها ، ص١٣٣.

(٣) د. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية دراسة للقضاء والفقه المقارن وقواعد سنة ١٩٨٣ الدولية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ ، ص ٣٠٣.

(٤) جاء ذلك في قرار صادر عن محكمة النقض المصرية والتي نصت على (يحق للبنك رفض المستندات المقدمة اليه والامتناع عن صرف قيمتها في حدود الاعتماد المفتوح اذا وجد بينها تناقضا ...) انظر : د. احمد محمود حسني ، قضاء النقض التجاري ، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٠م، ص٤١.

: على المصرف ان يتحقق من مطابقة المستندات لتعليمات الآمر بفتح الإعتماد[١] . **ثانيا : اذا رفض المصرف المستندات فعليه ان يخطر الآمر بذلك فورا مبينا له أسباب الرفض**" ، اما عند وجود نقص مستندي عدا الفاتورة التجارية ، وكان الوصف العام للبضاعة يتفق مع وصفها المدون في الإعتماد بالرغم من النقص الحاصل ، يمكن قبولها طالما تتضمن وصفا تاما للبضاعة[٢] وقد نصت على ذلك المادة (١٤/هـ) من القواعد والأصول الموحدة بالقول "**في المستندات ما عدا الفاتورة التجارية يمكن ان يكون وصف البضائع أو الخدمات أو الأداء ، اذا نص عليه، بصيغة عامة شريطة الا يتعارض مع وصفها في الإعتماد**" كما يعد خطاب الإعتماد أساس فحص المستندات ومطابقتها ، كونه يتضمن شروط المستندات المطلوبة من قبل العميل الآمر فيجب على المصرف مطابقتها مع المستندات المقدمة من المستفيد كما يجب على المستفيد التقيد بهذه الشروط عند تقديم المستندات المطلوبة وبخلاف ذلك يتم رفضها بكل الأحوال[٣].

بناء عليه تعد المستندات أساس عملية الإعتماد المستندي ، الا ان تنفيذ هذه العملية لا يكتمل الا بتقديم مستندات سليمة وخالية من الغش ، اذ يعد الغش وسيلة احتيالية بارزة ومنتشرة في أغلب النشاطات التجارية خصوصا في نطاق القطاع المصرفي المعروف بعلاقته المباشرة بالإقتصاد الوطني[٤] ، ولذلك حظي موضوع الغش في الإعتماد المستندي بإهتمام فقهي واسع والمقصود به (قيام المستفيد متعمدا

(١) وقد اكدت هذا المعنى محكمة النقض المصرية في حكم صادر لها جاء فيه (يتعين على البنك فاتح الاعتماد ان يفحص كافة الوثائق التي يقدمها المستفيد بعناية معقولة للتأكد من مطابقتها في ظاهرها لشروط ، وتفاصيل الاعتماد مطابقة حرفية كاملة دون أي تقدير لمدى جوهرية أي شرط فيها ، اذ قد يكون له معنى فني لا يدركه البنك ، او موضع اعتبار خاص لدى الامر).
الطعن رقم ١٢٢٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ٩ / ٧ / ١٩٩٠ ، مشار اليه لدى د. محمد منير الجنيبهي و د. ممدوح منير الجنيبهي ، اعمال البنوك ، ط٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص١٧٢ ، ص١٧٣.

(٢) د. محمد جاسم محمد ، الجوانب القانونية لتصدع مبدأ الاستقلالية في الاعتماد المستندي ، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية ، العدد الثاني والعشرون ، ٢٠٢١ ، ص٥٣، ص٥٤.

(٣) د. محي الدين إسماعيل علم الدين ، موسوعة اعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ،ج٢ ، مطبعة النسر الذهبي للطباعة ، عابدين ، مصر،٢٠٠١ ،ص١١٣٣.

(٤) د. محمود محمد سعيفان ، تحليل وتقييم دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، ٢٠١٠ ، ص٦١.

وبارادته بتقديم مستندات تبدو في ظاهرها مطابقة لشروط الإعتماد المستندي ويصعب اكتشاف عيبها أو تزويرها بمجرد الفحص)[١] .

يبدو ان التعريف يسلط الضوء على نية المستفيد في الإحتيال على المشتري وتقديم مستندات لا تتفق مع وضع البضاعة وهذا هو مكمن الخطورة اذ ان المستفيد يدفع المصرف الى الوفاء في مقابل مستندات عديمة القيمة ، الأمر الذي يضر بالمشتري والمصرف معا بحيث يرى أحد الشراح ان الغش يسلب المصرف ضمانه فاذا كانت البضاعة المرسلة مغشوشة فأن ذلك يجعل رهنها لا طائل منه[٢] ، وفي هذا الصدد هناك رأي في الفقه الأمريكي يذهب الى ان الخطأ الجسيم يعتبر غشا جسيما مشيرا الى ان (الغش الجسيم انما هو خرق غير مغتفر لالتزام المستفيد)[٣]، ويذهب أحدهم الى تأكيد ذلك بالقول(ان الوصف الخاطئ للبضاعة في المستندات يعتبر خطأ جسيما يصل الى درجة الغش) [٤]، مع ذلك تخلو الأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية نشرة رقم ٦٠٠ من تنظيم مسألة الغش كسبب لتقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي[٥] ، و لم يتطرق التشريع العراقي لتنظيم الغش في الإعتماد المستندي في قانون التجارة الحالي ولا القوانين السابقة ، بالرغم من ذلك يمكن الرجوع لتنظيم هذه المسألة الى نص

---

(١) احمد غنيم ، الاعتماد المستندي والتحصيل المستندي ، بدون دار نشر ،١٩٨٩ ، ص٥٩.

(٢) بلعيساوي محمد الطاهر ، مصدر سابق ، ص٢٧٣.

(3) Edward. Jr .Symons, Letter of Credit : Fraud , Good faith and the basis of injunctive relief , USA , Harvard law review , vol.94 , 1982, P.348.

(٤) القاضي باليش حينما يعلل حكم صادر عنه في قضية Societe Metallurgique d'Aubrvies and Villerupt (VS) British Bank For Foreign Trade ، مشار اليه لدى :
(1922)Lloyds Law Reports , p.168.
وقد صدر حكما في قضية New York Life insurance Co. (VS) Hartford Nat. Bank and Trust Co تم بموجبه ربط الخطأ الجسيم بالغش ، جاء في مضمونه : (الغش الجسيم ... يبرر عدم الوفاء بقيمة الاعتماد)، مشار اليه لدى :
جهاد الجراح ، اثر الغش في العقد الأساسي على التزام البنك بوفاء قيمة الاعتماد المستندي ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، الأردن ، ١٩٩٩، ص٨٣.

(٥) اما اتفاقية الأمم المتحدة للكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة ١٩٩٨ فقد نسبت الى القوانين الوطنية مسألة تنظيم الغش في الاعتمادات المستندية.

الفقرة الأولى من المادة التاسعة من قانون حماية المستهلك[١] رقم ١ لسنة ٢٠١٠[٢] والتي نصت على " **يحظر على المجهز والمعلن ما يأتي :**

أولا : ممارسة الغش والتضليل والتدليس وإخفاء حقيقة المواد المكونة للمواصفات المعتمدة في السلع والخدمات كافة . " يتضح من النص انه لم يقتصر على السلع فحسب بل انه يتضمن باقي الخدمات الأخرى مما يجعله نص مرن يمكن تطبيقه على نطاق واسع ليشتمل على كافة المعاملات التجارية الأخرى.

اما بالنسبة الى موقف المشرع المصري فهو الآخر لم ينظم الغش في الإعتماد المستندي غير انه يجرم الأفعال المنطوية على غش وتدليس في قانون قمع التدليس و الغش[٣] رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤.

اما بالنسبة لقانون التجارة الأمريكي الموحد (U. C. C.) فقد نص على الغش في الإعتماد المستندي في المادة (١٠٩-٥) التي سبق ذكرها ، ونظرا لذلك فأنه يعد من أكثر القوانين وضوحا في تنظيم الغش المقوض للاستقلال في الإعتماد المستندي .

و لقد أقر القضاء إمكانية تقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي عند ثبوت الغش في المستندات[٤]، كما اكد على ضرورة حرص المصارف على حقوق العملاء عند

---

(١) قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠ ، منشور في الوقائع العراقية ، العدد (٤١٤٣) بتاريخ ٨ شباط ٢٠١٠.

(٢) د. محمد جاسم محمد ، مصدر سابق ، ص٥١.

(٣) القانون رقم ٤٨ الصادر بتاريخ ١٦ / ٩ / ١٩٤١ المنشور بتاريخ ١٨ / ٩ / ١٩٤١ في الوقائع المصرية ، الذي تم تعديله بالقانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ بتاريخ ٢٩ / ١٢ / ١٩٩٤ ، تناول المشرع المصري في هذا القانون طرق غش المتعاقد ووضع لها عقوبة الحبس ، وهذا الغش قد يتعلق في تسليم بضاعة تختلف عن المواصفات المتفق عليها او خداع المشتري في طبيعة البضاعة او نوعها او جودتها او مقدارها وغير ذلك.

(٤) كما في القضاء الفرنسي اذ أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما مفاده ان المصرف لا يسأل عن تنفيذ الاعتماد حتى لو كانت البضاعة المرسلة لا تتفق مع المستندات المقدمة اليه من المستفيد طالما كانت مطابقة لتعليمات العميل الامر المدونة في خطاب الاعتماد ، الا اذا كان هناك غش صادر من المستفيد مع علم المصرف بذلك ، القرار صادر بتاريخ ٢ ديسمبر ١٩٧٤ ، نشر في الفصيلة ١٩٧٥ ، صفحة ٥٧٤ . وكذلك أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما جاء فيه (يرتكب غشا المستفيد الذي يقدم الى البنك شهادات مراقبة لا تحمل توقيع الأشخاص المختصين بتنفيذ هذه الرقابة ، وفواتير ذكرت بضاعة وكمية مخالفة للمشحون حقيقة للمشترين الامرين . و لا يستطيع المستفيد _ بالتالي _ ان يدعي على البنك انه قد ارتكب بدوره خطأ لكونه لم يراقب صحة توقيعات المستندات وان البنك لذلك نزل عن حقه في الرجوع عليه متى دفع له بدون تحفظ . وتطبيقا لقاعدة " الغش يفسد كل

تنفيذ الإعتماد بالتالي اذا كان المصرف عالما بالغش فأنه يكون مسؤولا قبل المتضرر وملزما بتعويضه[١].

وعلى الرغم من ذلك فأن القضاء العراقي لم يقوض الاستقلال عند حصول غش في المستندات حيث قررت محكمة تمييز العراق في احدى قراراتها ان مسؤولية المصرف تقتصر على الفحص الظاهري للمستندات وليس من واجبه فحص البضاعة بصورة فعلية أو التحقق من خلو المستندات من الغش والتزوير[٢] ، اما القضاء المصري فيرى ان من

=شيء" يتحمل البائع الضرر الذي سببه للبنك الذي قدم هو اليه عمدا مستندات لا قيمة لها بقصد غشه) ، قرار محكمة النقض الفرنسية التجارية صادر بتاريخ ٦ مايو ١٩٦٩ ، منشور في مجلة J. C. P ، العدد الثاني ، ١٩٧٠ ، رقم المرجع داخل المجلة ١٦٢١٦ . وكذلك طرحت قضية على المحاكم الإنكليزية اثير فيها موضوع الغش في المستندات تدور وقائعها حول مستندات قدمت الى المصرف وكانت تنطوي على تزوير مواصفات البضاعة المتفق عليها وأشارت المحكمة في هذه القضية الى ان المصارف تشهد حالات غش فعلية وانها ترتبط مع المستفيد وفقا لخطاب الاعتماد ملتزمة في ذلك بالمبادئ الارشادية المتبعة في الاعتمادات المستندية ولذلك قد تصرف قيم الاعتمادات المستندية مع ان المستندات تنطوي على غش لانه لا يمكن اثباته تماما ، القضية مذكورة عند Hamed alavi , Mitigating The risk of fraud in Documentary letters of credit , p. 15. وهو متاح على الموقع الالكتروني (http\\www.degruyter.com) تاريخ الزيارة ٢٠٢٥\٦\٣٠ الساعة ٨:٣٤ p.m . وأيضا عرض على القضاء الجزائري قضية تتعلق بالغش في الاعتماد المستندي يمكن ايجاز وقائعها في ابرام عقد بين (أ) مع (ب) الذي هو شركة توريد الحديد الخام الاوكراني ، وتم الاتفاق بينهما على تنفيذ العقد وتسوية ثمن البضاعة من خلال فتح اعتماد مستندي لدى احد المصارف ، اتضح لاحقا ان المستندات التي قدمها (ب) هي في الحقيقة مستندات مغشوشة سعت عبرها الشركة الى تقاضي مبلغ الاعتماد مما حدا بالمتعاقد (أ) الى الحصول على قرار من المحكمة لوقف صرف مبلغ الاعتماد الى الشركة ، القضية مشار لها لدى : يوسف بنيا صير ، سلسلة الاحكام القضائية ، مجلة السوابق القضائية ، العدد ٢٠١٣، متاحة على الموقع الالكتروني (commercial adala.justice.gov.ma) تاريخ الزيارة ٢٠٢٥\٦\٣٠ الساعة ٩:٠٠ p.m .

(١) نص القرار : (... ثانيا ان من الصالح العام ان يكون تعامل البنك في الداخل والخارج مراعيا لصالح المتعاملين معها بأن تحرص على أموالهم حرصها على ربحها فأن افتقد عامل الحرص في تنفيذ التزاماتها هذا حقت عليها المسؤولية تجاه من تعامل معها) ، منشور في مجلة المصرفي ، السنة الأولى ، ص٦٤ الرقم ٣٣ / استئنافية / ١٩٧٠ في ٨/ ١٠ / ١٩٧٠ عن النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الأولى ، كانون الأول ، ١٩٧١ ، ص١٠١ ، وأيضا صدر قرار عن محكمة تمييز العراق جاء فيه (البائع وفى بالتزامه بتقديمه المستندات التي وجدها البنك مطابقة لشروط فتح الاعتماد ، فأن قصر في ذلك او قبلها وهي غير مطابقة فعليه وزر خطئه ...الخ) ينظر : مجلة ديوان التدوين القانوني ، السنة الخامسة ، العدد الأول ، حزيران ، ١٩٦٦ ، ص٢٨٨ والصفحات التي تليها .

(٢) فقد عرضت امام المحاكم العراقية قضية مفادها قيام مصرف عراقي بفتح ثلاث اعتمادات مستندية بناء على طلب تاجر عراقي معروف من اجل استيراد الاخشاب والحديد من احدى الشركات النمساوية التي عرضت عليه أسعار تنافسية ، واشترطت ان تكون التسوية التجارية عن طريق فتح اعتماد مستندي ، وبعد ان قام المصرف بفتح الاعتماد المستندي ودفع ٢٥% من قيم الاعتمادات الثلاثة وفقا لما تم الاتفاق عليه تمهيدا لدفع الباقي على شكل دفعات مؤجلة ، اكتشف ان المستفيد الأجنبي متمرس في الاحتيال و التزوير ، وان كل المستندات المقدمة كانت

حق المصرف الإمتناع عن الوفاء الى المستفيد اذا كانت المستندات متناقضة فيما بينها[١] ونحن نعتقد انه يمكن القياس عليه في حالة الغش لأن المستندات مخالفة لشروط فتح الإعتماد في كلا الحالتين .

وخلاصة القول ، ان الغش في المستندات يعد أول تطبيق تشريعي لتقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي ، اذ اتفق عليه الفقه والقضاء معا ، في محاولة واضحة لتكريس العدالة والحرص على المحافظة على الحقوق العقدية بحيث اجيز للمصارف عدم الوفاء الى المستفيد متى ثبت بالأدلة الحاسمة ان المستندات المقدمة مزورة أو احتيالية ، وبالرغم من ان الغش في المستندات قد اعتبر استثناء على مبدأ الاستقلال منذ فترة ليست قليلة الا اننا نلاحظ ان القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية قد أبت الاعتراف به حتى في التعديل الأخير لها في سنة ٢٠٠٧ النشرة (٦٠٠) .

الفرع الثاني

المقاصة

تعرف المقاصة في القانون المدني العراقي بمقتضى نص المادة (٤٠٨) بأنها "**المقاصة ، هي اسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه.**" وبناء على نص المادة ، يقصد بالمقاصة انها وسيلة للوفاء

=مزورة وانها وهمية ولا تمثل اية بضاعة وانتهى الحكم الى اعفاء المصرف العراقي من المسؤولية وتحديدها بمطابقة المستندات ظاهريا وعدم الزامه بفحص فعلي للبضاعة او التحقق من صحة المستندات وخلوها من الغش ، ومن ثم رجع المصرف على العميل الامر بما دفعه من مبالغ الاعتمادات المستندية الثلاثة الى المستفيد ، فتبين ان العميل في وضع مادي ضعيف جدا ولم يكن يملك شيئا يقدمه للمصرف الفاتح مما أدى الى تكبد المصرف هذه الخسارة ، القرار صادر عن قضاء محكمة تمييز العراق ، رقم القرار ٦٢٧ ، حقوقية ، بتاريخ ٢٨ /١١ / ١٩٦٨ ، المجلد الخامس ، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨ ، ص٤٢٣ ، ص٤٢٤.

(١) نص القرار : (يحق للبنك رفض المستندات المقدمة إليه والامتناع عن صرف قيمتها فى حدود الاعتماد المفتوح إذا وجد بينها تناقضاً ، وإن كان يجوز له صرف قيمتها بتسوية مشروطة أى معلقة على شرط فاسخ هو رفض العميل المشترى لها مع حقه في ردها إلى المستفيد واسترداد قيمتها عنه نقداً أو بإجراء قيد عكسى بدفاتره إذا كانت التسوية قد تمت بطريق القيد في حساب المستفيد لديه .) ، الطعن رقم ١٦٨٥ سنة ٥٨ ق جلسة ١٩ / ٦ / ١٩٨٩ ، مشار اليه لدى : د. احمد محمود حسني ، مصدر سابق ، ص٤١.

ينقضي بها دينين متقابلين عند تساويهما أو عند اختلافهما بمقدار الأقل منهما ، وتتحقق المقاصة عند وجود شخصين أحدهما دائن ومدين للأخر في الوقت نفسه بدين واجب الوفاء يقابله آخر حال الأداء ، فيسقط الدينين عند تساويهما أو تقع المقاصة بمقدار الدين الأقل من كليهما وما زاد عنه يعد دينا واجب الأداء في ذمة الطرف المدين به ، فيترتب عليه سقوط دينين متقابلين ومتماثلين[١] في الجنس والوصف[٢] ، بناء على ذلك تعد المقاصة ذات أهمية بالغة في المعاملات التجارية ، خاصة في الحسابات الجارية و المعاملات المصرفية ، ذلك انها تنطوي على فائدتين ، الأولى انها وسيلة وفاء والثانية انها وسيلة ضمان ، فهي وسيلة للوفاء كونها تؤدي الى انقضاء الدينين وتسوية الذمة المالية للمدينين ، وبذلك تعتبر المقاصة إحدى طرق انقضاء الإلتزامات ،وهي وسيلة ضمان ذلك لأنها تكفل للدائن استيفاء حقه متقدما على سائر الدائنين الآخرين[٣] ، وهو ما أكده احد الفقه القانوني بالقول (وأما أن المقاصة أداة ضمان، فذلك ظاهر أيضا من أن الدائن الذي يستوفي حقه من الدين الذي في ذمته لمدينه، إنما يختص بهذا الدين الذي في ذمته دون غيره من دائني المدين، فيستوفي حقه منه متقدما عليهم جميعا، وهو وإن كان دائنا عاديا في حكم الدائن المرتهن أو الدائن في حق الامتياز، والدين الذي في ذمته في حكم المال المرهون المخصص لوفاء حقه، ومن ثم تكون المقاصة من شأنها أن تقدم للدائن تأمينا، فهي في هذا الوجه أداة ضمان)[٤] ، نلاحظ ان هذا الرأي يبرز لنا ان

---

(١) وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية في الحكم رقم ٦٧٣ لسنة ٧١ قضائية الصادر بجلسة ٢٤ / ٦ / ٢٠٠٩ على ان (المقرر – في قضاء محكمة النقض- ان المقاصة قانونية كانت ام قضائية فهي انقضاء الالتزام المستحق عليه لدائنه دون تنفيذه عينا نظير انقضاء ما هو مستحق له قبل هذا الدائن وهو ما يقتضي وجود التزامين متقابلين متماثلين في المحل ولو كان لكل منهما سبب مغاير لسبب الالتزام المقابل.) منشور على الموقع الالكتروني (حماة الحق) ، الرابط (https://jordan-lawyer.com/2021/02/07) ، تاريخ الزيارة ٣ تموز ٢٠٢٥ ، الساعة ١١:٠٠ مساء.

(٢) الزرقاء ، مصطفى احمد الزرقاء ، نظرية الالتزام العامة ، الطبعة الأولى ، دار الحياة ، دمشق ، ١٣٨٤هجري ، ١٩٦٤ م ، ج٢ ، ص٤١٥ ، ص٤١٦.

(٣) د.محمود علي محمد العمري واخرون ، المقاصة في فقه القانون المدني الأردني واهم تطبيقاتها في القانون المدني التجاري، المجلة المصرية للقانون والاقتصاد ، العدد الحادي والثلاثون، الجزء الثالث ، ٢٠١٦ ،ص١٥٠٧.

(٤) السنهوري ، عبد الرزاق احمد ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،ج٢ ، الطبعة الثالثة ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٠م ،

المقاصة قد تعطي للدائن أفضلية في استيفاء دينه من الطرف المدين دون غيره من الدائنين ويعتبرها كأنما أداة ضمان للحصول على دينه[١].

اما على مستوى الإعتمادات المستندية ، فلا يمكن الحديث عن اجراء المقاصة بين العميل الآمر والمصرف الفاتح للإعتماد المستندي ، لأن المصرف حينها سيأخذ حقه من مبلغ الإعتماد الذي خصص للوفاء بثمن البضاعة مما يخل بالغرض الأساسي من عقد الإعتماد المستندي على إعتباره وسيلة مصرفية لتسوية البيوع الدولية لا لتسوية المديونية القائمة بين المصارف والعملاء ، واعتبارا لذلك سيتم توجيه هذا الفرع نحو تطبيق المقاصة بين المصرف والمستفيد ، و السؤال الذي يثار هنا ، **هل تمثل المقاصة الحاصلة بين المصرف والمستفيد تقويضا لمبدأ الاستقلال بين العلاقات ؟**

يمكننا الإجابة عن هذا التساؤل بالرجوع الى الفقه ، حيث يذهب رأي الى ان المقاصة على اختلاف أنواعها ، القانونية و القضائية والاتفاقية ، تحل محل الوفاء وينتج عنها أثره ، اذ تقع فيما لو كان المستفيد مدينا للمصرف بدين معين ودائنا له بمبلغ الإعتماد المستندي في ذات الوقت ، فتتقضي المديونية بالنسبة لكل من المصرف والمستفيد أو يسقط الدينين بمقدار الأقل منها ويبقى المبلغ الباقي دينا في ذمة مدينه ، ومن ثم يكون من حق المصرف الرجوع على العميل الآمر بقيمة ما دفع الى المستفيد[٢]، يلاحظ ان هذا الرأي ينصرف الى بيان سير الالية القانونية الخاصة بالمقاصة اذا توافرت

---

(١) ومن التطبيقات القضائية للمقاصة حكم صادر عن محكمة استئناف نينوى والذي ورد فيه (لدى التدقيق والمداولة ... وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون من حيث النتيجة لان المال المطلوب اجراء المقاصة فيه ورسوم قانونية لا تجري المقاصة فيها لعدم توفر شروط المقاصة المنصوص عليها في المواد من م ٤٠٨ مدني م ٤٠٩ مدني م٤١٠ مدني م٤١١ مدني وم٤١٢ من القانون المدني ...) والذي يتبين من خلاله التزام القضاة بشروط المقاصة الواردة في المواد المدنية المذكورة في نص القرار .
حكم محكمة استئناف نينوى ، الهيئة التمييزية بالرقم ٧٤ بتاريخ ٢٦ / ٧ /٢٠٠٩ ، منشور في قاعدة التشريعات العراقية على الموقع الالكتروني https://iraq1d.e-sjc-services.iq ، تاريخ الزيارة : ١٨ / ٧ / ٢٠٢٥ ، الساعة ١:٤٠ م.

(٢) محي الدين إسماعيل علم الدين ،موسوعة اعمال البنوك من الناحية القانونية و العملية ، ج٣، شركة مطابع الطناني ، مصر، ١٩٨٧ ،ص١٣٠١.

شروطها دون الاكتراث بالتنظيم القانوني الخاص بالعملية المصرفية والمبادئ التي تحكمها.

فيما يذهب رأي آخر من الفقه الى ان وقوع المقاصة القانونية بين المصرف والمستفيد يمكن ان يؤدي الى تقويض مبدأ الاستقلال في الإعتماد المستندي ، كما يمكن ان يفضي الى تراجع في اللجوء الى الإعتماد المستندي كوسيلة لتسوية البيوع الدولية ، لأنه يقلل المبلغ الذي يحصل عليه المستفيد مما يؤثر سلبا على الرغبة في اشتراط التسوية التجارية بواسطة الإعتمادات المستندية ، فضلا عن ذلك فانه قد يفتح بابا للتفاوض بين البائع والمشتري في عقد البيع حول مسألة اختيار المصرف الذي يقوم بتنفيذ الإعتماد المستندي خصوصا من جانب البائع الذي ليست له مصلحة بفتح إعتماد مستندي لدى مصرف يكون دائنا له ، وبرز رأيا مغايرا لهذا المنظور يعتقد ان من حق المصرف أن يتمسك بالمقاصة القانونية بين حق المستفيد المباشر والمترتب عن الاعتماد القطعي في مبلغ الإعتماد ودين له في ذمة المستفيد طالما تحققت شروطها ولا يعتبر ذلك تقويضا للإستقلالية وانما هو تطبيقا حقيقيا للقانون[١].

وفي عرض آخر للموضوع ، يجيز رأي فقهي وقوع المقاصة بين الدينين وذلك فيما اذا نشأ نزاع يتعلق بأصل الحق، فيستطيع المصرف عندها على إعتباره دائنا الحصول على حكم قضائي من المحكمة المختصة لتوقيع الحجز على الأموال الموجودة في حيازته (مبلغ الإعتماد) ، ومن ثم فله المطالبة بأعمال المقاصة القضائية[٢] ، ويبدو انه عرضا سديدا ومتناسبا مع أحكام القواعد القانونية المنظمة للمقاصة بالتالي لا نملك القدرة على مخالفتها ، ويمكن الإعتماد على هذا الرأي لتأسيس مشروعية المقاصة في الإعتماد المستندي.

---

(١) د. سميحة القليوبي ، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري ،ط٥ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص٨٢٥.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني (احكام الالتزام) ، الجزء الثاني ، العاتك لصناعة الكتب – المكتبة القانونية ، بغداد ، ،ص٤٥٦.

لـم يـرد نـص فـي الأصـول والأعـراف الموحـدة للاعتمـادات المسـتندية يجيـز وقـوع المقاصـة فـي الإعتمـاد المسـتندي[١] ، وهـو أمـر بـديهي طالمـا لـم يـنص علـى إمكانيـة تقـويض الاستقلال في الحالات الاستثنائية .

امـا بالنسـبة لموقـف القـوانين المقارنـة فـي هـذا الخصـوص ، فعنـد مراجعـة نصـوص القـانون العراقـي والقـوانين المقارنـة لـم نجـد نـص قـانوني يـنظم اجـراء المقاصـة بـين كـلا مـن المصـرف والمسـتفيد ، أو علـى الأقـل الموافقـة علـى تطبيقهـا واحالـة أمـر تنظيمهـا الـى القواعـد العامـة فـي القـانون المـدني ، وهـو مـا يعـد نقـص تشـريعي لكـون المقاصـة وسـيلة قانونيـة لإنقضـاء الـديون وتسـوية الـذمم الماليـة للأطـراف العقديـة كمـا ان العلاقـات التعاقديـة الثنائيـة سـواء كانـت تجاريـة أم مدنيـة ترتـب التزامـات متقابلـة بـين الطـرفين ، الـذي يجـب ان يكـون أحـدهما دائنـا والأخـر مـدينا كمـا فـي العلاقـة بـين المصـرف والمسـتفيد اذ ان الأصـل ان المصـرف مـدينا للمسـتفيد بمبلـغ الإعتمـاد حـال تسـلمه مسـتندات مطابقـة ولكـن يمكـن ان يكـون دائـن عليـه بـدين مصـدره علاقـة خارجيـة ، الأمـر الـذي يفسـح المجـال لأجـراء المقاصـة عندما تتحقق شروطها ، مما يقوض الإستقلالية بين العلاقات .

بنـاء علـى مـا تقـدم ، عنـد النظـر فـي القـدرة علـى تطبيـق المقاصـة علـى الـديون الناشـئة بـين المصـرف والمسـتفيد ، يتبـين لنـا انهـا مسـتوفية لجميـع شـروطها ، مـن حيـث وجـود دينـان متقـابلان (ديـن المسـتفيد المترتـب فـي ذمـة المصـرف والمتمثـل بمبلـغ الإعتمـاد بموجـب خطـاب الإعتمـاد ودين المصـرف المترتـب فـي ذمـة المسـتفيد بموجـب علاقـة خارجيـة) ، كمـا إنهمـا مـن جـنس واحـد ولهمـا وصـفا واحـدا واحـدهما مسـتحق الأداء والأخـر واجـب الوفـاء ، ولهمـا نفـس القـوة مـن حيـث القـدرة علـى المطالبـة القضـائية بهمـا فـلا يوجـد مـانع قـانوني يحـول دون إمكانيـة وقـوع المقاصـة القانونيـة ، واسـتندنا فـي هـذه المقاربـة الـى نـص المـادة (٤٠٩)

(١) اما بالنسبة الى اتفاقية الأمم المتحدة للكفالات المستقلة (اليونسيترال) لعام ١٩٩٥ فأنها تخول للمصرف تطبيق المقاصة وذلك في المادة (١٨) منها والتي تنص بأن " مالم ينص تعهد او يتفق الكفيل المصدر والمستفيد على خلاف ذلك في غير هذا التعهد ، يجوز للكفيل المصدر ان يستفيد من أداء الالتزام بمقتضى التعهد من حق في المقاصة باستثناء اية مطالبة يتنازل له عنها الأصيل / الطالب او الطرف الاخر."

