

جامعة البحرين

قسم: القانون الخاص

كلية: الحقوق



مدى الارتباط بين العقود في عمليات الإعتماد المستندي
(دراسة في القانون البحريني والمقارن)

رسالة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير
في القانون الخاص

إعداد

اسم الطالبة : نور عباس الرئيس.

الرقم الجامعي: ٢٠٠٦٢٦٢٥

إشراف

الدكتور سالم غميض

مايو ٢٠١٧

جامعة البحرين

قسم: القانون الخاص

كلية: الحقوق



مدى الارتباط بين العقود في عمليات الإعتماد المستندي (دراسة في القانون البحريني والمقارن)

رسالة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير

في القانون الخاص

إعداد

اسم الطالبة : نور عباس الرئيس.

الرقم الجامعي: ٢٠٠٦٢٦٢٥

إشراف

الدكتور سالم غميض

مايو ٢٠١٧



استمارة إيداع البحث

اسم الباحث:			نور عباس أحمد علي الرئيس
عنوان البحث:			مدى الارتباط بين العقود في عمليات الاعتماد المستندي (دراسة في القانون البحريني والمقارن)
سنة النشر:			٢٠١٧
الكلية:	كلية الحقوق	القسم:	قسم القانون الخاص
البريد الإلكتروني:	nalrayes@outlook.com		رقم الاتصال: ٣٦٦٠٣٠٣٦

إقرار الباحث بالموافقة على الشروط التالية:

يحق لجامعة البحرين إتاحة وتوفير الرسالة أو الأطروحة المذكورة أعلاه في مكتبة الجامعة أو من خلال موقع الإسهامات البحثية للجامعة أو على نطاق أوسع في الخارج؛ كما ويمكن إعادة طباعة الرسالة إذا اقتضت الحاجة لذلك أو رقميتها مع إتاحتها على شبكة الأنترنت وذلك حسب تقدير إدارة الجامعة.

تنطبق هذه الشروط على جميع النسخ بما في ذلك النسخ الإلكترونية

تعتبر هذه الرسالة أو الأطروحة من المواد المحمية والتي تخضع إلى حقوق النشر والتأليف، ولا يجوز نشر أي اقتباس من الرسالة بدون توثيق المصدر.

التاريخ: 16-8-2022

توقيع الباحث: Click here to enter text.



قرار لجنة مناقشة أطروحة

اسم الطالبة: نور عباس الرسي الرقم الجامعي: 20062625
اسم الكلية: الحقوق القسم: القانون الخاص
اسم البرنامج: الماس
عنوان الأطروحة: مدى الارتباط بين العقود في عمليات الاعتماد على سندی
(دراسة مقارنة في القانون البحرين والمقارن)
اجتمعت لجنة المناقشة يوم ١٧ الموافق يونيو 2017 بقاعة رقم ١٩ وبعد مناقشة الطالب المذكور أعلاه علناً توصي لجنة المناقشة بالتالي:

يمنح الطالب تقدير: B في مقرر الأطروحة: عام من القانون الخاص

☐ دون إجراء أية تعديلات على الأطروحة.
☒ على أن يتم إجراء التعديلات المرفقة مع هذا القرار.



تصديق أعضاء لجنة المناقشة:

- الاسم
1. عبدالمعطي المشرف على الأطروحة
 2. د. فاضل صالح الزهاوي الممتحن الداخلي
 3. عبدصير غني حسن الممتحن الخارجي

المقرر كطام باتفاق عضوي اللجنة، ودون انه يكون هناك اي جوابات
موضوعة، للتبرير، فإرساله قد استلمت جميع الجوابات التي توهن
اي ورجه الاستمرار، وكتم غاضباً من قسسه بطلان - ليست، فاقتر

ملخص

تتناول هذه الدراسة مدى الارتباط بين العقود في عمليات الاعتماد المستندي. وتجيب على السؤال المتمثل في مدى فاعلية مبدأ الاستقلال في هذه العمليات على حماية أطراف العلاقات العقدية التي تنشأ في سبيل تنفيذ عقد بيع دولي وتكمن أهمية الإجابة على هذا التساؤل في أن عملية الفصل التي فرضت على العقود المكونة لعملية الاعتماد المستندي، لم تعد تتناسب والتطور الذي تشهده التجارة اليوم، فلم تعد العمليات تقتصر على البائع والمشتري والمصرف بل قد يدخل بنك ثالث، ومزود ومضارب، وغيرهم.

وفي سبيل الإجابة على هذا التساؤل تم تقسيم هذه الرسالة إلى باب. يتناول الباب الأول مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي في فصلين. أولهما يتمثل في شرح المبدأ وما يقوم عليه من علاقات متعددة، والآخر يتمثل في تمييزه عما يشابهه ويخالفه من مبادئ. على أن يعرض للأهمية والصعوبات العملية التي تواجهه.

أما الفصل الثاني من الباب الأول، فيتناول نسبية مبدأ الاستقلال. ذلك أن العديد من التشريعات الدولية والمحلية قد بدأت تسوق مجموعة من الاستثناءات عليه. وبناءً عليه فقد تم تقسيم هذا الفصل إلى بحثين، يتناول أولهما الاستثناءات المتعلقة بالعقد الأساس، وتتمثل في بطلانه وانقضائه. أما المبحث الآخر فيتناول الاستثناءات الخارجة عن العقد الأساس وتتمثل في الغش والتزوير، والغبن.

وإذا كان الباب الأول قد عني بوضع الأطر الأساسية لمبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي، فإن الباب الثاني يهتم بالنتائج والآثار القانونية للمبدأ، وتتمثل في انسحاب دفع كل طرف إلى أطراف العقود الأخرى المكونة لعملية الاعتماد المستندية، كل ذلك في الفصل الأول من هذا الباب. أما الفصل الثاني، فيتناول مسؤولية هؤلاء الأطراف، والجزاء المترتب على إثارة هذه المسؤولية.

وتمثل هذه الدراسة طرحةً جديدةً لمبدأ الاستقلال في عملية الاعتماد المستندي، وأثره على الارتباط بين العقود في هذه العملية. وهي دراسة لم تعنى على الأغلب ببحث المسائل النظرية، بقدر الوقوف على ما أفضى له التطبيق العملي من صعوبات ومعوقات أمام أطراف هذه العملية.

إهداء

إلى أمي
أطال الله في عمرها لي

شكر وتقدير

لا يسعني وإذ انتهيت من إعداد هذه الرسالة، إلا أن أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى أستاذي
القدير الدكتور سالم غميض، الذي بذل من الوقت والجهد في توجيهي لكتابة هذه الرسالة، رغم ما
وجدته من صعوبة في الوقت والمصادر قبل الشروع فعلياً في كتابة الرسالة. وقد أرشدني بسعة بال
ورحابة في الصدر إلى ما لزمني لاستكمال الكتابة، فجزاه الله عني خير الجزاء.

مقدمة

تصدر خطابات الاعتماد المستندي حول العالم بواقع ٥,٣ ملايين خطاب، وبقيمة إجمالية تجاوز التريلين دولار سنوياً، وهو الأمر الذي يجعل من عمليات الاعتماد المستندي من أكثر الوسائل المصرفية رواجاً لا سيما في العقود ذات الطابع الدولي. إذ غالباً ما ترتبط عقود الاعتماد بالعقود الدولية لا سيما البحري منها، إذ يجد المتعاقدون أن المصرف يشكل ضماناً فعلية على إتمام هذه العملية.

وفي محاولة لحماية هذه الضمانة، ظهرت العديد من المبادئ التي تسهل عمل المصرف وتقتصر مهامه على نحو يتناسب مع المردود المادي الذي يتلقاه كأجر عن هذه العملية، وكان من أهم هذه المبادئ مبدأ استقلال العقود، ومبدأ المطابقة الظاهرة للمستندات.

وبعلاج هذا البحث مشكلة على قدر كبير من الأهمية، إذ أنه يطرح مسألة الارتباط بين العقود في عمليات الاعتماد المستندي، ذلك أن التطبيق العملي لطالما أثبت أنه من المتعذر فصل هذه العقود فصلاً تاماً عن بعضها البعض على النحو المسلم به نظرياً. وأنه إذا كان من المستقر وفقاً للأعراف التجارية التقليدية أن تكون هذه العقود مستقلة فيما بينها، وفقاً لمبادئ الاستقلال الصرفي الذي يحكم أدوات التجارة، فإن هذه الدراسة تقدم تصوراً جديداً للعقود التجارية المركبة التي ترتبط فيما بينها بموجب المحل أو السبب.

ذلك أن المفاهيم التقليدية التجارية والمدنية لفكرة العقد، تنتهي إلى القول بأن كل عقد ينشأ بين طرفيه مستقلاً بمضمونه عن غيره، وأن العقود مهما تعددت بين أطرافها فهي توجد منعزلة، أو منفصلة بعضها عن بعض، وأن كل طرف فيها يشكل كياناً قانونياً مستقلاً، ويتمتع من ثم بحرية واسعة في أن يقرر في أي وقت تعليق أو إنهاء روابطه الاقتصادية مع غيره، وهو ما يشكل خطراً كبيراً على المشروعات الصناعية والتجارية، لما يتضمنه ذلك من تعويق لتطورها، وزعزعة لخططها المستقبلية.

وتتضمن فكرة الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندية على وجه التحديد، مفهوماً يتمثل في أن ينشأ كل عقد من العقود الثلاثة المكونة لعملية الاعتماد المستندي بمعزل عن العقود الأخرى. ودون أن يؤثر أو يتأثر بها. فعقد البيع الأصلي بين البائع والمشتري مستقل عن عقد الاعتماد بين المشتري والبنك. وهذين العقدين بدورهما مستقلان عن خطاب الاعتماد المرسل من قبل البنك إلى البائع.

وهذا التصور يطرح المفهوم الشخصي لفكرة الحق والتي مؤداها ألا يتم النظر إلى الشيء محل الحق نظرة موضوعية، بل نظرية شخصية مفادها من هو صاحب الحق في هذا الشيء. وهي نظرة يغلب عليها الطابع المدني، إذ أنها لا تتفهم مبادئ البيوع التجارية التي انتهت إلى قبول رجوع المشتريين المتتالين على البائع الأصلي بدعوى ضمان.

وأفضت هذه النظرة الشخصية للحق إلى العديد من الإشكاليات في الواقع العملي نتيجة عدم تفهم هذا التصور لفكرة التجمع العقدي في عمليات الاعتماد المستندي على وجه الخصوص، والطابع التجاري الدولي على وجه العموم. وعليه فإن هذه الدراسة تحاول تقديم تحليل لبعض هذه الإشكاليات التي تظهر نتيجة الفصل بين العقود في عمليات الاعتماد المستندي، ومناقشة مدى الارتباط فيما بينها ابتداءً.

أهمية البحث وأسباب اختياره

تعدّ عمليات الاعتماد المستندي عصب الحياة التجارية، لا سيّما في مجال البيوع الدولية، حيث لم يسبق للبائع والمشتري التعامل. فضلاً عن أن هذا البحث يتناول بالتحليل مبدأ الاستقلال الذي يعد المبدأ الأول في عمليات الاعتماد، وذلك جنباً إلى جنب مع مبدأ المطابقة الظاهرة للمستندات.

ورغم أهمية هذا البحث، وتطور العلاقات التجارية وتشابكها، إلا أن الطبيعة التقليدية للدراسات القانونية قد حدّت من قدرة هذه المعاملات الدولية على مواكبة هذا التطور، وظلت حبيسة الفقه والقضاء التقليديين اللذين اهتمتا بتكريس الأعراف والمبادئ المدنية التي تحد من انتقال أثر العقد إلى الغير.

كما يلاحظ وجود فراغ تشريعي كبير في قانون التجارة البحريني، إذ أن العديد من المسائل القانونية التي تتناولها هذه الدراسة لم يرد بها نص، لا سيما فيما يتعلق بالاستثناءات التي تبنتها العديد من القوانين والاتفاقيات الدولية.

أما المعالجة التي قدمتها النصوص القانونية في قانون التجارة فقد جاءت محدودة، وتقتصر على وضع الأطر الأساسية لعملية الاعتماد المستندي، دون أن تقدم حلول فعلية لما يعرض لهذه العملية من صعوبات ومعوقات. لا سيّما أن الاتفاقيات الدولية قد شابها هي الأخرى قصور تشريعي شديد.

منهجية البحث

اعتمدت هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي المقارن، حيث سيتم تناول تشريعات عديدة رائدة في مجال تنظيم عمليات الاعتماد المستندية، ومنها التشريعات الأمريكية والفرنسية والانجليزية والاسترالية، على أن تتم مقارنتها بالتشريع البحريني، وتقديم بعض تطبيقات القضاء المحلية بالمملكة على القدر الذي أتيح للباحث التحصل عليه من أحكام.

خطة البحث

قسمت هذه الدراسة إلى بابين، يتناول الباب الأول منها البحث في مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندية، بما يستلزمه ذلك من بحث العلاقات المؤسسة التي تقوم عليها هذه العمليات، ومناقشة نسبية هذا المبدأ. ويتناول الباب الثاني الآثار العملية للمبدأ وذلك من الناحيتين القانونية والعملية.

الباب الأول

مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي والاستثناء عليه

الفصل الأول / مضمون مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي

المبحث الأول / قوام مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي

المطلب الأول / العلاقات الناشئة عن عقد الاعتماد المستندي

الفرع الأول / علاقة البائع بالمشتري (الأمـر والمستفيد)

أولاً / أثر مبدأ نسبية أثر العقد على عملية الاعتماد المستندي

١- الارتباط بسبب المحل

٢- الارتباط نتيجة السبب

ثانياً / أثر مبدأ حجية العقد على عملية الاعتماد المستندي

الفرع الثاني / علاقة البنك بأطراف عقد البيع الأصلي

أولاً / علاقة البنك بالمشتري / العميل الأمر

١- نظرية الإنابة

٢- نظرية الوكالة

ثانياً / علاقة البنك بالمستفيد

المطلب الثاني / تمييز مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي

الفرع الأول / مبدأ الأستقلال في عمليات الاعتماد المستندي والمبادي المشابهة

أولاً / تمييز المبدأ عن مبدأ استقلال التوقيعات

ثانياً / تمييز المبدأ عن مبدأ تطهير الدفع

ثالثاً / تمييز المبدأ عن مبدأ الكفاية الذاتية

الفرع الثاني / مظاهر الاستقلال الصرفي في عمليات الاعتماد المستندي

أولاً / الالتزام المصرفي التزام حرفي

ثانياً / عدم تأثر الدين الأصلي ببطلان الدين المصرفي

ثالثاً / بقاء الالتزام الأصلي رغم تقادم الالتزام المصرفي

المبحث الثاني / الأهمية والصعوبات العملية لمبدأ استقلال العلاقات في عملية الاعتماد

المستندي

المطلب الأول / الأهمية العملية لمبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي

أولاً / مبدأ الاستقلال يحمي المستفيد

ثانياً / مبدأ الاستقلال يحمي البنك المصدر

ثالثاً / أكثر العمليات المصرفية ضماناً لأطرافها

رابعاً / مبدأ الاستقلال يحمي الآلية التي تقوم عليها عملية الاعتماد المستندي

المطلب الثاني / الصعوبات العملية التي تواجه تطبيق مبدأ الاستقلال

أولاً / تقييد عقد البيع الأصلي لخطاب الاعتماد

ثانياً / التناقض بين خطاب الاعتماد وعقد البيع

ثالثاً / الاستثناءات التي ترد على المبدأ

رابعاً / الاعتماد المستندي يجعل الثمن مقابلاً للمستندات

خامساً / ردّ مبدأ الاستقلال للأصول والقواعد المدنية

الفصل الثاني / نسبية مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي

المبحث الأول / نسبية استقلالية العقد الأساس

المطلب الأول / عدم مشروعية العقد الأساس

الفرع الأول / القوانين الدولية والمحلية

الفرع الثاني / السوابق القضائية

المطلب الثاني / انقضاء العقد الأساس كاستثناء على مبدأ الاستقلال

الفرع الأول / الفكرة في المنظور الفقهي

الفرع الثاني / الجوانب التشريعية والقضائية للفكرة

أولاً / السوابق القضائية

ثانياً / الإتجاه في المنظور البحريني

المبحث الثاني / الاستثناءات المتعلقة بأسباب خارجة عن العقد الأساس

المطلب الأول / أثر الغش والتزوير على مبدأ الاستقلال

الفرع الأول / التنظيم القانوني للغش والتزوير

الفرع الثاني / السوابق القضائية

المطلب الثاني / أثر الغبن على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي

الفرع الأول / الغبن في القوانين الدولية والمحلية

الفرع الثاني / أثر الغبن على مبدأ الاستقلال في الاعتمادات المستندية في السوابق القضائية

الباب الثاني

الآثار القانونية المترتبة على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي

الفصل الأول / استقلال الدفوع الناشئة عن العقود في عملية الاعتماد المستندي

المبحث الأول / مدى جواز تمسك البنك بالدفوع المقررة لطرفي عقد البيع

المطلب الأول / الدفوع المرتبطة بعقد البيع الأصلي بين المشتري والبائع

الفرع الأول / الدفع ببطلان عقد البيع الأصلي

الفرع الثاني / دعوى ضمان العيوب الخفية

المطلب الثاني / الدفوع المتعلقة بتنفيذ عقد البيع الأصلي

الفرع الثاني / الدفع بتنفيذ الالتزام عيناً

الفرع الثاني / الدفع باستحالة تنفيذ عقد البيع الأصلي

المبحث الثاني / مدى جواز تمسك طرفي عقد البيع بالدفع المقررة للبنك

المطلب الأول / الدفع المتعلقة بالسبب الأجنبي

الفرع الأول / الدفع بوجود قوة قاهرة

الفرع الثاني / الدفع بوجود خطأ الغير كسببٍ معفٍ من المسؤولية المدنية

المطلب الثاني / الدفع المرتبطة بتنفيذ عقد البيع الأصلي

الفرع الأول / الدفع بسوء نية المتعاقد الآخر

الفرع الثاني / الدفع بالتزوير

الفصل الثاني / المسؤولية المدنية في عمليات الاعتماد المستندي وجزأؤها

المبحث الأول / إثارة المسؤولية المدنية وأثرها

المطلب الأول / ازدواج المسؤولية رغم وحدة الخطأ

أولاً/ الخطأ الصادر عن المصرف

١- المزوجة بين نوعي الالتزام

٢- ازدواجية المعيار الواحد

٣- عدم تناسب معيار المطابقة مع مفهوم الخطأ

٤- صعوبة التأسيس للمسؤولية

٥- أثر تحديد نوع الالتزام على المسائل المتعلقة بالإثبات

ثانياً / الخطأ الصادر عن العميل الأمر

ثالثاً / الخطأ الصادر عن المستفيد

١- أثر الإخلال على المشتري

٢- عدم دقة وصف الخطأ لسلوك المستفيد

٣- ازدواج المركز القانوني لأطراف عملية الاعتماد

٤- ازدواج وصف الخطأ الواحد

المطلب الثاني / أثر التمييز بين المسؤوليتين على التعويض

١- بالنسبة للعميل الأمر

٢- بالنسبة للمستفيد

المبحث الثاني / الجزاء المترتب على إثارة المسؤولية

المطلب الأول / ترك المستندات أو حبسها كجزاء للمسؤولية

المطلب الثاني / دعوى التعويض في مواجهة أطراف المجموعة

الخاتمة

المراجع

الباب الأول

مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندية والاستثناء عليه

الباب الأول

مبدأ الاستقلال

في عمليات الاعتماد المستندي والاستثناء عليه

إذا كان من شأن المعاملات و الأعراف التجارية أن خلقت مبدأ الإستقلال في عمليات الاعتماد المستندي لحماية المصالح الخاصة بأطراف هذه المجموعة، فإن المحاكم كان من شأنها - هي الأخرى - أن هذّبت على النحو الذي أجبر المشرعين في مراتٍ عديدة على تبني العديد من الاستثناءات التي وردت على هذا المبدأ بشكلٍ مطرد. فلا زال القضاء بسوابقه يثبت حتى اليوم أن الأعراف المتعلقة بعمليات الاعتماد المستندي لا تزال قيد الممارسة، وفي حاجة إلى وقت طويل نسبياً ليتسنى لها الاستقرار على النحو الذي يضمن لها الاتساق مع الطابع الدولي الذي تتصف به هذه العمليات.

ويبدو أن السمة الدولية للعقود التي أسبغت على عمليات الاعتماد المستندي، كانت السبب الأساس في دفع طرفين لا يرتبطان بذات الإقليم، وربما لم يسبق لهما التعامل من قبل، إلى اللجوء إلى المصرف الذي يظهر كطرف أجنبي عن عقد البيع الأصلي فيثير خشية المشتري لدى شروعه في تنفيذ التزاماته التعاقدية الناجمة عن عقد البيع، إخفاق البائع في تسليم المبيع بعد تمام استلام الثمن، في الوقت الذي يخشى البائع أن يبادر بتسليم المبيع دون أن يقوم باستلام ثمن البضاعة التي سيشرع في شحنها. لذلك فإن القصد من الاعتماد المستندي - منذ نشأته - هو أن يكون أداة لاستكمال العقود الدولية.^١ وبالنظر إلى التكلفة العالية لعمليات الاعتماد، فإن ذلك قد دفع المتعاقدين في العقود المحلية إلى اللجوء إلى وسائل مصرفية أخرى أقل كلفة من الاعتماد.^٢

^١ لقد استخدمت عمليات مالية في تسوية العقود وأداء الثمن منذ عصر الفينيقيين والبابليين وكانت أشبه ما تكون بالعمليات المعروفة في العصر الحاضر بالاعتماد المستندي مع الاختلاف في المصطلح، غير أن النظام المعمول به حالياً في عمليات الاعتماد المستندي لم ينشأ إلا منذ مائة عام تقريباً. انظر في هذا المعنى: محيي الدين اسماعيل، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، النسر الذهبي للطباعة، دون تاريخ نشر، ص ١٠٤٧، وأيضاً:

Roberto Luis, The Autonomy Principle of Letters of Credit, an Article published at the Mexican Law Review, p. 71.

^٢ انظر في ذلك:

Peter Moles & Nicholas Terr, (2002), The Handbook of International Financial Terms, Oxford University Press, Oxford, UK, p. 559 et seq.

وخلق هذا الطابع الدولي دور المصرف بصفته وسيطاً يتأكد من تمام تسليم البائع للمبيع عن طريق فحص سندات البضاعة، بما في ذلك سندات شحنها، وبناءً عليه، فإنه يقوم بسداد الثمن عن طريق أداء قيمة الاعتماد، على أن يقوم في وقت لاحق باستحصال قيمته والفائدة المضافة لها. وعلى الرغم من التوسع والتغير الذي شهدته الأعراف الدولية المنظمة لعمليات الاعتماد، إلا أن دور المصرف قد ظل حتى اليوم محدوداً في مهمة مطابقة المستندات المقدمة من المستفيد، دون أن يدخل بصفته عنصراً فعلياً في عقد البيع الأصلي ومساهماً أصيلاً في تنفيذه.

وحين صدرت النشرة الأخيرة من الأعراف والقواعد الموحدة لعمليات الاعتماد المستندية، كان من الواضح أنها جاءت لتلبية لضرورات العمل المصرفي في هذا الجانب، وبهدف توحيد المصطلحات اللغوية وتفسيرها، وتخفيض المخاطر التي يتعرض لها المصرف لدى شروعه في تنفيذ هذه العقود، دون أن يكون لهذه النشرة أثراً شديداً في حل المشاكل العملية التي واجهت عمليات الاعتماد أثناء العمل بالنشرة القديمة، حيث أظهرت الدراسات أن ٧٠% من المستندات المقدمة قد رفضت، وهي نسبة مؤثرة جداً في حجم الاعتمادات المستندية والتجارة العالمية.^٢

ويتناول هذا الباب مضمون مبدأ الاستقلال المكرس في عمليات الاعتماد المستندي في فصلين، يخصص أولهما لتبيان ماهية هذا المبدأ. أما الفصل الثاني فسيتناول نسبية مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندية بدراسة الاستثناءات التي ترد عليه، حيث يعالج هذا الفصل مدى تكريس هذه الاستثناءات في التشريعات المحلية والدولية فضلاً عن التطبيقات القضائية في بعض الدول المقارنة.

^٢ صالح خليل العقدة، دلال خليل الكخن، عماد زياد رمضان، مخاطر الاعتمادات المستندية على البنوك وأثر تطبيق النشرة ٦٠٠ من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات على تخفيضها ، بحث منشور في مجلة بحوث جامعة حلب، العدد لعام ٢٠١٠ ، ص٢٠.

الفصل الأول

مضمون مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي

لعله من نافلة القول أن مبدأ الاستقلال يحكم أغلب أدوات التجارة المحلية والدولية. و بموجب هذا المبدأ تنفصل المعاملات التجارية عن العقود الأساسية التي تبرم في سبيل تنفيذها. ^٤ من ذلك مثلاً، فصل الكمبيالة عن الالتزام الأصلي الذي كان سبباً في خصمها، والشيك الذي يعتبر مستقلاً عن الالتزام الذي كان سبباً في سحبه، وهكذا دواليك. ولم يشذ عن ذلك مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي؛ فعقد الاعتماد المستندي، وإن لم يكن ورقة تجارية، إلا أنه يبقى عملية مصرفية مستحدثة، تجد جذورها في مفاهيم الأوراق التجارية التي سبقتها من حيث النشأة. وستعرض هذه الدراسة في موضع لاحق. إلى مدى تشرب قواعد الصرف التجارية في عملية الاعتماد المستندي. ^٥

ولأن هذا العقد يتسم بالطابع الدولي، و طرفا عقد البيع الدولي لم يسبق لهما أن خبرا التعامل مع بعضهما البعض، فإنهما يلجئان إلى المصرف طلباً لرعاية هذه العملية، بما يكون له من دور موثوق ومؤتمن، ولذلك لن تكون حقوق طرفي عقد البيع مهددة أو عرضة للضياع، حيث أن البنك يتوسط هذه العملية، فيتأكد من وجود البضاعة ممثلة في مستنداتها، ثم يؤدي قيمتها ممثلة في قيمة الاعتماد، وذلك عن طريق كمبيالة مستندية يسحبها البائع على المشتري، ويقبل المصرف عادة خصمها أو عن طريق الدفع المباشر للتمن. ^٦

ويخطر المصرف البائع المستفيد من فتح الاعتماد عن طريق خطاب، يتضمن تعهداً غير مشروط له بسداد المبلغ عند تقديمه المستندات الصحيحة للمطابقة، حيث يقوم المصرف. حينها. بالدفع بإحدى طرق سداد قيمة الاعتماد وهي الدفع، القبول والخصم. ^٧ وهذا الخطاب ينشيء التزاماً على عاتق المصرف بأداء قيمة الاعتماد بمجرد تقديم المستندات الصحيحة للمطابقة، وهو ما ينشئ بدوره علاقة مباشرة بين المستفيد والبنك، وهي العلاقة التي تعد مستقلة عن علاقة المصرف بالمشتري،

^٤ علي جمال الدين عوض، الأوراق التجارية - السند الإذني - الكمبيالة - الشيك، مطبعة جامعة القاهرة، سنة ١٩٩٥، ص ٣٠.

^٥ سيرد بيان مظاهر الاستقلال المصرفي على عمليات الاعتماد المستندية، في المبحث الثاني من هذا الفصل.

^٦ جورجيت صبحي، مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ١٠٣.

^٧ د. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية - دراسة للقضاء والفقه المقارن وقواعد سنة ١٩٨٣ الدولية، دار النهضة العربية، جمهورية مصر العربية، سنة ١٩٨٩، ص ٣٤١ وما بعدها.

وهكذا فإن عملية الاعتماد المستندي تتنازعها مجموعة من العلاقات التي تنشأ جميعاً في سبيل تنفيذ عقد بيع دولي.

على أن هذا الفصل ليس معنياً بفكرة الاستقلال بكونها فكرة مجردة كرستها القوانين والآراء الفقهية، بقدر الوقوف على هذه الفكرة من الناحية العملية والتطبيقية. وفي سبيل تبيان هذا المبدأ ومدى فاعليته في حماية أطراف عقد الاعتماد المستندي، فإنه سيتناول بالبحث قوام مبدأ الإستقلال في العلاقات التي ترد على الاعتماد المستندي على اعتبار أن أساس هذا المبدأ يقوم على الفصل بينها، ثم تمييزه عما قد يشابهه أو يخالفه من مبادئ، مع عرض لمظاهر الاستقلال الصرفي التي ترخي بظلالها على المبدأ، وذلك في المبحث الأول. على أن يتناول المبحث الثاني عرض لأهمية مبدأ الاستقلال العملية والتحديات التي تواجه وجوده.

المبحث الأول

قوام مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي

يستعين العميل الأمر، في سبيل تنفيذ عقد البيع الدولي المبرم بينه وبين المشتري المستفيد، بوسيط تكون مهمته سداد ثمن البضائع محل عقد البيع. وهذا الوسيط هو المصرف الذي يقوم بإرسال خطاب اعتماد إلى المستفيد يتضمن تعهداً غير مشروط بأداء القيمة المتفق عليها مسبقاً مع المشتري، متى ما قدم المستفيد المستندات الصحيحة المنصوص عليها في خطاب الاعتماد للمطابقة. فيصار والحال كذلك، إلى أن عقد البيع الذي نشأ ابتداءً بين طرفين - هما البائع والمشتري - قد تحوّل إلى ما قد يطلق عليه "بالمجموعة العقدية"، قوامها ثلاث علاقات، أولها هو العقد الأصلي الذي ينشأ بين البائع والمشتري، وثانيها العقد الذي ينشأ بين المشتري والمصرف المصدر والذي يتم من خلاله فتح طلب اعتماد، وأخيراً العلاقة بين المصرف والمستفيد والذي يتعهد فيه بسداد قيمة معينة تمثل ثمن البضاعة محل عقد البيع الأصلي.

وعلى الرغم مما يظهر من ارتباط بين هذه العقود سواءً من حيث المحل ممثلاً في البضاعة محل عقد البيع وقيمتها، أو السبب ممثلاً في تنفيذ عقد البيع الأصلي، إلا أن كافة الأعراف الدولية قد كرست مفهوم الفصل بين العقود الثلاثة التي ترد على هذه العملية،^٨ ولا يستثنى من ذلك المشرع

^٨ من ذلك الأعراف والأصول الموحدة لعمليات الاعتماد المستندي (UCP 600)، واتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة الصادرة عن الأمم المتحدة في العام ١٩٩٥.

البحريني الذي تبني هذا المبدأ، فنص على مبدأ الاستقلال في المادة (٢/٣١٧) من قانون التجارة وذلك بقوله أنه : " يعتبر عقد الاعتماد المستندي مستقلاً عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه ويبقى البنك أجنبياً عن هذا العقد ".^٩

وكان ذلك اتساقاً مع الأعراف والقواعد الدولية الموحدة الخاصة بالاعتماد المستندي في صيغتها المنقحة (UCP 600)،^{١٠} والتي تبنت منذ البدء فكرة الاستقلال وكرستها ضمن نصوصها، حيث نصت المادة (٣) منها على أن : " الاعتمادات - بطبيعتها - تعتبر عمليات تجارية مستقلة عن عمليات البيع أو العقود الأخرى التي قد تستند عليها، ولا تعتبر المصارف بأي حال ذات علاقة بهذه العقود أو ملتزمة بموجبها. ويجب أن تكون تفاصيل الاعتماد والاعتمادات نفسها كاملة ودقيقة. ولأجل تجنب الالتباس وسوء الفهم، يجب على المصارف الفاتحة للاعتماد ألا تشجع أية محاولة من قبل العميل (طالب الاعتماد) لإدخال تفاصيل زائدة".

وقد عرّف البعض مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي بأنه : " التعهد بالدفع الصادر في خطاب الاعتماد، والذي يكون منفصلاً عن المعاملة التي نشأ في سبيل تنفيذها، فلا يكون المصرف المصدر معنياً إلا بالمستندات المقدمة وفيما إذا كانت مطابقة لتعليمات عميله الأمر أم لا ".^{١١}

ويتبين بذلك أن قوام مبدأ الاستقلال هو فكرة الفصل بين العقود التي تنشأ في سبيل تنفيذ عقد البيع دولي. فعقد البيع بين المشتري والبائع لا يتصل بعقد الاعتماد بين المصرف والمشتري، وكلا

^٩ صدر هذا القانون بموجب المرسوم بقانون رقم (٧) لسنة ١٩٨٧، وتم نشره في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠٠١/٥/٩.

^{١٠} أدى غياب التنظيم التشريعي لعمليات الاعتماد المستندي، واختلاف قواعده إن وجدت من دولة إلى دولة، إلى انزعاج كثير من التجار، ولذلك فقد نشطت حركة توحيد نظام الاعتماد المستندي منذ العام ١٩٣٣، حيث وضع في هذا العام (القواعد والعادات الخاصة بتوحيد الاعتمادات) في فيينا، وقد تبع هذه النشرة إصدار العديد من النشرات المعدلة، منها الصياغة الصادرة في العام ١٩٥٢ في لشبونة، ثم في باريس في العام ١٩٦٢، وأيضاً في باريس في العام ١٩٧٤، وكان آخر هذه التعديلات الصيغة التي تحمل الرقم ٦٠٠ والتي دخلت حيز التنفيذ في العام ٢٠٠٧. ولا تنطبق هذه القواعد الدولية تلقائياً إذا لم يفصح أصحاب الشأن عن رغبتهم في ذلك، لأن هذه القواعد ليست صادرة عن المشرع وعليه فلا تحمل قواعد أمرة، وما لم يتفق الطرفان على تطبيقها فإنه يتم النظر إليها على سبيل الإستئناس فقط بوصفها حلولاً تؤدي إلى تحقيق أهداف الاعتماد المستندي. ويلاحظ أن هذه القواعد تنظم إطار العمل المصرفي دون التطرق لأحكام العلاقة الدولية بين البائع والمشتري، وقد يبرر ذلك بأن هذا العقد تنظمه القواعد الخاصة بعقد البيع والوارد في القوانين المدنية، غير أن هذا التبرير غير كافٍ، ذلك أن التنفيذ الخاص بهذا العقد عن طريق الوسيط المصرفي، يجعل من هذه العقود بحاجة إلى تنظيم هي الأخرى. راجع في هذا المعنى : محيي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ١٠٤٨.

^{١١} Chung-Hish Hsu, the Independence of Demand Guarantees Performance Bonds and Standby Letters of Credit, Published Article - without resourse, p 3.

العقدين لا يتصلان . بطبيعة الحال . بخطاب الاعتماد المرسل من المصرف إلى البائع . ولتوضيح هذا المبدأ، سيتم عرض كل عقد من هذه العقود على حدة، وتبيان ما له من أثر على باقي العقود المكونة لعملية الاعتماد المستندي، وذلك في فرعين الأول يتناول العلاقة الأصلية بين البائع والمشتري والتي تعتبر الأساس الذي تقوم عليه باقي العقود، ومن ثم تناول العقود التي تتم مع المصرف في الفرع الثاني، على أن يخصص المطلب الثاني من هذا المبحث لتبيان تميز مبدأ الاستقلال في عمليات المستندي عن طريق تمييزه عن المبادئ المشابهة والمخالفة والكشف عن مظاهر الاستقلال فيه.

المطلب الأول

العلاقات الناشئة عن عقد الاعتماد المستندي

في سبيل تنفيذ عقد البيع الأصلي، فإنه يتم إبرام مجموعة من العقود. وأول هذه العقود هو عقد البيع الأصلي بين البائع والمشتري والذي يمثل السبب الحقيقي لتقديم طلب الاعتماد، وهو ما سيتم تناوله في الفرع الأول. أما الفرع الثاني فيعنى بعلاقة البنك بأطراف عقد البيع الأصلي، وطبيعة هذه العلاقة.

الفرع الأول

علاقة البائع بالمشتري (الآمر والمستفيد)

يعتبر عقد البيع الأصلي العقد الأساس بالنسبة لعملية الاعتماد المستندي في مجملها، وهو أول العقود التي تنشأ في هذه المجموعة من حيث التسلسل الزمني. ويؤطر هذا العقد مضمون العلاقة التي تنشأ بين أطراف عقد الاعتماد فيما بعد، فهو الذي يحدد آلية التنفيذ بواسطة الاعتماد، فيتضمن تحديد المصرف المطلوب فتح الاعتماد لديه على وجه التحديد، فضلاً عن مدى وجوب تعزيز الاعتماد من قبل مصرف آخر معزز من عدمه. وقد يتضمن هذا العقد النص على بدائل أخرى في حال فشل الدفع عن طريق الاعتماد، فيتم اللجوء إليها حين يتعذر سداد قيمة المبيع بواسطة الاعتماد المستندي.^{١٢}

ولما كانت عمليات الاعتماد المستندي تنشأ في سبيل تسهيل عقود بيع دولية، فإنها غالباً ما ترتبط بهذا النوع من البيوع، ومنها على سبيل المثال عقد البيع CIF، وعقد البيع F-O-B، وعقد

^{١٢} من ذلك مثلاً ما هو متعارف عليه في العديد من الدول، من نوع من الاعتمادات يسمى (Standby Letter of Credit). ويعدّ هذا النوع من الاعتمادات وسيلة بديلة عند فشل الوسيلة الأصلية في تنفيذ عقد البيع.

البيع FAS.^{١٣} ولما كانت هذه العلاقات يغلب عليها الطابع الدولي، فإن وجود المصرف كطرف وسيط، يكون بمثابة ضمان لتنفيذ عقد البيع، ذلك أن عامل الثقة بين طرفي عقد البيع الأصلي يقلّ عما هو عليه الحال في عقود البيع المحلية التي يكون طرفاها معلوم كل منهما للآخر.

ولا تشدّ هذه الأنواع من البيوع عن النظرية العامة للعقود، من ضرورة توافر أركان العقد من رضا ومحلّ وسبب، فيقوم هذا العقد ملزماً لجانبه، أي تسليم البضائع من جانب المستفيد وتسليم الثمن من الأمر بفتح الاعتماد، وهو الأمر الذي يتم بضمان المصرف مصدر الاعتماد، الذي يتعهد بسداد ثمن هذه البضائع نيابة عن المشتري، على أن يستحصل الثمن، مضافاً إليه ما يكون قد دفعه من عمولة، وما يستحق عن هذه العملية من فوائد من المشتري في وقت لاحق وذلك في مدة قد يتم الإتفاق عليها مسبقاً في عقد الاعتماد أو يرجع في تنظيمها إلى القانون واجب التطبيق.^{١٤}

ويلاحظ أن القواعد المدنية المنظمة للعقود تظلّ حاكماً للعقد الأساس، على اعتبار أنه لا يعدو عن كونه عقداً مسمى وهذا فيما يتعلق بنشأة العقد وصحته، حيث لا تستثنى العقود التجارية من الخضوع للقواعد العامة التي ينص عليها القانون المدني في المواد المنظمة للالتزامات والعقود، إلا أن هنالك قواعد خاصة تنظم العقود التجارية وتميزها عن العقود المدنية، منها ما يتصل بالإثبات ومنها قواعد موضوعية خاصة بإبرام العقود التجارية وتنفيذها.^{١٥} ولا خلاف على أن العقد الأساس ولكونه عقداً من عقود التجارة فإنه يخضع للقواعد والأعراف التجارية وذلك من حيث الأثر الذي ينتج عنه فيما بين أطرافه، غير أن هذا الخضوع ليس مطلقاً هو الآخر، ذلك أن القواعد والأعراف التجارية تظلّ حاكماً للعقد طالما أن النص أو العرف التجاريين موجودان، فإذا لم يوجد نص فالقول هو بالرجوع إلى القواعد والقوانين المدنية.^{١٦}

وبيان ذلك أن القواعد التجارية بدورها تحيل على القواعد المدنية في الأحوال التي يخلو فيها القانون التجاري من نص منظم للحالة العارضة. لذلك فإن المادة (٢) من قانون التجارة البحريني نصت على أن :

^{١٣} د. علي البارودي، العقود التجارية وعمليات البنوك التجارية، بدون ناشر، ١٩٦٨، ص ٣٧٢، وعلي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٤٠.

^{١٤} محيي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ١١٠٥.

^{١٥} مصطفى كمال طه، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٥، ص ١١.

^{١٦} علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٥١.

١- " تسري على المواد التجارية ما اتفق عليه المتعاقدان ما لم يتعارض اتفاقهما مع نصوص تشريعية أمره.

٢- فإذا لم يوجد اتفاق خاص سرت قواعد العرف التجاري فيما لم يرد بشأنه نص هذا القانون أو في غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية، ويرجح العرف الخاص أو المحلي على العرف العام.

٣- فإذا لم يوجد عرف تجاري وجب تطبيق القوانين الخاصة بالمواد المدنية فإذا لم توجد استنبط القاضي أصول حكمه من مبادئ الشريعة الإسلامية ثم من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة " .

ويلاحظ أن الطبيعة التي يفرضها هذا العقد باعتباره العقد الأساس لباقي عقود المجموعة، تجذ أصولها في القواعد والنظريات التقليدية المكرسة في القوانين المدنية، والتي عالجت مسألة انصراف أثر العقد بما لا يجاوز طرفيه، وهذا أرخى بظلاله على طبيعة العلاقة بين عقد الأساس والعقود الأخرى التي تنشأ في سبيل تنفيذه، فهي من جانب تجعل أثر هذا العقد نسبياً بين طرفيه وإن كان يستتبع وجوده عقدين هما نتيجة طبيعية له، حيث ينشأ هذان العقدان في سبيل تنفيذه، وعلى الرغم من ذلك فإن أثر كل عقد من هذه العقود لا ينسحب إلا على عاقيه. ويبدو أن هذا التنظيم ليس إلا امتداداً لمبدأ نسبية أثر العقد المكرس في القوانين المدنية.

