جامعة الشرق الأوسط
MIDDLE EAST UNIVERSITY
Amman - Jordan

القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي

The law Governing Letter of Credit

إعداد

ماجد حميد عبد المهدي الجبوري

إشراف الدكتور

ياسين أحمد القضاة

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على شهادة الماجستير

في القانون الخاص

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

حزيران، 2020

تفويض

أنا **ماجد حميد عبد المهدي الجبوري**، أفوّض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي ورقياً وإلكترونياً المعنونة بـ "القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي" النافذة في الجامعة".

الاسم: ماجد حميد عبد المهدي الجبوري.

التاريخ: 10 / 07 / 2020.

التوقيع:

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها "**القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي**".

وأجيزت بتاريخ: 17 / 06 / 2020.

للباحث: **ماجد حميد عبد المهدي الجبوري.**

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم	الصفة	جهة العمل	التوقيع
د. ياسين احمد القضاة	مشرفاً	جامعة الشرق الأوسط	.....
أ.د. محمد ابراهيم ابو الهيجاء	عضواً داخلياً ورئيساً	جامعة الشرق الأوسط	.....
د. جهاد محمد الجراح	عضواً خارجياً	جامعة العلوم الإسلامية	.....

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين أهل المجد والثناء، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

فإنني أشكر الله العليّ القدير أولاً وأخيراً على توفيقه بإتمام هذه الرسالة، فهو عزّ وجل أحقّ بالشكر والثناء وأولى بهما، فالحمد لله الذي وفّقني بإنجاز هذا العمل المتواضع فإن أصبت فمن الله وإن أخطأت فمن نفسي، وما توفيقي إلا من الله تعالى

الشكر كل الشكر مقرون بالعرفان والإحترام لأستاذي الدكتور ياسين أحمد القضاة الذي كان صاحب الفضل الأول بعد الله سبحانه وتعالى، في إنجاز هذه الرسالة وعلى سعة صدره وغزارة علمه.

وإذ أتقدم لأساتذتي أعضاء لجنة المناقشة بالشكر، والتقدير لقبول مناقشة الرسالة وتعهدي للأخذ بكل ملاحظاتهم الهادفة إلى تصويبها وإثرائها.

والمقام يتسع لأن أسجل لأهل الفضل فضلهم، وهم هنا جامعة الشرق الأوسط برئاستها وكوادرها وهيئاتها المشرفة والتدريبية والإدارية

وأتقدم بالشكر إلى الآنسة مرام عمرو سكرتيرة قسم القانون فإن كلمات الثناء لا توفيكِ حقك،،، لك جزيل الشكر

والله ولي التوفيق

الإهـــداء

أُهدي ثَمرة هذا الجهد إلى من أُدين لهم بفضل كبير لا يقدر بثمن

إلى من أشتاق إليه بكل جوارحي بلدي العراق العظيم، وأهديه إلى بلدي الثاني المملكة الأردنية الهاشمية التي عشتُ فيها أسعد أيام حياتي

وإلى مَن بِدُعائِها اهتديت وبِعَطائِها خَطوت في طريق النجاح والدتي أطال الله في عمرها ومتعها بالصحةِ والعافيةِ وجزاها الله خير الجزاء والإحسان

وإلى قدوتي ومثلي الأعلى في الحياة مثال التفاني والإخلاص الذي علمني كيف أقف بكل ثباتٍ فوق الأرض (أبي) أطال الله في عمره

وإلى من أمدني بالنصح والإرشاد ولم أره يوماً عابساً عمي (الأستاذ سلام الجبوري)

وإلى من شاركني السراء والضراء أقرب الناس إلى قلبي ابن عمي (مصطفى سلام الجبوري)

وإلى أساتذتي الأعزاء مناهل العلم وينابيع المعرفة

إلى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس البريئة إلى رياحين حياتي وسندي في هذه الحياة

(أخي وأخواتي وأصدقائي الأحباء)

فهرس المحتويات

العنوان ..... أ
تفويض..... ب
قرار لجنة المناقشة..... ج
شكر وتقدير ..... د
الإهـداء..... هـ
فهرس المحتويات ..... و
الملخص باللغة العربية..... ح
الملخص باللغة الانجليزية..... ط

الفصل الأول: خلفية الدراسة وأهميتها

المقدمة..... 1
مشكلة الدراسة..... 2
هدف الدراسة..... 2
أهمية الدراسة..... 2
أسئلة الدراسة..... 3
حدود الدارسة..... 3
محددات الدراسة..... 4
مصطلحات الدراسة..... 4
الدراسات السابقة..... 5
منهج الدراسة..... 6

الفصل الثاني: ماهية للاعتماد المستندي الدولي

المبحث الأول: مفهوم للاعتمادات المستندية..... 8
المطلب الأول: تعريف الاعتماد المستندي..... 9
المطلب الثاني: خصائص الاعتماد المستندي..... 11
المبحث الثاني: العلاقات والالتزامات الناشئة عن عملية الاعتماد المستندي 15
المطلب الأول: طبيعة العلاقات الناشئة عن عملية الاعتماد المستندي..... 15
المطلب الثاني: الالتزامات المترتبة بموجب عقد الاعتماد المستندي..... 31

الفصل الثالث: نطاق تطبيق قواعد الأصول والأعراف الموّحدة في نطاق الإعتمادات المستندية

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للأصول والأعراف الموحدة.....38
المطلب الأول: تطبيق قواعد الأصول والأعراف الموّحدة تطبيقاً مباشراً.....38
المطلب الثاني: تطبيق الأعراف والأصول الموّحدة أمام القضاء.....41
المبحث الثاني القانون الذي يحكم الإعتماد المستندي في ظل الأصول والأعراف الموحدة.....44
المطلب الأول: نطاق تطبيق القواعد والأعراف الموّحدة على التزامات المصرف.....46
المطلب الثاني: مواقف التشريع من تطبيق القواعد والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية..54

الفصل الرابع: القانون الذي يحكم الاعتماد المستندي في ظل قواعد الإسناد التقليدية

المبحث الأول: تطبيق قواعد الإسناد الاحتياطية التقليدية على الاعتماد المستندي 61
المطلب الأول: قانون الموطن المشتركً.....62
المطلب الثاني: قانون محل الإبرام.....68
المطلب الثالث: الإسناد المرن للعملية التعاقدية (نظرية الأداء المميز) 73
المبحث الثاني: تطبيق قانون الإرادة على الاعتماد المستندي 80
المطلب الأول: مفهوم مبدأ قانون الإرادة.....81
المطلب الثاني: مدى ملاءمة تطبيق قانون الإرادة على عقد الاعتماد المستندي 86

الفصل الخامس: النتائج والتوصيات

الخاتمة.....95
ثانياً: التوصيات 96
قائمة المراجع والمصادر 97

القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي

إعداد

ماجد حميد عبد المهدي الجبوري

إشراف

الدكتور ياسين أحمد القضاة

الملخص

هدفت هذه الدراسة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاعتماد المستندي في العلاقات المتداخلة بين أطراف الاعتماد المستندي، وبسبب تعدد العلاقات المتداخلة بين أطراف الاعتماد المستندي وانتماء كل طرف إلى قانون دولة مختلفة مما ينشأ نزاعات بين أطراف الاعتماد المستندي، وعلى أساس أن هذه العلاقات تتمثل بوجود عنصر أجنبي، وحيث أن دور الاعتماد المستندي في تسوية العمليات التجارية بين الأطراف بما تقوم به من وظائف مميزه لمنح الثقة والطمأنينة بين أطراف العقد الأصلي من ضمان ووفاء في تنفيذ الالتزامات، وحيث انصبّت مشكلة الدراسة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي والتي يثيرها الأطراف عند استبعاد الأصول والأعراف الموّحدة كلياً أو جزئياً.

وقد توصّلت الدراسة إلى أن عقد الاعتماد المستندي من العقود الدوليه المشوبة بعنصر أجنبي، فإن هذا العقد لابد من أن يخضع لضوابط قانون الإرادة بصورة أصلية وعلى ذلك لابد من تحديد إرادة الأطراف بصوره صريحة أو ضمنية وفي حالة عدم تحديد إرادة الأطراف في العقد فإن للقاضي المعروض أمامه النزاع أن يلجأ إلى الضوابط الاحتياطية البديلة في القانون الدولي الخاص كقانون الموطن المشترك أو قانون محل إبرام العقد أو تنفيذ العقد، وأخيراً أوصت الدراسة بضرورة قيام المشرّع الأردني والعراقي بالإحاطة التشريعية الكافية لعقد الاعتماد المستندي وأطرافه على النحو الذي يكفل تنظيم العلاقات القانونية الناشئة عنه بصورةٍ متزنةٍ وكافيةٍ أسوة بالتشريعات المتقدمة التي نصّت على ذلك.

الكلمات المفتاحية: الاعتماد المستندي، القانون الواجب التطبيق.

The law enforceable on documentary credit

Prepared by:

Majid Hameed Abdelmahdi Al-Jbouri

Supervised by:

Dr. Yaseen Ahmad Al-Qudha

Abstract

This study aimed to determine the law enforceable on the documentary credit contract in the overlapping relations between the documentary credit parties, and due to multiple overlapping relations between the documentary credit parties and belonging of each party to different jurisdictions the fact which would create disputes between the documentary credit parties, and, based on that such relations are presented in the presence of a foreign element, and whereas, the documentary credit is destined to settle the commercial transactions between parties by its distinguished functions to granting trust and assurance between the contract parties of security and fulfillment in implementing the obligations; and whereas the problem of study focused on identifying the law enforceable on the documentary credit raised by the parties thereto when excluding the standard procedures and norms, either partially or totally.

However, the study concluded that the documentary credit contract is among the international contracts blended with a foreign element, so such element must submit primarily to controls of will law, and based on that, the will of parties must be expressly or implicitly identified, and, in case of not identifying the will of parties in the contract then the ruling justice may resort to alternative precautionary controls in the respective international law such as the law of common home, or the conclusion of contract place law, or the contract implementation; and finally the study recommended the necessity to establish the Jordanian and Iraqi project by enough statutory knowledge on the documentary credit contract and its parties in a manner ensuring the organization of legal relations arising therefrom in a balanced and adequate way like the advanced laws that provided for that.

Keywords: Documentary Credit, the Law Enforceable

الفصل الأول
خلفية الدراسة وأهميتها

المقدمة

يمثل الاعتماد المستندي الأهمية البالغة في ميدان التجارة الدولية لما يوفّره من ضمان السداد الدولي لأطراف عملية التبادل التجاري، الأمر الذي جعل منه الوسيلة الأهم والأداء الأكثر استخداماً من مستوردين ومصدّرين حيث أن الاعتماد المستندي من العمليات المصرفية التي تلعب دوراً كبيراً في التبادل التجاري الدولي.

وحيث أن دور عملية الاعتماد المستندي في تسوية العمليات التجارية بين الأطراف بما تقوم به من وظائف مميزه لمنح الثقة والطمأنينة بين أطراف العقد الأصلي من ضمان ووفاء في تنفيذ الإلتزامات، ونظراً لدولية عملية الاعتماد المستندي قد ساعدت غرفة التجارة الدولية حيث لعبت دوراً بارزاً في وضع قواعد وأعراف دولية من خلال النشرات الصادرة بشكل دوري متتالية والخاصة بالاعتماد المستندي وكان آخرها عام 2007 بهدف تسهيل التعامل وتحديد العلاقة ما بين أطراف الاعتماد المستندي غالباً ما تكون من جنسيات مختلفة وتحكمهم عدة قوانين[1].

وتنشأ عن عملية الاعتماد المستندي علاقات متعددة ومتداخلة فيما بينها، وقد تؤدي هذه العلاقات المتعددة والناشئة عن عملية الاعتماد المستندي بناءً على العقد الأصلي ما بين المستوردين والمصدرين، ومن خلال الاعتماد المستندي تنشأ التزامات من قبل أطراف بعيداً عن العقد الأصلي والمتمثلة بالالتزامات التعاقدية الناشئة ما بين البنك المصدر والعميل، ويقع على العلاقات المتعددة

---

1) السيسي، صلاح الدين حسن، قضايا مصرفية معاصرة، الائتمان المصرفي، الضمانات المصرفية، الاعتمادات المستندية، دراسات نظرية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2014، 44.

التزامات اتجاه طرف بعيد عنه هو (المستفيد) لكون كل علاقة من علاقات عملية الاعتماد المستندي مستقلة عن الأخرى لانتماء كل طرف من أطرافِ العلاقة التعاقدية إلى قانون دولة مختلفة، مما يؤدي إلى حدوث تنازع قوانين بين الأطراف وصعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاعات التي تنشأ عن عملية الاعتماد المستندي (بين جميع الأطراف) وإذا لم ينص الاعتماد أنه يخضع إلى القواعد والأصول والأعراف الموّحدة في حال حدوث تنازع إلى أيّ مدى يمكن لأطراف الاعتماد من تحديد القانون الواجب التطبيق وفي حال اختلافهم.

مشكلة الدراسة

تنصب مشكلة الدراسة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي والتي يثيرها الأطراف عند استبعاد الأصول والأعراف الموّحدة كلياً أو جزئياً وإلى أيّ مدى يمكن إعمال قانون الإرادة والقواعد الإسناد الاحتياطية في القانون في حال خروج أطراف الاعتماد المستندي على الأصول والأعراف الموّحدة، وعلى ذلك تتمثل مشكلة الدراسة في السؤال الرئيس المتمثل بما هو القانون الواجب التطبيق على الاعتمادات المستندية؟

هدف الدراسة

تهدف هذه الدراسة بشكل رئيسي إلى بيان تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاعتماد المستندي وفقاً لكل من الأصول والأعراف الموّحدة وقانون الإرادة والقواعد الإسناد الاحتياطية.

أهمية الدراسة

تكمن أهمية هذه الدراسة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عملية الاعتماد المسستندي وبسبب تعدد العلاقات المتداخلة بين أطراف الاعتماد المستندي وانتماء كل طرف إلى قانون دولة مختلفة، مما يطرح نشوء نزاعات بين أطراف الاعتماد المستندي وعلى أساس أنّ هذه العلاقات تتمثل

بوجود عنصر أجنبي، وكذلك تبرز أهمية هذه الدراسة في البحث عن القانون الذي سوف يطبّق على عملية الاعتماد المستندي في حال استبعاد الأصول والأعراف الموّحدة من قبل أطراف الاعتماد المستندي.

أسئلة الدراسة

1. ما دور الأصول والأعراف الموّحدة للاعتماد المستندي في تحديد القانون الواجب التطبيق؟
2. بيان مدى فاعلية الإسناد المسبق للعملية التعاقدية المتمثلة بقانون الموطن المشترك لأطراف العقد وقانون بلد الإبرام؟ وهل يصلح أن تتطبق على الاعتماد المستندي؟
3. ما هو المعيار الذي يعتد به لتحديد القانون الواجب التطبيق في حال غياب الإتفاق بين أطراف الاعتماد المستندي لتحديد القانون الذي يحكم التزاماتهم؟
4. ما دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق والآثار التي تترتب على ذلك؟

حدود الدارسة

1-الحدود المكانية: تتمثل في دراسة القانون المدني العراقي، القانون المدني الأردني، قانون التجاره العراقي، قانون التجاره الأردني، الأصول والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية -نشرة رقم 600.

2-الحدود الزمانية: تتناول دراسة القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 وقانون التجارة العراقي رقم 30 اسنة 1984، وقانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

قانون التجاره الأردني رقم (12) لسنة 1966 – الأصول والأعراف الموّحدة نشرة رقم 600 لسنة 2007.

محددات الدراسة

لا توجد موانع أو معوقات تمنع تعميم نتائج هذه الدراسة.

مصطلحات الدراسة

القانون الواجب التطبيق: وهو القانون الذي سيطبّق على التصرّفات القانونية التي تكون محل تنازع القوانين والتي تشتمل على عنصر أجنبي كمحل الإبرام أو التنفيذ أو الموضوع أو أطراف العلاقة القانونية[1].

الاعتماد المستندي: عقد يتعهد المصرف بمقتضاه بفتح اعتماد لصالح المستفيد بناءً على طلب الأمر بفتح الاعتماد بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدّة للنقل[2].

1) عبد العظيم، علي عبد الحسين عبد العظيم، القانون الواجب التطبيق على التزامات المصرف المراسل في عقد الاعتماد المستندي الدولي–دراسة مقارنة رسالة ماجستير جامعة بابل، 2016، ص11.

2) مظهر عبد الرازق، العلاقة التعاقدية بين أطراف عقد الاعتماد المستندي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018، ص11.

الدراسات السابقة

من خلال اطلاع الباحث على الدراسات التي تناولت هذا الموضوع وجد أنّ هناك دراسات تتعلق بجزء من موضوع دراستي يمكن الإستفادة منها، وسوف أشير إلى بعض أهم هذه الدراسات:

دراسة: فراس كريم البيضاني –دور قانون الإرادة في عقد الاعتماد المستندي الدولي (دراسة مقارنة) بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية،2017.

يهدف البحث إلى دراسة دور قانون الإرادة في عقد الاعتماد المستندي الدولي وأثره في حلّ إشكالية التنازع بين القوانين التي يتسبب هذا العقد بإثارتها بسبب صفته الدولية وتعدد أطرافه وخضوع كل منهم إلى قانون دولة يختلف عن الآخر.

دراسة: علي عبد الحسين عبد العظيم (2016)، القانون الواجب التطبيق على التزامات المصرف المراسل في عقد الاعتماد المستندي الدولي–دراسة مقارنة رسالة ماجستير، جامعة بابل.

تناولت الدراسة الوقوف على علاقة المصرف المراسِل بالمصرف المصدَر لعقد الاعتماد المستندي وأطراف عقد الاعتماد الآخرين كالأمر والمستفيد ودوره في تنفيذ عقد الاعتماد المستندي وتأثير المصرف المراسِل على إسناد الصفة الدولية لعقد الاعتماد المستندي، هذا من جهة ومن جهة أخرى تهدف الدراسة إلى بحث القانون المختص بخصوص المصرف المراسل والتزاماته فيما إذا كان هو القانون الذي يخضع له المصرف المصدَر أم قانون آخر يتحدد وفقاً لمناهج التنازع المعتمدة في القانون الدولي الخاص.

دراسة: مظهر عبد الرازق (2018)، العلاقة التعاقدية بين أطراف عقد الاعتماد المستندي (دراسة مقارنة)

تناولت الدراسة جانباً هاماً من عقد الاعتماد المستندي وهو العلاقة التعاقدية التي تربط أطرافها بعضها ببعض مستمدة في ذلك التشريعات والقوانين والقواعد والأعراف الدوّلية الفقه المقارن متضمّنة

ذلك آراء فقهيةً وقضائيةً وتشريعيةً وموقف الفقه الإسلامي فيه، ونشأته وتطوره وأنواعه وخصائصه ووظائفه، المراحل الزمنية لعملية فتح الاعتماد المستندي، كذلك تمّ استعراض العلاقات الناشئة في الاعتماد المستندي وأثرها على مبدأ الاستقلال، وكذلك تم استعراض مظاهر استقلال الطبيعة القانونية للعلاقات الناشئة في الاعتماد المستندي، ثم تمّ التطرق إلى أهم النظريات التي تفسر العلاقة بين المصرف والمستفيد بشكل مختصر.

ما يميز هذه الدراسة عن الدراسة السابقة:

وتختلف الدراسة الحالية عن الدراسات المذكورة حيث تتركز الدراسة على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاعتماد المستندي سواء خضوعها لقانون الإرادة، أو معيار الأداء المميز، أو خضوعها للقواعد والأعراف الدولية الموّحدة وبيان موقف التشريع الأردني والتشريع العراقي من هذه النظريات.

منهج الدراسة

نظراً لأهمية هذه الدراسة سيعتمد الباحث:

المنهج التحليلي: والذي يقوم على أساس تحليل النصوص القانونية وتفسيرها بما يخدم موضوع الدراسة وسيتم استخدام هذا المنهج في تحليل النصوص القانونية وبيان الأحكام القضائية إن وجدت والبحث في الآراء الفقهية التي تتعلق بتنازع القوانين في الاعتماد المستندي.

المنهج المقارن: يعني هذا المنهج باستعراض النصوص القانونية بموضوع الدراسة ومقارنتها بغيرها من القوانين ذات العلاقة بموضوع الدراسة.

الفصل الثاني
ماهية للاعتماد المستندي الدولي

أدت الحاجة العملية للتجارة الدولية إلى ظهور فكرة نظام الاعتماد المستندي، إذ اكتسبت أهمية من كونها تخدم التجارة الدولية، إذ ظهرت الاعتمادات المستندية لتلبية حاجات التجار الذين يحتاجون لأموال ينفقونها خارج بلدهم لشراء ما يحتاجون إليه من بضائع، إذ لم تنشأ الاعتمادات المستندية كنظام قانوني له جذور وأصول قانونية، وإنما نشأت كنظام مصرفي خلقته حاجة العمل لتسوية عقود البيع الدولية لتوفير الأمن والثقة لكل من البائع والمشتري [1].

وعلى الرغم من ذلك إلى هذه الوسيلة (الاعتماد المستندي) أثارت جدلاً فقهياً وقانونياً، وعلى ذلك سوف يتم من خلال هذا الفصل البحث في تعريف هذا الأسلوب وبيان أهيمته، وأنواعه والالتزامات القانونية التي تترتب على هذا النوع من العقود، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للاعتمادات المستندية.

المبحث الثاني: العلاقات والالتزامات الناشئة عن عملية الاعتماد المستندي.

1) الشيخ، علي وحسين محمد بيومي (2008) التكييف الفقهي والقانوني للاعتماد المستندي، القاهرة: دار الفكر الجامعي، ص 56.

المبحث الأول
مفهوم للاعتمادات المستندية

نشأ الاعتماد المستندي تلبيةً لحاجات التجارة الدولية منذ الحرب العالمية الأولى ونتيجة لبعد المسافات بين البائع والمشتري، إذ أن العملية التجارية تتم بالغالب بين طرفين دون التقاء شخصي وإنما عن طريق الاتصالات غير المباشرة والمتعارف عليها[1]، وذلك بالاستعانة بوسيط يثق به كلا الطرفين وهو البنك الذي يتعهد للمشتري باستلام المستندات التي تمثل البضاعة بالنسبة للمشتري، فأصبح الاعتماد المستندي خدمةً مصرفية لها أهمية كبيرة في مجال البيوع الدولية ووسيلة دفع مضمونة، تسمح بترتيب آثار قانونية معينة تربط بين العميل(المشتري) والمستفيد (البائع) على نحو يرتضيه الطرفان [2].

فأصبح الاعتماد المستندي يُعتبر أكثر أدوات الوفاء استخداماً في هذا المجال، وذلك لنجاحه كأداة وفاء سريعة وقليلة التكاليف، وتستخدم أيضا كأداة ائتمان من قبل كل من المصدر والمستورد لتمويل عملياتهم التجارية، وعلى ذلك ومن خلال هذا المبحث سيتم التطرق إلى تحديد الطبيعة القانونية للاعتماد المستندي، وذلك من خلال أولاً تعريف الاعتماد المستندي وبيان خصائصه وميزاته، ومن ثم بيان تكييفه القانونية، وذلك من خلال الآتي:

المطلب الأول: تعريف الاعتماد المستندي

المطلب الثاني: خصائص الاعتماد المستندي

---

1) عبد العزيز، فاعور مازن(2006)، الاعتماد المستندية والتجارة الالكترونية في ظل القواعد والاعراف الدولية والتشريع الداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص118.

2) الزعبي، اكرم ابراهيم حمدان(2005)، مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندي، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، ص22.

المطلب الأول

تعريف الاعتماد المستندي

تعد الاعتمادات المستندية من أهم وسائل التمويل الدولي فهي الوسيلة المفضلة للإيفاء بالالتزامات التجارية الدولية التي سهلت عملية التبادل التجاري بين دول العالم كما تعطي الثقة والأمان للمتعاملين بها؛ نظراً لبعد المسافة بين المصدر و(المستورد) والتي تضمن الحقوق والواجبات لهما، لذلك نجد أن الاعتمادات المستندية تمثل الوسيلة الأنجح لتسوية عمليات التبادل التجاري والضمان لإقامة العلاقات الاقتصادية بين دول العالم [1]، لذلك تعرف الاعتمادات المستندية بأنها: "عقدٌ مبرم بين البنك والمستورد يُلزِم البنك بفتح حساب لصالح المصدر ويلتزم البنك مستقبلاً بدفع قيمة البضائع وقبول السحوبات والشيكات التي يسحبها عليه المصدر حالما يقدم المستندات المطلوبةً" [2]، كما عرفة الأصول والأعراف الموحد للاعتمادات المستندية نشره رقم 600 لسنة 2007 الاعتماد المستندي في المادة 2 (يعني أي ترتيب مهما كان اسمه أو وصفه ويكون غير قابل للنقض وبالتالي يشكل تعهد محدد من المصرف المصدر للوفاء بتقديم مطابق).

وسميّ التعهد الذي يفتحه المصرف بالاعتماد المستندي لأنه يستلزم تقديم مستندات تثبت انتقال الملكية للمبلغ موضع المبادلات، وكذلك لتمييزها عن الاعتمادات العادية التي لا تتطلب ذلك [3].

---

1) الجوراني، اخلاص حميد حمزة(2017)، عقد الاعتماد المستندي: دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، جامعة النهرين، العراق، المجلد 19، الاصدار الاول، ص268.

2) اليماني، السيد محمود (1998)، العقود التجارية الاوراق التجارية، عمليات مصرفية، الجزء الثاني، عمان، دار اسامة للنشر والتوزيع، ص276.

