



وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة الحاج لخضر - باتنة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



أثر الفس في عقد الأساس على تنفيذ الاعتماد المستندي

أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية
تخصص: قانون الأعمال

إشراف الدكتورة:

شادية رحاب

إعداد الطالبة الباحثة:

ليلى بعثاش

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
د.عمار رزيق	أستاذ محاضر	جامعة الحاج لخضر - باتنة	رئيسا
د. شادية رحاب	أستاذة محاضرة	جامعة الحاج لخضر - باتنة	مشرفا مقرر
أ.د. لخضر بوكحيل	أستاذ التعليم العالي	جامعة باجي مختار عنابة	عضوا مناقشا
أ.د. فريدة مزياني	أستاذة التعليم العالي	جامعة الحاج لخضر - باتنة	عضوا مناقشا
د. مختار بو عبد الله	أستاذ محاضر	جامعة أم البواقي	عضوا مناقشا

السنة الجامعية
2014/2013

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

اهداء

إلى روح الدكتور بارش سليمان ،

أهدي هذا العمل المتواضع

سائلة الله تعالى أن يجعله صدقة

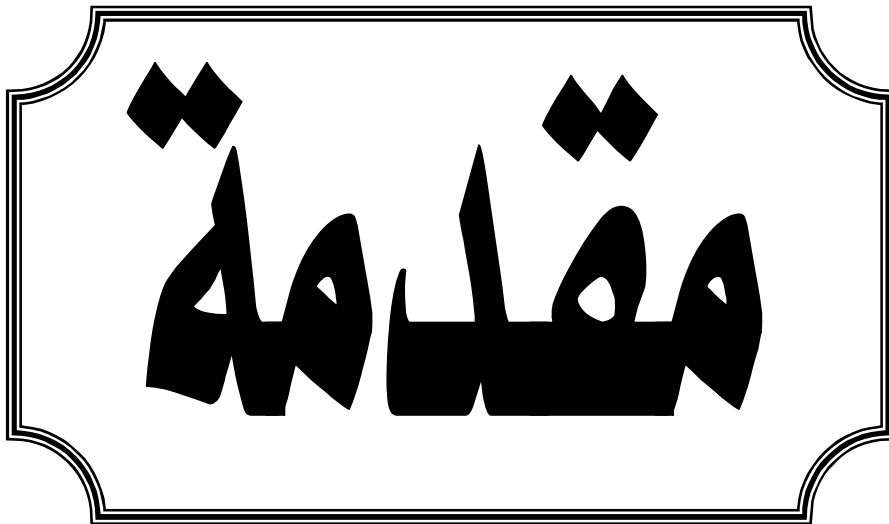
جارية في ميزان حسناته.

شكر و تقدير

أُتقِرَم بِجَزِيل الشُّكْرِ وَالتَّقْدِيرِ وَعَظِيمِ الِامْتِنَانِ إِلَى أُسْتَاذَتِي الْفَاضِلَةِ
الرُّكْتُورَةِ رِجَابِ شَاوِيَةِ الَّتِي تَفَضَّلَتْ بِالِإِشْرَافِ عَلَيَّ هَذِهِ الرَّسَالَةَ، وَلَمَّا
قَدَّمَتْ لِي مِنْ وَعَمٍ وَتَشْجِيعٍ وَتَوْجِيهَاتٍ قِيَمَةٌ وَسَرِيرَةٌ كَانَتْ لَهَا الْأَثَرُ فِي إِتِمَامِ
هَذَا الْعَمَلِ .

كَمَا أُتَقَرَّمُ بِالشُّكْرِ وَالْعَرْفَانِ إِلَى أَعْضَاءِ لُجْنَةِ الْمُنَاقَشَةِ، الَّتِي سَرَفُونِي بِقَبُولِ
مُنَاقَشَةِ هَذِهِ الرَّسَالَةِ وَإِبْرَاءِ الْمُلَاحَظَاتِ وَالْاِقْتِرَاحَاتِ الَّتِي مِنْ شَأْنِهَا أَنْ تُقَدَّرَ
الْبَحْثُ الْعِلْمِيُّ .

الباحثة .



تتم عادة المعاملة التجارية في جو مفعم بالخوف والتردد نظرا للبعد المكاني بين البائع والمشتري وصعوبة التفاهما شخصا مما يجعل من تنفيذ التزامهما في وقت واحد ومباشرة عن طريق المناولة أمرا مستحيلا بالإضافة إلى انعدام الثقة بينهما فمن المستحيل أن ينفذ أحدهما التزامه قبل أن يقوم الآخر بذلك وقبل أن يطمئن أن التزامه سيتم فعلا لذا فقد شهدت الأوساط المصرفية العالمية ميلاد تقنية جديدة ذات فاعلية وريادة من حيث أدائها وإقرارها للحماية المتبادلة لأطراف الصفقة التجارية وطبعا كانت هذه التقنية هي الاعتماد المستندي الذي أصبح بمرور الوقت من أهم وسائل الدفع الدولية وصمام الأمان بالنسبة لأطراف البيع الدولي الذين تتعدى طموحاتهم مجرد تسوية الصفقة التجارية إلى إيجاد آليات بنكية مضمونة تضبط التزامات الأطراف المتعاقدة وتجبرهم على تنفيذها، فتجبر البائع على تسليم و شحن البضاعة طبقا لقواعد حسن النية المعتمدة في البيوع، بالمقابل فهي تجبر المشتري على تسديد قيمة الصفقة التجارية المنجزة لصالحه حسبما تم الاتفاق عليه وذلك تفاديا لكل أشكال النزاعات المحتملة لاسيما إذا أخذنا بعين الاعتبار البعد الزماني بين أطراف عقد البيع واختلاف الأنظمة القانونية والقضائية المعتمدة داخل إطارهما الجغرافي.

ومن هذا المنطلق تبرز أهمية الاعتماد المستندي كوسيلة ضمان لطرفي البيع ووسيلة وفاء كل منهما بالتزامه بالإضافة إلى كونه آلية بنكية فاعلة في مجال تسوية الصفقات التجارية الدولية وتمويلها .

وبما أن الاعتماد المستندي قد نشأ وتطور استجابة لحاجة العمل التجاري الدولي فإنه لم ينظم في أغلب تشريعات دول العالم وظل لمدة طويلة تحكمه العادات والأعراف التجارية والأحكام القضائية والتي لعبت دورا مهما في صياغة القواعد القانونية التي تحكم التعامل التجاري الدولي لكن نظرا لاختلاف هذه الأعراف والعادات بين الدول بالإضافة إلى اختلاف الأنظمة القضائية والاتجاهات السياسية لفترة طويلة فقد دعت الحاجة إلى توحيد هذه الأعراف والعادات في صيغة موحدة لها، هذا التوحيد كان ثمرة جهود عديدة بدأت بمبادرة غرفة التجارة الدولية (ICC) منذ سنة 1926 وتكررت المحاولات في مؤتمر غرفة التجارة الدولية المنعقدة في فيينا عام 1933 الذي أقرت فيه ما يسمى اليوم القواعد والعادات الموحدة للإعتمادات المستندية وبعد الحرب العالمية الثانية أعيدت صياغة هذه القواعد عدة مرات آخرها كان بإصدار النشرة 500 سنة 1993 لتعدل سنة 2007 بإصدار النشرة 600 والتي تعتبر آخر تعديل يعمل به حاليا.

موضوع البحث:

يندرج موضوع البحث ضمن دراسة عقبات تنفيذ الاعتماد المستندي ويعالج الغش باعتباره ابرز الإشكاليات القانونية المعقدة و المتشابكة في هذا المجال. فالاعتماد المستندي بالرغم من كونه الوسيلة الأكثر نجاعة في تنفيذ عقود التجارة الدولية لا يعطي الحماية المطلقة ضد مخاطر الغش والخداع والتزوير.

فإذا علمنا أن الاعتماد المستندي كآلية قانونية للضمان والوفاء يفتح أساسا لتسوية بيع دولي فيفترض علاقة سابقة بين بائع ومشتري يشترط فيها البائع أن يتم دفع الثمن عن طريق اعتماد مستندي يفتحه بنك المشتري لصالح البائع بشروط معينة و تنفيذا لالتزامه الناشئ عن البيع يتقدم المشتري إلى بنكه طالبا منه فتح اعتماد مستندي لصالح البائع وبتقديم هذا الطلب و قبوله من طرف البنك يبرم عقد الاعتماد بين البنك وعميله الأمر (المشتري) وهذه هي المرحلة الأولى تليها المرحلة الثانية حيث يقوم البنك المصدر (الفاصح للاعتماد المستندي) بتنفيذ الاتفاق مع المشتري بإرسال خطاب الاعتماد إلى البائع يخبره فيه انه فتح اعتمادا مستنديا لصالحه يتعهد فيه بأن يدفع له قيمة الاعتماد إذا ما تقدم خلال مدة الاعتماد بتسليم المستندات اللازمة المبينة في خطاب الاعتماد وفي المرحلة الثالثة يقوم البنك بفحص المستندات المقدمة من طرف المستفيد للتأكد من مدى مطابقتها لشروط الاعتماد فمتى تأكد من ذلك قام بالتزامه تجاه المستفيد بدفع قيمتها.

ويتعهد البنك بتنفيذ التزامه من خلال تطبيق مبدئين أساسيين هما:

أولاً: مبدأ المطابقة الظاهرية للمستندات أو الشكلية المستندية: ويتمثل هذا المبدأ فيما نصت عليه المادة 5 من النشرة 600 المتعلقة بالقواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية بقولها: "يتعامل البنك بمستندات لا سلع وخدمات" ويفهم من هذا النص أن الاعتماد المستندي يستمد تسميته من أن المستندات هي الأداة الوحيدة التي يقوم عليها التعامل بين ذوي الشأن فجوهره أن يلتزم البنك بتنفيذ التزامه لصالح المستفيد عندما يتقدم هذا الأخير وخلال مدة صلاحية الاعتماد بالمستندات المطلوبة في الاعتماد وحينها يقوم دور البنك بفحص المستندات للتحقق من أنها نفسها المنصوص عليها في خطاب الاعتماد حسب ما نصت عليه المادة 13 من النشرة 600 والتي تتضمن انه " يجب على البنوك أن تفحص جميع المستندات المنصوص عليها في الاعتماد بعناية معقولة للتأكد مما إذا كانت في ظاهرها مطابقة لشروط الاعتماد " والمقصود بالفحص هو النظر الدقيق للمستندات المقدمة للتأكد من سلامتها وهو ملزم في ذلك ببذل عناية الرجل الحريص المتخصص والعناية المطلوبة هي العناية المعقولة أي الممكنة في

ظروف البنك وظروف العملية أما لفظ ظاهرها فيقصد به أنه يلزم على البنك أن لا يتجاوز العبارات الموجودة في المستندات إلى عناصر خارجية للبحث عن سبب لرفضها فعليه التأكد فقط من السلامة الظاهرية وينتج عن ذلك أن على البنك فحص المستندات دون مسؤولية من حيث تزويرها إلا إذا كان هذا التزوير واضحا وظاهرا كما لا يسأل عما إذا كانت المستندات تمثل حقيقة البضاعة أم لا فيكفي أن يكون هناك توافق بين المستندات و شروط الاعتماد .

وبناء على هذا المبدأ يتحقق المبدأ الثاني وهو:

ثانيا: مبدأ الاستقلالية: وقد نصت على هذا المبدأ المادة 4 من النشرة 600 بقولها:

"أ_ الاعتمادات المستندية بطبيعتها عمليات منفصلة عن عقد البيع أو أي عقد آخر يكون قد بنيت عليه ، وبناء عليه فإن تعهد البنك بقبول تسديد أو تداول أو تنفيذ أي التزام آخر لا يخضع إلى لأي ادعاءات أو حجج مقدمة من طالب فتح الاعتماد المستندي ناتجة عن علاقته بالمصرف مصدر الاعتماد".

ما يفهم من هذا النص أن التزام البنك بالدفع يتميز بالاستقلالية فالبنك غير معني بسلامة تطبيق عقد البيع أو التحقق من مراعاة شروطه الموضوعية أو النظامية فيكفي فرض رقابته على الشكالية المستندية للوثائق المطلوبة في الاعتماد المستندي فمتى تحقق من سلامتها نوعا وصنفا وعددا قبلها و التزم بالدفع، ولا يؤثر في ذلك اعتراض المشتري على الدفع.

وما يمكن قوله أن هذان المبدآن وإن كان من شأنهما جعل الاعتماد المستندي الأكثر استعمالا فإن لهما جانبا سلبيا في حالة الغش إذ أنهما يخدمان بالدرجة الأولى البنوك والباعة المصدرين ويهمشان مصالح المستوردين مما يخلق نوعا من عدم التوازن بين مصالح الأطراف إذ يستطيع ذوو النفوس الضعيفة استغلال الصفة القطعية لهذين المبدئين لتمرير نواياهم السيئة عن طريق تقديم مستندات مزورة لبضاعة غير موجودة أو ناقصة أو أقل جودة من البضاعة المطلوبة وهذا ما يسبب الكثير من المتاعب للمستوردين وبالتالي يضعف من قيمة الاعتماد المستندي. هذا وقد تناولت القواعد والعادات الموحدة الغش كسبب من أسباب إعفاء البنك من المسؤولية إما عن الغش كسبب من أسباب المعارضة في تنفيذ الاعتماد فلم تنطبق له، في حين وعلى عكس معظم التشريعات المقارنة التي تفنقر لنصوص قانونية تعالج مسألة وقف تنفيذ الاعتماد بسبب الغش - تناول القانون التجاري الأمريكي الموحد الغش كسبب معطل لتنفيذ الاعتماد، وسمح للبنك الامتناع عن الدفع إذا كشف عن غش ظاهر في المستندات، كما سمح للعميل الأمر الحصول على أمر قضائي يمنع البنك من الوفاء بقيمة الاعتماد في حالة وجود غش في عقد الأساس.

وعلى الرغم من تضارب الآراء الفقهية حول تأثير الغش على أهم المبادئ التي يقوم عليها الاعتماد فإن الرأي الراجح قد استقر على أن الغش واقع مؤسف للتجارة الدولية له آثار سلبية على الاعتماد المستندي يمكن مواجهته بإعمال المبدأ " الغش يفسد كل شيء " للتخفيف من حدة وصرامة استقلالية الاعتماد المستندي والحد من مبدأ الشكلية وجعل الغش سببا كافيا لتعطيل الاعتماد المستندي متى توافرت مجموعة من الشروط النظامية والموضوعية وذلك بفضل تدخل الآلة القضائية عبر جميع أنظمة دول العالم وإقرارها خلال الاجتهادات المتلاحقة حق المتضرر من معارضة دفع قيمة الاعتماد .

مشكلة البحث:

دراستنا لأثر الغش في عقد الأساس على تنفيذ الاعتماد المستندي تجعلنا في مواجهة مباشرة لأبرز الإشكالات القانونية في مجال الاعتماد المستندي وأكثرها تعقيدا والتي فرضت نفسها بقوة داخل المنظومة القضائية المحلية منها والدولية. فالغش باعتباره قيام المستفيد متعمدا وإرادته تقديم مستندات تبدو في ظاهرها مطابقة لشروط الاعتماد لكنها لا تعبر عن الحقيقة كأن تكون مزورة أو تمثل بضاعة لا وجود لها أو بضاعة رديئة، فإنه يتعارض مع التزام البنك الذي يقف عند المطابقة الظاهرية للمستندات مع شروط الاعتماد من خلال الفحص بعناية معقولة طبقا للمادة 14 من القواعد والأعراف الدولية نشرة 600 في حين أن الغش يتعدى حد المطابقة الظاهرية بمعنى الفحص الظاهري وهو ما لا يدخل في عمل البنوك طبقا لنص المادة 34 من النشرة 600 .

كما يتعارض الغش في كونه يمثل عدم مطابقة المستندات المقدمة من قبل المستفيد - رغم المطابقة الظاهرية لشروط الاعتماد - للواقع والحقيقة، وذلك ما يعني أن البضاعة المرسله ليست هي المتعاقد عليها في عقد البيع وهذا ما لا يستقيم مع مبدأ استقلال التزام البنك في الاعتماد المستندي عن عقد البيع طبقا للمادة 4 من النشرة 600 وكذا التعارض مع مبدأ قصر التعامل في الاعتمادات على المستندات لا البضائع حسب المادة 5 من نفس النشرة.

وعلى هذا الأساس يمكن طرح الإشكال الأساسي: **عن مدى تأثير الغش الصادر من**

المستفيد على تنفيذ الاعتماد المستندي؟

والذي يتفرع عنه العديد من التساؤلات أهمها :

- هل يمكن اعتبار الغش في عقد الأساس سببا كافيا لوقف تنفيذ الاعتماد المستندي؟
- وهل يتعارض وقف تنفيذ الاعتماد المستندي بسبب الغش مع مبدأ الاستقلالية باعتباره المبدأ الأساسي الذي يحكم الاعتمادات المستندية ؟

- وما هو الغش المعتمد به قانونا لوقف تنفيذ الاعتماد المستندي؟ وماهي أهم الوسائل المتاحة لوقف دفع قيمة الاعتماد بسبب الغش ؟ .

أهمية البحث:

الغش ظاهرة مصاحبة للاعتماد المستندي ازداد انتشارها بشكل مضطرب بسبب التطور التكنولوجي المشهود واختراع ماكنات تصوير وآلات طباعة حديثة تيسر اصطناع وتزوير المستندات اللازمة لتنفيذ الاعتماد وتسهل إجرام أصحاب القمصان البيض الذين يستغلون ذكاؤهم للحصول على المعلومات التي تيسر لهم القيام بأعمالهم غير الآمنة وتصميمها بدرجة متقنة بحيث لا يمكن لأجهزة كشف الجريمة بالرغم من تطورها اكتشافها بالمقابل دخول عدد كبير من البنوك تفنقر للخبرة اللازمة في هذا المضمار، ومن هنا تتجلى أهمية بحثنا لهذا الموضوع من أجل إزالة الغموض عن هذه الظاهرة الدولية .

وتزداد هذه الأهمية وضوحا بالنسبة للجزائر كدولة نامية فهي من الدول التي تركز تجارتها الخارجية على الاستيراد أكثر منها على التصدير بمعنى أن تجارها في الأغلبية مستوردون و هي التي فرضت عليهم التعامل بالاعتماد المستندي كوسيلة إجبارية دون غيرها من وسائل الدفع الأخرى وبالتالي فإن بنوكها هي المدينة بقيمة ما يصدر عنها من خطابات اعتماد، متى قدم لها المصدرون الأجانب المستندات المطلوبة.

إذ من المفروض أن يعرف كل من التجار والبنوك حدود تنفيذ الإعتمادات المستندية خصوصا أن آثار هذا التنفيذ لايقف عند مديونية أحد أطراف العملية بل إن الدولة المعنية بتوفير العملات الأجنبية اللازمة لتغطية ما يجري استيراده بواسطة الإعتمادات المستندية الصادرة عن البنوك العاملة على إقليمها.

أهداف البحث وأسباب اختياره:

- بالنظر إلى اعتبار الغش خطر يهدد الاعتماد المستندي و يجعل منه وسيلة للنصب و الاحتيال أكثر منه وسيلة للضمان والإئتمان فمن المأمول أن يحقق هذا البحث الأهداف التالية:
- 1- التوعية بظاهرة الغش و خطورتها وانعكاساتها السلبية على المعاملات التجارية الدولية.
 - 2- التركيز على تأثير هذه الظاهرة على آلية الاعتماد المستندي.
 - 3- دراسة الاجتهادات القضائية الإقليمية و الدولية التي عالجت الظاهرة.
 - 4- بلورة الحلول والمقترحات التي من شأنها أن تساهم وتعزز الجهود المبذولة لمواجهة الغش.

أما عن أسباب اختيار الموضوع:

1- الأسباب الموضوعية: إن افتقار معظم التشريعات المقارنة لنصوص قانونية تعالج أثر الغش على تنفيذ الاعتماد المستندي، وكذا عدم تناول الغش كسبب معطل لتنفيذ الاعتماد في القواعد والأعراف الدولية المنظمة للاعتمادات المستندية أدى إلى عدم توافر البحوث والدراسات المعمقة والمتخصصة حول الموضوع، فكان لزاما الوقوف على مجموع الأحكام والقرارات والاجتهادات القضائية للتمكن من تحليل الظاهرة والوقوف على أبعادها ليستفيد الباحث من ذلك.

2- الأسباب الذاتية: السبب الرئيسي كان طرحنا السابق في رسالة الماجستير لموضوع الاعتماد المستندي من وجهة القانونية ورغبتنا الملحة في خلق عمل متكامل لربما يكون مرجعا يستفاد به ولعل ما شدني إليه وأثار الفضول بداخلي هو الجزئية المتعلقة بالغش الصادر من المستفيد وكيف بإمكانه التأثير على الاعتماد المستندي وإضعاف قيمته الدولية بعد أن كان من أهم و أنجع وسائل الدفع الدولية.

أبعاد البحث

1- ينصب هذا البحث على أثر الغش في عقد الأساس على تنفيذ الاعتماد المستندي ومن ثم لا يتطرق للمفاهيم الأساسية للاعتماد المستندي ولا لعقد البيع الدولي الذي يفتح الاعتماد بسبب وإنما ينصب على تنفيذ الاعتماد المستندي وبتأثير الغش الصادر من المستفيد على هذا التنفيذ.

2- يفترض في هذا البحث أن الاعتماد المطلوب تنفيذه هو الاعتماد القطعي وليس الاعتماد الغير قطعي لأن الأول هو مصدر التساؤلات السابقة وفي البحث تكمن الإجابة عليه في حين أن الاعتماد الغير قطعي فإن إنهاؤه منوط بالإرادات المنفردة لكل من المشتري والبنك الفاتح دون إخطار للبايع ودون حاجة لإثبات وجود الغش.

3- لن يتعرض البحث لدراسة العلاقات القانونية الناشئة عن الاعتماد المستندي إذ أن محل دراستها هي البحوث التي تتناول الاعتماد المستندي كعملية متكاملة ومن شأن تعرضنا لهذه العلاقات إضاعة الغرض من هذا البحث وإن كنا سنستعين بها في بعض الأحيان بالقدر اللازم.

منهجية البحث:

وفي سبيل معالجة الأشكال الذي يطرحه هذا البحث فقد اعتمدنا المنهج التحليلي والوصفي بإعطاء وصف للحقائق القانونية التي صادفتنا ثم مزوجة هذا المنهج بالمنهج التحليلي بتحليل ما تم الوقوف عليه من قوانين و أحكام وآراء فقهية عالجت الموضوع. وتستخدم المادة الدراسية من حيث مرجعياتها إلى أحدث الكتب والمؤلفات العربية والأجنبية في هذا الموضوع إلى مجموعتنا واسعة من المقالات، والأبحاث، والتقارير والحالات التطبيقية المنشورة على المواقع المتخصصة على الإنترنت، إضافة إلى اعتماد اللقاءات والزيارات الميدانية للبنوك، والمنهج الذي سوف يتبعه هذا الدراسة هو مذهبنا التحليلي والتأصيل، تحليل للنصوص القانونية الناظمة لموضوع الاعتمادات (نصوص الأصول والأعراف الموحدة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية والمتعلقة بالاعتمادات المستندية) والأحكام المتعلقة بها وبيان وجهة النظر فيها، وتأصيل المفاهيم والمصطلحات القانونية والفقهية المتعلقة بموضوع الدراسة والشروط الواجب توافرها فيها.

تقسيمات البحث:

ومن أجل الإجابة على إشكالية الباحث قد ارتأيت إلى تقسيمه إلى ثلاث أقسام:

- نبحث في **الفصل الأول منه**، مبدأ نهائية تنفيذ الاعتماد المستندي والاستثناءات الواردة عليه، حيث نتطرق فيه لخطاب الاعتماد باعتبار إصداره يمثل أهم خطوة في تنفيذ الاعتماد المستندي، مركزين على أسس هذا التنفيذ وهما مبدأ الاستقلالية ومبدأ الشككية كما نتطرق إلى أهم استثناء على نهائية التنفيذ وهو الغش، حيث نتناول مدى اعتراف الفقه والقضاء المقارن بهذا الاستثناء .

الفصل الثاني: وفيه نتناول الجوانب الموضوعية للغش المانع من تنفيذ الاعتماد المستندي، فننتطرق لمفهوم الغش بشكل عام ومفهومه في عقد الأساس ومن ثم، **مي ونطاق** الغش في العقد والمعيار الذي يبرر رفض الوفاء وأخيراً صور الغش.

الفصل الثالث: وقد خصصته للجوانب الإجرائية للغش المانع من تنفيذ الاعتماد المستندي. فيه أتناول تفعيل الدفع بالغش من خلال الوقوف على أنواع الأوامر القضائية وأنواعها، وشروط إصدارها، وهي تثبت هذا الحق للبنك المصدر منتقياً نفسه، وما للوضع القانوني الجزائي وما هي الآليات الممكنة للتمسك بهذا الدفع في ظل القوانين السارية.

صعوبات البحث:

موضوع البحث بطبيعته يتسم بالدقة والتشابك يجعل من الصعب تحليله والوقوف على أبعاده كما أن ندرة المراجع المتخصصة التي تعنى بدراسة الغش في الاعتمادات المستندية زادت صعوبته.

مرجعية البحث:

في ظل إعداد مشروعه هذا رسالة، وبالرجوع إلى الدراسات السابقة، فقد توصلنا إلى أن معظم هذه الدراسات تعاني من أوجه قصور تجعلها غير كافية لتغطية الموضوع، ومن ثم اتضح لنا أن الاعتماد المستندي يشكل عاملاً من العوامل التي تؤثر على الدفع بالغش كاستثناء

بنظرنا، فموضوع البحث لا يتناول الموضوع من كافه أوجهه، ولا يستعرض الأسباب التي تؤدي إلى اعتماد المستندي خاصة في ضوء غياب منيعة معالجة هذا الموضوع، حيث لم يتطرق هذا الموضوع إلى كشف النقاب عن مخاطر الاعتماد المستندي، بل ركز على الجانب القانوني فقط، وهو تفصيل طريقة تفعيل دفع الغش وسائل إثباته وكافة الأمور المتعلقة به.

ولعل أهم الدراسات التي اعتمدت عليها في إنجازي هذا البحث رغم تطرقها لموضوع الغش في الاعتمادات المستندية بصفة جزئية، تمثلت في:

الدراسة الأولى:

الدكتور علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، دراسة للقضاء والفقه المقارن، نوقا، 1983 الدولية، طبعة 1989

فقد عرضنا في هذا البحث على القانون والتجارة فيمؤلفاتهم العامة بصفة عامة وفي نطاق محدود وذلك من خلال الفصول القصيرة لتلبية حاجة الباحث المتعمق.

المستندية في سنة 1981 للأستاذ الدكتور علي جمال الدين عوض الذي تناول فيه هذا الموضوع في شتى جوانبه وأجهال الكثير من مشاكله وصعوباته.

الدراسة الثانية:

الدكتور حاتم محمد عبد الرحمن، العمليات المصرفية المستقلة والمشكلات المرتبطة بتنفيذها، وقد هدف الباحث من خلال دراسته هذه إلى توضيح أهم العمليات المصرفية المستقلة وركز على أحدثها وهي الاعتمادات المستندية تحت الطلب المعروفة في النظام الأمريكي، وتطرق إلى أهم مشكلة يمكن أن تعيق تنفيذ هذه العمليات وهي الغش مبينا موقف القضاء الأمريكي، ومدى تأثيره بالأزمات السياسية بشأن وقف الدفع لاسيما فيما يتعلق بالأزمة الإيرانية.

الدراسة الثالثة:

الدكتور حسين شحادة الحسين، موقفاً بالبنك كمن المستند أتم مخالفة في الاعتماد المستندي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2001، 2002. وتطرقت الباحثة لموقف البنوك كمن المستند أتم مخالفة لشروط الاعتماد المستندي عند فتحه ويعتبر أحد المواضيع الهامة التي تطل على الاعتماد المستندي.

مصطلحات البحث:

1- الاعتماد المستندي:

الاعتماد المستندي هو تعهد مكتوب صادر من بنك (يسمى المصدر) بناء على طلب المشتري (مقدم الطلب أو العميل الأمر) لصالح البائع (المستفيد). ويلتزم البنك بموجبه بالوفاء في حدود مبلغ محدد خلال فترة معينة متى قدم البائع مستندات السلعة مطابقة لتعليمات شروط الاعتماد، وقد يكون التزام البنك بالوفاء نقداً أو بقبول كمبيالة. يشترك في الاعتماد المستندي ثلاثة أطراف أساسية (قد يشترك في العملية بنك آخر عادة ما يسمى بالمراسل) هي:

1. المشتري (العميل الأمر): هو الذي يطلب فتح الاعتماد، ويكون الاعتماد في شكل عقد بينه وبين البنك فاتح الاعتماد. ويشمل جميع النقاط التي يطلبها المستورد من المصدر.
2. البنك فاتح الاعتماد: هو البنك الذي يقدم إليه المشتري طلب فتح الاعتماد، حيث يقوم بدراسة الطلب. وفي حالة الموافقة عليه وموافقة المشتري على شروط البنك، يقوم بفتح الاعتماد ويرسل خطاب الاعتماد إما إلى المستفيد مباشرة في حالة الاعتماد البسيط، أو إلى أحد مراسليه في بلد البائع في حالة مشاركة بنك ثاني في عملية الاعتماد المستندي.
3. البائع (المستفيد): هو المصدر الذي يقوم بتنفيذ شروط الاعتماد في مدة صلاحيته. وفي حالة ما إذا كان تبليغه بالاعتماد معززا من البنك المراسل في بلده، فإن كتاب التبليغ يكون بمثابة عقد جديد بينه وبين البنك المراسل، وبموجب هذا العقد يتسلم المستفيد ثمن البضاعة إذا قدم المستندات وفقاً لشروط الاعتماد.

2- عقد الأساس: (عقد بيع دولي).

يجرى النشاط التجاري الدولي في الأغلب - على أساس عقد بيع، يبرمه طرفان من دولتين مختلفتين، على بضاعة سوف يجرى نقلها من البائع إلى المشتري مقابل ثمن يتم تسديده عادة بفتح اعتماد مستندي. فالبيع هو الأداة القانونية الفعلية التي يتحقق بها هذا النشاط الاقتصادي.

الفصل الأول:
مبدأ نهائية تنفيذ الاعتماد المستندي
والاستثناءات الواردة عليه

إذا كان الطرف الأكثر تخوفاً من ضياع حقه في معظم أشكال أدوات الدفع الدولية هو البائع (المستفيد)، فإن الاعتماد المستندي لاسيما الاعتماد القطعي قد أعطى لهذا الأخير أقصى ضمان وذلك بسبب ما يتمتع به من اجتماع فكرة الضمان وسرعة الوفاء والتسهيل الائتماني وقيامه على مبدئي الشكالية ومبدأ استقلالية تنفيذ الاعتماد عن العلاقات المنشئة له. فمن خلاله يتم الوفاء بقيمة البضاعة المشتراة خلال فترة معينة وفي حدود مبلغ معين، عن طريق أحد البنوك الذي يمثل عنصر الضمان في العملية فيقوم بالدفع للمستفيد مقابل تقديم هذا الأخير للمستندات المطلوبة منه⁽¹⁾ والبنك غير معني البتة بسلامة تطبيق عقد البيع أو التحقق من مراعاة شروطه الموضوعية منها أو النظامية

وحسبه في ذلك فرض رقابة معقولة على الشكالية المستندية للوثائق المطلوبة في خطاب الاعتماد فمتى تحقق من سلامتها الظاهرية ومطابقتها مع مضمون خطاب الاعتماد نوعاً وصنفاً وعدداً قبلت الوثائق المذكورة على حالتها وألزم بتسديد قيمة الاعتماد ويوصف التزام البنك بالدفع بأنه بات وقطعي غير متأثر بعقد الأساس كون البنك أجنبي عن هذا العقد وجاهل لشروطه ويلتزم المشتري برد ما دفعه البنك تزامناً مع الموافقة الإيجابية لهذا الأخير على الشكالية المستندية للوثائق المؤيدة للاعتماد.

وهذه المبادئ التي تحكم تنفيذ الاعتماد المستندي قد أقرتها القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية والتميزة بوحدة سريانها على المستوى الدولي وأضفت عليها الصفة القطعية بحيث لا يجوز خرقها والحد من إطلاقها وأمام قطعية هذه المبادئ التي تخدم بالدرجة الأولى مصالح البنوك والباعة المصدرين وتهمش مصالح المستوردين فقد تدخلت المنظومة القضائية عبر جميع أنظمة دول العالم فأقرت من خلال الاجتهادات المتلاحقة آليات جديدة أسهمت إلى حد كبير في إعادة نوع من التوازن بين مصالح أطراف الاعتماد المستندي ويظل من أبرز هذه الآليات إمكانية الدفع بالغش كسبب لتعطيل تنفيذ الاعتماد المستندي .

وعليه فإن كان مبدأ قطعية الاعتماد المستندي ينشأ للمستفيد حقاً ثابتاً ونهائياً في قيمة الاعتماد، فإنه بالاعتراف بالغش كسبب لوقف تنفيذه يجعل من هذا الحق ذو نهائية نسبية. وللإحاطة بمدى نهائية تنفيذ الاعتماد المستندي، نقسم هذا الفصل لمبحثين:
المبحث الأول: مبدأ نهائية تنفيذ الاعتماد المستندي.

(1) جورجيت عبده فليبي، مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1993، ص 187.

المبحث الثاني: ونتعرض فيه للاعتراف بالغش كاستثناء على مبدأ نهائية الاعتماد المستندي.

المبحث الأول:

نهائية تنفيذ الاعتماد المستندي.

يحكم الاعتماد المستندي مبدأين أساسيين، مبدأ الشكلية ومبدأ الاستقلالية، إذ يتم الوفاء بقيمة البضاعة المشتراة من طرف البنك المصدر مقابل تقديم المستفيد للمستندات المطلوبة منه في خطاب الاعتماد ولا يسأل البنك إلا على السلامة الظاهرية للمستندات وتطابقها في مجموعها وتطابقها مع شروط خطاب الاعتماد الذي يعد أساس العلاقة بين البائع والبنك دون النظر إلى العلاقة السابقة بين البائع والمشتري (عقد البيع) ولا بالموثرات التي تطرأ عليها، كما لا يمكن للبنك الاحتجاج بعدم التنفيذ استناداً إلى أن عقد الاعتماد الذي بينه وبين المشتري قد فسخ أو أن حقوقه قبل المشتري أصبحت مهددة بسبب إفلاسه. وبذلك ينشأ للمستفيد حق ثابت ونهائي في قيمة الاعتماد.

وستتناول في هذا المبحث، أساس حق المستفيد وخصائص هذا الحق كما نتطرق للمستندات المقدمة ومسؤولية البنك عن فحصها للتأكد من مطابقتها لخطاب الاعتماد. معتمدين التقسيم التالي:

المطلب الأول: حق المستفيد من قيمة الاعتماد.

- **المطلب الثاني:** شروط استيفاء المستفيد لقيمة الاعتماد.

المطلب الأول: حق المستفيد في قيمة الاعتماد.

يعد خطاب الاعتماد المرجع الوحيد في علاقة البنك بالمستفيد وتحديد حقوق والتزامات كل منهما اتجاه الآخر فهو ينشئ للمستفيد حقاً مباشراً قبل البنك ويصبح لهذا الحق حياة قانونية خاصة تسير لوحدها غير متأثرة بأية رابطة أخرى إلا أن خطاب الاعتماد يستقل استقلالاً تاماً عنها. وستتطرق لذلك في فرعين:

الفرع الأول: أساس حق المستفيد من قيمة الاعتماد (خطاب الاعتماد).

تبدأ إجراءات فتح الاعتماد المستندي بطلب يتقدم به العميل الأمر (المشتري) إلى أحد البنوك (البنك المصدر)⁽¹⁾ ويتضمن هذا الطلب تعليمات بفتح اعتماد مستندي لصالح مستفيد معين. ولتتمام فتح الاعتماد لابد من صدور موافقة البنك سواء كانت صريحة، بأن يرسل البنك إلى العميل الأمر ما يقيد موافقته، أو أن تكون ضمنية وذلك بأن يرسل إلى المستفيد خطاب الاعتماد⁽²⁾ الذي على أساسه تنشأ العلاقة بين البنك والمستفيد.

أولاً: مفهوم خطاب الاعتماد ومضمونه.

1- مفهوم خطاب الإيعتماد.

خطاب الإيعتماد هو ذلك الصك الذي يصدره البنك استجابة لطلب عميله بفتح الإيعتماد محددًا فيه - نقلًا عن طلب الأمر (عقد فتح الإيعتماد) - حق المستفيد والشروط التي يمكنه بمقتضاها الحصول على هذا الحق⁽³⁾.

وحسب ما جرى عليه العرف المصرفي فإن خطاب الإيعتماد يأتي في شكل نموذج مطبوع، يتضمن بيانات يقوم البنك بملئها قبل إرسالها إلى المستفيد. ومتى تسلم المستفيد خطاب الإيعتماد، ينشأ حقه في مواجهة البنك بأن يتقاضى مبلغ الإيعتماد مقابل تقديمه للمستندات المطابقة لشروط الخطاب .

وعليه فإنه يفرض على المشتري (العميل الأمر) في الإيعتماد المستندي إتباع طريقة محددة المعالم لأداء قيمة الإيعتماد (الثمن) وهي استصدار خطاب اعتماد بشروط معينة اتفق عليها مسبقًا مع المشتري⁽⁴⁾ وهذه هي الخطوة والمرحلة الأولية الهامة في طريق تنفيذ الإيعتماد (الوفاء بالثمن) .

(1) لمزيد من التوضيح حول فتح الإيعتماد المستندي، انظر: ليلي بعناش، الإيعتماد المستندي من الوجهة القانونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2003 - 2004، ص 271 وما بعدها.

(2) أي أن سكوت البنك لا يمكن اعتباره قبولاً، وإنما لابد من الموافقة الضمنية أو الصريحة للبنك.

(3) محي الدين اسماعيل علم الدين، موسوعة عمليات البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، الجزء الثالث، دار النهضة العربية، 1993، ص 1137 .

(4) محمد حسين إسماعيل، التزام المشتري بفتح الإيعتماد المستندي، معهد الإدارة العامة، الرياض، بدون طبعة، سنة 1992، ص 22.

وحتى يكون المشتري قد نفذ التزامه، يجب أن يتقيد بكل ما اتفق عليه مع البائع وإلا كان مخلا بالتزامه وعرضة للمسؤولية⁽¹⁾. وسوف نعرض لأهم هذه الشروط كالتالي:

- استصدار خطاب الاعتماد خلال مهلة معقولة:

قد يتفق طرفا البيع على التاريخ الذي ينبغي استصدار الاعتماد فيه وهنا لا تتور أية مشكلة، غير أنه قد يحدث في الكثير من الحالات عدم تحديد التاريخ بهذه الطريقة وإنما بعبارة معينة مثل "يجري افتتاح الاعتماد مباشرة" "Immédiatement" أو "فورا" "Sur le champ"، أو بفتح "خلال مهلة معقولة".

فالبائع قبل قيامه بشحن البضاعة في ميعاد محدد يقتضي قيامه بمجموعة من الإجراءات⁽²⁾، ومن حقه قبل الإقدام على أي خطوة أن يطمئن أنه قد صدر لمصلحته الاعتماد المطلوب ومن ثم سيسئوفي الثمن، لذلك يتعين على المشتري عندما يكون ميعاد فتح الاعتماد محدد بعبارة عامة أن يباشر ذلك خلال مهلة معقولة "Dans un laps de temps raisonnable" وتكون المهلة معقولة إذا كانت المدة الواقعة بين تاريخ فتح الاعتماد وتاريخ الشحن كما حدده عقد البيع كافية لقيام البائع بعملية الشحن⁽³⁾.

- إصدار خطاب الاعتماد من بنك معين:

من المسلم به أنه يجب أن تتوافر في الشخص فاتح الاعتماد صفة بنك وفقا لقانون البنوك في دولة المشتري باعتباره القانون المختص بتنفيذ المشتري لالتزامه⁽⁴⁾ وإذا اتفق طرفا البيع على تحديد بنك معين وجب على المشتري التقيد بذلك وإلا كان من حق البائع رفض الاعتماد⁽⁵⁾.

(1) محمد حسين إسماعيل، المرجع السابق، ص 28.

(2) مجموعة الإجراءات التي يقتضي على البائع القيام بها: كتحضير الفواتير والتصديق عليها، وإبرام عقدي النقل والتأمين، وتوفير الوثائق المطلوبة الأخرى كشهادة المنشأ أو الصحة... إلخ.

(3) أنظر: Clive M. Scmithoff; *L'exportation*, Jupiter, 1976, p 342.

حيث يقول: "Quand on donne au vendeur le droit d'embarquer au cours d'une certaine période et qu'il existe un mécanisme pour le paiement, ce mécanisme doit pouvoir être utilisé pour la totalité de cette période"

(4) محمد حسين إسماعيل، المرجع السابق، ص 31.

(5) علي جمال الدين عوض، الإعتمادات المستندية، دراسة للقضاء والفقهاء المقارن وقواعد سنة 1983 الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية، (د. طبعة)، 1993، ص 47 - 48.

- إصدار خطاب الاعتماد من النوع المطلوب:

أن الإعتمادات المستندية تنقسم من حيث قطعيتها إلى اعتماد قطعي وآخر غير قطعي والفرق الرئيسي بينهما هو أن الثاني قابل للتعديل والإلغاء بالإرادة المنفردة للمشتري أو البنك بدون موافقة البائع وبدون حتى إخطاره، وهو قليل التكلفة بالنسبة للمشتري، أما الأول فلا يحق فيه لا للمشتري ولا للبنك التعديل والإلغاء بالإرادة المنفردة، غير أنه مرتفع التكاليف بالنسبة للمشتري فإذا اتفقا طرفا على البيع على نوع معين، فإنه على المشتري التقيد بذلك وفتح الاعتماد المطلوب.

أما إذا لم يتعرض طرفا البيع إلى تحديد نوع الاعتماد اللازم فتحه، فإن الاعتماد يعتبر قطعيا. وهذا ما أشارت إليه قواعد RUU في مادتها السادسة من النشرة 500، حيث جاء في الفقرتين ب و ج أنه: "وعليه يجب أن يبين الاعتماد بوضوح ما إذا كان قابلا للنقض أو غير قابل للنقض (غير قطعي).

وفي حالة عدم بيان ذلك، يعتبر الاعتماد غير قابل للنقض (قطعي)⁽¹⁾، ولكن بصدور النشرة 600 (RUU) يكون قد حسم الأمر، باعتبارها أن الاعتماد مهما سمي أو وصف يكون قطعيا، وهذا ما أشارت إليه صراحة في مادتها الثالثة (3): "الاعتماد هو غير قابل للنقض بالرغم من عدم وجود دلالة على ذلك".

- تحديد مدة صلاحية خطاب الاعتماد:

يجب أن يكون لخطاب الاعتماد مدة صلاحية محددة تحقق مصلحة المشتري في أن لا يبقى خطاب الاعتماد صالحا بغير أجل، ومصلحة البائع في أن تكون المدة ملائمة لإمكانية تقديم المستندات خلالها للوفاء وللتداول، أو القبول، بحسب الاتفاق⁽²⁾

(1) وهذا عكس ما نصت عليه القواعد والأعراف الموحدة لسنة 1983 حيث ورد في مادتها 7، الفقرة ج أنه "عند غياب الإشارة إلى نوع

الاعتماد المطلوب، فإن الاعتماد يعتبر غير قطعي".

(2) محمد حسين إسماعيل، المرجع السابق، ص 36.

إذ يجب على البنك التأكد أولاً وقبل كل شيء من أن المستفيد قد قدم المستندات خلال ميعاد الصلاحية المحدد في خطاب الاعتماد وإلا يجب عليه رفضها حتى وإن كانت مطابقة لتعليمات العميل.⁽¹⁾

- تحديد مبلغ الاعتماد:

إذا كان طرفا البيع قد اتفقا على مبلغ محدد وبعملة محددة، فإنه لا بد وأن يتم فتح الاعتماد وفقاً لما جرى الاتفاق عليه ولن تبرأ ذمة المشتري بفتحه للاعتماد بعملة أخرى، ولولم يستطع توفير تلك العملة المطلوبة.⁽²⁾

ويعبر المبلغ المتفق عليه عادة عن ثمن البضاعة إذا كان البيع "قوب"، وعن ثمن البضاعة + أجره الشحن وقسط التأمين في البيع "سيف"، وعن ثمن البضاعة + أجره النقل إذا كان البيع "CAF"⁽³⁾.

- تحديد المستفيد من الاعتماد:

لا يعتبر المشتري منفذاً لالتزاماته إذا لم يكن المستفيد من الاعتماد هو البائع الذي اتفق معه على البيع، لأنه هو الملزم بتقديم المستندات.

وعليه يعتبر المشتري مخلاً بالتزامه ولو فتح الاعتماد لشركة شقيقة أوتابعه للشركة البائعة. كذلك إذا كان للبائع فروعاً متعددة، فإنه لا يجوز أن يفتح الاعتماد لأي فرع وإنما يجب أن يفتحه للبائع في الفرع المتفق عليه.⁽⁴⁾

2 - مضمون خطاب الاعتماد:

لما كان خطاب الاعتماد هو الأساس الوحيد في علاقة البنك والمستفيد، فقد وجب أن يتضمن العناصر التي تبين حدود هذه العلاقة⁽⁵⁾، وإلا فلا يعتبر البنك قد وفى بالتزامه أمام

(1) جورجيت عبده فليبي، المرجع السابق، ص 89.

(2) انظر علي جمال الدين عوض، الإعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص 47.

(3) البيع "قوب" "FOB". ترمز إلى الحروف الأولى من العبارة الإنجليزية "Free On Board" وهي تعني أن التزامات البائع تنتهي بوضعه البضاعة على ظهر السفينة. البيع "سيف" وترمز إلى عبارة "Cost Insurance Freight". بمعنى دفع ثمن البضاعة زائد دفع نفقات التأمين، أما البيع "CAF" فترمز إلى "Cost And Freight". بمعنى دفع ثمن البضاعة + أجره النقل.

(4) محمد حسين اسماعيل، المرجع السابق، ص 37.

(5) وهي الشروط التي سبق ذكرها عند التطرق لمفهوم خطاب الاعتماد.

العميل، وهذه العناصر تتمثل في كل ما يحدد حقوق المستفيد والالتزامات التي تقع عليه للمطالبة بالحق الثابت فيه⁽¹⁾.

ونظرا لأهمية تبليغ خطاب الاعتماد إلى البائع (المستفيد)، إذ لا يرتب آثاره الهامة إلا منذ هذا الوقت، وذلك بالنسبة لجميع الأطراف، إذ بالتبليغ ينشأ التزام البنك فاتح الاعتماد، ويتعذر على المشتري (طالب فتح الاعتماد) إدخال أية تعديلات بإرادته المنفردة فان ما يجري تبليغه للمستفيد ليس أي خطاب⁽²⁾ وإنما هويبان واضح الشروط والبيانات والمعالم ووصف للبضاعة المطلوبة - الممثلة في المستندات -

وعليه ينبغي على البنك أن يتبع تعليمات العميل الأمر في الخطاب كما تلقاها وليس له أن يحذف منها أو يعدل فيها بأي شكل كان⁽³⁾، متى كانت هذه التعليمات جلية وواضحة، ويتعين على البنك عند نقص التعليمات أو عدم وضوحها، أن يكون حذرا، فلا يلتزم بها، إلا بعد أن يستوضح الأمر من عميله المشتري لإكمال النقص واستجلاء الغموض، وليس من شأنه هو أن يقوم بذلك⁽⁴⁾.

(1) وهذه يحددها مصدران: تعليمات الأمر في المقام الأول يكملها في المقام الثاني العادات المصرفية الخاصة بالاعتماد المستندي.

(2) علي جمال الدين عوض، الإعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص 84..

(3) نجوى أبو الخير، البنك والمصالح المتعارضة في الاعتماد المستندي، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1990، ص 30..

(4) نص المادة 12 من الأصول والأعراف الموحدة لسنة 1993 تنص على أنه: "إذا تم استلام تعليمات غير كاملة أو غير واضحة لتبليغ اعتماد أو تعديله، يجوز للمصرف المطلوب منه تنفيذ هذه التعليمات أن يرسل إشعاراً مبدئياً إلى المستفيد وذلك - للعلم فقط - ودون أي مسؤولية، وينبغي أن يبين هذا الإشعار المبدئي بوضوح أنه أرسل للعمل فقط، وأنه لا يحمل المصرف المبلغ أي مسؤولية، وفي جميع الأحوال يجب على المصرف المبلغ أن يعلم المصرف مصدر الاعتماد بالإجراءات المتخذة ويطلب منه أن يزوده بالمعلومات الضرورية.."

ثانيا: خصائص خطاب الاعتماد وأثاره القانونية:

1- خصائص خطاب الاعتماد: يتميز خطاب الاعتماد بخاصيتين:

أ - خطاب الاعتماد يكون دائما اسميا:

إذ يصدر عادة باسم البائع (المستفيد) حتى ولو كان الاعتماد قابلا للتحويل⁽¹⁾ ومعنى ذلك أنه لا يجوز للبنك أن يصدر خطاب اعتماد للأمر أولحامله وإنما يجب أن يصدر باسم شخص معين بذاته هو المستفيد. ويترتب على ذلك نتيجة هامة أن خطاب الاعتماد لا يقبل التداول بالتظهير أو التسليم.

ويعتبر الفقه هذه الخاصية نتيجة طبيعية لكون الاعتبار الشخصي أساس الاعتماد المستندي، حيث أن شخصية المستفيد تكون محل اعتبار لدى العميل الأمر في عملية عقد البيع السابقة على نشأة الاعتماد والتي كانت أساس له.⁽²⁾

ب - خطاب الاعتماد لا يعتبر ورقة تجارية:

إذ لا يكون قابلا للتداول كالورقة التجارية، كما لا يقبل في المعاملات كأداة للوفاء تقوم مقام النقود، كما لا تتوافر فيه شروط الكفالة الذاتية⁽³⁾. إذ أن سداد قيمة الاعتماد كما هو معلوم تتوقف على أمور خارجية عن الخطاب، مثل تقديم المستندات المطابقة لما جاء في الخطاب، وكذلك التقيد بتاريخ تقديم المستندات المبينة فيه كما أنه لا يتضمن تاريخ استحقاق معين يلتزم حامله بالمطالبة بناء عليه.

وأخيرا فإن التزام البنك المصدر لخطاب الاعتماد لا يخضع لقواعد الالتزام المصرفي، وذلك بعكس التزام البنك الناشئ من توقيعه بالقبول على الكمبيالة المستندية التي يسحبها عليه المستفيد.

(1) انظر: علي جمال الدين عوض، الإعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص 144.

(2) السيد محمد اليماني، الاعتماد المستندي والطبيعة القانونية لالتزام البنك، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1984، ص 323.

(3) محي الدين إسماعيل، علم الدين، موسوعة عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 1136.

2 - الآثار القانونية الناشئة عن خطاب الاعتماد:

إن اختلاف صفة أنواع الاعتماد ينتج عنه الاختلاف في الآثار القانونية الناشئة عن خطاب الاعتماد، فما يرتبه الإيعام القطعي من آثار تجعله مختلفاً عن غيره:

أ- الإيعام القطعي:

وفي هذه الحالة ينشأ على عاتق البنك التزام نهائي بمجرد إرسال الخطاب إلى المستفيد ووصوله إليه، إذ بمجرد الوصول يستطيع المستفيد البدء في تنفيذ التزاماته بما فيها تقديم المستندات المطابقة لما ورد في الخطاب دون خشية رجوع البنك في التزامه، وعليه فالبنك بعد فحص المستندات وتحري الدقة اللازمة في ذلك ولم يثبت له غش المستفيد يصبح ملزماً أمام هذا الأخير بالدفع أو القبول أو الخصم⁽¹⁾.

وفي هذه الحالة يثور التساؤل حول إمكانية إنشاء خطاب الاعتماد أي التزام على عاتق المستفيد الموجه إليه الخطاب؟ بمعنى هل يلتزم المستفيد بتقديم المستندات الوارد ذكرها بخطاب الاعتماد؟

والإجابة تكون أن خطاب الاعتماد لا ينشئ أي التزام في ذمة المستفيد الموجه إليه الخطاب تأسيساً على أن البنك المصدر لا يستطيع بإرادته المنفردة أن ينشئ لنفسه التزاماً على الغير⁽²⁾ وعلى ذلك يعتبر المستفيد غير ملتزم بأي التزام تجاه البنك نتيجة وصول خطاب الاعتماد إليه.

لكن يمكن أن يلجأ بعض البنوك إلى إخطار المستفيد باستمارة يوقع عليها بما يقيد قبوله لخطاب الاعتماد، فهل يستطيع المستفيد الرجوع في التزامه، أو عدم التزامه، أو عدم تنفيذ الالتزام حتى بعد توقيع مثل هذه الاستمارة؟

ويمكن القول في هذه الحالة: أن توقيع المستفيد على هذه الاستمارة يعد قبولاً للإيجاب الموجه إليه من البنك والمتمثل في خطاب الاعتماد، بمعنى قبوله للخطاب وما تضمنه،

(1) وهذا ما يطابق نص المادة التاسعة من العادات والأصول الموحدة للاعتمادات المستندية.

(2) جورجيت عبده فليبي، المرجع السابق، ص 88.

فتصبح العلاقة بينه وبين البنك تعاقدية، وفي هذه الحالة، لا يجوز له النكول عن تنفيذ ما ورد بالخطاب وإلا عد بذلك مخلا بتنفيذ التزام ناشئ عن العقد.⁽¹⁾

ب - الاعتماد الغير قطعي:

وفيه يمكن للبنك الرجوع عن التزامه في أي وقت، إذ يعطيه هذا النوع من الإعتمادات الحق في النقص والتعديل دون إبداء أي سبب أو تبرير لذلك⁽²⁾

وليس لاستخدامه لهذا الحق وقت معين ولا وسيلة معينة فيمكن له أن يقرر الإلغاء في أي وقت ولا يلتزم بإعلان قراره هذا إلى المستفيد⁽³⁾ وإذا تضمن الاعتماد الغير قطعي تاريخا لانتهاء أجله فإنه يظل مع ذلك قابلا لرجوع فيه قبل حلول هذا التاريخ.

إذ يعتبر الاعتماد الغير قطعي وعد غير ملزم من جانب البنك بدفع مبلغ معين مقابل تقديم مستندات معينة، فلا وسيلة في يد المستفيد لإجبار البنك على الوفاء، ولكن يثور التساؤل في حالة ما إذا قام البنك بالوفاء اختيارا، هل يجوز له المطالبة باسترداد ما دفع؟

نرى أنه لا يجوز للبنك إذا قام بالوفاء اختيارا أن يطالب باسترداد ما دفع ولا يعد هذا تبرعا منه وإنما هو وفاء بالتزام لكن يعتبر الالتزام هنا التزام طبيعي يقوم فيه عنصر المديونية وينتفي عنه عنصر المسؤولية، ووفاء البنك بوعده الغير ملزم يعد واجبا أدبيا لا غير⁽⁴⁾.

وهذا الالتزام الطبيعي قد يصلح أن يكون سبب الالتزام مدني بأن يصير الاعتماد هنا قطعيا. وهذا ما نصت عليه المادة 163 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يمكن أن يكون الالتزام الطبيعي سببا لالتزام مدني".

(1) إذ يتم العقد بتطابق الإيجاب والقبول طبقا لنص المادة 59 قانون مدني جزائري وتوقيع المستفيد للاستمارة ما هو إلا تعبير صريح لقبوله على مضمون الخطاب.

(2) المادة 08 من العادات الموحدة للاعتمادات المستندية.

(3) حمدي عبد المنعم، العمليات المصرفية في قانون المعاملات التجارية الاتحادي رقم (18) لسنة 1993 لدولة الإمارات العربية المتحدة، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1995، ص 381.

(4) وها ما يوافق المادتين 160، 162 من القانون المدني الجزائري.

المادة 160: "المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به، غير أنه لا يجبر على التنفيذ إذا كان الالتزام طبيعيا".

المادة 162: "لا يسترد المدين ما أداه باختياره بقصد تنفيذ التزام طبيعي".

الفرع الثاني: خصائص حق المستفيد من قيمة الاعتماد.

كما سبق الإشارة إليه بأن خطاب الاعتماد هو المرجع في بيان علاقة البنك بالمستفيد وتحديد حقوق والتزامات كل منهما اتجاه الآخر، فهو ينشئ للمستفيد حقا مباشرا قبل البنك ويصبح لهذا الحق حياة قانونية خاصة تسير لوحدها غير متأثرة بأية رابطة أخرى⁽¹⁾ فبالرغم من أن هناك علاقات سابقة للخطاب ومنشأة له إلا أن خطاب الاعتماد يستقل استقلالاً تاماً عنها.

أولاً: حق المستفيد مباشر ونهائي.

لا يعتبر البنك ملتزماً اتجاه المستفيد إلا من تاريخ تبليغ المستفيد بخطاب الإعتماد وعلمه به طبقاً لنص المادة 61 من القانون المدني الجزائري، وقبل هذا التاريخ لا وجود لأي علاقة بين المستفيد والبنك .

وما يميز التزام البنك الناشئ بعد إبلاغ المستفيد بخطاب الاعتماد هو كونه نهائي لا رجعة فيه وأنه مباشر يلتزم فيه البنك بصفة شخصية تجاه المستفيد بدفع قيمة الاعتماد. وسنوضح كل خاصية على حدى.

1 - حق مباشر.

بإصدار خطاب الاعتماد وتبليغه للمستفيد يجعل الأخير حقا مباشرا في مواجهة البنك الذي يصبح مدينا شخصيا ومباشرا للمستفيد⁽²⁾.

إذ تقضي أحكام الاعتماد المستندي بأن فتح الاعتماد من قبل الأمر لدى بنك لمصلحة البائع ينشئ التزامات على البنك في مواجهة البائع. حيث يلتزم البنك بدفع قيمة الاعتماد للمستفيد بمجرد أن يتقدم هذا الأخير بالمستندات المشترطة في خطاب الاعتماد. والتزام البنك غير قابل للإلغاء بإرادة البنك المنفردة بل ولا حتى التعديل فيه من غير موافقة جميع الأطراف المعنية⁽³⁾ ولا تتأثر هذه العلاقة بأي طارئ ناتج عن العلاقات الأساسية الأخرى .

(1) موريس نصر الله، الاعتماد المستندي، بيروت، مؤتمر المحامين، دون طبعة، 1989 م، ص 194.

² محمد اليماني، المرجع السابق، ص 330، كذلك مصطفى كمال طه القانون التجاري، العقود التجارية وعمليات البنوك، الإسكندرية، الدار الجامعية، طبعة 1999، ص 353.

³ أنظر المادة 10/أ من القواعد والعادات الموحدة نشرت رقم 600.

فالبنك الذي يقوم بفتح اعتماد للوفاء بثمن صفقة بين تاجرين لا يعتبر وكيلًا عن المشتري ولا كفيلاً له، وإنما يلتزم بالوفاء متى تطابقت مستندات البائع مع شروط الاعتماد بصرف النظر عما يحدث بين البائع والمشتري⁽¹⁾.

2 - حق نهائي.

متى أصدر البنك خطاب الاعتماد وأخطر به المستفيد، فإنه يلتزم بصفة نهائية بما تعهد به في هذا الخطاب، بمجرد وصوله إلى المستفيد. فلا يجوز له سحب هذا الخطاب أو تعديل التزامه فيه أو إلغائه إلا إذا وافق المستفيد على ذلك لأن حقه ينشأ منذ وصول خطاب الاعتماد إليه⁽²⁾.

وبتطبيق القواعد العامة للتعبير عن الإرادة في التعاقد بين غائبين نجد نفس الأحكام حيث أن المشرع الجزائري أخذ بنظرية العلم بالقبول، فالتعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه⁽³⁾.

فالبائع من خلال فتحه اعتماداً مستندياً غير قابل للإلغاء فإنه يسعى للحصول على ضمان قوي يحميه من سوء نية المشتري لا سيما رجوعه عن تنفيذ العقد، خاصة إذا رأى أن الصفقة غير مربحة له. فواجب البنك ينحصر في الدفع فوراً متى اطمأن إلى سلامة المستندات ومطابقتها لشروط الاعتماد.

ثانياً : حق المستفيد مستقل ومجرد.

إذا كان الاعتماد المستندياً يتسهلاً لعمليات التبادل التجاري بالدول ليوامناً تنفيذ البيوع الدولية فهنا ينبغي علينا أن نطرح سؤالاً يتعلق بمدى إستقلالية عقد الاعتماد المستندي عن عقد البيع؟ إذ أن طبيعة الاعتماد تبتين أن المشتري هو الذي يعطى الأمر للمصرف، ويطلب منه فتح الاعتماد المستندي لصالح البائع، فهذا يدل على أن المصرف مقيد بتعليمات المشتري إلى حد ما، فالى أي مدى يتقيد البنك بتعليمات المشتري؟ وهل حق للمشتري توجيه تعليماته هيأياً وقتي شاء إلى المصرف فلو قف تنفيذ خطاب الاعتماد المستندي؟.

¹ بلعيساوي محمد الطاهر، التزامات البنك في الإعتمادات المستندية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2011، ص 60.

(2) محمد اليماني، المرجع السابق، ص 330.

(3) أنظر المادة 61 من القانون المدني الجزائري.

أجابت عن هذا التساؤل لتجميعها، المادة الرابعة من القواعد والأعراف الدولية فيمراجمها الأخير توالتينصت على أن: ()
 الاعتماد بطبيعته عملية مستقلة عن عقد البيع أو غيرهما من العقود التي قد يستند إليها،
 وبنوكها أي حال غير معنية أو ملزمه بمثل ذلك العقد، حتى لو تضمنت اعتماداً أي إشارة قباً يشكك إلى ذلك العقد،
 وبناء عليها فإن تعهد البنك الوفاء أو بالتد أو لأبدأء أي التزماً آخر بموجباً الاعتماد لا يكون خاضعاً لأي
 ادعاء أو حجج منطالبا لإصدار، ناتجة عن علاقاتها بالبنك المصدر أو بالمستفيد،
 ولا يحقل للمستفيد بأي حال من الأحوال الأني تتفعمنا لعلاقاتنا التعاقدية القائمة بيننا البنوك
 أو بيننا بالبا لإصدار والبنك المصدر. وهذا ما أكدته محكمة Colmar الفرنسية في قضاءٍ لها حيث جاء فيه:

(حيث أن المستقر عليها قضاءً أن الاعتماد المستندي المطابق وغير القابل للنقض هو اعتماد نهائياً يضع على عاتق
 البنك التزماً رئيسياً مستقلاً يمكن إنقاصها أو تعديلها أو الغاؤها
 بما أنه التزماً مستقلاً غير متصل بعقد البيع المبرر بين البائع والمشتري وصحته غير مرتبطة
 بصحة عقد البيع أو بأي اتفاق آخر يمكن أن يبره لاء الأ طرف) (1).
 كذلك القرار الصادر
 عن محكمة استئناف باريس الذي جاء في هـ (2) (إن استقلاً لا الاعتماد المستندي ينشأ التزماً بالدفـع .
 دون إمكانية الاحتجاج بالدفـع عالم مرتبطة بالعقد الأساسي) وتالياً سوف نقوم بتفصيل فكرة استقلاً للعلاقات المخـ
 تلفة الناشئة عن الاعتماد المستندي المنشئة له:

أولاً : استقلاً لخطاب الاعتماد عن عقد فتح الاعتماد .

يعد هذا الاستقلاً لاسمة

البارزة للتزماً بالبنك فيموا جهة المستفيد، ذلك أن هب مجرد إصدار خطاباً بالاعتماد وإبلاغ المستفيد به،
 ينقض جزئياً التزماً بالبنك فيموا جهة عميله
 الأمر بالوفاء بأحد التزماً ما تعقد الاعتماد المستندي (3) ، ويبدأ أفيالو وقتها التزماً بالبنك فيموا
 المستفيد بتنفيذ الاعتماد، أي أن خطاباً بالاعتماد يعد في ذات الوقت سبباً من أسباب انقضاء أحد التزماً بالبنك فيموا جهة
 عميله، وهو الأمر الصادر خطاباً بالاعتماد، والذي يعد أساساً للنشأة التزماً بالبنك فيموا جهة المستفيد وعـ

¹(COLMAR , 14- 06- 1985 ,chez : GAVALDA & STOUFLET ,JCP,1986, I, 3265, n 113,note c .

²محكمة استئناف باريس بتاريخ 16 - 02 - 2008 غرفة رقم 14 القسم أ رقم 07 /13376

³Trib. com. Paris, 26 sept. 1990, SOCIETE PAREXIM c/ BURTON HEDGE ORPORATION

et autres, D., 1991, 26^{ème} cahier, som. com., p. 224-225, obs. M. VASSEUR

يالرغم من أن البنك هو ذاته من تعاقد مع العميل في إصدار الاعتماد، وهو ذاتها الذي أصدر خطاباً بالاعتماد، وهو ملزم بإصداره هو فعلاً العقد الاعتماد المبرم بينه وبين العميل ويكون نقد أصدر خطاباً بالاعتماد لمصلحة المستفيد، وعلاقتها به تنحصر فقط بخطاب الاعتماد إذ تمتعت بتنفيذ التزاماتها المترتبة عليها بموجب عقد الاعتماد، سوا كان هذا السبب يرجع إلى خطأ ارتكبه العميل، أو إلى استحالة تنفيذ العميل للالتزامات التي سببها كالتقوية القاهرة مثلًا أو كذلك لا يحق للمستفيد بأي حال أن يتنفع من العلاقات التعاقدية القائمة بينه وبين العميل بالاعتماد المصر فمصدر الاعتماد بالشروط والوارد دفييه، والمستندات المشروطة من خلال التقديم، إلا أن البنك لا يستطيع التذرع بعقد فتح الاعتماد لعدم تنفيذ خطاب الاعتماد في مواجهة المستفيد ويكون من حق المستفيد اقتضاء قيمة خطاب الاعتماد إذا ما قدم مستندات مطابقة للشروط والوارد دفييه⁽¹⁾.

ومن ناحية أخرى فإن البنك لا يستطيع إلزام العميل الأمر بقبول المستندات المقدمة من المستفيد إذا كانت مخالفة لعقد فتح الاعتماد، حتى لو كانت موافقة للشروط وخطاباً بالاعتماد⁽²⁾.

ثانياً: استقلال خطاب الاعتماد عن عقد البيع.