ومن جهة أخرى، فإن كل عقد من هذه العقود يكون حجة على كافة أطراف العقود الأخرى، وذلك تكريساً لمبدأ حجية أثر العقد. فلئن كان العقد تصرفاً قانونياً بالنسبة لأطرافه، فهو واقعة قانونية بالنسبة للغير، وهذا يعني إمكانية احتجاج الغير بالعقد طالما أن نظام المسؤولية التقصيرية يقوم على مثل هذه الواقعة ويؤسس لحق الغير بناءً عليها.^{١٧} وعليه فسيتم معالجة فكرتي نسبية العقد الأساس بالنسبة لأطرافه وحجيته بالنسبة للغير، وذلك تباعاً كالتالي :

^{١٧} راجع في هذا المعنى : علي فيصل، مبدأ حجية العقد - دراسة مقارنة، الخليج العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مملكة البحرين، سنة ٢٠١٣، ص ٤٤.

أولاً: أثر مبدأ نسبية أثر العقد على عملية الاعتماد المستندي :

لا تنصرف آثار العقود وفقاً للقواعد المدنية إلا إلى طرفيها وخلفهما الخاص^{١٨}، وبخلاف الاستثناءات التي قررها القانون، فإن العقد لا ينتج أثراً بالنسبة للغير.^{١٩} وخارج دائرة النسبية يكمن مفهوم الغير والذي يرد عليه مبدأ حجية أثر العقد. وبمعنى آخر، فإن مفهوم النسبية يتلخص في فكرة أن الاتفاق لا أثر له إلا بين المتعاقدين، فهو لا ينفع ولا يضر الغير.

وتكمن المشكلة التي يواجهها الفقه والقضاء اليوم في ظهور العديد من الحالات التي لا يكون فيها هذا المفهوم التقليدي قادراً على معالجة فكرة الغير، الذي قد يجد نفسه في موقع مؤثر بالنسبة لعقد ما، من ذلك الحالة التي تظهر نتيجة وجود عملية الاعتماد المستندي. وهو ما يجعل من هذا المبدأ قاصراً، ولا يتفق في كثير من الأحيان مع طبيعة العلاقات التجارية المتشعبة، فلم يعد دور الغير محكوماً بمساهمته الإرادية في تكوين العقد، ومن ثم لم يعد سائغاً إخضاعه لمبدأ نسبية أثره الذي يترتب عليه ألا يكون معنياً بالعقد، فلا يكون دائناً ولا مديناً فيه، وقد تكون العقود التي تنشأ عن عملية الاعتماد المستندية أحد الشواهد على ذلك.

وعلى الرغم من أن العقود بين الأفراد مردها إلى تصور افتراضي وليس واقعا مطلقا، ذلك أن الإرادة العقدية على حدّ قول كانت - Kant لا يمكن إلا أن تحقق أمراً افتراضياً،^{٢٠} إلا أن الفقه والقضاء التقليديان قد جعلاً من العامل الشخصي معياراً لتحديد أثر أي عقد. حيث ينظر أصحاب هذا الاتجاه للحق من خلال النظر إلى صاحبه. فمن له إرادة مهيمنة وناشطة في نطاق معلوم على شيء معين يكون هو صاحب الحق على هذا الشيء.^{٢١} وهكذا فإن العقد لا ينصرف إلا إلى الشخص الذي ساهم بإرادته في إنشائه. ولا يعنيه بعد ذلك إن كان موضوع العقد واحداً أو متعدداً. فمعيار تحديد مفهوم الغير عن العقد، يتمثل في الشخص نفسه : هل كان ممثلاً في العقد أم لا؟ وبصورة أخرى هل ساهم بإرادته في إنشاء أثر قانوني معين أم لم يساهم؟

^{١٨} نصت المادة (١٣٣/أ) من القانون المدني البحريني على أن : " تنصرف آثار العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث".

^{١٩} سليمان مرقس، الوافي في الالتزامات - نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية شتات، الطبعة الرابعة، جمهورية مصر العربية، سنة ١٩٨٧، ص ٥٦٤.

^{٢٠} د. سمير عبدالله تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة ١٩٩٩، ص ١٧٦.

^{٢١} د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الرابعة، دون تاريخ نشر، ص ٤٣١.

غير أن الطابع الموضوعي قد بدأ يتغلغل في هذا المفهوم، على نحو أصبح انصراف أثر العقد إلى الغير ممكناً لمجرد مساهمته في تنفيذه، أو إذا ترتب على هذا التنفيذ مساساً بمركزه القانوني. فعلاقة الغير بالعقد تجاوزت بذلك الحدود التي رسمها له مبدأ نسبية أثره، وهذا ما يعبر عنه الأستاذ كورنو - Cornu بالإشارة إلى أن الوقت قد حان لأن تحل محل النظرة الشخصية التي نشأ بموجبها مبدأ نسبية أثر العقد نظرة وضعية أخرى، تعبر عن وجود عملية قانونية لمجموع واحد، يرتبط فيه العقد الأصلي بالثانوي.^{٢٢}

ويبدو أن المفهوم التقليدي للغير قد كرّس أساساً لحماية الأشخاص في مواجهة العقد حينما لا تساهم إرادتهم في تكوينه. فكان من شأن تطور العقود التجارية، أن بيّن أن الحدّ من علاقة الغير بالعقد إنما يجعل من مبدأ نسبية أثر العقد حجر عثرة في وجه الغير عند طلبه لحماية مصالحه، نتيجة لوضعٍ قد يجد نفسه فيه جراء عقد لم يساهم فيه بإرادته، أو مؤثراً في عقدٍ لم يساهم في إنشائه، ومع ذلك فإنه يساهم في تنفيذه. ويبدو أن هذا الأمر هو الذي دفع الفقه والقضاء للاعتراف بالعديد من الدعاوى التي يقيمها أطراف في عقود لم ينشئوها بل أنشأها الغير عنهم. من ذلك مثلاً: حق المستهلك في الرجوع على المصنّع دون المزود، وحق عمال المقاول والمقاول من الباطن في الرجوع على رب العمل بواسطة الدعوى المباشرة.^{٢٣}

وفي سبيل تبرير مثل هذا التطور الذي شهدته مفهوم الغير، لاسيّما في الحالات التي يجد فيها الغير أن دعوى عقدية قد رفعت في مواجهته دون أن يكون طرفاً في عقدٍ، ولم يساهم بإرادته في إنشائه، فإن الفقه قد طرح معالجتين لهذا الموضوع كانتا في اتجاهين:

الاتجاه الأول: هو الذي حاول تأصيل التطور من خلال القواعد العامة في القانون، كالاختصاص لمصلحة الغير، والدعوى المباشرة، والحوالة، وقاعدة الملحقات تتبع الأصل. وبحسب هؤلاء فإن الغير

^{٢٢} Cornu, obs, RTD, civ, 1981, at. 169، نقلاً عن د. صبري خاطر، الغير عن العقد - دراسة في النظرية العامة للإلتزامات، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠١، ص ٢٢٨.

^{٢٣} راجع في هذا المعنى: سليمان مرقس، الوافي في الإلتزامات - أحكام الإلتزام، دار الكتب القانونية، ودار المنشورات الحقوقية، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، سنة ١٩٩٢، ص ٢٧٣ وما بعدها. وأيضاً: د. صبري حمد خاطر، النظرية العامة للإلتزام - أحكام الإلتزام - دراسة مقارنة في القانون المدني البحريني، مطبعة جامعة البحرين، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٦، ص ١٢٣.

يستطيع الشروع في دعاوى عقدية فيما لو تم تبني بعض القواعد التقليدية التي ينصرف بموجبها أثر العقد إلى الغير.^{٢٤}

الاتجاه الثاني: وهذا الاتجاه حديث النزعة، ويذهب أنصاره إلى أن تطور مفهوم الغير يتناقض مع المبدأ القانوني القائل بنسبية أثر العقد، وهذا التناقض لا يمكن تجاوزه إلا بإلغاء وصف الغير بالنسبة للأشخاص الذين تمنح لهم مكنة رفع دعوى عقدية على الرغم من أنهم لم يساهموا في تكوين العقد.^{٢٥}

"وكان الأستاذ **ديوري - Durry** أول من أثار الفكرة عندما تساءل عام ١٩٦٩ عما إذا كان يجب اعتبار الشاحن من الغير بالنسبة لمقاول التفرغ، بحيث يكون في وضع قانوني مماثل لوضع أحد المارة الذي تسقط على رأسه شحنة من البضاعة المنقولة أثناء القيام بعمليات التفرغ وقد أثار هذا السؤال عندما كان بصدد الحديث عن العقد المزدوج الذي يربط الشاحن والناقل من جهة ومقاول التفرغ من جهة أخرى".^{٢٦}

ويبدو أن تطور مفهوم الغير على هذا النحو، لا يستند تأصيله في الغالب إلى التصور التقليدي للعلاقة العقدية باعتبارها ثنائية بين دائن ومدين؛ وذلك لأن هذه العلاقات قد تتداخل لتكون عملية تعاقدية مركبة، محورها شخص واحد يتعاقد مع أشخاص مختلفين بموجب عقود قد يجمع بينها المحل أو السبب، ومن ثم فإن الغير يجب أن يتغير طبقاً لدور الشخص في هذه العملية التي أطلق عليها تيسي TEYSSIE تسمية المجموعة العقدية،^{٢٧} والتي قيل أنه أول من ابتدعها، حيث كان الغرض من افتراض مثل هذه المجموعة أن يتم الاعتراف بصفة الغير إزاء العقد، وبالتالي فإن الغير . إذا صدر منه خطأ يؤثر في العقد . فإنه يسأل بموجب قواعد المسؤولية العقدية وليس التقصيرية.^{٢٨} فإذا كان الفكر التقليدي لم يكن معنياً بالمشكلة المتمثلة في وجود عنصر قانوني يجمع بين العقود المختلفة،

^{٢٤} ومن أنصار هذا الاتجاه الأستاذ Cozian، والأستاذ كابيه - ساباتيه Cabet - Sabatier، انظر في هذا المعنى : د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص ٢٦١ وما بعدها.

^{٢٥} ومن أنصار هذه المجموعة الأستاذ تيسي TEYSSIE، راجع في ذلك د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق ٢٧٤.

^{٢٦} Durry (G.): Obs. Sous Cass. Com 4 dec 1968. R.T.D.C. 1969. P.774. ، نقلاً عن د. محمد حسين

عبدالعال، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير في إطار المجموعات العقدية (دراسة تحليلية في القانون الفرنسي على ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء) ، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٦، ص ٧٣.

^{٢٧} د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ٢٧٤.

^{٢٨} علي فيصل، المرجع السابق، ص ٢١٣.

فإن السبب الكامن وراء ذلك هو أن تداخل العلاقات العقدية لم يكن على النحو الذي أصبح عليه اليوم. ولهذا ظل مبدأ نسبية أثر العقد يفسر من منظور فردي مفاده: أن الشخص الذي لا يصدر عنه إرادة لا يمكن أن يلزم بأثر العقد، وبالتالي يوصف مثل هذا الشخص بأنه غير عنه.^{٢٩}

ويظهر أن فشل المفهوم التقليدي في تفسير الارتباط غير المتوقع لمجموعة من العقود . على نحو لا يمكن فصله . قد فتح الباب أمام محاولة الفقه للبحث عن تفسيرات لأسباب هذا الارتباط، والمبرر الكامن وراء ظهور المفهوم الحديث للمجموعة العقدية التي يتضاءل فيها مفهوم الغير على النحو المتعارف عليه، ولا يكون فيها مفهوم الغير في ظل العلاقات العقدية قائماً على أساس تلقي الحقوق، وإنما قد يتحمل "الغير" إلى جانب ذلك بعض الالتزامات، وشملت هذه التفسيرات أمرين، أولهما يتعلق بارتباط هذه العقود في محلها، والآخر بارتباط هذه العقود في سببها، وبيان ذلك على النحو التالي:

١ - الارتباط بسبب المحل :

محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين بالقيام به.^{٣٠} وقد يظهر الارتباط بين العقود في محلها جلياً في بعض الأحيان، فالبيع المتتابعة كلها ترد على شيء واحد. وعليه فإن الالتزامات التي تنشأ عن العقود التي تلي العقد الأصلي كلها تحقق عملية اقتصادية واحدة، وهي التي أبرم في سبيلها العقد الأصلي. وهذا هو الحال في عقود الاعتماد المستندي، فكل عقد من العقود في هذه المجموعة يرد على محل واحد هو البضاعة المباعة التي يتم الاتفاق عليها في عقد البيع الأصلي، وإن اختلفت طبيعة الالتزام داخل العقد نفسه.^{٣١} ففي العقد الأصلي يكون التزام البائع هو تسليم بضاعة وفقاً للاتفاق مع المشتري. وفي عقد الاعتماد بين المشتري والمصرف فإن هذا الأخير يتعهد باستلام البضاعة وأداء ثمنها ممثلاً في قيمة الاعتماد، وفي وقت لاحق يقوم المشتري الأمر بسداد هذه القيمة وذلك خلال

^{٢٩} د. حسن كيره، المرجع السابق، ص ٤٣١.

^{٣٠} د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة ٢٠٠٤، ص ٣٠٦، راجع أيضاً : سليمان مرقس، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص ٢٤٩.

^{٣١} فقد كان رأي الفقه الاسلامي هو أن قيمة الاعتماد لا تصلح أن تكون سبباً، حيث ذهب البعض إلى أن اشتغال الاعتماد المستندي على مبدأ الاستقلال يجعله منافياً لمقتضى العقد، إذ أن مقصود عقد البيع هو أن يكون الثمن في مقابلة المثل، وهذا بخلاف الاعتماد المستندي الذي يجعل الثمن في مقابلة مجرد ظاهراً المستندات بصرف النظر عن واقع البضاعة، وهذا يناهض ما يقتضيه عقد البيع، وفيه تفریط لحق المشتري. راجع في هذا المعنى : د. عبدالله بن محمد بن حسن السعيد، الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة، دار طيبة للنشر والتوزيع، دون سنة نشر، ص ٥٠٠.

المدة المتفق عليها مع المصرف. وأخيراً في خطاب الاعتماد بين المصرف والبائع، فإن الأول يقوم بسداد قيمة البضاعة ممثلة في مستنداتها، والتي يلتزم المصرف بمطابقتها بالتعليمات الصادرة عن عميله الأمر.^{٣٢}

وقد تناول القانون المدني البحريني الحالة التي ترد فيها العقود على محل غير قابل للقسمة، وخلق حالة من التضامن بين المدينين فيها، حيث نصت المادة (٢٨٤) منه على أن : " يكون الالتزام غير قابل للإنقسام : أ) إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم. ب) إذا تبين من الغرض الذي رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك ".^{٣٣}

وتتناول المادة المتقدمة الحالة التي يجد المدينون فيها أنفسهم متضامنين نتيجة لتعذر قسمة المحل، ويكون مرجع ذلك إلى طبيعة المحل، أو قد يأخذ صورة عرضية طارئة في الالتزام نظراً لاتفاق المتعاقدين بموجب اتفاق صريح أو ضمني، أو لعدم جواز تنفيذ الالتزام مجزئاً.^{٣٤} وفي مثل هذا الالتزام، فإن الدائن يستطيع مطالبة المدين بكل الدين حتى لو لم يكن هنالك ثمة تضامن. إذ قد نصت المادة (٢٨٥) من ذات القانون على أنه : " إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للإنقسام، كان كل منهم ملزماً بوفاء الالتزام كاملاً، وللمدين الذي وفى حق الرجوع على الباقيين كل بقدر حصته، إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك ".^{٣٥}

و تشير هذه النصوص إلى فكرة واحدة، وهي أن الغير قد يجد نفسه في مركز تعاقدى لم يكن ليتوقاه، نتيجة لكونه طرفاً في التزام يتعلق بمحل غير قابل للتجزئة، فيتأثر ويؤثر بالعقد وذلك لارتباطه بركن من أركانه. وقد يظهر ارتباط المدين بالعقد في صورة أخرى، تتمثل في اشتراكه في تنفيذ عقد ما، فيكون العنصر المشترك بين العقود هو السبب، وذلك كما يلي.

^{٣٢} محيي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ١١٢٦. انظر أيضاً : علي الأمير إبراهيم، التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتمادات المستندية في عقود التجارة الدولية ومسؤوليته، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٤، ص ٦١ وما بعدها.

^{٣٣} صدر هذا القانون بموجب المرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١، وتم نشره في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٨٧/٣/٢٦.

^{٣٤} راجع في ذلك : سليمان مرقس، المرجع السابق، ٥٩٧.

^{٣٥} راجع في شرح هذه المادة : د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني - الأوصاف، الحوالة والإنقضاء، منشأة المعارف بالاسكندرية، سنة ٢٠٠٤، ص ٣٢٤.

٢ - الارتباط نتيجة السبب :

لا يختلف السبب عن المحل كثيراً، ذلك أن كافة العقود التي تنشأ عن عملية الاعتماد المستندية، إنما تنشأ بغرض تنفيذ العقد الأصلي، وتكريساً للالتزامات المتقابلة بين البائع والمشتري. وللمرء أن يتصور الارتباط بين العقود على أساس السبب إذا ما تخلص عن المفهوم التقليدي لهذا العنصر. وابتاع النظرية القضائية في تحديد السبب بأنه الباعث الرئيسي إلى التعاقد، يسهل الاعتراف بوجود عنصر نفسي يمكن أن يكشف من خلال الوقائع القانونية في عملية الاعتماد المستندي. فلم تعد فكرة السبب مقتصرة على الغرض من التعاقد، بل إن السبب يتجاوز نطاق العقد إلى الرغبة في تنفيذه. ويرى كابيتان **Capitan** أن أثر السبب لا يقتصر على الوقت الذي يتم فيه العقد وينشأ الالتزام، بل يستمر ما دام الالتزام لم ينفذ تنفيذاً كاملاً، ذلك أن الالتزام لا يمكن أن يحيا إلا إذا ظل مستنداً إلى سببه، ودون الإستعانة بفكرة السبب فإنه من الصعب تبرير الأمور الثلاثة التالية : الدفع بعدم التنفيذ، فسخ العقد وتحمل التبعة.^{٣٦}

ويثور . بناءً على ما تقدم . التساؤل عما إذا كان ممكناً - أن يعدّ من ساهم في هذه المجموعة العقدية غيراً عنها؟ وهل من الممكن أن تتصرف آثار عقد من العقود للأطراف داخل هذه المجموعة؟ وهل يكون الشخص غيراً عن العقد لمجرد أنه لا يساهم بإرادته في إنشائه؟ وما هو تكييف الحالة التي ينشأ العقد فيها ملحقاً بعقد أصلي، إذا كان أبرم في سبيل تنفيذه؟

ويدفع التحليل الذي تقوم عليه نظرية المجموعة العقدية إلى الإجابة بالإيجاب على الأسئلة التي سبقت أنفاً. ويؤكد على ذلك ما سيتم عرضه من موقف الفقه والقضاء فيما يتعلق بمبدأ حجية العقد، وأثر تطوره على فكرة الغير، ومدى اعتباره أجنبياً عن العقد إلى الحد الذي لا يمكن له أن يضار أو ينتفع به. فإذا كان مبدأ نسبية أثر العقد يؤطر علاقة المتعاقدين بعقدهم، فإن مبدأ حجية أثر العقد يصرف الأذهان إلى كل من لم يتدخل في إنشاء هذا العقد بإرادته.

^{٣٦} عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، الجزء الأول في مصادر الالتزام - مع المقارنة والموازنة بين الفقه الغربي والفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد ١٩٦٩، ص ٢٣٤، د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٣٦٩.

ثانياً : أثر مبدأ حجية العقد على عملية الاعتماد المستندي :

أما المبدأ الآخر الذي يحكم آثار العقود فيما يتعلق بفكرة الغير فهو مبدأ حجية العقد. ويمثل هذا المبدأ الإطار الخارجي الذي يحكم علاقة الأجنبي عن العقد بأي أثر فيه. ولقد تطورت علاقة الغير بالعقد بأن دخلت في نطاق الحجية مكنة اعتبار العقد مصدراً للمعلومات قد يستعين به القضاء في دعوى مرفوعة أمامه. إذ يمكن أن يستخدم العقد بوصفه مصدراً للمعلومات؛ فالعقد في وجوده ومضمونه وتنفيذه هو وقائع قد تكون لها نتائج بالنسبة للغير.^{٣٧}

ويبدو أن القبول الدولي لتطور مفهوم الغير كان مردّه إلى أن تصور الإرادة التعاقدية وما ينجم عنها من مبادئ قانونية مرتبطة بالعقد كان مرجعاً إلى الافتراض على حدّ قول كانت.^{٣٨} لذلك فإن التطبيقات القضائية الحديثة قد باتت تنزع إلى إشراك الغير في الالتزامات العقدية دون أن يساهم في إنشائها. كما جعل التطور في مفهوم العقود من العقد بمثابة واقعة مادية من الممكن أن يتصل الغير بها من ناحيتين:

الأولى: أن يتدخل فعله في إطارها، فيلحق ضرراً بالمتعاقد، بما يؤدي إلى قيام مسؤوليته

التقصيرية.^{٣٩}

والثانية: أن هذه الواقعة قد تنشئ أثراً مادياً يؤدي إلى إلزام الغير، وبرر هذا بأن الغير

لا يمكن أن يستفيد على حساب المتعاقد الذي يجد نفسه في مواجهة الغير نتيجة تطور العلاقات الاقتصادية بين الأفراد، وهذا لا يعد أثراً عقدياً بل مادياً لا يخضع لمبدأ نسبية أثر العقد.^{٤٠}

ويلاحظ في هذا السياق أن القضاء الفرنسي قد بدأ يأخذ دوراً حيادياً بعد أن كان متشدداً في قبول فكرة الاحتجاج بالعقد، فاكتفى بالحكم في قضية عرضت عليه بأنه: " إذا لم يكن للاتفاقيات من حيث المبدأ، مفعول إلا تجاه الفرقاء، فلا ينتج عن ذلك أنه ليس في وسع القاضي البحث عن المعلومات أو عن الأعمال الأجنبية لأحد الفرقاء المقحمين في القضية التي من شأنها تنوير قراره، أو ليس بإمكانه

^{٣٧} علي فيصل ، المرجع السابق، ص ٦٩ .

^{٣٨} د. سمير عبدالله تناغو، المرجع السابق، ص ١٧٦.

^{٣٩} صبري حمد خاطري ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية - دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني ، دار الكتب القانونية و دار شتات للنشر والبرمجيات ، سنة ٢٠١٠ ، ص ٢٢.

^{٤٠} صبري حمد خاطري، المرجع السابق ، ص ٢٢.

اعتبار اشتراطات العقد منشئة وضعاً واقعياً تجاه الغير".^{٤١} وحتى ولو لم يكن العقد مصدراً للمعلومات، فإنه يبقى بالنسبة للغير واقعة قانونية، يستطيع التمسك بها.^{٤٢}

ويلاحظ أن هذه التطبيقات القضائية لفكرة الرجوع على المتعاقد وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، قد أجازت فكرة احتجاج الغير بالعقد في مواجهة أطرافه، على الرغم من أن الفقه لم يتناول مسؤولية الغير إلا بكونه مسؤولاً بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية التي يلتزم فيها الغير بجانب من الحيطة والحذر.^{٤٣}

وبإسقاط ما تقدّم على عقود الاعتماد المستندي، فإنه لا يتصور إمكانية تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على أي طرف من الأطراف داخل هذه المجموعة العقدية، ذلك أنه وإن سلّمنا بعدم جواز انتفاع أي من الأطراف بدفوع الآخر، فإنه أيضاً لا يمكن القول بجواز رجوع أحد الأطراف على الآخر بدعاوى قوامها المسؤولية التقصيرية، ذلك أن هذه العلاقات قد وصلت إلى حد من الترابط بأن جعلت كل طرف منها وثيق الصلة بالآخر إلى الحد الذي قد يجوز معه القول بأن المسؤولية العقدية قد باتت تغطي كافة العلاقات الناشئة عن هاتيك العقود.^{٤٤}

ودون الخوض في الاتجاهات المتعددة التي ناقشت موضوع الغير ومبدأ حجية أثر العقد، فإن هنالك رأي في الفقه ذهب إلى أن مفهوم الغير بالنسبة لحجية أثر العقد هو أن العقد قد لا يكون حجة عليه، وذلك ليس بمعنى ألا يصبح دائناً أو مديناً بموجب العقد، وإنما بمعنى أن العقد لا يسري في مواجهته، فالدائن العادي ليس غيراً بالنسبة لحجية العقد الذي يبرمه مدينه. ولكن عندما يقيم دعوى بوليصية ويكسبها فإنه يصبح من الغير، وممن يستطيع الحجز على مال المدين وإن كان العقد قد نقل ملكية هذا المال إلى من تعاقد معه المدين.^{٤٥}

^{٤١} الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض الفرنسية ٢١ آذار ١٩٧٢، النشرة المدنية، ١١١، رقم ١٩٣، ص ١٣٦. نقلاً عن : علي فيصل، المرجع السابق، ص ٦٩.

^{٤٢} راجع في هذا المعنى : علي فيصل، المرجع السابق، ص ٤٤.

^{٤٣} راجع في هذا المعنى : د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٦٤٢ وما بعدها.

^{٤٤} يلاحظ أن كتاب الفقه، حين تناولوا الدعاوى التي ترد على عملية الاعتماد المستندي قد انتهوا في كافة الفروض إلى أن قوام العلاقة بين أطراف هذه العلاقة هو أن تكون علاقة عقدية، فعلاقة البائع بالمشتري عقدية، وعلاقة المشتري بالبنك عقدية، وعلاقة المستفيد بالبنك عقدية. وسيرد تبين ذلك في الفصل الأخير من الباب الثاني من هذه الرسالة.

^{٤٥} صبري خاطر، النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص ١٩١.

وقد تواجه الفقه والقضاء مشكلة أخرى تتمثل في: أن أي عقد من عقود عملية الاعتماد المستندي، يكون بمثابة واقعة مادية بالنسبة لباقي أطراف المجموعة. وقد يفاجأ المشتري . مثلاً . الذي يبرم عقداً مع كل من المصرف والبائع، بأنه ليس له أن يستند إلى دعوى عقدية حين يتعلق الأمر بخطاب الاعتماد بين المصرف والمستفيد، كما أنه لن يتمكن من الدفع بأي من الدفع المقيضة للبائع في مواجهة المصرف، وسيضطر للاستناد على دعوى تقصيرية قد لا تكون محققة القبول بالنظر إلى أنه سيتحمل فيها عبء إثبات الخطأ والضرر، لأنه ليس طرفاً في ذلك العقد. ذلك أن المدين إذا كان مكلفاً بالإثبات في المسؤولية العقدية، فإنه يلتزم بإثبات أنه قد أدى التزامه العقدي بعد أن يثبت الدائن وجود العقد، فإن الحال في المسؤولية التقصيرية يختلف عن ذلك، حيث أن الدائن هو المكلف بإثبات أن المدين قد خرق التزامه القانوني، وارتكب عملاً غير مشروع.^{٤٦} فإذا أبرم عقداً بين البائع والمشتري، وتم الاتفاق بينهما على أن يكون سداد ثمن المبيع من قبل المشتري عن طريق تقديم طلب اعتماد، فإن المصرف . وبناءً على هذا الطلب . يقوم بإرسال خطاب اعتماد للبائع المستفيد، يدعوه فيه لتقديم المستندات للمطابقة لكي يتم تنفيذ تعهده للمشتري بسداد الثمن. وعندما يقوم البائع بتقديم المستندات، فإنه يفاجأ طرفاً العقد الأساس بأن المصرف لا يقوم بتنفيذ التزاماته بحسن نية ويمتنع عن أداء قيمة الاعتماد إلى المستفيد منه لارتكابه غشاً أو وجود تزوير في المستندات أو لبطلان العقد الأصلي. وقد يفاجأ المشتري بأن البائع المستفيد يتراخى في مطالبة المصرف بأداء الالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب خطاب الاعتماد.

يلاحظ من هذا الفرض، هشاشة فكرة الفصل بين العقود في هذه المجموعة التعاقدية باعتبارها من الأعراف المدنية التي تمنع انصراف أثرالعقد للغير دون أن تساهم إرادة ذلك الغير في إنشاء العقد.^{٤٧} وإذا كان الفقه قد كرس مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندية في سبيل حماية كل طرف من أطراف العملية، فإن وجود هذا المبدأ ليس بأفضل مما سيكون الحال عليه فيما لو لم يكن كذلك، وذلك للأسباب التالية :

(١) لن يستطيع المشتري في الفرض المتقدم، بحالٍ من الأحوال إلزام المصرف بعملية المطابقة بموجب ما جاء في خطاب الاعتماد، ذلك أن علاقة المشتري بالمصرف إنما

^{٤٦} راجع في ذات المعنى د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول - مصادر الالتزام، المرجع السابق ٢٠٠٤، ص ٦١٩. وعبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق ص ٤٧١.

^{٤٧} راجع في هذا المعنى : سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٥٦٤ وما بعدها، ود. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٤٣٨ وما بعدها.

مردّها لعقد الاعتماد، والذي ينص على الإجراءات التي يتعهد بها هذا الأخير في سبيل أداء قيمة الاعتماد.^{٤٨} كما أن المشتري لن يستطيع من الناحية العملية الاستناد إلى خطاب الاعتماد بكونه ذو صفة عقدية، كما يصعب القول بأن المشتري يستطيع طلب التنفيذ العيني الجبري،^{٤٩} ذلك أن مثل هذا الالتزام مؤداه القيام بعمل تكون فيه شخصية المدين محل اعتبار، فيتعذر التنفيذ العيني المباشر.^{٥٠} وكلّ ما هنالك أن المشتري - وبناء على مبدأ حجية أثر العقد - سيكون له أن يستمد بعض المعلومات من خطاب الاعتماد باعتباره غيراً عن هذا العقد بين المستفيد والبنك المصدر، وسيضطر للتخلي عن الدفع المقيضة للبائع، بما يتعذر عليه أن يلزم المصرف فعلياً بالقيام بعملية المطابقة باعتباره مستفيداً من خطاب الاعتماد، وإنما بصفته أمراً في عقد الاعتماد، وقد يضطر للبحث عن مصرف بديل لاستكمال تنفيذ عقد البيع الأصلي، وهذا الأمر هو الآخر يعكس طبيعة التداخل في الالتزامات بين العقود في هذه المجموعة.

(٢) ويفتح تراخي المستفيد في مطالبة المصرف بالقيام بعملية المطابقة، الباب للمشتري في اللجوء إلى إقامة دعوى غير مباشرة، وهي التي ينوب فيها الدائن عن مدينه في المطالبة بحقوقه ليتوقى نتيجة عدم استعمالها ما دامت تضعف ذمة المدين المالية التي هي ضمان الوفاء بالدين.^{٥١} فيقوم بالتصدي لحق المستفيد المتراخي في هذه المطالبة، وذلك كيما يتمكن المشتري في وقت لاحق من تسلم البضاعة من البنك المصدر. ويتمثل حق المشتري

^{٤٨} د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٨٣.

^{٤٩} تنص المادة (٢٠٦) من القانون المدني البحريني على أن : " أ) يجبر المدين ، بعد إعداره ، على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، متى كان ذلك ممكناً .

ب) على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين ، جاز للمحكمة بناء على طلبه أن تقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً".

^{٥٠} راجع في هذا المعنى: أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية - الجزء الأول ، دار العدالة، سنة الطبع ٢٠٠٦، ص ١٦٥.

^{٥١} سليمان مرقس، الوافي في الالتزامات - أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٢٧٣.

في هذا المقام، في أنه يضمن استلام المصرف للمستندات الممثلة للبضائع، وتام تنفيذ عقد البيع، فلا يبقى حقه مهدهاً بعد ذلك.^{٥٢}

(٣) يضاف إلى ما تقدّم، أن يصير المشتري صاحب حق في إقامة دعاوى قضائية، له الخيار في ردها إلى نوعي المسؤولية المدنية : العقدية والتقصيرية، رغم أن الخطأ واحد، والضرر الناجم عنه واحد. فيستند لعقد الاعتماد، ومن ثم تكون المسؤولية عقدية صرفة. أو يلجأ باعتباره غيراً عن خطاب الاعتماد بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية للتعويض عن الضرر الناجم عن فشل المصرف في مطابقة المستندات. " ذلك أن وصف شخص ما بـ " الغير " لا يبرر له أن يمارس - طبقاً لمشيئته - أما دعوى تقصيرية وأما دعوى عقدية في مواجهة المتعاقد ".^{٥٣} إذ لا يجوز الجمع بين المسؤوليتين؛ وذلك لأن مثل هذا الجمع يخلّ بالموازنة بين مصلحة المتضرر ومصلحة المسؤول حتى وإن كان الغرض واحداً وهو إزالة الضرر.^{٥٤}

وليس يقصد بالجمع بين المسؤوليتين الجمع بين خصائص كل منهما. وإنما المقصود أنه إذا تحققت في الفعل الواحد شروط كلا المسؤوليتين فإنه يمنع على المتضرر أن يختار إحدى المسؤوليتين حسب مصلحته فيها. وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية أن : " لا تطبق قواعد هذه المسؤولية على الضرر المتصل بتنفيذ الالتزام العقدي " .^{٥٥} ويبدو والحال كذلك أن تطبيق مبدأ عدم جواز الجمع بين المسؤوليتين على هذا النحو يخلق مشكلة للقضاء في معالجة الفروض المتقدمة. " لذلك فإن القضاء قد نزع للافتراض كلما شعر بالحاجة إلى

^{٥٢} تنص المادة (٢٣٠) من القانون المدني البحريني على أن : " أ) لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء ، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز ، إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله إياها من شأنه أن يسبب إفساره أو أن يزيد في هذا الإفسار .

ب) ولا يلزم لاستعمال الدائن حقوق مدينه إعدار هذا المدين ، ولكن إذا رفعت دعوى باسمه وجب إدخاله فيها وإلا كانت غير مقبولة " .

^{٥٣} صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد - دراسة في النظرية العامة للإلتزامات ، المرجع السابق، ص ٢٥٠.

^{٥٤} راجع في هذا المعنى : أنور طلبية، المسؤولية المدنية - الجزء الأول - المسؤولية العقدية، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٥، ص ١٤.

^{٥٥} V. civ. Lte. 11janv, 1929. Cit. par BENABENT ، نقلا عن د. صبري حمد خاطر، النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص ٢٩٤.

الإستفادة من مزايا المسؤولية العقدية، وإلى استبعاد هذه المسؤولية كلما وجد أنها لا تتلاءم مع الحالة التي تعرض في القضية التي ينظرها".^{٥٦}

وينتهي الحال بذلك إلى أن تكون أدوات التنفيذ العيني لكل طرف إزاء الآخر محدودة، على اعتبار أن الطرف طالب التنفيذ يعدّ غيراً عن العقد. ويبدو أن الطبيعة الخاصة لتنفيذ الالتزام في العقود التي ترد على عملية الاعتماد المستندي، هي الأخرى قد جعلت من الصعب أن يتم الخروج على مبدأ الاستقلال؛ فوجود وسيط مصرفي في هذه العملية، جعل منها أقرب إلى كونها أداة لتمويل عقود التجارة الدولية دون الأخذ بعين الاعتبار فاعلية المصرف في تنفيذ هذا العقد، ولو اقتصر الأمر على الناحية النظرية على أقل تقدير.

وعلى الرغم من ذلك، فإن الموقف الدولي إزاء دور العقد الأساس وأثره بالنسبة للعقود الأخرى لا زال محدوداً. على الرغم من أن إخفاق المشتري في تنفيذ العقد الأصلي عن طريق فتح خطاب اعتماد يثير مسؤوليته إزاء البائع، ولذلك فإنه بمجرد حلول أجل التنفيذ المتفق عليه بين البائع والمشتري، فإن المشتري . بوصفه المدين بالثمن . يلتزم بفتح اعتماد على النحو المتفق عليه في العقد الأصلي، والذي يعدّ أولى خطوات التنفيذ. فما هي علاقة المصرف بالمشتري؟

الفرع الثاني

علاقة البنك بأطراف عقد البيع الأصلي

يعدّ فتح خطاب الاعتماد الخطوة الأولى في سبيل تنفيذ عقد البيع الأصلي. حيث يعتمد المشتري إلى تقديم طلب اعتماد لصالح المستفيد وغالباً ما يتم عن طريق نموذج معدّ مسبقاً من قبل البنك. وبموجب هذا الطلب تنشأ علاقتين الأولى هي علاقة البائع / العميل بالبنك، والثانية هي علاقة البنك بالمستفيد.

أولاً: علاقة البنك بالمشتري / العميل الأمر:

يقوم المشتري في سبيل تنفيذ التزامه الوارد في عقد البيع بتقديم طلب اعتماد للبنك المصدر لمصلحة البائع / المستفيد، ويغلب أن يتم النص على هذا الأمر في المواد المتعلقة بالتنفيذ في العقد الأصلي.^{٥٧} ولا يفترض مثل هذا الاتفاق، بل لا بدّ لإرادة الطرفين أن تتجه صراحة أو ضمناً له. كما

^{٥٦} د. صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية ، المرجع السابق، ص ٨٧.

^{٥٧} د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٥٩.

أن اشتراطه يعتبر اشتراطاً لعنصر جوهري في العقد، بحيث إذا أشير إليه في أية مفاوضات قبل إبرام العقد فلا يعتبر أن العقد قد أبرم، إلا إذا تم التراضي على جميع عناصر هذا الالتزام، ولو اتفق على كافة العناصر الأخرى، فذلك شرطٌ جوهري في العقد.^{٥٨}

وينشأ عن هذا العقد التزام المصرف بسداد ثمن البضاعة ممثلةً في قيمة الاعتماد، فيتعهد المصرف بأداء هذه القيمة عن طريق إرسال خطاب اعتماد يمثل الالتزام الثالث والأخير من هذه المجموعة العقدية.^{٥٩} ويلاحظ أن قيام البائع بتسوية الثمن عن طريق فتح اعتماد مستندي لا يبريء البائع من الثمن، ويشبه البعض هذا الاستقلال بالحالة التي لا ينقضي فيها الدين عند أدائه بواسطة ورقة تجارية كالكمبيالة أو الشيك، فيظل الدين قائماً حتى يتم استيفاء قيمة الورقة، على اعتبار أنها لا تعدو عن كونها وسيلة وفاء للدين.^{٦٠} ويترتب على ذلك أن تعذر أداء قيمة الاعتماد لإخفاق المصرف في أداء التزاماته أو لأي سبب آخر، يحق للبائع أن يطالب المشتري بثمان المبيع بناءً على عقد البيع.^{٦١}

ويفرض عقد الاعتماد المستندي على المصرف التزامات معينة، ذلك أن المصرف لدى إرساله لخطاب الاعتماد فإن ذلك يعد تنفيذاً للالتزام قد نشأ في ذمته نتيجة لعلاقته بالمشتري. فيلتزم البنك بإخطار المستفيد بأنه قد تم فتح اعتماد لصالحه، وأنه يتعهد بشكل غير مشروط بأداء هذه القيمة، حال تقديم المستندات المطابقة لتعليمات عميله الأمر.^{٦٢} ويرتب العقد في ذمة العميل التزاماً بالإبقاء على أوامره قائمة، فلا يرجع فيها حتى لا يضر البنك الذي التزم أمام الغير. ويلزمه كذلك بدفع العمولة المسترطة، وبتعويض البنك عن تنفيذ الاعتماد، ويكون على البنك أن يفتح الاعتماد بالشروط المطلوبة فيصدر خطاب الاعتماد إلى المستفيد، وأن ينفذه بالكيفية المحددة إذا توافرت شروط تنفيذه، وعليه أن يلزم في كل ذلك تعليمات عميله حرفياً.^{٦٣}

^{٥٨} د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٤١.

^{٥٩} محيي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ١١١١ وما بعدها.

^{٦٠} د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٥٥.

^{٦١} انظر في هذا المعنى : عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك، منشأة المعارف بالاسكندرية، سنة ٢٠٠٦، ص ٥٦٥ وما بعدها.

^{٦٢} سماح يوسف إسماعيل السعيد، العلاقة التعاقدية بين أطراف عقد الاعتماد، رسالة ماجستير مقدمة لدى جامعة النجاح الوطنية ، سنة ٢٠٠٧ ، ص ٤٥ .

^{٦٣} د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٦٠.

ولا تبرأ ذمة البنك من تنفيذ هذا الالتزام إلا بإرسال الخطاب بالفعل إلى المستفيد، لأنه لا يلتزم أمام المستفيد، ولا ينشأ للمستفيد حقاً إلا بإرسال هذا الخطاب ووصول هذا الخطاب إلى المستفيد بالفعل.^{٦٤} غير أن البنك لا يلتزم إلا بفحص المستندات للتحقق من أنها بحسب ظاهرها مطابقة للمستندات المطلوبة في خطاب الاعتماد. أما التحقق من مطابقة البضاعة ذاتها للمستندات التي تمثلها فيخرج من نطاق التزام البنك.^{٦٥}

ويستعين البنك - في الغالب - في إرسال الخطاب أو توصيله إلى المستفيد منه ببنك آخر في البلد، الذي يقيم فيه البائع المستفيد، ويكلفه بأن ينوب عنه في قبول الكمبيالة المستندية أو الوفاء بها. وفي هذه الحالة يعد البنك المراسل وكيلاً عن البنك الأصلي، ويقوم بالوفاء أو بعدم الوفاء بحسب التعليمات الصادرة إليه. ويكون البنك الأصلي مسؤولاً تجاه المشتري عن الأخطاء التي تقع من البنك المراسل، كما لو قبل من البائع مستندات غير المتفق عليها.^{٦٦}

ويظهر مبدأ نسبية أثر العقد مرة أخرى في هذا المقام، فالبين أن العميل لا يرتبط بأية علاقة تعاقدية مع البنوك الوسيطة، وهو الأمر الذي يترتب عليه عدم تمكن العميل من الرجوع بموجب دعاوى المسؤولية العقدية في مواجهة هذه البنوك. بل يقتصر حقه على الرجوع على البنك المصدر والذي قدم لديه طلب فتح الاعتماد، إلا إذا كان هذا الرجوع بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية. ويستطيع المصرف المعزز أو المراسل الرجوع على العميل بموجب دعوى الإثراء بلا سبب.^{٦٧}

ولقد تعددت النظريات الفقهية والأحكام القضائية التي تؤسس لطبيعة العلاقة بين البنك وعميله طالب الاعتماد، فمنها ما يقيمها على أساس الإشتراط لمصلحة الغير،^{٦٨} ومنها ما يكييفها على أنها من باب الحوالة، ومنها ما يرى أنها من اصناف الكفالة. غير أن أغلب تلك النظريات تعرضت لنقد شديد، وهجرها أغلب القائلين بها. وترجحت لدى الفقه نظريتان. هما نظرية الإنابة ونظرية الوكالة، ولذلك سيقصر الحديث عنهما باعتبارهما أقلهم انتقاداً وأقربهم إلى القبول الفقهي :

^{٦٤} د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، جمهورية مصر العربية، سنة ١٩٨٨، ص ٣٤٥ وما بعدها.