3) السراج، محمد احمد، وحسان، حسين حامد(2008)، الاوراق التجارية في الشريعة الاسلامية، عمان، دار الثقافة للتوزيع والنشر، ص72.

وفي الجانب الفقهي فقد ظهرت اتجاهات مختلفة لشراح القانون التجاري، وإن شابهت في تعريفها لهذا العقد إلا أنها تميّزت عن بعضها البعض في إبراز ميزة مختلفة عن الأخرى، فقد عرفه البعض بأنه:" تعهد صادر من البنك بناءً على طلب العميل لصالح الغير (المستفيد) يلتزم البنك بمقتضاه بدفع أو بقبول سندات مسحوبة عليه من هذا المستفيد وذلك بشروط معينة واردة في هذا التعهد ومضمون برهن حيازي على المستندات للبضائع المصدرة [1]، ويرى الباحث أن التعريف السابق أنه لم يأتي بصورة شاملة.

أما في الجانب التشريعي فإنه عند الرجوع إلى قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966م، نجده قد وضع الأحكام العامة في الاعتماد المالي في المواد (118-121)، ولم يتطرق إلى الاعتماد المستندي، باستثناء ما ورد في المادة (1/121) من القانون الأردني التي ورد فيها مصطلح الاعتماد المستندي ومن خلال ما سبق نجد أن المشرّع الأردني لم يعرف الاعتماد واقتصر على بيان خصائص الاعتماد المستندي.

بينما في التشريع العراقي نجد أن المشرّع العراقي قد عرف الاعتماد المستندي في المادة (273/أولاً) من قانون التجارة العراقي النافذ رقم (30) لسنة 1984 بأنه: "عقد يتعهد المصرف بمقتضاه بفتح اعتماد لصالح المستفيد بناءً على طلب الأمن بفتح الاعتماد، بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل".

1) البارودي، علي(2005)، العقود وعمليات البنوك، الاسكندرية، منشاة المعارف، ص382.

ويلاحظ على تعريف القانون العراقي للاعتماد المستندي قد جاء بخلاف القانون التجارة الأردني حيث عرف القانون العراقي الاعتماد المستندي في حين أن المشرّع الأردني اقتصر على بيان خصائص الاعتماد المستندي.

أما الباحث فيعرف الاعتماد المستندي بأنه عبارة عن تعهد يصدر عن البنك **للبائع**، بناءً على طلب الأخير يلتزم البنك بموجبه بدفع ثمن البضاعة للمستفيد (للمشتري) وفق شروط معينة، ويفتح تنفيذاً لإلتزام المشتري بدفع الثمن.

المطلب الثاني
خصائص الاعتماد المستندي

ويتميز عقد الاعتماد المستندي بعدة خصائص وميزات كالاستقلالية ومن حيث أداء الوفاء، وغيرها من الميزات التي يمكن إيجازها على النحو الآتي:

أولاً: الاستقلالية

تعتبر ميزة الاستقلالية من أهم ميزات الاعتماد المستندي، حيث أنه يترتب على هذه الميزة أن وفاء البنك للمستفيد بقيمة الاعتماد إنما يتوقف على التقيد بالشروط من قبل المستفيد، ولا يتوقف على تنفيذ أو عدم تنفيذ العقد الأساسي أو العقد بين البنك والعميل [1]، ولبيان هذه الميزة لابد أولاً من

1) زيادات، احمد (2002)، معيار مطابقة المستندات لشروط الاعتماد المستندي: دراسة مقارنة لاحكام القضاء الانجلو امريكي، بحث مقدم لنقابة المحامين الاردنيين، ص8.

توضيح أمر هام وهو أن هناك ثلاثة عقود تتداخل في إيجاد الاعتماد المستندي، وهذه العقود هي (العقد الأساسي، وعقد فتح الاعتماد المستندي، خطاب الاعتماد) [1].

حيث جاء في نص المادة (4/أ) من الأصول والأعراف الموّحدة نشره رقم 600 لسنة 2007 (الاعتماد بطبيعته عملية مستقلة عن عقد البيع أو غيره من العقود.... الخ).

وهذه العقود الثلاثة مستقلة بعضها عن بعض، فكل واحد منها يحكم العلاقة فيما بين طرفيه، ولا يستطيع أي طرف من أطراف العلاقة التمسك بعقد يختلف عن ذلك العقد الذي يحكمه، وهذا الأمر هو من الأمور الهامة جداً، بل هو من أهم مميزات الاعتماد المستندي، إذ أنه لا يمكن تحقيق آلية عمله بدون هذه الخاصية أو الميزة [2].

وبناءً على ما سبق نجد أن التزام البنك تجاه المستفيد هو التزام شخصي مباشر، كما أنه التزام نهائي مستقل، وهذه هي نتيجة مبدأ لاستقلالية في الاعتماد المستندي.

---

1) تعرف هذه العقود على النحو الاتي:

العقد الاساسي: وهو ذلك العقد فيما بين العميل والمستفيد وغالبا ما يكون عقد بيع، الا انه يمكن ان يكون احد عقود الخدمات الاخرى، ولذلك سمي بالعقد الاساسي.

عقد فتح الاعتماد المستندي: وهو ذلك العقد فيما بين البنك وفاتح الاعتماد والعميل ويحكم العلاقة بينهما، وفيه يطلب العميل من البنك فتح الاعتماد المستندي لصالح المستفيد، وضمن شروط معينة.

عقد الاعتماد المستندي (خطاب الاعتماد): وهو الخطاب الذي يرسله البنك فاتح الاعتماد إلى المستفيد، ويتعهد فيه بالوفاء لصالح الاخير بالطريقة المتفق عليها عند التقيد بالشروط، ويحكم العلاقة بين البنك والمستفيد. عبد العزيز، فاعور مازن، مرجع سابق، ص120.

2) الضمور، عبد الله محمود سليمان، (1995) دور الاعتماد المستندي في تنفيذ عقد البيع الدولي سيف في التشريع الأردني ص125.

ثانياً: الخروج على قاعدة نسبية أثر العقد

يقصد بمبدأ نسبية أثر العقد بإنصراف آثار العقد إلى طرفي العلاقة العقدية دون الغير (الأجنبي) عن هذا العقد، طبقاً لمبدأ نسبية العقد، والخروج على هذا المبدأ في الاعتماد المستندي أن العقد لا ينصرف آثاره إلى جميع أطراف العقد، فعقد الاعتماد المستندي يتضمن تعهداً مباشراً صادراً من المصرف المراسل تجاه المستفيد (البائع) بالوفاء بقيمة البضاعة مقابل قيام المستفيد تقديم مستندات في المهلة المتفق عليها، وهذا التعهد من المصرف يشير إلى أن تعهد المصرف هو التزام أصيل وليس التزاماً تابعاً [1].

ثالثاً: أداة وفاء

يتميز الاعتماد المستندي بأنه يشكل في التجارة الدولية وسيلة ضمان ووفاء هامة لكل من العميل (المشتري غالباً) والمستفيد (البائع غالباً) إذ أن كلاً منهما لا يعرف الآخر، وتساورهما الشكوك حول صدق وإمكانية الآخر في الوفاء بالتزاماته، لكن وبوجود الاعتماد المستندي يحد من هذه المخاطر إلى درجة كبيرة [2]، كما يعتبر وسيلة تمويل بالنسبة للعميل (المشتري) في حالة استحصال قرض من البنك على أساس المستندات المقدمة من المستفيد في خطاب الاعتماد.

فالمشتري يكون مطمئناً بالنسبة لاستلام البضاعة مطابقة للشروط عن طريق تسلمها الحكمي باستلام البنك المستندات والوثائق المطلوبة وتأكده من مطابقتها للشروط المحددة في الاعتماد، وكذلك الأمر بالنسبة للبائع الذي يتوفر لديه عنصر الاطمئنان بالنسبة لاستيفائه الثمن المتفق عليه إذا ما

---

1) السعيد، سماح (2017)، العلاقة التعاقدية بين أطراف عقد الاعتماد المستندي، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، ص30.

2) متري، سمير (1999)، الاعتماد المستندي، مجلة الاقتصاد، الجمهورية العربية السورية، عدد 313، ص33

تقيد المستفيد بالشروط المحددة في خطاب الاعتماد، خاصة إذا ما علمنا أن البنك أقل عرضة لإشهار إفلاسه، أو امتناعه عن الوفاء للمستفيد بدون وجه حق [1].

رابعا: التعامل بالمستندات

من مميزات الاعتماد المستندي أنه يقوم على التعامل بالمستندات لا بالبضائع، ودون النظر إلى تلك الأخيرة، وهذا ما جاء في نص المادة 5 من الأصول والأعراف الموحده للاعتمادات المستندية نشره رقم 600 (تتعامل المصارف بالمستندات ولا تتعامل ببضائع أو خدمات.....)، وهذا أيضا مما يدخل في عملية الضمان لصالح المستفيد في أن يستوفي حقه أو استقرار التزام البنك وبعده عن مؤثرات سواء تلك التي تطرأ على علاقة العميل بالبنك أو تلك التي تطرأ على العقد الأساسي.

كما أنه إضافة إلى ما سبق نجد أن الاعتماد المستندي يمتاز عن غيره من أدوات التجارة الدولية بالإضافة إلى الميزات والخصائص السابقة بأنه أداة وفاء غير مكلفة نسبياً، فالعمولة التي يتقاضاها البنك لإصدار الاعتماد لا تتجاوز في العادة واحد في المائة من قيمة الاعتماد، فلقد جاء في مذكرة البنك المركزي الأردني رقم 99/178 بتاريخ 1999/8/29م، على سبيل المثال إن الحد الأقصى للعمولة التي تتقاضها البنوك على فتح الاعتماد المستندي هو (0.25%) [2].

---

1) باز، فريدي(2005)، الاعتماد المستندي، اتحاد المصارف الاسلامية، دار زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ص18.

2) المحتسب، سائد عبد الحافظ، الطبيعة القانونية للاعتمادات المستندية دار مكتبة الرائد العلمية 1995، ص20

المبحث الثاني
العلاقات والالتزامات الناشئة عن عملية الاعتماد المستندي

تنشأ في إطار عملية الاعتماد المستندي علاقات عديدة من أجل تنفيذ هذه العملية بأفضل صورة، وإن كان خطاب الاعتماد الذي يوجهه البنك مصدر الاعتماد إلى المستفيد، يعتبر من أبرز العلاقات التي تنشأ في إطار هذه العملية، إلا أن هنالك علاقات أخرى وتؤدي إلى تنفيذه بسهولة ويسر بعد ذلك، وهذه العلاقات جميعها وإن كانت ترتبط ببعضها موضوعياً، إلا أنها مستقلة عن بعضها قانونياً [1].

وما دمنا سنبحث في هذا البحث تنازع القوانين في العلاقات الناشئة عن عملية الاعتماد المستندي، فلا بد لنا من تكييف هذه العلاقات فنبين طبيعة ونوع كل علاقة، حتى يسهل علينا أن نضع الحلول لتنازع القوانين في هذه العلاقات، ومن ثم بيان الالتزامات المترتبة على فتح الاعتماد المستندي، وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: طبيعة العلاقات الناشئة عن عملية الاعتماد المستندي

المطلب الثاني: الالتزامات المترتبة بموجب عقد الاعتماد المستندي

المطلب الأول
طبيعة العلاقات الناشئة عن عملية الاعتماد المستندي

يترتب على نشوء الاعتماد المستندي نشوء عدة علاقات، أولها علاقة المشتري بالبنك فاتح الاعتماد، والثانية علاقة البنك المراسل مع البائع، والثالثة علاقة البنوك الوسيطة مع أطراف الاعتماد الثلاثة (البنك فاتح الاعتماد، والمشتري والبائع)، وعليه سيقوم الباحث بيان طبيعة العلاقات الناشئة

---

1) حسن، مظهر عبد الرزاق (2018) العلاقات التعاقدية بين أطراف عقد الاعماد المستندي، دراسة مقارنه رسالة ماجستير جامعة شندي ص 59

عن عملية الاعتماد المستندي؛ ومنها طبيعة العلاقة بين العميل طالب فتح الاعتماد والبنك مصدر الاعتماد، والثاني فنتناول فيه طبيعة العلاقة بين البنك مصدر الاعتماد والبنوك الوسيطة، أما الثالث فنتناول فيه طبيعة العلاقة بين العميل طالب فتح الاعتماد والمستفيد مع البنك الوسيط، وأخيراً نتناول طبيعة علاقة البنك مصدر الاعتماد مع المستفيد، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: طبيعة العلاقة بين العميل طالب فتح الاعتماد والبنك مصدر الاعتماد

ينعقد عقد فتح الاعتماد في العادة بقيام المشتري العميل بتقديم طلب فتح الاعتماد للبنك المصدر، ويشتمل هذا الطلب عادة على أمور معينة تشمل اسم المستفيد من الاعتماد وكيفية تنفيذ الاعتماد (بالدفع الفوري أو الآجل أو بقبول أو تداول سندات المستفيد) وفترة صلاحية الاعتماد وقيمة مبلغ الاعتماد والمستندات المطلوبة وغير ذلك من الأمور التي تختلف من حالة لأخرى، ومتى قبل البنك هذا الطلب انعقد عقد فتح الاعتماد وترتب في ذمة كل طرف من طرفيه التزامات معينة سيتم التطرق إليها لاحقاً [1].

وعليه فإن العقد الذي يتم بين المشتري والبنك هو عقد فتح الاعتماد، ويكون المشتري فيه طالب فتح الاعتماد وقد أسمته الأصول والأعراف الموّحدة طالب فتح الاعتماد في بعض الأحيان، وكذلك العميل في أحيان أخرى، أما البنك الذي يصدر الاعتماد فتسمية الأصول والأعراف الموّحدة البنك المصدر [2].

---

1) عوض، علي جمال الدين(1989)، الاعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص158.

2) الفخري، عوني محمد(2007)، اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠بشان القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، توزيع مكتبة صباح، بغداد، ص16.

ويذهب العديد من الشراح القانونيين إلى اعتبار العلاقة بين البنك والعميل في عقد فتح الاعتماد أنها عقد وكالة، على أساس اعتباره وكيلاً عن عميله في فتح الاعتماد والوفاء للمستفيد، وكذلك نجد أن المحاكم الإنجليزية تميل إلى اعتباره عقد وكالة من خلال النظر إلى العقود الموقعة مع البنوك وصياغة هذه العقود، بحيث تجد أن هنالك تشابهاً بين عقد فتح الاعتماد وعقد الوكالة، فالبنك يتسلم عمولة فتح الاعتماد ويتلقى التعليمات من العميل والتي تشبه تعليمات الموكل للوكيل، كما يرى البعض أن الرابطة القانونية بين العميل والبنك هي علاقه وكالة بحيث يكون البنك وكيلاً عن العميل في استلام المستندات ودفع قيمة الاعتماد [1].

وفي رأي الباحث يجد أنه بالنظر إلى طبيعة العمل الذي يقوم به البنك في عملية الاعتماد، نجد أنه يتجاوز نطاق الوكالة، فالبنك يلتزم شخصياً أمام المستفيد بالوفاء بقيمة الاعتماد التزاماً مستقلاً ومنفصلاً عن الاتفاق الأصلي بين (المشتري) و (البائع)، وهذا ما يخالف طبيعة عمل الوكيل العادي الذي يقوم دوره على إيجاد عقد بين الموكل وشخص ثالث، كما أن هذا البنك يضع في خدمة عميله إمكانياته المادية والبشرية وخبراته التي لا يملكها مجرد وكيل عادي.

الفرع الثاني: طبيعة العلاقة بين البنك فاتح الاعتماد والبنوك الوسيطة

عملية الاعتماد المستندي غالباً ما لا تقتصر على الأطراف الثلاثة الرئيسيين فيها (العميل والبنك مصدر الاعتماد والمستفيد)، بل يتدخل في هذه العملية أطراف آخرون لتسهيل إتمام العملية أو لزيادة ضماناتها، فالغالب أن لا يقوم البنك مصدر الاعتماد بكافة الالتزامات المترتبة عليه بموجب الاعتماد من حيث تبليغ المستفيد خطاب الاعتماد واستلام المستندات منه والوفاء له فوراً أو مؤجلاً أو قبول سند السحب أو خصمه، وإنما غالباً ما يستعين البنك مصدر الاعتماد بشخص ثالث للقيام ببعض

---

1) ابو عيد، الياس(2005)، عمليات المصارف، دار زين، بيروت، ص85.

ما التزم به في الاعتماد، وتعني بالشخص الثالث في هذا المجال البنك الوسيط أو البنك المراسل وتختلف طبيعة عمل هذا البنك الوسيط حسب الدور الذي يقوم به في عملية الاعتماد، وتختلف تبعاً لذلك طبيعة العلاقة القانونية بين البنك الوسيط والبنك مصدر الاعتماد[1].

فقد يكون دور هذا البنك الوسيط مقتصراً على تبليغ خطاب الاعتماد للمستفيد، وتسلم المستندات منه لإرسالها للبنك مصدر الاعتماد، وفي هذه الحالة يسمى البنك المبلغ (Advising Bank)، وفقاً لنص المادة 9 /أ من الأصول والأعراف الموّحدة رقم600 لسنة 2007، وقد يتعدى دوره مجرد التبليغ فيقوم بفحص المستندات وقبولها والوفاء بقيمة الاعتماد أو بقبول سندات سحب المستفيد أو خصمها، وبعد ذلك يعود على البنك مصدر الاعتماد، ويسمى في هذه الحالة البنك المسمى (Nominated Bank) 2/ من الأصول والأعراف الموّحدة رقم600 لسنة 2007. وقد يقوم هذا البنك الوسيط بإصدار خطاب الاعتماد ابتداء بدلاً من بنك العميل، وهو في هذه الحالة يسمى البنك المراسل مصدر الاعتماد، فيلتزم بصورة مباشرة ومستقلة بخطاب الاعتماد ويبقى بنك العميل في هذه الحالة إما أمراً لحساب العميل أي وكيلاً عن العميل بالتعاقد مع هذا البنك المراسل، أو أمراً أصيلاً لحسابه الخاص يرتبط مع هذا البنك الوسيط بعلاقة مباشرة يكون العميل غريباً عنها كما بينا تماماً، وقد يختلف دور البنك الوسيط عن ذلك بحيث يلتزم مباشرة وبصورة مستقلة بخطاب الاعتماد أمام المستفيد بالإضافة إلى التزام البنك مصدر الاعتماد، وهو في هذه الحالة يدعي البنك المؤيد (confirming Bank) [2].

---

1) علم الدين، محي الدين إسماعيل، (2008) موسوعة اعمال البنوك دار اليازوري عمان، ص98.

2) الأصول والأعراف الموحده للاعتمادات المستندية نشره رقم 600 المادة الثانيه

وأشار البعض إلى أن البنك الفاتح يرتبط بعلاقة تضامن مع البنك المعزز، إذ أن البنك المعزز بمجرد تأييده للاعتماد يصبح مديناً متضامناً مع البنك الفاتح في مواجهة المدين، وقد تبنت محكمة التمييز الأردنية هذا الرأي، إذ أكدت في حكم لها أن البنك المعزز متضامن مع البنك الفاتح في قرار محكمة التمييز حقوق/ رقم 316/ 1988) حيث أشار إلى يرتبط البنك فاتح الاعتماد مع البنك المعزز بعلاقة تضامنية.

وتتمحور طبيعة علاقة البنك مصدر الاعتماد مع البنك الوسيط تبعاً للدور الذي يقوم به هذا الأخير، على النحو الآتي:

أولاً: طبيعة العلاقة بين البنك مصدر الاعتماد والبنك الوسيط مبلغ الاعتماد

نصّت المادة 9 من الأصول والأعراف الموّحدة النشرة رقم 600 على أنه قد يبلغ الاعتماد للمستفيد عن طريق بنك آخر (البنك المبلغ) دون أي التزام من جانب هذا الأخير، ما خلا الاهتمام المعقول بالتحقق من صحة ظاهر الاعتماد الذي يبلغه، وعليه إعلام البنك مصدر الاعتماد بأنه لا يستطيع التحقق من صحة ظاهر هذا الاعتماد، أو إذا شاء تبليغه فإن عليه إعلام المستفيد بأنه لم يستطع التحقق من ذلك [1].

ومن خلال ما سبق يتضح للباحث أن مهمة البنك المبلغ تقتصر على التبليغ وإيصال المستندات من المستفيد إلى البنك المصدر، ولكن نجد أن المادة 9 المشار إليها قد ألقت التزاماً إضافياً على عاتق هذا البنك المبلغ، وهو الاهتمام المعقول (العناية المعقولة) بالتحقق من صحة ظاهر الاعتماد الذي يبلغه.

---

1) عوض، علي جمال الدين، مرجع سابق، ص199.

وإذا أردنا أن نحدد طبيعة العلاقة بين البنك مصدر الاعتماد والبنك المبلغ، نجد أن البنك المبلغ يقوم بتصرفات مادية وليست قانونية، فهو يقوم بتبليغ خطاب الاعتماد واستلام المستندات، دون أن يفحص هذه المستندات أو أن يقوم بالوفاء أو قبول سندات السحب أو خصمها، والعلاقة في هذه الحالة تقترب من عقد المقاولة الذي يكون موضوعه صنع شيء أو القيام بعمل [1].

وخلافاً لذلك نجد أن العديد من الفقهاء يذهبون إلى اعتبار البنك المبلغ في هذه الحالة وكيلاً عن البنك المصدر والعلاقة بينهما مبنية على الوكالة، حيث أن البنك المبلغ في هذه الحالة يعتبر وكيلاً عن البنك المصدر يقوم بتوصيل خطاب الاعتماد على المستفيد بحسب الأوامر الصادرة إليه، دون أن يتعهد هذا البنك المبلغ بقبولها [2].

ولكن إذا عدنا للقانون المدني الأردني، فالوكالة لا تجوز إلا في الأعمال القانونية وليس في الأعمال المادية، وبالرغم من أن القانون المدني الأردني قد نص في المادة (833) منه على أن الوكالة عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم دون أن يحدد نوع هذا التصرف قانوني أم مادي، إلا أن التصرفات المادية تستثنى من الوكالة حكماً بموجب نص المادة 780 من القانون المدني، فقد جاء فيها أن المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر.

---

1) الرشيدات، ممدوح محمد (2005) التشريعات المالية والمصرفية في الأردن، دار وائل للنشر والتوزيع، عمانـــ ص172. ص202

2) ابو الخير، نجوى(2005)، البنك والمصالح المتعارضة في الاعتماد المستندي، المؤلفة، القاهرة، ص193.

ثانياً: طبيعة العلاقة بين البنك مصدر الاعتماد والبنك الوسيط منفذ الاعتماد

في الغالب أن لا يقوم البنك مصدر الاعتماد بتنفيذه مع المستفيد لاختلاف المكان بينهما، الأمر الذي يجعل عملية تنفيذ الاعتماد تتعرض لمخاطر نقل المستندات من دولة لأخرى، كضياعها أو تلفها أو تأخر وصولها، ولتجنب ذلك تعمد البنوك إلى توكيل بنوك أخرى وسيطة، تكون مهمتها تنفيذ الاعتماد مع المستفيد بالوكالة عن البنك مصدر الاعتماد، وفي ذلك تنص المادة 10/أ من الأصول والأعراف الموّحدة النشرة رقم600 لسنة 2007 على أنه (باستثناء ما تم ذكره في المادة (38) لا يعدل أو يلغى اعتماد ما دون موافقة كل من المصرف المصدر والمصدر المعزز إن وجد والمستفيد).

ومقابل قيام هذا البنك الوسيط بما وكل به، فإن البنك مصدر الاعتماد – وكذلك البنك المؤيد في حالة وجوده –، ملزمان بتعويض هذا البنك الوسيط في حالة قيامه بالوفاء أو التعهد به أو قبول سندات السحب أو تداولها، إذا تم ذلك مقابل مستندات تبدو في ظاهرها موافقة لشروط وأحكام الاعتماد.

ويلتزمان أخيراً باستلام هذه المستندات منه فيكون البنك الوسيط بذلك بمثابة شباك لتنفيذ الاعتماد لحساب البنك مصدر الاعتماد، وهي وكالة بينهما بالوفاء أو بالقبول أو بالتداول، والبنك الوسيط في هذه الحالة لا يلتزم التزاماً شخصياً أمام المستفيد بقيمة الاعتماد، فهو ينفذ الاعتماد الذي أصدره البنك مصدر الاعتماد [1].

ولو نظرنا إلى طبيعة العلاقة القائمة بين البنك مصدر الاعتماد والبنك المنفذ، نجد أنها قائمة على أساس عقد الوكالة [2]، بحيث يقوم البنك المنفذ بدور الوكيل في تنفيذ بعض الأعمال القانونية

---

1) المحتسب، سائد عبد الحافظ، مرجع سابق، ص87.

2) ابو عيد، الياس، مرجع سابق، ص85.

الملتزم بها أصلاً البنك مصدر الاعتماد، فهو يقوم باستلام: المستندات من المستفيد ويفحصها ويتحقق من مطابقة ظاهرها لشروط الاعتماد، وهو يقوم بهذه الأعمال في حدود وكالته وفي حدود تعليمات البنك مصدر الاعتماد، فهو لا يلتزم بصورة مستقلة بقيمة الاعتماد، وبعد قيامه بتنفيذ وكالته يعود للبنك مصدر الاعتماد لاسترداد ما تم وفاؤه للمستفيد على أساس عقد الوكالة، ما دام قد التزم بما وكل به بصورة صحيحة [1].

ومما سبق يجد الباحث أن البنك المنفذ وكيلاً عن البنك مصدر الاعتماد، فإن العلاقة تنحصر بينهما، فلا يوجد علاقة بين البنك المنفذ وأي من العميل أو المستفيد، وإنما العلاقة المباشرة تكون قائمة بينهما من جهة والبنك مصدر الاعتماد من جهة أخرى.