من القانون المدني العراقي والتي نصت بأن " ٢- **ويشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنسا ووصفا وحلولا وقوة وضعفا** ، ... " .

وبعد الطرح المتقدم ، يمكننا القول ان المقاصة تعد تطبيق تشريعي لتقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي ، ذلك ان القانون يسمح بها عند تحقق شروطها .

الفرع الثالث

تعليمات البنك المركزي في رعاية العملاء وحماية مصالحهم

ان التطور الحاصل في الجانب الاقتصادي والثقافي والمصرفي يفرض توفير الحماية القانونية لعملاء المنظومة المصرفية[١] ، و توفير الأمان الكامل لهم[٢] وتمكينهم من التصدي للأفعال الضارة بمصالحهم وإتخاذ ما يلزم للحيلولة دونها[٣] ، وهنا يطرح التساؤل الآتي :

هل يمكن ان يلتزم المصرف بحماية العملاء ورعاية مصالحهم ؟

انقسمت الآراء الفقيهة الى اتجاهين ، حيث يرى الاتجاه الأول ان المصرف ملزم بحماية العميل الآمر ورعاية مصالحه ومنع الاضرار به وذلك من خلال توخي الحيطة والحذر وبذل عناية خاصة ، اذ انه التزام ينسجم بشكل عام مع الالتزام بعدم الاضرار

(١) امل شلبى ، الحماية القانونية للمستهلك القسم الأول ، بحث منشور في المجلة الجنائية القومية ، المجلد الرابع والخمسون ، العدد الأول ، مارس ، ٢٠١١ ، ص١٤.

(٢) رسلان ، أنور احمد ، الحماية التشريعية للمستهلك ، ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون التي نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الامارات العربية المتحدة في الفترة من ٦_٧ ديسمبر، ١٩٩٨، ص٣.

(٣) أبو العلا على النمر ، المشكلات العلمية والقانونية في التجارة الالكترونية ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس ، ٢٠٠٧ ، ص٩.

بالغير[١] ، ويرى أحدهم انه يجب على المصرف حماية عميله الآمر عن طريق الإفصاح عن حقيقة المعلومات التي يتضمنها الخطاب[٢] .

في حين ينكر الإتجاه الثاني التزام المصارف بحماية العملاء ورعاية مصالحهم ، حيث يرى رأي منهم ان قيام المصرف بالتحري وجمع المعلومات اللازمة للتحقق من المركز المالي للعميل الآمر بفتح الإعتماد لا يفهم منه سوى حماية المصرف لمصلحته الخاصة وإتخاذه موقفا دفاعيا في حال اساء العميل استخدام خطاب الإعتماد[٣] ، ويعتقد ان مرحلة ما قبل إبرام عقد الإعتماد هي مجرد مفاوضات ليس لها أثر قانوني تجري بين المصرف والعميل ، بالتالي لا يعتد سوى بمضمون العقد الذي تم ابرامه وفقا للقانون عند حصول تعارض بينها وبين العقد المبرم[٤] ، مما يعني ان ما يقوم به المصرف قبل التعاقد الفعلي لا يعتبر التزاما يقع على عاتقه و لا يمكن تفسيره رعاية لمصلحة العميل الآمر وحماية له حتى ولو كانت إرادته تتجه الى ذلك.

ونظرا الى التباين بين الآراء الفقهية ، يمكننا الإجابة عن التساؤل المطروح وحسم الجدل الفقهي الحاصل من خلال الرجوع الى التعليمات التي يصدرها البنك المركزي ، فقد اصدر البنك المركزي العراقي[٥] دليل حماية المستهلك[٦] يتوخى منه تحقيق مجموعة

---

(١) د. وداد وهيب لهمود ، مدى التزام المصرف تجاه طالب منح الاعتماد المستندي (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه ، جامعة كربلاء ، ص٣٤.

(2) Ct. (m) dajulart.1.'obligation de renseig dans les Coutars, R.T.D.Civ, 1945, p. 12.

(٣) د. فائق محمود الشماع ، الإيداع المصرفي ، ج١، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص١٥.

(٤) د. احمد السيد البهي الشوبري ، التفاوض التعاقدي اطاره القانوني واثره بالالتزام ، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية ، بد منهور ، العدد الرابع ، ج١، ٢٠١٩ ، ص١٤٠٤ وما بعدها.

(٥) تم تأسيسه عام ١٩٤٧ تحت اسم (المصرف الوطني) وقد تم تعديل اسمه بالقانون رقم (٧٢) لسنة ١٩٥٦ الى البنك المركزي العراقي ، وهو يعمل وفق الصلاحيات والسلطات الممنوحة له ويقوم بمهامه بموجب قانون البنك المركزي العراقي رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤.

(٦) وذلك بموجب تعليماته المرقمة ٤٢٧/٧/١/٩ والمؤرخة ٢٠١٦/١١/٧ والتي تم نشرها على جميع المصارف العراقية وشركات التحويل المالي وشركات مزودي خدمات الدفع الالكتروني حتى يتم اعمالها على جميع زبائنها سواء اكانوا من الافراد الطبيعيين ام المعنويين والالتزام بما جاء في مضمونها ، دليل حماية المستهلك ، منشور على الرابط https://cbi.iq/news/view/2279 ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٥/٧/١٩ الساعة ١:٠٠ ص .

من الأهداف أهمها وضع تنظيم متكامل لمفهوم حماية المستهلك[١] وصياغة مجموعة من القواعد والمبادئ خاصة بحمايته ، على رأسها المعاملة بعدل ومساواة وذلك بالقول : "**يتعين على المصارف ، وخلال جميع مراحل تعاملها مع الزبون ، مراعاة ان تتسم تعاملاتها بالعدل والمساواة والانصاف والأمانة وان تحرص على جعل هذا المنهج جزءا من قواعد الحوكمة لديها** ." .

وحماية المستهلك ضد الاحتيال المالي أو إساءة استخدام الخدمات المالية وذلك بالنص على "**يتعين على المصارف حماية ودائع الزبائن ومدخراتهم وغيرها من الأصول المالية التي تقع في دائرة معاملاتهم مع البنك ، وذلك من خلال وضع أنظمة الرقابة الداخلية الفعالة التي تتسم بالكفاءة والمستوى العالي من الرقابة الدقيقة بهدف الحد من عمليات الإحتيال والاختلاس أو إساءة استخدام الخدمات المالية ، والتأكد بشكل مستمر من كفاءة الأنظمة المستخدمة لمواكبة التغيرات في الأساليب الاحتيالية.**" .

كما الزم البنك المركزي المصرف بالافصاح والشفافية "**يتعين على المصارف أن توفر لزبائنها جميع المعلومات المتعلقة بالخدمات والمنتجات التي تقدمها لهم ، على أن تتسم هذه المعلومات بالوضوح وسهولة الفهم والبساطة والدقة ، وبما يكفل إطلاع الزبائن على المزايا والمخاطر ، بشفافية ووضوح ، وعلى الا يتحمل الزبون عناء في سبيل الحصول على تلك المعلومات ، ويتعين على المصارف مراعاة أن تشمل المعلومات التي تقدمها للزبائن إيضاحاً لحقوقهم ومسؤولياتهم ، وتفاصيل الأسعار**

(١) لقد عرف المشرع العراقي المستهلك في قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠ المادة (١/خامسا) بأنه " الشخص الطبيعي او المعنوي الذي يتزود بسلعة او خدمة بقصد الإفادة منها" ، بالتالي لا مراء في ان المستهلك مصطلح يعبر عن كل شخص يبرم العقود مع المصارف ويجري العمليات المصرفية ، واستنادا الى تعريف المشرع العراقي يعتبر شخصا مستهلكا كل من يرغب في الاستفادة من سلعة او خدمة مصرفية معينة بالتالي يشمله دليل حماية المستهلك الصادر من البنك المركزي العراقي والحماية القانونية للمستهلكين المفروضة على المصارف بشكل عام ، ان هذه الحماية أساسها تسوية مراكز الأطراف في العمليات المصرفية اذ ان المستهلك عادة ما يعتبر طرفا ضعيفا قبال المصرف الذي يبرم معه العمليات والعقود المصرفية ، ينظر الى : د. محمد جاسم محمد ، مدى انطباق صفة الإذعان على العمليات المصرفية دراسة فقهية تطبيقية معمقة في القانون المدني مع الإشارة الى القانونين الأمريكي والفرنسي ، الطبعة الأولى ، مكتبة القانون المقارن ، بغداد ، ٢٠٢١ ، ص٧٧ ، ص٧٨.

والعمولات والرسوم التي يتقاضاها كل مصرف نظير كل خدمة أو منتج وكذلك إيضاح المزايا والمخاطر المرتبطة بها وآلية إنهاء العلاقة وما يترتب عليها ، وذلك بما يسهل على الزبائن إتخاذ قراراتهم. ويجب أن تكون النصائح المقدمة للزبون تتناسب مع قدرته وإمكانياته وأهدافه المالية ، وفي ضوء ما لديه من خبرات بشأن تلك المنتجات والخدمات ، ومراعاة حث الزبائن على تقديم معلومات شاملة ودقيقة عن أوضاعهم واحتياجاتهم بما يمكن المصارف من تقديم النصائح والخدمات المناسبة ." .

ان هذه التعليمات ليست مجرد توجيهات إدارية ، بل تكون في مجموعها معايير وقواعد يجب على المصارف الالتزام بتطبيقها وهذا ما ورد في الدليل صراحة : "**يقع على المصارف المبادرة إتخاذ الإجراءات اللازمة لتطبيق ما ورد في هذا الدليل من مبادئ وضوابط ، بما في ذلك وضع ما يلزم من سياسات معتمدة من مجالس الادارة وتحديث أدلة العمل لديها . ويتعين على المصارف مباشرة تطبيق هذه التعليمات اعتبارا من تاريخ صدور الدليل حيث يتم الإلتزام بها بالشكل الكامل.**" .

يتضح مما سبق ان البنك المركزي العراقي لم يسلم بالإستقلال المطلق لإلتزام المصرف في عملية الإعتماد المستندي خصوصا ، بل يعمل على موازنة المراكز القانونية للاطراف في العقود المصرفية[١] ، ويلزم المصارف العراقية برعاية مصالح العملاء من خلال المبادئ التي اطلقها كحد قواعدي ادنى يجب الخضوع لها .

اما بالنسبة الى البنك المركزي المصري[٢] ، فقد اصدر تعليمات حماية حقوق عملاء البنوك في فبراير ٢٠١٩ بهدف وضع معايير وضوابط منظمة تخضع لها

(١) حيث يخوله قانون البنك المركزي العراقي رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤ صلاحية تحقيق الاستقرار من خلال نص المادة الرابعة منه والتي تنص على "٥. يكون للبنك المركزي العراقي ، وهو بصدد تنفيذ مهامه وفقا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون سلطة اصدار الأوامر الملزمة الموجهة لأفراد او كيانات محددة التي يكلف فيها هؤلاء الافراد والكيانات القيام بمهام محددة يتماشى مع نصوص هذا القانون."

(٢) البنك المركزي المصري هو شخص اعتباري عام ومستقل يلتزم بالسلطات والصلاحيات المخولة له على وفق القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ والقرار الجمهوري الرئاسي رقم ٦٥ لسنة ٢٠٠٤.

المصارف في العلاقة القانونية المبرمة بينها وبين العملاء في كل مراحل التدخل المصرفي ، وقد أسس البنك المذكور هيكل تنظيمي متكامل لضمان رعاية مصالح العملاء والمحافظة على حقوقهم ، يتضمن مبادئ ترعى الطرف العميل في العملية المصرفية والتي من أهمها :

"١-التعامل مع العملاء بمبدأ العدل والانصاف. ٢-الإفصاح والشفافية . ٣-آلية التعامل مع شكاوى العملاء. ٤- نشر الثقافة والتوعية المصرفية ٥- حماية بيانات العملاء وسرية الحسابات."[١]

فضلا عن ذلك ، فقد افرد المشرع المصري الباب السادس من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي رقم ١٩٤ لسنة ٢٠٢٠[٢] لمعالجة موضوع حماية العملاء و حماية المنافسة وتسوية المنازعات ، اذ نصت المادة (٢١٦) منه على "... ، **يختص البنك المركزي بحماية حقوق العملاء ، وله في سبيل ذلك على الأخص ما يأتي : (أ) وضع الخطط وبرامج العمل لحماية حقوق العملاء .(ب) نشر الثقافة المصرفية والمالية بين المواطنين . (ج) تلقي الشكاوى من عملاء الجهات المرخص لها وفحصها.** " .

كما نصت المادة (٢١٧) منه على " **يصدر مجلس الإدارة لائحة تنظم حقوق العملاء ، تشمل على الأخص التزام الجهات المرخص لها بما يأتي : (أ) الإفصاح بشفافية ومصداقية عن البيانات والمعلومات الجوهرية للخدمات التي تقدمها. (ب) صياغة شروط واحكام عقود تقديم الخدمات بشكل واضح ومفهوم لجميع فئات العملاء. (ج) التعامل مع العملاء دون تمييز طبقا لمبادئ العدالة والانصاف والمصداقية...**"

---

(١) تعليمات حماية حقوق العملاء ، منشور على موقع البنك المركزي المصري الرسمي على الرابط https://www.cbe.org.eg/ar/consumer-protection ، تاريخ الزيارة ٢١ / ٧ /٢٠٢٥ ، الساعة ١٢:٠٨ صباحا .

(٢) قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي رقم ١٩٤ لسنة ٢٠٢٠ ، منشور في الجريدة الرسمية ، العدد ٣٧ مكرر (و) ، بتاريخ ١٥ سبتمبر ٢٠٢٠.

والمادة (٢١٨) التي نصت على "**تنشأ بالبنك المركزي وحدة ذات طابع خاص لحماية حقوق عملاء الجهات المرخص لها** ...".

اما بالنسبة للبنك الفيدرالي الأمريكي[١] ، فلم نجد دليل صريح صادر عنه لحماية العميل الآمر ، على الرغم من ان متابعة المصارف وحماية المستهلك المالي تعد إحدى وظائف البنك الفيدرالي ، حيث يقوم بمراقبة أعمال المصارف والمؤسسات المالية الأخرى للتحقق من مدى التزامها بالقوانين والتعليمات ، ويتولى حماية المستهلك من الأفعال الظالمة والاحتيالية ويركز على صون شفافية المعاملات المصرفية واحاطة العميل علما كافيا بها[٢] .

بناء على ما سبق ، نعتقد ان تعليمات البنك المركزي الخاصة برعاية العملاء وحماية مصالحهم تعزز تقويض الاستقلالية بين العقود ، حيث ان الزام المصرف بواجب رعاية مصلحة العميل تؤدي الى الخروج عن دوره المعروف كوسيط مالي محايد ، ولذلك، سوف يتأثر استقلال التزام المصرف بالدفع الى المستفيد بالدرجة الأساس لأنه استنادا الى التعليمات الصادرة من البنوك المركزية لم يعد المصرف مستقلا بشكل مطلق في تنفيذ الاعتماد بل يجب عليه التنفيذ ولكن بشرط رعاية مصلحة العميل وتجنب الاضرار به استجابة للقواعد والمعايير، فكما ان المصرف لا يصدر خطاب الاعتماد الا عندما يتحقق من السمعة المالية للعميل ، فأن عليه اطلاع وارشاد العميل بكل مخاطر العملية المصرفية التي في طور التكوين .

---

(١) البنك الفيدرالي الأمريكي ، يطلق عليه رسميا ب (الاحتياطي الفيدرالي) ، وهو البنك المركزي للولايات المتحدة الامريكية ، تم تأسيسه في ٢٣ ديسمبر عام ١٩١٣ في أواخر القرن التاسع عشر واوائل القرن العشرين بموجب قانون الاحتياطي الفيدرالي الصادر عام ١٩١٣ ، ويعتبر مؤسسة مركزية مستقلة تسيطر على البنوك وتعمل على تنظيمها وإدارة السياسة النقدية ، وهو يمتاز بالمركزية والاستقلالية الإقليمية ، مما يكون في مركز قوي يمنحه حق اصدار قرارات تؤثر على الاقتصاد الأمريكي والعالمي على حد سواء ، منشور على الموقع الالكتروني https://economistsarab.com/2025/04/20 ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٥/٧/٢١ ، الساعة ٢:٤٨ م .

(٢) المصدر نفسه ، الرابط السابق ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٥/٧/٢١ ، الساعة ٣:٠٠ م.

المطلب الثاني

التطبيقات القضائية

ان دراسة تطبيقات التقويض يوجب علينا البحث في حدود الاستقلالية بين العلاقات في الإعتماد المستندي ، واستكشاف الظروف التي يجوز فيها الخروج على الاستقلال ، كما يؤدي الى فهم مدى تأثير التقويض على علاقات عملية الإعتماد المستندي وبوجه خاص العلاقة بين المصرف والمستفيد (علاقة خطاب الإعتماد) على إعتبارها العلاقة الأكثر تأثرا بتقويض الاستقلال فيها ، ويبين مدى استقلال التزام المصرف بصرف مبلغ الإعتماد الى المستفيد .

ولأجل بيان ذلك ، سنعرض التطبيقات القضائية في هذا المطلب على ثلاث فروع تباعا على النحو الآتي :

الفرع الأول

الأمر الولائي بالحجز

يعد الحجز في الإعتماد المستندي من المسائل المختلف عليها في الفقه والقضاء والمقصود به هو(الحجز على حق المستفيد الإحتمالي تحت يد البنك الناشئ من خطاب الإعتماد قبل البنك ، وليست الرخصة المقررة له في الإفادة من الوعد المدون في خطاب الإعتماد ، فهذه الرخصة شخصية ، له ان يستعملها بتنفيذه البيع وتقديم المستندات ، أو لا يستعملها ، وهي لذلك لا تقبل الحجز)[1] ، يفهم من هذا العرض ان المقصود بالحق الاحتمالي هو حق المستفيد الناشئ عن خطاب الإعتماد القطعي وليس حريته الشخصية في تقديم المستندات أو عدم تقديمها اذ ليس بالإمكان الحجز على حرية

(١) انظر : عادل إبراهيم السيد مصطفى ،مصدر سابق ،ص٣٨٩. و د. علي جمال الدين ، الاعتمادات المستندية ، مصدر سابق ، ص٤٣٦ . وأيضا د. رفعت فخري ، د. رضا السيد عبد الحميد ، عمليات البنوك ، القاهرة ، ١٩٩٢،ص٣٣٤.

التصرف ، وهنا يثور التساؤل الآتي : هل يتعارض الحجز على حق المستفيد لدى المصرف مع مبدأ الاستقلال في الإعتماد المستندي ؟

انقسمت الآراء الفقهية الى ثلاثة إتجاهات مختلفة ، حيث يذهب الاتجاه الأول الى جواز إيقاع الحجز من المشتري على مبلغ الإعتماد بدون تقييد وذلك على إعتباره دائنا للمستفيد بالتالي فأن للمشتري ذات الحقوق التي يتمتع بها الدائنين طالما تحققت شروط الحجز واصدر القضاء الأمر الولائي بمباشرته فلا محل لمنع الحجز على الحق بحجة ان الدائن طرفا في عملية الإعتماد المستندي ، ويستكمل هذا الرأي انه يجب تغليب حق الدائن في الحجز على ذمة مدينه المالية على التطبيق الصارم لمبدأ استقلال إلتزام المصرف قبل المستفيد ، ويفيد ان الحجز على مبلغ الإعتماد إجراء قانوني يتطلب تدخل القاضي وسلطته ، ويتم اللجوء إليه عندما يطالب المشتري بحقه نتيجة لأخلال المستفيد بالتزامه التعاقدي وينتهي هذا الرأي بالقول ان من واجب القاضي ان يتزمت في اصدار الأمر الولائي بالحجز وان يثبت للمحكمة ان إيقاع الحجز لا يهدف الى تعطيل تنفيذ الإعتماد المستندي[١] .

بينما يخالف الإتجاه الثاني هذا المنظور ، ويقرر منع إيقاع الحجز على مبلغ الإعتماد الذي هو حق للمستفيد لأي سبب كان ، معللا رأيه ان إجازة الحجز على حق المستفيد لدى المصرف يهدم مبدأ قطعية الإعتماد فيستطيع المشتري بذلك ان يمنع تنفيذ الإعتماد القطعي شأنه شأن الاعتماد القابل للألغاء مما ينتج عنه إنتهاك عملية مصرفية منظمة بقواعد مدروسة ومحكمة وخروج على مبادئها فيقوض بذلك نظام الإعتمادات المستندية ، كما ينتقد هذا الرأي الاتجاه الأول الذي يجيز الحجز على مبلغ الإعتماد المستندي بأنه يخرج على مبدأ الاستقلال الذي ينظم العلاقات في هذه العملية ذلك لان السماح بالحجز بناء على رغبة المشتري يضعف مركز الطرف البائع ويجعله تحت رحمة

(1) André Faraggi, Différence entre le crédit documentaire irrévocable confirme et (1) nom confirmé, Revue Banque, Avril 1984, N°438.

المشتري ويضيف هذا الرأي انهم يحجبون النظر عن حقوق المشتري الأخرى كما في حالة مخالفة البضاعة للإعتماد اذ يكون من حقه رفض البضاعة واتخاذ الإجراءات القضائية اللازمة حتى ولو كانت المستندات صحيحة ومطابقة لشروطه في عقد الإعتماد مما يخلخل استقرار مركز البائع ويجعله تحت رحمته ، وأخيرا يخلصون الى أن توقيع الحجز يقوض مبدأ الاستقلال في الإعتماد المستندي ذلك لأن استقلال العلاقة بين المصرف والمستفيد عن العلاقة الاصلية يعد مانعا من التمسك بالدفوع التي تعطل تنفيذ الإعتماد المستندي[١].

ويذهب الاتجاه الأخير الى جواز إيقاع الحجز على مبلغ الإعتماد المستندي استثناء ، على ان تتحقق المحكمة من ثبوت صفة الدائن في المشتري وتوافر الضرر الذي يبرر حقه في التعويض قبل المستفيد ، وعلى ان يثبت المشتري غش المستفيد قبل الوفاء بمبلغ الإعتماد بالأدلة القاطعة ، ويستكمل هذا الاتجاه طرحه بالقول (ان الحجز إجراء تحفظي يقتصر أثره على تجميد مبلغ الإعتماد دون المساس بحقوق ذوي الشأن وبقصد تصحيح التنفيذ المعيب للبائع)[٢]، ويؤخذ على هذا الإتجاه انه يقصر جواز إيقاع الحجز على حق المستفيد على واقعة غش البائع فقط .

وفي نفس السياق يذهب رأي فقهي منفرد الى ضرورة عدم التفرقة في المراكز القانونية بين دائني المستفيد والعميل الآمر فيجب معاملة العميل الآمر على نحو منصف وحفاظا على مبدأ الاستقلال في الإعتماد المستندي يجب ان يسمح القضاء له بالحجز على مبلغ الإعتماد بشرط ان يكون مصدر الدين علاقة تعاقدية خارجة عن الإعتماد المستندي[٣] ، ويبدو ان هذا الرأي يحاول التوفيق بين مصلحة العميل الآمر و الحفاظ

(1) Cass Com. 23 DEC.1981. N. Pierre Bouloy, Semaine Juridique, J.C.P-55 EME AN, N° 19702.

(2) Jean Stoufflet, J CL, Op. Cit p. 21, aussi Charles Bontoux, saisie-arret et crédit documentaire, Rev. Banque, N° 446, janvier 1985, p. 73.

(٣) د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ،ص٨٢٤.

على استقلالية العلاقات اقصى ما يمكن الا ان الواقع العملي هو الحاسم الأخير في هذا الاطار.

اما بالنسبة لموقف القوانين المقارنة ، بداية يجب ان نوضح ان حجز مبلغ الإعتماد لدى المصرف هو حجز احتياطي لا حجز تنفيذي ويكون الغرض منه تقييد مساعي المستفيد في الحصول على مبلغ الإعتماد اجحافا بحق المشتري وتخلو الأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية من أي إشارة إليه ، واما بالنسبة للقانون التجاري العراقي لم ينص على جواز الحجز على مبلغ الإعتماد صراحة، يمكن الاستناد على نص المادة (١/٢٣١) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل[١] والتي نصت بأن " **لكل دائن بيده سند رسمي أو عادي بدين معلوم مستحق الأداء وغير مقيد بشرط ان يستصدر أمرا من المحكمة بتوقيع الحجز الاحتياطي على أموال مدينه المنقولة والعقارية الموجودة لديه ولدى شخص ثالث بقدر ما يكفي لوفاء الدين وملحقاته .**" وطبقا لنص المادة المذكورة فأنه يحق للمشتري توقيع حجز احتياطي على أموال مدينه العقارية أو المنقولة سواء أكانت في حيازته أم لا ، وبما ان مبلغ الإعتماد المستندي هو من المنقولات العائدة للبائع والموجودة لدى المصرف على إعتباره طرفا ثالثا، فأنه يجوز للمشتري استصدار حكم قضائي بالحجز الاحتياطي على مبلغ الإعتماد بالقدر الكافي لسداد دينه ، ريثما يتم حسم النزاع القائم بينهما والفصل في الدعوى الجارية، بالإضافة لذلك يمكن الاستناد على نص المادة (١٤١) من نفس القانون المذكور لتمكين العميل الآمر من الحصول على حكم قضائي بوقف صرف مبلغ الإعتماد الى المستفيد ، والتي نصت على " **أولا : تختص محكمة البداءة بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس بأصل الحق** "[٢] ،

(١) قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل والمنشور بجريدة الوقائع العراقية بالعدد (١٧٦٦) في ١٠ تشرين الثاني ١٩٦٩.

(٢) ويعزز ذلك قرار قضائي صادر عن محكمة النقض المصرية بالرقم ٦٢١ لسنة ١٩٧٩ جاء فيه (اذا كان العميل الامر استصدر امرا من القضاء المستعجل في بلده بوقف صرف قيمة الاعتماد وانه وان كانت الاحكام

اما بالنسبة للمشرع المصري ، فلم ينص على جواز حجز مبلغ الإعتماد لدى المصرف صراحة ، و لكن يمكن الاستناد الى المادة (٣١٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ المعدل[١] والتي نصت على "**للدائن ان يوقع الحجز التحفظي على منقولات مدينه في الأحوال الآتية :... (٢) في كل حالة يخشى فيها فقد الدائن لضمان حقه.**" توضح المادة ان الحجز التحفظي هو حق للدائن في كل حالة يغلب الظن فيها حرمان الدائن من ضمان حقه ، واضافة لذلك يمكن الاستناد الى المادة (٤٥) من نفس القانون المذكور و التي نصت بأن "**ينـدب في مقر المحكمة الابتدائية قاض من قضاتها ليحكم بصفة مؤقته ومع عدم المساس بالحق في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت .**" بناء على النص ، يستطيع العميل الآمر استصدار حكم قضائي يوقف دفع مبلغ الإعتماد الى المستفيد متى خشي ضياع حقه كاجراء تحفظي لا يمس جوهر الحق ، وذلك قبل فوات الأوان .

اما المشرع الأمريكي ، فأن الحجز التحفظي يتم تنظيمه استنادا لقانون كل ولاية، فلكل منها قوانينها الخاصة حيث نصت المادة(٦٤) من القواعد الفيدرالية للإجراءات المدنية (Rules of civil Procedure Federal)[٢] بأن " أ- **بشكل عام ، في بداية الدعوى و اثناء السير بها ، فأنه تتاح جميع وسائل الانصاف التي ينص عليها قانون الولاية التي تقع فيها المحكمة ، والتي تسمح بإيقاع الحجز على الأشخاص أو الأموال**

=الأجنبية لا تحوز حجية امام المحكمة ، الا انها تعتبر دليلا على وقوع الغش في المستندات انفة البيان ومن ثم فأن امتناع البنك عن صرف هذا الاعتماد يكون قد صادف صحيح الواقع والقانون) ، طعن رقم ٦٢١ لسنة ١٩٧٩ ق، جلسة ٢٥ / ٦ /٢٠٠٩ ، مكتب فني ٦٠ ، ق١٢٧ ، ص٧٥٧.

(١) قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ المعدل والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ١٩ في ٩ / ٥ / ١٩٦٨ ، متاح في موقع منشورات قانونية على الرابط (https://manshurat.org/node/32203) ، تاريخ الزيارة ٣ تموز ٢٠٢٥ ، الساعة ٩:٠٦ مساء.

٢في الولايات الامريكية المتحدة ، تنظم الإجراءات المدنية وفق سلسلة من القواعد والممارسات القضائية اذ تمثل القواعد الفيدرالية للإجراءات المدنية مجموعة القواعد التي تنظم سير إجراءات المحاكم الفيدرالية في القضايا المدنية الواقعة في الولايات الامريكية المتحدة ، وهي تتألف من (٨٧) قاعدة قانونية ، للمزيد حول الموضوع راجع الرابط التالي : https://www.law.cornell.edu/wex/civil_procedure ، تاريخ الزيارة ٤ تموز ٢٠٢٥ ، الساعة ٨:٠٠ مساء.

لضمان تنفيذ الحكم المحتمل . الا ان القانون الفيدرالي هو الذي يسري في حدود انطباقه . ب- تشمل وسائل الانصاف المتاحة بموجب هذه المادة ما يلي – أيا كانت تسميتها المعتمدة وبغض النظر عما اذا كان قانون الولاية يوجب رفع دعوى مستقلة : الاعتقال ، الحجز ، الحجز على ممتلكات المدين ، استرداد الحيازة ، الحجز التحفظي ، أو أي وسائل أخرى مشابهة."[١] توضح هذه المادة ان المحكمة تستند الى قانون الولاية التي تقع فيها لتنفيذ وسائل الانصاف مثل الحجز التحفظي الا اذا كان القانون الفيدرالي قد نص على قاعدة عامة تسري على موضوع الدعوى .