^{٦٥} مصطفى كمال طه، عمليات البنوك، دار الفكر الجامعي، جمهورية مصر العربية ٢٠٠٥، ص ٩٨.

^{٦٦} مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ١٠٢.

^{٦٧} خالد إبراهيم التلاحمة، الوجيز في القانون التجاري، دار معتر للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٢، ص ٣١٥.

^{٦٨} وكان من مؤيدي هذا الرأي : محيي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ١٣٠٩ وما بعدها.

١ - نظرية الإنابة :

نظم القانون المدني البحريني القواعد الخاصة بالإنابة في الوفاء باعتبارها سبباً من أسباب انقضاء الدين. ويتحقق هذا الأمر عندما ينيب المدين الأصلي (المنيب) شخصاً آخر (المناب) ليوفي دينه تجاه الدائن (المناب إليه).^{٦٩} فنص في المادة (٣٥٠) على أن : " أ) تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضا الدائن بأن يقوم أجنبي بوفاء الدين معه أو مكانه. ب) ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة بين المدين والأجنبي".

وتظهر الإنابة في صورتين :

أولهما: الإنابة الكاملة، والتي يترتب عنها تجديد الالتزام، ويتمثل هذا التجديد في حلول الالتزام الجديد بين المناب والمناب لديه محل الالتزام السابق بين المنيب والمناب لديه، وينبني عليها براءة ذمة المنيب قبل المناب لديه.

أما الأخرى: فتتمثل في الإنابة الناقصة والتي لا يترتب عليها تجديد الالتزام، بل يقوم الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول.^{٧٠}

وتقوم نظرية الإنابة في عمليات الاعتماد المستندي على الفكرة القائلة بأن العميل أناب البنك في أداء ثمن المبيع، فيصبح البنك بذلك مديناً مباشراً بهذا المبلغ للبائع، وتتشأ بينهما علاقة مستقلة عن علاقة المشتري بالبنك.^{٧١} على أن هذه الإنابة لا تتضمن تجديداً للالتزام بتغيير المدين، لأن التجديد لا يفترض في الإنابة،^{٧٢} وذلك وفقاً للمادة (٣٥١/ب) من ذات القانون والتي نصت على أنه: " لا يفترض التجديد في الإنابة، فإذا لم يكن هناك اتفاق صريح على التجديد قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول". وتفسر الإنابة بذلك أن الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء،^{٧٣} بأن المشتري

^{٦٩} د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني - انقضاء الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة سنة ٢٠٠٤، ص ٧٦٣.

^{٧٠} سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٧٨٩.

^{٧١} محيي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ١٣٠٦.

^{٧٢} حسين محمد بيومي علي الشيخ، التكييف الفقهي والقانوني للإعتمادات المستندية - دراسة مقارنة في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٧، ص ٤٣٢.

^{٧٣} وهو الاعتماد الذي يتعهد فيه البنك تعهداً قطعياً ويتحمل التزاماً شخصياً عليه تجاه المستفيد، فلا يجوز له إلغاء الاعتماد المستندي البات أو تعديله إلا باتفاق جميع ذوي الشأن. وفي ذلك نصت المادة (٣٢١) من قانون التجارة البحريني بأن : " ١ - يكون التزام البنك في حالة الاعتماد المستندي البات قطعياً ومباشراً قبل المستفيد متى أخطر به وقبل كل حامل حسن النية للصك

مدین للبائع بضمن البضاعة، وهو دائن للبنك في ذات الوقت بمبلغ الاعتماد المفتوح، فيكلف المشتري (المنيب) البنك (المناب) بالوفاء بين يدي البائع (المناب لديه)، فيصبح البنك مديناً مباشراً للبائع، وتنشأ بينهما علاقة قائمة بذاتها مستقلة عن العلاقة ما بين المشتري والبنك.^{٧٤}

وُبرر لهذه النظرية بأنها تتلاقى مع عمليات الاعتماد المستندي في بعض القواعد، فالإنابة تتضمن (المنيب) و (النائب) و (المناب لديه) وهو ما يشابه عمليات الاعتماد التي تقوم على ثلاثة أطراف هم العميل والبنك والمستفيد.^{٧٥} وهذه التعددية في العلاقات تؤدي إلى أن يكون كل التزام مستقلاً عن الآخر كما هو الحال في عمليات الاعتماد المستندي، فيكون فيها التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً أو خاضعاً لدفع من الدفع. وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة (٣٥٢) من القانون المدني البحريني بقولها: " يكون التزام المناب صحيحاً، ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً أو خاضعاً لدفع من الدفع، ولا يكون للمناب إلا حق الرجوع على المنيب، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره ".

وعلى الرغم من التبريرات التي سيقى للدفاع عن هذه النظرية، إلا أنها تعرضت للعديد من الانتقادات، كان أهمها أن الإنابة القاصرة اتفاق ثلاثي الأطراف، يبرمه المنيب والمناب والمناب لديه، وهم حسب تصوير القائلين بهذه النظرية الأمر والبنك والمستفيد، فلا تتعدى إلا بتوافر رضاء هؤلاء الأطراف الثلاثة، وهذا بخلاف ما يكون الحال عليه في عمليات الاعتماد المستندي، فالمستفيد ليس طرفاً في العقد وإن كان يتلقى حقاً عن هذا الاعتماد، فالاعتماد ينعقد بمجرد تراضي البنك والأمر ويرتب الآثار القانونية المعروفة عنه دون أن يستلزم رضاء المستفيد.^{٧٦}

كما قيل بأن البنك يحتفظ بالعمولة التي يحصل عليها عند إنشاء الاعتماد ولو رفض المستفيد الاعتماد، وقد استقر العرف على هذا، وأصبحت تقضي به الآن تعريف أسعار الخدمات المصرفية

الذي سحب تنفيذاً للعقد. ٢- ولا يجوز إلغاء الاعتماد المستندي البات أو تعديله إلا باتفاق جميع ذوي الشأن". للمزيد عن ذلك راجع : محيي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ١٠٦٧.

^{٧٤} مصطفى كمال طه، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص ١٠٥.

^{٧٥} حسين محمد بيومي علي الشيخ، المرجع السابق، ص ٣٣٣.

^{٧٦} محيي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ٩٥٥. انظر ايضاً:

Eric Baskind, Greg Osborne & Lee Roach, (2016), Commercial Law, (2nd edition). Oxford University Press, UK, p. 656 et seq. Roeland I. V. F. Bertrams, (2004), Bank Guarantees in International Trade, published by Kluwer International, The Netherlands, p.117.

التي تسنها البنوك المركزية، غير أن الإنابة لا تفسر لنا هذا الحكم بل تؤدي إلى عكسه، إذ يترتب على رفض المستفيد منها ألا تتعقد الإنابة، ولا يكون للبنك سند في الاحتفاظ بالعمولة، فيجب عليه ردها وإلا كان مثرياً على حساب الأمر.^{٧٧}

ويظهر أن فشل هذه النظرية في تفسير العلاقة بين المشتري والبنك، قد دفع إلى ظهور نظرية أخرى لتفسير هذه العلاقة وهي نظرية الوكالة، فما هو مضمون هذه النظرية؟

٢- نظرية الوكالة :

ويفسر أصحاب هذه النظرية عقد الاعتماد المستندي على أنه عقد وكالة، فيكون البنك وكيلاً عن عميله الأمر وهو المشتري وكالة مأجورة، ويكون المشتري وكيلاً للبائع في تأمين ثمن البضاعة عن طريق الاعتماد المستندي، وهذه الوكالة تفهم ضمناً من عقد البيع الذي يتضمن النص على قيام المشتري بفتح اعتماد مستندي لصالح البائع.^{٧٨}

ويبرر أصحاب هذه النظرية بأن الوكيل ملزم بموافاة الموكل بالمعلومات الضرورية وتنفيذ الوكالة دون تجاوز حدودها، وهذا هو عين ما يقوم به البنك، عن العميل الأمر؛ فهو يدفع مبلغاً معيناً في مقابل مستندات معينة، ولا يتجاوز عمله حدود هذا الدور. وتنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل به أو انتهاء أجلها أو بإنائها من قبل الوكيل، وكل ذلك يتفق مع عملية الاعتماد المستندي طالما أن الاعتماد يكون قابلاً للنقض.^{٧٩}

وتقوم الاعتمادات المستندية على مراعاة الاعتبار الشخصي، أي الثقة المتبادلة بين الطرفين، مثلها في ذلك مثل الوكالة المدنية، حيث أن العميل الأمر لا يلجأ إلا إلى المصرف الذي يكون مستعداً لتنفيذ هذا الاعتماد بحرفية وأمانة، ويقوم بمراعاة مصالحه والرجوع إلى تعليماته لدى مطابقته للمستندات، حتى لو كان البنك شخصاً اعتبارياً.^{٨٠}

^{٧٧} محيي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ٩٥٥.

^{٧٨} علي الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٢.

^{٧٩} حسين محمد بيومي الشيخ، المرجع السابق، ص ٤٢٧.

^{٨٠} انظر في هذا المعنى:

Agasha Mugasha, (2003), The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees, The federation Press, Sydney Australia p.111 et seq. Matthias Herdegen, (2013), Principles of International Economic Law, Oxford University Press, UK. p. 318.

أما الإنتقادات التي واجهت هذه النظرية فمتعددة. فقول أن الوكيل يقوم بالعمل الموكل له لحساب الموكل، أما في الاعتمادات المستندية فإن البنك يتعامل باسمه الشخصي، ويلتزم التزاماً شخصياً ومستقلاً تجاه المستفيد، دون أن يكون للعميل الأمر علاقة بهذا الالتزام.^{٨١}

غير أن هذا الانتقاد محلّ نظر، ذلك أن الوكيل وإن كان يتعاقد باسم الأصيل ولمصلحته، فيقوم بالإعلان عن اسم الأصيل لمن يتعاقد معه، إلا أن الإخلال بهذا الالتزام لا يؤدي إلى إبطال التصرف الذي يبرمه الوكيل. وإنما تنصرف الالتزامات إلى النائب بوصفه متعاقداً عادياً، ذلك أن ذكر الوكيل لإسم المتعاقد ليس لازماً؛ لأنه يستطيع أن ينقل أثر العقد فيما بعد إلى الأصيل وتظل صفته موكلاً عنه فلا يبطل التصرف. كما أنه قد أصبح مستقراً على أن هنالك من الحالات ما لا يحتاج فيها الوكيل إلى ذكر موكله، من ذلك الحالة التي يعلم فيها المتعاقد مع الوكيل بوجود مثل هذه الوكالة، والحالة التي يستوي فيها لدى المتعاقد مع الوكيل التعاقد مع الأصيل أو مع نائبه، وأخيراً الحالة التي تتمثل في وجود عقد وكالة بعمولة، وهو العقد المتعارف عليه في القوانين والأعراف التجارية.^{٨٢}

وعرفت المادة (١٧٥/أ) من قانون التجارة البحريني عقد الوكالة بالعمولة بأنه : " عقد يلتزم بموجبه الوكيل بأن يقوم باسمه بتصرف قانوني لحساب الموكل في مقابل أجر " .

فتكون الوكالة بالعمولة عقد بمقتضاه يفوض شخص آخر القيام بعمل شيء لحساب الموكل، فيصرح بوكالته وتتصرف له كافة آثار العقد، بينما يتعاقد الوكيل بالعمولة باسمه الخاص ولحساب الموكل بيعاً وشراءً مقابل عمولة، مما يترتب عليه تحمل الالتزامات العقدية في مواجهة الغير، وعليه يكون طرفاً في علاقتين قانونيتين، علاقة مع الموكل ويحكمها عقد الوكالة، والأخرى مع الغير ويحكمها العقد المبرم مع هذا الغير.^{٨٣}

ويرتب عقد الوكالة بالعمولة، كما هو الحال في الاعتمادات المستندية، حق امتياز للوكيل على قيمة البضاعة المرسله إليه، وينشأ هذا الإمتياز بمجرد إرسال البضائع، فإذا أفلس الوكيل بالعمولة

^{٨١} حسين محمد بيومي الشيخ، المرجع السابق، ص ٤٢٨.

^{٨٢} د. صبري حمد خاطر، النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص ١١٢.

^{٨٣} عركات يسمينة لعربي، النظام القانوني لعقد الوكالة بالعمولة، رسالة ماجستير مقدمة لدى جامعة أكلي محند أولحاج - البويرة،

سنة ٢٠١٥، ص ١٦.

المكلف بالبيع بعد تسلم البضاعة من الموكل، جاز للموكل استرداد بضائعه من تقليسة الوكيل، وبذلك فإنه يتقضى الخضوع لقسمة الغرماء.^{٨٤}

وقد يبرر القول بالوكالة أيضاً، أن البنك ليست له مصلحة فعلية أو شخصية في التعاقد مع المستفيد، فلولا عقد الاعتماد الذي يجد سببه في عقد البيع الأصلي لما أقدم البنك على إبرام مثل هذا التصرف، بل ودون هذا السبب يصير الالتزام باطلاً من حيث الأصل.^{٨٥} وإذا كانت هنالك مصلحة لإرسال خطاب الاعتماد إلى المستفيد، فإن المصرف يكون مدفوعاً بمصلحته الشخصية، والتي تتمثل فيما يحصل عليه من عمولة و فائدة.

وقيل في نقد هذه النظرية أيضاً: أن الوكالة إذا كانت بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة، دون أن يكلف في ذلك بما يربو على عناية الرجل المعتاد، وذلك خلافاً للاعتماد المستندي حيث يكون المصرف ملزماً بموجب عقد الاعتماد بتحقيق نتيجة لعميله مفادها تقديم مستندات مطابقة لتعليماته.^{٨٦} ويبدو الردّ جلياً على هذا النقد الموجه لتكييف عقد الاعتماد المبرم بين المشتري والبنك باعتباره عقد وكالة، ذلك أن العديد من الفقهاء قد انتهى إلى أن التزام البنك في مطابقة المستندات مطابقة ظاهرية هو في حقيقة الأمر التزام ببذل عناية.^{٨٧} ولقد ورد هذا النوع من الالتزام في المادة (٧) من الأصول والاعتمادات الموحدة (UCP 600) بنصها على أنه: " يجب على المصارف أن تفحص كافة الوثائق بعناية معقولة للتأكد من أنها تبدو مطابقة في ظاهرها لشروط وتفاصيل الاعتماد. أما الوثائق التي تبدو في ظاهرها غير مطابقة لبعضها البعض فإنها تعتبر مناقضة لشروط الاعتماد."

^{٨٤} إبراهيم سيد أحمد، العقود والشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٩، ص ٣٨.

^{٨٥} ومرجع هذا البطان هو إعمال نظرية الباعث، فكل عقد يقوم بلا باعث يكون عقد باطل لانعدام ركن من أركانه. راجع في هذا المعنى: د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٣٤٠ وما بعدها، وعبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ٢٩٣ وما بعدها.

^{٨٦} حسين محمد بيومي علي الشيخ، المرجع السابق، ص ٤٢٨. وقد نصت المادة (٦٤٧) من القانون المدني البحريني على أن: " أ) إذا كانت الوكالة بلا أجر ، وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة ، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الشخص المعتاد . ب) فإذا كانت بأجر وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها عناية الشخص المعتاد ."

^{٨٧} منهم د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٢٦٦. انظر أيضاً:

وعليه فقد ماثلت الوكالة المأجورة عمليات الاعتماد المستندي في مقدار العناية المطلوبة من الملتزم ببذلها، فكان على الوكيل بأجر أن يبذل في وكالته عناية الشخص المعتاد. فلا يمكن والحال كذلك مقارنة الوكالة بلا أجر بعمليات الاعتماد المستندي وهي عمليات تجارية يؤجر البنك عن القيام بها، وهو إذ يقوم بها فإنه يكون مدفوعاً بمصلحته الخاصة وليس مصلحة المشتري والبائع وبما يحملانه من رغبة في إتمام عقد البيع.^{٨٨}

وقيل أيضاً بأن الوكالة بأجر تخضع لتقدير القاضي إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة، أما في الاعتماد المستندي فالأجر متمثلاً في العمولة تكون محددة مسبقاً.^{٨٩} وهذا القول مردودٌ عليه بأن الطبيعة المدنية لعقد الوكالة محل المقارنة لا تتفق والمعاملات التجارية. فإذا كان القياس لازماً، فإنه وجب أن يكون قياساً مع الفارق، لأن المعاملات المدنية في الغالب تخضع لتنظيم أطرافها، وقلمما يوجد عرف بشأنها ليتسنى للأطراف توقع التكلفة الفعلية للمعاملة، وبالتالي فإن مراجعة القضاء لأجر الوكيل تكون مطروحة بعد حدوث النزاع. وعليه فقد نصت المادة (٦٥٣) من القانون المدني البحريني على أن: "أ) الوكالة تبرعية، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من مهنة الوكيل أو غيرها من ظروف الحال. ب) فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضي، إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة".

ويبدو أن مرجع هذا الاختلاف هو الطبيعة التي تقوم عليها المعاملات التجارية، حيث يكون في مكنة كل طرف فيها توقع التزاماته التعاقدية بما عنده من خبرة تجارية؛ لكونه تاجراً أو بناء على سهولة الحصول على هذه المعرفة لارتباطها بالسوق والأسعار، ولذلك فإن المشرع حين نظم فكرة الوكالة في المعاملات التجارية لم يترك للقضاء من دور في تقدير الأجر أو العمولة وفقاً للاصطلاحات التجارية، طالما أن طرفي العقد قد اتفقا مسبقاً على ذلك الأجر، فنصت المادة (١٧٥/ب) من قانون التجارة البحريني لدى تنظيم فكرة الوكالة بالعمولة بأنه: " لا يخضع أجر الوكيل بالعمولة لتقدير القاضي ". وكذلك المادة (٦) من قانون الوكالات التجارية والتي نصت على أن: " يستحق الوكيل الريح أو العمولة عن الصفقات التي يبرمها الموكل بنفسه، أو بواسطة غيره في المنطقة المخصصة لنشاط

^{٨٨} د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المرجع السابق، ص ٣٣٦. انظر في هذا المعنى دراسة قام بها شيمتوف وهو من اساطين قانون التجارة الدولية :

Clive Maximilian Schmitthoff, Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law, edited by Chia-Jui Cheng, (1988), published by Martinus Nijhoff (Dordrecht-The Neatherland) and Grahm & Trtnam,(London- Uk). P.233.

^{٨٩} حسين محمد بيومي علي الشيخ، المرجع السابق، ص ٤٢٨.

الوكيل، ولو لم تبرم هذه الصفقات نتيجة لسعي هذا الأخير، إلا إذا اتفق على غير ذلك".^{٩٠} فلم يترك قانون الوكالات التجارية الفرصة للقاضي بتحديد أجر الوكيل أو عمولته وفقاً للاصطلاحات التجارية.^{٩١}

وقيل أيضاً في نقد هذا التكييف أن الوكالة تقوم على الإعتبار الشخصي للوكيل والموكل، ولذلك تنتهي الوكالة بموت الموكل أو الوكيل، بينما لا يتأثر بذلك الاعتماد المستندي، بل إن الاعتماد المستندي من أهم فوائده هو اطمئنان المستفيد للحصول على حقه في حالتي موت وإفلاس العميل.^{٩٢}

ويبدو هذا النقد غير منطقي إلى حد ما، لأن مناط انقضاء الوكالة بوفاة الموكل هو أن الوكيل يكون شخصاً طبيعياً، مع جواز أن يكون الوكيل التجاري شخصية اعتبارية. والمصرف في عمليات الاعتماد المستندي يكون شخصاً اعتبارياً فلا ينقضي التزامه بوفاة أحد ممثليه، ولو كان شخصاً طبيعياً لانقضى هذا الالتزام بطبيعة الحال، إلا أنه قد تطرأ معوقات أخرى تؤدي إلى زوال هذه الشخصية كإفلاس البنك مثلاً.^{٩٣}

وقيل أنه يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، وهذا يخالف تماماً الحال في الاعتماد المستندي.^{٩٤} وفي الحقيقة فإن هذا الأمر ليس فارقاً فعلياً لأن الموكل لا يستطيع هو الآخر إلغاء الوكالة في وقت غير مناسب،^{٩٥} وإلا كان ملزماً بتعويض الوكيل.

^{٩٠} الصادر بمرسوم رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٥، والمنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٠/٢/١٩٧٥.

^{٩١} إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص ٣٨.

^{٩٢} حسين محمد بيومي علي الشيخ، المرجع السابق، ص ٤٢٩.

^{٩٣} وفي هذه الحالة يستطيع البائع مطالبة المشتري مباشرة. انظر في هذا المعنى : د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٧٧.

^{٩٤} حسين محمد بيومي علي الشيخ، المرجع السابق، ص ٤٢٨.

^{٩٥} نصت المادة (٦٥٩) من القانون المدني البحريني وتحت عنوان التزامات الموكل، على ما يلي : "أ) للموكل في أي وقت أن يعزل الوكيل أو يقيد وكالته ولو وجد اتفاق يخالف ذلك . ب) على أنه إذا كان للوكيل أو للغير مصلحة في الوكالة ، فإنه لا يجوز للموكل أن ينهيها أو يقيدها دون موافقة من له المصلحة. ج) وفي كل حال ، يلتزم الموكل بتعويض الوكيل عما يلحقه من ضرر من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير مبرر مقبول ". كما نصت المادة (٧) من قانون الوكالات التجارية بمملكة البحرين على أنه : " إذا كان عقد الوكالة غير معين المدة، لم يجز لأحد إنهاؤه، ما لم يصدر من أحدهما خطأ يبرر إنهاء العقد". ثم نصت المادة (٨) من ذات القانون على أنه إذا سحبت الوكالة في وقت غير مناسب أو لسبب لا يد للوكيل فيه، جاز له مطالبة الموكل بتعويض يوازي الضرر الذي يلحق به وما يفوته من كسب " .

وكذلك الحال في الاعتماد المستندي غير القابل للنقض، فإن العميل الأمر لا يستطيع الرجوع عن طلب اعتماده.^{٩٦}

ثانياً: علاقة البنك بالمستفيد :

ينشأ عن إصدار البنك لخطاب الاعتماد حق مباشر للمستفيد، بحيث يكون البنك مدينًا شخصيًا له. وهذه العلاقة الشخصية المباشرة بين المستفيد والبنك يحكمها خطاب الاعتماد الصادر عن المصرف.^{٩٧} إذ أن البنك يتعهد نهائياً بما أورده في الخطاب الذي أرسله إلى المستفيد، والعلاقة بين البنك والمستفيد تقوم على كون الخطاب أداة لضمان وفاء حقوق البائع المستفيد ووسيلة للتمويل تمكنه من تدبير النقود التي يحتاجها في تدبير البضاعة وفاء لالتزامه الناشئ من عقد البيع.^{٩٨}

ويظهر التزام المصرف بأداء قيمة الاعتماد مقترناً بتقديم المستفيد للمستندات المنصوص عليها في خطاب الاعتماد، وفي الميعاد المحدد له من قبل البنك، وعليه فلا يلزم البنك بالوفاء بقيمة الاعتماد إلا إذا نفذ المستفيد شروط فتح الاعتماد في الميعاد المحدد. فإذا قدم المستفيد هذه المستندات في ميعادها وكانت مطابقة، تأكد حقه قبل البنك والتزم هذا الأخير بقبول المستندات وأداء قيمتها، وذلك إما بقبول الكمبيالة المسحوبة عليه إذا تضمنت عبارة المستندات نظير القبول، وإما بالوفاء بقيمة الكمبيالة إذا تضمنت عبارة المستندات نظير الوفاء.^{٩٩} وفي ذلك نصت المادة (٣١٨) من قانون التجارة البحريني بأن : " يلتزم البنك الذي فتح الاعتماد بتنفيذ شروط الوفاء والقبول والخصم المتفق عليها في عقد فتح الاعتماد إذا كانت المستندات مطابقة لما ورد في العقد من بيانات وشروط ".

ويكون مركز البنك قبل المستفيد من خطاب الاعتماد إما قطعياً وإما غير قطعي. وفي الاعتماد الأخير لا يلتزم البنك أمام المستفيد بالابقاء على الاعتماد ويستطيع إلغاؤه دون إخطار البنك،^{١٠٠} وقد

^{٩٦} عبدالرحمن السيد قرمان، عمليات البنوك، دار النهضة العربية، جمهورية مصر العربية، الطبعة الثانية، سنة ٢٠٠٠، ص ٤١٠.

^{٩٧} مصطفى كمال طه، عمليات البنوك، دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠٠٥، ص ٩٩.

^{٩٨} انظر في هذا المعنى:

Akhilleshwar Patak, (2013) Legal Aspects of Business (5th edition), Mc grow Hill Education, India p. 361. Kim Sindber, (2016), From A to UCP: Key Documentary Credit concepts explained, published by Books in Demand, GMBH, Copenhagen –Denmark & Norderstedt- Germany.p.88 et seq.

^{٩٩} محيي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ١١١١.

^{١٠٠} علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٦٣. وكذلك

أشارت المادة (٢) من الأصول والأعراف الدولية الموحدة إلى ذلك بقولها أنه : " يمكن تعديل أو إلغاء الاعتماد القابل للنقض في أية لحظة دونما حاجة لإشعار المستفيد مسبقاً ".

واتساقاً مع ذلك نصت المادة (٣١٩) من قانون التجارة البحريني على أنه :

"١- يجوز أن يكون الاعتماد المستندي قابلاً للإلغاء أو باتاً غير قابل للإلغاء.

٢- ويكون الاعتماد المستندي قابلاً للإلغاء ما لم يتفق صراحة على أن يكون باتاً.

٣- ويجوز أن يكون الاعتماد المستندي قابلاً للتجزئة أو التحويل أو غير قابل للتجزئة أو التحويل".

ونصت المادة (٣٢١) من ذات القانون على أنه : " لا يترتب على الاعتماد المستندي القابل للإلغاء أي التزام على البنك قبل المستفيد ويجوز للبنك في كل وقت تعديله أو إلغائه من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الأمر دون حاجة إلى إخطار المستفيد بشرط أن يقع التعديل أو الإلغاء بحسن نية وفي وقت مناسب. وإذا قدمت سندات الشحن مطابقة للبيانات وشروط عقد فتح الاعتماد خلال مدة العقد وقبل طلب الإلغاء كان البنك والأمر مسؤولين قبل المستفيد".

وعليه فإن الالتزام القابل للإلغاء يجعل تنفيذ العقد الأصلي مهدداً دائماً بعدم التنفيذ. وهو وإن كان يحكمه النص القانوني المتسق مع القواعد العامة من ضرورة حسن النية في التصرف، إلا أن ذلك ليس معياراً، فالأصل هو حسن النية وعلى مدعي خلافه عبء الإثبات، وهو الأمر الذي غالباً ما يكون متعذراً؛ لأن البائع سيجد نفسه ملزماً بإثبات سوء نية المشتري الذي غالباً ما يكون متعاقداً دولياً، لا يعلم عنه أكثر مما يعلم عن سوء نيته.^{١١}

كذلك فإن البائع الذي ينوي رفع دعوى قضائية في مواجهة المشتري، سيجد نفسه مضطراً إلى الاستناد لعقد البيع الأصلي الذي يقيض له رفع دعوى قوامها المسؤولية العقدية، وموضوعها عدم تمام التنفيذ، وليس استناداً إلى عقد الاعتماد باعتبار أن القواعد القانونية قد أسست لاستقلال العقود في عملية الاعتماد المستندي؛ فالمشتري في هذا المقام يكون من الغير إزاء عقد الاعتماد بين المشتري والبنك. فإذا أراد الرجوع على أي من الطرفين بسبب هذا التعديل باعتبار أنه قد سبب ضرراً له، فإن

Akhileshwar Patak, (2013) Legal Aspects of Business, Ibid. p. 361. Kim Sindber, (2016), From A to UCP: Key Documentary Credit concepts explained, Ibid, p.88 et seq.

^{١١} وائل حمدي أحمد، حسن النية في البيوع الدولية، دار الفكر والقانون، جمهورية مصر العربية، سنة ٢٠١٠، ص ٢٠٧.

المشكلة المتعلقة بازدياد المسؤولية ستثور مرة أخرى بالنسبة للبائع، ذلك أن المطالبة بالأضرار التي نجمت عن تعديل عقد الاعتماد باعتباره تصرفاً مادياً، سيقصر التأسيس لها على قواعد المسؤولية التقصيرية، في الوقت الذي ينشأ له الحق في المطالبة استناداً إلى دعوى قوامها المسؤولية العقدية بموجب خطاب الاعتماد.^{١٠٢} وبالتالي يثور السؤال بأن: هل يحق للبائع اللجوء لدعوى قوامها المسؤولية التقصيرية مع قيام حقه في اللجوء لدعوى قوامها المسؤولية العقدية؟

ويعتبر التزام البنك غير القابل للإلغاء نهائياً إزاء المستفيد إذا كان الالتزام قطعياً، وهو ما أكدته المادة (٣٢١) في الفقرة (١) من ذات القانون بنصها على أن: " يكون التزام البنك في حالة الاعتماد المستندي البات قطعياً ومباشراً قبل المستفيد متى أخطر به وقبل كل حامل حسن النية للصك الذي سحب تنفيذاً للعقد ".

ويظهر أن الإرادة المنفردة للبنك هي التي تدفعه لمثل هذا الالتزام، الذي يجد أصوله في الغاية الاقتصادية للمصرف من إبرام مثل هذه العمليات التجارية. ويصدر الخطاب عادةً باسم البائع، ولذا فإنه لا يعتبر ورقة تجارية لعدم إمكان تداوله، ذلك أنه لا يتوافر فيه شرط الكفاية الذاتية،^{١٠٣} والذي يلزم أن تكون الورقة مستقلة بذاتها، فيتحدد من بياناتها وصف الحقوق الناشئة عنها، ومداها، ومضمون الالتزام المصرفي فيها، ولا يرجع في هذا الشأن إلى وقائع أو اتفاقات خارجية عنها.^{١٠٤}

وتكمن الأهمية في تمييز الطبيعة القانونية للخطاب، في أن البعض من الفقه، وأيدته في ذلك القوانين، لا يعتد بالإرادة المنفردة مصدراً من مصادر الالتزام، وإن كانت تنشئ أثراً قانونياً معيناً، وذلك بخلاف العقد، فنجد أن المدرسة الفرنسية - مثلاً - ترى أن العقد هو المصدر الوحيد للالتزام الناشئ عن الإرادة، أما الإرادة المنفردة فلا يمكن أن تكون مصدراً للالتزام رغم أن لها أن تنشئ أثراً قانونية. ولذلك فإن القانون الفرنسي حين عدد مصادر الالتزام لم يذكر الإرادة المنفردة.^{١٠٥} وكان الرأي السائد في الفقه

^{١٠٢} انظر في هذا المعنى:

James M. Klotz (٢٠٠٨)، Power Tools for Negotiating International Business Deals, published by Walters Kluwer, USA & The Neaterlands, p.67. Clarke. M. A., A. Hooley. R. J, Munday. R. J. C, Tettenborn. A. M, Sealy L. S, & Turner P.G. (2016), Commercial Law: Text, Cases, and Materials Oxford University Press, UK. p. 796

^{١٠٣} علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٩٩.

^{١٠٤} عصام حنفي محمود ، الأوراق التجارية - الكمبيالة ، سند الأمر ، الشيك ، دون مكان نشر، دون تاريخ نشر ، ص ١١ .

^{١٠٥} د. صبري حمد خاطر، النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص ٢٥١. راجع أيضاً : د. عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة ١٩٩٨، ص ١٨٤.

المعارض للاعتداد بالإرادة مصدراً من مصادر الالتزام هو أنه إذا كان يمكن للمدين أن يلتزم بإرادته المنفردة، فهذا يعني أنه يستطيع أن يتحلل من التزامه بإرادته أيضاً، لأن التصرف القانوني يمكن أن يلغى بذات الطريقة التي نشأ بها. وإذا كان يجوز إلغاء العقد بإرادة طرفيه التي أنشأته أي بالإتفاق بينهما، فإنه لا يجوز بالنسبة للإرادة المنفردة، لأنه يعني أن الالتزام لم يعلق على محض مشيئة المدين.^{١٠٦}

ويذهب هذا الإتجاه أيضاً إلى أن نشوء الالتزام بموجب الإرادة المنفردة يعني أن المدين يمكن أن يلتزم من دون أن يوجد أي دائن، هذا من جهة، ومن جهة أخرى إذا وجد الدائن فإنه يصبح دائناً من دون إرادته، فإذا اشترط قبول الدائن صار التصرف عقداً وليس إرادة منفردة.^{١٠٧}

واعتمدت . على الرغم من ذلك . العديد من القوانين ومن بينها القانون البحريني بالإرادة المنفردة، و اعتبرتها صالحة لأن تكون مصدراً أصلياً للالتزام، وأن الالتزام يمكن أن ينشأ في ذمة الشخص بإرادته المنفردة دون أن تتوقف على قبول صادر من شخص آخر. فقد نصت المادة (١٥١) من القانون المدني البحريني على أن:

"أ) التصرف القانوني الصادر بالإرادة المنفردة لا ينشئ التزاماً ولا يعدل في التزام قائم ولا ينهيه، إلا في الأحوال الخاصة التي ينص عليها القانون. ب) فإذا قضى القانون بنشوء الالتزام أو بتعديله أو بانقضائه بمقتضى التصرف الصادر بالإرادة المنفردة، سرى على هذا التصرف ما يسري على العقد بوجه عام من أحكام القانون، إلا ما كان منها متعارضاً مع قيام التصرف على الإرادة الواحدة، وعلى الأخص ما تعلق بتوافق إرادتي طرفي العقد".

ويظهر أن القانون البحريني قد زواج بين الإرادة والقانون، فلا تنشئ الإرادة التزاماً إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك. فإذا نشأ الالتزام، سرى على التصرف القواعد القانونية الخاصة بالعقد.^{١٠٨} ويعني ذلك أنه عند نشوء أية نزاعات جراء هذه الإرادة فإنه يصار إلى قواعد

^{١٠٦} سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٦٨٨.

^{١٠٧} سمير عبد السيد تناعو، المرجع السابق، ص ٢٠٤.

^{١٠٨} وعليه فقد وصف البعض هذه الإرادة بأنها مصدر غير مباشر للالتزام، ذلك أن الإرادة وحدها لا تكفي لنشأة الالتزام بل لا بد أن يعضدها القانون. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٦٩٢. انظر أيضاً : خالد جمال، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني - مصادر الالتزام - دراسة مقارنة، مطبعة جامعة البحرين، الطبعة الثانية، سنة ٢٠٠٢، ص ٢٠٢.

المسؤولية العقدية.^{١٠٩} ولما كان القانون التجارة البحريني قد أجاز للبنك أن يتعهد بشكل غير مشروط بأداء قيمة الاعتماد إلى المستفيد، فإن مؤدى ذلك هو جواز أن تكون إرادة البنك مصدراً لالتزامه إزاء المستفيد، وهو التزام يخضع لأحكام المسؤولية العقدية التي تتسحب على الالتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة. ويفهم مما تقدّم أن المستفيد يظل غير ملزم بإجابة البنك إلى طلبه، وتقديم المستندات للمطابقة. ولا يتحمل المستفيد أي التزام من الاعتماد، فلا يلزم من الخطاب ولا من علاقته بالبنك باستخدام الاعتماد، ولا يكون للبنك الفاتح ولا للبنوك المتدخلة حق دائنية قبل البائع، وليس لهم وسيلة لإرغامه على الإفادة منه، فإذا ترك البائع المدة المقررة لصلاحيته تمر ولم يقدم المستندات، فإن كل ما يرتبه ذلك هو انقضاء حقه في الاعتماد.^{١١٠} على الرغم من أنه في ذات الوقت يكون ملزماً بإجابة خطاب البنك بموجب عقد البيع الأصلي وليس خطاب الاعتماد،^{١١١} وهو ما يعطي وصفاً مزدوجاً للفعل الواحد الصادر عن المستفيد.

وعلى الرغم من ذلك فإن سلوك المستفيد يظل محكوماً بقواعد حسن النية وشرف التعامل التي تحكم كافة المعاملات المدنية. وهو إذ كان كذلك، فإنه يكون ملزماً بتقديم مستندات صحيحة خالية من أي غش أو تزوير. فإذا شاب المستندات أية غش أو تزوير كان المصرف مستحقاً للتعويض عما أصابه من ضرر، وجاز له رفض هذه المستندات وذلك خروجاً على مبدأ الاستقلال.

المطلب الثاني

تمييز مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي

يجد مبدأ الاستقلال أصوله في القواعد والأعراف التجارية التي تحكم الأوراق التجارية، حيث درجت هذه القواعد على فصل الورقة التجارية عن الالتزام الذي نشأت في سبيل تنفيذه.^{١١٢} وقد يشتبه على المرء مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي ببعض المبادئ الأخرى المكرسة في العمليات المصرفية، ولإزالة كل لبس أو غموض سيتم تمييز هذا المبدأ عما يشابهه في فرع أول، ثم تحديد مظاهر الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي في الفرع الثاني.

^{١٠٩} عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ٤٥٧.

^{١١٠} د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المرجع السابق، ص ٣٤٦.

^{١١١} د. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص ٧٧.

^{١١٢} علي جمال الدين عوض، الأوراق التجارية - السند الإنذني - الكمبيالة - الشيك، المرجع السابق، ص ٣٠.

الفرع الأول

مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي والمبادي المشابهة

تحكم فكرة الاستقلال أكثر أدوات التجارة. فقد درجت الأعراف التجارية على فصل الورقة التجارية باعتبارها أداة وفاء، عن الالتزام الأصلي الذي نشأت في سبيل تنفيذه. ولذلك فإن مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي قد يختلط ببعض المبادي التجارية الأخرى. فما هي المبادي المشابهة والمخالفة له.

أولاً: تمييز المبدأ عن مبدأ استقلال التوقيعات :

يعني مبدأ استقلال التوقيعات: أنه إذا شاب عيب أحد التوقيعات الموجودة على الورقة التجارية، فإن هذا العيب لا يمنع من الرجوع على أصحاب التوقيعات الأخرى لاستقلال كل توقيع عن الآخر، فيلتزم كل موقع على الورقة التجارية التزاماً مستقلاً عن التزامات الموقعين الآخرين، بحيث لا يتأثر أو يزول هذا الالتزام بزوال التزامات بقية الموقعين سواء كانوا سابقين له أم لاحقين عليه .^{١١٣} ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (٣٥٦) من قانون التجارة البحريني لدى تنظيمه للقواعد الخاصة بالكمبيالة بأنه : " إذا حملت الكمبيالة توقيعات أشخاص ليست لهم أهلية الالتزام بها أو توقيعات مزورة ولأشخاص وهميين أو توقيعات غير ملزمة لأسباب أخرى لأصحابها أو لمن وقعت الكمبيالة بأسمائهم فإن التزامات غيرهم من الموقعين عليها تبقى مع ذلك صحيحة ."

فإذا تمكن أحد الموقعين على الورقة من التمسك في مواجهة الحامل بانقضاء التزامه في الورقة لأي سبب -كالمقاصة مثلاً - فإن ذلك لا يعف الموقعين الآخرين من الوفاء بقيمة هذه الورقة، ولا يمنع الحامل من الرجوع على أيٍّ منهم للوفاء بقيمتها، فالورقة التجارية تكتسب قوة إضافية كلما دخل عليها توقيع جديد للتظهير بصرف النظر عن صفة الموقع .^{١١٤} ويظهر مما تقدم أن مبدأ استقلال

^{١١٣} مصطفى كمال طه و وائل أنور بندق ، الأوراق التجارية و وسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠٠٩، ص ٣٠، انظر أيضاً: إلياس حداد، الأوراق التجارية في النظام السعودي ، معهد الإدارة العامة، سنة ١٩٩٠ ، ص ٣١.

^{١١٤} د. عصام حنفي محمود ، المرجع السابق، ص ٢١.

التوقيعات الذي يرد على الأوراق التجارية يختلف عن مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي. ويمكن تلخيص هذا الفرق فيما يلي :

١. يرد مبدأ استقلال التوقيعات على الأوراق التجارية باعتبارها أدوات وفاء للدين، بينما يرد مبدأ الاستقلال المتعارف عليه في عمليات الاعتماد المستندي على عمليات بنكية، وهذه العمليات لا يعني أن يكون فيها التوقيع مستقلاً بقدر ما يكون مهماً فيها أن يكون العقد مستقلاً.

