

## الغش في الأعمادات المستندية وأثره على إلتزام البنك

### دراسة مقارنة

د. أزيد شكور صالح

مدرس القانون التجاري

كلية القانون والسياسة - جامعة صلاح الدين

#### الملخص:

يلعب الاعتماد المستندي دوراً مهماً في التجارة الخارجية (الدولية) وخاصة في نطاق تنفيذ عقود التجارة الدولية بوصفه وسيلة مضمونة لتسوية المدفوعات الناجمة عن المبادلات الدولية و تؤمن المصالح المتعارضة للبائع والمشتري. وبما أن التجارة الدولية تتم بين بائع ومشتري موجودين في دولتين مختلفتين، لذا فإن كل طرف يريد أن يطمئن على حقوقه. فالبائع يريد التأكد من حصوله على ثمن البضاعة، وفي الوقت نفسه فان المشتري يريد أن يضمن حصوله على البضاعة التي تم دفع ثمنها.

لذلك تدخلت البنوك كلاعب أساسي في عمليات التجارة الدولية لتنظم هذه العملية عن طريق الاعتمادات المستندية، ولما كان نظام الاعتمادات المستندية يتعامل مع طرفي العملية التجارية عن طريق المستندات، فقد استطاع بعض الأشخاص ارتكاب عمليات غش واحتيال في الاعتمادات المستندية الحقت اضراراً كبيرة بالمستوردين. ونظراً لأن الاصول والاعراف الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية لم تتطرق لموضوع الغش بوصفه قيماً على مبدأ استقلال التزام البنك، من هنا جاء سبب إختيارنا للموضوع للبحث.

يهدف هذا البحث الى تسليط الضوء على ماهية الغش في الاعتمادات المستندية، وبيان الشروط الموضوعية والشكلية المشترطة لزوماً للاعتداد بهذا الغش وترتيبه لآثاره القانونية، وكذلك بيان المظاهر التطبيقية للغش في سياق الاعتماد المستندي في ظل الفقه والقضاء العراقي والمقارن، وتوضيح أثر الغش على التزام البنك في الاعتماد المستندي. ويعرض هذا البحث أخيراً أبرز

الإشكاليات المثارة بصدد هذا الموضوع، بالإضافة إلى أساليب الحماية من الغش في الإعتمادات المستندية.

## المقدمة:

يعد الأعتماذ المستندي من أهم صور الأعتماذات المصرفية وأكثرها شيوعاً في مجال التجارة الخارجية و على الأخص تمويل الببوع البحرية وذلك لتوسط المصارف التجارية بما لها من امكانات مالية كبيرة وسمعة بين المصدرين و المستوردين. ولكونها تحتل مكانة رائدة في اقرار حماية متبادلة لأطراف الصفقة التجارية على المستوى العالمي.

ان أجراءات الأعتماذات المستندية في العالم بشكل عام وفي العراق بشكل خاص تمر بسلسلة من المراحل الزمنية و الأجراءات التنفيذية المترابطة، وان الذي يحكم تنفيذها مجموعة من القواعد والأعراف الدولية الموحدة، وهذا مايبثره من اشكالات حول مدى التزام أطراف الأعتماذ المستندي بتلك القواعد والأعراف المتعامل بها، ومدى امكانية تطبيق تلك الأجراءات بشكلها الصحيح، وعليه ومن أجل السيطرة على سلامة تنفيذ اجراءات الأعتماذات المستندية في العراق فقد تم تحديد تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(١) لسنة (٢٠٠٨) الخاصة بالأعتماذات المستندية. الا ان الأشكالات تظل قائمة حول مدى التزام أطراف الاعتماد بتنفيذ تلك القواعد والأعراف.

ويعرف الأعتماذ المستندي بأنه تعهد مكتوب صادر من بنك (يسمى المصدر) بناء على طلب المشتري(مقدم الطلب أو 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.

والعنصر الجوهرى في الأعتماذ المستندي هو المستندات، وعن طريق هذه المستندات يطمئن المصدر(المستفيد)من تسلم ثمن البضاعة اذا ما تقيد بمتطلبات الأعتماذ، وتزداد طمأنينته لأن الطرف المدين الملتزم قبله هو البنك ، وهو طرف

مليء لا يخشى افلاسه. كما أن المشتري بدوره لن يدفع قيمة البضائع الا اذا تسلم المستندات المطابقة المنصوص عنها في خطاب الأعمد.

الا أنه مع ازدياد المنازعات القانونية و القضايا المتعلقة بالأعمدات المستندية التي تتضمن أحتيالاً، حيث أصبحت تشكل مصدر قلق لجميع الأطراف المشاركين بهذه العملية. وبما ان البنوك تتعامل بالمستندات دون البضائع، فان هذا يؤدي الى عدم أطمئنان المشتري الى مطابقة البضاعة للمستندات المقدمة نتيجة انتشار عمليات الغش والأحتيال في التجارة الدولية.

كما يتحقق الضمان للمؤسسة المصرفية من خلال الأستقلالية الممنوحة لألتزام البنك في خضم عملية الأعمد المستندي، وهي استقلالية تبدو معالمها على وجهتين، فهو مستقل عن عقد الأساس محور عملية الأعمد المستندي من جهة، ومن وجهة ثانية فهو مستقل عن الأطراف الأخرى المتعاقدة من مشتري أمر، وبائع مستفيد.

فالبنك غير معني بتاتا بسلامة تطبيق عقد البيع او التحقق من مراعاة شروطه الموضوعية منها او الشكلية، والتزامه في ذلك مجرد فرض رقابة مقبولة على الشكلية المستندية للوثائق المؤيدة للأعمد. فمتى تحقق من سلامتها الظاهرية، ومطابقتها مع المضمن بخطاب الأعمد ، نوعاً وصنفاً وعداداً، قبلت الوثائق المذكورة على حالتها والتزمت بتسديد قيمة الأعمد للبائع عبر بنكه المبلغ او المؤيد ولا عبرة ولا أعتداد بأعتراض المشتري الأمر، على صرف ذات القيمة، او حجز مبلغها بين يدي نفس البنك فاتح الأعمد، او غيره مع مراعاة الأستثناءات المقررة بمقتضى تواتر الأجتهدات القضائية الصادرة في ميدان الأعمد المستندي.

بيد ان حديثنا عن استقلالية التزام البنك في هذا الصدد، لايعني بالأساس تأييدنا المطلق لهذه الأستقلالية، وهو مبدأ تبرره مبادئ العدالة والأنصاف، وتؤكدته التوجهات الحديثة المنادية بضبط حدود لهذه الأستقلالية، والأقرار بإمكانية خضوعها للمؤثرات الاستثنائية التي يحتمل ان تطرأ عليها، فمما لاجدال فيه كون التوجه التقليدي المنادي بأضفاء الصبغة القاطعة على التزام البنك في الأعمد المستندي، أضحي اليوم توجهاً مهجوراً أو متجاوزاً ولا سيما اذا أخذنا بنظر الأعتبار واقع عجزه عن اقرار صيغة توافقية في أكتساب الحقوق وتنفيذ

الألتزامات بين الأطراف المتداخلة في تنفيذ عملية الأعتاماد المستندي و خاصة البائع المستفيد والمشتري الأمر.

وأن من اهم خصائص الأعتاماد المستندي الطبيعة الشكلية ، التي تجد اساسها في دولية هذه العملية ، فان القواعد والعادات الموحدة المنظمة للأعتامادات المستندية والتمتيزة بوحدة سريان مقتضياتها على المستوى الدولي، تقرر بشكل مبالغ فيه حتمية استقلالية البنك في هذا الخضم. فنظراً لأن البائع و المشتري كل منهما يجهل الآخر، ولا يعلمان القوانين السائدة في بلديهما وما تخبئه من مفاجآت ، فانهما يرتبان لتسوية صفقاتهما عن طريق أداة تحقق لهما الأمان على الرغم من أنها تبدو أحياناً غير مرنة، ولا تتلائم مع معايير الأنصاف، حيث ان هذه المعايير تختلف بأختلاف الدول، فما يعتبر ظلماً كاملاً في بلد قد يعتبر عدلاً كاملاً في بلد آخر.

لذلك فان منظومة تجارية عالمية محفوفة بالمخاطر وتلاشي أواصر الثقة بين مجموع الفعليات الأقتصادية، عبر أنحاء العالم أصبحت تفرض أكثر من أي وقت مضى، تجاوز التفسير الستاتيكي الجامد لقطعية استقلالية التزام البنك أثناء تنفيذ عمليات الأعتاماد المستندي، ومحاولة أستحداث رؤية جديدة ، و اقرار آليات قانونية وقضائية كفيلة بمعالجة مختلف الاخلالات المعيبة والمعتمدة، التي قد تشوب تصرف المستفيد سييء النية، كالنصب والغش والتزوير أو تشوب التزام البنك الذي قد يرتكب اخلالات فادحة أو أخطاء جسيمة على مستوى بسط رقابة معقولة على شكلية وثائق الأعتاماد. أذن وعلى ضوء هذه الحقائق التي يفرضها المنطق القانوني والواقع الموضوعي لا يعقل ان نسلم بوجود أعمال مقتضيات الأعتاماد المستندي، وعلى المتضرر اللجوء الى القواعد العامة للدفاع عن مصالحه المشروعة ، لأن من شأنه ذلك ان يعمق ضرر المتضرر، وبالتالي يزعزع الثقة في الأعتاماد المستندي ، فبدل أن يكون هذا الأخير أداة لتسهيل البيوعات الدولية ووسيلة لتوفير الثقة والأمان بين أطرافه، يتحول الى أداة دولية للنصب و وسيلة لزعزعة الثقة والأمان.

وعلى المستفيد احترام شكلية الأعتاماد التي يمكن تشبيهها بجهاز(الآلة) تقديم العلب المشروبات الغازية التي تعمل بالعملة، فهي تحكم على العملة بقطرها و سماكتها و وزنها وليس بقيمتها. وعلى ذلك، فإذا تم إدخال عملة أجنبية من

المواصفات نفسها فإن الآلة ستعطي العلبة ولو لم تكن من الصنف الصحيح، إلا أنه لو قدمت عملة بالقيمة قليلاً من العملة المطلوبة نفسها فإنه يحتمل ألا تستجيب الآلة، وترفض إعطاء العلبة. وهذه الآلية تشبه ما يحصل في الأعمدات المستندي، فإذا قدم المستفيد مستندات المزورة الى أن ظهرها يبين توافقها مع شروط الأعمدات، فإن المستفيد سوف يحصل على الدفع، أما إذا قدم مستندات لم تراعى جميع شروط الأعمدات فإنه لن يحصل على الدفع ولو كان قد أرسل البضائع بالمواصفات المطلوبة<sup>(١)</sup>.

والمصرف، أذاً، يدفع قيمة المستندات التي تتفق مع شروط الأعمدات ما لم يظهر أن المستندات مزورة Forged أو يكون هناك احتيال في الصفقة Fraud in the Transaction.

و عند تقرير وجود الغش من عدمه فإن البنك يجب أن يتفحص بعناية حقائق الحالة (فإن البنك يلتزم بفحص المستندات وليس البضاعة)، فإذا كان عمل البائع قد أفسد كامل الصفقة فإن المصرف سوف يفترض ان المحكمة ستمنع الدفع وفق المستندات المقدمة، فإذا قام العميل بإخطار المصرف بالغش فإن البنك ربما يوافق على طلبه برفض الدفع، والبنك سوف يوازن بين المحافظة على علاقته بعميله أو اختيار رفض الدفع، وربما يجر هذا الى إساءة سمعة البنك<sup>(٢)</sup>.

وأمام هذا الوضع الحتمي وما واكبه من نصوص تشريعية صارمة، تخدم بالدرجة الأولى مصالح المؤسسات المصرفية و الباعة المصدرين، وتهتمش مصالح المستوردين، أو على الأقل تمنحها حماية محدودة و متواضعة، تدخلت السلطة القضائية عبر جميع أنظمة دول العالم ، فأقرت من خلال اجتهاداتها المتلاحقة، آليات جديدة أسهمت الى حد كبير في إعادة نوع من التوازن والتوافق في الألتزامات والمصالح بين مختلف أطراف عقد الأعمدات المستندي، ويظل من أبرز هذه الآليات إمكانية المشتري الأمر المتضرر من سوء تنفيذ عقد البيع، أن يعترض بصفة مستعجلة ومؤقتة على صرف قيمة الأعمدات المستندي، الى غاية

(١) د. حسين شحادة الحسين، موقف البنك من المستندات المخالفة في الأعمدات المستندي، رسالة دكتوراه، مقدمة الى جامعة عين شمس، مصر، ٢٠٠١، ص ص ٥٠-٥١.

(٢) Kevneth G. Anspach, "Avoiding Liability for Letter of Credit", Bankers Magazine, September – October, 1988, p 23.

بت القضاء الموضوع في دعوى البطلان أو الإبطال أو الفسخ المرفوعة من لدن المشتري المذكور.

بيد أن هذه الأمكانيات ليست مطلقة، بل قيد الجوء إليها بتوافر مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية، فبالنسبة للنوع الأول يستلزم وجوباً إضافة إلى توافر عنصر لأستعجال وعدم المساس بأصل الحق، أن لا يكون البنك فاتح الاعتماد قد سدد فعلاً قيمة هذا الاعتماد، وأن يقوم المشتري الأمر بالتزامن مع رفع دعوى التعرض الصرفي، بتقديم دعوى موازية أمام محكمة الموضوع تستهدف القول بعدم مشروعية العقد الأساس (عقد البيع) في حين أن الشروط الموضوعية تستلزم توافر التصرف المعيب في تنفيذ الالتزام من قبل البائع المستفيد كالغش مثلاً.

### مشكلة البحث:

تتبلور مشكلة البحث من خلال تحديد ماهية الغش في الاعتماد المستندي وما هي آثاره في ظل الفقه والقضاء العراقي و المقارن ، وما يثيره من إشكالات حول مدى إمكانية الاعتماد بهذا الغش لتعطيل تنفيذ عملية الاعتماد المستندي . و في ظل المتغيرات الاقتصادية السريعة و المتلاحقة في العالم بشكل عام و العراق و إقليم كوردستان بشكل خاص وما يترتب عليها من تشابك وتعقد المصالح التجارية، فقد شهدت العديد من النزاعات و الدعاوى المقامة ضد المصارف العراقية أو أطراف العقد الاعتماد المستندي والتي تحاكي المشاكل المرافقة لعملية فتح وتنفيذ الإعتمادات المستندية ومدى مصداقيتها، فقد تستغل وسيلة الإعتمادات المستندية للتلاعب بأثمان البضاعة إذ من الممكن تقديم قوائم تجارية مزيفة أو مزورة و مرفقة مع وثائق الشحن المختلفة ويتم سداد مبلغ الإعتماد لتبدو في ظاهرها و كأنها أموال ناتجة عن عملية استيراد أو تصدير وفي حقيقتها هي عملية لتهريب أموال، وهذا صورة من صور غسيل الأموال غير المشروعة التي حصل ويحصل عليها البعض ويحاول التمويه من مصدرها، من جهة أخرى قد تكون هنا عملية الغش في البيوع الدولية والتي تستغل من قبل المستفيد . وعليه فأن مشكلة البحث تثير إشكاليات عدة ومن أبرزها :

\* ما مدى الإمكانية المتاحة للبنك فاتح الاعتماد في سبيل التعرض الذاتي على صرف قيمة الاعتماد بمجرد إشعار صادر عن المشتري الأمر بوجود حالة غش مرتكب من طرف البائع المستفيد؟

\* هل صفة المرتكب للغش في عملية الاعتماد المستندي تشترط حصراً على البائع المستفيد للقول بإمكانية ترتيب هذا الغش لنتائجه و آثاره القانونية فيما يخص تعطيل تنفيذ الاعتماد المستندي أم يكفي أن تقترن عملية الاعتماد بغش من دون البحث عن

مصدره أو صفة مرتكبه؟

● هل يحتفظ البنك المنشىء للاعتماد بحقه في الرجوع على المستفيد متى دفع له دون تحفظ رغم أسبقية ارتكاب هذا الأخير في تنفيذ التزامه أم أن البنك المذكور يفقد حقه في هذا الرجوع استناداً الى طبيعة التزامه الذي يجعله مستقلاً عن التزامات الأطراف المتداخلة في عملية الاعتماد المستندي وكذا عن عقد الأساس (عقد البيع)؟

سوف نحاول من خلال هذه الدراسة التعرض لتلك الإشكاليات و البحث عن حلول مناسبة لها و مناقشة الآراء و الاتجاهات التي قيل بشأنها و بيان رأينا بهذا الخصوص .

### خطة البحث:

بعد هذه المقدمة، فقد قسمت البحث الى ثلاثة مباحث وخاتمة، سبقتها مقدمة. و قد خصصت المبحث الاول لبيان ماهية الغش في الأعمادات المستندية وموقف القضاء والاعراف الموحدة منه، وقد قسمته إلى مطلبين، المطلب الأول لتحديد مفهوم الغش في الاعتمادات المستندية وبيان طبيعته. أما المطلب الثاني، فقد خصصته لتعريف الغش و بيان موقف القضاء والأصول والاعراف الموحدة من الغش في الاعتمادات المستندية. أما المبحث الثاني، فقد عالجت فيه أثر الغش على التزام البنك في الاعتماد المستندي، وقد قسمته إلى مطلبين، المطلب الأول لطبيعة التزام البنك في الاعتماد المستندي، أما المطلب الثاني، فقد خصصته لبيان أثر الغش على التزام البنك في رأي الفقه والقضاء.

. وفي المبحث الثالث قد تعرضت للأشكاليات التي يثيرها الغش في عملية الأعتداد المستندي وأساليب الحماية منه، وقد قسمته إلى مطلبين، المطلب الأول لبيان أهم الأشكاليات التي يثيرها الغش في عملية الاعتمادات المستندية. أما المطلب الثاني و الأخير فقد تعرضت فيه لوسائل الحماية من الغش في الاعتمادات المستندية. أما الخاتمة فقد رصدت فيها النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من خلال البحث.

## المبحث الأول

### ماهية الغش في الأعتدادات المستندية وموقف القضاء والأعراف الموحدة

#### منه

على الرغم أن التزام البنك في الاعتمادات المستندية تجاه المستفيد التزام نهائي ومجرد<sup>(١)</sup>، إلا أن الإجماع منعقد<sup>(٢)</sup> على التزام البنك بالأمتناع عن الوفاء في حالة صدور غش من المستفيد تجاه البنك.

(١) - د. ثروت عبدالرحيم، المطول في القانون التجاري- الأوراق التجارية وعمليات البنوك، ج ٢، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة نشر، ص ٩٧٠.

(٢) - د. علي جمال الدين، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٣٥٥ وما بعدها، د. حاتم محمد عبدالرحمن، العمليات المصرفية المستقلة والمشكلات المرتبطة بتنفيذها، أطروحة دكتوراه- كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٢، ص ٢٠٩ وما بعدها، د. محمود بريري، قانون المعاملات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٦٠.