واما على مستوى القضاء ، فمن المتفق عليه هو ان مبدأ الاستقلال بين علاقات الإعتماد المستندي أمر مسلم به في كافة الأنظمة القضائية ، لكن بعض الاحكام خالفت هذا الاستقلال[٢] ، وسمحت بالحجز على حق المستفيد لدى المصرف الفاتح عند توافر

(١) النص باللغة الإنكليزية :

LII Federal Rules of Civil Procedure Rule 64. Seizing a Person or Property
Rule 64. Seizing a Person or Property
(a) Remedies Under State Law—In General. At the commencement of and throughout an action, every remedy is available that, under the law of the state where the court is located, provides for seizing a person or property to secure satisfaction of the potential judgment. But a federal statute governs to the extent it applies.
(b) Specific Kinds of Remedies. The remedies available under this rule include the following—however designated and regardless of whether state procedure requires an independent action:
• arrest;
• attachment;
• garnishment;
• replevin;
• sequestration
• other corresponding or equivalent remedies.

(٢) كما في حكم ١٦ جويلية ١٩٥٠ الصادر عن محكمة استئناف باريس اذ ايدت المحكمة الحجز بسبب مخالفة البضاعة للمواصفات المتفق عليها في عقد البيع بين البائع والمشتري وقدم المشتري الأدلة التي تثبت ذلك ، وطلب اصدار الامر الولائي بالحجز على مبلغ الاعتماد المستندي لدى المصرف الا ان البائع طعن في صحة الحجز الصادر وطالب ببطلانه تأسيسا على ان الاعتماد القطعي هو تعهد نهائي ولا يمكن الرجوع عنه بدون موافقته الشخصية ، ولكن المحكمة تمسكت بالحجز الصادر ضده بقولها : (ان اخلال البائع بالتزامه ثبت مما تخول

الشروط الشكلية اللازمة لذلك ، مع هذا فأن القضاء العراقي لم يكن موقفه مستقرا تجاه هذا الموضوع حيث تبرز احكام توضح ان القضاء غير مقتنع بمنع المصرف من الصرف الى المستفيد بسبب طلب المشتري الحجز على مبلغ الإعتماد وإيقاف الدفع

=المشتري الحق في التعويض وهذا يخوله كأي دائن الحق في ان يحجز على الحق الاحتمالي لمدينه البائع تحت يد البنك) ، مشار اليه لدى :

Jean Stoufflet, J CL , OP.Cit p21-22.

وأيضا كما في حكم (Aix en Provence) الذي صدر في جانفي ١٩٨٠ ، والذي جاء فيه (الإجراءات التحفظية المراد اتخاذها – المقصود هنا هو الحجز- من قبل المشتري لا تمس الصفة القطعية للاعتماد ولكنها تمنع فقط المستفيد من الحصول على دينه من البنك لحين صدور حكم في الموضوع الخاص بدين العميل الامر لدى المستفيد) مشار اليه لدى :

Aix en Provence - Janvier 1980, cité par André Boudinot, autonomie du crédit documentaire, Rev. Banque N° 417, Mai 1982, p. 595 ; aussi Charles Bontoux, art cité, p. 73.

غير ان موقف القضاء تغير منذ ١٩٨١ م ونتيجة لذلك اصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما امتنعت فيه عن توقيع الحجز على مبلغ الاعتماد ورفضت بذلك طلب العميل الامر وذلك بتاريخ ١٤ أكتوبر ١٩٨١ ، جاء فيه (ان محكمة الاستئناف قد خالفت المادة ١١٣٤ مدني والمادة ٣ من القواعد والعادات الموحدة الخاصة بالاعتمادات المستندية في نزاع متعلق ببضائع مستوردة بدفع ثمنها باعتماد مستندي . حيث قبلت طلب المشتري بحجز النقود لدى البنك ويطالب بوضعها تحت الحراسة ومنع تسليمها للبائع بسبب عدم مطابقة البضاعة لشروط العقد . وذلك لان الحجز والحراسة هما من الإجراءات التحفظية المؤقتة ولا يصيبان الصفة القطعية للاعتماد وانما هما يمنعان فقط المستفيد من تحصيل حقه من البنك لحين الحكم في الموضوع حول حق المشتري في التعويض) مشار اليه لدى :

Cass. Com. 14 \ 10 \1982 : note Lucien-M. Martin, in Rev . Banque , Avril 1982.

ثم اعقبه صدور حكم من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٦ / ٣ / ١٩٨٦ في قضية (Societe Andree Bish Deutschland. V Societe Facon) بموجبه منعت المحكمة توقيع الحجز على مبلغ الاعتماد بناء على طلب المشتري ، وسواء اكان حقه مستمد من العقد الأصلي او ناشئ لسبب خارجي ، وقررت ان حق المستفيد لا يمكن التلاعب فيه طالما كان الاعتماد المستندي قطعي ولا يجوز ان يكون العميل الامر عائق امام تنفيذه وقد تمسكت المحكمة باستقلال التزام المصرف في مواجهة المشتري عن العقد الأساس ، النص باللغة الفرنسية :

"...attendu que la cour d'appel a rendu que la créance de la société façon était frappée d'une indisponibilité qui résulte de la convention des parties en déduit à bon droit que le donneur d'ordre et le bénéficiaire ayant convenu du caractère irrévocable du crédit documentaire, le donneur d'ordre ne pouvait sans violer la loi des parties et pour faire obstacle à l'exécution de l'engagement pris, sur ses instructions, par la banque se prévaloir de d'une créance sur le bénéficiaire".

cass. com. 26 Mars 1986, JCP, 60 eme ,18 juin 1986 N° 20624.

وانتهاكه لنظام الإعتماد القطعي[١] ، ولم يعثر في القضاء المصري على قرارات قضائية تتعلق بالحجز على مبلغ الإعتماد ، واما القضاء الأمريكي فيطلق على الحجز على مبلغ الإعتماد المستندي تسمية حجز (Mareva) ، تيمنا بالقضية الواقعة بين (Compania Naviera V. International Bulk Carriers L td)[٢] ، والمقصود به ، هو الحجز المؤقت الذي يصدر من القضاء على مبلغ الاعتماد المستندي قبل ان يتم الفصل في الدعوى شريطة ان يكون الإدعاء مؤكدا عليه في أوراق الدعوى الاصلية[٣]، ويظل هذا الحجز مرهونا بالسلطة التقديرية للقاضي، كما أصدرت بعض المحاكم أمرا بالحجز التحفظي على مبلغ الإعتماد لدى المصرف بناء على الاشتباه ببطلان العقد الأصلي ، ريثما يتم حسم الدعوى الاصلية بأبطال البيع أو نفاذه واتمام الاعتماد ، وقد خلص القاضي في حكمه الى الاعتراف بالحجز كتطبيق قضائي يقوض

(١) صدر قرار عن محكمة التمييز العراقية جاء في مضمونه : (ليس من حق البنك رفض دفع الحوالات المسحوبة بموجب الاعتماد وبناء على طلب المشتري مهما كانت الأسباب التي يتذرع بها المشتري استنادا للعلاقة بينه وبين البائع واعتبر البنك مسؤول لعدم دفعه للبائع) ، قرار صادر عن محكمة التمييز العراقية بتاريخ ١٩٦٦/٢/٢٦ ، تحت رقم ٢٠٠ ح ١٩٦٥ ، منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني ، بغداد ، حزيران ، ١٩٦٦، السنة الخامسة ، ص٢٨٥. وكذلك صدر قرار اخر عن القضاء العراقي ورد فيه (مسؤولية البنك في الاعتماد المستندي تنتهي بتثبته من مطابقة قائمة تجهيز البضاعة واوراق شحنها لوثيقة فتح الاعتماد .) هذا القرار ورد في : النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الثانية ، ١٩٧٣ ، رقم القرار ٧٢و٧٣ ، هيئة عامة ، ١٩٧١ ، بتاريخ ٤ / ١٢ / ١٩٧١، ص٩٦.

(2) COURT OF APPEAL, CIVIL DIVISION. Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers SAThe Mareva [1980] 1 All ER 213. David Warne & Nicholas Elliott (editors). (2005), Banking Litigation, published by Thomsom (Sweet & Maxwell), London. p. Xliii. Julian Cooke, Tim Young, Michael Ashcroft, Andrew Taylor, John Kimball, David Martowski, LeRoy Lambert & Michael Sturley, (2014), 4th edition, Voyage Charters, Informal law from Routledge New York, p. Ixxiii.

(3) Dr. Joseph Nowbiki, Mareva Injunction as a Toll for Debt Recovery, online research, at 2.

الاستقلال ، بالقول (مستعد لقبول فكرة الحجز من حيث المبدأ في الحالات التي يظهر فيها ان العقد الأساس قابل للأبطال ، وان مستقبله يبدو محدودا ومهددا.)[١] .

يتضح من خلال ما تقدم ان الأمر الولائي بالحجز هو إجراء قضائي يمكن ان يذهب اليه القضاء لتقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي .

الفرع الثاني

بطلان العقد الأساس

لعله من نافلة القول ان عقد البيع يجب ان يكون مستوفيا اركان محددة ليكون ملزما ومرتبا لأثاره القانونية ، وهذه الأركان هي التراضي والمحل والسبب ، واعتبارا لذلك يبطل العقد بطلانا كليا أو جزئيا اذا فقد أحد هذه الأركان أو شابه عيب من عيوب الإرادة وفقا للقانون[٢] ، وقد نصت المادة (١٣٧) من القانون المدني العراقي على ان "١- **العقد الباطل هو مالا يصح أصلا باعتبار ذاته أو وصفا بإعتبار بعض أوصافه الخارجية.**" ثم استأنف المشرع العراقي في المادة (١٣٨) بيان الأثر المترتب على بطلان العقود ، بالنص على ان "١- **العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلا. ٢- فاذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل.** ..." .

استنادا الى النصوص المتقدمة يمكننا القول ان البطلان يكون محتمل الوقوع في كافة المعاملات العقدية و من بينها عقود التجارة الدولية التي يتم تسويتها غالبا عن

(1) (١٩٨٤) 1 Lloyd's Rep 251 (CA) 393, this case was cited by Gaelle Eloy, Letter of Credit: Under Which Circumstances May Bank Withhold Payment? A Thesis for Master Degree at Gent University, 2012, at 14.

(٢) د. عقيل فاضل حمد الدهان ، عدم تجزئة التصرف القانوني ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ ، ص١٤٢.

طريق عقد الاعتماد المستندي ليتم من خلاله دفع ثمن البضاعة الى البائع على اعتبار ان تسليم المثمن ودفع ثمنه هما الالتزامين الرئيسيين في عقد البيع[١].

والسؤال الذي يطرح هنا هل يؤثر بطلان العقد الأساس على مبدأ الاستقلال في الإعتماد المستندي؟

ينقسم الفقه في هذا الصدد الى اتجاهين ، يذهب الإتجاه الأول الى التمسك بمبدأ الاستقلال في الإعتماد المستندي حتى عند بطلان العقد الأساس وانعدامه ، بالتالي يبقى المصرف ملتزما قبل المستفيد بالوفاء بمبلغ الإعتماد عند استلامه المستندات المطابقة ولو تقدم العميل الامر بحكم قضائي قطعي يثبت بطلان العقد الأساس [٢] .

بينما يذهب الاتجاه الثاني الى ان بطلان عقد البيع يقوض استقلالية العلاقات وبناء على ذلك يجب على المصرف التوقف عن صرف قيمة الاعتماد الى المستفيد[٣] ، ويرجع ذلك الى ان الأثر المترتب على بطلان العقود هو إعادة الحال الى ما قبل التعاقد وإعتباره عقدا منسيا ، ما يعني ان تنفيذ الاعتماد المستندي رغما عن ذلك هو مخالفة صريحة للقانون[٤] ، ويذهب رأي منهم ان من حق المصرف الامتناع عن دفع مبلغ الإعتماد الى المستفيد عندما يبطل عقد البيع فهو نتيجة لذلك البطلان سوف يفقد الضمان لأن عقد الاعتماد يستند على عقد البيع ، وهذا الرأي محل انتقاد ، لأن المستندات المطابقة تمثل البضاعة بصرف النظر عن بطلان عقد البيع بالتالي سيكون من حق المصرف رهن البضاعة والحصول على الضمان من خلال المستندات التي يحوزها [٥] ، وهناك من يدعو الى التمييز بين الروابط القانونية والروابط الواقعية اذ ان

---

(١) د. عبد جمعة موسى الربيعي ، المتطلبات القانونية لابرام العقود التجارية الوطنية والدولية للبضائع ، مكتبة صباح للنشر والتوزيع ، العراق ، بغداد ، ٢٠٠٩م ، ص٢١١ .

(٢) د. مصطفى كمال طه ، و د. علي البارودي ، مصدر سابق ، ص٦٦٠.

(3) GERALD T. McLAUGHLiN, Letters of Credit and Illegal Contracts: The Limits of the Independence Principle, OHIO STATE LAW JOURNAL, Vol. 49, 1989, p. 1200.

(٤) نور عباس الريس ، مصدر سابق ، ص٧٩.

(٥) د. علي جمال الدين ، الاعتمادات المستندية ، مصدر سابق ، ص١٥٤

سبب ابرام عقد الإعتماد المستندي هو لتسوية ثمن البضاعة في عقد البيع فهو تابع له من الناحية الواقعية بحيث لولا وجود البيع ما عقد الإعتماد وبانقضائه ينقضي عقد البيع ، فيرتبط أحدهما بالآخر من الناحية الفعلية على الرغم من الانفصال القانوني بينهما وعليه يجب ان لا يفسر استقلال التزام المصرف تجاه المستفيد على انه استقلالا مطلق[١] ، ويحتج على هذا القول انه يتجاهل الغرض الأساسي من الإعتماد المستندي وهو تقديم ضمانا كافيا لطرفي عقد البيع الدولي من خلال الفصل بين التزام المصرف تجاه المستفيد والعقد الأصلي ، وبأنه يرجح الواقع التجاري متغافلا نصوص القانون[٢].

و هناك من يرى ان العميل الآمر والمستفيد يرتبطان قانونيا بعقد البيع والذي يتم فيه تحديد التزامات كلا الطرفين ، فاذا تم الاتفاق على تسوية هذا العقد عن طريق فتح إعتماد مستندي لدى مصرف معين ، عندئذ يصبح الإعتماد المستندي أحد آثار عقد البيع الدولي ويعد بمثابة مرحلة تنفيذية تالية له على إعتباره التزام واجب على المشتري تنفيذه[٣] ، وهذا يعزز الإتجاه المؤيد للتقويض.

ومنهم من يدعو الى احترام العقد الأساس ويؤكد على أهميته وبخلافه يعد تجاوزا على احكام القواعد القانونية العامة ، بالقول الصريح (... ان هذا الاستقلال لا يعدو الا ان يكون اعلاء لقيمة عقد الأساس ، فهذا العقد هو الذي أدى الى هذا الاستقلال ويعتبر عدم احترامه خرقا له ومخالفة لحكمه.)[٤].

ومن جهة أخرى ، إذا اكتشف المصرف ان العقد الاصلي ، الذي فتح الإعتماد المستندي تنفيذا له ، باطلا لأي سبب كان فأنه سوف يضطر الى الرجوع إليه وفحصه

(١) انظر : السيد محمد اليماني ، مصدر سابق ، ص٣٥٧ وما بعدها.
(٢) عادل إبراهيم السيد مصطفى ، مصدر سابق ، ص٢٧٢، ص٢٧٣.
(٣) محمد ديب ، الاعتماد المستندي البيع سيف ومسؤولية الناقل البحري ، دار الشمال للطباعة والنشر والتوزيع ، لبنان ، ١٩٨٠ ، ص١٠٢.
(٤) بولوا في تعليقه في JCP ١٩٨١ ، مشار اليه عند : د. علي جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠م ، ص٩١.

للتحقق من ذلك ، بالرغم من ان المبدأ الجوهري في عملية الإعتماد المستندي هو استقلال التزام المصرف عن العقد الاصلي وانه يجب ان يتعامل مع المستندات التي تمثل البضاعة ليس الا ، وهو ما يعد تقويضا لمبدأ الاستقلال في الإعتماد المستندي[١].

وتخلو الأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية من النص عليه ، اما بالنسبة لموقف القوانين المقارنة ، فبالنسبة للمشرع العراقي ، لم ينص في قانون التجارة العراقي على بطلان العقد الأساس كتطبيق قضائي لتقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي[٢]، مما يحتم علينا الرجوع الى نص المادة (١٣٨) من القانون المدني العراقي التي سبق ذكرها والتي قررت ان العقد الباطل لا يفيد الحكم أصلا أي انه حتى في حال انعقاده يكون حكمه غير معتبر ويجب إعادة الأطراف العقدية الى حالة ما قبل التعاقد ، أيضا وبالرجوع الى نص المادة (٢) من نفس القانون والتي تنص على " **لا مساغ للاجتهاد في مورد النص**" يتبين ان بطلان العقد الأساس يعد تقويضا لمبدأ الاستقلال في الإعتماد المستندي ، طالما ان حكم العقد الباطل منصوص فيه بشكل صريح لا يقبل الاجتهاد أو التفسير.

---

(1) Michael Joachim Ronell, Olaf Meyer, (editor), The Impact of Corruption on Intemational Commercial Contracts, (2015), Springer publications, Switzerland, p. 380 et seq.

(٢) تجدر الإشارة الى ان هناك قوانين اشارت صراحة الى بطلان العقد الأساس على اعتباره استثناء يقوض الاستقلال في الاعتماد المستندي وذلك في المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية في البحرين الخاصة بالمصارف الإسلامية في المادة (٤/١/٣) والتي نصت بأن**" على المؤسسة أن تنفذ الاعتماد إذا كانت المستندات مطابقة للتعليمات إلا في حالة ثبوت التزوير أو الغش فلا تلزم بتنفيذه، أما إذا صدر حكم قضائي ببطلان عقد البيع السابق على فتح الاعتماد فلا ينفذ الاعتماد إلا باتفاق جديد".**

كما تم النص عليه في المادة (١٩) من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥المتعلقة بالضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد والتي ورد فيها تحديد الحالات التي لا تمثل أساسا قانونيا للمطالبة بتنفيذ الاعتماد حيث نصت على **"٢_ لأغراض الفقرة (ج) من الفقرة (١) من هذه المادة ، ترد فيما يلي أنواع الحالات التي لا يتصور ان يكون فيها أساس للمطالبة :**

ب_ حين يكون الالتزام الأصلي الملقى على عاتق الأصيل / الطالب قد أعلنت بطلانه محكمة او هيئة تحكيم مالم يبين التعهد ان هذا الحدث الاحتمالي يندرج ضمن المخاطر التي يغطيها التعهد."

اما موقف المشرع المصري ، فأنه أيضا لم ينص في قانون التجارة المصري الجديد على حالة بطلان العقد الأساس ، ولكن يمكن الرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ الناظمة لأحكام العقود والتي نصت في المادة (١٤١) بأن "١- **اذا كان العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها ، و لا يزول البطلان بالاجازة.**" ، كما اردف المشرع على النص في المادة (١٤٢) من نفس القانون بأن "١- **في حالتي ابطال العقد وبطلانه ، يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ...**".

اما موقف المشرع الأمريكي ، فأنه لم ينظم حالة بطلان العقد الأساس في عملية الإعتماد المستندي وعند الرجوع الى الاحكام العامة لعقد البيع المنظمة وفقا للمادة الثانية من القانون التجاري الموحد نجد انها تخلو من النص على حكم عام يعالج العقود الباطلة، ولكن القانون يعترف ببطلان العقد في حالات معينة وذلك في المادة (٣٠١-١) والتي نصت بأن " **ب- مالم يستبدل ذلك بأحكام خاصة في قانون التجارة الموحد ، فأن مبادئ القانون وقواعد العدالة بما في ذلك قانون التاجر والقانون المتعلق بأهلية التعاقد ، والعلاقة بين الأصيل والوكيل ، والحجب والاحتيال والتدليس والإكراه والقسر والخطأ والافلاس وغيرها من الأسباب التي تؤدي الى صحة العقد أو بطلانه ، تكمل احكام هذا القانون**"[1] ان هذه المادة توضح صراحة إمكانية الرجوع على الاحكام العامة للعقود ومبادئ العدالة والانصاف عند وجود نقص في التشريع متعلق بتنظيم الأسباب التي تفضي الى بطلان العقود أو نفاذها .

(١) نص المادة باللغة الإنكليزية :

(b) Unless displaced by the particular provisions of the Uniform Commercial Code (https://www.law.cornell.edu/ucc), the principles of law and equity, including the law merchant and the law relative to capacity to contract (https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-201#Contract), principal and agent, estoppel, fraud, misrepresentation, duress, coercion, mistake, bankruptcy, and other validating or invalidating cause supplement its provisions.

بناء على ما تقدم ، نجد انه من غير المنطقي ان يقوم المصرف بصرف مبلغ الاعتماد الى المستفيد بالرغم من بطلان العقد الأساس الذي يوجب إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد مما يعد مخالفة واضحة لأحكام القانون .

ولعل التساؤل الذي يطرح هنا ، ما هو مصير المصرف والعميل في حال قيام المصرف بسداد مبلغ الاعتماد الى المستفيد بعد تأكيد بطلان العقد الأساس ؟

يحق للمصرف في هذه الحالة الرجوع على المستفيد بدعوى استرداد المدفوع بغير وجه حق[١] وفقا للمادة (٢٣٣) من القانون المدني العراقي والتي نصت على "**من دفع شيئا ظانا انه واجب عليه فتبين عدم وجوبه ، فله الرجوع به على من قبضه بغير حق.**" ، كما يحق للعميل الآمر الرجوع على المستفيد ومطالبته بإسترداد ما أثرى به بغير حق تطبيقا لقاعدة الكسب دون سبب وفقا للمادة (٢٤٣) من نفس القانون والتي نصت على "**كل شخص ولو غير مميز يحصل على كسب دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما كسبه بتعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال كسبه فيما بعد.**"[٢].

اما على صعيد القضاء ، تباين الموقف القضائي في هذا الشأن سواء بالنسبة للأنظمة القضائية المقارنة أم على مستوى باقي الدول[٣] ، فبالنسبة للقضاء العراقي فهو

---

(١) يعرف المدفوع دون حق على انه (أي شيء يكون الدافع غير ملزم قانونا بدفعه لانه غير واجب في ذمته انما يدفعه نتيجة غلط يقع فيه .) كما يتوقف تحقق المدفوع بغير وجه حق على تحقق شرطين : أولهما ان يكون المدفوع غير مستحق الوفاء ، وثانيهما ان يكون الدفع به نتيجة للوقوع في غلط ، انظر: د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جامعة بغداد ، ١٩٨٠ ، ص٢٩٤.

(٢) يعرف الكسب دون سبب على انه (مصدر من مصادر الالتزام يقضي بالزام من اثرى على حساب غيره بأن يرد اليه قيمة هذا الاثراء في حدود ما افتقر به ذلك الغير.) انظر : د. حسن علي الذنون ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٠ ، ص٣١٠.

(٣) كما في فرنسا التي تمسكت بمبدأ الاستقلال بحيث ابى القضاء الفرنسي الخروج عنه ، حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما مفاده (بالرغم من فسخ عقد البيع بين البائع والمشترى، وتدخل البائع بناء على طلب المشترى بمنع وكيل النقل من شحن البضاعة لبلد المشترى، فإن للبنك الحق إما في طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه من عدم تنفيذ الاعتماد، وأما في شحن البضاعة إلى بلد المشترى وإعادة بيعها هناك بالمزاد العلني لحسابه الخاص)

يتعامل مع المصارف بصرامة في تنفيذ التزاماتهم[١] ، وقد أكد القضاء العراقي على ضرورة تطبيق قواعد الأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية في قرار قضائي جاء في مضمونه (العادات التجارية يجب مراعاتها عند الفصل في القضايا التجارية ولا يسأل المصرف الذي فتح اعتمادا مستنديا عن صحة وشرعية المستندات ... وانما يسأل عن مطابقة المستندات لشروط فتح الإعتماد.)[٢] ، مما يوضح ان القضاء التجاري العراقي متمسك بالاستقلالية على غرار الأعراف التجارية الدولية ، ولم يصدر عنه حكم قضائي يخرج به على مبدأ الاستقلال بسبب بطلان عقد البيع ، وكذا الحال بالنسبة لموقف القضاء المصري اذ أصدرت محكمة النقض المصرية قرارا ورد في مضمونه (البنك الذي يقوم بفتح اعتماد للوفاء بثمن صفقة بين تاجرين لا يعتبر وكيلا عن المشتري أو كفيلا له ، وانما يلتزم بالوفاء متى تطابقت مستندات البائع مع شروط الإعتماد بصرف النظر عما يحدث بين البائع والمشتري.)[٣] ، ولم نعثر على قرار قضائي صادر عن القضاء الأمريكي حول بطلان العقد الأساس .

يتضح مما تقدم ان صدور حكم قضائي ببطلان العقد الأساس ورد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد يعد حالة استثنائية تقوض الاستقلالية بين العلاقات دون ان تلغيه فيتحقق عندئذ تقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي .

= انظر : حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١١ يوليو ١٩٦١، البلتان، ١٩٦١ ، ص٢٨٠ ، مشار اليه لدى : عادل إبراهيم السيد مصطفى ، مصدر سابق ، ص٢٧٠.

بل ذهبت محكمة بروج التجارية الواقعة في بلجيكا الى ابعد من ذلك حيث قضت بأنه (يجب على البنك الوفاء للمستفيد بغض النظر عن عدم وجود عقد البيع أصلاً أو عدم صحته، كما إذا فتح الاعتماد قبل ابرام عقد البيع أو نسخ بأثر رجعي، أو كان باطلاً بطلاناً مطلقاً لمخالفته للنظام العام، فإن حق البائع قبل المستفيد مستقل عن البيع ويخوله مطالبة البنك بالتنفيذ ولو كان فسخ البيع ضد البائع ذاته أي يخطأ منه.) ، الحكم صادر عن محكمة بروج التجارية ، بتاريخ ١ يونيو ١٩٥٢ ، المجلة الفصلية ، ١٩٥٤ ، ص٤٧٢.

(١) كرمانج عبدالرحمن محمد ، التزام المصرف في الاعتماد المستندي ، رسالة مقدمة الى المعهد القضائي ، ١٩٩٢م ، ص٢٠.

(٢) مجلة المصرف التجاري العراقي ،٧١، ١٩٧٢ ،رقم القرار ٩٣٣ / حقوقية / ١٩٦٤ في ١٩٦٤/٩/٧ ، العدد الأول ، السنة الأولى ، حزيران ، ١٩٧١.

(٣) الطعن رقم ٤٠٢ سنة ٤٤ ق جلسة ٢٠ / ٢ / ١٩٧٨ ، س٢٩ ، ص٥٣٣ ، مشار اليه لدى : احمد غنيم ، الاعتمادات المستندية المشكلات العملية والجوانب التطبيقية ، ٢٠١١، ص٣١١.

الفرع الثالث

تعيين حارس قضائي

المقصود بالحراسة القضائية انها (نيابة يوليها القضاء بأجراء مستعجل ووقتي يأمر به استنادا الى نص في القانون بناء على طلب صاحب المصلحة اذا رأى القاضي انها إجراء ضروري للمحافظة على حقوق ذوي الشأن ومصالحهم ويعهد القاضي للحارس بموجب هذا الإجراء بمال سواء أكان منقولا أم عقارا أم مجموعا من الأموال لحفظه وادارته ليرده مع غلته المقبوضة لمن يثبت حقه فيه.)[١] ، ويجيز المشرع العراقي الحراسة القضائية في قانون المرافعات المدنية في المادة (١٤٧) منه ، والتي نصت على "١- **يجوز لكل صاحب مصلحة في منقول أو عقار اذا تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه ان يطلب من القضاء المستعجل وضع هذا المال تحت الحراسة وادارته ورده مع الغلة المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه. ٢- يكون تعيين الحارس بإتفاق ذوي الشأن جميعا . فأن لم يتفقوا ، تولى القاضي تعيينه ، ويتقاضى الحارس أجرا تقدره المحكمة.**".

استنادا الى نص المادة أعلاه ، يلاحظ ان المشرع العراقي قد نظم الحراسة القضائية فقط[٢] ، وجاء مضمون النص متكامل المعنى ، وهو يقترب في معناه من نص المادة (٧٣٠) من القانون المدني المصري التي نص فيها على الحراسة القضائية ، بالقول " **يجوز للقضاء أن يأمر بالحراسة : ١- في الأحوال المشار إليها في المادة السابقة اذا لم يتفق ذوي الشأن على الحراسة . ٢- اذا كان صاحب المصلحة في**

---

(١) عبد الحكيم عبد الحميد فراج ، الحراسة القضائية في التشريع المصري ، الطبعة الثانية ، دار النشر للجامعات المصرية ، ص٥٤.

(٢) اذ ان الحراسة تكون على نوعين : اتفاقية وقضائية ، بينما نظم المشرع المصري الحراسة بنوعيها حيث نص على الحراسة الاتفاقية في المادة (٧٢٩) من القانون المدني المصري والتي نصت على " الحراسة عقد يعهد الطرفان بمقتضاه الى شخص اخر بمنقول او عقار او مجموع من المال يقوم في شأنه نزاع او يكون الحق فيه غير ثابت ، فيتكفل هذا الشخص بحفظه وادارته ويرده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه ."

منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه . ٣- في الأحوال الأخرى المنصوص عليها في القانون." .