ثالثاً: طبيعة العلاقة بين البنك مصدر الاعتماد والبنك الوسيط مؤيد الاعتماد

لأسباب عديدة قد يتفق البائع والمشتري على أن تتم تسوية عقد البيع بينهما بواسطة اعتماد مستندي مؤيد، وقد يشترط البائع على المستفيد بأن يكون خطاب الاعتماد مؤيداً من قبل بنك مقيم في بلده، وبذلك يستطيع أن ينفذ الاعتماد في هذا البلد فإن رفض البنك المؤيد الوفاء جاز للمستفيد أن يقاضيه أمام محاكم بلده وينفذ الحكم الصادر فيه، هذا بالإضافة إلى أن تأييد الاعتماد قد يكون الهدف منه تغيير قواعد الإسناد فيما يتعلق باختصاص المحاكم أو تنازع القوانين [2].

ولهذه الأسباب فإنه يتطلب إضافة التزام آخر إلى التزام البنك مصدر الاعتماد، ويصدر هذا الالتزام الجديد عن بنك آخر يدعى البنك المؤيد أو المعزز، بحيث يتعهد هذا البنك المؤيد أمام المستفيد بذات ما التزم به البنك مصدر الاعتماد، وبذلك يكون أمام المستفيد التزاماًن مستقلان

---

1) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981-1993.

2) علم الدين، محي الدين اسماعيل، مرجع سابق، ص156.

ومباشران، التزام البنك مصدر الاعتماد والذي مصدره خطاب الاعتماد والتزام البنك مؤيد الاعتماد الذي مصدره تأييد الاعتماد، وأما في طبيعة العلاقة بين البنك مصدر الاعتماد والبنك المؤيد نجد أن العلاقة بين البنوك فيها لم تكن علاقة بنك مصدر الاعتماد ببنك مؤيد، وإنما كانت العلاقة قائمة على أن بنك العميل كان يطلب من البنك الآخر أن يصدر الاعتماد هو ابتداء لا أن يؤيد اعتماد صادر في السابق، فالبنك الثاني في هذه الحالة كان بمثابة البنك المراسل مصدر الاعتماد وليس مؤيده [1].

ولكن إذا حللنا العلاقة بين البنك مصدر الاعتماد والبنك المؤيد، نجد أنها تبتعد عن الوكالة، وتكون هذه العلاقة عبارة عن عقد خدمة مصرفية أقرب ما يكون إلى عقد المقاولة، مع ملاحظة أن عقد الخدمة المصرفية المنعقد بين العميل والبنك مصدر الاعتماد قد أضيف إليه التزام آخر على عاتق البنك، وهو أن يبحث عن بنك آخر ليتعاقد معه وبإسمه الخاص على عقد خدمة مصرفية آخر، وقد يكون من التزامات البنك المؤيد أن يقوم بتبليغ خطاب الاعتماد وهو في هذه الحالة ليس وكيلاً عن البنك مصدر الاعتماد– كما ذكرنا تماماً، وأن يضيف تأييده للاعتماد بالإضافة إلى تنفيذه، ولا يمكن اعتبار عمل البنك المؤيد في تنفيذ الاعتماد من أعمال الوكالة، ذلك لأنه يقوم بتنفيذ الاعتماد الذي أيده هو، لذلك فإنه من الصواب اعتبار العقد بين البنك مصدر الاعتماد والبنك المؤيد عقد خدمة مصرفية مشابه تماماً للعقد بين العميل والبنك مصدر الاعتماد، وكلاهما يقتربان من عقد المقاولة وإن اختلفت الالتزامات الملقاة على المقاول في كل من العقدين [2].

---

1) المحتسب، سائد عبد الحافظ، مرجع سابق، ص42.

2) عوض، علي جمال الدين، مرجع سابق، ص205.

ولا يعتبر البنك المؤيد كفيلاً للبنك فاتح الاعتماد، فالتزام البنك المؤيد هو التزام أصلي ومباشر مماثل لالتزام البنك الفاتح، ونرى محكمة التمييز الأردنية قد اعتبرت أن التزام البنك المؤيد التزام تضامني مع التزام البنك الفاتح (تمييز حقوق رقم 316 لسنة 88 – ص 2092 السنة 38)، فتسري قواعد التضامن بحيث يستطيع المستفيد الدائن مطالبة أي من البنكين على حدة، فإذا أوفيّ البنك المؤيد كان له الرجوع على البنك الفاتح بما أوفي وإذا كان الوفاء من البنك الفاتح فإنه لا يستطيع الرجوع على البنك المؤيد بما أوفاه، ولكن إذا نظرنا إلى طبيعة العلاقة بين البنك الفاتح والبنك المؤيد، وإلى طبيعة التزام البنك المؤيد أمام المستفيد وظروف نشوئها، نستطيع أن نقول أن التزام البنك المؤيد هو التزام انضمامي وليس تضامنياً، فالفرق بين الالتزام التضامني والالتزام التضامني (الإنضمامي) واضح، ففي الالتزام الإنضمامي يكون مصدر الالتزام متعدداً، وهذا هو الحال في الاعتماد المؤيد، فمصدر التزام البنك فاتح الاعتماد في مواجهة المستفيد يكون عقد الاعتماد بينه وبين العميل في حين أن مصدر التزام البنك المؤيد في مواجهة المستفيد يكون طلب البنك الفاتح منه تأييد الاعتماد وموافقته على ذلك [1].

الفرع الثالث: طبيعة علاقة العميل طالب فتح الاعتماد والمستفيد مع البنك الوسيط

يتدخل البنك الوسيط في عملية الاعتماد في حالات معينة، فقد يصدر بنك العميل الاعتماد وبطلب من البنك الوسيط إما تبليغه للمستفيد أو تنفيذه أو تأييده أي أن يلتزم بصورة شخصية ونهائية أمام المستفيد، وقد يكون دور هذا البنك الوسيط إصدار الاعتماد بحيث يقوم بنك العميل بدور الأمر لحساب عميله.

1) بطرس صليب، والعشماوي، ياقوت، مرجع سابق، ص209.

وعندما يكون دور البنك الوسيط التبليغ أو التنفيذ أو التأييد، نجد أن هذا البنك يقوم بهذه الأعمال بموجب اتفاقات بينه وبين البنك مصدر الاعتماد، بحيث يكون العميل (المشتري) غريباً عنها ولا يتعاقد فيها مع البنك الوسيط، ولذلك فإنه لا توجد أية علاقة تعاقدية بين العميل والبنك الوسيط، فعلاقة العميل قائمة مع البنك مصدر الاعتماد، وما يقوم به البنك الوسيط يدخل في نطاق أعمال البنك مصدر الاعتماد، لذلك لا يمكن للعميل أن يعود على البنك الوسيط على أساس المسؤولية العقدية، حيث أنه لا توجد بينهما علاقة عقدية مباشرة، ولا يمكن للبنك الوسيط أن يعود على العميل لذات السبب.

لذلك لا تنشأ علاقة تعاقدية مباشرة بين العميل والبنك الوسيط الذي أبلغ الاعتماد أو نفذه أو أيده، لأن عقد فتح الاعتماد ليس وكالة، والبنك مصدر الاعتماد ليس وكيلاً عن عميله حتى يقال أنه وكل من الباطن للبنك الوسيط وتنطبق بذلك قواعد الوكالة من الباطن في تنفيذ الوكالة الأصلية (حكم محكمة النقض الفرنسية في 22 أكتوبر 1985)، وقد جاء حكم محكمة استئناف باريس في ذات القضية، وقد كان أن طلب التعويض استناداً إلى المادة 18/أ من الأصول والأعراف الموّحدة التي تقول أن البنوك التي تكلف بنكاً آخر أو بنوكا أخرى بخدمات بقصد تنفيذ تعليمات العميل، إنما تقوم بذلك لحساب العميل وعليه تقع تبعة ذلك، واعتبرت المحكمة الاستناد إلى هذا النص حجة غير مقنعة على أساس أن عبارة (لحساب العميل الأمر) لا تكفي لإنشاء رابطة تعاقدية بين العميل والبنك الوسيط، وكل ما تعنيه هو استبعاد مسؤولية البنك مصدر الاعتماد عن اختيار هذا البنك الوسيط[1].

ولكن يجوز للعميل الرجوع على البنك الوسيط على أساس المسؤولية التقصيرية، بأن يرتكب هذا البنك الوسيط خطأ يلحق ضرراً بالعميل، ففي مثل هذه الحالة يجوز للعميل مقاضاة البنك الوسيط

---

1) عوض، علي جمال الدين، مرجع سابق، ص209.

ولكن على أساس المسؤولية التقصيرية وليس على أساس المسؤولية العقدية، وهذا يبرر ما جاءت به المادة 18/أ من الأصول والأعراف الموّحدة نشرة رقم600 لسنة 2007، والتي ترفع المسؤولية عن المصارف من جراء عدم تنفيذ التعليمات التي تكون قد قامت بإبلاغها لبنوك أخرى حتى ولو كانت قد اختارت تلك البنوك، فالأصل أن البنك الوسيط قد قام بعمل من أعمال البنك مصدر الاعتماد، فيبقى البنك مصدر الاعتماد مسؤولاً عن البنك الوسيط فيما وكل من أعمال أمام العميل، فهذا ما يفسر ما جاءت به المواد (34 إلى37) من الأصول والأعراف الموّحدة نشرة رقم600 لسنة 2007 التي ترفع المسؤولية عن البنوك، فمسؤولية البنك مصدر الاعتماد لا تقوم عند قيام المسؤولية التقصيرية للبنك الوسيط أمام العميل، فإن لم تقم هذه المسؤولية التقصيرية بينهما بقيت مسؤولية البنك مصدر الاعتماد قائمة أمام العميل، كون العمل الذي قام به البنك الوسيط من الأعمال المطلوبة من البنك مصدر الاعتماد ابتداء[1].

وبرأي الباحث أنه في حالات معينة فإنه يجوز للبنك الوسيط الذي يوفي بقيمة الاعتماد للمستفيد أن يعود على العميل طالب فتح الاعتماد على أساس الإثراء بلا سبب، وهي الحالات التي لا يلتزم فيها البنك الوسيط بالتعليمات الصادرة له من البنك مصدر الاعتماد، فلا يستطيع مطالبة الأخير بما أوفاه للمستفيد من قيمة الاعتماد لعدم التزامه بشروط العقد بينهما، فلا يبقى لهذا البنك الوسيط إلا الرجوع على العميل طالب فتح إذا كان الأخير قد أثرى على حسابه.

أما فيما يخص طبيعة العلاقة بين المستفيد والبنك الوسيط نجده أنه تختلف طبيعة هذه العلاقة تبعاً للدور الذي يقوم به البنك الوسيط، ففي حالة أن يكون دور البنك الوسيط مجرد تبليغ الاعتماد أو تنفيذه، فرأينا أن البنك الوسيط في هذه الحالة لا يلتزم بشيء أمام المستفيد، وعلاقة خطاب الاعتماد

1) ناعور، مازن عبد العزيز(2016)، الاعتماد المستندي والتجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص52.

التي يكون المستفيد طرفًا فيها تكون قائمة بين المستفيد والبنك مصدر الاعتماد، بحيث يكون البنك الوسيط غريباً عنها، فالعلاقة بين المستفيد والبنك الوسيط تتحدد تبعاً للدور الذي يلعبه الأخير، فإذا كان مجرد رسول في تبليغ الاعتماد أو وكيل في تنفيذه فلا علاقة بينهما، بحيث يكون البنك الوسيط في هذه الحالة يأتمر بأوامر البنك مصدر الاعتماد ولا يلتزم شخصياً بأي شيء أمام المستفيد [1].

ولكن يبقى للمستفيد في هذه الحالة الرجوع على البنك الوسيط على أساس المسؤولية التقصيرية في حالة ارتكاب الأخير خطأ ألحق ضرراً به، كأن يقوم بتبليغه خطاب الاعتماد بصورة ناقصة أو مغايرة، أو أن يبلغه خطاب الاعتماد دون أن يبذل العناية المعقولة للتحقق من صحة ظاهر الاعتماد الذي يبلغه، فيقوم المستفيد بإرسال البضاعة للعميل ويسلم المستندات إلى البنك الوسيط لإرسالها للبنك مصدر الاعتماد، فيتبين أن خطاب الاعتماد الذي وصل البنك الوسيط زائف ولم يصدر عن البنك المصدر أصلاً، الأمر الذي يلحق ضرراً بالمستفيد الذي أرسل البضاعة دون أية ضمانة، ففي مثل هذه الحالات يمكن القول بقيام المسؤولية التقصيرية للبنك الوسيط أمام المستفيد، إضافة إلى أنه يجوز للمستفيد مباشرة الدعوى غير المباشرة التي للبنك مصدر الاعتماد ضد البنك الوسيط، وإن كانت طريق المسؤولية التقصيرية أو الدعوى غير المباشرة من النادر أن يسلكها المستفيد ضد البنك الوسيط الذي يفضل الرجوع على البنك مصدر الاعتماد ابتداء [2].

أما إذا كان دور البنك الوسيط إصدار الاعتماد، فإن العلاقة المباشرة تقوم بينه وبين المستفيد بصفته البنك مصدر الاعتماد، وينطبق عليها ما يقال على علاقة البنك مصدر الاعتماد مع المستفيد، ولكن إذا قام البنك الوسيط بخصم سند سحب المستفيد بالرغم من أنه لم يكن مخولاً بذلك –كأن يكون

---

1) علم الدين، محي الدين اسماعيل، مرجع سابق، 215.

2) الكيلاني، محمود، (2014) الموسوعة التجارية والمصرفية المجلد 4 –عمليات البنوك –دراسة مقارنة، ص233.

بنكاً مبلغاً فقط –، فإن البنك الوسيط الخاصم في هذه الحالة لا يدخل عملية الاعتماد (حيث أن البنك مصدر الاعتماد هو منفذه دون غيره).

وبذلك تتحدد علاقة البنك الخاصم بعميله المستفيد على أساس قانون الصرف بحيث يمكن للبنك الخاصم الرجوع على المستفيد بقيمة سند السحب [1].

الفرع الرابع: طبيعة العلاقة بين البنك مصدر الاعتماد والمستفيد

قيل الكثير حول طبيعة التزام البنك مصدر الاعتماد أمام المستفيد، وتهدف هذه الآراء إلى بيان كيف أن البائع (المستفيد) يكتسب حقاً أمام البنك بصورة لا يجوز للبنك ولا للمشتري الرجوع عنه، بالرغم من أن هذا البائع غريب عن عقد فتح الاعتماد بين المشتري والبنك [2]. ومن خلال هذا الفرع سيتم بحث في النظريات التي قيلت في تفسير طبيعة هذه العلاقة بين البنك مصدر الاعتماد والمستفيد، وذلك على النحو الآتي:

1. **العقد غير المسمى:** يذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول أن علاقة العميل طالب فتح الاعتماد بالبنك مصدر الاعتماد تقوم على عقد من نوع خاص وله أحكامه الخاصة، ومنها أنه ينشىء التزاماً لصالح المستفيد يصبح مستقلاً عن مصدره، ويعاب على هذا الرأي أنه يقرر الواقع ولا يفسره [3].

---

1) علم الدين، محي الدين اسماعيل(2008)، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص45.

2) النعيمات، فيصل محمود مصطفى(2005)، مسؤولية البنك في قبول المستندات في نظام الاعتماد المستندي، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ص130.

3) علم الدين، محي الدين اسماعيل، مرجع سابق، ص45.

2. **القبول المصرفي المسبق:** ويذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن البنك بإصداره الاعتماد القطعي يتعهد بقبول سحوبات مسحوبة من المستفيد أو بتداولها، فاعتبر الاعتماد في هذه الحالة بأنه قبول مستقبلي للسحوبات ما دامت قد سحبت موافقة لشروط الاعتماد، ويعتبر القبول في هذه الحالة كأنه قد وضع على سند السحب نفسه [1].

3. **الكفالة:** ويذهب البعض إلى اعتبار الاعتماد انه عقد كفالة بحيث يكون البنك كفيلاً ضامناً للمشتري في دينه أمام البائع، ولكن نجد أن هذا الرأي يناقض الهدف الأساسي من عملية الاعتماد التي يلتزم البنك فيها بصورة شخصية ومستقلة أمام البائع [2]، فإذا اعتبرنا التزام البنك مصدره الكفالة فإنه التزام تبعي يتبع الالتزام الأصلي للمشتري وجوداً وعدماً، فإذا زال الالتزام الأصلي فإن الالتزام التبعي يزول كذلك، هذا بالإضافة إلى أنه في الكفالة فإنه يجوز للكفيل الاحتجاج أمام الدائن بالدفوع التي للأصيل أمامه، ويستطيع الكفيل الدفع بالمقاصة بين دين للمكفول في ذمة المكفول له وبين الدين المستحق، عليه ككفيل [3]، كما أنه لا مجال للأخذ بفكرة الكفالة في الدول التي تشترط تجريد الدين في الكفالة قبل مطالبة الكفيل.

4. **الإيجاب الملزم:** وذهب البعض الآخر إلى اعتبار تعهد البنك في خطاب الاعتماد أنه إيجاب يتم صدور القبول فيه عند قيام المستفيد بتقديم المستندات، ولا يمكن قبول فكرة الإيجاب الملزم وخاصة في دول القانون العام، حيث أنها لا تستطيع أن توضح كيف يلتزم البنك (الموجب) بصورة نهائية من تاريخ وصول خطاب الاعتماد للمستفيد (الموجب له)، وبغياب العوض (Consideration)

---

1) عوض، علي جمال الدين، مرجع سابق، ص125.

2) ابو الخير، نجوى، مرجع سابق، ص258.

3) النعيمات، فيصل محمود مصطفى، مرجع سابق، ص133.

الصادر عن المستفيد (الموجب له في مواجهة البنك الموجب)، كما أنه إذا كان هنالك أي تصريح من قبل المستفيد بما يخالف ما جاء في خطاب الاعتماد (الإيجاب)، فإن ذلك سوف يعتبر رفضاً لهذا الإيجاب وبشكل إيجاباً مقابلاً، وهذا ما يخالف طبيعة الاعتماد الذي يلتزم فيه البنك بما جاء فيه دون أي اعتبار لما يعرضه المستفيد [1].

5. **الأنابة:** كما ذهب البعض إلى القول بفكرة الأنابة، بحيث يكون المشتري المنيب والبنك المناب والمستفيد الناب لديه. والأنابة عقد ثلاثي الأطراف لا ينعقد إلا بقبول المناب لديه أي موافقة البائع (المستفيد)، وقيل لتبرير ذلك أن هناك موافقة ضمنية من البائع على الإنابة عند طلبه من المشتري فتح الاعتماد.

6. **الاشتراط لمصلحة الغير:** كما ذهب البعض إلى القول أن المشتري في عقد فتح الاعتماد مع البنك يشترط لمصلحة المستفيد، وبالتالي يكون لهذا الأخير حق الرجوع مباشرة على البنك دون أن يكون للعميل (المشتري) أو للبنك الحق بالرجوع عن هذا الاشتراط متى قبل المستفيد خطاب الاعتماد[2].

ويعاب على هذا الرأي في أنه لم يبق على العلاقة المستقلة بين عقد فتح الاعتماد بين العميل والبنك وبين خطاب الاعتماد الذي يوجهه البنك للمستفيد، والذي يعتبر التزاماً في ذمة البنك مستقلاً عن علاقته بالعميل [3].

---

1) النعيمات، فيصل محمود مصطفى، مرجع سابق، ص133.

2) النعيمات، فيصل محمود مصطفى، مرجع سابق، ص134.

3) عوض، علي جمال الدين، مرجع سابق، ص211.

كما أن البنك في هذه الحالة يستطيع الاحتجاج أمام المستفيد بالدفوع التي له أمام العميل، حتى الدفوع التي تظهر بعد التعاقد كالاحتيال والبطلان بخلاف الحال في خطاب الاعتماد الذي عند صدوره يلتزم البنك بما جاء فيه بغض النظر عن أية دفوع له أمام العميل تتعلق بالعقد المنعقد بينهما.

وعليه يرى الباحث أن الاعتماد المستندي هو تعهد يصدره البنك تجاه المستفيد لقاء تقديم مستندات مطابقة لشروط الاعتماد، ويلتزم بمقتضاه البنك بأن يقوم بوفاء مبلغ الاعتماد للمستفيد، ويرتب ذلك التزامات وحقوق متبادلة بين طرفي العقد، فالبنك ملزم بفتح الاعتماد المستندي للمشتري مقابل عموله يدفعها له، ويقع على عاتق البنك أيضا المصدر أن يصدر الاعتماد المستندي وفق القواعد الصحيحة وكذلك يقع على عاتق الطرف الآخر المستفيد من الاعتماد المستندي دفع العمولة للبنك وما يترتب عليه من التزامات، وأنه في حال مخالفة البنك لتلك القواعد القانونية في إصدار الاعتماد المستندي فإنه تقع عليه المسؤولية.

المطلب الثاني
الالتزامات المترتبة بموجب عقد الاعتماد المستندي

سيتم في هذا المطلب بيان هذه الالتزامات بصورة مختصرة، وهي الالتزامات المترتبة على عاتق العميل، والالتزامات المترتبة على عاتق البنك تجاه العميل، والالتزامات المترتبة على البنك تجاه المستفيد، وأخيراً التزامات المستفيد تجاه البنك، وسيتم توضيح هذه الالتزامات على النحو الآتي:

أولاً: الالتزامات المترتبة على عاتق العميل: يترتب على العميل بموجب الاعتماد المستندي عدة التزامات تجاه البنك، ويمكن لنا أن نوجزها بصورة مختصرة على النحو التالي:

1- الإبقاء على أوامره: يلتزم العميل تجاه البنك بالإبقاء على أوامره، والالتزام بها وأن لا ينقضها، وذلك لاستقرار المعاملات فيما بين البنوك وعملائهم، لأن العميل إذا ما استطاع تغيير أوامره التي أصدرها للبنك، فسوف يتذرع بهذا التغيير ليتحلل من الالتزامات المادية على عاتقه تجاه البنك [1].

2- دفع العمولة: وكذلك يترتب على عاتق العميل أن يدفع للبنك العمولة التي يتقاضاها جراء فتحة الأعتماد المستندي بناء على أوامر العميل ولصالح المستفيد، وهي عادة ما تكون بسيطة، فلقد حددها البنك المركزي الأردني به 25. % كحد أقصى [2].

3- تلقي المستندات ودفع قيمتها: ويترتب على العميل التزام آخر بأن يتلقى المستندات من البنك وأن لا يرفضها إذا ما كانت مطابقة للشروط المحددة في أوامره للبنك، وعادة ما ينص على مثل هذا الشرط في عقد فتح الاعتماد فيما بين العميل والبنك، وحتى يتلقى العميل المستندات وبه، يلتزم بدفع قيمتها للبنك (الذي دفع بدوره قيمتها إلى المستفيد) بالإضافة إلى العمولة المحددة، ويستطيع البنك إذا ما رفض العميل دفع الثمن، أن يلجأ إلى القضاء طالباً منه التصرف بالبضائع التي تمثلها المستندات التي يحوزها أو بيعها حتى يستوفي حقه [3].

ثانياً: الالتزامات المترتبة على عاتق البنك تجاه العميل: ويترتب بموجب الاعتماد المستندي التزامات على عاتق البنك تجاه العميل، يمكن لنا أن نراها على النحو التالي:

1- الالتزام الحرفي بتعليمات العميل: يلتزم البنك تجاه عميله بضرورة الالتزام الحرفي بتعليماته وأوامره، والتقيد بها، وذلك في كافة الأعمال التي يقوم بها بموجب عقد فتح الاعتماد المستندي، فيلتزم

---

1) عوض، جمال الدين، مرجع سابق، ص79.

2) مذكرة البنك المركزي الأردني 91/178 تاريخ 1991/8/29.

3) علم الدين، محي الدين(2008)، موسوعة اعمال البنوك، دار اليازوري، عمان، ص801 وما بعدها.

بفتح الاعتماد المستندي لصالح المستفيد وإبلاغ الأخير به بموجب خطاب الاعتماد المستندي، (ويترتب على البنك بموجب ذلك أن يصبح ملزماً تجاه المستفيد بما جاء في الاعتماد المستندي من لحظة وصوله إلى يد المستفيد) [1].

2- تلقي المستندات وفحصها: ويترتب التزام آخر على عاتق البنك تجاه عميله الآمر، وهو تلقي المستندات من المستفيد وفحصها للتأكد من تقديمها خلال المدة المحددة، وأنها متطابقة من حيث العدد والبيانات، وأنها تتطابق فيما بينها، والمقصود بالمطابقة كما أوضحنا تماماً هو المطابقة الظاهرية للمستندات (وأن يبذل البنك جهده، فالعبرة هنا بالشخص المحترف لا العادي لمعرفة تقصير البنك أو عدم تقصيره)، ولا يلتزم البنك بتحري صدق المحتويات، أو عدم تزوير المستندات- ما لم يكن ظاهراً- وفيما عدا ذلك فإن البنك يسأل تجاه العميل عن أي اختلاف في المستندات عن الشروط المحددة إذا ما قبلها ولم يرفضها [2].

3- تسليم المستندات للعميل: ويلتزم البنك بتسليم المستندات المقدمة من المستفيد إلى العميل بعد استيفائه ثمنها، وألا يمتنع عن ذلك إلا في حالة رفض العميل الوفاء بما عليه لصالح البنك (ثمن البضائع التي تمثلها المستندات، والعمولة التي يتقاضاها البنك) [3].