٢. على الرغم من أن مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي يعني أن ينشأ كل عقد مستقلاً عن الآخر، إلا أن العقود المكونة لهذه العملية لا بد أن تنشأ من الناحية الفعلية في سبيل تنفيذ عقد البيع الأصلي، وهذا بخلاف الحال في الأوراق التجارية التي قد ينشأ كل التزام فيها متعلقاً بمحل يختلف عن المحل في الالتزام السابق له أو اللاحق عليه، فإذا تم تظهيرها فإن التوقيع الجديد لا يتصل بالالتزام المظهر السابق للورقة.^{١١٥}

٣. يبدو أن المحاكم لدى مراجعتها لهذه العقود صارت تتحى لتطبيق استثناءات قضائية على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي لم تتطرق لها الاتفاقيات والأعراف الدولية، من ذلك الغش والتزوير وبطلان العقد الأساس. وهذا ما لا تعرفه الأوراق التجارية، لأن الالتزام الواحد الناجم عن التوقيع يقوم استقلاً عن أي التزام آخر.^{١١٦}

٤. وعلى الرغم من أن المصرف يظهر بصفته حلقة الوصل والوساطة بين طرفي عقد البيع، إلا أن البائع لا يستطيع الرجوع على المصرف عند عدم مطابقة المستندات وبعد شحن البضاعة، ذلك أن التزام البنك ليس التزاماً أصلياً، حتى مع الفرض القائل بأن خطاب الاعتماد يعدّ التزاماً بإرادة منفردة من قبل البنك، وهذا خلاف ما يكون الحال عليه بالنسبة لمبدأ استقلال التوقيعات حيث أن كل موقع على الورقة التجارية يكون ملزماً إزاء من آلت إليه.^{١١٧}

^{١١٥} د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٥٩.

^{١١٦} د. عصام حنفي محمود، المرجع السابق، ص ٢٨.

^{١١٧} د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٧٧.

٥. وينقضي التزام البنك في الحالة التي يتراخى فيها المستفيد عن تقديم المستندات، فلا يتمكن من الرجوع على البنك بموجب خطاب الاعتماد، بل يقتصر رجوعه على المشتري دون البنك،^{١١٨} وذلك بخلاف الأوراق التجارية التي يستطيع المستفيد فيها أن يرجع على أي من الموقعين على الورقة التجارية.^{١١٩}

ثانياً : تمييز المبدأ عن مبدأ تطهير الدفع:

ينتقل الحق الثابت في الورقة بتطهيرها، فيترتب على التطهير تطهير الورقة من الدفع. ويقصد بهذا المبدأ أن المظهر ليس له الحق في الدفع أو الدعاوى التي نشأت عن العلاقة السابقة بين المظهرين السابقين. فيطهر هذا التطهير الورقة من الدفع، فينتقل الحق الثابت فيها إلى المظهر إليه نظيفاً من كل عيب غير ظاهر في الورقة، وهذا معناه أن الحق الذي ينتقل إلى المظهر إليه ليس هو الحق الذي كان للمظهر السابق، وعلى ذلك فكل تطهير ينقل للمظهر إليه حقاً جديداً خالياً من العيوب السابقة على التطهير.^{١٢٠} ولكي يتم إعمال قاعدة تطهير الدفع، لا بدّ من توافر شروط معينة، وهي: أن يكون حامل الورقة التجارية قد تلقاها عن طريق التطهير الناقل للملكية، وأن يكون حامل الورقة حسن النية.^{١٢١}

ويعدّ تطهير السند من الدفع في العلاقة بين المدين والحامل غير المباشر أثراً من آثار التطهير التي تتفق وطبيعة الالتزام المصرفي ، وتسنقل به الورقة التجارية بحسب ما تنهض به من وظائف، وتطبيق هذا الأثر بالنسبة للسندات المدنية يترتب عليه إقصاء طبيعتها المدنية عنها، وينم عن العنت والإجحاف بالمدينين فيها الذين غالباً ما يقبلون على التوقيع عليها دون أن يدركوا مدى شدته، الأمر

^{١١٨} محيي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ١٢٩١.

^{١١٩} د. عصام حنفي محمود ، المرجع السابق، ص ٢٨.

^{١٢٠} د. علي جمال الدين عوض، الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص ٥٩.

^{١٢١} وحسن النية مفترض في الحامل الذي يتلقى الورقة بمقتضى تطهير ناقل للملكية، وعلى المدين إذا ادعى سوء نية هذا الحامل عبء نفي هذه القرينة بكافة طرق الإثبات، بما فيها البيينة والقرائن، وبكفي لاعتبار الحامل سيء النية إثبات مجرد علمه وقت التطهير بوجود دفع يستطيع المدين توجيهه للمظهر ولو يثبت التواطؤ بينه وبين المظهر على حرمان المدين من الدفع. - نقض ١٢ مايو ١٩٧٠ مجموعة النقض ٢١ ص ٨١٠، نقلاً عن : د. علي جمال الدين عوض، الأوراق التجارية المرجع السابق، ص ٦١.

الذي يلزم معه إطراح هذا الأثر عند تظهير الورقة المدنية.^{١٢٢} ولذلك تختلف هذه القاعدة التجارية عما هو معمول به في القواعد المدنية، حيث أن الأصل العام في المعاملات المدنية هو أن الشخص لا يستطيع أن يدلي لغيره بأكثر مما يملك، لذلك فإن المحيل في الحوالة المدنية، لا ينقل للمحال له إلا ذات الحق، الذي كان له قبل المحال عليه، بكل ما يشوبه من عيوب وما يرد عليه من دفع، فيستطيع المحال عليه أن يدفع في مواجهة المحال له بكل الدفع التي كان يستطيع أن يتمسك بها في مواجهة المحيل وقت نفاذ الحوالة.^{١٢٣}

وأقرت محكمة التمييز هذا المبدأ بقولها أن : " تظهير الشيك تظهيراً تاماً. أثره تطهيره من الدفع بعدم وجود سبب حقيقي للالتزام أو بطلانه أو زواله أو عدم مشروعيته. مؤدى ذلك أنه ليس للساحب أن يتمسك في مواجهة حامل الشيك بأي دفع مستمد من علاقته بالمظهر إليه المباشر ".^{١٢٤}

ويظهر بذلك أن الأساس الذي تقوم عليه فكرة تطهير الدفع هو استقلال العلاقات المتتابعة نتيجة تظهير الورقة التجارية، وهي ذات الفكرة التي يقوم عليها مبدأ استقلال العقود في عمليات الاعتماد المستندي. ذلك أن النتيجة المتحصلة عن مبدأ استقلال العقود في عمليات الاعتماد هو عدم انتفاع كل طرف من أطراف هذه العقود من الدفع المقيضة للأطراف في العقود الأخرى.^{١٢٥}

وإذا كان مبدأ تطهير الدفع يعني انتقال الحق في الورقة التجارية مجرداً من أية دفع أو نزاع قبالة مظهريها السابقين، فإن أغلب المشرعين قد أجازوا انتقال الحق الناجم عن عقد الاعتماد بالتظهير، ومنهم المشرع البحريني بنصه في المادة (٣٢٥) من قانون التجارة على أنه :

١- " لا يجوز للبنك أن يجرى تنفيذ الاعتماد إلا إذا صرح له الأمر بذلك.

٢- ولا يجوز للمستفيد أن ينقل الاعتماد كله أو جزء منه إلى شخص أو

أشخاص آخرين إلا إذا كان مصرحاً له بذلك من البنك ومنصوصاً عليه صراحة في

خطاب الاعتماد.

^{١٢٢} الطعن رقم ٦ سنة ٣٤ جلسة ١٩٦٧/٦/٢٧ س ١٨ ع ٣ ص ١٣٧٣، عن كتاب سعيد أحمد شعله، قضاء النقض في المواد التجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة ٢٠٠٤، ص ١٨٧.

^{١٢٣} د. عبد الحميد الشواربي، الأوراق التجارية - المشكلات العملية والدعاوى والدفع، شركة باس للطباعة، سنة ٢٠١٥، ص ١٤١.

^{١٢٤} الطعن رقم ٤٦٤ لسنة ٢٠٠٦ - جلسة ٢٠٠٧/٥/١٤، مجموعة أحكام السنة الثامنة عشر.

^{١٢٥} جورجيت صبحي، المرجع السابق، ص ١٦٨ وما بعدها.

٣- كما لا يجوز أن يتم النقل إلا مرة واحدة ما لم ينص في عقد فتح الاعتماد على غير ذلك.

٤- ويكون النقل بتظهير خطاب الاعتماد إذا كان إنذياً أو بتسليمه إن كان لحامله، أما إذا كان اسماً فيجب اتباع إجراءات الحوالة".

وفي ذلك انتهت محكمة النقض المصرية إلى أن : " مؤدى النص في عقد الاعتماد على قابليته للتحويل أنه يجوز للمستفيد نقله كله أو بعضه إلى شخص يسمى المستفيد الثاني، يحل محله في تنفيذ التزاماته الواردة بعقد الاعتماد طبقاً لذات الشروط المتفق عليها فيه، فإن التزام البنك ففتح الاعتماد بالوفاء بقيمته ينشأ بمجرد تصدير خطاب الاعتماد إلى المستفيد أو من يعينه، والأصل أن هذا الخطاب وحده هو المرجع في تحديد التزام البنك قبل المستفيد حتى ولو تضمن شروطاً مغايرة لما ورد في عقد فتح الاعتماد الأصلي ". ١٢٦

ولما كان التظهير جائزاً في عمليات الاعتماد المستندي، فيجوز للمستفيد تحويل قيمة الاعتماد إلى مستفيد ثانٍ عن طريق الحوالة أو التظهير. ١٢٧ أما فكرة الحوالة فلا تثير لبساً، حيث يتم الرجوع للقواعد المدنية التي تنظم الحوالة. وهذا ما نصت عليه المادة (٤٧) من الأصول والقواعد الموحدة (UCP 600) والتي جاء فيها أنه : "لا يؤثر كون اعتماد ما لا يشير قابليته للتحويل على حقوق المستفيد بالتنازل عن حصيلة قيمة هذا الاعتماد وفقاً لنصوص القانون المطبق". غير أن السؤال الذي يثور الآن إنما يتعلق بما إذا كان من الممكن القول بأن مبدأ تظهير الدفع يرد على الحالة التي يتم فيها التظهير أيضاً؟ إن الإجابة على السؤال المتقدم بالإيجاب تعني أن يرد حق الحامل مطهراً من كل دفع للبنك بما في ذلك غش المستفيد وفسخ الاعتماد أو مقاصة مع دين على المستفيد الأول لصالح البنك. لذلك فإن قبول مثل هذا التظهير يشترط معه أن تكون الكمبيالة مقبولة من حيث الأصل، فلا يرد عليها عيب من العيوب التي يجوز للبنك معها رفضها، وأما قبل ذلك فإن ما يرد عليها لا يكون إلا في حدود جواز التداول بالتظهير، ولذلك قيل بأن التظهير على هذه الحالة ينقل حق المظهر إلى المظهر إليه بذاته وكما هو، فينتقل حق البائع بصفته بائعاً لا مظهراً. ١٢٨

١٢٦ الطعن رقم ٣٧٢ سنة ٤٨ ق جلسة ١٩٥٨/٢/١٨ س ٣٦ ص ٢٨٢، ورد في كتاب : سعيد أحمد شعله ، المرجع السابق، ص ٣٩٣.

١٢٧ راجع في ذلك : د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٤١٧ وما بعدها ، ومحبي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ١٢٧٢.

١٢٨ د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٢٧٣.

ويظهر أن في القول المتقدم تعطيل للصفة التجارية للتظهير، وإعمال للقواعد المدنية التي سبق وأن تبين أنها تقوم على فكرة نقل الحق بما يرتبط به من دفع، فلا يجوز للغير بأن يدلي بأكثر مما يملك، ولذلك فإن الرأي المتقدم قد لا يكون دقيقاً، لأن قاعدة تطهير الدفع لا تظهر جميع الدفع التي تشوب الالتزام الصرفي، بل إن هنالك من الدفع التي يجوز أن يحتج بها على الحامل ولو كان حسن النية، وتتمثل هذه الدفع في الدفع الناشئة عن عيب ظاهر في الورقة كانهدام بياناتها الإلزامية، والدفع المستمدة من مضمون الورقة كأن تتضمن الورقة مخالصة بقيمتها، أو الدفع المتعلقة بنقص الأهلية وانهدامها.^{١٢٩} وهذا الأمر ينسحب إلى حد بعيد على الدفع المقيضة للمصرف في مواجهة المستفيد.

ثالثاً : تمييز المبدأ عن مبدأ الكفاية الذاتية :

يعني مبدأ الكفاية الذاتية أن تكون الورقة التجارية كافية بذاتها لبيان الحق الثابت بها، ولذلك فقد قرر المشرع البيانات الإلزامية الشكلية للورقة، بما لا تحتاج معه إلى الإحالة على أية مظاهر خارجية أخرى، نظراً لأن الورقة التجارية تتداول ويتعامل بها أشخاص قد لا يعرفون سبب نشأتها الأولى، أو أسباب العلاقة السابقة عليهم.^{١٣٠} وهذه البيانات المحددة والإلزامية التي تتضمنها الورقة ليست مقصودة لذاتها، وإنما تهدف في حقيقة الأمر إلى أن تكون الورقة كافية بذاتها لتقرير الالتزام الثابت بها وتحديد، بحيث لا يحتاج ذلك إلى البحث في ورقة أو في علاقة أخرى، والرجوع إلى ألفاظ الورقة وعباراتها هو التحديد الكافي لبيان مضمونها.^{١٣١}

ونظراً لأن أخص خصائص الورقة التجارية هي صلاحيتها للتداول عن طريق التظهير، فإنه يلزم لذلك أن تكون الورقة مستقلة بذاتها فيتحدد من بياناتها وصف الحقوق الناشئة عنها، ومداها ومضمون الالتزام الصرفي، فلا يرجع في هذا الشأن إلى وقائع أو اتفاقات خارجية عنها، وذلك حتى يسهل على المتنازل إليه معرفة الحق الذي يؤول إليه ، فلا يتردد في قبول التنازل في الحال. وبهذا الصدد انتهت محكمة النقض المصرية إلى أن : "صلاحية الورقة التجارية للتداول عن طريق التظهير

^{١٢٩} راجع في ذلك، مصطفى كمال طه و وائل أنور بندق، المرجع السابق ، ص ٨٨ وما بعدها.

^{١٣٠} عصام حنفي محمود ، المرجع السابق ، ص ١١ .

^{١٣١} علي جمال الدين عوض، الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص ٦٣ .

-لازمه- أن تكون مستقلة بذاتها ويتحدد من بياناتها وصف الحقوق الناشئة عنها ، ومداها ، ومضمون الالتزام المصرفي عدم جواز الرجوع في هذا الشأن إلى وقائع أو اتفاقات خارجة عنها ".^{١٣٢}

وهذا هو المعمول به بالنسبة للعقود في الاعتماد المستندي، حيث يظهر كل عقد من هذه العقود مستقلاً في وجوده عن العقد الآخر، فيشتمل البيانات الخاصة به بما لا يستدعي الرجوع إلى عقد آخر. وتشجيعاً لذلك نصت الفقرة (د) من التعاريف والشروط العامة من الأصول والقواعد الموحدة لعمليات الاعتماد المستندي (UCP 600) على أنه : " يجب أن تكون تفاصيل الاعتماد والاعتمادات نفسها كاملة ودقيقة. ولأجل تجنب الالتباس وسوء الفهم، يترتب على المصارف الفاتحة ألا تشجع أية محاولة من قبل العميل طالب فتح الاعتماد لإدخال تفاصيل زائدة".

ويظهر أن الأساس القانوني الذي يقوم عليه مبدأ الاستقلال هو فكرة الكفاية الذاتية المكرسة في الأعراف والقواعد التجارية، فلا يستوي القول بالاستقلال ومن ثم الرجوع إلى بيانات في عقود أخرى، ولذلك جاءت الفقرة (د) قاطعة بشأن أن يكون الاعتماد كافياً بذاته، ودالاً على طبيعة التعامل، والغرض من التعاقد، دون الحاجة إلى الرجوع إلى العقود السابقة أو اللاحقة. فيكون المتعاقد ملزماً بموجب ما يرد في العقد فقط، دون أن ينسحب ذلك على ما يلحق به أو يليه من عقود.

الفرع الثاني

مظاهر الاستقلال المصرفي في عمليات الاعتماد المستندي

يقصد بقانون الصرف مجموعة القواعد القانونية التي تنظم أحكام الأوراق التجارية، وتوضح الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذه الأوراق للأطراف المتعاملين بها،^{١٣٣} فقواعد الصرف تحكم الأوراق التجارية التي تعتبر بمثابة وثائق شكلية تحرر في صيغ معينة في سبيل إثبات دين محدد بمبلغ معين من النقود فتكون قابلة للتداول، ويتعهد فيها الموقع أو يأمر شخصاً آخر بأداء هذا التعهد إلى شخص

^{١٣٢} نقض ١٧ يونيو ١٩٦٧ مجموعة النقض ١٨ ص ١٢٢، وردت في كتاب : مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، الأوراق التجارية و وسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، المرجع السابق، ص ٤٤.

^{١٣٣} عصام حنفي محمود ، المرجع السابق، ، ص ٣.

ثالث مسمى أو إلى من يأمر به هذا الأخير أو إلى حاملها، فينتقل بذلك الحق الثابت فيها إلى الغير، بالتظهير أو بالمناولة اليدوية، وأهم صورها سند السحب والشيك وسندات الأمر.^{١٣٤}

ويظهر بذلك أن الأوراق التجارية تختلف عن العمليات المصرفية التي تقوم بها البنوك فتساعد بذلك على تمويل التجارة والصناعة. وهذا الاختلاف مرده إلى الدور الذي تضطلع به العمليات البنكية من حيث الأصل، فهي لا تقوم مقام الأموال النقدية، بل تتدخل كوسيط بين المدخرين والمستثمرين أو تتلقى الودائع من جمهور المدخرين، إلى غير ذلك من العمليات المصرفية.^{١٣٥}

فإذا كانت الأوراق التجارية تشترك مع الاعتماد المستندي بصفته عملية مصرفية تحفظ الثقة والإئتمان، إلا أن الاعتماد المستندي باعتباره عملية تجارية لا يقوم مقام النقود في التداول كما هو الحال بالنسبة للأوراق التجارية،^{١٣٦} ذلك أن المستندات وإن كانت تمثل قيمة معينة يتم الاتفاق عليها مسبقاً في عقد الاعتماد إلا أن المصرف لا يقبل هذه المستندات باعتبارها أداة من أدوات الوفاء تقوم مقام المال النقدي، ولا تكون قابلة للتداول كما هو الحال بالنسبة للأوراق التجارية.

بل وتأسيساً على ما تقدّم، قام القاضي **ستيفان جي Stephan J** في الحكم الصادر في دعوى شركة وود هيل المحدودة ضد لجنة خط الأنابيب في أستراليا - وهو أحد أهم الأحكام التي أسست لمبدأ الاستقلال - بمقارنة المستندات المقدمة إجابة لخطاب اعتماد، بالأوراق التجارية التي تقوم مقام النقود، حيث انتهى في حكمه إلى أنه: " إذا قام مستند ما بهذه المواصفات - في إشارة إلى المستندات المقدمة بناء على خطاب الاعتماد - وكان هذا المستند مساوياً في قيمته للنقود القابلة للتمول، وكانت قدرة هذا المستند على ذلك فورية وغير مشروطة، وطالما كان هذا المستند بذات الجودة والفائدة التي تكون عليها النقود التي يستحق عنها عند تقديمه، وكان قادراً على الوفاء بالحقائق التي تقوم لمن قد يرغب في أن يقبلها بديلاً عن هذه النقود أو الفائدة التي تترتب عليها، ولا يرتضي في ذات الوقت أية خسارة قد تقع نتيجة استبدال هذا المستند، وطالما أن هذا المستند جيد ونافع كالنقود فإن هذه المستندات تحقق الأغراض التي قامت من أجلها ".^{١٣٧}

^{١٣٤} أكرم ياملكي، الأوراق التجارية وفقاً لاتفاقيات جنيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقاً للأعراف الدولية، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للتوزيع للنشر سنة ١٩٩٨، ص ١١.

^{١٣٥} مصطفى كمال طه، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص ٦.

^{١٣٦} د. علي جمال الدين عوض، الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص ٢٦.

^{١٣٧} Wood Hall Limited v Pipeline Authority (1979) 141 CLR 443, 457 (1998) 3 VR 380, Cited by Dixon William, As good as cash? The diminution of the Autonomy Principle, AUSTRALIA BUSINESS LAW REVIEW (32), p. 2.

ويظهر الارتباط بين العمليات البنكية والأوراق التجارية وثيقاً، حيث وجد كلاهما لتسهيل العمليات المصرفية من حيث الأصل. وبمقارنة قواعد الكمبيالة بخطط الاعتماد المستندي، يمكن استخلاص أن كلاهما محكومٌ بقاعدة الاستقلال التي تحدد إطار المسؤولية في الالتزام، بل وذهب البعض إلى أكثر من ذلك فقال أن القواعد المؤسسة لعملية الاعتماد المستندي لربما تجد منبعها في القواعد التي حكمت الكمبيالة لسنواتٍ خلت. ^{١٣٨} وقد يبرر لذلك بأن النظام المعمول به في عمليات الاعتماد المستندي لم يظهر إلا استجابة لحاجيات التجارة الخارجية، وتطور تدريجياً من طريقة سحب الكمبيالة المستندية والتي يرفق بها البائع المستندات الممثلة للبضاعة وسند شحنها، ووثيقة التأمين إلى الصورة التي نجد الاعتماد المستندي عليها اليوم والتي تستلزم وجود المصرف كطرف أصيل في عملية الاعتماد. ^{١٣٩}

ويتضمن مفهوم الاستقلال المصرفي على النحو المتقدم، الفكرة القائلة بأن إنشاء السندات التجارية على اختلافها أو تظهير هذه السندات إنما يكون في سبيل تسوية علاقات سابقة للسند من حيث الوجود، وتنشأ تبعاً لذلك علاقة مزدوجة بين الدائن والمدين، فبالإضافة إلى العلاقة الأصلية التي ينهض بموجبها السند، والتي تجعل من المشتري مديناً بالثمن للبائع والتي تخضع في عمومها للقواعد العامة، تنشأ بعد تحرير السند التجاري علاقة جديدة يترتب عليها التزام صرفي يتمتع بخصائص ذاتية ويخضع لأحكام قانون الصرف. ^{١٤٠}

وقد كانت وما تزال طبيعة هذا الالتزام الصرفي مدار بحث واسع من قبل الفقهاء وموضوع خلاف حاد بينهم، وقيل في تفسيره نظريات متعددة كان من أهمها النظرية التي تقول بأن السند التجاري لا ينشئ التزاماً جديداً إنما هو مجرد صك يقصد من تحريره إثبات التزام سابق، وبالتالي تفسير العلاقات القانونية الناشئة عن السند التجاري بالاستناد إلى القواعد العامة للالتزامات. أما النظريات المرتكزة على القواعد العامة للالتزامات فتعتبر أن السند لا ينشئ التزاماً جديداً على عاتق الموقع، بل يبقى الالتزام السابق قائماً، ولكن يتفق موقع السند أو مظهره مع المستفيد أو المظهر له على إفراغ هذا الالتزام في السند التجاري، وعلى ذلك يكون مصدر التزام الموقع على السند هو الاتفاق الذي تم بينه وبين دائنه على تحرير السند أو تظهيره ليكون وسيلة لإثبات الالتزام القائم بينهما، ولكن الموقع لا يلتزم

¹³⁸ Clive M. Schmitthoff, the Transferable Credit, JOURNAL OF BUSINESS LAW, 1988, p. 51.

^{١٣٩} مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٨٧.

^{١٤٠} د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٨.

تجاه دائئه المباشر فقط بل ينتقل هذا الالتزام لصالح الحملة المتعاقبين للسند، وإذا تمكن أحد الموقعين من التمسك في مواجهة الحامل بانقضاء التزامه في الورقة لأي سبب، فإن ذلك لا يعفي الموقعين الآخرين من الوفاء ولا يمنع حامل الورقة من الرجوع عليهم.^{١٤١}

والملاحظ لعملية الاعتماد المستندي بكونه عملية مصرفية، يجد أن القواعد المؤسسة لقانون الصرف، ترخي بظلالها على طبيعة الالتزام في هذه العملية، ويمكن تبين مظاهر الاستقلال المصرفي على عمليات الاعتماد المستندي كما يلي :

أولاً: الالتزام المصرفي التزام حرفي :

ويعني الالتزام الحرفي أن يكون للورقة التجارية شكل معين، فتنضمن بيانات محددة ينص عليها القانون أو العرف، لذلك فإن الورقة التجارية التي تخلو من أحد هذه البيانات الإلزامية لا تعتبر ورقة تجارية، فيندمج الحق في الورقة التجارية بحيث لا ينتقل إلا بانتقال حيازة الورقة إلى المتصرف إليه، فلا يستطيع صاحب الحق المطالبة به إلا بإبراز الورقة التجارية.^{١٤٢}

وتظهر فكرة الالتزام الحرفي في عمليات الاعتماد المستندي في صورة مقارنة من ذلك، حيث يحكم مبدأ المطابقة الحرفية آلية العمل المصرفي في هذا النوع من العقود، وعلى وجه التحديد لدى استلام البنك للمستندات الممثلة للبضائع من المستفيد. فيقع على عاتق المستفيد مهمة تسليم مستندات الاعتماد المطلوبة كاملة دون أي نقص في عددها أو نوعها أو نسخها، وإلا فقد المستفيد حقه في قيمة الاعتماد المنصوص عليها في خطاب الاعتماد، وذلك إعمالاً للقاعدة القانونية التي مفادها أن المقصر أولى بالخسارة، فلا يستطيع المستفيد بعد ذلك أن يدفع بعدم أهمية هذا المستند للعميل.^{١٤٣} ويكون على البنك - المصدر و المراسل - أن يتقيد بما ورد في خطاب الاعتماد و إلا نشأ التزامه في مواجهة عميله الأمر.

^{١٤١} عصام حنفي محمود، المرجع السابق، ص ١٣.

^{١٤٢} علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٢٩.

^{١٤٣} د. محمد العبابنة، معيار المطابقة الظاهرية لوثائق الاعتماد المستندي على ضوء نشرة الأعراف الموحدة UCP600، مجلة الحقوق - جامعة البحرين، العدد ١٨٤، ص ١٢.

ثانياً: عدم تأثر الدين الأصلي ببطلان الدين الصرفي :

ويعني ذلك أن العلاقة الأصلية لا تتأثر بما قد يشوب الالتزام الصرفي من عيوب بطريقة تستتبع زوال هذا الالتزام، فتظل العلاقة الأصلية قائمة بما يجوز معه للدائن الرجوع على المدين بها،^{١٤٤} حتى مع امتناعه عن الرجوع بدعوى الصرف، فيجوز اعتبار الورقة التجارية المعيبة دليلاً كاملاً أو مبدأً ثبوت بالكتابة على الالتزام الأصلي.^{١٤٥} ويظهر بذلك الالتزام الصرفي مجرداً عن الالتزام الأصلي الذي نشأ في سبيل تنفيذه. وتكمن أهمية هذا الأمر في تأمين العلاقة المصرفية موضوع الالتزام من أية عيوب قد تقدر في العلاقة الأصلية التي أدت إلى تحرير أو تظهير الورقة التجارية.^{١٤٦}

وانتهت في ذلك محكمة النقض المصرية إلى أن : " إنشاء الورقة التجارية أو تظهيرها لتكون أداة وفاء لدين سابق، يترتب عليه نشوء التزام جديد في ذمة المدين، هو الالتزام الصرفي، ونشوء هذا الالتزام لا يستتبع انقضاء الدين الأصلي بطريق التجديد طبقاً للمادة (٣٥٤) من القانون المدني، والتي تنص على أن التجديد لا يفترض، بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف".^{١٤٧}

وينسحب هذا الأمر إلى حد بعيد على طبيعة الالتزام في عمليات الاعتماد المستندي، فالعلاقة الأصلية المتمثلة في عقد البيع الأصلي، تظل بمعزل عن كل العيوب التي تقدر في خطاب الاعتماد أو عقد الاعتماد. وقررت هذا الأمر محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن : "إصدار الاعتماد المستندي - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - ليس عملية أصلية يفرض عليها رسم دمغة ولكنه متفرع عن عملية أخرى هي عملية فتح اعتماد عادي بسلفة يمنحها البنك إلى عميله مضمونة بمستندات أو بضائع ما لم يكن للعميل رصيد دائن للبنك يزيد على قيمة الاعتماد فعندئذ يؤول الاعتماد إلى

^{١٤٤} راجع في ذلك : مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، المرجع السابق، ص ٣٠٣.

^{١٤٥} وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية أن : " الأصل في الأوراق التجارية المعيبة أنها تعتبر سندات عادية تخض لأحكام القانون المدني متى كانت مستوفية الشروط اللازمة لهذه السندات إلا إذا صدرت بين تجار أو لأعمال تجارية فإنها تجري عليها الأحكام العامة للأوراق التجارية. - الطعن رقم ٢٢٧ سنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢ س ١٨ ع ٢ ص ٦١٨".

^{١٤٦} علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٣٢.

^{١٤٧} الطعن رقم ٣٢٠، سنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/٢١ س ٢٢ ص ١١٣.

خصم يقيد في الحساب المدين للعميل ولا يفرض عليه هذا الرسم باعتبار أنه حصل عند فتح الاعتماد السابق".^{١٤٨}

ويبدو من هذا الحكم أن التطبيقات القضائية التي تصدرت لعملية الاعتماد المستندي ردت هذه العملية إلى الأصول التي تحكم العمل المصرفي، والتي قد لا يظهر المصرف فيها بمظهر الوكيل، ولكن بوصفه الأمين على استكمال العمليات التجارية بصورة مهنية. وكان مؤدى ذلك أن أصبح الأساس القانوني الذي يحكم عملية الاعتماد المستندي هو مبدأ الاستقلال بين عقودها، فلا يجري أثر عقدٍ على الآخر، وهذا الأمر ينسحب بطبيعة الحال على الالتزام المصرفي.^{١٤٩} حيث تجعل خاصية التجريد الالتزام المصرفي مستقلاً عن العلاقات الأصلية التي نشأ في سبيل تنفيذها، فلا يجوز للمدين المصرفي أن يدفع في مواجهة الحامل حسن النية بالدفع المشتقة من سبب الالتزام المصرفي، أي العلاقة الأصلية كبطلان هذه العلاقة لعدم مشروعيتها أو انقضائها.^{١٥٠}

وتجد هذه الصورة نصاً مشابهاً في عمليات الاعتماد المستندي، حيث نصت المادة (١/٣٢١) من قانون التجارة البحريني على أن : " يكون التزام البنك في حالة الاعتماد المستندي البات قطعيًا ومباشراً قبل المستفيد متى أخطر به وقبل كل حامل حسن النية للصك الذي سحب تنفيذا للعقد".

ومفاد النص المتقدم هو أن يكون التعهد الصادر عن البنك بمعزل عن أي التزام أصلي ينشأ بين البائع المستفيد من قيمة الاعتماد وبين المشتري الأمر بهذه القيمة، فإذا صدر حكم بإبطال عقد البيع الأصلي فإن البنك لا يستطيع التعذر ببطلان هذا العقد أمام المستفيد، وبالتالي امتناعه عن سداد قيمة الاعتماد للمستفيد.

ثالثاً: بقاء الالتزام الأصلي رغم تقادم الالتزام المصرفي :

ينقضي الالتزام المصرفي بأحد أمرين: السقوط أو التقادم. ويتحقق الأول جزاءً لحامل الورقة التجارية الذي يهمل ورقته فيخفق في اتخاذ الإجراءات القانونية ومراعاة المواعيد التي رسمها القانون، وبناء على ذلك فإن سقوط الدعوى يلحق بالدعوى المصرفية دون أصل الحق كدعوى المطالبة بمقابل

^{١٤٨} الطعن رقم ٣٩٢ سنة ٢١ ق جلسة ١٠/١٢/١٩٥٣.

^{١٤٩} حكم صادر عن محكمة النقض المصرية - الطعن رقم ٤٠٢ سنة ٤٤٤ ق جلسة ٢٠/٢/١٩٧٨ س ٢٩ ص ٥٣٣.

^{١٥٠} دقايشية إكرام، الرجوع المصرفي في السفتجة، رسالة ماجستير لدى جامعة الجزائر، سنة ٢٠١٢، ص ٤٣.

الوفاء، أو الدعوى المبنية على العلاقة الأصلية بين الحامل والمستفيد.^{١٥١} وتتسحب بذلك فكرة السقوط على عمليات الاعتماد المستندي، فعدم تقديم المستفيد للمستندات المطلوبة والصحيحة في المدة المنصوص عليها في خطاب الاعتماد، يؤدي إلى سقوط حقه في قيمة الاعتماد، فلا يلزم المصرف والحال كذلك بقبول هذه المستندات في الفترة اللاحقة لهذا الميعاد إلا إذا أُنْ له العمل الأمر بذلك.^{١٥٢}

وتتمثل الطريقة الأخرى لانقضاء الالتزام الصرفي في التقادم. غير أن الالتزام الصرفي إذا كان ينقضي بالتقادم الصرفي، إلا أن ذلك لا ينسحب على العلاقة الأصلية، فلا تتقادم الدعوى الأصلية إلا بانقضاء مدة التقادم الخاصة بها.^{١٥٣} ذلك أن تسليم الورقة التجارية للدائن في سبيل تنفيذ العقد الأصلي لا يترتب عليه تجديد الدين. فتجديد الدين لا يفترض، حيث نصت المادة (٣٤٥) من القانون المدني البحريني على ذلك بقولها أن: "التجديد لا يفترض، بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف". ويتربط على ذلك أن قرينة الوفاء في الدين الصرفي، لا تتسحب هي الأخرى على الدين الأصلي والذي يظل خاضعاً للقواعد الخاصة به.^{١٥٤}

وقد تضمن قانون التجارة البحريني العديد من النصوص القانونية التي تنظم مسألة التقادم الصرفي، وذلك باختلاف الورقة التجارية التي ينظمها، ومن ذلك مثلاً المادة (٤٨٩) من قانون التجارة البحريني الخاصة بالشيك، حيث نصت على أنه: "يجوز للحامل وغيره من الملتزمين بالوفاء بقيمة الشيك رغم تقادم دعوى المطالبة بقيمة الشيك أن يطالبوا الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء أو قدمه واسترده كله أو بعضه برد ما أثرى به دون وجه حق". فيجوز بناء عليه الرجوع بموجب دعوى الإثراء بلا سبب للمطالبة بمقابل الالتزام الصرفي، دون من ثمة حاجة إلى الرجوع إلى تأصيل الالتزام الأصلي من جديد، والذي سيضطر المستفيد من الورقة التجارية البحث فيما إذا كان مستحقاً لهذه القيمة أم لا. وأكدت على ذلك محكمة التمييز في مملكة البحرين بقولها أن: "سقوط دعوى الصرف لإهمال حامل الورقة التجارية أو انقضائها بالتقادم. لا أثر له على دعوى الدين الأصلي".^{١٥٥} ويستفاد من هذا

^{١٥١} د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٢٦١.

^{١٥٢} راجع في هذا المعنى: د. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية - دراسة قانونية للأعراف الدولية والقضاء المقارن، المرجع السابق، ص ١١٦.

^{١٥٣} د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ١١٧.

^{١٥٤} مصطفى كمال طه و وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص ٣٠٣.

^{١٥٥} الطعن رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٦ - جلسة ٢٠٠٦/٦/٥، مجموعة أحكام السنة السابعة عشر.

الحكم أن الدعوى الناتجة عن الالتزام الصرفي، هي في حقيقتها دعوى مستقلة عن الدعوى المطالبة بأصل الدين.

ويظهر هذا الأمر هو الآخر في عمليات الاعتماد المستندي في صورة أخرى تتمثل في المدة المتفق عليها لتقديم المستندات، فإذا انقضت هذه المدة فإن المستفيد لا يستطيع تقديم المستندات والمطالبة بقيمة الاعتماد، ومع ذلك يظل له الحق في الرجوع على المشتري للمطالبة بثمن المبيع،^{١٥٦} حيث يفاد من التقادم الطويل المنصوص عليه في المادة (٨٧) من قانون التجارة البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٧) لسنة ١٩٨٧ بأن : " في المواد التجارية تسقط التزامات التجار المتعلقة بأعمالهم التجارية قبل بعضهم البعض بمضي عشر سنوات من تاريخ حلول ميعاد الوفاء ما لم ينص القانون على مدة أقل ".

وينسحب هذا الأمر على المستفيد لدى المطالبة بالحقوق الناجمة عن عملية الاعتماد المستندي، سواءً كان في مواجهة العميل الأمر بموجب عقد البيع الأصلي لدى تعذر استحصال قيمة الاعتماد، أو في مواجهة البنك الذي يمتنع عن سداد قيمة الاعتماد للمستفيد دون أي مبرر قانوني.

المطلب الثاني

الأهمية والصعوبات العملية لمبدأ استقلال العلاقات في عملية الاعتماد المستندي

كرّس الطابع الدولي لعقد البيع الأصلي أهمية دور البنك كوسيط لإتمام تنفيذ عقد البيع الأصلي، حيث يقوم باستلام المستندات الممثلة للبضائع من المستفيد، وأداء قيمة الاعتماد له تبعاً لذلك. وسعيًا لحماية هذا الدور، كرست كافة الأعراف الدولية مفهوم الفصل بين العقود في عملية الاعتماد المستندي، في نزعة - يمكن وصفها - بأنها قد جاءت متطرفة إلى حد بعيد. وكان ذلك اتساقاً مع الأعراف المدنية والتجارية، التي تشبعت بأفكار النسبية، والحدّ من أثر العقد، وقصره على عاقيه دون أن ينسحب ذلك الأثر إلى الغير.

وصار بذلك مبدأ استقلال العقود في عمليات الاعتماد المستندي راسخاً في الأعراف التجارية الدولية، وأكدت على هذا المبدأ العديد من المحاكم، ومنها محكمة النقض المصرية بقولها : " إن التزام البنك بالوفاء بقيمة الاعتماد المصرفي من يوم تنبئته هو التزام مستقل عن العقد القائم بين البائع

^{١٥٦} راجع في ذات المعنى : د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٧٧.

والمشتري على الصفقة، فلا يلزم البنك بالوفاء بقيمته - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - إلا إذا نفذ المستفيد شروط فتح الاعتماد " . ١٥٧

وتخضع عمليات الاعتماد المستندي منذ نشأتها لقواعد هذا المبدأ مع تطور في مدى صرامته. فأضحى مكرساً لدى أغلب التشريعات أن عقود الاعتماد هي بطبيعتها معاملات تجارية منفصلة عن المعاملات التي نشأت في سبيل تنفيذها، ويقتصر دور البنك في هذه المعاملات على مطابقة المستندات التي تمثل البضاعة محل عقد البيع؛ على اعتبار أن البنك هو حلقة الوصل في تنفيذ الالتزام الناشئ بين المشتري والبائع. وهكذا ظل دور البنك محدوداً؛ فلا يكون معنياً بأية نزاع بين المشتري والبائع، سواء فيما يتعلق بالأمور الموضوعية أو القانونية المتعلقة بسلامة التنفيذ، والتي قد يثيرها أحدهما في مواجهة الآخر. ١٥٨

و يعتبر هذا الفصل ضرورياً لاستمرار الفائدة من خطاب الاعتماد، حتى صار مبدأ الاستقلال بمثابة الحجر الأساس الذي يقوم عليه دور المصارف في هذه العمليات. ولكن يثور التساؤل في هذا المقام، عم إذا كان من الإنصاف عدم السماح للبنوك بالنظر إلى أبعد من الوثائق المقدمة من المستفيد؟ ويبدو للمتأمل في النصوص والقواعد المنظمة لهذا المبدأ أنها قد أنشئت لحماية مصالح القطاع المصرفي، ويظهر ذلك واضحاً في الفصل الثاني من الأصول والقواعد الموحدة، حيث تبين أن هنالك ما يدعو إلى التشكيك في غياب أي رصيد من القوة التفاوضية بين مقدم الطلب والبنك المصدر في سياق المناقشة حول اختيار القانون الحاكم في خطاب الاعتماد. ١٥٩ وبرر لهذا الإختلال في المراكز التعاقدية بحاجة الأطراف الدولية في عقد البيع إلى وسيط أجنبي عن عقدهما يضمن تمام التنفيذ، فكان أن أطلقت أيدي المصارف وأسبغ عليها دوراً تحكيمياً على النحو الذي يسهل ملاحظته اليوم.

ويبدو جلياً - أيضاً - أن القواعد والأعراف الدولية، قد خصت أطراف عقد البيع الأصلي بحقوق محدودة قياساً على الحقوق المقيضة للقطاع المصرفي، بل أن تنظيم عقد البيع الأصلي قد ترك للقواعد

١٥٧ 1984، س 35، ص 551، المشار إليه لدى د. سعيد أحمد شعله، (1/ 2) الطعن بالنقض رقم 433 لسنة 45 جلسة

١٥٨ راجع في هذا المعنى : د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٧٨ وما بعدها.

١٥٩ راجع في هذا المعنى : د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص ١٧.

العامة، في الوقت الذي تم تنظيم كافة الأمور المتعلقة بعقد الاعتماد وخطاب الاعتماد لارتباطهما بالتزامات البنك التعاقدية.^{١٦٠}

وتغول هذا المبدأ إلى الحد الذي جعل التزامات المصرف ميسرة جداً، ومعزولة عن الالتزامات التي تحكم البائع والمشتري، ومن ذلك مثلاً: أن التزام المصرف بمطابقة المستندات يظل هو الآخر محدوداً ومحكوماً بظاهر الأوراق دون الخوض في مضمون هذه المستندات، فلا يكون البنك معنياً بتسليم أو تسلم البضائع، ولا يكون ملزماً بمطابقة هذه البضائع من الناحية الفعلية بالمستندات.

على أن القواعد والأعراف الموحدة قد تضمنت أهم المبادئ التي تحمي آلية التنفيذ ذاتها، والتي تقوم عليها عملية الاعتماد المستندي، وهما مبدئي الاستقلال والمطابقة. و حافظ هذان المبدأان في الواقع العملي على الإلتزام والثقة في أداء خطابات الاعتماد إلى حدٍ بعيد، على الرغم من أنهما في الكفة المقابلة كانا سبباً في الكثير من المعوقات أمام تسهيل عمليات الاعتماد.^{١٦١}

وسيتناول هذا المطلب الأهمية العملية لمبدأ الاستقلال، ثم يليه تبين ما يرد عليه من صعوبات يمكن ردها إلى الواقع العملي .