(٣) - يقصد بالتعسف، الخروج عن حدود حسن النية الواجب في استعمال الحقوق، كأن يهدف الشخص من وراء أستعماله للحق الى تحقيق مصلحة غير مشروعة، أو أن يقصد فقط من استعماله للحق الإضرار بالغير، أو أن تكون المصلحة من وراء هذا الأستعمال أقل بكثير من الضرر الذي يصيب الغير، وأذ قلنا إن الغش ما هو إلا مناوره أو خداع بقصد الإضرار بالآخرين، تكون النتيجة أن الهدف واحد في كل من الغش والتعسف وهو الإضرار بالعميل الأمر في مجال الاعتمادات(الضمانات)، لكنهما وأن أتحدوا في الهدف إلا أنهما يفترقان في الأداة أو الوسيلة، فالتعسف يعني طلب تسهيل مبلغ الاعتماد بدون حق وسوء نية واضح، في حين أن الغش هو طلب المستفيد للمبلغ الاعتماد(للضمان) على غير الحقيقة مستعيناً بوسائل احتيالية. فالغش يفترض حيلاً صادرة من المستفيد للحصول على مبالغ ليس له حق فيه، أما التعسف فلا يفترض صدور حيل تدليسية من جانب المستفيد، بل يعتمد على آلية الضمانات غي الاعتماد المستندي والدفع الفوري وعدم وجود أشرف أو رقابة على طلب الضمان وقد ذهب إلى أن الغش يفترض حيلاً مخصصة لتجنب قاعدة قانونية والفرار منها، أي الغش نحو القانون، أما التعسف فيعبر عن فكرة تعدي حدود القانون،



ولما كانت أغلب التشريعات الوطنية قد خلت من نصوص تنظم هذا الموضوع، فقد أثار ذلك التساؤل عن مفهوم الغش المانع من الوفاء للمستفيد، هل يشترط للقول بوجود الغش أن يكون فقط وليد وسائل أحتيالية أستعان بها المستفيد تجاه البنك؟ أم أن مجرد طلب المستفيد دفع مبلغ الاعتماد، مع وفاء العميل بكافة التزاماته، يعد غشاً، ولو لم تصدر من المستفيد وسائل أحتيالية، بمعنى هل يعد تعسف المستفيد<sup>(١)</sup> في طلب تنفيذ الاعتماد غشاً يوجب على البنك الامتناع عن الوفاء؟ أمام هذا الغياب للنصوص التشريعية الداخلية في موضوع الغش عموماً وغش المستفيد خصوصاً كان على الفقه والقضاء معالجة هذا النقص بفتح باب الاجتهاد لتحديد مفهوم الغش في الاعتمادات المستندية، والبحث في تعريفه ، وبيان موقف القضاء والفقه والاصول والاعراف الموحدة منه. وللإحاطة بكل هذه المواضيع نقسم هذا المبحث الى مطلبين، المطلب الأول لتحديد مفهوم الغش في الاعتمادات المستندية وبيان طبيعته. أما المطلب الثاني فقد خصصته لتعريف الغش و بيان موقف القضاء والأصول والأعراف الموحدة من الغش في الاعتمادات المستندية.

بينما ذهب البعض الآخر إلى أنه في نطاق الغش، يقوم العميل بإثبات أن هناك أسباب فعلية يستلهم منها نية الضرر والإساءة من جانب المستفيد، أما التعسف فهناك إثبات مباشر ثابت على تخلف الحق المضمون. راجع هذه الآراء عند د. خليل فيكتور، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لأتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٩٥، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق- جامعة القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٤٣٤.

## المطلب الأول

### مفهوم الغش وطبيعته

نتناول بالدراسة في هذا المطلب مفهوم الغش(الفرع الاول). وبيان طبيعته (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول : مفهوم الغش

فالغش عموماً هو كل فعل او امتناع عن فعل بقصد الاضرار بالغير، اما الغش في عملية الاعتماد المستندي هو سوء سلوك المستفيد الخطر جداً 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 تحريفاً في البيانات<sup>(١)</sup> أو تحمل توقيعاً مزوراً والمستند الأكثر تعرضاً للتزوير هو سند الشحن لأنه يمثل البضاعة المنقولة(المشحونة)<sup>(٢)</sup>. وعملية تزوير سند الشحن قد تكون سهلة ومتوافرة في أنحاء العالم كافة، ففي لندن مثلاً يمكن شراء نماذج مستندات الشحن من أي مكتبة بسعر زهيد<sup>(٣)</sup>، أو قد تكون من خلال تقديم شهادة على أنها صادرة عن سلطة عامة معينة مع أنها صادرة عن شخص غير ذي صفة، أو شحن نفايات بدلاً من شحن البضائع المذكورة في الوثيقة أو كمية أقل من الكمية المحددة، ففي مثل هذه الحالات من الواضح أنه يمكن للبنك رفض الدفع، أما إذا لم يكن الغش على هذه الدرجة من الوضوح فيمكن اللجوء إلى القضاء للحصول على أمر بمنع الدفع<sup>(٤)</sup>.

(١) - اتحاد الغرف العربية الخليجية، الاحتيال البحري والغش في التجارة الدولية، ط١، منشورات الاتحاد البحري، ج١، الأردن، ص٢٢.

(٢) - د. نايف الطراونة، الاحتيال البحري، الأردن، ج١، ١٩٨٩، ص٤٥.

(٣) - هشام بساط، التعديل الجديد للأصول و الأعراف الموحدة للأعتمادات المستندية، بيروت، مجلة المصارف العربية، اتحاد المصارف العربية، العدد ٤٦، ١٩٨٤، ص٧.

(٤) - د.حسين شحادة الحسين، الغش في الاعتمادات المستندية، بحث منشور في مجلة الحقوق، مجلة علمية محكمة تصدرها جامعة الكويت، العدد الثاني- السنة الحادية والثلاثون، ٢٠٠٧، ص ص ٢٩٤-٢٩٥.

ومن أبسط ما قيل في توضيح مفهوم الغش قول السيد هارفليد: غش الاعتماد المستندي هو النقص (إخلال) الفاحش من المستفيد لالتزامه وفق الاعتماد. ومن تخيل الخصائص التقنية للأحتيال نجده حياً، خداعاً، وعدم قانونية<sup>(١)</sup>. وحتى لا يبقى مفهوم الغش مقتصرأ على الغش الصادر من المستفيد فإن البعض يرى أن الغش هو عدم صدق المستندات أيأ كان سببه والمتسبب فيه ولا عبرة إلا بالواقع<sup>(٢)</sup>.

والملاحظ ان هناك تزايداً عالمياً في عدد القضايا في الاعتمادات المستندية التي تتضمن غشاً، ففي سنغافورة وجدت أقسام البحث الجنائي بقسم الجريمة التجارية (٤٥) حالة غش بحري تتضمن اعتمادات مستندية في الفترة بين الاعوام ١٩٧٤-١٩٨١، (٣٧) منها، اي ٨٢,٢% ، في السنوات الأربع الأخيرة. وهذا يعكس اتجاهاً غير سليم في هذا المجال لزيادة جرائم التي تعتمد اصحابها على الخبرة ، مما يزيد في صعوبة اكتشاف جرائمهم في ظل تزايد استعمال الاعتمادات المستندي<sup>(٣)</sup>.

وفي هونغ كونغ نشر مكتب مكافحة الجريمة التجارية Commercial Crime Bureau أن الخسائر بسبب الاحتيال بلغت ٤,٢ بليون دولار عام ١٩٩٨، وقد كانت في عام ١٩٩٧ (١,١ بليون)، منها إحدى وعشرون حالة غش في الاعتمادات المستندية في عام ١٩٩٨ وتسع عشرة حالة في عام ١٩٩٧. وفي المملكة المتحدة بنيت التحقيقات أن الخسائر بلغت نتيجة الاحتيال أكثر من مئة مليون دولار في اوائل التسعينات وهذا جزء يسير من الحالات التي تصل الى علم الجهات البوليسية.

أمام هذا الغياب للنصوص التشريعية الداخلية في موضوع غش المستفيد خصوصاً والغش في الاعتمادات المستندية عموماً كان على الفقه والقضاء معالجة هذا النقص بفتح باب الاجتهاد لتحديد مفهوم الغش (المانع) كموجب لتعطيل

<sup>١</sup>-( khaled kawan, Fraud in Documentary Credit Transaction, Confusion or Cohesion?, IBLJ, No.6, 1991, pp. 798-799.

<sup>٢</sup> - د. عادل إبراهيم، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٢٨٣.

<sup>٣</sup>-( Ho Peng Kee, The Fraud Rule in Letters of Credit Transaction, Current Problems Trade Financing, by Malaya Law and Butter Worth & Co. 1983, p235.

عملية الاعتماد المستندي. ومن خلال استعراض أحكام القضاء وآراء الفقهاء نستطيع ان نقرر ان اتجاهاتهم في هذا الشأن تنقسم إلى اتجاهين رئيسين، الأول الاتجاه الموسع لمفهوم الغش المانع. والثاني الاتجاه المضيق لمفهوم الغش المانع، ونتناول كل اتجاه على حدى وعلى التوالي.

### أولاً: الاتجاه الموسع لمفهوم الغش المانع من الوفاء:

وفقاً لهذا الاتجاه فإن مفهوم الغش المانع من الوفاء للمستفيد لا يقتصر على مجرد الاستعانة بطرق ووسائل احتيالية، بل يمتد ليشمل كل مطالبة من المستفيد لتسييل الاعتماد بسوء النية أي مجرد تعسف في الطلب دون ان يكون مصحوباً بطرق احتيالية، وبهدف الإضرار بالعميل الأمر، لذلك عرفه البعض الفقه بأنه (استخدام المستفيد للاعتماد بقصد الاضرار بالعميل المتعاقد استخداماً يؤدي إلى الانحراف بألية تلك الضمانات المصرفية عن الغاية التي وجدت من اجلها، وبما يتنافى مع مبدأ حسن النية)<sup>(١)</sup>.

وقد حاول البعض وضع مفهوم للغش المانع من الوفاء، يجمع بين الغش بمعناه التقليدي، أي المشتمل على وسائل احتيالية وبين التعسف في الطلب، فعرفه بأنه (انعدام الأساس القانوني للمطالبة بجانب تزوير المستندات)<sup>(٢)</sup>.

وقد ساند جل القضاء هذا الرأي، واعتبرت محكمة النقض الفرنسية ان التعسف الظاهر كالحيل المنطوية على الغش، كلاهما يحتج به على المستفيد من الاعتماد، ومن حق البنك رفض الوفاء له<sup>(٣)</sup>.

وطبقاً لهذا الاتجاه، فإن للبنك الضامن رفض الوفاء بقيمة الاعتماد للمستفيد، متى صدر من المستفيد سلوك تدليسي (الغش بمعناه التقليدي) او كان طلبه يفنق

(١) - د. حمدي محمد مصطفى، الغش من المستفيد في الخطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسترال ١٩٩٥، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، الإمارات العربية، العدد (٥٠)، نيسان ٢٠١٢، ص ٣٨.

(٢) - د. خليل فيكتور خليل، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي، مصدر سابق، ص ٤٣٥.

(٣) - Cass. Com. 19-5-1992, D.1993, p.103.

إلى أي أساس قانوني (التعسف الظاهر). بمعنى أن العميل قد نفذ كل ما عليه من التزامات تجاه المستفيد طبقاً لعقد الأساس المبرم بين الأخير والعميل. ويساند بعض الفقه الأمريكي<sup>(١)</sup> هذا الاتجاه الموسع لمفهوم الغش المانع في الاعتماد المستندي لدرجة أنه يجيز للعميل الأمر أن يستصدر أمراً بمنع الوفاء للمستفيد كلما كان لديه دفاع صحيح عن مسؤوليته في عقد الأساس. وهو ما يؤدي إلى القول بأن المحكمة التي ستنظر موضوع الغش في الاعتماد المستندي ستضطر للنظر في عقد البيع (عقد الأساس)<sup>(٢)</sup>. ويترب على ذلك الربط بين العقد البيع والاعتماد المستندي. وهو ما يؤدي إلى الإطاحة بمبدأ استقلال التزام البنك في الاعتماد المستندي، وهو ما يعني تحول الاعتماد المستندي إلى كفالة عادية، يتبع التزام البنك فيها التزام العميل. فطبيعة استقلال التزام البنك في الاعتماد المستندي تقتضي الدفع فوراً، دون الألتفات لأية منازعة من جانب العميل. يؤكد ذلك الحقيقة الجوهرية للاعتماد المستندي، بأنه ضمان وتأمين للمستفيد من مخاطر تنفيذ العقد البيع، فهو يهدف إلى زرع الطمأنينة في نفس المستفيد بوصفه بديلاً عن النقود. وإلا فالتوسع في تقدير الغش من شأنه أن يؤدي إلى إضعاف الاعتماد إلى حد كبير<sup>(٣)</sup>. لذلك ذهب الاتجاه الآخر من الفقه والقضاء حفاظاً على مبدأ الاستقلال إلى مفهوم أضيق للغش المانع من الوفاء.

### ثانياً: الاتجاه المضيق لمفهوم الغش المانع من الوفاء:

(١) - هناك من القضاء الأمريكي من يناصر مبدأ التوسع في مفهوم الغش، ففي إحدى القضايا التي عرضت على القضاء الأمريكي قررت المحكمة أنه (في دعوى للحصول على إجراء من قواعد العدالة فإنه لا يكون ضرورياً وواجباً على المدعي أن يثبت قيام عناصر الغش القابل للنقاضي في دعاوي التعويضات النقدية، وذلك لأن الغش له معنى أوسع في قواعد العدالة عنه في القانون، ونية الغش أو التضليل ليست عنصراً ضرورياً فيها، فهو يشتمل على جميع الأعمال والترك والإخلاقات والتي تتضمن إخلالاً بواجب من واجبات القانون أو الثقة التي تضر بشخص آخر). مشار إليه عند د. حاتم محمد عبدالرحمن، العمليات المصرفية المستقلة والمشكلات المترتبة بتنفيذها، مصدر سابق، ص ٢٣٠.

(٢) - Michel Stern, The independence rule in stand by letter of credit, P. 49.

(٣) - د. هزار سليمان حيدر، الضمانات المصرفية التعاقدية في نطاق التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة اتحاد المصارف العربية، ١٩٨٩، ص ٢٣٦.

على عكس الاتجاه السابق ذهب هذا الاتجاه الى التضييق في مفهوم الغش المانع<sup>(١)</sup> من الوفاء بحيث لايمتد الى الطلب التعسفي، وانما يقتصر على الغش بمعناه التقليدي اي المصحوب بوسائل احتيالية، دون حالة التعسف في الطلب. وقد فسر هذا الاتجاه لرأيه بأن من شأنه التوسع في مفهوم الغش في مجال الاعتمادات المستندية ان يؤدي إلى تعطيل الفائدة المرجوة من الاعتمادات، وإفساح الطريق للعملاء الأمرين والبنوك للإفلات من تنفيذ التزاماتهم. بمقتضى الاعتماد.

وان التوسع في مفهوم الغش سيؤدي إلى مخالفة قاعدة (الغش لا يفترض) بل يجب إقامة الدليل عليه، كما أنه سيؤدي إلى خلق رابطة قانونية بين الاعتماد المستندي وعقد البيع للبحث في مدى أحقية المستفيد في طلبه من عدمه. هذا الربط بين العقد البيع والاعتماد المستندي يتعارض مع مبدأ الاستقلال<sup>(٢)</sup>. وقد ساند هذا الرأي بعض القضاء الفرنسي، ففي حكم لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢١-٥-١٩٨٥ أكدت فيه حكم محكمة الاستئناف باستبعاد الاستناد إلى فكرة التعسف الظاهر لمنع البنك من الوفاء للمستفيد، لأنه سيؤدي الى الربط بين عقد الاساس والاعتماد المستندي، وهو ما يتعارض مع مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي.

وعلى الرغم من وجهة الاتجاه الموسع لمفهوم الغش المانع، ومحاولته إقامة توازن في المصالح بين العميل الأمر والمستفيد، إلا أننا نؤيد الاتجاه الثاني، والذي يرفض التسوية في منع الوفاء للمستفيد بين الغش بمعناه التقليدي والتعسف الظاهر. وذلك للأسباب التي ذكرناها سابقاً في معرض تعليقنا عليه. ونزيد عليها أن التسوية بين الغش والتعسف في منع الوفاء للمستفيد قد تؤدي إلى مضاعفة الجهد الذي يبذله البنك في فحص المستندات، وهذا بدوره يؤدي إلى ارتفاع العمولة على إصدار الاعتمادات وتبليغها وتنفيذها، وبالنهاية يؤدي إلى الإضرار بنظام الاعتماد المستندي بسبب ارتفاع كلفته بمقدار تكلفة هذه المنازعات،

(١) - د.سميحة القليوبي، الاسس القانونية لعمليات البنوك، مكتبة عين شمس، القاهرة، بدون

تاريخ النشر، ص ١٦٢. د. هزار سليمان حيدر، مصدر سابق، ص ٢٣٦.

(٢) - د. عادل ابراهيم مصطفى، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، القاهرة، ص ١٢١.

وبالتالي تؤدي إلى إحجام المستفيدين عن اللجوء اليه، مع وضع في الاعتبار ما يترتب على هذا الإحجام من آثار اقتصادية. كما ان الوفاء للمستفيد مع التعسف في الطلب هو في رأي البعض<sup>(١)</sup> من مخاطر المهنة التي يجب على العميل ان يتحملها، على الاخص انه يمكنه بعد ذلك الرجوع على المستفيد ليطالبه بأسترداد ما حصل عليه دون وجه حق.

## الفرع الثاني : طبيعة الغش في الاعتماد المستندي وشروطه

### أولاً: طبيعة الغش في الاعتماد المستندي:

أذا كانت مختلف التصورات الفقهية والاجتهادات القضائية قد استقرت في مجموعها على وجوب الاعتداد بواقعة الغش كمبرر قانوني لتعطيل تنفيذ عملية الاعتماد المستندي، وكموجب يفتح للمشتري الأمر إمكانية اللجوء لدعوى التعرض على صرف قيمة الاعتماد، فإن الخلاف ظل قائماً ولم يحسم في محتواه بخصوص طبيعة الغش المعتمد بها قانوناً لتبرير تعطيل عملية الاعتماد المستندي ، و المحل الذي يجب أن تنصب عليها واقعة الغش.

فأن من منطلق طبيعة ماهية الغش في الاعتماد المستندي كإخلال تعاقدي غير مشروع بحقوق اطراف مقررة قانوناً، تضاربت الآراء حول الدرجة الواقعية التي بدونها لا يمكن ان يرقى هذا الغش الى السبب المشروع والمبرر القانوني الكفيل بتعطيل تنفيذ الاعتماد المستندي، والحد من إطلاق استقلال التزام المؤسسة البنكية فاتحة الاعتماد. فقيل ان الغش لا يعدو ان يكون مجرد استثناء وارد على الضوابط القانونية المنظمة لعلاقة أطراف التركيبة الثلاثية في عملية الاعتماد المستندي(مشتري أمر ، بائع مستفيد ، بنك فاتح ) وهي تركيبة تقضي في جوهرها باستقلال التزام البنك عن عقد البيع وعن التزامات باقي الأطراف فتم الاستقرار على وجوب عدم الاعتداد بواقعة الغش في الاعتماد المستندي إلا إذا

(١) - د. حمدي محمد مصطفى، مصدر سابق ، ٤٦.

كان ثابتاً قطعياً ووظاهراً معالمه للعيان بشكل لا غموض فيه، وهو الأمر الذي نبينه بشيء من التفصيل من خلال بياننا لشروط الغش.

### ثانياً: شروط الغش (المانع) كموجب لتعطيل عملية الاعتماد المستندي:

لا يمكن لنا ان نعتد بالغش كموجب لتعطيل عملية الاعتماد المستندي، إلا إذا كنا امام الاعتماد صحيح أي لم ينل من صحته عيب من العيوب التي قد تفسد التصرفات القانونية، وأن يكون هذا الاعتماد مع الإقرار بصحته لم تنته صلاحيته بأنتهاء مدته.