---

1) عوض، علي جمال الدين، مرجع سـابق، ص 80 وما بعدها، وانظر كذلك حكم تمييز لمحكمة التمييز الأردنية رقم 177/315 المنشور في مجلة نقابة المحامين لسنة 1978، ص 381.

2) فهيم، مرام (2009)، القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص299. وايضا حكم لمحكمة التمييز الأردنية رقم 88/316، والمنشور في مجلة نقابة المحامين الأعداد/ 10،11،12) لسنة 88، ص 2092.

3) علم الدين، محي الدين، مرجع سابق، ص 813.

ثالثاً: التزامات البنك تجاه المستفيد: يلتزم البنك تجاه المستفيد بثلاثة التزامات رئيسية هي:

1- **الإبقاء على الاعتماد مفتوحاً:** وهذا يعني أن البنك يلتزم بإبقاء الاعتماد المستندي مفتوح طيلة المدة المحددة وخطاب الاعتماد، أو أن يقبل المستندات المقدمة من المستفيد قبل إنهاء البنك للاعتماد المستندي في حالة كونه قابلاً للرجوع فيه، ويترتب على ذلك أن يتلقى البنك المستندات المقدمة من قبل المستفيد خلال المدة المحددة، ومن ثم يفحصها بدقة (وإن كان يراعي التطابق الظاهري) وفي مدة معقولة، حتى يقرر فيما إذا كانت مطابقة للشروط أم لا [1].

2- **دفع قيمة المستندات:** وبعد أن يتأكد البنك من مطابقة المستندات المقدمة من قبل المستفيد للشروط المحددة في خطاب الاعتماد، يقوم بقبولها ووفاء قيمة الاعتماد بالطريقة المتفق عليها (دفع مبلغ، أو قبول أو خصم سندات سحب تسحب عليه من قبل المستفيد...) [2].

3- وهناك التزام آخر يقع على عاتق البنك تجاه المستفيد في حالة عدم مطابقة المستندات للشروط الواردة في الاعتماد، وبمقتضى هذا الإلتزام فإنه يجب على البنك تقرير رفضها لأنها لا تطابق الشروط، وأن يخطر البنك الذي أرسل المستندات أو المستفيد إذا (تسلمها منه مباشرة) دون أي تأخير، مبيناً الاختلافات التي يستند لها في رفض المستندات، وما إذا كان سيحتفظ بالمستندات تحت تصرف من أرسلها أو قدمها إليه، أم أنه سيعيدها إليه، وإذا لم يتقيد البنك بتنفيذ هذا الإلتزام، فإنه يعرض نفسه لفقدان حقه في رفض المستندات على أساس عدم مطابقتها لشروط ونصوص الاعتماد[3].

---

1) أوضحت هذه الأحكام المواد (9، 15، 16) من الأعراف الموحدة. عوض، علي جمال الدين، مرجع سابق، ص106.

2) المادة (16) من الأعراف الموحدة، علم الدين، محي الدين، مرجع سابق، ص802.

3) مجموعة الأعراف الموحدة، المادة(16).

رابعاً: التزامات المستفيد تجاه البنك: كما أوضحنا تماماً فإن المستفيد لا يلتزم بأي التزام تجاه البنك، غاية الأمر أنه إذا لم ينفذ الشروط الواردة أو يتقيد بها ينقضي حقه في المطالبة بتنفيذ الاعتماد، أي أنه لا بد له من التقيد بالشروط المحددة والواردة في خطاب الاعتماد حتى يتمكن من مطالبة البنك بتنفيذ الاعتماد المستندي، أما في حالة عدم تقيده، فلا يستطيع البنك مساءلته، وإن كان معرضاً للمساءلة من قبل العميل بناءً على العقد الأساسي المبرم بينهما لإخلال المستفيد في تنفيذ التزامه المترتب بموجبه.

ومن خلال ما سبق يرى الباحث أنه على الرغم من الأهمية التي يتمتع بها الاعتماد المستندي إلا أن معظم التشريعات التجارية الوطنية لم تعالجه بشكل كافٍ وبأحكام توضيحية ضمن نصوصها ومنها التشريع الأردني والعراقي، لكن ولأن الاعتماد المستندي غالباً ما يستعمل في تمويل التجارة الدولية ولذلك فإنه لا يمكن أن يؤدي وظائفه إذا ما اختلفت القواعد القانونية التي تحكمه تبعاً لاختلاف القواعد العرفية أو العادات المصرفية الوطنية.

الفصل الثالث
نطاق تطبيق قواعد الأصول والأعراف الموّحدة في نطاق الإعتمادات المستندية

إن غرفة التجارة الدولية التي تأسست عام 1919م، جعلت أحد أهدافها الرئيسية تسهيل انسياب التجارة الدولية الذي سببت فيه القومية وسياسات الحماية الاقتصادية تهديدات جدية لنظام التجارة العالمية، في تلك الظروف طرحت الأصول والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية لأول مرة لتخفيف الالتباس الذي سببته بعض البلدان نتيجة تفضيل قوانينها المحلية على أصول الاعتماد المستندي.

فقد كان الهدف منذ إصدارها تأليف مجموعة من القواعد الموضوعية التي يمكن أن تؤسس لتوحيد تلك الأصول، وبالتالي لن يحتاج مزاولوا المهنة إلى مكافحة فرط التعارض مع الأنظمة المحلية، ويشهد على نجاح هذه القواعد القبول العالمي للأصول والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية من قبل مزاولي المهنة في دول ذات أنظمة اقتصادية وقضائية واسعة التشعب [1].

وتمثل الأصول والعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية تمثل عمل منظمة دولية خاصة، وليست هيئة حكومية، منذ بدايتها أصرت الغرفة التجارة الدولية على الدول المركزي في التنظيم الذاتي لأصول المهنة، وهذه القواعد التي صاغها بالكامل خبراء في القطاع الخاص، فقد أثبتت صحة ذلك

---

1) محمد، امال نوري، اجراءات الاعتمادات المستندية في العراق بين الحقيقة والرؤى–مدخل نظري، بحث منشور في مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، العدد29، بغداد، 2012، ص297.

النهج، وتبقى الأصول والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية مجموعة من القواعد الخاصة الأكثر نجاحاً حتى الآن التي تم تطويرها للتجارة العالمية [1].

ومن خلال هذا الفصل سيتم التطرق إلى الطبيعة القانونية للأصول والأعراف الموحدة في نطاق الاعتمادات المستندية، ومن ثم بيان القانون الذي يحكم الإعتماد المستندي في ظل الأصول والأعراف الموحدة، وذلك كما يلي:

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للأصول والأعراف الموحدة

المبحث الثاني: القانون الذي يحكم الإعتماد المستندي في ظل الأصول والأعراف الموحدة

1) الجوراني، اخلاص حميد حمزة، مرجع سابق، ص273.

المبحث الأول
الطبيعة القانونية للأصول والأعراف الموحدة

يشكّل كلاً من التشريع والقضاء الوطني دوراً هاماً في رفد التجارة الدولية بالقواعد الموضوعية، وإنهما كمصدرين داخليين يتصفان بمحدودية النتاج للقواعد الموضوعية نسبة للمصادر الأخرى، وأن منهجية هذه القواعد المباشرة تقترب من منهجية القواعد ضرورية التطبيق[1] في إعمالها المباشر وإن الاختلاف بينهما يكمن في الأهداف التي يسعى كل نوع منهما إلى تحقيقه كذلك في المضمون الذي يعني به كل نوع، إذ تنظم القواعد الموضوعية علاقات التجارة الدولية بينما تختص قواعد ضرورية التطبيق بتنظيم العلاقات القانونية الداخلية وإنْ تطّلب امتداد سريانها للعلاقات الدولية، وعليه سيقوم الباحث بيان الاختلافات حول تطبيق قواعد الأصول والأعراف الموّحدة في نطاق الاعتمادات المستندية وذلك من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: تطبيق قواعد الأصول والأعراف الموّحدة تطبيقاً مباشراً

المطلب الثاني: تطبيق الأعراف والأصول الموّحدة أمام القضاء

المطلب الأول
تطبيق قواعد الأصول والأعراف الموّحدة تطبيقاً مباشراً

أشارت المادة 1 من قواعد الأصول والأعراف الموّحدة نطاق تطبيق الأصول والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية الأصول والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية تنقيح عام 2007 منشور غرفة التجارة الدولية رقم 600 هي القواعد التي تطبق على أيّ اعتماد مستندي (الاعتماد) بما في

1) عبدالعال، عكاشة محمد، مرجع سابق، ص206.

ذلك إلى الحد الذي يمكن أن ينطبق اعتماد الضمان، عندما ينص الاعتماد صراحة على أنه يخضع لهذه القواعد، هذه القواعد ملزمة لجميع أطرافها ما لم تعدل أو تستثنى صراحة في الاعتماد.

وقد اختلف الفقه بخصوص إمكانية تطبيق هذه القواعد تطبيقاً مباشراً أسوة بقواعد ذات التطبيق الضروري أم أنها بحاجة إلى تحديد تقوم به قاعدة الإسناد؟ حيث ذهب الاتجاه الأول إلى عدم الاعتراف بقدرة هذه الأصول والأعراف بالإنطباق المباشر على العلاقات التجارية الدولية، وإن إعمالها يتطلب تدخل منهج قواعد التنازع المزدوج، كما أن إيجاد قواعد تفي بمتطلبات التجارة الدولية على الصعيد الداخلي يجعل من المشرّع الوطني بمثابة مشرع عالمي يقوم بسن تشريعات تهدف إلى تنظيم العلاقات الدولية الخاصة وهذا ما يؤدي إلى الإخلال بالإنسجام الدولي للحلول والذي تقوم قواعد الإسناد بإدراكه على نحو أفضل، كما إن التطبيق المباشر لهذه القواعد والأصول والأعراف الموّحدة يؤدي إلى عدم تحقيق الأمان القانوني للمتعاقدين لأنه سيجردهم من فرصة العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق [1].

ويعد العرف التجاري هو قانون الاعتمادات المستندية نشأ نتيجة لتلبية حاجات التجارة الدولية، إن الاعتمادات المستندية بإعتبارها طريقة فعالة لتكريس الثقة لدى الأطراف المشاركة في العملية التجارية وتطمين سلامة التحولات للبضائع والأثمان، ومن منطلق هذا المفهوم فقد سعت الدول للعمل على توسيع التجارة الدولية وتعميق الثقة بين مكوناته، فقد كان عام 1920م بداية للتفكير في وضع صيغ موحدة للاعتمادات المستندية عندما تقدم عدد من رجال المصارف الأمريكية مع عدد من رجال المال والاقتصاد للائتمان التجاري لمناقشة عدد من المسائل الخاصة بالاعتمادات المستندية، ومن

1) بلعساوي، محمد الطاهر، الوجيز في شرح الأوراق التجارية دار هومة ط 6، ص245.

الذين حضروا مؤتمراً خمس وانبثق عن هذا الاجتماع بعض القواعد والأصول الموّحدة اعتمدتها وثلاثون مؤسسة مصرفية أصدرت بمقتضاها نشرة وزعتها على مراسليها ووكلائها في أرجاء العالم.

في حين يذهب **الاتجاه الآخر** إلى أن هذه القواعد والأصول والأعراف الموّحدة تملك من القوة القانونية ما يكفي لتطبيقها تطبيقاً مباشراً وبصورة مستقلة عن منهج التنازع إذا كانت تنتمي لقانون دولة القاضي [1].

وتعد العادات والأعراف التجارية الدولية من أهم القواعد الموضوعية التي وضعت لتنظيم متطلبات التجارة الدولية، إلا أن تطبيقها على النحو المباشر كمنهج مستقل تتميز به قواعد التجارة الدولية يعد محل نظر، ويتطلب التمييز بين حالتين لأعراف التجارة الدولية الأولى تتعين عند عرض النزاع على المحكم الدولي، والأخرى عندما يتصدى للنزاع القاضي الداخلي إذ يختلف منهج تطبيق هذه القواعد باختلاف نوع القضاء حيث تطبق هذه العادات تطبيقاً مباشراً أمام قضاء التحكيم التجاري التي تعتبر القواعد المختصة بخصوص موضوع النزاع والذي تنطبق عليه هذه الأعراف، ذلك أن التحكيم التجاري يعتبر القضاء العام لمجتمع التجار ورجال الأعمال عبر الحدود وهذا ما يقتضي تطبيق قواعد الأعراف وعادات هذا المجتمع والذي يعتبر جزءاً من النظام القانوني لهذا المجتمع[2].

وإذا كان جانب من الفقه قد برر قيام التحكيم بتطبيق القواعد التي تشكل نظامه القانوني باعتباره قضاء المجتمع التجاري الذي تأسست فيه هذه القواعد وتواترت ووجد لديهم شعور بوجوب تطبيقها والإلتزام بها، فإن اتجاه آخر يذهب إلى أن المُحكم باعتباره غير معني بتطبيق القواعد القانونية الصادرة من المشرّع الوطني كما هو الأمر بالنسبة للمحاكم الداخلية، فإنه يعمل على استبعاد القوانين

---

1) عبدالعال، عكاشة محمد، مرجع سابق، ص210.

2) غنيم، احمد، مرجع سابق، ص155.

الداخلية إذا ما وجد عدم صلاحيتها للانطباق على العلاقة الدولية محل النزاع ومن ثم خلق قواعد موضوعية ذات مفهوم مشترك بين كل الدول وهذا ما جرت عليه بعض أحكام التحكيم فعلاً [1].

المطلب الثاني
تطبيق الأعراف والأصول الموّحدة أمام القضاء

أما بخصوص تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية أمام القضاء الداخلي فإن الفقه قد اختلف بشأن ذلك، حيث يذهب الاتجاه الأول إلى عدم إمكانية تطبيق هذه الأعراف والعادات الدولية أمام القضاء الداخلي بصورة مباشرة كما هو حال تطبيقها أمام قضاء التحكيم ولا بموجب قواعد الإسناد التنازعية، ذلك لأن هذه العادات وفقاً لهذا الاتجاه لا تعتبر جزءاً من النظام القانوني لأي دولة من الدول التي تشير إليها قواعد الإسناد لأن قواعد الإسناد لا تقوى إلا على تركيز العقد في نطاق دولة معينة، وإن الفرض الوحيد الذي يمكن إعمال هذه العادات أو الأعراف عندما تحيل القوانين الداخلية إلى تطبيقها وفي هذه الحالة لا نكون أمام استخدام للمنهج التنازعي القائم على قاعدة الإسناد ولا بموجب منهج القواعد الموضوعية للتجارة الدولية القائم [2].

في حين يذهب اتجاه آخر إلى أن العادات والأعراف التجارية الدولية وإن تعذر تطبيقها أمام القضاء تطبيقاً مباشراً، فإنه يمكن تطبيقها فيما لو تم اختيارها من قبل أطراف العقد الدولي وهذا ما يؤدي إلى تطبيقها تطبيقاً تنازعياً، وإن أساس إعمالها على هذا النحو رغم عدم كونها جزءاً من القوانين الداخلية لأي دولة ذات سيادة، إنما تقرر لتفعيل هذه القواعد أمام القضاء الوطني أسوة بالقوانين الوطنية ذلك أن القضاء يستطيع أن ينشئ قواعد قانونية وفي نفس الوقت يطوّر ويضبط

---

1) عبدالعال، عكاشة محمد، مرجع سابق، ص215.

2) غنيم، احمد، مرجع سابق، ص159.

حدود النصوص المتوفرة، وتارةً أخرى يحاول أن يضفي نوع من المرونة على النصوص، وقد أطلق على هذه الحيوية في عمل القضاء (بالدور المنشئ والمكمّل) وهذه الخاصية منحت هذا القانون إمكانية التطور والتماشي مع حالة التقدم على صعيد الوسائل المستخدمة[1].

وتأكيداً على ذلك فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية بقرارها 26/ تشرين ثاني/1980 إلى رفض تطبيق الأعراف والعادات الدولية على العقد لعدم اختيارها من قبل أطراف العقد، وإنما يقضي به المفهوم المخالف لمنطوق القرار إمكانية اختيار هذه الأعراف والعادات التجارية في العقد ليتم تطبيقها تطبيقاً تنازعيًا [2].

إلا أنّ اتجاهاً ثالثاً يذهب إلى الاعتراف بصفة النظام القانوني المستقل لمجموعة القواعد الموضوعية للتجارة الدولية، والتي تشكل عادات وأعراف التجارة الدولية جزءاً منها وإن المتعاملين بها لا يشعرون بأنهم في وضع واقعي على هامش القانون بل على العكس من ذلك، فإنهم يشعرون بالزام هذه القواعد العرفية مما يقتضي تطبيقها تطبيقاً مباشراً، وإن هذا الرأي وجد له تطبيقاً لدى القضاء، إذ ذهبت محكمة استئناف باريس بقرارها في 10/ شباط /1981 إلى ما نصه إن عادات التجارة التي استقرت في مجال بيع وشراء البصل، هي قواعد قانونية تطبق ولو لم يتفق الأطراف على ذلك صراحة ولا يكون الاعتذار بجهلها مقبولاً.. [3].

---

1) بلعساوي، محمد الطاهر، مرجع سابق، ص245.

2) عبدالعال، عكاشة محمد، مرجع سابق، ص220.

3) النعيمات، فيضل محمود،" مسؤولية البنك في قبول المستندات في نظام الاعتماد المستندي في ظل الاعراف الموحدة للاعتمادات المستندية، دار وائل للنشر والطباعة، عمان، 2005.

حيث أن عقد الاعتماد المستندي قد نشأ وتمت ممارسته بصورة عرفية، شأنه شأن الكثير من التطبيقات التجارية الأخرى وقد اكتسب أهميته الخاصة في تنفيذ متطلبات التجارة الدولية كونه من أهم الوسائل المستخدمة في الوفاء والتبادل الدوليين، فقد اتجهت الجهود الدولية إلى تنظيمه وتوحيد الأعراف المتبعة بشأنه والتي انبثق عنها صدور مدونة عُرفت بالقواعد والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية؛ لتمثل القواعد الموضوعية للتجارة الدولية المتعلقة بأحكام الاعتمادات المستندية الدولية[1].

1) عبدالعال، عكاشة محمد ، مرجع سابق، ص240.

المبحث الثاني
القانون الذي يحكم الإعتماد المستندي في ظل الأصول والأعراف الموحدة

نصّت المادة الأولى من النشرة 600 للأصول والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية على نطاق تطبيق هذه النشرة حيث جاء في نص المادة بأنه: الأصول والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية تنقيح عام 2007 منشور غرفة التجارة الدولية رقم 600 هي القواعد التي تطبق على أي اعتماد مستندي (الاعتماد) بما في ذلك إلى الحد الذي يمكن أن ينطبق اعتماد الضمان عندما ينص الاعتماد صراحة على أنه يخضع لهذه القواعد وهذه القواعد ملزمة لجميع أطرافها ما لم تعدل أو تستثنى صراحة في الاعتماد.

وكذلك نص ملحق الأصول والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية نشرة 600 للتقديم الإلكتروني على نطاق تطبيق هذا الملحق حيث جاء في المادة الأولى من هذا الملحق ما يلي:

أ. إن ملحق الأصول والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية للتقديم الإلكتروني (الملحق) يكمل الأصول والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية (نشرة غرفة التجارة الدولية رقم 600 تنقيح 2007) ليتلائم مع تقديم السجلات الإلكترونية لوحدها أو مع مستندات ورقية.

ب. تطبق أحكام ملحق الأصول والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية للتقديم الإلكتروني كمكمل للأصول والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية حيثما نص الاعتماد على أنه خاضع لهذا الملحق.

ج. إن هذه النسخة هي النسخة رقم1.1. يجب أن يبين الاعتماد رقم نسخة الملحق الذي يخضع له إذا لم يبين الاعتماد ذلك، يكون الاعتماد خاضعاً للنسخة سارية المفعول في تاريخ إصدار الاعتماد أو إذا تم إخضاع الاعتماد الملحق بموجب تعديل قُبل من المستفيد يصبح خاضعاً للنسخة سارية المفعول في تاريخ هذا التعديل.

وعلى ذلك فإنه متى نص الاعتماد على خضوعه للأصول والأعراف الموّحدة يكون هو لا مجال للشك في تطبيق هذه النشرة عليه، ولا يجعل مجالاً للشك، لكن الأمر الإشكالية تثور في معرفة الاختلافات الفقهية حول تطبيق قواعد الأصول والأعراف الموّحدة في نطاق الاعتماد المستندية رقم 600، وحتى في الملحق للتقديم الإلكتروني، ويشكل كلاً من التشريع والقضاء الوطني دوراً هاماً في رفد التجارة الدولية بالقواعد الموضوعية، وإنهما كمصدرين داخليين يتصفان بمحدودية النتاج للقواعد الموضوعية نسبة للمصادر الأخرى، وإن منهجية هذه القواعد المباشرة تقترب من منهجية القواعد ضرورية التطبيق[1] في إعمالها المباشر، وأن الاختلاف بينهما يكمن في الأهداف التي يسعى كل نوع منهما إلى تحقيقه كذلك في المضمون الذي يعني به كل نوع إذ تنظم القواعد الموضوعية علاقات التجارة الدولية بينما تختص قواعد ضرورية التطبيق بتنظيم العلاقات القانونية الداخلية وأن تطلب امتداد سريانها للعلاقات الدولية.

وتعد القواعد والأعراف الدولية للاعتمادات المستندية مجموعة من القوانين بخصوص إصدار الاعتمادات المستندية واستعمالها، واستخدمت نطاق تطبيق القواعد أصحاب المصارف والأطراف التجارية في أكثر من 175 بلدًا في تمويل التجارة، تستخدم 11–15% من التجارة العالمية الاعتمادات المستندية ويصل مجموعها إلى أكثر من ترليون دولار أمريكي كل سنة.

وتاريخياً، طوَّرت الأطراف التجارية وبالأخص المصارف التقنيات والطرائق للتعامل مع الاعتمادات المستندية في التمويل التجاري العالمي، قُيِّست هذه الممارسة من قبل الأي سي سي (غرفة التجارة العالمية) عن طريق نشر اليو سي بّي عام 1933، ثم تحديثها على مر السنين،

---

1) الأسود، علي الهادي العلاقة بين القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري وقواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص (2015) بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية ص28

طوَّرت وصاغت الأي سي سي اليو سي بّي عن طريق التنقيحات المنتظمة، والنسخة الحالية لها هي يو سي بّي 600، تُعتبر النتيجة أنجح محاولة دولية في توحيد القوانين على الإطلاق، إضافة إلى أن لليو سي بّي تأثيرًا عالميًا ملحوظًا، وافقت اللجنة المصرفية للأي سي سي في اجتماعها في باريس في 25 أكتوبر عام 2006 على التنقيح الأخير، وبدأ العمل بالنسخة الأخيرة هذه تحت اسم يو سي بّي 600 بشكل رسمي في 1 يوليو 2007، وعليه ومن خلال هذا المبحث سيقوم الباحث بيان نطاق تطبيق الأعراف وموقف التشريع منها من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: نطاق تطبيق القواعد والأعراف الموّحدة على التزامات المصرف

المطلب الثاني: مواقف التشريع من تطبيق القواعد والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية.

المطلب الأول
نطاق تطبيق القواعد والأعراف الموّحدة على التزامات المصرف

لا خلاف بشأن اعتبار القواعد والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية الدولية تشكل جزءاً من القواعد الموضوعية للتجارة الدولية التي تم استنباطها من الأعراف التي جرى اتباعها من قبل المصارف والتجار عند ممارسة عمليات التجارة الدولية وشعورهم بأن اتباع هذه القواعد أصبح ملزماً الأمر الذي دعا غرفة التجارة الدولية إلى تقنينها ونشرها عبر النشرات المختلفة بعد تنقيح أحكامها، لتكون من أكثر الأعراف الدولية شيوعاً وانتشاراً حيث لا تقوم المصارف بإبرام عقد الاعتماد المستندي إلا وتقوم بتضمينه شرط تطبيق الأعراف الموّحدة[1].

1) غنيم، احمد، القواعد والأعراف الدولية الموحدة للاعتمادات المستنديةرقم 600 دراسة نقدية وتحليلية مقارنة للقواعد الدولية (2011)، ص160.

ولما كانت هذه القواعد تنظم علاقات الاعتماد المستندي فهي تتعرض بالتنظيم لعلاقات المصرف المراسل سواء كان مبلّغاً أو معززاً أو متدخلاً أو مسدّداً، كما تعرضت لأحوال توسط أكثر من مصرف بين المصرف المصدّر والمستفيد لتنتهي من وضع أهم الأحكام الخاصة بجميع أطراف عقد الاعتماد المستندي [1].

فهذه القواعد الموّحدة هي التنظيم الموضوعي لهذا العقد وأطرافه من مصارف وغيرهم، وإن كانت المصارف ترتبط فيما بينها أثناء عمليات التحصيل والسداد بموجب قواعد تعرف (بقواعد التحصيل المستندي)، فإن ذلك لا يعد من القواعد الموضوعية الخاصة بتنظيم الاعتمادات المستندية وإنما يعد من القواعد المنظمة الخاصة بعقود الاعتمادات المستندية تلجأ إليها المصارف في الاعتمادات المستندية وغيرها من المعاملات الدولية [2].