ذكر سابقاً أن وظيفة الاعتماد المستندي هي أن يطمئن البائع على أنه سيستوفى قيمة من ثمن البضائع التي سوفيئها له صلاحة المشتري، ومما يعطى هذا الاستيفاء أن يكون تنفيذ الاعتماد أو ما يعر ف بخطاباً بالاعتماد مرتبطة بتنفيذ عقد البيع، ولهذا فافضماً أن لا يكون هذا الارتباط قائماً فإن نظام الاعتماد يقوم على أن المشتري عندما يطل بمنا البنك كدفعاً لثمنه لى البائع فإنه يقو بمبذعه، لا بوصفه ثمناً وبوصفه مشترياً يمدىنا به هذا الثمن، بل بوصفه البائع المستفيد صاحب حق غير ناشئ عن عقد البيع وإنما هو ناشئ عن تعهد البنك الصادر في خطاباً بالاعتماد، لذا لا يكون نمبلغ خطاباً بالاعتماد تحتوصف مسمى الثمن، وبذلك يكون للمستفيد مطالبة البنك بمبلغ خطاباً بالاعتماد بموجب هذا الخطاب ودون النظر لأى علاقات أخرى سابقة عليه.

(1) J.-P. Mattout, « Droit bancaire international », 2^{ème} éd., Banque Editeur, 1996, n° 302, p.47

(2) جورجيت عبده القليبي، المرجع السابق، ص 107.

ويترتب على هذا أن البائع لا يحل محل هيمو اجهة البنك، إلا إذا قام الأول بتنفيذ شروط خطاب الاعتماد المرسل إليهم من البنك، فإذا اختلفت شروط هيمو اجهة بالمطالبة ولو أثبتت تماماً أن البنك أنفق ما يتنفيذ شروط العقد الأساسي (عقد البيع).⁽¹⁾

ثالثاً: استقلال عقد فتح الاعتماد عن عقد البيع.

الإعتماد انبثقت عنها عمليات منفصلة عن عقد البيع، وهو العقد الأساسي الذي يوجبه أنشئت، ولا تكون البنوك المصدر فل اعتماداً بأي حال من الأحوال المعنية بهذا العقد الأساسي، أو ملتزمة بأي شيء بموجبه حتى لو تضمنت اعتماداً أي إشارة إلى هذا العقد مهما كانت هه الإشارة، وهذا ما أكدته المادة الرابعة من الأصول الأعراف الموحدة، وعلية فإن تعهد البنوك بموجبه خطاب الاعتماد أي كأنه شكل هذا الائتمار مسوا عبال دفع أو القبول أو دفع سحوبات مسحوبة عليها بالتداول لأو بأي التزيمات أأخرى بموجبه خطاب الاعتماد، فلا يكون خاضعاً لأيداء أأ أو حجج مقدمة منطال بفتح الاعتماد ناتجة عن علاقاتها بالبنك مصدر الاعتماد أو بالمستفيد.⁽²⁾

وكنتيجة: يترتب عن استقلالية خطاب الاعتماد ما يلي:

- البائع لا حق له تجاه البنك إلا إذا نفذ شروط خطاب الاعتماد، فإذا لم ينفذ أحد شروطه لم يكن له مطالبة البنك ولو أثبت انه نفذ شروط عقد البيع.⁽³⁾

وقد حكمت في ذلك محكمة النقض المصرية⁽⁴⁾، إذ قالت: "أن البنك الذي يقوم بتثبيت اعتماد مصرفي لوفاء ثمن صفقة بين تاجرين لا يجوز اعتباره أميناً للطرفين، إذ لا يوجد لديه وديعة بالمعنى المصطلح عليه قانوناً.

كما لا يصح وصفه بأنه ضامن أو كفيل يتبع التزامه التزام المدين المكفول، بل يعتبر التزامه التزاماً مستقلاً عن العقد القائم بين البائع والمشتري، فلا يلزم بالوفاء، إلا إذا كانت المستندات المقدمة إليه مطابقة تماماً لشروط فتح الاعتماد".

⁽¹⁾ V. M. VASSEUR, note sous *Cass. com.*, 7 avril 1987, D., 1987, 26^{ème} cahier, jurispr., p. 399 et spéc. p. 402

⁽²⁾ جورجيت القليني، نفس المرجع، ص 107 - 108 .

⁽³⁾ علي جمال الدين عوض، *تحصيل الثمن في التجارة الدولية*، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الثانية، العدد الأول، يناير 1978 ص 32

⁽⁴⁾ نقض مصري في 15 أبريل 1945، مجموعة أحكام النقض في 25 عاماً الجزء الأول، ص 220.

- وعلى العكس من ذلك إذا نفذ البائع شروط الخطاب فعلى البنك أن يدفع له ولو كانت هذه الشروط مخالفة لعقد البيع، وليس للبنك أن يتمسك على البائع بأن الخطاب يتضمن مخالفة لتعليمات المشتري صدرت منه بطريق الغلط، بل يلتزم البنك بتنفيذ وعده المدون بالخطاب أيا كان سبب تدوينه.

- وهكذا يكون استقلال حق المستفيد عن عقد البيع وعن عقد الاعتماد ميزة لهذا الحق وقيدا عليه في نفس الوقت، بحيث لا يكون للمستفيد أن يستند إلى عقد البيع ولا يكون للبنك أن يلزمه بشروطه.

ولذلك قضت - محكمة النقض الفرنسية، أن البنك ليس له أن يقيد جزءا من المبلغ الذي دفعه للبائع في الجانب المدين لحسابه الجاري المفتوح بينهما إذا اكتشف بعد دفع المبلغ إليه أن البضاعة وصلت معيبة.⁽¹⁾

كما لا يجوز للبنك أن يودع المبلغ الذي يطلبه البائع خزانة المحكمة هروبا من الوفاء، حتى ولو أمره بذلك المشتري، فالتزام البنك هو تنفيذ ما وعد به في خطاب الاعتماد.⁽²⁾

- وخطاب الاعتماد يحمي حق المستفيد حتى لو أفلس العميل الأمر، إذ يتمتع على البنك الاحتجاج بهذا الإفلاس للتهرب من التزاماته تجاه المستفيد. كما أن تصفية المصرف في الدول الأنجلوأمريكية لا يحول دون حصول المستفيد على حقه بالتقدم على سائر الدائنين العاديين للمصرف متى كان خطاب الاعتماد يحمل رقما أسبق على نشأة ديونهم.⁽³⁾

⁽¹⁾ CASS. COM de 03 juillet 1958, Rev. trimestriel de l'annee 1958, p 131. Note sous

⁽²⁾ علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 519 وما بعدها.

⁽³⁾ Kozolchyk, The emerging law of standby letters of credit and simple first demand quarantes, USA, Arizona law Review, vol 24, 1982, p 335.

المطلب الثاني: شروط استيفاء المستفيد لقيمة الاعتماد

عرفنا أن المستفيد لا يتحمل أي التزام من الاعتماد، بل ينشأ له حق ثابت ونهائي نسبيا في الحصول على قيمة الاعتماد⁽¹⁾. والحصول على هذا الحق مرتبط بتوافر شروط الاستيفاء التي تنطوي على درجة كبيرة من الأهمية⁽²⁾ إذ تعبر عن قدرة المستفيد على إلزام البنك بالوفاء، وقيام الأخير بالوفاء يعني نجاح الاعتماد وبراءة ذمة المشتري. ويستلزم على المستفيد حتى يستوفي قيمة الاعتماد أن يكون قد قدم المستندات التي حددها خطاب الاعتماد وأن تكون هذه المستندات مطابقة لشروطه. أما إذا لم يقدمها، سقط حقه بانتهاء مدة الصلاحية.

وكما عرفنا أن الوفاء بقيمة البضاعة يتم قبل أن تصل البضاعة نفسها مما يبعث الشك في سلامتها، فإن المشتري يحاول بقدر الإمكان عن طريق هذه المستندات التأكد من سلامتها، وهذا ما يجسده دور البنك بفحص هذه المستندات فحفا دقيقا تمهيدا لقبولها أو رفضه⁽³⁾. فإن لم تقدم هذه المستندات في مدة صلاحية الاعتماد أو اكتشف البنك أنها مخالفة لشروط الخطاب فله أن يرفضها وهذا الرفض يكون نسبيا أي لا يتم بشكل فوري ونهائي، فإذا لم تكن المخالفة جوهرية فبإمكان البنك إصلاح الوضع وذلك بأن يطلب من المستفيد تصحيح المخالفة وإعادة تقديم المستندات صحيحة، كما قد يقبل هذه المستندات لكن بتحفظ. أما إذا قدمت المستندات فعلى البنك الوفاء بقيمتها بإحدى وسائل الدفع المنصوص عليها في القواعد والأعراف الدولية.

وعليه سنركز في هذا المطلب على دور البنك في فحص المستندات وموقفه منها وذلك باعتمادنا التقسيم الآتي:

- مرحلة تقديم المستندات وفحصها في (فرع أول).

(1) صحيح أن صدور الاعتماد لا يرتب في ذمة البائع التزاما بتقديم المستندات، كما لا يترتب تخلفه في تقديمها حقا للبنك في مواجهته، لأن التزام البنك في مواجهته التزام أحادي الجانب، فلا التزام على البائع (كمستفيد) للتقيد بخطاب الاعتماد، لكن يكون ملتزما بالاستجابة للخطاب.

(2) بناء على المسؤولية العقدية تجاه المشتري التي يرتبها عقد البيع وتخلفه عن تقديم المستندات إخلال بهذا الالتزام يعطي الحق للمشتري بالمطالبة بفسخ البيع، والتعويض. انظر في هذا الشأن: محمد حسين إسماعيل، المرجع السابق، ص 85.

(3) V. J. HESBERT, note sous Cass. com., 29 avril 1997, Les petites affiches, 14 janv. 1998, N° 6, p. 23, n° 9

- مرحلة قبول المستندات أو رفضها في (فرع ثان).

الفرع الأول: مرحلة تقديم المستندات وفحصها.

يستمد الاعتماد المستندي تسميته من أن المستندات هي الأداة الوحيدة التي يقوم عليها التعامل بين ذوي الشأن في الاعتماد⁽¹⁾، فيكون للمستفيد الحق في قيمة الاعتماد متى تقدم بهذه المستندات، كما أن البنك لا يقوم بالتزامه بالدفع إلا إذا تحقق من سلامة هذه المستندات ومطابقتها لشروط⁽²⁾ خطاب الاعتماد.

أولاً: تقديم المستندات.

1 - المستندات الواجب تقديمها.

إن المستندات التي يجب على المستفيد تقديمها، هي المستندات التي يحددها العميل الأمر في عقد الاعتماد والتي يجب أن يضمنها البنك في خطاب الاعتماد، فإذا كانت تعليمات العميل الأمر بصدد المستندات المطلوبة كاملة وواضحة، التزم المستفيد من الاعتماد بتقديمها كما هي وبالشكل والشروط المحددة بخطاب الاعتماد..⁽³⁾

وقد حكم في سابقة: Banco National Ultramarino V. first National Bank حيث أشار خطاب الاعتماد إلى مستندات تمثل شحنة من السكر باسم "سكر بلور برازيلي أبيض" فقدمت مستندات دون أن تحمل ما يطابق هذه التسمية، فقضى بأن المستندات المقدمة ليست هي المطلوبة، ولما حاول البائع إثبات أن السكر الذي شحنه هو السكر المطلوب، قررت المحكمة أن ليس من الأهمية إثبات أن ما قد يتم شحنه بالفعل هي البضاعة المطلوبة، لأن التزام البنك كان مقابل مستندات لا مقابل تقديم بضاعة (سكر).⁽⁴⁾

وإذا لم يحدد الخطاب المستندات المطلوبة، لا عددا ولا نوعا، فقد استقر العرف في البيع على تقديم، سند الشحن ووثيقة التامين، والفاتورة التجارية.⁽⁵⁾ باعتبارها الحد الأدنى الذي يدل على تنفيذ البائع لواجبه في تقديم المستندات. إذ تمكن هذه الوثائق البنكو عميله الأمر

(1) هذا ما يستنتج من المادة 5 من القواعد والأعراف الدولية نشرة 600 والتي يقابلها نص المادة 4 من النشرة 500.

(2) محمد حسين إسماعيل، المرجع السابق، ص 86.

(3) يشير لهذه السابقة السيد اليماني، رسالته السابقة، ص 96، مرجعه في ذلك: 1 Lloyd's Rep. 529 (1908).

(4) ويعود ذلك إلى أن البنوك تتعامل بالمستندات لا بالبضائع، وأن التزامها موضح في حدوده ومضمونه بحرفية خطاب الاعتماد.

(5) علي الأمير إبراهيم إسماعيل، التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتمادات المستندية، في عقود التجارة الدولية ومسؤوليته، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 2002، ص 140.

من مطالبة الأطراف المسؤولة كشركة التأمين، بقيمة البضاعة الهالكة أو المفقودة، أو كمطالبة ناقل البضاعة هن طريق سند الشحن.⁽¹⁾

أما إذا حدد خطاب الاعتماد المستندات، لكن لم يعينها بوصف خاص، أي في حالة صالحة تجارياً⁽²⁾. بمعنى أن تكون من النوع والحالة التي تمكن المشتري من استخدامها في إعادة بيع البضاعة، ويمكن تداولها بسهولة وبسرعة، وتمكن البنك من أن يسترد عن طريقها حقوقه في حالة نزاعه مع المشتري.

كما أنه إذا تم تحديد المستندات تحديداً كافياً، فإن التزام المستفيد بتقديمها، لا يتجزأ بحسب الأصل، بحيث لا يجوز له أن يطلب من البنك دفع مبلغ من الاعتماد مقابل تقديم بعض المستندات الدالة على بدئه في تنفيذ التزاماته، ذلك أن التزام البنك لا يتجزأ.⁽³⁾ وليس للمستفيد الاجتهاد وتقديم مستندات مشابهة، لأن كل مستند يخدم غاية معينة لدى العميل الأمر إذ يقول القاضي سامرز Summers: "لا مجال لقبول المستندات المشابهة لشروط الاعتماد أو التي تؤدي الغرض نفسه

"there is no room for documents which are almost the same, or which will do just as well"⁽⁴⁾.

2 - موعد تقديم المستندات.

ويجب التفرقة بين تاريخ تقديم المستندات وتاريخ تنفيذ الاعتماد⁽⁵⁾ إذ يمكن للتنفيذ أن يحصل بعد التاريخ المقرر لتقديم المستندات، إذ يجب أن تتاح للبنك فترة زمنية معقولة لفحص المستندات حتى يقرر ما إذا كان سيقبلها أو يرفضها.⁽⁶⁾

(1) محمد حسين إسماعيل، المرجع السابق، ص 87.

²Cutteridge and Megrah, The law of bankers letters of credit, London, 1976, p 86

(3) التزام البنك لا يتجزأ، فلا يمكن له لأن يدفع إلا عند تسليم كل المستندات في مدة الصلاحية كاملة وسليمة.

(4) قضية: Equitable trust co. (VS) Dawson partners, (1920) 25. LL. Rep. P 90 أوردها أكرم إبراهيم

حمدان الزغيبي، مرجعه السابق، ص 57.

(5) انظر في تقديم المستندات خلال مدة خطاب الاعتماد: علي جمال الدين عوض، الإعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص 161.

(6) المادة 13 الفقرة 2 من القواعد والأعراف الدولية الموحدة للإعتمادات المستندية.

وعلى البنك التأكد عند تقديم المستفيد للمستندات أن الاعتماد لم تنته صلاحيته، وبخلاف ذلك قد يتعرض البنك للمسؤولية جراء وفائه بقيمته، إذا كانت مدة صلاحيته قد انتهت.⁽¹⁾

وقد أيدت محكمة التمييز الأمريكية موقف البنك الذي امتنع عن الوفاء بقيمة الاعتماد لتقديم المستندات خارج مدة الصلاحية وذلك في قضية: (VS) ZenithElectronicscorp .PanalPino, Ine⁽²⁾.

والتي تتلخص وقائعها كالآتي: أصدر بنك Hamilton اعتمادا مستنديا لمصلحة مستفيد معين ونص في خطاب الاعتماد على ضرورة تقديم المستفيد عددا من المستندات من بينها سند شحن نظيف وذلك قبل 1991/09/30، فقدم المستفيد بعضا من المستندات خلال مدة الصلاحية، أما سند الشحن النظيف فقد قدمه في 1991/10/03 أي بعد انتهاء مدة الصلاحية بثلاث أيام، فقرر البنك رفض الوفاء بقيمة الاعتماد، لأن سند الشحن قد قدم خارج مدة الصلاحية. فكان رأي القضاء مؤيدا لموقف البنك.

ومنه ولو كان سبب ذلك خارج عن إرادة المستفيد مثل بقاء المستندات لمدة طويلة في مركز البريد قبل وصولها إلى البنك، وإذا انتهت مدة الصلاحية يجوز للبنك الاحتفاظ بالمستندات على سبيل الأمانة دون أيوف بقيمة الاعتماد، على أمل أن يعدل العميل الأمر عقد الاعتماد بجعله متاحا لفترة إضافية.⁽³⁾

ولا يمكن تمديد الأجل المحدد في خطاب الاعتماد لأي سبب حتى وإن طرأت أسباب خارجة عن إرادة البائع والبنك⁽⁴⁾، فإذا قام البنك بذلك وقبل المستندات بعد المدة ولم يصدر منه أي تحفظ، فلا يمكن له الادعاء بعد ذلك، بأن المستندات قد وردت خارج المهلة المحددة وأن هذا القبول قد تم خلافا لشروط وتفاصيل الاعتماد⁽⁵⁾ ويكون للعميل الأمر رفضها.

(1) أكرم إبراهيم حمدان الزغبى، المرجع نفسه، ص 61.

(2) by the U.S Court of cassation in 1995 Decision issued (www. Law. cornell. ed) ، واردة على الموقع الآتي:

(3) محمود الكيلاني، مسؤولية البنك عندما تكون مستندات الاعتماد غير مطابقة وعند تقديمها بعد انتهاء صلاحية الاعتماد، الأردن، مجلة

البنوك، جمعية البنوك في الأردن، المجلد السادس عشر، العدد 3، 1997، ص 5558.

(4) المادة 17 من RUU.

(5) عفيف شمس الدين، المصنف في الاجتهاد التجاري، الجزء الثاني، بيروت، 1995، ص 185.

وفي حالة عدم تحديد مهلة للتقديم في خطاب الاعتماد، فإنه يجب تقديمها ضمن مهلة معقولة. ⁽¹⁾ ذلك لأن البائع لا يستطيع الادعاء بأن الاعتماد مفتوح لمدة غير محددة ويعود للقاضي تقدير ما إذا كان المستفيد قد قدم مستنداته خلال مهلة معقولة من عدمه. ⁽²⁾

أما عن تاريخ صدور المستندات، فلا يشترط أن تصدر ضمن فترة الصلاحية، إذ يمكن أن تقبل المستندات الصادرة قبل فتح الاعتماد ⁽³⁾ إذ المعروف أن كثيرا من الإعتمادات المستندية تفتح لتمويل بضائع في الطريق ومن الطبيعي تصور صدور سند شحن قبل فتح الاعتماد ⁽⁴⁾. كما تعتبر المستندات مطابقة ولو جرى تقديمها بعد انتهاء صلاحية الاعتماد إذا صادف اليوم الأخير من مهلة الصلاحية يوم عطلة وقدمها (المستفيد) في أول يوم عمل تال على تلك العطلة. ⁽⁵⁾

وإذا ضاعت هذه المستندات أو بعضها في الطريق، كان على البائع تقديم مستندات بديلة، ما بقيت مدة كافية لتنفيذ الاعتماد، فإذا انقضت امتنع عليه تقديم أي شيء وضاعت عليه فرصة الاستفادة من قيمة الاعتماد، ⁽⁶⁾ إلا أن البائع لا يفقد حقه الناشئ عن عقد البيع، وله بالرغم من ضياع حقه في هذه الحالة من الاعتماد أن يطالب المشتري بالثمن، إذا نفذ هو التزامه من عقد البيع.

ثانيا: شروط سلامة المستندات.

تدور فكرة سلامة المستندات حول الشروط الآتية:

1- مطابقة المستندات لبنود خطاب الاعتماد:

يجب أن تكون المستندات المقدمة من المستفيد مطابقة تماما للشروط الواردة في خطاب الاعتماد.

(1) محمد حسين إسماعيل، المرجع السابق، ص 89.

(2) إذا كان الاعتماد خاضعا لاتفاقية: UNICITRL فإن الاعتماد يبقى صالحا لمدة: ست سنوات من تاريخ إصداره.

(3) نصت على ذلك المادة 22 من القواعد والعادات الموحدة.

(4) السيد اليماني، رسالته السابقة، ص 100.

(5) انظر المادة 44 من القواعد الموحدة.

(6) لا يجوز الاحتجاج في مواجهة البنك بسبب الضياع أو القوة القاهرة.

ولا تقبل المستندات إلا إذا كان بينها وبين خطاب الاعتماد تطابق تام وهذا ما نصت عليه المادة 14 من القواعد والعادات الموحدة نشرة رقم 600 والمقصود بتطابق المستندات مع خطاب الاعتماد أن تتوافر في المستندات المطلوبة النقاط التالية: (1)

- أ. أن تكون كل وثيقة حاملة لرقم الاعتماد وتاريخ فتحه واسم البنك فاتح الاعتماد، وإذا كان مطلوب أن تحمل المستندات اسم وعنوان طالب فتح الاعتماد، فإنه لا بد من ذلك.
- ب. يجب التقيد بمبلغ الاعتماد ومكان صلاحيته وبكمية البضاعة وبمواصفاتها حسب ما قرره خطاب الاعتماد.
- ج. والمستندات المقبولة بطبيعة الحال هي المستندات المصادق عليها من الجهات الرسمية التي حددتها بيانات خطاب الاعتماد.

2- ضرورة تطابق المستندات فيما بينها.

إذا تبين للبنك أن بيانات أو شروط مستند معين يخالف بيانات مستند آخر، فإن هذا بعد تناقضا يلزم رفض المستندات المقدمة. (2) ويكفي أن يوجد تناقض من الناحية الشكلية (3). لأنه ليس من واجب البنك أن يفحص المستندات من الناحية الموضوعية، فإذا كان سند الشحن خاصا بشحنة على ظهر سفينة تغادر مرسيليا مثلا، بينما شهادة مصدر البضاعة المقدمة معه خاصة ببضاعة تغادر ميناء الهافر فإن هذه المستندات تكون مرفوضة (4).

أكدت محكمة النقض المصرية هذا الشرط في حكمها الصادر في 1976 والذي أيدت فيه رفض دفع قيمة الاعتماد بناء على ما اكتشفه البنك من مخالفة بيانات الشهادة الزراعية الصحية لبيانات البضاعة في باقي المستندات المقدمة. (5)

ومفهوم التناقض بين المستندات يختلف عن مفهوم نقصان بياناتها، فالتناقض بين المستندات يعني وجود اختلاف بينها، أم النقصان فيقصد به عجز المعلومات رغم صحتها في المستندات عن الوصول للوصف الكامل للبضاعة المبينة في خطاب الاعتماد. هذا النقصان

(1) انظر: محمد حسين إسماعيل، المرجع السابق، ص 88. و. علي الأمير إبراهيم، رسالته السابقة، ص 166.

(2) أكرم إبراهيم الزغبي، المرجع السابق، ص 73.

(3) علي جمال الدين عوض، الإعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص 179.

(4) obs.surcass.com ,DALLOZ 1950,p 132

(5) CASS . COM ,appel n° 198 , 39 , janvier 1976 , Audiance judiciaire année 27 , p 292

لا يؤدي إلى رفض المستندات، إذ أن الأحكام الحديثة الصادرة عن القضاء الأمريكي والإنجليزي تسمح باستخلاص البيانات المتعلقة بأوصاف البضاعة من مجموع المستندات، بمعنى أنه يمكن تكملة ما نقص من بيانات في مستند ما ببيانات واردة في مستند آخر، وطالما أن المستندات في مجموعها تعطي وصفا كاملا دقيقا للبضاعة، فهذا يكفي ويكون التقديم سليما. ⁽¹⁾ وهذا الحل مطابق للحل الذي أوردته القواعد والأصول الموحدة للاعتمادات المستندية في المادة 37 فقرة (ج) ⁽²⁾

3- عدم تعارض بيانات السند الواحد فيما بينها: ⁽³⁾

بمعنى أن يكون كل مستند مقدم سليما أي لا يكشف ظاهره عدم صدقه، فيجب أن يكون في نوعه وشكله وبياناته مطابقا للمطلوب، فلا جدوى من مستندات لا يوحى ظاهرها بصدق ما تتضمنه من بيانات، لأن التضارب في بياناتها غير مقبول ويدل على عدم سلامتها وقد قدر القضاء الأمريكي في قضية Clarendon, LTD (VS) State Bank of sourashla، ⁽⁴⁾ 1995.

"أنه إذا كان هناك غموض وتناقض في بيانات السند الواحد فإن على البنك واجب الرفض" وسلامة كل مستند مقدم يجب أن يستمد من ذاته، بحيث لا يكون في حاجة إلى ورقة أو سند آخر يكمله أو يصحبه. ⁽⁵⁾

4- يجب أن تكون جميع المستندات المطلوبة قد قدمت:

يجب أن تكون جميع المستندات المطلوبة متوفرة تحت يد البنك، ويجب عليه التأكد من ذلك، حيث إذا قام بتنفيذ التزامه بالدفع دون إكمال المستندات المطلوبة كان مسؤولا عن ذلك. ⁽⁶⁾

⁽¹⁾ انظر: نجوى محمد كمال أبو الخير، رسالتها السابقة، ص 130، 131.

⁽²⁾ ونص المادة 37 فقرة (ج) كالاتي: "يجب أن يطابق وصف البضاعة في الفاتورة التجارية لوصفها في الاعتماد، أما في بقية المستندات الأخرى فيجوز أن توصف البضاعة بشكل عام، على أن لا يتناقض ذلك مع وصفها في الاعتماد."

⁽³⁾ هذا الشرط مطلب جوهري في كثير من الدول منها فرنسا والولايات المتحدة والمجلترا.

⁽⁴⁾ هذه القضية واردة في شبكة الأنترنت على الموقع الأتي: www.Law.Corenel.Edu.

⁽⁵⁾ انظر: Bellot, traité de vente, C.A.F. le crédit documentaire, Paris, 1951, N, 549.

⁽⁶⁾ انظر: علي جمال الدين عوض، الإعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص 182 كذلك: علي الأمير إبراهيم إسماعيل، رسالته السابقة، ص 178، 179.

5- ضرورة تقديم المستندات خلال مدة الصلاحية.

الفرع الثاني: مدى التزام البنك بفحص المستندات.

عملية الفحص أهم وأدق مهمة يقوم بها البنك في تنفيذ الاعتماد، فإذا كان عليه الالتزام بجانب الحذر والدقة في كل مراحل فتح الاعتماد فإن عليه أن يلتزم دقة وحذرا أكثر في أول مراحل تنفيذه وهي فحص المستندات تمهيدا لقبولها أو رفضها.

أولا: المبادئ العامة في فحص المستندات.

هناك بعض القواعد والمبادئ الأساسية التي يجب على البنك مراعاتها أثناء قيامه بفحص المستندات، إذ يتوقف على احترامها نشوء حقه قبل الأمر، إذ انه في حالة عدم تقيده بها وقبل مستندات غير مطابقة يتأثر ضمانه برفض عملية تغطيته. وتتمثل هذه المبادئ فيما يلي:

1- الفحص الدقيق للمستندات من حيث ظاهرها:

المادة 14 من القواعد والأعراف الدولية الموحدة التي تنص على أنه: "يجب على المصارف أن تفحص جميع المستندات المنصوص عليها في الاعتماد بعناية معقولة للتأكد مما إذا كانت تبدو مطابقة لشروط الاعتماد، وإن مطابقة المستندات المنصوص عليها كما يبدو في ظاهرها مع شروط الاعتماد، يجب تحديدها بمعيار الأصول المصرفية الدولية كما تردد في هذه المواد ولن تفحص المصارف المستندات الغير منصوص عليها في الاعتماد، فإذا تسلمتها عليها أن تعيدها لمقدمها دون تحملها للمسؤولية.

تفسيرا لهذا النص فإن عبارة تبدو في ظاهرها، تعني الفحص الدقيق للمستندات من خلال البيانات الظاهرة المقدمة إلى البنك دون قيام البنك بالاستنتاج أو التقدير أو التفسير أو التحريات ودون البحث في حقيقة هذه المستندات وكونها صحيحة أو مزورة، إلا إذا كان هذا التزوير واضحا وظاهرا. كذلك لا يسأل عما إذا كانت المستندات تمثل فعلا البضاعة أم لا.

كما أنه لا يقصد بلفظ "ظاهرها" معنى السطحية⁽¹⁾ فهذا يتعارض مع العناية المعقولة، بل يعني أن ظاهر المستندات هو المرجع في الحكم على المطابقة أو عدم المطابقة، فإذا قبل

(1) علي جمال الدين عوض، الإعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص 265.

البنك مستندا ليس عليه توقيع، أو عليه توقيع غامض غير مصحوب بخاتم الجهة التي أصدرته أو كان يبدو على المستند مظاهر الكشط أو التحشير أو الطمس فإن القبول يعتبر غير سليم، لأن ظاهر المستند يكشف أنه غير سليم.

ويرجع عدم إلزام البنوك بالفحص العميق للمستندات لكون هذا الفحص يستغرق وقتا طويلا ويكبد البنوك عبئا ثقيلا لا يتفق مع السرعة التي يتطلبها المصرفي (باعتباره عملا تجاريا).⁽¹⁾

ويبدو على هذه المادة أنها أدخلت عنصرا جديدا بالنسبة للمطابقة الظاهرية يتمثل في معيار الأصول المصرفية الدولية، ووجود مثل هذا المعيار محل شك نظرا أن المصرفي في بلد ما لا يملك نفس الرؤية التي يملكها بنك في بلد آخر. إلا أن إضافة عبارة "كما تردد في هذه المواد" يعطي وضوحا أكثر للوضع، إذ أن العديد من الممارسات تم تجسيده في الأصول والأعراف الموحدة.⁽²⁾

مبدأ قصر الفحص على المستندات:

بناء على ما أوردته القواعد والأعراف الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية في نشرتها (500) لاسيما المواد 3/أ، المادة الرابعة والخامسة⁽³⁾، فإن مهمة البنك تقتصر في فحص المستندات المقدمة إليه لمعرفة مدى مطابقتها للاعتماد، فهو يفحص المستندات ويضاهيها بشروط خطاب الاعتماد المرسل إلى المستفيد باعتباره المرجع الأساسي في استنتاج المطابقة من عدمها وينتج عن ذلك أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار شروط عقد البيع ولا العادات التجارية ولا أوامر السلطة ولا ظروف البائع.⁽⁴⁾ ولا قوانين بلده في عملية فحصه للمستندات ومطابقتها لشروط الاعتماد. فلا مجال للاستنتاج أو التفسير وللإرادة المفترضة،

(1) حسين شحادة الحسين، موقف البنك من المستندات المخالفة في الاعتماد المستندي، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2001، 2002، ص 122.

(2) مثال المادة 37 من الأعراف والقواعد الدولية التي تميز بين الوصف في الفاتورة التجارية عن ذلك الذي في بقية المستندات، فوصف البضاعة في الفاتورة التجارية يجب أن يطابق الوصف في الاعتماد، بينما في باقي المستندات الأخرى فيجوز أن توصف بشكل عام دون تناقض مع الوصف الوارد في الاعتماد.

(3) المادة 3/أ والتي تم الإشارة إليها في استقلالية خطاب الاعتماد عن عقد البيع أما المادة الرابعة فقد نصت على أن التعامل في الاعتماد المستندي يتم بمقتضى مستندات لا بضائع ولا خدمات.

(4) انظر في هذا الشأن: علي جمال الدين عوض، الإعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص 262. علي الأمير إبراهيم إسماعيل، رسالته السابقة، ص 187 - 188.

ووفقا لذلك لا يكون البنك ملزما بالقيام بالتحريات عن المستندات أو عن أوصاف البضاعة أو وجودها، أو عن مكانة الأطراف المشاركة في التنفيذ.⁽¹⁾ إذ لا يمكن له تفسير شروط الاعتماد أو عبارات المستندات المقدمة زعما منه حماية مصالح المشتري.

وفي هذا الشأن فقد رأت محكمة بيروت التجارية في دعوى "سريكيس بنك طراد" أن البنك يعتبر مسؤولا عن خطئه ويتوجب عليه دفع قيمة الخسارة اللاحقة، لأنه حينما استلم الوثائق في بيروت من البائع وضع عليها تحفظات غير واردة في خطاب الاعتماد وقيد قيمة البضاعة على حساب البائع، وعندما وصلت المستندات والبضائع إلى المصرف الأجنبي قام برفضها بسبب التحفظات الأنفة الذكر وباع البضاعة، فأبلغ البنك في بيروت البائع بأنه قيد على حسابه فرق ثمن البضاعة فأقام البائع دعوى ضد البنك محتجا على هذا القيد، وقد استجابت المحكمة لطلبه معللة رأيها بأن البنك المدعى عليه أضاف من تلقاء نفسه شرطا لا ذكر له في متن خطاب الاعتماد، ومن المعلوم انه على البنك التقيد حرفيا بتعليمات الأمر بفتح الاعتماد ولا يجوز له إثارة دفوع خارجة عن نطاق تلك التعليمات أو تفسيرها أو تأويلها.⁽²⁾

ثالثا: مبدأ الامتناع عن تقييم المستندات:

إن دور البنك في فحص المستندات هو دور آلي، ليس له فيه أي تقدير⁽³⁾، بمعنى انه لا يستطيع تقدير مدى ملاءمة المستندات المقدمة إليه، وهذا ما يؤكد هذا المبدأ حيث يلزم البنك في دراسته للمستندات التقيد بشروط الاعتماد دون إعمال النظر أو التفكير لما قد يكون في ذهن عميله. وبالتالي عليه رفض المستندات المخالفة حتى ولو كانت تطابق النية الحقيقية للأطراف⁽⁴⁾.

كما أن على البنك التقيد بتعليمات عميله الأمر بشكل صارم، تحت طائلة المسؤولية العقدية، وهو مكلف بتنفيذها بحیطة كاملة تطبيقا لقاعدة التنفيذ الحرفي للاعتماد، فإن قبل

(1) حسين شحادة الحسين، رسالته السابقة، ص 133.

(2) قد أورد هذا الحكم، إلياس ناصيف، عمليات المصارف، بيروت، منشورات عويدات وبحر المتوسط، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، سنة 1983، ص 60.

(3) علي جمال الدين عوض، تحصيل الثمن في التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 25.

(4) حسن دياب، الاعتمادات المستندية التجارية، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1999، ص 114.

المستندات دون أن تكون مطابقة تماما لتعليمات عميله الأمر كان لهذا الأخير رفضها ومن ثم يفقد حقه في الرجوع عليه لاسترداد قيمة ما دفعه للمستفيد.

وعليه إذا لم تتوافر شروط المطابقة فليس للبنك تقدير ملاءمة المستندات المقدمة إليه، وقد قضت محكمة النقض المصرية: "أن البنك الذي يفتح اعتماد مستنديا للوفاء بثمن صفقة تمت بين تاجرين، لا يلزم بالوفاء إلا إذا كان هناك تطابق كامل بين المستندات وشروط فتح الاعتماد، دون أن يكون له في ذلك أدنى سلطة في التقدير أو التفسير".⁽¹⁾

وهذا يعني أن البنك يجب أن يلتزم بحرفية الشروط المنصوص عليها في الاعتماد، دون أن يكون له الحق في تقدير أهمية هذه الشروط⁽²⁾ وهذا ما يجسد معيار المطابقة التامة الذي نادى به الاتفاقات الدولية والنشرات المتعاقبة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، فضلا عن تأييد جانب كبير من الفقه والقضاء له⁽³⁾، ويتسم هذا المعيار بالحدة التي من شأنها أن تلزم البنوك برفض المستندات لأتفه سبب لذا كان من الضروري أن ترد عليه بعض الاستثناءات من بينها:

1. التغاضي عن الأخطاء الفنية:

وهي الأخطاء الإملائية أو الطباعية الغير مؤثرة، التي تختلف بحسب الحالة المعروضة ومن حيث أهمية البيانات أو المستندات التي وقع فيها الخطأ، فالإتمادات المستندية كثيرا ما يتم فتحها في الدول الغربية وغالبا ما يتم ذكر أسماء العملاء أو المستفيدين بلغات أجنبية، فيكون الخطأ في صياغة الاسم نتيجة الاختلاف في تهجئة الاسم ومثاله قضية: Beyne(VS) Irving trustco.⁽⁴⁾ حيث أكدت المحكمة أنه ليس كل خطأ إملائي يؤدي بالضرورة لرفض المستندات كأن ترد كلمة Smithh بدلا من Smith، فإن مثل هذا الخطأ يعتد به ولا يمكن البنك من رفض المستندات.

(1) طعن رقم 198 سنة 29 جلسة 26 جانفي 1976، ص 292، وقد ورد عند: محمد حسين إسماعيل، المرجع السابق، ص 94.

(2) لمزيد من التوضيح أنظر: ليلي بعناش، الاعتماد المستندي من الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص 101، 102.

(3) أكرم إبراهيم حمدان الزغي، المرجع السابق، ص 79.

(4) قضية وردت عن: أحمد نوري زيادات، معيار مطابقة المستندات لشروط الاعتماد المستندي، دراسة مقارنة لأحكام القضاء الأنجلوأمريكي، عمان، مجلة القانون، العدد الثاني، 1993، ص 217.

2. ضرورة عدم التشدد في رفض المستندات التي تحوي مختصرات دولية متعارف عليها:
(1)

هناك بعض المصطلحات شاع استخدام مختصراتها في التجارة، فأصبح استخدام هذا المختصر عاما لا يمكن الاحتجاج، بعدم معرفته، ووفقا لذلك لا يجوز للبنك رفض المستندات التي تتضمن هذه المختصرات بحجة أنها تتطلب خبرة.

3. مراعاة بعض الاستثناءات التي قضت بها الأعراف الدولية:

ومن بين هذه الاستثناءات ما نصت عليه المادة 39 من القواعد والأعراف الدولية التي تسمح بنسبة نقصان أوزيادة لغاية 5% في كمية البضاعة المشحونة فقط، بشرط أن تتجاوز المبالغ المسحوبة قيمة الاعتماد.

وفي الأخير نتكلم بإيجاز عن المدة التي على البنك فحص المستندات خلالها والتي حددتها القواعد والأعراف الدولية⁽²⁾ بخمسة أيام عمل مصرفي تلي يوم تسليم المستندات ويترتب على ذلك: أن أيام العطل التي تقع ضمن المدة لا يحسب من ضمن الأيام الخمسة وهذا ما يستفاد من عبارة "يوم عمل"⁽³⁾، إذ لم يفحص البنك المستندات خلال هذه المدة ولم يبد رأيه عد سكوته قبولا للمستندات ويحرم من القول فيما بعد أن شروط العقد لم تراعى⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: مسؤولية البنك عن التزامه بفحص المستندات.

أولا: معيار المسؤولية.

عرفنا أن البنك يخضع في التزامه لقاعدتين أساسيتين هما قاعدة التنفيذ الحرفي طبقا لتعليمات عميله الأمر، أما القاعدة الثانية تتمثل في المطابقة التامة لشروط الاعتماد، كما أنه ليس للبنك مطالبة المستفيد بأكثر مما هو وارد في خطاب الاعتماد، وهو ملزم في التزامه هذا ببذل العناية الكافية أو المعقولة التي تقتضي من البنك التدقيق في المستندات وفحصها مليا

(1) حسين شحادة الحسين، رسالته السابقة، ص 161.

(2) المادة 14/ب من النشرة 600 تنص على أنه: "يكون لدى كل مصرف وقت معقول لا يتجاوز خمسة أيام عمل مصرفي تلي تسليم المستندات لفحصها ولا اتخاذ قرار بشأن قبولها أو رفضها وتبليغ الجهة التي تسلم منها المستندات بقراره".

(3) بينما كانت المدة في قواعد 1993 النشرة 500 هي 7 أيام عمل وفي هذا التقليل دعم للسرعة التي تقوم عليها الحياة التجارية.

(4) محمود الكيلاني، مسؤولية البنك عندما تكون مستندات الاعتماد غير مطابقة وعن تقديمها بعد انتهاء صلاحية الاعتماد، المرجع السابق، ص 558.

وبعناية للتحقق من مطابقتها لتعليمات عميله وأي تقصير في ذلك لا يسمح للبنك من المطالبة بالمبلغ الذي دفعه للمستفيد، وسيخسر حقه في التعويض عما دفعه.⁽¹⁾ وهذا ما أورده نص المادة 14/أ من القواعد والأعراف الدولية التي نصت على أنه: "يجب أن تقوم البنوك بفحص جميع المستندات المشترطة في الاعتماد بعناية معقولة للتأكد مما إذا كانت تبؤفي ظاهرها متفقة مع نصوص الاعتماد وشروطه."

وفي هذا المجال يطرح تساؤل مهم حول التزام البنك في فحص المستندات، هل هو التزام ببذل عناية، أم التزام بتحقيق غاية⁽²⁾. وطبقاً لنص المادة 14 فإنه على البنك فحص كافة المستندات بعناية معقولة للتأكد من أنها تبؤفي ظاهرها مطابقة لشروط وتفاصيل الاعتماد والمقصود بالفحص هو النظر الدقيق في التفاصيل أي الفحص العميق المنتظر من بنك محترف ومتخصص.⁽³⁾

وإن تعددت الآراء حول مقدار العناية المعقولة، حيث يرى البعض أنها التزاماً بتحقيق نتيجة⁽⁴⁾ مادام التزام البنك بفحص المستندات التزام حرفي للتحقق من المطابقة المادية بين المستندات المقدمة وشروط الاعتماد، دون أن يكون للبنك سلطة تقديرية في ذلك مهما بلغت درجة العناية التي بينها، إذ أن العميل يطلب تحقيق نتيجة معينة هي قبول مستندات مطابقة لتعليماته، فلا يساغ للبنك قبول مستندات غير مطابقة ثم يتذرع بأنه بذل أقصى درجات العناية.⁽⁵⁾

كما يرى البعض أن التزام البنك لا يرقى إلى تحقيق نتيجة أو غاية وذلك بتسليم المشتري مستندات خالية من أي عيب فهناك أمور لا يكون البنك مسؤولاً عنها كتزوير المستندات إذا كانت مطابقة في ظاهرها لشروط الاعتماد، إلا إذا كان التزوير ظاهر لا يحتاج إلى خبرة لتكتشفه⁽⁶⁾.

(1) حسين شحادة الحسين، رسالته السابقة، ص 124.

(2) محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك، المرجع السابق، ص 1154.

(3) علي جمال الدين عوض، الإعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص 266.

(4) السيد اليماني، رسالته السابقة، ص 128.

(5) أحمد منير فهمي، الدليل السعودي لمكافحة القرصنة والغش التجاري الدولي، الجزء الثالث، مجلس الغرف التجارية الصناعية السعودية، 1996، ص 304.

(6) Hamel, Dalloz, 1226201- p 630.

أما الرأىالراجح فيرى أن التزام البنك لا يصل إلى حد اعتباره التزاما بنتيجة وإنما هو مجرد التزام ببذل عناية، ولكن العناية المطلوبة من البنك، عناية من درجة عالية، هي عناية الرجل الحريص، لا الرجل العادي وذلك نظرا لخبرة البنك في مجال الإعتماداتالمستندية، ودقة العرف في تحديد ما يكون مقبولا من المستندات وما يرفض، والالتزام بالبنك بالتشدد في مراعاة أوامر المشتري كل ذلك يوجب عليه أن يكون حريصا غاية الحرص في فحص المستندات، (1).

وأساس مسؤولية البنك حسب ما هو متفق عليه فقها وقضاء إزاء عملية الفحص هي المسؤولية العقدية، حيث أن العلاقة بين البنك والعميل المشتري يحكمها عقد فتح الاعتماد، ويمكن القول إن هذا العقد يعتبر من عقود الخدمات المصرفية التي ترد على عمل (2) ويكون البنك فيها مؤجرا لخدمات، ومن ثم فإنه يمكن محاسبة البنك باعتبار أن هذا العقد، عقد إيجار خدمات يحدد آثاره العرف المصرح.

فإذا أخل البنك بالتزامه بفحص المستندات طبقا لقاعدة التنفيذ الحرفي لتعليمات الأمر فإنه يتعرض للمسؤولية، وتتحصّر مسؤوليته إما في تعويض المشتري عن الضرر الذي يصيبه بسبب خطأ البنك وتقصيره بسبب قبوله مستندات غير مطابقة، وإما في رفض المشتري للمستندات المخالفة. (3) ولتفادي البنك أن تقع عليه مسؤوليه عما قد يكون في المستندات من عيوب، يقوم بعرض المستندات على عميله الأمر فإذا قبلها هذا الأخير لم يكن له أن يرجع على البنك بعدها. (4)

ثانيا: إعفاء البنك من المسؤولية.

لقد تناولت القواعد والأصول لموحدة للاعتمادات المستندية لعام 1993 أسباب عدم مسؤولية البنك في المواد من 15 إلى 18 وبالنظر إلى هذه النصوص نقسم أسباب الإعفاء إلى قسمين:

(1) عقود الخدمات المصرفية هي عقود غير مسمّاة، استقر عليها العرف المصرفي، تنقسم إلى عقود واردة على الانتفاع بشيء، فعقود الخدمات الواردة على العمل قد يكون البنك فيها وكيلًا عن العميل أو مؤجر خدمات له أو مودعا لديه.

(2) انظر: علي جمال الدين عوض، تحصيل الثمن في التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 28. كذلك. علي الأمير إبراهيم إسماعيل، رسالته السابقة، ص 349 إلى 368.

(3) محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك، المرجع السابق، ص 1155.

(4) علي جمال الدين عوض، الإعتماداتالمستندية، المرجع السابق، ص 268.

1. أسباب الإعفاء الغير مباشرة من المسؤولية:

والمقصود بذلك أن هذه الأسباب لا تقرر إعفاء البنك من المسؤولية عن أمور هو ملزم بها، لكن هي في الحقيقة مسائل لا يلزم بها البنك أصلاً بحكم أنها تخرج عن اختصاصاته. وهذه الأسباب نستنتجها من نص المادة 15 من القواعد والأصول الموحدة التي أقرت أن البنك لا يتحمل أية مسؤولية عن شكل المستندات أو كفايتها أو دقتها أو زيفها أو أي أثر قانوني لأي من المستندات، كذلك فيما يتعلق بالشروط العامة أو الخاصة المثبتة في هذه المستندات أو المضافة عليها.

هذا البنك يفترض أن يكون قد بذل ما عليه في عملية الفحص دون أن تتكشف له هذه العيوب، لأنها بطبيعتها عيوب خفية لا تبدو في ظاهر المستندات، وينتج عن إعفاء البنك من المسؤولية حقه في قبول هذه المستندات وتقديمها للمشتري وأن يسترد منه حقه.

وسنحاول بإيجاز شرح هذه العيوب:

أ. شكل المستند:

ويقصد به الصيغة المحرر بها المستند، فيكون البنك معفى من شكله في حالة عدم تحديد شكل معين في التعليمات وتتصرف عبارة شكل المستند إلى كفاية كتابته من الناحية المادية، فالبنك لا يسأل عن ذلك مادام ظاهر السند وطريقة كتابته لا تثير الشك.⁽¹⁾

ب. كفاية المستند:

ومعناه أن يكون كافياً لأداء الغرض المقصود منه، أي كفاية البيانات الواردة فيه لتحقيق الغاية المرجوة منه فلا مسؤولية على البنك لكون المستند غير كاف، إذ يكفي البنك أن تكون كفايته بالنظر إلى ما ورد في الاعتماد بشرط أن لا يتجاهل شرط السلامة الظاهرة والتعليمات الأمر.

ج. دقة المستند:

(1) وهو التفسير الذي اعتمده علي جمال الدين عوض في نفس المرجع، ص 269.

ومعناه صدق العبارة وقوتها في التعبير عن الحقيقة، فلا يسأل البنك عن كون المستند يعبر عن الحقيقة أولاً لأنه بذلك يضطر إلى تجاوز النظر في ظاهر المستندات والبحث في الوقائع وهذا ما لا يطلب منه.

د. صحة المستند:

بمعنى أصالة المستند⁽¹⁾، أي صدق صدوره ممن هو منسوب إليه فيكون للبنك أن يقبل المستند لأنه يحمل ما يفيد صحته في هذا المعنى، حتى وإن كان على خلاف ذلك في الواقع.

(1) وسنقفل في هذه المسألة التي تتعلق بتزوير المستندات لاحقاً.

هـ. زيف المستند :

الأصل أن البنك غير مسؤول عن المستندات المزورة إذا كان التزوير غير واضح في المستندات، لكن لا يعفى البنك من المسؤولية في حالة وضوح التزيف والتزوير، إذا كانت المستندات تحمل تعديلات أو تغييرات على بعض بياناتها، فإن الأصل أن يرفضها البنك بحجة أن التعديل صادر ممن لا صفة له في إجراءاته، والبنك ليس مكلفا بالتحري عن هذه المسألة، ويتصل موضوع التغييرات في المستند بموضوع التزيف أو الاصطناع، فالمستند الزائف أو المصطنع هو الذي لم يكن صحيحا إطلاقا في أي جزء منه، بمعنى أنه لا علاقة له بالحقيقة، أما المستند المزور فهو مستند ظهر صحيحا لكن طرأ تغيير على بعض بياناته أو هو مستند حقيقي لكنه في جزء منه لا يعبر عن الحقيقة. ومثال الأول سند شحن منسوب صدوره إلى شركة ملاح لا علاقة لها به إطلاقا، ومثال الثاني سند شحن صادر من شركة الملاح لكن طرأ عليه عبث في بعض بياناته أو تضمن منذ إصداره تاريخا غير صحيح. (1)

والفرض في حالة تزوير أو تزيف المستندات، أن هذا التزوير أو التزيف غير ظاهر من المستند ذاته (2) وإلا كان رفض المستندات واجبا بغير جدال (3)، كما ينبغي أن يكون رفض البنك للمستندات مؤيدا بأدلة كافية حتى يتجنب البنك الدخول في دعاوى قضائية هوفى غنى عنها. (4)

ومعنى ذلك أنه إذا انكشف الغش أو التزوير قبل قبول المستندات أو قبل تنفيذ الاعتماد وجب على البنك عدم التنفيذ، أما إذا انكشف بعد تنفيذ كان له أن يرجع على البائع بما دفعه. (5)

2. أسباب الإعفاء المباشرة من المسؤولية: (6)

(1) علي جمال الدين عوض، الإعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص 407.

(2) حيث نصت المادة 15، من القواعد والأعراف الدولية على إعفاء البنك من مسؤولية المستند المصطنع أو المزيف، إذا كان هذا التزيف غير ظاهر.

(3) أنظر حالة الغش من المستفيد، د. علي جمال الدين عوض، الإعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص 312.

(4) أكرم حمدان إبراهيم الزغي، المرجع السابق، ص 152.

(5) وهذا ما سنناقشه بإسهاب في الفصل الثاني من هذا البحث.

(6) انظر: علي الأمير إبراهيم إسماعيل، رسالته السابقة، ص 383.

بمعنى أن البنك ملزم بالقيام بعمل معين وملزم أيضا أن يبذل فيه عناية البنك الحريص وذلك وفقا للمستوى الدولي للممارسة المصرفية، وبالرغم من قيام البنك ببذل العناية المطلوبة إلا أن النتيجة المرجوة لا تتحقق، عندئذ يستفيد البنك من الإعفاء من مسؤولية الضرر الذي وقع. وهذا ما قرره نص المادة 16 والمادة 17 من قواعد 1993 وسنورد هذه الإعفاءات على النحو التالي:

أ. ما يستنتج من نص المادة 16:

وما يستنتج من هذا النص أنه يقرر إعفاء حقيقيا عن المسؤولية لصالح البنوك عن أعمال من المفروض أن تقوم هي بها، كما يعفيها من المسؤولية عن النتائج المترتبة على تأخير أو ضياع أية مراسلات أو خطابات أو مستندات أو الأخطاء التي تقع أثناء النقل أو في ترجمة المصطلحات الفنية، حيث كل ذلك يعتبر نتيجة منطقية لاقتصار مسؤولية البنك على الفحص الظاهر للمستندات، فمادام البنك قد اتخذ الحيطة وبذل العناية الواجبة أثناء الفحص، ولم يقع من جانبه خطأ أو إهمال، فلا يجوز أن يسأل عن أية نتائج تقع لأسباب أجنبية لا يد له فيها.

ب - ما يستنتج من نص المادة 17:

إعفاء البنوك من المسؤولية عن انقطاع أعمالها وبالتالي عدم قدرتها على تنفيذ الاعتماد خلال الفترة المحددة لها بسبب يرجع إلى القضاء والقدر، والاضطرابات والحروب وغيرها من الأسباب التي تخرج عن إرادة البنك.

- وهذا الإعفاء يستفيد منه البنك حتى وإن امتدت فترة التعطل حتى انقضاء مدة صلاحية الاعتماد، وعندها لا يكون للمستفيد الحق في المطالبة بتنفيذ الاعتماد، إذ يكون طلبه مقدما بعد انقضاء أجل الصلاحية. ولا مسؤولية على البنك في رفضه التنفيذ.

- هذه الأسباب المعفية للبنك تندرج في إطار القوة القاهرة بالإضافة إلى أسباب أخرى لا يد للبنك فيها إما عامة كالحروب أو خاصة بالقطاع المصرفي كالإضراب أو الغلق فإنها أيضا تعفي البنك حتى وإن لم ترتق لمستوى القوة القاهرة. وشرط الإعفاء في كل هذه الحالات، أن لا يكون سبب الانقطاع خطأ من البنك وإلا قامت مسؤوليته ولا يستفيد من النص.

ج - أسباب أخرى للإعفاء من المسؤولية: وقد أوردتها الفقه والقضاء.

- حالة تنازل العميل عن التمسك بالمخالفة: (1)

وذلك كما لو أخطر البنك العميل الأمر بوجود مخالفة في المستندات قبل تنفيذه الاعتماد، فأمر العميل البنك بتجاوزها وتنفيذ الاعتماد.

- حالة عدم ترتيب المخالفة لأي ضرر: (2)

ومن ذلك أن تكون المخالفة مجرد خروج على شرط وضع لغير مصلحة العميل وقد حكم في قضية تتلخص وقائعها بأن شخصا اشترى آلة من تاجر أمريكي بعقد بيع (سيف) وأخطأ البنك، فدفع مقابل مستندات (فوب). والفرق بينهما أن طبقا لمستندات (فوب) يلزم المشتري بدفع أجرة النقل بخلاف حالة البيع (سيف) إذ هي تدخل في الثمن الإجمالي وقد رفضت المحكمة مساءلة البنك مع إقرارها بخطئه، لأن المشتري قد استفاد من العملية، إذ أن ثمن البيع فوب مضافا إليه أجرة النقل كانت أقل من الثمن المنتق عليه (3).

(1) علي جمال الدين عوض، الإعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص 399.

(2) علي جمال الدين عوض، الإعتمادات المستندية، نفس المرجع، ص 400.

(3) أورد هذه القضية: علي الأمير إبراهيم إسماعيل في رسالته السابقة، ص 387.

المبحث الثاني:

الاعتراف بالغش كاستثناء على مبدأ نهائية تنفيذ الاعتماد المستندي.

توصلنا في المبحث الأول إلى أن للمستفيد حق في الحصول على قيمة الاعتماد وعرفنا أن هذا الحق مستقل عن العلاقات السابقة التي أنشأته، بحيث لا يتأثر بالعلاقة الخاصة بين البائع والمشتري والمتمثلة في عقد البيع، كما لا يتأثر بالعلاقة بين البنك والمشتري والتي أساسها عقد الاعتماد.

ويستلزم على المستفيد حتى يحصل على قيمة الاعتماد أن يقدم المستندات المطابقة لشروط الاعتماد، فمتى تأكد البنك من السلامة الظاهرية للمستندات ومطابقتها لشروط الاعتماد تعين عليه تنفيذ الاعتماد ونشأ بذلك للمستفيد حق بات ونهائي نسبيا في قيمة الاعتماد وسبب القول بنسبية نهائية حق المستفيد هو جواز المعارضة في حصول المستفيد على مبلغ الاعتماد بسبب الغش.

وقد تناولت القواعد والعادات الموحدة الغش كسبب من أسباب إعفاء البنك من المسؤولية إذا ما بذل البنك العناية المعقولة في فحص المستندات، وكانت المستندات مطابقة ظاهريا لشروط الاعتماد وهذا ما نصت عليه المادة (15) بقولها: "لا تتحمل المصارف أي التزام أو مسؤولية عن الشكل أو الكفاية أو الدقة أو الصحة أو الزيف أو الأثر القانوني لأي مستند...".

وهذا ما أكدته المادة (1/108/C) من اتفاقية (ISP98) بقولها: "البنك المصدر غير مسؤول عن دقة أو صدق أو كفاية أي مستند...".

أما عن الغش كسبب من أسباب المعارضة في الإعتمادات المستندية فلم تتطرق إليه القواعد والعادات الموحدة واكتفت اتفاقية (ISP 98) في مادتها (1/105/C) بإحالة هذا الموضوع على القانون الواجب التطبيق بقولها: "القواعد الخاصة بالغش والتعسف في

استعمالالحق أوأي أمر مماثل غير خاضعة لأحكام الاتفاقية ويترك أمر تنظيمها للقانون الواجب التطبيق"⁽¹⁾ .

في حين تناول القانون التجاري الأمريكي الموحد U.C.C الغش كسبب من أسباب وقف تنفيذ الاعتماد ،وسمح للبنك الامتناع عن الوفاء إذا كشف عن غش ظاهر في المستندات كما سمح للعميل الأمر الحصول على أمر قضائي يمنع البنك من الوفاء بقيمة الاعتماد حال وجود غش من قبل المستفيد في عقد الأساس.

لا يمكن تصور تأدية الاعتماد المستندي لوظائفه بسهولة إلا في ظل مبدأ الاستقلالية، وأهم من يستفيد من هذا المبدأ هو المستفيد من الاعتماد وبتقديمه للمستندات السليمة يصبح هذا الحق نهائياً إذ يقفل الباب في وجه كل من المشتري الأمر الذي لا يمكنه مطالبة البنك بوقف تنفيذ الاعتماد بسبب مؤثرات مست علاقته بالبائع (عقد البيع)، وكذلك البنك المصدر الذي لا يمكنه التراجع عن تنفيذ الاعتماد.

وعليه لا يكون مفراً أمام البنك من تنفيذ التزامه سوى إثبات وقوع غش من جانب المستفيد.

هذا وقد تضاربت آراء الفقه حول مدى تأثير الغش على مبدأ الاستقلالية فمنهم من أخذ بفكرة أن الغش يفسد كل شيء⁽²⁾ ومنهم من رفض اعتبار الغش استثناء على مبدأ الاستقلال الذي أكدته القواعد الدولية بالإضافة إلى أن الأهمية العملية لعقد الاعتماد المستندي تقتضي المحافظة على هذا المبدأ وعدم فرض أي استثناءات عليه.

وسنحاول في هذا المبحث تناول مدى الأخذ بالغش كسبب من أسباب وقف تنفيذ الاعتماد المستندي في القوانين المقارنة.

وباعتبار القضاء الأمريكي هو أول من قضى بإمكانية وقف تنفيذ الإعتماداتالمستندية بسبب الغش في القضاء المقارن سنخصص **المطلب الأول**: للأساس القانوني للدفع بالغش في القانون الأمريكي ونتناول في **المطلب الثاني**: مدى إمكانية الدفع بالغش في القوانين المقارنة.

¹ اتفاقية (ISP 98): (RPIS) , les pratiques internationales relatives aux stand 1998est soigneusement écrite ensemble de règles destinées a faciliter le commerce nationale et international, l'utilisation de lettres de crédit.

⁽²⁾ علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، بند 247، ص 206 وما بعدها.

المطلب الأول: الأساس القانوني للدفع بالغش في القانون الأمريكي.

على عكس معظم التشريعات المقارنة التي تفتقر لنصوص قانونية تعالج مسألة وقف تنفيذ الإعتمادات المستندية بسبب الغش، فإن القانون التجاري الأمريكي الموحد قد أقر استثناء الغش على مبدأ الاستقلال وأجاز عدم الوفاء للمستفيد بسببه ويتسم تطور القانون الأمريكي في هذا الصدد بوجود قدر من التطبيقات القضائية قبل تقنينها في القانون التجاري الأمريكي الموحد في المادة (114/5)، وعليه فإن تناول هذا المطلب يكون في فرعين.

الفرع الأول: أهم التطبيقات القضائية للغش المانع من تنفيذ الاعتماد.

على الرغم من وجود كم لا بأس به من التطبيقات القضائية بخصوص الغش المانع من تنفيذ الإعتمادات المستندية قبل تقنينها في القانون التجاري الأمريكي، إلا أنارتأينا التطرق لأبرزها وأشهرها.

قضية⁽¹⁾ Szejn. V. Shroderbanking corporation وقد قدمت هذه القضية في وقتها (سنة 1941) مفهوماً جديداً يسمح باستصدار أمر بمنع الوفاء مقابل مستندات تقدم في إطار اعتماد مستندي، إذا أثبت المشتري وجود غش مقصود من البائع، لا مجرد إخلال من البائع بأحد الالتزامات التي يفرضها عليه عقد البيع².

ونظراً لكون الأحكام القضائية التي يمكن أن يكون لها نفس التأثير الذي أحدثته هذه القضية على واقع الإعتمادات المستندية هي قليلة جداً⁽³⁾ ليس على مستوى الولايات المتحدة الأمريكية فحسب بل على المستوى الدولي لذا سنحاول تناول القضية بنوع من التفصيل.

(1) حاتم محمد عبد الرحمن، العمليات المصرفية المستقلة والمشكلات المرتبطة بتنفيذها، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 2003، ص 70.

² Arrêt STZEN c/ J. HENRY SCRODER BANKING CORPORATION, cité par E.P. ELLINGER, "Documentary credits and fraudulent documents", Singapore Conferences on International Business Law, "Current problems of international trade financing", Edited by C.M. Chiukiu, P.J. Davidson, W.J.M. Ricquier, Published by Malaya Law Review &Buterworth, 1983, p. 185-234

(3) انظر: Henry Harfield, Enjoining letter of credit transactions, bankinglaw journal, August 1978, Vol 95, p.596.

وقائع القضية:

وتتجلى في أن بنك Schroder Banking Corporations أصدر خطاب اعتماد غير قابل للإلغاء لصالح Transea Trading ولحساب عميل البنك Szejn وقد افتتح هذا الاعتماد بناء على عقد الأساس (عقد بيع) محله شراء شعر حيوان Bristes كانت شروط الاعتماد تتمثل في أن يدفع البنك مقابل الاعتماد عند تسلمه فاتورة وسند للشحن.

تحصل البائع على سند للشحن من شركة للنقل ثم قام بإعداد فاتورة تجارية وقدم هاته المستندات إلى البنك مصدر الاعتماد عن طريق بنك وسيط هو Chartered China Bank of India, Australia.

وقبل قيام البنك بالدفع قام العميل الأمر (المشتري) Sztjen بتقديم طلب إلى محكمة نيويورك العليا للحصول على أمر بمنع الدفع على أساس أن المستندات كانت غير حقيقية إذ أنه لم يتم شحن البضاعة المتفق عليها في عقد الأساس وإنما ماتم شحنه هو عبارة عن 50 صندوقاً مملوءاً بالنفايات وشعر بقر .

وقد شكل هذا مشكلة واجهها القاضي برنارد شينتاغ سنة 1941 وقد جاء في حكمه ما يلي: "إن المستندات المقدمة تصف الـ Bristles (شعر الخنزير) كما تطلبه خطاب الاعتماد، بينما تدعي المطالبة المنظورة أن transea البائع قام بملء الصناديق بشعر بقر ونفايات وذلك بنية تقليد البضاعة الحقيقية وغش المدعي، قد جاء في الدعوى إلى أن transea البائع قام بسحب كمبيالة في إطار الاعتماد المستندي من أجل تحصيل الاعتماد".
أولاً: كيفية إثبات الغش.

دفع المستفيد من الاعتماد برفض الدعوى Motion to dismiss the Complaint لعدم وجود سبب لها Cause of action.⁽¹⁾

(1) وفقاً لتعريف Black's law dictionary, op. cit, p. 221, 1014 فإن الدفع برفض الدعوى يعني "طلب يرفض أي مطالبة لأنها لم تتضمن ادعاء يمنحه القانون حماية" أما عن Cause of action يقصد به "الطريقة أو الوقائع التي تعطي الشخص حقاً في الحصول على تدخل قضائي في مواجهة شخص آخر".

رفضت المحكمة طلب المدعى عليه، بناء على افتراضها صحة الوقائع التي ارتكز عليها المدعى طالب وقف الدفع. وفي ظل القانون الأمريكي فإن ذلك يعتبر جائزا ما لم يقدّم دليل يعكس وقائع الدعوى.

إذ أن الغش كان ثابتا في قضية Sztejn من خلال إجراءات التقاضي والمحكمة منحت أمرا قضائيا بمنع الدفع على هذا الأساس أي على أساس ثبوت الغش، لا على أساس الادعاءات المحتملة أو الغير مؤسسة بوجود الغش.

وهذا ما أكدته المحكمة في حكمها حيث ذكرت أنه فقط عندما يكون الغش ثابتا Established فإنه يمكن استصدار الأمر القضائي بمنع الدفع.⁽¹⁾

وكنتيجة على ما سبق فإن المشتري لم يواجه أية صعوبة في إثبات الغش بدليل كاف يرضي المحكمة، نتيجة افتراض المحكمة أن الوقائع التي يدعيها المشتري بوجود غش من البائع كانت صحيحة، وذلك كما يسمح به القانون الأمريكي في حالة التقدم بطلب لرفض الدعوى لعدم وجود سبب للدعوى، بشرط عدم وجود دليل على العكس.

وهذا عكس ما هو ساري في القانون الإنجليزي، حيث يواجه المشترون أمام القضاء الإنجليزي صعوبات بالغة لإثبات الغش.⁽²⁾

ثانيا: وقت ظهور الادعاء بالغش.

في قضية Sztejn كان الادعاء بوجود الغش سابقا لقيام البنك بالدفع، وهو ما أكدت عليه المحكمة التي جاء في حكمها أنه لو كانت المستندات المقدمة مصطنعة أو يشوبها الغش فإن البنك إذا قام بالدفع قبل أن يتلقى أي إشارة بغش البائع يكون محميا بشرط أن يكون قد بذل عناية معقولة في فحصه للمستندات قبل قيامه بالدفع.

⁽¹⁾ John. F. Dolan, **The law of credits, commercial and standly letters of credit**, second edition, 1990, warren, Gorham, Lamont, p.735.

⁽²⁾ John Dolan, op. cit, p. 6036.

ثالثاً: مبدأ استقلال الإعتمادات المستندية.