ويثار السؤال عن درجة الغش المانع من الوفاء في الاعتماد المستندي؟ هل يشترط أن يكون واضحاً؟ أم يكفي فيه مجرد الاحتمال؟ وأخيراً هل يحتج بالغش في مواجهة المستفيد ولو صدر من شخص آخر؟ نبين الإجابة على هذه التساؤلات من خلال بياننا لشروط الغش.

### الشرط الأول: تعلق طلب الوفاء بالاعتماد صحيح وساري المفعول:

لا يمكننا أن نعتد بالغش كموجب لتعطيل عملية الاعتماد المستندي، إلا إذا كنا بصدد اعتماد مستندي صحيح ساري المفعول. في هذه الحالة يمكننا ان ننظر في غش المستفيد، وهل يكون مانعاً من الوفاء ام لا؟ اما إذا كان سبب امتناع البنك عن الوفاء قائماً على اسباب موضوعية غير الغش، كالاتتماد الباطل لعيب فيه او لمخالفته للنظام العام<sup>(١)</sup> فالحق لا يكون موجوداً أصلاً، او ان الاعتماد قد انتهت مدته او لم يبدأ سريانه بعد. ففي هذه الأمثلة لا يوصف طلب المستفيد بالغش، لأن المستفيد ليس له حق حتى يقال أنه تعسف في طلبه او طلبه غشاً منه، فالحق في اساسه غير موجود.

### الشرط الثاني: وضوح الغش (الغش المثبت):

الاحتمال أو الترجيح أو الشك يمنع الادعاء بالغش، فالغش يجب ان يكون واضحاً، فالغش لا يفترض<sup>(٢)</sup>، بل يلزم أن يكون غش المستفيد واضحاً تماماً ولا

(١) - د. علي جمال الدين، خطابات الضمان المصرفية، مصدر سابق، ص ٣٥٣.

(٢) - تنص المادة ١/١١٤٨ مدني عراقي على ان (بعد حسن النية من يحوز الشيء وهو مجهل انه يعتدي على حق الغير وحسن النية يفترض دائماً، مالم يقيم الدليل على خلاف ذلك. وهو ما يقابل نص المادة (٣/٩٦٥) مدني مصري، ونص المادة (٢٢٦٨) مدني فرنسي.



يحتمل مجرد التحقيق فيه من قبل المحكمة، بأن لا يكون مجرد وهم او اعتقاد من العميل الأمر. فيجب ان يكون الغش المانع على حد تعبير الفقيه Vasseur ( بأن الغش لا يمكنه ان يرتب اية آثار قانونية ما لم يبلغ حداً يفقأ العين إذ يستوجب حتماً ان تكون مظاهر الغش المحتج به ثابتة بشكل جلي ولا غموض فيها). واشترط وضوح الغش بهذه الدرجة هو ما يميز الدفع والاحتجاج به في مجال الاعتمادات المستندية، وهو بذلك يختلف عن التمسك بالغش من المظهر اليه الحامل في الورقة التجارية<sup>(١)</sup>.

ويعتقد أنصار هذا الاتجاه أنه اذا كان من المقبول تجاوز تقييد استقلالية البنك بشأن العقد البيع متى ظهر اخلال واضح من جانب البائع المستفيد عن طريق ايجاد وإحداث تقنيات قانونية وآليات قضائية من شأنها التعطيل المؤقت لتنفيذ عملية الاعتماد المستندي. فإنه يتعين بموازاة ذلك إقرار هذه الصلاحية في إطار استثنائي محدود، تكريساً لمصادقية وحياد عملية الاعتماد المستندي ك تقنية متميزة للتبادل التجاري الدولي عبر أرجاء العالم من جهة، ومن جهة ثانية تقادي خضوع البائع المستفيد لتعسف المشتري الأمر و البنك الفاتح، خاصة و أنه يرى في الاعتماد المستندي وسيلة ضمان غير قابلة للمناقشة.

غير أن تقييد طبيعة الغش الواجب الاعتداد بواقعه كموجب لتعطيل تنفيذ عملية الاعتماد المستندي وحصره في تصور موحد في الغش الذي الحقيقي اصبح منظوراً متجاوزاً استناداً لاعتبارين اساسين أولهما: اعتبار عام يتجلى في خصوصية الغش كمبدأ، وأثاره التي تظل موحدة سواء أكان فاقىء العين وظاهراً للعيان أم مجرد غش خفي إذ أن القاعدة القانونية المتعارف عليها تقليدياً كون الغش متى تحقق يظل غشاً منتجاً لآثاره ومفسداً لمحل العقد ايا كانت طبيعته او درجته... والى ذلك ذهب القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الانكليزية سنة ١٩٧٩ فقال: (إن البنك لا يهتم إلا بواقعة معينة في حالة الغش وهي أن المستندات عديمة القيمة لهذا فحالة المستند وليس مصدره هي التي يجب أن تحسم في قرار البنك.....).

(١) - راجع في قاعدة التطهير من الدفع في الاوراق التجارية أستاذنا الدكتور. أكرم يا ملكي، القانون التجاري- الاوراق التجارية، دراسة مقارنة، إثراء للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠١٢، ص ١٨٤.

أما الاعتبار الثاني الخاص فيمكن في الطبيعة المتطورة لماهية الغش نفسها والتي أثبت الواقع العملي تكيفها ومواكبتها في تواجدها مع الظروف الاقتصادية المستجدة ولا سيما امام اقتحام المعلوماتية والانترنت مجال التبادل التجاري. و يتأكد هذا التوجه المرن لهذا الأتجاه بأن الغش يمكن إثباته و أعمال آثاره بمجرد إثارته بصفة جدية ونظامية و بأدلة قوية وبراهين ساطعة من قبيل المشتري الأمر على غرار تقديم الاحتجاج مباشرة إلى مصدر الاعتماد او تقديم شكوى موضوعها النصب والاحتيال لدى المدعي العام للقول بتحقق الموجب القانوني لتعطيل تنفيذ الاعتماد مؤقتاً ولاسيما بعد تحريك المتابعة في حق البائع المستفيد و تسيطر صك الاتهام في حقه دونما حاجة إلى انتظار صدور حكم نهائي قاضي بالإدانة.

وبالتالي فإذا لم يكن غش المستفيد واضحاً جلياً، ودون حاجة إلى الرجوع لعقد الاساس، فليس للبنك الضامن الامتناع عن الوفاء. ونتفق مع الرأي<sup>(١)</sup> الذي يرى بان تقدير وجود الغش يجب ان يكون في حدود ضيقة، وإلا فالتوسع فيه يضعف الضمانة في الاعتماد المستندي إلى حد كبير.

### الشرط الثالث: صدور الغش ممن يحتج عليه به:

الاحكام التي تعرضت للغش في الاعتماد المستندي لم تشر إلا إلى الغش الصادر من المستفيد نفسه دون غيره، ولعل ذلك مرده إلى ندرة صدور الغش من غير المستفيد في مجال الاعتمادات المستندية، لكن إذا كانت الأحكام قد أكدت على امتناع البنك عن الوفاء في حالة صدور الغش من المستفيد، فإنه لو افترضنا نظرياً صدور غش من غير المستفيد<sup>(٢)</sup>، وكان هذا الغش واضحاً جلياً فهل يمتنع البنك أيضاً عن الوفاء؟

بداية نقرر ان القاعدة العامة في مجال العقود عموماً، ان للطرف الذي وقع عليه الغش الحق في إبطال التصرف حتى لو كان الغش صادراً من الغير، نظراً

(١) د. هزار سليمان حيدر، الضمانات المصرفية التعاقدية، مصدر سابق، ص ٢٣٦.

(٢) - لا يعد وكيل المستفيد او نائبه من الغير تطبيقاً لمسئولية المتبوع (المستفيد) عن اعمال تابعه (الوكيل او النائب).

لفساد إرادة المتعاقد المخدوع بسبب الغش، ولكن بشرط ان يكون المتعاقد الآخر على علم بهذا الغش وقت وقوعه او كان من المفروض عليه ان يعلم به<sup>(١)</sup>. فهل ينسحب نفس الحكم على الغش الصادر من غير المستفيد في الاعتماد المستندي؟ هذا ما سنجيب عليه في المبحث الثالث عندما نتعرض للأشكال التي يثيرها الغش في عملية الاعتماد المستندي .

## المطلب الثاني

### تعريف الغش و بيان موقف القضاء والأصول والأعراف الموحدة من

#### الغش

نتناول بالدراسة في هذا المطلب تعريف الغش (الفرع الاول). وبيان موقف القضاء والأصول والأعراف الموحدة من الغش. (الفرع الثاني).

#### الفرع الاول : تعريف الغش

يعرف الغش لغةً بأنه نقيض النصح، وهو مأخوذ من الغش أي المشرب الكدر، وقد غشه يغشه غشاً: لم يمحصه النصيحة، يقال رجل غش غاش والجمع غاشون، ويقال شيء مغشوش ومنه الغش في البيع والغش في البيانات. ويطلق به الغش ويراد به الغل، اي غل لما فيه من الخداع والظلم<sup>(٢)</sup>. يُعرف الغش في الاعتماد المستندي بأنه قيام المستفيد متعمداً وبإرادته بتقديم مستندات تبدو ظاهرياً مطابقة لشروط الاعتماد لكن في حقيقتها تحوي عيباً أو تزويراً لا يظهر بمجرد الفحص العادي لهذه المستندات، ويلحق به علم المستفيد

(١) - د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة نشر، ص٣٣١، وهو ما نصت عليه المادة ١٢٢ مدني عراقي بقولها: (إذا صدر التغير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد الا اذا ثبت للعائد المغبون ان التعاقد الاخر كان يعلم او كان من السهل عليه ان يعلم بهذا التغير وقت ابرام العقد). وهو ما يقابل المادة ١٢٦ مدني مصري و المادة ١١١٦ مدني فرنسي.

(٢) - راجع لسان العرب، لأبن منظور، ج٤، ط٣، ص٣٢٥٩. والمعجم الوجيز، مطبعة وزارة التربية والتعليم، مصر، ١٩٩٤، ص ٤٥٠.

بتقديم المستندات المزورة والمعيبة وسكوته عنها بغية صرف قيمة الاعتماد مع يقينه التام أنها لا تمثل الحقيقة والواقع<sup>(١)</sup>.

يكاد ان يجمع الفقهاء على أن الغش هو تصرف سلبي مصدره احد الاطراف المتعاقدة بغية الإضرار مع أسبقية القصد بالالتزامات وحقوق مفروض احترامها والعمل وفق مقتضاها، وفي نفس السياق يندرج تعريف الاستاذ (جيرار كورنو) فيقول معرّفاً ماهية الغش:

(... أنه عمل يتم بقصد الإضرار بالحقوق الواجب إحترامها)<sup>(٢)</sup>

وباعتماد عنصر التكييف والمطابقة بين ماهية هذا التعريف و واقع عملية الاعتماد المستندي يمكن القول أن الغش في ظل الاعتماد المذكور إنما ينصرف نطاقه إلى التنفيذ المعيب المصاحب بسوء النية والمتعمد للالتزام البائع المستفيد سالكاً في ذلك مسلك الإضرار التعسفي والعمدي بحقوق ومصالح الطرف المقابل في عملية الاعتماد وهو المشتري الأمر وسبيله في ذلك تحقيق منفعة مالية غير مشروعة، بعد التحلل من واجب حسن تنفيذ الالتزام.

أما الأستاذ جمال الدين عوض، فيقول معرّفاً الغش في الاعتماد المستندي<sup>(٣)</sup>.  
" ... ويقصد بالغش في هذا المعنى كل عمل من جانب المستفيد يقصد به الحصول على مزية الاعتماد بطريق الغش... ويجب ان يقتصر الغش في عمل المستفيد بريئاً منه.."

كما يرى الأستاذ J. Matiout . بأن الغش هو استثناء من أهم قواعد الاعتماد المستندي وعلى رأسها استقلاليته عن عقد الأساس، والغش كأستثناء وارد على التزام البنك ومؤثر على استقلاليته وموجب قانوني لتعطيل عملية الاعتماد المستندي، إنما يجد تبريره ويستشف شرعيته من كلاسيكية المبدأ القانوني الروماني ، الذي عرف ميلاده بتزامن مع ظهور أولى بوادر المقتضيات

(١) - د. أحمد غنيم، الاعتماد المستندي والتحصيل المستندي، مكتبة عين شمس، القاهرة، ط٥، ١٩٩٧، ص٥٧.

(٢) - جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، بيروت، ١٩٩٨، ص ١١٦٥.

(٣) - د. جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية- دراسة للقضاء والفقهاء المقارن ، ص ٣١٢.

المنظمة للعلاقات التعاقدية بين الأفراد، وهو المبدأ القاضي في جوهره بان " الغش يفسد كل شيء " (١) .

وهو نفس الموقف المعبر عنه من طرف العديد من الفقهاء سواء من المدرسة اللاتينية او نظيرتها الأنكلوساكسونية(٢). فالفقيه (Lecso) يرى أنه من الممكن ان يعتد بالغش كموجب لتعطيل عملية الاعتماد المستندي شريطة إثباته بشكل واضح وجلي، ولا يمكن الدفع آنذاك باحتمال تعسف المشتري الأمر في استعمال هذا الحق ما دام ان ذلك سيؤثر لا محالة على سمعة من يلجأ إليه، وذلك يكفي لأن يصرف تفكير البائع عنه.

يفرق الفقه العربي(٣) بين التغيرير والغش من حيث فترة وقوع كل منهما إذ يرون ان التغيرير خديعة تصاحب تكوين العقد اما الغش فهو الخديعة التي تقع عند تنفيذ العقد بعد تمام انعقاده، كما ان الغش يستتبع فسخ العقد اما التغيرير فإنه يؤدي إلى جعل العقد موقوفاً على إجازة الطرف الآخر متى صاحبه غبن فاحش كما نص عليه المادة(١/١٢١) من قانون المدني العراقي النافذ، بعكس الاتجاه الانكلوامريكي الذي يوحد بينهما في المفهوم ومع ذلك يعتبر الغش طبقاً للاتجاه الانكلوامريكي أقرب ما يكون إلى مفهوم التغيرير في القوانين التي تستمد أحكامها من الفقه الإسلامي مع عدم الإخلال بالفوارق السابقة ذلك أن كلاً منهما يعتبر خديعة كما ان عناصر الغش هي عناصر التغيرير نفسها وهي: استعمال الحيلة و نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع. إلا إننا نرى بأن التغيرير هو

(١) - فرق الرومان بين نوعين من الغش، النوع الأول الغش المباح: وقد كان يتمثل في استقادة المتعاقد من ذكائه واستغلال جهل المتعاقد الآخر وقلة خبرته وهذا النوع عند الرومان كان لا تأثير له على الإرادة من ناحية الصحة او البطلان ما دامت الإرادة موجودة أصلاً. وفي أواخر عهد الجمهورية تقرر الجزاء على هذا النوع من الغش واصبح الغش أيأ كان نوعه عملاً غير مشروع. النوع الثاني الغش السيء: وهو الذي يبنى عن سوء نية أحد أطراف العقد. راجع د. علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، بدون ناشر، ص ١٧٦. و د.صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص ٤٧٥.

(٢) - هذا مع العلم أن رواد المدرسة الأنكلوساكسونية، يتشددون في قبول الغش كأستثناء وارد على التزام البنك مقارنة مع نظرائهم اللاتينيين.

(٣) - د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، مصادر الالتزام، مطبعة الروضة، دمشق، ١٩٩٠، ص ١٠٢.

استعمال وسائل ترغيب للطرف المقابل كي يقدم على إبرام العقد. وبالتالي فإن الترخير يتضمن استعمال طرق احتيالية ليدفع المتعاقد لإبرام العقد. ومع ذلك يوجد ارتباط بين الترخير والغش ذلك ان الغش هو استعمال طرق احتيالية بقصد الاضرار بالغير. فاستعمال الطرق الاحتيالية هي في ذاتها أفعال ترخيرية. وتصبح غشاً فيما إذا اقترن بقصد الاضرار بالغير وقت صدور التصرف. لذا ليس من الضروري ان يؤدي الترخير اي الطرق والوسائل الاحتيالية الى الغش، ما لم تكن مقترنة بقصد الاضرار وقت صدوره.

### الفرع الثاني : موقف القضاء والأصول والأعراف الموحدة من الغش

وإذا كان ما سبق بيانه أنفاً يجسد منظور الفقه لماهية الغش في عملية الاعتماد المستندي، فما هي يا ترى الآليات المعتمدة من طرف القضاء وموقف الاصول و الأعراف الموحدة منه، وللإحاطة بموضوع الغش كعقبة في تنفيذ عقد الاعتماد لابد من البحث في الأمور التالية:

#### أولاً: تأكيد القضاء على دور قاعدة الغش يفسد كل شيء

أوجب المشرع تنفيذ العقود بما يتفق مع مبدأ حسن النية وما تقتضيه الأمانة في المعاملات<sup>(١)</sup>، وليس من حسن النية ان يعتمد أحد المتعاقدين الإضرار بالطرف الآخر، حتى لو كان تصرفه ظاهرياً مستوفياً الشكل القانوني المطلوب. مثل هذا التصرف يستوجب البطلان بحسب مقصد فاعله وما انطوى عليه التصرف من غش أياً كان قدر الخداع فيه. فإذا لم يكن ثمة نص صريح يبطل هذا التصرف، هنا يقع على عاتق الفقه والقضاء الاجتهاد لمعالجة هذا القصور على اساس قانوني سليم لإبطال هذا التصرف. وقد وجد القضاء ضالته المنشودة في تطبيق قاعدة ( الغش يفسد كل شيء )، ولم يتوان في تدعيمها والتأكيد عليها في العديد من أحكامه ليسد كل ثغرة أمام أعمال الغش، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن( قاعدة الغش يبطل التصرفات هي قاعدة قانونية سليمة، ولو لم يجر

(١) - تنص المادة ١/١٥٠ مدني عراقي على انه( يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية).

بها نص خاص في القانون، وتقوم على اعتبارات اخلاقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة عموماً صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات<sup>(١)</sup>، وقد كان للقضاء الفرنسي فضل السبق على الفقه في تحويل نظر الفقه إلى الاعتداد بالدواعث والنيات بأعتبار ان القصد يجب ان يكون مشروعاً<sup>(٢)</sup>، فالقانون في كثير من نصوصه يلتقي بالقواعد الأخلاقية، ففي مواطن كثيرة نجد ان القانون يهتم بالنوايا، فقاعدة تطهير الدفوع في الأوراق التجارية بنيت على اساس أخلاقي الهدف منها حماية الحامل حسن النية دون سيئها.

### ثانياً: الغش في النظام الأكلوأمريكي

العقد تصرف قانوني قوامه الإرادة، والاصل في الإلتزامات العقدية ان الإنسان لا يلزم إلا بما ارتضاه وما انصرفت إليه إرادته. ولأجل ان تنشئ الإرادة هذه الإلتزامات يجب ان تكون حرة مبصرة سليمة من اي عيب قد يشوبها<sup>(٣)</sup> وحسن النية من المبادئ التي تبنى عليها العقود فإذا كان هناك غش من قبل أحد الاطراف فإن أهم مبدأ من المبادئ التي تقوم عليها العقود قد انهدم ويستتبع انهدام الاساس انهدام البناء لذا فإن الزيف في العقد الاساس يؤدي إلى جعل العقد معيباً بالغش ويستتبع هذا الامر ان يصاب عقد الاعتماد بالداء نفسه. وهذا ما دفع الفقه والقضاء وبعض القوانين إلى إقرار إمكان المعارضة في تنفيذ عقد الاعتماد ان كان هناك غش او خطأ جسيم<sup>(٤)</sup> من قبل المستفيد، بأعتبار ان المستفيد قد خرج عن مبدأ حسن النية.