وإذا كان تطبيق هذه القواعد على عقود الاعتمادات المستندية الدولية وأطرافها كالمصرف المراسل وتفصيل التزاماته بموجبها لا يثير مشكلة أمام قضاء التحكيم، فإن الأمر يختلف بشأن تطبيقها أمام القضاء الداخلي، حيث يذهب جانب من الفقه إلى إنكار الصفة الملزمة لهذه الأعراف ويصفها بالدور المكمّل لتنظيم عقد الاعتماد المستندي، ويشترط النص عليها في عقد الاعتماد المستندي، كما ذهبت إلى ذلك محكمة النقض المغربية بقرارها المرقم 6752 عام 1996 حيث نص على "إن القواعد

---

1) عبدالعال، عكاشة محمد، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار الجامعية بيروت (2012)، ص22.

2) المصري، عباس مصطفى، (عقد الاعتماد المستندي في قانون التجارة الجديد)، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص85.

والعادات الموّحدة للاعتمادات المستندية مجردة من صفة الإلزامية، فيمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها وإلا تكون مكملة لإرادتهم، إذا اعتمدوها في عقد الاعتماد وفي خطابه" [1].

بينما يذهب الاتجاه الآخر إلى رفض الصفة التكميلية لهذه الأعراف ويحدد مكمن الصفة الملزمة لها متجسداً في إرادة المتعاقدين التي اختارت تطبيقها في نص عقد الاعتماد المستندي الدولي، في حين يذهب اتجاه آخر إلى الاعتراف بالصفة الملزمة لهذه القواعد وقابليتها على التطبيق المباشر بسبب انتشار هذه القواعد واطراد العمل بها مما جعلها قواعد متعارف عليها في كافة الدول وأصبحت من العادات والأعراف الدولية المستقرة والتي لا يستلزم تطبيقها الإشارة إلى ذلك في عقد الاعتماد المستندي، ولا يستبعد تطبيقها إلا إذا نص الأطراف على ذلك صراحة في العقد المبرم بينهم [2].

إن هذا الرأي الأخير يتعارض مع نصوص القواعد والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندي التي تطلبت إيراد النص في عقد الاعتماد المستندي شرطاً يقضي بتطبيق القواعد والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية حيث نصّت المادة الأولى من القواعد والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية 600 والتي نصّت على أنه "تطبق هذه القواعد على أي اعتماد مستندي (الاعتماد) بما في ذلك إلى الحد الذي يمكن أن ينطبق على اعتماد الضمان، عندما يشير نص الاعتماد صراحة أنه يخضع لهذه القواعد وهي ملزمة لكافة الأطراف إلا إذا عدلت صراحة أو استثنيت من الاعتماد" [3].

---

1) عبدالعال، عكاشة محمد، مرجع سابق، ص224

2) غنيم، احمد، مرجع سابق، ص166.

3) النعيمات، فيضل محمود، مرجع سابق، ص112.

لذلك فإن خضوع عقد الاعتماد المستندي فيه للقواعد الموّحدة يقتضي أن يتضمن عقد الاعتماد المستندي نصاً يفيد تطبيق القواعد الموّحدة للاعتمادات المستندية على العقد وبانعدام مثل هذا الشرط يتعطل سريان هذه القواعد على عقد الاعتماد المستندي ويؤدي ذلك خضوعها للقانون الوطني.

إزاء هذا الشرط الذي يقضي بوجود اتفاق يقضي بتطبيق القواعد الموّحدة لسريانها على العقد فإن هذا يثير الجدل بخصوص طبيعة التطبيق فيما إذا كان تنازعياً من عدمه؟ ينكر البعض التطبيق التنازعي لهذه القواعد وذهب إلى أن القواعد الموضوعية للأعراف والعادات التجارية الدولية لا تطبق تطبيقاً تنازعياً عندما يشير إليها الأطراف في عقدهم، بل إنها تطبق تطبيقاً مادياً مباشراً تنزل بمقتضاه هذه القواعد منزلة الشروط العقدية على أن يبقى العقد خاضعاً للقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد المختصة [1].

وعلى ذلك نجد بأنه قد وفّرت القواعد والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية تنظيماً ملائماً لعلاقات وأطراف عقد الاعتماد المستندي بصورة منسجمة مع استخدامات التجارة الدولية في الوقت الحاضر، إلا أن هذا التنظيم وبسبب طبيعته العرفية الدولية لم يتمكن أن يطبق بصورة مباشرة أمام محاكم جميع الدول طالما لم تتبنى هذه الدول منهج القواعد الموضوعية بصورة شاملة لجميع مكوناتها التشريعية منها أو التلقائية، الأمر الذي دعا دول عديدة إلى النص عليه في قوانينها أثناء التطرق إلى تنظيم أحكام الاعتماد المستندي الدولي بغية توفير الصفة الملزمة لهذه القواعد الموضوعية ولتأخذ دورها التنظيمي بصيغة التطبيق المباشر.

---

1) العكيلي، عزيز، الوسيط في القانون التجاري: الاوراق التجارية وعمليات البنوك، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، 2013، ص22.

وتتميز الأصول والقواعد الموّحدة بشكل عام بعدة خصائص منذ نشأتها وحتى طورها، وهذه الخصائص تتمثل بما يلي:

أولاً: قواعد موضوعية: تتميز القواعد والأصول والأعراف الموّحدة بأنها قواعد مادية أو موضوعية غير إجرائية، إذ تقدم الحل الموضوعي للمسألة المثار بشأنها النزاع مباشرة دون أن تقوم هذه القواعد بإحالة النزاع إلى حكم قانون آخر، لأنها تقدم حلولاً وتنظيماً للعلاقات والروابط التي تتم ضمن نطاقها [1].

ثانياً: قواعد تلقائية: يذهب الفقه إلى اعتبار الأصول والأعراف الموّحدة من القواعد التلقائية ذات الطبيعة العرفية والأصل المهني والتي لا يستلزم تطبيقها المباشر تدخل السلطة العامة، وهذا ما ينطبق على الأصل والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية، إذ تكونت هذه القواعد من خلال المجتمعات المهنية التي أوجدتها على صعيد التجارة كالعادات والأعراف أو العقود النموذجية، وأنه يستثنى عدد من تلك القواعد ذات الأصل التشريعي من هذه الصفة، إلا أنها لا تؤثر على الوصف العام لعموم هذه القواعد ذات النشأة التلقائية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن تطبيقها يتم بدون اللجوء إلى السلطة العامة بل أصبح مجتمع التجارة الدولية يمتلك من الأدوات ما يكفي لتطبيق هذه القواعد من خلال المحكمين ومنظمات التحكيم المتخصصة [2].

ثالثاً: قواعد نوعية: تتميز الأصول والأعراف الموّحدة بصفة تختص بها كونها لا تخاطب، ولا تعني بتنظيم إلا فئة معينة من الأفراد الذين يمارسون التجارة الدولية وعلاقاتهم المتعلقة بهذا النشاط

---

1) الجبوري، سعد محيي عباس، مفهوم التحكيم، دار ميزوبوتاميا للنشر، بغداد، 2014، ص81.

2) صادق، هشام علي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية دار الفكر الجامعي الإسكندرية (2001)، ص702.

ولا يحل، إلا تلك المشاكل والنزاعات التي تنشأ في الأوساط التجارية الدولية، وحيث أن مجتمع التجارة الدولية له معطياته ومشاكله الذاتية الأمر، كما يعتبر الفقه هذه الأصول والأعراف الموّحدة ليست نوعية أو طائفية من حيث مقارنتها بالنسبة للقانون الداخلي، وإنما تكون نوعية بالنسبة لموضوعها فهي أعراف وأصول تطبق على موضوع الاعتمادات [1].

ونتيجة للمشاكل العملية التي أثارتها المصارف وشركات الشحن وشركات التأمين بغية مواكبة التكنولوجيا الحديثة في مجال استعمال الأجهزة الميكانيكية والإلكترونية في المكاتب وتحديث وسائل الاتصال السريعة، وتطور وتنوع وسائل الشحن فقد تم مراجعة هذه القواعد عام 1983م بصدور النشرة رقم 400 والتي بدأ العمل بها عام 1984م، كما تم إصدار النشرة رقم 500 والتي تم تطبيقها عام 1994م [2].

وأخيراً وحيث اقتضت الحاجة إلى تحديثها وتطويرها بعد مرور 13 عاماً على إصدار النشرة السابقة فأصبح لزاماً القيام بالتحديث وإجراء التنقيح، حيث فوضت غرفة التجارة الدولية في آيار من عام 2003 لجنتها للتقنيات والأصول المصرفية (اللجنة المصرفية) للبدء في تنقيح الأصول والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية نشرة غرفة التجارة الدولية 500، كان الهدف العام، كما للتنقيحات الأخرى معالجة التطورات في صناعة المصارف والنقل والتأمين، بالإضافة إلى ذلك، كان هناك حاجة للنظر في اللغة والأسلوب المستخدمين في الأصول والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية لإزالة النصوص التي من الممكن أن تقود إلى تضارب في التطبيق والتفسير [3].

---

1) سلامة، احمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية القاهرة، ص302 وما بعدها

2) الشرقاوي، محمود سمير، التحكيم التجاري الداخلى والدولي دراسة مقارنة 2016 دار النهضة العربية ط3، ص155.

3) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص 576.

وعندما بدأ العمل بالتنقيح أشارت عدد من الإحصائيات العالمية إلى أن حوالي (70%) من المستندات المقدمة على الاعتمادات المستندية تم رفضها عند التقديم الأول بسبب المخالفات من الواضح أنه كان لذلك ولا يزال له أثر سلبي على الاعتمادات المستندية التي ينظر إليها كوسيلة دفع، وإن لم تتم مراجعة ذلك فمن الممكن أن يؤدي إلى مشاكل جدية في زيادة أو الاحتفاظ بحصة الاعتمادات المستندية كوسيلة تسديد مميزة في التجارة الدولية، إن بدء المصارف باستيفاء رسوم المخالفات سلط الضوء على أهمية هذه القضية، خصوصاً عندما وجد أن تلك المخالفات مشبوهة وغير صحيحة، في الحين الذي لم تتم فيه عدد الحالات التي تتضمن دعاوى خلال حياة الأصول والأعراف الموّحدة النشرة 500، إلا أن إنشاء لجنة غرفة التجارة الدولية لحل النزاعات الناشئة عن الاعتمادات المستندية في شهر تشرين الأول سنة 1997، والتي عدلت في آذار من عام 2002 نتج عنها ما يزيد عن 60 حالة تم البت فيها [1].

وفي آيار عام 2006 فقد أصدرت غرفة التجارة الدولية النشرة الأخيرة لقواعد الاعتمادات المستندية رقم 600 وبدا تطبيقها عام 2007، والتي تتكون من (39) مادة تتعلق ببعض التعريفات المتداولة في التجارة الدولية وأنواع الاعتمادات وإلغائها وتعديلاتها والتزامات وحقوق المصرف المصدّر للاعتماد والمبلغ والمعزز والدافع للاعتماد، والمستندات وغيرها من المسائل ذات الصلة وإن أحكامها تعد امتداداً للنشرة السابقة [2].

---

1) الجواري، سلطان عبد الله، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق العراق دار الكاضمية للنشر 2015، ص127.

2) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص155.

وأهم ما جاء في النشرة 600 للأصول والأعراف الموّحدة والتي جاء بعضها استمرار لما هو معمول به في النشرة 500، وبعضها أحكام جديدة لم تكن النشرة 500 تتضمنها، وهي على النحو الآتي:

أولاً: إدخال مواد تغطي التعاريف والتفسيرات بإعطاء تعاريف للأدوار التي تلعبها المصارف ومعانٍ لمصطلحات وأحداث معينة فإن النشرة 600 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 شرحاً محدداً لخصائص أخرى في الأصول والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية أو في الاعتماد [1].

ثانياً: إن هذا التنقيح للأصول والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية مثل نتاج ما يزيد عن ثلاث سنوات من التحليل الشامل والمراجعة والنقاش والتوافق ما بين مختلف أعضاء مجموعة الصياغة وأعضاء اللجنة المصرفية واللجان الوطنية ذات العلاقة، وردت أيضا تعليقات قيمة من لجنة غرفة التجارة الدولية للنقل والأمور اللوجستية ولجنة الأصول والقانون التجاري ولجنة التأمين [2].

ومما سبق يجد الباحث أن الأعراف والأصول الموّحدة للاعتمادات المستندية تطبق على الاعتمادات المستندية الدولية، وأنها جاءت كحلٍّ استراتيجي لما ينشأ من إشكاليات قانونية وتطبيقيها للاعتمادات المستندية الدولية، حيث أن النشرة (600) للأصول والأعراف الموّحدة للاعتمادات

---

1) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص 570.

2) سليمان، عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 278.

المستندية التي أعدّتها غرفة التجارة الدولية في باريس عالجت الفجوات والثغرات الحالية الموجودة في النشرة رقم (500).

كما نظّمت الأصول والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية موضوع إعفاء البنوك المتدخلة في الاعتمادات المستندية من المسؤولية، ردّت الأسباب المعفية للبنوك من المسؤولية معظمها في التنظيم القانوني للاعتماد المستندي خاصة مدونة الأعراف والأصول الموّحدة للاعتمادات المستندية النشرة 600 بموجب المواد (34– 37) حيث أنه بموجب هذه المواد فإن الأسباب المعنية للبنوك من المسؤولية، منها أسباب ترفع التزاماً قانونياً عن البنك فاتح الاعتماد وأسباب أخرى خارجية تستبعد مسؤولية البنك عن الضرر رغم ثبوت خطئه، ويعود السبب الذي دعا واضعي الأعراف إلى النص على هذه الإعفاءات يتعلق بالمبدأ الذي يعتمد عليه نظام الاعتماد المستندي، وهذا المبدأ هو أن التعامل في إطار الاعتماد المستندي وبين أطرافه يكون على أساس المستندات وحدها [1].

المطلب الثاني

مواقف التشريع من تطبيق القواعد والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية.

سنستعرض مواقف بعض التشريعات التي خصّت هذه القواعد بالنص وأوجبت تطبيقها مباشرةً، ومن ثم نستعرض موقف المشرّع العراقي والمشرّع الأردني من ذلك:

الفرع الأول: الدول التي نصّت قوانينها على تطبيق القواعد والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية.

لم تتضمن التشريعات التجارية لمعظم الدول الإشارة إلى تطبيق القواعد والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية، وإنما اكتفت بتنظيم هذه الأحكام من خلال المواد التي خصصت لذلك كالمشرّع

---

1) النعيمات، فيصل محمود، مسؤولية البنك في قبول الوثائق في نظام الاعتماد المستندي، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، عمان، 2000، ص 169.

التجاري الإماراتي الذي لم يضع أي نص يشير إلى تطبيق أو اعتماد قواعد الأعراف الموّحدة في المواد التي تصدّت بالتنظيم المباشر لأحكام الاعتماد المستندية، كذلك ذهبت إلى نفس النهج تشريعات أخرى, في حين ذهبت تشريعات أخرى إلى تضمين النصوص الخاصة بتنظيم عقد الاعتماد المستندي الدولي نصاً يقضي بتطبيق أحكام القواعد والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية [1].

فعلى سبيل المثال نجد أنه نصّت المادة (241) من القانون التجاري السوري رقم (33) لسنة 2007 على أن: تخضع الاعتمادات المستندية إلى القواعد والأعراف الموّحدة الصادرة بهذا الخصوص عن غرفة التجارة الدولية.

ويلاحظ أن موقف المشرّع التجاري السوري قد تبنى تطبيق هذه القواعد بصورة مباشرة، وأنه لم يخضع الاعتمادات المستندية لحكم القواعد الدولية في شأن مالم يرد بشأنه نص بل إنه لم يتصدى بالتنظيم المباشر لأحكام عقد الاعتماد المستندي على الإطلاق تاركاً أمر تنظيمه للقواعد الدولية؛ إدراكاً منه للطبيعة الخاصة لعقود الاعتماد المستندي وملائمة مسائلها لتنظيم القواعد والأعراف الموّحدة باعتبارها من العقود الدولية التي تخضع للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية [2].

أما بالنسبة لقانون التجارة المصري، نجد أنه نصّت المادة (341 / 3) من القانون التجاري المصري رقم (17) لسنة 1999 على أنه: "تسري فيما لم يرد في شأنه نص خاص في هذا الفرع القواعد الواردة بالأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية الصادرة من غرفة التجارة الدولية".

---

1) عبد العظيم، علي عبد الحسين القانون الواجب التطبيق على التزامات المصرف المراسل في عقد الاعتماد المستندي رسالة ماجستير جامعة بابل العراق 2016، ص175

2) عبدالعال، عكاشة محمد، مرجع سابق، ص255.

من النص أعلاه يبدو أن المشرّع المصري قد أوجب إعمال القواعد الموّحدة للاعتمادات المستندية بصورة تكميلية لما أورده من تنظيم قانوني لمسائل عقد الاعتماد المستندي، وهذا يدل على رغبة المشرّع المصري في إعمال القواعد الموضوعية للتجارة الدولية في مسائل الاعتماد المستندي طالما لم يتدخل بالتنظيم المباشر لحكم المسألة المنصوص عليها في القانون. [1]

أما بالنسبة لقانون التجارة القطري **نجد أنه** يقترب موقف المشرّع القطري من المشرّع المصري بشأن اعتماد القواعد الموضوعية للاعتمادات المستندية حيث نصّت المادة (399) من القانون التجاري القطري رقم (27) لسنة 2006 على أنه: تسري فيما لم يرد بشأنه نص في هذا الفرع القواعد الموّحدة للاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية.

ثانياً: موقف المشرّع العراقي والأردني التي لم تنص بشكل مباشر على الأخذ بالأصول والأعراف الدولية الموّحدة للاعتمادات المستندية.

كما أن هناك دول أخذت ونصّت بشكل مباشر على الأخذ بالأصول والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية نجد أن هناك دول لم تضمن هذا الشرط لتشريعاتها التجارية.

فالمشرّع التجاري الأردني فكان من بين الدول التي لم تنص في تشريعاتها التجارية على إلزامية الرجوع إلى تطبيق الأصول والأعراف الموّحدة نشرة 600، لكن ذلك لا يمنع من اللجوء إلى تطبيقها في التعاملات البنكية وتطبيقها على الاعتمادات المستندية، وذلك استناداً إلى ما ورد في المادة (3) من القانون التجاري الأردني والتي أشارت إلى أنه: إذا لم يوجد نص قانوني يمكن تطبيقه فللقاضي أن يسترشد بالسوابق القضائية واجتهاد الفقهاء وبمقتضيات الأنصاف والعرف التجاري.

---

1) – عبد العظيم، علي عبد الحسين، مرجع سابق ص 175

أما بالنسبة لموقف المشرّع العراقي نظم أحكام الاعتمادات المستندية وأفرد لها فرعاً خاصاً ضمن التقنين التجاري، إلا أنه لم يتضمن أي إشارة إلى تطبيق القواعد والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية، كما أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2014 والتي حلّت محل التعليمات رقم (1) لسنة 2008 قد تخلت عن تطبيق قواعد الأعراف الدولية للاعتمادات المستندية أسوةً بالتعليمات الملغاة التي كانت تنص بمادتها التاسعة على خضوع الاعتمادات المستندية للقواعد والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية وهذا يمثل تراجعاً بشأن إعمال هذه القواعد [1].

وعلى صعيد القضاء الأردني والعراقي فإنه لم يتصدى لهذه القواعد بالمستوى الذي يقوم على الاعتراف بالقواعد الموضوعية للتجارة الدولية ذات النشأة التلقائية وتطبيقها تطبيقاً مباشراً وعلى وجه الخصوص القواعد والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية على الرغم من نص المادة (25) من القانون المدني الأردني، ويقابلها نص الماده (30) من القانون المدني العراقي التي نصّت على تطبيق القواعد الأكثر شيوعاً في القانون الدولي الخاص والتي تقتضي أعمال القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية باعتبارها من أهم فروع القانون الدولي الخاص الذي يجدر بجميع المؤسسات التشريعية منها والقضائية والمهنية أيضا مواكبة التطورات التي لحقت بمفاهيم هذا الفرع المهم والاندماج مع الدعوات التي يطالب بها أنصار القواعد الموضوعية، من أجل دمج القواعد الموضوعية مع القواعد القانونية الداخلية وتوحيدها وتحقيق التقارب بين جميع الأنظمة القانونية في واقع التجارة الدولية وعلاقات الفاعلين التجاريين المتداخلة في شتى المجالات وما تقوم عليه من السرعة والائتمان وما تتطلبه من تحقيق اليقين القانوني، كلها عوامل استدعت قانوناً دولياً معاصراً يقوم على تحقيق الملائمة والعدالة للعلاقات الخاصة الدولية بما يقتضيه من تأهيل للمنهج التنازعي وعدم تهميشه،

1) عبد العظيم، علي عبد الحسين، مرجع سابق، ص 176

بالإضافة إلى التأسيس لمنهج القواعد الموضوعية، ذلك أن هذا التعاون بين المنهجين من شأنه أن يحقق مرونة في التطبيق وفي نفس الوقت يتيح إمكانية التعايش مع الأنظمة الوطنية دون أن يخالف المصالح المشروعة للدول [1].

1) محمد طارق، القانون الدولي الخاص بين التشكيك والمصداقية، بحث منشور على الصحيفة القانونية الالكترونية، متوفر على الموقع التالي: www.alkanounia.com

الفصل الرابع

القانون الذي يحكم الاعتماد المستندي في ظل قواعد الإسناد التقليدية

إن لكل دولة في ظل القانون الدولي العام المعاصر لها سيادتها الكاملة التشريعية والقضائية والتنفيذية تنفيذاً للمبدأ الدولي المعروف أن تمتد سيادة الدولة إلى كل ما على إقليمها من أموال وتصرفات وأشخاص وهذه السيادة تمارس من قبل الدولة عن طريق الدولة الواحدة في وقت معين ليس جميعهم من ولاء سياسي واحد لتلك الدولة التي يقيمون فيها منهم الوطنيون الذين يحملون جنسيتها ومنهم من يحمل جنسية دولة أخرى أو عدة جنسيات في وقت واحد، فالأفراد لا يمكنهم العيش بمعزل عن التعامل مع أفراد آخرين يعودون إلى دول متعددة [1].

ونتيجة لهذا الوضع يحتاج المجتمع الدولي إلى تنظيم، لأن عدم وجود تنظيم معناه خلق حالة من الفوضى وفي هذه الحالة تضيع الحقوق، فضلاً عن ذلك فإن الاقتصاد الوطني والدولي اليوم يقوم على مبدأ تقسيم العمل والمنفعة، وإن كل دولة بحاجة ماسة إلى البحث عن المصادر الأولية وتصريف البضائع المصنعة ونصف المصنعة، وتبادل الخبرات ونقل المعرفة الفنية، والتكنولوجيا التي تنظم بمعاهدات دولية، ولاسيما بعد تقديم طرق المواصلات الحديثة ولم تعد للمسافة أهمية تذكر، وتتحقق هذا في نقل التجارة الدولية بالسفن العلاقة ونظام الحاويات ونظام النقل المتعددة الأشكال البري والجوي والبحري، وكذلك زيادة كثرة اتصال الشعوب والأمم بعضها ببعض [2].

وأدت هذه الظاهرة إلى زيادة البيوع الدولية، وهذه العلاقات تقوم على التراخي الحر لأن الأصل في التصرفات هو مبدأ سلطان الإرادة، وإن الإرادة حرة وقادرة على خلق الالتزام والتقيد، وقد تكون

---

1) الساعدي، كريم مزعل شبلي، مفهوم قاعدة الاسناد وخصائصها: دراسة مقارنة في تنازع القوانين، مجلة العلوم القانون والسياسية، كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد4، المجلد2،2015، ص245.

2) دياب، حسن، الاعتمادات المستندية التجارية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1999، ص13.

هذه العلاقة القانونية منتمية بكاملها إلى دولة واحدة فقط، وتعرف بالمعاملة الوطنية، أما إذا شاب العلاقة القانونية في أحد عناصرها أو كلها صفة أو رابطة أجنبية، فإن الوضع يتغير إذ ليس بالإمكان وقتها أن تخضع جميع الأطراف إذا كانت من جنسيات أو مواطن مختلفة إلى القانون نفسه [1].

ويتصف الاعتماد المستندي منذ ظهوره بأنه نظام نشأ من واقع العمل وبدافع الحاجة إليه، وهو منفصل تماماً عن عقد البيع الذي أبرمه البائع والمشتري، وإن القاعدة التي تحكم عقد البيع ليس بالضرورة هي التي تحكم الاعتماد المستندي وذلك لاختلاف الموضوع والأطراف في كل منهما.

وبما أنه لم يرد أي تنظيم للاعتماد المستندي في أغلب التشريعات، فإنه يعد من صنع الممارسات الدولية بين المصارف، ولهذا فإن قواعده تختلف من دولة إلى أخرى مما يؤدي إلى إعاقة حركة التجارة الدولية، لهذا نشطت حركة التوحيد لنظام الاعتماد المستندي قبل 1933، حيث وضع في هذا التاريخ القواعد والعادات الخاصة بتوحيد الاعتماد المستندي في فيينا، وأعيدت صياغتها عدة مرات آخرها في باريس حتى وصلت إلى صياغتها إلى ما يسمى الأصول والأعراف الموّحدة للاعتمادات المستندية نشرة رقم 600، لسنة 2007 [2].

وفي هذا الفصل سيتم البحث في القانون الواجب التطبيق على التنازع في الاعتمادات المستندية وفق قواعد الإسناد التقليدية، وذلك على النحو الاتي:

المبحث الأول: تطبيق قواعد الإسناد الاحتياطية التقليدية على الاعتماد المستندي

المبحث الثاني: تطبيق قانون الإرادة على الاعتماد المستندي

---

1) الربيعي، عبد جمعة موسى، الاحكام القانونية للاعتمادات المستندية والكفالات المصرفية، مطبعة الزمان، بغداد، 2008، ص29.