وقد أكدت المحكمة في حكمها على أن قدرة الإعتمادات المستندية على أداء وظيفتها مرتبط باستقلالها عن عقد الأساس، فلا يجوز للمحكمة التدخل وإلزام البنك أو السماح له بناء على طلب المشتري بالتدخل في مفاوضات بين البائع والمشتري حول جودة البضاعة المرسلة وإن حدث ذلك يكون مساساً خطيراً بأهم مبدأ يحكم الاعتماد المستندي وهو مبدأ الاستقلالية.⁽¹⁾

ومن جانب آخر أكدت المحكمة على أن الوظيفة التجارية للاعتمادات المستندية يجب أن تتوازن وذلك بالأخذ بعين الاعتبار مسألة لا تقل أهمية وهي مسألة الغش، إذ أن العدالة لن تسمح بحصول إثراء غير عادل لطرف قد ارتكب غشاً.

بمعنى أن التشديد في تطبيق مبدأ الاستقلالية من شأنه أن يؤدي لإثراء غير عادل للمستفيد وعلى المحكمة التدخل لإقامة العدالة،⁽²⁾ وذلك بالتخفيف من حدة هذا المبدأ وإحداث نوع من التوازن..⁽³⁾

"وقد أضافت المحكمة على التأكيدات السابقة قولها بأن الحالة المعروضة ليست مجرد إخلال المستفيد بأحد شروط عقد البيع، مما لا يدخل في اهتمام البنك وفقاً لمبدأ الاستقلال، لكن الادعاء كان على أساس أن المستفيد قد مارس غشاً على البنك المصدر من خلال تقديمه مستندات يشوبها الغش، فهذه المستندات بالرغم من تطابقها ظاهرياً لبند الاعتماد فإنها لم تكن سليمة، وعلى حد تعبير المحكمة فإن (البائع) Transea كان متعمداً في غشه للمدعي"⁽⁴⁾

ولمزيد من التوضيح نقول أن: محل النزاع في هذه القضية بين المشتري والبائع لم يكن سببه الإخلال بأحد التزامات عقد البيع وإنما هو عبارة عن غش عمدي تم إعلام البنك به قبل قيامه بالدفع، ولا بد من التفرقة بين الفرضين.

(1) وقد سبق وأن تطرقنا لهذا المبدأ بنوع من التفصيل في البحث الأول.

(2) انظر في هذا الشأن: Ho Pengkee, **The fraud rule in letters of credit** transaction, in singapore

conferences in international law, current problems in international trade financing, p.104.

(3) J. F. Dolan. Op. Cit, p 739.

(4) Hopeng Kee op. cit, p.105.

وفي مثل هذه الحالة فإن مبدأ الاستقلال الذي أكدت عليه المحكمة في مطلع تعليقها لا يمكن أن يحمي تصرفات البائع المنحرفة.

رابعا: مقدم المستندات ليس حاملا حسن النية.

قام بتقديم المستندات للبنك في هذه القضية بنك وسيط هو: Chartered Bank of India, Australia, China وهو البنك⁽¹⁾ الذي قام بتحصيل الكمبيالة لحساب المستفيد Transea (إذ قام المستفيد بسحب الكمبيالة على البنك وعين شخص المستفيد في الكمبيالة بنك Chartered Bank).

وقام البنك المستفيد بتقديم المستندات مع الكمبيالة من أجل تحصيل قيمتها.

ونظرا لأن مقدم المستندات لم يكن هو عينه المستفيد فقد حرصت المحكمة على أن تؤكد أن قرارها بمنع تنفيذ الاعتماد المستندي، ليس من شأنه أن يضر بأي طرف ثالث يكون حسن النية كان قد تلقى الحق في تحصيل قيمة الاعتماد بحسن نية.

وفي هذه القضية قد أقرت المحكمة أن البنك Chartred Bank يعتبر ولمقتضيات هذه القضية مساهما في الغش الصادر من المستفيد الأصلي (Transea) حين كان بمثابة وكيل عنه في تحصيل الكمبيالة المستندية⁽²⁾ فحاز بذلك نفس المركز القانوني للبائع (بتعبير المحكمة أنه يقف في حذاء البائع).

خامسا: درجة الغش اللازم توافرها للسماح بالتدخل القضائي.

في هذه القضية لم تحدد المحكمة بطريقة واضحة درجة الغش اللازمة لوقف تنفيذ الاعتماد المستندي، إلا أن وبتحليلنا لوقائع القضية يمكن القول أن درجة الغش الذي توافرت عليه قضية (Sztejn) هو الغش الصارخ (Egregious Fraud)⁽³⁾. حيث أن المستفيد لم يشحن بضاعة أقل جودة من المتفق عليها بل تعمد وشحن أقل جودة ومشملة على نفايات، لذا نقول أن الغش الذي خرق مبدأ الاستقلال في هذه القضية هو الغش العمدي.

(1) وهذا البنك يعتبر مستفيدا يحق له المطالبة بقيمة الكمبيالة (السفحة) التي ظهرت له من طرف المستفيد الأصلي من الاعتماد.

(2) الكمبيالة المستندية أو السفحة المستندية هي ورقة تجارية يسحبها الأمر على المسحوب عليه لمصلحة طرف ثالث هو المستفيد وسميت بالمستندية لأنها تستعمل لتسوية عملية تجارية دولية وترفق مع المستندات المطلوبة لهذه التسوية.

(3) انظر: Henry Harfield, op.cit, p. 608.

سادسا: مراعاة مصلحة البنك المصدر.

المحكمة في هذا الشأن لم تتجاوز في حكمها الإشارة إلى الضوابط التي توافرت في البنك المصدر Henry Schroder وكان من شأنها تبرير الأمر بوقف تنفيذ الاعتماد ويتضح ذلك عند النظر إلى المقطع التالي من حكم المحكمة: "حيث أنه تم إخطار البنك بالغش، قبل أن تقدم إليه المستندات اللازمة للدفع حيث أن البنك على أساس هذا الإخطار رفض الدفع في انتظار حل النزاع بين الطرفين (البائع والمشتري)، وعلى الرغم من أن البنك لا يهمله تنفيذ الأداءات في عقد البيع لكن يهمله وجود بضاعة تمثلها المستندات".

وعليه ترى المحكمة أنه من المبررات التي دفعتها لاتخاذ مثل هذا القرار - إصدار أمر بعدم الدفع - هي مراعاة مصلحة البنك وضابط المصلحة هذا يحتاج إلى تفسير خاص، فإذا علمنا أن البنك المصدر يستمد حقه في استرداد ما دفعه للمستفيد من عقد الاعتماد المستندي وذلك بالرجوع على عميله الأمر (المشتري) وإلزامه بأن يدفع للبنك المدفوعات التي سلمها للمستفيد وبالتالي نتساءل عن أهمية البضاعة لهذا البنك؟ فنقول أن هذه البضاعة تشكل ضمانا قوية للبنك في استرجاع ما دفعه وهي ضمانا بخلاف تلك الناشئة عن عقد الاعتماد، إذ تنشأ عن عقد البيع وتعتبر محلا له .

وهذه الضمانة تشكل حماية إضافية للبنك وذلك في حالة إفلاس العميل وعجزه عن أداء التزامه تجاه البنك، فما يكون أمام هذا الأخير إلا أن يحجز على البضاعة التي تدل عليها المستندات، وفي حالة الغش في البضاعة يكون البنك قد فقد ضمانا أساسية له

وبالتالي نقول أن مصلحته قد مست بسبب الغش الواقع من المستفيد.

وهذا ما عبرت عنه المحكمة في أحد تبريراتها لوقف تنفيذ الاعتماد بقولها: "إنه على الرغم من أن البضاعة المعينة وفقا لعقد البيع توفر بعضا من التأمين للبنك فإن النفايات التي تضمنتها الصناديق المشحونة في القضية محل النظر لا يمكن أن تكون لها أية قيمة كتأمين"⁽¹⁾

(1) انظر: Symons, letters of credit : Fraud, Good Faith and the rasis to injunctive Relief, 1980, tulaine LR. P.338, 348.

الأهمية القانونية لحكم Sztejn:

يمثل حكم Sztejn حجر الأساس للدفع بالغش كاستثناء على مبدأ استقلالية الاعتماد المستندي، إذ يمثل الحكم مكانة لا يستهان بها في البناء القانوني الأمريكي المتعلق بالغش والاعتماد المستندي وكدلالة على هذه المكانة، أنه حتى بعد تقنين المسألة بنصوص تشريعية، فإن المحاكم مازالت تشير إلى حكم Sztejn مثلما تستند إلى المادة القانونية المتعلقة بالغش في الاعتماد المستندي.⁽¹⁾

لكن ما يحدث أحيانا فإنه لا يوجد تحليل واحد لهذا الحكم بل هناك قراءات متعددة وكل قراءة تحلل الحكم على نحو مختلف من حيث علاقته بمبدأ استقلال الاعتماد المستندي.

ففي قراءة لحكم Sztejn فإن المحكمة تكون قد هجرت مبدأ استقلال الاعتماد المستندي، لأن إدعاءات الغش تطلب من المحكمة أن تدخل في اعتبارها البحث في وقائع خارجة عن المستندات وكان دافع المحكمة من هذا التخلي عن مبدأ الاستقلال هو عدم رغبتها في أن يكون مبدأ الاستقلال مطية لحماية البائع المنحرف الذي تعمد القيام بالغش.⁽²⁾

وعلى عكس الرأي السابق، فإن حكم Sztejn الذي يعتبر من أكثر الأحكام التي أسيء فهمها وفقا لهذا الرأي لا يشتمل على أي تعارض مع المبادئ التي تحكم الاعتماد المستندي لاسيما مبدأ استقلال الاعتماد المستندي عن العلاقات السابقة كعلاقة الأساس، وكذلك مبدأ تعامل البنك في المستندات ولا في وقائع خارجة عنها، كفحصه للبضاعة.

والسيئ في معظم القراءات قيامها على الفهم الخاطئ لهذا الحكم واعتباره خروج عن قانون الإعتمادات المستندية وهذا أمر مستبعد عما أردته المحكمة.⁽³⁾

ويعلن رأي آخر أنه على الرغم من أن Sztejn هي من أكثر الأحكام التي يشار إليها في مجال الغش في تنفيذ الإعتمادات المستندية إلا أن المضمون الحقيقي لها من السهل تمييزه،

⁽¹⁾ Kingdom of Sweden V. new York trust but co-96N.V.S 2ed 779. p.790, 949.

⁽²⁾ صاحب هذا الرأي هو: John F. Dolan, **op.cit.** p.7, 35.

⁽³⁾ Henry Harfield, **op.cit.** p.64.

إلى حد أن البعض قال أن Sztejn تنادي بضرورة قيام البنك المصدر بفحص البضاعة المشحونة ليقرر ما إذا كانت تتفق مع ما يتطلبه عقد الأساس أم لا.⁽¹⁾

ومن النقاط التي أثارت الخلاف⁽²⁾ أيضا في فهم دلالة قضية Sztejn هو ما يتعلق بما إذا كان الغش الحاصل فيها تعلق بمعاملة الأساس Underlying transaction أو معاملة الاعتماد نفسه.⁽³⁾

الفرع الثاني: موقف القانون التجاري الأمريكي الموحد من مسألة الغش المانع من تنفيذ الإعتمادات المستندية.

عرفنا في الفرع الأول أن قضية Sztejn كان لها الفضل في إبراز فكرة الدفع بالغش عند تنفيذ الاعتماد المستندي إلى الوجود وبالرغم من أن هذه القضية ترجع إلى تاريخ 1941 فإن تقنين المسألة بنص تشريعي في الولايات المتحدة الأمريكية قد تأخر حتى سنة 1964.⁽⁴⁾

حيث تم تناول هذه المسألة بنصوص تشريعية بمقتضى القانون التجاري الموحد Uniform Commercial Code (U.C.C)⁽⁵⁾ حيث تولت المادة الخامسة منه في قسمها 114 تناول تنظيم الإعتمادات المستندية بالنص الآتي: "يجب على البنك المصدر الوفاء بالكمبيالة، أو طلب الدفع الذي يتوافق مع بنود الاعتماد بغض النظر ما إذا كانت البضائع أو المستندات تتطابق مع عقد الأساس أو أي عقد آخر بين المستفيد وطالب الاعتماد.

لا يعفى البنك المصدر من الوفاء لسبب يرجع إلى أي شرط عام بأن جميع المستندات المقدمة ينبغي أن تكون مرضية للبنك المصدر، لكن يمكن له أن يشترط أن يكون مستند معين مرضيا له.

(1) Joseph Norton, **World trade and trade financem, SouthemMethodistUniversity, Institute on International finance, p.17, 23.**

(2) وسيتم التعرض لهذه النقاط في الفصل الثاني .

(3) Joseph Norton, **World trade and trade financem, SouthemMethodistUniversity, Institute on International finance, p.17, 23.**

(4) Burton V. McClough, **Letters of credit, commercial and standly letter of credit, Mathew Bender, 1996, p.55.**

(5) القانون التجاري الموحد هو أحد القوانين الموحدة التي وضعت عن طريق المؤتمر الوطني لقوانين الولايات المتحدة ومعهد القانون الأمريكي، فهذا القانون يحكم المعاملات التجارية مشتملا على تنظيم البيوع، إيجار، نقل ملكية الأموال، الأوراق التجارية، الودائع البنكية، الإعتمادات المستندية... إلخ ويتم اعتماده إما بصورة كلية أو من خلال الحفاظ على الأجزاء الجوهرية فيه بواسطة الولايات المختلفة انظر:

Black'slawdictionary, p.1531.

ما لم يتفق على العكس فإنه عندما يبدو ظاهر المستندات متفقا مع يقتضيه الاعتماد ولكن هناك مستند رئيسي لا تتوافر فيه الضمانات المطلوبة أو كان هذا المستند مزورا أو يشوب هذا المستند غش أو هناك غش في المعاملة فإنه:

أ. يجب على البنك المصدر أن يوفي بقيمة الكمبيالة أو طلب الدفع في حالة ما إذا كان طالب الوفاء هوبنك مظهر إليه، أو كان طالب الوفاء قد تلقى كمبيالة في ظل الاعتماد المستندي وفي ظل ظروف تجعله حاملا حسن النية (Holder in Due Course) أو شخص ظهر له مستند ملكية Document of title يدل على حيازة البضاعة أو كان مشتر حسن النية لسند.

ب. وفي جميع الحالات الأخرى يمكن للبنك المصدر، -وفي مواجهة عميله الأمر - أن يوفي بالكمبيالة أو طلب الدفع على الرغم من وجود إخطار من العميل بوجود غش أو تزوير أو أي عيب آخر لا يكون ظاهرا على وجه المستند إذا كان تصرفه بحسن نية، لكن للمحكمة المختصة أن تأمر بمنع هذا الوفاء.

ج. ما لم يتفق على خلاف ذلك فإن البنك المصدر الذي قام بالوفاء بكمبيالة أو طلب بالدفع على نحو صحيح يكون مستحقا لرد ما قام بدفعه في ظل الاعتماد المستندي، وأن يودع لديه أموال تكون متاحة له في مدة لا يتجاوز تاريخ الاستحقاق لأي قبول تم في ظل الاعتماد.⁽¹⁾

1- بعض الملاحظات الواردة على المادة السابقة (المادة 5 قسم 114):

أولاً: لقد أجمع الفقه والقضاء أن النص السابق ما هو إلا تقنين للمبادئ التي اشتملت عليها قضية Sztein بالإضافة إلى عناصر أخرى لم تتناولها القضية.

فالمسألة المثارة في قضية Sztejn كانت ما إذا كان تقديم مستندات مزيفة أو غير حقيقية يمثل غشا في حين أن المادة 5 قسم 114 بالإضافة إلى تناولها حالة ما تكون

⁽¹⁾ Art.5-109 (2) UCC : "If a presentation is made that appears on its face strictly comply with the terms and conditions of the letter of credit, but a required document is forged or materially fraudulent... the issuer, acting in good faith, may honor or dishonour the presentation" . V. D.-H. Chae, "Letters of credit and the Uniform Customs and Practice for documentary credits: The negotiating bank and the fraud rule in Korea Supreme Court case", Florida Journal of International Law, Spring 1998

المستندات مصطنعة أو يشوبها غش ،تتاولها للحالة التي يكون فيها هناك غش في المعاملة و(سيأتي لاحقا تبيان المقصود بالغش في المعاملة).

ثانيا: تقرير مبدأ استقلال الاعتماد المستندي في نص المادة 5/114 في فقرتها الأولى. إذ قد يحاول البنك المصدر ربط تنفيذ الاعتماد المستندي بوقائع خارجة عنه مرتبطة بتنفيذ عقد الأساس من خلال إدراج شرط أن جميع المستندات المقدمة من أجل تنفيذ الاعتماد يجب أن تكون مطابقة لعقد الأساس. ونظرا لأن ذلك يتنافى مبدأ استقلال الاعتماد المستندي عن عقد الأساس كما لا يتماشى مع طبيعة الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء، فقد أبطلت هذه الفقرة هذا الشرط في صورته العامة.⁽¹⁾

ومع ذلك ووفقا لنفس الفقرة فإنه لا يمنع من اشتراط أن يكون مستند معين فقط مرضيا للبنك المصدر كسند الشحن مثلا. وبناء على هذا الشرط يكون للبنك رفض تنفيذ الاعتماد المستندي لمجرد عدم قبوله لأحد المستندات رغم توافر جميع الشروط التي يتطلبها الاعتماد ويستطيع البنك المصدر أن يحقق الغرض من الشرط العام بأن تكون جميع المستندات المقدمة لتنفيذ الاعتماد المستندي مرضية له من خلال استصدار اعتماد مستندي قابل للإلغاء.⁽²⁾

ثالثا : وما نلاحظه أيضا من تحليل النص السابق أنه قد تم تقرير ما يلي: - في حالة تقديم مستندات مطابقة ظاهريا لشروط الاعتماد، لكنها مصطنعة أو يشوبها الغش، أو كان هناك غش في المعاملة فيجب أن نفرق بين ما إذا قدمت هذه المستندات من المستفيد أو من الغير حسن النية.

أ. **تقديم هذه المستندات من الغير حسن النية:** كأن تقدم من طرف ثالث غير المستفيد كأن يكون طالب الدفع بنك أو أي شخص آخر ظهرت له الكمبيالة وفي ظل ظروف تجعل منه حاملا حسن النية وفي هذه الحالة حماية للحامل حسن النية يجب على البنك دفع قيمة الاعتماد المستندي حتى وإن اكتشف غشا في المستندات أوفي المعاملة.

⁽¹⁾ حاتم محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 90.

⁽²⁾ RALPH-FOLSON; INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS; a problem oriented case book, p.212.

ب. في بقية الحالات التي لا يوجد فيها طرف ثالث غير المستفيد يكون حسن النية، فإن البنك المصدر لا يكون ملتزماً بالوفاء بكميالة تصاحبها مستندات مطابقة ظاهرياً لكنها مصطنعة أو يشوبها الغش أو كان هناك غش في المعاملة.

وما يفهم من نص المادة أن للبنك الخيار بين الوفاء وعدمه⁽¹⁾ بمعنى أن النص أقر صورتين يمتنع فيها البنك على الوفاء بقيمة الاعتماد المستندي في حالة تقديم مستندات مطابقة ظاهرياً لكنها مشوبة بالغش أو هناك غش في المعاملة.

– الصورة الأولى: هو عدم الوفاء الاختياري وهو حق البنك في عدم الوفاء في حالة إخطاره بالغش من طرف عميله الأمر دون صدور حكم قضائي يقضي بذلك.

– الصورة الثانية: عدم الوفاء الإجمالي وهو ما تفرضه المحكمة المختصة بإصدارها أمراً قضائياً بالمنع.⁽²⁾

رابعاً: وما يلحظ على المادة السابقة أيضاً وجوب قيام البنك المصدر بمراقبة المستندات التي يتطلبها الاعتماد المستندي بغرض تقرير ما إذا كان سيقوم بالوفاء أو عدمه ويكون ذلك بمراعاة نصوص أخرى اشتمل عليها القانون التجاري الأمريكي الموحد UCC في نفس المادة رقم 5 المتعلقة بالإتمادات المستندية وذلك في القسم 109.

أ. التزام البنك في مواجهة عميله قائم على حسن النية ومراعاة العادات البنكية.

ب. يبذل البنك المصدر في فحصه للمستندات العناية اللازمة ليتأكد من أنها تظهر متفقة مع بنود الاعتماد، وعليه إذ لم يتفق على العكس، فإن البنك المصدر لا يتحمل أية مسؤولية عن صحة أو تزوير أي مستند يتضح أنه سليم ظاهرياً.

خامساً: ينبغي التمييز وعدم الخلط عند دراسة نص المادة 5 قسم 14 بين مجموعتين تتشكل كل واحدة منهما من أربع حالات.

المجموعة الأولى: وتتمثل في الحالات الأربعة التي تعد استثناء على مبدأ المطابقة الظاهرية للمستندات الذي يقضي بالالتزام بالبنك بتنفيذ الاعتماد لصالح المستفيد عندما يقدم هذا الأخير

(1) انظر: Sarna, op. cit, p.5-11.

(2) أيضاً: Sarna, op. cit, p.5-11.

للبنك المستندات المطلوبة في الاعتماد والمطابقة ظاهريا لما يتطلبه الاعتماد أوتوافر هذه الحالات الأربع يسمح للبنك الامتناع عن الوفاء نظير مستندات قد تبدو ظاهريا مطابقة لكنها في الحقيقة تشتمل على عيوب واضحة مثل الغش والاصطناع، هذه العيوب لا تسمح فقط للبنك الامتناع عن الوفاء بل أيضا تعطي للمحكمة صلاحية إصدار أمر بمنع الوفاء بهذه المستندات (1).

وهذه الحالات الأربعة هي:

الحالة الأولى: المستندات المقدمة لا تستجيب للضمانات التي فرضها القانون.

من بين هذه الضمانات، تلك الضمانات الواجب توافرها عند تحويل أوتداول أي مستند للملكية (Document of title)⁽²⁾ والمقدرة في المادة 7 من القانون التجاري الموحد.

فما هي تلك الضمانات التي قررتها المادة 7 قسم 507 التي يعتبر تخلفها في أي من المستندات سببا يسمح للبنك بالامتناع عن الوفاء مقابلها حتى ولوبدت في ظاهرها موافقة لشروط الاعتماد؟

تنص المادة 7 من القانون التجاري الأمريكي الموحد قسم 507 على أن "الشخص الذي يتداول أو يحمل (Document of title) مستند الملكية يضمن للمشتري المباشر ما يلي:

1. أن المستند حقيقي.
2. أنه ليس لديه أي علم بأيّة واقعة يمكن أن تؤثر في صحته أو قيمته.
3. أن هذا التداول صحيح ونافذ بصورة كاملة فيما يتعلق بالصفة محل هذا المستند، والبضاعة التي يمثلها.

¹J. STOUFFLET, "Fraud in the documentary credit, letter of credit and demand guaranty", Dickinson Law Review, Summer 2001, p. 22

⁽²⁾ بالنسبة للمقصود بمستند Document في القانون التجاري الأمريكي الذي حدد له معنى خاص في المادة 5 قسم 103 حيث نصت على أن المستند هو أي ورقة من ضمن الأوراق التي تعطي لصاحبها صفة title (مثل سند الشحن أو وثيقة تأمين، أوفاتورة... إلخ). في حين أن document of title أي مستند الملكية فيعرف أنه إعلان أو وصف أو تعيين مكتوب لبضاعة، والذي يعتبر في المعاملات التجارية دليلا كافيا على أن الشخص الذي يجوز على هذا المستند له الحق غي استلام أو حمل أو التصرف في هذا المستند أو البضاعة التي يمثلها. انظر في هذا الشأن: Black's Law Dictionary, p.481, 482.

الحالة الثانية: إذا كان أحد المستندات المطلوبة بمقتضى الاعتماد المستندي والمقدمة من طرف المستفيد مصطنعة.

الحالة الثالثة: إذا كان أحد المستندات التي يتطلبها الاعتماد المستندي والمقدمة يشوبها الغش.

الحالة الرابعة: إذا كان هناك غش في المعاملة (وسياتي شرح ذلك لاحقاً).

المجموعة الثانية: إذا كانت المجموعة الأولى تمثل الحالات التي يتمتع فيها البنك عن تنفيذ الاعتماد المستندي فإنه في النظر فإن هذه المجموعة تتألف هي الأخرى من أربع حالات يكون فيها مقدم المستندات حسن النية، حيث أن القانون التجاري الموحد ونظراً لاعتبارات حسن النية فقد منح للطرف الثالث - غير المستفيد والبنك - ما يمكن تسميته بالحصانة من إمكانية امتناع البنك عن الوفاء بقيمة الاعتماد مقابل مستندات مطابقة ظاهرياً للاعتماد لكنها مشوبة بأحد الحالات الأربع المشار إليها سابقاً.⁽¹⁾

ويبرر التعليق الرسمي⁽²⁾ على المادة 114/5 الحالات المذكورة سالفاً على أساس قيام التزام البنك المصدر بالوفاء بالمستندات المطابقة في ظاهرها للاعتماد رغم أنها في الواقع مصطنعة أو يشوبها الغش أولاً تستجيب للضمانات التي اشترطها القانون التجاري الأمريكي عند تداولها بأن: "مخاطرة التعرض لغش أو سوء نية المستفيد في الاعتماد المستندي يجب أن تلقى على عاتق العميل الأمر طالب فتح الاعتماد وليس الغير حسن النية أو البنك المصدر، هذا بالإضافة إلى اعتبارات المحافظة على الطبيعة المستقلة للاعتماد المستندي وحماية استقرار المعاملات التجارية الصادرة من الأشخاص حسني النية الذين تعاملوا في مستندات تبدو في ظاهرها موافقة للاعتماد"⁽³⁾

ومما تقدم ما يسعنا إلا أن نختم ملاحظتنا على المادة 5 قسم 114 بالقول أن القانون التجاري الأمريكي الموحد قد استثنى الغش على مبدأ الاستقلال، وأجاز عدم الوفاء للمستفيد لوجود الغش إما من قبل البنك نفسه أو بناء على طلب العميل بمنع الوفاء، فإذا فشل هذا الأخير في إقناع البنك بذلك فله أن يلجأ إلى المحكمة المختصة. لاستصدار أمر قضائي لمنع وفاء مبلغ الاعتماد..

⁽¹⁾ Bona Fide purchaser: يقصد به هوكل من يشتري ملكية بمقابل ويدون أن يحظر بأي عيوب تتعلق بملكية البائع لها.

⁽²⁾ وردت ترجمة هذا التعليق عند: حاتم محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 97، 98.

⁽³⁾ انظر التعليق الرسمي على المادة المذكورة في: Ralph.Folson. Op.cit. p.212.

كما يتضح لنا أن القانون الأمريكي قد قدم من الوسائل ما يمكن به حماية الاعتماد المستندي كأداة دفع لها أهميتها في مجال التجارة الدولية ولمكافحة الغش التجاري وضع استثناء على أهم مبدأ يحكم الإعتمادات المستندية وهو الاستقلالية.

مما يعني أن التشريع الأمريكي قد قنن الكثير من الأمور التي تنظم الغش المانع من تنفيذ الاعتماد المستندي وهو ما افتقدته كثيرا من تشريعات الدول الأخرى.

وفي الأخير نقول أن المشرع الأمريكي اعترف بالغش كاستثناء على مبدأ استقلالية الاعتماد المستندي بصفة عامة ولم يخصص هذا الاستثناء بالنسبة للاعتماد تحت الطلب أو الاحتياطي Standby⁽¹⁾ وهي الأداة التي يعرفها النظام القانوني الأمريكي.

المطلب الثاني: مدى إمكانية الدفع بالغش أثناء تنفيذ الإعتمادات المستندية في القوانين المقارنة.

يعد تعرضنا للأساس القانوني للدفع بالغش في القانون الأمريكي باعتباره أول من قضى بإمكانية وقف تنفيذ الاعتماد بسبب الغش. يجدر بنا أن ندعم ذلك بالتطرق لبعض التطبيقات في القضاء المتعارف لنرى مدى تأثير تنفيذ عقد الاعتماد المستندي بالغش وما إذا كانت هذه الآثار لها نفس الدرجة أم أن الوضع مختلف من دولة إلى أخرى. وسنتناول ذلك في ثلاث فروع.

الفرع الأول: القضاء الفرنسي.

بالرغم من أن مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي أمر مسلم به قانونا، لأن بدونها تنهار قيمة الاعتماد المستندي، إلا أن بعض الأحكام الفرنسية أثارت الشك حول هذا الاستقلال ومداه⁽²⁾، إذ اعتبرت الغش استثناء حقيقيا عليه وذلك تطبيقا لقاعدة من أهم القواعد الجوهرية المستقرة في النظام الفرنسي ألا وهي قاعدة الغش يفسد كل شيء

⁽¹⁾ Le crédit stand-by constate comme le crédit documentaire (dénommé aux Etats-Unis lettre de crédit commerciale) l'engagement du banquier de mettre des fonds à la disposition du vendeur mais ce dernier reçoit la somme relative non pour couvrir le prix de la vente, mais à titre de dédommagement en cas d'inexécution par l'acheteur d'une obligation contractuelle.

⁽²⁾ V. Claude Martin, « Le crédit documentaire, la fraude et la révision 1983 des RUU », RDAI, 1985, p. 371

(Frawamniacorrumpit) إذ يتعدى أثره عقد الأساس (البيع) وما ينشأ عنه من روابط ويمتد أثره إلى علاقة البنك بالبائع على الرغم من استقلالها عن غيرها من العلاقات.⁽¹⁾

وقد أبدت هذا الاتجاه محكمة استئناف باريس في 6 جويلية 1949⁽²⁾ بأن قضت بإيقاف الفصل في الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى الجنائية. كما أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم السابق في 4 مارس 1953⁽³⁾ وقضت بأنه بالرغم من استقلال تعهد البنك عن عقد البيع، إلا أنه يوجد مبرر لوقف الفصل في الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى الجنائية.

وقد تلخصت وقائع الدعوى في أن أحد المصدرين الفرنسيين باع لمشتري سويدي ساعات سويسرية من النوع الجيد، على أن يتم تسوية الثمن بفتح اعتماد مستندي قطعي مؤيد من جانب بنك فرنسي في بلد البائع. وقام البائع بإرسال البضاعة، وأرسل المستندات المطلوبة في خطاب الاعتماد والمطابقة في الظاهر للنوع المتفق عليه، ولكن وصول البضاعة كان أسبق من وصول مستندات شحن البضاعة للبنك، ليكتشف المشتري أن البضاعة المرسلة هي من صنف رديء جداً، على عكس ما تضمنته المستندات المطابقة للصنف المطلوب، على إثرها قدم المشتري بلاغا جنائيا يتهم فيه البائع بالنصب وأمر البنك بعدم الوفاء له، فاستجاب البنك لهذا الأمر وامتنع عن الوفاء مما دفع بالبائع إلى اللجوء لمحكمة السين التجارية مدعياً أمامها رفض البنك الوفاء له، وبالمقابل طلب المشتري تأجيل الفصل في الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى الجنائية المرفوعة على المستفيد وذلك طبقاً لقاعدة "الجنائي يوقف المدني" وفقاً لنص المادة 2/4 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي. إلا أن محكمة السين رفضت طلب المشتري، فاستأنف هذا الأخير الحكم أمام محكمة باريس التي قبلت استئنافه وقضت بما يلي: "إذا كان الاعتماد المستندي والبيع عقدين مستقلين ينشئ كل منهما التزامات مختلفة، وأن عدم تنفيذ إحدهما لا يؤثر في العقد الآخر، فإن الأمر يختلف في حالة الغش" فالمحكمة لم تنكر مبدأ استقلال كل من البيع وما ينشأ عنه، بل كذلك امتد إلى رابطة البنك بالبائع ولهذا فإن وقف الدعوى المدنية يبرره أن الغش أفسد

(1) -G. CORNU, **Vocabulaire juridique**, Presses Universitaires Françaises, 4^{ème} éd., 2003

A. JEAMMAUD, « Frawamniacorrumpit », D., 1997, chron., p. 20 Review, Summer 2001, p. 22

(2) استئناف باريس 6 جويلية 1949، مجلة بنك البلجيكية، 1950، ص 680. مشار إليه عند: زينب السيد سلامة، رسالتها السابقة، ص 324.

(3) Voir: Lisko, Note sous CASS.COM , 4 Mars 1954 ,contenu dans Siri 1954 ,section 1 p124.

هذه الرابطة الأخيرة وليس فقط أنه أفسد عقد البيع، وهو ما يفهم من أنه لولم يفسد الغش علاقة البائع بالبنك لما أمكن للبنك التمسك به في مواجهة البائع المستفيد.⁽¹⁾

وقد انتقد بعضا من الفقه⁽²⁾، هذا الحكم إذ يروونه خروجاً عن القواعد المستقرة التي تحكم الإعتمادات المستندية والخاصة باستقلال الاعتماد عن البيع وهو استقلال أكدته القواعد والأعراف الدولية.

أما البعض الآخر⁽³⁾ فقد كان نقده مبنياً على أنه مادام المستفيد قد نفذ التزامه تنفيذاً سليماً طبقاً لما ورد في خطاب الاعتماد بأن قدم للبنك المستندات المطلوبة والمطابقة لشروط الاعتماد في ظاهرها حتى وإن لم تكن مطابقة للحقيقة، مادامت المخالفة ليست ظاهرة في المستندات وجب على البنك الوفاء للبائع، لأن حقه مرتبط بالمستندات فقط، فإن لم يوجد نزاع حولها وجب تنفيذ الاعتماد فوراً ولو كان هناك نزاع يتعلق بالبضاعة، لأن القول بخلاف ذلك من شأنه أن يشجع كل مشتر سيء النية يريد التملص من التزاماته بسبب غير حقيقي، كأن يكون تغير في الحالة الاقتصادية، مما يجعل الصفة غير مربحة له، فيلجأ للقضاء ببلاغ ضد البائع يتهمه فيه بالنصب والتزوير بقصد وقف تنفيذ الاعتماد حتى يقضي في الدعوى الجنائية لمدة قد تطول، كما أنه يكون بمأمن عن دعوى البلاغ الكاذب، أنه سيقدم البلاغ بواسطة وكيله في بلد البائع الأجنبي عنه.⁽⁴⁾

فضلاً على أن هناك وسيلة مقبولة لمنع الغش، فإذا قامت قرائن جدية عليه يبقى البنك مع ذلك ملزماً بتنفيذ الاعتماد ويكون للمشتري الطلب من القاضي إلزام البنك الوفاء في خزانة المحكمة أو أن يحجز على حق البائع تحت يد البنك حتى يتم الفصل في النزاع الجنائي ويرد على هذا النقد بعض مؤيدي الحكم⁽⁵⁾ بقولهم: أن الغش يقصد به الغش الثابت من جانب البائع، ومن الصعب إثبات هذا الغش من طرف المشتري، وأما عن الخوف من التجاؤ

(1) وقد علق على هذا الحكم كلا من:

علي جمال الدين عوض، الإعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص 306، بند 247. السيد اليماني، رسالته السابقة، ص 361، علي البارودي، المرجع السابق، ص 268.

(2) Ascara, **Leçons en droit commercial**, 1952, p 944.

(3) Caronyi dans un article intitulé : **L'autonomie des liens de credits documentaires** , Revue banque , 1950 P 679 .

(4) انظر هذا الشأن: عادل إبراهيم مصطفى، رسالته السابقة، ص 276.

زينب السيد سلامة، رسالتها السابقة، ص 325.

(5) Lesko , dans le commentaire précédent .

المشتري للبلاغ الكاذب ضد البائع فهوفي غير محله لأن ذلك يسيء لسمعة من يلجأ إليه وذلك يكفي لأن يصرف تفكير البائع عنه.

ويرى الدكتور جمال الدين عوض⁽¹⁾ الغرابة في هذا القول إذ يمكن التمسك به ضد رأيهم، فيمكن القول أيضا أن البائع نادرا ما يلجأ إلى الغش لأن ذلك من شأنه أن يهدر سمعته هو أيضا، ولا محل بعدئذ إلى منع البنك من الوفاء له، لأن الإساءة إلى سمعته تكفي كجزاء له.

هذا وقد طعن البائع في حكم الاستئناف بالنقض وحكمت محكمة النقض الفرنسية⁽²⁾ برفض النقض وأيدت حكم الاستئناف بقولها: "أن البنك لا يسأل عن تنفيذ الاعتماد ولواتضح أن البضاعة غير مطابقة للمستندات مادامت المستندات مطابقة للتعليمات الواردة بالخطاب، إلا إذا كان هناك غش من البائع وكان البنك يعلمه".

أي أنها بالرغم من اعترافها بمبدأ استقلال كلا من عقدي البيع والاعتماد المستندي، فهي ترى أن الغش الحاصل قد أفسد ليس فقط عقد البيع وما نشأ عنه من التزامات، بل كذلك امتد إلى رابطة البنك بالبائع لذا فإن وقف الدعوى المدنية يبرر أن الغش أفسد هذه الرابطة الأخيرة وليس لأنه أفسد عقد البيع، وهو ما يفهم من الحكم: أنه لولم يفسد الغش علاقة البائع بالبنك لما أمكن للبنك التمسك به على البائع المستفيد.⁽³⁾ وقد تعددت آراء الفقهاء في تفسير هذا الحكم.

إذ ذهب الاتجاه الأول⁽⁴⁾ إلى أن هذا الحكم يعد استثناء لمبدأ الاستقلال المطلق لالتزام البنك عن عقد البيع، يعبر عن تأثر المحكمة بالظروف الخاصة بالقضية إذ لم تنشأ أن تتم على يديها جريمة النصب المتهم فيها البائع عندما تأمر البنك بأن يدفع له قيمة الاعتماد في الوقت الذي لا تزال دعوى النصب الجنائية قائمة ضده.

(1) جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص 308.

(2) CASS. COM, 04 Mars 1953, Siri 1954 - 1 - 124.

(3) وقد أكدت المحكمة الفرنسية ذات الاتجاه سنة 1974 في نقض بتاريخ 2 ديسمبر 1974 وارد عند د/ عادل إبراهيم السيد مصطفى، رسالته السابقة، ص 276.

(4) علي البارودي، المرجع السابق، ص 523 بند 432، كذلك:

Cass. com., 4 mars 1953, S., 1954, 1, p. 121, note LESCOT

إلا أن فريق آخر من الفقه رفض التفسير السابق⁽¹⁾ لأنه يؤدي إلى نتيجة ذلك لأن الأخذ بهذا الرأي لا يؤدي إلى الخروج المحجف على مبدأ استقلال تنفيذ الاعتماد المستندي، حيث أن نطاق تطبيق هذا الاستثناء يقتصر على حالة الغش الثابت من جانب البائع، ومن الصعب على أية حال، إثبات هذا الغش، فضلا عن ذلك، فإن هذا الاستثناء لا يجب القياس عليه أو التوسع فيه، وتتحصر قيمته في الظروف الاستثنائية المرتبطة به، ومن ثم يجب أن نستخلص منه حكما عاما بحالة الغش، كما أن الخشية من لجوء المشتري إلى البلاغات الكاذبة ضد البائع، فهو في غير محله، لأن ذلك شيء سيء إلى سمعة من يلجأ إليه وذلك يكفي لأن يصرف تفكير البائع عنه.

فضلا عن ذلك فإن هذا الاتجاه له مبرراته من الناحية العملية، حيث أنه يخفف من جدة وصرامة قواعد الاستقلال بالنسبة للعميل والبنك في الحالات التي يقوم فيها الدليل الكافي على غش البائع.

ومهما يكن من خلاف، فلقد استقر الفقه والقضاء على أنه يستطيع العميل الأمر أن يعطل تنفيذ الاعتماد المستندي في حالة الغش Fraude من جهة المستفيد وذلك تطبيقا للمبدأ العام أن الغش يفسد كل شيء⁽²⁾ Frawaminacorrumpit.

وتؤكد محكمة النقض الفرنسية على هذا الاتجاه في حكمها الصادر بتاريخ 15 جويلية 1992⁽³⁾ "بأنه إذا كان التزام البنك مستقل عن عقد الأساس، فإن الغش يوقف استقلال الالتزامات، وإن الغش لن يكون قابلا لإثارة قاعدة "الجنائي يوقف المدني" إلا إذا كان قد اثر على المستندات".

وانتهت المحكمة إلى أن حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 6 جوان 1990، لا يكون قد شابه نقص الأساس القانوني بالتطبيق للمادة (2/4) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، لأن الغش كان دون تأثير على العلاقات الناشئة عن الاعتماد المستندي،

(1) علي جمال الدين عوض، الإعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص 305.د/ سيد السمان، رسالته السابقة، ص 361.

Ascara, op.cit. p.994, 408.

(2) "مبدأ الغش يفيد كل شيء" هو مبدأ قانوني سليم يقوم على اعتبارات خلفية واجتماعية في محاربة الغش والاحتيال. انظر في هذا الشأن: محمد محمد السروي، الغش في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة. سنة 2004، ص 57 وما بعدها.

(3) يذكر في هذه الدعوى، أن الأوعية الحاوية للبضاعة محل عقد الأساس تحوي بدلا من كاسيت الفيديو المطلوب، عبوات زيت نخيل . وقدمت شكوى مع ادعاء بالحق المدني بسبب جريمة النصب من شركة فرنسية.../...

حيث كان الطاعن ينفي على حكم الاستئناف أنه رفض وفق الفصل في الدعوى المدنية لحين إتمام الإجراءات الجنائية.

الفرع الثاني: القضاء الإنجليزي.

لعل من أهم أقضية الدول المختلفة التي أيدت مبدأ استقلال الالتزام الصادر من البنك تجاه المستفيد في الإعتمادات المستندية عن الالتزامات الأخرى لاسيما الناشئة عن عقد الأساس ليلتزم البنك بتنفيذ تعهده بدون مناقشة ودون اعتراض، فيما عدا حالة الغش الواضح، لذا أصبح استثناء الغش أمراً مسلماً به وبالتالي يكفي لرفض الدفع علم البنك بالغش الصادر من المستفيد ويتأكد هذا القول من خلال عرضنا لبعض القضايا البريطانية، فقد قضت محكمة Queen's Bench بأن: البنك يضمن تنفيذ الاعتماد وعليه أن يدفع قيمته متى تقدم المستفيد بالمستندات المطلوبة والمطابقة لخطاب الاعتماد، ولا يتدخل في العلاقة بين المورد وعميله، ولا شأن له بما إذا كان المورد قد نفذ التزامه أولاً، ولا بما إذا كان مخطئاً أم لا،...⁽¹⁾

Ed Ward Owen Engeneering LTD (V) Bank Barclays "The performante guarantee stands on a similar footing to a letter of credit a bank which gives a performance guarantee must lwnour that guarantee according to its terms- it is not concerned in the least with the question whether the supplier has performed his contractual obligations or not with the question whether the supplier is in default or not..."⁽²⁾

⁽¹⁾ ... (امباكت انترناشيونال) إلى قاضي التحقيق سبورج- حيث أن شركة امباكت انترناشيونال تابعة لاختصاصه، وتمسك بنك الشركة الفرنسية بذلك لوقف الفصل في الدعوى المدنية لحين إتمام التحقيق الجنائي وذلك تطبيقاً للمادة (2/4) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي (الجنائي يوقف المدني). وقد عبرت المحكمة عن ذلك بقولها:

« la fraude... ne serait susceptible de provoquer la règle « le criminel tient le civil en état » que si elle affectait les documents ; tel n'est pas le cas puisque l'instance pénale est limitée à la fraude éventuellement dans le cadre du contrat fondamental, fut ce au moyen de documents non sincères ou non authentiques ».

وقد وردت عند: عادل إبراهيم السيد مصطفى، رسالته السابقة، ص 278.

⁽²⁾ Haward Bemett, **La lettre de garantie et le principe de l'autonomie**, Revue des droit des affaires, 1994, p 574.

وما يؤخذ على هذا الحكم هو أنه سوى بين خطاب الضمان⁽¹⁾ وخطاب الاعتماد المستندي بالنسبة لمبدأ الاستقلال، كما قضت المحكمة في ذات الحكم بأن خطاب الضمان كالسند الأدنى الذي يدفع لدى طلبه وذلك لأن البنك نادراً ما يكون في مركز يمكنه من معرفة ما إذا كان طلب المستفيد يقوم أم لا على الغش.

وما يهمننا هو أن القضاء الإنجليزي أخذ من حيث المبدأ باستقلال العلاقات الناشئة عن الاعتماد المستندي إلا في حالة الغش الواضح، وهذا ما سلم به القضاء الإنجليزي في قضية PottonHames LTD (V) Coleman contractorsoverces⁽²⁾

حيث قضت المحكمة: "أن التزام البنك هو التزام مستقل عن عقد الأساس، وإذا حدث نزاع بين العميل والمستفيد، فلا يستطيع البنك أن يمتنع عن سداد قيمة الاعتماد إلا في حالة الغش أو التعسف الظاهر".

وهذا ما يؤكد أن القضاء الإنجليزي قد انتهى إلى أن الاعتماد المستندي مستقل عن عقد الأساس، لذا فإن حدث نزاع العميل والمستفيد بشأن عقد الأساس ومدى صحة تنفيذه أو بطلانه... إلخ فلا شأن للبنك بهذا ولا يجوز له بناء على ذلك الامتناع عن دفع قيمة الخطاب للمستفيد، كما لا يجوز للبنك الاستجابة لأمر المنع الصادر من العميل بالامتناع عن الدفع إلا إذا أثبتت حالة الغش، فإذا علم البنك بالغش التزم بعدم الدفع، وإلا كان مسؤولاً عن الدفع الغير صحيح وهذا ما أكدته الكثير من أحكام

القضاء.⁽³⁾

⁽¹⁾ خطاب الضمان هو عبارة عن كفالة بنكية لصالح العميل تجاه الغير عن طريق خطاب يرسله البنك إليه أو عن طريق توقيع على ورقة تجارية بصفة ضامن احتياطي مقابل عمولة يتقاضاها البنك.

⁽²⁾ استئناف إنجليزي في قضية PottonHames LTD (V) colemancontractorsoverces ورد عند معن الجريا، رسالته السابقة، ص 83.

⁽³⁾ من بين هذه الأحكام الواردة عند معن الجريا، رسالته السابقة، ص 83 :

- Harbottle mercantile LTD (V) National Westminster Bank LTD.
- Contractors LTD (V) Lloyds Bank PLC 1990..

وفي العديد من القضايا أعلن القضاء الإنجليزي أنه حتى يؤخذ بالغش كاستثناء على مبدأ الاستقلال لابد من أن يكون واضحاً لا يحتاج إلى إثبات وبدون توفر هذا الشرط فإنه لا يعد غشاً كما في قضية: Edward owen LTD (V) Barclays Bank international (1)1978

وقد قضت المحكمة بأنه على البنك الدفع طبقاً لأحكام الاعتماد المستندي طبقاً لتقديم مستندات مطابقة لخطاب الاعتماد بغير شرط آخر. ومادام الغش غير واضح في المستندات المقدمة فلا يلزم البنك ببحث أو تحقيق أو فحص إضافي ليقنع بالسلوك التدايسي للمستفيد، وأن مجرد التعليل أو الادعاء البسيط بوجود غش من جانب العميل الأمر، لا يلزم البنك برفض الدفع.

وفي قضية أخرى هي قضية Bolivinteroil S.A (V) Chase Manhatttan Bank, 1983 (2)

وفيها ادعى العميل الأمر بالغش فقضت المحكمة، بأنه يجب أن تكون هذه الادعاءات مبنية على إثباتات ملائمة لطبيعة الاعتماد المستندي المبني على الطابع الشكلي بحيث العبرة فيه بالمستندات ومادامت هذه المستندات صحيحة من حيث الظاهر ومطابقة لخطاب الاعتماد، فإن الدفع بالغش المؤسس على أن المشتري السوري لم يكن حسن النية غير مقبول. وعليه لم تستحب محكمة الاستئناف للعميل الأمر في ادعاءاته بسبب أنه لم يعط أي دليل على سوء نية البائع وبالتالي فإنه لم يثبت قيام الغش".

كما قضت في قضية:

Societe Metallurgique d'Aubrives and Villerupt British Bank for foreign trade. (3)

وفي هذه القضية قام البائع بتقديم مستندات تشتمل على أوصاف غير حقيقية للبضاعة باصطناع وإرادة البائع أو بغش منه، وعليه قضت المحكمة في هذه الحالة بأن البنك محق في وقفه للدفع.

(1) Michelle ,La garantie bancaire et l'évolution de la magistrature anglaise , revue Droit des affaires , 1990 , p 421 .

(2) وردت عند معن الحربا، الرسالة السابقة، ص 151 .

(3) ورد عند: معن الجربا، رسالته السابقة، ص 152 .

كذلك في قضية: (1)United trading corps saalliedarab bank, 1985

وفيه قضت المحكمة: "بأن الغش الذي يعطل الاعتماد هو الغش الثابت الواضح بأن يكون الدليل على قيامه واضحا ولا يكفي مجرد الاعتقاد به" ولعل هذا الحكم قد أكد بطريق ضمني أن مجرد الاعتقاد بالغش لا يكفي، بل يجب أن يقوم الدليل عليه بأن يكون ثابتا، قائما بذاته لا يحتاج إلى بحث تكميلي.⁽²⁾

وخلاصة القضاء البريطاني: من خلال ما تقدم من عرض لأهم القضايا في مجال إمكانية الدفع بالغش في تنفيذ الإعتمادات المستندية يتأكد لنا أنه سار على نهج القضاء الأمريكي والفرنسي بحيث أنه سلم بمبدأ استقلال الاعتماد المستندي إلا أنه اعتبر الغش الواضح استثناء على هذا المبدأ وعليه فإنه يجوز للبنك وقف تنفيذ الاعتماد أو رفض دفع قيمة الاعتماد متى علم بوجود الغش سواء تم اكتشافه للغش عن طريق فحصه للمستندات المقدمة أو من خلال إخطاره بذلك من طرف العميل الأمر إلا أنه في هذه الحالة الأخيرة يكون القرار في يد البنك بالدفع أو يرفض الدفع طالما أن الغش لم يكن ظاهرا في المستندات المقدمة .

الفرع الثالث: القضاء المصري.

تنص المادة 341 في فقرتها الثالثة من قانون التجارة المصرية على أنه: "تسري فيما لم يرد في شأنه نص خاص في هذا الفرع القواعد الواردة بالأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية".

ويتضح من هذا النص أن المشرع المصري قد ضمن قانون التجارة نصوصا قانونية تسري على الإعتمادات المستندية⁽³⁾ (من المادة 341 إلى 350) مع الإشارة إلى أنه في حالة خلوهذه القواعد من الأحكام تطبق نصوص القواعد والأعراف⁽⁴⁾، أن أكثر النصوص في قانون التجارة المصري الجديد تعلقا بموضوع تنفيذ الإعتمادات المستندية هي المادتان 347 و348 على النحو التالي:

(1) اشير لهذا الحكم في مقال سابق: Haward, 1994, p 583. Revue droit des affaires,

(2) وستتطرق للغش الواضح في الفصل الثاني من المذكرة عند دراستنا لشروط الغش المانع من تنفيذ الاعتماد المستندي.

(3) رضا السيد عبد الحميد، النظام المصرفي وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، طبعة 2000، ص 242.

(4) عادل إبراهيم السيد مصطفى، رسالته السابقة، ص 15.

- تنص المادة 347 على أنه:

- "1. على البنك أن يتحقق من مطابقة المستندات لتعليمات الأمر بفتح الاعتماد.
2. إذا رفض البنك هذه المستندات وجب عليه أن يخطر الأمر فوراً بالرفض مبيناً أسبابه".

وتعني هذه المادة وفقاً لما جاء في المذكرة الإيضاحية⁽¹⁾ أن على البنك أن يحترم تعليمات الأمر في عقد الاعتماد خاصة بشأن المستندات وموعد تقديمها وغير ذلك مما ينص عليه الأمر وأن يلتزم في ذلك التفسير الحرفي لتعليماته دون أن يكون لهفي ذلك أدنى فرصة في التقدير أو التفسير أو الاستنتاج وعليه أن يفحصها بعناية معقولة وبحسن نية وأن يتأكد من خلال فحصه لها أنها تطابق في ظاهرها للتعليمات وأنها لا تتطوي على أي تعارض فيما بينها، ويلزم أن يكون فحصه لها في زمن معقول، حيث أن التأخر في ذلك لا مبرر له ويعتبر بمثابة قبول لها، ولا مسؤولية على البنك متى نفذ التزامه على هذا النحو، أما إذا انتهى من الفحص برفضها بسبب مخالفتها للتعليمات، فيقع عليه إخطار الأمر فوراً.

أما المادة 348 فقرة 1 من القانون التجاري المصري تنص على أنه:

- "1. لا مسؤولية على البنك إذا كانت المستندات في ظاهرها مطابقة للتعليمات التي تلقاها من الأمر.

2. ولا يتحمل البنك أي التزام يتعلق بالبضاعة التي فتح الاعتماد بسببها"

وقد علفت المذكرة الإيضاحية على هذه المادة بأنه إذا كانت المستندات سليمة، فلا تكون هناك مسؤولية على البنك إذا كانت البضاعة ناقصة أو معيبة.⁽²⁾

ب. القواعد الموحدة الصادرة من غرفة التجارة الدولية رقم 500:

تنص المادة 3 من القواعد الموحدة رقم 500 على أنه:

(1) عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف، 2001، ص 160.

(2) نفس المرجع، ص 161.

- الإعتمادات بطبيعتها معاملات مستقلة عن البيوع والعقود الأخرى التي قد تكون أساسا لها، ولا تكون البنوك معنية بهذه العقود أو ملزمة بها حتى ولو ورد في الاعتماد إشارة أيا كانت لمثل هذه العقود وبناء عليه فإن التزام بنك بأن يدفع أو يقبل مسحوبات أو يتداول أو ينفذ أي التزام آخر طبقا للاعتماد يمكن أن يكون موضوعا لمطالبات أو دفعات يتقدم بها العميل الأمر ناشئة عن علاقاته مع البنك الأمر أومع المستفيد.

وتنص المادة 4 من القواعد الموحدة: "في عمليات الإعتمادات تتعامل كل الأطراف المعنية بعمليات الاعتماد، بمستندات ولا تتعامل ببضائع أو خدمات أو غير ذلك من الأداءات التي تكون المستندات متعلقة بها" وهذه المادة⁽¹⁾ تعالج الإعتمادات المستندية التي يقع التعامل فيها بمستندات متعلقة ببضائع، ولا يخرج عن نطاق هذا النص إلا الحالات التي يتبين فيها للبنك غش في البضاعة فيمتنع

عن الدفع إلى أن يفصل في أمر الغش قضائيا وهذا الامتناع جائز من البنك، لأن الغش يفسد كل شيء ولا يقال عندئذ أن البنك يتعامل بالمستندات ولا شأن له بما وقع من غش على البضائع.⁽²⁾

كما تنص المادة 13 من القواعد الموحدة على:

"1. يجب أن تقوم البنوك بفحص جميع المستندات المشترطة في الاعتماد بعناية معقولة للتأكد مما إذا كانت تبدو في ظاهرها متفقة مع نصوص وشروط الاعتماد"

وتحدد المادة السابقة مستوى فحص المستندات والمعيار المطبق هو المعيار الدولي المقرر للبنوك الأمريكية والأوروبية لأن واضعي هذه القواعد من ممثلي هذه البنوك، ويلاحظ أن هذا المعيار يتعارض مع معيار⁽³⁾ المسؤولية المدنية الوارد بالقانون المدني المصري في مادته 148 الذي يسري على المسائل المدنية والتجارية

(1) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 161.

(2) عادل إبراهيم السيد مصطفى، رسالته السابقة، ص 225.

(3) حاتم محمد عبد الرحمن، مرجعه السابق، ص 117.

وهو معيار الشخص المعتاد ويعني أن يتطابق سلوك البنك مع مستوى بنك عادي مثله تحيط به نفس الظروف التجارية التي يعمل فيها هذا البنك.⁽¹⁾

وبعد أن أصبحت هذه القواعد جزءاً من القانون المصري، قد يثور التساؤل عن قدرة البنوك على الاحتفاظ بمعيار المسؤولية المدنية الذي يقرره القانون المدني، وتجنب المعيار الدولي المتشدد الذي لا يتناسب مع إمكانيات البنوك المصرية؟ ويمكن لنا أن نقول أن ذلك ممكناً، لأن هذه القاعدة قاعدة مكملة وليست أمره فهي لا تتعلق بالنظام العام لذلك يجوز الاتفاق على مخالفتها.

ومن خلال نص المادة 15 من القواعد والأعراف الموحدة والسابق التطرق لها في الباب الأول والتي يستفاد منها إعفاء البنوك من المسؤولية في الحالات التي يثبت فيها غش المستفيد في المستندات ولا يكتشفه البنك، أما إذا اكتشفه وجب عليه أن يمتنع عن الدفع وإلا كان مسؤولاً عن تحمل تبعه ما دفعه فلا يطالب به العميل لأنه أخطأ بالسداد مقابل مستندات تنطوي على غش. وإذا علم العميل بالغش والتزوير في المستندات وقبل دفع البنك وأخطره العميل بذلك، كان على البنك أن يمتنع عن الدفع حتى يتأكد من الغش أو التزوير وعليه أي يبدي رفضه للمستندات قبل مضي المدة المطلوبة للفحص⁽²⁾ حتى لا يفسر سكوته على أنه قبول للمستندات وتجاوزه عن التزوير والاختلاف في المستندات.

وهذا الإعفاء المقرر للبنك يفترض فيه بالضرورة أن يكون قد بذل العناية المطلوبة أثناء تنفيذه لالتزامه بفحص هذه المستندات.

وبعد إيراد الطائفة السابقة من النصوص القانونية المصرية ونصوص القواعد الموحدة ندلي بالملاحظات الآتية:

1. خلو النصوص السابقة سواء في القانون المصري أو القواعد الموحدة من نص صريح يقرر استثناء على قاعدة استقلال الاعتماد المستندي في حالة الغش ولعل المرجع في ذلك أن واضعي القواعد الدولية رأوا أن الأفضل ترك المسألة للقوانين الداخلية في كل دولة لكي تقرر مدى وجود استثناء الغش على قاعدة الاستقلال وتبين مدى هذا الاستثناء وحدوده ومفهوم الغش وحالاته.

(1) انظر أيضاً: عادل إبراهيم السيد مصطفى، نفس الرسالة، ص 227.

(2) وقد تم شرح هذه المادة في المبحث الأول من هذا الفصل.

2. وإذا خلت النصوص القائمة من النص الصريح على حكم الغش في تنفيذ الإعتمادات المستندية تعين البحث عن أساس قانوني آخر لهذا الحكم. والأساس الذي يقول به الفقه هو المبدأ القانوني العام الغش يفسد كل شي (Fraus omnia Corruptit)⁽¹⁾

3. إذا كان من حق البنك أن يتمتع عن دفع الاعتماد المستندي في حالة الغش بل ومن واجبه النزاع أيضاً، فإن ذلك لا يمتد إلى حد إلزام البنك بإجراء أي تحريات خارجية عن وقائع النزاع بين البائع والمشتري لكي يكتشف وجود غش أولاً وهذا هو مقتضى المادة (04) من القواعد الموحدة.

4. ويرتبط بموضوع الغش في تنفيذ الإعتمادات المستندية التساؤل عن حكم المستند المزور، وهل يعد غشاً مانعاً من تنفيذ الاعتماد المستندي؟

القاعدة تقتضي في هذا الشأن أن البنك لا يسأل عن التزوير المتقن لأن فحصه يتم بشكل ظاهري، كما أن استقلال الاعتماد المستندي عن عقد الأساس لا يلزم البنك بالتحقق من شحن البضاعة أو نوعها أو سلامتها، حيث أن البنك يتعامل بمستندات لا بضائع.

أما بالنسبة للتزوير المفضوح الذي يسهل اكتشافه بالفحص الظاهري للمستندات فعلى البنك أن يرفض المستند المزور لعدم مطابقته لشروط فتح الاعتماد، فإذا قبل البنك هذه المستندات يكون مسؤولاً ولا يستطيع الرجوع على العميل الأمر بما دفعه كقيمة للاعتماد المستندي.⁽²⁾

5- يلاحظ أن الفقه المصري في إطار موضوع الغش الذي يعطي البنك حق رفض قيمة الاعتماد يميز بين صور متعددة أهمها أن تكون المستندات المقدمة من المستفيد مزورة، كأن تكون منسوبة إلى سلطة معينة ولكن واقع الأمر أنها لم تصدر من هذه الجهة، ومن صور الغش أن تتضمن المستندات بيانات لا تتفق إطلاقاً مع الحقيقة كأن يكون سند الشحن المقدم يتضمن وجود نوع من البضاعة مختلف تماماً عن البضاعة المشحونة فعلاً.

6- عند التعرض لأحكام القضاء المصري المتعلقة بوقف الإعتمادات المستندية، فإننا لم نتحصل على أي حكم يتعلق بموضوع الغش في الإعتمادات المستندية، لكن ومن باب القياس

(1) رضا السيد عبد الحميد، التحكيم في الكفالة المصرفية وخطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، 2002، ص 134.

(2) رضا السيد عبد الحميد، التحكيم في الكفالة المصرفية وخطابات الضمان المصرفية، مرجعه السابق، ص 303.

فإنه يمكن التعرض لبعض الأحكام التي تناولت الغش في خطاب الضمان بحكم أن خطاب الضمان⁽¹⁾ يقوم تقريبا على نفس المبادئ التي تحكم الإعتمادات المستندية لاسيما مبدأ الاستقلال بالإضافة لكونه يخضع لنفس القواعد القانونية (القواعد والأعراف الدولية) وعليه سوف نعرض للحكم التالي الذي أوضح موقف القضاء المصري في الغش كسبب لمنع تنفيذ خطابات الضمان وقياسا نستطيع القول الإعتمادات المستندية أيضا:

أ. حكم محكمة النقض الصادر بجلسة 12 ديسمبر 1997:⁽²⁾

- **الوقائع:** تتمثل في أن الشركة المطعون ضدها تقدمت للسيد رئيس محكمة استئناف القاهرة بصفته قاضيا للأمر الوقتية بطلب إصدار أمر على عريضة بصفة أصلية لوقف صرف قيمة خطابي الضمان الصادرين بناء على طلبها من البنك المطعون ضده لصالح الشركة الطاعنة وذلك لحين الفصل في النزاع بينهما والمعروض على التحكيم طبقا للقانون رقم 27 سنة 1994.

وقد قالت الشركة المطعون ضدها أن الطاعنة أسندت إليها القيام بأعمال بناء أحد الفنادق وأنها قدمت الخطابات المشار إليها مقابل التأمين النهائي وضمان للدفعات المقدمة، وعند شروعاتها في التنفيذ فوجئت بالجهة الإدارية تكلفها بوقف الأعمال لمخالفة الشركة الطاعنة الاشتراطات المقررة، فأخطرت الشركة الطاعنة بذلك، إلا أنها حاولت تسهيل خطابات الضمان بطريقة الغش، وبتاريخ 23 ماي 1995 أصدر السيد المستشار الرئيس بمحكمة استئناف القاهرة الأمر رقم 8 لسنة 1995 بوضع قيمة الضمان أمانة لدى البنك المطعون ضده بعد تسهيلها وذلك لحين الفصل في النزاع موضوع التحكيم بين الشركة الطاعنة والشركة المطعون ضدها الأولى.

تظلمت الطاعنة من هذا الأمر بالاستئناف رقم 12 لسنة 1990 تحكيم أمام محكمة استئناف القاهرة التي قضت بتاريخ 25 ديسمبر 1995 بتأييد الأمر المتظلم منه، وفي النهاية تم الطعن أمام محكمة النقض من قبل الطاعنة.

⁽¹⁾ خطاب الضمان هو من ابتكار الممارسات البنكية تأتي في شكل تعهد بنكي مباشر من البنك لصالح المستفيد ومستقل عن العلاقة بين العمل والمستفيد.

⁽²⁾ حكم نقض صادر بجلسة 12 ديسمبر 1996 في الطعن رقم 66، وارد عند: د/ حاتم محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 122.

موقف المحكمة:

وقد جاء في حكم المحكمة: "أن المقرر في قضاء المحكمة أن الأوامر على العرائض وبناء على نصوص الباب العاشر من الكتاب الأول لقانون المرافعات هي الأوامر التي يصدرها قضاة الأمور الوقتية بمالهم من سلطة ولائية وذلك بناء على الطلبات المقدمة إليهم من ذوي الشأن على العرائض، وهي على خلاف القاعدة في الأحكام القضائية تصدر في غيبة الخصوم ودون تسبب بإجراء وقتي أو تحفظي في الحالات التي تقتضي السرعة أو المباغلة، ولما كان ذلك وكان الأصل أن القاضي لا يباشر عملاً ولائياً إلا في الأحوال التي وردت على سبيل الحصر وتماشياً مع هذا الأصل وحرصاً من المشرع على عدم الخروج بهذه السلطة الوقتية إلى غير ما يستهدف منها قضي في المادة 194 من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم 23 لسنة 1992 بتقييد سلطة القاضي في إصدار الأمر على عريضة بحيث لا يكون له وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية أن يصدر هذا الأمر في غير الحالات التي يرد فيها نص خاص يجيز له إصداره، وإذا كان لا يوجد نص في القانون يجيز انتهاج طريق الأوامر على عرائض لوقف تسبب خطابات الضمان، فإن الحكم المطعون فيه إذا قضي بتأييد الأمر على عريضة الصادر بوقف تسبب خطابات الضمان محل النزاع لصالح الجهة المستفيدة (الطاعنة) وبإيداع قيمتها لدى البنك المطعون ضده الثاني، يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه"⁽¹⁾

كما أضاف حكم النفض: "لا ينال من ذلك الاعتصام بما نصت عليه المادة 14 من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية (1994) من أنه: "يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة 9 منه بناء على طلب أحد طرفي التحكيم أن تأمر باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها" إذ أن سلطة المحكمة في هذا الشأن تتدخل بوجود نص يجيز للخصم الحق في استصدار أمر على عريضة فيما يقتضيه النزاع موضوع التحكيم من اتخاذ أي من هذه التدابير، وذلك إعمالاً للأصل العام فيما يخص الأوامر على العرائض بحسبه استثناء لا يعمل به إلا بوجود نص خاص، وبما أنه لم يرد في القانون نص خاص يبيح وفق تنفيذ خطاب الاعتماد عن طريق الأمر على عريضة فإنه لا يكون للحكم المطعون فيه الاعتماد على نص المادة 14 من قانون التحكيم المشار إليه سنداً لقضائه."

(1) رضا السيد عبد الحميد، التحكيم في الكفالة المصرفية وخطابات الضمان المصرفية، مرجعه السابق، ص 303.

وما يؤخذ على الحكم السابق الملاحظات التالية:

1. يثير هذا الحكم مسألة كيفية استصدار التدابير المؤقتة والتحفظية في سياق نزاع معروض على التحكيم وهناك طريقتان لاستصدار مثل هذه التدابير:

أ. أجاز القانون للقضاء أن يتخذ التدابير المؤقتة والتحفظية حتى ولم يكن قد تم إقامة دعوى التحكيم.