(١) - طعن رقم ٤٥٠٧ بتاريخ ٢٦-٦-١٩٩٦ منشور بمجلة هيئة قضايا الدولة، عدد(٤)، ديسمبر ١٩٩٧، وانظر طعن رقم ٢٠٠١ بتاريخ ٢٨-٢-١٩٩٨ منشور بمجلة قضايا الدولة عدد(٣)، يوليو(تموز) ١٩٩٩، ص ١١٣.

(٢) - Mazeaud H. Iecons de droit civil francais, Paris, 1962, P.210, n289.

(٣) - د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الألتزام، مطبعة نديم، بغداد، ص ١٢٣.

(٤) - الخطأ الجسيم هو الخطأ الذي لا يرتكبه أكثر الناس إهمالاً، وهو أقرب ما يكون إلى العمد ويلحق بالغش. حقيقة أن هناك فرق جوهري بين مفهوم الغش والخطأ الجسيم يتمثل في ان الغش يتطلب عنصر القصد والتعمد(سوء النية) في حين لا يشترط لقيام الخطأ الجسيم ذلك.

عرف القانون التجاري الأمريكي الموحد U.C.C لسنة ١٩٧٨ المعدل، حسن النية في المادة (19/201/1) بأنها الصدق في قول الحقيقة فيما يتعلق بالسلوك أو العقد. والغش تبعاً لذلك من الأمور التي تتأصل العداة التام لمبدأ حسن النية لأنه يحمل معنى الخداع<sup>(١)</sup>.

على اية حال فإن المادة ١١٤/٥ من التقنين التجاري في الولايات المتحدة ولا القضاء الأمريكي لا تجيبان عن السؤال بأجابة قاطعة حول معيار الغش الذي ينحي مبدأ الاستقلال. بينما تبنت المحاكم الإنكليزية معياراً عالياً من الغش لتتحية مبدأ الاستقلال وهو ان الغش يجب ان يكون واضحاً مثبتاً. وبهذا اتبعت المحاكم الإنكليزية معياراً غير مرن مقارنةً بنظيراتها الأمريكية كانت أكثر مرونة إلا انها لم تأت بأجابة قاطعة حول معيار الغش الذي ينحي مبدأ الاستقلال<sup>(٢)</sup>.

#### ثالثاً: الغش والأصول والأعراف الموحدة

يبدو ان توحيد القواعد و الأصول والأعراف الموحدة التي تحكم الاعتمادات المستندية لم يعالج المشاكل والقضايا التي تحد من دور الاعتمادات المستندية وبالأخص موضوع المستندات المزورة او التي تتطوي على احتيال، بحيث لا يوجد نص في نشرة ٤٠٠ ولا في نشرة ٥٠٠ ولا في نشرة ٦٠٠ بخصوص الاصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية عن الغش Fraud او المستندات التي تتطوي على الاحتيال Fraudulent Documents. وهذا يشكل قلق حقيقي من خلق مشكلة نظراً لاختلاف القوانين الوطنية بين الدول. ومن وقت الى آخر ترد اسئلة إلى لجنة البنوك بغرفة التجارة الدولية ICC (International Chamber of Commerce) لبيان رأيها بموضوع الأوامر القضائية والغش في الاعتمادات المستندية، إلا ان اللجنة ترد بأن هذا الموضوع ينبغي حله عن طريق المحاكم القانونية.

فالمادة الخامسة من نشرة رقم ٦٠٠ لعام ٢٠٠٧ بخصوص الاصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية تبين أن البنوك تتعامل بمستندات و ليس ببضائع او خدمات، وكما قررت المادة ٣٤

(١) - للمزيد ينظر: أكرم ابراهيم الزعبي، مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندي، دار وائل، عمان، ط١، ٢٠٠٠، ص ص ١٣٧-١٣٨.

(٢) - للمزيد ينظر: د.حسين شحادة الحسين، مصدر سابق، ص ص ٣١٠-٣١٥.



من الاعراف الموحدة عدم مسؤولية البنوك عن التزوير في المستندات والنتائج القانونية المترتبة عليه ، والمادة ١٤/أ تبين " أن البنوك يجب ان تفحص جميع المستندات المنصوص عليها في الاعتماد ببذل العناية المعقولة للتأكد من انها في ظاهرها مطابقة لشروط الاعتماد ام لا. كما إن المصارف لن تفحص المستندات غير المنصوص عليها في الاعتماد، وإذا تسلمت المصارف مثل هذه المستندات فعليها ان تعيدها إلى مقدمها او تمررها دون أن تتحمل أي مسؤولية".

وبالتالي فإن عدم مسؤولية البنك تقتضي ان يكون قد فحص المستندات بعناية الرجل الحريص المحترف، فإذا كانت مطابقة في ظاهرها لبنود الاعتماد وصحيحة وقام البنك بالدفع نظيرها، فهنا تخلي مسؤولية البنك حتى لو أكتشف فيما بعد أن المستندات غير صحيحة، وهذه النتيجة يمكن التوصل إليها بربط المادة ٣٤ من الاعراف بالفقرة أ من المادة ١٤ منها ، وهذه النتيجة تستند إلى استقلال التزام البنك عن عقد البيع المبرم بين البائع والعميل.

من خلال قراءة المواد الأعلى فإننا لا نرى إشارة لأي استثناء لمبدأ الاستقلال عند وجود الغش، ويمكن التأويل بأن هناك إمكانية للدفع وفقاً لمستندات تنطوي على الاحتيال<sup>(١)</sup>.

هنا سؤالا يطرح نفسه في ضوء ذلك حول موقف البنك عندما يملك سبباً قوياً للارتياب بأن المستندات تنطوي على غش او احتيال، فهل يستطيع القول أنا أعرف أن المستند غير موقع من الشخص الحقيقي او ان هذا البيان في المستند غير صحيح، إلا انني غير مخول الذهاب وراء المستندات، ويجب أن أفحص المستندات كما تبدو في ظاهرها؟ وفي حالة قيام البنك بدفع قيمة الاعتماد للمستفيد قبل اكتشاف الغش، فهل من العدل ان يتحمل البنك الخطر؟ أو ان يتحمل المشتري...؟

هذه الأسئلة لايمكن ان نجد لها إجابات شافية في ضوء قراءة نصوص النشرة ٦٠٠ ولا من النشرات التي سبق وأن أصدرتها غرفة التجارة الدولية بهذا الخصوص مثل نشرة (٤٠٠ او ٥٠٠)، وذلك أن غاية هذه النشرات السابقة هي

(١) - ينظر: د. حسين شحادة الحسين، مصدر سابق، ص ٣٠١. فيصل محمود مصطفى، مسؤولية البنك في قبول المستندات في نظام الاعتماد المستندي، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٥، ط١، ص ص ٢٢٤-٢٢٥.

دعم التجارة الدولية وليس تجنب إجراء الدفع. ونحن امام قواعد دولية لا تأخذ مكان القوانين. لذا لا يمكن لنا ان نتجاهل قضاء المحاكم في هذا الجانب. وحرصاً على نجاح هذه الآلية في تسوية البيوع فلا توجد رغبة بتغيير أسلوبها من اعتمادها على المستندات إلى الاعتماد على فحص البضائع، فالاعتمادات ستبقى مستقلة عن العقود، وسوف يستمر كل الأطراف بالتعامل بالمستندات وليس بالبضاعة، وانما توجد الرغبة في حماية نظام الاعتماد المستندي من إساءة الاستعمال، من خلال التأكيد على المصرفيين التصرف بحسن نية وتجنب تسهيل الغش، فليس مطلوباً من البنوك ان تتصرف كإنسان آلي عند فحص المستندات للتأكد من انها تبدو في ظاهرها مطابقة. فإذا تصرف البنك بعناية معقولة ودفع نظير مستندات مطابقة في ظاهرها فإنه يجب ان يكون مخولاً بالتغطية من البنك من مصدر الاعتماد.

## المبحث الثاني

### أثر الغش على التزام البنك في الاعتماد المستندي

نتعرض في هذا المبحث لأثر الغش على مبدأ استقلال و التزام البنك في الاعتماد المستندي، وهذا يقتضي منا ان نتعرض لطبيعة التزام البنك في الاعتماد المستندي مطلب الأول، ثم نبين أثر الغش على التزام البنك في رأي الفقه والقضاء مطلب ثاني.

### المطلب الأول

#### طبيعة التزام البنك في الاعتماد المستندي والنتائج المترتبة عليه

بالرغم ان البنك يصدر الاعتماد المستندي بناء على أمر من العميل الأمر الذي يرتبط مع المستفيد من الاعتماد بعلاقة قانونية ما ( عقد الأساس)، إلا أن التزام البنك تجاه المستفيد التزام مستقل عن علاقة البنك بالعميل (عقد فتح الاعتماد المستندي)، كما أنه مستقل عن علاقة العميل الأمر بالمستفيد، فلا يستطيع البنك ان يحتج في مواجهة المستفيد بالدفع الناشئة عن علاقة الأخير بالعميل الأمر ولا بالدفع الناشئة عن علاقة الأخير بالبنك.

فالمقصود إذاً من استقلال التزام البنك في الاعتماد المستندي، أن يكون التزام البنك بمنأى عن العلاقات الأخرى التي تحيط به. سواء منها ما ورد في عقد الأساس او ما ورد في عقد فتح الاعتماد. فهو التزام قطعي وأصيل ولا يكون في مقدور البنك أن يمتنع عن الوفاء فيه مستنداً إلى دفع في علاقة من العلاقات القانونية المحيطة به.

ويترتب على هذا أنه إذا فرض وكانت إرادة العميل مشوبة بعيب من عيوب الإرادة، او أبطل عقد الأساس الذي بسببه صدر الاعتماد او لم يقدم العميل للبنك الغطاء النقدي المتفق عليه لإصدار الاعتماد، فلا أثر لكل ذلك على التزام البنك تجاه المستفيد، نظراً لاستقلال هذا الألتزام وعدم تبعيته لأي علاقة من العلاقات الأخرى المرتبطة به.

هذا الاستقلال في التزام البنك هو أهم ما يميز الاعتماد المستندي عن غيره من الضمانات المصرفية<sup>(١)</sup> و هو ما أكدت عليه العديد من التشريعات الوطنية والقواعد الأصول والأعراف الدولية الموحدة، بالإضافة إلى فقهاء القانون في تعريفهم لأعتماد المستندي كما أكد عليه القضاء في العديد من أحكامه، لذا يقتضي أولاً أن نتعرض لبيان مبدأ الاستقلالية في الاعتماد المستندي، ثم الولوج الى الأمور اعلاه.

#### ولاً: مبدأ الاستقلالية في الاعتماد المستندي:-

يؤكد أن الاعتماد المستندي بطبيعته عملية مستقلة ومنفصلة تماماً عن عقد البيع وعقد فتح الاعتماد أو غيرها من العقود التي تستند إليها، ولا تكون المصارف بأي حال معنية أو ملزمة بمثل هذه العقود حتى لو تضمن الاعتماد الإشارة الى ذلك العقود و هذا ما جاءت به المادة (٤) من القواعد والأصول والأعراف الموحدة رقم ٦٠٠ لسنة ٢٠٠٧.

وهذا المبدأ تنص القوانين الوطنية التي تنظم الاعتماد المستندي عليه، من ذلك ما نص عليه المشرع المصري<sup>(٢)</sup> و الإماراتي<sup>(٣)</sup> وكذلك نص قانون التجارة

(١) - بأستثناء التزام البنك في الخطاب الضمان، حيث يكون التزام البنك تجاه المستفيد من الخطاب التزاماً أصيلاً ومستقلاً كما هو الحال في الاعتماد المستندي.

(٢) - ينظر المادة ٢/٣٤١ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

(٣) - ينظر المادة ٢/٢٤٨ من القانون الاتحادي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣.

العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ بنفس المعنى على أنه) عقد الاعتماد المستندي مستقل عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه ويبقى المصرف اجنبياً عن هذا العقد<sup>(١)</sup>،

ويقصد بالاستقلال في الاعتماد المستندي أن يكون الحق الذي ينشأ للمستفيد من خطاب الاعتماد حقاً أصلياً وقائماً بذاته، ومستقلاً عن العلاقات القانونية التي تربط العميل بالمستفيد (عقد البيع)، أو التي تربط العميل بالأمر بالبنك (عقد فتح الاعتماد)<sup>(٢)</sup>. ويبينى على الاستقلال أنه لايجوز تعديل الاعتماد بطلب من العميل أو بتصرف منفرد من قبل البنك المصدر<sup>(٣)</sup>.

و هذا الأمر يخدم المصرف والمستفيد على حد سواء إذ يجنب استقلال الاعتماد المصرف من الدخول في منازعات قانونية قد تنشأ بين العميل الأمر والمستفيد نتيجة عدم تنفيذ عقد الأساس وبقي المستفيد من ضياع حقه إذ أن المصرف يلتزم بمواجهته بصفته مديناً أصلياً لا نائباً عن العميل الأمر، ولا يكون إلتزامه تابعاً لأي التزام آخر<sup>(٤)</sup>، والتزام المصرف المصدر متى كان الاعتماد قطعياً أو معزراً تجاه المستفيد هو إلتزام أصلي وبات ونهائي لا يستطيع المصرف الرجوع عنه، أما إذا كان الاعتماد غير قطعي ونص على ذلك صراحة في الاعتماد، فأن للمصرف الرجوع عنه متى كان لديه مبررات قانونية تتيح له مثل هذا الرجوع بشرط ألا يتعسف في استعمال حقه و ألا يكون المستفيد قد قام بتقديم المستندات المطلوبة منه، لأن حالة عدم الرجوع هي أساساً مقررّة لمصلحة المستفيد حتى يطمئن إلى استيفاء حقه. ويبقى المصرف طبقاً لمبدأ الاستقلال ملزماً بقيمة الاعتماد طيلة مدة سريانه.

ومن خلال ما سبق نجد أن البنك يجب أن يقوم بتنفيذ الاعتماد بالطريقة المتفق عليها فيه تجاه المستفيد، وبغض النظر فيما إذا كانت العقود الأخرى الناشئة عن

(١) - المادة ٢/٢٧٣ من القانون التجاري رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

(٢) - زينب السيد سلامة، دور البنوك في الأعمادات المستندية من الوجهة القانونية، أطروحة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، مصر، ١٩٨٠، ص ٢٩١.

(٣) - د.علي جمال الدين عوض، مصدر سابق، ص ١٤٩.

(٤) - للمزيد عن مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان المصرفي ينظر : عماد أبو صد، أحكام خطابات الضمان المصرفية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن، ١٩٩٥، ص ٨٣ وما بعدها.

الاعتماد قد تم تنفيذها أم لا، وذلك إذا قدم المستفيد المستندات المطلوبة في الاعتماد والمطابقة لبنود وشروط خطاب الاعتماد، و أن الاستثناء الوحيد على ذلك هو حالة الغش من المستفيد، والتي سنبحثها بشيء من التفصيل لاحقاً.

### ثانياً: التأكيد على استقلال التزام البنك في التشريع والاصول والاعراف الموحدة:

ففي التشريع نصت المادة (٢٨٠) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على انه ( أولاً: لايسأل المصرف اذا كانت المستندات مطابقة في ظاهرها للتعليمات التي تلقاها من الأمر. ثانياً: لايتحمل المصرف اي التزام يتعلق بالبضاعة التي فتح الاعتماد بسببها)<sup>(١)</sup>. وهو ايضاً ما أكدته المادة (١٥/أ) من نشرة رقم ٦٠٠ لقواعد الاعراف الدولية الموحدة (أ- على المصرف المصدر أن يقوم بالوفاء متى قرر أن التقديم مطابق). وكذلك المادة(١٤/أ) على انه ( يجب على المصرف المسمى الذي يتصرف بناءً على تسميته والمصرف المصدر أن يفحصوا التقديم، أستناداً الى المستندات وحدها، لتحديد ما إذا كانت المستندات تشكل في ظاهرها تقديماً مطابقاً أم لا).

### ثالثاً: التأكيد على استقلال التزام البنك في الفقه والقضاء:

١- الفقه: في خصوص الفقه القانوني فقد حرص البعض من الفقهاء القانون<sup>(٢)</sup> على إبراز استقلالية التزام البنك في تعريفهم لأعتماد المستندي فقد عرفه الدكتور محمد السيد اليماني بأنه( عقد بين البنك وعميله الأمر يلزم البنك بإصدار خطاب إلى شخص ثالث(المستفيد) يلتزم فيه البنك التزاماً مستقلاً بأن يدفع أو يقبل خلال أجل معين السحوبات أو الشيكات التي يسحبها عليه المستفيد في حدود مبلغ معين مقترنة بمستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل يحتفظ بحيازتها على سبيل الضمان)<sup>(٣)</sup>.

(١) - كما أكد على نفس المبدأ المادة (١/٣٤٨) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩

(٢) - د. محمد السيد اليماني، الاعتماد المستندي و الطبيعة القانونية لألتزام البنك، جامعة القاهرة، ١٩٧٤، ص ١٥.

(٣) - د. محمد السيد اليماني، المصدر السابق، ص ١٥.

وهو ما أكده الفقيه الفرنسي روبلو Roblot وغيره<sup>(١)</sup>، بضرورة استقلال التزام البنك الفاتح الاعتماد المحلي عن البنك الاجنبي عن عقد الاساس.

٢- **القضاء:** وفي خصوص القضاء، تواترت أحكام المحاكم على التأكيد على استقلال التزام البنك في الاعتماد المستندي:- ففي العراق قررت محكمة استئناف بغداد(س/١٥٩/٦٤) في ١٤/١١/١٩٦٤ المميزة بالاضبارة (٣٩١/ح/٩٦٥) في ٢٧/٦/١٩٦٦ على انه ( إن شروط فتح الاعتماد ترفع المسؤولية عن البنك بشأن صحة المستندات و اوصاف البضاعة ونوعها وقيمتها)<sup>(٢)</sup>.

**رابعاً: النتائج المترتبة على استقلال التزام البنك في اعتماد المستندي:**

يترتب على استقلال التزام البنك في الاعتماد المستندي مجموعة من النتائج، من أهمها:-

١- **عدم احتجاج البنك بالدفع التي للعميل في مواجهة المستفيد:** يحكم العلاقة بين العميل والمستفيد عقد الاساس الذي كان سبباً في طلب العميل من البنك فتح الاعتماد المستندي، ومع هذا فإن هذا العقد يعتبر مستقلاً تماماً عن الاعتماد. وبالتالي وطبقاً لمبدأ استقلال التزام البنك في الاعتماد المستندي، فإن البنك لا يستطيع أن يحتج في مواجهة المستفيد بالدفع الناشئة عن هذا العقد بغية الامتناع عن الوفاء، فالبنك غريب عن هذا العقد والتزامه في الاعتماد المستندي التزام شخصي ومستقل عن علاقة العميل بالمستفيد. فعبارة الاعتماد المستندي وحدها هي التي تحكم العلاقة بين البنك والمستفيد. فليس للبنك ان يدفع في مواجهة المستفيد بالمقاصة بين مبلغ الاعتماد ودين له على العميل الأمر<sup>(٣)</sup>.

٢- **عدم مسؤولية البنك عن الوفاء دون الرجوع للعميل:**

يترتب على كون التزام البنك في الاعتماد المستندي التزاماً مستقلاً وقائماً بذاته، أنه لا التزام على البنك في إخطار العميل قبل الدفع للمستفيد إذا ما طلب الأخير تسهيل الاعتماد.