2) دياب، حسن، مرجع سابق، ص15.

المبحث الأول
تطبيق قواعد الإسناد الاحتياطية التقليدية على الاعتماد المستندي

يفرض التطبيق السليم والحفاظ على حقوق الأطراف المتعاقدة وجود قانون معين ومختص يحكم النزاع، لذلك نجد أن انعدام الاختيار أو تعذر التوصل إليه وكشفه من قبل قاضي الموضوع يثير إشكالية تعّبر عن أزمة إنعدام الاختصاص القانوني للعقد محل النزاع، لذلك فإن التشريعات المختلفة تلجأ إلى تقديم الحلول الكفيلة لعدم صيرورة العقد بلا قانون يحكمه ويخضع لسلطانه، وهو ما يعبر عن رغبة المشرّع في إخضاع جميع العلاقات التي تحتكم أمام قضاء دولته للتنظيم الملائم استكمالاً للسيادة والتنظيم اللازم وتحقيق العدالة المرجوة من خلال تطبيق القانون الوطني على العلاقات الوطنية أو من خلال تطبيق القانون الذي تشير آلية قاعدة الإسناد الوطنية إذا كانت العلاقة من العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي [1].

وهذا ما يقتضي أن يقوم المشرّع بالتحوط من عدم اختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الذي يحكم عقدهم أو الإشارة إليه على النحو الذي يسهل مهمة القاضي وإرشاده لاختيار القانون المختص، من خلال تعيين قانون بديل لاختيار الأطراف الصريح أو الضمني تكمن فيه القرينة المفترضة لاختيار الأطراف، كما أن الفقه من جهته حاول أن يقدم وصفاً للقانون المفترض بديلاً عما لم يتضح من اختيار الأطراف في العقد الدولي بما يعرف بقانون الأداء المميز باعتباره القانون الذي يفترض اختياره من قبل الأطراف كونه القانون الأكثر صلة بالعقد، وهذا المعيار للقانون المفترض قد طبقته محاكم

---

1) صادق، هشام علي، الموجز في القانون الدولي الخاص، الاسكندرية، الفنية للطباعة والنشر، 1997، ص566 وما بعدها.

عدة واعتمدته قوانين دول مختلفة، ومن أجل الإحاطة بمنهج التنازع التقليدي واستكمال ضوابط الإسناد الاحتياطية التقليدية[1]، وسنقوم بتقسيم هذا المبحث على النحو الآتي:

المطلب الأول: قانون الموطن المشترك

المطلب الثاني: قانون محل الإبرام

المطلب الثالث: الإسناد المرن للعملية التعاقدية (نظرية الأداء المميز)

المطلب الأول
قانون الموطن المشتركً

عرف المشرّع الأردني الموطن في المادة (1/39) من القانون المدني الأردني بأنه: المكان الذي يقيم فيه الشخص عادةً، وتنص الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه: ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطنٍ كما أشارت له الفقرة الثالثة من ذات المادة أنه: وإن لم يكن للشخص مكان يقيم فيه عادة يعتبر بلا موطنً، ويقترب من هذا التعريف ما ورد ضمن المادة (42) من القانون المدني العراقي والتي أشارت إلى أنه الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة أو مؤقتة ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحداً.

كما يمكن توضيح موقف الفقه من تعريف الموطن بأنه: الموطن هو الحيز الجغرافي أو المنطقة الإقليمية التي يقصد الشخص أن يتخذها مقاماً أو مقراً للعمل [2]، وهذا يدل على أن للموطن صورتين يمكن أن يتصف بأي منهما الأولى تتمثل بالمكان الذي يقيم فيه الشخص بنية البقاء لمدة غير محدودة، والثاني يتمثل بمقر إدارة الأعمال والذي تتركز فيه صلاته العائلية والمهنية.

---

1) الربيعي، عبد جمعة موسى، مرجع سابق، ص78.

2) الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بيروت، 2016، ص215.

كما يتحقق الموطن المشترك في العلاقات التعاقدية يستلزم تواجد أطراف العلاقة التعاقدية في الموطن نفسه، فإذا كان أحدهما مؤسسة مصرفية فيجب أن يكون مركز إدارتها في نفس الإقليم وهذا ما جاء في القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 في المادة 12 الفقره 2 (أما النظام القانوني للأشخاص الحكمية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في المملكة الأردنية الهاشمية فإن القانون الأردني هو الذي يسري الذي يتخذه زبونه موطناً مشتركًا، أما في الأحوال التي يكون فيها المستفيد من عقد الاعتماد المستندي مقيم في بلد آخر غير البلد الذي توجد فيه المؤسسة المصرفية فإننا لا نكون بصدد موطن مشترك، كما ويمكن القول بأن الموطن المشترك بالنسبة لعقد الاعتماد المستندي يثير ملابسات وصعوبات في تحديده أو تعيينه ذلك بسبب تعدد علاقات الاعتماد المستندي الدولي واختلاف موطن أي منهم مما يؤدي إلى صعوبة تحقيق المعيار الذي وضعه المشرّع على سبيل الاحتياط[1].

وبشكل عام يعتبر الموطن المشترك العقد الإسناد الأول عند سكوت إرادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على التزامهم بموجب نص المادة (20) من القانون المدني الأردني التي نصّت في فقرتها الأولى على أنه: يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك.

---

1) العيسى، طلال ياسين، العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي، اطروحة دكتوراه، بغداد، جامعة بغداد، 1996، ص117.

والتي يقابلها نص المادة (25) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها: تسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخراً يراد تطبيقه.

ومن التطبيقات القضائية لقانون الموطن المشترك لأطراف العقد نشير إلى قرار محكمة التمييز الأردنية الذي جاء فيه: "يستفاد من المادة (20) من القانون المدني أنه يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا وعليه فإن القانون الأردني هو الواجب التطبيق طالما اتحد الطرفان في الموطن المشترك في المملكة الأردنية الهاشمية في عمان" [1].

وكذلك ذهب القضاء العراقي لتأكيد هذا الإسناد في العلاقات التعاقدية حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية بأنه: كان موقف المشرّع العراقي واضحاً بالأخذ بهذا الاتجاه من خلال النص صراحة في المادة (1/25) مدني على أنه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه). يتبين لنا من هذا النص أن المشرّع قد أخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يختاره المتعاقدان بإرادتهما الصريحة، إن أعلن عنها في العقد وإلا فبإرادتهما الضمنية التي يمكن للقاضي أن يستخلصها من ظروف الحال،

---

1) قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 2006/2149 (هيئة خماسية) تاريخ 2006/8/21، منشورات مركز عدالة.

ومن خلال تقصيه للإرادة الضمنية وإلا تخضع لرقابة محكمة التمييز لأنها مسألة تتعلق بتفسير العقد[1].

ويذهب الفقه في تفسير اعتماد الموطن المشترك كضابط إسناد احتياطي للعلاقات التعاقدية، بأن المشرّع قد اعتمد ضابط الموطن المشترك بوصفه الإرادة المفترضة للمتعاقدين عندما يكونان مقيمان في إقليم واحد بأنهما يرغبان في أن تكون تصرفاتهما القانونية ومعاملاتهما منسجمة مع النظام القانوني المطبق في المكان الذي يقيمان فيه، ويدل على رغبة المشرّع في تقييد سلطة القاضي في اختيار القانون عندما لا يتم تعيينه بوضوح في العقد بشكل صريح أو ضمني وبما لا يؤدي إلى اختيار قانون بعيد الصلة عن إرادة المتعاقدين أو غير منسجم مع موضوع العقد وطبيعته، إذ أن انعدام التعبير عن رغبة المتعاقدين في اختيار قانون ما لحكم عقدهم الدولي سيؤدي إلى تطبيق قانون قد لا يكون ملائماً بالنسبة لتوقعات الأطراف وحماية حقوقهم وتحقيق الأمان القانوني لعلاقتهم التعاقدية [2].

ويرى الفقه المناصر (الأردني والعراقي والمصري) لهذا الإسناد أن قانون الموطن المشترك لأطراف العقد يتصف بالإيجابيات التي تؤكد على فاعلية تطبيقه عند سكوت الإرادة لأطراف العقد عن تحديد القانون الواجب التطبيق، ومنها أن تطبيق قانون الموطن المشترك للأطراف من القوانين التي يتوقع الأطراف تطبيقه عند سكوتهم عن تحديد القانون الواجب التطبيق، وبذلك لا يخل هذا

---

1) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم الحكم 344/الهيئة الموسعة المدنية/2004، متوفر على الموقع الالكتروني: https://www.hjc.iq/qview.2409/

2) سلطان عبد الله محمود الجواري، مرجع سابق، ص144.

الإسناد بتوقعات الأطراف، كما أن أحكام قانون الموطن المتعارف عليها من قبل الأطراف وعليه ليتفاجأ أطراف لعقد بتطبيق أحكام مختلفة على عمليتهم التعاقدية[1].

فضلاً عن أن قانون الموطن المشترك لأطراف العقد يمثل الموطن الذي اختاره أطراف العقد للإقامة المعتادة أو موطن ممارسة أعمالهم، وعليه يمثل هذا القانون مصالح الأطراف المشتركة [2].

وبالرغم من الإيجابيات السابقة الذكر، إلا أن هنالك من يرى سلبيات ترد على تطبيق القانون الموطن المشترك لأطراف العقد التي تؤكد على عدم فاعلية هذا الإسناد، ومنها أنه ليس بالضرورة أن يشترك أطراف العقد في موطن مشترك واحد فقد يختلف الموطن في عقود التجارة الدولية [3].

ومن خلال ما سبق يعتبر قانون الموطن المشتركً غير قادر على حكم علاقات التعاقد إلا إذا اتحد الموطن لأطراف العقد فقط، وبالتالي فإن هذا لا، فضلا عن أن قواعد كسب وفقدان الموطن تختلف من دولة إلى أخرى والتي قد يكون من السهل تغيير الموطن بموجبها الأمر الذي يمثل صعوبة على المحكمة في تحديد أو إثبات الموطن، وعليه فإن الموطن المشترك يمثل مركز الثقل لجميع أنواع العقود [4].

ومن أهم المعوقات التي تعيق تطبيق قانون الموطن المشترك ليكون القانون المختص على التزامات عقد الاعتماد المستندي وكما يلي [5]:

---

1) ابراهيم، احمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، القاهرة، دار النهضة العربية، 1999، ص555.
2) المجاهد، طارق عبد الله عيسى، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، بيروت، دار زين الحقوقية، 2005، ص146.
3) صادق، هشام، مرجع سابق، ص310.
4) صادق، هشام، مرجع سابق، ص310.
5) المجاهد، طارق عبد الله عيسى، مرجع سابق، ص 147وما بعدها.

1- تتميز علاقات عقد الاعتماد المستندي بتعدد أطرافها، في حين أن العقود الأخرى كالبيع والإيجار وعقد الحساب الجاري والإيداع، تعد عقوداً ثنائية الأطراف، إذا أن الاعتماد المستندي يتكون من ثلاثية العلاقة بين المصرف والأمر والمستفيد والتي يضاف إليها علاقة المصرف المراسل سواء أكان مصرفاً منفرداً أو أكثر؛ وبالتالي فإن ذلك يثير العديد من المصاعب في تحقيق الاشتراك أو الاتحاد في الموطن لم يكن بحسبان الهدف الذي قصده المشرّع والصياغة التي جاءت بها المادة (1/25) من القانون المدني العراقي.

2- يمكن افتراض الموطن المشترك في عقد الاعتماد المستندي الداخلي الذي يكون جميع اطرافه في بلد واحد بينما يصعب افتراض هذا الاتحاد في الموطن بين جميع أطراف عقد الأعتماد المستندي الدولي.

3- إن تنفيذ عقد الاعتماد المستندي يتم في بلد أجنبي غير البلد الذي يفترض تواجد الموطن المشترك للمتعاقدين فيه وهذا الإسناد لا يتلاءم مع ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين.

4- الفقه لم يذهب إلى اعتماد قانون الموطن المشترك كقانون مختص على عقد الاعتماد المستندي وأطرافه، بل إن الرأي السائد قد ذهب إلى إعمال القانون الذي يقوم بالعملية المصرفية باعتباره القانون الذي يعبر عن مركز الثقل الواقعي في العلاقة المصرفية كونه القانون الذي يجب أن يختص بحكم العلاقة المصرفية محل النزاع [1].

وعليه يرى الباحث بعدم إمكانية اعتماد قانون الموطن المشترك بخصوص التزامات عقد الاعتماد المستندي الدولي، إذ أن قانون الموطن المشترك لأطراف العقد لا يمثل مركز الثقل لجميع أنواع العقد وهي سلبية ترد عليه كونه واجب التطبيق بصورة عامة على جميع أنواع

1) دياب، حسن، مرجع سابق، ص55.

العقود، وهذا ما ذهب إليه الرأي السائد في إعمال القانون الذي يقوم بالعملية المصرفية باعتباره القانون الذي يعبر عن مركز الثقل الواقعي في العلاقة المصرفية كونه القانون الذي يجب أن يختص بحكم العلاقة المصرفية محل النزاع.

المطلب الثاني
قانون محل الإبرام

أسند المشرّع الأردني والمشرّع العراقي عند سكوت إرادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق إلى قانون محل إبرام العقد باعتباره الواجب التطبيق عند عدم وجود موطن مشترك لأطراف العقد، أي ان القاضي لا يستطيع تطبيق قانون محل إبرام العقد إذا وجد موطن مشترك لأطراف العقد إذ لابد من التزام القاضي بالتدرج الذي وضعه المشرّع، وذلك بموجب الشطر الثاني من المادة (20) من القانون المدني الأردني والتي جاء فيها فإذا اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، والتي تقابلها المادة (25) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها: فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه.

وقد كان موقف القضاء الأردني والعراقي مؤيداً لهذا الضابط في الإسناد وهو قانون إبرام العقد، حيث جاء في التطبيقات القضائية الأردنية بشأن قانون محل الإبرام وفي ذلك نشير إلى قرار محكمة التمييز الأردنية الذي جاء فيه: "يستفاد من المادة (20) من القانون المدني أنه في الالتزامات التعاقدية يطبق قانون الدولة التي يوجد فيها موطن مشترك لكلا المتعاقدين كقاعدة رئيسية فإن اختلف المتعاقدان في الموطن سرى على العقد قانون الدولة التي تم فيها التعاقد وحيث أن المتعاقدين ليس لهما موطن مشترك فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الكويتي

قانون الدولة التي تم فيها التعاقد وبالتالي فإن تطبيق محكمة الاستئناف لقانون التجارة الكويتي على الدعوى يكون متفقاً والقانون [1].

وكذلك ورد في أحد الأحكام القضائية العراقية بأنه:.... يتبين للمحكمة أن العقد الذي تم بين (ص) عراقي الجنسية ومقيم في الإمارات العربية المتحدة وبين المدعو (س) سوداني الجنسية بشأن توريد الواح زجاجية ضد الكسر وبما أنه لا يوجد موطن بين مشترك بين المتعاقدين فيكون معيار قانون إبرام العقد والذي هو قانون دولة الإمارات العربية وذلك عملاً بنص المادة (25) من القانون المدني العراقي وأنه ما ذهبت إليه المحكمة لم يجافي الصواب [2].

وقد اختلف الفقه في تقييم أهمية المعيار الذي يقوم على تطبيق قانون محل إبرام العقد بين مؤيد ومعارض ذلك أن البعض ذهب إلى اعتبار قانون محل الإبرام يوفر حلاً لمشكلة تحديد القانون المختص للعقد الدولي في الأحوال التي لم يصرح فيها أطرافه لتعيين القانون المختص ولا وجود للموطن المشترك بينهما، فلولا هذا المعيار فإن العقد يعتبر بلا قانون يحكمه وهذا ما يحقق التسهيل لظروف المتعاقدين ومراعاة حاجات المعاملات الدولية كما أن استخدام هذا المعيار يؤدي إلى تحقيق وحدة القانون الذي يحكم العقد من حيث الشكل والمضمون [3].

كما أن تحديد المشرّع لهذا المعيار يعبر عن تفسير إرادة المتعاقدين التي لم يتم التعبير عنها في نصوص العقد بأنها اختارت قانون محل إبرام العقد طالما أنهما أي المتعاقدين قد أبرما هذا العقد في إقليم الدولة التي يسري عليها القانون المختص، وأنه يمثل قانون المكان الذي نشأ العقد

---

1) قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم (2004/3210) هيئة خماسية، تاريخ 2005/1/16.

2) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم الحكم 214/الهيئة الموسعة المدنية/2010، متوفر على الموقع الالكتروني: https://www.hjc.iq/qview.2409/

3) المجاهد، طارق عبد الله عيسى، مرجع سابق، ص147.

فيه والذي يكون معلوماً ويسهل معرفة محتواه من قبل أطراف العلاقة وإن الصلة بينه وبين العقد تعد حقيقية ومؤكدة [1].

وكذلك يسهم اختيار المشرّع للقواعد الاحتياطية لقانون الإرادة في مساعدة القضاء في الوقوف على القانون المختص دون الخوض في تأويلات وتفسيرات قد تبعد النزاع عن القانون الأقرب لحكم العقد ويقطع السبيل أمام التكهنات والاجتهادات المختلفة من خلال النص الصريح على قانون محل الإبرام، إلّا أن جانب آخر من الفقه يرى في اعتماد محل إبرام العقد كمعيار للكشف عن القانون المختص لحكم العقد الدولي اختياراً لا يعبر عن مركز الثقل القانوني في العلاقة التعاقدية عندما لا يكون محل الإبرام ذي صلة واقعية بالعقد الدولي ففي الفروض التي يكون فيها البائع والمشتري في بلد واحد لا يكون موطناً لأي منهما ولا مركزاً لأعمالهما، بل إن تواجدهما فيه قد حصل بشكل مؤقت وعرضي أو أن لقائهما فيه قد تم على سبيل المصادفة فإنه لا يصدّق أن يكون أطراف العقد قد قصداً تعيين قانون هذا البلد ليكون هو قانون العقد لمجرد إبرامه في ذلك الإقليم الذي يسري فيه [2].

كما أن التطور الحاصل في مجال التجارة الدولية والتطور التكنولوجي فتح الباب أمام تعاقدات لا تتم بموجب بلد واحد، إذ يحدث التعاقد ما بين بلدين مختلفين كون التعاقد يحصل عن طريق الهاتف أو البريد الإلكتروني وغيرها من وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة، فيكون محل إبرام العقد قد تم بين الغائبين، كما في المصارف وأطراف عقد الاعتماد المستندي حيث لا يكون بصيغة التعاقد بين الحاضرين ذلك لأن إبرامه يتم عبر الفاكس أو الشبكة الدولية للمعلوماتية

---

1) وشاحي، عبد الحميد عمر، القانون الدولي الخاص، الجزء الاول، مطبعة التفيض الاهلية، بغداد، 1997، ص328.

2) المجاهد، طارق عبد الله عيسى، مرجع سابق، ص148.

لذلك فإن تحديد مكان العقد يعد من المسائل المعقدة[1]، وحيث قررت المادة (87) من القانون المدني العراقي على أنه:

1-يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، 2-ويكون مفروضاً أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهماً.

وتنص كذلك المادة (101) من القانون المدني الأردني على أنه: إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقتضي بغير ذلك.

لذلك فإن الفقه قد ذهب إلى اعتبار مكان العقد هو المكان الذي يتسلم فيه الموجب إشعار القبول من الطرف القابل، فإذا ما أرسل المصرف العراقي رسالة إلى المصرف المراسل يبلغه فيها بتبليغ اعتماد أو تعزيزه وقام المصرف الأجنبي المراسِل بإرسال رسالة تتضمن موافقته على هذا التكليف إلى المصرف العراقي، فإن مكان استلام الرسالة بالقبول والتي تعد في هذا الفرض مقر المصرف العراقي هي محل إبرام العقد [2].

وبعد أن تبين لنا أن قانون محل الإبرام هو القانون المطبق في المكان الذي تم فيه إبرام العقد سواء كان التعاقد بين حاضرين أم من خلال المراسِلة وما يعبر عنه بالتعاقد بين غائبين، فيثور هنا تساؤل عن مدى ملائمة هذا المعيار للانطباق بخصوص عقد الاعتماد المستندي.

---

1) ابراهيم، احمد ابراهيم، مرجع سابق، ص114.

2) الجواري، سلطان عبد الله محمود، مرجع سابق، ص85.

للإجابة: في القوانين التي نصّت على تطبيق قانون الموطن المشترك كمعيار أول وقانون محل الإبرام كمعيار ثاني باعتبارهما ضابطي إسناد احتياطيان، يتم إعمالهما في الأحوال التي لا يتضح فيها قانون الإرادة كما هو منهج القانون العراقي والقانون الأردني، فإن مسألة خضوع قانون محل إبرام العقد على علاقات التجارة الدولية ومن بينها عقد الاعتماد المستندي تعد من المسائل الواجبة الاتباع ذلك لورود النص الصريح فيها وإن كان هذا الإسناد لا يمثل مركز الثقل في العلاقة بصورة دائمة.

وإن البحث عن قانون أكثر صلة بالعلاقة الدولية كقانون محل الأداء المميز بدلاً من معيار الموطن المشترك أو قانون محل الإبرام يتطلب مخرج تشريعي إذ أن القاضي ملزم باتباع قواعد الإسناد التي نص عليها المشرّع سواء كانت مرنة أو جامدة فلا مناص من تطبيقها تطبيقاً حرفيا، وهذا ما يؤدي إلى اعتبار قانون البلد الذي أبرم فيه عقد الاعتماد المستندي بين المصرف المصدّر، والأمر هو القانون المختص والذي يعتبر هو نفسه قانون المصرف، في حين يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن تطبيق معيار محل الإبرام بخصوص العقد بين الوكيل والموكل يطبق بخصوصها قانون دولة الموكل أما بخصوص العلاقة بين الوكيل والطرف الآخر في العقد فتخضع لقانون الطرف الآخر، وهذا الرأي إن تم تعميمه على علاقة المصرف المراسل في عقد الاعتماد المستندي يؤدي إلى حصر تطبيق قانون محل الإبرام على العلاقة بين المصرف المصدَر والآمر والمصرف المراسل، في حين تخضع علاقة المصرف المراسل بالمستفيد لقانون الدولة التي يوجد فيها المستفيد باعتباره البلد الذي سيقوم فيه المصرف المراسل بأداء مهامه إزاء

الأخير وهذا يتفق من حيث النتيجة للمبدأ المعمول به في نطاق العمليات المصرفية الدولية القاضي بتطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها المصرف القائم بالعملية المصرفية[1].

المطلب الثالث

الإسناد المرن للعملية التعاقدية (نظرية الأداء المميز)

إن نظرية الأداء المميز تعد من النظريات الحديثة في دراسات القانون الدولي الخاص، وإنها تجد أساسها في نظرية التركيز الموضوعي التي صاغها الفقيه (باتيفول) وما توصل إليه من نتائج لا تتفق مع طبيعة الاختيار التنازعي لضابط إرادة المتعاقدين عندما وصف إرادتهم بأنها لا تعمل إلّا في بيان الرغبة على تركيز العقد في مكان معين في ضوء طبيعة الرابطة بين المتعاقدين وظروف التعاقد والذي يترتب عليه سريان قانون المكان الذي اختاره الطرفان على العقد الدولي، وهذا مالم يكن موافقاً لما نصّت عليه التشريعات والنصوص القانونية بشأن قاعدة الإسناد المطبقة على العقود الدولية وما أدى أيضا إلى مصادرة مضمون قاعدة الإسناد التي تقوم على حرية اختيار الأطراف لقانون العقد والذي يستدل عليه من خلال الاختيار الصريح أو الضمني[2].

وعلى الرغم من تراجع (باتيفول) عما قدمه تماماً بشأن تطبيق نظرية التركيز الموضوعي لتطبق في الأحوال التي لا يعبر فيها المتعاقدين عن قانون الإرادة، إذ أنه ذهب لاحقاً إلى أن الاختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد يجب أن يعتد به طالما كان العقد ذي صلة بالقانون المختار، في حين قرر إعمال نظرية التركيز الموضوعي على أساس تقييم ظروف التعاقد

---

1) وشاحي، عبد الحميد عمر، مرجع سابق، ص328.

2) الجواري، سلطان عبد الله محمود، مرجع سابق، ص158.

وملابساته، الأمر الذي يهدد الأمان القانوني المنشود بالنسبة لأطراف العقد الدولي ويؤدي إلى مخالفة توقعاتهم التي تم إبرام العقد الدولي على ضوئها [1].

وهذا ما أدى إلى ظهور نظرية الأداء المميز حيث تقوم على التركيز الموضوعي المسبق للعقد على ضوء الطبيعة الذاتية للعقد دون النظر إلى الظروف المحيطة له، إذ كشف عن هذه النظرية الفقيه السويسري (**شنيتزر**)، ومن ثم انتقلت إلى القضاء السويسري الذي تبني نظرية الأداء المميز في أحكامه حيث أصدرت المحكمة الفيدرالية عام 1953 قراراً يقضي بهذا المبدأ جاء فيه: إن كل عقد ينفرد بأداء يضفي عليه طابعه، فإن على القضاء أثناء البحث عن ضابط الإسناد أن يعول على الالتزام الأساسي أو الجوهري للرابطة العقدية محل البحث بوصف القائم به هو صاحب الأداء المميز [2]، وبعد ذلك اتسع تطبيق هذه النظرية ليشمل عدد من الدول وبدأ الفقه يضع توصيفاً لفكرة الأداء المميز، ووجدت محاولات لضبط هذا المفهوم وتوضيحه ولاستعراض ذلك ينبغي الوقوف على بعض هذه المحاولات التي جرت لتعريف مفهوم الأداء المميز فقد عرف بأنه: الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى، كما ذهب الإستاذ (فان اوفرستراتن) إلى تعريف الأداء المميز بأنه: ذلك الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجباً [3]، من ذلك يتبين أن فكرة الأداء المميز تعني البحث عن الأداء الجوهري للرابطة العقدية.