الفرع الأول

الأهمية العملية لمبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي

يرعى مبدأ الاستقلال عملية الاعتماد المستندي، وذلك عن طريق الحدّ من تدخل أي طرف من أطراف هذه العملية في العقود الأخرى التي لا يكونون أطرافاً فيها،^{١٦٢} وهذا ما دفع القاضي Ackner L إلى وصف مبدأ الاستقلال في أوائل القضايا التي تناولت مبدأ الاستقلال بأنه عصب الحياة

^{١٦٠} وقد يكون مرد ذلك هو أن القواعد والعادات الموحدة قد وجدت نتيجة عمل رجال البنوك على وضع تفسير موحد لشروط الاعتمادات المستندية. حيث انتهز رجال البنوك بالولايات المتحدة الأمريكية اجتماع مؤتمر خاص بالائتمان التجاري عام ١٩٢٠، لمناقشة مجموعة من المسائل المتعلقة بالاعتماد المستندي، في محاولة للتوصل إلى رأي موحد بشأنها. وأعقب ذلك أن قامت خمسة وثلاثون دولة باعتماد هذه الصيغة. راجع في ذلك : محيي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ١٠٤٨.

^{١٦١} Yan Hao, Risks Analysis of Letter of Credit - Based on Principle of Independence and Strict Compliance, an article published in International Journal of Business and Social Science, p. 199.

^{١٦٢} Stephano Ferrero, Some Consideration on the Doctrine of Strict Compliance and the Autonomy Principle in Documentary Credit, an article published in Business Jus Magazine, Cambia, p. 5.

التجارية،^{١٦٣} ذلك أن هذا المبدأ هو الذي يطمئن البائع بأن سداد الثمن سيكون موثقاً عن طريق المصرف بعد شحنه للبضاعة، كما يطمئن المشتري بأن أداء الثمن المتمثل في قيمة الاعتماد لن يتم إلا بعد تأكد المصرف من أن البضاعة قد شحنت فعلاً، باستلام المستندات الدالة على ذلك، كبوليصة الشحن ووثائق التأمين وغير ذلك. وسيتناول هذا الفرع الأهمية العملية لمبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي، فكيف يحمي المبدأ أطراف الاعتماد؟ وماهي العمليات الضامنة لذلك؟ وهل من حماية للآلية التي يقوم عليها الاعتماد المستندي ذاته؟

أولاً : مبدأ الاستقلال يحمي المستفيد :

يتأسس هذا المبدأ على فكرة الحد من المخاطر التي قد تعرض للبائع عند التنفيذ وبعد شحن البضائع؛ ذلك أن عملية الاعتماد المستندي تظل مهددة بعدم تمام السداد لأسباب عدّة منها إفلاس المشتري، أو التأخر في السداد، أو محاولة المشتري تخفيض سعر البضاعة المباعة لوجود عيب حقيقي أو مختلق فيها. وعليه فإن البائع سوف يكون له الفرصة في الحدّ من هذه المخاطر بطلب تسليم ثمن البضاعة بواسطة بنك المشتري عن طريق الاعتماد المستندي الذي يضمن هذا السداد. وهنا تظهر الأهمية العملية لمبدأ الاستقلال والذي يبقى ذمة البنك المصدر مشغولة للبائع بمجرد تقديم المستندات استجابة لخطاب الاعتماد الصادر عنه، وبغض النظر عن جودة البضائع أو إفلاس المشتري، بل وعن أية دعاوى لاحقة قد تنشأ بسبب جودة البضائع التي تم شحنها. وهذا الأمر هو الذي يطمئن البائع بأن استحصال الثمن سيكون محققاً، طالما أنه قد قدم المستندات المنصوص عليها في خطاب الاعتماد، وطالما أنه قد قدمها خلال المدة المنصوص عليها في هذا الخطاب.^{١٦٤}

ثانياً : مبدأ الاستقلال يحمي البنك المصدر :

بات معلوماً أن المشتري حين يطلب من البنك المصدر فتح الاعتماد لصالح المستفيد، فإن البنك المصدر يحتمل المشتري ثمناً مساوٍ لما قد يعرض للبنك من مخاطر أو ما قد يتحملهُ من مسؤولية نتيجة لهذا الاعتماد، فضلاً عما يستحقه البنك من فائدة لكون الاعتماد المستندي من العمليات التجارية. وحتى تكون عملية الاعتماد المستندي غير مكلفة نسبياً مع قيمة الرسم، فإن المصارف أنشأت مسؤولية

¹⁶³ United City Merchant Ltd v Royal Bank of Canada (1982) 3 WLR 1039. (1983) 1 AC 168

¹⁶⁴ See generally J. White & R. Summers, Uniform Commercial Code 19-1 (3d ed. 1988).

خاصة بالبنك تتمثل في مطابقة المستندات ظاهرياً، ومن ثم الدفع دون أن يدخل البنك في أية تفاصيل أخرى قد تتعلق بالعقود التي نشأت أو قد تنشأ بعد فتح الاعتماد من قبل المشتري.^{١٦٥} وهذه الخاصية المتعلقة بالحد من اختصاصات البنك المصدر جعلت من البنك أكثر كفاءة في أداء عملية المطابقة وتحويل ثمن البضاعة للبائع. وهو الأمر الذي قد يكون مقبولاً إلى حد ما، ذلك أن البنك المصدر قد لا يستطيع الإلمام والإحاطة بباقي العقود التي قد تنشأ بين البائع والمشتري، بل وقد لا يكون معنياً بهذه العقود. وعليه فإن مبدأ الاستقلال كما أسلفنا يحمي البنك المصدر أولاً بتوزيع المسؤوليات التي تنشأ نتيجة لعقد الاعتماد، وثانياً، بجعل هذه المسؤوليات معقولة بالنظر لما يدفعه المشتري من رسم إلى البنك.^{١٦٦}

ثالثاً : أكثر العمليات المصرفية ضماناً لأطرافها :

يقدم مبدأ الاستقلال . من وجهة نظر المستفيد (البائع) . أداة أو وسيلة تساوي الضمان الذي يقدمه الدفع النقدي، وهذا الأمر هو الذي دفع إلى انتشار وقبول عمليات الاعتماد المستندي على نطاق واسع. و ينسحب هذا القبول أيضاً على البنك المصدر، الذي يعتبر أن هذه العملية وفقاً لشروطها المعمول بها دولياً تلائم كثيراً آلية العمل المصرفي، فالبنك ليس مطلوباً منه سوى مطابقة البيانات، دون الخوض في أية معايير موضوعية أخرى؛ ذلك أن الأعراف الدولية لم تعتبر البنك وكياً عن المشتري في الدفع، ولا يعمل لحسابه، ولذلك فإن البنوك قلما تتصدى إلى مسألة الكشف عن وجود غش في المستندات، على اعتبار أنها مسألة غالباً ما تحتاج إلى بحث موضوعي، مع أن الغش هو الاستثناء الأكثر تكريساً في التطبيقات القضائية.^{١٦٧}

^{١٦٥} راجع في هذا المعنى : علي الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ص ٦٦.

^{١٦٦} See Mclaughlin, Recent Developments in Standby Letters of Credit, in Legal Issues in Bank Lending, November 16-17, 1987(Executive Enterprise, Inc. 1987).

^{١٦٧} Dixon Williams M, As good as cash? The diminution of the autonomy principle, Australian Business Law Review, p. 32.

رابعاً : مبدأ الاستقلال يحمي الآلية التي تقوم عليها عملية الاعتماد المستندي :

تقوم عملية الاعتماد المستندي بتأكيد الدفع للمستفيد (البائع)، لذلك فإن البائع والمشتري في عقود البيع الدولية غالباً ما يرغبون في تنفيذ عقودهم بواسطة الاعتماد المستندي الذي يتضمن وسيلة دفع مؤكدة ومأمونة. كالحالة التي يكون المستفيد من خطاب الاعتماد شخص مضارب أو وسيط يقوم بشراء السلع من المزودين، ومن ثم يقوم بإعادة بيعها، ففي هذه الحالة سيكون المشتري بالطبع هو الأمر بفتح الاعتماد. ولسداد قيمة هذه البضائع للمزودين، فإن المستفيد قد يطلب من بنك آخر أن يقوم بضمان هذا الاعتماد المستندي باعتماد مستندي هو الآخر، فيما يعرف بـ Back to Back Letter of Credit ، لكن سيكون الاعتماد هذه المرة لصالح المزود. وعلى سبيل الضمان بالنسبة للبنك المصدر الثاني، فإنه سوف يطلب تنازلاً عن الثمن الناجم عن رسالة الاعتماد الأولى. وهنا تظهر أهمية مبدأ الاستقلال في حماية حق البنك الثاني، من أن يكون عرضة للتأثر بأي نزاع قد يطرأ بين المشتري والوسيط في عملية الاعتماد الأولى.¹⁶⁸

وبالرغم من أهمية مبدأ الإستقلال في عمليات الإعتماد المستندي والفوائد العديدة التي يحققها لأطراف عقد البيع الدولي، إلا أنه لا يسلم من بعض الصعوبات العملية. فما هي الصعوبات التي تواجه مبدأ الإستقلال؟

الفرع الثاني

الصعوبات العملية التي تواجه تطبيق مبدأ الاستقلال

لا يزال مبدأ الاستقلال - رغم ما تقدّم ذكره - يواجه العديد من الصعوبات في الواقع العملي. فرغم التكريس والحفاوة التي أولتها الأعراف الدولية والقوانين المحلية لهذا المبدأ، إلا أن التطبيق الفعلي لهذه العملية كثيراً ما يثبت الصعوبة في فك الارتباط بين العقود في عملية الاعتماد المستندي. وتظهر هذه الصعوبات على وجه الخصوص في تقييد عقد البيع الأصلي لخطاب الاعتماد، والتناقض الذي قد يقع بين خطاب الاعتماد وعقد البيع، وكذلك الاستثناءات التي قد ترد على المبدأ في حد ذاته، ودعوى البعض أن مبدأ الاستقلال يجعله منافياً لمقتضى العقد، بالإضافة الى عدم قبول بعض

¹⁶⁸ McLaughlin, GeraldT., Letters of Credit and Illegal Contract: The Limits of Independence Principle, Ohio State Law Journal, vol. 49, no. 5 (1989), p 1210.

التشريعات لفكرة الفصل بين العقد الأساس والعقود. فهذه الصعوبات تشكل عائقاً هاماً أمام مبدأ الإستقلال مما يقتضي تخصيصها بالدراسة في هذا الفرع.

أولاً: تقييد عقد البيع الأصلي لخطاب الاعتماد :

من المعلوم أن خطاب الاعتماد يستند على عقد الاعتماد المبرم بين المشتري والبنك، والذي يتم بناءً عليه فتح الاعتماد لصالح البائع/ المستفيد. لذلك فإن خطاب الاعتماد يكون ملزماً ونافاً بعد إصداره من البنك، إذ بمجرد إرسال الخطاب إلى المستفيد فإن هذا الخطاب يكون ملزماً وباتاً، ويحتم على البنك أن يقوم بمطابقة المستندات بمجرد تقديمها، وأداء قيمة الاعتماد بعد التأكد من مطابقتها الفعلية لتعليمات عميله الأمر. وفي الفرض القائل بأن هنالك ثمة تعديل على العقد الأصلي، فإن البنك يتعذر عليه أن يقوم بالمواءمة بين هذه العقود، ذلك أنه يكون ملزماً بعقد الاعتماد مع العميل الأمر والتعليمات الصادرة عنه فقط، دون أن يكون معنياً بالعقد الأصلي أو أية عقود لاحقة عليه، وهو الأمر الذي قد لا يكون مسوغاً في كثير من الأحيان.^{١٦٩}

ثانياً: التناقض بين خطاب الاعتماد وعقد البيع :

عند وقوع أي تناقض بين خطاب الاعتماد وعقد البيع، فإن أثر هذا التناقض قد يختلف باختلاف موقف المستفيد منه، ذلك أن المستفيد قد يقبل أو يرفض مثل هذا التناقض بين عقد الاعتماد وعقد البيع. فعندما لا يكون خطاب الاعتماد مطابقاً لعقد البيع، فإن المستفيد قد يتمسك بتعديل الخطاب. وبناءً عليه فإن الأمر يكون ملزماً بإجابة الطلب بتعديل طلب الاعتماد، وذلك في سبيل تنفيذ الالتزامات الواردة في عقد البيع، وهذه الحالة تتضمن تدخلاً بيناً من المستفيد في العلاقة التي نشأت بين البنك و الأمر.^{١٧٠} وقد يقوم المستفيد في حالات أخرى بقبول مثل هذا التناقض بين خطاب الاعتماد وعقد البيع الأصلي، وهو ما قد ينشئ اتفاقاً جديداً خلافاً للاتفاق الأصلي الذي نشأ بين المشتري والبائع، ومع ذلك فإن هذا القبول لا يعتبر إخلالاً بالاتفاق الأصلي، ولا يشار له على أنه تعديل على العقد الأصلي،

¹⁶⁹ Ross P. Buckley and Xiang Gao, The Development of the Fraud Rule in Letter of Credit Law: The Journey So Far and the Road Ahead, An Article Published online, p. 666.

^{١٧٠} راجع في ذات المعنى : محيي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ١٢٨٣.

وهكذا فإن مبدأ الاستقلال لا يمكن أن يظهر إلا إذا استقرت كافة العلاقات بين أطراف هذه المجموعة العقدية. ذلك أن أي اختلاف بين خطاب الاعتماد والعقد الأصلي سيكون بمثابة تعديل على العقد الأصلي، الذي يقوِّض فكرة الاستقلال بين العقود.^{١٧١}

ثالثاً: الاستثناءات التي ترد على المبدأ :

اتفقت كلمة الفقه والقضاء على أن هذا المبدأ ليس مقدساً كما كان الاعتقاد سائداً، ذلك أن الممارسة القضائية قد بدأت تسوق مجموعة من الاستثناءات وبشكلٍ مطرد على نحوٍ يؤدي إلى التشكك في وجود هذا المبدأ من حيث الأصل. وكان أبرز استثناءٍ كرسته الأعراف الدولية هو الغش، والذي يمكن أن يثار من قبل العميل الأمر الذي له أن يطلب ذلك من البنك مباشرة، أو عن طريق استصدار أمر قضائي بوقف الصرف لوجود أمارات جدية عليه. وبالرغم من معالجة مبدأ الاستقلال فقهيّاً وقضائياً إلا أن المعايير التي وُضعت حتى اليوم لم تتمكن من معالجة فكرة الغش بشكلٍ واضح، لذلك فقد ظلت البنوك باعتبارها وسيطاً موثقاً، عاجزة عن تقديم الحماية الكافية للمتعاقدین. ذلك أن هذا المبدأ قد تجاهل الوضع الحقيقي للبيوع الدولية، وكان مؤدى ذلك استمرار تدخل المحاكم في تكييف مبدأ الاستقلال، فلم يعد الغش هو الاستثناء الوحيد عليه، مما أفضى إلى قبول المستفيدين في كثير من الأحيان تعزيز أو إصدار اعتماداتهم من بنوك تخضع لنظم قضائية لا تقوم فيها المحاكم بتنفيذ هذا المبدأ وفقاً للأعراف الدولية المعمول بها بشكل صارم.^{١٧٢}

رابعاً: الاعتماد المستندي يجعل الثمن مقابلاً للمستندات :

ذهب البعض إلى أن اشتغال الاعتماد المستندي على مبدأ الاستقلال يجعله منافياً لمقتضى العقد، إذ أن مقصود عقد البيع هو أن يكون الثمن في مقابلة الثمن، وهذا بخلاف الاعتماد المستندي الذي يجعل الثمن في مقابلة مجرد ظاهر المستندات بصرف النظر عن واقع البضاعة، وهذا يناهض ما يقتضيه عقد البيع، وفيه تقريظ لحق المشتري.^{١٧٣} فضلاً عن أنه يعرض حقه للضياع، ويخالف مقتضى عقد البيع الذي أبرم عقد الاعتماد المستندي في سبيل تنفيذه، وهذان الأمران يجعلان من عقد

^{١٧١} محيي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ١٢٨٤.

^{١٧٢} Roberto Luis, ibid, p. 1.

^{١٧٣} د. عبدالله بن محمد بن حسن السعيد، المرجع السابق، ص ٥٠٠.

الاعتماد المستندي باطلاً أو قابلاً للإبطال على الأقل، بل قد يتخطى الأمر ذلك فيلحق الفساد بعقد البيع.^{١٧٤} وتغلبت البنوك الإسلامية على هذه المسألة - فبالرغم من أنها تخضع للقواعد الدولية للأعراف الموحدة وتطبيقها، فإن ممارستها للاعتماد المستندي تقوم على تملك البضاعة ملكية ضمان، بمعنى أنها إذا هلك قبل التسليم فإنما تهلك على ملكية البنك، وكذلك عليه مسؤولية ضمان العيوب الخفية فيها.^{١٧٥}

خامساً: ردّ مبدأ الاستقلال للأصول والقواعد المدنية :

لوحظ أنّ بعض قوانين دول الأنظمة اللاتينية، لم تعتبر العقد الأساس بمعزل كلياً عن عقد الاعتماد. حيث أن مشرعي هذه الدول لم يقبلوا فكرة الفصل التحكيمي بين العقود في عمليات الاعتماد المستندي، ومن ذلك . على سبيل المثال . القانون البلجيكي، الذي اعتبر أن عقد الاعتماد مستمد من عقد البيع الأصلي.^{١٧٦} وقد يعود ذلك إلى أن نظرية السبب لا زالت متجذرة في هذه الأنظمة، وقد سبقت الإشارة إلى فكرة السبب كحلقة وصل بين العقود. ويمكن تبرير مثل هذا الموقف التشريعي بالرجوع إلى العديد من القواعد المدنية، التي تثير فكرة الارتباط بين العقود المختلفة، وكذلك بالرجوع إلى الفلسفة التي يتبناها المشرعون لدى معالجة العقود التجارية، ويمكن تلخيص هذه الأفكار فيما يلي:

١. تطبيق قاعدة الملحقات تتبع الأصل، ويعرف هذا التلازم بين الملحق والأصل بأنه : رابطة تنشأ بين علاقة الالتزام والشيء عندما تكون هذه العلاقة ضرورية للاستخدام الجيد للشيء، أو الانتفاع به على نحو تفقد به هذه العلاقة مبرر وجودها وقيمتها القانونية عندما تكون بمعزل عن الشيء.^{١٧٧} وقد سبق أن تبني الفقه في تأصيل انصراف بعض آثار العقد إلى الخلف الخاص، فملحقات الحق تنتقل إلى الخلف الخاص، لأنها تتبع الحق الذي انتقل إليه.^{١٧٨}

^{١٧٤} د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ١٥٤.

^{١٧٥} حسين محمد بيومي، المرجع السابق، ص ١٦١.

^{١٧٦} Philippe De Smedit, First Demand Guarantees in Belgian Law, 2 International Financial Law Review 20 (1983).

^{١٧٧} صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص ٢٦٤.

^{١٧٨} د. محمد فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، سنة ١٩٩٨، ص ١٨٢.

وتظهر بجلاء النزعة الموضوعية لفكرة الحق في هذا المبدأ، والذي ينظر إلى الحق من خلال موضوعه والغرض منه، فعرف أنصار هذا الإتجاه الحق بأنه " مصلحة يحميها القانون". وفي هذه النزعة فإنه يعتد بالمصلحة التي يقدمها الشيء، لأن المصلحة هي جوهر الحق، والمصلحة تعني الغاية والهدف من الحق، وذلك خلافاً للاتجاه الشخصي الذي يجد الحق متمثلاً في القدرة أو السلطة الإرادية التي يخولها القانون لشخص من الأشخاص على الشيء فيعتد بالإرادة والسلطان على الأشياء، لأن هذه الإرادة هي التي تملك خلق الحقوق أو إنشاءها كما تملك تغييرها وإنهاؤها.^{١٧٩}

ولقد حاول البعض أن يطور هذه القاعدة لكي تواكب ما يفرزه الواقع العملي من استثناءات على مبدأ نسبية أثر العقد، على اعتبار أن مضمون العقد لا يقتصر على ما يرد فيه، وإنما يشتمل على مستلزماته أيضاً. ويستفاد هذا المبدأ من القواعد المنظمة لفكرة العقد في القوانين المدنية، ومنها القانون البحريني الذي نص في المادة (١٢٧) على أنه : " لا يقتصر العقد على ما يرد فيه من شروط أو يسري عليه من أحكام القانون، وإنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته، وفقاً لما تجري عليه العادة وما تمليه العدالة، ومع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل ". وذلك على اعتبار أن عقد الاعتماد ليس إلا مستلزماً من مستلزمات تنفيذ العقد الأصلي، على النحو الذي يعد إخفاق المشتري في إبرام عقد اعتماد، إخفاقاً في تنفيذ العقد الأساس.

٢. تطبيق فكرة الإطار، وهي من الأفكار الحديثة التي ذاع استعمالها مؤخراً، والتي تتمثل في إبرام طرفين لعقد إطار يكون منشأً للالتزام بالتعاقد. حيث عرّف البعض هذا العقد بأنه مجموعة عقدية تتألف من اتفاق يتضمن قواعد عامة تحدد مقدماً كيفية إبرام وتنفيذ عقود أخرى لاحقة، وبمقتضاه يلتزم الطرفان بمراعاة هذه القواعد.^{١٨٠} وعرفه البعض الآخر بأنه : اتفاقات تهدف إلى إقامة تنظيم نموذجي لعلاقة مستمرة تتعدد تطبيقاتها وتتلاحق عبر الزمن، بحيث يصبح كل تطبيق منها محكوماً بالقواعد المتفق عليها في التنظيم الإطاري،^{١٨١} ويرتب هذا الإتفاق أثره في الحال، حيث يفرض عقد الإطار على

^{١٧٩} من أبرز فقهاء الإتجاه الموضوعي، الفقيه الألماني "أهرنج" Ihring والذي ينكر تأسيس الحق على الإرادة، لأن الحق كما يثبت لذوي الإرادة يثبت لديميها على السواء. انظر في تفصيل ذلك: د. حسن كيره، المرجع السابق، ص ٤٣١ وما بعدها.

^{١٨٠} د. جعفر محمد جواد الفضلي، عقد الإطار - دراسة تحليلية، مقال منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مجلد ٨ ، العدد ٢٨، سنة ٢٠٠٦، ص ١.

^{١٨١} د. عطية سليمان خليفة و عباس موسى إلياس، عقد الإطار والقانون الواجب التطبيق عليه، مجلة الكوفة للعلوم القانونية، العدد ١٦، سنة ٢٠١٣، ص ١٢٣.

عائق أحد الطرفين أو كليهما، التزاماً بإبرام العقود التطبيقية في وقت لاحق يتم الإتفاق عليه مسبقاً^{١٨٢}.

وبذلك ينشئ هذا الاتفاق إطاراً دائماً يحكم معاملات المتعاقدين في المستقبل، ويتصف بالمرونة بحيث يتلاءم مع ما يطرأ من تحول في الظروف الاقتصادية المؤثرة في العقد. ويتضمن هذا العقد القواعد الأساسية فقط، والتي تخضع لها العقود التي سيجري إبرامها فيما بعد وتندرج تحته، ويفترض أن يتم تطبيق هذا الاتفاق على ما يبرمه الطرفان من عقود في المستقبل. ويمكن . عندئذ . أن يبرم كل عقد بما يتلاءم مع الأوضاع الاقتصادية للطرفين والظروف المماثلة وقت إبرامه. ومثال ذلك، عقود التموين حيث يتعهد الموزع بالتزويد من المنتج، ودون أن يقيد حرية الموزع في العمل. ومن أهم الدول التي كرست مثل هذا التنظيم، القانون الألماني الذي شهدت فيه فكرة اتفاق الإطار تطورات هامة منذ صدور قانون ٩ ديسمبر ١٩٧٦ بشأن الشروط العامة في العقود التجارية.^{١٨٣}

ويظهر وجه المقاربة بين فكرة الإطار وعقود الاعتماد المستندي، في أن عقود الاعتماد المستندي غالباً ما يتضمن العقد السابق فيها الشروط الأساسية لما يلحقه من عقود، فعقد البيع يتضمن تحديد اسم المصرف، والنص على تنفيذ العقد بموجب عملية اعتماد مستندي. ثم يلحق ذلك عقد الاعتماد الذي يتضمن اسم المصرف، ومقدار الاعتماد، وتاريخ تقديم الطلب، وتاريخ السداد، إلى غير ذلك من التفاصيل اللازمة للشروع في تنفيذ العقد عن طريق الاعتماد. ومؤدى ذلك أن عملية الاعتماد المستندي كعقد الإطار يكون محلها نظام عقدي قانوني مركب، يقوم لتسهيل تنفيذ عقد أصلي، ووضع الضوابط الأولية لما يليه من عقود.^{١٨٤}

٣ . تطبيق فكرة المجموعة العقدية، وتتناول العقود التي ترتبط فيما بينها بموجب المحل أو السبب. و تنسب فكرة المجموعة العقدية إلى الأستاذ TEYSSIE. وقد سبق تناول هذه الفكرة لدى الحديث عن علاقة البائع بالمشتري في المطلب الأول من هذا المبحث.^{١٨٥}

^{١٨٢} د. محمد حسين عبدالعال، إبرام العقد تطبيقاً لعقد آخر في ظل فكرة اتفاق الإطار، بحث منشور بمجلة كلية الحقوق ، مطبعة جامعة البحرين ، المجلد الثالث - الجزء الأول ، ٢٠٠٦ ، ص ١٧ .

^{١٨٣} د. محمد حسين عبدالعال، المرجع السابق، ص ١٣ .

^{١٨٤} د. جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص ٣ .

^{١٨٥} راجع الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث السابق.

الفصل الثاني

نسبية مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي

يعدّ مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي من المسائل التي تتبوأ اهتماماً كبيراً لدى باحثي عمليات الاعتمادات المستندية؛ لكون هذا المبدأ يعكس إلى حدٍ بعيد طبيعة العلاقات التي تحكمها، وهي العلاقات التي تجد جذورها في الأعراف الدولية التي أنشأتها، وواكبت تطورها، منذ أن كانت فكرة إلى أن تبلورت على النحو المعروف حالياً. ولذلك وصف البروفيسور كوزولجيك **Kozolchyk**^{١٨٦} طبيعة هذا المبدأ بوصفها عاكسة لطبيعة العلاقات في هذه العملية من حيث الأصل، كما وصفه بأنه نظام مصرفي ذو مناعة عالية، إلا أن هذه المناعة تظل نسبية وليست مطلقة.^{١٨٧} وتجد هذه المناعة أصولها في الجذور الصارمة التي استمدتها هذه العلاقات من الأعراف الراسخة في المعاملات التجارية، التي درجت على الفصل بين العقد الرئيس والورقة التجارية التي تنشأ في سبيل تنفيذه. ويبدو أن هذا الأمر هو الذي دفع الفقه في كثير من الأحيان إلى مقارنة نظام عمليات الاعتماد المستندي بالنظام المصرفي الذي يحكم الأوراق التجارية، بكونها أداة وفاء تقوم مقام النقود.^{١٨٨}

^{١٨٦} مؤسس ومدير المركز الأمريكي لبحوث ودراسات التجارة الدولية في أمريكا . درس في جامعة ميامي . وحصل على درجة الدكتوراه من جامعة ميتشجن بأمريكا . شغل استاذ قانون التجارة الدولية في العديد من الجامعات الكبيرة في أمريكا ومن بينها جامعة اريزونا ، وحصل على جائزة افضل استاذ زائر من جامعة ليوزيانا بأمريكا . كما تم الاستعانة به في الجامعات الفرنسية كاستاذ زائر ومن بينها جامعة اكس ان بروفانس . له العديد من المؤلفات في التجارة الدولية من بينها:

- Comparative Commercial Contracts: Law, Culture and Economic Development Drafting Commercial Practices and the Growth of Commercial Contract Law. Latin American Company Law: A Comparative and Economic Development Perspective Vol. 1. La Contratación Comercial En El Derecho Comparado, United States Law of Trade and Investment. El Derecho Comercial ante el Libre Comercio y el Desarrollo Economico. Making Free Trade Work in the Americas. Letters of Credit Vol. IX, Chap. 5. Curso de Derecho Mercantil: Texto y Material de Estudio. Commercial Letters of Credit in the Americas: A. Comparative Study of Contemporary Commercial Transactions

• وهو يعد من الأعضاء البارزين في العديد من المنظمات المعنية بالتجارة الدولية ومن بينها: معهد القانون الأمريكي American Law Institute ومنظمة المحققين الأمريكية American Bar Association، والأكاديمية الأمريكية للقانون الأجنبي International American Academy of Foreign Law، والأكاديمية الدولية للقانون التجاري وحماية المستهلك International Academy of Commercial and Consumer Law، والمعهد الدولي للقانون المقارن بباريس International Academy of Comparative Law, Paris.

¹⁸⁷ Chumah Amaefule, the Exemption of the Principle of Autonomy of Documentary Credit, A thesis at University of Birmingham for the degree of a doctor of philosophy, p.13.

¹⁸⁸ Clive M. Schmitthoff, the Transferable Credit, JOURNAL OF BUSINESS LAW, 1988, p. 51.

ويبدو أن التعهد غير المشروط الصادر عن البنك بأداء قيمة الاعتماد للمستفيد بمجرد تحقق المطابقة، قد ساهم هو الآخر في خلق مكانة خاصة لهذه العملية المصرفية؛ باعتبارها الوسيلة الفضلى في تنفيذ العقود الدولية، فعملية الدفع للمستفيد تظل بمعزل عما قد يثار من دفعات في ساحات القضاء، ذلك أن الفكرة التي مؤداها "ادفع الآن وقاضي لاحقاً" **"pay now, sue later"**¹⁸⁹ قد عززت مبدأ الاستقلال، ومنعت القضاء في كثير من الأوقات من إصدار أوامر وقتية بوقف الصرف بناءً على دعاوى أو دفعات متعلقة بالعقد الأصلي، وكان من شأن ذلك أن كرّس مبدأ الاستقلال بين العقود في عمليات الاعتماد، وشكّل ضماناً للمستفيد بأن الثمن المستحق عن قيمة البضائع سيتم استحصاله في كل الأحوال، ودون أن يتهدهد خطر ما، لا سيّما أن الأحكام التي تناولت إمكانية الخروج على هذا المبدأ لم تظهر إلا في الثلاثين عاماً الأخيرة من عمر هذه العملية. وزاد هذا الدور المهم الذي حازه الاعتماد المستندي من صرامة مبدأ الاستقلال بين العقود، حيث عمل على غلّ يد القضاء عن الخروج عليه زمناً طويلاً.

واستمر هذا الأمر حتى ظهور فكرة الغش كنظرية مجردة على يد القضاء الأمريكي،¹⁹⁰ وتبعه في ذلك القضاء الانجليزي،¹⁹¹ ثم باقي الأنظمة القضائية على اختلافها،¹⁹² والذي ظل استثناءً وحيداً رديحاً طويلاً من الزمن، على الرغم من أن فكرة الغش بحدّ ذاتها لم تكن أمراً طارئاً على النظرية العامة للعقود بشكل عام. وبفضل هذه النزعة التحررية التي أعقبت تبني الغش كاستثناء على مبدأ الاستقلال - وغالباً في ظل غياب نصوص حاكمة بشأن إعمال أية استثناءات في القوانين الداخلية - فإن المحاكم بدأت بالتصدي لتطوير هذا المبدأ، والحديث عن إمكانية الخروج عليه. حيث وجدت العديد من المحاكم أسساً متعددة للتدخل في العلاقة بين أطراف هذه العملية المصرفية، حتى مع تبني مبدأ الفصل بين العقود.

وتكمن الحاجة اليوم لفهم مثل هذه الاستثناءات، في أن غالبية المصارف لا زالت تجهل الدور الفعلي الذي يقيض لها الامتناع عن أداء قيمة الاعتماد حين تستشعر وجود أي استثناء من الاستثناءات

¹⁸⁹ Chumah Amaefule, Ibid, p. 32.

¹⁹⁰ Charles Mitchell, Paul Mitchell, (2008), Landmark Cases in the Law of Contract, published by Hart Publishing, Oxford & Portland, p. 23.

¹⁹¹ United City Merchants v Royal Bank of Canada: HL 1983, 1 AC 168.

¹⁹² ومن ذلك القضاء السنغافوري و الاسترالي. انظر في هذا المعنى :

Lu Lu, The Exeptions in Documentary Credit in English Law, A thesis submittd to the University of Plymouth in partial fulfillment for the degree of Doctor of Philosophy, January 2011, p. 71.

التي سيتم مناقشتها في هذا الفصل تباعاً، لا سيّما أن المعالجة التشريعية المقدمة لا زالت محدودة، هذا من جانب. ومن جانبٍ آخر، فإن التطبيقات القضائية هي الأخرى لا زالت تتفاوت بين الدول، وهو ما يجعل الطبيعة الدولية لعقود الاعتماد المستندي ذات نظام قضائي غير مستقر نسبياً، وذلك على خلاف ما كان يراد لها أن تكون عليه لدى تقرير مبدأ الاستقلال، والذي ابتغي منه أن يظل ضامناً لانتظام سير هذه العملية المصرفية حتى مع اختلاف منشؤها.

وعلى الرغم من أن الأصول والأعراف الموحدة UCP 600 قد ابتغت تقرير نظام مصرفي ذو مناعة عالية ضد سبل الطعن عليه من قبل المشتري أو المصرف، ولذلك فإن النصوص الواردة في هذه الاتفاقية قد تجاهلت إيراد أي استثناء على مبدأ الاستقلال. غير أن التطبيقات القضائية المختلفة قد أثبتت أن الفراغ التشريعي قد خلق نتيجة معاكسة، حيث فتح مساحة حرة للقضاء للبحث فيما إذا كان من الممكن أن يرد أية استثناء على مبدأ الاستقلال، وهو أمر بطبيعة الحال يختلف من نظام قضائي لآخر.^{١٩٣}

وإقراراً بالخلل الوارد في بناء هذه الأصول، حاولت الأمم المتحدة لدى إصدارها للمعاهدة الخاصة بخطابات الضمان والكفالات المستقلة^{١٩٤} تقادي مثل هذا القصور بأن نصت على مجموعة من الاستثناءات التي ترد على مبدأ الاستقلال، غير أن هذا النص لم يفد فيما إذا كان إيراد هذه الاستثناءات قد جاء على سبيل الحصر أم التمثيل، وعلى سبيل الإلزام أو التخيير للمصرف، لأن توسع التطبيقات القضائية يشير إلى وجود هوة لم يتم تغاديتها في هذه الاتفاقية هي الأخرى، فضلاً عن أن هذه الاتفاقية تتعلق بنوع خاص من الاعتمادات دون أن ينسحب تطبيقها على باقي الأنواع.^{١٩٥}

¹⁹³ Roberto Louis Frias, *ibid*, p. 84.

¹⁹⁴ تم اعتماد اتفاقية الأمم المتحدة لخطابات الضمان و الاعتمادات المستندية الضامنة من قبل الجمعية العامة في ١١/١٢/١٩٩٥، حيث كانت معدة لتيسير استخدام هذين النوعين من العمليات المصرفية. وتعزز هذه الاتفاقية أيضاً الاعتراف بالمبادئ والخصائص الأساسية التي تشترك فيها خطابات الضمان وخطابات الاعتماد الضامنة، وبالتالي تحدّ من الإشكالات التي تواجه استخدام هذه الصكوك في التجارة الدولية. وقد دخلت هذه الاتفاقية حيز النفاذ في ١/١/٢٠٠٠. ويعني الاعتماد المستندي المؤمن أو الضامن أو المعدّ للاستعمال : الاعتماد المستندي الذي يتم إصداره عن طريق بنك يضمن أداء العميل الأمر بالتزامه التعاقدية ، وبالتالي فإنه يتمّ اللجوء إلا هذا التعهد كسبيل أخير لأداء الالتزام، أي حين يتعذر على العميل أداء الثمن وفقاً لالتزاماته التعاقدية المنصوص عليها في العقد الأصلي في مواجهة البائع. ويغلب استخدام هذا الاعتماد كمقابل لخدمات معينة وقلماً يستخدم كوسيلة لأداء ثمن بضائع كما هو الحال في الاعتمادات المستندية العادية.

¹⁹⁵ See generally: Flip De LY, The UN Convention on Independent Guarantees and Standby Letter of Credit and Demand Guaranty, 26 Dickinson Law Review 26 (2001-2002).

وسيقوم هذا الفصل بمعالجة الاستثناءات التي ترد على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي، وبحث مدى تكريسها في التشريعات المحلية والدولية، فضلاً عن التطبيقات القضائية في بعض الدول المقارنة، وذلك في مبحثين يتناول أولهم لاستثناءات التي ترتبط بالعقد الأساس من خلال دراسة نسبية استقلال عقد الأساس، وتتمثل هذه الاستثناءات في عدم مشروعية العقد الأساس، وانقضاء هذا العقد وأثره على التعهد غير المشروط الصادر عن البنك. أما المبحث الثاني فيتضمن الاستثناءات التي ترتبط بسلوك المستفيد، والتي تفضي إلى الخروج على مبدأ الاستقلالية، وتتمثل هذه الاستثناءات في الغش والتزوير، والغبن.

المبحث الأول

نسبية استقلالية العقد الأساس

ينشأ العقد صحيحاً بين طرفيه بقيام أركانه التي لا ينعقد إلا بها وهي : الرضا، والمحل، والسبب، والشكل في بعض الأحيان إذا اشترطه المشرع.^{١٩٦} فإذا توافرت للعقد أركانه مستوفية شرائطها اللازمة، ولم يطرأ عليه ما يجعله غير نافذ أو غير لازم، ينعقد صحيحاً ويصير نافذاً منتجاً لآثاره، وهي ترتيب الالتزامات على عاتق أطرافه، وتصبح له قوة ملزمة تجبر العاقدين على تنفيذ ما ورد فيه.^{١٩٧} وهذا الأثر العقدي ينسحب على كافة البنود والشروط الواردة في العقد، ولذلك فإنه متى ما وجد شرط في العقد وجب إعماله، طالماً أنه لا يخرج عن التنظيم القانوني المقرر لأركان العقد من حيث الأصل. ولا يشذ عن ذلك العقود الواردة على عملية الاعتماد المستندي. فمتى وجدت شرائط خاصة في عقد الاعتماد فإن المصرف يلتزم بهذه الشرائط، والتي تظهر بمثابة استثناء على تعهده غير المشروط في مواجهة المستفيد، وإلا تعذر إلزام عميله الأمر بأداء قيمة الاعتماد في وقت لاحق. حيث أن ذلك لا يعدو عن كونه إفرازاً للطبيعة التعاقدية التي تقوم عليها عملية الاعتماد المستندي.^{١٩٨}

^{١٩٦} سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ١٣١.

^{١٩٧} راجع في هذا المعنى : د. عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٧٩، وسليمان مرقس، المرجع السابق، ص ١٣١.

^{١٩٨} وقد تناولت المحاكم الانجليزية هذا الاستثناء في القضية التي ثارت بين Sirius International Insurance Co ضد FAI General Insurance Ltd. انظر في هذا المعنى :

Chumah Amaefule, ibid, p. 246.

فلا يتصور . بحال من الأحوال . أن يصادر حق الأفراد في التعاقد وفق أوضاع معينة تناسب كلا المتعاقدين، لا سيما في العقود التجارية التي قوامها الحرية المطلقة في التعاقد، واعتبار التنظيم القانوني مكماً لإرادة المتعاقدين والعرف الجاري، ولا يقيدهما في ذلك إلا النظام العام.^{١٩٩} وعلى الرغم من الإشارة إلى الشروط الواردة في عقد الأساس كاستثناء على مبدأ الاستقلال، إلا أن مفهوم الإرادة التعاقدية يفضي إلى القول بأن إعمال الشرط الوارد في العقد ليس إلا عودة إلى الأصل ، وليس خروجاً عليه. فكما تملك الإرادة أن تلتزم التزاماً منجزاً خالياً من أي شرط، فإنها تملك كذلك أن تعلق التزامها على شرط، واقف ا كان هذا الشرط أو فاسخ،^{٢٠٠} ولذلك فإن هذا الاستثناء لا يعد استثناء أصيلاً حيث يتم معالجته بإعمال القواعد العامة للإرادة، وعليه فسيتم الاكتفاء بالإشارة إليه في هذا الموضوع دون معالجته التي تقتضي تأصيل فكرة العقد والخوض في مفهوم الإرادة.

وقد تنشأ أركان العقد معيبة بعدم المشروعية، وهو ما يؤدي إلى وصمها بالبطلان كجزاء لتخلف أحد هذه الأركان، فيؤدي هذا البطلان إلى انعدام ما لهذا العقد من أثر بالنسبة لعاقديه، فلا تنفع البطلان المطلق الإجازة اللاحقة، فإذا كان المحل أو السبب غير مشروعين فإن العقد يوصم بالبطلان المطلق،^{٢٠١} وهذا هو الاستثناء الثاني المرتبط بالعقد الأساس، والذي يجيب على التساؤل المتعلق بمدى جواز الامتناع عن أداء قيمة الاعتماد حين يظهر للمصرف أن العقد الأساس غير مشروع.

أما الاستثناء الأخير فيتعلق بالحالة التي ينقضي فيها العقد الأساس، وما يترتب عن ذلك من انقضاء لمحل الالتزام بالتبعية. حيث يعالج هذا الجزء مدى الارتباط بين الالتزامات باعتبارها متولدة عن سبب واحد يتمثل في رغبة المتعاقدين في تنفيذ العقد الأساس، وما يثيره هذا الأمر من صعوبات عملية لدى قيام البنك بالتصدي لمثل هذا الاستثناء. حيث أن المشكلة لا تتمثل فقط في أن البنك يعلم يقيناً بانقضاء سبب الالتزام وبالتالي انعدام العقد، بل تتمثل في أن البنك سوف يضطر إلى الرجوع على عميله الأمر بقيمة الاعتماد فيما لو قام بسدادها للمستفيد، وهذا ما قد يبدو مجافياً لقواعد الإنصاف والعدالة.^{٢٠٢}

¹⁹⁹ Schmittoff, The Concept of Economic Law in England, Journal of Business Law (1966) 309, p. 315.