ب. يمكن لهيئة التحكيم اتخاذ تدابير مؤقتة وذلك في حالة النص الصحيح في اتفاق التحكيم.⁽¹⁾

2. أنه يثير قضية مدى جواز استصدار أمر أو حكم بوقف تنفيذ الإعتمادات المستندية أو خطابات الضمان المصرفية في حالة الغش؟ إذ يذهب الفقه في ذلك إلى أن الغش الواضح والمؤكد الصادر من المستفيد يؤدي إلى سقوط الاستقلال القائم بين عقد الأساس وعقد الاعتماد، فإن تمكن العميل الأمر من إثبات الغش من جانب المستفيد، فعندها يستطيع مطالبة البنك بتجميد قيمة الاعتماد وعدم دفعها للمستفيد ولكن فيما يتعلق بالجهة التي تختص باتخاذ مثل هذا الإجراء، فقد تضاربت الآراء بشأن ذلك⁽²⁾، والأرجح هو اللجوء إلى القضاء الاستعجالي.

(1) رضا السيد عبد الحميد، تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة، دار النهضة العربية، طبعة 1997، ص 68.

(2) رضا السيد عبد الحميد، التحكيم في الكفالة المصرفية وخطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص 303.

الفصل الثاني:
الجوانب الموضوعية للفش المانع
من تنفيذ الاعتماد المستندي

الفصل الثاني:

الجوانب الموضوعية للغش المانع من تنفيذ الاعتماد المستندي

بالرغم من اختلاف موقف الفقه والقضاء من اعتبار الغش استثناءً على مبدأ استقلال العلاقات الناشئة عن الاعتماد المستندي⁽¹⁾ إلا أن الرأي الراجح قد استقر على أن الغش يعطل مبدأ استقلال الاعتماد المستندي وذلك استثناءً على المبدأ يبيح للبنك رفض تنفيذ الاعتماد إذا ثبت لديه وعلى وجه يقيني وقوع الغش من المستفيد، إذ أنه لا يجوز أن يستفيد الشخص من غشه، وطبقاً للقواعد العامة، فإن الغش يفسد كل شيء فيتعدى أثره إلى جميع العلاقات، بما فيها علاقة البنك بالمستفيد، بالرغم من استقلالها عن العلاقات الأخرى.

ويتعلق الفرض الذي سنناقشه في هذا الفصل بالحالة التي يتمكن فيها المستفيد (البائع) من تقديم مستندات مطابقة في ظاهرها وشكلها لبيانات الاعتماد المستندي مما يوجب على البنك القيام بالوفاء، لكن تلك المستندات لا تعبر عن الواقع والحقيقة، كأن تمثل بضاعة لا وجود لها أو بضاعة رديئة أو أنها مستندات مزورة أو منطوية على غش.

وحينها يثور التساؤل عن مفهوم الغش في عقد الأساس؟ ونطاقه وشروطه وأهم صورته؟ وهل يعتد بالغش الصادر من الغير أو يجب أن يصدر من المستفيد نفسه؟

وسنحاول الإجابة عن هاته التساؤلات بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين :

نخصص المبحث الأول: لمفهوم الغش في عقد الأساس ونطاقه.

أما المبحث الثاني: فيتناول طبيعة الغش في عقد الأساس ومعياره.

(1) انظر: جورجيت صبحي عبده فليبي، المرجع السابق، ص 180، 181.

المبحث الأول:

مفهوم الغش في عقد الأساس ونطاقه

إن القواعد والعادات الموحدة لم تتناول الغش كسبب من أسباب المعارضة في تنفيذ الاعتماد المستندي، أما اتفاقية (ISP 98) فقد اکتفت بإحالة هذا الموضوع إلى القانون الواجب التطبيق بقولها في المادة (1/105/C): "القواعد الخاصة بالغش وإساءة الاستعمال غير خاضعة لأحكام الاتفاقية ويترك أمر تنظيمها للقانون الواجب التطبيق"⁽¹⁾ في حين تناول القانون الأمريكي الغش كسبب من أسباب المعارضة في تنفيذ الاعتماد، إلا أنه لم يتطرق لتعريفه، لذا فإن المحاكم في قضايا الغش تلجأ للمفهوم التقليدي، فما المقصود بالغش في عقد الأساس؟ وما مداه؟ هل يمتد الغش في عقد الأساس ليشمل الغش في تكوين العقد؟ أم يقتصر على تنفيذ العقد؟ وهل يعتد بالغش الصادر من المستفيد أو يجب أن يصدر من نفسه؟ وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم الغش، المطلب الثاني: نطاق الغش.

المطلب الأول: مفهوم الغش.

قبل التطرق لمفهوم الغش في العقد الأساسي ينبغي علينا ابتداء توضيح هذا المفهوم وفقاً للقواعد العامة.

الفرع الأول: مفهوم الغش في القواعد العامة.

أولاً: تعريف الغش:

الغش بالكسرة في اللغة هو نقيض النصح⁽²⁾ يقال: غش صاحبه إذا زين له غير الحقيقة أو أظهر له غير ما أضمر، ولبن مغشوش، غير خالص ومخلوط بالماء⁽³⁾.

والغش هو نوع من أنواع الخيانة، ذلك لأنه إخفاء للواقع وإظهار لخلافه بحيث لا ينطبق عليه ويتحقق الغش بإخفاء العيب أو تزيينه بحيث لا يتعرف عليه الطرف الآخر⁽⁴⁾.

(1) انظر: أكرم إبراهيم حمدان الزغي، المرجع السابق، ص 136، 137.

(2) محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الخليل، بيروت، لبنان، ص 774.

(3) لسان العرب والمصباح المنير، ورد عند: فهد بن إبراهيم الحوشاني، الغش في المعاملات التجارية الإلكترونية بين الفقه والنظام السعودي،

رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، كانون الأول 2006، ص 50

(4) فهد بن ابن إبراهيم الحوشاني، رسالته السابقة، ص 50، 51.

وقد نهت الشريعة السمحاء عن الغش واعتبرته خروجاً عن روح الإسلام، فنجد الله سبحانه وتعالى قد نهى عن الغش ببخس الناس أشياءهم والتطفيف فيها في عدة آيات من القرآن الكريم⁽¹⁾، كما نهى عنه الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم بقوله: " ...من غشنا فليس منا." .

هذا وإذا كان العقد تصرف قانوني عماده الإرادة، فلا يلزم الإنسان إلا بما ارتضاه واتجهت إليه إرادته، ولكي تنشئ الإرادة التزامات لابد أن تكون حرة، مدركة سليمة لا يشوبها أي عيب من عيوب الإرادة⁽²⁾ وأهم مبدأ للتعاقد هو حسن النية، فإذا حصل غش أو زيف، فإن هذا المبدأ يكون قد تهدم، وإذا كانت القاعدة ثابتة بأن انهزام الأساس يؤدي إلى انهزام البناء فإن هذا ما يقال أيضا في الغش في عقد الأساس يجعله معيبا وعليه يعاب عقد الاعتماد بالعيب نفسه وهذا ما دفع الفقه والقضاء وبعض القوانين إلى إقرار إمكانية المعارضة في تنفيذ عقد الاعتماد إن كان هناك غش من قبل المستفيد، باعتبار أن المستفيد قد خرج عن مبدأ حسن النية ويقصد بمبدأ حسن النية الصدق وقول الحقيقة والغش من التصرفات التي تمس بهذا المبدأ لأنه يجسد بين طياته معنى الخديعة وهي عكس الصدق وينبئ عن سوء نية صاحبه وقصده الخبيث، والواقع أن الغش لم يعرف في النصوص القانونية لأن التشريعات الوضعية عادة لا تهتم بوضع التعاريف العلمية الدقيقة ولا تهتم كثيرا بالمسميات القانونية بل تفسح المجال في ذلك للفقه ليقوم بتعريفها وبيان المقصود بها على ضوء ما يصل إليه من بحث واجتهاد⁽³⁾.

ويقصد بالغش كل تضليل أو خديعة تحدث إضرار بحق مكتسب، يقع أثناء تنفيذ العقد أو خارج دائرة التعاقد⁽⁴⁾.

(1) أنظر سورة المطففين، الآية 1-3 وسورة هود الآية 84-86 وكذلك سورة الشعراء، الآية 181-183 .

(2) انظر: محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، دار الهدى، عين مليلة، 2007، 2008، ص

161-196.

(3) لم يتعرض المشرع الجزائري على غرار الفرنسي لتعريف الغش، لكنه أورد في المادة 124 مكرر من القانون المدني عناصر الغش.

(4) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص 421.

وعرفه البعض بأنه خداع يحصل من العاقد بعد انعقاد العقد بقصد الإضرار بحقوق موجودة، من قبل المدين الذي يحاول تبديد ما في ذمته حتى لا يجد الدائنون شيئاً ينفذون عليه⁽¹⁾ كما في الأعمال التي تنشأ عنها الدعوى البوليصية والصورية⁽²⁾ غير أن هذا المعنى قاصر على ما يسمى بغش الدائنين، فضلا عن ذلك فإنه لا يبرز صور الغش المتعددة.

وقد يكون الغش بمعنى: سوء النية والقصد الخبيث، وذلك باستخدام المدين وسائل يقصد الوصول إلى غرض غير مشروع لإيقاع الدائن في غلط يدفعه إلى قبول التنفيذ بالكيفية المعيبة التي تم بها⁽³⁾ ولما كان الغش احتيالا غير مشروع بقصد خبيث سواء يتم ذلك بالطريق الإيجابي، أم بالطريق السلبي فإن الغش يحتم سوء النية بل يفرضه بسبب ما يصاحبه من رغبة داخلية خبيثة، مما دعا البعض إلى القول بأن الغش مرادف لسوء النية، غير أن القول بذلك تحديد غير دقيق، فليس كل سوء نية غشا، بل قد يوصلنا هذا المفهوم إلى نتيجة غير مقبولة.

ويتفق مع المعنى السابق: أن الغش هو ارتكاب الظلم بدافع الكراهية أو المصلحة مما يعني قيامه على سوء القصد وسوء النية.⁽⁴⁾

وبناء على ذلك يكون الغش حيل مقرونة بسوء نية بهدف الإضرار بالغير كما ذهب البعض إلى القول بأن الغش هو استعمال الحقوق المشروعة لتحقيق هدف غير مشروع أو تحايل من المتعاقدين على القواعد القانونية سعيا وراء هدف مخالف للقانون⁽⁵⁾. يتضح من هذا التعريف أن الغش هو احتيالي غير مشروع بهدف خرق القوانين، أو احتيالي على قواعد السلوك الملزم الذي يمكن أن يرتكبه الشخص في مواجهة كل قواعد السلوك الملزمة، محاولا الإخلال بها بوسائل تقوم على الخداع.

(1) محسن البيه، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، النسر الذهبي، سنة 2000 م، ص 276.

(2) يقصد بالدعوى البوليصية الدعوى التي يطعن بها الدائن في تصرف مدينه طالبا عدم نفاذ هذا التصرف في حقه. وارد عند محسن البيه،

المرجع السابق، ص 245.

(3) محمد محمد السروي، الغش في المعاملات المدنية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، سنة 2004، ص

47.

(4) محمد السروي، رسالته السابقة، ص 47.

(5) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، فقرة رقم 179، ص 342.

وعليه فإن هذا التعريف في نظرنا هو الأقرب للرجحان، إذ تتدرج تحته كل صور الغش سواء كان الاحتيال من أحد المتعاقدين كما في التدليس، أم من المتعاقدين ضد الغير، كما في الأعمال التي تنشأ عنها الدعوى البولصية، لأن الغش بصوره المتعددة ما هو إلا احتيال وخداع لانتهاك حرمة القواعد القانونية أو الإخلال بقواعد السلوك الملزم. بالإضافة إلى أن هذا التعريف أوضح العناصر الموضوعية للغش

ومما تجدر الإشارة إليه، كما سبق وأن ذكرنا أن معظم التشريعات لم تورد تعريفا للغش، ولكن الفقه لاسيما الفقه الفرنسي قد بذل جهدا كبيرا في تحديد مفهوم الغش، باعتبار أن القانون الروماني قد سبق وأن عرف الغش، بأنه انصراف الإرادة إلى إحداث الضرر⁽¹⁾ وهذا المعنى يفيد بأن جوهر الغش هو الاحتيال غير المشروع وهذا يمثل الركن المادي للغش أما الركن المعنوي له فيتمثل في القصد الخبيث وهو الإضرار بالغير، بمعنى أن الغش يتضمن نية إحداث الأضرار بالغير ويتضح من هذا المفهوم أن الفقه ساوى بين الغش والخطأ العمد باعتبار أن كليهما يعبر عن وجود نية الإضرار، مما دعا البعض إلى القول بأن الغش حالة نفسية تدل على سوء النية⁽²⁾ سواء كان ذلك بطريق إيجابي أو بطريق سلبي.

وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن الغش هو كل فعل أو امتناع غير مشروع يهدف مرتكبه من ورائه إلى الإضرار بالغير أو تهرب الشخص من واجباته والتزاماته التي كان من المفروض أن ينفذها بحرص الرجل المعتاد وبالتالي يكون الغش احتيالا بقصد الإضرار بالغير⁽³⁾. وذلك تأسيسا على نص المادة 1643 من التقنين المدني الفرنسي التي تنص على اعتبار العمل الإيجابي أو السلبي من قبيل الغش، حتى ولو لم تتوافر لدى المدين نية الإضرار بالغير⁽⁴⁾ وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها إذ اعتبرت العمل الإيجابي والعمل السلبي من قبيل الغش كما في الامتناع لالتزام التعاقدية⁽⁵⁾ ونظرا لشدة التقارب بين الغش - كما أوردنا تعريفه - وبين التدليس إذ كلاهما يقوم على أساليب مكررة

(1) Planiol M et Ripert G et Esmein P, **Traite pratique de droit civil français**, tome 6, 1952, p 199.

(2) محمد السروي، رسالته السابقة، ص 49.

(3) Mahmoud Djamel Eddine Zaki, **La bonne foi dans l'acquisition des droits privé. étude comparée**, Le caire, 1952, p 18.

(4) **art 1643** : « il est tenu des vices cochés quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie »

(5) حكم 45/1969، D 4 Fev, Cass civ

ووسائل خادعة تضر بالآخرين فكلاهما ينطوي على خبث نية فاعلة وسوء مقصده، فإن القانون الأنجلوأمريكي يوجد بينهما في المفهوم، إذ يعتبر الغش في هذا النظام قريب من مفهوم التدليس⁽¹⁾ كذلك الأمر بالنسبة للقانون الفرنسي الذي استعمل لفظ Dol بدلاً من لفظ Fraude في المواد 889، 1150، 1151 من القانون المدني الفرنسي حيث كان استعماله فيها غير دقيق.⁽²⁾

ومع هذا التقارب بين الغش والتدليس إلا أن الفقه العربي⁽³⁾ يرى أن الخلاف بينهما واضح، فالتدليس وهو ينطوي على الخداع والحيل ما هو إلا نوع من الغش الذي يعني إتباع الطرق الملتوية بمعنى أن الغش في طريقه الملتوية أعم من التدليس، وما التدليس إلا صورة بسيطة من صورته.⁽⁴⁾

كذلك فإن التدليس يقع من أحد الطرفين ضد الآخر بقصد دفعه إلى التعاقد أما الغش فإنه يمارس بواسطة أطراف التعاقد أو بواسطة شخص غير المتعاقدين للإضرار بالغير.⁽⁵⁾

كذلك فإن التدليس يكون بمناسبة تصرف قانوني، أما الغش فإنه قد يقع في نطاق التصرف القانوني، وقد يقع خارجه، على أن التدليس يكون أثناء تكوين العقد أما الغش فإنه أثناء تنفيذه.

ومعنى ذلك أن محل التدليس هو التصرف القانوني، الذي لم يكتمل بعد باعتباره عيباً ينتاب التصرف أثناء تكوينه، وبمجرد أن يكتمل التصرف لا تكون المسألة تدليسا بالمعنى الدقيق وإنما فقط غش ضد حق مكتسب.⁽⁶⁾

ثانياً : بعض تطبيقات الغش .

(1) ورد عند محمد محمد السروي، رسالته السابقة، ص 50. ووفقاً للقواعد العامة في القانون الأمريكي فإن الغش يحمل معنى: التحريف

العمدي للحقيقة من أجل الحصول على شيء ذي قيمة أودفع شخص ليتنازل عن حق قانوني.

(2) في هذا المعنى راجع: بلايول، الالتزامات، ج 2، فقرة 166، ص 356.

وقد ورد عند: محمود عبد الرحيم الذيب، الحيل في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 79.

(3) أكرم إبراهيم حمدان الرغبي، المرجع السابق، ص 138.

(4) محمود عبد الرحيم الذيب، المرجع السابق، ص 80.

(5) محمد حسني عباس، العقد والإرادة المنفردة، درا النهضة العربية، 1995، بند 141، ص 163.

(6) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ج 1، بند 179.

من تطبيقات الغش في القانون المدني، الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنيه (الدعوى البولصية) ودعوى الصورية.⁽¹⁾

في الدعوى غير المباشرة إذا أصبح الشخص في وضع مالي سيء وخوفا منه على حقوقه لدى الغير والتيا إذا استوفاهما ستذهب إلى دائنيه فإنه يعتمد عدم المطالبة بها غشا بهم، لذا فقد منح القانون للدائنين طريقا لاتقاء نتائج غش مدينهم هي إقامة دعوى باسم مدينهم للمحافظة على حقوقه من الضياع وبالتالي إدخال هذه الحقوق في ضمانهم العام، وسميت بالدعوى الغير مباشرة لعدم وجود رابطة قانونية بينهم وبين مدين مدينهم.⁽²⁾

أما دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنيه (الدعوى البولصية) ففيها يقوم المدين بفعل إيجابي، كأن يهب جميع أمواله أو يبيعهها بثمن بخس لأولاده أو أقاربه لإضعاف ذمته المالية غشا بدائنيه حتى لا يوفي ديونهم لذا فقد منح القانون للدائن حق إقامة دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه، هذه الدعوى تقوم أساسا على الغش من قبل الدائن والضرر الذي يصيب المدين.⁽³⁾

أما عن الدعوى الصورية، فيلجأ إليها البعض لإخفاء أمر ما فيبرم عقدا ظاهرا لا ينبئ عن الحقيقة فيقال له العقد الظاهر أو الصوري وآخر مستتر يتضمن الحقيقة، والجزاء الذي يقرره القانون في مثل الحالة هو اعتبار العقد الصوري عقدا حقيقيا في حق من أريد الأضرار به أو غشه، أو إعطاء هذا الأخير الحق بالطعن في العقد ظاهر بالصورية والتمسك بالعقد المستتر.⁽⁴⁾

كما تضمن قانون العقوبات الجزائي بعض تطبيقات الغش في الباب الرابع بعنوان : الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية وذلك في المواد 429 - 453 كما أشار في المادتين 383 و 384 إلى جريمة الإفلاس المنوط بالغش إضرارا بالدائنين.

ثالثا : ما يترتب عن الغش.

إن مبدأ " الغش يفسد كل شيء " من المبادئ القانوني الهامة والمستقرة في معظم النظم القانونية، إذ يقصد به أن كل تصرف مبني على غش يعتبر فاسدا ولا تجوز حمايته

(1) عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج 2، أحكام الالتزام، ط3، 1988، بغداد، ص 76 وما بعدها.

(2) اذطر: القانون المدني الجزائري، المادة، 189-190 .

(3) في دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه، أنظر المواد : 191 - 197 من القانون المدني الجزائري .

(4) القانون المدني الجزائري، المادة 198 .

قانونا .فالغش يثير الבלبلة ويخل بالنظام القانوني القائم فمحاربته من متطلبات حماية هذا النظام.

والمبادئ القانونية تختلف عن القواعد القانونية، فهذه الأخيرة توضع لحكم أفعال معينة وأشخاص معينين وعليه فهي تحكم وضعية قانونية معينة بينما المبادئ القانونية عامة فهي بمثابة أصول القانون وما القواعد القانونية إلا مجرد تطبيقات لتلك الأصول⁽¹⁾. ومبدأ الغش يفسد كل شيء مستمد من الأخلاق وقواعد العدالة ومبدأ حسن النية. والمبدأ العام للقانون هو اجتهاد القاضي للبحث عن حل النزاع وذلك ليس بناء على أفكار شخصية أو شعور شخصي بالعدالة وإنما بناء على المبادئ العامة للنظام القانوني لدولته. "وأجمعت ضمائر الناس في جماعة معينة على إنزالها منزلة المبادئ المكتوبة، فكان مؤدى هذه الموافقة الجماعية أن اعتبرت هذه المبادئ من قبيل القانون الوضعي، عبرت عنه الإرادة الجماعية فكان لها بذلك قوة ملزمة"⁽²⁾.

كما أكد على ذلك قضاء محكمة النقض المصرية حيث قررت: " أن قاعدة الغش تبطل التصرفات" قاعدة سليمة ولولم يجر بها نص خاص في القانون وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال والانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافرها في التصرفات والإجراءات عموما صيانة لمصلحة الأفراد والمجتمع"⁽³⁾.

وقد نص القانون المدني الجزائري في مادته الأولى على أن قواعد العدالة هي مصدر من مصادر القانون.

الفرع الثاني: مفهوم الغش في عقد الأساس.

أولا : المقصود بالغش في الاعتمادات المستندية.

يعتبر الغش في الاعتمادات المستندية من أخطر أنواع الغش في التجارة الدولية⁽⁴⁾ لحد وصفه من طرف البعض بأنه حقيقة غير سعيدة بالنسبة للتجارة الدولية وأن له آثار سلبية

(1) فضيل نادية، الغش نحو القانون، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر ، ص 81

(2) حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، دون ذكر دار الطبع، طبعة 1988، ص 195 وما بعدها.

(3) نقض مصري، 1956 / 2 / 9 طعن رقم 345 سنة 21 ق، مجموعة المكتب الفني، السنة 7، عدد 1، ص 168 .

(4) إذ أن هناك عدة أنواع للغش التجاري منها:

الغش عن طريق إغراق البواخر وتغيير وجهتها.

الغش عن طريق إحراق السفن.

وسیئة بل هي ذات آثار شؤم⁽¹⁾ على الاعتماد المستندي، مما يندرج بإضعاف قيمته الدولية وعدم استقراره. وينصب الغش أساساً في الاعتمادات المستندية على المستندات، فهي محل التزوير وتغيير الحقيقة، فالبنك يتعامل بالمستندات ولا علاقة له بالبضاعة وفقاً لقاعدة "العبرة بالمستندات وليست بالبضاعة"⁽²⁾

وعليه فإنه يقصد بالغش أن يقدم المستفيد (البائع) للبنك مستندات مطابقة في ظاهرها لشروط الاعتماد ولكنها معيبة في موضوعها ونقصها بكلمة موضوعها أن ينصب التزوير على المستندات ذاتها سواء جميعها أو بعضها أو واحدة منها فقط⁽³⁾ كما تعني هذه الكلمة أن تكون علاقة المستندات بالبضاعة التي تشير إليها غير صحيحة من حيث الواقع والحقيقة مع أنها تبدو في الظاهر صحيحة تماماً.

كما يقصد به أيضاً قيام المستفيد متعمداً وإرادته بتقديم مستندات تبدو ظاهرياً مطابقة لشروط الاعتماد لكن في حقيقتها تحوي عيباً أو تزويراً لا يظهر بمجرد الفحص العادي لهذه المستندات بغية صرف قيمة الاعتماد مع يقين المستفيد أنها لا تمثل الحقيقة والواقع.⁽⁴⁾

ويتخذ الغش في مجال الاعتمادات المستندية أشكالاً متعددة منها انعدام وجود البضاعة الموصوفة في المستندات إطلاقاً، فتكون الحاويات أو الصناديق فارغة، أو نجد بدلاً منها قمامة⁽⁵⁾ أو نجد بضاعة ذات نوعية رديئة غير تلك التي تصفها المستندات أو كانت المستندات تقدم وصفاً خاطئاً لها. وقد يكون الغش عن طريق تزوير المستندات. والأمثلة على ذلك عديدة منها:

الغش عن طريق التأمين البحري.

الغش عن طريق عدم الالتزام بشروط إيجار السفن.

الغش عن طريق تزوير المستندات (عن طريق الاعتماد المستندي).

(1) Khaled Kawan, **La fraude dans le crédit documentaire**, Revue de droit des affaires internationales, 1991 ; n°, p 797 – 835.

(2) معن الحرباء، الغش في الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2002، ص 118.

(3) محمد حسين اسماعيل، المرجع السابق، ص 99.

(4) Javelda et Stoufflet, **Droit bancaire**, p 316.

(5) راجع سابقة: Sztjen V. J. Henry Shroder Bankingcorp. والتي سبق وأن تعرضنا لها في الفصل الأول. والتي تلتخص

وقائعها في أن البائع قد شحن خمسيناً صندوقاً على السفينة واستصدر وثيقة شحن نظيفة ومستندات أخرى تصف البضاعة بأنها مطابقة للاعتماد في الوقت الذي كانت فيه محتويات الصناديق قمامة عديمة القيمة.

1. ما حصل في خريف 1981 عندما وافقت شركة مقرها في القاهرة على شراء سيارات مستعملة من مصدر بلجيكي سبق التعامل معه، إذ حضر هذا الأخير إلى مكتب الشركة في 1981/10/03 وقدم لها مواطنا من ألمانيا الغربية زاعما أنه المورد الفعلي للسيارات المطلوبة والذي قدم بدوره فاتورة مبدئية للمشتري موقعة باسم شركة مسجلة في لختستين (Liechtenstein) في ألمانيا الغربية، وافق المشتري فوراً على اعتبار أن الصفقة مغرية وتوجه إلى البنك الذي يتعامل معه بالقاهرة وأجرى معه الترتيبات لفتح اعتماد مستندي بقيمة 350000 مارك ألماني لصالح الشركة في (لختستين) والتي لها حساب في أحد البنوك في مدينة زيورخ. وقد تم تحديد نوعين من المستندات هما بوليصة الشحن (سليمة وخالية من التحفظات) وفاتورة المستفيد وبعدها استلم المورد خطاب الاعتماد قام بإعداد فاتورته وبوليصة شحن على نماذج شركة شحن كانت تعمل في الشرق الأوسط توقفت عن العمل بعد أن أفلست قبل تسعة أشهر. وفي الواقع لم يكن لدى المورد أية سيارات لتصديرها أو المباشرة في شحنها، إلا أن بوليصة الشحن تزعم بأن البضاعة قد تم شحنها من هامبورغ بتاريخ 1981/12/08، وقد قدمت هذه المستندات إلى البنك في زيورخ وقام بالدفع فوراً، في حين أن المشتري المصري لم يراوده أي شك حول سلامة العملية إلا عند منتصف جانفي 1982 حين تأخر استلام سيارته إلى حد كبير وبذلك خسر المشتري المصري مبلغ الاعتماد (350000 مارك ألماني)، في حين تنصل المصدر البلجيكي من تتحمل أية مسؤولية على أساس قيامه بدور الوسيط فقط، أما بالنسبة للشركة فقد اتضح أنها مسجلة باسم محامي ويمنع القانون المطبق الإفصاح عن الاسم الحقيقي لمالك السيارات، وبالرغم من قيام جريمة الغش فإن بنك زيورخ رفض اعتباره متورطاً في جريمة جنائية ولم يخسر شيئاً إذ استوفى المبلغ من البنك المصري.⁽¹⁾

2. أما المثال على رداءة نوعية البضاعة، فكان ما قرره القضاء الإنجليزي في سابقه شركة التضامن الأردنية HamzehMalas and sons V BritishImex industries.

في أنه لا يمكن للبائع الذي أرسل بضاعة ذات نوعية رديئة بدلاً من البضاعة الجيدة المتفق عليها وحصل على وثائق شحن ترمي إلى إثبات أن البضاعة المبينة أوصافها في

⁽¹⁾ ماذا تعرف عن الاحتيال البحري والغش في التجارة الدولية، إعداد الغرف العربية الخليجية، طبع على نفقة البنك العربي سنة 1987،

العقد هي التي جرى شحنها في السفينة، أن يستفيد من قيمة الاعتماد لأنه يكون قد ارتكب غشا في مواجهة المشتري.⁽¹⁾

كذلك قضية "البطاطا الفاسدة"⁽²⁾ التي استوردها جزائري من كندا والتي مصابة ببكتيريا خطيرة، حيث قام المستورد بشراء 3800 طن من البطاطا من عند ممول كندي من مدينة "كيبك" قسمت على شحنتين، الأولى 220 طن والثانية 1600 طن وقد وصلت إلى ميناء الجزائر يوم 26 أكتوبر 2007، بحيث أثبتت التحاليل أن الشحنة الأولى مطابقة للمعايير، أما الثانية (1600 طن) فقد ثبت أن 300 طن منها لم ترفق بشهادة صحية وبعد تحليلها ظهر أنها تحمل بكتيريا تضر بالصحة وعلى هذا الأساس رفعت دعوى ضد المستورد الذي كان ضحية لتزوير المصدر الكندي والذي استفاد رغم غشه من مبلغ الاعتماد أمام جهل المستورد للإجراءات التي يتخذها ضد المصدر في مثل هذه الحالات. وهي حالة غش فادح تمثل في تقديم مستندات مزورة وكذا بضاعة غير مطابقة للبضاعة المتفق عليها.

3. أما المثال على اعتبار الوصف الخاطئ للبضاعة تزوير ما اعتبره القاضي « Bailhache » في سابقة Société metallurgique d'aubrives and Villerupt V. British Bank for foreigntrade⁽³⁾

أن الوصف الخاطئ للبضاعة يصل إلى درجة التزوير.

وحكم بناء على ذلك أن موقف البنك الراض للوفاء يعتبر موقفا مبررا.

4. أما المثال عن تزوير المستندات فهوما ورد في سابقة: Knew tek chaw, V British traders and shippers⁽⁴⁾

حيث كان التزوير منصبا على وثيقة شحن، ظهر عليها تاريخ شحن زائف هو 31-10-1951، في حين أن الشحن الحقيقي كان قد تم في: 03/11/1951، قدمت وثيقة الشحن مع بقية المستندات الصحيحة قبل البنك المستندات جاهلا بالتزوير الواقع على تاريخ الشحن، إلا أنه جرى اكتشاف التزوير عند تسليم البضاعة للمشتري، فرفع هذا الأخير دعوى على

(1) قضية وردت عند : محمد حسن اسماعيل، المرجع السابق ص، 100

(2) مقال بعنوان: اكتشاف فضيحة "بطاطا الخنازير" جنب الجزائرين مقرة جماعية منشور في جريدة الشروق، ليوم الثلاثاء 21 أكتوبر 2008، العدد 2435، ص 5.

(3) Gutteridge and Maurice Megah, **The law of Banker's Commercial Credits**. Europa publication. Etd London, 1979, p 141.

(4) Arora **Practical Business law**, macdonald and Evans, 1983, p 124.

البائع لاسترداد ما قبضه من البنك، على أساس أن تقديم وثيقة شحن أصلية يعتبر شرطا في عقد البيع.

استجابات المحكمة للدعوى وقررت أن وثيقة الشحن كانت مزورة لأنها تبين أن البضاعة محل العقد قد جرى شحنها في التاريخ الذي حدده الاعتماد في حين أن الحقيقة هي أن الشحن قد جرى بعد ذلك، وأن وثيقة الشحن التي تحمل تاريخا مزورا عمدا، هي وثيقة شحن مزورة.

كما أن الغش والتزوير يمكن أن يلحق المستندات في البيع CIF وفي البيع F.O.B، غير أنه يمكن اتخاذ احتياطات أكثر في البيع الأخير عنها في البيع الأول للتقليل من حالات الغش، أو تجعل ارتكابه أكثر صعوبة، حيث تسمح شروط كل من عقد البيع وخطاب الاعتماد، بالقيام بتفتيش ملائم للبضاعة قبل الشحن، بواسطة شركة تفتيش دولية، بل ويمكن أن تتولى هذه الشركة الإشراف على الشحن وعلى إصدار الوثيقة الخاصة به تم تسليمها إلى المستفيد (البائع) الذي يجب عليه من بعد تقديمها مع المستندات اللازم توافرها للحصول على المقابل، بل ومن الممكن أن يجري شحن البضاعة المحزومة في طرود بواسطة مفتش « Inspector » خاص، لمنع التبديل اللاحق وتقديم وثائق إلى البنك الذي يتولى التأكد من مطابقتها مع المستندات المقدمة له من المستفيد (البائع).⁽¹⁾

أما عن البيع "سيف" تفترض الأعراف الموحدة أن وثيقة الشحن تدل على وجود البضاعة، وأن هذه البضاعة قد وضعت على ظهر السفينة المسماة في المستندات وأنها متجهة إلى الميناء المطلوب، وأن تاريخ الشحن الحقيقي هو التاريخ الثابت على وثيقة الشحن، وأن البضاعة ستصل إلى الميناء المطلوب إلا أن هذا الافتراض، الذي ربما كان موجودا في الماضي، لم يعد صحيحا في الوقت الحاضر، ولذلك كان مجال الغش في البيع (CIF) أكثر احتمالا منه في البيع (FOB)، بالإضافة إلى أن مجال الغش في الماضي كان ضيقا نظرا إلى أن وثائق الشحن كانت تصدر عن شركات شحن حسنة السمعة، وتتمتع بثقة عالية، غير أننا الآن بحاجة إلى جهد وعناية واضحين للوصول إلى ذلك خصوصا أنه من الممكن استئجار السفينة ومن الممكن أن يصدر المستأجرون أنفسهم وثائق الشحن، بل من الممكن أن يكون مستأجر السفينة مصدر وثيقة الشحن هو المستفيد (البائع) ذاته.⁽²⁾

(1). Ventris F. M ; **Banker's Documentary credits**, loyd's of London press, 1980, p 142.

(2) Ventris, **op.cit**, p 142.

ثانيا : محل الغش المانع من تنفيذ الاعتماد المستندي.

بعد تطرقنا لمفهوم الغش في الفقه والقضاء، لا يبقى لنا سوى تحديد المعاملة التي تصلح محلا لهذا الغش المبرر لوقف تنفيذ الاعتماد هل هي معاملة الأساس (عقد البيع) أم معاملة الاعتماد المستندي؟ وسنتناول هذه المسألة في نقطتين:

1 - التحليل الفقهي للمسألة.

إذا كنا قد توصلنا في الفصل الأول إلى إمكانية وقف تنفيذ الاعتماد المستندي في حالة وجود مستندات مصطنعة، فإنه كذلك يمكن وقف التنفيذ، بسبب وجود غش في المعاملة وفقا لنص المادة 5 قسم 114 من القانون التجاري الأمريكي الموحد السابق الإشارة إليه، وإن كانت هذه المادة لم تحدد ما المقصود بالمعاملة هل هي معاملة الأساس أم معاملة الاعتماد المستندي في حد ذاته. ولكي تتمكن من تحديد المعاملة محل الغش لا بد أولا من تحديد وضبط بعض المفاهيم:

1. يكون الغش مرتبطا بمعاملة عقد الأساس إذا كان متعلقا بالأمر الآتية:

أ- تنفيذ عقد الأساس بطريقة يشوبها الغش (غش في تنفيذ العقد).⁽¹⁾ كأن يقدم المستفيد مستندات صحيحة. لكنها لا تعبر عن حقيقة البضاعة المشحونة، بمعنى أن المستندات تعبر عما اتفق عليه في عقد الأساس، لاسيما فيما يتعلق بنوعية البضاعة لكن الحقيقة هي انعدام البضاعة الموصوفة في المستندات، فتكون الحاويات فارغة أو نجد بدلا منها قمامة أو شحن بضاعة ذات جودة أقل من تلك التي تصفها المستندات.

ب- التحايل لدفع أحد الطرفين، وهو العميل الأمر للتعاقد مع الطرف الآخر (المستفيد) وهو الغش الدافع للتعاقد⁽²⁾ وهذه الحالة لا تعد محلا لدراستنا لأنها حسب رأبي تتعلق بالتدليس

⁽¹⁾ ينبغي الإشارة إلى أن الفقه والقضاء لم يقرأ إمكانية المعارضة في تنفيذ الاعتماد إذا كانت هناك عيوب أخرى غير الغش، مثل الإكراه والغلط... والسبب في ذلك يعود إلى رغبة أهل الفقه والقضاء في المحافظة على مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي وعدم السماح بحرفه إلا في حالة الغش.

⁽²⁾ إن نص الفقرة الثانية من المادة 86 قانون مدني جزائري: "... ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملبسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملبسة".

الذي يصاحب تكوين العقد⁽¹⁾ أما الغش فهو الخديعة التي تقع عند تنفيذ العقد، بالرغم من أن عناصر الغش هي نفسها عناصر التدليس.⁽²⁾

ج- إخلال المستفيد بالتزاماته العقدية في عقد الأساس: إذ كثيرا ما يخلط أطراف العملية التعاقدية في الاعتماد المستندي بين مفهوم الغش ومفهوم إخلال المستفيد بالتزاماته العقدية والفرق بينهما واضح هو: أن الغش هو سوء سلوك المستفيد الخطر جدا على العملية التعاقدية بحيث يؤدي إلى إفسادها نتيجة استعمال وسائل احتيالية متمثلة بتقديم مستندات تحوي بيانات غير صحيحة والمستندات غير الصحيحة قد تكون مستندات مزورة أو احتيالية تحوي تحريفا في البيانات.⁽³⁾

أما الإخلال بالالتزام العقدي فيتمثل بعدم تنفيذ أحد الالتزامات التي تضمنها العقد.⁽⁴⁾

2. ويكون الغش مرتبطا بمعاملة الاعتماد المستندي في الحالات الآتية:

أ. التقدم بمستندات مزورة أو مصطنعة.

ب. التقدم بمستندات لا تشتمل على بيانات صحيحة.

ج. استخدام الاعتماد المستندي لغرض غير مشروع.

هذا وقد انقسمت الاتجاهات التي تناولت هذه المسألة على النحو التالي:

الاتجاه الموسع: (يمثل الأغلبية)⁽⁵⁾ ويرى أن الغش في عقد الأساس يكفي لمنع تنفيذ الاعتماد المستندي ومبرراته في ذلك:

أ. أن الغش المتعلق بعقد الأساس هو مسألة خطيرة، والغش أي كان نوعه ومحله ينبغي أن يكون مبررا كافيا لوقف الدفع.

(1) انظر في المقارنة بين الغش والتدليس: محمود عبد الرحيم الذيب، المرجع السابق، ص 79، 80.

(2) بعكس الاتجاه الأنجلو أمريكي الذي يوحد بينهما في المفهوم.

(3) أكرم إبراهيم حمدان الرغبي، المرجع السابق، ص 144.

(4) اتحاد الغرف العربية الخليجية، الاحتيال البحري والغش في التجارة الدولية، ط 1، منشورات الاتحاد البحري، ج 1، الأردن، ص 22.

(5) انظر: John F Dolan, **Documentary credit fondamentale comparative aspects**, Banking an finance law review, volume 3, 1988, 1989, cars well, p 139.

ب. إذا كان وقف تنفيذ الاعتماد هو استثناء على قاعدة نهائية التنفيذ بناء على مبدأ استقلال الاعتماد المستندي عن عقد الأساس، فإن الخروج عن هذه القاعدة يكون مقبولاً إذا ما فهمت وظيفة الاعتماد المستندي الأساسية والمتمثلة في تسهيل عمليات التجارة الدولية من خلال كونه أداة لضمان القيام بالأداءات التي يلتزم بها الأطراف، إذ أن الاعتماد المستندي هو التزام على عاتق البنك، يترتب بناء على طلب العميل الأمر ومضمونه، أن يقوم البنك بالوفاء للمستفيد متى استوفى هذا الأخير الشروط التي يتطلبها الاعتماد وهي تقديم المستندات وتعرض هذه الوظيفة للإخفاق في حالة السلوك المشوب بالغش من أحد الأطراف فيتمكن هذا الطرف من أن يجمع في يده بين أدائه وأداء الطرف الآخر، في هذه الحالة سينحرف الاعتماد المستندي عن وظيفته التي وجد من أجلها، فإذا تقدم المستفيد بمستندات مزورة تثبت أدائه (كتقديم وثيقة شحن مصنعة، رغم عدم شحنه لأي بضاعة) في عقد الأساس وحصل على الثمن نتيجة ذلك، فإنه يكون قد جمع بين أدائه (عدم قيامه بالتزامات في عقد الأساس) وبين أداء الطرف الآخر أي العميل الأمر (الثمن). وإن التدخل لمنع تنفيذ الاعتماد المستندي في هذه الحالة لن ينال من وظيفة الاعتماد المستندي، لأنها تكون اختلت بمقتضى التصرف المشوب بالغش لا بالتدخل لمنع التنفيذ.

وبالتالي لا مجال للقول بأن الأخذ بفكرة الغش في عقد الأساس كمبرر لوقف تنفيذ الاعتماد المستندي من شأنه أن ينال من مبدأ استقلال الاعتماد المستندي أو وظيفته لأن هذه الوظيفة تكون قد أهدرت بالفعل عند وجود غش في عقد الأساس.⁽¹⁾

ويمكن كذلك الحفاظ على مبدأ استقلال الاعتماد المستندي بوسائل أخرى⁽²⁾ غير إهدار الغش الموجود في عقد الأساس، مثل قصر الغش على الحالات التي يكون مرتكباً من المستفيد نفسه مع استبعاد الحالة التي يرتكب فيها الغش طرف ثالث وتفسير الغش ضيقاً بل يقتصر على الحالات التي يبلغ فيها درجة معينة (الغش الفادح).⁽³⁾

ج. وبما أن معظم المناصرين لهذا الاتجاه هو من الفقهاء الأنجلوأمريكان فقد كان تفسيرهم مبنيًا على نص المادة 5 قسم 114 من القانون التجاري الموحد⁽⁴⁾ - السابق الإشارة - إليها

(1) J. White Roberts, **Uniform commercial code**, West publishing, p 859.

(2) حاتم محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 280.

(3) وسيتم لاحقاً شرح معنى الغش الفادح.

(4) انظر نص المادة 5، قسم 114 السابق التطرق إليها في الفصل الأول.

التي أشارت إلى حالات وقف تنفيذ الاعتماد المستندي من بينها أن يكون المستند مصطنعا أو مشوبا بالغش وفي رأيهم هذه الحالة تغطي جميع ما يمكن تصوره بالنسبة للغش في معاملة الاعتماد المستندي، ثم أن النص أضاف بعد ذلك حالة الغش في المعاملة، فإذا قلنا أن المقصود بالغش في المعاملة هي معاملة الاعتماد فالنص يشتمل على تكرار ينبغي رفعه ولا يكون ذلك إلا بتفسير الغش في المعاملة بأنه غش في عقد الأساس.

الاتجاه الثاني: والذي يرى أن الغش المبرر لمنع صرف الاعتماد المستندي هو غش في معاملة الاعتماد المستندي فقط ومن مناصري هذا الاتجاه تقريبا جل الفقهاء الفرنسيين⁽¹⁾ والأقلية من الفقهاء الأنجلوسكسون ومن مبررات هذا الاتجاه:

أ- الحفاظ على وتدعيم وتأكيد مبدأ استقلال الاعتماد المستندي عن كل العلاقات الأخرى مثل علاقة عقد الأساس أو علاقة العميل الأمر بالبنك المصدر، وذلك كله يقتضي حصر مفهوم الغش في أضيق نطاق ممكن.⁽²⁾

فهم بذلك يرون أن الاعتماد المستندي عقد تطبق عليه قواعد العقود ومنها عدم جواز وقف الدفع فيه إلا إذا كان ذلك مما تسمح به نظرية العقد (أن يكون هناك إخلال بالالتزام عقدي من المستفيد - عدم تقديم المستندات المطلوبة منه فيكون للطرف الآخر البنك المصدر عدم التنفيذ وهو ما يطلق عليه الدفع بعدم التنفيذ).⁽³⁾

وإذا كانت النتيجة الأولى المترتبة على هذه النظرية هي قصر الغش على حالات الغش الفادح، فإن النتيجة الثانية هي قصر الغش على حالته المتعلقة بالاعتماد المستندي وليس عقد الأساس.

ويمكن توضيح هذه النتيجة بالاستناد للخاصية الرئيسية لخطاب الاعتماد هي أنه مستقل، لا يفسر بالرجوع للعقود السابقة له، وأي إخلال فيها لا ينبغي أن يؤثر فيه وبالتالي في التنفيذ الصحيح لعقد الاعتماد. ويفسرون معنى المعاملة التي تدخل في نطاق المادة 5 فسم

⁽¹⁾ وقد أيد هذا الاتجاه الفقيه ستوفليه، حين علق على أن "الغش يجب أن يتعلق، بالمستندات وليس بعقد الأساس"، نقض فرنسي في 1997/4/29، الأسبوع القضائي، 1997-11-976.

⁽²⁾ Henry Harfield. *Op.cit.* page 608.

⁽³⁾ المادة 123 قانون مدني جزائري: "في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما ألزم به".

114 هي معاملة الاعتماد المستندي. وهما سيتتدون على صحة هذه النتيجة بما جاء في بعض الأحكام القضائية.⁽¹⁾

ب- والفهم الصحيح لقضية Sztejn⁽²⁾ وهو أن الغش القائم بها هو غش في معاملة الاعتماد المستندي وليس عقد الأساس، حيث كان هناك غش ضد البنك المصدر في معاملة الاعتماد المستندي لأن سند الشحن كان يتضمن بيانات غير حقيقية حول ماهية البضاعة، وكان للبنك مصلحة في حدية البضاعة المشحونة (باعتبارها وسيلة ضمان للبنك ضد امتناع عميله الأمر عن سداد قيمة ما دفعه البنك في الاعتماد المستندي).

- 2 - التحليل القضائي للمسألة (لمسألة الغش في المعاملة): وذلك من خلال عرض مجموعة من القضايا

أ. الغش في المستندات يكفي لإصدار أمر بمنع التنفيذ: (بمعنى أنه إذ لم يوجد غش في المستندات فلا مجال لوقف التنفيذ) وأبرز الأمثلة عن القضايا التي أخذت بهذه القاعدة هي:

- قضية Shaffer V. Brooklyn Pankgardenappointments حيث تم فيها منح الأمر بمنع التنفيذ لوجود غش في المستندات. إذ ذكرت المحكمة أن الغش المأخوذ به يجب أن يكون غشا في المستندات وليس في عقد الأساس. وبالنظر إلى وقائع القضية وجدت المحكمة أن التقدم بشهادة مزورة إلى البنك المصدر يعتبر غشا في المستندات وقامت المحكمة بمنع البنك المصدر من الوفاء بالكمبيالات المقدمة في ظل الاعتماد.

- قضية: Merchantscorp of america V. Chase manhattanbank N. A⁽³⁾ وقد منحت المحكمة فيها أمر مؤقتا بمنع الدفع بناء على ادعاء العميل الأمر بأن سندات الشحن المقدمة مؤرخة في 1998/01/31 في حين أن الشحنة المذكورة لم تكن في الميناء حتى 021/13/ من نفس العام.

(1) حيث علقت المحكمة في قضية First National Bank V. Rosebudhousingauthority 291 N-W rd 41 (To Wa 1980) كالاتي: أنه طالما لم يتم تعديل خطاب الاعتماد المستندي فإن تعديل الأطراف لعقد الأساس لا يكون مؤثرا. وطالما لا يوجد غش في المستندات فلا يكون هناك وجه لإصدار أي أمر بمنع الصرف.

(2) وردت عند: حاتم محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 296.

(3) Edward J. R, Symons, **Letters of credit : Fraud, Good faith and the basis of injunctive relief, USA, Tulane law review, Vol 54, 1980, p 358.**

وتدور هذه القضية حول اعتماد مستندي تحت الطلب « Standby » يستلزم لدفع قيمته تحرير شهادة مقتضاها أن قيمة الاعتماد سوف يستخدمها المستفيد في الأغراض المحددة في عقد الأساس.

بعدها اتفق طرفا العقد (العميل الأمر والمستفيد) على تعديل عقد الأساس دون ذكر أي تعديل يمس عقد الاعتماد.

قام المستفيد بتقديم المستندات المطلوبة على رأسها الشهادة المطلوبة مع نسخة من عقد الأساس (الأصلي) قبل التعديل.

سعى البنك المصدر إلى استصدار حكم كاشف (Declaratory judgment) في المسألة عن مدى صحة طلب المستفيد وخلوه من الغش (على أساس وجود تعديل في عقد الأساس).

حكم المحكمة:

1. أنه طالما لم يتم تعديل خطاب الاعتماد المستندي، فإن أي تعديل لعقد الأساس لا يكون مؤثرا.

2. وطالما لا يوجد غش في المستندات المقدمة من المستفيد إلى البنك المصدر فلا يمكن أن يكون هناك وجه لإصدار أي أمر يمنع الصرف.

ب. الإخلال بالتزام من التزامات عقد الأساس لا يشكل غشا في المعاملة: وسنتعرض لبعض القضايا التي وافقت على هذا التصور منها:

1. قضية: Devine industries LTD (VS) Bank leumi trust Co⁽¹⁾ حيث تقدم العميل الأمر بطلب إلى المحكمة للحصول على أمر موجه إلى البنك يعارض فيه الوفاء بقيمة الاعتماد نتيجة تقديم المستفيد فاتورة تبين أن سعر البضاعة يفوق كثيرا ما اتفق عليه في عقد الأساس، ولم تجب المحكمة طلب العميل الأمر وقالت: إن مسألة السعر تخص العميل الأمر والمستفيد ولا شأن للبنك المصدر بها، وبما أن الفاتورة صحيحة وليست مزورة فلا يملك العميل الأمر المعارضة في تنفيذ الاعتماد.

(1) وردت عند أكرم إبراهيم حمدان الزغبي، المرجع السابق، ص 146.

ويبدو جليا أن المستند المقدم من المستفيد ممثلا بالفاتورة التجارية ليس مزورا ولا احتياليا وبالتالي يتمتع على العميل الأمر الاحتجاج بإخلال المستفيد بواجب حسن النية، وأنه قد ارتكب غشا يمكن معه المعارضة في تنفيذ الاعتماد وهذا ما تم تأكيده. أيضا في قضية: Dynamics corp (VS) Citizens and southern Nat Bank⁽¹⁾ حيث رفضت المحكمة منح العميل الأمر أمر المنع بحجة: أن الغش لا يعني أن سعر البضاعة أو كميتها أو نوعيتها ليست مطابقة لعقد الأساس ولا يعدون أن يكون المستفيد قد خرق أحد التزاماته العقدية في عقد الأساس ولا يعدون أن يكون المستفيد قد خرق أحد التزاماته العقدية في عقد الأساس وهذا ما يدفعنا إلى تأييد الفقيه (Givray) الذي قال: "أن الغش هو خرق فاضح للالتزام المستفيد بالاستقامة يسعى من خلاله إلى تغطية إخلاله بأحد التزاماته العقدية بتقديم مستندات مزورة أو احتيالية"⁽²⁾

وهذا ما توضحه قضية: Marchants corp of america⁽³⁾ السابق الإشارة إليها، حيث تم فتح اعتماد مستندي لصالح شركة مصدرة على أن تقدم مستندات معينة من بينها سند الشحن يبين أن البضاعة قد وضعت على سطح السفينة (On deck) في كوريا واشترط شحن البضاعة في 98/01/31 وقبل انتهاء تاريخ الصلاحية قدمت المستندات المطابقة لشروط الاعتماد إلا أن المستفيد لم يقم بشحن البضاعة إلا بتاريخ 98/02/13 وهذا ما أثبتته سلطات الإقلاع.

وتبعاً لذلك طلب العميل الأمر الحصول على أمر منع قضائي يعارض فيه تنفيذ الاعتماد لوجود غش من قبل المستفيد الذي احتج بدوره بأن هذا ليس غشا، وإنما لا يخرج عن كونه إخلالاً بالتزام عقدي، لكن المحكمة قضت بأن: "الأمر لا يتعلق في هذه القضية بالإخلال بالالتزامات التي فرضها عقد الأساس، بل يتعلق بنزاع حول الغش".

يظهر لنا من خلال هذه السابقة أن المستفيد قد أخل بالتزام من التزاماته التعاقدية ممثلاً بعدم احترام ميعاد الشحن المتفق عليه ولكنه لجأ إلى تزوير المستندات بغية تغطية إخلاله بالالتزام العقدي الذي على عاتقه.

⁽¹⁾ وردت عند: أكرم إبراهيم حمدان الزغيبي، المرجع السابق، ص 147.

⁽²⁾ Albert Givray, **Letters of credit**, Business lawyer, uSA, vol 44, 1989, p 1621.

⁽³⁾ Edward. J. R, Symons, **Letters of credit**, op.cit. p 358.

ج. قضايا يختلف فيها المبدأ القانوني عن التطبيق الواقعي: إذ يشير جون دولان⁽¹⁾ إلى وجود تطبيقات قضائية تعتمد المحكمة فيها مفاهيم معينة متعلقة بالغش في الاعتمادات المستندية ونطاقه ثم تنتهي هذه المحكمة إلى نتيجة لا تتفق وهذه المفاهيم.

فمن ناحية نجد بعض القضايا ينادي فيها القضاء بأن الغش في المعاملة يسمح للمحكمة بأن تنتظر فيما وراء معاملة الاعتماد المستندي إلى معاملة عقد الأساس في حين أن تحليلها للفصل في النزاع ينتهي بتقصير الغش في المعاملة على معاملة الاعتماد المستندي فقط.

بينما هناك قضاء آخر يركز على ضرورة الحفاظ على مبدأ استقلال الاعتمادات المستندية، ولكن عند التطبيق تسعى إلى التوسع في مفهوم الغش بمعنى إهدار هذا المبدأ.

1. قضاء يأخذ بالمفهوم الموسع للغش في المعاملة دون تطبيق ذلك على الوقائع المعروضة:⁽²⁾

قضية: Stringer construction C.O.V American Insurance CO

المضمون النظري: وقد أخذت المحكمة بمبدأ الغش في المعاملة المانع من تنفيذ الاعتماد المستندي هو الغش في تكوين عقد الأساس.

في التطبيق العملي: خلافاً للمضمون النظري، فإن المحكمة رفضت منح أمر بمنع تنفيذ الاعتماد المستندي حفاظاً على مبدأ استقلال الاعتماد المستندي رغم تمسك العميل الأمر بأن طلب المستفيد بالوفاء بالاعتماد مشوب بالغش لحصول إخلال بعقد الأساس.

2. قضاء يخلص لمبدأ استقلال الاعتماد المستندي لفظاً وينال منه واقعاً: وفي هذا الإطار نجد المحكمة تردد ضرورة احترام مبدأ استقلال الاعتماد المستندي عند بحث موضوع الغش في المعاملة، لكن عملاً نجدتها تنتظر في معاملة عقد الأساس من أجل بحث مدى صلاحية سند أو شهادة.

(1) John F. Dolan, *op.cit*, p 7 – 54.

(2) John F. Dolan, *op.cit*, p 7

مثال قضية American Bell Int (V) Islamic Republic of Iran وفيه قضت المحكمة بأنه من غير الممكن إبقاء عقد الاعتماد المستندي منفصلاً عن عقد الأساس وبالتالي قررت أنه إذا وجد غش في عقد الأساس فيجب النظر إليه وأخذه في الاعتبار.⁽¹⁾

وبناء على التحليل الفقهي والقضائي لمسألة الغش في المعاملة تدرج الملاحظات الآتية:

أ- انطلاقاً من كون الاعتماد المستندي آلية تجارية مستقلة عن العقود والعمليات الأخرى التي قد ترتبط به، وإدماج بنود عقد الأساس في الاعتماد المستندي من شأنه أن يغير من طبيعة الأداة محل البحث، بحيث ينفي عنها كونها اعتماداً مستندياً حتى ولو اعتبره الأطراف كذلك.⁽²⁾ بل يتحول إلى مجرد ضمانات تابعة لعقد الأساس (كفالة).

ب- مجرد الإشارة في عقد الاعتماد المستندي إلى عقد الأساس لا يغير من طبيعة الاعتماد المستندي كأن يشترط لتنفيذ الاعتماد المستندي تقديم مستندات تدل على تمام تنفيذ عقد الأساس، في هذه الحالة يحق للمحكمة أن تنتظر في عقد الأساس وتبحث في أداءات الأطراف.

ج- أن غش المستفيد في معاملة عقد الأساس حتى يؤخذ به كسبب لمنع تنفيذ الاعتماد لا بد أن ينال من معاملة الاعتماد المستندي نفسه، كالحالة التي يخالف فيها المستفيد التزاماته وفقاً لعقد الأساس، ثم يسعى على الرغم من ذلك إلى سحب الاعتماد المستندي مستعملاً مستندات مطابقة ظاهرياً لكنها غير سليمة بهدف إخفاء هذا الإخلال المتعلق بعقد الأساس، فكما فصلنا سابقاً بأن الغش يختلف عن الإخلال بالالتزام العقدي وأنه يلجأ للغش لتغطية الإخلال وذلك بتقديم مستندات غير صحيحة وهذا ما يبرر المعارضة في تنفيذ الاعتماد، أما لو كان هناك إخلال بأحد الالتزامات في عقد الأساس وقدم المستفيد مستندات صحيحة لا زيف فيها، فإن العميل الأمر لا يستطيع المعارضة في تنفيذ العقد، وعلى البنك عدم الاستجابة لطلب العميل، والوفاء بقيمة الاعتماد ما لم يثبت وجود غش.

نصلياً الأخير للنتيجة، أنه بالرغم من كون الغش المانع من تنفيذ الاعتماد هو الغش المرتبط بالمستندات باعتباره الوضع الغالب للغش في الاعتماد المستندي، إلا أن هذا لا ينفي

⁽¹⁾ والحقيقة أن هذا الحكم هو محل نقد لأنه بلغ حداً غير مسبوق في الاعتداء على مبدأ استقلال الاعتماد المستندي، إذ يعتبر خروج، غير جائز على مبدأ استقلال الاعتماد المستندي إذ دمج العلاقة بين عقد الأساس والاعتماد المستندي من أجل تحقيق مصالح سياسية واقتصادية.

⁽²⁾ إن العبرة في طبيعة التصرف هي بحقيقته وليس بالوصف الذي يطلقه عليه الأطراف.

إمكانية الدفع بالغش في عقد الأساس كسبب لعدم التنفيذ مع مراعاة التمييز بين الغش في عقد الأساس قد يمثل عادة غشا في معاملة الاعتماد المستندي بمعنى أنه يجب أن يكون الغش ذو طبيعة ظاهرة تميزه عما يرتبط أحيانا بالمنازعات التجارية من اختلافات ومثال ذلك أنه إذ تم شحن زجاجات مياه بدل زجاجات عطر. يختلف عن حالة شحن زجاجات عطر من نوع معين بدل النوع المتفق عليه. فالحالة الأولى تمثل غشا يجوز وقف تنفيذ الاعتماد المستندي بسببه أما الحالة الثانية فإنها لا تدعوان تكون مجرد نزاع تجاري أو إخلال بالترام عقدي لا يبرر وقف تنفيذ الاعتماد المستندي.

المطلب الثاني: نطاق الغش في عقد الأساس.

بعد تعرضنا في المطلب الأول لمفهوم الغش في الفقه والقضاء المقارن وتوصلنا لنتيجة هي الاتفاق حول اعتبار الغش في عقد الأساس استثناء حقيقيا على مبدأ نهائية تنفيذ الاعتماد المستندي يجدر بنا الإجابة عن أهم الأسئلة التي يمكن أن تطرح في هذا المضمار والتي تتمحور: -1- حول مدى امتداد الغش في العقد الأساسي، هل يقتصر على الغش وقت تنفيذ العقد أم أنه يمتد ليشمل الغش في تكوين العقد الأساسي؟ -2- هل يشترط صدور الغش من المستفيد؟.

وعلى ضوء ماتقدم سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين على الوجه الآتي :

الفرع الأول : نطاق الغش في عقد الأساس من حيث الزمان .

الفرع الثاني : نطاق الغش في عقد الأساس من حيث الأشخاص.

الفرع الأول : نطاق الغش في عقد الأساس من حيث الزمان.

أوضحنا فيما سبق في مفهوم الغش التفرقة بينه وبين التدليس، وقلنا أن التدليس هو

(الطرق الاحتيالية التي يسلكها أحد المتعاقدين ضد الآخر من أجل دفعه للتعاقد)، بمعنى أن التدليس هو الحيل المستعملة عند إنشاء العقد وتكوينه .

وقد أورد القانون المدني الجزائري تعريف التدليس في المادة (86) بقوله : " يجوز إبطال العقد للتدليس، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

ويعتبر تدليسا، السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة.

وقد فرقنا بين التدليس والغش، فبينما يقصد بالتدليس استخدام وسائل وأساليب احتيالية للخداع أثناء إنشاء العقد وتكوينه، فإن الغش يقع خارج دائرة التعاقد أو قد يقع عند تنفيذ العقد ولا علاقة له بمراحل إنشائه.

ويعتبر الغش من أهم الاستثناءات الواردة على مبدأ استقلالية الاعتماد المستندي عن عقد الأساس، والذي يتم ارتكابه من قبل المستفيد وقد يكون هذا الغش بأكثر من وسيلة، فإما يكون بواسطة تقديم مستندات مزورة أو أن تكون هذه المستندات احتيالية، فهذا الغش المرتكب من قبل المستفيد يعطي الحق للبنك بأن يرفض الوفاء له، أوفي بعض الحالات يجبر البنك على رفض الوفاء والامتناع عنه، ولكنه من غير الواضح في هذه الحالة ما إذا كان للبنك أن يرفض الوفاء جبرا في حالة علمه اليقيني بوجود الغش وأنه يكتفي بالاعتماد على ادعاءات عميله بوجود الغش فيمتنع عن الوفاء استنادا لهذه الادعاءات⁽¹⁾.

والسؤال الذي يقتضي منا الإجابة عنه في هذا المقام، هو هل يمكن أن يكون التدليس بالعميل لإبرام العقد الأساسي سببا لرفض الوفاء من قبل البنك؟ أو بمعنى آخر: هل يمكن اعتبار التدليس في تكوين عقد الأساس غشا في عقد الأساس، وبالتالي سبب موقف لتنفيذ الاعتماد المستندي؟ وللإجابة عن هذا التساؤل يجب ابتداءً أن نجيب عن سؤال آخر لا يقل أهمية عن السؤال الأول، وهو هل هناك فاصل واضح بين ما يعتبر غشا في عقد الأساس وبين ما يعتبر تدليسا بالمفهوم الذي أوضحناه آنفا وذلك في المعاملة التي تمت بين البائع والمشتري؟ .

يمكننا القول انه على الأقل في بعض الحالات فإنه يصعب الفصل بين هاتين الحالتين، لأن التصرف الاحتياالي الذي يصدر من البائع أثناء إبرام عقد البيع قد يستعان به للوصول إلى ما يجب تحديده بشأن الغش في عقد الأساس.

وللإجابة عن السؤال المطروح بهذا الشأن نشير إلى أنه قد ثار خلاف حول هذه المسألة وأنقسم القول فيها إلى رأيين:

(1) نجوى أبو الخير، رسالتها السابقة، ص 266

الرأي الأول: الغش في تكوين العقد.

إن الغش المقصود والمؤثر وفقا لهذا الرأي هو الغش الذي يمتد ليشمل مرحلة تكوين عقد الأساس (التدليس) (1) هذا الغش يجب أن يكون إما غشا في الواقع أو غشا في تكوين العقد الأساسي وهذا هو المعنى المستفاد من المادة ((2) 114 - 5) من القانون التجاري الموحد الأمريكي (2) واستعراضنا لبعض القضايا المتعلقة بالموضوع، تبين أن القضاء اعتبر التدليس غشا في عقد الأساس، ومن أمثلة تلك القضايا(3) :

1- قضية: first arlington National Bank V . Stathis وتطلبت هذه القضية أن يكون الغش في تكوين عقد الأساس ليكون ضمن المعنى المقصود بالغش في المادة (2) 114- 5.

2 - قضية: Stringer Construction Co V . American Insuranc C وفي هذه القضية ادعى العميل أن طلب المستفيد للحصول على مبلغ الإعتماد يعد طلبا احتياليا ذلك أن العميل لم يخل بالعقد الذي من أجله أصدر الإعتماد المستندي فقررت المحكمة رفض إجابة العميل لاستصدار أمر منع وفاء قضائي: " الغش يجب أن يكون إما غشا في الواقع (Fraud in the factu) أو غشا في تكوين العقد الأساسي ليكون ضمن المعنى المقصود بالغش في المادة السابقة (2) 114 - 5 .

3- قضية : O Grady V . First Union National Bank حيث قررت المحكمة أنه: إذا دلس بالعميل لتوقيع المستندات التي قام المستفيد بتقديمها للبنك، وكان المستفيد عالما بهذا الغش وقت أن قام العميل بتوقيع تلك الوثائق، عندها فإن تلك الوثائق تصبح وثائق احتيالية ضمن المعنى المقصود بالوثائق الإحتيالية في المادة (2) 114 - 5 .

وكنتيجة: نجد أن المحاكم الأمريكية تأخذ في الاعتبار الغش في تكوين العقد (التدليس) فهي لا تحصر الغش في نطاق تنفيذ الإعتماد أو تنفيذ عقد البيع.

وعليه فإن التدليس الدافع إلى إبرام عقد البيع هو تبرير كاف لإصدار أمر ابتدائي لمنع وفاء قيمة الإعتماد (4) .

(1) قضية BAKERV.NATIONAL BOULVARD BANK أشار إليها :

JOHN F.DOLON.the law of letter of credit WARREN, GORHAM; &LAMONT,Inc .,1984,p.7-40

(2) تم التطرق للمادة 2 من القانون التجاري الامريكي في الفصل الأول من الرسالة.

(3) مشار لهذه القضايا: في المرجع نفسه ، JOHN DOLON ,p . 7-34

(4) نجوى أ[بو الخير، رسالتها السابقة، ص 286 .

ويقر القضاء الانجليزي ويؤيد غالبية الفقه مسلك القضاء الأمريكي، من حيث تعطيل مبدأ استقلال التزام البنك (في خطاب الاعتماد عن عقد البيع) متى تكشف للبنك قبل قيامه بالدفع مسؤولية المستفيد عن الغش الحاصل، وذلك بسبب أن البائع بالتجائه لأسلوب الغش يكون قد خالف ما التزم به تجاه البنك، ومن ثم عليه تحمل نتيجة سلوكه⁽¹⁾

وتجب الملاحظة أنه في جميع الحالات والقضايا المشار إليها سابقا، فإنه ليس للبنك أن يمتنع عن الوفاء بقيمة الاعتماد تلقائيا، إلا إذا أثبت على وجه قاطع صدور غش من المستفيد وأن تكون البيئة الدالة على قيامه واضحة وقاطعة.