---

1) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص567 وما بعدها.

2) عبد العال، عكاشة محمد، قانون العمليات المصرفية الدولية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية)، الدار الجامعية، بيروت، 2003، ص142.

3) بلاق، محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة ابو بكر بلقايد، ميلسان، الجزائر، 2011، ص58.

وتجد نظرية الأداء المميز أصولها في نظرية التركيز الموضوعي للفقيه (باتيفول)، وإن الفقه والقضاء لم يجدا في تطبيق نظرية التركيز الموضوعي تحقق الأمان القانوني لأطراف العلاقة التعاقدية وما يهدد توقعاتهم على النحو المنشود عند إبرام العقد، وهو ما أدى بالفقه السويسري إلى اعتناق فكرة الأداء المميز والتحول من البحث في الظروف المحيطية للعقد وملابساته إلى البحث في الظروف الذاتية للعقد وطبيعته القانونية لاستنباط القانون الواجب التطبيق في العلاقات التجارية الدولية عندما يصعب الوقوف على اختيار الأطراف أو انعدامه[1].

يجد عقد الاعتماد المستندي الدولي في نظرية الأداء المميز وسيلة هامة لتعيين القانون الواجب التطبيق بشأن الالتزامات الواردة فيه شأنه في ذلك شأن عقود التجارة الدولية الأخرى عندما يخلو من تحديد واضح لقانون الإرادة على النحو الصريح أو الضمني، وإن الالتزامات المقررة في عقد الاعتماد المستندي الدولي إنما هي التزامات متعددة منها ما يقع على عاتق المصرف المصدّر ومنها ما يقع على عاتق الأمر ومنها ما يقع على عاتق المصرف المراسل.[2]

وإن استخدام معيار الأداء المميز يتطلب البحث عن الأداء الجوهري للعقد الدولي حيث يكون قانون محل المدين به هو الواجب التطبيق، وهذا يعني أن التزامات الأطراف الأخرى يجب أن تتم وفقاً لذلك القانون المختص بموجب الأداء المميز، وإن هذه المسألة قد تجد لها تطبيقاً آخراً في عقد الاعتماد المستندي الدولي بالنظر لطبيعته الخاصة وتعدد العلاقات القانونية المتصلة به الأمر الذي يستدعي مراعاة الموقف القانوني لكل طرف مصرفي من أطرافه على حدة حين

---

1) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص567 وما بعدها.

2) النجفي، حسن النجفي، معجم المصطلحات التجارية والمصرفية، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1997، ص247.

يقوم بتأدية التزاماته المقررة في ضوء العقد والتي قد يصعب إلمام كل مصرف من تلك المصارف بالالتزامات القانونية التي يقررها قانون المصرف الآخر[1].

تختلف مواقف الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة بشأن اعتماد نظرية الأداء المميز في عقود الاعتماد المستندي بالأداء المميز، فاللائحة الأوربية رقم 2008/593 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الصادرة عن البرلمان ومجلس الاتحاد الأوربيين (Romel) والتي حلّت محل اتفاقية روما لسنة 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية اعتمدت معيار الأداء المميز حيث نصّت الفقرة الثانية من المادة الرابعة منها على أنه:"...يجب أن يخضع العقد لقانون الدولة التي يقع فيها محل الإقامة المعتاد للطرف الذي يتطلب منه إحداث الأداء المميز للعقد، وإن موقف اللائحة الأوروبية من قانون الأداء المميز مشابه لموقف اتفاقية روما لسنة 1980 فهو يقرر وجوب البحث عن الأداء الأكثر أهمية من بين الالتزامات التي يرتبها العقد الدولي من خلال تشخيص عناصر الارتباط الداخلية والجوهرية وليس عوامل الارتباط الخارجية [2].

أما بخصوص موقف القوانين المقارنة نجد أنه لم تنهج الدول نهجاً موحداً في اعتماد نظرية الأداء المميز لاستنباط القانون الواجب التطبيق في العلاقات التعاقدية الدولية الخاصة عند سكوت أطراف العلاقة عن اختيار القانون المختص، فقد اختلفت التشريعات بصدد هذه المسألة إلى مواقف مختلفة بين متبني لهذه النظرية ورافض، فمن أبرز التشريعات المتبنية لهذه النظرية في الاعتماد المستندي، حيث نص القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987على أكثر من

---

1) بلاق، محمد، مرجع سابق، ص59.

2) الفخري، عوني محمد، اتفاقية روما لسنة 1980بشان القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، توزيع مكتبة صباح، بغداد، 2007، ص16.

حالة أداء لتعتبر قرائن قانونية لأداء المميز في العقد الدولي، فقد جاءت الفقرة الثالثة من المادة (117) بتعداد لتلك القرائن والتي تضمنت أداء ناقل الملكية في عقود نقل الملكية وأداء مانح المنفعة في عقود استعمال الحق ومؤدي الخدمات في عقود الخدمات والوكالة وأداء المودع لديه في عقود الوديعة وأداء الكفيل في عقد الكفالة, بمعنى أن المشرّع السويسري قد اعتبر الأداء المميز تطبيق عام، وأنه قد نص على بعض تطبيقاته على سبيل المثال، ويلاحظ أن هذه القرائن إنما تم النص عليها صراحة في القانون لإرشاد المحكمة وتسهيل مهمتها في الكشف عن الأداء المميز وإعمال قانون الدولة التي يتم الأداء المميز على إقليمها [1].

وبالنسبة للتشريع الأردني نجده لم يعتمد مبدأ الأداء المتميز كقانون للإرادة المفترضة في الأحوال التي يصعب فيها تعيين القانون المختار؛ ذلك لأن القانون الأردني اعتمد قواعد إسناد بديلة لا تقوم على الأداء المميز للعقد وإنما إعمال معياري الموطن المشترك ومحل إبرام العقد أو تنفيذه، وهذا ما نصّت عليه المادة (1/20) من القانون المدني الأردني والتي جاء فيها: يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك.

أما بالنسبة لموقف التشريع العراقي من تطبيق نظرية الأداء المميز، لم يحدد المشرّع العراقي موقفاً واضحاً بشأن استخدام معيار الأداء المميز في مسائل الالتزامات التعاقدية وما يتعلق منها بشكل خاص بعقود الاعتمادات المستندية عندما يخلو العقد من الاختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد؛ وذلك لأنه لم يورد نص خاص بذلك، وإن نص المادة (25) من القانون المدني لم

1) الفخري، عوني محمد، مرجع سابق، ص46.

تعطي مجالاً كافياً لاستنباط القانون الواجب التطبيق وفقاً لمعيار الأداء المميز لعدم وجود أي إشارة صريحة تتضمن هذا المعنى أو توافر قرينة تدل عليه، وإنما ذهبت المادة المذكورة إلى وجوب استخدام المعايير الاحتياطية لاختيار قانون العقد، وقد يرى البعض أن نص المادة (25) يستوعب مفهوم الأداء المميز من خلال ما جاء فيه: أو يتبين من الضروف أن قانوناً آخراً يراد تطبيقه، إلا أن هذه الإشارة قد لا تكون كافية لتطبيق نظرية الأداء المميز كونه معيار افتراضي يستند إلى أسس فلسفية قد تكون بعيدة عن رغبة الأطراف الحقيقية [1].

لكن هناك اتجاه فقهي في العراق ذهب إلى خلاف ذلك، ورأى إمكانية تطبيق نظرية الأداء المميز في الاعتماد المستندي، وذلك من خلال الرجوع إلى نص المادة (30) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها: " يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً. كما اتفق المشرّع الأردني مع العراقي حيث أشارت المادة 25 تتبع مبادىء القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين".

ووفقاً لهذه المادة يكون لتطبيق نظرية الأداء المميز مجالاً واسعاً واستخدام ضابط إسناد يتميز بالمرونة والملائمة لعقود التجارة الدولية ومن بينها عقود الاعتمادات المستندية بدلاً من تطبيق ضوابط الإسناد الاحتياطية التي نص عليها المشرّع والتي لا تستند إلى صلة واقعية بين العقد والقانون المحدد عندما لا يوجد موطن مشترك للمتعاقدين أو يكون مكان إبرام العقد عرضي وغير واقعي ليكون القانون الواجب التطبيق غير معبر عن المصالح الجوهرية لأطراف العقد[2].

---

1) الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا، مرجع سابق، ص16.

2) عبيد، خير الدين كاظم، دور القضاء في تقنين قواعد القانون الدولي الخاص، بحث منشور، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الاول، الاصدار الاول،2009، ص249وما بعدها.

وعن موقف القضاء من نظرية الأداء المميز، فقد ظهرت في بداية الأمر كتطبيقات للقضاء السويسري الذي طبقها في مناسبات عديدة ومن هذه القرارات القرار الصادر من المحكمة الفيدرالية السويسرية في عام 1953م، والذي قضت به:" أن كل عقد من العقوج ينفرد بأداء يضفي عليه طابعه، فإذا تعلق الأمر بعقد ملزم للجانبين، فإن القضاء وهو بصدد بحثه عن ضابط للإسناد يكون عليه أن يعول على الالتزام الأساسي والجوهري في الرابطة العقدية محل البحث بوصف القائم به هو صاحب الأداء المميز، فإن تعلق الأمر بعقد البيع مثلاً فإن التزام البائع هو الذي يكون كذلك ومن ثم فإن القانون الذي يرتبط به هذا الالتزام بالرابطة الأوثق صلة يكون هو الواجب التطبيق" [1].

وإن التطبيقات القضائية لنظرية الأداء المميز لم تقتصر على سويسرا مهد هذه النظرية، وإنما تلقفها القضاء الألماني في أكثر من مناسبة على عهد القرض الدولي ليأتي بحلول مطابقة لتلك التي طبقها القضاء السويسري، ولها تطبيقات أيضا أمام القضاء الفرنسي قبل العمل باتفاقية روما لعام 1980م، ومن هذه الأحكام التي اعتمدت صراحة الأداء المميز كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق في الفرض عندما لا يتفق الأطراف صراحة على تطبيق قانون معين [2].

أما بخصوص القضاء الأردني والقضاء العراقي فيتسمون بقلة أو ندرة النزاعات المتلعقة بالعقود الدولية المعروضة عليها، إلا أن واقع القضاء في الدول المختلفة واتجاهاته الحديثة تجعلنا ندعو القضاء الأردني والعراقي بمختلف درجاته إلى اعتناق نظرية الأداء المميز السابق عرضها وحتى في الفرض الذي لا يوجد نص قانوني يعالج هذه النظرية، وذلك بالاستناد إلى أحكام المادة

---

1) صادق، هشام صادق، مردع سابق، ص586.

2) عبد العال، عكاشة محمد، قانون العمليات المصرفية الدولية، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، ط2، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012، ص259.

(25) والتي نصّت على أنه: تتبع مبادىء القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين، ونص المادة (30) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها: يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً ولقد أصبحت نظرية الأداء المميز من الأفكار الشائعة ونصّت عليها العديد من التشريعات المعاصرة.

المبحث الثاني
تطبيق قانون الإرادة على الاعتماد المستندي

ظهرت العديد من الانتقادات حول قاعدة الإسناد المزدوجة التي قد تشير إلى تطبيق قانون وطني أو أجنبي، والعلاقة القانونية محل النزاع، ومن أهم تلك الانتقادات هو الجمود الذي يؤدي إلى عدم تحقيق الحلول العادلة، وثانيهما ما تؤديه حيادية هذه القواعد من التسبب بعدم تحقيق الأمان القانوني لعدم مقدرة الأطراف على معرفة النظام القانوني الذي يحكم عقدهم بشكل مسبق ولتلافي ذلك وإيجاد قواعد موضوعية مناسبة لحكم العلاقة القانونية، فقد تم اللجوء إلى وسائل تهدف إلى استبعاد تلك النتائج وتحقيق عنصر الأمان القانوني وتوفير عدالة الحلول وتمكين الأطراف من معرفة النظام القانوني الذي سيطبق على علاقاتهم التعاقدية مسبقاً، ومن أهم تلك الوسائل هو حرية اختيار القانون المطبق بما يعرف بقانون الإرادة [1].

1) راشد، سامية، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص381.

ومن أجل بيان وتوضيح قانون الإرادة باعتباره ضابطاً من ضوابط الإسناد وبيان ملائمة هذا الضابط ليحكم عقود الاعتمادات المستندية الدولية، فإن ذلك يستلزم القيام ببيان مفهوم قانون الإرادة وتوضيحه، ومن ثم بيان ملاءمة تطبيقه على عقد الاعتماد المستندي، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم مبدأ قانون الإرادة

المطلب الثاني: مدى ملاءمة تطبيق قانون الإرادة على عقد الاعتماد المستندي

المطلب الأول
مفهوم مبدأ قانون الإرادة

يمثل العقد توافق بين إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، إذ أن أساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه فمبدأ سلطان الإرادة هو توافق إرادتين لإنشاء العقد، وأن المتعاقدين هي التي تحدد من الالتزامات التي يرتبها العقد وهذا يعني أن كل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، وأن هذه الإرادة هي التي تحدد ما يترتب على الالتزام من آثار قانونية ويترتب عن هذا وجوب احترام حرية المتعاقدين والقوة الملزمة للعقد المستمدة من مشيئة المتعاقدين، فلا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاقها فلا يتدخل المشرّع أو القاضي في هذا العقد إلا في حالات خاصة.

يعتبر قانون الإرادة في أغلب التشريعات القانونية الإسناد الأول في تحديد القانون الواجب التطبيق للالتزامات التعاقدية، إلا أن فقه القانون الدولي الخاص يحمل في طياته اختلافات فقهية فيما يخص هذه الإرادة وخاصةً الأساس الذي يتم بموجبه تقوم إرادة الأطراف باختيار القانون الذي سيحكم العقد [1]، ومن هنا يتم طرح تساؤل حول على ماذا يستند قانون الإرادة؟ وحتى

1) عبد العال، عكاشة محمد، مرجع سابق، ص312.

نتمكن من معرفة ملائمته للتطبيق على الاعتماد المستندي، ومن أجل البحث عن الإجابة لهذه الأسئلة لابد من البحث في الأمور التالية:

يختلف الأساس القانوني لمنح إرادة الأطراف حق اختيار القانون الواجب التطبيق باختلاف النظرة إلى دور هذه الإرادة، حيث ظهرت اختلافات فقهية بهذا الخصوص، وأشهر هذه المذاهب مذهب النظرية الشخصية ومذهب النظرية الموضوعية، ومذهب التوفيق، وسيتم شرح كل واحدة منهما على النحو الآتي:

أولاً: النظرية الشخصية، أسست النظرية الشخصية ومبادئها وفقاً لمبادئ الفكر الفردي الفلسفية والذي قام على تقديس حقوق الفرد وحريته باعتباره الغاية التي وجدت الجماعة من أجلها، والجماعة وفقاً لهذه الفلسفة تعمل من أجل حماية حقوق الفرد وليس العكس ويذهب الفكر الفردي إلى اعتبار الفرد هو أعلى ما في التنظيم القانوني لتكون الجماعة مسخرة لتحقيق مصالح الفرد[1].

ومن جهة أخرى يرفض هذا المبدأ إلزام الإنسان بإرادة غيره وإن كان الغير هم الجماعة لأنه كائن ذو إرادة حرة، وهو لا يلزم إلّا بإرادته هو فعندما تقررت التزاماته الأسرية فهي نتيجة لإرادته كذلك فإن العقوبة لم تتقرر عليه إلّا بإرادته عندما اختار العمل الإجرامي،ومن هنا فإن الأثر الملزم للعقد ليس الإنتاج الإرادة الحرة واختيارها، وبهذه الفلسفة استقر مبدأ عرف بمبدأ سلطان الإرادة في العلاقات التعاقدية ترتب عليه إطلاق حرية الأطراف في التعاقد واختيار الشروط التي يضمنونها اتفاقهم دون قيد يحد من حريتهما وبموجبه يعتبر العقد شريعة المتعاقدين، كذلك فإن

1) الكيلاني، محمود، الموسوعة التجارية المصرفية، عمان، دار الثقافة للتوزيع والنشر، 2008، ص147.

المذهب الفردي لا يرى في القانون إلّا وسيلة لحماية الحريات ودوره يقتصر على تنفيذ الشروط التي نص عليها العقد دون أن يكون له صلاحية تقييد الإرادة أو منعها[1].

كما وجد أنصار النظرية الشخصية في العقود الدولية مناخاً واسعاً لتطبيق المبدأ، وذلك لأنهم اعتبروا أن العقد الدولي لا يخضع لنطاق القانون لأنه ينتمي لأكثر من نظام قانوني تتنازع فيما بينها لحكم العلاقة العقدية، وأن أيّاً من هذه الأنظمة لا يدّعي خضوع العقد لسلطانه، وبذلك فإن العقد الدولي يفلت من الخضوع لحكم القانون ويعود لحكم إرادة المتعاقدين، وعليه يكون من حق المتعاقدين اختيار قانون أي دولة ليطبق على عقدهم شأنه في ذلك شأن الشروط التي يتفقان عليها وإن اختيار هذا القانون لم يتقرر بناءً على قاعدة الإسناد وإنما استناداً إلى اختيار الإرادة ليكون القانون المختار جزءاً من العقد ومندمجاً فيه، وإن هذا الاندماج لابد أن يكون نتاج الإرادة الصريحة أو المستخلصة بشكل قاطع وبخلافها يجب العمل بقواعد الإسناد واختيار القانون الواجب التطبيق وفقاً لما تشير إليها أو ما يحدده القاضي عند عدم الوقوف على اختيار الإرادة الصريح [2].

أما يؤخذ على هذه النظرية أن ما قرره أنصار النظرية الشخصية أدى إلى نتائج غير مقبولة تتمثل بإفلات العقد الدولي من نطاق القانون، وهذا الإفلات من حكم القانون يرتب نتائج غير منطقية تؤدي إلى حلقة مفرغة من كون العقد يحكمه القانون المختار، وإن القانون المختار يستمد قوته الملزمة من الإرادة، كما إن هذا الاتجاه قد قلل من أهمية القانون ودور قاعدة التنازع الوطنية

---

1) البيضاوي، فراس كريم، دور قانون الإرادة في عقد الاعتماد المستندي الدولي، دراسة مقارنة 2017 بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية، ص 405

2) البكري، عبد الباقي وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، شركة العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، 2011، ص166.

الملزمة في تحديد القانون الواجب التطبيق وجعل لاتفاق المتعاقدين هذا الاختصاص البديل عن اختصاص القانون ليصبح اختيار القانون مجرد اختيار مادي لا يقوم على قواعد التنازع[1].

ثانياً: النظرية الموضوعية، مذهب النظرية الموضوعية قد أكد خضوع العقد الدولي للقانون من خلال اختيار القانون الملائم وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية وهنا يكون الاختيار للقانون ليس مادياً كما ذهب إليه أنصار النظرية الشخصية وإنما اختياراً تنازعياً لا يمكن للمتعاقدين فيه مخالفة قواعده الآمرة [2].

بمعنى أن النظرية الموضوعية تقرر أن أساس اختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق ليس استناداً إلى مطلق سلطان الإرادة وإنما أساسه قاعدة الإسناد التي سمحت للمتعاقدين اختياره، ولولا نص القانون لما تمكّن الأفراد من اختيار القانون الأجنبي المختار ليحكم علاقتهم التعاقدية الدولية، لذلك يرى أنصار النظرية الموضوعية أن دور الإرادة يكمن في تركيز العقد في مكان محدد، أي تحديد مقر العقد وفقاً للعناصر الواقعية المرتبطة به ارتباطاً وثيقاً من أجل حماية المصالح الاقتصادية والاجتماعية للأطراف المتعاقدة، وبحسب نظرية التركيز الموضوعي فإن إرادة الأطراف يجب أن تعّبر عن مركز ثقل العلاقة الدولية فإذا انصرفت إلى قانون بعيد عن مركز الثقل في العلاقة ولا يتصل بها فإنها (الإرادة) لا تكون قد حققت الهدف المقصود من عملية الاختيار وعند ذلك يستطيع القاضي أن يرد هذه العلاقة إلى مقرها الصحيح عن طريق

---

1) صادق، هشام، علي، مرجع سابق، ص132.

2) حداد، حفيظة السيد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص411.

تحديد المكان الذي يتحقق فيه المضمون المميز للالتزام التعاقدي، دون الاعتداد بإرادة الأطراف واختيارها [1].

وعلى الرغم من أن ما ذهب إليه أنصار النظرية الموضوعية قد أعاد لحلول القانون الدولي الخاص أهميتها وجعل اختيار القانون من قبل الإرادة مرتبطاً بالقانون الوطني من خلال ما قدموه من تصوّر للتركيز الموضوعي للعقد الدولي، وما تؤدي إليه هذه النظرية من عدم إفلات العقد الدولي من حكم القانون إلّا أنها تعرضت للنقد حيث ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار نظرية التركيز الموضوعي تهدر قيمة حق الأطراف في اختيار القانون إذا ما وجد القاضي عدم صلة بين القانون المعين وعناصر العقد (مركز الثقل) وبذلك لا تعتبر الإرادة إلّا عنصر من عناصر التركيز لا ترتب الزاماً على القاضي كونها مسألة واقع[2].

ثالثاً: المذهب الازدواجي: نتيجة للملاحظات السلبية التي اتسمت بها هذه النظرية وعدم إعطاء الإرادة الوصف المناسب لها، حيث ذهب البعض إلى القول بسمو الإرادة على القانون وإطلاق حريتها بوحي من المدرسة الفردية، وجانب آخر لا يجعل لهذه الإرادة إلّا نصيب قليل من الدور وتحت رقابة القضاء المطلقة [3].

وبذلك فهي لا ترى بضرورة أن يتصل القانون بالعقد أو أحد عناصره كشرط التركيز الذي ذهب إليه أنصار النظرية الموضوعية، وتكتفي بأن يكون القانون متصل بالعقد من خلال حاجة

---

1) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص138.

2) البيضاوي، فراس كريم مرجع سابق، ص 408.

3) الداودي، غالب علي، وحسين محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2001، ص149.

المعاملات الدولية الخاصة كما لو اتفق الأطراف على اختيار عقداً نموذجياً فقرروا تطبيق القانون الذي يحكم العقد النموذجي دون أن تكون هنالك صلة بين هذا القانون وعناصر العقد الدولي.

وعليه يرى الباحث من خلال ما سبق بأن اختيار القانون من قبل الإرادة يعد مرتبط بالقانون الوطني، حيث يؤيد الباحث اتجاه الموضوعي للعقد الدولي من خلال النظرية الموضوعية وما تذهب إليه من عدم إفلات العقد الدولي من حكم القانون وخضوع العقد الدولي للقانون من خلال اختيار القانون الملائم وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية، وهنا يكون الاختيار للقانون ليس مادياً كما ذهب إليه أنصار النظرية الشخصية وإنما اختياراً تنازعياً لا يمكن للمتعاقدين فيه مخالفة قواعده الآمرة.

المطلب الثاني

مدى ملاءمة تطبيق قانون الإرادة على عقد الاعتماد المستندي

في هذا المطلب سيتم توضيح مدى ملاءمة انطباق قانون الإرادة على عقد الاعتماد المستندي الدولي والالتزامات الناشئة عنه، فيما يتعلق بتطبيقها على الالتزامات المترتبة بعهدة المصرف المراسل تجاه المصرف المصدّر أو الآمر أو المستفيد وفقاً لما يقرره عقد الاعتماد المستندي الدولي، وفيما إذا كان القانون المختار هو القانون المطبق دائماً في عقود الاعتمادات المستندية أم أنها لا تخضع دوماً إلى هذا القانون بما يعّبر عنه وجود صعوبات في تطبيق هذا المبدأ، وإذا ما كان قانون الإرادة لا يطبق بشكل دائم على هذا الموضوع فما هي الحالات التي يمتنع معها تطبيق قانون الإرادة، لذلك سنبحث في توفر الملائمة بين قانون الإرادة والتزامات المصرف المراسل في عقود الاعتماد المستندي الدولي من خلال مناقشة إمكانية خضوع التزامات المصرف

المراسل لقانون الإرادة وشمول نطاقه تلك الالتزامات ومن ثم بيان صعوبات تطبيق قانون الإرادة على التزامات المصرف المراسل، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: وسائل اختيار قانون الإرادة

إن الوسائل التي يمكن من خلالها تحديد قانون الإرادة ومعرفته قد تكون بالاختيار الصريح له وقد تكون بالاختيار الضمني، لقد عالجت التشريعات المختلفة وتعرض فقه القانون الدولي الخاص لهذه المسألة من خلال التعرض لهاتين الوسيلتين وبيان أثريهما في تحديد قانون الإرادة، وسيتم البحث في هذه الوسائل على النحو الآتي:

الوسيلة الأولى: الاختيار الصريح، حيث تستلزم العقود الدولية أن يتم صياغتها بشكل واضح ودقيق وأن يقوم الأطراف وهم بصدد علاقة مالية دولية بالتعبير عن جميع الشروط المتعلقة بعلاقتهم التعاقدية بشكل واضح ودقيق وصريح، وأن يستوعب عقدهم جميع الملاحظات القانونية والفنية ومن بين هذه الشروط الواجب توضيحها في العقد الدولي تحديد واختيار القانون الذي يجب أن يسري على عقدهم كقانون واجب التطبيق ويتم تحديد القانون المختار من خلال إيراد شرطاً في العقد يحدد القانون الواجب التطبيق بأي صيغة توضح هذا الاختيار كأن يذكر القانون المدني المصري أو قانون بيع المنقولات الإنجليزي، كما يمكن أن يتم اختيار القانون الواجب التطبيق في عقد آخر يلحق بعقدهم ينص على هذا الاختيار أو يختص بهذا الاختيار وهو ما يسمى بعقد الاختيار[1].