(١) -Gavalda et Stoufflet, La letter de garantie internationale, R.T.D.

1980, P.350, N. 711.

(٢) - منشور في مجلة القضاء، العدد (٤)، كانون الاول- ١٩٦٦، السنة الحادية والعشرون، ص ١٢٧.

(٣) - د. سميحة القليوبي، الأسس القانونية للعمليات البنوك، مصدر سابق، ص ١٥٥.

لكن هناك من يرى<sup>(١)</sup> أن على البنك واجب إخطار العميل قبل الوفاء، على الأخص إذا كان الاعتماد مشروطاً حتى يستوثق البنك من تحقق الشرط أو تخلفه، ويرتب هذا الرأي على ذلك مسئولية البنك في حال الدفع دون إخطار العميل، مما يستوجب التعويض إذا ما لحق العميل ضرر بسبب هذا الوفاء.

## المطلب الثاني

### أثر الغش على استقلال التزام البنك

مما سبق أتضح لنا أن التزام البنك في الاعتمادات المستندية هو التزام مستقل عن مجموع الروابط العقدية الأخرى المرتبطة بعقد الاعتماد المستندي، وأنه يترتب على هذه الاستقلالية فورية الدفع وبمجرد الطلب من المستفيد، وأن البنك ليس له الامتناع عن الوفاء بالاستناد إلى دفع مستمدة من عقد الأساس، لكن هل يعني هذا الاستقلال أن يغمض البنك عينيه عن غش المستفيد عند طلب تسهيل الاعتماد؟ أم ان استقلال التزام البنك ضماناً مقررراً لصالح المستفيد تفسد بسبب غشه، فيصبح من حق البنك أن يدفع في مواجهة المستفيد بالغش في الطلب ليمتنع عن الوفاء؟

للإجابة على هذه الأسئلة تقتضي منا أن نعرض لرأي الفقه وأحكام القضاء في هذه المسألة، لنستخلص منهما مدى إمكانية امتناع البنك عن الوفاء إذا ما ثبت الغش من المستفيد في طلبه تسهيل الاعتماد.

#### أولاً: رأي الفقه في أثر الغش على التزام البنك :

معظم الفقه<sup>(٢)</sup> ممن تعرضوا لهذا الموضوع ، إلا وذهب إلى التأكيد على مبدأ مبدأ استقلالية التزام البنك في الاعتمادات المستندية، إلا إنهم مع تأكيدهم هذا لم

(١) - د. محيي الدين علم اسماعيل، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠١، ج١، ص ٧٩١ وما بعدها.

(٢) - ينظر كل من: د. علي جمال الدين، الاعتمادات المستندية دراسة للقضاء والغش المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٨٣. د. حمدي محمد مصطفى، الغش من المستفيد...، مصدر سابق، ص ٧٨ وما بعدها. د. نجوى محمد كمال ابو الخير، البنك والمصالح المتعارضة في الاعتماد المستندي- دراسة للقضاء والفقه المقارن، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٦٨.

يترددوا في القول بتراجع هذا المبدأ أمام غش المستفيد، بما يسمح للبنك أن يتمتع عن الوفاء.

### في الفقه الألماني:

يقرر الفقيه الألماني Wiele (أن البنك يجب أن يتجاهل أي زعم ضد نوعية البضائع أو طبيعتها. ولكن إذا ثبت أن بضاعة قد شحنت وهي مختلفة كلية عن المطلوب وقدمت مستندات تحتوي على بيانات احتيالية فإن البنك مفوض وفق المادة ٢٤٢ من القانون المدني الألماني BGB برفض المستندات)<sup>(١)</sup>.

### في الفقه الفرنسي:

يقرر الفقيه الفرنسي Vasseur ( أن الغش لا يمكنه ان يربط اية آثار قانونية ما لم يبلغ حداً يفقأ العين إذ يستوجب حتماً ان تكون مظاهر الغش المحتج به ثابتة بشكل جلي ولاغموض فيها- غش فاضح-)<sup>(٢)</sup>.

**في الفقه العراقي:** يؤكد الدكتور/ عزيز العكلي على استقلالية الاعتماد المستندي وبعده السمة البارزة في التزام المصرف قبل المستفيد، حيث يتميز التزام البنك قبل المستفيد بكونه التزاماً مباشراً و مجرداً. مباشراً لانه البنك يلتزم بصفته أصيلاً، ومجرداً بمعنى انه مستقل عن عقد فتح الاعتماد<sup>(٣)</sup>.

**في الفقه المغربي:** قد ذهب د. يوسف بنباصر الى إعتبار الاعتماد المستندي وعقد البيع مستقلين عن بعضهما و ان عدم تنفيذ أحدهما لا يؤثر على العقد

فيصل محمود مصطفى، مصدر سابق، ص ٢٢٤ وما بعدها. د. هزار حيدر، مصدر سابق، ص ٢٤٩ وما بعدها. د. حسين شحادة الحسين، مصدر سابق، ص ٣١٨ وما بعدها.

(١) - (E.P. Ellinger, D/Cs and Fraudulent Document, current problems of international trade financing, 1983, p.206. (مشار إليها عند د. حسين شحادة، مصدر سابق، ص ٣٠٨).

(٢) - Vasseur(Michel) Droit et Economic Bancaiee, OP. Cit. p. 650.  
(٣) - د. عزيز العكلي، شرح القانون التجاري، الجزء الثاني، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، دار الثقافة، عمان، ط١، ٢٠٠٥، ص ص ٤٣٦ - ٤٣٧.



الآخر، فقد نص على استثناء لهذه القاعدة، وهي حالة غش أو تدليس من طرف البائع....."

**في الفقه المصري:** يذهب الدكتور/ علي جمال الدين الى وجوب استقلالية التزام البنك في الاعتمادات المستندية ، وأن البنك سوف ينفذ احد التزاماته تجاه المستفيد عند طلب الأخير بتسييل الاعتماد، ويقرر أنه( لايستثنى من هذا الاستقلال أي استقلال التزام البنك في الاعتماد المستندي لإحالة الغش أو التعسف الظاهر التي تستبعد استقلال العلاقات، والتمسك على المستفيد بغش صادر منه في طلبه الوفاء، اي يمكن النظر في عقد الاساس لمعرفة ما إذا كان للمستفيد حق منه .....<sup>(١)</sup>.

ونذهب إلى ما ذهب إليه البعض<sup>(٢)</sup> من ضرورة وجود مراقبة دقيقة من جانب القضاء لإعمال هذا الاستثناء سواء من حيث شروطه أو من جانب مدى ثبوته حتى لا يصبح سبباً لحصول المستفيدين سيئي النية على ما ليس لهم، كذلك حتى لا يكون الادعاء بوجود الغش أداة سهلة من جانب العملاء الأمرين لسد الطريق أمام المستفيدين في سبيل الحصول على قيمة الاعتماد. لذلك نذهب مع البعض الفقه<sup>(٣)</sup> بأن لمحكمة التمييز/ النقض حق الإشراف على تكييف مسألة الغش ومدى ثبوتها من عدمه.

### ثانياً : أحكام القضاء في أثر الغش على استقلال التزام البنك:

أما عن أحكام القضاء فيما يتعلق بأثر الغش على استقلال التزام البنك، فإن القضاء العربي عموماً تندر فيه الأحكام التي تقرر بشكل صريح ومباشر أثر الغش على استقلال التزام البنك في الاعتماد المستندي، ونحن نعتقد و نقر- بحد علمنا - بأنه لم يصدر حكم تمييز عراقي حتى الآن بشكل مباشر في شأن أثر الغش على مبدأ استقلال التزام البنك في الاعتماد المستندي، ويرجع هذا الى عدم

(١) - بهذا المعنى ينظر: د.علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربية، دون مكان نشر وسنة طبع، ص ٦٠٢.

(٢) - د. خليل فيكتور، مصدر سابق، ص ٤٦٦.

(٣) - د. حمدي محمد مصطفى، مصدر سابق، ص ٩٦.

وجود نص تشريعي صريح يحكم المسألة، سواء على الصعيد الدولي أو الداخلي، فلم يتضمن قواعد الاعراف الدولية الموحدة في النشرات السابقة ولا في نشرة ٦٠٠ لسنة ٢٠٠٧، أي نص يعالج غش المستفيد في الاعتماد المستندي، وعلى المستوى الداخلي، ففانون التجارة العراقي القديم رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ لم يكن يتضمن بنصوصه تنظيم الاعتماد المستندي برمته، وحتى بعد صدور القانون التجاري النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ وعلى الرغم من تضمنه نصوص لتنظيم لاعتماد المستندي، إلا انه لم يضمن القانون نصاً يعالج غش المستفيد او الغش في عملية الاعتماد المستندي.

ومع هذا فإن بعض أحكام والقرارات القضاء العراقي تشير بصورة غير مباشرة إلى اعتراف القضاء العراقي بأثر الغش على التزام البنك، وأن الغش، باعتباره يفسد كل شيء، يجيز للبنك الامتناع عن الوفاء للمستفيد.

#### ١- في القضاء العراقي:

\* قرار محكمة استئناف بغداد س/١٥٩/٦٤ في ١٤/١١/١٩٦٤ المميزة بالاضبارة ٣٩١/ح/٩٦٥ في ٢٧/٦/١٩٦٦ منشور في مجلة القضاء العدد الرابع، كانون الاول / ١٩٦٦، السنة الحادية والعشرون، ص ١٢٧.  
القرار:- (إن شروط فتح الاعتماد ترفع المسؤولية عن البنك بشأن صحة المستندات وأوصاف البضاعة ونوعها وقيمتها).

● في قضية أخرى عرضت على اللجنة القضائية لمراقبة التحويل الخارجي من البنك المركزي بموجب قانون التحويل الخارجي رقم ٩١ لسنة ١٩٦١ المعدل.

**خلاصة القضية:-** إن احد المصارف العراقية احيل مع احد المستوردين العراقيين بتهمة اشتراكهما في تحويل مبالغ الى الخارج لم ترد بضائع مقابلها الى العراق خلافاً لما تطلبه قانون مراقبة التحويل الخارجي وكانت القضية تتلخص باتفاق تاجر عراقي على استيراد كميات من الخشب مع جهاز من الخارج يتم تحويل مبالغها بواسطة اعتمادات تفتح لصالح المجهز الاجنبي على ان يدفع مبلغ ٢٥% من قيمتها مقدماً ويدفع الباقي بموجب سحبوات آجلة فقبل المصرف العراقي المستندات لكونها مطابقة لشروط الاعتمادات المفتوحة ثم ظهر بعد ذلك إن هذه المستندات وهمية ولا تمثل بضاعة شحنت تنفيذاً للاعتمادات، وان المجهز شخص

محتال، وقد اوقع التاجر العراقي في عملية نصب وقد اعتبر المصرف غير مسؤول عن قبوله المستندات على اساس أنه ليس من واجبه التحقق من صحتها. فقررت اللجنة القضائية ما يأتي:

( لا يعتبر المصرف قد أخطأ في تنفيذ التزامه بفحص المستندات والدفع الى المستفيد بموجبها إذا ما كانت في ظاهرها صحيحة حتى لو ظهر بعد ذلك أنها مزورة إذ لا مسؤولية في ذلك و انما يتحمل المشتري الضرر نتيجة خطئه في اختيار الشخص الذي يتعامل معه).

## ٢- في القضاء المغربي :

سلم القضاء المغربي بأثر الغش من المستفيد على استقلال البنك، وإمكانية الأخير الامتناع عن الوفاء في حالة صدور غش من المستفيد، بحيث اعتبرت أحكام قضائية مغربية بأن مجرد عدم المطابقة بين البضاعة المتفق عليها والبضاعة الواردة من طرف البائع المستفيد لفائدة المشتري الأمر تقوم أيضاً مقام الغش الكفيل بالحد من استقلالية البنك المنشئ للاعتماد والموجب لتعطيل تنفيذ عملية الاعتماد المستندي، وإلى ذلك ذهب الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء، عدد: ٢٠٠٠/٣٢٦٨ بتاريخ ١٨-١٢-٢٠٠٠، ".....وحيث إن البنك وأن كان أجنبياً عن العملية التي تمت بين عميل الأمر والغير المستفيد من الاعتماد المستندي ويكون ملزماً بالأداء بمجرد تقديم الوثائق المطابقة لشروط الاعتماد، فإن هذه القاعدة يستثني منها إذا كان هناك غش من طرف البائع، فإنه يحق للبنك أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إلى أن يفصل في النزاع وذلك بمجرد إشعاره بالغش من طرف عميل الأمر.....".

## ٣- القضاء في فرنسا :

فإن القضاء الفرنسي غني بالأحكام المؤكدة مباشرة و صراحة على تعطيل الغش لمبدأ استقلال البنك، سواء كان في قضاء النقض او في قضاء الاستئناف. ففي حكم لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٤-٣-١٩٥٣ قضت بأن) وأن كان الاعتماد المستندي و البيع عقدين مستقلين ينشئ كل منهما التزامات مختلفة وإن عدم تنفيذ احدهما لا يؤثر على العقد الآخر فإن الأمر يختلف في حالة ارتكاب

الغش<sup>(١)</sup>. وهذه القضية كانت تتعلق باعتماد المستندي تطلب تقديم مستندات من البائع تثبت شحن بضاعة عبارة عن ساعات من الصنف الجيد، وصلت البضاعة للمشتري قبل وصول المستندات، اكتشف المشتري الغش واقام دعوى جنائية على البائع بتهمة الغش والنصب، وابلغ البنك بالألا يدفع للبائع، عرض النزاع بواسطة البائع على محكمة (السين) بسبب امتناع البنك، لكن المشتري طالب بوقف الدعوى المدنية استناداً لمبدأ (الجنائي يوقف المدني)، رفضت محكمة (السين) طلبه ولكن الاستئناف قبلت استئناف المشتري، طعن البائع في الحكم لدى محكمة النقض و أقرت محكمة النقض حكم الاستئناف ورفضت الطعن بالرغم من استقلال كل من الاعتماد المستندي وعقد البيع، بناء على وقائع القضية وعلى المبدأ العام (الغش يفسد كل شيء) قررت ان البنك مخول برفض المستندات، لأنه الغش الواقع من قبل المستفيد قد افسد كل شيء، اي ليس فقط العلاقة الناشئة عن عقد البيع و إنما امتد كذلك إلى علاقة البنك بالمستفيد الناشئة من خطاب الاعتماد.

وفي حكم آخر لها بتاريخ ١٢-٢-١٩٧٤ قضت بأنه ( المصرف لايسأل عن تنفيذ الاعتماد ولو إتضح ان البضاعة غير مطابقة مع المستندات مادام المستندات مطابقة للتعليمات الواردة بالخطاب إلا إذا كان هناك غش من المستفيد وكان المصرف يعلمه)<sup>(٢)</sup>.

#### ٤- القضاء الأنكليزي :

تبننت المحاكم الانكليزية معياراً عالياً من الغش(الغش الفاضح) لتتحيه مبدأ الاستقلال، اي يكون الغش واضحاً مثبتاً وليس مجرد الارتياب و الشك. ومن هذه القضايا: قضية ( United Merchants v. Royal Bank of Scotland )

(١) - نقض فرنسي في ٤-٣-١٩٥٣. أشار إليه كل من: د. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، مصدر سابق، ص ٣٠٥. و د. طالب حسن موسى، مصدر سابق، ص ١٣٥. و د. حسين شحادة الحسين، مصدر سابق، ص ٣٠٧. و فيصل محمود مصطفى، مصدر سابق، ص ٢٢٦.

(٢) - نقض فرنسي في ١٢-٢-١٩٧٤. أشار اليه د. نجوى محمد كمال ابو الخير، مصدر سابق، ص ٢٦١.

1983) اعتبر ان البنك يمكنه رفض الدفع إذا علم بالغش وكان المستفيد عالماً به، أما مجرد الارتياح فلا يكفي لتحيه مبدأ الاستقلال<sup>(١)</sup>.  
وعليه فإن المحاكم في انكلترا تضع استثناءً على مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي وذلك بالرغم من ان المستندات المقدمة على الاعتماد تبدو في ظاهرها مطابقة لشروطه، وهذا الاستثناء يتعلق بالغش (الاحتيال) وذلك ضمن الشروط التالية:

- أ- ان يكون هناك دليل واضح على وجود الغش.
- ب- ان يصل إلى البنك علم بوجود الغش.
- ت- ان تكون معرفة البنك بالغش حالية و وقتية<sup>(٢)</sup>.

ونخلص من هذا العرض لرأي الفقه و القضاء على المستوى العربي والغربي، ان استقلال التزام البنك في الاعتماد المستندي يتراجع امام غش المستفيد في طلب تسهيل الاعتماد، وان للبنك في هذه الحالة ان يمتنع عن تسهيل الاعتماد، دون ان يعد امتناعه مخالفاً لتعهد الفوري و القطعي بالوفاء بمبلغ الاعتماد عند طلب المستفيد له ، لأن القاعدة ان الغش يفسد كل شيء.

وفي الحقيقة إن الفقه والقضاء بتسليمهما بأثر الغش على استقلال التزام البنك، في هذا النوع من الضمانات، بامتناعه عن الوفاء، إنما يهدفان إلى التخفيف من قسوة هذا الالتزام وشدته، خاصة في الحالات التي يكون فيها العميل قد نفذ كل التزاماته الناشئة عن عقد الاساس. فإذا كان مبدأ استقلال التزام البنك يتجه إلى حماية مصالح المستفيد، غير أنه على الجانب الآخر يوجب على المستفيد أن يكون أميناً في استخدام هذه الضمانة(الاعتماد)، وأن لا يخرج بها عن حدود الغرض الذي خصصت له وما يوجبه مبدأ حسن النية في المعاملات و ان لا يستخدمه كوسيلة للحصول على حقوق ليست له<sup>(٣)</sup>.

18 p. Spring 1998. vol. 4 No 2 DCI At. 168 IAC- (١) اشار اليه د.حسين شحادة، مصدر

سابق، ص ٣١٥

(٢) - فيصل محمود مصطفى، مصدر سابق، ص ٢٢٦.

(٣) - د. عادل إبراهيم مصطفى، مصدر سابق، ص ١١٠.

## المبحث الثالث

### الأشكاليات التي يثيرها الغش في عملية الاعتماد المستندي وأساليب

#### الحماية منه

يبدو ان توحيد القواعد التي تحكم الاعتمادات المستندية على نطاق الدولي من خلال النشرات الصادرة من قبل الغرفة التجارية الدولية لم يحل المشاكل وقضايا التي تحد من دور الاعتمادات المستندية بشكل نهائي وكامل وخاصة ضد مخاطر الغش والخداع والتزوير، بل وانه لم يتطرق الى هذه المسألة من خلال نصوصه، وكذلك الحال بالنسبة لقانون التجارة العراقي والمصري وغالبية القوانين الأخرى. ولذلك فقد انقسم الفقه الى اتجاهين في كثير من الامور التي تتعلق بحالة الغش وأثرها على عملية الاعتماد المستندي.