الرأي الثاني: الغش في تنفيذ العقد.

على عكس ماذهب إليه الرأي الأول الذي يتبنى فكرة اعتبار الغش في تكوين العقد (التدليس في مرحلة التكوين والتعاقد) غشا كاملا بالمعنى المقصود للغش في عقد الأساس، فإن الرأي الثاني يرى أن الأخذ بهذا الرأي ماهو إلا نفس كامل لمبدأ استقلال الاعتماد المستندي، الذي يعتبر حجر الزاوية لقيام نظام الاعتماد، والذي بدونه لايمكن لهذا النظام أن يقوم بالوظيفة التي خلق من أجلها .

وإن الاستثناءات التي قررت على هذا المبدأ لم تكن لشيء إلا لكي لا يصبح مبدأ الاستقلال هذا حجة وذريعة يتذرع بها المستفيد ويتحصن بها لممارسة الغش نحو العميل أو البنك وكما قيل فان هذا الأمر استثناء على الأصل والذي هو استقلال العلاقات التعاقدية في عملية الاعتماد المستندي عن بعضها البعض وبذلك يتوجب أن لا يتم توسيع مظلة هذا الاستثناء ليشمل حالات تنتفي العلة من استثنائها ويجب أن يبقى محصورا في أضيق الحدود.

وبذلك فخلاصة هذا الرأي، انه حتى لوكان هناك تدليسا أوغشا في تكوين العقد الأساسي فان دفع الغش كاستثناء يبرر رفض الوفاء يجب أن لا يمتد ليشمل الغش في تكوين العقد الأساسي هذا إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أن كثيرا من الفقهاء من جادل بان دفع الغش يجب أن لا يمتد ليشمل الغش في عقد الأساس أصلا فما بالننا بالقول إذا امتد هذا الدفع ليشمل مرحلة سابقة على ذلك وهي مرحلة التكوين؟

الفرع الثاني: نطاق الغش في عقد الأساس من حيث الأشخاص.

أولا : صدور الغش من المستفيد.

(1) Edward Symons ,letter of credit , op cit , p . 375.

إن الغش في المستندات قد يصدر من المستفيد أو من الغير، كما قد يصدر من الغير، ولكن بإيعاز أو علم من المستفيد، لذلك يثور التساؤل عما إذا كان يشترط أن يكون الغش من فعل المستفيد لاعتباره أم أن المسألة موضوعية لا شخصية بحيث يمكن الاعتداد به حتى ولو كان هذا الغش أو التزوير من فعل الغير لكن بعلم المستفيد؟

لقد اختلفت الآراء سواء الفقهية أو القضائية في الإجابة على هذا التساؤل فمثلا مجلس اللوردات الإنجليزي قرر⁽¹⁾ في أحد أحكامه لسنة 1982 أن الغش الذي يمكن اعتباره مانعا لتنفيذ الاعتماد المستندي هو ذلك الذي يصدر من المستفيد فقط.

وقد حكم أيضا بأن: المقصود بالغش في هذا المعنى كل عمل من المستفيد يقصد به الحصول على قيمة الاعتماد بطريق الغش، ويجب أن يقتصر الغش على عمل صادر من المستفيد نفسه فلا يشمل الغش الصادر من الغير إذ يعتبر المستفيد بريئا منه.⁽²⁾

في حين ذهب بعض الفقه إلى مخالفة الحكم السابق والاعتراض عليه، لأنه يتعارض مع مبدأ الشكلية الذي يحكم الاعتماد المستندي، والتزام البنك بفحص المستندات فحصا ظاهريا ودوره في هذا الفحص، ومقدار العناية الواجبة عليه وقدرته على التحري عن المقاصد والنوايا، فالغش هو عدم صدق المستندات أيا ما كان سببه، والمتسبب فيه ولا عبء إلا بالواقع.⁽³⁾

بينما ذهب رأي آخر⁽⁴⁾ أنه ينبغي لأعمال قاعدة منع تنفيذ الاعتماد المستندي إثبات نسبة الغش للمستفيد، أي إثبات أنه هو الذي ارتكب الغش وأن يكون قد وقع بعلمه، أي لا بد من إثبات أن البائع قد ارتكب الغش أو شارك فيه أو علم به قبل حصول الوفاء أو القبول من البنك لأنه لا يمكن الدفع بالغش إلا في مواجهة من ارتكبه، وعليه لا يمكن منع التنفيذ إذ لم يكن المستفيد مزورا أو عالما بالتزوير. هذا الرأي أكده موقف مجلس اللوردات البريطاني حين أوجب على البنك أن يقوم بالوفاء بسبب عدم علم المستفيد بالغش بالرغم من ثبوته وذلك في سابقة United city merchanto LTD. V. Royal Bank of Canada والتي تتعلق

(1) جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، ص 311.

(2) علي الأمير إبراهيم إسماعيل، رسالته السابقة، ص 380.

(3) حكم المحكمة الكندية العليا في 1987/03/05، دالوز 1988، ص 186 مع تعليق فاسي وارد عند جمال الدين عوض، الاعتمادات

المستندية، ص 311.

(4) محمد حسين إسماعيل، المرجع السابق، ص 116.

بشراء ألياف زجاجية (المشتري من البيرو) و(البائع إنجليزي) وقد جرى مضاعفة الثمن في الفاتورة بناء على طلب المشتري ليتخلص من قواعد رقابة النقد في بلاده. وقد أسفرت هذه السابقة عن مسألة تخص الاعتمادات المستندية حيث كانت وثيقة الشحن تحمل تاريخا سابقا على تاريخ الشحن هو 1976/12/15 وهو آخر يوم من مهلة الشحن المنصوص عليها في خطاب الاعتماد، في حين أن الحقيقة هي تمام الشحن في اليوم التالي عليه، أي بعد المهلة المسموح بها، علم البنك بهذا التزوير، ذلك أن وثيقة الشحن قدمت له مرتين، الأولى في 1976/12/15 وكان بيان تاريخ الشحن خاليا، أي أن التقديم قد تم قبل فوات المدة وفي التقديم الثاني للوثيقة المعدلة كان واضحا عليها تاريخ 1976/12/15 وبذلك تكون الوثيقة قد عدلت، وقد تم هذا التعديل المزور من أحد موظفي مقابولة الشحن، وأن البائع لا يعلم عنه شيئا، حكم مجلس اللوردات بأن على البنك أن يقوم بالوفاء بالرغم من معرفته الأكيدة بالتزوير لأن الغش وقع ليس فقط على البنك والمشتري وإنما على البائع أيضا.⁽¹⁾

ويقرر القاضي « Magary » في سابقة Discount Records V. Barclays Bank بأنه لا يكفي علم البائع بالغش وإنما يجب أيضا إشراكه في الدعوى المرفوعة، أي أنه لا يمكن للمشتري أن يحصل على قرار قضائي يمنع البنك من الدفع إلا إذا كان البائع شريكا في الدعوى كمدعى عليه ثان، ليصدر قرار المحكمة بشأن الغش أيضا في مواجهته، لأن تغير ذلك ربما يكون قادرا على دحضه في خصومه تالية بينه وبين البنك ليحصل منه على تعويض بسبب عدم وفاته بقيمة الاعتماد الصادر عنه.⁽²⁾

وقد تعرض هذا الحكم أيضا للنقد من قبل العديد من الفقهاء بقولهم: "أن هذا الوضع قد يجبر البنك على الوفاء في ظل اعتماد صحيح من حيث الظاهر لكن في الحقيقة يحمل مستندات مزورة أو احتيالية ليس ذلك فقط، بل أن البنك يخشى في هذه الحالة عند قيامه بوفاء اعتماد مبني على وثائق مزورة مع علمه بالغش أن يعرض نفسه للمسؤولية تجاه العميل بعد ذلك."⁽³⁾

(1) وارد عند: محمد حسين إسماعيل، المرجع السابق، ص 116، 117.

(2) كذلك وردت عند: محمد حسين إسماعيل، نفس المرجع، ص 117.

(3) M. Shmillhoff : **Export trade**, 1990, p 444.

ونرى أن الغش يعد استثناء على المبدأ العام وهو مبدأ الاستقلال بصرف النظر عن صدوره من المستفيد أو من الغير.⁽¹⁾ فالمعيار حسب اعتقادي معيار موضوعي، إضافة إلى ذلك كيف يمكن إلزام البنك بالدفع إذا كان لديه علم بالغش بمجرد أنه قد تم اقترافه من قبل الغير وليس من المستفيد، ومن الأرجح ومراعاة لظروف التجارة الدولية خاصة بعد انتشار ظاهرة الغش التجاري في التجارة الدولية انتشارا واسعا، أن يرفض البنك تنفيذ الاعتماد المستندي إذا اكتشف غشا أو علم به دون مراعاة ممن صدر وما على المستفيد إلا الرجوع على من قام بارتكاب الغش بالتعويض لرفض البنك الدفع.

ثانياً: الدفع بالغش في مواجهة مقدم المستندات حسن النية.

لا تصبح دراسة قاعدة الدفع بالغش وافية إلا بعرضنا للقاعدة التي تلازمها أو الأصح تضع استثناء عليها فإذا كنا قد توصلنا إلى أن قاعدة الدفع بالغش تعني أن يتم رفض تنفيذ الاعتماد المستندي من طرف البنك في مواجهة من تقدم إليه بالمستندات لإيفاء قيمتها واكتشف البنك أنها مزورة أو هناك غش في عقد الأساس، فكيف نعمل بجوارها القاعدة الاستثنائية وهي حماية الحامل حسن النية؟

ويمكن تمثيل ذلك بما يلي: إقدام المستفيد من اعتماد مستندي على ارتكاب غش بأن قام بشحن نفايات على أساس أنها أجهزة إلكترونية صالحة للاستعمال. وقام بعدها بسحب كمبيالة (سفتجة) على البنك المصدر وتقدم بها مع بقية المستندات إلى بنك تداول⁽²⁾ هذا الأخير بعد فحصه للمستندات وتأكدته من سلامتها واتفقها مع ما يتطلبه الاعتماد فسوف يقوم بدفع قيمة السفتجة إلى المستفيد، ويتولى هوتقديم المستندات إلى البنك المصدر طالبا منه صرف قيمة الاعتماد المستندي.

مع الملاحظة هنا أن المستندات التي يقدمها بنك التداول إلى البنك المصدر من المفروض أن تكون موافقة ظاهريا لما يتطلبه الاعتماد على الرغم من كون سند الشحن معيبا، فإذا أحيط العميل الأمر (المشتري) بالغش قبل تقديم المستندات إلى البنك المصدر فإنه سيحذره من دفع قيمة الاعتماد وهو ما يجيز للبنك أن يدفع بالغش ويوقف تنفيذ الاعتماد المستندي. لكن

⁽¹⁾ هذا مع العلم أم الرأي الراجح في التجارة الدولية هو إعمال قاعدة الغش الصادر من المستفيد أو بعلمه كاستثناء على مبدأ فئامة الاعتماد المستندي وبالتالي لا يؤخذ بالغش الصادر من الغير حتى وإن كان هذا الغير هو العميل الأمر.

⁽²⁾عادة ما يتعهد البنك الفاتح أو المصدر بالوفاء بقيمة المستندات المطابقة عن طريق التوقيع على سفتجة مستندية وبذلك يصبح البنك مدين بالزام قطعي ومستقل ومباشر بأداء قيمة المستندات مادامت مطابقة لشروط الاعتماد.

إذا أثبت الحامل المقدم للمستندات (بنك التداول) أنه حسن النية مع توافر الشروط الأخرى اللازمة لتمتعه بهذه الصفة فنكون هنا بصدد تطبيق الاستثناء الخاص بحماية الحامل حسن النية مع إمكانية الدفع بالغش في مواجهته.

وهذه الحماية يمكن عرضها في الحالة الشائعة⁽¹⁾ هي حالة حامل حسن النية لسفحة صادرة من المستفيد باعتبارها أداة قابلة للتداول.

ولدراسة هذه الحالة علينا الرجوع للقانون التجاري لتحديد مفهوم الكمبيالة والشروط التي لا بد أن تتوفر في الحامل حتى يصبح حاملا حسن النية فمن المسلم به أن السفحة أو الكمبيالة هي ورقة تجارية تتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغا من النقود بمجرد الإطلاع أو في تاريخ معين أو قابل للتعين لفائدة شخص ثالث هو المستفيد⁽²⁾ وقد عرفنا في الباب الأول أن البنك الفاتح أو المصدر ملزم بالوفاء سواء نقدا فور تقديم المستندات الملائمة أو بالتوقيع بالقبول على الكمبيالة المصاحبة للمستندات أو لأداء قيمتها في ميعاد الاستحقاق مادامت المستندات مطابقة لشروط خطاب الاعتماد، وليس له رفض أداء قيمتها بعد ذلك أو رفض قبول أو خصم الورقة التجارية المصاحبة لها تحت أية حجة لأنه مدين بالتزام قطعي ومستقل ومباشر.⁽³⁾

والبنك في حالة اصطحاب المستندات لكمبيالة، يكون هو المسحوب عليه وبالتالي لا يجوز للبنك المسحوب عليه القابل أن يمتنع بسبب عدم مطابقة البضاعة للمستندات مثلا عن أداء قيمة الكمبيالة للحامل سواء أكان ذلك الحامل هو بنك آخر أم هو المستفيد ذاته، لأن سبب التزام البنك هو قبوله⁽⁴⁾ وليس طرفا في علاقة مباشرة أخرى طبعاً إلا في حالة التزوير.

ولكي يعتبر الحامل حسن النية لا بد أن تتوفر فيه عدة شروط أهمها:

1. حيافة كمبيالة قابلة للتداول:

(1) أما بقية الحالات فهي:

- مشتر حسن النية لسند قابل للتداول (كسند الشحن).

- مشتر حسن النية لسند ملكية قابل للتداول.

(2) في إنشاء السفحة وشكلها انظر المواد من 389 - 384 من القانون التجاري الجزائري.

(3) وهذا عكس اتخاذ سفحة مستندية وسيلة للدفع دون فتح اعتماد مستندي فإن للبنك الوسيط رفض المستندات ورفض خصم الكمبيالة لأنه ليس مدينا بل مجرد وكيل عن البائع، والمسحوب في الكمبيالة المستندية هو المشتري دائما وبالتالي له الحق في رفض أداء قيمتها للبائع بناء على أن للمدين لورقة تجارية أن يستخدم دفعه الناشئة عن علاقته المباشرة بدائنه حامل الورقة.

(4) تنص المادة 407 من القانون التجاري الجزائري: "أن القبول يلزم المسحوب عليه بأن يدفع مبلغ السفحة في الاستحقاق".

ويقصد بها الكمبيالة التي تسحب في ظل الاعتماد المستندي، والأصل في السفتجة أنها أداة قابلة للتداول عن طريق التظهير ما لم يشترط فيها صراحة ما يدل على عدم قابليتها للتظهير وهذا ما عبرت عنه صراحة نص المادة 396 بقولها: "كل سفتجة وإن لم يشترط فيها صراحة كلمة الأمر تكون قابلة للتداول بطريق التظهير.

وإذا أدرج الساحب في نص السفتجة عبارة: "ليست لأمر" أو عبارة مماثلة فلا يكون السند قابلاً للتداول إلا على الشكل والآثار المترتبة على التنازل العادي..."⁽¹⁾

2. أن تكون الكمبيالة قد ظهرت دون إخطاره بوجود غش أو إخلال:

وبالنسبة لهذا الشرط يمكن الرجوع لنص المادة 400 من القانون التجاري الجزائري: "لا يمكن للأشخاص المدعى عليهم بمقتضى السفتجة أن يحتجوا على الحامل بالدفع المبنية على علاقاتهم الشخصية بالساحب أو بحاملها السابقين ما لم يكن الحامل قد تعمد عند اكتسابه السفتجة الإضرار بالمدين"⁽²⁾. وهذا ما يفسر قيام مبدأ تظهير الدفع⁽³⁾ الذي يحمي الحامل حسن النية من العلاقات السابقة والدفع الناتجة عنها إلا إذا كان عالماً بها وتعمد تسلم السفتجة إضراراً بالمدين، ومادام سوء النية مقترض فلا بد من إثباته. ومتى ثبت سوء النية فالحامل لا يستفيد من الحماية المقررة له وبالتالي يحتج في مواجهته بنفس الدفع التي يحتج بها على الموقعين السابقين على السفتجة.

(1) نص بمادة 396 من القانون التجاري الجزائري فقرة 1 و2.

(2) وهذا ما أكدته أيضاً المادة 401 في فقرتها الخامسة: "... إلا إذا تعمد الحامل عند تسلمه السفتجة الإضرار بالمدين".

(3) بمعنى أن الدفع التي يمكن للموقعين السابقين الاحتجاج بها في مواجهة بعضهم البعض، كاحتجاج المسحوب عليه على الساحب على أساس العلاقة السابقة التي تجمعهما تظهر في مواجهة الحامل حسن النية.

وفي مجال الاعتمادات المستندية نجد تطبيقاً لهذا الشرط في القضية التالية:

حيث قام المستفيد بتظهير الكميالة إلى شخص ثالث، إلا أن العميل الأمر قام بإخطار هذا الشخص المظهر إليه بأن المستفيد (المظهر) قد ارتكب غشاً، حيث قدم وثائق مزورة تدل على شحنه لبضاعة من النوع المتفق عليه، لكن البضاعة المشحونة كانت عبارة عن قمامة. فقضت المحكمة على أنه بفضل الإخطار الذي تقدم به العميل الأمر إلى المظهر إليه، فإن هذا الأخير لا يمكن اعتباره حاملاً حسن النية وبالتالي لا يستفيد من الحماية المقررة ضد إمكانية الدفع بالغش.⁽¹⁾

3. أن يكون الحامل قد دفع مقابل لتلقيه السفتجة:

كثيراً ما يلجأ حملة السندات التجارية لاسيما السفتجة إلى البنوك من أجل تحصيل قيمتها وقيدتها في حسابهم لديها⁽²⁾ كما قد يلجأ البعض منهم إلى البنوك لخصم هذه السندات عندما تكون غير مستحقة بعد ويكون حاملها بحاجة إلى نقود، فيظهرها لأمر بنك تظهيراً ناقلاً للملكية قبل حلول أجل استحقاقها، فيدفع له البنك قيمة السند مخصوماً منه مبلغاً يمثل عمولة البنك وفائدة تستحق له عن الفترة الممتدة بين تاريخ الخصم وتاريخ الاستحقاق.⁽³⁾

والتحصيل يختلف عن الخصم باعتبار التحصيل عملية بنكية يقوم بها البنك المظهر إليه على سبيل الوكالة بتحصيل قيمة السفتجة لمصلحة المظهر مقابل عمولة يدفعها هذا الأخير ولا يلتزم فيها البنك بدفع قيمة السند، ولا يقيد هذه القيمة في الحساب ما لم يتم تحصيلها.

أما الخصم فهو تظهير السند للبنك تظهيراً ناقلاً للملكية قبل حلول أجل استحقاقه، بمعنى أن العميل أو المظهر يخصم هذا السند لدى بنك مقابل حصوله على قيمته مخصوماً منها عمولة وفائدة البنك، وبإمكان البنك أن يطالب بقيمة هذا السند عند حلول أجل استحقاقه من المسحوب عليه القابل أو من الضامن الرئيسي (الساحب).

وعليه يمكن القول: بأنه في حالة الخصم أن البنك قد قام بشراء السفتجة من المستفيد لأنه يكون قد دفع قيمتها قبل حلول أجل استحقاقها وبالتالي انتقلت ملكيتها إليه. أما بالنسبة

(1) وردت عند: حاتم محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 312.

(2) إلياس ناصيف، عمليات المصارف، ج 3، عويدات للطباعة والنشر، الطبعة 1999، ص 407.

(3) من شأن عملية الخصم أن تسهل أمر المستفيد ويمكنه من قبض قيمة السفتجة قبل حلول أجل الاستحقاق، وبذلك يتمكن من تمويل عملياته التجارية أو الشخصية.

للتحصيل فإن البنك لا يعدو أن يكون مجرد وكيل عن المستفيد الذي يكلفه بتحصيل قيمتها مقابل عمولة يدفعها له. ولا يلتزم البنك بدفع قيمة السفتجة قبل تحصيلها، وتبقى السفتجة ملكا للمستفيد⁽¹⁾، فلا تنتقل ملكيتها للبنك.

وكنتيجة نقول يعد تحليلنا لهذا الشرط لأنه لكي يستفيد البنك الحامل من الحماية ضد إمكانية منع الوفاء بقيمة الاعتماد المستندي لابد لأن يكون قد اشترى السفتجة المظهرة إليه بمعنى أنه لكي يعتبر حاملا حسن النية يجب أن يمتلك السفتجة بحسن نية عن طريق دفع قيمتها قبل الاستحقاق. لأن قبوله للخصم يعتبر قرينة على حسن نيته، واستبعاد علمه بارتكاب المستفيد للغش، أما في حالة التحصيل فإنه لا يستفيد من الحماية وللبنك المسحوب عليه الحق في رفض الوفاء إذا ثبت غش المستفيد وبالإضافة للشروط السابقة، وبناء على كون معيار حسن النية هو الأمانة في السلوك أو المعاملة المعنية، وهوبهذا يكون معيارا شخصيا وليس موضوعيا وعليه فإن البنك الذي اشترى السفتجة من المستفيد يقع عليه واجب معرفة كل ما يتعلق بهذا المستند ومعاملاته.

وبالتالي فإننا انه حتى يستوفي مقدم المستندات شرط حسن النية لابد عليه أن لا يعتمد فقط على ما يخطر به من قبل العميل الأمر بل لابد من إجراء كافة التحريات اللازمة حول المستفيد وحول معاملة عقد الأساس، فإذا وجد بعض الظروف المحيطة بالمعاملة توحى بوجود غش فلا يجب أن يتجاهلها عمدا وهذا ما يمكن أن نستشفه من نص المادة 7 والمادة 10 من القانون المتعلق بتبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها⁽²⁾ إذ تنص المادة 7 منه في فقرتها الأولى على أنه: "يجب على البنوك والمؤسسات المالية والمؤسسات المالية المشابهة أن تتأكد من هوية وعنوان زبائنها، قبل فتح حساب أو دفتر أو حفظ سندات، أو قيم أو اتصالات، أو تأجير صندوق أو ربط أية علاقة عمل أخرى...".

(1) بما أن التحصيل لا ينقل ملكية الورقة التجارية للبنك، بل يخول له تحصيل قيمة الورقة كوكيل عن التاجر المظهر، لذلك يظل باستطاعة المظهر في حالة إفلاس البنك أو توقفه عن الدفع المطالبة باسترجاع الورقة الغير محصلة مادامت لا تزال في ملكيته.

(2) قانون رقم 05-01 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق لـ 6 فيفري سنة 2005 يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها.

كما نصت المادة 10 منه على: "إذا تمت عملية ما في ظروف من التعقيد غير عادية أم غير عادية أو غير مبررة أو تبدو أنها لا تستند إلى مبرر اقتصادي، أو إلى محل مشروع يتعين على البنوك أو المؤسسات المالية أو المؤسسات المالية المشابهة الأخرى الاستعلام حول مصدر الأموال ووجهتها وكذا محل العملية وهوية المتعاقدين الاقتصاديين".

وإن كانت هذه المواد السابق الإشارة إليها يستعان بها للوقاية من جريمة تبييض الأموال، فمن باب أولى الاستعانة بها للوقاية من الغش في الاعتمادات المستندية الذي يعد أكثر منه مجرد وسيلة لتبييض الأموال، بل مصدر أساسي للجريمة⁽¹⁾، وبناء على ذلك يجب على البنوك أن تتدخل في عملية التحري عن العميل والعملية التجارية التي يقوم بها، فنتحرى عن البضاعة ومدى صدق وجودها وسلامتها وأن تستعين في ذلك بكافة الجهات المختصة بما في ذلك المكتب البحري الدولي وشركات المعاينة المتعلقة بإجراءات التفتيش والتأكد من وجود البضاعة وسلامتها ومدى مطابقتها للمواصفات المطلوبة في الاعتماد، وبالتالي يحق للبنك متى تأكد من وجود غش رفض خصم الكمبيالة وإلا اعتبر مشتركا في تمويل المستفيد الأصلي من الاعتماد المستندي رغم غشه، ولا يستطيع هذا البنك الاحتجاج بكونه مجرد بنك محصل قام بتعجيل مبالغ من المال إلى المستفيد مقابل كمبيالات (سفاتج)⁽²⁾ ويحرم من التمتع بمركز الحامل حسن النية.

(1) أحمد منير فهمي، أضواء على عمليات الغش في الاعتمادات المستندية وعلاقتها بعمليات غسل الأموال، مجلة المحامي، السعودية، العدد الخامس، 2000، ص 13.

(2) انظر في هذا الشأن قضية: Morgan V. Deposit trust Co, 33 UC, CR, S 1473 وردت عند: حاتم محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 315.

المبحث الثاني:طبيعة الغش في عقد الأساس.

إذا كانت مختلف التصورات الفقيه والاجتهادات القضائية قد استقرت في مجموعها على وجوب الإعتداد بواقعة الغش كمبرر قانوني لوقف تنفيذ الاعتماد المستندي، إلا أن الخلاف ظل قائماً ولم يحسم في محتواه بخصوص طبيعة الغش المعتمد به قانوناً لتبرير تعطيل عملية الاعتماد المستندي والمجال أوبالأحرى المحل الذي يجب أن تنصب عليها واقعة الغش.

وكما أسلفنا في معرض حديثنا عن مفهوم الغش في الاعتماد المستندي، فإن هذا الأخير من منطلق طبيعته كإخلال تعاقدى غير مشروع بحقوق أطراف مقررة قانوناً، تضاربت الآراء حول درجته ومعياره المطلوبان لرقبه كسبب مشروع ومبرر قانوني لتعطيل تنفيذ الاعتماد المستندي والحد من اطلاقية استقلال خطاب الإعتداد، فقبل أن الغش لا يعدو أن يكون إلا مجرد استثناء وارد على الضوابط القانونية المنظمة لعلاقة أطراف التركيبة الثلاثية في عملية الإعتداد المستندي⁽¹⁾، وهي تركيبة تقتضي في جوهرها باستقلال التزام البنك عن عقد البيع، فتم الاستقرار على وجوب عدم الاعتداد بواقعة الغش في عقد الاعتماد المستندي إلا إذا كان ثابتاً قطعياً وبإدعية معالمة للعيان بشكل لا غموض فيه، وهو الأمر الذي مهد لإقرار بعض الفقهاء مثل Vasseur بأن الغش لا يمكنه أن يرتب أية آثار قانونية مالم يبلغ حداً يفقأ العين إذ يستوجب حتماً أن تكون مظاهر الغش المحتج به ثابتة بشكل جلي ولا غموض فيه.

غير أن تقييد طبيعة الغش في تصور موحد - الغش الذي يفقأ العين - أصبح منظوراً متجاوزاً استناداً لاعتبارين رئيسيين أولهما: إعتبار عام يتجلى في خصوصية الغش كمبدأ، وآثاره التي تظل موحدة سواء أكان فاقئاً للعين وظاهراً للعيان أم مجرد غش خفي، إذ أن القاعة المتعارف عليها أن الغش يظل غشاً منتجا لآثاره ومفسداً لمحل العقد أين كانت طبيعته أودرجته .

أما الإعتبار الثاني : فيتجلى في الطبيعة المتطورة للغش ذاتها والتي أثبتت الواقع العملي تكيفها ومواكبتها للظروف المستجدة ولا سيما أمام اقتحام المعلوماتية مجال التبادل

(1) بنباصر يوسف ، ماهية الغش في الاعتماد المستندي، الموسوعة القانونية للقاضي بنباصر 2006، ص 17

التجاري وتماشيا مع هذا التوجه المرن فقد تم التأكيد على أن الغش يمكن إثباته وإعمال أثره بمجرد إثارته بصفة جدية ونظامية .

وبناء على ما سبق ومن أجل توضيح طبيعة الغش في عقد الأساس لا بد أن نتطرق للمعيار المتبع لتحديد الغش المعبر كاستثناء على مبدأ الاستقلالية وأنواعه، ووسائل إثباته، والأثر المترتب عليه وذلك بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: معيار الغش في عقد الأساس، **المطلب الثاني:** أنواع الغش ووسائل إثباته.

المطلب الأول: معيار الغش في عقد الأساس.

بالرجوع لآراء الفقهاء والفقهية وبتفحص الأحكام القضائية تبين لنا بجلاء التباين حول المعيار المناسب الذي يجب أن يتوافر في الغش حتى يبرر وقف تنفيذ الاعتماد، وبذلك سوف نستعرض أهم هذه المعايير كآتي:

الفرع الأول: معيار الغش الجسيم

الفرع الثاني: معيار الغش العمدي.

الفرع الثالث: معيار الغش المناسب الذي يبرر وقف التنفيذ.

الفرع الأول: معيار الغش الجسيم.

وقد قام الفقيه Henry Harflied بتعريف الغش الجسيم على النحو التالي: " الغش الجسيم هو انتهاك فاحش لالتزام المستفيد في ظل الاعتماد المستندي، من شأنه أن يؤثر في عملية الاعتماد المستندي بأكملها"⁽¹⁾.

وقد تمت الإشارة لهذا المعيار في القضية الأمريكية InterworldIndust. V. Girard .Trust Bank بحيث تم تعريفه من خلالها على أنه: " سلوك سيء وخطير جدا من قبل المستفيد عطل وأفسد إلى حد كبير كل عملية التعاقد في الاعتماد المستندي، بحيث لم يعد بالإمكان خدمة مبدأ الاستقلال."⁽²⁾

(1) Edward Symon , **Op cit**, p 348
John Dolon , **The law of letter of credit** ; p 7- 43

(2) مشار لهذه القضية في المرجع السابق :

وقد عرفه فقيه آخر بأنه: " سلوك قبيح بحيث يهز وجدان المحكمة وإحساسها بمبادئ العدالة. " (1).

هذا وعلى الرغم من محاولة الكثير من الفقهاء والاجتهاد القضائي لوضع تعريف دقيق للغش الجسيم إلا أنه واقعيًا وعمليًا يصعب ذلك نظرًا لتطور أساليب الغش وعدم القدرة على الإحاطة بها جميعًا بشكل واضح ومسبق، وقد عبر الفقيه Belanger عن ذلك بقوله⁽²⁾: " سوف تعرف الغش الجسيم فقط عندما تراه. "

ولربما كانت قضية Sztejen V Henry Schroder Banking Corp. السابقة الإشارة إليها من أهم القضايا الرائدة والتي تبنت معيار الغش الجسيم والتي أكدت فيها المحكمة على وجوب المحافظة على المبادئ الأساسية التي يقوم عليها الاعتماد المستندي ليحتفظ بكفاءته كوسيلة لتمويل التجارة الدولية، فلا يلزم البنك أحيانًا أن يسمح له أن يذهب إلى ما وراء المستندات لبحث عن مدى مطابقة البضاعة المشحونة مع ما تم الاتفاق عليه. وأن واجب الوفاء المفروض على البنك مقابل مستندات مطابقة ظاهريًا معرض لاستثناء وحيد هو: " عندما يصل غش البائع المستفيد إلى علم البنك قبل تقديم المستندات إليه للوفاء، فإن مبدأ استقلال التزام البنك عن عقد الأساس يجب أن لا يمتد لحماية البائع عديم الضمير. "

وما يستفاد من هذه القضية، أن ما قام به المستفيد ليس مجرد إخلال بالالتزام التعاقدية في عقد البيع، بأن قام بشحن بضائع أقل جودة مما هو متفق عليه مع المشتري بل أنه يمثل أبشع درجات الغش التي يمكن أن يمارسها بائع دون أدنى وازع من ضمير وعليه فالانتهاك صارخ والفرق واضح في هذه القضية بين ما هو إلا مجرد إخلال بالتزام تعاقدية وبين الغش الجسيم هذا الفرق مدعوم بالحجة والبرهان.

وفي قضية أخرى هي قضية: Czarnikow- Rionda Sugar Trading Inc V. Standard Bank London Limited سنة 1999 والتي تتمثل وقائعها بأن المشتري والبائع قد اتفقا على بضاعة متمثلة في أكياس سكر وبراميل كحول، وعند شحن البضاعة ووصولها للمشتري تبين أن البراميل المفترض ملؤها بالكحول قد تم ملؤها بالماء، أن هذه البراميل قد تم تصنيعها من البداية بشكل يمكن من خداع أي مشرف أو مراقب قد يحاول فحص محتواها

(1) Albert J. Givray, **Letter Of Credit**, the bus . Law Rev . p 1620

(2) Belanger , P. H, **The fraud exception in irrevocable documentary credit** , The limit of the Autonomy; (1994) National Banking Law Review . p 20.

من حيث قياس مستوى الكحول الموجود بها، فتوهمه بوجود الكحول بدلا من الماء، وقد تبين للمحكمة أن الخسارة المتوقعة أن تلحق بالمشتري قدرت بمبلغ 30 مليون دولار أمريكي، مما يؤكد على اعتبار الغش المقترف من طرف المستفيد غشا جسيما.

قررت المحكمة أن تدخلها لا يكون إلا في مثل هذه الحالات التي يصل فيه الغش درجة من الجسامة من شأنها التأثير على عصب الحياة التجارية وبالتالي تمنح للعميل الأمر أمر منع مؤقت، وفي هذا السياق فقد جاء على لسان المحكمة: " إن الظروف الاستثنائية فقط كظرف الغش الجسيم هي التي تجبر المحكمة على التدخل في تنفيذ الاعتماد القطعي الذي يلتزم البنك فيه بأداء قيمته، وعليه يمكن إصدار أمر بمنع الوفاء. "(1)

وفي قضية(2): United Bank Ltd. V. Cambridge sporting وفي هذه القضية تعاقدت شركة كامبردج مع شركة Duke Sports لشراء قفازات ملاكمة جديدة، حيث أن شركة Duke هي شركة باكستانية، وللدفع قامت شركة كامبردج بالترتيب مع بنكها وهو Manufacturers Hanover trust Company لإصدار اعتماد مستندي لصالح Duke كما قامت هذه الشركة بالترتيب مع بنكها وهو: United Bank Limited and The MuslimComercial Bank وذلك لتمويل تصنيع تلك البضائع.

بعدها قدم United Bank وثائق مطابقة في ظاهرها وطلب وفاء قيمة الحوالة المسحوبة عليه من قبل Duke .

لكن عند وصول البضاعة وقبل الوفاء اكتشفت شركة كامبردج أن البضاعة المشحونة عبارة عن قفازات قديمة وعفنة بدلا من القفازات الجديدة المتفق عليها / فلجأت الشركة لمقاضاة Duke ولمنع بنك Manufactures Hanover من الوفاء وبالفعل حصلت على أمر منع وفاء قيمة الاعتماد المستندي .

وبالرغم من أن البنك الباكستاني ادعى أنه حامل حسن النية إلا أنه فشل في إثبات ذلك.قررت المحكمة أن شحن قفازات قديمة ومتعفنة بدلا عن قفازات جديدة كما تم الاتفاق

(1) Czarnikow- Rionda Sugar Trading IncV . Standard Bank London Limited (1999):

Fraud and documentary credits& the approach of the English courts by Anthony Connerty 2009

(2) مشار اليها عند : 1-5,p 1987, Mathew Bander ,Lettres of credit – Burton V. McCullogh

عليه يعد غشا واضحا في عقد الأساس ومطابقا للمعنى المقصود في القانون التجاري الموحد.

كما تبنت هذا المعيار قضية (1) Asburypark&Ocean Grove Bank V. National City Bank في هذه القضية قررت المحكمة: " أن الاعتمادات المستندية هي عقود مستقلة عن عقد البيع بين البائع والمشتري... إلا إذا كان هناك ذلك النوع من الغش من جانب البائع بحيث أنه لا يوجد هناك بضائع قد شحنت بالرغم من تقديم وثائق الشحن ". وهذا ما يوضح بجلاء من أن الغش المطلوب والذي يبرر رفض وفاء قيمة الاعتماد المستندي هو ذلك الغش الجسيم والجسيم فقط والذي يستفاد من عدم شحن البضاعة أصلا، كما أكدت على هذا المعيار بشكل واضح (2) New York Life insurance Co.V.Hartford National Bank&Trust Co. ففيها قررت المحكم العليا في كنتاكي : "أنه فقط الغش الجسيم Egregious Fraud هو الذي يبرر عدم الوفاء في ظل المادة 2 من القانون التجاري الموحد".

ويجدر بنا أن نقول أخيرا وعلى ضوء القضايا السابقة والتي تبنت معيار الغش الجسيم كمعيار وحيد فقط لتبرير منع الوفاء هو أنه يكفي لكي يكون جسيما أن يكون مؤثرا حتى يعتد به دون اشتراط أن يكون ظاهرا حتى نعتد به على حد تعبير الفقيه Vasseur " يفتأ العين " ذلك أن تقييد الغش بمظاهر خارجية تفتأ العين وحصرها استثناء في هذا النطاق يتنافى والمفهوم العام للغش في الاعتماد المستندي، إذ لا يعقل أن ننتظر تصرفات احتيالية من جانب البائع واضحة لدرجة فقا العين حتى نقر ونجزم بوقوع الغش (3).

وتحفظنا على هذا الشرط مبني على حالات الغش التي يتعذر كشفها إلا بالاستعانة بذوي الخبرة والمعرفة، كما أن الغش نفسه كمفهوم متطور يخضع للتحويلات الاقتصادية والسياسية السائدة فلا مجال إذا لتحديد إطاره من خلال نموذج تطبيقي مقيد وجامد، وبهذا نكون قد استبعدنا القول بأن يكون الغش ظاهرا حتى نعتد بجسامته، إذ من الممكن أن يكون الغش جسيما بدرجة كبيرة ولكنه ليس ظاهرا للعيان ويعتد به كغش مؤثر.

الفرع الثاني: معيار الغش العمدي.

(1) أشير إليها في المرجع السابق : Edward Symone , p 362.

(2) أشار إليها في مرجعه السابق : John . Dolon , p 7-32.

(3) بنباصر يوسف، الغش في الاعتماد المستندي، ص 17.

العمد لغة هو ضد الخطأ، ويقال عمد للشيء أي قصد له وتعمره⁽¹⁾ والغش العمدي يتطلب أن يقوم المستفيد من تقديم بيانات مخالفة للحقيقة بشكل جوهري، ويقصد بذلك تضليل البنك والعميل، وأن هذه البيانات المغشوشة هامة بحيث تم الاستناد إليها بشكل مبرر عند تنفيذ الاعتماد، ويتوجب أن ينجم ضرر نتيجة الاستناد على هذه البيانات⁽²⁾ فالغش المعتبر هنا ليس مسألة نية إيذاء الآخرين ولكن بنية تضليل وخداع الآخرين ونية التضليل والخداع تكون موجودة عندما يكون المستفيد:

- على علم بأن البيانات المقدمة من قبله غير صحيحة ومخالفة للحقيقة.
 - وأن يتم ذلك التقديم بطريقة احتيالية.
 - وأن يكون ذلك بقصد جعل الطرف الآخر يؤمن بذلك.
 - ومن يدعي أنه وقع تحت وطأة الغش أن يثبت مايلي⁽³⁾:
 - أن المدعى عليه قد قام بتقديم بيانات مخالفة للحقيقة بشكل جوهري.
 - وأن قيامه بذلك كان بقصد التضليل .
 - وأن يثبت المدعي كذلك أنه اعتمد بشكل مبرر على تلك البيانات.
 - وقد أصيب بضرر نتيجة اعتماده على تلك البيانات .
- ومما يؤكد صحة هذا الأمر ما ذهبت المحكمة الأمريكية في قضية:

Dynamics Corporation of America V . Citizens & Southern National bank⁽⁴⁾

حيث قررت المحكمة أنه: "مما يتوافق مع مبادئ العدالة، أنه ليس من الضروري أن يثبت المدعي ويبين كل عناصر الغش المطلوبة لملاحقة الجرائم الاحتيالية، وأن مفهوم الغش وفقا لمبادئ العدالة أوسع وأشمل من مفهومه وفقا لنصوص القانون، وأن نية الغش أو التضليل ليست عاملا هاما وفقا لمبادئ العدالة هذه، وان الغش بالنسبة للمحاكم التي تعتمد على مبادئ العدالة يتضمن كل فعل أو امتناع أو إخفاء يتضمن انتهاكا لواجب قانوني،

(1) الرازي، مرجع سابق ص 758 .

(2) John Dolon , op cit , p 7-34 .

(3) Edward Symon ,op , cit , p 345 .

(4) Kozolchyk ,Lettres of credit , p 126 .

أواجبات العدالة أو الثقة ويكون مضرا بالآخرين أو كان وسيلة يمكن من خلالها حصول أشخاص آخرين على فائدة أو منفعة غير مستحقة .⁽¹⁾

ويرى الفقيه Ellinger أن الغش استنادا لهذا المعيار حتى يبرر رفض الوفاء فانه: " يجب أن يتصرف المستفيد دون أدنى ذرة من الصدق والاستقامة."⁽²⁾

وحتى يكتمل بناء معيار الغش العمدي فلا بد من التعرض لمبدأ حسن النية، والذي يمكن استجلاء المقصود منه من خلال كل من:

- المعيار الشخصي لمبدأ حسن النية .
- المعيار الموضوعي لمبدأ حسن النية.
- المعيار الشخصي أو الذاتي لمبدأ حسن النية.

وقد عرفت المادة (19) 201 - 1 من القانون التجاري الموحد الأمريكي مبدأ حسن النية وفقا للمعيار الشخصي على أنه : " الصدق في الحقيقة فيما يتعلق بالسلوك أو العقد المعني . " ولا شك أن هذا المعيار الشخصي يختلف من شخص لآخر ومن واقعة لأخرى لأنه يتطلب الدخول لذهنية الشخص وتحليلها في كل واقعة على حدى .

- المعيار الموضوعي لمبدأ حسن النية :

وهذا المعيار يتعدى الصدق في الحقيقة إلى عناية الرجل العادي الذي يتعامل بمثل هكذا واقعة أو عقد .

ولاشك أن هناك بعض من فقهاء الإعتماداتالمستندية الذين يرجحون مبدأ استقرار المعاملات على مبادئ العدالة يعارضون إدخال مبدأ حسن النية إلى قانون الاعتمادات المستندية فالفقيه Harfield يرى: " إن المحافظة على كفاءة وحسن استخدام الاعتماد المستندي كوسيلة تجارية فعالة يتهدد كثيرا باستخدام مبادئ العدالة، وعبر عن ذلك بقوله: " أخاف أن تسحق بقرة العدالة المقدسة الغصون الغضة لقانون الاعتمادات المستندية. "

(3)

(1) أشار لهذه القضية، Kozolchik , Lettres of credit , Ibid , p.126

(2) وارد في المرجع سابق : 7- 45 .,p . LettresThe Law of John Dolon ,

(3) Edward Symon ,op , cit , p 380 .

ولا شك أن الاعتماد المستندي هو أداة وفاء في عقود التجارة الدولية حيث السرعة واستقرار المعاملات أمور أساسية، وحيث لا تلعب اعتبارات العدالة الدور ذاته المقرر لها في المعاملات الداخلية ففي مثل هذه المعاملات على المحاكم أن تراعي أنها : " لا تتعامل مع يتامى أو أرامل وإنما مع أشخاص مهنيين يعلمون جيدا ما يفعلون، فإذا كان بعض هؤلاء المهنيين تعوزهم الجدية لحماية أنفسهم فإن ذلك لا يبزر تشويه قانون الإيعتماد المستندي لحمايتهم".⁽¹⁾

وبالمقابل فإن هناك رأيا مقابلا يتضمن عدم التخلي عن مبدأ حسن النية ومعيار الغش العمدي وهذا ما عبرت عنه القضايا التالية:

قضية⁽²⁾ MerchantsCorp of A Merica V . Chase Manhattan Bank ; N.A. وفي هذه القضية أصدر البنك المدعى عليه اعتمادا مستنديا للوفاء مقابل مستندات تثبت أن بضائع معينة قد وضعت على سطح السفينة في كوريا قيل تاريخ 31 مارس 1968 .

وقدمت الوثائق للوفاء بتاريخ 19 أبريل 1968، عندما أقام المدعي دعواه لمنع الوفاء على أساس أنه من المستغرب تأخير تقديم الوثائق لمدة تقارب ثلاثة أسابيع من إصدارها وبعد وضع البضاعة على سطح السفينة.

وبتحريرات من العميل اكتشف أن السفينة التي سميت لوضع السفينة على سطحها لم تكن في الميناء الكوري للتحميل إلا في 13 أبريل أي بعد أسبوعين من انتهاء التاريخ المسموح به لوضع البضائع على سطح السفينة.

وقررت المحكمة أن المدعي لا يتصرف بناء على مجرد شك أو اشتباه وأن النزاع ليس مضمونه مجرد إخلال بالتزامات تعاقدية، بل إنه نزاع حول الغش في إصدار الوثائق غير الصحيحة من طرف المستفيد وأصدرت أمرا بوقف التنفيذ.

وما يتضح من هذه القضية أنها لم تعتمد على الغش الجسيم كمعيار، فلو كان كذلك لما تم إصدار أمر المنع، لأن البضائع قد شحنت بالفعل، لكن إصدار وثائق احتيالية من قبل

(1) زيادات أحمد، محاضرات ألقىت على طلبة الماجستير في القانون، الجامعة الأردنية، ص 45 .

(2) وردت هذه القضية في مرجع سابق : Edwardsymon, p 372

المستفيد وتقديمها لأجل الوفاء مع علمه بذلك هو الذي برر أمر المنع، بمعنى أن المحكمة قد تبنت معيار الغش العمدي.

وفي قضية أخرى: Devine Industries, Ltd, V. Bankleumi Trust Co سعى العميل الأمر لاستصدار أمر منع وفاء يمنع البنك من دفع مبلغ الاعتماد وأسس العميل دعواه على أن الفواتير المقدمة تتضمن "خطأ واضحاً" إلا أن المحكمة قررت المحكمة أن الغش المتعمد هو فقط المبرر لرفض الوفاء، وأن الوثائق الخاطئة هي ليست وثائق احتيالية .

وبمعنى آخر فإن الوثائق التي تصف البضاعة بشكل خاطئ ليست وثائق احتيالية، وحتى تصبح كذلك لا بد أن يتوفر القصد والنية لجعلها كذلك .

الفرع الثالث : المعيار الذي نراه مناسباً لتبرير وقف تنفيذ الإيعتماد المستندي.

بعد التطرق للمعيارين السابقين، معيار الغش الجسيم ومعيار الغش العمدي، واستقراء القضايا التي استعرضناها من خلالهما تبين لنا أن المحاكم لم تتبنى معياراً ثابتاً، فهي تأخذ بالمعيار الجسيم تارة والعمدي تارة أخرى، كما تمزج بين المعيارين أحياناً.

أما المعيار الذي نراه مناسباً لتبرير رفض وفاء قيمة الاعتماد المستندي، فهو المعيار الذي يكون فيه الغش جسيماً وعمدياً في آن واحد، بحيث يؤدي إلى أن يجمع أحد طرفي الاعتماد، بحيث يؤدي إلى أن أحد طرفي الاعتماد يجمع بيده كل من مبلغ الاعتماد وتنفيذ عقد الأساس .

ويدعم هذا المعيار القراءة الدقيقة للقضايا السابقة، فعلى سبيل المثال القضية الأساسية والرائدة Szejn والتي تبين من خلال تحليلها أن درجة الغش فيها وصلت حد الجسامة، وفي نفس الوقت فإن المستفيد تعمد القيام بهذا الغش وعليه كان الغش جسيماً وعمدياً إلى في آن واحد، مما يؤدي إلى حصول المستفيد على مبلغ الاعتماد وفي نفس الوقت تبقى البضاعة في يده .

وهذا ما يقال أيضاً في قضية : United Bank Ltd V .Cambridge

، وSporting Goods Corporation، ونفس الكلام قيل في قضيتي : Asbury Park & Ocean

(¹) Grove Bank V. National City Bank، و (Itek Corporation V. First National Bank of Boston). (²)

أما إذا كان الغش عمدياً فقط ولم يكن جسيماً، أولم يؤدي إلى جمع مبلغ الاعتماد والتنفيذ في يد واحدة فلا يجوز الأخذ به كمبرر لوقف تنفيذ الاعتماد كما حصل في قضية سبق التعرض لها وهي قضية:

Merchants Corporation of America V. Chase Manhattan Bank , N.A.

فعلا فقد ثبت الغش العمدي في هذه القضية، وذلك بإصدار وثائق احتيالية إلا أن الغش فيها لم يبلغ حد الجسامة إذ أنه لم يؤدي إلى جمع مبلغ الاعتماد والتنفيذ في يد واحدة، لأن البضاعة محل التعاقد قد تم شحنها فعلياً، وعليه كان على المدعي اتخاذ وسيلة أخرى لمقاضاة المدعى عليه غير طلبه منع وفاء قيمة الاعتماد

المطلب الثاني: أنواع الغش في عقد الأساس ووسائل إثباته .

إن قضايا الغش في الاعتمادات المستندية في ازدياد مطرد بسبب التطور التكنولوجي واستعانة المحتالين بأرقى الوسائل لتنفيذ جرمهم، ومع هذا فإن الأصول والقواعد الموحدة للاعتمادات المستندية اتخذت موقفاً سلبياً من هذا الموضوع ولم تتعرض للغش كقيد على مبدأ استقلالية الاعتماد المستندي، مما استدعى تدخل القضاء في هذا الشأن والتصدي عن طريق الاجتهادات القضائية للموضوع، وبينت أن الغش المبرر لوقف تنفيذ الاعتماد هو الغش المؤكد لا الإجمالي.

وان كان المظهر الأكثر شيوعاً بخصوص الغش في الاعتمادات المستندية هو الغش المنصب على البضاعة محل التعاقد، فيتفاجأ المشتري ببضاعة غير تلك المتفق عليها أوبضاعة غير مطابقة للمواصفات المتفق عليها في خطاب الاعتماد، إلا أن ذلك لا يمنع من وجود حالات أخرى للغش ترتب نفس الآثار التي ترتبها الحالات السابقة وهو ما يعرف بالغش المستندي والمتعلق بالمستندات لا بالبضاعة محل عقد الأساس.

(¹) أشير لهذه القضية في مرجع سابق: Edward Symone, p, 362

(²) مشار إليها في مرجع سابق: Burton V. McCulloch, L.C. p, 5-52

وخالصة القول أن الغش في الاعتماد المستندي سواء تعلق بعقد الأساس أو كان متعلقاً بالوثائق، فإنه يترتب أثاره طبقاً للقانون متى تحققت وتوافرت شروطه شكلاً وموضوعاً فإنه يصبح سبباً في وقف تنفيذ الاعتماد المستندي.

هذا وعليه فسندقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: أنواع الغش في الاعتماد المستندي.

الفرع الثاني: وسائل إثبات الغش .

الفرع الأول : أنواع الغش في الاعتماد المستندي .

بناء على أن التعامل في الاعتمادات المستندية يكون على أساس الوثائق لا على أساس البضائع وذلك وفقا للأعراف والقواعد الموحدة للاعتمادات المستندية، وبذلك يمكن تقسيم صور الغش إلى نوعين :

النوع الأول : الغش عن طريق المستندات الاحتيالية .

يتم الاحتيال المستندي عندما يقدم المستفيد وبناء على خطاب الاعتماد المرسل إليه من طرف البنك، المستندات المطلوبة، من أجل استيفاء قيمة الاعتماد، إلا أن هذه الوثائق المقدمة تكون احتيالية لإخفاء حقيقة البضاعة التي قد تكون غير موجودة أصلا أو ليست من النوعية أو الكمية المطلوبة من قبل المشتري .

والوثائق الاحتيالية هي تلك الوثائق التي تكون صادرة إما عن (1) :

- 1- عن مؤسسة أو شركة وهمية لوجود لها في الحقيقة .
- 2- أو أن تكون هذه الوثائق قد صدرت باسم مؤسسة أو شركة موجودة فعلا ولكن في الحقيقة الشركة لم تقم بإصدار تلك الوثائق ولا علم لها بها وإنما أصدرت باسمها من قبل طرف آخر .
- 3- أو أن تكون تلك الوثائق صادرة بالفعل من شركة أو مؤسسة موجودة، لكن قيام المستفيد الغشاش بإفراغها من مضمونها هو الذي جعل منها مستندات احتيالية .

- ومن الأمثلة القضائية على المستندات الاحتيالية الصادرة من مؤسسة وهمية قضية:

Auto Servicio San – Ignacio V . Compania – AnonimaVenezolane de Navegacion Hibernia National bank (2)

حيث قام في هذه القضية قام البنك (Herbiniabank) بتعزيز اعتماد صادر من بنك فنزويلي (Banco de Maracaibo) لدفع ثمن شحنة من اطارات المركبات وقام البنك الفنزويلي باصدار خطاب الاعتماد بناء على طلب عميله (Auto Servicio) لمصلحة

(1) Papamatthaiou Anna – Georgio , **La fraude dans le credit documentaire** , Dea droit des affaires , Universite Robert Schuman , 2003 – 2004 , p 18 -19 .

(2) مشار لهذه القضية عند , 29 October New York Law Journal . **Letterscredit**- Mclaughlin , ,

1985p – 1,6,22

المستفيد الأمريكي شركة (World wide tire) ، فقام ممثل الشركة بتقديم المستندات المطلوبة والتي كانت مطابقة إليه من حيث ظاهرها لشروط الاعتماد وتم تقديم تلك المستندات للبنك المعزز التي قام بدوره بإصدار كميالة بقيمة الاعتماد للممثل، ومن ثم قام البنك المعزز بنقل المستندات إلى البنك المصدر، ليتبين أن المستندات كانت احتيالية ولم ترسل أية بضاعة لأن شركة World wide tire ماهي إلا شركة وهمية، وممثل هذه الشركة الوهمية ماهو إلا محتال قام بتحصيل قيمة الكميالة واختفى عن الأنظار.

قام العميل الأمر بمقاضاة البنك المعزز مدعياً أن هذا الأخير يقع عليه واجب بذل العناية اللازمة في فحص المستندات، لكنه فشل في ذلك مما إلى عدم اكتشافه المستندات الاحتياطية . رفضت المحكمة هذا الدفع معللة ذلك بمايلي :

صحيح أن المادة (2) 109-5 من القانون التجاري الموحد تلزم البنك ببذل العناية اللازمة في فحص المستندات والتأكد من مدى مطابقتها لشروط الاعتماد.

وبما أن البنك المعزز بتعزيزه للاعتماد يصبح ملتزم مباشرة كأنه البنك المصدر.

لكن يطرح السؤال عن من هو عميل البنك المعزز؟ والجواب عن ذلك أن عميل البنك المعزز هو البنك المصدر، وبمعنى آخر فإن البنك المعزز في هذه القضية يلتزم ببذل العناية أمام البنك المصدر فقط، وأن المحكمة التي تنظر القضية غير مستعدة لتوسيع التزام البنك المعزز ليشمل عميل البنك المصدر.

إن الإقرار بذلك من شأنه أن يؤثر سلباً على ممارسات البنوك المعززة، التي ترفض مسؤوليتها أمام أطراف لم يسبق لها التعامل معهم .

- أما المثال عن المستندات الإحتياطية التي أصدرت باسم مؤسسة موجودة فعلاً ولكن تلك المؤسسة لم تقم بإصدار تلك الوثائق، ولكن أصدرت باسمها من قبل طرف آخر قضية: Instituto Nacional ComercializationAgricolo (Indeca) V. Continental Illinois National Bank & Trust Company⁽¹⁾

⁽¹⁾ Mclaughlin – Letterscreditop.cit , p,1,6,22

(¹) أشار لهذه القضية الرجوع السابق :

في هذه القضية قدم المستفيد للبنك وثيقة صادرة من قنصلية غواتيمالا تبين نقصها لبيانات مهمة، فقام البنك بتتبيه المستفيد لهذا النقص، كانت الساعة حينها تقارب الواحدة والنصف بعد الظهر .

إلا أن المستفيد، وفي نفس المساء تقدم أمام البنك مسلماً إياه شهادة لا تحمل أي نقص ومطابقة لشروط الاعتماد، قبل موظف البنك الشهادة بالرغم من أن قنصلية غواتيمالا لا تقع في ميامي والشهادة المقدمة تحمل ختم وتوقيع تلك القنصلية.

على إثرها قام البنك بدفع قيمة الاعتماد للمستفيد، وسلم بعدها الوثائق - بما فيها الشهادة المسلمة من القنصلية - إلى البنك المصدر في غواتيمالا .

قام العميل بمقاضاة البنك المعزز، فقررت المحكمة أنه لا يقع على البنك المعزز أي التزام في مواجهة عميل البنك المصدر والعميل يجب أن يعود بالتعويض على بنكه المصدر، وأن البنك المعزز لا يكون مسؤولاً أمام العميل الأمر على أساس المسؤولية العقدية، لكن في بعض الظروف يمكن أن يكون البنك المعزز مسؤولاً أمام عميل البنك المصدر على أساس المسؤولية التقصيرية .

هذا وبالرغم من حكم المحكمة الذي لم يكن في صالح العميل الأمر، فإن الشهادة التي أصدرت باسم القنصلية الغواتيمالية وحملت ختمها وتوقيعها كانت احتيالية إذ يستحيل على المستفيد الوصول إلى تلك القنصلية التي تبعد عن ميامي والعودة في نفس اليوم وقبل انتهاء الدوام .

- الوثائق التي تكون صادرة بالفعل من شركة أو مؤسسة بشكل صحيح، لكن غش المستفيد هو الذي جعل منها وثائق احتيالية وأفرغها من محتواها :

مثال قضية: (1) Philadelphia Gear Corp. V . Central bank

في هذه القضية قررت المحكمة أن غش المستفيد وهو الذي أفرغ المستند المقدم من مضمونه بالرغم من مطابقته الظاهرية لشروط الاعتماد، لكنه في الحقيقة هو مستند احتيالي لا يعبر عن حقيقة ما احتواه بالرغم من صدوره من الجهة المختصة صحيحاً إلا أن تلاعب المستفيد جعله لا يعبر عن حقيقة البضاعة.

(1) أحمد زيادات، المرجع السابق، ص، 51

وهذا ما أكدته القضية الرائدة (Sztejn) والتي أشير إليها في أكثر من موضع، حيث أن وثيقة الشحن والفاخرة واللذان وصفنا البضاعة المرسلّة على أساس أنها شعر خشن، في حين أن الحقيقة بينت أنها عبارة عن قمامة وأشياء لا قيمة لها، فغش المستفيد في هذه الحالة هو الذي جعل من هذه الوثائق وثائق احتيالية، إذ لو كانت البضاعة المرسلّة هي نفسها المتفق عليها، لكانت الوثائق المرسلّة صحيحة (1).

ففي الحالتين السابقتين، الوثائق صدرت صحيحة، والذي جعل منها وثائق احتيالية شي غير متعلق بها، فبصدور الغش أصبحت وثائق احتيالية فان لم يكن فالأصل أنها صحيحة ومطابقة ظاهريا ومضمونا لشروط الاعتماد.

النوع الثاني: الغش عن طريق المستندات المزورة.

المستندات المزورة هي تلك المستندات التي تصدر ابتداء من مرجعها المختص صحيحة، لكن يتم التلاعب بها وبياناتها لاحقا، بأن يتم حذف أو إسقاط أو إضافة أو تغيير بيانات تلك المستندات (2).

ومثال ذلك أن يتطلب خطاب الاعتماد شهادة فحص البضائع من قبل شركة ما، فتقوم تلك الشركة بعد الفحص بإصدارها، لكن يتم لاحقا تغيير بياناتها كأن يتم الزيادة في الوزن أو الكمية، أو تغيير النوعية... الخ.

ومن الأمثلة القضائية على المستندات المزورة قضية: (3) United city merchants Ltd . V. Royal Bank of Canada التي تم فيها تزوير تاريخ الشحن وذلك بتقديمه حيث بينت وثيقة الشحن هو 15 - 12 1986 وكان هذا التاريخ هو آخر يوم للشحن بموجب شروط الاعتماد، لكن البضائع في الحقيقة شحنت في اليوم التالي وبذلك يكون الشحن قد تم خارج إطار التاريخ المحدد بالاعتماد.

وعلى هذا الأساس يمكن أن نقول أنه مهما كانت القاعدة السارية في مجال فحص المستندات، أن البنك لا يحق له تقييم المستندات، إذ أن سلطة البنك في الفحص والتأكد من المطابقة لا

(1) أنظر المرجع السابق :

Burton –Letters of credit- p,26,27
(2) Papamatthaiou Anna – Georgio , , opcit , p 19,20.
Schmitthoffs – Export trade– p,443

(3) أشار لهذه القضية ، في مرجع سابق،

تعني سلطته في تقييم المستندات من حيث ضرورة وجودها من عدمه لأن العميل هو الذي اشترطها وهو الذي يعلم مصلحته من وراء اشتراطها.

إلا أن قاعدة عدم جواز تقييم المستندات يرد عليها استثناء، هو المستندات المزورة إذ يحق للبنك أن يتأكد من سلامة المستندات المقدمة له فإذا اكتشف تزويرها جاز له رفضها، أما إذا لم يستطع كشف هذا التزوير بأن كان متقنا لدرجة لا يسهل معها للبنك اكتشافه فلا مسؤولية عليه إن قبلها بهذا الشكل، هذا ما أكدته المادة 17 من القواعد والأعراف الدولية نشرة 600 - والتي سبق الإشارة إليها -.

كما أنه ووفقا للاجتهاد القضائي الفرنسي والبريطاني فإن على البنك إذا علم بهذا التزوير واجب رفض هذه المستندات⁽¹⁾، أما المشرع الأمريكي فقد حسم هذا الخلاف عندما نص على: " أنه في حالة إذا كان مقدم المستندات طرفا ثالثا بمفردها أو مع كميالة باعتباره حاملا حسن النية، فيجب على البنك الدفع أو القبول رغم علمه بتزوير المستندات، أما إذا قدمت المستندات مباشرة من طرف المستفيد فيجوز للبنك الدفع طالما أن التزوير لا يظهر على وجه المستندات، على أنه يمكن للمحكمة المختصة في مثل هذه الحالة أن تأمر بوقف التنفيذ."⁽²⁾

إذ يتوجب على البنك أن يرفض المستندات التي تكشف بظاهرها عد سلامتها، بالرغم من عد مسؤوليته عن صحة المستندات، أما إذا تبين من ظاهرها مخالفة المستفيد لالتزاماته المحددة وفقا لنص المادة (17) جاز له رفضها وبالتالي عدم قبوله الوفاء بقيمتها.

لكن قاعدة الغش عن طريق تزوير المستندات لا يجوز الأخذ بها على إطلاقها، سواء أكان هذا التزوير بفعل المستفيد أو بأمره أو حتى دون علمه، فإذا لم ينتج عن هذا التزوير ضررا جسيما بحيث يجمع أحد طرفي الاعتماد نتيجة للتزوير، مبلغ الاعتماد والبضاعة محل العقد الأساسي في يده، فلا يقتضي الأمر وقف التنفيذ، فإذا كان الضرر بسيطا جاز للمشتري الذي يدعي التزوير اللجوء للطرق القانونية الأخرى والمتاحة له لملاحقة من قام بالتزوير،

(1) - V. site de CCI : www.iccwbo.org (« Cargo frauds warning to banks », Londres, 7 septembre 1999) CA Colmar, 2^{ème} ch. civ., 14 juin 1985, UNION DE BANQUESSUISSES c/ BANQUE FEDERATIVE DU CREDIT MUTUEL et SOCIETE ANONYME PLATS CUISINES HUBSCH : D., 1986, IR, p. 218-219, obs. M. VASSEUR ; JCP, 1986, I, chron., 3265, n° 112, obs. C. GAVALDA et J. STOUFFLET

(2) محمود الكيلاني الجوانب القانونية في عمليات البنوك، مرجعه السابق، ص 241

لتفادي المساس بمبدأ استقرار المعاملات التجارية وسمعة الاعتماد المستندي كأداة وفاء وضمن، وهذا لا يعني من التغاضي عن جرم التزوير وتشجيعه بل كل ما في الأمر هو محاولة خلق نوع من التوازن بين المصالح المتعارضة في هذه العلاقة، فمن باب أولى وما دام بإمكان العميل المتضرر استعمال وسائل قانونية أخرى لتأسيس دعوى التزوير وملاحقة الجاني، لا يتم وقف صرف قيمة الاعتماد المستندي⁽¹⁾.

الفرع الثاني: وسائل إثبات الغش.

إن الاعتماد المستندي باعتباره وسيلة من وسائل البنوك لتنفيذ عمليات التجارة الدولية، فهي عملية تجارية محضة سنداً لنص المادة 2 من القانون التجاري الجزائري: "يعد عملاً تجارياً بحسب موضوعه:

- كل عملية مصرفية أو عملية أو عملية صرف أو مسرة أو خاصة بالعمولة."

وبالرجوع للقانون المدني الجزائري في مجال الإثبات التجاري، نجد أن المشرع قد أطلق حرية الإثبات في المسائل التجارية بكافة وسائل الإثبات وهذا ما يستفاد من نص المادة 333: "في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك...".

وحرية الإثبات هي من أهم الدعائم التي تقوم عليها المعاملات التجارية لأن السرعة والإئتمان عنصران لا يستغنى عنهما في التجارة، وجواز الإثبات بكل طرق الإثبات بما فيها الشهادة والقرائن من شأنها تسهيل وتيسير إبرام العمليات التجارية دون مضيعة للوقت ودون الخوض في التعقيدات الشكلية.

هذا وجواز إثبات العقود التجارية بجميع طرق الإثبات، يجب مراعاة الإستثناءات الواردة في الأحكام القانونية الخاصة.

هذا عن الإثبات في المواد التجارية بصفة عامة باعتبار أن الاعتماد المستندي عقد من العقود التجارية، فماذا عن الادعاء بالغش والإحتجاج به كمبرر قانوني لوقف تنفيذ الاعتماد المستندي؟

(1) A. TINAYRE, « La fraude maritime et le connaissance », DM F, 1983, p. 365-375

قبل الخوض في شروط إثبات الغش نشير فقط وبناء على ما سبق قوله في الإثبات التجاري، إن المشتري الأمر الذي يدعي الغش في المستندات أن يثبته من خلال مثلا محضر إثبات حالة أو معاينة أو خبرة لإثبات عدم صدق المستند وعدم صحته، غير أنه يجب إثبات ذلك قبل تنفيذ الاعتماد، أما بخصوص الغش في البضاعة بعد وصولها، يمكن إثباته بواسطة خبرة قضائية واستثناء بواسطة خبرة عادية في حالة الاستعجال وقرب حلول موعد الوفاء بقيمة الاعتماد، وبالنتيجة فإنه بغض النظر عن الوسيلة المتاحة لإثبات الغش فالمهم هو إثبات وجوده بصورة قاطعة وأكيدة لا تدع مجالا للشك أو التخمين، وهذا ما سيأتي بيانه.