نلاحظ من خلال النصوص أعلاه ، ان الحراسة القضائية ماهي الا إجراء احترازي من أجل حماية المال الموضوع تحت الحراسة ، وهي تنصرف الى العقارات والمنقولات معا ، كما انها يجب ان تصدر من محكمة القضاء المستعجل بناء على طلب من له مصلحة مشروعة فيها ، وهي المصلحة التي تتعلق بحق يحميه القانون ، اذا كان يستند في طلبه الى أسباب جدية تتنبأ بخطر عاجل ممكن ان يتعرض له المال الذي يحوزه الطرف الأخر وهو المدعى عليه في دعوى الحراسة القضائية، ويقع على عاتق محكمة القضاء المستعجل التحقق من توافر شرط المصلحة المشروعة في الطلب المقدم لها وشرط الخطر العاجل المحيط بالمال المطلوب حمايته ، وفي حال تحقق الشرطين يمكن تعيين حارس قضائي بإتفاق الطرفين يوضع المال في حيازته من أجل حفظه وإدارته ومن ثم رده مع غلته المتحصلة الى الطرف الذي يثبت حقه فيه وفقا للقانون ، وفي حال لم يتفق طرفي الدعوى على حارس قضائي معين عندئذ يتولى قاضي الأمور المستعجلة مهمة تعيينه ويقدر له أجرا محددا يتناسب مع نوع المال وطبيعته والجهد المبذول و مدة الحراسة القضائية[١].

وبالرجوع الى تعريف الإعتماد المستندي ، الذي يعرف بانه (تعهد صادر من قبل البنك بناء لطلب العميل المشتري بأن يدفع للمستفيد البائع ثمن البضاعة مقابل مستندات معينة مضمون برهن حيازي على المستندات الممثلة للبضاعة.)[٢] ، نلاحظ من خلال هذا التعريف ان الإعتماد المستندي يعتبر وسيلة لتسوية عقد البيع ودفع الثمن مقابل مستندات مضمونة برهن حيازي، وان المصرف الذي يفتح الإعتماد المستندي القطعي

(١) مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية ، الطبعة الرابعة ، مكتبة البيت القانوني ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٩، ص٢٩٧.

(٢) مازن عبد العزيز فاعور ، الاعتماد المستندي والتجارة الالكترونية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٦، ص١٩.

يتعهد شخصيا و بشكل مباشر ونهائي بدفع مبلغ الإعتماد ، الذي يساوي ثمن البضاعة ، الى المستفيد من ماله الخاص ، وليس من مال المشتري ، طالما كانت المستندات المقدمة اليه صحيحة ومطابقة للتعليمات[١] ، بالتالي فأن هذا المبلغ هو مالا مستقلا عن العقد الأساس ويخضع لأحكام القواعد الناظمة للإعتماد المستندي وليس لأحكام القواعد العامة التي تنظم الوفاء بالثمن في عقود البيع ، وعند الرجوع للقواعد المنظمة للإعتمادات المستندية على المستوى الدولي أو على مستوى القوانين الوطنية المقارنة ، نجد انها لا تتضمن نصا يمنع تعيين حارس قضائي على مبلغ الإعتماد المستندي عند حدوث نزاع بين الاطراف، وهذا ينعكس على جواز التعامل مع مبالغ الإعتماد على إنها مالا منقولا قابلا لأن يكون محلا للحراسة القضائية ريثما يحسم النزاع الأصلي ، ومن ثم يستطيع الطرف المدعي[٢] الحصول على قرار قضائي مستعجل بتعيين حارس قضائي على مبلغ الإعتماد اذا توافرت شروط الحراسة القضائية آنفة الذكر.

على الرغم من ذلك ، هناك من يرى ان السماح بتعيين حارس قضائي على مبلغ الإعتماد ينطوي على إنتهاك الاستقلالية بين العلاقات ويهدر الهدف الأساسي من الإعتماد القطعي وتعهده القطعي في دفع قيمة الاعتماد الى المستفيد ، وبناء عليه

(١) اسراء جاسم مهدي ، اعفاء البنوك المتدخلة في الاعتماد المستندي من المسؤولية دراسة في الأصول والأعراف الموحدة نشرة (٦٠٠) ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ، عمان ، الأردن ، حزيران ، ٢٠٢٠ ، ص٦٩ ، ص٧٠.

(٢) كان القضاء الفرنسي سابقا يسمح بتعيين حارس قضائي على مبلغ الاعتماد ، حيث اقام مصرف اتحاد باريس دعوى امام محكمة استئناف باريس يطلب فيها اصدار قرار مستعجل من القاضي بتعيين حارس قضائي على مبلغ الاعتماد المستندي الذي يحوزه ، اذ تم الاشتراط في عقد الاعتماد المستندي على ان يبقى جزء من مبلغ الاعتماد تحت يد المصرف الى حين استلام العميل الامر البضاعة وفق الشروط المتفق عليها ، فكان طلب إيقاع الحراسة القضائية بسبب نشوب منازعة بين البائع والمشتري متعلقة بتنفيذ عقد البيع ، وبتاريخ ٢٧ ابريل ١٩٣٨ قام القاضي بإصدار قرار مستعجل بتعيين حارس قضائي على المبلغ المتبقي لدى المصرف المدعي ، ثم أصدرت محكمة استئناف باريس حكما بتاريخ ٣١ مايو ١٩٣٨ ورد فيه (ان من حق البنك مصدر الاعتماد المؤيد طلب تعيين حارس قضائي على مبلغ الاعتماد المتبقي تحت يده ، اذا ما قام نزاع بين البائع والمشتري خاص بعدم سلامة المستندات المطلوبة من المشتري) ، استئناف باريس ، دائرة مستعجلة ، ٣١ مايو ١٩٣٨ ، منشور في مجلة جازيت ، ١٩٣٨ ، العدد ٧ ، ص١٢٤.

وبحسب قولهم يجب على قاضي الأمور المستعجلة رفض طلب تعيين حارس قضائي على مبلغ الاعتماد مهما كانت الأسباب المقدمة[١] .

وفقا لما تقدم في هذا المطلب ، يتضح ان تقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي تفرضه مقتضيات العدالة التعاقدية وحماية المعاملات التجارية ، فمبدأ الاستقلال وان كان أساسيا في عملية الاعتماد المستندي غير انه لا يطبق في جميع الحالات تطبيقا تعسفيا، اذ ترد عليه إستثناءات تمثل تطبيقات للتقويض وهي تطبيقات تكشف أن الاستقلال في الاعتماد المستندي نسبي يخضع للواقع العملي ، كما أن هذه التطبيقات تبين أن التقويض لا يهدم الأساس الذي تبنى عليه عملية الاعتماد المستندي كاملا بل انه يضمن الموازنة بين تطبيق المبادئ الشكلية من جهة ومقتضيات العدالة والانصاف في العلاقات التعاقدية من جهة أخرى ، وتجدر الإشارة بهذا الصدد ان التشريع العراقي والمقارن لم يتصدى لتنظيم تطبيقات للتقويض تمثل استثناء على الاستقلال في الإعتماد المستندي ولم يتطرق اليها ، ومن أجل تفادي التباين الحاصل بين واقع الإعتمادات المستندية والنصوص التشريعية المنظمة لها **نوصي المشرع العراقي ان يتدخل بنص صريح ينظم من خلاله حالات استثنائية ترد على سبيل المثال وذلك لتكون بمثابة تطبيقات لتقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي ونقترح ادراج مادة قانونية ضمن المواد المنظمة للإعتماد المستندي من قانون التجارة العراقي النافذ وتكون الصياغة كالاتي : على المصرف ان يمتنع عن الدفع الى المستفيد اذا قام الدليل على وجود غش في المستندات او على بطلان العقد الأساس أو عند صدور الأمر الولائي بالحجز على مبلغ الإعتماد وغيرها من الحالات الاستثنائية ، مالم يتم الإتفاق على خلاف ذلك ."**

---

(١) ينظر : د. مصطفى كمال طه ، القانون التجاري ، دار المطبوعات ، الإسكندرية ، ١٩٧٣، ص٤٣٨، بند ٥٩٠، كما ينظر في هذا الرأي وأيضا : جورج ماريه ، الاعتماد القطعي ، الطبعة الثانية ، ١٩٢٩ ، ص٢٨٢ ، بند١٤٦ ، كما ينظر في معنى التمسك بالاستقلالية بين العلاقات مهما كانت الظروف التي تطرأ على عملية الاعتماد المستندي : د. اليماني ، مصدر سابق ، ص٣٣٢ .

المبحث الثاني

آثار تقويض الإستقلال في الإعتماد المستندي

اشـرنا فيمـا سـبق الـى تطبيقـات التقـويض التـي تقـع علـى عمليـة الإعتمـاد المسـتندي، ونثيـر الان أهـم الآثـار المترتبـة علـى تقـويض الاسـتقلال فـي الإعتمـاد المسـتندي، اذ ان طـرح هـذا الموضـوع يضـفي دعمـا إضـافيا للتقـويض ويعـزز وجاهتـه عنـد التطبيـق ، ويبـرز مـا يسـفر عـن تطبيقاتـه التـي تمثـل انعكاسـا حقيقـا للحـالات الواقعيـة المسـتمرة والمشـكلات العمليـة المرفوعـة امـام القضـاء ، حيـث ان التقـويض لا يقتصـر أثـره علـى تعزيـز الارتبـاط بـين العلاقـات فحسـب بـل انـه يـؤول بصـورة مباشـرة الـى تـداخل فـي القـدرة علـى التمسـك بالـدفوع المقـررة وفـق الأصـل للأطـراف المتعاقـدة وهـو مـا نجـده نتيجـة منطقيـة لتطبيق التقويض .

اذ اننـا امـام تنظـيم قـانوني مختلـف ، ذلـك لأنـه يتكـون مـن عـدة علاقـات والتـي بـالرغم مـن اخـتلاف المعالجـة القانونيـة المنفـردة لهـا الا انهـا تنـدرج تحـت مسـمى واحـد ، وعندئـذ فأنـه يعـد احـدى العمليـات المصـرفية التـي تقـوم بهـا المصـارف لصـالح عملائهـا ، ومـن المعلـوم بـأن الإعتمـاد المسـتندي مسـتقل عـن العقـد الأصـلي كمـا نصـت علـى ذلـك الأعـراف الدوليـة و القـوانين المقارنـة، غيـر ان الخـروج علـى هـذا الاسـتقلال فـي بعـض الحـالات قـد يفـرز آثـارا تمثـل نتيجـة حقيقيـة لتطبيقـات التقـويض وتسـهم بصـورة فعالـة فـي تكـريس الرقابـة علـى حسـن تنفيـذ العقـد الأساسـي ، وتعـزز الثقـة لـدى الأطـراف فـي كـون المسـتندات المقدمـة لا يسـتند اليها في معزل عن واقع المعاملات التجارية .

القصـد مـن دراسـة هـذه الآثـار بصـفة عامـة هـو الكشـف عـن جوانـب قانونيـة تمـنح الأطـراف المتعاقـدة منفـذا سـليما لحمايـة مصـالحهم المشـروعة والـذب عنهـا عـن طريـق التمسـك بالـدفوع والتحصـن بهـا ولـذلك فهـذه الآثـار تمثـل دراسـة نظريـة للقواعـد المدنيـة العامـة

وتوظيف عملي لها عند المنازعات وهي أخيرا تشكل فهما عميقا للوصول الى حالة التوازن بين استقرار العمليات المصرفية والاساس القانوني للعقود .

وعليه ، سنتناول الآثار القانونية التي تترتب على تقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي في هذا المبحث ، وسوف نقسمه الى مطلبين ، الأول يكون عن جواز تمسك المصرف بالدفوع المقررة لكل من طرفي عقد البيع قبل الآخر ، والمطلب الثاني جواز تمسك طرفي عقد البيع بالدفوع المقررة للمصرف قبل كل منها ، على النحو الآتي :

المطلب الأول

جواز تمسك المصرف بالدفوع المقررة لكل من طرفي عقد البيع قبل الاخر

تنعقد عملية الاعتماد المستندي عادة لتنفيذ علاقة تعاقدية سابقة عليها ، يكون موضوعها عقد بيع دولي ، وتنشأ هذه العلاقة القانونية جملة من الحقوق والالتزامات لكلا طرفيها ، البائع والمشتري ، وفي حال اخلال أحدهما بالتزامه فمن البديهي ان يترتب للطرف الآخر الحق في التمسك بالدفوع التي يسمح بها القانون ، مثل الدفع بعدم التنفيذ والذي يعني عزوف أحد الطرفين المتعاقدين عن تنفيذ التزامه عندما يمتنع الآخر عن التنفيذ ، ومثل الدفع بالمقاصة حيث يحصل ان يواجه أحد المتعاقدين الاخر بالمقاصة بمثابة دفع ، وأخيرا مثل الدفع بالأبطال الذي يكون من حق المتعاقد الذي تخلل رضاءه عيب من عيوب الرضا مثل الغلط أو الإكراه أو الاستغلال .

ويلاحظ ان المصرف يمكن ان يجد فرصة للتمسك بالدفوع المقررة لكل من طرفي عقد البيع قبل الآخر ، مما يعد أحد أهم آثار تقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي ويفسح المجال لإعادة دراسة القواعد العامة الخاصة بالغير ومدى إمكانية تطبيقها على المصرف في هذا الموضع ، وعليه ، يجب ان نتناول أهم الدفوع القانونية التي يمكن ان يتمسك بها طرفي عقد البيع الدولي في مواجهة الآخر ، لذلك سنقسم هذا المطلب الى

ثلاثة فروع نتناول في الأول الدفع بعدم التنفيذ ، والفرع الثاني دعوى ضمان العيوب الخفية واما الفرع الثالث سيكون للدفع بالغبن مع الاستغلال ، على النحو الآتي :

الفرع الأول

الدفع بعدم التنفيذ

يعرف الدفع بعدم التنفيذ بأنه (حق كل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين في ان يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا طالبه المتعاقد الآخر بذلك حتى يقوم هذا المتعاقد بتنفيذ ما التزم به وهو ما يؤدي عملا الى وقف تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الى ان يتم تنفيذها أو أن يتم فسخ العقد.)[١] ، وكذلك يعرف بأنه (وسيلة دفاعية يقررها القانون للمتعاقد في العقود الملزمة للجانبين يستطيع بموجبها أن يمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه مشروعا حتى يفي الطرف الآخر بالالتزام الواجب عليه قانونا.)[٢] ، يتضح ان الدفع بعدم التنفيذ يثار عندما يخل أحد الطرفين المتعاقدين بتنفيذ التزامه كأن يرفض تنفيذه في أحد العقود الملزمة للجانبين فيصبح عندئذ من حق المتعاقد الآخر ان يدفع في مواجهته بعدم تنفيذ التزامه المقابل ، بالتالي فأن هذا الدفع يدخل ضمن نطاق العقود التبادلية الملزمة للجانبين ولا يمكن اثارته الا في حالة مطالبة الطرف المتلكئ تنفيذ الإلتزام المقابل في العقد ، وحينها يصبح من الطبيعي التمسك بهذا الدفع في مواجهته[٣].

وبالإشارة الى موقف القوانين المقارنة ، فأن المشرع العراقي قد أشار له في المادة (٢٨٢) من القانون المدني والتي نصت على انه : "١- **لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يوف بإلتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين**

(١) د. جلال محمد إبراهيم ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١١ ، ص٢٨٥.
(٢) د. بشار طلال المومني ، مشكلات التعاقد عبر الانترنت (دراسة مقارنة) ، عالم الكتب الحديث ، اربد ، الأردن ، ٢٠٠٤ ، ص٢٢٩.
(٣) د. إسماعيل عبد النبي شاهين ، المدخل لدراسة العلوم القانونية (نظرية الحق) ، الطبعة الأولى ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، ٢٠١٣ ، ص٦٢.

وكـــان مرتبطـــا بـــه." وان المشـرع نظمـه ضـمن النصـوص المتعلقـة بـالحق فـي الحـبس للضمان.

امـا المشـرع المصـري فقـد أشـار إليـه فـي المـادة (١٦١) مـن القـانون المـدني التـي نصـت علـى انـه "**فـي العقـود الملزمـة للجـانبين اذا كانـت الالتزامـات المتقابلـة مسـتحقة الوفـاء ، جـاز لكـل مـن المتعاقـدين ان يمتنـع عـن تنفيـذ التزامـه ، اذا لـم يقـم المتعاقـد الآخـر بتنفيـذ مـا التـزم بـه .**" نلاحـظ ان المشـرع المصـري تبنـى الـدفع بعـدم التنفيـذ بشـكل صـريح وبصياغة واضحة ودقيقة مقارنة بالقانون العراقي.

واما المشـرع الأمريكـي[١] فأنـه لـم يضـع نصـا صـريحا للـدفع بعـدم التنفيـذ ، ولكـن هنـاك مقاربـات مشـابهة تسـمح للطـرف المتعاقـد الامتنـاع عـن التنفيـذ ، كمـا فـي المـادة (٢-٦٠٩) مـن قـانون التجـارة الأمريكـي الموحـد (UCC) والتـي نصـت علـى " **يفـرض عقـد البيـع التزامـا علـى كـل طـرف يقضـي بعـدم المسـاس بتوقعـات الطـرف الآخـر بالحصـول علـى الأداء**

(١) اما المشرع الفرنسي فقد نص على الدفع بعدم التنفيذ في المادة (١٢١٩) من القانون المدني الفرنسي بالقول "يجوز لاحد الأطراف ان يرفض تنفيذ التزامه ، على الرغم من كونه مستحقا ، اذا لم ينفذ الطرف الاخر التزامه ، وكان عدم التنفيذ على قدر كاف من الجسامة." والمادة (١٢٢٠) من نفس القانون والتي نصت على "يجوز لاحد الأطراف ان يوقف تنفيذ التزامه اذا تبين ان المتعاقد معه لن يقوم بالتنفيذ عند استحقاقه ، وان نتائج عدم التنفيذ ستكون على قدر كاف من الجسامة بالنسبة اليه ، ويجب ان يتم الاخطار بهذا الوقف في اقرب وقت ." ينظر الى : د. محمد حسن قاسم ، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٨ ، ص٩٥ ، ص٩٦ .

النصوص كما وردت باللغة الفرنسية :

Article 1219: Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, l'utre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave.

Article 1220: Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais.

انظر الموقع legifrance

https://translate.google.com.cn/

تاريخ الزيارة ٢٠٢٥/٧/٢٧ ، الساعة ٨:٠٠ م.

المستحق له ، فاذا ظهرت أسباب معقولة تشكك في قدرة أحد الطرفين على تنفيذ التزاماته التعاقدية ، جاز للطرف الآخر ان يطلب كتابيا تقديم ضمانا كافيا بالتنفيذ المستحق له ، والى ان يحصل على هذا الضمان يجوز له تعليق تنفيذ التزامه المقابل الذي لم يستوف عائده المتفق عليه ، اذا كان ذلك معقولا تجاريا."[١] .

وبناء عليه ، اذا توافرت الشروط المطلوبة لإثارة الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة لأحد الطرفين المتعاقدين في العقد الأصلي ، لنفرض ان يكون المشتري ، وتمسك به في مواجهة البائع ، **فهل يكون للمصرف الإنتفاع من هذا الدفع ورفض صرف مبلغ الإعتماد الى المستفيد بالرغم من استلامه مستندات مطابقة للشروط الواردة في خطاب الإعتماد؟**

للإجابة عن هذا التساؤل ، يقتضي بنا التنويه الى ان إمتناع المصرف عن الوفاء يعد نتيجة طبيعية لتقويض الاستقلال بين العلاقات المنبثقة عنه، كما ان أبعاد هذه الإشكالية تتوضح عندما يتبين للمشتري الآمر اخلال البائع بتنفيذ العقد الأصلي في الإعتماد المستندي ، ولو تأملنا نصوص القواعد والأعراف الدولية الموحدة المتعلقة بالاعتماد المستندي نجد انها خالية من ادنى إشارة الى هذه المسألة ، وهو أمر بديهي ، حيث انها لا تخرج عن نطاق الاستقلال تحت أي طارئ ولأي سبب كان ، وكذلك الحال بالنسبة الى قانون التجارة العراقي وقانون التجارة المصري الجديد ، ولذلك فقد انقسم الرأي الفقهي حول هذه القضية الى اتجاهين :

---

(١) النص باللغة الإنكليزية :

2-609

(1)A contract for sale (https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-106#Contract%20for%20sale_2-106)imposes an obligation on each party that the other's expectation of receiving due performance will not be impaired. When reasonable grounds for insecurity arise with respect to the performance of either party the other may in writing demand adequate assurance of due performance and until he receives such assurance may if commercially reasonable suspend any performance for which he has not already received the agreed return.

الاتجـــاه الأول : يـذهب أصـحاب هـذا الاتجـاه[١] الـى الـزام المصـرف الـذي يكتشـف وجـود أحـد تطبيقـات التقـويض السـابقة الـذكر (مثـل الغـش فـي المسـتندات) وغيرهـا مـن التطبيقـات التـي تقـوض الاسـتقلال بـين العلاقـات بالإمتنـاع عـن الـدفع الـى المسـتفيد ، وبشـكل عـام ينصـرف رأيهـم الـى تطبيـق القواعـد الموحـدة للإعتمـادات المسـتندية وخاصـة المتعلقـة بـإلتزام المصـرف بالمطابقـة الظاهريـة للمسـتندات ودفـع قيمـة الإعتمـاد الـى المسـتفيد، علـى الـرغم مـن ان مبـدأ المطابقـة الظاهريـة للمسـتندات لا يسـمح للمصـرف الفـاتح الحـائز علـى وثـائق البضـاعة ان يفحصـها علـى أرض الواقـع[٢] ، فهـو يبحـث فـي المسـتندات عـن تـوافر الشـروط المنصـوص عليهـا فـي خطـاب الإعتمـاد وينـاظر بينهمـا ، ثـم يصـدر قـراره بقبولهـا أو رفضـها ، وسـواء كانـت الشـروط المكتوبـة تعبـر عـن حقيقـة البضـائع ام لا ، ولكـنهم يضـعون حـدا لاسـتقلال هـذا الإلتـزام المنصـوص عليـه فـي هـذه القواعـد ، فهـو يتوقـف عنـد تحقـق أي مـن تطبيقـات التقـويض كمـا لـو كانـت المسـتندات مـزورة مـثلا ، مبـررين رأيهـم هـذا بـأن الاخـتلاف بـين حقيقـة البضـاعة والشـروط يجـب ان لا يكـون بفعـل ضـار صـادر مـن المسـتفيد يعرقـل تنفيـذ عقـد البيـع ،ممـا يسـمح للمصـرف بالـدفع بعـدم التنفيـذ حتـى لـو تمـت المطابقـة الظاهريـة للمسـتندات ، فـي موقـف يبـدي مسـاندة جديـة لمصـالح المشـتري الحسـن النيـة ، وبعبـارة أخـرى يمكـن القـول ان الاسـتقلال فـي الإعتمـاد المسـتندي يكـون ضـعيفا عندما يواجه التقويض[٣].

(١) د. طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، الطبعة الأولى ، الإصدار الخامس ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، ٢٠٠٥ ، ص١٣٦. د. نجوى محمد كمال أبو الخير ، مصدر سابق ، ص٢٥٩ . د. نبيل محمد احمد صبيح ، مسؤولية البنك عن فحص المستندات على ضوء القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، مجلة محكمة يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين الشمس ، العدد الأول ، السنة ٣٨ ، القاهرة، ١٩٩٦ ،ص٧٨.حاتم محمد عبد الرحمن ، العمليات المصرفية المستقلة والمشكلات المرتبطة بتنفيذها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص٢٥١.

(٢) حسين شحادة الحسين ، موقف البنك من المستندات المخالفة في الاعتماد المستندي ، الطبعة الأولى ، جامعة حلب ، ٢٠٠١ ،ص١٨٧.

(٣) د. نجوى محمد كمال أبو الخير ، مصدر سابق ، ص٢٦٠.

الاتجـاه الثـاني : يـرى أصـحاب هـذا الإتجـاه ان المصـرف لا يسـتطيع التمسـك بالـدفوع والاحتجـاج بهـا فـي مواجهـة المسـتفيد ورفـض المسـتندات المطابقـة ، ولأن خطـاب الإعتمـاد يحكـم العلاقـة بـين المصـرف والمسـتفيد وهـو يسـتقل عـن عقـد البيـع وعـن عقـد فـتح الإعتمـاد ، فيجـب علـى المصـرف عنـد تنفيـذه لخطـاب الإعتمـاد احتـرام التزاماتـه تجـاه المسـتفيد وعـدم الاخـلال بهـا ، فـلا يجـوز لـه رفـض الوفـاء للمسـتفيد اسـتنادا علـى الـدفع بعـدم التنفيـذ الخـاص بالمشـتري والناشـئ عـن عقـد البيـع ، طالمـا تسـلم مسـتندات مطابقـة ، فـاذا امتنـع المصـرف عـن الـدفع فـي هـذه الحالـة تنعقـد مسـؤوليته تجـاه المسـتفيد بتـوافر أركانهـا (الخطـأ والضـرر والعلاقـة السـببية بينهمـا) ، وفـي رأي مـنهم ان المصـرف لـيس خلفـا خاصـا للمشـتري لكـي يتمتـع بدفوعـه الناشـئة عـن عقـد البيـع وان التـزام المصـرف تجـاه المسـتفيد التزامـا نهائيـا وقطعيا بسبب خطاب الإعتماد المبرم بينهما[١].

ان الطـرح المتقـدم يهـدد بنتـائج وخيمـة مـع القـول بإنتهـاء مسـؤولية المصـرف عنـد حـدود المطابقـة الظاهريـة للمسـتندات حـين يقـوم بهـا حرفيـا ، لأن ذلـك يؤكـد ان المشـتري سـيكون ملـزم بـدفع ثمـن البضـاعة حتـى عنـدما لا ينفـذ البـائع التزامـه المفـروض عليـه فـي عقـد البيـع ، فقـد يـدفع المشـتري ثمـن بضـاعة معدومـة أو هالكـة قبـل اسـتلام المسـتندات ومطابقتهـا ، وهـذا لا يتفـق مـع قواعـد العدالـة ، خاصـة اذا كانـت البضـاعة مرهونـة للمصـرف وهـو مـا يشـير الـى ان المشـتري لـن يسـتطيع تشـخيص البضـاعة ورصـد وضـعها الا بعـد ان يسـدد مبلـغ الإعتمـاد مـع العمولـة والفوائـد للمصـرف[٢] ،ففـي معظـم الأحيـان يتفـق المصـرف مـع العميـل الآمـر عنـد إبـرام عقـد الإعتمـاد المسـتندي علـى ان يـرتهن المصـرف البضـاعة عـن طريـق مسـتنداتها[٣] ،أو قـد يكـون إتفـاق ضـمني يسـتدل عليـه مـن خـلال ظـروف التعاقـد أو

(١) محمود مختار بربري ، قانون المعاملات التجارية عمليات البنوك والأوراق التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١١ ، ص١٤٢ . فيصل محمود النعيمات ، مسؤولية البنوك في قبول المستندات في نظام الاعتماد المستندي ، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٥ ، ص٦٨. جورجيت صبحي ، مصدر سابق ، ص١٦٩.

(٢) انظر : نجوى أبو الخير ، مصدر سابق ، ص٤٤٦ وما بعدها.

(3) Ch. Fabia et P . Safa, code de commerce Annote , Universite saint Joseph , Tome I ,1965. p.690 .

العرف[١] ، وبشكل عام لا تشير حيازة المستندات بحد ذاتها على وجود رهن على البضاعة[٢] ، ولذلك يستلم المصرف مستندات شحن البضاعة كونها المستندات التي تضمن لحاملها حقوقه على البضاعة المرسلة ، فيثبت للمصرف حق الرهن على البضاعة من خلال نقل حيازة هذه المستندات إليه كضمان عيني[٣] ، إعتبارا على انها تعد المستندات التي تمثل المرهون وعلى ذلك نصت المادة (١٨٧) من قانون التجارة العراقي النافذ ، بالقول "**اولا : يشترط لنفاذ الرهن في حق كل من المدين والغير ان تنتقل حيازة المرهون الى الدائن المرتهن أو الى عدل يعينه الطرفان. ثانيا : يعتبر الدائن المرتهن أو العدل حائزا المرهون في الحالتين الآتيتين : ١- اذا وضع تحت تصرفه بكيفية تحمل الغير على الاعتقاد بإن الشيء قد أصبح في عهدته . ٢- اذا تسلم سندا يمثل المرهون ويعطي حائزه حق تسلمه.** "

بالتالي يكون من حق المصرف التنفيذ على البضاعة اذا لم يحصل على قيمة الإعتماد والعمولة والفائدة من العميل الآمر[٤] ، وقد نص المشرع العراقي على ذلك في المادة (٢٨٢) من قانون التجارة النافذ بأن "**اولا : اذا لم يدفع الآمر بفتح الإعتماد المستندي قيمة مستندات الشحن المطابقة لشروط فتح الإعتماد خلال ستة أشهر من تاريخ تبليغه بوصول تلك المستندات فللمصرف بيع البضاعة بالمزاد العلني بعد تبليغ الآمر بموعد البيع ومحله. ولا تجرى الاحالة اذا لم يبلغ البدل اربعة اخماس القيمة**

(١) ففي العراق تواترت المصارف على ان تكتب في عقود الاعتمادات المستندية ما يأتي : (ان المستندات التي سلمت لكم بموجب هذا الاعتماد والبضائع موضوعة البحث تكون مرهونة لديكم لحين دفع المبالغ المستحقة لكم بموجبه وعند عجزنا عن تخليص المستندات المذكورة عند وصولها فيحق لكم أن تقوموا بنقلها وتخزينها في مستودعاتكم الخاصة أو أي مستودع عام أو خاص ببيع البضائع المذكورة حسب القوانين المرعية باعتبارها مرهونة واستعمال الصافي لقاء تسديد أي مبلغ يستحق لكم بموجب هذا العقد ، كما وانكم مخولون بموجب هذا العقد باستيفاء الباقي من قيمة المستندات من أي حساب يعود لنا في مصرفكم) ، ينظر الى د. بختيار صابر بايز حسين ، مسؤولية المصرف في الاعتماد المستندي والمخاطر التي تواجهه دراسة تحليلية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١٠ ، ص٣٦٠ ، ص٣٦١.