كما يجب ان نقر بوجود مجموعة من الإشكاليات بصدد موضوع الغش والتي لم يستطيع لحد الآن الفقه والقضاء، سواء العراقي منه او المقارن، ان يقرر معياراً موحداً في معالجتها، أو ان المعيار المعتمد في ظل هذه المعالجة لم تستقر الدراسات او الاحكام اللاحقة على وجوب الأخذ بما استقرت عليه. لذلك اصبح من الضروري اللجوء الى التدابير الاحترازية وأساليب الحماية من الغش في الاعتمادات المستندية . وعليه نتناول في هذا المبحث أهم الإشكاليات التي تثيرها الغش في عملية الاعتمادات المستندية (المطلب الأول). والحماية من الغش في الاعتمادات المستندية (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول

### الإشكاليات التي يثيرها الغش في عملية الاعتماد المستندي

وسنقتصر في هذا المطلب على استعراض ابرز الاشكاليات المرصودة بخصوص الغش، وسوف نحاول من خلال هذه الدراسة التعرض لتلك الإشكاليات على التوالي و البحث عن حلول مناسبة لها و مناقشة الآراء و الاتجاهات التي قيل بشأنها و بيان رأينا بهذا الخصوص . والى ذلك البيان الاتي:

أولاً: ما مدى الإمكانية المتاحة للبنك الفاتح في سبيل التعرض التلقائي على صرف قيمة الأعماد بمجرد إشعار صادر من المشتري الأمر بوجود حالة غش مرتكب من طرف البائع المستفيد؟

إن معالم هذه الاشكالية تثور عندما يكتشف المشتري الأمر سوء تنفيذ عقد الأساس في عملية الاعتماد المستندي من طرف البائع الذي شاب تنفيذ التزامه بهذا الصدد غش، او احتيال، او اي تصرف سلبي، وبسوء نية صادر منه، فيبادر المشتري الأمر بالنظر لمجموعة من الاعتبارات كضيق الأمد الزمني وقرب انتهاء المدة المحددة لتسديد قيمة الاعتماد الى اللجوء المباشر الى البنك طالباً منه التعرض على صرف هذه القيمة، لأرتكاب غش من طرف البائع على أساس أن الغش كمبدأ عام لا يمكن ان يرتب حقاً او يحمي ادعاءً، فهل البنك ملزم بالاستجابة لطلب عملية بصفة تلقائية نظراً لوجود حالة الغش الفاضح. ام انه محظور عليه ذلك في غياب حكم قضائي يلزمه بالإقدام على هذه الخطوة، وأن كان التزامه التزاماً مستقلاً في سياق عملية الاعتماد المستندي، فإن الموقف الذي قد يتخذه في هذا الشأن سيؤثر إيجاباً او سلباً في طبيعة هذا الإلتزام وفي مكانته داخل المنظومة المصرفية الدولية.

ويجب ان لا ننسى بأن أحد الاهداف التجارية للاعتماد المستندي هو حماية المشتري ضد البائع الذي يسعى للحصول على المبلغ دون ان يشحن البضائع. وسيكون مفاجئاً بالنسبة للتجار إذا ما وجدوا ان خطاب الاعتماد لا يعطيهم حماية متعادلة إزاء البائع الذي يقدم مستندات مزورة او تتطوي على الغش. كل هذا يقود المشتري إلى اليأس من المقاضاة. فإذا دفع البنك قبل اكتشاف الغش فإن المشتري ربما يقنع بأنه هو الطرف الذي سيتحمل الخسارة إلا أن المشتري سوف يستغرب وجوده دون حماية إذا اكتشف دليل الغش الواضح قبل دفع الاعتماد.

إن حسم هذه المشكلة يبدو صعباً ان لم يكن متعذراً في ظل خضوعها لمبدأين متناقضين، وهما:

**- المبدأ الأول :**

ان البنك الفاتح بعد تنفيذ الاعتماد، وموافقته على المستندات المحالة من طرف البائع المستفيد، تجعله في موقف الملتزم المباشر والاول ازاء هذا البائع فيما يخص تسديد قيمة الاعتماد وسبيله في ذلك احترام نص القواعد والعادات الموحدة وتحقيق ماهية الاعتماد المستندي.

**- المبدأ الثاني:**

إن القواعد العامة تقيد أن الغش موجب لتعطيل محل الالتزام ، وبالتالي فهو لا يرتب اي حقوق للطرف الملتزم الصادر عن هذا الالتزام، كما لا يمكن ان يولد اي التزام في حق الطرف المقابل وبإعمال آثار هذا الحكم في حالة الغش الصادر من طرف البائع المستفيد في الاعتماد المستندي أمكن القول ان المشتري الأمر بإمكانه اللجوء الى جميع الإجراءات التي من شأنها تعطيل عملية الاعتماد المستندي لعل الغش المذكور.

اختلفت الآراء، فهناك من يرى أن المشتري الأمر الذي يكتشف غشاً في البضاعة موضوع الاعتماد المستندي يمكنه أن يلجأ مباشرة إلى بنكه الفاتح طالباً منه الإحجام والامتناع عن تسديد قيمة الاعتماد لفائدة البائع المستفيد دون حاجة لاستصدار حكم او امر قضائي يجبر البنك على الاستجابة لطلبه الرامي للمعارضة في الوفاء، وعلته في ذلك أن هذا الغش يشكل سبباً لتعطيل حق هذا البائع في طلب تنفيذ الاعتماد، وهي قاعدة عامة يمكن الاحتجاج بآثارها دون حاجة لاستصدار حكم قضائي يؤيد ذلك<sup>(١)</sup>.

إلا ان الإقرار و فتح الباب على مصراعيه أمام كل مشتري أمر للقول و الاحتجاج بواقعة الغش واتخاذها كمبرر لتعطيل تنفيذ الاعتماد ، يتضمن الكثير

(١) - القضاء المغربي يبدو مسانداً لهذا الطرح وينتجى ذلك من خلال القرارات القضائية الصادرة بهذا الشأن، ففي قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ ٢٢-٩-١٩٩٤ تحت عدد(٩٤/٩٩٨) فقد أكد بصورة جلية إمكانية الامتناع التلقائي للبنك الفاتح عن تسديد قيمة الاعتماد المستندي لفائدة البائع، بمجرد إشعار صادر عن المشتري الأمر بوجود حالة غش، دونما حاجة لاستصدار أمر قضائي بذلك. للمزيد ينظر: ديوسف بنياصر، الموسوعة القانونية، سلسلة متكاملة للدراسات القانونية والابحاث القانونية، ماهية الغش في الاعتماد المستندي، تعليق على قرار الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء، ٢٠٠٦، ص ١٢. منشور على العنوان الالكتروني الآتي: (benbaceryoussef@menara.Maktoob.com) (تاريخ الزيارة ١٦-١٠-٢٠١٢).



من المجازفة والمبالغة، لأنه وفقاً لرأي هذا الاتجاه يحق للمشتري الأمر التقدم دونما حاجة للجوء إلى القضاء، بطلب مباشر إلى بنكه الفاتح، موضوعه التعرض على صرف قيمة الاعتماد.

لذلك نذهب مع بعض الفقه<sup>(١)</sup> بعكس لما سار عليه الاتجاه السابق، بالرغم تأيدنا بحقيقة اعتبار الغش كسبب مقيد لاستقلالية التزام البنك الفاتح وموجب قانوني للتعرض على صرف قيمة الاعتماد، إلا أنه نرى اضافة المشروعية على إمكانية البنك في اللجوء إلى التعرض التلقائي على صرف قيمة الاعتماد بمجرد صدور إشعار من طرف المشتري الأمر يتضمن الكثير من المجازفة والمبالغة، بل الأكثر من ذلك سيفتح المجال أمام المشتري الأمر سييء النية قد يخلق واقعة غش مصطنعة للتحلل من تنفيذ التزامه في سياق عملية الاعتماد المستندي، وبيان ذلك ان القضاء هو من له الصلاحية دون غيره للأقرار بوجود الغش من عدمه، فليس كل ادعاء للأقرار بوجود واقعة الغش هو ادعاء صحيح ومرتب لأثاره القانونية، كما أن تقدير البنك الفاتح لحقيقة وجود الغش المحتج به، هو تقدير لا يرقى إلى درجة الاطمئنان إلى صحته ومصداقيته، ولا سيما متى كانت له نفسه مصلحة في التعرض، او قد يعتبر المشتري الأمر ان مجرد وجود خلاف ليس بالأهمية بمكان في المواصفات بين البضاعة الواردة ونظيرتها المتفق عليها بخطاب الاعتماد، بمثابة غش.....، وكما ذكرنا سابقاً فإن الفقه والقضاء متفقان على ان الغش المعتد به قانوناً كمبرر للتعرض على صرف قيمة الاعتماد هو الغش الفاضح والثابت ثبوتاً قطعياً.

وبهذا ينبغي على المحاكم عدم منع المصارف من اداء التزاماتها إلا في حالة الغش الواضح، بحيث يتم منح أمر قضائي في حالات الغش الواضح الذي يخطر به البنك فإن الهدف من هذه القاعدة منع ادعاءات غير مبررة بالغش عندما يرتاب المشتري بأن البضائع ليست طبقاً للعقد، وهذه الصعوبة يمكن التغلب عليها بالحصول على ضمان او تأمين للتكاليف من قبل المشتري، والمشتري الذي يضطر لإصدار ضمان سيفكر مرتين قبل ان يتهم البائع بالغش في العملية.

(١) - ينظر: د. يوسف بنباصر، مصدر سابق، ص ١٣. أكرم ابراهيم الزغبى، مصدر سابق، ص ١٥٢-١٥٦. د.طالب حسن موسى، مصدر سابق، ص ١٣٥-١٣٦.

وعلى ذلك يمكن القول بإمكانية منح أمر قضائي لمنع البنك من الدفع للبائع في حالة الادعاء بالغش ومساندة هذا الادعاء بدليل مناسب. ويمكن ان يصاحب ذلك تأمين للتكاليف من قبل المشتري وإيداع مبلغ الاعتماد في خزانة المحكمة ليتم دفعه في الوقت المناسب، عندما يتم تحديد الطرف الذي ينبغي ان يحصل على المبلغ دون جر البنك إلى أي إشكال<sup>(١)</sup>.

وعن طريق الأمر القضائي يتجنب البنك الوقوع في الحرج، حيث سيكون في وضع صعب، وسوف يضطر للأختيار بين دفع خطاب الاعتماد صوتاً لسمعته أو رفض الدفع صوتاً لعلاقته مع عميله، لذا فإن المحكمة تبدو في وضع أفضل من البنك لتقدير الأوضاع وتنفيذ عملية التقويم من حيث منع المستفيد من الإثراء دون وجه والحفاظ على سلامة هذه الآلية وغايتها التجارية وحماية البنك من المسؤولية المزدوجة أمام المستفيد أو أمام العميل<sup>(٢)</sup>.

إلا ان هناك رأياً جديراً بالتقدير، يعارض فكرة قبول الأوامر القضائية، ويرى أن الغش حتى لو كان مثبتاً فإنه لا يببرر إصدار أمر بعدم الدفع بناء على طلب المشتري، فنظراً لاستقلال التزام البنك عن عقد الاساس ، فإن البنك مصدر الاعتماد يعطي تعهداً شخصياً بأسمه إلى المستفيد، وبذلك فإنه من غير المفهوم كيف يمكن للمشتري أن يمنع إنجاز عقد ليس طرفاً فيه، وإلا فإن هذا سوف يشكل هجوماً او اعتداء على حقوق طرف ثالث. والمادة (b) (2) 5-114 من تقنين التجارة لولاية كاليفورنيا تمنع كل رجوع إلى المحاكم من أي نوع لمنع البنك من الدفع.

ونظراً لأن المشتري هو الشخص الذي يختار المستفيد فإنه يجب أن يكون اول من يعاني نتائج أختياره، وهذا ربما يكون الحل الأكثر فاعلية لمشكلة الغش وهو وفقاً لما يرى صاحب هذا الرأي يعكس فكرة الأصول والأعراف الموحدة التي تعرضت لنقد لعدم معالجتها لموضوع الغش والتي تؤكد واجب البنك بالدفع بناء على مستندات صحيحة دون السماح للاعتراض، من جهة أخرى، فالبنوك معفية من كل واجب للبحث عن الغش. ولكي يثبت الغش فإنه يجب أن يظهر في

(١)-E.P. Ellinger, op.cit, pp. 212-214.

(٢)-Ho Peng Kee , op. cit, p. 249.

المستندات وفقاً لمعيار مناسب محدد، وهذا هو التحليل الوحيد الذي يمكن ان يبرر الشكالية المستندية<sup>(١)</sup>.

و الملاحظ ان القضاء العراقي كان يتخذ موقفاً إيجابياً ومسانداً لهذا الطرح ويبدو ذلك من خلال الاستقراء الضمني من الحيثيات التي تتضمنها اجتهادات القضاء<sup>(٢)</sup>، ففي قرار صادر عن محكمة التمييز في العراق بتاريخ: ١٩٦٦/٢/٢٦ تحت رقم ٢٠٠/ح/١٩٦٥<sup>(٣)</sup> إذ تم التأكيد على ان: **خلاصة القضية:-** " أن صفقة تمور(زهدي الفرات) حيث تعاقد احد العراقيين على تصديرها وفتح الاعتمادات من قبل(بانكو اسبانيول في تطوان ) لصالح البائع العراقي بتوسط البنك العربي فقدم المصدر العراقي المستندات الى البنك العربي فقبلها ودفع مبلغاً الى المصدر ولما ارسلها الى البنك فاتح الاعتماد(بانكو اسبانيول في تطوان) رفض دفع مبلغ للبنك العربي بحجة وجود اختلاف في المستندات عن كتب الاعتمادات من جهة ولرداءة التمور من جهة اخرى فأقام البنك العربي الدعوى على التاجر العراقي يطالبه برد ما دفعه فقضت الهيئة العامة لمحكمة التمييز بعدم أحقية البنك العربي في الرجوع على البائع لان الاعتماد كان باتاً وكان على البنك اذا ما وجدها مخالفة لشروط الاعتماد لرفضها الا ان المصرف عندما اكتشف المخالفة لم يبادر الى ابلاغ المستفيد بهذه المخالفة او النقص عن طريق البنك الوسيط.

**القرار:-**(ليس من حق البنك رفض دفع الحوالات المسحوبة بموجب الاعتماد وبناءً على طلب المشتري مهما كانت الاسباب التي يتدرع بها المشتري استناداً للعلاقة بينه وبين البائع و اعتبر بأن البنك مسؤول لعدم دفعه للبائع).

(١)- khaled kawan, op.cit. p. 824.

(٢) - ينظر نفس الموقف للقضاء العراقي في القرارات والاحكام الصادرة عنها، سبق وان

اشرنا اليه من هذا البحث ص ص ١٦-١٧.

(٣) - منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، بغداد، حزيران- ١٩٦٦، السنة الخامسة،

ص ٢٨٥.

ثانياً: هل صفة المرتكب للغش في عملية الأعتامد المستندي تشترط حصراً على البائع المستفيد للقول بإمكانية ترتيب هذا الغش لنتائجه و آثاره القانونية فيما يخص تعطيل تنفيذ الأعتامد المستندي أم يكفي أن تقترن عملية الأعتامد بغش ما دون البحث عن مصدره أو صفة مرتكبه؟ سبق وأن تطرقنا الى هذ الموضوع في المبحث السابق، عندما تكلمنا عن شروط الغش (المانع) كموجب لتعطيل عملية الاعتماد المستندي وتحديداً في الشرط الثالث.

ولدراسة هذه المشكلة يستوجب بيان الآراء و وجهات النظر التي تناولت بالدراسة والتحليل مضمونها تراوحت في معالجتها لها بين اتجاهين مختلفين، نميز بينهما على النحو الآتي:

#### الاتجاه الأول:

يؤسس هذا الاتجاه رؤيته على المعيار الشخصي للأعتداد بواقعة الغش، فيجعلها مقتصرة حصراً على فعل البائع المستفيد وهو الأمر الذي يفيد بأنه لايمتتع البنك عن الوفاء إلا إذا صدر الغش من المستفيد نفسه، حيث إن امتناع البنك عن الوفاء هو استثناء من الأصل، والاستثناء لا يجوز التوسع فيه، بالإضافة إلى براءة المستفيد من التصرفات الصادرة من الغير.

ويساند هذا الرأي بعض الفقه<sup>(١)</sup>، كما انه يجد صدى له في العديد من الأجهادات القضائية ولا سيما المقارنة منها، ففي قرار صادر عن المحكمة العليا في كندا عام ١٩٨٧ بأن الغش يشكل استثناءً على مبدأ استقلال الاعتماد، وأن الغش يقتصر على عمل المستفيد نفسه، فلا يشمل الغش الصادر من الغير، إذ يعتبر المستفيد بريئاً منه<sup>(٢)</sup>. ونفس الموقف تبناه الحكم الصادر عن مجلس اللوردات البريطاني في قضية ( United City Merchants(Investment) Ltd. V. Royal Bank of Canada, the American Accord (1983) 2 Lloyds rep. 1) بين ان الغش من جانب شخص غير المستفيد ليس كافياً مادام المستفيد غير عالم بأن تاريخ "بوليصة" الشحن مصطنع عندما قدم

(١) - ينظر د. يوسف بنباصر، مصدر سابق، ص ١٤.

(٢) - مشار اليه عند د. حمدي محمد مصطفى، مصدر سابق، ص ٧٧، هامش ١٥٥. و د. علي جمال الدين عوض، مصدر سابق، ص ٣١١. و د. نجوى أبو الخير، مصدر سابق، ص ٣٧١.

المستندات، وهذا القرار يؤكد على ان الغش لا يكون مانعاً من الوفاء إلا إذا كان المستفيد مسؤولاً عنه.

أما بالنسبة للقضاء العراقي، فهو وإن لم يتطرق بالحسم لهذه الإشكالية باجتهادات قضائية صريحة، فإن الحيثيات والعلل المعتمدة في أغلب الأحكام القضائية العراقية الصادرة في ميدان الاعتماد المستندي تساير بصفة ضمنية منظور هذا الاتجاه.

### الاتجاه الثاني:

وهذا الاتجاه يناقض الاتجاه السابق تماماً حيث يذهب أنصار هذا الاتجاه الى اتخاذ المعيار الموضوعي أساس تصوره، ويعتمد هذا الرأي عند غالب الفقه<sup>(١)</sup>، على انه الغش ما دام واضحاً فهو يؤدي إلى امتناع البنك عن الوفاء، سواء صدر الغش من المستفيد نفسه أو من الغير. وذلك انطلاقاً من كون الغش كقاعدة عامة يفسد كل شيء من شأنها ترتيب آثارها القانونية وتعطيل تنفيذ الاعتماد المستندي، كون الأثر المقابل لواقعة الغش بالنسبة للمشتري الأمر يظل واحداً سواء كان مصدرها البائع المستفيد أو الأغيار (ولا سيما المتعاملين معه أو لفائدته) ذلك ان البائع المذكور ولو لم يرتكب غشاً فهو ملزم بنتائج اختياره الذي يجريه في اثناء تنفيذ التزاماته وفق الاعتماد، لا ان يلقي العبء على المشتري. فهو ليس في وضع اختياره قيمة المستندات وإنما مصداقية مصادر هذه المستندات. ومن جانبنا نؤيد رأي غالب الفقه نظراً لأن هذا الحل هو ما يتناسب مع نظام الاعتماد المستندي على الأخص في مجال التجارة الدولية، إذ إن الغش هو عدم أحقية المستفيد وانعدام كل حق له في طلب الوفاء أيّاً كان سببه، والقول بغير ذلك يدخلنا في مجال البحث عن يتحمل بالوفاء؟ هل يتحملة البنك الذي علم بالغش؟ أم العييل؟ نظراً لأن الغش لم يصدر من المستفيد نفسه، كما إنه سيسمح للمستفيد بالنجاة من المسؤولية دون أي سبب سليم يبرر ذلك. وهذا ما يقود على الأقل للتشجيع على التصيير، إن لم يكن لحماية المحتالين. ومن ثم يؤدي إلى تجنب

(١) ينظر: د. علي جمال الدين عوض، مصدر سابق، ص ٣٧٠ وما بعدها. د.حمدي محمد مصطفى، مصدر سابق، ص ص ٧٧-٧٨. د. حسين شحادة الحسين، مصدر سابق، ص ص ٣٢٤-٣٢٥. د.خليل فيكتور، مصدر سابق، ص ٤٩٨.