لا يكفي مجرد الادعاء بالغش لمنع تنفيذ الاعتماد، إن لم يكن هناك غش واضح وثابت، لذا يجدر بنا الوقوف على أهم شروط الغش الذي من شأنه وقف تنفيذ الاعتماد المستندي والتطرق لهذه الشروط يثير عدة تساؤلات، تتعلق بدرجة الغش اللازم لمنع تنفيذ الاعتماد المستندي، فهل يشترط في الغش درجة معينة من الوضوح حتى يؤخذ به؟ أم يكفي مجرد الغش الاحتمالي؟

أن يكون الغش واضحا وثابتا بدليل قاطع غير متنازع عليه، هذا ما عبر عنه الفقه الفرنسي الذي يرى أن الغش الذي يوقف تنفيذ الاعتماد ويؤدي إلى خرق مبدأ استقلال العلاقات هو الغش الذي فاح أي الغش الواضح.⁽¹⁾

وأكد أيضا القضاء الفرنسي الذي تطلب ضرورة قيام الدليل القاطع على الغش⁽²⁾ وذهب القضاء الإنجليزي في إحدى القضايا بأن الغش الذي يعطل الاعتماد هو الغش الثابت

¹⁾ Cass. com., 7 avril 1987, CREDIT GENERALE c/ BANQUE NATIONALE DE PARIS et autres : RTD com., janv.-mars 1988, p. 102-103, n° 9, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE ; JCP, 1987, N° 28, II, 20829, note J. STOUFFLET ; JCP E, 1987, N° 24, 14973, p. 372-373, note J. STOUFFLET ; D., 1987, 26^{ème} cahier, juripr., p. 399-403, note M. VASSEUR ; Banque, N° 473, juin 1987, p. 625-626, obs. J.-L. RIVES-LANGE ; J.-P. MATTOU et A. PRUM, « Mise en oeuvre de l'adage fraus omniacorrumpit dans le crédit documentaire irrévocable réalisable à terme », DPCI, 1988, p. 107-119 ; RD bancaire et bourse, nov.-déc. 1987, N° 4, p.131-132, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD

⁽²⁾ Trib. com. Paris, 3^{ème} ch., 23 mars 1994, SOCIETE NIAGARA LTD et autres c/ SOCIETE RAINBOW INSURANCE COMPANY LTD et autres : Gaz. Pal., 1995(1^{er} sem.), som., p. 194

CA Aix-en-Provence, 2^{ème} ch. civ., 28 janv. 1988, SOCIETE ANONYME STANDING MEUBLES c/ CREDIT DU NORD, D., 1989, 20^{ème} cahier, som. com., p. 197, obs. M. VASSEUR

الواضح وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف Cour of appeal الإنجليزية بأن الدليل على قيام الغش يجب أن يكون واضحا ولا يكفي مجرد الاعتقاد به.⁽¹⁾

وقد قضت المحكمة العليا الإنجليزية في قضية: Discount records Lid (V) Barclays bank LTD 1975⁽²⁾ أن مجرد الادعاء بالغش من جانب العميل لا يكفي لتوافر الاستثناء وما يؤخذ على القضاء الإنجليزي تركيزه على الدليل - إثبات الغش - أكثر من تركيزه على الغش نفسه إذ اشترط لأعمال قاعدة الغش يمنع التنفيذ أن يتم إثبات هذا الغش بدليل قاطع بات.

والمنظور الأمريكي في هذا الشأن أكثر مرونة من المنظور الإنجليزي بالرغم من ملاحظة بعض من التشعب في تحديد درجة الغش اللازم لوقف تنفيذ الاعتماد بحيث يتراوح هذا التشعب والتنوع بين الشدة والمرونة⁽³⁾ إلا أن الراجح هو أخذ القضاء الأمريكي بمعيار الغش الصارخ أي أن يكون الغش واضحا.⁽⁴⁾ لا يحتاج إلى دليل للتثبت بوجوده.

1. وضوح الغش في المستندات:

مما لا شك فيه أنه أصبح ضروريا للحفاظ على الوظيفة الأساسية لخطاب الاعتماد المستندي الأخذ بالغش الواضح الذي لا يحتاج إلى دليل يثبتته، فلا يلزم البنك بأي بحث أو تحقيق للتأكد من توافق المستندات مع ما هو منصوص عليه في خطاب الاعتماد إذ لا يسأل إلا على الفحص الظاهري وهذه الحماية الممنوحة للبنك بفضل المادة 17 من القواعد والأعراف الدولية "البنك لا يضمن تزوير المستندات ولا عدم كفايتها" لذا يجب أن يكون الغش واضحا في نطاق المستندات بان يسهل على البنك اكتشافه ومن أمثلة هذا الوضوح تخلف صحة المستندات أو وضوح التزييف أو غير ذلك.⁽⁵⁾ وينجم على ذلك أنه لا يجوز

(1) قضية مشار إليها في رسالة: عباس هلال، المرجع السابق، ص 282.

(2) أشار إليها: Khaled Kawan, op.cit, p 808.

(3) بحيث تبني القضاء الأمريكي عدة معايير من بينها:

- معيار الغش العمدي.
- معيار الغش الصارخ.
- المعيار الموسع والذي يرى أن نية التضليل ليست عنصرا لازما في الغش اللازم لوقف تنفيذ الاعتماد.

(4) انظر: حاتم محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 349.

(5) حكم النقض الفرنسي 1989/04/07 مشار إليه عند معن الجربا، المرجع السابق.

اعتبار طلب المستفيد مشوبا بالغش وفي نفس الوقت يتطلب إجراء تحقيق للتثبت من صحة هذا الغش فهذا يعتبر من قبيل التناقض ولا يمكن معه إعمال قاعدة الغش يفسد كل شيء⁽¹⁾.

والقضاء الفرنسي -محكمة النقض الفرنسية- يذهب في تكييفه للغش على أنه الغياب الظاهر لأي حق للمستفيد Absence manifeste de droit du bénéficiaire⁽²⁾ بمعنى أن المطالبة بصرف قيمة الاعتماد، تعتبر مبنية على الغش كلما كان ظاهرا وثابتا بدليل لا يقبل المناقشة وغير متنازع فيه « non contestable » وأن المستفيد لا يملك أي حق ضد العميل. كما يشترط أن يكون الغش راجحا ومؤكدا لأن سوء النية لا يفترض، بل يجب أن يقدم إلى المحكمة الدليل جاهزا قاطعا على غش المستفيد.

الغش الاحتمالي: لقد توسع البعض في مفهوم فكرة الغش واكتفى بأن يكون الغش محتملا أو ما يسمى "تخمين الغش" وقد تبني القضاء السويسري هذا الرأي في بعض الحالات ففي حكم أصدرته محكمة جنيف بتاريخ 1985/07/16⁽³⁾ قضت بأنه "يكفي العميل الأمر الراغب في الحصول على أمر منع البنك من تنفيذ تعهده الاستناد إلى احتمال راجح للغش"

كذلك تبني القضاء الكندي هذا الاتجاه في قضية: CDN research of development LID (V) The bank of voraszotia 1981⁽⁴⁾ وفيه قضت المحكمة: " بالاكتماء بمجرد احتمال الغش وكونه يكفي لشل حركة الاعتماد."

وأصدرت محكمة استئناف باريس التجارية (مستعجل) حكما لها في 29 سبتمبر 1988 قضت فيه: " في إطار الفحص الأول يجوز للقاضي المستعجل أن يأمر البنك بالتوقف عن الوفاء إذا كان هناك خطر الغش من جانب المستفيد"⁽⁵⁾

وتحدد المحكمة خطر الغش فتقول: "وقد ينتج خطر الغش من واقعة كون المستفيد قد تهرب من صدور حكم في موضوع النزاع. وقد ينتج أن البنك الأول لابد أن يكون على علم

(1) Stoufflet, rev. **droit internationale**, 1987, op.cit, p 277.

(2) Dalloz, 1985, p 242.

(3) حكم مشار إليه في مقال: Khaled Kawan, **op.cit**, p 805.

(4) كذلك أشار له: Khaled Kawan, **Ibid**, p 808.

(5) انظر: علي جمال الدين عوض، **خطابات الضمان المصرفية**، المرجع السابق، ص 231.

بهذا الغش من كونه خاضعا لرقابة مشتركة من الدولة الأجنبية التي تباشر هذه الرقابة عليه وعلى المستفيد⁽¹⁾

(1) كون هذا البنك يخضع هو والمستفيد لرقابة واحدة عي رقابة الدولة الجزائرية.

ومضمون الدعوى أن شركة فرنسية لجأت إلى القاضي المستعجل طالبة منع بنك فرنسي من الوفاء لبنك جزائري.

أصدر القاضي المستعجل حكمه بمنع البنك الفرنسي من الدفع لحين صدور حكم موضوعي وذلك بسبب توافر خطر أو مظنة الخشية من الغش *Risque de farude*. وقد علق أحد الفقهاء الفرنسيين⁽¹⁾ على هذا الحكم بقوله: "إن خطر الغش أو الاعتقاد بالغش الناتج ليس من الادعاء أن عقد الأساس نفذ بكامله وأن المستفيد لا حق له شيء، لكن ولأن المستفيد قد تهرب من كل حكم في الموضوع فقد اعترض على إجراء المعاينة التي طلبتها الشركة الفرنسية الأمرة بحجة وجود شرط تحكيم، ثم بعد ذلك اعترض على إجراء التحكيم بحجة أن الشركة الفرنسية لم تقم بعمل المعاينة".

وما يؤخذ على هذا الحكم انه طبق فكرة أكثر مرونة لتعريف الغش المانع من تنفيذ الاعتماد المستندي، إذ اكتفى بمظنة الغش أو الخشية من الغش ولم يقتصر على حالة الغش الظاهر.

ونحن من جانبنا لا نؤيد هذا التوسع في مفهوم الغش لأن شأنه تعطيل الوظيفة الأساسية للاعتماد المستندي، بإفساح المجال للبنوك وعمالئهم للتحلل والإفلات من الوفاء بالتزاماتهم بمجرد غش احتمالي أو خشية من الغش، لأن ذلك يخالف قاعدة أن الغش لا يفترض، بل يجب إقامة الدليل القطعي عليه، هذا فضلا على أن تكييف الغش لدى محكمة النقض الفرنسية هو الغياب الظاهر لأي حق للمستفيد ولا يمكن إثبات هذا الغياب إلا بالرجوع إلى عقد الأساس ومدى تنفيذه وهو ما يعني خلق رابطة أو علاقة قانونية بين خطاب الضمان وعقد الأساس وهذا ما يتعارض مع استقلال التزام البنك عن علاقة الأساس.

لذلك ذهبت معظم أحكام القضاء⁽²⁾ إلى التشدد في ماهية الغش واشترطت الغش الظاهر أو الواضح أو الذي يفقأ عيني البنك « qui crève les yeux ».

⁽¹⁾ Rev. Banque, 1988, p 1164. note Rives-Lange.

Cass.com.5.2.1991, D.1991 N° 23, Som. P 199, note : Vasseur

⁽²⁾ أنظر:

فقد قضت محكمة Nanterre 1991/03/14 بقولها: "الغش والتعسف من طبيعتهما أن يشلا حركة الاعتماد المستندي بشرط وضوحهما.⁽¹⁾" وبالتالي متى لم يكن لدى البنك تأكيد كافي على عنصر الغش الثابت من المستفيد فلا يمكن للبنك رفض تنفيذ الاعتماد المستندي (الوفاء).

وكنتيجة لما تقدم فإن الغش الاحتمالي "مجرد التخمين" أو الخشية من الغش لا يكفيان لوقف تنفيذ الاعتماد المستندي، بل يجب أن يكون الغش ثابتا بدليل لا يحتاج إلى برهان وغير قابل للمناقشة كذلك لا بد أن يكون مؤكدا لأن سوء النية لا يفترض بل يجب أن يقدم للمحكمة الدليل جاهزا قاطعا على غش المستفيد وعليه فلا يجوز للمحكمة - بصدد الغش - أن تطلب إجراء أوسماع شهود أو فحص مستندات أو إعطاء مهلة لإقامة دعوى والحصول على حكم ضد المستفيد بمعنى أنه لا يكفي مجرد الادعاء بغش المستفيد.⁽²⁾

⁽¹⁾ حكم محكمة Nanterre الفصلية للقانون التجاري 1991، ص 426 وارد عند: معن الجريا، المرجع السابق، ص 135.
⁽²⁾ p. ex. Cass. com., 6 mai 1969, KINDIG c/ CREDIT LYONNAIS : JCP, 1970, II, 16216, note JEAN STOUFFLET, RTD com., 1969, p. 1063-1064, n° 6, obs. J.-L. RIVES-LANGE et M. CABRILLAC ; CA Paris, 14^{ème} ch. A, 30 avril 1985 et CA Paris, 5^{ème} ch. A, 28 mai 1985, SOCIETE ANONYME DE BANQUES CREDIT GENERAL c/ BANQUE NATIONALE DE PARIS et autres et SOCIETE DE DROIT ESPAGNOL BANCO DE SANTADER c/ CAISSE NATIONALE DE CREDIT AGRICOLE et autre : D., 1986, jurispr., p. 195-201, note J. STOUFFLET, Banque, N° 452, juill. 1985, p. 755, obs. J.-L. RIVES-LANGE ; « Réflexions sur le crédit documentaire à paiement différé à la suite des arrêts de la cour de Paris des 30 avril 1985 et 28 mai 1985, comparés à la jurisprudence suisse, allemande et italienne », D., 1987, 9^{ème} cahier, chron. XII, p. 59- 65, M. VASSEUR

الفصل الثالث:
الجوانب الإجرائية للفش المانع
من تنفيذ الاعتماد المستندي

الفصل الثالث:

الجوانب الإجرائية للغش المانع من تنفيذ الاعتماد المستندي

استنادا للاعتبارات السابقة، فإنه يجوز لكل من البنك والعميل الأمر المعارضة في تنفيذ الاعتماد المستندي، بسبب الغش متى توافرت شروطه فيجوز للبنك أن يتحرر من التزامه إزاء المستفيد فيمتنع عن الدفع أو القبول، إذا ثبت لديه أن المستندات المقدمة تتطوي على غش أو تزوير طالما أنه علم بذلك الغش قبل تنفيذ الاعتماد، دون حاجة إلى تنفيذ الاعتماد، فهنا يثور الإشكال حول إمكانية البنك في الرجوع على المستفيد ومطالبته برد ما دفعه إليه؟ وإذا كان الرجوع ممكنا فما مدى تأثيره على مبدأ نهائية تنفيذ الاعتماد المستندي؟

كما يجوز للعميل الأمر المعارضة في تنفيذ الاعتماد المستندي نتيجة وجود غش من قبل المستفيد، لكن بعد حصوله على أمر قضائي يمنع البنك من الوفاء.

أما إذا لم يستجب البنك لأمر منع الدفع أو إذا فشل العميل في استصدار أمر قضائي إلى البنك يمنعه من الوفاء للبائع، فإن المشتري يسعى عادة إلى توقيع الحجز تحت يد البنك على قيمة المستندات. فهل من الممكن للمشتري توقيع الحجز تحت يد البنك وما مدى تأثير ذلك على استقلال تنفيذ الاعتماد المستندي؟

وستطرق لهاته النقاط في المطلبين التاليين:

المبحث الأول: حق البنك في معارضة تنفيذ الاعتماد المستندي.

المبحث الثاني: حق العميل الأمر في معارضة تنفيذ الاعتماد المستندي.

المبحث الأول:

حق البنك في معارضة تنفيذ الاعتماد المستندي.

عملا بقاعدة الاستقلال فإن البنوك لا تمثل لطلبات المشتري بوقف التنفيذ، إذ لم يثبت الغش لديها وبالتالي يمكن لها الوفاء بقيمة الاعتماد المستندي بالرغم من إخطار العميل الأمر لها بالغش أو التزوير أو أي عيب آخر ظاهر على وجه المستندات.

وعلى العكس من ذلك، فإنه طالما لم يكن مقدم المستندات حسن النية - للبنك الحق في تقرير عدم الدفع إذا اكتشف أن المستفيد قد ارتكب غشا، ودون حاجته لحكم قضائي.

كما يجوز للبنك وعلى سبيل الاستثناء الرجوع على المستفيد لاسترداد ما سبق الوفاء به في حالة ثبوت قيام المستفيد بالغش بعد تنفيذ الاعتماد المستندي.

وعلى التوالي سيأتي الفصل في هاتين الحالتين:

المطلب الأول: حق البنك في رفض الدفع دون حاجة لحكم قضائي.

الفرع الأول : قبول المستندات المطابقة وتنفيذ الاعتماد:

إذا تقدم المستفيد بالمستندات المطلوبة خلال مدة صلاحية الاعتماد وتأكد للبنك بعد قيامه بفحصها أنها مطابقة لشروط الاعتماد، فإنه يلتزم عندها بتنفيذ الاعتماد لصالح المستفيد وذلك بأن يؤدي إليه قيمة هذه المستندات المقدمة وتكون تسوية المدفوعات بإحدى الوسائل الثلاث المنصوص عليها في القواعد والأعراف الدولية، وهي الدفع القبول والتداول أو الخصم.

أما إذا رفض البنك التنفيذ بالرغم من صحة المستندات ومطابقتها لشروط الاعتماد، فإنه يكون مخطئا وعليه تقوم مسؤوليته في مواجهة المستفيد، كما أن التزام البنك لا ينتهي بدفع قيمة الاعتماد.

أولاً: كيفية التنفيذ.

لقد نصت المادة 10 من القواعد والأعراف الموحدة في فقرتها (أ) أنه: "يجب أن تبين جميع الاعتمادات بشكل واضح ما إذا كانت متاحة للدفع عند الاطلاع أو الدفع المؤجل أو القبول أو التداول" والتي من خلالها يفهم أن خطاب الاعتماد يتضمن الطريقة التي سيتم بها التنفيذ.

1. الدفع الفوري أو عند الاطلاع:

إذا نص في خطاب الاعتماد على أن يتم الوفاء عن طريق الدفع الفوري فعلى البنك دفع قيمة الاعتماد بمجرد تقديم المستندات المطابقة للاعتماد⁽¹⁾ ويكون الدفع في غالب الأحيان نقداً كما يمكن أن يكون بالقيود في حساب المستفيد إن كان له حساب لدى البنك منفذ الاعتماد، أما إذا كانت المستندات مقدمة من بنك آخر ثم الوفاء يتم من طرف البنك المنفذ وذلك بالتسوية بين الحساب القائم بين البنكين، وتتم تسوية أخرى فيما بين المستفيد والبنك الذي قدم المستندات نيابة عنه⁽²⁾ ويغلب أن يقبل البنك المبلغ توكيل أو تفويض البنك الفاتح إياه في أن يقوم بتنفيذ الاعتماد لديه، لكنه إذا لم يقبل ذلك فإنه يوضح في خطاب الإبلاغ الذي يرسله للمستفيد على أنه يبلغه فقط دون التزامه بالتنفيذ.

ويتعين على البنك دفع قيمة الاعتماد في المكان المحدد في الخطاب، وإذا لم يحدد مكان الدفع كان مفهوماً من ذلك أن الدفع يكون في بلد المستفيد⁽³⁾. وعلى البنك قبل الدفع التيقن من شخصية مقدم المستندات، هل هو المستفيد أو وكيله، أم أنه شخص آخر، إذ أن من أهم خصائص خطاب الاعتماد أنه اسمي وليس للأمر ولا للحامل بمعنى أن خطاب الاعتماد ليس ورقة تجارية، ومن ثم لا يجوز تداوله بالطرق التجارية، تظهيراً ناقلاً للملكية أو على سبيل التوكيل أو الرهن وقد يثور التساؤل حول مدى جواز التظهير في خطاب الاعتماد على اعتبار أن سند الشحن ورقة قابلة للتداول بالطرق التجارية؟

(1) نفس المادة 9 من القواعد والأعراف الدولية في الفقرة 1 على أنه: "... إذا نص الاعتماد على الدفع بالاطلاع يتعهد المصرف بالدفع عند الاطلاع".

(2) أنظر في ترتيبات التغطية بين المصارف، أكرم إبراهيم حمدان الزرعي، المرجع السابق، ص 15، كذلك:

Moussa Lahlou

Le creditdocumentaire, un instrument de garantie de paiement et de financement du commerce international, Alger, Enag, Edition 1999, p121

(3) محي الدين إسماعيل علم الدين، الاعتماد المستندي في الفقه والقضاء والعمل، القاهرة، دار النهضة العربية، د ط، 1968، ص 74.

ونجيب أن تظهير سند الشحن ليس تظهيرا لخطاب الاعتماد ويكون المظهر إليه في سند الشحن مالكا للبضاعة⁽¹⁾ ووكيلا عن المستفيد في خطاب الاعتماد في تقديم باقي المستندات.

وخطاب الاعتماد يبقى بطبيعته اسما حتى ولو كان، قابلا للتحويل ففي مثل هذه الحالة يصدر البنك خطاب اعتماد جديد بدلا من الخطاب الأصلي ويكون الخطاب الجديد اسما أيضا.⁽²⁾

2. الدفع المؤجل:⁽³⁾

وقد نصت عليه المادة 9/أ في فقرتها الثانية من القواعد والأعراف الدولية على أنه: "إذا نص الاعتماد على الدفع المؤجل يتعهد المصرف بالدفع في تاريخ/تواريخ الاستحقاق التي يتم تحديدها بموجب شروط الاعتماد..." وفي هذا النوع يحوز المشتري البضاعة قبل تسوية ثمنها ويستطيع منع البائع من اقتضائه إذا اكتشف غشا من جانبه كما لا يمكن لبائع أن يحوز كمبيالة مقبولة من جانب البنك يستطيع أن يخصمها مثلا للحصول على النقود التي تلزمه، لذا فإنه يقال على هذا النوع من الدفع أنه يخدم المشتري ولا يخدم البائع.⁽⁴⁾

ويعني تنفيذ الاعتماد عن طريق الدفع المؤجل أن المستفيد لن يقبض شيئا إلا بعد أجل من تقديمه المستندات المطابقة، وعندئذ يلزم البنك مادامت المستندات مطابقة بالدفع عند الأجل المحدد، ولا يعتبر دفعه قبل هذا الأجل تنفيذا للاعتماد، لكنه قد يدفع البنك للمستفيد مبلغا أوكل المبلغ تحت الحساب، وتكون هذه العملية مستقلة عن تنفيذ الاعتماد، فإذا حدث وأن اكتشف سببا يبزر له رفض المستندات لم يكن للبنك الذي قبل تعجيل المبلغ أن يرجع على العميل الأمر به تطبيقا لتنفيذ الاعتماد إذ أن التنفيذ لم يحصل بعد⁽⁵⁾

وقد يثور التساؤل في الاعتماد المؤجل هل يتم التنفيذ بتقديم المستندات أم بالدفع فعلا؟ بالاستناد إلى ما قضت به محكمة النقض الفرنسية: بأن الاعتماد بالدفع المؤجل لا يتم تنفيذه

(1) ونقصد التظهير الناقل للملكية فقط.

(2) نص المادة 48/أ من القواعد والأعراف الدولية.

(3) Le crédit réalisable par paiement différé, Moussa Lahlou, op, cit, p 91

(4) علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص 344.

(5) لم تجر العادة على التعجيل بتنفيذ الاعتماد في حالة اشتراط التنفيذ بالدفع المؤجل.

إلا في لحظة الدفع من جانب البنك، إذ يتم في هذه القضية الوفاء من البنك المؤيد قبل حلول أجله وقضت المحكمة أن هذا الوفاء المعجل يكون خارج الاعتماد ولا يعتبر تنفيذاً إلا الوفاء عند حلول الأجل.⁽¹⁾

فالدفع المؤجل المقصود به حماية المشتري وتمكينه من التأكد من مدى مطابقة المستندات وصحتها والتحقق من سلامة البضاعة.

3- القبول.⁽²⁾

ومن خلال هذه الطريق يلتزم البنك بوضع توقيعه بالقبول على كمبيالة مستندية لأجل، يسحبها المستفيد (البائع) أثناء صلاحية الاعتماد على البنك وعند تسليم البنك للمستندات والتحقق من مطابقتها لشروط الاعتماد، يفصل الكمبيالة عن المستندات، ليرسل المستندات إلى عميله الأمر ثم يرد الكمبيالة إلى المستفيد بعد التوقيع عليها بالقبول، ليتم تداولها إلى أن يحل ميعاد الاستحقاق، وبموجب توقيع البنك بالقبول على الكمبيالة، يلتزم البنك التزاماً صرفياً بالدفع ومصدر هذا الالتزام هو قبول الكمبيالة التي تدفع قيمتها عند استحقاقها، وفي غالب الأحيان يخضم المستفيد الكمبيالة بعد قبولها لدى بنك آخر وبذلك يتحمل مصاريف الخصم.

وقد أثار البعض⁽³⁾ التساؤل حول ما إذا كان الالتزام بالقبول ينطوي على الالتزام بالدفع؟ بمعنى هل ينشأ عن خطاب الاعتماد ذاته في الاعتماد بالقبول التزام بالدفع بصرف النظر عن الالتزام بالدفع الناشئ عن قبول الكمبيالة؟ وقد ذهبت المحكمة العليا في إحدى القضايا⁽⁴⁾ إلى أن البنك يلتزم بالدفع حتى في الاعتماد بالقبول، بموجب الاتفاق الأصلي بين البنك والمصدر وعميله الأمر.

أما الرأي الآخر⁽⁵⁾ يرى أن الصحيح أنه في الاعتماد بالقبول ينشأ على عاتق البنك التزام بالقبول عن عقد الاعتماد فإذا قبل البنك الكمبيالة المسحوبة عليه، فإن هذا يترتب عليه

(1) وهو ما قضت به محكمة باريس في 28 ماي 1985 وما أيدته محكمة النقض في 7 أبريل 1987، وهو ما أورده د. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص 345، 346.

(2) للتنفيذ بالقبول منتشر في أمريكا وإنجلترا لأسباب تاريخية، ترجع إلى قوة سوق لندن في قبول الكمبيالات.

(3) جورجيت صبحي عبده فليبي، المرجع السابق، ص 86.

(4) أشارت إليها جورجيت صبحي عبده فليبي، المرجع نفسه، ص 87.

(5) جورجيت صبحي عبده فليبي، المرجع السابق، ص 349.

انقضاء الالتزام بالقبول الناشئ من خطاب الاعتماد على أساس أن الوفاء بالالتزام أحد أسباب انقضاء الالتزامات. فينقضي نهائياً التزام البنك بالقبول الناشئ من خطاب الاعتماد، وينشأ محله من قبول الكمبيالة التزام صرفي بدفع قيمة الكمبيالة في تاريخ استحقاقها وهذا الالتزام الأخير ليس مصدره القبول ذاته، وعلى ذلك فإن خطاب الاعتماد في اعتماد القبول ينشئ التزاماً بقبول الكمبيالة المستندية ولا ينشئ التزاماً بالدفع وعملياً⁽¹⁾ فإن المستفيد يقدم الكمبيالة مع المستندات إلى بنكه ليتولى قبولها، وقد يخصمها لديه، وقد يكون البنك المراسل والذي أخطر بفتح الاعتماد هو المكلف بالتنفيذ، فيكون خصمها واجبا عليه عندما يتأكد من سلامة المستندات.

والتسوية عن طريق القبول تتفق مع الاعتماد الغير قابل للنقض كما تتفق مع الاعتماد القابل للنقض حسب نص المادة (9/أ و ب) من القواعد والأعراف الدولية.

4- الخصم.⁽²⁾

وقد نصت على التسوية عن طريق الخصم المادة (9/أ ب) من القواعد والأعراف الدولية السابقة، والتي يستنتج منها أن الخصم هو خصم الحق الناشئ عن الاعتماد، أي حق المستفيد منه في اقتضاء الحق من المنفذ للاعتماد. وخصم الكمبيالة في إطار الاعتماد المستندي يلزم فيه أن تكون الكمبيالة مسحوبة على البنك المصدر نفسه، وأنه يلتزم في إطار الاعتماد يدفع الكمبيالات المسحوبة عليه في حدود رجوع البنك المؤيد عليه بالمبالغ التي دفعها عند خصم الكمبيالات.

كما يجوز سحب الكمبيالة على الأمر طالب الاعتماد وخصمها لدى البنك الفاتح أو البنك المأذون له بالتنفيذ والاعتماد بالخصم ينفذ بعملية خصم حقيقية يقوم بها البنك الفاتح، وتكون الكمبيالة مسحوبة على المشتري ولكن لأجل⁽³⁾.

(1) انظر: سعيد عبد العزيز عثمان، الاعتمادات المستندية، الدار الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2002، 2003، ص 81، 82. حيث أورد ست خطوات من خلالها تتحقق التسوية بالقبول.

(2) Le crédit réalisable par négociation, Moussa Lahlou, **op, cit**, p 84.

(3) قد يكون الاعتماد أيضاً بخصم كمبيالة للاطلاع أي فورية، يسحبها المستفيد وفي هذه الحالة يكون للمستفيد أن يسحب كمبيالة ويرفق بها المستندات ويخصمها لدى بنك هذا الأخير يقوم بتقديمها لبنك الفاتح لوفائها.

وبالخصم يحصل المستفيد على قيمة الاعتماد فوراً نظير تقديمه المستندات والبنك الفاتح يرجع بعدها على المشتري، والأصل أن يحتفظ البنك بالمستندات حتى يدفع المشتري الكمبيالة أو يسلمها له حسب علاقتهما، فإذا تخلف المشتري عن وفاء الكمبيالة عند حلول تاريخ استحقاقها، لم يكن للبنك الخاصم أن يرجع على الساحب (المستفيد من الاعتماد) ولا على بقية الحملة المتعاقبين الحسني النية (الذين تم تظهير الكمبيالة لهم)، وهذا ما يعني أن الخاصم يشتري الكمبيالة شراء جزافاً.⁽¹⁾

وهذا الحل مبني على أساس نظام الاعتماد الذي يضمن للبائع وفاء الثمن، ولكن البائع لا يضمن للبنك وفاء المشتري المسحوب عليه الكمبيالة والحكم المتقدم - حرمان البنك من الرجوع الصرفي على الساحب والحاملين حسني النية - كما ينطبق على البنك الفاتح ينطبق على البنك المؤيد إن كان هو الذي قام خصم الكمبيالة.

ومتى كان البنك الوسيط مكلفاً فقط بتبليغ الاعتماد دون تأييده ولم يؤيده فعلاً، وقام بخصم الورقة، فإنه لا يحرم من الرجوع الصرفي المقرر نتيجة عملية الخصم.

ثانياً: مسؤولية البنك في حالة رفضه تنفيذ الاعتماد بالرغم من مطابقة المستندات لشروط الاعتماد.

وفي هذه الحالة تثار مسؤولية البنك أمام المستفيد، بالإضافة إلى مسؤوليته أمام عميله الأمر.⁽²⁾

1- مسؤولية البنك أمام المستفيد:

متى رفض البنك المستندات المقدمة من المستفيد دون مبرر - أي بالرغم من مطابقتها لشروط الاعتماد - فلا شك من أن ذلك يكون لهذا الأخير أن يقاضي البنك لهذا الرفض على أساس خطاب الاعتماد، فإذا اتضح للمحكمة أن رفض البنك كان خطأ فهي تقضي بمسؤولية البنك وبإلزامه بتعويض ما أصاب المستفيد، لكن ما هو قدر الضرر الذي يجوز الحكم بتعويضه؟ وهل يكون المستفيد ملزماً بالحد من قدر الضرر؟

أ- قدر الضرر الذي يجوز الحكم بتعويضه:

(1) علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص 351.

(2) أشارت إليها جورجيت صبحي عبده قليبي، نفس المرجع، ص 87.

في حالة رفض البنك خطأ تنفيذ الاعتماد المستندي، هل يرفع عليه المستفيد دعوى بالمطالبة بدفع مبلغ نقدي؟ يقول الدكتور علي جمال الدين عوض في هذا الصدد: "إن التزام البنك بتنفيذ الاعتماد ليس بمجرد دفع مبلغ نقدي، إذ لا يعتبر لدينا بمجرد هذا الدين بل يتقيد بالالتزام ناشئ عن عقد تجاري ينظم عملية معقدة لها آثار وأبعاد أكبر من مجرد المديونية النقدية ولا يمكن أن يكون ما يجبر كل الضرر الذي يصيب المستفيد هو مجرد الفوائد.⁽¹⁾"

يرى الفقهاء البريطانيون⁽²⁾ أن الاعتماد المستندي يختلف عن الوفاء فهو ضمان وتأكيد مقدم للبائع بأنه سوف يحصل على حقه بل إنه يتجاوز ذلك، ويترتب على ذلك أن يتحمل البنك تعويض كافة النتائج الضارة المتوقعة والتي كان يمكن توقعها وقت قيامه بفتح الاعتماد.⁽³⁾

ويذهب بعض الفقه إلى القول بأن هذه المسألة كانت ولا تزال محلا للخلاف والسبب في ذلك أن الضرر الذي قد يصيب المستفيد البائع كثيرا ما يتجاوز مبلغ الفائدة عن مبلغ الاعتماد، فهل يشمل ما يتحمله المستفيد البائع بسبب فسخ البيع الذي يضطر إليه المشتري، نتيجة عدم تنفيذ الاعتماد، وما يلاقيه من خسارة بسبب قيامه بشحن وإرسال البضاعة إلى المشتري واضطراره إلى بيعها في بلد بعيد أو استرجاعها وغير ذلك مما يكون نتيجة طبيعة للموقف الذي يخلفه البنك برفضه - دون مبرر - تنفيذ الاعتماد، لذلك يرى هذا البعض من الفقه أن التعويض الذي يحكم به على البنك الفاتح لا يقتصر على الفوائد التأخيرية، بل يشمل كل الضرر طبقا لقواعد المسؤولية العقدية.⁽⁴⁾

ويذهب القضاء الإنجليزي إلى أن التعويض يقدر في هذه الحالة بمقدار الأضرار المتوقعة بشكل معقول عن الإخلال في التنفيذ، مع مراعاة ما أصاب البائع بالفعل من أضرار.

(1) تنص المادة 226 من القانون المدني المصري فيما معناها أنه إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض في التأخر فوائد قدرها 4 % في المسائل المدنية و 5 % في المسائل التجارية وتقابلها المادة 16 من القانون المدني الجزائري التي لم تحدد نسبة التعويض.

(2) علي الأمير إبراهيم إسماعيل، رسالته السابقة، ص

(3) والسبب في ذلك أن العذر الذي البائع كثيرا ما يتجاوز مبلغ الفائدة عن مبلغ الاعتماد فتشمل ما يتحمله المستفيد بسبب عدم تنفيذ الاعتماد وبسبب ما يلاقيه من خسارة.

(4) جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص 336.

ويذهب بعض آخر من الفقه إلى أن المستفيد البائع في هذه الحالة له أن يسترد قيمة الاعتماد مع المطالبة بالفوائد على أساس أن المستندات المقدمة كانت سليمة ومطابقة للاعتماد.

ونرى في هذه الحالة أن العبرة في تحديد قدر الضرر الذي يحكم بتعويضه هو بالضرر الفعلي الذي أصاب البائع المستفيد من جراء عدم تنفيذ الاعتماد من قبل البنك دون مبرر، وأن مسألة تقدير الضرر الفعلي الذي حل بالبائع هي مسألة واقع تخضع لتقدير القضاء.

2. مدى التزام المستفيد بالحد من قدر الضرر:

طبقاً للقواعد العامة فإنه يقع على عاتق الدائن التزام بتخفيض قدر الضرر الذي يصيبه متى كان في إمكانه ذلك ولا يكون له المطالبة إلا عما يجاوز ذلك⁽¹⁾ فهل يصلح هذا المبدأ في الاعتماد المستندي بحيث يكون للبنك المصدر الذي رفض المستندات الادعاء أنه من واجب المستفيد في أن يتخذ كل ما يمكنه لتحديد أو تخفيض قدر الضرر الناشئ عن رفض البنك للمستندات.

هناك اختلاف في هذه المسألة.

الرأي الأول:⁽²⁾ يرى انه مادام هدف الاعتماد المستندي الأساسي هو حماية البائع من كل شك أو قلق حول قبضه ثمن البضاعة محل البيع الذي يفتح الاعتماد لتسويته ويجب أن يتم قبض الثمن دون تأخير، فإذا حرمانا المستفيد من اعتماد مستندي قطعي من الحق في المطالبة بوضعه كما لو كان الاعتماد قد تم فذلك معناه حرمانه من هذه الميزة الأساسية. إذ يؤدي إدخال قاعدة التخفيف من الضرر في ميدان الاعتماد المستندي إلى اضطراب العلاقات وإضعاف للمزايا التي يقصدها البائع.

الرأي الثاني: فيرى من أنه لا مانع من تطبيق هذا المبدأ على الاعتماد المستندي، فالمستفيد أو البنك الوسيط يبقى معلقاً في الهواء⁽³⁾ عندما يرفض البنك الفاتح قبول المستندات

(1) أنظر المادة 177 مدني جزائري، التي تنص على أنه: "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أولاً بحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أوزاد فيه" يقابلها نص المادة 2/231 مدني مصري.

(2) علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص 339.

(3) علي جمال الدين عوض، نفس المرجع، ص 338.

التي تبقى في يده، ويبدو عندئذ من المنطق القول بضرورة قيامه بما في وسعه من إجراءات لتحديد قدر الضرر الذي قد يترتب على هذا الوضع، مثلا، القيام ببيع البضاعة في أي مكان وبأحسن الفروق الممكنة⁽¹⁾، هذا الرأي يفترض أن معظم الاعتمادات المستندية تكون تسوية لبيوع حاصلة على بضائع خام أو شائعة مما يسهل تصريفها، وليست بضائع مصنوعة بمواصفات خاصة.

ثانيا: مسؤولية البنك الفاتح أمام العميل الأمر:

إذا امتنع البنك الفاتح عن الوفاء بقيمة الاعتماد لمخالفة المستندات المقدمة لشروط الاعتماد فلا يلحق بالمشتري، أي ضرر، أما إذا امتنع البنك عن السداد غير المبرر أي كانت المستندات مطابقة لشروط الاعتماد، فإن هذا الامتناع يشكل ضررا للعميل باعتباره أدخل بتنفيذ التزامه قبل البائع المستفيد - المنصوص عليه في عقد البيع ما يخول البائع الحق في مقاضاة المشتري ومطالبته بالتعويض لما لحق به من جراء عدم تنفيذ التزامه الوارد بعقد الأساس وما يمثله ذلك من خسارة له لعدم تمام الصفقة، ومن ثم تثور مسؤولية البنك الفاتح أمام عميله الأمر لامتناعه عن السداد دون مبرر.

الفرع الثاني: رفض الدفع:

أولا : في رفض الدفع بناء على طلب العميل.

(أ) إذا كان الغش موجها للعميل فإنه يمكن للعميل في هذه الحالة التقدم للبنك بطلب لكي لا يقوم بوفاء مبلغ الاعتماد للمستفيد مؤسسا ذلك الطلب على أن المستفيد قد قام بارتكاب الغش وبالطبع يتوجب عليه أن يقدم ما يثبت ادعاءه لكي يقنع البنك بصحة ذلك الادعاء.

وبعد ذلك على البنك أن يتخذ قراره بالوفاء أم بعدم الوفاء والحقيقة أن البنك في هذه الحالة يكون في وضع لا يحسد عليه لأن الطبيعة الغربية للاعتماد المستندي هي المسؤولية عن تحديدات معينة على درجة التزام البنك بالوفاء، وان تقرير الحالات التي يكون البنك المصدر له الحق أو عليه واجب رفض الوفاء عند تقديم مستندات مطابقة ظاهريا لشروط الاعتماد يعتبر من أكثر المسائل تعقيدا في قانون الاعتمادات المستندية⁽²⁾.

⁽¹⁾ هذا القول يفترض كذلك أن يكون رفض المستندات خطأ، لأنه لو كان رفضا صحيحا لطبقت نص المادة 14 من القواعد والأعراف الدولية.

⁽²⁾ Boris Kozolchyk, *Letters of credit* – op.cit. p. 115

وعلى البنك حين اتخاذ قراره بالإيجاب أو بالرفض أن يستند بمبدأ حسن النية وهذا ما نصت عليه المادة 114-5 وكذلك المادة 109-5 من القانون التجاري الموحد الأمريكي.

ومبدأ حسن النية هذا يتحدد طبقا لما يقدم للبنك من قبل العميل إثباتات على ارتكاب الغش فإذا كان هناك غش واضح وقامت عليه أدلة قوية فلا يكون للبنك الخيار بين الوفاء أو عدمه بل يتوجب عليه رفض الوفاء وإلا كان وفاؤه بسوء نية وعندها تقوم مسؤولية البنك طبقا لذلك تجاه العميل .

أما إذا طلب العميل وقف تنفيذ الاعتماد استنادا على احتمال وقوع الغش وأنه بنى طلبه على إثبات ضعيف لا يرقى بما يكفي للتدليل على الغش، عندها يكون للبنك الخيار بين أن يقوم بالوفاء أو أن يرفض ذلك وكلا القرارين يجب أن يسندهما حسن النية فإذا قام بالوفاء وأثبت العميل سوء نية البنك قامت مسؤولية هذا الأخير تجاه العميل، وإذا لم يقم بالوفاء وأثبت المستفيد سوء نية البنك قامت أيضا مسؤولية البنك تجاه المستفيد، والغالب أن يقوم البنك بالوفاء ذلك أنه إذا كان العميل غير قادر على تقديم دليل كاف على وجود الغش فإن البنك يختار أن يقوم بالوفاء لكي لا يقع تحت مسؤولية عدم الوفاء تجاه المستفيد لمجرد ادعاء بدون أدلة كافية هذا من ناحية ثم من ناحية أخرى فإنه ليس من واجب البنك التحري والإستقصاء من أجل إثبات الغش ذلك أنه يتعامل بمستندات فمتى كانت مطابقة من حيث ظاهرها لشروط الاعتماد لزم عليه الدفع، ثم من ناحية أخرى فإنه إذا كان أمام العميل الأمر سبيلا آخر يمكن أن يسلكه للتصدي لغش المستفيد وهو اللجوء للمحكمة واستصدار أمر بمنع الوفاء، فلماذا يتحمل البنك المسؤولية وفي مقدوره أن يصغي لقرار المحكمة ويبني قراره بوقف الدفع وهو في مأمن من تحمل أدنى مسؤولية في مواجهة المستفيد .

والسؤال الذي يطرح نفسه بعد ذلك على من يقع عبئ إثبات الغش من عدمه، هل هو على البنك إذا ما قاضاه العميل أو المستفيد وكان احتجاج أي منهما أن قرار البنك كان مبنيا على سوء النية ؟ أم أنه على من يدعي أن قرار البنك كان بسوء نية ؟.

إذا كان الأصل حسن النية وبالتالي فعلى من يدعي العكس فعليه عبئ الإثبات، هذا وكذلك إذا حملنا البنوك عبئ الإثبات فلا شك وأنها سوف تزيد من كلفة إصدار تحجم إصدار الاعتمادات المستندية أوتحجم تماما عن إصدارها مما يؤثر سلبا على حركة التجارة الدولية.

ثانيا : الرفض التلقائي للدفع.

يمكن للبنك أن يقوم برفض الوفاء ولولم يقدم له طلب من العميل مع حرصه الشديد على توفير الأدلة الكافية التي تثبت قيام المستفيد بممارسة الغش تجاه حتى يبرر موقفه بعدم الدفع في مواجهة المستفيد إذا قام هذا الأخير بمقاضاته .

ويتبين من غالبية الأحكام القضائية المتعلقة بقاعدة الغش، أن للبنك سلطة تقديرية في الامتناع عن القبول أو عن الوفاء، فقد قررت محكمة النقض الفرنسية أنه: "يجوز للبنك أن يرفض الوفاء إذا أثبت له أن البضاعة المرسله غير مطابقة أبدا للأوصاف الموضحة في المستندات"⁽¹⁾ كما يظهر ذلك من حكم القضاء الأمريكي في سابقة Stzejn V. I. Henry الشهيرة أن: "البنك فاتح الاعتماد أن يرفض الوفاء"⁽²⁾

كذلك في سابقة أخرى والتي انتهت المحكمة بشأنها إلى أنه: "إذا كانت الوثائق المقدمة من المستفيد نفسه مزورة، فإنه يكون من حق البنك رفض الدفع إذا اكتشف ذلك قبل أدائه، وله استرجاع ما دفعه من نقود نتيجة الخطأ في الواقع إذا اكتشف التزوير بعد الدفع"⁽³⁾.

كما يستعمل بعض الشراح في كتاباتهم عبارات تفيد أن للبنك سلطة تقديرية في الوفاء أو عدمه عند علمه بالتزوير كالقول: "إلا إذا كان البنك فاتح الاعتماد عالما بالحقيقة، فإنه يمكن له أن يرفض الوفاء"⁽⁴⁾.

غير أننا نعتقد، أنه لا يفهم من المواقف السابقة تمكين البنك من سلطة تقديرية للدفع أو رفض الدفع إذا علم بالغش، وإنما الغرض هو استعمال صيغا مرنة بهدف الحفاظ على نظام الاعتماد المستندي، ليبقى مؤديا لدوره كأداة يطمئن إليها طرفا البيع الدولي، وتعني أيضا منع المشتري من إصدار تعليمات إلى البنك بهدف منعه من وفاء أو قبول المستندات المطابقة، لأنه سيسهل عليه تجاوز قاعدة استقلال الاعتماد المستندي لمجرد إعلانه بأنه قد اكتشف غشا أو تزويرا، فيؤجل إقدام البنك على الوفاء إن لم يكن قادرا على منعه.

(1) انظر: Jean Stoufflet, *op.cit*, p 121.

(2) وقد سبق وأن تعرضنا لهذه السابقة في الفصل الأول.

(3) وقد وردت هذه السابقة عند: محمد حسين إسماعيل، المرجع السابق، ص 112.

(4) Gutteridge and Maurice Megrah, *op. cit*, p 138.

كما أن الأحكام والآراء السابقة تنفي مسؤولية البنك الذي يقوم بالوفاء بقيمة مستندات يعلم بأنها مزورة، لأنه عند ذلك لن يكون قادراً على تحصيل قيمة ما دفعه للبائع من المشتري.⁽¹⁾

وعليه نعتقد أن البنوك ملزمة بعدم الوفاء بما تعهدت به إذا كانت المستندات مزورة، ذلك أنه إذا كانت الأعراف الموحدة تقرر عدم مسؤولية البنك عن شكل أو كفاية أو دقة أوصحة أو زيف المستندات أو أثارها القانونية إلا أنها لا تحمي البنك المقصر في القيام بواجبه وفي بذل العناية اللازمة وبعبارة أخرى، لا توفر الأعراف الموحدة الحماية للبنك الذي يقوم بالوفاء أو بالقبول وهو يعلم بأن هناك غشا أو تزويراً لحق بالمستندات المقدمة إليه.

بل يستطيع البنك الرجوع على عميله المشتري ليطالبه بقيمة ما دفع لأن الأخير، قد فتح اعتماداً معلقاً على شرط أن يتسلم البنك وثائق أصلية أو على الأقل أن يكون البنك قد اعتقد بعد كل ما بذله من جهد بأنها وثائق أصلية، فإذا أوفى قيمة مستندات يعلم بأنها مزورة فإنه يعتبر بذلك مخلاً بالتزامه، في مواجهة المشتري، الذي لن يتلقى نتيجة لخطأ البنك إلا قصاصات ورق عديمة القيمة، لن تمكنه من الحصول على البضاعة (إذا كانت وثيقة الشحن مزورة) ولا على قيمتها (إذا كانت وثيقة التأمين مزورة)⁽²⁾ ولذلك نعتقد أنه على البنك أن يرفض المستندات ولو كانت جميعها صحيحة وأصلية إلا واحدة منها، وذلك لتحقيق هدف المشتري في الحصول على مستندات مطابقة وصحيحة، ولحرمان البائع من الاحتماء بقاعدة استقلال التزام البنك فاتح الاعتماد وإلا كان خطأ البنك جسيماً.⁽³⁾

ويعني ذلك أنه إذا ما تأكد البنك من غش المستفيد قبل تنفيذ الاعتماد، كان على البنك عدم التنفيذ، وحتى يحق للبنك ذلك يتعين أن يكون الغش ثابتاً بدليل قاطع، بحيث يبرز إلى الأعين بذاته ويمكن التأكد منه⁽⁴⁾ ومجرد الشك حتى ولو كان قائماً على قرائن قوية لا يكفي لتبرير الامتناع عن الوفاء وهذا ما أكدته قضية: O'meara Co. (VS) Nat. ParkBank⁽⁵⁾ حيث رفض البنك الوفاء بقيمة الاعتماد لظهور شك معقول لديه بأن نوعية البضاعة ليست مطابقة لعقد الأساس، فقررت المحكمة عدم تأييد موقف البنك قائلة: "إن العقد المبرم بين

(1) Gutteridge and Megrah, **op.cit**, p 139.

(2) Aurora, **Practical business law**, Macdonald and Evans, 1983, p 124.

(3) محمد حسين إسماعيل، رسالته السابقة، ص 114.

(4) حمدان الزغبي، المرجع السابق، ص 150.

(5) Symons, Letters of credit, **op.cit**, p 358.

البائع والمشتري لا يعني البنك، ويتعين على البنك الوفاء بقيمة الاعتماد عند تقديم مستندات صحيحة ظاهريا ومطابقة لخطاب الاعتماد."

ومفاد هذا الحكم أن رفض البنك الوفاء بقيمة الاعتماد ينبغي أن يكون مؤسسا على وجود غش أكيد، وطالما أن شكل المستندات الظاهري لا يثير الشك في صحتها ولم يكن في مقدور البنك كشف العيب الذي اعترأها، فإن عليه الوفاء بقيمة الاعتماد، أما إذا كان ظاهر المستند يدل على غش فيه كوجود كشط أو تحشير أو طمس فيها فإن على البنك الامتناع عن الوفاء بقيمة الاعتماد لأن ظاهر المستند يكشف بذاته أنه غير سليم.⁽¹⁾

ولإثبات الغش لا يكفي مجرد توافر بيانات غير صادقة، بل يجب أن يتأكد البنك من أن البيانات الغير حقيقية الواردة في المستندات هي من فعل البائع المستفيد أو احتياله واصطناعه بقصد تضليل البنك وإخفاء الحقائق عنه، ويثبت ذلك لدى البنك أو على الأقل يعلم البائع أنها مصطنعة، فلا يكثر بذلك.⁽²⁾

وإذا أثبت سلوك الاحتيال أو التقصير من البائع، جاز للبنك الامتناع عن الدفع لأنه يعد إخلالا بمقتضيات القانون والنقطة والأمانة الواجب توافرها في العلاقة بينهما.

ولا يكون للبنك رفض المستندات وعدم التنفيذ، قبل إثبات واقعة الغش من المستفيد، ولا عبرة بإدعاءات العميل أو مجرد الشكوك التي يثيرها المشتري حول حقيقة البضاعة أو حقيقة المستندات، ما لم تتوافر لدى البنك أدلة الإثبات الفعلية، مثال ذلك تقديم المستفيد لمستند من قبل الناقل يفيد أن سند الشحن مزورا، أو اختلاف طبيعة البضاعة المشحونة كلية عما ورد ذكره في السند، وفي كل الحالات يجب أن يكون البنك حذرا في حالة قبوله لأي سند.⁽³⁾

لذلك يفضل ألا يدعي البنك بالتزوير لخطورة موقفه بين الدفع والرفض وعليه توجيه عميله المشتري للدعاء بالتزوير ضد المستفيد، وبذلك يتفادى البنك مخاطر وصعوبات عبء إثباته لواقعة الغش بالتحري عن حقيقة البضاعة أو المستندات⁽⁴⁾، وهي أمور تخرج عن نطاق التزامه بفحص المستندات طبقا لعلاقة الأساس والفرض أنه أجنبي عنها لذا فالأفضل أن

(1) علي جمال الدين عوض، دور البنك في فحص المستندات في الاعتماد المستندي، المرجع السابق، ص 140.

(2) وهذا ما تطرقنا له سابقا في دراستنا للشروط الواجب توافرها في الغش المانع من تنفيذ الاعتماد المستندي.

(3) جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص 310.

(4) عادل إبراهيم السيد مصطفى، رسالته السابقة، ص 286.

يمارسها العميل المشتري بادعاء غش المستفيد استنادا إلى عقد البيع بينهما وتقاديا للإساءة لسمعة البنك إذا ادعى وفشل في إثبات إدعائه بالغش، حتى ولو وعده العميل بالتعويض عن مصاريف الخصومة.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن امتناع البنك عن دفع قيمة الاعتماد المستندي هو امتناع إرادي لا يحتاج إلى حكم قضائي وهذا ما تجسده التطبيقات القضائية التي ناقشت حق البنك في الرفض وسنتعرض لبعض منها:

تطبيقات قضائية حول حق البنك في رفض الدفع

أ. قضية: Roman ceramics Corp. V. people National Bank⁽¹⁾

وسنبرر من خلال هذه القضية جانب حق البنك في رفض التنفيذ استنادا إلى وجود الغش وبدون الحاجة إلى حكم قضائي.

وتتمثل وقائع هذه القضية أن اعتمادا مستنديا يضمن الوفاء بقيمة فواتير شراء بضاعة بشرط أن يتم شحنها قبل 1 سبتمبر 1979.

وقد ثبت من الوقائع أن البضاعة لم يتم شحنها في التاريخ المتفق عليه بالرغم من تقديم مستند شحن يدل على شحن البضاعة، ونتيجة لتزوير سند الشحن وعلم البنك بهذا التزوير، رفض هذا الأخير الوفاء بقيمة الاعتماد المستندي.

وقد كان موقف المحكمة أن أقرت موقف البنك الراض وفي هذا الصدد ذكرت المحكمة أنه في جميع الحالات التي يكون الوفاء بقيمة الكمبيالة يمكن وقفه على أساس الغش الصادر من المستفيد، فالبنك يستطيع وبناء على مبادرة منه أن يرفض الدفع.

ب. قضية: American National bank and trust company V. Hamilton

(2) Industries International

وقد أقرت المحكمة في هذه القضية موقف البنك في رفض الوفاء بقيمه الاعتماد المستندي لمصلحة بنك فرنسي على أساس عدم تطابق المستندات وقيام الغش.

(1) وقد وردت هذه القضية عند: حاتم محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 336.

(2) وقد وردت أيضا عند: حاتم محمد عبد الرحمن، نفس المرجع، ص 337.

ويستخلص مما سبق أنه متى تأكد البنك من غش المستفيد قبل تنفيذ الاعتماد المستندي، كان عليه عدم التنفيذ، لأن قبوله التنفيذ في هذه الحالة لا يضر بمصلحة العميل الأمر لو حده بل يضر بمصلحة البنك شخصياً وتقوم مسؤوليته عن هذا الدفع المبني على الغش، إذ يتمثل الضرر الواقع عليه بسبب الغش من ناحيتين:⁽¹⁾

الأولى: إذا مس الغش حقيقة وجود البضاعة ذاتها أو كميتها أو قيمتها أو حالتها، فيتأثر حق البنك في رهن البضاعة، لأنه لا يكون بإمكانه أن يسترد من العميل كل أو بعض ما دفعه للمستفيد.

أما الضرر الثاني: فيتمثل في زيادة عبء فحص المستندات ومضاعفة مخاطرها، حتى في الحالات التي لا يتمكن فيها المستفيد من خداع البنك بإخفائه عيوب المستندات، لأن مقدار العناية المطلوبة من البنك الوارد بالمادة (13) مقدر لصالح العميل الأمر وليس لصالح المستفيد الذي يجب عليه تقديم مستندات سليمة لا عيب فيها، فضلاً عن الثقة المطلوبة في عمليات تنفيذ الاعتماد - التي لولاها لاحتاط البنك أكثر - مما يؤدي إلى زيادة تكلفة فتح الاعتماد.

المطلب الثاني: حق البنك في الرجوع على المستفيد بالاسترداد.

ولذات الاعتبار السابقة والتي على أساسها نجيز للبنك استثناء مخالفة مبدأ الاستقلال في حالة غش البائع، نجيز له ثانية وعلى سبيل الاستثناء أيضاً، الحق في الرجوع على المستفيد، لاسترداد ما دفعه له في الحالة التي يثبت فيها أن المستفيد قد قدم مستندات غير مطابقة لخطاب الاعتماد عمداً.

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في 6 مايو 1969⁽²⁾ بتقرير تقديم مستندات مخالفة لخطاب الاعتماد، وانتهت المحكمة إلى رفض أسانيد المستفيد من أن البنك قد دفع له دون إبداء أي تحفظ، مما يعد تنازلاً عن حقه في الرجوع عليه.

كما قضت بذلك محكمة ستراسبورغ في 4 ديسمبر 1963⁽¹⁾ وأجازت للبنك حق استرداد ما سبق أن دفعه للمستفيد الذي أرسل إليه مستندات غير مطابقة لنوع وكمية البضاعة عن قصد.

(1) انظر في هذا الشأن: جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص 309.

(2) Stoufflet, *op.cit*, p 1023.

هذا وإذا كان للبنك الرجوع على المستفيد في الحالة التي يثبت فيها غشه كما بينا سلفاً، فهل يعد هذا الرجوع استثناء من مبدأ الاستقلال أو تطبيقاً طبيعياً له؟ وللرد على هذه السؤال انقسم الفقهاء القضاة إلى اتجاهين رئيسيين:

(1) محكمة ستراسبورغ، 4 ديسمبر 1923، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1964، ص 806، وورد عند: نجوى أبو الخير، رسالتها السابقة، ص 329.

الاتجاه الأول: يذهب بعض الفقه والقضاء إلى أن: البنك ملتزم بفحص المستندات بأكثر عناية ممكنة، فإذا قبلها دون تحفظ افترض أن المستندات صحيحة، وأنه متنازل ضمناً عن كل رجوع على المستفيد⁽¹⁾ كما يمتد نفس الحكم لعلاقة البائع بالمشتري، أي العميل الأمر بالمستفيد وهو ما اتجهت إليه محكمة روان في 3 مارس 1949 إذ حكمت برفض طلب المشتري الخاص باسترداد ثمن البضاعة من البائع، على أساس عدم صحة المستندات مستندة في ذلك إلى أن البنك قدم إلى عميله المستندات فقبلها دون تحفظ، بالرغم من عدم صحتها الظاهرة، لذلك يعد تسليم العميل لهذه المستندات دون تحفظ من جانبه، قبولاً ضمناً منه واعترافاً بصحة هذه المستندات، فلا يجوز له بعد ذلك أن يرجع على البائع مطالباً باسترداد ثمن البضاعة لسبب خاص بالمستندات.⁽²⁾

الاتجاه الثاني: وهناك اتجاه آخر يجيز للبنك الرجوع في التنفيذ الذي أداه على أساس أن وفاء البنك بالقيمة يصبح بلا سبب، لأن سببه هو تقديم المستندات الكاملة، فإذا اتضح أنها غير كاملة لم يكن للوفاء سبب قانوني⁽³⁾ وهذا الرأي يعد أكثر مرونة من سابقه مستنداً في ذلك على ما أخذت به محكمة أكس الفرنسية في الحكم لها بتاريخ 08 فيفري 1951⁽⁴⁾ حيث قضت بأن للبنك الحق في الرجوع على المستفيد الذي قدم للبنك مستندات غير صحيحة لأنه بدفعه للمستفيد مبلغ الاعتماد، فقد حل محل العميل في حقوقه ضد المستفيد، ولذلك كان له أن يرجع بما للعميل ضد المستفيد (الحلول محل المشتري).

وقد أخذت بهذا الرأي محكمة استئناف بروكسل في 18 جويلية 1930 في دعوى قبل فيها البنك فاتورة تجارية متضمنة بيان Glucose Sirop cristal بدلاً من بيان Glucose Blanc Cristal دون تحفظ قبل المستفيد، وبررت المحكمة حكمها هذا، بأن الوفاء الذي قام به البنك للمستفيد وفاء بغير مستحق، مما يستوجب رده من المستفيد، لأنه تم على أساس خاطئ⁽⁵⁾ كما قضت محكمة استئناف الجزائر، بحق البنك في استرداد ما سبق أن دفعه

(1) ومن أنصار هذا الرأي: علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، بند 299، ص 283 وما بعدها.

اليماني، رسالته السابقة، ص 334 .

(2) جمال الدين عوض، عمليات البنوك، مرجعه السابق، ص 529.

(3) من أنصار هذا الاتجاه: علي البارودي، العقود وعمليات البنوك، المرجع السابق، ص 385.

(4) استئناف أكس 8 فيفري 1951 المجلة الفصلية للقانون التجاري 1951، القسم 2، ص 332، وورد عند نجوى أبوالخير، رسالتها السابقة، ص 331.

(5) استئناف بروكسل 18 جويلية 1930 سري 1931 القسم 4، ص 1، وورد عند د/ نجوى أبوالخير، رسالتها السابقة، ص 331.

للمستفيد. وقد أيدت محكمة النقض بتاريخ 19 فيفري 1958 حكم محكمة الجزائر بحق البنك في استرداد مبلغ الاعتماد من المستفيد، لأنه قد قدم مستندات غير صحيحة.⁽¹⁾

وأمام هذين الاتجاهين السابقين، فإننا نرجح الاتجاه الأول الذي لا يجيز الرجوع في الوفاء بالاعتماد المستندي في علاقة البنك بالمستفيد أو في علاقة العميل بالمستفيد. بمعنى أنه لا يجوز للعميل بعد تسلمه للمستندات من البنك أن يرجع على المستفيد يطالبه برد ثمن البضاعة لسبب خاص بالمستندات، كما لا يجوز وضع المستفيد تحت رحمة البنك، بالرجوع عليه في أي وقت بدعوى الاسترداد.

ولا خوف على البنك فهو يملك حق الرهن على المستندات لان هذا الحق يكون بمثابة ضمان في مثل هذه الظروف.

فضلا عن ذلك فإننا لو سمحنا للبنك في الرجوع على المستفيد لمجرد عدم صحة المستندات التي تم الوفاء بها دون تحفظ، لانعدمت إذن أهمية التسوية المشروطة بقبول العميل للمستندات⁽²⁾ كما أن الأخذ بهذا الرأي يتنافى مع نهائية التزام البنك من ناحية، كما يتنافى مع طبيعة الاستقلال التي يتميز بها هذا الالتزام من ناحية أخرى.

وأخيرا لأنه يؤدي إلى إعفاء البنوك كلية من مسؤولياتها في فحص المستندات، ويلغي بذلك أهم التزامات البنك في الاعتماد المستندي وهو التزام واجب الفحص قبل الدفع للمستفيد وليس بعده.

إلا أننا لا نأخذ بالاتجاه الأول على إطلاقه، بل نجيز للبنك الرجوع على المستفيد، أي باسترداد ما دفعه له في حالتين الأولى قضاء وهي على سبيل الاستثناء من مبدأ الاستقلال، وتتمثل في الحالة التي يثبت فيها غش البائع والثانية رضاء وهي تعد تطبيقا لمبدأ استقلال التزام البنك عن عقد البيع، وهي حالة التسوية المشروطة (الدفع تحت التحفظ).

وسنعالج فيما يلي حالتنا جواز رجوع البنك على المستفيد.

الفرع الأول: التسوية المشروطة.

كما سبق وأن بينا أن الأصل العام أن يلتزم البنك في الاعتماد المستندي بفحص المستندات بدقة متناهية، وفقا للمادة السابعة من القواعد والأعراف الدولية التي تمثل الضمان

¹Commercial Annexes, 1958, p 796. 1958CASS.COM . 19 fevriér

⁽²⁾وقد أبد هذا الرأي: .Stoufflet, op.cit, p 450.

الوحيد للعميل الأمر ضد إهمال أو سوء نية المستفيد، بيد أنه ظهرت مشكلة جديدة مرجعها أن العميل الأمر قد يقدم إلى بنكه تعليمات غير مطابقة تماما لما اتفق عليه مع بائعه في عقد البيع، أو أن المستفيد لم ينفذ من جانبه كل ما هو مطلوب في خطاب الاعتماد المرسل إليه من البنك، ومن هنا يظهر التعارض وعدم تطابق المستندات أمام البنك، مما يجعله في الغالب يتحفظ بقبول العميل الأمر للمستندات.⁽¹⁾

بمعنى أنه قد يقبل البنك المستندات المخالفة ويرضى بتنفيذ الاعتماد ولكن مع التحفظ، أي قبول تسوية مشروطة معلقة على شرط فاسخ هورفض العميل الأمر لها مع حقه في رد المستندات إلى المستفيد واسترداد قيمة الاعتماد نقدا أو بإجراء قيد عكسي بدفاتره إذا كانت التسوية قد تمت بطريق القيد في حساب المستفيد.⁽²⁾ وبعبارة أخرى فإنه غالبا ما ترغب البنوك في الوصول إلى تسوية سريعة لعملية الاعتماد، فتقبل بناء على طلب المستفيد أن تفي له تحفظ قبول العميل للمستندات.

أوشط تقديمه خطاب ضمان يتضمن تعهد بأن يرد إلى البنك ما أخذه منه في حالة رفض المشتري أو البنك مصدر الاعتماد.⁽³⁾

وقد أكدت محكمة استئناف باريس بحكمها في 19 جانفي 1952⁽⁴⁾ حق البنك في التسوية المشروطة، حتى ولو كانت المستندات المقدمة إليه من المستفيد غير مطابقة لخطاب الاعتماد، وبهذا أيدت حكم المحكمة في الدعوى التي قدم فيها المستفيد سند شحن متضمنا ميناء الشحن "مرسيليا" مخالفا في ذلك ما هو محدد في عقد فتح الاعتماد، وهو ميناء "تاهيتي" بحيث قضت المحكمة لصالح البنك وحقه في الرجوع على المستفيد بما سبق أن دفعه له إذا رفض العميل الأمر المستندات لعدم مطابقتها لشروط الاعتماد. ومن هذا الحكم تظهر أهمية التسوية المشروطة سواء من الناحية العملية أو القانونية، في أنها تمكن البنك من حق الرجوع على المستفيد لاسترداد ما سبق أن دفعه له إذا رفض العميل تسلم المستندات، وذلك على أساس أن التسوية معلقة على شرط فاسخ هورفض العميل تسلم المستندات.

⁽¹⁾ Michel Phijak : **Crédit documentaire**, les règlements conditionnels, banque 1958, p 17.

⁽²⁾ Phijak, **Idem**.

⁽³⁾ نجوى أبو الخير، رسالتها السابقة، ص 333.