^{٢٠٠} انظر في هذا المعنى : د. صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام - دراسة مقارنة في القانون المدني البحريني، مطبعة جامعة البحرين، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٦، ص ١٨٢ وما بعدها.

^{٢٠١} راجع في ذلك : عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ٢٦٥ وما بعدها.

²⁰² See Generally: M. Kurkela, The Liability of Banks Under Letters of Credit, The Union of Finnish Lawyers Publishing Company Ltd; Finland: 1982, p. 34.

وسيتناول هذه الاستثناءات تباعاً، حيث تعالج أولاً العقود غير المشروعة كاستثناء على مبدأ الاستقلال في المطلب الأول، ويلحق ذلك المطلب الثاني الذي يتناول حالة بطلان العقد وفيما إذا كان من الممكن اعتبار هذا البطلان سبباً مسوغاً للخروج على مبدأ الاستقلال.

المطلب الأول

عدم مشروعية العقد الأساس

إذا كان مبدأ الاستقلال يقتضي الفصل بين العقود للضرورات الإقتصادية، وإذا كانت رغبة المشرعين في حماية الأطراف قد رسخت هذا المبدأ لوقتٍ طويل، فإن دواعي النظام العام قد أظهرت في بعض الأحيان أن هنالك حاجة مقابلة ألا يتم إعمال مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي في أحيانٍ أخرى، ومن ذلك الحالة التي يظهر فيها للبنك حين يشرع في عملية المطابقة، أن العقد الأصلي ليس مشروعاً.

وتظهر عدم المشروعية في هذا الفرض بتحقق أحد أمرين، أولهما: أن يقوم عقد ما دون سبب مشروع، حيث يتمثل السبب في الهدف أو المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد لدى التزامه قبالة الطرف الآخر في عقود المعاوضة. وفكرة المشروعية في هذا المقام تتمثل في أن يكون الباعث النفسي الذي يدفع أحد المتعاقدين إلى إبرام العقد غير مشروع، فيكون العقد باطلاً لبطلان سببه حين لا يكون الباعث على التعاقد مشروعاً.^{٢٠٣} ويتمثل الآخر في قيام العقد دون محل مشروع. ويكون المحل مشروعاً حين يكون قابلاً للتعامل، فلا يخرج عن دائرة التعامل بطبيعته أو نتيجة الغرض الذي خصص له، أو بحكم القانون، فإذا كان المحل غير مشروع فإن الالتزام لا يقوم، ويبطل العقد لبطلان محله.^{٢٠٤}

^{٢٠٣} عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ٢٢٥، وسليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٢٩٧.

^{٢٠٤} د. عبدالرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٣٢٥، وعبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ١٨١ وما بعدها.

ويترتب على الحالات المتقدمة أن يصبح العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، وهو ما يعدم كل أثر للعقد من وقت إبرامه. لا ينتج ولا يصلح لأن ينتج أي أثر.^{٢٠٥} ولذلك فإن القاضي الذي يعرض عليه العقد غير المشروع، لا بدّ أن يمتنع عن تنفيذه، وأن يقضي ببطلانه من تلقاء نفسه.^{٢٠٦}

وإذا كانت فكرة المشروعية - على النحو المتقدّم - منضبطة إلى حدّ بعيد في النظرية العامة للعقود، إلا أن الطابع الدولي لعقود الاعتمادات المستندية قد خلق تعقيدات من نوع خاص. تتمثل في تنازع الضوابط والمعايير المتعلقة بفكرة المشروعية من نظام قانوني لآخر من ناحية، وفي عدم وضوح المعالجة القانونية في النظام القانوني الواحد من ناحية أخرى. ذلك أن فكرة المشروعية تتضمن عنصرين، يتمثل أولهما في القواعد القانونية وحينها يظهر الفعل أو العقد غير مشروعين حين ينشآن بالمخالفة للتنظيم الذي تؤسس له القواعد القانونية في دولة ما، والتي قد يُنص عليها صراحة أو ضمناً، ويظهر ثانيهما في مخالفة السلوك للنظام العام الذي تتبناه الدولة، فإذا قام عقد الأساس بالمخالفة للنظام العام فإن ذلك قد يخلع عليه وصفاً بعدم المشروعية.^{٢٠٧}

ومؤدى ذلك أن يكون للمحكمة حين تظهر أية مخالفة للنظام العام من السلطة التقديرية المطلقة في تحديد مشروعية أو عدم مشروعية العقد، وكذلك من السلطة التقديرية في تفسير السلوك والتصرف القانوني المدعى بعدم مشروعيته، وهو ما يترتب عليه ألا تكون فكرة النظام العام منضبطة داخل النظام القانوني الواحد طالما أن مثل هذا السلوك يخضع للتقدير القضائي، فلا يعلم المتعاقد في عقد ما متى يكون السلوك قانونياً من عدمه، وهنا قد يجد المدعى عليه في دعوى ما - المشتري أو المستفيد بحسب الأحوال - نفسه في مركز قانوني لم يكن ليتوقاه، لتغير الضابط الذي يحكم المشروعية، وهو ما قد يفضي إلى نتائج غير عادلة في بعض الأحيان، لا سيّما إذا تمت إثارة فكرة المشروعية في محكمة أخرى قد لا تكون بالضرورة محكمة الإقليم الذي نشأ فيه العقد، وهنا فإن المحكمة صاحبة الاختصاص قد لا تلقي بالاً لهذا الدفع، لأنها في حقيقة الأمر ستقوم بالبحث عن فكرة المشروعية في دولة أخرى، ومن الممكن ألا تتضمن قواعد الإسناد المعمول بها في هذه الدولة إحالة لموطن العقد.

^{٢٠٥} د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٤٢٣، د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٤٢١.

^{٢٠٦} د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٤٣٠.

^{٢٠٧} قد لا يوجد تعريف محدد لفكرة النظام العام، ولكن مجمل التعريفات التي أوردها الفقه والقضاء تناولت هذه الفكرة باعتبارها الجوهر الذي يحميه القانون ويحيطه بعناية خاصة، وهو بذلك يمثل الأساس والنسق الذي يقوم عليه النظام الاقتصادي والخلقي لمجتمع معين. وقد عرفه الدكتور عبدالرزاق السنهوري القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام بأنها تلك التي تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٤٧٣.

ويبدو أن فكرة الاستقلال اليوم بوصفها حامياً لعقود التجارة بشكل عام وعقود الاعتماد المستندي بشكل خاص، تظهر عاجزة عن إيجاد السبب الذي يدفعنا إلى القبول بهذا المبدأ حين يظهر بالمخالفة لمبدأ آخر هو أسمى منه من حيث المرتبة، فهل من المسوغ بمكان أن يظهر مبدأ الاستقلال وهو بمثابة عرف تجاري مستقر، بالمخالفة لمبادئ النظام العام؟ وإذا كان الغش الذي يلقي قبولاً دولياً اليوم باعتباره استثناءً على مبدأ الاستقلال يتصل بالمصلحة الخاصة للمتعاقدين، فيلزم مدعي الغش بإثباته وإثباته لقاضي الموضوع، فإنه من الغريب بمكان ألا تقبل فكرة عدم المشروعية كاستثناء على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي، وهي التي تتصل في المقام الأول بالقواعد القانونية الآمرة لدولة ما ونظمها العامة. وإذا كانت المحكمة لا تقضي بإبطال العقد لوجود غش فيه من تلقاء نفسها، فإنها - على خلاف ذلك - لو تبين لها أن عقداً ما قد نشأ أو نفذ بالمخالفة لقوانينها ونظمها، فإن لها - لا بل عليها - أن تثير المسائل المتعلقة بالنظام العام من تلقاء نفسها،^{٢٠٨} وقد يكون مرجع ذلك هو أن طلب المدعي للحماية القضائية رهين بأن يكون الحق المطلوب حمايته متسقاً والنظم القانونية المعمول بها في الدولة.^{٢٠٩}

وقد تباين تنظيم فكرة عدم المشروعية بكونها استثناء على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي، بتباين المعالجة التشريعية والقضائية. وعليه فسيتم تبيان هذه المعالجة في فرعين، أولهما القوانين الدولية والمحلية المنظمة لهذا الاستثناء، وثانيهما السوابق القضائية في الدول المختلفة.

الفرع الأول

القوانين الدولية والمحلية

على الرغم من الأهمية التي تظهر عليها فكرة المشروعية كاستثناء على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي، إلا أن الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية (UCP 600)

^{٢٠٨} د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٤٣٠، د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٤٢٦، و عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ٢٨٠.

^{٢٠٩} وعليه فقد انتهت محكمة التمييز بمملكة البحرين إلى أن : " المنفعة التي تعود على المدعي من اختصاص المدعى عليه أي المصلحة التي يقرها القانون شرط لقبول الخصومة أمام القضاء. المادة ٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية" الطعن رقم ٦٥ لسنة ٢٠٠٣ - جلسة ٢٠٠٤/١/٢٦. مجموعة أحكام السنة الخامسة عشر.

لم تعالج هذا الاستثناء، بل جاء النص على مبدأ الاستقلال مطلقاً في المادة الثالثة من هذه الأعراف.^{٢١٠} وعلى الرغم من أن الغرض من وضع الأعراف والقواعد الموحدة هو التأسيس لقواعد عالمية تحفل بتنظيم التجارة الدولية، إلا أن الواقع العملي قد أظهر أن الأمر ليس على هذا القدر من السهولة؛ ذلك أن التطبيقات القضائية كشفت ما للمحاكم من قدرة غير محدودة على خلق استثناءات عديدة على المبدأ الأصلي، وهو ما خلق تفاوتاً كبيراً بين التطبيقات القضائية في الأقاليم المختلفة، وكانت المحصلة أن التطبيق القضائي أوجد مشاكل عملية أكثر من ذلك الذي أوجده الفراغ التشريعي، حين ترك الأمر لكل تنظيم قضائي أعمال المبادئ القانونية الخاصة به.^{٢١١}

وقد خلا قانون التجارة البحريني من أي تنظيم متعلق بمشروعية العقد الأساس كاستثناء على مبدأ الاستقلال، في الوقت الذي نصت المادة ٣/١/٣ من المعايير الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية،^{٢١٢} على أنه : " لا يجوز للمؤسسة التعامل بالاعتمادات المستندية، وفقاً لما ورد في البند (٢/١/٣) بالأصالة عن نفسها أو نيابة عن الغير عميلاً أو مؤسسة، أو الإعانة على ذلك، إذا كانت تلك الاعتمادات تخص بضاعة محرمة شرعاً أو عقداً باطلاً أو فاسداً بموجب ما تضمنه من شروط، أو تتضمن تعاملات بالفوائد الربوية أخذاً أو إعطاءً، صراحة كما في حالة القرض الذي ينشأ عند الدفع عن المستفيد في مثل الاعتماد غير المغطى كلياً أو جزئياً، أو ضمناً كما في حالات الحسم، والتداول (أي الدفع) للكمبيالات مؤجلة الدفع، والتأخر في الدفع. ويشترط لشرعية موضوع الاعتماد المستندي أن يكون العقد الموثق بالاعتماد شرعياً من حيث تحقق أركانه، وشروطه،

^{٢١٠} نصت المادة الثالثة من القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية (UCP 600) على أن : " الاعتمادات - بطبيعتها - تعتبر عمليات تجارية مستقلة عن عمليات البيع أو العقود الأخرى التي قد تستند عليها، ولا تعتبر المصارف بأي حال ذات علاقة بهذه العقود أو ملتزمة بموجبها. ويجب أن تكون تفاصيل الاعتماد والاعتمادات نفسها كاملة ودقيقة. ولأجل تجنب الالتباس وسوء الفهم، يجب على المصارف الفاتحة للاعتماد ألا تشجع أية محاولة من قبل العميل (طالب الاعتماد) لإدخال تفاصيل زائدة".

^{٢١١} Zhixiong Liao, The Illegality Exception Reconsidered, For the Conference on International Trade and Buiseness Law, Factuality of Law - Unitversity of Waikato, New Zeland, p. 3.

^{٢١٢} تأسست هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، والتي كانت تسمى سابقاً بـ "هيئة المحاسبة المالية للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية"، بموجب اتفاقية التأسيس الموقعة من عدد من المؤسسات المالية الإسلامية بتاريخ ١٩٩٠/٢/٢٦ في الجزائر، وقد تم تسجيل الهيئة بتاريخ ١٩٩١/٣/٢٧ في مملكة البحرين بصفتها هيئة عالمية ذات شخصية معنوية مستقلة وغير هادفة للربح. وتهدف الهيئة إلى تطوير فكر المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ونشر ذلك الفكر وتطبيقاته عن طريق التدريب، وعقد الندورات، وإصدار وتفسير ومراجعة وتعديل معايير المحاسبة والمراجعة لتلك المؤسسات، وذلك بما يتفق مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية التي هي التنظيم الشامل لجميع مناحي الحياة.

ونوع المبادلة من حيث كونها صرفاً أو بيعاً عادياً أو غير ذلك، وما يلحق بذلك من شروط إضافية خاصة".

ويثير النص هوة في تطبيق الاستثناء محل الدراسة الراهنة لدى البنوك العاملة بمملكة البحرين. ففي الوقت الذي يمتنع على المصرف الإسلامي التعامل بموجب اعتمادات مستندية غير مشروعة لعدم مشروعية محل عقد البيع الأصلي، فإن باقي البنوك التجارية لا تمنع ذلك. وهذا النص يفتح الباب للقول أن المصرف الإسلامي لدى أدائه قيمة الاعتماد لا يعدّ غيراً عن عقد البيع الأصلي. فهو يبحث في نوع البضاعة وشرعيتها، وفي هذا خروجٌ على مبدأ الاستقلال.

أما القانون التجاري الأمريكي الموحد (UCC) ^{٢١٣} والذي تطرق في مادته الخامسة صراحة للغش والتزوير كاستثناء على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي، لم يتضمن أي نصوص متعلقة بمشروعية العقد الأساس كاستثناء على هذا المبدأ. وهذا الموقف التشريعي محل نظر، ودفع المحاكم الأمريكية للافتراض، في محاولة لإيجاد حلول قانونية تمنع البنك من أداء قيمة اعتماد لمستفيد يقوم حقه على عقد بيع غير مشروع.

الفرع الثاني

السوابق القضائية

أكدت التطبيقات القضائية للمحاكم الأمريكية للقانون التجاري الأمريكي الموحد على عدم تبني القانون الموحد لهذا الاستثناء، ومن ذلك قضية KMW International ضد Chase Merchant Bank والتي انتهت فيها القاضي إلى أنه : "لا يوجد نص في القانون الموحد، يعني البنك من سداد قيمة الاعتماد بسبب عدم مشروعية العقد الأصلي". ^{٢١٤}

وظلت بعيد ذلك التطبيقات القضائية - لا سيّما الأمريكية منها - محدودة رداً طويلاً من الزمن، رغم ظهور بعض المحاولات الخجولة للتصدي للحالات التي يكون فيها العقد الأساس غير مشروع، بحيث يجعل من جدد هذه الحقيقة أمراً منكرّاً للعدالة، وهذا ما لاحظته محكمة كاليفورنيا في القضية التي وقعت بين ^{٢١٥} Western Security Bank ضد Superior Court، التي افترض فيها

^{٢١٣} Uniform Commercial Code: وقد صدر هذا القانون لأول مرة سنة ١٩٥٢ بغرض تنظيم عقود البيع وغيرها من المعاملات التجارية في الولايات المتحدة الأمريكية، وهو نافذ في كافة الولايات المتحدة الأمريكية.

^{٢١٤} KMW International v. Chase Manhattan Bank NA 606 F 2d 10 (2ed Cir 1979). Cited by ZHIXIONG LIAO, The Illegality Exception Reconsidered, Faculty of Law, p. 16.

^{٢١٥} James White, Robert Summer (2000,) White and Summers' Uniform Commercial Code, 6th edition, (Hornbook Series), published by West Thomson business, USA, p. 1075

القاضي أن عدم قانونية العقد الأصلي كان بمثابة غش يسوغ للمحكمة إصدار الأمر بوقف صرف قيمة الاعتماد للمستفيد.^{٢١٦} واضطرت بذلك المحكمة إلى اللجوء لفكرة الغش التي سبق للأحكام القضائية أن تبنتها وكرستها قبل تنظيمها في القانون التجاري الأمريكي الموحد، وذلك لا لشيء إلا للامتناع عن خلق أي استثناء آخر على مبدأ الاستقلال. ، وقامت المحاكم الأمريكية . في وقت لاحق . بافتراض صحة سداد قيمة اعتماد كان قد أشهر إفلاس المشتري قبل أدائه، ومن ثم قامت بتحويل أمين التقلية باسترداد هذه القيمة، وذلك في محاولة مستميتة للحفاظ على مبدأ الاستقلال، على الرغم من أن سداد قيمة الاعتماد بناءً على طلب العميل المفلس يعدّ أمراً غير جائز وفقاً للقوانين الأمريكية، نظراً لأنه ليس للمفلس مكنة التصرف في أمواله بعد شهر إفلاسه وتعيين أمين التقلية، لا سيما أن أداء البنك لقيمة الاعتماد سيترتب عليه أن يقوم بمطالبة العميل الأمر بقيمة ما أداه، فضلاً عن العمولة والفائدة.^{٢١٧}

ويخالف هذا الموقف الإتجاه القضائي في المملكة المتحدة، حيث كان القضاء فيها أكثر قبولاً لمثل هذا الاستثناء، ومن ذلك ما ذهب القاضي Lord Diplock في أحد أهم القضايا التي تصدرت لمبدأ الاستقلال، وهي قضية *United City Merchants ضد Royal Bank of Canada*^{٢١٨} إلى أن المحكمة لن تفرض دفع قيمة الاعتماد في الأحوال التي يكون فيها العقد الأساس غير مشروع من حيث الأصل أو غير قابل للتنفيذ.^{٢١٩} وهذا الأمر قد أفضى إلى تبني هذا الاستثناء في قضية لاحقة هي قضية *Group Josi ضد Wallbrook Insurance Co LTD*^{٢٢٠}، والتي تتلخص وقائعها في أن مجموعة من الشركات طرحت مجموعة من المخاطر للتأمين عليها في أسواق لندن، لصالح مجموعة من شركات التأمين، ومن ثم قامت هذه الشركات بإعادة التأمين على هذه المخاطر المؤمن منها من قبل شركات أخرى دولية. واتفقت الشركة المدعى عليها *Group Josi* وهي إحدى شركات إعادة التأمين، مع الشركات الوسيطة بأن تقوم بسداد قيمة التأمين عند تحقق الخطر المؤمن منه، وذلك في صورة خطاب اعتماد صادر عن أحد البنوك، ويكون من حق التجمع سحب مبلغ الاعتماد الذي ستكون الشركة ملزمة بسداده.

²¹⁶ Western Security Bank NA v Superior Court 25 Cal RPTR 2d 908 (Cal) Ct App 1993.

²¹⁷ Roberto Louis Frias, *ibid*, p. 91.

²¹⁸ Xiang Gao, (2002,) *The Fraud Rule in the Law of Letters of Credit: A Comparative Study*, published by Kluwer International, Hague, London & New York. p.121

²¹⁹ ZHIXIONG LIAO, *The Illegality Exemption*, Faculty of Law, University of Waikato, 2014, P. 6.

²²⁰ Eric Baskind, Greg Osborne & Lee Roach, (2013), *Commercial Law*, Oxford University Press UK, p.647

²²¹ *Group Josi Re v Walbrook Insurance Co Ltd* (1996).

ولدى تحقق الخطر المؤمن منه، فوجئت شركة Wallbrook Insurance Co LTD وهي الشركة المؤمنة، بشركة Group Josi، تمتع عن سداد مبلغ الاعتماد، بل وعمدت إلى إقامة دعوى مبتدأة طالبت فيها بمنع الشركات المؤمنة من سحب مبلغ الاعتماد بناء على مجموعة من الأسباب ، كان أهمها عدم مشروعية العقد الأساس، وبطلان خطاب الاعتماد الذي صدر بناء عليه، بحجة أنها ليست من من الشركات المخولة بإعادة التأمين في بريطانيا استناداً لقانون شركات التأمين للعام ١٩٧٤، حيث يمنع هذا القانون الشركات الدولية من ممارسة مثل هذا النشاط ، إلا أن هذا الدفع الذي لم يلق قبولاً لدى محكمة أول درجة، فقامت الشركة المدعى عليها باستئناف الحكم.

ورغم أن محكمة الاستئناف لم تجب Group Josi إلى طلباتها، إلا أن القاضي Stoughton L الذي نظر هذا الاستئناف، قد ناقش مسألة عدم مشروعية العقد الأساس بصورة لم يسبق للقضاء الانجليزي أن عرفها، حيث قال في حكمه : " أن الدفع بعدم المشروعية هو دفع مستقل يرد على مبدأ الاستقلال المقرر في عقود الاعتماد المستندي، وحتى لو لم يكن هذا الدفع مقبولاً وشائعاً، إلا أنه يفتح المجال للقول بأن فكرة الغش كاستثناء على عقود الاعتماد المستندي، ليست بالضرورة الاستثناء الوحيد الذي يرد على عقود الاعتماد. ولا بدّ من وجود دعاوى يكون فيها هذا الدفع بذات التأثير على مبدأ الاستقلال. ولنأخذ مثلاً على ذلك عقد بيع توريد أسلحة للعراق في وقت يحظر فيه مثل هذا التوريد. فإذا نص العقد على فتح اعتماد مستندي، يمثل مقابلاً لسندات شحن عدد ١٠٠٠ كلاشينكوف لمطار البصرة، فإني لا أعتقد أن تقوم أية محكمة بالحكم لصالح المستفيد ضد البنك الذي يمتنع عن أداء قيمة الاعتماد. وبالحديث عن القضية الماثلة، وإذا كانت إعادة التأمين أمراً غير قانوني، وكان قد تم استخدام عقد الاعتماد المستندي كوسيلة لتمويل هذا العقد، فهل ستقوم المحكمة بمنع المستفيد من سحب قيمة الاعتماد؟ الجواب في محكمتي لا بد أن يكون بالإيجاب ".^{٢٢٢}

ويظهر بذلك أن القاضي Stoughton قد كان مستعداً لقبول فكرة عدم المشروعية من حيث المبدأ، كاستثناء على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي، إلا أن العقد لم يكن غير المشروع من حيث الأصل. وعلى الرغم من أن هذا الحديث عن فكرة المشروعية لم يرد إلا في حيثيات الحكم التي لا تحوز حجية الأمر المقضي،^{٢٢٣} إلا أن هذا الحكم قد شكل سابقة في الكيفية التي تعامل

²²² Group Josi Re v Walbrook Insurance Co Ltd [1995] CLC 1532, [1996] 1 WLR 1152.

^{٢٢٣} وهو ما يسمى بـ Orbiter Dicta وهو ما لا يحوز حجية الأمر المقضي من الحكم، على النحو المتعارف عليه في دول الأنظمة اللاتينية، وكما هو الحال فيما يعرف بالـ Ratio Decidendi، أو ما يسمى بـ Precedents أي السوابق القضائية، وهي الأحكام التي تؤسس للسوابق القضائية في دول الأنظمة الأنجلو سكسونية.

بها القضاء مع مبدأ الاستقلال بما يحيط به من هالة قدسية، اعتبرت الخروج عليه أمراً غير مقبول من قبل المحكمة أو المصرف.

أما القضية الأخرى التي تناولت مبدأ عدم المشروعية، فهي القضية التي ثارت بين Mahonia LTD ضد JP Morgan Chase Bank،^{٢٢٤} والتي ثارت في أعقاب اتفاق ائتمان متبادل (Swap Agreement)^{٢٢٥} بين ثلاثة أطراف هم Mahonia LTD و JP Morgan وشركة ENAC وهي إحدى الشركات التابعة لشركة ENRON. حيث قامت شركة ENRON بناء على هذا الاتفاق بتقديم طلب اعتماد إلى بنك WestLB AG لصالح شركة Mahonia. غير أن شركة ENRON أشهرت إفلاسها بعد صدور خطاب الاعتماد بمدة قصيرة، فضلاً عن ١٣ شركة أخرى تابعة لها، بما فيها الشركة الطرف في عقد الإئتمان المتبادل وهي شركة ENAC. ووفقاً لعقد الإئتمان المبرم بين الأطراف فإن إشهار الإفلاس يصبح بمثابة إخلال بالعقد يجيز للمستفيد - Mahonia - سحب قيمة الاعتماد، والذي تم الاتفاق على أن يتم مطابقة مستنداته بواسطة بنك آخر هو MORGAN CHASE.^{٢٢٦}

وإذ تحققت أحد الأسباب التي تؤدي إلى صرف قيمة الاعتماد، فإن شركة Mahonia قامت بتقديم المستندات بالفعل لدى WestLB AG، إلا أنها فوجئت برفض هذا الأخير دفع مبلغ الاعتماد، بحجة أن الغرض الأساس من عقد الاعتماد لم يكن الحصول على وسيلة لضمان تنفيذ العقد الأصلي، وإنما كان الهدف هو الحصول على قرض تمويلي في صورة عائد عن طريق صفقة أخرى، وذلك دون التصريح بالحساب الحقيقي والحالة المالية للشركة لدى اللجنة الفيدرالية للسندات المالية والصرف (SEC) في الولايات المتحدة الأمريكية وهو ما يخالف قوانين الأخيرة، و النظام العام في المملكة المتحدة.^{٢٢٧}

²²⁴ Mahonia Ltd v JP Morgan Chase Bank (NO. 1) 2003.

^{٢٢٥} اتفاق ائتمان متبادل : هو عقد يتفق من خلاله الأطراف على تبادل الأدوات المالية، ويمكن لهذه الأدوات أن تكون أي شيء تقريباً، ولكنها في الغالب تكون مقايضة تشمل التدفقات النقدية للشركة المتعاقدة أو مدخول الأطراف أو مقدار من الفائدة.

²²⁶ Nicholas Kouladis, (2006), Principles of Law Relating to International Trade, published by Springer, USA, p. 231.

^{٢٢٧} U.S. Securities and Exchange Commission: هي وكالة تابعة للحكومة الاتحادية في الولايات المتحدة الأمريكية. وهي المسؤول الرسمي عن تنفيذ القوانين الفيدرالية للأوراق المالية، وإقتراح القوانين الخاصة بالأوراق المالية. وتنظيم قطاع الأوراق المالية، وخيارات تبادلها بين البلاد، فضلاً عن أنشطة أخرى تعنى بتنظيم الأوراق المالية الإلكترونية في الولايات المتحدة

وعليه فإن شركة Mahonia - وهي المستفيد من عقد الاعتماد - أقامت دعواها ضد WestLB AG أمام المحكمة المستعجلة في بريطانيا طلباً لإلزام الأخير بسداد قيمة الاعتماد، بعد امتناعه عن ذلك. وقد كانت هذه المسألة معروضة على القاضي J Colman، وكان مثار البحث هو فيما إذا كانت عدم مشروعية العقد الأصلي دفْعاً مسوغاً للامتناع عن أداء قيمة الاعتماد؟ وناقش Colman على غرار Stoughton فكرة عدم مشروعية العقد الأصلي، حيث قال في حكمه: " لا أعتقد بأن باستطاعة أية محكمة أن تفرض سداد قيمة اعتماد لعقد شراء هيروين بين متعاقدين ينتميان إلى إقليمين مختلفين، لا يكون في أحدهما بيع هذه المادة مشروعاً. وإذا امتنع على المستفيد بناءً على النظام العام الإفادة من عقد الاعتماد حين يصدر عنه غشاً في مواجهة المشتري، فإنه من الصعب ألا نجد مدعاة لمنعه من الإفادة من ذات العقد حين يكون العقد الأصلي غير مشروع". ولذلك فقد رفض القاضي طلب شركة Mahonia بإلزام البنك بأداء مبلغ الاعتماد، وهو ما اضطرها لرفع دعوى أمام المحكمة التجارية بذات الطلبات. ورغم أن المحكمة التجارية قد أجابت الشركة المدعية إلى طلباتها لاعتبار العقد مشروعاً، إلا أن القاضي J Cooke الذي نظر الدعوى، قد انتهى هو الآخر إلى تأييد فكرة عدم المشروعية كاستثناء على مبدأ الاستقلال في عقود الاعتماد المستندي.^{٢٢٨}

ولا يتصور والحال كذلك أن يظهر مبدأ الاستقلال، الذي يهدف إلى تسهيل عقود الاعتماد المستندي، بصفته حامياً للعمليات التي تنشأ بطريقة تتنافى مع الأنظمة والقواعد القانونية، أو يكون باباً لاستثناء العقود غير المشروعة من الرقابة القانونية، أو تقديم الحماية القانونية لعقود تنشأ بالمخالفة للقواعد المعمول بها في دولة ما؛ " لأن أساس العقد ليس في الإرادة فقط، بل في العدالة والمصلحة العامة، أما حرية الفرد فلا يفسح لها المجال إلا بقدر ما تتفق مع المصلحة العامة، ولا تصلح حرية الفرد أساساً للقانون، فالمجتمع ليس مجموعاً متافراً من شخصيات محتقظة بذاتيها، بل هو وحدة متجانسة متضامنة، لكل فرد فيها وظيفة اجتماعية، وتتظافر مجهودات الأفراد نحو غاية مشتركة يقوم على حمايتها القانون".^{٢٢٩}

²²⁸ Mahonia Ltd v JP Morgan Chase Bank (NO. 1) 2003.

وبلاحظ أن هذا الحكم قد انتهى هو الآخر إلى إبداء رأي (Orbiter Dicta)، دون التأسيس لسابقة قضائية تمثل قانوناً لما يتبعها من قضايا.

^{٢٢٩} جونو، ص ٣٦٧ و ٣٨٨، نقلاً عن د. عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي القانونية، الطبعة الثانية، سنة ١٩٩٨ ص ١٠٦.

ويثير تطبيق مثل هذه العقود مسألة أخرى تتعلق بقدرة البنك في وقت لاحق على استرداد قيمة الاعتماد من المستفيد بموجب عقد يتهدد وجوده المادي الخلل الحاصل في أركانه، وهو ما يضطر البنك لمراجعة موقفه من عقد الاعتماد، وقد يلجأ للقضاء مستنداً لهذا العقد لمنع المستفيد من استلام قيمة الاعتماد، تأسيساً على عدم مشروعية العقد الأساس الذي نهض عقد الاعتماد في سبيل تنفيذه. ولا بدّ أن عدم تمكين البنك من مراجعة العقد الأصلي بحجة أن هذا العقد قد نشأ مستقلاً يثير صعوبات جمة في الواقع العملي، منها السرد المتقدم. فضلاً عن أن الفكرة القائلة بأنه ليس للبنك البحث في مشروعية العقد، لا تقلّ استهجاناً عن الفكرة القائلة بأن على البنك الامتناع عن البحث في مدى مشروعية العقد الأساس من عدمه، وعن مدى مخالفة القوانين والأنظمة العامة التي يلزم بها من عدمه. وفي الفرض القائل بأن المشتري قد لجأ إلى الطعن بالبطلان في العقد المبرم بينه وبين البائع، فإن أية محكمة سوف تقضي بالبطلان في حالة ثبوت عدم مشروعية العقد، وهنا فإن تقديم المستندات للبنك مع إصدار حكم ببطلانه لعدم مشروعيته، سوف يسوغ للبنك أداء قيمة الاعتماد بالنظر لإبطاله، فضلاً عن عدم مشروعيته. وفي هذا الفرض فإن تقديم المستندات من المستفيد مع صدور حكم ببطلان العقد، قد يحمل أمانة من أمارات سوء نية المستفيد وغشه في مواجهة البنك والمشتري.

المطلب الثاني

انقضاء العقد الأساس كاستثناء على مبدأ الاستقلال

يتعلق الاستثناء محل الدراسة الراهنة بالحالة التي ينقضي فيها العقد الأساس بين العميل الأمر والمستفيد من قيمة الاعتماد، على نحو يجيز للبنك الامتناع عن أداء قيمة الاعتماد للأخير. ويجاب على التساؤل فيما إذا كان باستطاعة البنك إعمال هذا الاستثناء من تلقاء نفسه، توخياً لأداء قيمة اعتماد لعقدٍ باتٍ معدوم وذلك لفسخه أو بطلانه، أو تقايل عاقيه. فقد يكون لأحد المتعاقدين أو لكليهما، وضع حدّ للرابطة التعاقدية، بما يترتب على ذلك من زوال كل أثر للعقد. ففي العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفّ أحد المتعاقدين بما أوجب عليه العقد للآخر، جاز للعاقدين بعد الإعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى.^{٢٣٠} والفسخ طريقة من طرق انقضاء العقد. وأساسه إرادة العاقد التي

^{٢٣٠} أنور العمروسي، المرجع السابق، ص ٤٧٢ وما بعدها، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٦٤١ وما بعدها.

تتصرف لإنهاء الرابطة العقدية، وذلك بخلاف التقايل الذي تتصرف فيه إرادة كلا المتعاقدين إلى إنهاء العقد وإعفاء كلا المتعاقدين للآخر من التزاماته التعاقدية.^{٢٣١}

وينشأ كل من العقد المفسوخ والمتقايل منه صحيحاً بخلاف العقد الباطل. فالبطالان في حقيقته لا يمثلان انقضاء للعقد لأن العقد الباطل ليس له وجود من حيث الأصل، ولا ينجم عنه أي أثر تعاقدي، وإن كان له أثر مادي؛ لأن العقد الباطل لم ينعقد نتيجة لتخلف أركانه، وإذا تقرر إبطاله فإنه لا يختلف عن البطلان في شيء، حيث تزول كافة آثار العقدتين بأثر رجعي.^{٢٣٢}

ونظراً لما لهذه الفكرة من أهمية فقد حظيت بنقاش فقهي عميق، وتجاذبتها آراء عديدة، كما تعرضت لعدة تطبيقات قضائية في العديد من الدول، وهو الأمر الذي يستدعي عرض تلك الجوانب على النحو التالي.

الفرع الأول

الفكرة في المنظور الفقهي

درج الفقه على تقسيم البطلان الذي يلحق بالعقد إلى نوعين، بطلان مطلق وبطلان نسبي. ويقع البطلان المطلق إذا تخلف ركن من أركان العقد، فإذا لم يكن هنالك محل أو سبب أو رضا فإن العقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً. أما البطلان النسبي فيقع إذا توافرت للعقد أركانه، ولكن اختل ركن الرضا، بأن صدر من ناقص أهلية أو شابه عيب فأسده.^{٢٣٣}

ويرتب العقد القابل للإبطال . بخلاف العقد الباطل . جميع آثاره، وذلك حتى يتقرر إبطاله فتزول تلك الآثار؛ لأنه انعقد نتيجة توافر أركانه، ولكن وقع خلل في شرائط صحته مما يهدده بالزوال بعد الانعقاد، فإذا انعدم الرضا، ثم لحق أجاز صاحب الحق هذا العقد، فإنه يزول ما تهدد العقد من بطلان، لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق.^{٢٣٤}

^{٢٣١} نصت المادة (١٤٨/أ) من القانون المدني البحريني على أن : " للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضائهما بعد انعقاده ، ما بقي المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد أحدهما". انظر في شرح هذه المادة : عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ٤٤٦.

^{٢٣٢} د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٦٥٢.

^{٢٣٣} أنور العمروسي، المرجع السابق، ص ٢٢٥، عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ٢٦٥ وما بعدها.

^{٢٣٤} د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٤٠١ وما بعدها.

انظر أيضاً :

Agasha Mugasha, The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees, Federation Press, 2003, at 189.

ومجرد القابلية للإبطال لا تجيز للبنك الخروج على مبدأ الاستقلال، والامتناع عن السداد للمستفيد، لأن الحق في طلب الإبطال منوطٌ بصاحب المصلحة دون غيره، أي المتعاقد، وهو المشتري في هذه الحالة.^{٢٣٥} غير أنه من الصعب أن ينسحب هذا الأمر على العقد الباطل بطلاناً مطلقاً، كالعقد الذي لا يتضمن اتفاقاً على محلّ بين العميل الأمر والمستفيد. إذ يجعل انعدام المحل من التزام البنك بمطابقة المستندات أمراً غير منطقي وغير ذي معنى. فهذه المستندات لا تتضمن مستندات فعلية تكشف حقيقة الالتزام بين البائع والمشتري، فلا سند شحن لبضاعة، ولا بوليصة تأمين لها. وهذا الأمر قد يدفع العميل الأمر والمستفيد في بعض الأحيان إلى اتخاذ من ذلك وسيلة للاحتيال على المصرف عن طريق إبرام عقد صوري، وتقديم طلب اعتماد رغبةً في الحصول على قرض تمويلي دون وجود ثمة عقد حقيقي، أو بضاعة بحاجة فعلية إلى التمويل.

وقد ثارت هذه القضية بالفعل أمام غرفة البحرين لتسوية المنازعات التجارية، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن إحدى الشركات التجارية كانت قد تقدمت لدى أحد البنوك (البنك المصدر) بطلب لإصدار ما مجموعه أربع خطابات اعتماد بغرض شراء شحنات ألمنيوم من شركة أجنبية. في الوقت الذي كانت الشركة طالبة إصدار الاعتماد تخضع لذات مجلس إدارة البنك المصدر، والذي قام بدوره بمخاطبة بنك معزز لأداء قيمة الاعتماد، إلا أن هذا الأخير وبعد أداء قيمة الخطابات للمستفيد، فوجئ بخطاب صادر عن البنك المصدر يطلب منه وقف الصرف والامتناع عن أداء قيمة الاعتماد.^{٢٣٦}

أقام البنك المعزز - في وقتٍ لاحق - دعواه أمام الغرفة، بحجة أن الضمان الصادر منه بسداد قيمة الاعتمادات المستندية كان بناءً على غش وتدليس، وذلك وفقاً لتقارير الخبراء التي أشارت إلى أن البنك المصدر قد درج على إصدار خطابات اعتماد في معاملات وهمية لا تستند إلى عقود فعلية بين العملاء والمستفيدين، وذلك بقصد الحصول على تمويل نقدي وسيولة مالية، فضلاً عن تورطه في مخالفات مالية جسيمة، وهو ما كشفت عنه تقارير المدققين الماليين المعيّنين من قبل مصرف البحرين المركزي، حيث أشارت هذه التقارير صراحةً إلى وجود معاملات مشبوهة ومعاملات في اعتمادات مستندية غير صحيحة قام بها البنك المصدر، وبالتالي يكون التزامه بالضمان قد بني على غش وخداع من قبل البنك مصدر خطابات الاعتماد لعدم وجود بضاعة أصلاً. ولما كانت البضاعة هي الضامنة

^{٢٣٥} د. عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد - الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٤٢٦.

^{٢٣٦} حكم صادر عن غرفة البحرين لتسوية المنازعات التجارية، بتاريخ ٢٠١٢/١/٥، في الدعوى رقم ٢٠١٠/١٢، غير منشور.

للالتزام، وأن الاعتمادات المستندية قد صدرت عن معاملات وهمية لا وجود لها في الواقع وبأن الخبير المنتدب في الدعوى قد خلص في تقريره إلى أن إصدار الاعتمادات المستندية لم يكن بقصد استيراد بضائع وإنما كان بقصد الحصول على مبالغ الاعتمادات المستندية فقط ، وأن العملية كانت عبارة عن احتيال وتواطؤ وتبييض أموال، فإن المدعي قد طلب في ختام لائحته الحكم له بإلزام المدعى عليهما بأن يؤديا قيمة الاعتماد والتي بلغت -/١٨,٢٤٣,٩٧٥ يورو، أو ما يعادله بالدينار البحريني، فضلاً عن الفائدة التجارية بواقع ١٠% من تاريخ الاستحقاق.

وعلى الرغم من هذه التوطئة التي قدم لها البنك المعزز، إلا أن الغرفة قد انتهت في حكمها إلى أن : "ما يتمسك به المدعي من أن التعهد الصادر من المدعى عليه بسداد المبالغ قيمة الاعتمادات له - أي للمدعي- هو التزام مستقل وقائم بذاته عن معاملة الاعتماد الذي صدر بمناسبتها، وهو أمر مقرر في القوانين الوطنية بما في ذلك قانون التجارة البحريني في المادة (٢) منه ومقرر كذلك بموجب الاتفاقيات الدولية المنظمة للاعتمادات المستندية، والقواعد الموحدة المنظمة للتسديدات بين البنوك بموجب الخطابات المستندية والصادرة بموجب النشرة رقم (٧٥٢) الخاصة بغرفة التجارة الدولية، ونص المادة (٣) من القواعد الموحدة والتي أشارت إلى أن تفويض السداد منفصل عن الاعتماد الذي يشير إليه المدعي، وأن البنك المكلف بالسداد غير ملزم بشروط وبنود الاعتماد، وذلك حتى لو أشير إلى التفويض بالسداد. كما نصت المادة ٩ فقرة (G) على أن البنك المتعهد بالسداد يكون ملزماً على نحو غير قابل للرجوع فيه بسداد المطالبة اعتباراً من تاريخ تعهده بالسداد".