ولأهمية اختيار قانون الإرادة بصورة صريحة فإن عدد من المصارف تعمل على إيراد نص في استمارة عقد الاعتماد المستندي المحددة للزبائن تحدد فيه القانون المختار، وغالباً ما يكون

---

1) الجواري، سلطان عبد الله محمود، مرجع سابق، ص101.

قانون المصرف وتؤدي هذه الصيغة إلى حسم موضوع القانون الواجب التطبيق بين أطراف العلاقة بما تضمنه هذا البيان الواضح، ويرى الفقه بأن هذه الصيغة تكفي بمجرد توقيع الزبون في الاستمارة المخصصة لطلب الخدمة على الرغم من عدم اشتراكه في صياغتها أو مناقشتها لأن العبرة في ذلك قبوله ومعرفته بها [1].

وبالرجوع إلى موقف المشرّع الأردني والمشرّع العراقي بشأن اختيار القانون الصريح فيمكن القول بأنه قد ذهب إلى اعتماد الاختيار الصريح وغيره من خلال نص المادة (25) مدني عراقي، والمادة (1/20) مدني أردني، التي استوعبت وسيلتي الاختيار الصريح والاختيار الضمني لقانون الإرادة ومن خلال هذه المواد يمكن القول أن القضاء العراقي والقضاء الأردني ملزم بتطبيق القانون المختار متى ما نص العقد التجاري الدولي بشكل صريح على اختيار قانون ما ليكون هو قانون العقد وإن خلو العقد من هذا الاختيار الصريح يجعل القاضي أمام مهمة البحث عن القانون الذي اختاره الأطراف ضمناً من خلال سياقات العقد والقرائن الدالة على ذلك الاختيار.

الوسيلة الثانية: لا يلجأ الأطراف دوماً إلى تعيين اختيارهم للقانون الواجب التطبيق وذلك بسبب ما يراه البعض من أن أطراف عقود التجارة الدولية وخصوصاً في نطاق العمليات المصرفية الدولية غالباً ما يكونوا من رجال الأعمال والذي لا يقومون بمناقشة الأمور القانونية بدقة واهتمام، لأن جل ما يشغلهم هو السرعة في إبرام الصفقة دون الاهتمام بأمور الخلافات والنزاع وعدم التصدي لها بشكل كافي [2].

---

1) الداودي، غالب علي، مرجع سابق، ص150.

2) عكاشة، محمد عبد العال، مرجع سابق، ص113.

وبالرجوع إلى موقف التشريع العراقي والأردني نرى أنها قد ألزمت القضاء بالتزام القانون الذي اختاره الأطراف من خلال النص الصريح أو البحث في مضامين العقد والاستدلال من خلال ما تبينه الظروف المحيطة بالعقد والاهتداء إلى القانون الذي اختاره المتعاقدان حيث جاء في نص المادة (1/25) من القانون المدني العراقي...أو يتبين من الظروف ....، وهو ما يعبر عنه الفقه بالاختيار الضمني لقانون الإرادة [1].

ويذهب جانب من الفقه إلى ان اختيار أطراف العقد لبعض الشروط كشرط التوطين أو شرط الخضوع لقضاء دولة معينة أو التحكيم فيها عند النزاع أو استخدام إشارات معينة لقانون معين أو دولة ما كاستخدام لغتها أو عملتها يمكن أن تعد قرائن دالة على رغبة الأطراف في تحديد قانون تلك الدولة كقانون مختص لعقدهم متى ما روعي في تحديده الظروف السائدة وقت تكوين العقد لا بالظروف اللاحقة لذلك التكوين في ظل غياب التحديد الصريح لقانون الإرادة [2].

وفي حال عدم توفر اختيار صريح لقانون الإرادة وانعدام القرائن الصالحة للاستدلال على إرادة الأطراف الحقيقية التي تمكن القاضي من استنباط قانون الإرادة بشكل ضمني، فإن على القاضي أن يقرر عدم اتفاق الأطراف على تحديد قانون معين ليحكم عقدهم الدولي ليقرر تطبيق ضوابط الإسناد الاحتياطية [3].

الفرع الثاني: صعوبات تطبيق قانون الإرادة على عقد الاعتماد المستندي

توجد صعوبات قانونية وعملية تعيق التلازم والملائمة ما بين قانون الإرادة والالتزامات المقررة في عقد الاعتماد المستندي الدولي عموماً، وإن هذه الصعوبات قد ترجع بعضها إلى طبيعة

---

1) الجواري، سلطان عبد الله محمود، مرجع سابق، ص102.

2) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص428.

3) الجواري، سلطان عبد الله، مرجع سابق، ص105.

قانون الإرادة وشروطه وقد تكون طبيعة عقد الاعتماد المستندي هي مصدر الصعوبات وللإحاطة بهذه الصعوبات لا بد من بحثها على النحو الآتي:

أولاً: الصعوبات المتعلقة بطبيعة قانون الإرادة: إن الإرادة باعتبارها ضابط إسناد في العقود الدولية يلجأ إليه أطراف العلاقة التعاقدية عندما تكون مسألة الأمان القانوني من المسائل الأساسية لبيئتهم التعاقدية، تتميز بأنها ضابط قانوني معنوي يتدخل المشرّع بتحديد مفهومه وبيان آثاره، وإن اختلاف القوانين في رسم مفهوم هذا الضابط بحسب الفلسفة التي يتبناها المشرّع والتي تتدرج بين مفهومي النظريتين الشخصية والموضوعية وهذا ما ينعكس أثره على اختيارات الأطراف المتعاقدة ويخلق صعوبات في تطبيقه في الفروض المختلفة، فإن المتعاقدين إذا ما اتجهت إرادتهما إلى اختيار قانون معين ليحكم التزاماتهم التعاقدية فقد يتعرض هذا الاختيار إلى اعتراض القضاء لمخالفة هذا القانون الشروط المنصوص عليها في قانون القاضي، كما أنه في فرض آخر فإن إغفال الأطراف المتعاقدة مسألة اختيار قانون معين أو عدم وضوح الاختيار صريحاً كان أو ضمنياً يؤدي إلى البحث عن ضابط إسناد آخر يجعل القاضي أمام مشكلة صعوبة تطبيق هذا المعيار قد تنعكس على رغبة الأطراف المختلفة[1].

ثانياً: عدم وضوح قانون الإرادة: ناقشنا في الفقرة السابقة عدم اتفاق الأطراف المتعاقدة على اختيار قانون العقد صراحة أو ضمناً وما يؤديه ذلك من استبعاد ضابط إسناد قانون الإرادة، والبحث عن ضابط إسناد بديل إلاّ أنه في هذا الفرض قد يكون لدى الأطراف المتعاقدة الرغبة في إخضاع عقدهم الدولي لقانون ما، ولكن هذه الرغبة لم تحدد بشكل صريح وغير واضحة المعالم ولا توفر نصوص العقد الاستدلال الكافي لاختيارهم، فإن الحل الذي ذهب إليه الرأي

1) سلامة، احمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص172.

الغالب في الفقه في البحث عن الاختيار الضمني للوصول إلى الاختيار المؤكد أو المفترض، وما إلى ذلك مما قد يتسبب بمشاكل تعترض قدرة القاضي على استخلاص القانون المختار وتفسير الإرادة الضمنية لاختيار الطرفين وتحديدهم لقانون العقد وما يمكن أن يؤديه اختلاف استنتاج القاضي وتقريره للقانون المفترض عمّا كان يرمي إليه المتعاقدين فعلاً من آثار وخيمة على المتعاقدين وتهديد للأمان القانوني المنشود بل ويعرض عقدهم إلى اختلاف الأحكام المرجوة ويهدد الحقوق التي يجب أن تصان, إزاء هذه الإشكالية باعتبارها من صعوبات تطبيق قانون الإرادة فقد اتجه جانب من الفقه إلى رفض الاختيار الضمني واعتبار نتائج البحث عنه واستنتاجه أمر غير واقعي قد يتسبب فيه القاضي بافتراض قانون وهمي لم تتجه إرادة الأطراف إلى اختياره[1].

ثالثاً: رفض قانون القاضي للقانون المختار: يؤدي اختيار الأطراف لقانون ما ليكون هو القانون المختص في حكم علاقتهم التعاقدية الدولية بشكل مخالف لما هو مقرر من نطاق لقانون الإرادة في قانون القاضي إلى رفض الأخير هذا الاختيار وما يعبّر عنه ببطلان اختيار القانون (قانون الإرادة) ولا يعني هذا بطلان القانون المختار نفسه أو بطلان قاعدة الإسناد وإنما بطلان الاختيار بسبب مخالفته لنطاق قانون الإرادة المحدد في قانون القاضي ففي هذه الحالة يقوم القاضي بالبحث عن القانون البديل بموجب قاعدة الإسناد البديلة (الاحتياطية) رفضاً منه للقانون المختار، ويتأكد هذا الفرض عندما تشترط قواعد الإسناد توافر صلة الجنسية مثلاً بين القانون المختار وإحدى عناصر العلاقة التعاقدية فعندما لا يكون القانون الذي اختاره الطرفين قانون

1) عبد العال، عكاشة محمد، مرجع سابق، ص389.

جنسية أحد عناصر العلاقة العقدية فإنّ ذلك يؤدي إلى رفض قانون القاضي لهذا الاختيار على الرغم من أن أنصار النظرية الشخصية لا يرون في هذه الصلة شرطاً لصحة الاختيار[1].

الفرع الثالث: الصعوبات المتعلقة بطبيعة عقد الاعتماد المستندي

هناك صعوبات تتصل بطبيعة الاعتماد المستندي ونظامه القانوني وما يرتبه هذا النظام من آثار على التزامات المصارف المتداخلة، وسوف نناقش الصعوبات المتعلقة بطبيعة الاعتماد المستندي في تطبيق قانون الإرادة، وهي على النحو الآتي:

أولاً: خصوصية الاعتماد المستندي: يذهب جانب من الفقه إلى أن الاعتماد المستندي وإن كان يخضع لأحكام قانون الإرادة، إلا أنه لا يمكن أن يطبق على جميع علاقات الاعتماد المستندي، ويرى هذا الاتجاه بأن تعدد العلاقات في عقد الاعتماد المستندي الدولي التي تنشأ نتيجة تدخل مصارف متعددة إلى جانب المصرف المصدّر وأطراف عقد البيع الدولي الذين فتح الاعتماد المستندي الدولي تنفيذاً لتسوية المبادلات المالية بينهم يؤدي إلى صعوبة خضوع جميع هذه العلاقات لقانون واحد ولذلك تتجه المحاكم إلى تطبيق أكثر من قانون بحسب الرابطة التي أثير النزاع بصددها [2].

ثانياً: صفة الإذعان في عقد الاعتماد المستندي: يذهب جانب من الفقه إلى اعتبار العقود المصرفية ومن بينها عقود الاعتمادات المستندية نوعاً من عقود الإذعان، لا يملك الزبون فيها مناقشة الشروط أو التفاصيل بسبب اختلاف المراكز المالية بين الأطراف فإن أحدهم يقوم بإملاء الشروط دون مناقشة الآخر، وإن المصارف إنما تقوم بوضع الشروط وبنود العقد بموجب

---

1) الجواري، سلطان عبد الله، مرجع سابق، ص124.

2) عبد العال، عكاشة محمد، مرجع سابق، ص118.

استمارات مطبوعة سلفاً لا تسمح للزبون بالمناقشة أو الاعتراض سوى التعبير عن رضاه بموجب توقيع الاستمارة وتقديم الوثائق والمعلومات المطلوبة، لذلك يرى هذا الجانب من الفقه أن شروط العقد يجب ألّا تكون خاضعة للمفاوضات الفردية وما يترتب عن ذلك من عدم توازن أو تكافئ بين الحقوق والالتزامات الناشئة عن العلاقة التعاقدية في الأحوال التي يكون الشرط مكتوباً بصفة مسبقة دون أن يكون للطرف الضعيف أيّ تأثير في محتوى العقد [1].

بينما استقر الاتجاه الفقهي المعاصر على بطلان كل الشروط التعسفية التي يتم فرضها على المستهلكين من قبل المنتجين أو الموزعين والموردين، لأن من شأنها خلق نوع من عدم التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة وينطبق ذلك على كافة العقود النموذجية أو تلك التي تبرم بين المحترف وغير المحترف ولا شك أن ذلك ينطبق على جانب كبير من المعاملات الدولية [2].

ومن خلال ما سبق يرى الباحث أن أساس حق إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم الدولي (الاعتماد المستندي) يتم بموجب قاعدة إسناد يوردها المشرّع تتيح لهم مثل هذا الاختيار بشرط أن لا يكون مخالفاً للنظام العام، كما أنه في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق يبحث قاضي النزاع عن الإرادة الضمنية لأطراف عقد الاعتماد المستندي من خلال مؤشرات تشير إليها شروط وظروف التعاقد على أن يكون الكشف عن هذه الإرادة بصورة مؤكدة، ويرى الباحث أن تحديد القانون الواجب التطبيق

---

1) السنهوري، عبد الرزاق احمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الاول، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1967، ص229.

2) راضي، خوله كاظم محمد راضي، الايجاب في عقد الاذعان، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الاول، السنة السادسة، 2015، ص377.

من خلال البحث عن الأداء المميز في العقد من أنسب الحلول لتحديد القانون الواجب التطبيق بما يحققه من وضوح في عملية الإسناد، لذلك يدعو الباحث المشرّع الأردني والمشرّع العراقي إلى تبني مبدأ إسناد الأداء المميز بشكل صريح في القانون.

الفصل الخامس
النتائج والتوصيات

الخاتمة

وفي خاتمة هذه الرسالة الموسومة بـ "القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي" والذي تم من خلاله استعراض ماهية الاعتماد المستندي وخضوعه لقواعد الإسناد التقليدية، ومن ثم شرحنا القانون الواجب التطبيق في ظل الأصول والأعراف الموّحدة، حيث توصل الباحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات التي يمكن إجمالها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

1. بالرغم من أهمية ودور الاعتماد المستندي إلا أنّ الكثير من التشريعات الوطنية ومنها التشريعين الأردني والعراقي لم يقوما بتنظيم أحكامه بالمستوى المناسب مع أهميتة كما فعلت الكثير من التشريعات الحديثة.

2. لكون عقد الاعتماد المستندي من العقود الدولية مشوب بعنصر أجنبي فإن هذا العقد لابد من أن يخضع لضوابط قانون الإرادة بصورة أصلية وعلى ذلك لابد من تحديد إرادة الأطراف بصوره صريحة أو ضمنية، وفي حالة عدم تحديد إرادة الأطراف في العقد فإن القاضي المعروض أمامه النزاع يلجأ إلى الضوابط الاحتياطية البديلة في القانون الدولي الخاص كقانون الموطن المشترك أو قانون محل الإبرام أو تنفيذ العقد.

3. إن الاعتماد المستندي كونه من عقود التجارة الدولية فإن الآراء الحديثة في القانون الدولي الخاص لا تخضعه لتلك القواعد التي شرعت أصلاً لتنظم العلاقات الخاصة لذلك يخضع الاعتماد المستندي في تنظيمه المفصل إلى القواعد الموّحدة الخاصة به الصادرة عن غرفة التجارة الدولية.

4. وجد الدراسة إن العديد من أطراف العقود الدولية الاعتماد المستندي قد يغفلون عن مسألة تعيين القانون المختص لفض النزاع الناتج عن عقدهم ولعدة أسباب وهذا يجعل عقدهم في مواجهة الفرضيات المختلفة والأحكام المتغيرة من قانون لآخر ويؤدي ذلك إلى وضع العقد أمام احتمالات التكهنات والافتراضات المختلفة بخصوص تحليل الإشارات والعبارات التي يتضمنها.

ثانياً: التوصيات

1. ضرورة قيام المشرّع الأردني والعراقي بالإحاطة التشريعية الكافية بعقد الاعتماد المستندي وأطرافة على النحو الذي يكفل تنظيم العلاقات القانونية الناشئة عنه بصوره متزنة وكافية أسوة بالتشريعات المتقدمة التي نصّت على ذلك.

2. يوصي الباحث المشرّع الأردني والعراقي بمحاولة اللحاق بالتقدم الذي يحصل في العمل المصرفي وتطوراته ومواكبة التقدم الدولي الحاصل في المجال المصرفي والاعتمادات المستندية خاصة.

3. على أطراف العلاقة التعاقدية الدولية الاهتمام بصياغة العقد بشكل كافٍ بالمسائل المهمة كتوضيح القانون المختار من قبلهم ليحكم الخلاف الذي قد ينشأ أثناء تنفيذ العقد.

4. يوصي الباحث بضرورة وجود قواعد تحكيمه دولية فيما يخص عقود التجارة الدولية ومن ضمنها الاعتماد المستندي، وذلك لكون تنظيم قواعد الاعتمادت المستندية وجد تطبيقه النموذجي أمام هيئات التحكيم إلا أن هذه الهيئات مازالت محل تشكيك وعدم اعتراف أمام القضاء الوطني لكثير من الدول.

قائمة المراجع والمصادر

1- إبراهيم، أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، القاهرة، دار النهضة العربية، 1999.

2- أبو الخير، نجوى (2005)، البنك والمصالح المتعارضة في الاعتماد المستندي، المؤلفة، القاهرة.

3- أبو عيد، الياس (2005)، عمليات المصارف، دار زين، بيروت.

4- الأسدي، عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بيروت، 2016.

5- الأسود، علي الهادي العلاقة بين القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري وقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص (2015) بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية.

6- البارودي، علي (2005)، العقود وعمليات البنوك، الإسكندرية، منشأة المعارف.

7- باز، فريدي (2005)، الاعتماد المستندي، اتحاد المصارف الاسلامية، دار زين الحقوقية، بيروت، لبنان.

8- البكري، عبد الباقي وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، شركة العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، 2011.

9- بلاق، محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، ميلسان، الجزائر، 2011.

10- بلعساوي، محمد الطاهر، الوجيز في شرح الأوراق التجارية، دار هومة، ط 6.

11- البيضاوي، فراس كريم، دور قانون الإرادة في عقد الاعتماد المستندي الدولي، دراسة مقارنة 2017، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية.

12- الجبوري، سعد محيي عباس، مفهوم التحكيم، دار ميزوبوتاميا للنشر، بغداد، 2014.

13- الجواري، سلطان عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، العراق: دار الكاضمية للنشر،2015.

14- الجوراني، إخلاص حميد حمزة (2017)، عقد الاعتماد المستندي: دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، جامعة النهرين، العراق، المجلد 19، الإصدار الأول.

15- حداد، حفيظة السيد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.

16- حسن، مظهر عبد الرزاق (2018)، العلاقات التعاقدية بين أطراف عقد الاعماد المستندي، دراسة مقارنه رسالة ماجستير جامعة شندي.

17- الداودي، غالب علي، وحسين محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2001.

18- دياب، حسن، الاعتمادات المستندية التجارية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1999.

19- راشد، سامية، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.

20- راضي، خوله كاظم محمد راضي، الايجاب في عقد الاذعان، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة السادسة، 2015.

21- الربيعي، عبد جمعة موسى، الأحكام القانونية للاعتمادات المستندية والكفالات المصرفية، مطبعة الزمان، بغداد، 2008.

22- الرشيدات، ممدوح محمد (2005) التشريعات المالية والمصرفية في الأردن، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان.

23- الزعبي، أكرم إبراهيم حمدان (2005)، مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندي، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع.

24- زيادات، أحمد (2002)، معيار مطابقة المستندات لشروط الاعتماد المستندي: دراسة مقارنة لأحكام القضاء الأنجلو أمريكي، بحث مقدم لنقابة المحامين الأردنيين.

25- الساعدي، كريم مزعل شبلي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها: دراسة مقارنة في تنازع القوانين، مجلة العلوم القانون والسياسية، كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد4، المجلد2015،2.

26- السراج، محمد أحمد، وحسان، حسين حامد(2008)، الأوراق التجارية في الشريعة الإسلامية، عمان، دار الثقافة للتوزيع والنشر.

27- السعيد، سماح (2017)، العلاقة التعاقدية بين أطراف عقد الاعتماد المستندي، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية.

28- سلامة، أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة.

29- السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1967.

30- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981-1993.

31- السيسي، صلاح الدين حسن، قضايا مصرفية معاصرة، الائتمان المصرفي، الضمانات المصرفية، الاعتمادات المستندية، دراسات نظرية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2014.

32- الشرقاوي، محمود سمير، التحكيم التجاري الداخلى والدولي دراسة مقارنة 2016 دار النهضة العربية ط3.

33- الشيخ، علي وحسين محمد بيومي (2008) التكييف الفقهي والقانوني للاعتماد المستندي، القاهرة: دار الفكر الجامعي.

34- صادق، هشام علي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية دار الفكر الجامعي الإسكندرية (2001).

35- صادق، هشام علي، الموجز في القانون الدولي الخاص، الاسكندرية، الفنية للطباعة والنشر، 1997.

36- الضمور، عبد الله محمود سليمان، (1995) دور الاعتماد المستندي في تنفيذ عقد البيع الدولي سيف في التشريع الأردني.

37- عبد العال، عكاشة محمد، قانون العمليات المصرفية الدولية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية)، الدار الجامعية، بيروت، 2003.

38- عبد العال، عكاشة محمد، قانون العمليات المصرفية الدولية، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، ط2، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012.

39- عبد العزيز، فاعور مازن(2006)، الاعتماد المستندية والتجارة الإلكترونية في ظل القواعد والاعراف الدولية والتشريع الداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة.

40- عبد العظيم، علي عبد الحسين عبد العظيم (2016)، القانون الواجب التطبيق على التزامات المصرف المراسل في عقد الاعتماد المستندي الدولي-دراسة مقارنة رسالة ماجستير جامعة بابل، 2016.

41- عبيد، خير الدين كاظم، دور القضاء في تقنين قواعد القانون الدولي الخاص، بحث منشور، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الأول، الاصدار الأول، 2009.

42- العكيلي، عزيز، الوسيط في القانون التجاري: الاوراق التجارية وعمليات البنوك، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، 2013.

43- علم الدين، محي الدين اسماعيل(2008)، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، دار النهضة العربية، القاهرة.

44- علم الدين، محي الدين(2008)، موسوعة أعمال البنوك، دار اليازوري، عمان.

45- عوض، علي جمال الدين(1989)، الاعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، القاهرة.

46- العيسى، طلال ياسين، العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي، أطروحة دكتوراه، بغداد، جامعة بغداد، 1996.

47- غنيم، احمد، القواعد والأعراف الدولية الموّحدة للاعتمادات المستندية رقم 600 دراسة نقدية وتحليلية مقارنة للقواعد الدولية (2011).

48- الفخري، عوني محمد(2007)، اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، توزيع مكتبة صباح، بغداد.

49- فهيم، مرام(2009)، القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة.

50- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم الحكم 214/الهيئة الموسعة المدنية/2010، متوفر على الموقع الالكتروني: https://www.hjc.iq/qview.2409/

51- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم الحكم 344/الهيئة الموسعة المدنية/2004، متوفر على الموقع الالكتروني: https://www.hjc.iq/qview.2409/

52- قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (2004/3210) هيئة خماسية، تاريخ 2005/1/16.

53- قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2006/2149 (هيئة خماسية) تاريخ 2006/8/21، منشورات مركز عدالة.

54- الكيلاني، محمود، (2014) الموسوعة التجارية والمصرفية المجلد 4 –عمليات البنوك –دراسة مقارنة.

55- متري، سمير(1999)، الاعتماد المستندي، مجلة الاقتصاد، الجمهورية العربية السورية، عدد 313.

56- المجاهد، طارق عبد الله عيسى، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، بيروت، دار زين الحقوقية، 2005.

57- المحتسب، سائد عبد الحافظ، الطبيعة القانونية للاعتمادات المستندية دار مكتبة الرائد العلمية، 1995.

58- محمد طارق، القانون الدولي الخاص بين التشكيك والمصداقية، بحث منشور على الصحيفة القانونية الالكترونية، متوفر على الموقع التالي: www.alkanounia.com

59- محمد، آمال نوري، إجراءات الاعتمادات المستندية في العراق بين الحقيقة والرؤى-مدخل نظري، بحث منشور في مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، العدد29، بغداد، 2012.

60- المصري، عباس مصطفى، (عقد الاعتماد المستندي في قانون التجارة الجديد)، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005.

61- مظهر عبد الرازق، العلاقة التعاقدية بين أطراف عقد الأعتماد المستندي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018.

62- ناعور، مازن عبد العزيز (2016)، الاعتماد المستندي والتجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

63- النجفي، حسن النجفي، معجم المصطلحات التجارية والمصرفية، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1997.

64- النعيمات، فيصل محمود مصطفى(2005)، مسؤولية البنك في قبول المستندات في نظام الأعتماد المستندي، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان.

65- وشاحي، عبد الحميد عمر، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، مطبعة التفيض الأهلية، بغداد.

66- اليماني، السيد محمود(1998)، العقود التجارية الأوراق التجارية، عمليات مصرفية، الجزء الثاني، عمان، دار اسامة للنشر والتوزيع، ص276.