(٢) حسن النجفي ، التطبيقات الجديدة للاعتمادات المستندية ، مطبعة الإدارة المحلية ، بغداد ، ١٩٧٦ ، ص٨.

(٣) د. بختيار صابر بايز حسين، مصدر سابق ، ص٣٦٢.

(٤) نور عباس الريس ، مصدر سابق ، ص١٢٥.

المستندية للبضاعة والمصاريف. فاذا لم يبلغ البدل هذا المقدار اجريت مزايدة ثانية وتحال البضاعة بالبدل الذي ترسو به المزايدة. ثانيا : لا تسري احكام الفقرة (اولا) من هذه المادة على الإعتمادات المفتوحة من قبل دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي. وتسري على البضاعة في هذه الحالة احكام الرهن."

ويبدو واضحا في هذا المقام ان المصرف اصبح خلف خاص للمشتري استنادا الى هذا الرهن فالدائن المرتهن ضمانا لدينه يعد خلفا خاصا[١] للراهن المدين[٢] ، وبناء على هذا الاستخلاف ، الذي اعتاد الفقه القانوني على إعتباره استثناء على قاعدة نسبية أثر العقد[٣] ، اصبح من الممكن ان يكتسب الغير حقا من عقد لم يكن طرفا فيه ، بالتالي يتمكن من التمسك بكافة الدفوع الناتجة عن هذا العقد والتي تصب في مصلحته استنادا الى ان الحق ينتقل معه كل ما يعتبر من مستلزماته [٤] .

بالتالي يمكننا القول ، ان للمصرف الإمتناع عن دفع مبلغ الإعتماد الى المستفيد طالما اخل بالتزامه في العقد الاساس ، وله في سبيل ذلك ان يحتج عليه بدفوع مدينه المشتري الناجمة عن عقد البيع كالدفع بعدم التنفيذ ، وفي واقع الأمر ونظرا للطبيعة

---

(١) الخلف الخاص (هو من يتلقى شيء معين سواء كان هذا الشيء حقا عينيا او حقا شخصيا ، او يتلقى حقا عينيا على هذا الشيء.) . ويعتبر خلفا خاصا أيضا الشخص الذي يخلف سلفه في شيء معين انتقل اليه وقد يتمثل هذا الشيء في حق عيني كحق الملكية او حق الرهن فالمشتري خلف خاص للبائع في الشيء المبيع وهو يخلفه في شيء معين بالذات وكذلك الموهوب له والموصى له بعين معينة هما خلف خاص للواهب والموصي ، وكذلك المرتهن فأنه يخلف سلفه الراهن في حق عيني ، .انظر الى : الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، الجزء الخامس ، دار احياء التراث العربي ، ط١ ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة نشر ، ص١١. وفي نفس المعنى : فوزي كاظم المياحي ، القانون المدني العراقي فقها وقضاء نظرية العقد ، الجزء الثالث ، مكتبة صباح ، بغداد ، ٢٠١٩ ، ص١٥٧ ، ص١٥٨.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني – مصادر الالتزام ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص٤٤٤.

(٣) يعد الخلف الخاص من الغير وعليه لا تنصرف اليه اثار العقد المبرم من قبل السلف ، ولكن استثناء و بقوة القانون وعند توافر شروط معينة تنصرف اليه حقوق والتزامات هذا العقد ، انظر : فوزي كاظم المياحي ، مصدر سابق ، ص١٥٩.

(٤) ماجد عواد دويج ، اثر العقد على الخلف في القانون العراقي والفقه الإسلامي ، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية ، المجلد ٧١ ، العدد ٤ ، أيلول لسنة ٢٠٢٤ ، ص٣١.

القانونية التي ينفرد بها الإعتماد المستندي فأنه يجب ان يتمتع المصرف بالسلطة التقديرية من أجل تقرير مدى أهمية هذا الدفع وإيقاف صرف مبلغ الإعتماد الى المستفيد حتى يصدر القضاء او التحكيم الحكم النهائي في القضية الاصلية المعروضة امامه فمن غير المنطقي ان يقوم المصرف بتسليم الثمن ممثلا بقيمة الإعتماد الى البائع دون ان يوفي الأخير التزامه المفروض عليه في عقد البيع بالتالي يفسح المجال لأثارة الدفع بعدم التنفيذ ، خاصة مع الاخذ بنظر الإعتبار ان هناك من يؤسس الدفع بعدم التنفيذ لسببين الأول بسبب التنفيذ المعيب للالتزامات والثاني بسبب عدم التنفيذ كليا أو جزئيا[١] مما يدعم تنوع تطبيقات التقويض ويسمح للمصرف بالخروج على استقلالية العلاقات والتمسك بنفس الدفع الذي يتمسك به المشتري في مواجهة المستفيد حتى يستند الى سبب قانوني يبرر التوقف عن تنفيذ الإعتماد.

الفرع الثاني

دعوى ضمان العيوب الخفية

لعله من المفيد ذكر ان معظم البيوع الدولية التي يشترط تنفيذها عن طريق الإعتماد المستندي يتم شحن البضاعة فيها عبر وسائط النقل البحرية ، ولذلك فأن المشتري لا يتسلم البضاعة المتفق عليها الا حين يستلم سند الشحن وكافة المستندات الأخرى ثم يدفع المصرف مبلغ الإعتماد ، ولكن أحيانا يضطر البائع ان يشحن البضاعة جوا مما يؤدي الى وصول البضاعة الى المشتري قبل استلام المستندات وقبل دفع مبلغ الإعتماد[٢] وبناء عليه ، في حال تبين للمشتري ان البضاعة معيبة فهل يحق له مناشدة المصرف بعدم صرف مبلغ الإعتماد ووقف عملية الاعتماد المستندي؟ وهل يحق للمصرف ان يقوم مقامه في الرجوع على المستفيد ؟

---

(١) د. مصطفى عبد السيد الجارحي ، فسخ العقد ، مجلة القانون والاقتصاد ، مطبعة جامعة القاهرة ، العدد السادس والخمسون ، مصر ، ١٩٨٦ ،ص٦٦.

(٢) جورجيت صبحي ، مصدر سابق ، ص١٧٣.

ان العقد الأصلي في عملية الإعتماد المستندي لا يخرج عن احكام القواعد العامة المنظمة لعقود البيع حتى ولو كان على مستوى دولي ، فيترتب عليه حقوق والتزامات على عاتق طرفيه ، والتي منها الإلتزام المترتب على المستفيد بتسليم البضاعة الى العميل الآمر وضمان عدم التعرض القانوني له بما يكفل الحيازة المستقرة للبضاعة والانتفاع بها وفقا للغرض الذي اعدت من أجله ، وأخيرا ضمان العيوب الخفية الواردة عليها[١] ، ويعرف المشرع العراقي العيب [٢] ويقيم حق المشتري في رفع دعوى ضمان العيوب الخفية في المواد (٥٥٨_٥٧٠) من القانون المدني ، حيث نصت المادة (٥٥٨) منه بأنه (**١- اذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى. ٢- والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه ، ويكون قديما اذا كان موجودا في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم.)** ، وهذا يعني اذا كانت البضاعة معيبة وتحقق في العيب الشروط الموجبة للضمان وقام المشتري بأخطار البائع بالعيب خلال المدة المعقولة بعد ان قام بفحصه ، فيكون مخيرا بين فسخ عقد البيع أو قبول البضاعة المبيعة بالثمن المسمى .

اما عن موقف المشرع المصري فنجد انه يتناول دعوى ضمان العيوب الخفية بالتنظيم القانوني في المواد (٤٤٧_ ٤٥٥) من القانون المدني المصري ، إذ نصت المادة (٤٤٧) منه بأن "**١- يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشترى وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو**

(١) ينظر في هذا المعنى : خالد احمد عبد الحميد ، فسخ عقد البيع الدولي وفقا لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ ، مكتبة ومطبعة الاشعاع الفني ، ط١ ، مصر ، ٢٠٠٢ ، ص ١ وما بعدها .

(٢) لقد عرفت محكمة النقض المصرية العيب الخفي في قرار صادر عنها ورد فيه ان (العيب الذي تترتب عليه دعوى ضمان العيوب الخفية هو ، الافة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع.) ، حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٤٨/٤/٨ ، مجموعة القواعد ، الجزء الأول ، ص٣٦ ، مشار اليه لدى ، د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية البيع ، الايجار ، المقاولة ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ١٩٨٩ ، ص١٢٣ ، هامش رقم ٧٩.

من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء، أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده. ٢- ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشترى يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى، إلا إذا أثبت المشترى أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا منه." .

تبين هذه المادة ان العيب يتم ضمانه عندما يكون قديما وموجودا حين البيع ، كما تشترط ان يكون العيب جسيما ينقص من قيمة البضاعة أو المنفعة المقصودة منها ويرجع تقدير ذلك الى الإرادة التعاقدية المبينة في عقد البيع أو الى طبيعة البضاعة ، وفي حال تحقق شروط العيب يكون واجبا على البائع ضمانه ولو لم يكن عالما بوجوده .

اما بالنسبة لموقف المشرع الأمريكي فأنه ينظم احكام ضمان العيوب الخفية في القانون التجاري الموحد (UCC) في المادة (٣١٤-٢) تحت عنوان الضمان الضمني لقابلية التسويق (warranty Implied) ، والتي نصت على " (١) **مالم يستثن أو يعدل وفقا للمادة (٣١٦-٢) يفترض ضمنا في عقد بيع البضائع وجود ضمان بأن تكون صالحة للتداول اذا كان البائع تاجرا فيما يتعلق بهذا النوع من البضائع ، وبموجب هذه المادة ، يعد تقديم الطعام أو الشراب المستهلك مقابل المال في الموقع المخصص أو في أي مكان آخر بيعا . (٢) يجب ان تكون البضائع الصالحة للتداول على الأقل مما يلي : أ- ان تمرر دون حصول اعتراض عليها في السوق التجاري وفقا لوصفها في العقد. ب- في حالة البضائع المتماثلة يجب ان تكون ذات جودة متوسطة ومقبولة . ج- ان تكون صالحة للأغراض العادية التي تستخدم من أجلها هذه البضائع . د- في حالة وجود اختلاف ، يجب ان يكون ضمن الاختلافات المسموح بها في الاتفاقية ، من حيث النوع والجودة والكمية ، داخل كل وحدة وبين جميع الوحدات المعنية. هـ ان تكون البضاعة مغلفة و معبأة ومعلمة بشكل كاف وفقا للاتفاق . و- ان تكون**

البضاعة مطابقة للوعد أو التأكيدات الواقعية الواردة على العبوة أو الملصق ، إن وجدت . (٣) مالم يستثن أو يعدل وفقا للمادة (٢-٣١٦) قد تنشأ ضمانات ضمنية أخرى من مسار التعامل أو الأعراف التجارية ."[١]

إن هذه النصوص القانونية [٢] تسلط الضوء على قضية ذات أهمية كبيرة ، اذ لم يعد منطقيا منع المصارف من التمسك بالدفوع المقررة لطرفي العقد الأصلي ، ويبدو ان فكرة رهن المستندات تعد بمثابة منفذ قانوني يبيح للمصرف استعمال دفوع عميله

(١) النص باللغة الإنكليزية :

(2-314) (1) Unless excluded or modified (Section 2-316), a warranty that the goods shall be merchantable is implied in a contract for their sale if the seller is a merchant with respect to goods of that kind. Under this section the serving for value of food or drink to be consumed either on the premises or elsewhere is a sale.

(2) Goods to be merchantable must be at least such as

(a) pass without objection in the trade under the contract description; and
(b) in the case of fungible goods , are of fair average quality within the description; and
(c) are fit for the ordinary purposes for which such goods are used; and
(d) run, within the variations permitted by the agreement , of even kind, quality and quantity within each unit and among all units involved; and
(e) are adequately contained, packaged, and labeled as the agreement may require; and
(f) conform to the promise or affirmations of fact made on the container or label if any.
(3) Unless excluded or modified (Section 2-316) other implied warranties may arise from course of dealing or usage of trade.

(٢) كما نصت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع في المادة (٣٥) منها بأن "١- يسأل البائع ، وفقا لشروط العقد واحكام هذه الاتفاقية ، عن كل عيب في المطابقة يوجد وقت انتقال التبعة الى المشتري ، وان لم يظهر هذا العيب الا في وقت لاحق . ٢- وكذلك يسأل البائع عن كل عيب في المطابقة يحدث بعد الوقت المشار اليه في الفقرة السابقة ، وينسب الى عدم تنفيذ أي من التزاماته ، بما في ذلك الاخلال بأي ضمان يقضي ببقاء البضائع خلال مدة معينة صالحة للاستعمال العادي او للاستعمال الخاص ، او محتفظة بصفاتها او بخصائصها " كما نصت في المادة (٣٩) منها بأن " ١-يفقد المشتري حق التمسك بالعيب في مطابقة البضائع إذا لم يخطر البائع محدداً طبيعة العيب خلال فترة معقولة من اللحظة التي اكتشف فيها العيب أو كان من واجبه اكتشافه.
٢- وفي جميع الأحوال، يفقد المشتري حق التمسك بالعيب في المطابقة إذا لم يخطر البائع بذلك خلال فترة أقصاها سنتان من تاريخ تسلم المشتري البضائع فعلاً، إلا إذا كانت هذه المدة لا تتفق مع مدة الضمان التي نص عليها العقد." .

الآمر والاحتجاج بها ضد المستفيد لا بصفته طرفا أصيلا في عقد البيع وانما على إعتباره خلفا خاصا للمشتري ، بالتالي يتمتع المصرف بسلطة قانونية على البضائع من خلال حيازة مستنداتها ذلك ان المشرع العراقي ولدى تنظيمه لقواعد الرهن في قانون التجارة النافذ قد خول الدائن المرتهن ان يستعمل جميع الحقوق والإجراءات المتعلقة بالمرهون وذلك في المادة (١٩١) منه ، والتي نصت بأن "**على الدائن المرتهن ان يستعمل لحساب المدين جميع الحقوق والإجراءات المتعلقة بالمرهون وان يقبض قيمته وأرباحه وفوائده وغير ذلك من المبالغ الناتجة منه على ان يخصم ما يقبضه من الدين الموثق بالرهن.**"

نجد ان نص المادة أعلاه ، قد الزمت الدائن المرتهن بالمحافظة على المرهون من خلال استعمال جميع الحقوق والإجراءات المتعلقة به ، وهذا يقودنا الى نتيجة مفادها ان على المصرف رعاية البضائع واتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لحماية حق العميل الآمر ، واذا فشل في ذلك فيحق للعميل الآمر مطالبته بالتعويض عن الضرر الذي يلحق به من جراء ذلك[١] ، وحسنا فعل المشرع عندما نص على هذا الحكم ، لأن القول بخلاف ذلك يعكس تقويضا لحق العميل الآمر الذي قد لا يملك فرصة حفظ البضاعة المرسلة إليه وادارتها ، ومن الممكن ان تتضمن الحقوق المذكورة في نص المادة أعلاه الحق في ضمان العيوب الخفية بما يكفل للمصرف قانونيا رفع دعوى العيوب الخفية على المستفيد عند توافر شروطها .

ولكن بالرغم من ذلك ، فأن المشرع لم ينظم هذه الدعوى تنظيما يصب تماما في مصلحة المشتري ، بل انه جعلها حقا مؤقتا للمشتري حتى لا يبقى البائع معرضا لهذه الدعوى في أي وقت ، ولذلك فقد نص القانون المدني العراقي في المادة (٥٧٠) منه بأن

(١) حيث ان السبب في ذلك يعود الى ان الدائن المرتهن يلتزم برعاية المرهون وادارته وان يقبض قيمته وارباحه وفوائده ويرده الى المدين الراهن بعد الحصول على حقوقه كاملة ، وعندما يهمل القيام بهذه الالتزامات تنعقد مسؤوليته المدنية لان ذلك يعد خطأ صادر عنه ، ينظر الى : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ،٢٠٠٤ ، ص٦٢٩ وما بعدها .

" **١- لا تسمع دعوى ضمان العيب اذا انقضت ستة اشهر من وقت تسليم المبيع، حتى لو لم يكشف المشتري العيب الا بعد ذلك ، مالم يقبل البائع ان يلتزم بالضمان مدة أطول. ٢- وليس للبائع ان يتمسك بهذه المدة لمرور الزمان اذا ثبت ان إخفاء العيب كان بغش منه.**"

وبناء عليه ، فأن إنقضاء الأجل المنصوص عليه في النص القانوني من غير قيام المصرف برفع الدعوى على البائع بصفته حائزا شرعيا للمستندات التي تمثل البضاعة يؤدي الى سقوط حق المشتري في تسلم بضاعة سليمة وموافقة للشروط والمعايير التي وضعها في العقد الأصلي ، مما يثير مسؤولية المصرف المرتهن للبضاعة لان الشخص عندما يقوم بشراء سلعة معينة يفترض بها ان تكون خالية من العيوب ، واذا لم تكن في حيازته فمن السليم ان يتولى مسؤوليتها من يحوزها بصورة فعلية ، وبناء عليه ، فأن الدعوى المستحقة بسبب وجود عيوب خفية و مؤثرة في الشيء المبيع توجب رده يجب ان ترفع قبل سقوط الحق فيها ، أي خلال المدة المنصوص عليها وفقا للقانون لأنها مدة سقوط سواء عن طريق الادعاء الأصلي أو طريق الدفع[١].

ولكل ما تقدم ، نجد ان حق المصرف برفع دعوى ضمان العيوب الخفية يجد سنده في عدد من الاحكام الراسخة في معظم الدراسات القانونية ، على النحو الآتي :

أولا : ان ضمان العيوب الخفية يعد نتيجة طبيعية لعقد البيع المبرم بين المستفيد والعميل الآمر ، ولذلك فهو حق للمشتري ناشئ عن عقد ، وينتقل هذا الحق الى خلف المشتري الخاص مثل المشتري من المشتري الأول[٢] أو الدائن المرتهن وبما ان رهن

(١) انظر في هذا المعنى : قرار صادر عن محكمة التمييز المدنية ، بيروت ، رقم القرار ٧٢ ، بتاريخ ٢٠١١/١٠/١١ ، وقرار اخر صادر عن محكمة الدرجة الأولى ، جبل لبنان ، رقم القرار ٣٤ ، بتاريخ ٢٠٠٦/٥/١٧ ، منشور على الموقع الالكتروني : http://77.42.251.205/ArticleRelatedRulRef.aspx?Pid=1&LawID ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٥/٧/٣٠ ، الساعة ٩:٠٠ م .

(٢) د. علي مصباح إبراهيم ، العقود المسماة البيع الايجار الوكالة ، مكتبة كلية الحقوق الجامعة الإسلامية ، لبنان ، ٢٠١٨ ، ص١٩٨.

البضاعة محل العقد لا يؤثر على الحقوق التعاقدية المتعلقة بالضمان ، فأن للمصرف المرتهن اعتبارا على انه خلفا خاصا للمشتري الراهن استعمال كافة حقوق البضاعة المرهونة ومن ضمنها الحق في رفع دعوى ضمان العيوب الخفية ، استنادا الى التزام المرتهن في حفظ وصيانة المرهون وانه مسؤول عن تعيبه مالم يثبت ان ذلك يعود لسبب اجنبي لا يد له فيه[١] .

ثانيا: ان حق المصرف في إقامة دعوى ضمان العيوب الخفية على المستفيد يدعمه الحق في حماية المصلحة حتى ولو كانت محتملة ، بناء على ان للمصرف حق احتمالي على البضاعة من المفترض الذب عنه ، اذ لا يشترط لقبول النظر في الدعوى ان يكون المدعي مالكا فحسب ، بل يكفي ان يكون له مصلحة مشروعة في ذلك ، وخاصة عند الأخذ بعين الإعتبار ان البضاعة تعتبر أحيانا الحل الأخير بالنسبة للمصرف في استيفاء مبلغ الإعتماد المدفوع الى المستفيد إضافة الى العمولة والفوائد ، بالتالي من الممكن إعتباره سببا مقبولا عند القضاء[٢] ، اذ نصت على ذلك المادة (٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي بأن "**يشترط في الدعوى ان يكون المدعى به مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومحققة ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي ان كان هناك ما يدعو الى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشأن ويجوز كذلك الإدعاء بحق مؤجل على ان يراعى الأجل عند الحكم به وفي هذه الحالة يتحمل المدعى مصاريف الدعوى** ." .

---

(١) وفي ذلك قررت محكمة النقض المصرية حكما جاء في مضمونه (وإن كان القانون المدني القديم لم يورد نصاً عن واجبات الحابس في حفظ وصيانة الشيء المحبوس تحت يده إلا أنه يجب على الحابس أن يبذل في حفظه من العناية ما يبذله الرجال المعتاد ويكون مسئولاً عن هلاكه أو تلفه إلا إذا كان ذلك سبب قهري قياس على القاعدة المقررة في رهن الحيازة لاتحاد العلة في الحالتين، وهو ما صرح به القانون الجديد في المادة ٢٤٧/٢ من التزام الحابس بالمحافظة على الشيء المحبوس تحت يده وفقا لأحكام رهن الحيازة المقررة في المادة والتي تقضي بإلزام المرتهن بأن يبذل في حفظ وصيانة الشيء المرهون ما يبذله الرجل المعتاد، وأنه مسؤول عن هلاكه أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه ويكون القانون المدني الجديد إذ أورد نص المادة ٢٤٧ إنما قنن في خصوص التزامات الحابس أحكام القانون المدني القديم ولم يستحدث جديداً، وإذا فمتى كانت البضائع المحبوسة لدى مصلحة الجمارك وحتى وفاء الرسوم الجمركية قد فقدت فأنها تكون مسؤولة عن فقدها ما لم تثبت أن الفقد كان لسبب قهري.) نقض جلسة ١٨/١٢/١٩٥٥ س٦ م ج فني مدني ص ١٥٤٥.

(٢) د. محمد وليد المصري ، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني ، مطبعة جامعة البحرين ، ط١ ، ٢٠٠٦ ،ص٢١٠.

ثالثا : من خلال استقراء نص المادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي والمقابلة للمادة (١٤٦) والتي نصت على ان " ٢- **اذا أنشأ العقد إلتزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص، فإن هذه الإلتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه.**" يتبين لنا إمكانية انتقال الحقوق والإلتزامات الى الخلف الخاص وفق شروط محددة ، ومن المعلوم ان دعوى ضمان العيوب الخفية تعد من الحقوق المكملة للشيء والتي يقصد بها حفظ الشيء والحرص عليه[١] ، كما نصت المادة (٨) من نفس القانون بأن " **درء المفاسد أولى من جلب المنافع**" ، وعليه نجد ان القانون لم يجعل الحقوق حصرا على المشتري ، بل يكون من حق الخلف الخاص المطالبة بها ، كما انه يجب ان يراعى عند تنفيذ المعاملات التجارية تفادي الاضرار مقدما على تحقيق المنفعة المتحققة من جراء تنفيذها وهذا يعني اذا تعارضت منفعة تنفيذ هذه العملية المصرفية مع مفسدة محققة فيجب الوقاية من المفاسد والاضرار حتى لو أدى ذلك الى إيقاف تنفيذ الاعتماد ، بالتالي يجوز للمصرف الشروع في إقامة دعوى ضمان العيوب الخفية على إعتباره خلفا خاصا للدائن بالضمان .

مما تقدم يمكننا القول على الرغم من ان المصرف ليس طرفا تعاقديا في العقد الأساس ، وبالرغم من قصور الموقف الفقهي والقضائي في هذا الشأن ، الا ان القانون يفضي احيانا الى الزام المصرف بإتخاذ بعض الإجراءات القانونية الخاصة بالمحافظة على البضاعة إعتبارا الى مركزه التعاقدي ، مما يعطيه دورا مزدوجا فبينما يجعل الاستقلال بين العلاقات التزام المصرف ينحصر في حدود المطابقة الظاهرية للمستندات، يمنحه القانون الصفة القانونية لإقامة دعاوى الضمان مستندا الى قواعد رهن البضائع وبمعنى آخر ان مبدأ الاستقلال بين العلاقات في الإعتماد المستندي يؤدي الى خلق

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، مصدر سابق ، ص١٣.

وضعا قانونيا مزدوجا مما يظهر تناقضا واضحا بين ما هو كائن وما يجب ان يكون فبينما يقتضي الاستقلال ان يقتصر عمل المصرف على المطابقة والوفاء يجد الأخير نفسه مذعنا للقواعد القانونية العامة التي تسمو على الاستقلال ، بالتالي فأن رفع دعوى ضمان العيوب الخفية من المصرف تحد من استقلال التزام المصرف بالدفع الى المستفيد.

كما ان المشرع العراقي ينظم مسؤولية المصرف في عملية الإعتماد المستندي في المادة (٢٨٠/ثانيا) من قانون التجارة العراقي النافذ والتي نصت بأن **(لا يتحمل المصرف أي التزام يتعلق بالبضاعة التي فتح الإعتماد بسببها)** ، ولكنه لم يأخذ بنظر الإعتبار في حال اذا كان المصرف راهنا لمستندات البضاعة المرسلة الى العميل الآمر ، وهو بهذه المادة انما يخالف احكام الرهن التجاري وخاصة نص المادة (١٩١) من قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤م التي اوجبت على الدائن المرتهن ان يقوم بجميع الحقوق والإجراءات المتعلقة بالمال المرهون ، وعليه ندعو المشرع الى تعديل نص المادة (٢٨٠/ثانيا) من قانون التجارة العراقي النافذ بإضافة عبارة (مالم يكن مرتهنا لها) لتصبح بالصيغة الآتية : (لا يتحمل المصرف أي التزام يتعلق بالبضاعة التي فتح الإعتماد بسببها مالم يكن مرتهنا لها) ، بما ينعكس بشكل إيجابي على التشريع التجاري، ويقلل من التناقض بين نصوصه القانونية .

الفرع الثالث

الدفع بالغبن مع الاستغلال

ان المقصود بالغبن هو (عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه.)[١] وفي تعريف آخر هو (عدم التعادل المادي بين الإلتزامات المتقابلة)[٢] ، و ان القاعدة العامة هي ان مجرد الغبن لا يؤثر على نفاذ العقد وصحته طالما لم يقترن به تغرير ، حيث نصت المادة (١٢٤) من القانون المدني العراقي بأن "١- **مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد مادام الغبن لم يصحبه تغرير** ." ولكن المشرع العراقي قد قرر حماية بعض المتعاقدين الذين يتعرضون للغبن الفاحش نتيجة للضعف الناتج عن هوى أو طيش أو قلة خبرة أو قلة تدبير ، اذ ان الواقع العملي ابرز حالات يقع فيها الشخص بالغبن الفاحش ناتج عن عملية استغلال بالشكل الذي يؤدي الى اختلال واضح في الإلتزامات التعاقدية[٣] ولذلك نصت المادة (١٢٥) من نفس القانون بأن "**اذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش ، جاز له في خلال سنة من وقت العقد ان يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول ...**" .

بناء عليه نجد ان المشرع العراقي قد اعتبر الاستغلال عيبا من عيوب الرضا اذا نتج عنه غبن فاحش ، والمقصود به هو (استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه الى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع

(١) ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، مصادر الالتزامات ،الجزء الأول ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، الأردن ، ٢٠٠٨ ، ص١٩٦. وعبد الودود يحيى ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، المصادر ، الاحكام ، الاثبات ، القسم الأول ، دار النهضة العربية ، دون طبعة ، القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص١٠٩.

(٢) اياد محمد جاد الحق ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ، مكتبة ومطبعة المنارة ، غزة ، ٢٠٠٩ ، ص١٦٠.

(٣) د. محمد جاسم محمد ، مدى انطباق صفة الإذعان على العمليات المصرفية ، مصدر سابق ، ص١١٧.

العوض المقابل أو من غير عوض)[١] ، وهو يتكون من عنصرين الأول هو العنصر المادي[٢] المتمثل بالغبن الفاحش والثاني هو استغلال أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر ، ففيما يتعلق بالعنصر الأول فهي مسألة موضوع يترك للقاضي أمر تقديرها[٣] فهو الذي يقدر فيما لو كان الغبن فاحشا أم يسيرا ، واما العنصر الثاني فيطلق عليه العنصر النفسي أو المعنوي فقد ورد في النص المتقدم ذكره الحالات التي يعد فيها الطرف المتعاقد مستغلا بطريقة يترتب عليها غبنا فاحشا .

وعند استقراء نصوص القانون المدني المصري ومقارنتها مع القانون العراقي، نجد ان المشرع العراقي عندما نظم الاحكام القانونية المتعلقة بالإستغلال كعيب من عيوب الرضا قد ركز على حالات الإستغلال فقط ولم يبين عدم التوازن الحاصل في الإلتزامات التعاقدية ، اذ نصت المادة (١٢٩) من القانون المدني المصري على ان " **اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين ان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لان المتعاقد الاخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون ان يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد.**" وبناء عليه نلاحظ ان هذا النص القانوني يعكس توجها إنسانيا من أجل حماية الطرف المغبون من خلال الربط بين النتيجة والسبب فهو يوضح عدم التكافؤ بين التزامات الأطراف الناشئ نتيجة للغبن ثم يبين الحالات التي يغبن فيها المتعاقد الضعيف ، وما يؤخذ على المشرع

(١) د. علي فيلالي ، الالتزامات (النظرية العامة للعقد) ، موفم للنشر ، الجزائر ، ٢٠١٠، ص٣٠٣.

(٢) يقصد بالعنصر المادي هو عدم التوازن بين ما يحصل عليه المتعاقد من حقوق وما يترتب على عاتقه من التزامات ، وبمعنى اخر هو الغبن الفاحش الذي يصيب الطرف المتعرض للاستغلال ، للمزيد حول الموضوع ينظر : د. حسن علي الذنون ، محاضرات في القانون المدني العراقي ، جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العربية العالية ، ١٩٥٦ ، ص٥٨. واقدري محمود عزت ، نظرية الاستغلال في القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني ، العددان الأول والثاني ، السنة الرابعة ، بغداد ، ١٩٩٥ ، ص٦٩.