وانتهى الحكم بذلك إلى أن : "التعهد بالسداد الصادر من البنك المكلف بالسداد هو التزام غير قابل للرجوع فيه، ومستقل عن الاعتماد المستندي الذي صدر بمناسبته. فلما كان ما تقدم، وكان الواقع في الدعوى أن البنك المصدر، وبناء على طلب العميل، أصدر له أربع اعتمادات هي موضوع التداعي، وكان التزام المدعى عليه بالسداد نيابة عن البنك مصدر الاعتمادات المستندية، والذي تعهد للمدعي بسداد المبالغ التي يدفعها بموجب أوراق الاعتمادات المستندية موضوع التداعي له، وذلك وفقاً لرسائل (السويفت) الصادرة منه إلى المدعي، كما تعهد تعهداً غير قابل للإلغاء بسداد مبالغ الاعتمادات وفقاً للمبين بتلك الرسائل ... كما تضمنت الرسائل المذكورة خضوع التعهد بالسداد غير القابل للإلغاء للقواعد الموحدة المنظمة للتسديدات بين البنوك بموجب الخطابات المستندية نشرة رقم (٧٢٥) الخاصة بغرفة التجارة الدولية، وبالتالي فإن تعهد المدعى عليه للمدعي بموجب رسائل (السويفت) المذكورة يكون التزاماً مستقلاً عن الاعتمادات المستندية الصادر بمناسبتها، ويكون تمسك المدعي ببطان تعهده بحجة أنه صدر استناداً إلى اعتمادات مستندية غير صحيحة في معاملات وهمية، وعن طريق غش

وخداع من قبل البنك مصدر خطابات الاعتماد لعدم وجود بضاعة أصلاً، هو نعي في غير محله، خاصةً أنه ثبت من تقرير الخبير المنتدب في الدعوى أن الاعتمادات المستندية الأربعة محل التداعي، كانت قد استوفت الشروط من الناحية المستندية، وهي سليمة ومطابقة للقواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية المطلوبة في النشرة رقم (UCP 600)، ولم ينسب للمدعى عليه صدور غش أو تدليس من جانبه دفعه إلى إصدار التعهدات موضوع التداعي، كما خلت الأوراق من الدليل على وجود غش أو خداع وقع من المدعى عليه على المدعي وقت أن أصدر الأخير التعهدات بالسداد موضوع التداعي "

ويلاحظ أن الحكم المتقدم يثير أمراً في غاية الأهمية، وهو أن الغرفة خلصت لدى مناقشة الدفع المبدى من المدعي، فيما يتعلق بجواز الخروج على مبدأ الاستقلال نظراً لانعدام المحل المتمثل في البضاعة المتفق عليها بين العميل الأمر والمشتري، إلى عدم الاعتداد بالاستثناء محل الدراسة الراهنة، وأنه فيما عدا الغش فإنه لا يوجد استثناء حقيقي آخر على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي، فلا تعارض الغرفة الخروج من حيث الأصل على مبدأ الاستقلال، طالما أنه تعلق بغش أو بطرق احتيالية تصدر عن أحد أطراف عقد الاعتماد. وأن الغرفة من ناحية أخرى قد ربطت فكرة الغش بعدم استيفاء المتطلبات الشكلية لطلبات الاعتماد، وهذا أمرٌ يفتقد إلى العلة المنطقية، ذلك أن استيفاء متطلبات الشكل لا يعني عدم وجود غش في تنفيذ الالتزام، لأن الغش في القواعد المدنية يرتبط بالتنفيذ ولا يرتبط بتكوين العقد، حيث تظهر فكرة التدليس كعيب من عيوب الإرادة.^{٢٣٧} ويقترب الغش من التدليس إذا توافر في مرحلة إبرامه، أما إذا توافر الغش بعد إبرام العقد فلا ينال من صحته إذ يكون العقد قد استوفى شرائطه.^{٢٣٨}

^{٢٣٧} ولعلَّ ضعف الحجة هنا في الوقوف على وجود غش من عدمه، مردّه إلى عدم تضمن النصوص القانونية المدنية لتعريف محدد للغش، رغم نص القانون المدني البحريني في مواضع عدّة إلى اعتبار الغش مبرر للخروج على الأطر المحددة للتعويض في المسؤولية العقدية. وفي محاولة لتقديم معالجة لغياب هذه الفكرة، أكدت محكمة التمييز بمملكة البحرين على مفهوم الغش بقولها أن : " قاعدة الغش يبطل التصرفات هي قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر بها نص خاص في القانون، وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في التصرفات والإجراءات عموماً صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات". الطعن رقم ٩٢ لسنة ٢٠٠٢، جلسة ٢٠٠٣/٣/٣، مجموعة أحكام السنة الرابعة عشر.

^{٢٣٨} تنص المادة (٩٠) من القانون المدني على أنه : "يعتبر تدليس الكذب في الإدلاء بالمعلومات المتعلقة بوقائع التعاقد وملايساته، أو السكوت عمداً عن واقعة أو ملايسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملايسة". راجع في شرح هذه المادة : سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٣٧٨، د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٢٦١، عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ١٥٥.

ويقوم الأساس المنطقي لهذا الاستثناء على مجموعة من المسوغات التي يمكن ردّها في المجمل إلى الطبيعة التعاقدية التي تفرض نتيجة من نوع خاص مفادها إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد بعد انقضاء العقد، وتتمثل هذه الفكرة في ردّ المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل أن يتم إبرام العقد، وإزالة كل أثر قانوني أو مادي للعقد.^{٢٣٩} وقد تناول القانون المدني البحريني هذا الأثر في مواضع عدة، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (١١٩) منه بقوله : " إذا بطل العقد أو أبطل، يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، فإذا استحال ذلك على أحد المتعاقدين فإنه يجوز الحكم عليه بأداء معادل ". والمادة (١٤٢/أ) والتي نصت على أنه : " إذا فسخ العقد، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، وذلك مع مراعاة أحكام المادتين التاليتين". كما نص ذات القانون لدى تنظيمه للأحكام الخاصة بالتقاييل في المادة (١٤٩) على أنه : " تعتبر الإقالة من حيث أثرها، بمثابة الفسخ في حق المتعاقدين وبمثابة عقد جديد في حق الغير".^{٢٤٠}

ومؤدى ما تقدّم، هو أن تنفيذ عقد الاعتماد مع انقضاء العقد الأساس يناقض الأثر القانوني المقرر لانقضاء العقد بإعادة المتعاقدين للوراء، على اعتبار أن هذا التنفيذ ليس في حقيقته إلا خطوة للأمام في سبيل تنفيذ العقد الأساس. وهذا ينافي الاعتبارات العادلة التي تقرر انحلال العقد بما يلحقه من آثار، وإرجاع كل شيء إلى أصله، وما يلحق ذلك من نقل تحمل التبعة. والمقرر أن أثر انحلال العقد لا يقتصر على العاقدین وخلفهم العام، بل يجاوزهم إلى الغير، فإذا أبطل العقد أو فسخ أو تقاييل منه، انقضى معه ما حمّله لمحل العقد من حقوق أو التزامات، فلا يدلي المتعاقد للغير إلا ما يملك، فإذا انقضى ما يملك زال معه ما أدلاه للغير.^{٢٤١} وهذا الأمر يثير السؤال المتعلق بملكية البضاعة في حال انقضاء عقد البيع الأصلي، فهل تؤول ملكية البضاعة للبنك وهو لا يملكها، أم يقتصر حقه على اعتباره رهنًا لها على النحو المقرر قانونًا؟ وإذا كانت الإجابة هي الأخير، فمن أين استمد حق الرهن؟ وهل للمشتري وهو عميله الأمر إدلاء مثل هذا الحق للبنك وهو ليس بمالكٍ للبضاعة؟^{٢٤٢}

^{٢٣٩} عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ٤٢٤.

^{٢٤٠} للمزيد عن انحلال العقد انظر : عبدالمنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية - الجزء الثاني، معهد الدراسات العربية العالية، سنة ١٩٥٩، ص ٣٢٣ وما بعدها.

^{٢٤١} د. عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد - الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٧٠٠ وما بعدها.

^{٢٤٢} انظر في شرح هذا المبدأ : د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص ٢٤٥.

إن هذه النتائج تقضي إلى القول بأنه من غير المتصور أن يقوم البنك بأداء قيمة الاعتماد مع القول بانقضاء العقد الأصلي الذي يكون مصدراً رئيسياً لالتزام البنك، فيتعذر معه إعادة الحال إلى ما كانت عليه وهي النتيجة المقررة قانوناً. فإذا قام البنك بأداء قيمة الاعتماد للمستفيد بعد انقضاء العقد، فإن ذلك يقيم حقه في رفع دعوى قضائية لمطالبة المستفيد برد ما يكون قد تسلمه منه بغير وجه حق،^{٢٤٣} وهي الدعوى التي نصت عليها المادة (١٨٥) من القانون المدني البحريني بقولها: "يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يتحقق سببه أو للالتزام زال سببه بعد أن تحقق". وهذه المادة قد ربطت الالتزام بالسبب، فإذا زال السبب انقضى الالتزام، وهو ما يعني أن للعميل الأمر ذات الحق برفع دعوى قضائية قوامها مطالبة المستفيد بما أثرى به من غير سبب على حساب العميل؛ بكونه مشتر في عقد بيع، حين يرجع عليه البنك بقيمة الاعتماد المدفوع للمستفيد، بل وما ترتب عن هذا السداد من فوائد، ذلك أن هذا الالتزام قد بات مجرداً من السبب الذي نهض العقد في سبيله.^{٢٤٤}

الفرع الثاني

الجوانب التشريعية والقضائية للفكرة

أولاً: السوابق القضائية :

إذا كان البنك في خيار من الأخذ بهذا الاستثناء من عدمه، فإن هذا الخيار يوجد من حيث الأصل للمحكمة، التي غالباً ما تجد أن انقضاء العقد لفسخه أو بطلانه أو تقايل عاقيه مسوغاً لإصدار الأمر بوقف صرف قيمة اعتماد لعقد قد انقضى، ومن ثم جواز الحجز على قيمة الاعتماد، وهذا الأمر قد دفع العديد من الباحثين إلى اعتبار هذا الحجز، بمثابة استثناء آخر مستقل على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي.^{٢٤٥} ويطلق على هذا النوع من الحجز في الولايات المتحدة

^{٢٤٣} انظر في هذا المعنى : د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٢٧٧.

^{٢٤٤} انظر في شرح هذه الدعوى : عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ٦٢٢، و د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص

٩٣٥.

²⁴⁵ Roberto Louis Frias, ibid, p. 92.

الأمريكية بحجز Mareva نسبة إلى القضية التي وقعت بين Compania Naviera v. International Bulk Carriers Ltd.^{٢٤٦}

ويعني حجز Mareva الحجز المؤقت الذي يقيمه القاضي على مبلغ الاعتماد قبل أن يصدر حكماً نهائياً في الدعوى، بشرط أن يكون الإدعاء ثابتاً ، وله ما يظاھر في أوراق الدعوى،^{٢٤٧} ويخضع هذا الحجز في كل الأحوال لسلطة القاضي التقديرية بنظر الطلب المستعجل بوقف صرف قيمة الاعتماد. وهذا ما دفع بعض المحاكم إلى إصدار أمر بالحجز التحفظي على قيمة اعتماد لمحض شبهة بطلان عقد بيع، تمهيداً لإبطاله في وقت لاحق من قبل محكمة الموضوع، وهو الأمر الذي حد من قدرة البنك على أداء قيمة الاعتماد للمستفيد. حيث انتهى القاضي Evans L.J في حكمه إلى أنه : " مستعد لقبول فكرة الحجز من حيث المبدأ في الحالات التي يظهر فيها أن العقد الأساس قابل للإبطال، وأن مستقبله يبدو محدوداً ومهدداً ".^{٢٤٨}

وسبق هذا الحكم حجز في قضية أخرى ، تتلخص وقائعها في عقد أبرمته شركة Itek Corp مع وزارة الحرب الإيرانية، على توريد معدات رصد ذات تقنية عالية. وقد مثل الحكومة الإيرانية لأغراض هذا التعاقد Bank Melli Iran،^{٢٤٩} ولما كان التزام كلاً من المتعاقدين التزاماً متكاملاً (Back to Back)، فإن Bank Melli Iran قام بتوفير ما مجموعه خمس خطابات ضمان لصالح شركة Itek تمثل ضماناً لأداء مقدم العقد والذي بلغت قيمته ٢٢,٥ مليون دولار، وذلك على أن تقوم الأخيرة بتوفير ما مجموعه خمس خطابات اعتماد لصالح البنك تمثل ضماناً لحسن أداء العقد وخلوه من أية إخلال. فإذا تم أداء الثمن من قبل البنك وتم تنفيذ العقد بالشكل المطلوب من قبل الشركة تنازل كلا الطرفين عن خطابات الضمان وعقود الاعتماد.

وقد تضمن العقد إجراءات محددة لإنهاء خطابات الضمان، تتمثل في أن تقوم وزارة الحرب الإيرانية بالإعفاء من هذه الخطابات خلال أربعة أسابيع من تاريخ قبول السلع المقدمة من قبل الشركة،

²⁴⁶ COURT OF APPEAL, CIVIL DIVISION. Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers SA The Mareva [1980] 1 All ER 213. David Warne & Nicholas Elliott (editors), (2005), Banking Litigation, published by Thomsom (Sweet & Maxwell), London. p. Xliiii. Julian Cooke, Tim Young, Michael Ashcroft, Andrew Taylor, John Kimball, David Martowski, LeRoy Lambert & Michael Sturley, (2014), 4th edition, Voyage Charters, Informal law from Routledge New York, p. Ixxiii.

²⁴⁷ Dr. Joseph Nowbiki, Mareva Injunction as a Toll for Debt Recovery, online research, at 2.

²⁴⁸ (1984) 1 Lloyd's Rep 251 (CA) 393, this case was cited by Gaelle Eloy, Letter of Credit: Under Which Circumstances May Bank Withhold Payment? A Thesis for Master Degree at Gent University, 2012, at 14.

²⁴⁹ Itek Corp v First Nat Bank (1984, 1st Cir) 730 F2d 19.

كما تضمن حالة أخرى لإنهاء العقد تتمثل في وقوع قوة القاهرة، كحدوث حالة حرب أو كارثة طبيعية، وكان من ضمن حالات القوة القاهرة إلغاء تراخيص شركة Itek. حيث يستطيع في هذه الحالة أي من المتعاقدين فسخ العقد بعد إخطار المتعاقد الآخر بحدوث القوة القاهرة ومضي ثلاثة أشهر من تاريخ الإخطار.

غير أن اندلاع الثورة الإيرانية في مطلع العام ١٩٧٩ وسقوط النظام الإيراني، قد دفع الحكومة الأمريكية إلى إلغاء رخصة Itek، وذلك لتقادي توريد المعدات، ومن ثم رفضت الحكومة الأمريكية طلب الشركة بإعادة إصدار هذه الرخص لا سيما بعد حادثة احتجاز الرهائن في السفارة الأمريكية في طهران. بناء على ذلك قامت شركة Itek بإخطار Bank Melli Iran بفسخ العقد لوجود قوة القاهرة تتمثل في إلغاء رخصه على نحو يتعذر معه مزاوله أعماله وأداء التزاماته التعاقدية، ومن ثم عمدت إلى إقامة دعوى قضائية تطلب فيها الحجز على قيمة الاعتمادات المقدمة لصالح بنك Melli ومنع National Bank of Boston من أداء قيمة الاعتمادات، وهو البنك الذي فتحت لديه طلبات الاعتماد، وهو ما أجابته المحكمة الفدرالية الأمريكية، استناداً إلى القول بأن العقد المبرم بين العميل الأمر والمستفيد قد انقضى جراء الفسخ.^{٢٥٠}

وعلى الرغم من ذلك، فإن العديد من الدول، ومنها بلجيكا وفرنسا، لا زالت ترفض القبول بمثل هذا الدفع، حيث انتهى قضاء هذه الدول إلى عدم وجود أي أثر على التزام البنك بسداد قيمة الاعتماد للمستفيد عند بطلان العقد الأساس أو فسخه، فيظل التزام البنك قائماً حتى مع انقضاء العقد الأصلي.^{٢٥١} ويبدو أن مرد ذلك هو سيطرة فكرة السبب على دول الأنظمة اللاتينية^{٢٥٢} وهو موقف يبدو متطرفاً إلى حد بعيد في الأخذ بمبدأ الاستقلال إلى أقصاه، فلم تعد الحماية مقررة للملتزم بل للالتزام، وهو ما قد يفضي إلى تعويق العلاقات الاقتصادية التي تزيد تعقيداً يوماً بعد يوم. فإذا زال السبب بعد تحققه، أو لم يتحقق حسب نص المادة (١٨٥) الوارد ذكرها أعلاه، فإنه لا يعود هنالك دافع فعلي لربط المتعاقدين بالتزام فارغ وشكلي احتراماً لقدسية عقد مهدد بقائه، وصار أدعى أن يكون

^{٢٥٠} ويبدو أن هذه القضية كانت مع مجموعة من القضايا الأخرى نتيجة للأزمة التي طرأت على العلاقة الأمريكية - الإيرانية نتيجة استضافة الولايات المتحدة الأمريكية لشاه إيران عقب الثورة الإسلامية في إيران في العام ١٩٧٩. إذ أعقب هذه الاستضافة أن قام طلاب من الثوار الإيرانيين بمهاجمة السفارة الأمريكية في طهران واحتجاز ٥٢ أميركي من سكان السفارة كرهائن، مطالبين الولايات المتحدة الأمريكية بتسليم الشاه لمحاكمته والذي أوى إليها للعلاج أواخر شهر أكتوبر من العام ١٩٧٩ م.

^{٢٥١} انظر في ذلك :

Gaëlle Eloy, Letter of Credits: Under Which Circumstances May Bank Withhold Payment, a thesis submitted for the master degree in University of Gent, 2011-2012, p 17.

^{٢٥٢} Roberto Louis Frias, ibid, p 90.

كل متعاقد حلّ من أمره طالما أن العقد لا يفضي إلى المركز القانوني المرجو، أو النتيجة القانونية المرجوة.

ولما كانت عقود الاعتماد المستندي تقوم على إرادة واحدة هي تنفيذ العقد الأساس، فيعدّ عدم قيام المشتري بفتح اعتماد لصالح المستفيد إخلالاً بالعقد،^{٢٥٣} كما يكون البنك بالمثل مخالفاً بالتزاماته إزاء العميل الأمر إذا لم يتم بإرسال خطاب اعتماد يدعو المستفيد فيه لتقديم المستندات للمطابقة،^{٢٥٤} وهذا التصور الأحادي لعقد الاعتماد لم يعد مقبولاً، فلا بد أن يقوم بناء مركب للعقود لضمان تسهيل تنفيذها، وهذا يعني بصيغة أخرى أن اختلال أحد هذه العقود سيفضي بالضرورة إلى اختلال العقود الأخرى لهذه المجموعة.

وتظهر القيمة الفعلية لهذا الاستثناء فيما تلقيه من أثر على السبب الذي فتح من أجله عقد الاعتماد، والذي ينهض تعهد البنك إزاء المستفيد من أجله، ذلك أن كافة العلاقات التي تنشأ في إطار عملية الاعتماد المستندي تقوم في سبيل غاية واحدة.^{٢٥٥} وإن تعددت العلاقات في هذه العملية، فإنها تتداخل فيما بينها لتكون عملية تعاقدية مركبة محورها سبب واحد. وهذا التصور المركب للعقود في هذه العملية، يجعل من الحالة التي يقوم فيها المستفيد بتقديم المستندات للمطابقة بعد صدور حكم ببطان العقد الأساس من قبيل الغش الصادر عنه، وذلك لعلم المستفيد ببطان العقد، وانقضاء الحق الناجم عنه، فإذا لم يجز هذا الأمر للبنك الامتناع عن أداء قيمة الاعتماد للمستفيد بموجب بطلان العقد، فإنه بالضرورة يجيز الامتناع عن أدائها للغش في تنفيذ العقد، والذي سيتم تناوله في المبحث اللاحق من هذا الفصل.

ثانياً: الإتجاه في المنظور البحرين

أما فيما يتعلق بالمعالجة القانونية لهذا الاستثناء، فإنه لا توجد معالجة تذكر في قانون التجارة البحرين، إلا أن المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في البحرين قد تضمنت معالجة صريحة جعلت من بطلان عقد الأساس استثناءً على مبدأ الاستقلال، وذلك في المادة ٤/١/٣ بقولها أنه: "على المؤسسة أن تنفذ الاعتماد إذا كانت المستندات مطابقة

^{٢٥٣} د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٥٩.

^{٢٥٤} د. عبدالحميد الشواربي، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص ٥٦٠ وما بعدها.

²⁵⁵ Gaelle Eloy, ibid, p 14.

للتعليمات إلا في حالة ثبوت التزوير أو الغش فلا تلزم بتنفيذه، أما إذا صدر حكم قضائي ببطلان عقد البيع السابق على فتح الاعتماد فلا ينفذ الاعتماد إلا باتفاق جديد".

ويتضمن هذا النص إجازة للمصارف الإسلامية بالخروج على مبدأ الاستقلال حين يظهر لها بأن هنالك حكم قضائي صادر بإبطال العقد. ويحمل هذا النص صيغة الإلزام للمصرف، فيحتم عليه الامتناع عن سداد قيمة الاعتماد في الحالة التي يكون قد صدر فيها حكم قضائي ببطلان عقد البيع. وبمفهوم المخالفة فإن مجرد وجود مزاعم من المشتري بقبالية العقد للإبطال، أو التلويح بدعوى قضائية، لا يلزم البنك بالامتناع عن أداء قيمة الاعتماد للمستفيد. غير أنه يؤخذ على هذا النص أنه قد جاء تحكماً دون مبرر، فلم يتناول حالات انقضاء العقد الأخرى كالفسخ والإقالة، حتى مع القول باتحاد هذه الحالات من حيث الأثر الناجم عنها، إذ يعود كلا المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ما لم يتعذر ذلك، وفي هذه الحالة فإنه يتم جبر الحال بالتعويض.

ومن المتصور أن يترتب على هذا النص هوة في تطبيق هذا الاستثناء بين البنوك العاملة بمملكة البحرين. ففي الوقت الذي يكون المصرف الإسلامي ملزماً بالامتناع عن صرف قيمة الاعتماد في حالة صدور حكم ببطلان العقد الأساس، وذلك عملاً بالمعايير الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة، فإن البنوك التجارية الأخرى لا زالت تفتقد لمثل هذا النص. فقد يتم إصدار هذا الاعتماد من قبل بنك إسلامي، في الوقت الذي يتم التنفيذ من قبل بنك آخر، أو تعزيزه من قبل بنك تجاري غير إسلامي، وهذان الخياران لن يكونا ملزمين بالاستثناءات المنصوص عليها في المادة المتقدمة، وذلك بخلاف البنك الإسلامي المصدر، والذي سيكون له . بطبيعة الحال . عدم قبول هذه المستندات لبطلان العقد الأساس، فإذا لم يقم البنك بإثارة مثل هذا الشرط أو الاستثناء لدى مخاطبته للبنك المنفذ أو المعزز، فإن ذلك يفضي إلى التباين في الأسس والقواعد المطبقة في العملية المصرفية الواحدة.

ويظهر هذا الاختلاف مرة أخرى في المعالجة الموجودة في التنظيم الدولي. ففي الوقت الذي جاءت القواعد والأعراف الموحدة (UCP600) خالية من النص على اعتبار انقضاء العقد كاستثناء على مبدأ الاستقلال، أوردت المعاهدة الخاصة بخطابات الضمان والكفالات المستقلة نصاً خاصاً يتعلق باعتبار بطلان العقد الأساس مسوغاً للبنك للامتناع عن أداء قيمة الاعتماد للمستفيد، حيث نصت المادة (١٩) في الفقرة الأولى، وتحت باب الاستثناء، على التزام السداد، على أن للبنك الامتناع عن سداد قيمة الاعتماد في الأحوال التالية:

" ١ - إذا تبين :

- (أ) أن المستند المقدم - أيًا كان هذا المستند - مزوراً أو جرى تزيفه.
- (ب) أن السداد لم يكن مستحقاً على الأساس الوارد في المطالبة والمستندات الداعمة لها.
- (ج) أن المطالبة - بحكم نوع التعهد وغرضه - ليس لها أساس يمكن تصوره، فإن الكفيل/ البنك المصدر، متصرفاً بحسن نية، يكون له الحق في أن يمتنع عن السداد للمستفيد.

٢- لأغراض الفقرة (ج) من الفقرة (١) من هذه المادة، ترد فيما يلي أنواع الحالات التي لا يتصور أن يكون فيها أساس للمطالبة:

- (أ) حين لا يكون هنالك من شك في عدم وقوع الحدث أو الخطر الاحتمالي الذي أريد بالتعهد أن يؤمن المستفيد من وقوعه.
- (ب) حين يكون الالتزام الأصلي الملقى على عاتق الأصيل / الطالب قد أعلنت بطلانه محكمة أو هيئة تحكيم، ما لم يبين التعهد أن هذا الحدث الاحتمالي يندرج ضمن المخاطر التي يغطيها التعهد."

وعلى الرغم من أن هذه الاتفاقية تمثل خطوة للأمام في سبيل التدخل التشريعي لتنظيم هذا الاستثناء، إلا أنها تثير العديد من الملاحظات، أهمها: أن نص المادة . سألغة الذكر. لم يبين فيما إذا كانت هذه المادة قد وردت على سبيل الإلزام أو الإسترشاد للبنك. بمعنى هل يلزم البنك عملياً بإعمال الاستثناءات السابق ذكرها أم أن المسألة تظل تقديرية بالنسبة له، فيقدر مثلاً حجم الضرر بالنسبة للمستفيد، أو سوء نيته أو أية عوامل أخرى تظهر عند أداء قيمة الاعتماد. فضلاً عن ذلك، فإن هذه المعاهدة لم تبين فيما إذا كانت هذه الحالات قد ورت على سبيل الحصر أو التمثيل، فيظل في مكنة البنك دائماً إضافة حالات أخرى لتحديد مدى استحقاق البائع لمبلغ الاعتماد من عدمه. وتظهر أهمية تمييز ذلك، في أن هذه الاتفاقية قد ظهرت في صورة معاهدة دولية، ولذلك فهي تمثل قانوناً خاصاً للدول المنضوية لها، وذلك بخلاف الأصول والقواعد الموحدة (UCP 600)، والتي لا تعدو أن تكون قواعد استرشادية، ما لم يتفق الطرفان على اعتبارها قانوناً حاكماً للعقد.^{٢٥٦}

^{٢٥٦} د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٤٥، ود. محيي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ١٠٤٨.

ويلاحظ أيضاً أن هذه الإتفاقية قد خصصت لتنظيم عمل الكفالات المستقلة، أو ما يسمى بخطابات الاعتماد الضامنة دون غيرها (Standby Letter of Credit) جنباً إلى جنب مع خطابات الضمان، ورغم أن القواعد والأعراف الموحدة (UCP) في صيغها المتتالية لم تفرق بين خطابات الاعتماد المستندي الضامنة وخطابات الاعتماد التجارية العادية، إلا أن هذين النوعين يحملان العديد من الاختلافات التي تفرض على البنك أن يقوم بالتمييز بينهما، وأهم هذه الفوارق هو أن خطابات الاعتماد الضامنة لا تمثل وسيلة دفع أصلية، بل وسيلة احتياطية لسداد قيمة اعتماد، فتظهر عند فشل وسيلة الدفع الأولى. ولذا فإنه لا يمكن أن تتسحب هذه الاتفاقية على الاعتمادات المستندية التقليدية أيضاً، على الرغم من أن هذا النص ربما يفتح المجال لتعديلات مقترحة على القواعد والأعراف الموحدة، لا سيما أن أغلب الأحكام القضائية قد انتهت إلى إعمال القواعد الخاصة بخطابات الضمان على عقود الاعتماد المستندي، لاشتراك هذه الأعمال التجارية بذات الطبيعة والخصائص، حتى أن أغلب كتب الفقه قد استقت الأحكام الخاصة بعمليات الاعتماد من القواعد الخاصة بخطابات الضمان، فهل من الممكن والحال كذلك القول بجواز القياس؟^{٢٥٧} كما تبقى المشكلة الأساسية التي تواجه هذه المعاهدة في أنها لم تلق القبول والانتشار الدوليين، وقد يكون مرجع ذلك إلى الدور المحدود لهذا النوع من الاعتمادات، حيث أنها لا تلقى رواجاً في كثير من الدول. فمنذ إبرام هذه الاتفاقية لم يتجاوز عدد المنضوين إليها التسع دول منهم الكويت وتونس والولايات المتحدة الأمريكية.

المبحث الثاني

الاستثناءات المتعلقة بأسباب خارجة عن العقد الأساس

يتعلق هذا المبحث بسلوك المستفيد أو بغيره كمسوغ للخروج على مبدأ الاستقلال بالنسبة للقاضي أو المصرف بحسب الأحوال. وهي تتناول استثنائين أولهما الغش والتزوير، واللذان يتبوأن مركز الصدارة في التنظيم القانوني المحلي والدولي، بشقيه القضائي والتشريعي. حيث لا بدّ للأخذ بالغش كاستثناء على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي، أن يصدر هذا السلوك من المستفيد أو وكيله بسوء نية.

ويشكل انعدام العلم بالتزيف الحاصل في المستندات، مسوغاً آخر للخروج على مبدأ الاستقلال، يتمثل في التزوير، فإذا قدّم المستفيد المستندات عالماً بعدم صحتها كان غشاً، وإذا لم يعلم كان تزويراً.

²⁵⁷ See Mclaughlin, Recent Developments in Standby Letters of Credit, in Legal Issues in Bank Lending, November 16-17, 1987.

والتمييز بين كلا الفرضين لا يقوم على أسس أو معايير معينة أخرى، حيث يمتلك البنك سلطة تقديرية في رفض هذه المستندات، باعتبارها غشاً صادراً عن المستفيد أو وكيله، أو تزويراً صادراً عن طرف ثالث ودون علم من المستفيد.

ويتمثل الاستثناء الثاني في الحالة التي يفقد فيها العقد الأساس للتوازن العقدي، أي بين ما يتلقاه المشتري من البائع، وبين ما يحصل عليه في المقابل بحيث يتعذر معه تنفيذ هذا الالتزام بشكل طبيعي غير مرهق، وذلك نتيجة لوجود غبن عند التعاقد. فكما هو معلوم بأنه لا تأثير للغبن على العقد إلا إذا كان نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، ومؤدى ذلك أن الغبن وهو الاستثناء الثالث في هذا المبحث يرتبط أيضاً بسلوك المستفيد، فإذا خلا سلوك المستفيد مما يجعل الإرادة متعيبة، فلم يصدر عنه تدليس أو إكراه أو استغلال، فإن إرادة التعاقد تكون صحيحة ولا محل للخروج عن العقد. وسوف يتم تناول هذين الاستثناءين تباعاً، حيث سيتم معالجة الغش والتزوير (المطلب الأول) وتناول تطورهما التاريخي وأثره في تأسيس باقي الاستثناءات، ومن ثم سيتم معالجة فكرة الغبن ومدى إمكانية تطبيقها في التشريع البحريني في المطلب الثاني.

المطلب الأول

أثر الغش والتزوير على مبدأ الاستقلال

لا يثير مفهوم الغش أمراً جديداً في الأعراف المدنية أو التجارية، ذلك أن كافة القوانين المدنية قد نظمت الغش الذي يرد على العقود لدى تنفيذها،^{٢٥٨} وهو الأمر الذي سوغ بأن يتبوأ الغش - كاستثناء على مبدأ الاستقلال - اهتماماً كبيراً من قبل الفقه والقضاء، ثم التشريعات الدولية وبعض القوانين المحلية. فالطبيعة العقدية التي تسبغ العقود في عمليات الاعتماد المستندي جعلت من مبدأ الاستقلال والاستثناء الذي يرد عليه، صنوان لا ينفصل أحدهما عن الآخر، على الرغم من أن هذا الاستثناء في حد ذاته لا يخرج عن الفكرة المألوفة لدى الفقه من أن الغش يفسد كل شيء ويبطل

^{٢٥٨} وعلى الرغم من أن العديد من القوانين لم تورد تعريفاً خاصاً بالغش، إلا أن قوانينها أوردت نصوصاً خاصة تجيز الخروج على قواعد العقد لدى وقوع الغش المبطل للتصرفات. ومن ذلك القانونين المصري والبحريني. ومن ذلك نص المادة (٢١١) مدني مصري، والمادة (٢١٤) مدني بحريني. ثم أكدت على قاعدة الغش المفسد محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٨٧ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٥/٥/١٩٨٠ س ٣١ ص ١٣٧٣، وكذلك محكمة التمييز بمملكة البحرين في الطعن رقم ٩٢ لسنة ٢٠٠٢، جلسة ٢٠٠٣/٣/٣، مجموعة أحكام السنة الرابعة عشر.

التصرفات التي تليه، وموقف القضاء من حماية أي متعاقد من غش المتعاقد الآخر واضح وصريح، وهو ما قد يدفع إلى القول بأن هذا الاستثناء لا يشكل في حقيقته خروجاً فعلياً على المبدأ.^{٢٥٩}

ويتعامل كافة الأطراف في عمليات الاعتماد المستندي بموجب المستندات لا السلع، فإذا قدمت هذه المستندات، وكان الظاهر منها أنها مطابقة لما جاء في عقد الاعتماد، فإن البنك يكون ملزماً بسداد الثمن.^{٢٦٠} ومؤدى مبدأ الاستقلال هو ألا يكون البنك معنياً بما قد يثور من نزاع جراء تنفيذ العقد الأساس بين العميل الأمر والمستفيد من قيمة الاعتماد.^{٢٦١} وهذا التطبيق الصارم للمبدأ يعني أن ينشأ حق للبنك بعد تسلم المستندات وسداد قيمتها، بالرجوع على العميل الأمر بما دفعه من ثمن، حتى لو تبين فيما بعد بأن هذه المستندات مزيفة أو بها شبهة غش، طالما أنه قد بذل في فحصها عناية معقولة، هذا من جانب.^{٢٦٢} ومن جانب آخر، فإن البائع لا يلزم بإظهار ما يفيد تسليم البضاعة بذات الجودة المتفق عليها في عقد البيع الأصلي على نحو فعلي، طالما أنه قد قدم سند الشحن الذي تضمن مواصفات الشحنة.^{٢٦٣}

ومن هنا تظهر الحاجة لتكريس حق البنك في التصدي للمستندات على نحو أكثر فاعلية مما هو عليه، بحيث يمكنه هذا الحق من كشف الغش. فإذا كان مبدأ الاستقلال قد تم تكريسه لحماية الطبيعة التجارية للعقود، فإن الاستثناء المتعلق بالغش يحمي حاجة النظام العام في استقرار المعاملات، وتحقيق العدالة التعاقدية، فضلاً عن حماية الثقة والإئتمان اللذين يعتبران أساس المعاملات التجارية بما فيها عقود الاعتماد المستندي.

وهكذا فقد أفضى استبدال السلع الحقيقية بالمستندات، إلى تسهيل غش أحد المتعاقدين للآخر لدى تنفيذ العقد. ويقصد بالغش في عمليات الاعتماد المستندي أن يقدم المستفيد من قيمة الاعتماد

^{٢٥٩} لقد سبقت فكرة الغش كمبرر للخروج على مبدأ آخر مشابه هو مبدأ حجية أثر العقد، حين أجازت لدائن المدين إقامة دعوى في مواجهة الغير الذي يتعاقد مع مدينه، فيما يعرف بنظرية الغش البوليصي، حيث تضمنت هذه النظرية القول بأن الغير الذي يتعاقد مع المدين، إنما يدفع باتجاه إفسار المدين أو الزيادة في إفساره، وهو ما يقيم للدائن الحق في إقامة الدعوى البوليصية في مواجهة الأجنبي الذي انتهك العقد القائم. راجع في ذلك : علي فيصل، المرجع السابق، ص ١٤٢.

^{٢٦٠} محيي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ١١٠٩.

^{٢٦١} د. محمود العبابنة، معيار المطابقة الظاهرية لعمليات الاعتماد المستندي على ضوء نشرة الأعراف الموحدة UCP 600 وقرارات محكمة التمييز الأردنية، بحث منشور بمجلة الحقوق بجامعة البحرين، المجلد ١١، العدد ٢، ص ٢٠٠.

^{٢٦٢} د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٣٠٧. انظر أيضاً في هذا المعنى :

Ross P. Buckley & Xiang Gao, The Development in Fraud Rule in Letter of Credit Law: The Journey So Far and the Road Ahead, Article published online, p. 665.

^{٢٦٣} علي الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٠٩ وما بعدها.

للبنك مستندات مطابقة في ظاهرها لشروط خطاب الاعتماد، غير أنها معيبة في موضوعها، وينصب هذا العيب على المستندات ذاتها سواء ورد على جميع المستندات أو بعضها، كما تعني هذه الكلمة أن تكون علاقة المستندات بالبضاعة التي تشير إليها صحيحة من حيث الواقع، مع أنها تبدو في الظاهر صحيحة تماماً.^{٢٦٤}

وقد يرد الغش في صورة تزوير، وذلك في الحالات التي لا يكون فيها المستفيد مرتكباً لغش ما، على أن المستندات التي يقوم بتقديمها للمطابقة تكون باطلة. فيرد الاختلاف بين الغش والتزوير، إلى علم المستفيد لدى تقديمه للمستندات بالخلل الذي تتضمنه. فإذا علم المستفيد بما تتضمنه من خلل وقدم المستندات المعيبة صار غشاً، وإذا لم يعلم صار تزويراً، حيث يفضي هذا العلم بالتزوير إلى أن يصبح غشاً، وهذا نتيجة لما يقترن به العلم من سوء نية المستفيد.^{٢٦٥} وعليه فإن كل غش في حقيقته هو تزوير، على أن التزوير لا يكون غشاً بالضرورة. ويظهر البطلان في صور متعددة منها التزوير والذي غالباً ما يكون في صورة غش يكون مرتكباً من قبل طرف ثالث، أو أن تكون المستندات معدة من قبل طرف ثالث وتم تقديمها دون تخويل فعلي للمستفيد بتقديمها.^{٢٦٦} ومن حالات التزوير أيضاً تقديم مستندات عديمة القيمة أو غير صحيحة، على النحو الذي يفقد مجموع المستندات لجوهرها الحقيقي،^{٢٦٧} حيث أن المعمول به في قراءة المستندات هو قاعدة قراءة المستندات في مجموعها، إذ يجب أن تحتوي المستندات ككل وصفاً كاملاً ومطابقاً لما اشترطه العميل الأمر.^{٢٦٨}

وإذا كان الغش يبرر الخروج على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي، وإذا كانت هذه الفكرة ومعيارها محكومين بالقوانين والأعراف المحلية، والكيفية التي يتم بها معالجة هذا الأمر، فإن ذلك يستلزم الاختلاف في التطبيق من تشريع لآخر. ففي القانون الإنجليزي . على سبيل المثال . حاول البعض المقاربة بين الغش والتدليس باعتباره عيباً من عيوب الإرادة، على اعتبار الفكرة التي يركز عليها مفهوم الغش تتمثل في تقديم المستفيد لمستندات تتضمن بشكل صريح أو ضمني معلومات

^{٢٦٤} ليلي بعثاش ، أثر الغش في عقد الأساس على تنفيذ الاعتماد المستندي ، رسالة دكتوراة لدى جامعة الحاج لخضر - الجزائر ٢٠١٤ ، ص ٧٦ .

^{٢٦٥} وقد عارض البعض هذا الرأي على اعتبار أن هذا الاستثناء ينسحب فقط على الحالة التي يثبت فيها صدور غش من جانب البائع. انظر في تفصيل ذلك: د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٣٠٧ .

²⁶⁶ Richard Hooley, Fraud and Letters of Credit: is there a Nullity Exception? 61 CAMBRIDGE L.J. 279 (2002)

²⁶⁷ Gaelle Eloy, ibid, p. 39.

^{٢٦٨} حسين شحادة الحسين، موقف البنك من المستندات المخالفة في الاعتماد المستندي، جامعة حلب، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠١، ص ٢٠٢ .

أو وقائع غير حقيقية. وهي فكرة مقارنة إلى حد بعيد لفكرة التدليس. وقد طرح هذه المقاربة القاضي J David Steel في قضية Standard Bank ضد Uzinterimpex.^{٢٦٩}

غير أنه من الصعب التعويل على فكرة التدليس كبديل للغش، ذلك أن التدليس يرتبط بوقت نشوء العقد وتلاقي الإرادات، إذ يروم المدلس إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد فتتسأ إرادته متعيبة. فالعلاقة إذاً وثيقة ما بين التدليس والغلط، فالتدليس لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد.^{٢٧٠} وإذاً هو على هذا النحو فإنه يختلف عن الغش، ذلك أن الغش يقع بعد تكوين العقد، أو خارجاً عن دائرة العقد، فهو يرتبط بتنفيذ العقد أكثر من ارتباطه بإنشاء التعاقد.^{٢٧١}

وقد ميّزت العديد من المعالجات القانونية بين التزوير والغش في عمليات الاعتماد المستندي، وتم اعتبارهما استثنائين مستقلين. إلا وجود خلل في المستندات هو ما يجمع بينهما، سواء كان هذا الخلل في البضاعة محل عقد البيع، أو في المستندات الممثلة لهذه البضاعة. وسيتم تناول هذا الأمر في فرعين الأول يتعلق بالقوانين المنظمة للغش والتزوير، والثاني التطبيقات القضائية التي تصدرت لهما. كل ذلك كما يلي:

الفرع الأول

التنظيم القانوني للغش والتزوير

على الرغم من عراققة التأصيل القضائي لهذه الفكرة، إلا أن التزوير والغش لا زالا حديثاً عهدٍ بالتشريع في القوانين المحلية، حيث لا يزال تنظيمه محدوداً. فلم يرد في قانون التجارة البحريني أي ذكر لهذا الاستثناء أو غيره لدى تنظيمه لقواعد الاعتماد المستندي، رغم عدم نفيه في ذات الوقت لإمكانية الخروج على مبدأ الاستقلال في هذه العملية، وذلك في الوقت الذي نصت المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في البحرين صراحةً على اعتبار الغش استثناءً على مبدأ الاستقلال، وذلك في المادة ٤/١/٣ بقولها على أنه: "على المؤسسة أن تنفذ الاعتماد إذا كانت المستندات مطابقة للتعليمات إلا في حالة ثبوت التزوير أو الغش فلا تلزم بتنفيذه، أما إذا صدر حكم قضائي ببطلان عقد البيع السابق على فتح الاعتماد فلا ينفذ الاعتماد إلا باتفاق جديد".