⁽⁴⁾ استئناف باريس 19 جانفي 1952 المجلة الفصلية للقانون التجاري 1952، ص 211، وارد عند: نجوى أبو الخير، المرجع السابق، ص

وتلجأ عمليا البنوك للتسوية المشروطة متى كان المستفيد عميلا معروفا بقدرته المالية كما لو كان شركة قوية وتحوز ثقة تجارية ومعروفة لدى البنك، أما إذا لم يتحقق البنك من قوة المركز المالي للمستفيد أو كان المبلغ المكلف بدفعه للمستفيد ضخما، فيشترط البنك على المستفيد تقديم ضمان مصرفي من بنك آخر من أجل رد المبلغ المدفوعة فيما لو تم رفض المستندات من العميل الأمر⁽¹⁾، ويعتبر التزام البنك الضامن مستقلا عن علاقته مع المستفيد، إذ أن هذا الاستقلال يمنع البنك الضامن من مناقشة سلوك البنك الفاتح وصحة رفضه للمستندات.

ويثور التساؤل حول مدى إلزامية هذا العرض للبنك أي: هل يلزم البنك بقبول التسوية مع التحفظ أو الضمان؟

إن الآراء اختلفت بهذا الشأن فمنهم من يرى⁽²⁾، إلزام البنك بذلك، لأن التسوية عادة تجارية في سندات الشحن التي تحرر من عدة نسخ للعميل التجاري، خاصة ما إذا كانت المخالفة بسيطة إذ يتحمل قبولها بأمر من العميل المشتري، واستثنى هذا الرأي حالة واحدة يجب فيها رفض المستندات المخالفة ورفض التسوية المصحوبة بضمان هي إذا ما كانت المخالفة من الحد الذي قد يؤثر في القيمة التجارية للبضاعة، لذلك يجب على البنك أن يدقق في بيان الأسباب التي يغطيها الضمان وإلا تحمل المسؤولية وحده - عند رفض العميل للمستندات - على بضاعة تالفة أو انخفض سعرها أما الاتجاه الآخر فيرى خلاف ذلك.⁽³⁾ فيرفض قبول البنك للمستندات المخالفة للاعتماد حتى لو كانت مصحوبة بضمان مصرفي لأنه في إلزام البنك بالقبول تجاهلا لاستقلال عقد الأساس عن عقد الاعتماد لأنه يقم في تنفيذ الأخير اعتبارات متعلقة بظروف تنفيذ عقد البيع كما يصعب تقدير مدى خطورة أو أهمية المخالفة، فهي قد تكون طفيفة ولكنها تتطوي على إخلال كبير بتنفيذ عقد البيع (الأساس) لا يقدره سوى المشتري.

(1) علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص 326 - 327.

(2) نجوى أبو الخير، المرجع السابق، ص 333.

(3) السيد محمد اليماني، المرجع السابق، ص 341.

لكن المحاكم الأمريكية⁽¹⁾ تقرر أن البنك ليس له أن يرفض الضمان المعروض عليه إذا كان صادرا من بنك حسن السمعة.

كما أن الفقهاء الإنجليز⁽²⁾ يعتبرون الدفع مقابل مستندات سليمة مع تقديم ضمان هو عمل مقبول وأمر شائع بين البنوك، لكن عليها أن تتحرى الدقة في بيان السبب المخالف الذي يغطيه الضمان.

ونرى أنه لا إيجاب على البنك في قبول عرض المستفيد للتنفيذ بالتسوية المشروطة، إذ يبقى البنك مخيرا لأنه هومن سيتحمل مسؤولية إخلاله بتعليمات عميله حينما يقبل بمستندات مخالفة من المستفيد.

والتحفظ يمكن أن يكون داخليا فلا يصل إلى علم البنك مصدر الاعتماد من خلال البنك مرسل المستندات ويكون ذلك عند تقديم مستندات تحوي بعض المخالفات البسيطة والتي لا تتضمن أسبابا كافية لرفضها ويكون في صالح المستفيد، لأن البنك مصدر الاعتماد والعمل الأمر يفترض قبولهما فيما لو علما بوجود تحفظ يتعلق بمخالفات يسيرة في المستندات، لذلك فإن البنك المرسل يتصرف قبل البنك مصدر الاعتماد كما لو كان الاعتماد يسير بشكل عادي.⁽³⁾

أما التحفظ الخارجي فيتم بتبليغه إلى البنك مصدر الاعتماد عن طريق البنك مرسل المستندات ويكون ذلك عندما تكون المخالفات واضحة إلى أن البنك المرسل يعتقد بأن ذلك لا يشكل سببا كافيا لرفضها.⁽⁴⁾

فإذا لم يقم البنك مصدر الاعتماد بإخطار البنك المرسل خلال مدة معقولة لا تتجاوز خمسة أيام عمل مصرفي تالية لاستلام المستندات فإنه يعتبر قابلا ضمنا للمستندات المخالفة.

(1) راجع، نجوى أبو الخير، المرجع السابق، ص 328 حيث تشير إلى قضية: Dixon, IrandsSciaited, VchaseNtional

Bank of the city of New York

(2) عادل إبراهيم السيد مصطفى، المرجع السابق، ص 305.

(3) حسين شحادة الحسين، المرجع السابق، ص 364.

(4) انظر: السيد اليماني، المرجع السابق، ص 342.

وسواء أكان التحفظ داخليا أم خارجيا فإنه يجب أن يكون باتفاق الأطراف ومدون كتابة وبعبارة واضحة وشكل دقيق وكافي.⁽¹⁾ ويحتاج لنوايا حسنة بين الطرف مقدم المستندات والبنك لكونه يقدم حلا لحالة تقديم مستندات مخالفة.

وقد يقرض البنك للمستفيد قيمة الاعتماد ويعتبر هذا الإجراء علاجا للمستندات المخالفة عندما يرغب البنك في مساعدة عميله بالحصول على النقود وفي نفس الوقت يتمكن من استرداد ما دفعه إلى العميل وبدون أية مشاكل، إذ لم يتمكن من استعادة المبلغ من المشتري ولا يشترط للقيام بهذا الإجراء أن يكون البنك طرفا في الاعتماد المستندي إذ يمكن لأي بنك القيام بذلك ولولم يكن معنيا بالاعتماد. ويقوم البنك به أيضا إذا كان معنيا بتنفيذ الاعتماد المستندي إلا أن هذه الصفة سقطت عنه نظرا لأن المستفيد لم يوفق في تقديم مستندات مطابقة⁽²⁾.

وقد ذهب محكمة النقض الفرنسية إلى أنه متى اكتشف البنك المنفذ لاعتماد قطعي عدم مطابقة المستندات المقدمة إليه لما هو مطلوب في خطاب الاعتماد الصادر من البنك فاتح الاعتماد وقبل في نظير تلقيه هذه المستندات أن يقيد في الجانب الدائن لحساب المستفيد الثمن مخصوما منه سعر الخصم والعمولة، مع التحفظ بشرط أن يسترد من البنك الفاتح أو من الأمر قيمة ما دفعه، فإن له أن يجري قيادا عكسيا بقيمة ما عجله مادام الشرط الذي اشترطه لم يتحقق.

واعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن العملية قرضا مضمونا بحق تحت التحصيل.⁽³⁾ وقد ذهب إلى هذا التفسير بعض الفقهاء.⁽⁴⁾

إذ يرى الدكتور علي جمال الدين عوض أن العملية بهذه الصورة هي إقراض بضمان المستندات وليست عملية خصم، نظرا لاختلاف الآثار التي تترتب على اختلاف التكليف، فالخصم يفترض انتقال حق طالب الخصم إلى البنك الخاص وهو أمر غير متحقق في هذه الصورة، فحق المستفيد بالاعتماد ضد البنك الفاتح لا ينتقل إلى البنك الوسيط الذي قام بهذا

(1) يرى البعض أن الدفع تحت التحفظ يمكن أن يكون بنفس أسلوب خطاب الضمان، إلا أنه ليس من الضروري أن يأخذ صفة رسمية، بل يمكن أن يتم شفاهة، فيمثل درجة عالية من الثقة بين المصدر والبنك.

(2) علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص 332.

(3) نقض تجاري 23 فيفري 1976 أشار إليه حسين شحادة الحسين في مرجعه السابق، ص 373.

(4) علي جمال الدين عوض في مرجعه الاعتمادات المستندية، ص 332. ونجوى أبو الخير، المرجع السابق، ص 345.

الإجراء، وبالتالي فإن العملية كما رأَت محكمة النقض الفرنسية قرصا لا يختلف عن حالة قيام البنك بتعجيل القرض للعميل الذي يقدم شيكا أو كمبيالة من أجل التحصيل.⁽¹⁾

الفرع الثاني: رجوع البنك على المستفيد بسبب الغش كاستثناء من مبدأ استقلال التزام البنك.

كما سبق الإشارة إليه فإن الفقه والقضاء يتفقان بصدد التزام البنك بفحص المستندات أن دوره قاصر على مجرد التأكد من التطابق الظاهري مع شروط الاعتماد ولا يضمن صحة هذه المستندات ولا يتحرى عنها، كما أن البنك لا يتحمل أية مسؤولية عن قبول المستندات المخالفة للاعتماد متى كان ظاهرها يتطابق مع شروط الاعتماد دون النظر إلى حقيقة البضاعة، لأن البنوك لا تتبع بضائع وإنما تقدم ضمانات.

وقد سبق التعرض أيضا للغش الصادر من المستفيد في تنفيذه لالتزامه بتقديم المستندات بوصفه سببا يعطل تنفيذ الاعتماد، ومطالبته بحقه قبل البنك مما يجيز لهذا الأخير الامتناع عن قبول المستندات وعدم تنفيذه لالتزامه حتى ولو كانت هذه المستندات سليمة شكلا ومطابقة للاعتماد، مادامت في الحقيقة تنطوي على غش (مزورة، مصطنعة) من صنع المستفيد، بهدف تضليل البنك وإيهامه بأنها صحيحة أو كان يعلم بهذا الغش. وتؤكد المحاكم ذلك، حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 4 مارس 1954⁽²⁾ بأن مبدأ استقلال التزام البنك في الخطاب لا يمتد لحماية مستفيد معدوم الضمير استنادا إلى أن الغش يجب ألا يرتب حقا أو يحمي ادعاء (هذا عن الغش إذا اكتشف قبل تنفيذ الاعتماد).

أما إذا اكتشف الغش بعد تنفيذ البنك لالتزامه بالدفع وتسوية الاعتماد بصفة نهائية، وتبين أن المستندات التي قبلها كانت صحيحة حسب ظاهرها تنطوي على غش بفعل المستفيد، فهل يحق للبنك الرجوع على المستفيد بالاسترداد لما دفعه؟ نشير في البداية إلى أن البنك لا حاجة له في الرجوع على المستفيد لأن له حق تعويض ضد عميله عما دفعه للمستفيد، لأن البنك لا يضمن صحة المستندات التي يقبلها، وإنما العميل الأمر هو الذي يتحمل مخاطر تزويرها، لأنه هو الذي أخفق في اختيار البائع المستفيد الذي يتعامل معه وهذا في حالة ما إذا كان

(1) د. علي جمال الدين عوض، نفس المرجع ص 333، إذ يرى عن عملية الإقراض أنه إذا كان البنك مكلفا بتنفيذ الاعتماد لا يمكنه الرجوع على المستفيد إلا في حالة ثبوت غشه.

(2) تعليق ليسكو على نقض فرنسي 4 مارس 1954، سيرى 1954، ص 124. وارد عند د/ عادل إبراهيم السيد مصطفى، المرجع السابق، ص 299.

التزوير متقنا، بحيث لم يتمكن البنك من اكتشافه بالفحص الحريص قبل تنفيذ الاعتماد، وطالما أنه بذل العناية المعقولة قبل قيامه بالدفع، حسب المستوى الدولي للممارسة المصرفية.

لكن إذا لم يتمكن البنك من الحصول على حقه في التعويض من العميل لإفلاسه أو اختار البنك لاعتبارات خاصة الرجوع على المستفيد، الذي لا يمكنه الدفع في مواجهة البنك بضرورة مطالبة العميل المشتري بما دفعه، لأنه لا يجب مساندة البائع المخادع في دفعه، كما لا يساند في ادعائه بأن البنك يتحمل خطأ تقصيره في القيام بعملية الفحص بعناية ولم يتمكن من اكتشاف العيوب التي وردت بالمستندات⁽¹⁾ لأن هذه العيوب من غش مارسه بفعله ولا يجوز له أن يستفيد من غش من صنعه هو، ويكون للبنك أن يطالبه باسترداد ما دفعه إليه مقابل إعادة المستندات إليه وإما بتعويض عن الضرر الذي لحقه.

ولقد سبق لمحكمة النقض الفرنسية تقرير هذا المعنى في حكمها سنة 1969⁽²⁾ إذ قالت: "شهادات رقابة لا تحمل توقيعات الأشخاص المسؤولين مباشرة عن هذه الرقابة، وفواتير بها بيانات عن بضائع وكميات ليست هي التي شحنت إلى المشتريين الأمرين بفتح الاعتماد، فإن هذا المستفيد يرتكب عملا من أعمال الغش، ولهذا لا يكون له التمسك على البنك بأن الأخير قد ارتكب بدوره خطأ ولكونه لم يحقق صدق التوقيعات التي على المستندات المقدمة إليه، وأنه إذا دفع إليه قيمة الاعتمادات يكون قد فقد حقه في الرجوع عليه، ذلك أنه طبقا لقاعدة أن الغش يفسد كل شيء، فإن المستفيد يلزم بتعويض الضرر الذي سببه للبنك بأن قدم إليه مستندات عديمة القيمة، وذلك عن علم بتزويرها وبقصد إيهام البنك بطريق الغش أنها سليمة".

ونخلص من هذا الحكم أنه يجوز للبنك الرجوع على المستفيد بعد تسوية الاعتماد إذا كان مقابل مستندات غير سليمة بغش مارسه بفعله هو وعن علم به ورجوع البنك على المستفيد للمطالبة باسترداد ما دفعه إليه في هذه التسوية، ويرد إليه مستنداته، فضلا عن تعويضه عن أية أضرار نتجت عن هاته التسوية، لاسيما إذا كان الغش يتعلق بوجود البضاعة أو كميتها أو نوعيتها أو قيمتها قطعاً ستؤثر في محل الرهن الحيازي الذي تخوله هذه المستندات للبنك الذي إذا تعذر عليه استيفاء حقه من العميل الأمر لأي سبب فيكون له التنفيذ

(1) عادل إبراهيم السيد مصطفى، المرجع نفسه، ص 300.

(2) تعليق: Stoufflet, **Droit commercial**, 1976, p 387.

على البضاعة على أساس المستندات التي بحوزته فيفاجأ بأن ضمانه الذي يركز عليه غير موجود أصلاً أو أقل قيمة مما هو مبين بالمستندات.

هذا وقد توصل الفقه الإنجليزي إلى اعتبار الخطأ الجسيم الذي يقع في إعداد المستندات في نفس مستوى الغش، وترتيب ذات الآثار السابقة جميعها في هذه الحالة، أي يجوز الاسترداد في حالة غش البائع أو خطئه الجسيم المتعلق بتزوير المستندات⁽¹⁾

ويضيف الشراح الإنجليزي⁽²⁾ أنه قد ينصب التزوير على كل أو بعض المستندات المقدمة تحت الاعتماد، وبالتالي لحل ما يثور من تساؤلات ينظر إلى كل حالة حسب الظروف المصاحبة لعملية تقديم المستندات.

إلا أنه إذا وصل إلى علم البنك أن التزوير أو عدم صحة المستندات كان بسبب المستفيد، فلبنك أن يرفض الدفع، أما إذا دفع دون علمه بالتزوير فيكون له الرجوع على المستفيد لكونه قد دفع تحت خطأ في الواقع.

ويثور التساؤل في حالة إذا لم يكن الدفع قد تم للمستفيد وإنما إلى حامل حسن النية، واتضح للبنك بعد ذلك أن المستندات مزورة أي ثبت لديه غش البائع المستفيد؟

في هذه الحالة متى دفع البنك إلى حامل الكميالة نظير مستندات غير سليمة بسبب اصطناع أو تزوير لم يتم كشفه، وكان الحامل حسن النية⁽³⁾ فليس للبنك الرجوع عليه بسبب ذلك، لأن حامل الكميالة لا يضمن صدق أي مستند مصاحب للكميالة، بخلاف الحال لو كان الدفع قد تم للمستفيد نفسه فإن البنك إذا دفع له غير عالم بتزوير المستندات، كان له أن يرجع في هذه التسوية على أساس الخطأ الذي كان هو ضحيته⁽⁴⁾.

أما إذا كان التزوير خاص بالكميالة المستندية المصاحبة للمستندات، كما لو كانت مذيلة بتوقيع مزور وتعلق التزوير بمادة الكميالة كلها أو جزء منها وعلم البنك المسحوب عليه بذلك، فيحق له رفض الدفع حتى ولو كان حائز الكميالة الذي تلقاها حسن النية، حصل عليها من المستفيد، أو من حامل لاحق لا يعلم بواقعه التزوير، أما إذا انخدع البنك ودفع قيمة الكميالة ولم يكن عالماً بالتزوير فإن دفعه غير صحيح، ولا يستطيع مطالبة عميله باسترداد

⁽¹⁾ Sarna, **Bank's documentary credits**, Toronto, 1986, p 88.

⁽²⁾ نجوى أبو الخير، المرجع السابق، ص 261.

⁽³⁾ وقد أسلفنا التطرق للحامل حسن النية في الفصل الثاني.

⁽⁴⁾ علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية المرجع السابق، بند 328، ص 386.

ما دفعه مقابل الكمبيالة المزورة ويعد ذلك تنفيذا غير صحيح للاعتماد، كما لا يمكنه استرداد ما دفعه ممن قدم له الكمبيالة إذا كان الأخير حسن النية.

وعندما يحدث التزوير في الاعتماد بطريق الغش وانخدع حامل الكمبيالة حسن النية ولم يعلم بشروط الاعتماد الأصلية واشترى الكمبيالة، فإن للبنك رفض الوفاء بها، مع أنها كمبيالة صحيحة إلا أنها مصاحبة لمستندات غير مطابقة للاعتماد بوصفه الأصلي، فإذا دفع البنك خطأ فلا يلزم العميل الأمر بقبول المستندات المزورة ولا يلزمه برد قيمة الكمبيالة.

المبحث الثاني:

حق العميل الأمر في معارضة تنفيذ الاعتماد المستندي.

ليس للعميل الأمر المعارضة في تنفيذ الاعتماد المستندي نتيجة وجود غش من قبل المستفيد، إلا بعد الحصول على أمر قضائي مقتضاه منع البنك من الوفاء، أما إذا لم يستجب البنك لأمر منع الدفع أو إذا فشل العميل في استصدار أمر قضائي إلى البنك يمنعه من الوفاء للبايع، فإن المشتري يسعى عادة إلى توقيع الحجز تحت يد البنك على قيمة المستندات.

فهل من الممكن للمشتري توقيع الحجز تحت يد البنك وما مدى تأثير ذلك على استقلال تنفيذ الاعتماد المستندي؟

وسنتطرق لذلك في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الوسائل القضائية لمنع الوفاء بقيمة الاعتمادات المستندية.

الوسائل القضائية لمنع صرف الاعتمادات المستندية تدخل في باب التدابير المؤقتة وتهدف هذه التدابير إلى تمكين المدعي في دعوى مدنية من أن يحمي نفسه ضد خطر تهريب المدعى عليه للأموال أثناء نظر الدعوى الأصلية ولذلك فهي ذات طابع مؤقت وغرضها حماية المدعي من أي خطر يتعدر تداركه ولكنها لا تعتبر في حد ذاتها دعوى وإنما هي مجرد إجراءات تبعية في الدعوى الأصلية⁽¹⁾ وتشمل هذه التدابير الأمر القضائي والحجز التحفظي .

الفرع الأول: استصدار أمر قضائي بمنع البنك من الوفاء.

أولاً : أنواع أوامر المنع القضائية .

1- أمر المنع الإبلاغي⁽²⁾ : "Notice Injection"

يصدر هذا الأمر من قبل المحكمة كأمر وقائي وذلك عند ادعاء العميل الأمر أن المستفيد قد ارتكب غشاً ولم يتقدم بعد بطلب للحصول على مبلغ الاعتماد.

يصدر هذا الأمر ضد :

⁽¹⁾ أنظر، حاتم محمد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 340، 341 .

⁽²⁾ John Dolan , The law of L.C ,p 7-47

1- المستفيد، وحينها يلتزم المستفيد بإبلاغ العميل مسبقاً بنيتة في التقدم بطلب الحصول على قيمة الاعتماد .

2- كما يمكن أن يصدر هذا الأمر القضائي ضد البنك، فيلتزم البنك بإبلاغ العميل مباشرة بعد تلقيه طلب المستفيد للحصول على مبلغ الاعتماد، ويمهل البنك العميل الأمر مدة لا تتجاوز عشرة أيام ليثبت فيها أن طلب المستفيد احتيالي بسبب المستندات المزورة أو وجود غش في العقد .

هذا النوع من الأوامر يعتبر مجرد شكوى يتقدم بها العميل الأمر ضد المستفيد الذي يمكن أن يمارس عليه نوعاً من الغش، على أن تكون الظروف المحيطة تدعم طلبه⁽¹⁾، وقد تكون الظروف سياسية أو اقتصادية أو غير ذلك مما يمكن أن يدعم ذلك الطلب أو أن يقدم ذلك العميل أدلة معينة للمحكمة تفيد إمكانية حصول الغش المستقبلي من المستفيد .

ومن الأمثلة القضائية التي منحت المحكمة أمر منع إبلاغي⁽²⁾ :

1- قضية Stromberg Carlson Corp . V. Bank Melli Iran وفي هذه القضية أعطت المحكمة أمراً للبنك بأن يقوم بإبلاغ العميل بطلب المستفيد لقيمة الاعتماد وأن يعطي البنك للعميل مهلة لا تتجاوز العشرة أيام قبل القيام بالوفاء، يتأكد من خلالها العميل من غش المستفيد أو عدمه .

3- قضية Kmw International V . Chase Manhattan Bank , N.A. وقد أمرت المحكمة البنك بأن يعطي مهلة ثلاثة أيام قبل قيامه بالدفع، ليتمكن العميل من التحقق من طلب العميل إذا كان احتيالياً أم لا .

وهذا النوع من الأوامر لا يشكل تهديداً كبيراً لمبدأ الاستقلال إذ أن مهلته لا يمكن أن تتجاوز العشرة أيام بعد تلقي البنك طلب المستفيد للحصول على مبلغ الاعتماد .

كما يعتبر أيضاً مجرد خطوة تمهيدية يمكن أن يبني من خلالها العميل قراره، فإذا وجد أن هناك غش من جانب المستفيد وجب عليه أن يلجأ مرة ثانية لاستصدار أمر منع من نوع آخر وإلا قام البنك بدفع قيمة الاعتماد.

(1) Maryd .Andrews ,Standby ,Letters of credit , Recent Lmitations on the fraud in the transaction defence , the wayne law rev . vol .35 ; 119 , p 124.

(2) Letter of credit law – Arizona law Review, vol . 24 ,p 367.

(انظر،

2 - أمر المنع المؤقت: " (1) Temporary Restraining Order (TRO) "

وكما يدل عليه اسمه فهو أمر مؤقت لمدة محددة من الزمن مقدره ببضعة أيام، ففي ظل قواعد الإجراءات المدنية للولايات المتحدة الأمريكية فإن مدة TRO هي عشرة أيام .

لكن هناك بعض القضايا التي امتد فيها TRO مدة ستة أشهر وقضية (2)، Clayton V . DRG Financial Corporation هي مثال حي عن ذلك.

وأهم فرق بين الأمر الإبلاغي وأمر المنع المؤقت، أن الأول يمنح قبل أن يتقدم المستفيد للحصول على مبلغ الاعتماد بينما الثاني يمنح بعد أن يتقدم المستفيد بطلب للحصول على مبلغ الاعتماد، وبالتالي يمكن للعميل أن يستصدر أمر المنع المؤقت حتى وإن تحصل من قبل على أمر منع إبلاغي.

واستصدار أمر المنع المؤقت لا يتطلب الكثير من التعقيد، إذ يكفي أن تكون لدى العميل أسباب جدية لاحتمال حصول الغش من قبل المستفيد، وتمكن من إقناع المحكمة بها، فتصدر عندها هذه الأخيرة الأمر الذي تكون مدته قصيرة ومحدودة لا تتجاوز بضعة أيام، كما يمكن أن تكون المدة هي المدة الممنوحة للبنك لفحص المستندات .

هذا النوع من الأوامر - وإن كانت مدته قصيرة - إلا أنه يشكل تهديدا كبيرا لمبدأ الاستقلال إذ يضع من الناحية الفعلية قيودا على حرية البنك بالوفاء بالتزامه المستقل والمباشر اتجاه المستفيد، إذن هذا النوع من الأوامر يتعدى كونه مجرد أمر وقائي قبل تقدم المستفيد بطلبه للحصول على مبلغ الاعتماد ليصبح أمرا فعليا يجبر البنك بعدم الوفاء لمدة معينة مما يؤثر سلبا على مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي .

4 - أمر المنع الابتدائي: " (3) Preliminary Injunction . "

هذا الأمر من أهم الأوامر وأشدّها خطورة على مبدأ استقلال الاعتماد المستندي، ذلك أن مدته تستمر إلى أن يفصل في موضوع دعوى الغش أي أن البنك يمنع من الوفاء والمستفيد يمنع من الحصول على مبلغ الإعتقاد إلى حين الفصل في موضوع الدعوى، بمعنى أن مدته غير محددة، قد تطول وقد تقصر تبعا لإجراءات الدعوى .

(1) Kozolchyk - Letters of credit , p , 123 .

(2) Givray- Letters of credit , The Bus . Lawyer , Vol . 44, Aug . 1989 , p . 1625 .

(3) Kozolchyk op.cit.

وعلى عكس الأمر المؤقت الذي يمكن أن تصدره المحكمة بدون إبلاغ الخصم إذا اقتضت أن هناك أدلة كافية لحدوث ضرر للمدعي لا يمكن جبره، فإن أمر المنع الابتدائي يوجب إبلاغ المدعى عليه وتحديد جلسة لسماع الأطراف وإبداء دفوعهم .

والهدف الرئيسي من أمر المنع الابتدائي هو المحافظة على الوضع القائم إلى أن يتم الفصل النهائي في الموضوع (1) .

ونظرا لخطورة هذا النوع من الأوامر على مبدأ استقلال الاعتماد المستندي، كان لا بد من وضع ضوابط صارمة يجب اتباعها قبل إصدارها كي لا يتم إساءة استعمالها واللجوء إليها من أي شخص تكون نيته تعطيل تنفيذ الاعتماد إضرارا بالطرف الآخر لمدة قد تطول أو قد تقصر، مما يحرم المستفيد من الانتفاع من مبلغ الاعتماد والمستحق له ويرجع عليه بآثار سلبية .

وقد حاولت المادة 5-109 من القانون التجاري الموحد الأمريكي لتتص على الشروط الواجب توافرها لإصدار أمر منع ابتدائي وهذه الشروط هي:

- 1- أن لا يكون أمر المنع مخالفا للقوانين المطبقة على النزاع.
- 2- أن توفر حماية كافية لمن يمكن أن يتضرر جراء إصدار أمر المنع، سواء كان المستفيد أو البنك أو غيرهم.
- 3- أن تكون كل الشروط التي تخول الشخص الحصول على أمر المنع في ظل الولاية التي تنتظر النزاع قد تم التقيد بها .
- 4- أن يكون فيه احتمال قوي لكسب الدعوى من طرف العميل يستفاد ذلك من الوقائع المقدمة للمحكمة، وأن لا يكون الشخص طالب الوفاء هو من الأشخاص المحصنين ضد دفع الغش (الحامل حسن النية) حسب المادة 109-

وما يؤخذ على هذه المادة أنها جاءت قاصرة إذ لم تورد الشرط الأساسي وهو ضرورة أن يكون الضرر الذي يمكن أن يلحق بالمدعي لا يمكن جبره إذ لم يتم إصدار أمر المنع، أما إذا كان الضرر الذي يمكن أن يلحق بالمدعي بسيطا يمكن جبره فلا داعي لإصدار الأمر

(1) حاتم محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 356 .

ويكفي اللجوء لطريق قانوني آخر للحصول على حقه بدون المساس بمبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي وتعطيل الوفاء (1).

وأخيرا يمكن القول أن المحكمة إذا أصدرت أمر المنع الابتدائي لصالح العميل فإن هذا الأمر يتحول إلى أمر منع دائم أما إذا جاء قرار المحكمة بعكس ذلك فإن أمر المنع الابتدائي يتلاشى ويزول أثره.

ثانيا: شروط استصدار أمر منع الدفع: (2)

إذ يلزم لإعمال قاعدة الغش واستصدار أمر قضائي يمنع البنك من الوفاء أو القبول توافر شروط ثلاثة هي:

أ. **إثبات الغش:** إذ أن الغش الذي يبئ ذمة المشتري ويمكن من استصدار أمر قضائي يمنع البنك من الوفاء أو القبول إنما هو الغش الثابت بدليل واضح وأكيد، لأن البنك لا يستطيع الامتناع عن الوفاء دون مسؤولية عليه إلا إذا كان الغش واضحا وصريحا، وليس مجرد إخلال من البائع بعقد البيع. (3)

ب. **نسبة الغش إلى البائع:** كما ينبغي لاستصدار الأمر القضائي بمنع الدفع إثبات نسبة الغش إلى البائع أي إثبات أن البائع هو الذي ارتكب الغش أو أن يكون وقع بعلمه، لأنه لا يمكن الدفع بالغش إلا في مواجهة من ارتكبه، ولذلك لا يمكن للمشتري أن يستصدر أمرا بمنع الدفع إذ لم يكن البائع مزورا أو عالما به.

ج. **أن لا يكون البنك قد قام بالوفاء أو وقع بالقبول:** لأنه إذا كان قد قام بالوفاء فإن اللجوء إلى المحكمة لاستصدار أمر المنع يصبح غير ذي محل لأن الوفاء قد تم، وعلى المشتري أن يسلك طريقا آخر، يرفع الدعوى على البنك لإخلاله بالتزام المطابقة المترتب على فتح الاعتماد، ورفع دعوى أخرى على البائع استنادا لعقد البيع.

كذلك الأمر بالنسبة للقبول، فإذا وقع البنك على سند السحب المقترن بالمستندات بالقبول، فإنه لا جدوى من إصدار أمر يمنع البنك من الوفاء بقيمة الاعتماد المستندي، لأن

(1) Burton v. McCullough, Letters of credit , p .5- 18 .

(2) وهي نفسها شروط الغش المانع من تنفيذ الاعتماد السابق التطرق لها في المبحث الأول من الفصل الثاني.

(3) انظر محمد حسين اسماعيل، مرجعه السابق، ص 114.

الاعتماد قد انقضى بالقبول⁽¹⁾ ولم تعد مديونية البنك للبائع تجد مصدرها في خطاب الاعتماد، وإنما في توقيعه بالقبول، أي صار مدينا صرفيا بموجب قانون الأوراق التجارية، وما على البنك إلا أن يفي بقيمة الورقة المقبولة منه أو أن يحرر عليه حامل الورقة التجارية المقبولة منه ورقة احتجاج لعدم الوفاء.⁽²⁾

وهذا أمر منطقي، إذ لا جدوى من استصدار أمر عدم الدفع طالما أن قيمة الاعتماد قد دفعت وهذا ما جرى عليه القضاء فمثلا قضية: Old colony trust Co (VS) lawyer's title and trust Co⁽³⁾

والتي تتلخص وقائعها في أن عقد الأساس كان عقد بيع سكر وتم الاتفاق على دفع ثمن البضاعة بواسطة اعتماد مستندي تنتهي مدة صلاحيته في 30 نوفمبر واشترط في خطاب الاعتماد أن يقدم سند شحن يبين الوزن الصافي للبضاعة عند تفرغها Net landed weights وهذا يستلزم أن تفرغ البضاعة عند وصولها وتوزن وتحذف منها عجز الطريق، ولم يتم هذا الأمر إلا في 3 ديسمبر قدمت مستندات مطابقة لظاهر خطاب الاعتماد قبل 30 نوفمبر وادعى العميل وجود غش، وقام بإثباته لكن المحكمة امتنعت عن إصدار أمر عدم الدفع معللة ذلك بما يلي:

"من الواضح أن المصرف قد قدمت إليه مستندات مطابقة لشروط الاعتماد وبما أنه قد تم اكتشاف الغش بعد وفاء البنك بقيمة الاعتماد فإن دعوى العميل الأمر للحصول على أمر الدفع أصبحت دون جدوى".

ثالثا : المفترضات اللازمة لإصدار أمر منع الدفع:

بالرغم من قولنا الحصول على أمر عدم الدفع يعتبر من الأمور المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت، فإنه يجب توخي الحيطة في استعمال الأوامر المستعجلة في مجال الاعتمادات المستندية، لأن الاستخدام الغير رشيد من شأنه أن ينال من فاعلية الاعتماد كآلية تجارية، لأن الغرض الأساسي للاعتماد المستندي هو جعل الوفاء في مقابل المستندات

(1) لأن الأصل أداء قيمة الاعتماد سواء نقدا أو بالخصم أو بقبول الورقة التجارية يؤدي إلى نهاية الاعتماد المستندي حيث يجوز للبنك الرجوع على البائع في حالة الغش الواضح.

(2) انظر: محمد حسين إسماعيل، مرجعه السابق، ص 118.

(3) وردت عند: Symons, Letters of credit, op.cit, p 360.

المطابقة سريعاً، ولا شك أن السماح بالأوامر القضائية في هذا الصدد سيجعل من هذه الاعتمادات صورة من الكفالات.

لذا فإن المحاكم لاسيما الأمريكية باعتبارها الرائدة في هذا المجال قد تبنت عدة مفترضات مشتقة من قواعد العدالة⁽¹⁾ والتي من شأنها الانطباق على حالة الاعتمادات المستندية. وسنوضح ذلك بالقضايا التالية:

- في قضية: Kmw international V. chaseManhattanBank⁽²⁾

وقد وضعت المحكمة معيارها لإمكانية إصدار أمر بمنع صرف الاعتماد المستندي ويتمثل في:

أ. إمكانية إصابة المدعي بضرر يتعذر تداركه (إذ لم يمنح الأمر).

ب. احتمالية كسب المدعي للدعوى بناء على أسانيدته. (قوة الاسانيد المقدمة للمحكمة).

بينما في قضية: Itek Corp. V. First National Bank⁽³⁾ فقد اشترطت المحكمة لإصدار أمر منع الدفع ما يلي:

1- أن المدعي سيصيبه ضرر يتعذر تداركه إذا لم يتم منح الأمر القضائي.

2- أن هذا الضرر يرجح أي ضرر يمكن أن يصيب المدعى عليه إذا تم إصدار الأمر.

3- أن المدعي من خلال أسانيدته قد أظهر احتمالاً كبيراً في كسب الدعوى.

4- أن المصلحة العامة لن تتأثر بصورة سلبية إذا تم منح الأمر.

(1) انظر: حاتم محمد عبد الرحمن، مرجعه السابق، ص 358.

(2) وردت عند: John F. Dolan, op.cit, p 11 – 29.

(3) انظر: John F. Dolan, Ibid , p 129.

وبمقارنة المعيارين السابقين نجد أن محكمة Itek اقد وضعت معيارا أكثر صعوبة بالنسبة للمدعي عن المعيار الخاص بمحكمة KMW لكننا سنجد عند تطبيق هذه المعايير على وقائع القضيتين أن محكمة Itek والمفترض أنها أشد صعوبة قد قضت بإصدار الأمر بوقف منع الاعتماد المستندي بينما لم تصدر محكمة KMW هذا الأمر.⁽¹⁾

وهكذا يمكننا أن نجمل مختلف أجزاء المعيار المستمد من قواعد العدالة في العناصر

التالية :

العنصر الأول: أن يكون للمدعي احتمال مادي في كسب دعواه، بمعنى أن يثبت المدعي إمكانية نجاحه في موضوع دعوى الغش فيقدم للمحكمة أدلة كافية تثبت ارتكاب المستفيد للغش وأن لا يؤسس دعواه على مجرد شبهة للغش بدون أدلة قوية ومثال ذلك ما حصل في القضية الرائدة² " Sztejn " " فقد كان غش المستفيد جسيما وبالتالي فإن العميل لو أقام دعواه مؤسسة على دفع الغش دون استصدار أمر المنع لنجح في ذلك .

العنصر الثاني: أن يلحق بالعميل ضرر حال لا يمكن جبره إذا لم يتم إصدار أمر المنع

وعليه إذا لم يكن الضرر حالا فيمكن للعميل أن يؤسس دعواه على أساس العقد بينه وبين المستفيد وينتظر فصل المحكمة في ذلك .

أما عن الضرر الذي لا يمكن جبره فيمكن أن يتخذ صوراً متعددة ومن أمثلتها :

أ - إفلاس العميل إذا لم يتم إصدار أمر المنع وهذا ما حدث في قضية : (3) NMC Enterprises, Inc. V. CBS, Inc. ففي هذه القضية طلب العميل إصدار أمر منع ضد البنك لمنعه من وفاء قيمة الاعتماد وكذلك ضد المستفيد لمنعه من تقديم سحباته في ظل الاعتماد، وقد برر العميل دعواه على أساس قيام المستفيد بتوريد بضاعة غير مطابقة للمواصفات المتفق عليها في عقد الأساس .

(1) حيث يلاحظ الأستاذ Dolan أن هناك قضية ثالثة هي: Rock Well Int sys, inc (V) city bank تقترب من قضية Itek من حيث المبدأ القانوني وهي تختلف عن قضية KMW والتي فيها ترى المحكمة أن العميل الأمر الذي اختار أن يتعامل مع مشتر إيران فعليه أن يتحمل الخسارة الناجمة عن الاضطرابات في إيران، في حين أن المحكمة في القضيتين الأخيرتين ترى أن العميل الأمر الذي قام بنفس الاختيار لا يجب عليه تحمل هذا الغرم.

(2) مشار لهذه القضية في مرجع سابق، Burrton v . McCullough , p. 5- 33

كما تم التطرق لها بإسهاب في الفصل الأول من المذكرة.

(3) Dolon – The law of L.C., p.7-37.

وقد لاحظت المحكمة عند نظرها للدعوى أن قيام المستفيد بالغش من شأنه أن يعرض العميل للإفلاس وبالتالي فإن عدم إصدار أمر المانع سيؤثر بشكل خطير على العميل وبالمقابل لن يشكل أي خطر على المستفيد، وعليه قامت المحكمة بمنح أمر المانع.

ب- ومن صور الضرر التي لا يمكن جبرها أيضا إفلاس المستفيد، فلو تم دفع قيمة الاعتماد للمستفيد ومن ثم تعرض للإفلاس، وثبت غش المستفيد تجاه العميل، فكيف للعميل أن يحصل على حقه من المستفيد المفلس حتى وإن أقام دعوى ضده.

وهذا بالفعل ما حصل في قضية : (1)

CiambottiV . Decatur – St .Louis ,Lupin , properties Ventures .

والذي قررت من خلالها المحكمة -وبناء على طلب العميل الذي تعرض لغش جسيم من طرف أعضاء الشركة -أن سلوك الشركاء (المستفيدين) يشكل غشا واضحا وعليه أصدرت أمر المانع مبررة قرارها بأن ه سيحصل ضرر لا يمكن جبره للعميل إذا تم الوفاء للشركاء لأن الشركة قد أفلست ولم تعد قادرة على تسديد ديونها.

ج - ومن صور الذي لا يمكن جبره والذي يمكن أن يلحق بالعميل إذا لم يصدر أمر بالمانع، أن لا يتوفر للعميل طريق قانوني آخر يمكنه اللجوء إليه للحصول على التعويض جراء غش المستفيد، كأن يكون بين بلد العميل وبلد المستفيد حالة عداة شديدة مما يجعل لجوء العميل إلى قضاء دولة المستفيد بلا فائدة ترجى، هذا ما حصل فعلا في كثير من القضايا عرفت بالقضايا الإيرانية⁽²⁾ إبان قيام الثورة الإسلامية في إيران واحتجاز رهائن أمريكيين مما دفع المحاكم الأمريكية إلى إصدار أوامر منع قضائية تمنع البنوك الأمريكية من الوفاء للمستفيدين الإيرانيين، بسبب أن مقاضاة العملاء أمام المحاكم الإيرانية ستكون عديمة النفع، وبالتالي سيلحق الضرر بالعملاء الأمريكيين لا يمكن جبره.

أما إذا توفر للعميل طريق آخر - غير اللجوء لاستصدار أمر المانع - ولو كان ذلك في بلد المستفيد فإن ذلك لا يعد ضررا لا يمكن جبره.

(1) Givray – L.C .The Bus- Lawyer .vol .Aug . 1989, p . 1625

(2) أنظر بشأن القضايا الإيرانية : حاتم محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص، 187-198

العنصر الثالث : وضع ضمانات نقدية .

إذ يتوجب على العميل الذي يتقدم بطلب استصدار أمر المنع أن يقدم مبلغا ماليا كضمان للتعويض على من يتضرر من جراء إصدار أمر المنع سواء كان البنك أو المستفيد، وهذا لضمان جدية العميل في دعواه وأنه يستند إلى أسس قانونية وقوية في موضوع دعوى الغش وأن غرضه من الدعوى ليس مجرد حرمان المستفيد من الحصول على مبلغ الاعتماد أو تأخير الوفاء إضرارا بالمستفيد .

ويلاحظ أن هذه العناصر تشكل عقبة حقيقية في مواجهة العميل الأمر الذي يسعى لاستصدار أمر قضائي بوقف التنفيذ، لأنه وكما يرى البعض توجد حالتان فقط يمكن من خلالهما أن يكون للمدعي احتمال مادي لكسب الدعوى: أولا: بسبب وجود عيوب ظاهرة بالمستندات تجعل من الوفاء بالاعتماد المستندي غير صحيح. ثانيا: أو وجود عيوب غير ظاهرة أيضا تجعل من الوفاء معيبا.

ففي الحالة الأولى: لا حاجة لاستصدار أمر قضائي بمنع الوفاء لأن البنك عندما يقوم بالوفاء بمستندات معيبة عيبا ظاهرا، فإنه يكون مسؤولا عن التنفيذ المعيب (مسؤولية عقدية قد سبق وأن أشرنا لها).

أما في الحالة الثانية: فيكون للعميل الأمر أن يقاضي المستفيد الذي ارتكب غشا أو أخل بعقد الأساس بمقتضى الغش أو المسؤولية العقدية أو عن الإخلال بالضمانات الواجبة عليه بمقتضى القانون.

ومن ناحية أخرى فإن العنصر الثاني من عناصر المفترضات اللازمة لوقف صرف الاعتماد وهي عدم وجود وسيلة قضائية كافية أو الضرر الذي يتعدى تداركه تلعب دورا مهما في حرمان المدعي من الحصول على الأمر بمنع الدفع، لأنه يملك من خلال عقد الأساس وسيلة قانونية كافية.

والحقيقة أن القضاء شديد الحرص في عدم التدخل في سير عملية الاعتماد المستندي⁽¹⁾ وفي الترتيبات التي يضعها الأطراف وفي الأصل على العملاء السعي عند

(1) انظر: Frederic Eisemann et Bontoux, *Le crédit documentaire*, Jupiter, Paris, 1981, p 101 حيث عبر أحد القضاة عن ذلك بقوله: "تصاب التجارة التي تنفذ بواسطة اعتماد مستندي بكارثة إذا كان من شأن الإخلال بالعقد المبرم بين البائع والمشتري، إقحام تلك التجارة في دعوى مرفوعة أمام محكمة العدالة لإصدار أمر بمنع البنك من الوفاء بقيمة الاعتماد المستندي".

التفاوض في إبرام عقد الأساس إلى تزويده ببند عقدي مناسبة فإن لم ينجح العميل في ذلك أو اختار العميل الأمر شخصا غير أمين ليتعامل معه فهذه مسؤوليته والمحاكم ليست مستعدة أن تدمر فاعلية الاعتمادات المستندية من أجل حماية العميل الأمر غير الحريص.⁽¹⁾

وحيثما يتدخل القضاء، إنما يفعل ذلك بحذر شديد وبناء على طلب المشتري الذي لم يستطع إقناع البنك بواقعة الغش، لأن من حق البنك عدم الامتثال لطلبات المشتري إذ لم يثبت الغش لديها.

وحيثما يقبل القضاء التدخل في مسار الاعتماد ليصدر أمرا بمنع البنك من الوفاء فإن ذلك يتم بشروط صارمة، تجعل أمر المنع صعب المنال إن لم يكن مستحيلا.

وعليه إذ لم يستطع العميل الأمر استصدار أمر قضائي بمنع الدفع أولم يستجب البنك لأمر المنع، فإنه يسعى عادة إلى توقيع الحجز تحت يد البنك على قيمة المستندات التي سلمها المستفيد له، وفيما يلي سنتطرق للحجز كتدبير مؤقت.

الفرع الثاني: توقيع الحجز تحت يد البنك على قيمة المستندات.

السؤال الذي يطرح نفسه في هذه الحالة، هو مدى إمكانية الحجز على حق المستفيد تحت يد البنك من جانب دائنيه، أي حجز ما للمدين لدى الغير⁽²⁾ الذي تثار بشأن مسألتان أساسيتان يجب معالجتهما بالتفصيل هي:

المسألة الأولى: هل يحق لدائني البائع توقيع حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد البنك على مبلغ الاعتماد؟ وهل يحول الطابع الاحتمالي لحق المستفيد دون توقيع الحجز؟

المسألة الثانية: هل يحق للمشتري بصفته دائنا للبائع توقيع الحجز على مبلغ الاعتماد؟ وهل يتعارض ذلك مع الطابع القطعي للاعتماد؟

وللإجابة على ذلك سنتطرق للاتجاهات الفقهية والقضائية التي تناولت هذا الموضوع:

(1) انظر: حاتم محمد عبد الرحمن، مرجعه السابق، ص 362.

(2) انظر في الحجر ما للمدين لدى الغير: بارش سليمان، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائرية، الجزء الثاني، طرق التنفيذ، دار الهدى للنشر، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص 86 - 94.

أولاً: الفقه:

1. ذهب بعض الفقه⁽¹⁾ إلى أنه يحق لدائني البائع، بما فيهم المشتري بصفته دائناً له، توقيع الحجز على مبلغ الاعتماد تحت يد البنك وليس في ذلك أي تعارض مع الطابع القطعي للاعتماد، لأن المشتري يحجز بصفته دائناً للمستفيد وليس بصفته مشترياً، ولذلك ليس من العدل حرمانه من هذا الحجز لمجرد كونه عميلاً أمراً في عملية الاعتماد مادام له حق حال الأداء وحصل على إذن من القضاء لمباشرته.

والأخذ بهذا الرأي له ما يبرره من الناحية العملية من حيث أنه يخفف من جدة وصرامة قواعد الاعتماد القطعي بالنسبة للمشتري في الحالات التي يقيم فيها الدليل على خطأ البائع قبل تنفيذ الاعتماد، مما يبرر للقاضي الترخيص بمباشرة الحجز تحت يد البنك قبل تقديم المستندات، فضلاً عن ذلك، لا يجب أن يصل تطبيق مبدأ الاستقلال إلى حد إهدار مبدأ متعلق بالنظام العام ألا وهو حق الدائن في مباشرته الحجز على الذمة المالية لمدينه.⁽²⁾

والحجز لا يمس بتعهد البنك القطعي لذا فإنه يمكن مباشرته حتى قبل تقديم المستندات، على الحق الاحتمالي للمستفيد، والناشئ له من مجرد إبلاغه بفتح الاعتماد القطعي، وإن كان هذا الحجز سيكون عديم الأثر في الحالة التي لا ينفذ فيها المستفيد التزامه الخاص بتقديم المستندات.⁽³⁾

فضلاً عن ذلك فإن الطابع الاحتمالي لحق المستفيد لا يحول دون توقيع الحجز إذ لا يستلزم أن يكون حق المستفيد المحجوز عليه تحت يد البنك حال الأداء محقق الوجود، بل يكفي أن يكون احتمالياً أو معلقاً على شرط.

2. أما بعض الفقه، فقد انتقد الاتجاه السابق⁽⁴⁾ مستنداً في ذلك على أن إجازة الحجز على حق المستفيد تحت يد البنك تؤدي بدون شك إلى عدم تداول الكمبيالة المستندية، ومن ثم تمتع البنوك عن خصمها وبالتالي تتعدم الغاية الأساسية من الاعتمادات المستندية، لذلك يرى

(1) من أنصار الرأي: علي البارودي، مرجعه السابق، ص 386،

Stoufflet, *op.cit*, p 333.

(2) Stoufflet, *op.cit*, p 332.

(3) زينب السيد سلامة، مرجعه السابق، ص 346.

(4) ويطبق الإنجليز هذا الاستقلال بشكل واضح وحاسم ولا تستثنى من ذلك إلا حالة الغش الواضح والثابت - من جانب المستفيد - بما لا يدع مجالاً للشك، وهكذا يحرص الإنجليز على تأكيد فاعلية الاعتماد القطعي وعدم السماح بأي إجراء يعطل تنفيذه ولولادة قصيرة (انظر: علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، ص 333 بند 353).

أنصار هذا الاتجاه عدم جواز الحجز لأي سبب كان ومهما كان السبب محققاً، لأن في الحجز تعارض مع مبدأ عدم قابلية الاعتماد القطعي للإلغاء الذي يمثل جوهر الاعتماد نفسه، كما أن عدم جواز الحجز يتفق مع القواعد الأساسية لعمليات الاعتمادات المستندية ويعد تطبيقاً لمبدأ عدم جواز المعارضة في الوفاء بقيمة الكمبيالة⁽¹⁾

3. وبجانب الاتجاهين السابقين يوجد القليل من الفقهاء يميل إلى إجازة الحجز من جانب المشتري لا بصفة مطلقة، بل على سبيل الاستثناء، وقد أيد أحد الفقهاء الفرنسيين⁽²⁾ رأيه في هذا الخصوص بقوله: "إن هذا الحجز لا يتعارض مع مبدأ استقلال الاعتماد القطعي، كما أنه يتفق مع القانون الفرنسي الذي لا يمنع المشتري من مباشرة هذا الحجز على مبلغ الاعتماد تحت يد البنك باعتباره مجرد إجراء تحفظي يقتصر أثره على تجميد مبلغ الاعتماد دون مساس بحقوق ذوي الشأن، بقصد تصحيح التنفيذ المعيب للصفقة التجارية من جانب البائع، إلا أنه تقصر نطاق تطبيقه على حالة الغش الواضح من جانب البائع" وبصفة عامة يمكن تقسيم موقف الفقه في هذا الصدد إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يجيز الحجز من جانب المشتري بصفة مطلقة متى توافرت شروطه.

الاتجاه الثاني: يقبل الحجز على سبيل الاستثناء.

الاتجاه الثالث: يرفض فكرة الحجز أساساً لأنها متعارضة مع مبدأ الاستقلال.

ثانياً: موقف القضاء.

وكما سبق الإشارة إليه حول استقلال الاعتماد المستندي وكونه مبدأ مسلم به قانوناً، لأنه بدون تنهار قيمة الاعتماد إلا أن بعض الأحكام الفرنسية تبدي بعض الشك حول هذا الاستقلال ومداه لاسيما الحكم الصادر بإيقاف الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى الجنائية وبجانب هذا الحكم، توجد أحكام أخرى خاصة بمباشرة الحجز على مبلغ الاعتماد، من جانب المشتري (العميل الأمر) بصفته دائناً للبائع. وسنتعرض لبعض هذه الأحكام:

(1) أدت نص المادة 419 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "لا تقبل المعارضة في الوفاء إلا في حالة ضياع السفنجة أو إفلاس حاملها".

(2) زينب السيد سلامة، المرجع السابق، ص 347.

1- حق المشتري في الحجز على مبلغ الاعتماد تحت يد البنك:

قد أثير هذا الموضوع أمام محكمة استئناف باريس⁽¹⁾ بصدد بضاعة وصلت إلى العميل الأمر، قبل أن يقدم البائع المستندات، ويقتضي حقه من البنك، فوجدها المشتري تختلف عن ما هو متفق عليه في عقد البيع وقام بإثبات ذلك وحجز تحفظيا على حق البائع الاحتمالي تحت يد البنك.

دفع البائع ببطان الحجز، مستند إلى أن الاعتماد المفتوح له بات ولا رجوع فيه وأن هذا الحجز يتعارض مع طبيعة الاعتماد القطعي، لأنه لا يجوز للبنك أصلا ولا للمشتري الرجوع فيه إلا باتفاق مع البائع، ولكن المحكمة رفضت هذا الدفع بحكمها الصادر في 16 جويلية 1950 وقالت: "إن إخلال البائع بالتزامه، ثابت مما يخول للمشتري الحق في التعويض، فيكون له كأني دائن أن يحجز على الحق الاحتمالي لمدينه البائع تحت يد البنك" كما استندت المحكمة إلى أنه لا يوجد أي نص قانوني يمنع المشتري من مباشرة الحجز على مبلغ الاعتماد تحت يد البنك.

وبصدد هذه الدعوى، أثرت أمام المحكمة مسألتان أساسيتان:⁽²⁾

أ. هل يكون للمشتري حق محقق الوجود تجاه المستفيد؟ وبعبارة أخرى هل يوجد ما يبرر حجز المشتري على مبلغ الاعتماد القطعي؟.

وقد تحققت المحكمة من هذه الواقعة، ولاحظت أن البائع أخل بالتزاماته العقدية، مما جعل للمشتري حقا مؤكدا في التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء إرسال المستفيد بضاعة مختلفة.

ب. إمكانية الحجز على مبلغ الاعتماد من جانب المشتري تحت يد البنك بسبب إخلال البائع بالتزاماته: فطبقا للعادات التجارية الخاصة بفتح اعتماد قطعي، يصبح البنك مدينا مباشرة وبصفة شخصية للمستفيد منذ إرساله خطاب الاعتماد، ولكن شرط تقديمه مستندات مطابقة للاعتماد، ومنذ هذه اللحظة يعتبر مبلغ الاعتماد جزءا من الذمة المالية للمستفيد ويصبح محلا للحجز عليه من جانب الغير، واستندت المحكمة في حكمها إلى عدم وجود نص قانوني يمنع

(1) استئناف باريس 16 جويلية 1950، المحلة الفصلية للقانون التجاري 1951، ص 331 أورده زينب السيد سلامة، نفس المرجع، ص 348.

(2) انظر أيضا: زينب السيد سلامة، المرجع السابق، ص 349.

المشتري بصفته دائئا للبائع من مباشرة الحجز وانتهت إلى الحكم بصحة الحجز وتجميد مبلغ الاعتماد لحين صدور حكم نهائي.

2- منع المشتري من توقيع الحجز على مبلغ الاعتماد تحت يد البنك:

وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية حكما لمحكمة الاستئناف كان قد أجاز حجزا أوقعه المشتري تحت يد البنك على مبلغ الاعتماد بسبب عدم مطابقة البضاعة لشروط عقد البيع، وكان سبب نقض حكم الاستئناف مؤسسا على قواعد كل من القانون المدني وقواعد الأعراف الموحدة الخاصة بالاعتمادات المستندية في وقت واحد، ورأت أن تطبيق الحجز لدى الغير إنما هو ضد خصيصة قطعية الاعتماد المستندي.⁽¹⁾

وأما هذا الاختلاف الفقهي والقضائي حول إمكانية حجز المشتري لقيمة الاعتماد تحت يد البنك يمكن القول بأنه بالرغم من سكوت القواعد والعادات الخاصة بالاعتماد المستندي عن معالجة هذه المسألة، يكون الحجز جائزا وذلك لعدم وجود مبدأ قانوني صريح يمنع من مباشرة الحجز.

وإجازتنا لهذا الحجز ليست على سبيل الاستثناء من مبدأ استقلال الاعتماد المستندي كما ذهب البعض⁽²⁾ بل هي تطبيق للقواعد العامة في الحجز في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.⁽³⁾

كما أنه ليس في هذا الحجز إخلال بمبدأ استقلال حق المستفيد قبل البنك، لأنه لا يعتبر إلغاء للاعتماد القطعي، بل يهدف إلى تصحيح النتائج الصارمة التي تصيب العميل الأمر من مبدأ الاستقلال المطلق لحق المستفيد قبل البنك فضلا عن أنه لا يثير شكاً جدياً حوله.

وإذا كان حجز ما للمدين لدى الغير ممكنا على مبلغ الاعتماد كما تقدم فما هو أثر هذا الحجز؟

(1) محمد حسين اسماعيل، مرجعه السابق، ص 123.

(2) حيث ربط العديد من الفقهاء بين إجازة الحجز وبين الحكم الذي أوقف الدعوى المدنية لحين صدور حكم جنائي (سبب غش في الاعتماد المستندي)

(3) لمزيد من التوضيح حول الحجز ارجع لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

إذا تحصل العميل الأمر على أمر الحجز فعلى البنك المحجوز تحت يده أن يتمتع عن الوفاء بالاعتماد المستندي للمستفيد وإذا خالف ذلك تحمل مسؤولية ومخاطر وفائه هذا. وينعدم هذا الأثر في الحالة التي لم يقدم فيها المستفيد المستندات المطلوبة في خطاب الاعتماد.⁽¹⁾

ولكن الإشكال يثور عندما يؤدي الاعتماد المستندي المفتوح إلى نشوء كميالية خصمت فعلا من أحد البنوك، وقدمها حاملها إلى البنك مصدر الاعتماد؟ في هذه الحالة تجب التفرقة بين ما إذا كان الخصم سابقا على الحجز، ألاحقا له، ففي الحالة الأولى ليس لهذا الحجز أي أثر على مقابل الوفاء الخاص بالكميالية، لأنه بالخصم قد انتقل مقابل الوفاء فعلا لحامل الكميالية، أما في الحالة الثانية، يعتبر الحجز صحيحا ويبطل الخصم.⁽²⁾

وترتبط بمسألة الحجز مسألة أخرى هي بدورها محل خلاف وهي تعيين حارس قضائي على مبلغ الاعتماد وهذا ما سنعالجه الآن.

- تعيين حارس قضائي على مبلغ الاعتماد:

عرضت هذه المسألة أمام محكمة استئناف باريس، الدائرة السادسة، المستعجلة⁽³⁾ في دعوى طلب فيها البنك مصدر الاعتماد المؤيد - بنك اتحاد باريس - من قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس على باقي مبلغ الاعتماد الموجود تحت يده - إذ حسب عقد فتح الاعتماد اشترط أن يحتفظ هذا البنك بجزء من مبلغ الاعتماد لحين وصول البضاعة إلى العميل الأمر - لوجود نزاع بين البائع والمشتري يتمثل في أن الأول استند إلى أنه نفذ كل التزاماته قبل المشتري والبنك، بأن قدم مستندات مطابقة لخطاب الاعتماد - وبالتالي فعلى البنك الوفاء له بهذا المبلغ المتبقي من الاعتماد، في حين أن المشتري استند إلى أن المستندات المقدمة من البائع غير مطابقة لبيانات الاعتماد القطعي، لتخلف إذن التصدير وشهادة المطابقة التي طالب بها العميل الأمر صراحة في عقد فتح الاعتماد، وبالتالي كلف

(1) انظر: زينب السيد سلامة، المرجع السابق، ص 359.

(2) نقض فرنسي في 19 نوفمبر 1950 مشار إليه عند: Stoufflet, op.cit, p 334.

(3) استئناف باريس "الدائرة السادسة مستعجلة" 31 ماي 1938، ورد عند: زينب السيد سلامة نفس المرجع، ص 360.

بنكه بعدم تنفيذ الاعتماد للمستفيد، وطلب تعويضه من الخسائر التي لحقته واسترداد المبلغ الذي قبضه البائع منه بدون وجه حق.

وأمام هذا النزاع توجه - مصدر الاعتماد القطعي - إلى قاضي الأمور المستعجلة بطلب تعيين حارس قضائي على المبلغ المتبقي تحت يديه - محل النزاع - حتى يعفى من كل مسؤولية قد تتجم عن وفائه أو رفضه الوفاء بمبلغ الاعتماد للمستفيد.

وقد استجاب قاضي الأمور المستعجلة في 27 أبريل 1938 لطلبه وعين حارسا قضائيا على المبلغ محل النزاع، كما أيدت محكمة استئناف باريس هذا الحكم الابتدائي في 31 ماي 1938 بقولها: "إن حق البنك مصدر الاعتماد المؤيد طلب تعيين حارس قضائي على مبلغ الاعتماد الباقي تحت يديه إذا وقع نزاع بين المشتري والبائع".

وقد اعترض البعض⁽¹⁾ على هذا الاتجاه السابق من جانب القضاء بحجة أنه لو سمح بتعيين حارس قضائي على مبلغ الاعتماد في حالة النزاع بين المشتري والبائع لأدى ذلك إلى إهدار حق البائع المباشر قبل البنك ولذلك على قضاة الأمور المستعجلة في مثل هذه الحالات أن يقضوا برفض طلب حارس قضائي.

ولا نؤيد هذا الاتجاه الأخير، ونرى أن للبنك مصدر الاعتماد في حالة وجود نزاع بين العميل الأمر والمستفيد أن يلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة طالبا تعيين حارس على مبلغ الاعتماد، لحين الفصل في النزاع.

والأخذ بهذا الرأي ليس فيه إهدار لمبدأ استقلال الاعتماد المستندي بل على العكس من ذلك فهو يتفق مع تعهد البنك القطعي تجاه المستفيد، ولذا لا يمكن اعتباره رجوعا من البنك في تعهده، قبل المستفيد ولا متعارضا مع طبيعة التزام البنك كونه نهائيا، لكن يقتصر الغرض فيه على حماية البنوك من مخاطر تنفيذ أو عدم تنفيذ الاعتماد المستندي في مثل هذه المنازعات.

(1) من أنصار هذا الرأي: مصطفى كمال طه، القانون التجاري، مرجعه السابق، ص 438، بند 590.

اليماني في رسالته السابقة، ص 332.

المطلب الثاني : تفعيل الدفع بالغش في القانون الجزائري.

الفرع الأول : الاعتماد المستندي في القانون الجزائري.

1. التشريع:

في نطاق مواكبة الإصلاحات الاقتصادية العميقة التي عرفتها الجزائر، إصدار قانون المالية التكميلي 2009 (1) الذي كان تجسيدا للحرص المتجدد على إرساء مناخ اقتصادي سليم يقوم على الشفافية والمسؤولية. وقد كان من بين أهم نصوص هذا القانون نص المادة 69 التي أقرت إجبارية الائتمان المستندي والتي نصت في فقرتها الأولى على أنه : " يتم دفع مقابل الواردات إجباريا فقط بواسطة الائتمان المستندي..."

وما يستفاد من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد اعتبر الاعتماد المستندي أهم وسيلة لتنفيذ العمليات التجارية الدولية لدرجة أنه جعل منه وسيلة إجبارية - دون غيرها - لدفع مقابل الواردات، أما عن كيفية تطبيقه فقد ورد في الفقرة الثانية من المادة 69 السابقة أنه : " ..تحدد السلطة النقدية والوزير المكلف بالمالية عند الحاجة كيفية تطبيق هذه المادة ."

هذا ولم يصدر المشرع الجزائري أية أحكام لتنظيم الاعتماد المستندي، على عكس ما فعل العديد من المشرعين العرب، كالمشرع العراقي، والسوري والكويتي والمصري، الذين استنقوا أحكام عقد الاعتماد من القواعد والأعراف الدولية ويستفاد من إغفال المشرع الجزائري لتنظيم الاعتماد المستندي هو إحالاته الضمنية لتطبيق العرف واجتهاد القضاء.(2) وحسنا فعل، لأن قواعد الاعتماد المستندي معظمها عرفي، والعرف منطور خاصة العرف في مجال الاعتماد المستندي الذي يطرد بشكل متسارع، مما يمكن القول معه أن القواعد في هذا المجال ليست ثابتة، بل متغيرة، وهذا الأمر يخدم البلدان التي لم تنظم أحكام عقد الاعتماد المستندي، ويخلق نوعا من مشاكل التكييف القانوني في الدول التي نظمتها، إذ قد يصدر عرف جديد في مجال الاعتماد المستندي يتعارض مع نصوص القانون الداخلي وهذا فعلا ما حدث عند صدور النشرة 500 والنشرة 600، ذلك أن معظم التشريعات قد

(1) أنظر : الأمر رقم 09 - 01 مؤرخ في 26 رجب عام 1430 الموافق ل 22 يوليوسنة 2009 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 .

(2) وذلك بتفحص القانون التجاري الجزائري والقوانين المكملة والمنتمة له .

أخذت أحكامها من النشرة رقم 400 السابقة وهذا الأمر يؤثر على وضع التجارة في تلك الدول ولا يخدمها.

هذا وباعتبار الاعتماد المستندي وسيلة من وسائل الدفع الدولية يعتمد عليها لتسوية البيوع الدولية (استيراد، تصدير) ويكون البنك - طرفا أساسيا في العملية - وسيطا لإتمام العملية، فإنه بالرغم من عدم تنظيم المشرع لهذه الوسيلة (الاعتماد المستندي) إلا أنه لم يغفل تنظيم عملية الاستيراد والتصدير ولم يتركها للصدفة ويمكن التطرق لأهم القواعد القانونية في هذا المجال في النقاط التالية:

أ. التوطين المصرفي:

إذ تنص المادة 25 من قانون مراقبة الصرف⁽¹⁾ على أنه: "يجب أن يخضع كل عقد استيراد أو تصدير نهائي أو مؤقت للبضائع مهما يكن نوعها للتوطين المصرفي.

ولا يمكن للوسيط المعتمد أن يرفض توطين عقد تصدير أو استيراد عندما تتوفر في ذلك جميع الشروط التقنية والتنظيمية، ويحتفظ المتعامل بحق الطعن لدى بنك الجزائر في أي نزاع يطرأ في هذا الشأن".

وما يستنتج من هذه المادة أن التوطين المصرفي إجراء إلزامي يجب التقيد فيه في كل عملية تصدير أو استيراد، فقبل أن يتوسط البنك لإتمام أي عملية تجارية، فإنه يقوم كإجراء أول بجمع وحصر المعلومات المتعلقة بهذه الصفقة ووضع أساس قانوني تنظيمي لتتبع سير العملية إلى غاية انتهائها تماما، هذا الإجراء هو ما يعرف بالتوطين المصرفي.

ويتمثل التوطين المصرفي بالنسبة للمستورد في اختيار بنك وسيط معتمد قبل إنجاز عملية، أما بالنسبة للمصدر بالإضافة لاختياره بنك التوطين فيجب عليه أن يؤمن احترام المواعيد المحددة.

أ. يمر ملف التوطين بالخطوات الآتية:⁽²⁾

(1) المادة 25 (متعلقة بقواعد تسديد الواردات والصادرات من البضائع) نظام رقم 95-07 مؤرخ في 23 ديسمبر 1995 يعدل ويعوض النظام رقم 92-04 المؤرخ في 22 مارس 1992 والمتعلق بمراقبة الصرف.

(2) انظر: نظام رقم 91 - 13 مؤرخ في 14 عشت 1991 ستعلق بالتوطين والتسوية المالية للصادرات غير المحروقات أورده: ميروك حسين، المدونة البنكية الجزائرية، مع النصوص التطبيقية والاجتهاد القضائي والنصوص المتممة، دار هومة للنشر، الطبعة القانية، 2006، ص 197 - 200.