(٣) د. محمد جاسم محمد ، مدى انطباق صفة الإذعان على العمليات المصرفية ، مصدر سابق ، ص١١٧.

المصري انه اغفل النص على معيار الغبن المعتبر وهذا يشير الى انه ترك مسألة تقديره للقضاء شأنه شأن المشرع العراقي .

اما بالنسبة للمشرع الأمريكي ، فقد نص على الغبن الذي يفضي الى عدم التعادل في بنود العقد وقت إبرامه بالشكل الذي يلحق غبنا بالمتعاقد الضعيف في المادة (٣٠٢-٢) من القانون التجاري الأمريكي الموحد المتعلقة بتنظيم عقد البيع اذ نصت على "١- **اذا وجدت المحكمة من الناحية القانونية ان العقد أو أحد بنوده يتضمن غبنا وقت إبرامه ، يجوز للمحكمة ان ترفض تنفيذ العقد ، أو تأمر بتنفيذ العقد دون البند الذي يتضمن هذا الغبن ، كما يجوز للمحكمة ان تقوم بمنع تنفيذ هذا الجزء من العقد تفاديا لوقوع غبن عند التنفيذ.**"[١] ، يلاحظ على هذا النص انه يتحدث عن الغبن الواقع على العقود بشكل عام دون ادنى إشارة الى سبب وقوعه مما يجعله نص عام وكاف للإحاطة بالغبن المخل بالعدالة التعاقدية ، كالغبن الاستغلالي ، على الرغم من افتقاره للشروط التوضيحية .

واما على مستوى الإعتمادات المستندية ، فيعنى الدفع الراهن بالحالة القانونية التي تبرر هدم الاستقلال بين علاقات الإعتماد المستندي الا وهي حالة عدم التوازن بين التزامات المستفيد والعميل الآمر ، فأن كانت الإرادة هي الأساس في الالتزامات التعاقدية[٢] ، وان كان من حق الأفراد ابرام العقود وفقا لشروطهم[٣] ، الا أن القضاء يتدخل احيانا في تعديل العقود التي تنطوي على مظلومية واضحة لأحد الطرفين لأسباب

---

(١) نص المادة باللغة الإنكليزية :

(1) If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result.

(٢) أنور العموسي ، عيوب الرضا في القانون المدني ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، دون طبعة ، مصر ، ٢٠٠٣ ، ص٢٤٨.

(٣) عاطف النقيب ، نظرية العقد ، منشورات عويدات ، الطبعة الأولى ، بيروت ، ١٩٨١ ، ص٤٦ وما بعدها .

يقرها القانون[١] ، وبناء عليه فأن التمسك بهذا الدفع يجد أساسه في سلوك المستفيد من الاعتماد ، الذي يمكن ان يستغل ضعفا ما في العميل الآمر ناشئ عن طيش أو هوى أو قلة خبرة أو قلة تدبير ، اعتبارا على ان القانون يأخذ بالغبن الفاحش الناتج عن الاستغلال[٢] ، ويستدل على تحقق الغبن من عدمه من خلال البحث في مدى التكافؤ بين التزامات الطرفين وقت إبرام العقد استنادا الى انه يعد أهم شرط في نظرية الاستغلال وهو يتجسد في التفاوت الجسيم بين حقوق المتعاقد والتزاماته[٣] ، فاذا كانت الالتزامات متوازنة في هذا الوقت ثم اختلت بعد ذلك فلا يعد غبنا ، وذلك لأن الغبن عيب مادي متعلق بالعقد ذاته وليس بشخص المتعاقد ولذلك فأن القانون لا يعتبر الغبن عيب في الرضا الا اذا كان مقترنا بسلوك غير مشروع مثل الاستغلال أو التغرير[٤] .

وبناء عليه يمكن ان يثار التساؤل الآتي : **هل يمكن ان يتمسك المصرف بهذا الدفع في مواجهة المستفيد؟**

ان الإجابة عن هذا التساؤل تدفعنا الى مراجعة أهم الآراء الفقهية بهذا الصدد ، اذ يرى أحد الفقه ان مبلغ الاعتماد يصبح حقا خالصا للمستفيد بمجرد إبرام خطاب الإعتماد الذي يرسله المصرف الفاتح إليه ، وعندئذ يصبح المصرف مدينا به للمستفيد وعليه تنتفي علاقة المديونية بين البائع والمشتري بالنسبة لقيمة الإعتماد تأسيسا على مبدأ استقلال التزام المصرف تجاه المستفيد عن العقد الأساس[٥] .

---

(١) اذ تنص المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي بأن " ١- اذا نفذ العقد كان لازما ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي ."

(٢) وهذا مفاد نص المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي والتي نصت على ان "اذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرته او ضعف ادراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش ، جاز له في خلال سنة من وقت العقد ان يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول ..." .

(٣) محمد حسن عبد الرحمن ، مشروعية المحل في التشريعات العربية دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص٥١.

(٤) منصور حاتم محسن ، فكرة تصحيح العقد (دراسة مقارنة) ، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر ، ٢٠١٠ ، ص٢٩٧.

(٥) جورجيت صبحي ، مصدر سابق ، ص١٧٣.

ان ما يؤخذ على هذا الرأي انه يعد من الآراء التقليدية التي تلتزم بمجريات القواعد القانونية الحاكمة للعملية المصرفية دون الانصات الى متطلبات الواقع العملي فهو يتحدث عن النتيجة المتوقعة للاستقلال وليست النتيجة الكائنة عنه .

في حين يذهب رأي الى ان للمصرف الحق في الإمتناع عن الوفاء الى المستفيد ولكن ليس له المبرر القانوني السديد للتصدي للمسائل المتعلقة بوجود الغبن من عدمه ، لإنها مسألة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي ، ويضيف ان عبئ إثبات وجود الغبن المزعوم يقع على عاتق المدعي به وفقا للقواعد العامة في الإثبات[١]

يعد هذا الرأي معتبرا ، لأنه يؤكد على أهمية حماية رضا العميل الآمر وإرادته من الإستغلال الذي يؤدي الى الغبن الفاحش في حال تم اثباته قانونيا ، ولأنه يعطي الحق للمصرف بعدم سداد مبلغ الإعتماد الى المستفيد في هذه الحالة ولكن يؤخذ عليه انه يتغافل الهدف البحثي الرئيسي الذي ينصب على اثبات إمكانية تمسك المصرف بالدفع بالغبن الاستغلالي ويركز على التصدي لمسألة نفي تحمل المصرف دورا يتجاوز اختصاصه حيث انه من المعروف ان اغلب القوانين لم تضع معيارا دقيقا لأثبات وجود الغبن الفاحش مما يجعلها مسألة تقديرية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي ، لأن ذلك يتطلب البحث في مدى التعادل بين حقوق والتزامات كلا الطرفين وهي تدخل ضمن إجراءات قضائية دقيقة لا مجرد اجراء مصرفي بسيط .

لم تنص الأعراف والقواعد الموحدة (UCP600) على جواز تمسك المصرف بالغبن الاستغلالي الواقع على المشتري للتوقف عن الدفع للمستفيد ، كما تخلو القوانين المقارنة من الإشارة الى هذا الدفع ، ولكن تضمنت بعض الاتفاقيات الدولية المنظمة لأحكام الإعتمادات المستندية النص على السماح للمصرف بالإمتناع عن دفع مبلغ الإعتماد الى المستفيد اذا كان السداد ليس مستحقا على الأساس الوارد في المطالبة

(١) نور عباس ، مصدر سابق ، ص١١١.

والمستندات الداعمة لها ، وهو نص عام[١] يبين مدى أهمية ان يكون الدفع في اطار الإعتماد المستندي مستندا على واقعة مشروعة ولذلك ممكن ان يشتمل على الحالة التي يختل فيها التوازن العقدي بين طرفي العقد الأساس لأن دفع مبلغ الإعتماد في هذه الحالة لا يكون مستحقا على وجه مشروع[٢] ، عندئذ يكون للمصرف الإمتناع عن وفاء مبلغ الإعتماد الى المستفيد استنادا للقواعد القانونية الناظمة لأحكام الاستغلال مع الغبن ، حتى يرفع القاضي الغبن عنه الى الحد المعقول وذلك عن طريق تعديل مبلغ الإعتماد بالشكل الذي يعيد التوازن بين التزامات الطرفين المتعاقدين[٣] .

يتضح مما تقدم ، ان تمسك المصرف بالدفع بالغبن في مواجهة المستفيد عندما يختل التوازن بين الالتزامات القائمة بين الأطراف العقدية يبرر الخروج على الاستقلال بين العلاقات في الإعتماد المستندي .

---

(١) نص المادة (١٩) من اتفاقية الأمم المتحدة لخطابات الضمان والاعتمادات المستندية الضامنة ، اذ نصت على جواز امتناع المصرف عن دفع مبلغ الاعتماد الى المستفيد اذ اتضح له ان "ب_ السداد لم يكن مستحقا على الأساس الوارد في المطالبة والمستندات الداعمة لها."

(٢) لذلك استقرت المحاكم في سنغافورة على جواز امتناع المصرف عن الدفع للمستفيد وكسر قاعدة الاستقلال بين العلاقات في الاعتماد المستندي عند وقوع غبن فاحش على احد الطرفين المتعاقدين وانتهت في قراراتها الى ضرورة الموازنة بين الالتزام الفعلي وقيمة مبلغ الاعتماد الزائدة عليه اذا وقع غبنا فاحشا على المشتري. ينظر الى:

3 VR 380-404 (1998) , Cited by , Roberto Louis Frias , ibid , p. 98 .

(3) Alphonse M. Squillante, Uconsionability: French, German. Anglo-American Application. 34 Albany Law Review 301 (1969-1970).

المطلب الثاني

جواز تمسك طرفي عقد البيع بالدفوع المقررة للمصرف قبل كل منهما

نتيجة لتقويض استقلال العلاقات الناشئة عن الإعتماد المستندي وطبقا لما سبق ذكره ، من التطبيقات التي تمثل الحالات الاستثنائية المنبثقة عن واقع المعاملات التجارية الدولية والتي تكسر حاجز الاستقلالية بين العلاقات ، فأن ذلك اسفر عنه تقويض الآثار المترتبة على استقلال علاقات الإعتماد المستندي ، والتي من بينها عدم جواز تمسك طرفي عقد البيع بالدفوع المقررة للمصرف قبل كل منهما ، وبناء على ذلك ، فاذا ترتب للمصرف دفع في مواجهة العميل الآمر أو المستفيد فأن الأصل يفترض عدم جواز تمسك احد الطرفين بحقوق المصرف ودفوعه في مواجهة الطرف الاخر ، ولكن ضرورات الواقع العملي تدحض المفترض به ان يكون وتقلب الركائز الأساسية ، ولذلك وجد التقويض .

ان من بين أهم الدفوع التي من الممكن ان يتمسك بها المصرف والتي نوردها على سبيل المثال هي الدفع بوجود قوة قاهرة ، و الدفع بوجود خطأ صادر من الغير، فإذا كانت هذه الدفوع تضمن للمصرف التخلص من مسؤوليته فهل يمكن ان يتمسك بها أطراف العقد الأساس ؟

ان الإجابة عن السؤال المطروح تستوجب التطرق لكل دفع على حدا واحالته الى احكام القواعد العامة المدنية المنظمة له ، وعليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الأول الدفع بوجود خطأ صادر من الغير ، وسيكون الفرع الثاني للدفع بوجود القوة القاهرة ، على النحو الآتي :

الفرع الاول

الدفع بوجود خطأ صادر من الغير

ان المساعي الفقهية لم تستقر على تعريف جامع يوضح فكرة فعل الغير الذي يعتبر خطأ يعفي من المسؤولية[١] ، مع ذلك يعرف الفقه الغير الذي يعد فعله خطأ يعفي من المسؤولية بأنه (الشخص الأجنبي عن كل من المدعي والمدعى عليه .)[٢] ، و من جهة أخرى يرى أحد الفقه ان فعل الغير يعد سببا اجنبيا يرفع المسؤولية عن الشخص المعني استنادا لقاعدة (ان الشخص لا يسأل الا عن فعله الشخصي ولا يسأل عن فعل غيره الا بناء على نص القانون أو الاتفاق .)[٣] ، وقد نص عليه المشرع العراقي تحت عبارة (فعل الغير) في المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي النافذ ، والتي نصت بأن " **اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية او حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان مالم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك.**" .

كما نص عليه المشرع المصري تحت عبارة (خطأ الغير) في المادة (١٦٥) من القانون المدني المصري النافذ ، والتي نصت بأن "**اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه ، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، مالم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك**"

---

(١) عبد الحكم فوده ، النسبية والغيرية في القانون المدني ، دراسة علمية على ضوء الفقه وقضاء النقض ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ١٩٩٦ ، ص٥٣ وما بعدها.

(٢) د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات ، مطبعة مصر الجديدة ، ط٥ ، مصر ، ١٩٨٨، ص٤٩٩.

(٣) علي عبيد عودة الجيلاوي ، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٧٧ ، ص٣٣٩.

اما بالنسبة للمشرع الأمريكي ، فأن القانون الأمريكي يعطي الحق لكل ولاية بسن قوانينها ولذلك تتباين احكام المسؤولية العقدية بين الولايات المختلفة اذ نلاحظ انه لا توجد قاعدة ثابتة في القانون الأمريكي يمكن ان تنطبق على مسؤولية الأطراف عن الفعل الضار ، فالأمر يختلف من ولاية الى أخرى ، ويجوز تحميل أي طرف المسؤولية استنادا لأفعاله أو امتناعه عن الفعل ، ويختلف المعيار الدقيق الذي يستوجب تحميل أي طرف المسؤولية أو اعفاءه منها بإختلاف قوانين كل ولاية[١].

ولعله من نافلة القول ان المصرف ملزم قبال عميله الآمر بفحص المستندات التي يقدمها المستفيد ، ويبقى مسؤولا عن جميع الاخطاء الواردة حين المطابقة الظاهرية للمستندات لأن هذا أهم التزام يقع على عاتقه في عملية الإعتماد المستندي[٢] ، مما يدلل بأنه لا يتحمل أية مسؤولية تتجاوز حدود المطابقة الظاهرية للمستندات ولذلك نصت المادة (٣٤) من الأعراف والأصول الموحدة في النشرة (٦٠٠) بأن "**لا يتحمل المصرف أي التزام أو مسؤولية عن الشكل أو الكفاية أو الدقة أو الصحة أو الزيف أو الأثر القانوني لأي مستند او عن الشروط العامة أو الخاصة المنصوص عليها في المستند او المضافة إليه. كما لا يتحمل المصرف اي التزام أو مسؤولية عن الوصف أو الكمية أو الوزن أو النوعية أو الحالة أو التغليف أو التسليم أو القيمة أو وجود البضائع أو الخدمات أو أي أداء آخر بمثله أي مستند، أو عن حسن النية أو الأفعال أو الاغفالات أو الملاءة أو الأداء أو مكانة المرسل أو الناقل أو وسيط الشحن أو المرسل إليه أو مؤمن البضائع أو أي شخص آخر.**" كما نصت المادة (٣٥) من النشرة ذاتها بأن "**لا يتحمل المصرف أي التزام أو مسؤولية عن النتائج الناجمة عن التأخير أو الفقدان**

(١) راجع في ذلك ، قوانين الولايات الامريكية المتحدة المختلفة بشأن المسؤولية المدنية على الموقع الالكتروني التالي : https://www.law.cornell.edu/wex/liability ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٥\٨\١٩ ، الساعة ٧:٠٠ مساءا .

(2) Ayasha Mugusha, The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees, op.cit. p. 195 Robin Burnett & Vivienne Bath. Law of Imernational Business in Australasia, (20091, the Federation Press. Austrelia, p. 231 et seq.

خلال الإرسال أو التشويه أو أي اخطاء أخرى ناجمة عن إرسال أية رسائل أو تسليم أية رسائل أو مستندات عندما تكون هذه الرسائل والمستندات قد تم ارسالها أو نقلها طبقا لمتطلبات الإعتماد، أو عندما يكون المصرف قد بادر في اختيار طريقة الإرسال في حال غياب مثل هذه التعليمات في الإعتماد. إذا اعتبر المصرف المسمى أن التقديم مطابق وقام بإرسال المستندات إلى المصرف المصدر أو المصرف المعزز سواء قام المصرف المسمى بالوفاء أو بالتداول أم لا، فإنه على المصرف المصدر أو المصرف المعزز الوفاء أو التداول أو تغطية ذلك المصرف المسمى حتى لو ضاعت المستندات وهي في طريقها من المصرف المسعى إلى المصرف المصدر أو المصرف المعزز أو في طريقها بين المصرف المعزز والمصرف المصدر. لا يتحمل المصرف أي التزام أو مسؤولية عن أخطاء الترجمة أو التفسير للمصطلحات الفنية، ويجوز له أن يمرر مصطلحات الإعتماد دون ترجمتها .".

يلاحظ على النص أعلاه ، انه يقرر ان الأخطاء الناجمة عن التأخير أو الفقدان أو الإرسال أو التشويه او أي أخطاء أخرى تصدر عن الجهات المنوط بها مهمة الإرسال والترجمة[١] تعد بمثابة خطأ صادر من الغير يقطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ليكون سببا اجنبيا يرفع المسؤولية عن المصرف الفاتح متى كان المصرف ملتزما بشروط الإعتماد وواجباته المعتاد . كما ان النص يعد انعكاسا منطقيا لقصور التزام المصرف على المطابقة الظاهرية للمستندات ومن ثم لا يتحمل المسؤولية عن أي نتائج لا يد له فيها وتعرقل الإعتماد المستندي طالما انه قد اتخذ جانب الحيطة والحذر[٢] ، فضلا عن ذلك ، فأن أحد الفقه يسوغ رفع المسؤولية عن المصرف بأنه يتقاضى أجرا زهيدا مقابل فتح الإعتماد المستندي واستنادا لذلك فلا يصح تكليفه بضمان نتائج هذه العملية

(١) بسبب الطابع الدولي للاعتماد المستندي ونتيجة للاختلاف في اللغة بين المستورد والمصدر ، يتم اللجوء الى ترجمة المستندات المطلوبة في عملية الاعتماد المستندي ، ينظر الى : بن شعبان حكيمة ، مسؤولية البنك في عقد الاعتماد المستندي ، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني ، المجلد ١١ ، العدد٤ ، ٢٠٢٠ ، ص٢٥٤.

(٢) جورجيت صبحي ، مصدر سابق ، ص١٧٨.

المصرفية[١] وهو ما حدا بالقضاء في بعض الأحيان الى إصدار قرارات تعفي المصرف من المسؤولية الناشئة عن الأخطاء الصادرة من موظفيه في سياق تنفيذ الاعتماد[٢] ، وبالرغم من ذلك ، يعارض أحد الفقه هذا الرأي ويرى بأن المصرف ، كوسيط مالي يختاره طرفي العقد الأساس ، يفترض به ان يكون أهلا لذلك ، وبناء عليه لا يجوز اسقاط المسؤولية عنه وتحميل عميله الآمر نتائج اخفاق موظفيه بصورة غير عادلة[٣] .

ويثير هذا المنظور التساؤل الآتي : **هل يجوز للمستفيد ان يتمسك بهذا الدفع المقرر لمصلحة المصرف؟** خاصة ان تنفيذ الإعتماد أمر يصب في مصلحة المصرف تحت قيد سلامة المستندات المرسلة إليه ، فلو ارسل المستفيد المستندات المطلوبة الى المصرف الفاتح للإعتماد ولكن حدث فقدان أو تشويه أو خطأ في ترجمة البيانات المطلوبة في الإعتماد اثناء الإرسال فأن ذلك يثير مسؤولية جهة أو نظام الإرسال و لا يعد المصرف مسؤولا استنادا الى الأعراف والأصول الموحدة للإعتمادات المستندية مما يظهر بمثابة الدفع بالخطأ الصادر من الغير ، وليس هناك ما يمنع المستفيد من الاحتجاج بفعل الغير كسبب اجنبي يسقط المسؤولية عنه كأن يدفع ان هذا التشويه أو الفقدان قد حصل اثناء عملية الإرسال مما يدل على انه خطأ صادر من الغير ، فلا يمكن ان يتحمل المستفيد المسؤولية ولا يجوز حرمانه من حقه في مبلغ الإعتماد اذ ان الضرر هنا ناشئ عن فعل شخص آخر فيكون منطقيا ان تنعقد مسؤوليته[٤] ، كما ان المادة (٣٥) التي سبق ذكرها تمثل تأكيد للقواعد العامة فمن غير العدل تحميل أي طرف مسؤولية فعل الغير ، فاذا ارسل المستفيد مستندات صحيحة ومطابقة للتعليمات الواردة

---

(١) نجوى محمد كمال أبو الخير ، مصدر سابق ، ص٣٧٣.

(2) Suisse Atlantique Societe D'Armement Maritime S.A.v.N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale (1967) A.C. 361.

(٣) علي الأمير إبراهيم ، مصدر سابق ، ص١٠٩.

(٤) عمرو محمد تركى ، مصدر سابق ، ص٧٤٢.

في خطاب الاعتماد ، فانه يكون مستحقا لقيمة الإعتماد ولا يمكن إلزامه بنتائج أفعال غيره (البريد ، الناقل الخاص ، الخ)[١] .

يتضح مما سبق ان الاستقلال في الإعتماد المستندي لا يحول دون تطبيق القواعد العامة في القانون المدني فلا يمكن مسائلة المستفيد عن أفعال غيره ونتائجها طالما انه يرسل مستندات مطابقة لشروط الإعتماد ، عندئذ يكون له الحق في الاحتجاج بهذا الدفع من أجل استيفاء حقه كاملا في مبلغ الإعتماد ، وهو الدفع الذي يعتبر من الدفوع المقررة للمصرف في الأصل وهو ما يعتبر تقويضا للاستقلال وآثاره على هذه العملية المصرفية.

الفرع الثاني

الدفع بوجود قوة قاهرة

ان المقصود بالقوة القاهرة هي (كل أمر يصدر عن حادث خارج إرادة المدين ، لا تجوز نسبته إليه ، من غير الممكن توقعه وغير الممكن دفعه ، يجبر الشخص على الإخلال بإلتزامه .)[٢] ، او هي (حدث استثنائي غير متوقع يعفي وقوعه اطراف العقد من التزامات معينة تجاه بعضهم البعض)[٣] ، وتعرف أيضا بأنها (الأمر غير المتوقع أو غير ممكن تلافيه يترتب عليه أثر قانوني يجعل الوفاء بالتعهد مستحيلا.)[٤] ، ومن خلال استقراء نصوص القانون المدني العراقي نجد انه لم يضع تعريفا للقوة القاهرة ، غير انه أشار إليها ضمن صور السبب الأجنبي الذي يعفي من المسؤولية ويتضح ذلك جليا في

(١) عمرو محمد تركى ، مصدر سابق ، ص٧٥٤.

(٢) د. حسن عكوش ، المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد ، ط١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٣ ، ص٢٢.

(٣) مقال بعنوان القوة القاهرة ل L. Sue Baugh ، تاريخ المقال ١٢ يوليو ٢٠٢٥ ، منشور على الموقع (https://www.britannica.com/topic/force-majeure) ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٥\٨\٢٢ ، الساعة ٨:٠٠ مساءا.

(٤) فرهاد حاتم حسين ، عوارض المسؤولية المدنية ، دراسة تحليلية مقارنة ، ط١ ، منشورات الحلبي ، لبنان ، ٢٠١٤ ، ص٢٠٣.

نص المادة (٢١١) من ذات القانون و التي سبق ذكرها ، وكذلك المادة (١٦٨) منه والتي نصت على " **اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه ، وكذلك يكون الحكم اذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه.**" .

يتبين من نص المادة أعلاه ان المشرع العراقي لم ينظم احكام القوة القاهرة في مادة قانونية مستقلة وانما اعتبرها احدى تطبيقات السبب الأجنبي وذلك في المادة (٢١١) السابق ذكرها ، كما انه قرر انفساخ العقد اذا استحال تنفيذ الالتزامات لسبب اجنبي (كالقوة القاهرة) لا يد للمتعاقد فيه . ويتضح من التعاريف الفقهية الواردة ان هناك ثلاثة شروط لوقوع القوة القاهرة وترتيب حكمها ، الا وهي وجود حدث خارجي ، ليس بالوسع توقعه ، مع استحالة دفعه[١] ، وعندما تتحقق شروطها فأن أهم أثر قانوني يترتب على وقوعها هو انقطاع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر بحيث لا يمكن اسناد الضرر المتحقق الى خطأ المدين وبذلك تبرأ ذمته ولا يجوز الحكم عليه بأي تعويض[٢].

اما بالنسبة للمشرع المصري فقد نص على القوة القاهرة في المادة (١٦٥) من القانون المدني المصري والتي نصت على ان "**اذا اثبت الشخص ان الضرر ناشئ عن سبب اجنبي لا يد له فيه ، كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر**" .

اما بالنسبة للمشرع الأمريكي فلم يعرف القوة القاهرة في القانون الأمريكي ، ويعتمد تحقق بنود القوة القاهرة بصورة كبيرة على قانون الولاية المختص بنظر الدعوى المطروحة

---

(١) د. هوزان عبد المحسن عبدالله ، مفهوم القوة القاهرة واثاره في تنفيذ العقد دراسة مقارنة في ضوء التعديل رقم ١٣١-٢٠١٦ للقانون المدني الفرنسي ، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، السنة التاسعة ، العدد ٢، العدد التسلسلي ٣٤ ، يونيو ، ٢٠٢١ ، ص٥٠٧ وما بعدها.

(٢) عاصم خليل إبراهيم الجبوري ، اثر القوة القاهرة على التعويض دراسة مقارنة ، مجلة جامعة تكريت للحقوق ، السنة التاسعة ، المجلد التاسع ، العدد الثالث ، الجزء الثاني ، ٢٠٢٥م ، ص٣٩٦.

امامه ، وصياغة العقد ، والسلطة التقديرية للمحكمة في التفسير[١] ، ويتضمن قانون التجارة الأمريكي الموحد حكم القوة القاهرة في المادة (٢-٦١٥) منه والتي نصت بأن " **يجوز اعفاء البائع من التزامه بتسليم البضاعة المتفق عليها اذا اصبح تنفيذ العقد المتفق عليه مستحيلا بسبب حدوث طارئ كان عدم حدوثه افتراضا أساسيا لإبرام العقد أو بسبب الامتثال بحسن نية لأي لائحة أو أمر حكومي اجنبي أو محلي قابل للتطبيق سواء ثبت لاحقا انه باطل أم لا.**"[٢] .

ومما تقدم ، يلاحظ ان فحوى الطرح المتقدم هو ان القوة القاهرة تقطع الرابطة السببية بين الخطأ والضرر مما يترتب عليها إسقاط المسؤولية عن المدين وإعفاءه عن دفع التعويض الى المتضرر ، وان المتتبع لنصوص الأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية في النشرة (٦٠٠) يجد ان نص المادة (٣٦) ينسجم مع هذا المنظور ، اذ انها نصت على ان " **لا يتحمل المصرف أي التزام أو مسؤولية عن النتائج الناجمة عن انقطاع اعماله بسبب القضاء والقدر أو اعمال الشغب أو الاضطرابات المدنية أو التمرد أو الحروب أو اعمال الإرهاب أو إضرابات أو اغلاقات تعجيزية أو أي أسباب أخرى خارجة عن سيطرته . لن يقوم المصرف ، بعد استئناف اعماله ، بالوفاء بـ او تداول أي اعتماد انتهت مدته خلال فترة انقطاع اعماله بسبب تلك الأحداث.**"

---

(١) للمزيد انظر : مقال حول القوة القاهرة في العقود الدولية منشور على الموقع الالكتروني : https://www.lorenz-partners.com/hardship-clauses/ ، تاريخ الزيارة ٢٨ \ ٨ \ ٢٠٢٥ ، الساعة ٦:٠٠ am .

(٢) نص المادة باللغة الإنكليزية :

(a)Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.

ان النص الوارد ، يوضح صراحة ان المصرف لا يتحمل المسؤولية عن النتائج المترتبة بسبب القضاء والقدر أو اعمال الشغب أو الاضطرابات المدنية وغيرها مما يدخل في نطاق القوة القاهرة ، ويضيف النص ان المصرف لن يقوم بعد مواصلة اعماله بالوفاء بأي إعتماد أو تداوله بعد انتهاء صلاحيته خلال مدة حدوث القوة القاهرة. وان حالات القوة القاهرة قد وردت ضمن المادة على سبيل المثال لا الحصر ويتضح ذلك من خلال عبارة (أو أي أسباب أخرى خارجة عن سيطرته) اذ يتحلل المصرف من المسؤولية عند تحقق أي ظرف خارج عن إرادته[١] ، بالإضافة لذلك يشترط لإعفاء المصرف من المسؤولية الا يكون قد ارتكب خطأ بطريقة ما يكون سببا للانقطاع والا تثار مسؤوليته[٢] ، كما يتضح من النص انه لم يقدم فكرة جديدة تتعلق بإسقاط المسؤولية حيث ان فكرة السبب الأجنبي تجد أصولها في القواعد العامة المدنية[٣] ، ومن جهة أخرى ، ان الدافع الى اصدار هذا الحكم هو ان استئناف تنفيذ الإعتماد المستندي بعد إنتهاء صلاحيته يمكن ان يلحق ضررا بالمصارف ، وبناء على ذلك ، لا يجوز للمستفيد إجباره على التنفيذ طالما ان المصرف لا يد له في وقف اعماله وعلاوة على ذلك فأن النص يقيد جميع مساعي المصرف ويمنعه من التنفيذ حتى لو أراد ذلك ، ويستثنى من ذلك حالة قيام المستفيد بتقديم المستندات المطابقة للمصرف المعين في بلده خلال المدة المحددة له والذي بدوره أرسلها الى المصرف الفاتح للإعتماد قبل انتهاء صلاحية الإعتماد فيكون المصرف عندئذ ملزم بالتنفيذ بعد استئناف اعماله وانقضاء القوة القاهرة[٤].