خسارة ثقيلة لكل من البنك وعميله<sup>(١)</sup>، وبناء عليه، فالبنك ملزم بعدم الوفاء للمستفيد في حالة صدور غش سواء كان صادراً من المستفيد نفسه أو من الغير. ثالثاً: هل يحتفظ البنك المنشىء للأعتداده بحق في الرجوع على المستفيد متى دفع له دون تحفظ رغم سبقية ارتكابه هذا الأخير في غش في تنفيذ التزامه أم أن البنك المذكور يفقد حقه في هذا الرجوع استناداً الى طبيعة التزامه الذي يجعله مستقلاً عن التزامات الأطراف المتداخلة في عملية الأعتداده المستندي وكذا عن عقد الأساس (عقد البيع)؟.

تثار هذه المشكلة عندما يقوم البنك الفاتح بتنفيذ الأعتداده وقبول المستندات المرسله (بعد فحصها ظاهرياً) من طرف البائع المستفيد عبر البنك المراسل أو المؤيد، قبل ان يكتشف الغش أو يتناهى إلى علمه وجود هذا الغش، فيحدث أن تكون المستندات المذكورة وان كانت سليمة ظاهرياً فهي معيبة أو لا تتطابق مع البضاعة موضوع الأعتداده المستندي كمية أو عدداً أو صنفاً أو جودة..... فهل يستطيع البائع المستفيد عند مخاصمته قضائياً من طرف المشتري الأمر ان يتمسك بسقوط حق البنك الفاتح في الرجوع عليه بالأداء والتعويض.

وأنقسم الرأي حول هذه المسألة الى اتجاهين مختلفين:

ذهب اتجاه الى القول بأن التصرف السلبي للبائع في تنفيذ التزامه لا يحرره من قيام مسؤوليته اتجاه البنك الفاتح، حتى ولو أكتشف البنك الغش أو علم به بعد تنفيذ الأعتداده فإنه يكون له الرجوع على المستفيد بالاسترداد أو بالتعويض عن الأضرار التي تصيب البنك نتيجة هذا الغش<sup>(٢)</sup>.

لكن إذا أكتشفه قبل التنفيذ كان يجب عليه الامتناع عن تنفيذ الأعتداده، وإذا نفذه بالرغم من علمه بالغش فقد حقه بالرجوع على عميله.

وتجدر الإشارة إلى ان البنك الذي تصرف بحسن النية وبذل العناية اللازمة في فحص المستندات وقام بتنفيذ الأعتداده دون أن يكتشف الغش فإنه يستطيع العودة على عمليه بما دفع لأن البنك لا يسأل عن التزوير في المستندات بشرطين: أن يكون قد بذل العناية المعقولة، وان يكون قد تصرف بحسن نية، لكن البنك يستطيع

(١)- Khaled Kawan, Op. Cit. p.820.

(٢) - د.علي جمال الدين عوض، مصدر سابق، ص ص ٣١٢-٣١٣.

الرجوع على المستفيد بالرغم من ذلك، وذلك حماية لمصلحة عميله ولاعتبارات أدبية<sup>(١)</sup>.

أما الاتجاه الثاني<sup>(٢)</sup> فهو يعتبر أنه لا رجوع للبنك ففتح الاعتماد على البائع المستفيد بما دفعه له، ولو في حالة افتراض اقتران تنفيذ عملية الاعتماد المستندي بتصرف سلبي معيب من قبل هذا الأخير كالغش والنصب والاحتيال، مادام أنه قبل المستندات بعد تفحصها ظاهرياً، وتأكد من صحتها وسلامتها باذلاً في ذلك العناية المعقولة و الاحتياط المقبول والجاري بهما العمل في ظل العمل المصرفي.

ويستمد أنصار هذا الاتجاه مشروعية منظورهم هذا من استقلالية التزام البنك الفاتح في إطار عملية الاعتماد المستندي إذ لا يعقل أن يحتج بحدود هذه الاستقلالية وأثارها لدفع كل أشكال المسؤولية في مواجهة البنك المنشئ للاعتماد في حالة قيام غش من طرف البائع ثم يعود البنك المذكور للمطالبة بحفظ حقه في الرجوع على البائع بما دفعه له.

والملاحظ ان القضاء العراقي كان يتخذ موقفاً ايجابياً ومسانداً لهذا الطرح ونستشف ذلك من خلال الاستقراء الضمني للعديد من حيثياته المضمنة في اجتهاداته القضائية، ففي قرار صادر عن محكمة التمييز رقم الأضبارة ٩٦٥/ح/٢٠٠ في ١٩٦٦/٢/٢٦ والتي نص على ان (ليس من حق المصرف الرجوع على البائع بعد ان يكون الأخير قد وفي بالتزامه بتقديمه المستندات التي وجدها البنك مطابقة لشروط فتح الاعتماد وبحجة ان البضاعة ظهر تلفها بسبب طارئ اثناء عملية النقل)<sup>(٣)</sup>.

ونفس الموقف تبناه الحكم الصادر عن محكمة التمييز برقم ٩٦٥/ح/٢٠٠ في ١٩٦٦-٢-٢٦ والتي نص على (إن البائع قد وفي بالتزاماته بتقديمه المستندات

(١) - د. يوسف بنباصر، مصدر سابق، ص ١٥.

(٢) - د. نجوى أبو الخير، مصدر سابق، ص ٣٦٠.

(٣) - منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الاول، حزيران- ١٩٦٦، السنة الخامسة، ص ٢٨٩.

التي وجدها البنك مطابقة لشروط فتح الاعتماد فإن قصر في ذلك أو قبلها وهي غير مطابقة فعليه وزر خطئه<sup>(١)</sup>. وفي قرار آخر لمحكمة التمييز<sup>(٢)</sup>، فقد أكد نفس الموقف بصورة أكثر جلية، والتي نص على أنه ( إن قبول المصرف لمستندات تخالف شروط الاعتماد مقابل تعهد المستفيد برد ما دفعه له المصرف في حالة عدم قبول المشتري لها أي الدفع للمستفيد تحت التحفظ لا يؤثر على حق المشتري الأمر في رفض هذه المستندات، ولا يستطيع المصرف الزامه بقبولها بحجة إن الدفع تحت التحفظ يحفظ له حقه في مواجهة البائع لان التعهد الذي يأخذه المصرف من البائع لقاء قبوله لمستندات غير المطابقة لشروط الاعتماد غرضه حماية المصرف قبل البائع فيما إذا رفض المشتري قبول المستندات).

وعلى الرغم من أن للرأي الأول أنصاره إلا أننا نميل للأخذ بالرأي الثاني، لأنه البنك المنشيء للاعتماد بعد تنفيذ الاعتماد فالبنك الفاتح عند عرض المستندات عليه المفترض عدم سلامتها أو صحتها يكون بصدد موقفين رئيسيين مختلفين: إما أن يكتشف غش المستفيد ولا إشكال في ذلك، حيث يعتمد على التصدي لها بالرفض، وأما يتعذر عليه كشف معالم الغش المباشر من طرف البائع المستفيد، رغم تزامن مراقبته الظاهرية للمستندات بتبصر كافي وعناية المعقولة مبذولة، حيث يفقد ومن منطلق استقلالية التزامه وتجرده من كل أحقية في الرجوع على البائع فاتحاً المجال امام المشتري الأمر لمباشرة ذلك، ولاسيما أن البنك يظل دائماً ما عدا في حالات استثنائية غريباً وأجنبياً عن علاقة البيع موضوع عقد الأساس في الاعتماد المستندي. وسندنا في موقفنا هذا غياب نص صريح في ظل القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية تسمح بإمكانية رجوع البنك الفاتح على البائع المستفيد بما دفعه ولو في حالة احتمال ظهور واقعة غش من لدن البائع المذكور بعد تنفيذ الاعتماد.

(١) - المصدر السابق، ص ص ٢٨٧ - ٢٨٩.

(٢) - قرار رقم ٦٢٧/ح/٦٨ في ٢٨-١١-١٩٦٨ المنشور في قضاء محكمة التمييز، المجلد الخامس، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨.



## المطلب الثاني

### الحماية من الغش في الأعمدات المستندية

هناك وسائل عديدة للحماية من الغش في الأعمدات المستندية، ومن الأهمية بمكان أن نشير إلى القواعد والأعراف الموحدة ومن خلال نشراتها الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس ذي ارقام (٤٠٠ - ٥٠٠ - ٦٠٠)، كما انها لم تعالج بنصوصها الغش في الأعمدات المستندية، كذلك لم تشر إلى وسائل حماية العميل الأمر من الغش. وبالتالي ستكون دراستنا لهذه وسائل بصورة موجزة و محصورة أولاً: التدابير القضائية، ثانياً: مدى إمكانية الحجز التحفظي من العميل الأمر على قيمة الاعتماد المستندي في النظام العراقي؟. ثالثاً: دور المشتري، رابعاً: العناية في صياغة الاعتماد.

#### أولاً: التدابير القضائية :

وحفاظاً على سلامة الاعتماد المستندي واستقلالته فإن الغش الواضح هو الذي يبرر إصدار أمر قضائي. كما ان الأمر القضائي لن يؤدي سمعة البنوك، وهناك عدة وسائل قضائية لحماية العميل الأمر من غش المستفيد في الأعمدات المستندية ، ومنها الحجز التحفظي على مبلغ الاعتماد لدى المصرف، ومنح أمر قضائي لمنع البنك من الدفع للبائع في حالة الادعاء بالغش و مساندة هذا الادعاء بدليل مناسب، وحتى يكون هناك جدوى من رفع الدعوى يجب ان ترفع الدعوى قبل الوفاء بقيمة الاعتماد ، إذ لا جدوى من رفع الدعوى الحصول على أمر عدم الدفع طالما أن قيمة الاعتماد قد دفعت، وهذا ما جرى عليه القضاء الأنكلو أمريكي في عدد من القضايا<sup>(١)</sup>. والسؤال الذي يتبادر هنا هل يملك العميل الأمر الحصول على أمر عدم الدفع في ظل أحكام القانون العراقي؟

(١) - ومنها قضية تتلخص وقائعها في أن عقد الاساس كان عقد بيع سكر وتم الاتفاق على دفع ثمن البضاعة بواسطة اعتماد مستندي تنتهي مدة صلاحيته في ١١/٣٠ واشترط في خطاب الاعتماد أن يقدم سند شحن يبين الوزن الصافي للبضاعة عند تفرغها، وهذا يستلزم ان تفرغ البضاعة عند وصولها وتوزن ويحذف منها عجز الطريق، ولم يتم هذا الأمر إلا في ١٢/٣. قدمت مستندات مطابقة لظاهر خطاب الاعتماد - قبل ١١/٣٠ وادعى العميل الأمر بوجود الغش، 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

لا يوجد في القانون العراقي ما يمنع الحصول على أمر عدم الدفع، حتى المشرع العراقي لم يكتف بإقرار اللجوء إلى القضاء العادي فقط واتباع إجراءاته التي قد تكون غير منتجة في بعض الحالات التي يستلزم فيها السرعة ويخشى عليها من فوات الوقت بل أنشأ إلى جانب القضاء العادي القضاء المستعجل، لاتخاذ إجراءات وقتية سريعة صيانة لمصالح الخصوم. وقد نصت المادة (١/١٤١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ على أنه: ( تختص محكمة البداية بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس بأصل الحق) .

ويمكن القول بأن الحصول على أمر عدم الدفع يعتبر من الأمور المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت، إذ إن عدم الحصول عليه يؤدي إلى عدم إمكان الرجوع على المصرف ومنعه من الوفاء نتيجة وجود الغش خاصة إذا ما علمنا أن هناك سرعة ليست قليلة في الوفاء بقيمة الاعتماد، إذ يستحق المستفيد مبلغ الاعتماد بمجرد قبول المصرف للمستندات ويستطيع سحب قيمة الاعتماد في أي وقت يشاء.

### ثانياً: مدى إمكانية حجز التحفظي من العميل الأمر على قيمة الاعتماد المستندي في النظام العراقي؟.

لا يثير هذا الحجز جدلاً لو وقع بناء على طلب أحد دائني المستفيد(المصدر) ولكن الجدل يثور لو كان طلب الحجز مقدماً من نفس الأمر(المستورد) على مبلغ الاعتماد او حتى من قبل المستفيد(المصدر) لو كان طلبه واقعاً على ذات البضاعة التي التزم بإرسالها إلى المستورد وبعد أن يستلم مبلغ الاعتماد من المصرف ثم يوقع الحجز على البضاعة التي لا زالت موجودة في الميناء<sup>(١)</sup>.  
ثار هذا الموضوع أمام مجلس شوري الدولة سنة ١٩٩٠ حيث طلب منه أبداء الرأي استشاري عندما طلبت منشأة الصناعات الكهربائية من البنك المركزي

الغش بعد وفاء المصرف بقيمة الاعتماد فإن دعوى العميل الأمر للحصول على أمر الدفع أصبحت دون جدوى). للمزيد ينظر: أكرم ابراهيم الزغبى، مصدر سابق، ص ص ١٥٦-١٥٧.  
(١) - ينظر القضية المعروضة أمام محكمة باريس سنة ١٩٥٠ بهذا الخصوص للمزيد ينظر د. طالب حسن موسى، مصدر سابق، ص ص ١٣٦-١٣٧.

حجز مبلغ عن الاعتماد المرقم ..... وحجز مبلغ آخر عن الاعتماد المرقم ..... وذلك بسبب ادعائها بأن شحنات من البضائع قدمت مستندات لم ترد موادها أو انها وردت ولكنها مخالفة للمواصفات الفنية أو كانت الارشالية ناقصة فالمطلوب هو ابداء الرأي القانوني حول طلب المنشأة بقيام البنك المركزي بحجز المبلغين من الاعتمادين المذكورين وقد قدم الرأي من قبل مستشار البنك المركزي (الاستاذ خالد شاكر) وقد أيد قرار الحجز.

لا شك ان للعميل مصلحة كبرى في الحجز على اعتماد المستندي. فما هو تأثير هذه الوسيلة في تعطيل صرف قيمة الاعتماد للمستفيد في النظام العراقي؟ بالنظر في المادة ١/٢٣١ من قانون المرافعات نجد أنها تنص على أنه ( لكل دائن بيده سند رسمي أو عادي بدين معلوم مستحق الاداء وغير مقيد بشرط ان يستصدر أمراً من المحكمة بتوقيع الحجز الاحتياطي على أموال مدينه المنقولة والعقارية الموجودة لديه أو لدى شخص ثالث بقدر ما يكفي لوفاء الدين وملحقاته).

وطبقاً لهذه النص فإنه يشترط لصحة حجز العميل على قيمة الاعتماد ان يكون البنك مديناً للمستفيد، وهو ما لا يتحقق إلا بمطالبة الأخير للبنك بقيمة الاعتماد. أما قبل المطالبة فلا يعتبر المبلغ مملوكاً للمستفيد. وحتى في حالة مطالبة المستفيد للبنك بقيمة الاعتماد، فقد يصعب عملياً توقيع هذا الحجز نظراً لضيق الوقت، على الأخص إذا كان البنك لا يعلم بالسلوك التدليسي أو الاحتيال من المستفيد، مع مراعاة عدم وجوب التزام البنك بإخطار للعميل قبل الوفاء<sup>(١)</sup>.

ولاشك أن استقلال الاعتماد المستندي عن عقد الاساس يكون مانعاً من الحجز على قيمة الاعتماد بسبب يرجع إلى عقد الاساس. لكن هذا الحظر على جواز الحجز على الاعتماد بطلب من العميل، يزول و يرتفع في حالة صدور غش من المستفيد. فكما هو ثابت أن الغش يفسد كل شيء، وبالتالي يزول مبدأ الاستقلال بين مجموع الروابط العقدية بسبب الغش، ويصبح من حق العميل أن يطلب الحجز على قيمة الاعتماد في حالة صدور غش من المستفيد<sup>(٢)</sup>.

(١) د. عادل إبراهيم، مصدر سابق، ص ١٦٠.

(٢) - قريب من هذا المعنى، ينظر: د. حمدي محمد مصطفى، مصدر سابق، ص ١١٣.

وعليه يمكن القول بأنه الأصل هو عدم جواز الحجز على قيمة الاعتماد المستندي من قبل العميل الأمر، مراعاة لأعتبارات تتعلق بطبيعة التزام البنك ومبدأ الاستقلال والوظيفة التي تؤديها الاعتمادات المستندية، لكن هذا الأصل يرد عليه استثناء حالة الغش من المستفيد في طلب الاعتماد، فيمكن للعميل تداركاً لضرر الوفاء دون حق أن يطلب الحجز على قيمة الاعتماد.

وطبقاً لهذا الاتجاه يكون أمام العميل الأمر في هذه الحالة هو رفع دعوى مستعجلة لحصول على أمر عدم الدفع، والتي يعتبر من الأمور المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت.

### ثالثاً: دور المشتري في الحماية من الغش<sup>(١)</sup>:

يمكن للبنوك والمشتريين أن يعملوا معاً حتى يضعوا حداً ضد الغش والاحتيال، وذلك باتباع الخطوات التالية:

- ١- بالنسبة للمشتري:
  - أ- ان يقتصر المشتري تعامله مع البائعين ذو السمعة الحسنة.
  - ب- المشتري إذا كان في مركز قوي أن يفتح اعتماداً من النوع مؤجل الدفع او اعتماداً قابلاً للإلغاء.
  - ت- أن يتعامل المشتري مع المصدر بعقود النموذجية وأن يضمن الاعتماد شرط المعاينة عند الشحن بواسطة شركات متخصصة.
  - ث- على المشتري تحديد وكالة الشحن أو الناقل المعتمد. وينبغي التركيز على أن تكون ذات السمعة الطيبة، وذات الآليات الجيدة المسجلة ممن لا يحتمل ارتكابها للاحتيال. ويفضل التعامل مع الشركات الملاححة الوطنية التي لها وكيل بالمنطقة وعدم الشحن على السفن المستأجرة<sup>(٢)</sup>.
  - ج- على المشتري التحري عن سمعة البنك المطلوب فتح الاعتماد لديه او البنك المفوض بالدفع، بالإضافة إلى طلب المعلومات بشكل رسمي عن الطرف الاجنبي في المعاملة عن طريق الغرف التجارية المحلية والاجنبية، وعلى

(١) - للمزيد ينظر: د. حسين شحادة الحسين، مصدر سابق، ص ٣٢٨ - ٣٣٢.

(٢) - ماجد عبيد بشير، الغش والاحتيال في التجارة الدولية ودور غرفة تجارة وصناعة دبي في التصدي له، ندوة حول ظاهرة الغش التجاري وأثرها على الاقتصاد الوطني، غرفة تجارة وصناعة دبي، ١٩٩٤، ص ٢٥.

المشتري الحذر من قبول اعتماد صادر من بنك أجنبي ما لم يُعزز من قبل بنك محلي أو ان يكون البنك الاجنبي بنكاً معروفاً<sup>(١)</sup>.