أ. تقديم الوثائق التالية وهي:

1- طلب فتح ملف التوطين: يجب أن يكون هذا الطلب موقعا من طرف العميل (المستورد) كما يجب أن يشمل على كل البيانات اللازمة: من اسم المستورد وعنوانه ورقم حسابه، تاريخ تحرير الطلب... كما يجب أن يتضمن بيانات خاصة بالبضاعة المستوردة وطريقة التسديد... إلخ.

2- تقديم العقد التجاري⁽¹⁾: الذي يثبت إبرام الصفقة التجارية بين طرفيها (المتعاقدين مع بيان هويتهما)، وطبيعة البضاعة ومصدرها... والتمن.

أ. سير العملية:

بعد فحص الوثائق والتأكد أن الشروط القانونية والتنظيمية المتعلقة بتصدير السلع والخدمات متوفرة يفتح ملف التوطين. وبعدها تحرر شهادة التوطين وتوقع من طرف مدير البنك، ويسلم نسخة للعميل، ونسخة لمفتشية الجمارك والنسخة الثالثة للمديرية العامة للتجارة الخارجية كما يحتفظ البنك بنسخة في ملف التوطين.

أ. تصفية ملف التوطين:⁽²⁾

ويعمل البنك خلال هذه المرحلة على التأكد من سير العملية وفقا لأحكام تنظيم الصرف إلى غاية الإنجاز المالي للصفقة وتتم تصفية الملفات كالاتي:

- حالة ملف كامل: إذا كان كاملا ومطابقا للأحكام التنظيمية فإنه يصفى مباشرة.

- حالة ملف ناقص: في هذه الحالة يجب الاتصال بالعميل، حتى يضبط الملف، ولهذا الغرض يتم تحرير نسختين من رسالة الاستدعاء: نسخة للعميل ونسخة أخرى تحفظ في الملف الذي به خلل.

ب. الأمر رقم 03 - 04 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 يوليو سنة 2003: والمتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها.

(1) المادة 5 من نفس القانون.

(2) المادة 23، 24، 25 متعلقة بتصفية ملفات التوطين من القانون 1991 المتعلق بالتوطين والتسوية المالية.

2. العرف التجاري:

تعتبر العادات والأعراف التجارية المصرفية المصدر الرئيسي لعقد الاعتماد المستندي وتعتبر النشرة 500 و600 واتفاقية ISP98 تقنيا للأعراف والعادات الموحدة في مجال الاعتمادات المستندية. وقد صدرت هذه الأعراف كما سبق التطرق إليه عن غرفة التجارة الدولية عام 1933 وأجريت عليها تعديلات متتالية إلى غاية صدور النشرة 600 سنة 2007. وقد أصبحت هذه القواعد والأعراف مجموعة شاملة لا غنى عنها لجميع الأطراف المعنية بعملية الاعتماد المستندي.

ولتطبيق هذه الأعراف يجب أن ينص عقد الاعتماد صراحة على تطبيقها، أم إذا لم ترد أي إشارة إلى استبعادها فتطبق أيضا.⁽¹⁾ وبما أن هذه القواعد ما هي إلا نظام عرفي، فهي ملزمة في حال عدم وجود نص قانوني يخالفها حيث يفترض علم أصحاب الشأن بها واتجاه إرادتهم إلى الأخذ بها.⁽²⁾

ويمكننا القول أن الأعراف الموحدة تجد مجالا للتطبيق إما مباشرة كمصدر إرادي في حال النص عليها صراحة أو بشكل غير مباشر كمصدر للحق ما لم يتم الاتفاق صراحة على استبعادها.

وعليه فإنه يمكن تطبيق هذه الأعراف على عمليات الاستيراد والتصدير الجزائرية إذ لا يوجد نص واضح باستبعادها، بشرط أن لا تتعارض نصوصها مع أي نص وطني أمر.

3. القضاء:

القضاء يلعب دورا بالغ الأهمية في إظهار العرف إلى حيز الوجود وهو مصدر مهم فيما يتعلق بالاعتمادات المستندية، ذلك أنه كما سبق القول أن معظم القواعد المنظمة للاعتمادات المستندية هي عبارة عن أعراف من مهمة القضاء الكشف عليها.

وقرارات المحكمة العليا في الجزائر بهذا الشأن تكاد تتعدم⁽³⁾، إذ بعد جهد مضمّن تمكن من الحصول على قرار واحد منشور يتناول الإفصاح عن تطبيق الأعراف والقواعد

(1) وهذا ما ينسجم مع النصوص القانونية التي تعتبر العرف ملزما في حال عدم وجود نص قانوني إلا إذا اتفق صراحة على استبعاد تطبيقها.

(2) رضا السيد عبد الحميد، التحكيم في الكفالة المصرفية وخطابات الضمان المصرفية، مرجعه السابق، ص 303.

(3) ويمكن مرد قلة القرارات بشأن الاعتمادات المستندية، قلة المنازعات التي ترد إلى القضاء بهذا الشأن، حيث تحل هذه المنازعات غالبا بشكل ودي وعن طريق التحكيم أو المصالحة نظرا لسرعة إجراءاتهما وسهولتهما وقلة تكاليفهما.

الموحدة الدولية على الاعتمادات المستندية هو القرار الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية تحت رقم 357395 بتاريخ 2006/01/04 في قضية بنك التنمية المحلية (BDL) وكالة رقم 106، الأبيار - الجزائر العاصمة ضد/ الشركة ذات المسؤولية المحدودة مجموعة أطلس (Prolexim) حيدرة - الجزائر.

وقد أكد هذا القرار بعد تكييفه للمعاملة المصرفية على أنها اعتماد مستندي بأنه: "يخضع العمل بصيغة الاعتماد المستندي للقواعد والعادات المألوفة الموحدة (RUU) الصادرة عن الغرفة التجارية الدولية (CCI) الخاصة بالوفاء بالديون الناتجة عن المبادلات التجارية الدولية"

ثانياً: مدى إمكانية الدفع بالغش في تنفيذ الاعتمادات المستندية في الجزائر.

كنتيجة لعدم تنظيم المشرع الجزائري لأحكام الاعتمادات المستندية فإنه لم يتناول كذلك الغش كسبب من أسباب المعارضة في تنفيذ الاعتماد المستندي وبما أن الأعراف والقواعد الموحدة للاعتمادات المستندية هي أيضاً لم تتناول الغش كسبب لعدم تنفيذ الاعتماد المستندي، فعليه سنتكلم باختصار عن موقف المشرع الجزائري من الغش لاسيما في القانون المدني، فيما يمكن ملاحظة أن القانون المدني الجزائري وعلى غرار القوانين الوضعية الأخرى، لم يعط تعريفاً للغش بمعناه العام وإنما ذكره في بعض الجزئيات كتطبيق لبعض المبادئ.⁽¹⁾

والمتفحص للقانون المدني يلحظ أن المشرع ألحق الغش والتدليس بالخطأ الجسيم (Faute grave)⁽²⁾ وإن كان الخطأ الجسيم هو درجة من درجات الخطأ بإهمال، غير أن المشرع سوى في بعض الأحكام منها على سبيل المثال المادة 185 موال المادة 372 مدني بين الغش والخطأ الجسيم⁽³⁾ بحيث أصبح هذا الأخير يشبه الخطأ العمدي، فالغش يتطلب وجوديته الخداع لدى الفاعل للإضرار بالغير كما هو الأمر بالنسبة للخطأ العمدي.⁽⁴⁾ هذا عن المفهوم العام للغش، أما عن الغش في تنفيذ الاعتمادات المستندية فإن خلوات التشريع وكذا الأعراف

(1) انظر فيما يتعلق الغش المواد: 178، 185، 182، 187، ... ق م إ.خ.

(2) فسر المشرع الخطأ الجسيم في المادة 372 مدني بـ Faute grave.

(3) المادة 185 مدني: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً".

(4) علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، الطبعة الثانية، 2007، ص 85.

الموحدة لنص صريح بشأنها يدفعنا للاستئناس بالآراء الفقهية في هذا المجال لاسيما المبدأ العام "الغش يفسد كل شيء".

ومادام القانون الجزائري لم يفصح صراحة بتبنيه الأعراف والقواعد الموحدة للاعتمادات المستندية وكذا لا يوجد ما يدل على استبعاده العمل بهاته الأعراف فإنه في حالة تم تسوية عملية تجارية دولية عن طريق الاعتماد المستندي وتبين وجود غش جاز تطبيق الآراء الفقهية في هذا الشأن وتمكين أصحاب المصلحة من معارضة تنفيذ الاعتماد المنسوب بغش. وعليه يجوز للعميل الأمر استصدار أمر بعدم الدفع بسبب ثبوت الغش من طرف المستفيد .

الفرع الثاني: مدى إمكانية التقدم بطلب استصدار أمر قضائي لمنع الوفاء بقيمة الاعتماد المستندي في القانون الجزائري.

يمكن القول أن الحصول على أمر عدم الدفع يعتبر من الأمور المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت، إذ أن عدم الحصول عليه يؤدي إلى عدم إمكان الرجوع على البنك ومنعه من الوفاء نتيجة وجود غش، خاصة إذا علمنا أن هناك سرعة ليست بالقليلة في الوفاء بقيمة الاعتمادات يستحق المستفيد مبلغ الاعتماد بمجرد قبول البنك للمستندات، وبذلك يستطيع سحب قيمة الاعتماد في أي وقت يشاء.

وقبل التطرق للمفترضات اللازمة لإصدار أمر استعجالي بوقف الدفع ينبغي أولاً التطرق للمفهوم العام للأوامر الاستعجالية وإجراءاتها.

أولاً : مفهوم الاستعجال في القانون الجزائري.

لم يعرف المشرع الجزائري الإستعجال شأنه في ذلك شأن التشريعات المقارنة ولكن عدد شروطه في المادة 183 من قانون الإجراءات المدنية التي تخول الإختصاص لرئيس الجهة القضائية النظر في الدعاوى المستعجلة إذا ما توفر فيها عنصر الإستعجال لهذا كان لفكرة الإستعجال أهمية كبيرة في تحديد إختصاص قاضي الأمور المستعجلة .

لقد اختلف الفقه والقضاء حول تعريف الاستعجال وترجع الصعوبة في ذلك إلى أن فكرة الاستعجال عملية أكثر منها نظرية⁽¹⁾، فمنهم من عرفه بأنه الضرورة التي لا تحتمل

⁽¹⁾ الغوثي ابن ملحمة، القانون القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 336.

تأخيراً وأنه الخطر المباشر الذي لا يكفي في انتقائه رفع الدعوى عن طريق الإجراءات العادية، ومنهم من يرى أن فكرة الاستعجال تكون قائمة عندما ينتج عن التأخير في الفصل في النزاع ضرر لأحد أطراف النزاع لا يمكن إبعاده.

ومنهم من يعرف الاستعجال بأنه الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم درؤه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولوقصرت مواعيد.

والملاحظ أن مفهوم الإستعجال متغير حسب الظروف والزمن، ومبدأ مرن غير محدد بدقة، وبذلك تكون السلطة التقديرية لقاضي الأمور المستعجلة أن يقدر في وصفه للوقائع ظرف كل دعوى على حدى، وذلك راجع إلى أن الإستعجال ليس مبدأ ثابتاً مطلقاً بل هو حالة تتغير بتغير ظرف الزمان والمكان، وكذا مع التطور الإجتماعي في الأوساط والأزمنة المختلفة⁽¹⁾.

كما يمكن القول بأن القضاء المستعجل هو جهة القضاء المختصة للفصل مؤقتاً في القضايا التي يخشى عليها من فوات الوقت وذلك في إجراءات سريعة من دون المساس بأصل الحق.

ولا مجال للخوض كثيراً في ذكر التعريفات المختلفة للفقهاء لأن موضوعنا يتعلق بمدى تطبيق الإستعجال على القضايا والنزاعات المتعلقة بالغش في الاعتماد المستندي.

1- متى يتم إصدار الأوامر الاستعجالية: من بين ما ينظمه القانون هو الحماية المؤقتة للحقوق والمراكز القانونية، ومرجع هذه الحماية أن الحق أو المركز القانوني قد يتعرض لخطر داهم يهدده أو ضرر محقق يصيبه، مما يتطلب الأمر معه اتخاذ إجراء عاجل لحمايته إلى حين الفصل في النزاع عليه.⁽²⁾ ومثل هذا الإجراء يكون مؤقتاً لمجرد منع الخطر أو توقي الضرر الذي يتعرض له الحق أو المركز القانوني، كما يكون خارجاً عن النزاع عليه، فلا يؤثر على نتيجة الفصل فيه وتعرف الإجراءات التي يمكن اتخاذها على هذا النحو بالأمور المستعجلة.

(1) Ali filali, 'urgence et la compétence de la juridiction des référés, thèse de magistère, université d'Alger 1987, p9.

(2) مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، الطبعة الأولى، ص 198.

2- عناصر الأوامر المستعجلة:

تعتبر الأوامر المستعجلة أوامر مؤقتة لا تمس بأصل الحق، تصدر في خصومة منظمة وفق مبدأ المواجهة، ومعالجة النفاذ بحكم القانون.⁽¹⁾

- أوامر مؤقتة: تعد الأوامر الصادرة تدابير مؤقتة تصدر على جناح السرعة تحقيقا لحماية الحق من الضرر المحتمل.⁽²⁾

ففي إشكالات التنفيذ مثلا ليس لقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بإيقاف تنفيذ الأحكام أو القرارات إلا مؤقتا لحين الفصل في الإشكال.⁽³⁾

ويترتب عن الطابع المؤقت للأوامر المستعجلة، عدم ترتيبه حجية على موضوع النزاع، فلا يلزم على قاضي الموضوع الأخذ بموجبها حين فصله في أصل النزاع. فيمكنه الحكم بخلاف ما قضى به قاضي الاستعجال وحتى بإلزام المستفيد من الأمر المستعجل بدفع تعويضات عن الأضرار الناتجة عن تنفيذ تدبير حين يتضح أنه غير ملائم، لأن من استصدر أمرا مستعجلا لصالحه ينفذه تحت مسؤوليته.⁽⁴⁾

وللأمر المستعجل حجية نسبية تتعلق بمحله، حيث يكون ساري المفعول إلى حين صدور الحكم في الموضوع أو أمر آخر ينقضه، ويشترط في الحالة الأخيرة أن تظهر ظروف مستجدة تقتضي إجراء مؤقتا.

- عدم المساس بأصل الحق: وهذا ما قضت به المادة 186: "الأوامر التي تصدر في المواد المستعجلة لا تمس أصل الحق" وبمقتضى هذه المادة يمنع على القاضي المكلف بالقضايا المستعجلة أن يتعرض لموضوع النزاع مثل تقرير ملكية أحد الخصوم أو مديونيته⁽⁵⁾ بل يكتفي بتلمس وجه الحقيقة فيه، فيمنع عليه الفصل في مفهوم أو مدى فاعلية قانون أو عقد لتأييد

(1) انظر المادة: 186، 187 و188 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

(2) بشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 362.

(3) قرار المجلس الأعلى رقم 36907 الصادر بتاريخ 15/06/1985، المجلة القضائية، 3، 1989، ص 86، 89.

(4) وهذه الغاية من دفع الكفالة، المادة 188 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(5) قرار المحكمة العليا رقم 66930 الصادر بتاريخ 16/06/1990 المجلة القضائية 3، 1992، ص 170 - 173.

التدبير الملتزم اتخاذه.⁽¹⁾ ولا في صحة العقد أوتزويره⁽²⁾ ولا يتولى الفحص الدقيق لوقائع الدعوى والسندات وإنما يكفي بتصفحها ليحمي من يبدولأول وهلة أنه أجدر بالحماية.

ومن أمثلة التدابير المستعجلة التي لا تمس بأصل الحق نذكر:

- الأمر ببيع البضاعة السريعة التلف محل العقد دون الإعلان عما إذا كانت مطابقة للمواصفات المتفق عليها أولا.

- الأمر برد الكهرباء دفعا للضرر، دون تحديد الموقف من انقضاء عقد الإيجار أولا... إلخ.

- مبدأ **المواجهة**:⁽³⁾ يكلف الخصم بالحضور قصد السماح بالرد على طلبات المدعي المتضمن إصدار الأوامر المستعجلة، وهو خلاف الأوامر على العرائض وأوامر الأداء التي تصدر دون اتخاذ ذلك الإجراء.

- **النفذ المعجل**: تكون الأوامر الصادرة في القضايا المستعجلة، معجلة النفاذ بكفالة أو بدونها، فلا يوقف تنفيذها قابليتها للطعن أو الطعن فيها فعلا، وفي حالات الضرورة القصوى، يجوز للرئيس، حتى قبل قيد الأمر وتبليغه أن يأمر بالتنفيذ بموجب المسودة الأصلية للأمر (المادة 188 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

3- **إجراءات طلب الاستعجال**: يرفع الطلب بعريضة موقعه من العارض أو وكيله إلى رئيس الجهة القضائية للدرجة الأولى المختصة بموضوع الدعوى حسب المادة 183.

هذا وفي حالة اللجوء للتحكيم، فإن قابلية الأمور المستعجلة للتحكيم لا تثير أي خلاف في الفقه من حيث المبدأ مادام الحق الموضوعي ذاته قابلا للتحكيم، ومادامت الحماية المؤقتة متعلقة بهذا الحق.⁽⁴⁾ والمشرع الجزائري لم تفته هاتاه النقطة فأجاز لمحكمة التحكيم أن تأمر بناء على طلب أحد الأطراف بتدابير مؤقتة تحفظية، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك.⁽⁵⁾

(1) قرار المجلس الأعلى رقم 41222 الصادر بتاريخ 16/03/1987، المحلة القضائية 2، 1989، ص 176 - 179.

(2) إذ لا يجوز لقاضي الاستعجال أن ينظر في صحة عقد رسمي قدم للاستدلال به أمامه، قرار المجلس العلى الصادر بتاريخ 22/12/1982،

المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، العدد 2، 1985، ص 376 - 374.

(3) انظر: الفقرة الثانية من المادة 184 وكذا المادة 185 من قانون الإجراءات المدنية.

(4) مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، مرجعهما السابق، ص 199.

(5) انظر المادة 1046 من قانون 08 - 09 المؤرخ في 18 صفر عام 1929 الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية

المدنية والإدارية.

وفي حالة عدم قيام الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.

ثانيا : الوسائل المقترحة في القانون الجزائري التي يستطيع العميل الأمر بناء عليها التقدم إلى القضاء، طالبا وقف تنفيذ الاعتماد المستندي.

لقد تطرقنا سالفا إلى كون المشرع الجزائري لم يعالج هذا الموضوع كشأن باقي الموضوعات المتعلقة بالاعتماد المستندي، إلا أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري يمكن أن يفيدنا في هذا الموضوع بالرغم منة كونه لم يفرد نصوصا خاصة تعالجه .

فالمشرع الجزائري نص على حالات اختصاص قاضي الأمور المستعجلة في المادة 183 من قانون إجراءات المدنية بما يلي:

" في جميع أحوال الاستعجال، أو عندما يقتضي البث في تدبير الحراسة القضائية أو أي تدبير تحفظي لا تسري عليه نصوص خاصة، فإن الطلب يرفع بعريضة إلى رئيس الجهة القضائية للدرجة الأولى المختصة بموضوع الدعوى.

وعندما يتعلق الأمر بالبث مؤقتا في إشكالات التنفيذ المتعلقة بسند تنفيذي أو أمر أو حكم أو قرار فإن القائم بالتنفيذ يحرر محضرا بالإشكال العارض ويخبر الأطراف أن عليهم أن يحضروا أمام قاضي الأمور المستعجلة الذي يفصل فيه

كما نص على ذلك في المادة 1/172 من قانون الإجراءات المدنية بقوله:

"الطلبات التي يكون الغرض منها استصدار أمر بإثبات الحالة أو بالإندار أو باتخاذ إجراء مستعجل آخر في أي موضوع كان، دون مساس بحقوق الأطراف، تقدم إلى رئيس الجهة القضائية المختصة الذي يصدر أمره بشأنها...".

إن نص المشرع على اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بنصوص تشريعية في مسائل هامة، يرى أنه يجب السرعة للفصل في النزاعات المطروحة بشأنها مضميا عليها الطابع الإستعجالي، ويفترض توافر الاستعجال في تلك المسألة بقوة القانون وأن الفصل فيها عن طريق الاستعجال يحقق حسن سير العدالة ويبقي الأطراف المتخاصمة من الخطر المحدق الذي قد يهدد مصالحهم ويجنبهم الضرر.

وبناء على ما سبق يمكن القول أن التقدم بطلب لاستصدار أمر قضائي بمنع تنفيذ الاعتماد المستندي هو من المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت، لذا نرى أن هذا النص يغطي ذلك، ويتيح للعميل الأمر أكثر من وسيلة يمكن أن يتقدم بها إلى القضاء طالبا وقف التنفيذ (وقف الوفاء بقيمة الاعتماد).

يمكن أن نعدد هذه الوسائل كالتالي:

- اللجوء إلى القضاء المستعجل لاستصدار أمر على ذيل عريضة لمنع الوفاء.

- توقيع الحجز على مبلغ الاعتماد لدى البنك من قبل العميل الأمر باعتباره دائنا للمستفيد .

1 - اللجوء إلى القضاء المستعجل لاستصدار أمر على ذيل عريضة لمنع الوفاء .

الأوامر على عرائض⁽¹⁾ هي القرارات التي تصدر عن القضاء على الطلبات التي يتقدم بها ذوو الشأن في صورة عرائض بقصد الحصول على إذن القضاء بعمل أو إجراء قانوني معين، فهي لا تعدو أن تكون إذنا من القضاء للقيام بعمل أو إجراء قانوني معين - دون سماع أقوال الخصم وبغير علمه-⁽²⁾، في موضوع لا يمس بحقوق الأطراف. وهي أوامر مؤقتة تصدر دون حضور الخصم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، شأنها شأن العمل الولائي لا يمكن حصرها في حالات محددة وللمحكمة سلطة تقدير حسب الحالات المعروضة⁽³⁾ .

ويشترط لاستصدار أمر على عريضة، أن يكون الإجراء مستعجلا، مؤقتا وأن لا يمس أصل الحق⁽⁴⁾

ويمكننا القول أنه مادام التقدم بطلب استصدار أمر بمنع الوفاء من الأمور المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت ولا تمس بأصل الحق، ومادامت حالات إصدار الأوامر على عرائض غير محددة على سبيل الحصر في القانون الجزائري، فإنه يمكن للعميل الأمر

¹ الأوامر على عرائض هي نوع من الأعمال الولائية التي لا تدخل في الإختصاص العادي للقاضي، يباشرها القضاء دون نزاع ودون خصوم، لاتخاذ تدابير معينة تستهدف المحافظة على الحق أو على أحد ضماناته، أو تأكيد حق أو إقراره ... سواء كان النزاع قائما أو على وشك الوقوع أو قام وانتهى، أو لم يكن أي نزاع أوحى بمجرد احتمال وقوعه .

² أنظر، نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى للنشر، طبعة 1، 2008، ص 310-311.

³ المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يحصر الحالات التي يجوز فيها للقضاء إصدار أمر على عريضة وترك السلطة التقديرية للقضاء في تقدير الحالات التي يجوز فيها إصدار الأمر.

⁴ ولا يشترط حضور الخصم وسماعه، وهذا لمصلحة طالب الأمر الذي يعتمد استصدار الأمر في غفلة عن الخصم .

أن يقدم طلب استصدار أمر على عريضة لمنع الوفاء بقيمة الاعتماد بالرغم من عدم ورود نص قانوني خاص يعطي للعميل الأمر هذا الحق.

ب/ توقيع الحجز على قيمة مبلغ الاعتماد المستندي لدى البنك باعتبار العميل الأمر دائنا للمستفيد : -

تنص المادة 367 منق.ام على أنه: "يجوز لكل دائن بيده سند تنفيذي أن يحجز حجزاً تنفيذياً، على ما يكون لمدينه لدى الغير من الأموال المنقولة المادية أو الأسهم أو حصص الأرباح في الشركات أو السندات المالية أو الديون ولم يحل أجل استحقاقها وذلك بموجب أمر على عريضة من رئيس المحكمة التي توجد فيها الأموال ."

وهذا الحجز المشار إليه في نص المادة أعلاه يعد من باب حجز ما للمدين لدى الغير، وهو الحجز الذي يوقعه الدائن على ما يكون لمدينه من حقوق في ذمة الغير أو منقولات في حيازة هذا الغير بقصد منع هذا الغير من الوفاء للمدين أو تسليمه ما في حيازته من منقولات وذلك تمهيداً لاقتضاء حق الحاجز من المال المحجوز أو من ثمنه بعد بيعه.

ويفترض لهذا النوع من الحجز وجود ثلاثة أطراف:

الأول، وهو الحاجز الذي يتخذ إجراءات الحجز، أما الثاني فهو المحجوز عليه وهو المدين المباشر للحاجز، أما الطرف الثالث فهو المحجوز لديه وهو من يطلق عليه لفظ الغير، وهو الذي يتم الحجز تحت يده على الأموال والحقوق التي يدين بها مباشرة إلى المحجوز عليه.

ومن الأمثلة العملية على ذلك أن يقوم الدائن بالحجز على أموال مدينه المودعة في أحد البنوك .

ولا يتمكن الدائن بهذا الحجز بدء التنفيذ على أموال المدين واقتضاء حقه منها وإنما يتحقق له ذلك في مرحلة لاحقة⁽¹⁾، إذ أن حجز ما للمدين لدى الغير يبدأ تحفظياً⁽²⁾ ثم يتحول بعد ذلك إلى حجز تنفيذي⁽³⁾ وذلك عندما يتخذ الدائن الإجراءات اللازمة لاستيفاء حقه، ونتيجة لذلك فإن هذا الحجز له خصائص وصفات كل من الحجز التحفظي والتنفيذي .

⁽¹⁾ نبيل صقر المرجع السابق، ص، 480-481 .

⁽²⁾ نظم المشرع الجزائري التحفظي في المواد 646 إلى 666 في الفصل الثاني من الباب الخامس من قانون 1. م. ج.

⁽³⁾ كما نظم الحجز التنفيذي في المواد 687 إلى 720 في الفصل الرابع من الباب الخامس من ق. ل. م .

ويمثل حجز ما للمدين لدى الغير أهمية خاصة لدى البنوك، حيث يعد الوسيلة الغالبة التي يستعملها الدائنون لاقتضاء حقوقهم وذلك بلجوئهم إلى بنوك مدينتهم للحجز على أية حقوق تكون لهم هناك كما في حالة إيجار الخزائن الحديدية أو الحجز على الحسابات المصرفية... (1)

هذا الحجز يتم من قاضي الأمور المستعجلة بناء على طلب صاحب الحق ضمانا للمدين المطالب به كما يجوز للمدين أن يحصل من قاضي الأمور المستعجلة باستيفاء ما له من مبالغ من الغير المحجوز لديه، وهذا ما يستخلص من المادة 365 من قانون الإجراءات المدنية التي نصت على أنه يجوز للمدين أن يحصل من قاضي الأمور المستعجلة على إذن باستيفاء ما له من مبالغ من الغير المحجوز لديه على أن يودع قلم الكتاب المبلغ الذي يقدره القاضي لضمان ما يحتتمل من الدعاوى ومصاريف الحجز.

وهنا يثور التساؤل عن مدى فاعلية هذه الوسيلة في وقف صرف قيمة الاعتماد المستندي

؟

وللإجابة عن هذا التساؤل يستلزم الرجوع إلى بعض الأحكام المتعلقة بهذا الشأن ونظرا لعدم تمكننا من الحصول على أي حكم جزائي بهذا الخصوص، نستند لبعض الأحكام المقارنة، فعلى سبيل المثال فقد جاء في حكم محكمة استئناف القاهرة أنه لايجوز للعميل الأمر توقيع الحجز على قيمة الاعتماد تحت يد البنك مصدر الاعتماد وفي حالة توقيع هذا الحجز، فإنه لا يمنع البنك من تنفيذ التزامه المباشر والقطعي أمام المستفيد (2).

" لا يجوز للعميل الأمر أو البنك أن يعطل تنفيذ الاعتماد المستندي في غير حالة الغش عن طريق توقيع الحجز على قيمة الاعتماد لأن إباحة شيء من ذلك يخل بمبدأ القوة الملزمة لعقد الأساس الذي ألزم العميل بفتح اعتماد مستندي، كما يتعارض مع التزام البنك المباشر والقطعي بالوفاء بقيمة الاعتماد المستندي فضلا عن تناقضه مع مبدأ استقلال الاعتماد المستندي عن عقد الأساس ذلك المبدأ الذي يمنع الأمر من التمسك بشروط عقد البيع لتعطيل أحكام الوفاء بقيمة الاعتماد، كذلك فإن إباحة الحجز على قيمة الاعتماد يفقد الاعتماد

¹ حاتم محمد عبد الرحمن، مرجعه السابق، ص، 365 .

² حاتم محمد عبد الرحمن، مرجعه السابق، ص 376 .

المستندي قيمته العملية إذ من شأنه إزالة الطمأنينة التي يستهدفها، مما يؤدي إلى شل حركة المعاملات التجارية ... " (1)

وبتحليلنا للحكم يمكن أن نصل للنتائج الآتية:

- الأصل هو عدم جواز الحجز على قيمة الاعتماد من قبل العميل الأمر وذلك لاعتبارات متعلقة بطبيعة التزام البنك ومبدأ الاستقلال والوظيفة التي يؤديها الاعتماد المستندي .
 - لكن يرد على هذا الأصل استثناء في حالة الغش (وقد سبق وأن تكلمنا عن اعتراف القضاء المصري بإمكانية وقف تنفيذ الاعتماد بسبب الغش (2) .
 - يجب مراعاة أن القضاء المقارن وبصورة خاصة الفرنسي يسمح بالحجز على قيمة الاعتماد وبشروط معينة (3) .
- وعليه فإنه يمكن الحجز على قيمة الاعتماد المستندي في حالة ثبوت الغش .

¹ استئناف القاهرة في 19 - 11 - 1997 الدائرة 6 تجاري .

² أما عن تحديد مفهوم الغش ومعياره، فنحيل في ذلك لما هو وارد في الفصل الثاني من الرسالة ضمن الكلام عن الجوانب الموضوعية للغش المانع من تنفيذ الاعتماد .

³ عادل السيد مصطفى، رسالته السابقة، ص 390 إلى 400.

الغفلة

تعرضنا في هذه الرسالة إلى بعض النقاط التي ثار حولها الجدل والنزاع، وقد أوضحنا ذلك بشيء من التفصيل خاصة فيما يتعلق بمبدأ استقلال التزام البنك، وذلك على اعتبار أن هذا المبدأ يشكل جوهر الاعتماد المستندي، وعماده الرئيسي، فهو القوام الذي يميزه عن غيره من النظم القانونية وتوصلنا إلى أن هذا المبدأ لا يمكن أن يؤخذ على إطلاقه بل يجب تقيدهمفطرقتنا لأهمية وجود استثناء على مبدأ نهائية تنفيذ الاعتماد المستندي، فكان هذا الاستثناء هو دفع الغش في العقد الأساسي لكن كأى استثناء على الأصل كان ولا بد من جعل هذا الاستثناء يبقى في حدود ضيقة، بحيث لا يجوز التوسع في إعماله. دون التوسع في تطبيقه، فكان لزاما وضع معيار لذلك الغش حتى يبرر به كاستثناء على استقلالية الاعتماد عن عقد الأساس.

نتائج البحث:

قد تبين لنا:

1- أن المبدأ المسلم به في تنفيذ الاعتمادات المستندية هو مبدأ الاستقلال، وأهم من يستفيد من هذا المبدأ هو المستفيد من الاعتماد (البائع) إذ أن حقه في قيمة الاعتماد ينشأ له مباشرة بموجب خطاب الاعتماد، وباتصال علمه بهذا الخطاب ينشأ له حق نهائي فيما ورد به، إذا قام بتقديم مستندات مطابقة من حيث الظاهر لخطاب الاعتماد، وسبب القول بنهائية هذا الحق هو إعمال ما يمكن أن نسميه بقاعدة حظر الدفع المستمدة من عقد الاعتماد وعقد الأساس، هذه القاعدة من شأنها حمايته من المؤثرات التي قد تطرأ على علاقته بالمشتري في عقد البيع كما قد تحميه أيضا من تراجع البنك الذي أصدر خطاب الاعتماد لأي سبب يؤثر على علاقته بالعميل الأمر في عقد الاعتماد.

2- إلا أنه لا يمكن التمسك بمبدأ استقلال الاعتماد المستندي على إطلاقه، أي الحد الذي يحمي البائع المنحرف، فمتى ثبت غش المستفيد جاز وقف تنفيذ الاعتماد المستندي، ويعود الدور الرائد للقضاء الأمريكي في إظهار ما يعرف بوقف تنفيذ الاعتماد بسبب الغش من خلال القضية المشهورة Sztejn التي فصل فيها القضاء

الأمريكي في بداية الأربعينيات من القرن الماضي وأعقبها تدخل تشريعي قام بتقنين الغش كاستثناء على نهائية تنفيذ الاعتماد المستندي وذلك من خلال المادة 5 قسم 119

3 - وإذ كان وقف الدفع في إطار الاعتماد المستندي ولأي سبب هو استثناء على القاعدة العامة وهي استقلالية الاعتماد المستندي عن عقد الأساس، فإن الخروج عن هذه القاعدة يكون مفهوما إذا ما فهمت وظيفة الاعتماد المستندي المتمثلة في التأكيد على أنه لا يتمكن أي طرف من أطراف عقد الأساس من الجمع في يده بين أدائه وأداء الأطراف الأخرى في نفس الوقت (بدون اعتماد مستندي ستكون البضاعة والتمن في إحدى اللحظات إما في يد البائع أو المشتري) ولتفادي مثل هذه الحالة تم ابتكار آلية الاعتماد المستندي.

هذه الوظيفة الخاصة بالاعتماد المستندي تتعرض للإخفاق في حالة السلوك المشوب بالغش من احد الأطراف الذي يتمكن من أن يجمع في يده بين أدائه وأداء الطرف الآخر فيؤدي ذلك إلى انحراف الاعتماد المستندي عن وظيفته الأساسية، كما إذا تقدم المستفيد بمستندات مزورة تثبت أداء التزامه في عقد الأساس وحصل على قيمة الاعتماد، يكون قد جمع بين أدائه (عدم قيامه بالتزاماته في عقد الأساس، كعدم شحن بضاعة أو شحن بضاعة رديئة) وبين أداء الطرف الآخر أي العميل الأمر (بحصوله على الثمن).

والتدخل لمنع تنفيذ الاعتماد المستندي في حالة الغش لن ينال من وظيفة الاعتماد المستندي لأن هذه الوظيفة تكون قد اختلت فعلا بسبب التصرف المشوب بالغش.

4 - وعليه فإن الأخذ بقاعدة الغش في عقد الأساس كمبرر لوقف تنفيذ الاعتماد ليس من شأنه أن ينال من مبدأ استقلال الاعتماد المستندي لأن هذا المبدأ قد أهدر بالفعل بوجود الغش في عقد الأساس.

وللحفاظ على هذا المبدأ يجب إعمال الاستثناء المتمثل في وقف تنفيذ الاعتماد المستندي بسبب الغش في عقد الأساس إذا توافرت شروطه، مثل قصر الغش على الحالات التي يكون مرتكبها المستفيد نفسه أو بعلمه، وتفسير الغش تفسيراً ضيقاً بحيث يقتصر على الغش الواضح، وعدم الأخذ بمجرد الإخلال بعقد الأساس كدافع لعدم التنفيذ إلا إذا اقترن بهذا الإخلال تقديم وثائق مزورة لا تعبر عن الحقيقة والواقع. وعليه فإن حرمان المستفيد الذي يمارس غشاً ضد العميل الأمر من الحصول على الوفاء بقيمة الاعتماد لا يمثل خروجاً أو تعارضاً مع مبدأ استقلال تنفيذ الاعتماد المستندي، بل هو ما يتفق مع روح هذا المبدأ.

5 - إن القول بأن المستفيد الذي يمارس غشاً في الاعتماد المستندي لا ينبغي أن يتلقى وفاء، لا يعني إجبار البنك بعدم الدفع ولا إلزام المحاكم بإصدار أوامر لوقف الوفاء، كلما ادعى العميل الأمر وجود الغش، لأن الغش الذي يبرر الامتناع عن الوفاء أو التدخل القضائي لوقف التنفيذ هو في حد ذاته تحديد لمدى قدرة القضاء على التعامل بصورة واقعية في المسائل التجارية، ويمثل محاولته لفض النزاع بين الاعتبارات المتعارضة في هذا الصدد واعتبارات العدالة التي تقف وراء السماح بالدفع بالغش وأحكام الاعتمادات المستندية التي جوهرها هو مبدأ الاستقلال.

6- وأخيراً ومن خلال دراسة الجوانب الإجرائية للغش للموقف لتنفيذ الاعتماد المستندي استنتجنا أن القانون الأمريكي بوصفه الرائد في هذا المجال، قد عرف أساليب قضائية مختلفة مثل الأمر القضائي، الحجز، والإيداع في خزينة المحكمة، وإذا انتقلنا لتنفيذ الدفع بالغش في القانون الجزائري نستنتج أن المشرع الجزائري لم يتدخل بنص صريح يبيح استصدار أمر على عريضة عند قيام الغش الظاهر من المستفيد في الإعتمادات المستندية، وبالرجوع لقانون الإجراءات المدنية والإدارية استنتجنا أن المشرع لم يحدد حالات استصدار أمر على عريضة، وبالتالي يمكن للعميل الأمر في حالة الغش أن يستصدر مثل هذا الأمر، كما يمكن اللجوء إلى القضاء المستعجل في صورة دعوى إستعجالية.

توصيات البحث:

رغبة منا في ملاحقة عجلة التقدم القانونية عامة والبنكية خاصة، وبعد أن بات اعتقادنا ملحا على ضرورة متابعة ركب التطور الاقتصادي- لاسيما بعد التحولات الجذرية الهامة التي عرفتها الجزائر في المجال الاقتصادي- وسعيا في الوصول إلى تحقيق النجاح المرجو من الضمانات البنكية، وما ينجم عن ذلك من ازدهار في الحياة الداخلية والخارجية، ومن تشجيع للاستثمار المحلي، واستنادا إلى المراجع المتخصصة وبالرجوع إلى بعض القوانين المقارنة التي أخذت بالاعتماد المستندي كنظام مستقل وشرعت بتنظيم أحكامه ضمن قوانينها التجارية فإننا ننادي ببعض التوصيات التي نتمنى أن تؤخذ بعين الاعتبار من قبل مشرعنا الجزائري، ونوجز هذه التوصيات فيما يأتي:

1- إن المشرع الجزائري قد تبنى صراحة في قانون المالية التكميلي 2009 الاعتماد المستندي كوسيلة إجبارية لتنفيذ عمليات التجارة الدولية وبالرغم من ذلك فهو لم يمل أي اهتمام بتنظيم هذه الآلية، وعليه فمن الجدير به تنظيمها ضمن القانون التجاري الجزائري حتى يزيل اللبس والغموض عنها ويبرز أهميتها للمتعاملين الاقتصاديين الجزائريين.

2- ضرورة تبني الأنظمة القانونية المتطورة التي تحكم الاعتماد المستندي وتنظم استعماله للتمكن من تفادي مخاطره لاسيما غش المستفيد.

3- ضرورة أن يحيل المشرع الجزائري لم يرد بشأنه نص في التعديل المرجو القيام به إلى النشرة 600 من القواعد والأعراف الدولية 2007 ومن ثم يحيل إلى القواعد السائدة في المعاملات الدولية بشأن الاعتماد المستندي.

4- ضرورة ذكر نص صريح يعبر فيه المشرع عن جوهر الاعتماد المستندي ألا هو مبدأ الاستقلال .

5- ضرورة أن ينص المشرع صراحة على أن البنك ملتزم بالأصالة لا بالنيابة وبالتالي يصبح للمستفيد حق مباشر ومجرد ونهائي.

6- ضرورة تفادي ما وقعت فيه الكثير من التشريعات المقارنة من نقص في تقنينها للاعتماد المستندي وذلك بوجوب ذكر حالة الغش الظاهر من المستفيد باعتباره معطل أساسي لفاعلية الاعتماد المستندي .

7- ضرورة تحديد شروط الغش اللازم توافرها لاعتباره استثناء على المبدأ العام وأن لايتترك الأمور من اختصاص الفقه وحده بسبب اختلافه في تحديد شروط الغش.

قائمة المراجع

أ-ط _____ مقدمة

الفصل الأول: مبدأ نهائية تنفيذ الاعتماد المستندي والاستثناءات الواردة

02 _____ عليه

03 _____ **المبحث الأول: نهائية تنفيذ الاعتماد المستندي**

03 _____ **المطلب الأول: حق المستفيد من قيمة الاعتماد**

04 _____ **الفرع الأول: أساس حق المستفيد من قيمة الاعتماد (خطاب الاعتماد)**

12 _____ **الفرع الثاني: خصائص حق المستفيد من قيمة الاعتماد**

18 _____ **المطلب الثاني: شروط استيفاء المستفيد لقيمة الاعتماد**

19 _____ **الفرع الأول: مرحلة تقديم المستندات و فحصها**

29 _____ **الفرع الثاني: مسؤولية البنك عن التزامه بفحص المستندات**

36 _____ **المبحث الثاني: الاعتراف بالغش كاستثناء على مبدأ نهائية تنفيذ الاعتماد المستندي**

38 _____ **المطلب الأول: الأساس القانوني للدفع بالغش في القانون الأمريكي**

38 _____ **الفرع الأول: أهم التطبيقات القضائية في القانون الأمريكي**

الفرع الثاني: موقف القانون التجاري الأمريكي الموحد من مسألة الغش المانع من تنفيذ

45 _____ **الاعتمادات المستندية**

المطلب الثاني : مدى إمكانية الدفع بالغش أثناء تنفيذ الإعتمادات المستندية في القوانين

51 _____ **المقارنة**

56 _____ **الفرع الأول: القضاء الفرنسي**

59 _____ **الفرع الثاني: القضاء الإنجليزي**

59 _____ **الفرع الثالث: القضاء المصري**

68 _____ **الجزء الثاني : الجوانب الموضوعية للغش المانع من تنفيذ الاعتماد المستندي**

69 _____ **المبحث الأول: مفهوم الغش في عقد الأساس ونطاقه**

69 _____ **المطلب الأول: مفهوم الغش**

69 _____ **الفرع الأول: مفهوم الغش في القواعد العامة**

75 _____ **الفرع الثاني: مفهوم الغش في عقد الأساس**

89 _____ **المطلب الثاني: نطاق الغش في عقد الأساس**

89 _____ **الفرع الأول: نطاق الغش في عقد الأساس من حيث الزمان**

93 _____ **الفرع الثاني: نطاق الغش في عقد الأساس من حيث الأشخاص**

101	المبحث الثاني: طبيعة الغش في عقد الأساس
102	المطلب الأول: معيار الغش في عقد الأساس
102	الفرع الأول: معيار الغش الجسيم
105	الفرع الثاني: معيار الغش العمدي
109	الفرع الثالث: المعيار الذي نراه مناسباً لتبرير وقف تنفيذ الإعتاماد المستندي
110	المطلب الثاني: أنواع الغش في عقد الأساس ووسائل إثباته
111	الفرع الأول: أنواع الغش في الإعتاماد المستندي
116	الفرع الثاني: وسائل إثبات الغش
123	الفصل الثالث: الجوانب الإجرائية للغش المانع من تنفيذ الإعتاماد المستندي
124	المبحث الأول: حق البنك في معارضة تنفيذ الإعتاماد المستندي
124	المطلب الأول: حق البنك في رفض الدفع دون حاجة لحكم قضائي
124	الفرع الأول: قبول المستندات المطابقة و تنفيذ الإعتاماد
132	الفرع الثاني: رفض الدفع
138	المطلب الثاني: حق البنك في الرجوع على المستفيد بالاسترداد
140	الفرع الأول: التسوية المشروطة
	الفرع الثاني: رجوع البنك على المستفيد بسبب الغش كاستثناء من مبدأ استقلال التزام
145	البنك
149	المبحث الثاني: حق العميل الأمر في معارضة تنفيذ الإعتاماد المستندي
149	المطلب الأول: الوسائل القضائية لمنع الوفاء بقيمة الإعتامادات المستندية
149	الفرع الأول: استصدار أمر قضائي بمنع البنك من الوفاء
159	الفرع الثاني: توقيع الحجز تحت يد البنك على قيمة المستندات
166	المطلب الثاني: تفعيل الدفع بالغش في القانون الجزائري
166	الفرع الأول: الإعتاماد المستندي في القانون الجزائري
	الفرع الثاني: مدى إمكانية التقدم بطلب استصدار أمر قضائي لمنع الوفاء بقيمة الإعتاماد
171	في القانون الجزائري
181	الخاتمة
187	قائمة المراجع
	فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

قائمة المراجع

أولا : باللغة العربية

أ- الكتب والرسائل العلمية:

1 - الكتب

- الكتب اللغوية:

بالعربية :

- محمد بن ابي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الجيل، بيروت، لبنان 1985.
بالأجنبية :

- Blak's law dictionary ,Sixth edition , west group 1990.

- الكتب القانونية :

1- أكرم إبراهيم حمدان الزغبى، مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد
المستندي دراسة مقارنة وفقا لأحكام النشرة 500، دار وائل للنشر، عمان، الأردن،
الطبعة الأولى، سنة 2000.

2- أحسن دياب، الاعتمادات المستندية التجارية، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات
و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 1999.

3 - أحمد منير فهمي، الدليل السعودي لمكافحة القرصنة والغش التجاري الدولي،
الجزء الثالث، مجلس الغرف التجارية الصناعية السعودية، 1996.

4- إلياس ناصيف، عمليات المصارف، بيروت، منشورات عويدات و بحر المتوسط،
المجلد الثالث، الطبعة الأولى، سنة 1983.

5- الغوثي ابن ملحة، القانون القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية،
الجزائر، 2002، ص 336.

6- بارش سليمان، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائرية، الجزء الثاني، طرق التنفيذ،
دار الهدى للنشر، عين مليلة، الجزائر، 2006.

7- بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية،
الجزائر.

- 8- بلعيساوي محمد الطاهر، التزامات البنك في الاعتمادات المستندية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2011 .
- 9- بناصر يوسف، ماهية الغش في الاعتماد المستندي، الموسوعة القانونية للقاضي بناصر 2006 .
- 10- جورجيت عبده فليني، مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1993.
- 11- حمدي عبد المنعم، العمليات المصرفية في قانون المعاملات التجارية الاتحادي رقم (18) لسنة 1993 لدولة الإمارات العربية المتحدة، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1995.
- 12- حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، دون ذكر دار الطبع، طبعة 1988
- 13- حاتم محمد عبد الرحمن، العمليات المصرفية المستقلة والمشكلات المرتبطة بتنفيذها، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 2003.
- 14- رضا السيد عبد الحميد، النظام المصرفي وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، طبعة 2000.
- 15- رضا السيد عبد الحميد تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة، دار النهضة العربية، طبعة 1997 .
- 16- زكي عبد الحميد الادكاري: النواحي العملية للاعتمادات المستندية فيالتصدير، معهد الدراسات المصرفية، 2000 .
- 17- سعيد عبد العزيز عثمان، الاعتمادات المستندية، الدار الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2002، 2003 .
- 18- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج 2، أحكام الالتزام، ط3، 1988 ، بغداد.
- 19- عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف، 2001.
- 20- علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، دراسة للقضاء والفقه المقارن قواعد سنة 1986 الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية، (د. طبعة)، 1993.

- 21- عفيف شمس الدين، المصنف في الاجتهاد التجاري، الجزء الثاني، بيروت، 1995.
- 22- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
- 23- علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، الطبعة الثانية، 2007.
- 24- محمود عبد الرحيم الذيب، الحيل في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 79.
- 25- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، دار الهدى، عين مليلة، 2007، 2008.
- 26- محي الدين اسماعيل علم الدين، موسوعة عمليات البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، اجزاء الثالث، دار النهضة العربية، 1993.
- 27- محمد حسين إسماعيل، التزام المشتري بفتح الاعتماد المستندي، معهد الإدارة العامة، الرياض، بدون طبعة، سنة 1992.
- 28- محي الدين إسماعيل علم الدين، الاعتماد المستندي في الفقه والقضاء والعمل، القاهرة، دار النهضة العربية، د ط، 1968.
- 29- مصطفى محمد الجمال و د/ عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، الطبعة الأولى.
- 30- مصطفى كمال طه، القانون التجاري، العقود التجارية وعمليات البنوك، الاسكندرية، الدار الجامعية، طبعة 1999.
- 31- محمد حسني عباس، العقد والإرادة المنفردة، درا النهضة العربية، 1995.
- 32- محسن البيه، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، النسر الذهبي، سنة 2000.
- 33- مبروك حسين، المدونة البنكية الجزائرية، مع النصوص التطبيقية والاجتهاد القضائي والنصوص المتممة، دار هومة للنشر، الطبعة الثانية، 2006.
- 34- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى للنشر، طبعة 1، 2008.

2 الرسائل العلمية:

- 1- السيد محمد اليماني، الاعتماد المستندي والطبيعة القانونية لالتزام البنك، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1974.
- 2- حسين شحادة الحسين، موقف البنك من المستندات المخالفة في الاعتماد المستندي، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2001، 2002.
- 3- زينب السيد سلامة، دور البنوك في الاعتمادات المستندية من الوجهة القانونية، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق سنة 1967.
- 4- سائد المحتسب، الطبيعة القانونية للاعتماد المستندي، رسالة ماجستير، عمان، الجامعة الأردنية، 1992.
- 5- عادل إبراهيم السيد مصطفى، مدى استقلال البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، 1996.
- 6- علي الأمير إبراهيم إسماعيل، التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتمادات المستندية، في عقود التجارة الدولية ومسؤوليته، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 2002.
- 7- فهد بن ابراهيم الحوشاني، الغش في المعاملات التجارية الإلكترونية بين الفقه والنظام السعودي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية ، كانون الأول 2006 .
- 8- فضيل نادية، الغش نحو القانون، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر.
- 9- ليلي بعتاش، الاعتماد المستندي من الوجهة القانونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2003 - 2004.
- 10- محمد محمد السروي، الغش في المعاملات المدنية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، سنة 2004.
- 11 - السيد محمد اليماني، الاعتماد المستندي والطبيعة القانونية لالتزام البنك، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق ، 1984 .

- 12- معن الحرباء، الغش في الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2002.
- 13- نجوى أبو الخير، البنك والمصالح المتعارضة في الاعتماد المستندي، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1990.
- ب- المقالات :**
- 1- أحمد نوري زيادات، معيار مطابقة المستندات لشروط الأعتاماد المستندي، دراسة مقارنة لأحكام القضاء الأنجلو أمريكي، عمان، مجلة القانون، العدد الثاني، 1993.
- 2- أحمد منير فهمي، أضواء على عمليات الغش في الاعتمادات المستندية وعلاقتها بعمليات غسل الأموال، مجلة المحامي، السعودية، العدد الخامس، 2000.
- 3- اكتشاف فضيحة "بطاطا الخنازير" جنبت الجزائريين مقبرة جماعية، منشور في جريدة الشروق ، ليوم الثلاثاء 21 أكتوبر 2008، العدد 2435.
- 4- شفيق حرباء، الاعتمادات المستندية، دمشق، مجلة المحامون، العدد الثالث لسنة 1988.
- 5- علي جمال الدين عوض، الاعتماد المستندي والحجز، مجلة البنوك في الأردن، جمعية البنوك في الأردن، المجلد السابع، العدد الرابع، 1988.
- 6- علي جمال الدين عوض، تحصيل الثمن في التجارة الدولية، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الثانية، العدد الأول، يناير 1978.
- 7- فياض عبيد، الاعتمادات المستندية بين العرف والقانون، دمشق، مجلة المحامون، العدد الخامس، السنة 1982.
- 8- موريس نصر الله، الاعتماد المستندي، بيروت، مؤتمر المحامين، دون طبعة، 1989م.
- 9- محمود الكيلاني، مسؤولية البنك عندما تكون مستندات الاعتماد غير مطابقة وعند تقديمها بعد انتهاء صلاحية الاعتماد، الأردن، مجلة البنوك، جمعية البنوك في الأردن، المجلد السادس عشر، العدد 3، 1997.

ج- النشرات والاتفاقيات الدولية :

- 1- النشرة (500) الصادرة عن غرفة التجارة الدولية لسنة 1993 تحت عنوان القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية .
- 2- النشرة (600) الصادرة عن غرفة التجارة الدولية لسنة 1993 تحت عنوان القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية .
- 3- اتفاقية (ISP 98): (RPIS) :

د- القوانين :

- 1- القانون رقم 75- 58 المؤرخ في : 26- 09 - 1975 والمتضمن القانون المدني الجزائري (المعدل والمتمم) .
- 2- القانون التجاري الجزائري الصادر بتاريخ 26 - 09 - 1975 (المعدل والمتمم).
- 3- قانون 08 - 09 المؤرخ في 18 صفر عام 1929 الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- 4- قانون رقم 95-07 مؤرخ في 23 ديسمبر 1995 يعدل و يعوض النظام رقم 92-04 المؤرخ في 22 مارس 1992 و المتعلق بمراقبة الصرف.
- 5- قانون رقم 91 - 13 مؤرخ في 14 عشت 1991 متعلق بالتوطين و التسوية المالية للصادرات غير المحروقات.
- 6- قانون رقم 05-01 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق لـ 6 فيفري سنة 2005 يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتها.
- 7- الأمر رقم 09 - 01 مؤرخ في 26 رجب عام 1430 الموافق لـ 22 يوليو سنة 2009 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 .
- 8- القانون التجاري الموحد (الأمريكي)
Uniform Comercial Code (UCC)

ثانيا : باللغة الأجنبية (فرنسية / انجليزية) .

1- Ouvrages généraux:

A. Traités, manuels :

1- Ascara ,Leçons en droit commercial, 1952..

2- ALI FILALI , l'urgence de la compétence de la juridiction des référés, thèse de magistère, université d'Alger 1987.

3- Clive. Scmithoff; L'exportation, Jupiter, 1976.

4 - G. CORNU, Vocabulaire juridique, Presses Universitaires Françaises, 4^{ème} éd., 2003.

5- GAVALDA C., STOUFFLET J., « Droit bancaire », 5^{ème} éd., Litec, 2002

6- MATTOUT J.-P., « Droit bancaire international », 2^{ème} éd., Banque Editeur, 1996

7-- Mahmoud Djamel Eddine Zaki, La bonne foi dans l'acquisition des droits privé. étude comparée, Le caire,.

8-- Planiol M et Ripert G et Esmein P, Traite pratique de droit civil français, tome 6, 1952.

9-RIVES-LANGES J.-L., CONTAMINE-RAYNAUD M., « Droit bancaire», 6^{ème} éd., Dalloz, 1995 .

10- STOUFFLET ,droit commercial , 1976 .

11- VASSEUR M., « Droit et économie bancaires. Les opérations de banques », 4^{ème} éd., Les cours de droit, Paris, 1987-1988

B. Encyclopédies juridiques :

1- ENCYCLOPEDIE DALLOZ, Commercial, Tome III, « Crédit Documentaire », 30 avril 1989.

2- JURISCLASSEUR, Banque, Crédit et Bourse, Fasc. 1080, J. STOUFFLE.

3- JURISCLASSEUR, Banque, Crédit et Bourse, Fasc. 610, n° 71, J. STOUFFLET

2- Ouvrages spéciaux:

- 1-A. TINAYRE, « La fraude maritime et le connaissance », DM F, 1983.
- 2-ARORA ,Practical Business law, macdonald and Evans, 1983.
- 3-Bellot, traité de vente, C.A.F.le crédit documentaire,Paris, 1951,N, 549.
- 4- Burton V. McClough, Letters of credit, commercial and standly letter of credit, Mathew Bender, 1996.
- 5- Claude Martin, « Le crédit documentaire, la fraude et la révision 1983 des RUU », RDAI, 1985.
- 6-Cutteridge " H. C " , Maurice Megrah , The law of banker's commercial credit , Seventh Edition , London Publication Europa .
- 7-Dolon John F The law of letters of credit commercial and Stand by Letters of credit WarrenCorham , & Lamont 1990.
- 8- FredericEisemann et Bontoux, Le crédit documentaire, Jupiter, Paris, 1981.
- 9-HarfieldHenry ,Bank Credit and Acceptances , 5 Th Edition , Roland , 1974 .
- 10-Kee" HoPeng " , Singapore Conferences on international Business law, current problems of international Trade Financing , Butterworth
- 11- Moussa Lahlou ,Le creditdocumentaire,uninstrumentdegarantie de paiement et de financementdu commerce international, Alger,Enag , Edition1999.
- 12-Papamatthaiou Anna – Georgio ,La fraude dans le credit documentaireDeadroit des affaires ,Universite Robert Schuman ,2003 – 2004 .
- 13- Symons, letters of credit : Fraud, Good Faith and the rasis to injunctive Relief, 1980, tulaine LR.
- 14-Sarna, Bank’s documentary credits, Toronto, 1986.
- 15-Sarna ,Letters of Credit , The law and current practice , Third Edition , Thompson Professional Publishing .
- 16- Schmittoff , Clive M , Export trade , Stevens & sons 1990 .

17-Ventris F. M ; Bankers Documentary credits, loyd's of London press, 1980.

3- Articles & Etudes:

1- AlbertGivray, Letters of credit, Business lawyer, USA, vol 44, 1989 .

2-Belanger , P. H, The fraud exception in irrevocable documantary credit ,The limit ofthe Autonomy; (1994) National Banking Law Review .

3-CaronyiLaautonomie des liens de creditsdocumentaires , Revue banque , 1950.

4-Dolan , John F, Documentary credit fundamentals , comparative aspects , Banking and Finance law Review ,Vol 3 Carswelle , 1988 – 1989 .

5- ELLINGER E.P. , “Documentary credits and fraudulent documents”, Singapore Conferences on International Business Law, “ Current problems of international trade financing”.

6-HawardBemett ,La lettre de garantie et le principe de l'autonomie , Revue des droit des affaires 1994.

7- Henry Harfield, Enjoining letter of credit transactions, banking law journal, August 1978, Vol95 .

8-J. STOUFFLET, “Fraud in the documentary credit, letter of credit and demand guaranty”, Dickinson Law Review, Summer 2001.

9- John F Dolan, Documentary credit fondamentale comparative aspects, Banking an finance law review, volume 3, 1988, 1989 .

10-Kozolchyk, The emerging law of standby letters of credit and simple first demand quarantes, USA, Arizona law Review, vol 24, 1982..

11- Khaled Kawan, La fraude dans le crédit documentaire, Revue de droit des affaires internationales, 1991 .

12- Kingdom of Sweden V. new York trust but co-96N.V.S 2ed 779.

13-Michelle , La garantie bancaire et l'évolution de la magistrature anglaise , revue Droit des affaires , 1990 .

14-,Mclaughlin-Letters credit- NewYork Law Journal . October29 , 1985

15- MichelPhijak : Crédit documentaire, les règlements conditionnels,
Revue banque,
1958 .

16-Maryd .Andrews ,Standby ,Letters of credit , Recent Lmitations on the
fraud in the transaction defence , the law rev . vol .35 ; 119 .

4- Notes, observations, rapports et conclusions:

1- LESCOT P. :

Note sous Cass. com., 4 mars 1953, S., 1954, 1, p. 121

2-MATTOUT J.-P. :

Observation sur Londres, Court of Appeal, 25 févr. 2000, RD bancaire et
financier, N° 2, mars-avril 2000, p. 84-85

Observation sur High Court de Justice de Londres, 9 juin 1999, RD bancaire et
financier, N°1, janv.-févr. 2000, p. 22-23 .

3-RIVES-LANGE J.-L. :

Observation sur Cass. com., 7 avril 1987, Banque, N° 473, juin 1987, p. 625-
626 .

Observation sur Cass. com., 18 mars 1986, Banque, N° 462, juin 1986, p.
610-611.

Observation sur Cass. com., 15 déc. 1975, RTD com., 1976, p. 387, n° 10 .

Observation sur Cass. com., 6 mai 1969, RTD com., 1969, p. 1063-1064, n°
6.

Observation sur CA Paris, 14^{ème} ch. A, 30 avril 1985, Banque, N° 452, juill.
1985, p. 755 .

Observation sur Trib. com. Paris, ord. réf., 29 sept. 1988, Banque, N° 488,
nov. 1988, p. 1164

4-STOUFFLET J. :

Observation sur Cass. com., 24 juin 1997, JCP E, 1998, p. 324, n° 18

Note sous Cass. com., 29 avril 1997, JCP E, 1997, N° 30, II, N° 976, p. 167-
169

Observation sur Cass. com., 23 oct. 1990, JCP E, 1991, N°46, I, p. 474, n° 37

Note sous Cass. com., 7 oct. 1987, JCP, 1988, N° 7, II, 20928

Note sous Cass. com., 7 avril 1987, JCP, 1987, N° 28, II, 20829 ; JCP E, 1987, N° 24, 14973, p. 372-373

Note sous Cass. com., 11 déc. 1985, JCP, 1986, II, 20593, n° 5 & 8

Note sous Cass. com., 12 déc. 1984, JCP, 1985, II, 20436

Note sous Cass. com., 6 mai 1969, JCP, 1970, II, 16216

Note sous CA Versailles, 14^{ème} ch., 24 mai 1991, JDI, N°3, 1993, p. 632-645

Observation sur CA Colmar, 2^{ème} ch. civ., 14 juin 1985 : JCP, 1986, I, chron., 3265, n° 112

Note sous CA Paris, 14^{ème} ch. A, 30 avril 1985, D., 1986, jurispr., p. 195-201

Note sous CA Paris, 5^{ème} ch. A, 28 mai 1985, D., 1986, jurispr., p. 195-201

Observation sur Cour Suprême de Corée, 2^{ème} ch., 24 janvier 2003, Banque et Droit, N° 91, sept.-oct. 2003, p. 85-87 83

5-TEYSSIE B.

Observation sur Trib. com. Paris, ord. réf., 29 sept. 1988, RTD com., N° 1, janv.-mars 1989, p. 104-105, n° 12

6 -VASSEUR

Note sous Cass. com., 15 juill. 1992, D., 1994, 3^{ème} cahier, jurispr., p. 28-32

Note sous Cass. com., 23 oct. 1990, JCP, 1991, N° 24, II, 21687 ; JCP E, 1991, N° 32, II, N° 186, p. 199-200

Observation sur Cass. com., 18 oct. 1988, D, 1989, 20^{ème} cahier, som. com., p. 195

Note sous Cass. com., 7 avril 1987, D, 1987, 26^{ème} cahier, jurispr., p. 399-403

Note sous Cass. com., 18 mars 1986, D, 1986, jurispr., p. 374-380

Note sous Cass. com., 12 déc. 1984, D, 1985, jurispr., p. 270-275

Note sous Cass. com., 14 oct. 1981, D, 1982, 20^{ème} cahier, jurispr., p. 301-305

Observation sur CA Paris, 5^{ème} ch. B, 27 févr. 1992, D, 1994, 4^{ème} cahier, som. com., p. 27

Observation sur CA Colmar, 2^{ème} ch. civ., 14 juin 1985, D, 1986, IR, p. 218-219 .

5- Internet links:

1- CCI : « Cargo frauds warning to banks », Londres, 7 septembre 1999, [http:// www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org)

2- Decision issued by the U.S Court of cassation in 1995, <http://www.Law.cornell.ed>

المخلص

لقد هدفت هذه الدراسة إلى الوقوف على عقبات تنفيذ الاعتماد المستندي، ومعالجة الغش باعتباره أبرز الإشكالات القانونية المعقدة والمتشابكة في هذا المجال.

فالاعتماد المستندي ليكون الوسيلة الأكثر نجاعة في تنفيذ عقود التجارة الدولية، فقد ارتكز على مبدئين أساسيين مبدأ الاستقلالية ومبدأ الشكلية والذان يجعلان من التزام البنك في تنفيذ الاعتماد التزاماً نهائياً يتم بمجرد تقديم الوثائق المطلوبة في خطاب الاعتماد، كاملة وسليمة من حيث الظاهر، دون أدنى تأثر بالعقود السابقة لاسيما عقد الأساس.

لكن هذه النهائية ليست مطلقة، بسبب الاعتراف بالغش كاستثناء عليها، وعليه تم طرح الإشكال الأساسي لهذا البحث عن مدى تأثير الغش في عقد الأساس على تنفيذ الاعتماد المستندي؟.

ومن أجل تحديد الأبعاد القانونية لهذا الموضوع فقد تم تقسيمه إلى ثلاث فصول:

استهدف الفصل الأول التحدث عن نهائية تنفيذ الاعتماد المستندي والاعتراف بالغش كاستثناء على هاتاه النهائية لاسيما في القانون الأمريكي باعتباره الرائد في هذا المجال.

وفي فصل ثان تم تناول الجوانب الموضوعية للغش المبرر له كاستثناء على نهائية تنفيذ الاعتماد المستندي وذلك من حيث تعريف الغش في عقد الأساس

ونطاقه من حيث الزمان والأشخاص، والمعيار المؤثر لتبرير هذا الاستثناء، وكذلك تناولنا طبيعة الغشفي وأنواعه ووسائل إثباته الأثر المترتب عليه.

أما الفصل الثالث فقد خصص للجوانب الإجرائية للغش وتحدثنا عن الوسائل المتاحة أمام ذوي الشأن (البنك والعميل الأمر) للتصدي لهذا الغش، سواء كان هذا بامتناع البنك التلقائي أو امتناعه بناء على طلب من العميل أو بناء على طلب من القضاء المختص، كما تناولنا بالبحثنا أحوالاً من عدم الدفع، ومدى إمكانية إصدار هذا الأمر تحت مظلة القانون الجزائي.

وخلصنا إلى أن الدراسة في النهاية إلى مجموعة من النتائج والتوصيات تمثل أهمها بالخر وحيث ضرورة الاعتراف بالغش كاستثناء على مبدأ الاستقلال، الغش الذي يحمليها فيناياها الجسمانية والعمدية بحيث يكون من الخطور ويمكن أن يؤدي إلى جمع مبلغ الاعتماد وما يمثلهم بضائع بيده واحدة، وتوصلنا

إلى الحاجة لتعديل تشريعنا من تنظيم المسائل المتعلقة بالاعتمادات المستندية والنص على الغش بصراحة ووضوح نظر الماتشد كلها الآثار المترتبة عليها أهمية، ليكون لذلك انعكاساً إيجابياً على الحياة الاقتصادية والتجارية الدولية، وبتأملنا الأطمئننا بنينا طراف الاعتماد.