ويلاحظ ان المادة (٣٦) من الأعراف والأصول الموحدة تحدد نطاق اعفاء المصرف من مسؤولية تنفيذ الاعتماد تجاه عميله الآمر وما ينهض عنه من التزامات

(١) بن شعبان حكيمة ، مصدر سابق ، ص٢٥٥.
(٢) عادل إبراهيم السيد مصطفى ، مصدر سابق ، ص٣٨٤.
(٣) نور عباس الريس ، مصدر سابق ، ص١٦٦.
(٤) عمرو محمد تركى ، مصدر سابق ، ص٧٥٨ ، ص٧٥٩ ، ص٧٦٣.

تتعلق بفحص المستندات وقبولها ، وهذا مما يعني ان الدفع بوجود قوة قاهرة يتمسك به المصرف في مواجهة عميله الآمر ولا يتصور العكس لان محل التزام العميل الآمر هو أداء مبلغ معين من النقود وهو التزام ممكن دائما[١] .

ولذلك يثور التساؤل بهذا الخصوص حول إمكانية استفادة البائع من هذا الإعفاء الذي يسمح للمصرف التمسك به في مواجهة المشتري عميله الآمر ؟ وبعبارة أخرى ، **هل يستطيع البائع الاحتجاج بهذا الدفع في مواجهة المشتري للتحلل من تنفيذ التزامه ؟**

هناك من يرى ان المستفيد لا يستطيع الاستفادة من هذا الدفع في مواجهة العميل الآمر لكي يتخلص من الالتزام المترتب على عاتقه بإرسال البضاعة التي تمثل محل عقد البيع المبرم بينهما ، بحجة ان فترة انقطاع أعمال المصرف بسبب القوة القاهرة كانت حائلا عن تسليم المستندات الممثلة لهذه البضاعة ، واستنادا الى مبدأ الاستقلال في الإعتماد المستندي فأنه يكون ملزما بتنفيذ التزامه بتسليم البضاعة الى المشتري في الوقت المتفق عليه وبعد ذلك فأنه يستطيع الاتفاق مع المشتري في طريقة دفع الثمن في حالة تعذر تنفيذ الإعتماد من قبل المصرف بسبب وجود القوة القاهرة [٢] .

الا ان المتتبع لنصوص الأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية (نشرة رقم ٦٠٠) يتبين له انها تهتم وبشكل مبالغ فيه بتنظيم مهام القطاع المصرفي ومداها وبيان حقوقه كاملة كما انها فضلا عن ذلك تولت تعريف كل الأدوار التي تلعبها المصارف اثناء عملية الإعتماد المستندي وإعطاء تفسيرات لها[٣] ، وانها تخلو من أي

(١) د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، القانون المدني واحكام الالتزام ، الجمهورية العراقية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، الجزء الثاني ، بدون دار نشر ، بدون سنة نشر ، ص١٦.

(٢) عادل إبراهيم السيد مصطفى ، مصدر سابق ، ص٣٨٥ ، و جورجيت صبحي ، مصدر سابق ، ص١٧٩.

(٣) أحد التغيرات الجوهرية للأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية هو ادخال مواد تغطي التعاريف (المادة ٢) والتفسيرات (المادة ٣). بإعطاء تعاريف للأدوار التي تلعبها المصارف ومعان المصطلحات وأحداث معينة فإن النشرة ٦٠٠ تتجنب ضرورة تكرار الصيغ لشرح تفسيرها وتطبيقها. وبالمثل فإن المادة التي تحتوي على التفسيرات تهدف إلى إزالة الغموض من اللغة غير الواضحة والمبهمة التي ظهرت في الاعتمادات المستندية فإنها تقدم شرحا محددا لخصائص أخرى في الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية أو في الاعتماد. انظر الى : الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية -نشرة رقم ٦٠٠ ، مصدر سابق ، ص١٩.

تنظيم قانوني لعلاقة المستفيد بالعميل الآمر وهذا يعني انها احالت هذه العلاقة بالتنظيم القانوني الى الاحكام العامة المنصوص عليها في القوانين الوطنية استنادا الى انه عقد بيع مسمى .

وبالرجوع الى القواعد العامة نجد ان القوة القاهرة سبب اجنبي اذا تحققت شروطها المحددة وفقا للقانون يترتب عليها أثر قانوني الا وهو اعفاء المدين من المسؤولية بشكل عام سواء اكانت المسؤولية العقدية أم المسؤولية التقصيرية[١] ، ولن يقف الآمر عند هذا الحد بل يمتد هذا الأثر الى الغير الأجنبي عن العقد المبرم بينهما والذي تنعقد صلته مع احدهما بعقد اخر وذلك لأن القوة القاهرة التي تؤول الى عدم تنفيذ عقد معين قد تفضي الى عرقلة تنفيذ عقد آخر يربط بين أحد طرفي العقد الموقوف وبين الغير ، فالغير لن يستطيع تنفيذ التزامه في مواجهة الطرف الآخر المتعاقد معه اذا كان هذا الأخير طرفا في عقد موقوف أو مفسوخ بسبب وجود قوة قاهرة مانعة من تنفيذه[٢] ، عندئذ يمكن التمسك بهذا الدفع من قبل الغير قبال المتعاقد المضرور وسواء تم التمسك به من قبل المستفيد أو المصرف في عقد الإعتماد المستندي يبقى الأثر القانوني هو ذاته استبعاد الخطأ عن سلوك المدين وإعفاءه من المسؤولية تبعا لذلك[٣] .

ومن خلال ما تقدم ، يمكننا ملاحظة ان الأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية قد اشارت الى الحالات التي ترفع مسؤولية المصارف بالرغم من انها حالات تندرج ضمن القواعد العامة للمسؤولية التي تعالجها القوانين الوطنية ، دون الخوض في صميم واقع تنفيذ الإعتماد المستندي وما ينبثق عنه من مشكلات حقيقية تصطدم بجدار الاستقلالية بين العلاقات ، كما انها فضلا عن ذلك تجاهلت النص على الحالة التي

(١) ياسر شحاذة مرزوق ، اثر القوة القاهرة على الرابطة العقدية ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس ، ٢٠١٨ ،ص٣٦٠.

(٢) د. ندى عبد الكاظم حسين ، القوة القاهرة المؤقتة واثرها في تنفيذ العقد ، دراسة مقارنة ، مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والإنسانية ، المجلد ٢٢ ، العدد١ ، ٢٠٢٣م ، ص١٢.

(٣) عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص٥٤٢.

يكون المصرف فيها مسؤولا عن الخطأ الذي يتسبب فيه أو حالة مساهمته مع السبب الأجنبي في احداث الضرر ، ومن هنا يتضح أهمية تحديد آثار تقويض الاستقلال ومردوده على عملية الإعتماد المستندي ، اذ ان تطبيقات التقويض تنتهي بالضرورة الى كسر مبدأ الاستقلال مما يسفر عنه ارتباط بين العلاقات وإمكانية استفادة الغير من الدفوع المقررة للطرفين المتعاقدين أساسا ، كما في جواز انتفاع المصرف من الدفوع المقررة لطرفي عقد البيع وذلك وفقا للقانون ومثالها الشروع في رفع دعوى ضمان العيوب الخفية، أو جواز انتفاع طرفي عقد البيع بالدفوع المقررة للمصرف من حيث الأصل ومثالها الدفوع المقررة لإعفاء المصرف من المسؤولية ، وكل هذا من شأنه ان يقوض الاستقلال في الإعتماد المستندي .

خلاصة الفصل :

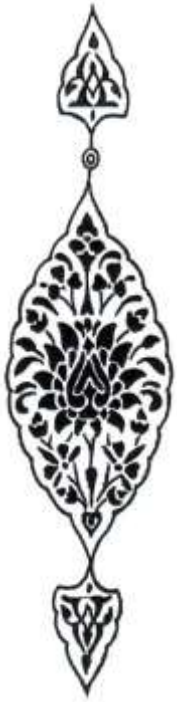
تناولنا في هذا الفصل احكام تقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي ، والمتمثلة بالأثار المترتبة على عاتق اطراف هذه المجموعة العقدية والتطبيقات المنبثقة عنه، اذ ان الواقع العملي يفرز تطبيقات استثنائية يترتب عليها ضرورة امتناع المصرف عن الدفع الى المستفيد وتنعقد مسؤوليته في خلاف ذلك ، ومن هذه التطبيقات الغش في المستندات اذ يجوز للمصارف عدم الوفاء للمستفيد اذا قام الدليل على ان المستندات المقدمة له تنطوي على غش ، وأيضا المقاصة الحاصلة بين المصرف والمستفيد التي تعد بمثابة تطبيق لتقويض الاستقلال بين العلاقات والخروج عليه طالما ان القانون يسمح بوقوعها عندما تتحقق شروطها المنصوص عليها في القواعد العامة في القانون المدني ، وكذلك تعليمات البنك المركزي في رعاية العملاء وحماية مصالحهم .

كما ان صدور أمر قضائي بالحجز على مبلغ الإعتماد لدى المصرف الفاتح يقوض الاستقلال بين العلاقات ، وذلك لأنه يتعارض مع قطعية الدفع الى المستفيد بعد استلامه خطاب الإعتماد فيتوقف الوفاء استنادا الى رغبة القضاء بإيقاع الحجز المؤقت

على المبلغ المخصص للاعتماد ، بالإضافة الى ذلك فأن صدور حكم قضائي ببطلان العقد الأساس يقوض الاستقلال بين العلاقات اذ ليس من المنطقي ان يدفع المصرف قيمة الاعتماد الى المستفيد بينما ان العقد الأصلي يخضع لأحكام البطلان المنصوص عليها في القواعد العامة في القانون المدني ، كما يعتبر تعيين حارس قضائي على مبلغ الاعتماد تطبيقا لتقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي وذلك لان المشرع العراقي ينظم احكام الحراسة القضائية ويسمح بإجرائها عندما تتحقق شروطها .

كما تناولنا آثار تقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي ، ومن أهمها جواز تمسك المصرف بالدفوع المقررة لكل من طرفي عقد البيع قبل الأخر كالدفع بعدم التنفيذ ودعوى ضمان العيوب الخفية والدفع بالغبن مع الاستغلال وجواز تمسك طرفي عقد البيع بالدفوع المقررة للمصرف قبل كل منهما ومن بين اهم الدفوع التي من الممكن ان يتمسك بها المصرف هي الدفع بوجود قوة قاهرة والدفع بوجود خطأ صادر من الغير .

الخاتمة



الخاتمة :

من خلال البحث في موضوع (تقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي) توصلنا الى العديد من النتائج والتوصيات ذات الأهمية بالنسبة للمشرع العراقي لكونه لم يقوض الاستقلال في الإعتماد المستندي ، لذلك سنبين في الخاتمة أهم النتائج في الفقرة الأولى ، وثم ندرج التوصيات في الفقرة الثانية ، على النحو الآتي:

أولا _ النتائج

١ – لم تتناول الأعراف والأصول الموحدة للإعتمادات المستندية في النشرة ٦٠٠ والتشريعات المقارنة تعريف تقويض الاستقلال في الاعتماد المستندي ، وقد تبين لنا من خلال الدراسة ان التقويض هو استثناء يقيد الاستقلال في الإعتماد المستندي ويضع الضوابط الناظمة له .

٢ – يتصف التقويض بخصائص منها انه استثنائي ، ونسبي ، ويعزز مرونة الإعتماد المستندي .

٣– كما ان للتقويض أهمية عملية تتمثل في انه يساهم في حماية العميل الآمر بفتح الإعتماد ويسهل عمل القضاء المرفوع امامه النزاع ويعمل على التوفيق بين العقود لمواكبة التعديلات الواقعة على العقد الأصلي ، وكذلك أهمية نظرية تتمثل في ان التقويض يقيم معادلة موزونة بين تحقيق الائتمان المطلوب في الإعتماد المستندي والعدالة التعاقدية الراسخة في القواعد العامة للعقود .

٤– يهدف التقويض الى تحديد أو الحد من الاستقلال في الإعتماد المستندي ويمنع الإلتزام الصارم به على حساب الهدف الجوهري من العقود القانونية المبرمة بين الأطراف وضمان حقوقهم والتزاماتهم على وتيرة واحدة ، وذلك دون ان يلغي الاستقلال من عملية الإعتماد المستندي .

٥- كما تبين لنا ان التقويض يشتمل على عدد من التطبيقات ، وهي حالات استثنائية يظهرها الواقع العملي للبيوع الدولية ويخرج فيها القضاء عن الاستقلالية المطلقة بين العلاقات في الإعتماد المستندي وان أهم أثر يترتب عليها هو امتناع المصرف فاتح الإعتماد عن دفع قيمة الإعتماد الى المستفيد .

٦- ان الغش في المستندات هو أول تطبيق لتقويض الاستقلالية بين علاقات الإعتماد المستندي متفق عليه فقها وقضاء ، ويسمح للمصرف بوقف صرف مبلغ الإعتماد الى المستفيد اذا قام الدليل القطعي على وجود غش أو تزوير في المستندات المقدمة إليه ، وقد نص عليه المشرع الأمريكي رغم ان الأعراف والأصول الموحدة للإعتمادات المستندية النشرة ٦٠٠ والقوانين المقارنة تخلو من الإشارة إليه .

٧- توصلت الدراسة الى إمكانية تطبيق المقاصة على الديون الناشئة بين المستفيد والمصرف متى توافرت شروطها المنصوص عليها في القانون من حيث وجود دينين متقابلين من نفس الجنس واحدهما مستحق الأداء والأخر واجب الوفاء به ، بالرغم من عدم وجود نص قانوني في الأعراف الموحدة والقوانين المقارنة ينظم هذا التطبيق .

٨- ان التعليمات الصادرة عن البنك المركزي والمتعلقة بحماية العملاء ورعاية مصالحهم تعد بمثابة تطبيق للتقويض ، اذ ان إلزام القطاع المصرفي بحماية مصلحة العميل الآمر تحيد به عن استقلال التزامه في المطابقة الظاهرية للمستندات والوفاء الى المستفيد فحسب بل انه قد يضطلع بدور مزدوج يجمع بين كونه منفذا للتعليمات الصادرة في هذا الشأن من جهة و بين كونه منفذا للشروط الواردة في الإعتماد المستندي من جهة أخرى .

٩- كما تبين لنا ان قرار القضاء بالحجز على مبلغ الإعتماد لدى المصرف يمثل تطبيقا للتقويض وذلك لكونه يكسر حاجز الاستقلالية بين العلاقات ويؤثر بشكل مباشر على حق المستفيد في الحصول على مبلغ الإعتماد والذي كان يجب ان يكون مستوفيا إياه في

كل الأحوال تأسيسا على الاستقلال بين العلاقات ، الأمر الذي من شأنه ان يعزز دور التقويض في عملية الإعتماد المستندي .

١٠- توصلت الدراسة الى ان صدور حكم قضائي ببطلان العقد الأساس يؤثر على مبدأ الاستقلال في الإعتماد المستندي ويؤدي الى الارتباط بين العلاقات ، اذ بعد الرجوع للقواعد العامة التي تنظم احكام البطلان في عقود البيع تبين لنا انها تنص صراحة على إعادة حال المتعاقدين الى ما قبل التعاقد وإعتبار العقد المبرم بينهما كأن لم يكن ، عندئذ فأن قيام المصرف بالسداد الى المستفيد يعد انتهاكا واضحا لحقوق العميل الآمر ذلك انه يقوم بدفع مبلغ الإعتماد الذي يمثل ثمن البضاعة المبيعة في حين اننا بصدد عقد بيع باطل ، الأمر الذي من شأنه ان يعتبر تنفيذ الإعتماد في هذه الحالة مخالفة لأحكام القانون .

١١- إن الحراسة القضائية هي إجراء يصدر من محكمة القضاء المستعجل وفقا لشروط معينة ينظمها قانون المرافعات المدنية و يكون الغرض منها حماية المال الموضوع تحت الحراسة سواء اكان عقارا أم منقولا ، وتتحقق بناء على طلب صادر من صاحب المصلحة المشروعة ، يستند في طلبه الى أسباب جدية تشير الى إمكانية وقوع المال محل الحيازة في خطر عاجل ، وهذا يعني ان القانون يسمح بإجرائها متى تحققت شروطها دون استثناء ، ولم نجد في الأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية النشرة ٦٠٠ و القوانين المقارنة نصا قانونيا صريحا يمنع من تعيين حارس قضائي على مبلغ الإعتماد في حال حدوث نزاع بين الأطراف المتعاقدة ، مما يدل على إمكانية إجراء الحراسة القضائية على مبلغ الإعتماد المستندي وتقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي .

١٢- ان التقويض يمنح الأطراف المتعاقدة الحق في التمسك بالدفوع المقررة للمصرف والمنصوص عليها في الأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية في النشرة (٦٠٠) ، كما انه في نفس الوقت يسمح للمصرف حماية مصالحه المشروعة من خلال التمسك بالدفوع المقررة لكل من طرفي العقد الأصلي قبل الآخر .

ثانيا- التوصيات :

١- نوصي المشرع العراقي بضرورة تقويض الاستقلال بشكل نسبي في الإعتماد المستندي بالشكل الذي يتفق مع متطلبات الواقع العملي للتجارة الدولية ، ونقترح عليه إضافة فقرة ثالثة الى المادة (٢٧٣) من قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤م المعدل : (يجوز تقويض الاستقلال في الإعتماد المستندي عند الاستعمال التعسفي له في حالات استثنائية) ، كما يمكن ان يكون المقترح بإضافة عبارة (مالم يتم الإتفاق على غير ذلك .) الى المادة (٢٧٣/ثانيا) : (عقد الإعتماد المستندي مستقل عن العقد الذي فتح الإعتماد بسببه ويبقى المصرف اجنبيا عن هذا العقد ، مالم يتم الاتفاق على غير ذلك) لما في ذلك من أثر فعال في موازنة عملية الإعتماد المستندي وتوفير الحماية اللازمة للعميل الآمر من سوء نية المستفيد عند تقديم مطالبة تعسفية بوفاء قيمة الإعتماد .

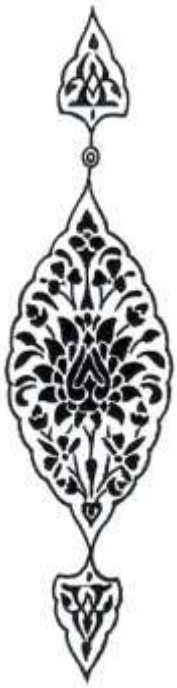
٢- ندعو المشرع العراقي لمعالجة الحالات الاستثنائية التي تفرض تقويض الاستقلال بين العلاقات في هذه العملية المصرفية ضمن نص خاص يندرج ضمن المواد المنظمة للاعتماد المستندي من قانون التجارة العراقي النافذ ونقترح عليه الصياغة الآتية: (على المصرف أن يمتنع عن الدفع الى المستفيد اذا قام الدليل على وجود غش في المستندات او على بطلان العقد الأساس أو عند صدور الأمر الولائي بالحجز على مبلغ الإعتماد وغيرها من الحالات الاستثنائية ، مالم يتم الاتفاق على خلاف ذلك) .

٣- نظم المشرع العراقي حدود مسؤولية المصرف في عملية الإعتماد المستندي في المادة (٢٨٠/ثانيا) لكنه لم يكن تنظيما دقيقا ، اذ انه لم يأخذ بنظر الإعتبار في حال كان المصرف راهنا لمستندات البضاعة المرسلة الى العميل الآمر ، وهو بهذه المادة انما يخالف احكام الرهن التجاري وخاصة نص المادة (١٩١) من قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤م التي اوجبت على الدائن المرتهن ان يقوم بجميع الحقوق والإجراءات المتعلقة بالمال المرهون ، لذا ندعو المشرع الى تعديل نص المادة (٢٨٠/ثانيا) بإضافة عبارة (مالم يكن مرتهنا لها) لتصبح بالصيغة الآتية : (لا يتحمل

المصرف أي التزام يتعلق بالبضاعة التي فتح الإعتماد بسببها مالم يكن مرتهنا لها) ، بما ينعكس إيجابيا على التشريع التجاري ويقلل من التناقض بين نصوصه .

٤- ندعو المشرع العراقي الى الأخذ بنظر الاعتبار التطور المستمر في الواقع التجاري والعمل على توسعة الصلاحية الممنوحة للقضاء في إطار المنازعات المتعلقة بالإعتمادات المستندية لتوفير الحماية اللازمة للعميل الآمر ومنع المصرف من الدفع لحين البت في طلبه خاصة عند وجود غش في المستندات أسوة بقانون التجارة الأمريكي الموحد ، ولضمان حسن تطبيق القواعد العامة المنظمة لأحكام العقود القانونية في هذه العملية المصرفية .

المصادر



المصادر

القرآن الكريم

أولاً : المعاجم اللغوية :

١. ابي فضل جمال الدين بن مكرم بن منظور ، لسان العرب ، تحقيق : عبدالله علي الكبير ومحمد احمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلي ، طبع دار المعارف ، ١٩٨٠ .
٢. د. ابي فضل جمال الدين بن مكرم بن منظور ، لسان العرب ، ط٣ ، ج٢ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة طبع .
٣. لويس معلوف ، المنجد في اللغة ، ط١٩ ، المطبعة الكاثوليكية ، بيروت، لبنان ، ١٩٥٦.
٤. مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، ط٤ ، مكتبة الشروق الدولية ، القاهرة _ مصر ، ٢٠٠٤ .
٥. مجمع اللغة العربية ،معجم الوسيط ، ط٥ ، مكتبة الشروق الدولية ،القاهرة _ مصر ، ٢٠١١.
٦. محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، طبعة مدققة كاملة التشكيل ومميزة المداخل ، دائرة المعاجم مكتبة لبنان ، بيروت ، ١٩٨٩

ثانياً : الكتب

١. احمد إبراهيم البسام ، قاعدة التطهير من الدفوع في ميدان الأوراق التجارية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٦٩.
٢. احمد زيادات و إبراهيم العموش ، الوجيز في التشريعات التجارية الأردنية ، عمان ، الأردن ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٥
٣. احمد غنيم ، الاعتماد المستندي والتحصيل المستندي ، بدون دار نشر ،١٩٨٩
٤. احمد غنيم ، الاعتمادات المستندية المشكلات العملية والجوانب التطبيقية ، بدون دار نشر ، ٢٠١١ .
٥. احمد محمود حسني ، قضاء النقض التجاري ، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٠م.
٦. اخلاص عبد الأمير إسماعيل ، الاحكام القانونية للاعتماد المستندي وتطبيقاته القضائية ، مطبعة السيماء ،الطبعة الثانية ،بغداد _ شارع المتنبي ، ٢٠٢٣ .

٧. إسماعيل عبد النبي شاهين ، المدخل لدراسة العلوم القانونية (نظرية الحق) ، الطبعة الأولى ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، ٢٠١٣ .
٨. اكرم إبراهيم حمدان الزعبي ، مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندي (دراسة مقارنة وفقا لاحكام النشرة ٥٠٠) ، دار وائل للنشر ، ط١، عمان ، الأردن ، سنة ٢٠٠٠ .
٩. أنور العموسي ، عيوب الرضا في القانون المدني ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، دون طبعة ، مصر ، ٢٠٠٣ .
١٠. اياد محمد جاد الحق ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ، مكتبة ومطبعة المنارة ، غزة ، ٢٠٠٩ .
١١. بختيار صابر بايز حسين ، مسؤولية المصرف في الاعتماد المستندي والمخاطر التي تواجهه دراسة تحليلية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١٠ .
١٢. بشار طلال المومني ، مشكلات التعاقد عبر الانترنت (دراسة مقارنة) ، عالم الكتب الحديث ، اربد ، الأردن ، ٢٠٠٤ .
١٣. بلعيساوي محمد الطاهر ، التزامات البنك في الاعتمادات المستندية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى، بيروت ، لبنان، ٢٠١٢ .
١٤. ثروت عبد الرحيم ، المطول في القانون التجاري الأوراق التجارية وعمليات البنوك ، دار النهضة العربية ، الجزء الثاني ، بدون تاريخ نشر .
١٥. جبار جمعة اللامي ، شرح احكام العمليات المصرفية في القانون العراقي والمقارن (الاعتماد المستندي دراسة قانونية تحليلية لاحكام الاعتماد المستندي وتطبيقاته القضائية) ، مطبعة السيماء ، ط١،بغداد ، شارع المتنبي ،٢٠٢٢ .
١٦. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية البيع ، الايجار ، المقاولة ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ١٩٨٩
١٧. جلال محمد إبراهيم ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١١
١٨. جورج ماريه ، الاعتماد القطعي ، الطبعة الثانية ،بدون دار نشر ، ١٩٢٩ .
١٩. جورجيت صبحي ، مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي ، دار النهضة العربية ، جمهورية مصر العربية ، ١٩٩٢ .

٢٠. جورجيت صبحي ، مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٢.

٢١. حاتم محمد عبد الرحمن ، العمليات المصرفية المستقلة والمشكلات المرتبطة بتنفيذها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ .

٢٢. حسن النجفي ، التطبيقات الجديدة للاعتمادات المستندية ، مطبعة الإدارة المحلية ، بغداد ، ١٩٧٦

٢٣. حسن عكوش ، المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد ، ط١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٣

٢٤. حسن علي الذنون ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٠ .

٢٥. حسين شحادة الحسين ، موقف البنك من المستندات المخالفة في الاعتماد المستندي ، الطبعة الأولى ، جامعة حلب ، ٢٠٠١ .

٢٦. هاني محمد دويدان ، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣

٢٧. رفعت فخري ، د. رضا السيد عبد الحميد ، عمليات البنوك ، القاهرة ، ١٩٩٢

٢٨. سائد عبد الحافظ المحتسب ، الطبيعة القانونية للاعتماد المستندي ، مكتبة الرائد العلمية ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٩٥

٢٩. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات ، مطبعة مصر الجديدة ، ط٥ ، مصر ، ١٩٨٨ .

٣٠. سميحة القليوبي ، الأسس القانونية لعمليات البنوك ، مكتبة عين شمس ، القاهرة ، بدون سنة نشر .

٣١. سميحة القليوبي ، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري ،ط٥ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ .

٣٢. سمير نصار ، الاسناد التجارية فقها واجتهادا وقضاءا ، الكتاب الرابع ، المكتبة القانونية ، ط١ ، ٢٠٠٦ .

٣٣. شمس الدين الوكيل ، مبادئ القانون ، ط١، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٦٨

٣٤. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد دراسة في النظرية العامة للالتزامات ،الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠١

٣٥. طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، الطبعة الأولى ، الإصدار الخامس ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، ٢٠٠٥
٣٦. عاطف النقيب ، نظرية العقد ، منشورات عويدات ، الطبعة الأولى ، بيروت ، ١٩٨١ .
٣٧. عبد الحكم فوده ، النسبية والغيرية في القانون المدني ، دراسة علمية على ضوء الفقه وقضاء النقض ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ١٩٩٦ .
٣٨. عبد الحكيم عبد الحميد فراج ، الحراسة القضائية في التشريع المصري ، الطبعة الثانية ، دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٥٢ .
٣٩. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،ج٢ ، الطبعة الثالثة ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٠م .
٤٠. عبد الرزاق السنهوري ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي في مصادر الالتزام مع المقارنة والموازنة بين الفقه الغربي والفقه الإسلامي ، الجزء الأول ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، الطبعة الثالثة ، بغداد ، ١٩٦٩.
٤١. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني – مصادر الالتزام ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٤.
٤٢. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ،٢٠٠٤
٤٣. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، الجزء الخامس ، دار احياء التراث العربي ، ط١ ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة نشر .
٤٤. عبد القادر عثمان ، وسائل الدفع في التجارة الخارجية الاعتمادات المستندية ، التحصيلات من المنظور التطبيقي ، بلا مكان نشر ، ١٩٩٣
٤٥. عبد الله بن محمد بن حسن السعيدي ، الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة ، دار طيبة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٩ .
٤٦. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني (احكام الالتزام) ، الجزء الثاني ، العاتك لصناعة الكتب – المكتبة القانونية ، بغداد.
٤٧. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الأول في مصادر الالتزام ، المكتبة الوطنية، بغداد ،بتاريخ ١٩٧٧\١٠\١١٣ .

٤٨. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، القانون المدني واحكام الالتزام ، الجمهورية العراقية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، الجزء الثاني ، بدون دار نشر ، بدون سنة نشر.
٤٩. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جامعة بغداد ، ١٩٨٠ .
٥٠. عبد الودود يحيى ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، المصادر ، الاحكام ، الاثبات ، القسم الأول ، دار النهضة العربية ، دون طبعة ، القاهرة ، ١٩٩٤ .
٥١. عبد جمعة موسى الربيعي ، المتطلبات القانونية لابرام العقود التجارية الوطنية والدولية للبضائع ، مكتبة صباح للنشر والتوزيع ، العراق ، بغداد ، ٢٠٠٩م
٥٢. عصام حنفي محمود ، قانون التجارة الدولية ، كلية الحقوق ، جامعة بنها .
٥٣. عصام حنفي محمود ،الأوراق التجارية ،الكمبيالة ، سند الامر، الشيك، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر.
٥٤. علي الأمير إبراهيم ، التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتمادات المستندية في عقود التجارة الدولية ومسؤوليته ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٤
٥٥. علي الأمير إبراهيم ، التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتمادات المستندية في عقود التجارة ومسؤوليته ، دار النهضة العربية ، مصر، ٢٠٠٤ .
٥٦. علي الأمير إبراهيم ، كيفية فحص المستندات في الاعتماد المستندي والمراحل التي تمر بها عملية الفحص طبقا لأحكام قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والقواعد والأعراف الموحدة لعام ١٩٩٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .
٥٧. علي جمال الدين عوض ، الاعتمادات المصرفية وضماناتها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤.
٥٨. علي جمال الدين عوض ، الأوراق التجارية ، السند الاذني، الكمبيالة ،الشيك ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٩٥ .
٥٩. علي جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠م .

٦٠. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية دراسة للقضاء والفقه المقارن وقواعد سنة ١٩٨٣ الدولية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ .
٦١. علي فيصل ، مبدأ حجية العقد (دراسة مقارنة) ، الخليج العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ،مملكة البحرين،٢٠١٣
٦٢. علي فيلالي ، الالتزامات (النظرية العامة للعقد) ، موفم للنشر ، الجزائر ، ٢٠١٠ .
٦٣. علي مصباح إبراهيم ، العقود المسماة البيع الايجار الوكالة ، مكتبة كلية الحقوق الجامعة الإسلامية ، لبنان ، ٢٠١٨
٦٤. عمرو محمد تركى ، الدليل الى القواعد الموحدة للاعتمادات المستندية (نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٦٠٠ سؤال وجواب)، الإسكندرية _مصر ، ٢٠١٢
٦٥. غرفة التجارة الدولية ، الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية _ نشرة رقم ٦٠٠ لعام ٢٠٠٧ (النسخة العربية) ، ترجمة : مكتب المحامي عيسى دل وشركاه ، تنقيح ومراجعة : علي محمود عطية واخرون ، جمعية عمال المطابع التعاونية ، عمان ، الأردن.
٦٦. فائق محمود الشماع ، الإيداع المصرفي ، ج١، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩
٦٧. فرهاد حاتم حسين ، عوارض المسؤولية المدنية ، دراسة تحليلية مقارنة ، ط١ ، منشورات الحلبي ، لبنان ، ٢٠١٤ .
٦٨. فوزي كاظم المياحي ، القانون المدني العراقي فقها وقضاء نظرية العقد ، الجزء الثالث ، مكتبة صباح ، بغداد ، ٢٠١٩ .
٦٩. فيصل محمود النعيمات ، مسؤولية البنوك في قبول المستندات في نظام الاعتماد المستندي ، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٥
٧٠. مازن عبد العزيز فاعور ، الاعتماد المستندي والتجارة الالكترونية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٦ .
٧١. محمد جاسم محمد ، مدى انطباق صفة الإذعان على العمليات المصرفية دراسة فقهية تطبيقية معمقة في القانون المدني مع الإشارة الى القانونين الأمريكي والفرنسي ، الطبعة الأولى ، مكتبة القانون المقارن ، بغداد ، ٢٠٢١ .
٧٢. محمد حسن عبد الرحمن ، مشروعية المحل في التشريعات العربية دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ .

٧٣. محمد حسن قاسم ، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٨ .

٧٤. محمد ديب ، الاعتماد المستندي البيع سيف ومسؤولية الناقل البحري ، دار الشمال للطباعة والنشر والتوزيع ، لبنان ، ١٩٨٠

٧٥. محمد زياد الهويدي ، الهويدي في قانون واعراف الاعتمادات المستندية ، دار النهضة العربية ، شارع عبد الخالق ثروت _ القاهرة

٧٦. محمد منير الجنيبهي و د. ممدوح منير الجنيبهي ، اعمال البنوك ، ط٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ .

٧٧. محمد وليد المصري ، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني ، مطبعة جامعة البحرين ، ط١ ، ٢٠٠٦

٧٨. محمود علي محمد العمري واخرون ، المقاصة في فقه القانون المدني الأردني واهم تطبيقاتها في القانون المدني التجاري، المجلة المصرية للقانون والاقتصاد ، العدد الحادي والثلاثون، الجزء الثالث ، ٢٠١٦ .

٧٩. محمود محمد سعيفان ، تحليل وتقييم دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، ٢٠١٠

٨٠. محمود مختار بربري ، قانون المعاملات التجارية عمليات البنوك والأوراق التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١١

٨١. محي الدين إسماعيل علم الدين ، موسوعة اعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ،ج٢ ، مطبعة النسر الذهبي للطباعة ، عابدين ، مصر،٢٠٠١ .

٨٢. محي الدين إسماعيل علم الدين ،موسوعة اعمال البنوك من الناحية القانونية و العملية ، ج٣، شركة مطابع الطناني ، مصر، ١٩٨٧ .

٨٣. محيي الدين إسماعيل ، موسوعة اعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، النسر الذهبي للطباعة ، بلا سنة نشر

٨٤. مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية ، الطبعة الرابعة ، مكتبة البيت القانوني ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٩ .

٨٥. مصطفى احمد الزرقاء ، نظرية الالتزام العامة ، الطبعة الأولى ، دار الحياة ، دمشق ، ١٣٨٤هجري ، ١٩٦٤ م ، ج٢ .

٨٦. مصطفى كمال طه ، القانون التجاري ، دار المطبوعات ، الإسكندرية ، ١٩٧٣
٨٧. مصطفى كمال طه ، د. علي البارودي ، القانون التجاري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠١
٨٨. منصور حاتم محسن ، فكرة تصحيح العقد (دراسة مقارنة) ، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر ، ٢٠١٠
٨٩. نادية فضيل ، الأوراق التجارية في القانون الجزائري ، الطبعة الحادية عشر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، سنة ٢٠٠٦.
٩٠. ناصر احمد النشوى ، موقف الشريعة الإسلامية من التعامل بالاوراق التجارية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط١ ، ٢٠١١ .
٩١. نجوى محمد كمال أبو الخير ، البنك والمصالح المتعارضة في الاعتماد المستندي دراسة للقضاء والفقه المقارن ، القاهرة ، ١٩٩٣
٩٢. هاني محمد دويدار ،النظام القانوني للتجارة العقود التجارية – العمليات المصرفية الاسناد البحري – الإفلاس ، ط١ ،بيروت ، ١٩٩٧م
٩٣. الياس أبو عيد ، المعتمد ، منشورات الحلب الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٣ .
٩٤. ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، مصادر الالتزامات ،الجزء الأول ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، الأردن ، ٢٠٠٨

ثالثاً الاطاريح والرسائل الجامعية

١. أبو العلا على النمر ، المشكلات العلمية والقانونية في التجارة الالكترونية ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس ، ٢٠٠٧
٢. أبو جماعة ، سوزان علي محمد ، استقلال التزام البنك في خطاب الضمان (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، جامعة ال البيت ، ٢٠٠٥
٣. اثير عبد الجواد حسين ، الافتراض الصرفي (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه ، جامعة كربلاء ، كلية القانون ، ٢٠٢١م

٤. اسراء جاسم مهدي ، اعفاء البنوك المتدخلة في الاعتماد المستندي من المسؤولية دراسة في الأصول والأعراف الموحدة نشرة (٦٠٠) ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ، عمان ، الأردن ، حزيران ، ٢٠٢٠

٥. جهاد الجراح ، اثر الغش في العقد الأساسي على التزام البنك بوفاء قيمة الاعتماد المستندي ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، الأردن ، ١٩٩٩

٦. حسنين مكي جودي ، التنظيم القانوني للورقة التجارية غير الصرفية (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه ، جامعة كربلاء ، كلية القانون ، ٢٠٢١ .

٧. زينب السيد سلامة ، دور البنوك في الاعتمادات المستندية من الوجهة القانونية ، أطروحة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، كلية الحقوق ، ١٩٨٠ .

٨. سجى ماجد داوود العزاوي ، غش المستفيد واثره في التزام المصرف بدفع قيمة الاعتماد المستندي (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة البصرة ، سنة ٢٠١٧

٩. سماح يوسف إسماعيل ، العلاقة التعاقدية بين اطراف عقد الاعتماد المستندي،رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس_ فلسطين، ٢٠٠٧.

١٠. سماح يوسف إسماعيل السعيد ، العلاقة التعاقدية بين اطراف عقد الاعتماد المستندي ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، فلسطين ، ٢٠٠٧

١١. السيد محمد اليماني ، الاعتماد المستندي والطبيعة القانونية لالتزام البنك ، أطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق، ١٢ أكتوبر ١٩٧٤م

١٢. طالب عبد سلمان ، النسبية في القانون المدني (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ٢٠٢١

١٣. عادل إبراهيم السيد مصطفى ، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية ، أطروحة دكتوراه ، جامعة عين الشمس ، كلية الحقوق ، ١٩٩٦

١٤. عادل قائد فارع العامري ، اثر الائتمان المصرفي على النمو الاقتصادي في اليمين دراسة تحليلية قياسية للفترة (١٩٩٠_ ٢٠٠١م) ، رسالة ماجستير ، جامعة اليرموك ، اربد ، الأردن ، ٢٠٠٣

١٥. عقيل فاضل حمد الدهان ، عدم تجزئة التصرف القانوني ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ .

١٦. علي عبيد عودة الجيلاوي ، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٧٧ .

١٧. كرمانج عبدالرحمن محمد ، التزام المصرف في الاعتماد المستندي ، رسالة مقدمة الى المعهد القضائي ، ١٩٩٢م

١٨. مؤيد صالح العروسي ، مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي ، رسالة ماجستير ،كلية الحقوق_ جامعة المنصورة ،٢٠١٧ .

١٩. نادين موسى الفوعاني ، مبدأ استقلال التوقيعات في الاواق التجارية ، رسالة ماجستير، الجامعة اللبنانية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية ، ٢٠٢١ .

٢٠. نور عباس الريس ، مدى الارتباط بين العقود في عمليات الاعتماد المستندي(دراسة في القانون البحريني والمقارن) ، رسالة ماجستير، مايو، ٢٠١٧ .

٢١. وداد وهيب لهمود ، مدى التزام المصرف تجاه طالب منح الاعتماد المستندي (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه ، جامعة كربلاء

٢٢. ياسر شحاذة مرزوق ، اثر القوة القاهرة على الرابطة العقدية ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس ، ٢٠١٨ .

رابعاً : البحوث

١. احمد السيد البهي الشوبري ، التفاوض التعاقدي اطاره القانوني واثره بالالتزام ، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية ، بد منهور ، العدد الرابع ، ج١، ٢٠١٩

٢. احمد حماد و النمش عبد الرحمن و ابكر علي ،جريمة التحريض الالكتروني على تقويض النظام الدستوري عبر وسائل التواصل الاجتماعي ، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية _ المجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث ، العدد السادس ، المجلد الأول ، أغسطس ٢٠١٧

٣. أزاد شكور صالح ، م. م. دياري مسعود خليل ، استقلالية العلاقات الناشئة عن عمليات الاعتماد المستندي واثر الغش عليها (بحث مقارن) ، منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، مجلد ١١، عدد٤١، سنة ٢٠٢٢

٤. امل شلبى ، الحماية القانونية للمستهلك القسم الأول ، بحث منشور في المجلة الجنائية القومية ، المجلد الرابع والخمسون ، العدد الأول ، مارس ، ٢٠١١ .

٥. امين بدر ، الاعتمادات المستندية ، مجلة المحاماة ، العدد الثاني ، السنة الرابعة ، ١٩٥٩.

٦. ايمان الشحات مصطفى محمد، المعاملات المتعلقة بالأوراق التجارية بين الواقع العملي والفقه الإسلامي ، بحث منشور في مجلة الدراسات العربية ، كلية دار العلوم ، جامعة المنيا، سنة ٢٠١٦ .

٧. بن شعبان حكيمة ، مسؤولية البنك في عقد الاعتماد المستندي ، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني ، المجلد ١١ ، العدد٤ ، ٢٠٢٠ .

٨. بن عبد القادر زهرة ، الاعتماد المستندي كالية دفع في مجال التجارة الدولية ، بحث في جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، قسنطينة _ الجزائر

٩. بوزيدي الياس ، الاعتماد المستندي بين مبدأي استقلالية الالتزام المصرفي والمطابقة الظاهرية للمستندات، بحث منشور في مجلة معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي ، العدد ٥، ديسمبر، ٢٠١٥ .

١٠. بوزيدي الياس ، تأثير الغش على مبدأ استقلال الالتزامات في الاعتماد المستندي ، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية ، المجلد ١٥ ، العدد ١، سنة ٢٠٢٢ .

١١. حسام رضا السيد عبد الحميد ،الاستقلال بين العلاقات التجارية المرتبطة ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، العدد ٧٥ ، مارس ، ٢٠٢١

١٢. حسن علي الذنون ، محاضرات في القانون المدني العراقي ، جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العربية العالية ، ١٩٥٦ .

١٣. خالد احمد عبد الحميد ، فسخ عقد البيع الدولي وفقا لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ ، مكتبة ومطبعة الاشعاع الفني ، ط١ ، مصر ، ٢٠٠٢ .

١٤. رسلان ، أنور احمد ، الحماية التشريعية للمستهلك ، ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون التي نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الامارات العربية المتحدة في الفترة من ٦_٧ ديسمبر، ١٩٩٨.

١٥. ضرغام محمود كاظم ، قواعد التوازن الصرفي في قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ ، بحث منشور في مجلة العهد ، عدد ١٩، ٢٠٢٤.

١٦. عادل شمران الشمري ، فلسفة الاستثناء في القانون المدني (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، السنة العاشرة ، العدد الثالث ، ٢٠١٨ .

١٧. عاصم خليل إبراهيم الجبوري ، اثر القوة القاهرة على التعويض دراسة مقارنة ، مجلة جامعة تكريت للحقوق ، السنة التاسعة ، المجلد التاسع ، العدد الثالث ، الجزء الثاني ، ٢٠٢٥م .

١٨. عبد الأول عابدين محمد بسيوني ، الغش في الاعتمادات المستندية وأساليب الحماية منه (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة دراية ، المجلد ١٧ ، العدد ١٧ ، الجزء ٢ ، ٢٠١٧ .

١٩. عبد السلام بني حمد ومروة الشريدة ، الدفوع التي لا يطهرها تظهير الشيك في ضوء احكام القانون والاجتهاد (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة جامعة النجاح للأبحاث ، ب، المجلد ٣٩، العدد٥، ٢٠٢٥

٢٠. عطية سليمان خليفة ، عباس م موسى الياس ،عقد الاطار والقانون الواجب التطبيق عليه ، مجلة الكوفة للعلوم القانونية ، العدد ١٦ ،سنة ٢٠١٣

٢١. فائق الشماع ، الشكلية في الأوراق التجارية ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، تصدر عن جمعية القانون المقارن العراقية ، العدد ٢٠ ، ١٩٨٧

٢٢. ماجد عواد دويج ، اثر العقد على الخلف في القانون العراقي والفقه الإسلامي ، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية ، المجلد ٧١ ، العدد ٤ ، أيلول لسنة ٢٠٢٤ .

٢٣. محمد حسين عبد العال،ابرام العقد تطبيقا لعقد اخر في ظل فكرة اتفاق الاطار، بحث منشور بمجلة كلية الحقوق ،مطبعة جامعة البحرين ، المجلد الثالث ، الجزء الأول،٢٠٠٦

٢٤. محمد مرسي عبده ، الضوابط القانونية لمنع الغش البحري المؤسسي دراسة في احكام القضاء المقارن ، بحث منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعة و القانون ، المجلد ٤٥ ،عدد٢ ، ٢٠١٨ .

٢٥. مرسي محمد عبدة ، الضوابط القانونية لمنع الغش البحري المؤسسي (دراسة في احكام القضاء المقارن) ، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ، المجلد ٤٥ ، عدد٢ ، الأردن ، سنة ٢٠١٨م .

٢٦. مصطفى عبد السيد الجارحي ، فسخ العقد ، مجلة القانون والاقتصاد ، مطبعة جامعة القاهرة ، العدد السادس والخمسون ، مصر ، ١٩٨٦.

٢٧. نابي مريم ، الاعتماد المستندي واثر مبدأ استقلالية التزام البنك فيه ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، المجلد ٥، العدد٢ ، سنة ٢٠٢٠ ، ص١٠٤٠

٢٨. نبيل محمد احمد صبيح ، مسؤولية البنك عن فحص المستندات على ضوء القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، مجلة محكمة يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين الشمس ، العدد الأول ، السنة ٣٨ ، القاهرة، ١٩٩٦ .

٢٩. ندى عبد الكاظم حسين ، القوة القاهرة المؤقتة واثرها في تنفيذ العقد ، دراسة مقارنة ، مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والإنسانية ، المجلد ٢٢ ، العدد١ ، ٢٠٢٣م .

٣٠. نواف حازم خالد ، الاتجاهات الفقهية في تقسيمات الصياغة التشريعية ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق ، المجلد ٨ ، العدد ٢٩ ، ٢٠١٦م

٣١. نوال طارق إبراهيم ، غسان مصعب علوان ، اثر إجراءات فتح الاعتماد المستندي على الالتزام بالمدد الزمنية المحددة بالعقد ، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية ، العدد التاسع والتسعون، المجلد الثالث والعشرون ، ٢٠١٧ .

٣٢. هوزان عبد المحسن عبد الله ،عقود الاطار_ دراسة مقارنة في ضوء مرسوم قانون رقم (١٣١-٢٠١٦) للقانون المدني الفرنسي ، مجلة الحقوق_ تصدر عن مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ،مجلد ٤٦ ،عدد٥ ،يونيو ،سنة ٢٠٢٢

٣٣. هوزان عبد المحسن عبدالله ، مفهوم القوة القاهرة واثاره في تنفيذ العقد دراسة مقارنة في ضوء التعديل رقم ١٣١-٢٠١٦ للقانون المدني الفرنسي ، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، السنة التاسعة ، العدد ٢، العدد التسلسلي ٣٤ ، يونيو ، ٢٠٢١ .

٣٤. واقدري محمود عزت ، نظرية الاستغلال في القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني ، العددان الأول والثاني ، السنة الرابعة ، بغداد ، ١٩٩٥ .

خامساً : القوانين

١ .القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

٢ .قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ (المعدل)

٣ .قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤

٤ .قانون البنك المركزي العراقي رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤

٥ .قانون حماية المستهلك العراقي رقم ١ لسنة ٢٠١٠

٦ .القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨

٧ .قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ (المعدل)

٨ .قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩

٩ .قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي رقم ١٩٤ لسنة ٢٠٢٠

١٠ .القانون المدني الفرنسي (Civil Code) الصادر سنة ١٨٠٤ (المعدل)

١١ .قانون التجارة الأمريكي الموحد (UCC) الصادر سنة ١٩٥٢

١٢ .اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد لسنة ١٩٩٥

١٣ .الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية (UCP 600) نشرة رقم ٦٠٠ لسنة ٢٠٠٧

١٤ .اتفاقية خطابات الاعتماد الاحتياطية) (ISP98 سنة ١٩٩٨

١٥. اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة ٢٠١١

سادساً : المقالات

١. حنيش يوسف ، محاضرة حول مخاطر الاعتماد المستندي في ظل التطورات الراهنة ، قانون تجاري ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، ٢٠١٦

٢. اللورد ديبلوك (١٩٠٧_١٩٨٥) مشار له في مقال بعنوان (الجرائم المالية والاحتيال والعقوبات) منشور على الموقع الالكتروني (https://www.tradefinanceglobal.com) ، تاريخ الزيارة : ٢٠ / ٦ / ٢٠٢٥ الساعة ٦:١٣ م.

٣. محمد اديب السلاوي ، الاستقلال ، مقال منشور على موقع (http://www.hespress.com) ، بتاريخ ٢١ يناير ٢٠٢٠ ، تاريخ الزيارة ٢٦ \ ٤ \ ٢٠٢٥ ، ٢:٠٠ pm .

٤. مقال بعنوان القوة القاهرة ل L. Sue Baugh ، تاريخ المقال ١٢ يوليو ٢٠٢٥ ، منشور على الموقع (https://www.britannica.com/topic/force-majeure) ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٥\٨\٢٢ ، الساعة ٨:٠٠ مساءا.

٥. مقال حول القوة القاهرة في العقود الدولية منشور على الموقع الالكتروني : https://www.lorenz-partners.com/hardship-clauses/ ، تاريخ الزيارة ٢٨ \ ٨ \ ٢٠٢٥ ، الساعة ٦:٠٠ am .

٦. مقالة برت وليجال الخاصة بالاعتماد المستندي في فرنسا وخارجها ، مجلة bancaire ، ١٩٢٤، العدد ٢،

٧. يوسف بنيا صير ، سلسلة الاحكام القضائية ، مجلة السوابق القضائية ، العدد ٢٠١٣، متاحة على الموقع الالكتروني (commercial adala.justice.gov.ma) تاريخ الزيارة ٢٠٢٥\٦\٣٠ الساعة ٩:٠٠ p.m .

سابعاً : القرارات القضائية

١. قرار منشور في مجلة المصرفي ، السنة الأولى ، ص٦٤ الرقم ٣٣ / استئنافية / ١٩٧٠ في ٨/ ١٠ / ١٩٧٠ عن النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الأولى ، كانون الأول ، ١٩٧١

٢. قرار منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني ، السنة الخامسة ، العدد الأول ، حزيران ، ١٩٦٦

٣. قرار صادر من استئناف باريس ، دائرة مستعجلة ، ٣١ مايو ١٩٣٨ ، منشور في مجلة جازيت ، ١٩٣٨ ، العدد ٧.

٤. قرار منشور صادر عن محكمة التمييز المدنية ، بيروت ، رقم القرار ٧٢ ، بتاريخ ٢٠١١/١٠/١١

٥. قرار منشور صادر عن محكمة الدرجة الأولى ، جبل لبنان ، رقم القرار ٣٤ ، بتاريخ ٢٠٠٦/٥/١٧

٦. القرار صادر عن قضاء محكمة تمييز العراق ، رقم القرار ٦٢٧ ، حقوقية ، بتاريخ ٢٨ /١١ / ١٩٦٨ ، المجلد الخامس ، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨

٧. حكم محكمة استئناف نينوى ، الهيئة التمييزية بالرقم ٧٤ بتاريخ ٢٦ / ٧ /٢٠٠٩ ، منشور في قاعدة التشريعات العراقية على الموقع الالكتروني https://iraq1d.e-sjc-services.iq ، تاريخ الزيارة : ١٨ / ٧ / ٢٠٢٥ ، الساعة ١:٤٠ م.

٨. محكمة التمييز الاتحادية قرارها بالعدد ١٣٦٧ \الهيئة الاستئنافيةامنقول\٢٠١٨ في ٢٠١٨\٥\١٠ ،

٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٦٠٧ \هيئة موسعة \٢٠١٤

١٠. نقض مدني رقم ٩٣٣، لسنة ٤٥ جلسة ١٩٨٤\٤\٢٧،س٣٥

١١. نقض مصري ، ١٩٦٧/٦/٢٧ ، مجموعة النقض لسنة ١٨

١٢. قرار قضائي صادر عن محكمة النقض المصرية بالرقم ٦٢١ لسنة ١٩٧٩ ، طعن رقم ٦٢١ لسنة ١٩٧٩ ق، جلسة ٢٥ / ٦ /٢٠٠٩ ، مكتب فني ٦٠ ، ق١٢٧ .

١٣. قرار صادر عن محكمة التمييز العراقية بتاريخ ١٩٦٦/٢/٢٦ ، تحت رقم ٢٠٠ ح ١٩٦٥ ، منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني ، بغداد ، حزيران ، ١٩٦٦، السنة الخامسة

١٤. قرار اخر عن القضاء العراقي في النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الثانية ، ١٩٧٣ ، رقم القرار ٧٢و٧٣ ، هيئة عامة ، ١٩٧١ ، بتاريخ ٤ / ١٢ / ١٩٧١

١٥. قرار محكمة التمييز بالعدد ١٨٥٩\ الهيئة الاستئنافية منقول\٢٠١٠ في تاريخ ٢٠١٠\٩\٢١

١٦. قرار نقض مصري بتاريخ ١٥ ابريل ١٩٥٤ ، منشور في مجموعة مبادئ الخمسة وعشرون عاما ، ج١ .

ثامناً : المصادر الاجنبية

1. Aix en Provence – Janvier 1980, cité par André Boudinot, autonomie du crédit documentaire, Rev. Banque N° 417, Mai 1982.
2. Alphonse M. Squillante, Uconsionability: French, German. Anglo-American Application. 34 Albany Law Review 301 (1969-1970).
3. André Faraggi, Différence entre le crédit documentaire irrévocable confirme et (1) nom confirmé, Revue Banque, Avril 1984, N°438.
4. Anu Arora, The Dilemma Of An Issuing Bank, to accept or reject documents tendered under a letter of credit, LLoyd's Maritime and Commercial Law, LL. Publication 1984.
5. Agasha Mugasha, The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees, Federation Press, 2003.
6. Robin Burnett & Vivienne Bath. Law of Imernational Business in Australasia, (20091, the Federation Press. Austrelia.
7. Bernard S. Whebele ، Problem children ، standby Letters of Credit and Simple first Demand Guarantees، Arizona law review، vol. 24 ، 1982 .
8. Baird Standby, Letters of Credit in Bankruptcy , USA, University of Chicago review,Vol.40, 1982 .
9. Cass Com. 23 DEC.1981. N. Pierre Bouloy, Semaine Juridique, J.C.P-55 EME AN, N° 19702.

10. Charles Mitchell، Paul Mitchell، (2008) ، Landmark Cases in the law of Contract ، published by Hart Publishing ، Oxford and Portland .
11. CHORLEY (LORD M.A.) ، leading cases in the law of banking ، london ، 1953.
12. Chung-Hish hsu، the Independence of Demand Guarantees Performance Bonds and Standby Letters of Credit National Taiwan University Law Review،2006 .
13. Ct. (m) dajulart.1.'obligation de renseig dans les Coutars, R.T.D.Civ, 1945.
14. Dixon Williams M، As good as cash ? The diminution of the autonomy principle ، Australian Business Law Review .
15. Benjamin, Sale of Goods, London ,2 sec edition ,1981.
16. Robert Lowe , commercial Law, London , sweet and Maxwel , 5th edition , 1976.
17. Ahmed Ziadat , Noncompliance in letter of credit law , A.UCP and Anglo-american survey , Ph.D thesis , Queen Mary college, university of London, London, 1989.
18. GERALD T. McLAUGHLiN, Letters of Credit and Illegal Contracts: The Limits of the Independence Principle, OHIO STATE LAW JOURNAL, Vol. 49, 1989.
19. J. White and Summers ، Uniform Commercial Code 19-1 (3d ed.1988).
20. aussi Charles Bontoux, saisie-arret et crédit documentaire, Rev. Banque, N° 446, janvier 1985.

21. Michael Joachim Ronell, Olaf Meyer, (editor), The Impact of Corruption on Intemational Commercial Contracts, (2015), Springer publications, Switzerland.

22. Roberto Luis, The Autonomy Principle of Letters of Credit, an Article published in the Mexican Review Law Magazine.

23. Ross P. Buckley and Xiang Gao ، The Development of the Fraud Rule in Letter of Credit Law : the Journey So Far and the Road Ahead ، An Article Published online

24. Hamed alavi , Mitigating The risk of fraud in Documentary letters of credit , p. 15. (وهو متاح على الموقع الالكتروني http\\www.degruyter.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٥\٦\٣٠ الساعة ٨:٣٤ p.m .)

25. Edward. Jr .Symons, Letter of Credit : Fraud , Good faith and the basis of injunctive relief , USA , Harvard law review , vol.94 , 1982.

26. Lloyds Law Reports , series that can report on the limits of Lloyd's of London publishing house, and the resulting clarification in the commercial, liberty and insurance sectors , 1922.

27. Joseph Nowbiki, Mareva Injunction as a Toll for Debt Recovery, online research .

28. Ch. Fabia et P . Safa, code de commerce Annote , Universite saint Joseph , Tome I ,1965 .

Abstract:

The concept of undermining is based on establishing controls for the absolute independence of documentary credit relationships, clarifying its limits, and the extent to which the realities of international sales and their actual requirements affect this independence. It also examines the scope of its effectiveness in providing the necessary protection for all contracting parties in the documentary credit process without favoritism. It is noted that recently, a modern jurisprudential trend has emerged supporting the concept of undermining and providing legitimate justifications for it, relying on some recent judicial applications that deviate from the independence of documentary credits. This occurs in exceptional cases arising from the practical realities of international trade, and these cases are presented in our study as examples, not as an exhaustive list, as the practical reality of documentary credits may reveal other different situations depending on the circumstances. This necessitates setting limits to this independence, establishing a general rule governing contracts and ensuring fairness for all parties.

The judiciary justifies this position by considering documentary credit an effective banking process for settling international sales contracts. Therefore, its execution requires good faith, preventing anything that could deviate it from its primary purpose and undermine its absolute independence. Consequently, the judiciary suspends the independence of the relationship in certain cases that impede the process.

Conversely, upon reviewing the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP 600) and comparative laws, we observe the absence of any legislative intervention to regulate the suspension of this independence or define its limits and scope. This, in our view, is a deficiency considering the developments in the legal framework governing documentary credits. However, US law stipulates that fraud in documents undermines the independence of a documentary credit. This constitutes an exceptional case where US law permits the suspension of this independence, according to the procedures of the court reviewing the matter. Undermining, in this sense, possesses several key characteristics. Firstly, it is exceptional, not applicable to documentary credit transactions where contractual relationships are established. Secondly, it is relative, aiming to restrict and limit the absolute independence of documentary credits. Undermining this independence enhances the flexibility of the process, enabling it to accommodate practical commercial realities and the various situations that arise from them.

Furthermore, undermining leads to practical applications, as it is not merely a theoretical study but a new approach addressing the aspect of absolute independence in documentary credits and the difficulties that arise from it in practice. Consequently, it has implications that grant the documentary credit process sufficient flexibility to address unforeseen circumstances and mitigate their effects.

University of Karbala

College of Law

Special Branch

Undermining the Independence of Documentary Credits (A Comparative Study)

A thesis submitted to the Council of the College of Law - University of Karbala

It is part of the requirements for obtaining a Master's degree in Private Law.

Written by the student

Haneen Thabat Mohsen

Supervised by

Prof . Dr. Israa Fahmi Naji

1447 A. H. **2026 A. D**