ح- على المشتري الوقاية من التزوير باشتراط المعاينة السابقة للإقلاع، وأن تكون شهادة الفحص ضمن المستندات، وان تكون شركة الفحص مستقلة ومشهورة.

٢- بالنسبة للبنوك:

أ- أن يطلب البنك من البائع (المستفيد من الاعتماد) نوعاً من التأمين فإنه قد يعوق الغش بواسطة ذلك.

ب- على البنوك توجيه النصح للمشتريين الذين يفتحون الاعتمادات لديها فيما يتعلق بالغش المحتمل من جانب البائعين. وكذلك مساعدة المشتريين على فهم المستندات المتنوعة المطلوبة<sup>(٢)</sup>.

#### رابعاً: العناية في صياغة الاعتماد:

فإن العناية بصياغة شروط الاعتماد بصورة جيدة له أهمية بالغة في حماية الاعتمادات المستندية من الغش المحتمل الى حد بعيد، وعليه ينبغي عدم الاعتماد على النماذج المطبوعة الموجودة لدى البنوك. وهناك بعض انواع من الاعتمادات المستندية إذا لم يتم الانتباه إليها سوف تؤدي للوقوع في الغش، ومن تلك الاعتمادات هي:

#### أ- الاعتماد القابل للتحويل:

وفقاً للمادة ٣٨ من نشرة رقم ٦٠٠ لعام ٢٠٠٧، فإنه يمكن تحويل الاعتماد القابل للتحويل إلى مستفيد ثان، فإذا كان المستفيد محددًا في الاعتماد ومعروفاً سلفاً فلا مشكلة. إلا ان تحويل الاعتماد لأي مستفيد دون تعيين أمر ينطوي على خطورة، لأنه المشتري قد يجهل الشخص المحول إليه الذي قد يرتكب غشاً أو

(١) - المستشار أحمد منير فهمي، الدليل السعودي لمكافحة القرصنة والغش التجاري الدولي، الجزء الثالث، مجلس الغرف التجارية الصناعية السعودية، ١٩٩٦، ص ص ٤٠-٤٧.

(٢) - ينظر: د.حسين شحادة الحسين، مصدر سابق، ص ٣٣٠.

تزويراً ويستولي على الجزء الأكبر من الاعتماد، لذا يجب أن يتم تحويل الاعتماد إلى شخص أو شركة معروفة بالنسبة للمشتري<sup>(١)</sup>.

#### ت- الاعتماد القابل للتداول:

وهو نوعان، فإما ان يكون قابلاً للتداول بالمطلق او مقيداً في التداول لصالح بنك معين. فإذا كان التداول مطلقاً فإنه يجوز لأي بنك لاقتضاء قيمتها، وإذا كان مقيداً لبنك معين فلا يجوز تداول المستندات إلا عن طريق هذا البنك، فإذا قام بنك آخر بشراء المستندات فإنه يتحمل مسؤولية عمله بكل ما يترتب عليه من آثار<sup>(٢)</sup>.

فإذا كان هناك سماح مطلق بالتداول فإن هذا يؤدي للإضرار بالمستورد، ذلك أن بعض البنوك لا تهتم إلا بالربح فتقوم بشراء مستندات مع عدم الاهتمام بفحصها، وقد تقبلها بتواطؤ مع المستفيد عندما تكون مخالفة أو متناقضة أو مقدمة بعد المواعيد<sup>(٣)</sup>.

(١) - المصدر السابق، ص ٣٣٢.

(٢) - المصدر السابق، ص ٣٣٣.

(٣) - المستشار أحمد منير فهمي، مصدر سابق، ص ص ٢٠٦-٢٠٧.

## الخاتمة

بعد هذه الدراسة لا بد ان ننهيها بخاتمة نسجل فيها ما توصلنا اليه من استنتاجات وتوصيات.

### أ- الاستنتاجات:

١- أن جميع النظم القانونية متفقة على ان ( الغش يفسد كل شيء)، عليه يمكن القول، بأن الغش او الاحتيال يشكل استثناءً وقيداً على مبدأ الاستقلال. وعلى الرغم من أختلاف وجهات النظر حول مفهوم الغش فهو في حقيقته سلوك غير شريف يتضمن حياً وخداعاً وعدم قانونية للحصول علة منفعة بطريقة غير مشروعة.

٢- من خلال عرضنا لموقف الفقه والقضاء من مفهوم الغش المانع، وتبين لنا وجود اتجاهين يتنازعان هذا المفهوم بين مضيق بحيث يقتصر على مجرد استعانة المستفيد بوسائل احتيالية، وموسع بحيث يشمل كل حالة ينعدم فيها الأساس القانوني لطلب المستفيد بتسييل مبلغ الاعتماد.

٣- يبدو ان توحيد القواعد التي تحكم الاعتمادات المستندية على نطاق الدولي من خلال النشرات الصادرة من قبل الغرفة التجارة الدولية لم يحل المشاكل وقضايا التي تحد من دور الاعتمادات المستندية بشكل نهائي وكامل وخاصة ضد مخاطر الغش والخداع والتزوير، بل وانه لم يتطرق الى هذه المسألة من خلال نصوصه، وكذلك الحال بالنسبة لقانون التجارة العراقي والمصري وغالبية القوانين الأخرى. ولذلك فقد انقسم الفقه الى اتجاهين في كثير من الامور التي تتعلق بحالة الغش وأثرها على عملية الاعتماد المستندي.

٤- أكدنا على طبيعة التزام البنك في الاعتماد المستندي، وأن التزام البنك مستقل عن التزام العميل الأمر، وأنه التزام قطعي وفوري، ورتبنا على ذلك وجوب الوفاء للمستفيد بمجرد الطلب ودون الرجوع للعميل الأمر، وأنه ليس للبنك أن يمتنع عن الوفاء مستنداً إلى دفع مستمدة من عقد الأساس، وهذا محل إجماع بين الفقه والقضاء . ولكن بينا أن هذا الاستقلال للالتزام البنك يتراجع أمام غش المستفيد في طلب تسييل الاعتماد، وان البنك في هذه الحالة ان يمتنع عن تسييل الاعتماد ، تأسيساً على قاعدة الغش يفسد كل شيء.

٥- من خلال دراستنا رأينا وجود اتجاه قوي باشتراط صدور الغش من المستفيد او ثبوت علمه به وإلا فهو غير مسؤول عنه. إلا أن الاخذ بهذا الرأي يؤدي الى تهرب المستفيد من المسؤولية عن الغش دون أي سبب سليم يبرر ذلك. وهذا ما يقود على الأقل للتشجيع على التقصير، إن لم يكن لحماية المحتالين خاصة مع كثرة الأطراف المساهمة في إنجاز العملية وتعدد صور الاحتيال. وعلى هذا فإن الغش من وجهة نظر البنك و المشتري يتحقق في حالة عدم صدق المستندات أياً كان سببه والمتسبب فيه ولا عبرة إلا بالواقع .

٦- حيث تتميز الاعتمادات المستندية باستقلال العلاقات القانونية الداخلة فيه فعلاقة الأمر مع المستفيد مستقلة عن علاقة الأمر مع البنك ، وعلاقة الأمر مع البنك مستقلة عن علاقة البنك مع المستفيد ، فلا أثر لأي من هذه العلاقات على غيرها من العلاقات الأخرى.

٧- البنك ملزم بدفع قيمة الاعتماد إلى المستفيد إذا تسلم المستندات وكانت مطابقة للتعليمات إلا في حالة علم البنك بالغش والتزوير في المستندات أو في حالة وجود حكم قضائي يقضي ببطلان العقد المبرم بين الأمر والمستفيد ففي هذه الحالة البنك غير ملزم بالدفع

#### ب - التوصيات:

١- تقديم الدعم لأهمية الاعتمادات المستندية خاصة و أن العراق و الأقليم مقبل على مرحلة جديدة واعدة في ميدان التجارة الخارجية، لأن هذا المجال يحتاج بنية تحتية من الشبكات و وسائل الاتصال من أجل ضمان دخول المصارف العراقية دائرة المنافسة المصرفية و المالية ما بين مصارف دول العالم.

٢- ان يتم الاستيراد والتصدير عن طريق فتح الاعتمادات المستندية او الاعتمادات المصرفية من قبل البنوك الرسمية وبموجب اجازات استيراد للبضائع تصدر عن وزارة التجارة لتنظيم عملية استيراد وتقليل عمليات الغش والتزوير ومنع دخول السلع التجارية الرخيصة ذات المناشئ غير المعروفة وحماية المستهلك العراقي من المواد المغشوشة.

٣- العمل على فتح دورات تدريبية وتعريفية على عمل وإجراءات فتح وتنفيذ الإتمادات المستندية للحد من الأخطاء والمشاكل التي قد يتعرض لها موظفو المصارف او التجار على حد سواء بهدف نشر الثقافة و زيادة الوعي و المعرفة



بالأعراف الدولية الموحدة للإعتمادات المستندية، إذ ان كثيراً من المشاكل التي تحدث يكون سببها الجهل بتلك الأعراف و القواعد والتي قد يتمكن من خلالها المجهز الأجنبي بأستعمال طرق احتيالية واستغلال ذلك لمنفعته الشخصية ويحقق من ورائها مكاسب مادية كبيرة على حساب منفعة التاجر والمصارف العراقية على حد سواء.

٤- لم تتبن الأعراف الموحدة نظرية خاصة بالغش في الاعتماد المستندي، وهذه ثغرة لا بد من تلافيتها وذلك بوضع نظرية خاصة بالغش وأثر ذلك على حقوق والتزامات أطراف الاعتماد المستندي وهي مسألة مهمة وذلك نظراً لما للاعتماد المستندي من دور في تنظيم علاقة قانونية بين أطراف مختلفة يخضع كل طرف منهم إلى نظام قانوني مختلف وبالتالي فإن وضع أحكام خاصة بالغش يؤدي إلى تطبيق أحكام معينة بذاتها دون اللجوء إلى أحكام القوانين الوطنية وما قد يعينه ذلك من اختلاف الاحكام القضائية الصادرة بشأن الغش وذلك تبعاً للأساس القانوني الذي يتبعه القاضي في إصدار الحكم.

٥- صياغة قواعد دولية لمكافحة الغش التجاري الدولي على غرار القواعد الدولية المتعلقة بمكافحة غسيل الأموال، نظراً لانتشار عمليات الغش التجاري وفداحة ما يترتب عليها من خسائر.

٦- نوصي بوضع تقنين دولي خاص بالاعتماد المستندي، وذلك عن طريق عقد اتفاقية دولية تتضمن أحكاماً موحدة للأعتمادات المستندية وتجب على كافة التساؤلات وحلاً للمنازعات التي يمكن ان تحدث في مجال العقود التجارية الدولية وذلك على غرار اتفاقية جنيف التي تضمنت أحكاماً موحدة للأوراق التجارية، وأن تقوم الدول الموقعة على الاتفاقية بتبني أحكامها في قوانينها الوطنية، وبذلك تتوافر المعلومات لدى التجار على المستوى الدولي وبالتالي يعرف كل طرف ما له وما عليه فتتضاءل محاولات الغش والتزوير والاحتيال المتعلقة بالاعتماد المستندي وتقوي الثقة فيه وتقلل فرص نشوء المنازعات بين الأطراف المتعاقدة

## المصادر

### أولاً: المعاجم:-

- ١- لسان العرب، لأبن منظور، ج٤، ط٣.
- ٢- المعجم الوجيز، مطبعة وزارة التربية والتعليم، مصر، ١٩٩٤.
- ٣- جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، بيروت، ١٩٩٨.

### ثانياً: الكتب:-

- ١- د.أكرم ياملكي، القانون التجاري، المبادئ التجارية، أثاراً للنشر والتوزيع، الأردن، ط١، ٢٠١٢.
- ٢- د.أكرم ياملكي، القانون التجاري- الاوراق التجارية، دراسة مقارنة، إثراء للنشر والتوزيع، الاردن، ط١، ٢٠١٢.
- ٣- أكرم أبراهيم حمدان الزغبى، مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندي، دار وائل، عمان، ط١، ٢٠٠٠.
- ٤- أحمد زيادات وأبراهيم العموش، الوجيز في التشريعات التجارية الأردنية، مكتبة وائل-عمان، ١٩٩٥.
- ٥- د.أحمد غنيم، الاعتماد المستندي والتحصيل المستندي، مكتبة عين شمس، القاهرة، ط٥، ١٩٩٧.
- ٦- المستشار أحمد منير فهمي، الدليل السعودي لمكافحة القرصنة والغش التجاري الدولي، الجزء الثالث، مجلس الغرف التجارية الصناعية السعودية، ١٩٩٦.
- ٧- د. ثروت عبدالرحيم، المطول في القانون التجاري- الأوراق التجارية وعمليات البنوك، ج٢، دار النهضة العربية.
- ٨- د.سميحة القليوبي، الاسس القانونية لعمليات البنوك، مكتبة عين شمس، القاهرة، بدون تاريخ النشر.
- ٩- د.صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، ١٩٧٨.

- ١٠- د. عادل إبراهيم، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
- ١١- د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة نشر.
- ١٢- د. عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، الجزء الثاني، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، دار الثقافة، عمان، ط ١، ٢٠٠٥.
- ١٣- د. علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، بدون ناشر.
- ١٤- د. علي جمال الدين، الاعتمادات المستندية دراسة للقضاء والغش المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
- ١٥- د. علي جمال الدين، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ١٦- د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربية، دون مكان نشر وسنة طبع.
- ١٧- د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، ط ١، ٢٠٠٥.
- ١٨- فيصل محمود مصطفى، مسؤولية البنك في قبول المستندات في نظام الأعماد المستندي، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٥، ط ١.
- ١٩- ماجد عبيد بشير، الغش والاحتيال في التجارة الدولية ودور غرفة تجارة وصناعة دبي في التصدي له، ندوة حول ظاهرة الغش التجاري وأثرها على الاقتصاد الوطني، غرفة تجارة وصناعة دبي، ١٩٩٤.
- ٢٠- د. محمود بريري، قانون المعاملات التجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
- ٢١- د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبعة الروضة، دمشق، ١٩٩٠.
- ٢٢- د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الألتزام، مطبعة نديم، بغداد.
- ٢٣- د. محمد السيد اليماني، الاعتماد المستندي و الطبيعة القانونية للالتزام البنك، جامعة القاهرة، ١٩٧٤.

- ٢٤- د. محيي الدين علم اسماعيل، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠١، ج ١.
- ٢٥- د. نايف الطراونة، الاحتيال البحري، الأردن، ج ١، ١٩٨٩.
- ٢٦- د. نجوى محمد أبو الخير، البنك والمصالح المتعارضة في الاعتماد المستندي- دراسة للقضاء والفقهاء المقارن، القاهرة، ١٩٩٣.

### ثالثاً: البحوث والمنشورات:-

- ١- د. حسين شحادة الحسين، الغش في الاعتمادات المستندية، بحث منشور في مجلة الحقوق، مجلة علمية محكمة تصدرها جامعة الكويت، العدد الثاني- السنة الحادية والثلاثون، ٢٠٠٧.
- ٢- هشام بساط، التعديل الجديد للأصول و الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية، بيروت، مجلة المصارف العربية، اتحاد المصارف العربية، العدد ٤٦، ١٩٨٤.
- ٣- د. حمدي محمد مصطفى، الغش من المستفيد في الخطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، الامارات العربية، العدد (٥٠)، نيسان ٢٠١٢.
- ٤- د. هزار سليمان حيدر، الضمانات المصرفية التعاقدية في نطاق التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة اتحاد المصارف العربية، ١٩٨٩.
- ٥- اتحاد الغرف العربية الخليجية، الاحتيال البحري والغش في التجارة الدولية، ط ١، منشورات الاتحاد البحري، ج ١، الأردن.
- ٦- يوسف بنباصر، الموسوعة القانونية، سلسلة متكاملة للدراسات القانونية والايحات القانونية، ماهية الغش في الاعتماد المستندي، تعليق على قرار الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء، ٢٠٠٦. منشور على العنوان الالكتروني الآتي:

(benbaceryoussef@ menara. Maktoob.com)

**رابعاً: الرسائل والأطاريح:-**

- ١- د. حاتم محمد عبدالرحمن، العمليات المصرفية المستقلة والمشكلات المرتبطة بتنفيذها، أطروحة الدكتوراه- كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٢.
- ٢- د. حسين شحادة الحسين، موقف البنك من المستندات المخالفة في الأعماد المستندي، رسالة دكتوراه، مقدمة الى جامعة عين شمس، مصر، ٢٠٠١.
- ٣- د. خليل فيكتور، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٩٥، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق- جامعة القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٤- زينب السيد سلامة، دور البنوك في الأعمادات المستندية من الوجهة القانونية، أطروحة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، مصر، ١٩٨٠.
- ٥- عماد أبو صد، أحكام خطابات الضمان المصرفية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن، ١٩٩٥.

**خامساً: قوانين والقواعد:-**

- ١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- ٢- القانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.
- ٣- القانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
- ٤- قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.
- ٥- قانون التجاري الأتحادي الإماراتي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣.
- ٦- القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤.
- ٧- قانون التجارة الأمريكي الموحد (U.C.C) لسنة ١٩٧٨ المعدل.
- ٨- القواعد والاصول والاعراف الموحدة للإعتمادات المستندية، نشرة ٥٠٠ لسنة ١٩٩٣، ونشرة ٦٠٠ لسنة ٢٠٠٧، صادر عن غرفة التجارة الدولية - بباريس.

## المراجع الإنكليزية:-

- <sup>1</sup> - Kevneth G. Anspach, “ Avoiding Liability for Letter of Credit “ , Bankers Magazine, September – October, 1988<sup>1</sup>
- 2-khaled kawan, Fraud in Documentary Credit Transaction, Confusion or Cohesion?, IBLJ, No.6, 1991.
- 3-Ho Peng Kee, The Fraud Rule in Letters of Credit Transaction, Current Problems Trade Financing, by Malaya Law and Butter Worth & Co. 1983.
- 4-Michel Stern , The indepence rule in stand by letter of credit.
- <sup>5</sup>Mazeaud H. Iecons de droit civil francais, Paris, 1962.
- 6-Gavalda et Stoufflet, La letter de garantie internationale, R.T.D. 1980.
- 7-khaled kawan, Fraud in Documentary Credit Transaction, Confusion or Cohesion?, IBLJ, No.6, 1991.
- 8- E.P. Ellinger, D/Cs and Fraudulent Document, current problems of international trade financing, 1983.

## Abstract

Documentary credit plays an important role in International trade ، especially in the scope of implementation of international trade contracts as a foolproof way to settle the payments resulting from international exchanges and guarantying the conflicting interests of the seller and the buyer.

As international trade is between the seller and the buyer were in two different counties, so each party wants to assure his rights. The seller wants to make sure of getting the price of the goods, at the same time, the buyer wants to ensure he gets the goods that have been paid for.

Therefore the banks intervened as a key player in international trade operations to regulate this process by documentary credits. As the documentary credits system deals with both sides of the business process through documents, some people have been able to commit cheating and fraud in documentary credits which caused large damages to the importers because the unified international customs of documentary credits did not address the issue of cheating as a restriction on the principle of the independence of the Bank's obligation.

This research aims to shed light on the nature of cheating in documentary credits, and the objective and formalities conditions that required in order to considering the cheating and arranging its legal impacts. This research also tries to clarify the applied appearances of cheating in the context of the documentary credit under the Iraqi and comparative scholars opinions and judiciary, and this research also focusing on the impact of cheating on the bank obligation in documentary credits. Finally, this research presents the most important problems that raised concerning this subject, in addition to the methods of protection against cheating in documentary credits.