²⁶⁹ (2007) 2 Lloyd's Rep. 187, 188, Cited by Chumah Amafulé, *ibid*, p. 42.

^{٢٧٠} د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٣٧٨، د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٢٥٣، وعبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ١٥٥.

^{٢٧١} عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٢٦١.

ولما كانت هذه المعايير بمثابة قانون ملزم للمصارف الإسلامية التي تتضوي كعضو تحت هيئة المحاسبة والمراجعة، فإنه يضحى على المصرفي في البنك العضو في هذه الهيئة لدى قيامه بعملية المطابقة، أن يقوم برفضها عند وجود أية شبهة لغش صادر عن المستفيد أو تزوير في المستندات سواء صدر عن المستفيد أو غيره.

أما القانون الأمريكي فقد كان له قصب السبق في تنظيم الغش والتزوير كاستثناء على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي.^{٢٧٢} فبعد أن تناول القضاء هذين الاستثنائين لمرات متعددة، جاء القانون التجاري الأمريكي الموحد (U.C.C) فتناول الغش والتزوير كسبب من أسباب وقف تنفيذ الاعتماد، وسمح للبنك بالامتناع عن الوفاء إذا كشف عن غش في المستندات، كما سمح للعميل الأمر بالحصول على أمر قضائي يمنع البنك من الوفاء بقيمة الاعتماد في حال صدور غش أو تزوير من قبل المستفيد. حيث نصت المادة الخامسة من هذا القانون على أن الوسيلة الوحيدة لوقف الدفع للبائع هو الحصول على أمر قضائي بذلك بقولها :

" أ- إذا تم تقديم المستندات للمطابقة، وكانت هذه المستندات في ظاهرها مطابقة لشروط ومواصفات عقد الاعتماد، إلا أن هذه المستندات كانت مزورة أو مغشوشة، أو كان قبول هذه المستندات سوف يقوم بتسهيل الغش من قبل المستفيد على العميل الأمر أو البنك المصدر فإن على البنك المصدر عدم قبول مثل هذه المستندات أو الدفع مقابلها وذلك فيما عدا الحالات التالية:

١. إذا تم تقديم هذه المستندات للمطابقة من قبل شخص مسمى وكان قد أعطي قيمة هذه المستندات بحسن نية ودون ملاحظة للغش أو التزوير، أو إذا تم قبول المستندات من قبل بنك مؤكد، على أن يكون هذا التأكيد بحسن نية، أو إذا كان حامل هذه المستندات حسن النية قد تلقاها بعد قبول البنك المصدر أو من قبل شخص مسمى، أو إذا تمت إحالة الحق في المستندات لشخص مسمى، ولم يتم ملاحظة الغش أو التزوير الحاصل في المستندات بعد أن تم قبول الدفع مقابل هذه الحوالة من قبل البنك المصدر أو شخص مسمى.

٢. يكون للبنك في الحالات الأخرى الغير واردة في البند (١) الخيار في قبول أو عدم قبول المستندات المزورة أو المغشوشة، على أن يكون ذلك بحسن نية.

^{٢٧٢} سيرد بيان ذلك في الفرع الثاني من هذا المطلب.

ب - وإذا ادعى العميل الأمر أن المستندات المطلوبة للمطابقة تتضمن غشاً أو تزويراً، أو أن يكون قبولها مدعاة لتسهيل الغش من قبل المستفيد، فإن المحكمة ذات الاختصاص بنظر الدعوى لها أن تمنع البنك المصدر كلياً أو جزئياً من قبول المستندات والدفع للمستفيد، في الحالات التالية :

١. ألا يكون الأمر ممنوعاً تحت القانون الواجب التطبيق.

٢. ألا يكبد هذا الأمر ضرراً للمستفيد أو المصدر أو أية شخص آخر مسمى.

٣. أن تكون الشروط القانونية لقبول وإصدار هذا الأمر متوافرة في طالب الأمر.

٤. أن يكون هذا الأمر لدى تقديم طلب المنع مرجح القبول من قبل المحكمة وله ما يعضده في ظاهر الأوراق.

ويتضح من المادة المتقدمة أنها قد ميزت بين الحالات التي يتم فيها التصدي من قبل البنك لإعمال هذا الاستثناء، وبين الحالات التي يتم فيها اللجوء إلى جهة قضائية طلباً للمنع. ففي الحالة الأولى فإن البنك يمتلك السلطة التقديرية فيما دون الأحوال المنصوص عليها في البنود الأربعة الأولى، والتي قد يجمع بينها حسن نية مقدم المستندات، فحسن النية ينفي نية الغش ويقيم شبهة أخرى تتعلق بالتزوير.^{٢٧٣} ويلاحظ أن المشرع الأمريكي قد وضع شروطاً معينة كيما يتمكن العميل الأمر من وقف صرف قيمة الاعتماد للمستفيد، من أهمها أن تكون هنالك أمارات واضحة على وجود الغش أو التزوير. على أن المادة الخامسة لم تبين ماهية المعيار الذي يتم الاستناد عليه في تحديد نسبة الغش المسوغ لوقف الدفع، وفيما إذا كان من اللازم أن يكون هذا الغش كلياً أم يكتفى بالغش الجزئي، كما لم تبين فيما إذا كانت فكرة الغش تشمل العقد الأساس أم أنها تتسحب على مخالفة عقد الاعتماد فقط، رغم صعوبة الفصل بين هذين العقدين، ذلك أن عقد الاعتماد إنما يفتح بموجب الشروط والمواصفات المنصوص عليها في العقد الأساس.^{٢٧٤}

^{٢٧٣} راجع في شرح هذه المادة : ليلي بعثاش، المرجع السابق، ص ٣٨.

^{٢٧٤} راجع في ذات المعنى :

أما بالنسبة للتشريعات الدولية، فإنه يلاحظ أن القواعد والأعراف الموحدة (UCP 600) لم تتطرق للغش كاستثناء على عقد الاعتماد أو لغيره، كسبب من أسباب المعارضة في أداء قيمة الاعتماد. وبالرغم من التتقيح الأخير الذي طرأ على هذه القواعد والأعراف الموحدة في العام ٢٠٠٧، إلا أن القواعد في نسخها الأخيرة قد عجزت مرة أخرى عن تضمين نصوصها لأي استثناء قد يرد على مبدأ الاستقلال، لا سيما الاستثناء المتعلق بالغش، والذي بات يعدّ استثناء راسخاً في الفقه والقضاء الدوليين.^{٢٧٥}

ولقد أفسح هذا الغياب في تنظيم فكرة الغش و التزوير الذي شهدته الأعراف والقواعد الموحدة للاعتمادات المستندية، المجال للقواعد المحلية بأن تكون حاكماً في تنظيم هذه المسألة. وكان من شأن اختلاف النصوص التشريعية بين الدول لدى تنظيمها للمسائل المتعلقة بالغش أن رتب . هو الآخر . اختلافاً كبيراً في التطبيقات القضائية، ولذلك فإن أطراف عقد الاعتماد المستندي، قد يفاجؤون بأن هذه القواعد لا تتضمن تنظيماً معيناً بشأن الحالات التي ترد على عقودهم فيما لو ظهر أي استثناء أثناء تنفيذ العقد، وهو الأمر الذي قد يجعل مصالحهم التجارية عرضة للتهديد.^{٢٧٦}

ويختلف الأمر بالنسبة لاتفاقية اليونسسترال لخطابات الضمان والكفالات المستقلة، حيث نصت هذه الاتفاقية في المادة (١٩/أ)، وتحت باب الاستثناء من التزام السداد على أن للبنك الامتناع عن سداد قيمة الاعتماد:

"١- إذا تبين:

(أ) أن المستند المقدم، أيّاً كان، مزور أو قد جرى تزيفه.

(ب) أن السداد لم يكن مستحقاً على الأساس الوارد في المطالبة والمستندات

الداعمة له.

James E. Byrne, *Contracting out of Revised UCC Article 5 (Letters of Credit)*, 40 Loy. L.A. L. Rev. 297 (2006).

^{٢٧٥} انظر في هذا المعنى : حاتم محمد عبدالرحمن ، العمليات المصرفية المستقلة والمشكلات المرتبطة بتنفيذها: دراسة في أثر الغش على استقلال الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٣.

^{٢٧٦} Chumah Amaefule, Ibid, p 40.

(ج) أن المطالبة، بحكم نوع التعهد وغرضه، ليس لها أساس يمكن تصوره، فإن الكفيل / المصدر، متصرفاً بحسن نية، يكون له الحق إزاء المستفيد، في أن يتمتع عن السداد".

وعليه فإن المادة (١٩) تنص على حق البنك بالامتناع عن الدفع للبائع في الحالة التي يظهر فيها للبنك أن المستندات مزورة أو جرى تزيفها، أو أن السداد ليس مستحقاً على الأساس الوارد بالمطالبة، وذلك في إشارة إلى فكرة الغش التي تجعل الدفع للمستفيد غير مستحق، وتعفي البنك من التزامه غير المشروط الذي وجهه للمستفيد بموجب خطاب الاعتماد.

فإذا كان الأصل هو الاستقلال، فإن هذين الاستثنائين هما الضرورة التي خلقتها التطبيقات العملية، والتي تترك البنك أمام خيارين عند الإدعاء بوجود مثل هذا الغش أو التزوير من قبل المشتري، وذلك بالنظر لمدى قدرة المشتري على إثبات ادعائه للمصرف، فإذا قدم المشتري أدلة دامغة تفيد بوجودهما، فإن البنك غالباً ما يعلق دفع قيمة الاعتماد للمستفيد.^{٢٧٧} والقول بغير ذلك يضع البنك موضع المساءلة أمام عميله، لأن المجازفة بقبول مستندات مغشوشة أو مزورة لا بد أن يحمل نية الإضرار بالعميل الأمر، والذي يضحى مستحقاً للتعويض الجابر للضرر بعنصره : فوات الكسب وما وقع من خسارة.^{٢٧٨} أما إذا عجز المشتري عن تقديم أي دليل على وجود الغش، فإنه للبنك السلطة التقديرية في أداء قيمة الاعتماد للمستفيد من عدمه، على أن المشتري يستطيع بطبيعة الحال اللجوء إلى القضاء للحصول على الأمر بحجز قيمة الاعتماد.^{٢٧٩}

ولم يفرد المشرع البحريني معالجة مستقلة للغش أو التزوير في تشريعاته المختلفة، وإنما تضمن القانون المدني الإشارة لهذا المفهوم في نصوص قانونية متفرقة، وكان يغلب عليها ربط الغش بالخطأ الجسيم، كمبرر للخروج على الإرادة التعاقدية. ومن ذلك مثلاً ما نصت عليه المادة (٢١٩) من جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى أو التأخر في تنفيذه، إلا أن يكون عدم التنفيذ أو التأخر فيه ناجماً عن غش أو خطأ جسيم.^{٢٨٠} ويعطي هذا الفراغ التشريعي

^{٢٧٧} ليلي بعثاش، المرجع السابق، ص ١٢٤ وما بعدها.

^{٢٧٨} للمزيد في كيفية إثبات الغش راجع :

Ross P. Buckley & Xiang Gao, ibid, p 697.

^{٢٧٩} حمدي محمد مصطفى، الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥ : دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد ٥٠، سنة ٢٠١٢، ص ٧.

^{٢٨٠} نصت المادة (٢١٩) من القانون المدني البحريني على أن : " يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى ، أو على التأخير في تنفيذه إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم".

في القانون البحريني، السلطة للقضاء في تقدير وجود الغش وتكييف عناصره. وقد انتهت محكمة التمييز بمملكة البحرين في أحد أحكامها في هذا الشأن إلى أن : "قاعدة الغش يبطل التصرفات هي قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر بها نص خاص في القانون، وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في التصرفات والإجراءات عموماً صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات".^{٢٨١}

وبالرغم من ذلك فقد تناول قانون التجارة البحريني مسألة حسن النية باعتبارها ملزمة للبنك بأداء قيمة الاعتماد، حيث نصت المادة (١/٣٢١) على أن : "يكون التزام البنك في حالة الاعتماد المستندي البات قطعياً ومباشراً قبل المستفيد متى أخطر به وقبل كل حامل حسن النية للصك الذي سحب تنفيذا للعقد"، وهو النص المشابه لما قرره المادة الخامسة من القانون التجاري الأمريكي الموحد. ويبدو أن القانون البحريني قد أثار مسألة حسن نية حامل الصك الذي يتم به تسوية قيمة الاعتماد، على اعتبار أن حسن نية المتعاقد هو أمرٌ مفترض بغير حاجة إلى نص، أما الغير عن عقد الاعتماد فإن حقه يرتبط بحسن نيته، ولذلك فإن تطبيق النص المتعلق بحسن نية المتعاقد يكون من باب أولى بالنسبة لأطراف المجموعة المستندية، لا سيما أن القواعد المدنية قد تضمنت النص على تنفيذ العقود بحسن نية، وجعلت من حسن النية شرطاً مفترضاً. حيث نصت المادة (١٢٩) من القانون المدني البحريني على أنه : "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل". وهذا المبدأ الذي كرسته المادة (١٢٩) يتضمن الامتناع عن القيام بالغش التدليسي الذي يتمثل في القيام بطرق احتيالية، وهو الرأي الذي ساندته محكمة النقض الفرنسية التي أجازت الاحتجاج بمثل هذه الحيل، والامتناع عن تسجيل قيمة الاعتماد بناء على ذلك.^{٢٨٢}

أما المشكلة التي تواجه المتعاقدين عند قيام الاختصاص القضائي لمحاكم مملكة البحرين، فتتمثل في غياب وسيلة قضائية فاعلة تتمكن من التصدي لمسألة وقف صرف الاعتماد بناء على مزاعم الغش أو التزوير التي يثيرها العميل الأمر. فيظهر بتفحص القانون البحريني، أن قصوراً كبيراً يرد على طريقة المعالجة القضائية التي تضمن السرعة في وقف صرف قيمة الاعتماد قبل حسم النزاع الموضوعي بين الأطراف. فإذا صار معلوماً أن البنك يكون ملزماً بفحص المستندات خلال المدة الزمنية المتفق عليها،^{٢٨٣} فإن العميل سيجد نفسه ملزماً بإثبات الغش أو التزوير للبنك خلال هذه المدة

^{٢٨١} الطعن رقم ٩٢ لسنة ٢٠٠٢، جلسة ٢٠٠٣/٣/٣، مجموعة أحكام السنة الرابعة عشر.

^{٢٨٢} حمدي محمد مصطفى، المرجع السابق، ص ١٠.

^{٢٨٣} علي الأمير ابراهيم، المرجع السابق، ص ١٦٧.

المحددة، وهو الأمر الذي يخضع في كل الأحوال لسلطة البنك التقديرية، فإذا أخفق في ذلك، فإنه سيضطر إلى اللجوء للقضاء طلباً لاستصدار أمر بوقف الصرف، وهذا يعني أن المعوقات القانونية التي ستواجه العميل الأمر ستكون على فرضين:

أولهما : اتفاق الأطراف على التحكيم :

إذا اتفق الأطراف على حلّ النزاع عن طريق التحكيم، فإن قانون التحكيم لسنة ٢٠١٥^{٢٨٤} يعطي الصلاحية للمحكم باستصدار أوامر ذات طابع وقتي وذلك بخلاف قانون التحكيم الدولي لسنة ١٩٩٤، والنصوص القانونية الواردة في الفصل السابع من قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية والتي تنظم التحكيم المحلي. ذلك أن هذا القانون والذي استقى أحكامه من قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم، قد أعطى للمحكم سلطة إصدار أوامر وقتية، حيث نص في المادة (١٧) منه على أنه :

" ١- يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر تدابير مؤقتة بناء على طلب أحد الطرفين ، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

٢- التدبير المؤقت هو أي تدبير وقتي سواء أكان في شكل قرار أم في شكل آخر، تأمر فيه هيئة التحكيم أحد الطرفين، في أي وقت يسبق إصدار القرار الذي يفصل نهائية في النزاع ، بما يلي :

أ. أن يبقى الحال على ما هو عليه أو يعيده إلى ما كان عليه إلى حين الفصل في النزاع ، أو

ب. أن يتخذ إجراء يمنع حدوث ضرر حالي أو وشيك أو مساس بعملية التحكيم نفسها أو أن يمتنع عن اتخاذ إجراء يحتمل أن يسبب ذلك الضرر أو المساس ، أو

ج. أن يوفر وسيلة للمحافظة على الموجودات التي يمكن بواسطتها تنفيذ قرار لاحق ، أو

د. أن يحافظ على الأدلة التي قد تكون هامة وجوهرية في حل النزاع."

^{٢٨٤} قانون التحكيم لسنة ٢٠١٥، والصادر بمرسوم بقانون رقم ٩، والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠١٥/٧/٩.

وعلى الرغم من هذه المعالجة تثور مشكلة أخرى، تتمثل في المدة التي تستغرقها إجراءات تعيين المحكمين الذين يكون لهم صلاحية البت في الطلب المستعجل، لأن الإجراءات التي نص عليها قانون التحكيم البحريني في المادة (١١) تستغرق رديحاً طويلاً من الزمن، وذلك بدءاً من البحث في وجود الاتفاق، إلى الحالة التي تتشكل فيها هيئة التحكيم الثلاثية، والتي يتعين على الطرف طالب التحكيم فيها انتظار ثلاثين يوماً لإمهال الطرف الآخر بتعيين المحكم، كيما يقوم كلا المحكمين بتعيين المحكم الثالث، إلى آخر هذه الإجراءات التي لن تتمكن بحال من الأحوال من معالجة موضوع وقف صرف قيمة الاعتماد خلال فترة زمنية تناسب حالة الاستعجال. وهنا قد يحق القول بأن الحال بعد إصدار قانون التحكيم الجديد، ليست بأفضل مما كانت عليه لدى العمل بقوانين التحكيم السابقة.

ويثور السؤال عن مدى قدرة القضاء المستعجل في الفرض القائل بخضوع الاختصاص لهيئة تحكيم بنظر طلب العميل الأمر بوقف صرف قيمة الاعتماد. والإجابة على هذا السؤال ستكون بالإيجاب، ذلك أن قضاء محكمة التمييز بمملكة البحرين قد انتهى إلى جواز عرض النزاعات المستعجلة التي تثور في المسائل التي تكون محجوزة للتحكيم على القضاء المستعجل، وبيان ذلك هو أن قانون التحكيم قد أجاز عرض ما قد ينشأ من نزاع بين المتعاقدين على التحكيم بدلاً من اللجوء إلى المحاكم، ولهذا فإن شرط التحكيم لا بد أن ينص صراحة وبشكل قاطع على أن يشمل هذا العرض كافة المنازعات، الموضوعي منها أو المستعجل، وبالتالي يجب احترام هذا الشرط وإعماله بصورة تنزع ولاية القضاء العادي عن نظر الدعوى. أما إذا جاء النص عاماً وغامضاً كأن يتفق على طرح المنازعات على هيئة تحكيم، دون تعيين المستعجل منها وغير المستعجل، فإن اختصاص القضاء المستعجل في نظر النزاع المستعجل يبقى قائماً، وهذا كله بشرط صحة مشاركة التحكيم من حيث الأصل. وعليه فقد استقرت محكمة التمييز على أنه: "إذا جاء الاتفاق على التحكيم عاماً ولم ينص صراحة على أن يكون للمحكم وحده ولاية الفصل في الشق المستعجل - اختصاصه الأصيل بالحكم في الإجراءات الوقتية المتعلقة به".^{٢٨٥} غير أنه يثور سؤال آخر عن مدى قدرة القضاء المستعجل بدوره على التصدي لطلب وقف تسييل قيمة الاعتماد؟ إن الإجابة على السؤال المتقدم تستوجب بحث الملاحظات التالية:

أ. أولها أن القضاء المستعجل لا يشدّ عن المتعارف عليه في المحاكم بشكل عام، وذلك من ضرورة حصول التبليغ لضمان انعقاد الخصومة، ومن ثم إعمال حق الدفاع، وتحقيق مبدأ المواجهة، قبل الفصل في الطلب المستعجل، وهذا كله يدفع للتساؤل عن مدى فاعلية هذا

^{٢٨٥} الطعن ١٢٨ لسنة ١٩٩٧، الصادر بجلسة ١٨/١/١٩٩٨، مجموعة أحكام السنة التاسعة.

القضاء بنظر الدعوى التي تتم وفقاً للسير العادي للإجراءات ، حتى ولو كانت هذه الإجراءات ذات وتيرة أسرع مما هو عليه الحال في محاكم الموضوع المختصة أصلاً بنظر النزاع. ومؤدى ذلك أن طبيعة الاختصاص القضائي التي تقوم عليها الدعوى المستعجلة، تتطلب ضمان عنصر المواجهة لكافة الأطراف فضلاً عن العلانية، وهو الأمر الذي يزيد من خشية المشتري في حصول البائع على قيمة الاعتماد قبل أن يقوم بمنعه من سحب قيمة الاعتماد، لا سيما إذا علم المستفيد بمثل هذه الدعوى، وسارع إلى تقديم المستندات خلال مدة وجيزة، قبل أن تقوم المحكمة المستعجلة بإصدار حكمها بوقف الصرف، والذي يخضع لسلطتها التقديرية.

ب. ثانيها أن القضاء المستعجل في كل الأحوال سيكون محكوماً بطبيعة اختصاصه، وهو النظر في القضايا المستعجلة شريطة عدم الخوض في أصل الحق، وأن يكون هذا النظر متماشياً مع الحاجة الملحة لرافع الدعوى بنظر دعواه، وذلك للعجلة والخوف من فوات الوقت، وتحقيق الضرر فيما بعد، والذي يجعل من طلب وقف الصرف أمراً خاضعاً للسلطة التقديرية للمحكمة، لا سيما أنها في هذا الفرض ستضطر إلى الخوض في المستندات، والذي غالباً ستنتهي معه المحكمة إلى البحث في الموضوع، والدخول في أصل الحق، ثم الانتهاء فيما بعد إلى رفض الدعوى لعدم اختصاصها.^{٢٨٦}

ت. ثالثها أن تضمين دعوى موضوعية لطلب مستعجل يتم نظره قبل الفصل في الموضوع يزيد الأمر تعقيداً. ذلك أن هذا الأمر هو الآخر يتطلب المواجهة بين الأطراف، ومن ثم إمكانية التظلم من هذه القرارات، فضلاً عن أن السير العادي للدعوى والبت في الطلب المستعجل فيها قد يستغرق وقتاً طويلاً، بما يجعل من حق العميل الأمر مهدداً طوال هذه المدة .^{٢٨٧}

الفرض الآخر: غياب التنظيم التشريعي لفكرة الأوامر على العرائض

أما في الفرض الثاني، الذي يقوم على اختصاص القضاء العادي بنظر الدعوى، فإن المشكلة تتمثل في غياب التنظيم التشريعي لفكرة الأوامر على عرائض في القانون البحريني، باعتبارها الحل

^{٢٨٦} راجع في ذات المعنى : سالم محمد سالم الكواري، قضاء الأمور المستعجلة في ضوء التشريع البحريني، مؤسسة الأيام للصحافة والطباعة والنشر، الطبعة الأولى، مملكة البحرين، سنة ١٩٩٥، ص ٢٠ وما بعدها.

^{٢٨٧} د. محمد وليد المصري، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني، مطبعة جامعة البحرين، الطبعة الثانية، سنة ٢٠٠٨، ص ٦٩.

الأمثل لطلب وقف صرف قيمة الاعتماد للمستفيد. ذلك أن القانون البحريني قد كرّس مفهوم الأوامر على عرائض فيما يتعلق بالحجز على المنقولات فقط، بما يجعل من نظر طلب وقف الصرف خارجاً عن اختصاص قاضي التنفيذ، وذلك استناداً لنص المادة (٣٠٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني والتي نصت على أنه :

" لا يوقع الحجز الاحتياطي المنصوص عليه في المواد الثلاث السابقة إلا اقتضاء لحق محقق الوجود وحال الأداء. وإذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذي أو حكم واجب النفاذ أو كان دينه غير معين المقدار فلا يوقع الحجز إلا بأمر من قاضي محكمة التنفيذ يأذن فيه بالحجز ويقدر دين الحاجز تقديرًا مؤقتًا. ويطلب الأمر بعريضة مسببة، ويجب في الحالة المذكورة في المادة السابقة أن تشمل العريضة على بيان واف للمنقولات المطلوب حجزها. وللقاضي قبل إصدار أمره أن يجري تحقيقاً مختصراً إذا لم تكفه المستندات المؤيدة للطلب. وإذا كانت الدعوى مرفوعة بالحق من قبل أمام المحكمة المختصة جاز طلب الإذن بالحجز من قاضي المحكمة الذي ينظر الدعوى".

وتمثل فكرة الأوامر على عرائض حلاً مثالياً لطلب وقف صرف قيمة الاعتماد، باعتبار أنها تخضع للاختصاصات الولائية للقاضي، والتي ينظرها دون مواجهة بين الخصوم، وبصورة تفوق في سرعتها القضاء المستعجل، ودون حاجة لانعقاد الخصومة أو تبليغ المطلوب ضدهم.^{٢٨٨} وعلى الرغم من أن محاكم التنفيذ بمملكة البحرين قد درجت على اتخاذ إجراءات الحجز على قيمة الاعتماد المستندي إجابة لطلبات مقدمة في صورة عرائض، إلا أن محكمة التمييز قد أرست بشكل قاطع أن إصدار مثل هذه الحجزات التحفظية في صورة أوامر على عرائض ليس من اختصاصات قاضي التنفيذ التي كرستها المادة (٣٠٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية. حيث انتهت محكمة التمييز بمملكة البحرين في حكم حديث لها أقامه الطاعن طالباً بنقض حكم أول درجة والذي أيدته محكمة الاستئناف، بإلغاء الحجزات التحفظية التي صدرت لصالحه على قيمة اعتماد، بقولها أنه : " لما كان اختصاص قاضي محكمة التنفيذ بالحجز التحفظي على أموال المدين قد ورد على سبيل الحصر، وليس من بينها الحجز التحفظي على الاعتماد المستندي أو ورقة صرفه، وإذ خلف الحكم الابتدائي

^{٢٨٨} تختلف الأوامر على عرائض عن الأحكام القضائية في أن طلب الأمر على عريضة يقدم مباشرة إلى القاضي المختص بنظرها مباشرة دون حاجة لتبليغ الخصم أو قيد لائحة الدعوى بالطرق المعتادة. ولا يسبب القاضي ما صدر من أمر، إلا إذا كان هذا الأمر قد صدر بالمخالفة لأمر سابق، وذلك بخلاف الحكم الذي يجب أن يكون مسبباً. راجع في ذات المعنى : مصطفى مجدي هرجة، الأوامر على عرائض، دار محمود للنشر والتوزيع، سنة ٢٠٠٧، ص ٩ وما بعدها.

المؤيد بالحكم المطعون فيه إلى عدم قبول الدعوى في مواجهة المطعون ضدها الثانية ورفض الدعوى فيها، وإلغاء الأمر على عريضة الصادر من قاضي محكمة التنفيذ بالحجز على قيمة الاعتماد والمستمد عن موضوع التداعي واعتباره كأن لم يكن، وهو قضاء يتفق في نتيجته مع القضاء بعدم اختصاص قاضي محكمة التنفيذ بالحجز على الاعتماد المستندي، بما يتعين معه عدم قبول الطعن".^{٢٨٩}

الفرع الثاني

السوابق القضائية

لم يكن الخروج على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي أمراً متصوراً، وهو المبدأ الذي يتخذ اليوم مكانة هامة واحتراماً دولياً، بالنظر إلى ما يتمتع به هذا المبدأ من حظوة دولية. حيث بدأت فكرة الغش بالظهور في الأحكام القضائية على استحياء، فكان أول ظهور تاريخي مسجل للغش كاستثناء على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي في أحد الأحكام القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية والتي كان لها قصب السبق في تفعيل الدور التشريعي بالنص على هذا الاستثناء في قوانينها المحلية لاحقاً، وهو الحكم الصادر في قضية *Pillans ضد Van Mierop* حيث تمت الإشارة لهذا المبدأ بشكل عرضي،^{٢٩٠} رغم أن القاضي *Lord Mansfield* لم يقدّم بشرح فكرة الغش ومدى اعتبارها استثناءً حقيقياً على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي وذلك على النحو المتعارف عليه في الوقت الراهن، وإنما ذكر فقط بأن البنك لا بدّ له من احترام عقد الاعتماد المستندي ما لم يكن هنالك غشّ ما في تنفيذ العقد.^{٢٩١}

^{٢٨٩} الطعن رقم ٢٧٩ لسنة ٢٠١٤ الصادر بجلسة ٢٠١٧/٢/٦، حكم غير منشور.

^{٢٩٠} تتعلق هذه القضية بتجارين هما *بيلان وروز*، وكانا يعملان مع بعضهما في الصيرفة في روتردام. واتفقا على قبول صك من تاجر إيرلندي يدعى وايت، بشرط واحد وهو ان تضمن شركة *Van Mierop & Hopkin* وهي شركة كبيرة في لندن ذلك الصك. ولقد ضمنت الشركة المذكورة هذا الأمر وضمنت دفع وايت المبلغ المستحق عليه للتجدين في روتردام. غير انه قبل استحقاق الصك تم شهر افلاس وايت، ورفضت شركة *Van Mierop & Hopkin* الوفاء بقيمة الصك، واحتجت بأن بيلان لم يقدّم مقابلاً لضمان الصك حيث ان القاعدة المثبتة حينئذ ان الضمانات السابقة لا تعد مقابلاً مقبولا للوفاء. وحكم القاضي الشهير مانسفيلد بأن مبدلاً المقابل يجب الا يكون حدا للوفاء بالالتزامات المتولدة عن المعاملات التجارية. انظر في هذا الموضوع : Charles Mitchell, Paul Mitchell, (2008), *Landmark Cases in the Law of Contract*, published by Hart Publishing, Oxford & Portland, p. 23.

^{٢٩٠} (1765) 3 burr 1663, 97 ER 1035. edited by Charles Mitchell, Paul Mitchell

^{٢٩١} (1765) 3 burr 1663, 97 ER 1035.

وظهر في وقتٍ لاحق هذا الاستثناء مرة أخرى في قضية مشابهة بين Higgins ضد Steinharter، حين أمرت محكمة نيو جيرسي في الولايات المتحدة الأمريكية بوقف صرف مبلغ الاعتماد لصالح البائع، بعد أن أخفق في شحن البضاعة المتفق عليها مع العميل الأمر، وقام بتزييف سندات شحن البضاعة المتفق عليها. وعليه فقد انتهى القاضي ل Bilhache بأن ما تمّ دفعه إلى البائع لا يستند إلى تفويض حقيقي من المشتري، لأن الإذن الصادر من العميل الأمر للبنك بأداء قيمة الاعتماد للمستفيد كقابل لبضاعة متفق عليها، كان بخلاف ما قام البنك بتنفيذه. وانتهى في آخر الأمر إلى التكييف القائل بأن هذا الدفع يتضمن خطأً في تنفيذ العقد، بالنظر إلى أن البائع قد أخفق في تنفيذ التزاماته التعاقدية وبالتالي فإنه يضحى غير مستحق لقيمة الاعتماد.^{٢٩٢}

وأعقب هذا الحكم وضع الأطر الأساسية لهذا الاستثناء في الولايات المتحدة الأمريكية في العام ١٩٤١، على يد إحدى محاكم نيويورك، وذلك في معرض الحكم في قضية عرضت على القاضي Shientag Bernard، فيما يعرف بقضية Sztejn^{٢٩٣}، والذي فتح الباب بدوره أمام الاستثناءات التي وردت لاحقاً على قطعية التزام البنك بأداء قيمة الاعتماد. حيث أسس هذا الحكم لفكرة الغش، بأن ترك المشتري في خيار: فهو إما أن يقيد حق البائع في سحب قيمة الاعتماد من البنك، وإما أن يقيد حق البنك في صرف قيمة الاعتماد. وعلى الرغم من رسوخ مفهوم الغش في النظرية العامة للعقود على النحو الذي تمّ التقديم له، إلا أن هذه القضية في وقتها قد قدمت مفهوماً مستحدثاً يتعلق بمدى إمكانية الخروج على مبدأ الاستقلال، وسمحت بمنع المستفيد من الحصول على قيمة الاعتماد فيما لو ثبت صدور أي غش عنه.

وأعقب هذا الحكم أيضاً تنظيم هذا الاستثناء تشريعياً في الولايات المتحدة الأمريكية، عن طريق إصدار القانون التجاري الموحد (U.C.C) وذلك في العام (١٩٥٢)، والذي تضمن النص صراحةً على الغش كاستثناء على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي جنباً إلى جنب مع التزوير.^{٢٩٤}

²⁹² 175 N.Y.S 279 (1919), Cited by Ross P. Buckley & Xiang Gao, The Development of The Fraud Rule of Credit Law: The Journey So Far & the Road Ahead, An Article, No date, at 669.

²⁹³ (1941) N.Y. MISC. 719.

^{٢٩٤} القانون التجاري الموحد هو أحد القوانين التي وضعت عن طريق المؤتمر الوطني لقوانين الولايات المتحدة ومعهد القانون الأمريكي، ويحكم القانون المعاملات التجارية مشتملاً على تنظيم البيوع، إيجار، نقل ملكية الأموال، الأوراق التجارية، الدائع البنكية، الاعتمادات المستندية... إلخ، ويتم إعتاده أما بصورة كلية أو من خلال الحفاظ على الأجزاء الجوهرية فيه بواسطة الولايات المختلفة.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة Henry Schroder Banking Corporation كانت قد أصدرت خطاب اعتماد غير قابل للإلغاء، بأمر من عميل البنك Sztejn، لصالح شركة Transea Trading، وذلك في سبيل تنفيذ عقد بيع كان محله شعر خنزير. غير أن العميل الأمر لدى تسلمه لهذه البضاعة تبين له أنها لا تمت بصلة لأوصاف البضاعة المتفق عليها، ففضلاً عن أن جزء مما مجموعه خمسين صندوقاً كان مملوءاً بالنفايات، فإن الشعر الذي تم فعلياً شحنه لم يكن إلا شعر بقر وليس شعر خنزير على النحو الوارد في عقد البيع الأصلي بين المستفيد والعميل الأمر. وهو الأمر الذي تبين معه أن المستفيد كانت له نية غش العميل الأمر، لا سيما أن هذا الأول كان قد قدم سند للشحن من شركة للنقل ثم قام بإعداد فاتورة تجارية وقدم هاته المستندات إلى البنك مصدر الاعتماد عن طريق بنك وسيط هو Chartered Bank of India. وقبل قيام البنك بالدفع قام العميل الأمر Sztjen بتقديم طلب إلى محكمة نيويورك العليا للحصول على أمر بمنع الدفع على أساس أن المستندات لم تكن حقيقية ولا تمثل حقيقة البضاعة المشحونة.²⁹⁵

وانتهت المحكمة في هذه القضية إلى أمر مستحدث مفاده أنه: " وإن كانت قدرة الاعتمادات المستندية على أداء وظيفتها مرتبطة باستقلالها عن عقد الأساس باعتباره ضرورة تجارية، فلا يجوز للمحكمة التدخل وإلزام البنك أو السماح له بناء على طلب المشتري بالتدخل في المفاوضات بين البائع والمشتري حول جودة البضاعة المرسله، إلا أن المحكمة من جانب آخر، تجد أن الوظيفة التجارية للاعتمادات المستندية يجب أن تتوازن، ويتمثل ذلك التوازن في الأخذ بعين الاعتبار مسألة لا تقل أهمية، وهي مسألة الغش الذي قد يقع أثناء تنفيذ العقد، إذ أن العدالة لن تسمح بحصول إثراء غير عادل لطرف قد ارتكب غشاً في مواجهة الآخر. حيث أن التشدد في تطبيق مبدأ الاستقلالية من شأنه أن يؤدي لإثراء غير عادل للمستفيد، وعلى المحكمة التدخل لإرساء العدالة، وذلك بالتخفيف من حدة هذا المبدأ وإحداث نوع من التوازن".

وقد تصدى القضاء الانجليزي في وقت لاحق من العام ١٩٨٣ إلى الغش كاستثناء على مبدأ الاستقلال، حيث ظهرت أول سابقة قضائية على يد القاضي Lord Diplock، والذي أسس للغش كاستثناء على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي في المملكة المتحدة، حين ذكر في الحكم الصادر في قضية United City Merchant ضد Royal Bank of Canada بأن: " الغش الصادر عن المستفيد الذي يحاول أن ينتفع من عقد الاعتماد دون وجه حق، يجد مصدره في تطبيق

²⁹⁵ Sztejn v Henry Schroder banking Corporation 31 NYS 2d 631 (1941).

المبدأ القائل بأن الغش يفسد كل شيء، وإن المحكمة لن تجيز بأن ينتفع من لم يكن صادقاً في تنفيذ العقد، من الغش الصادر عنه باعتباره متعاقداً " .^{٢٩٦}

ويبدو أن المحاكم المتقدم ذكرها قد لا حظت أن تغول مبدأ الاستقلالية قد يفضي في بعض الأحيان إلى نتائج غير عادلة، تتمثل في الحماية التي يقدمها مبدأ الاستقلال إلى مرتكب الغش في مواجهة المتعاقدين الآخرين، نظراً لسهولة الحصول على الدفع بمجرد التحقق من مطابقة المستندات في ظاهرها، طالما أن البنك ليس ملزماً في بحث النوايا، وشبهات الغش،^{٢٩٧} وهذا الأمر هو الذي دفع بدوره المحاكم الدولية إلى قبول أكثر للخروج على مبدأ الاستقلال، وإرساء استثناء آخر هو الاستثناء المتعلق بالتزوير، حيث قامت المحاكم السنغافورية بوضع الأطر القانونية لهذا الاستثناء، وذلك في القضية التي ثارت بين Beam Technologies ضد Standard Chartered Bank .^{٢٩٨}

وتتلخص وقائع هذه الدعوى في أن PT Mulia Parsada وهو مشتري أندونيسي قد تقدم بطلب لفتح اعتماد لدى PT Bank Universal Ho Jakrta ، لتسهيل سداد قيمة أجهزة إلكترونية، وقد كان هذا الاعتماد معززاً لدى بنك Standard Chartered، لصالح البائع وهي شركة Beam Technologies وهي شركة سنغافورية الأصل. وصدر بذلك خطاب الاعتماد عن بنك Standard والذي تضمن دعوة لشركة Beam لتقديم مجموعة من المستندات للمطابقة، كان من ضمنها شهادة بسلامة الشحن الجوي، على أن تصدر هذه الشهادة من وكلاء شحن البضاعة. ولدى تقديم المستندات للمطابقة من قبل الشركة المستفيدة من قيمة الاعتماد، تبين أن هذا المستند كان صادراً عن شركة Link Express Pte Ltd. غير أن شركة Beam فوجئت برفض البنك المعزز لسداد قيمة الاعتماد، بحجة أن هذا المستند مزور وأن شركة Link Express Pte Ltd ليس لها أي وجود فعلي في الأسواق.

وفي هذا الحكم انتهت محكمة الاستئناف السنغافورية إلى أن بطلان المستندات المقدمة للفحص، كان بمثابة استثناء مستقل بذاته عن الغش. وذلك بقولها: " أن البنك المعزز ليس ملزماً بسداد قيمة الاعتماد إذا تمكن خلال مدة الاعتماد من إثبات أن المستندات المقدمة للفحص والمنصوص عليها في خطاب الاعتماد، هي مستندات باطلة ومزورة وغير منتجة لأثرها القانوني، وكان قد أعطى خلال هذه المدة إخطاراً للمستفيد بذلك". ثم أضافت المحكمة : " بأن القول بأن البنك يظل ملزماً بسداد قيمة

²⁹⁶ Chumah Amaefule, ibid, at 38.

²⁹⁷ Nevin Meral, The Fraud Exemption in Documentary Credits: a global analysis, Ankara Bar Review (2012) p. 44.

²⁹⁸ Beam Technologies v Standard Chartered Bank (2003) 1 SLR 597, p. (36).

الاعتماد لدى ظهور التزوير أو بطلان المستندات الذي لا يكون متصلاً بعلم المستفيد، يعد أمراً مخالفاً للمنطق السليم، لا سيما في ظل الفراغ التشريعي الذي تعاني منه القواعد الموحدة (UCP 500) من هذه الناحية". وانتهت المحكمة بذلك إلى أنه كان من حق البنك المعزز رفض سداد قيمة الاعتماد، بالاستناد إلى بطلان المستندات المقدمة للفحص والمطابقة، دون أن تستلزم صدور غش من المستفيد لدى تنفيذه للعقد.²⁹⁹

وجاء هذا الموقف مخالفاً لموقف القضاء الانجليزي الذي انتهى في قضية Montrod Ltd ضد Grundkotter Fleischvertriebs Gmb H and Standard Chartered Bank إلى أن بطلان المستندات وتزويرها ليس استثناء مستقلاً على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي، حيث لم تجب المحكمة طلب العميل الأمر بوقف صرف قيمة الاعتماد، بناءً على زعمه ببطلان المستندات، لأن الخلل الذي ورد على هذه المستندات لم يكن خلافاً جوهرياً على النحو الذي يجيز الخروج على مبدأ الاستقلال.³⁰⁰ غير أن مثل هذا التسبب يثير تساؤلاً بدوره فيما إذا كان الخلل الجوهري يجيز الخروج على المبدأ؟

ويشابه الموقف المتقدم، ما انتهى إليه القاضي Lord Diplock في الحكم الصادر في قضية United City Merchant ضد Royal Bank of Canada، حيث أن القاضي قد عرض لبطلان المستندات في حيثيات حكمه، الذي عدّ كسابقة قضائية أسست للغش كاستثناء على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي، وذكر بأن: "سند الشحن الذي يحتوي على تأريخ خاطئ تم تدوينه بواسطة الشاحن لم يكن خطأ يصل إلى مرتبة التزوير. بل كان سنداً صحيحاً يتضمن دليلاً على استلام البضائع، ويعطي حامله الحق في المطالبة بها في ميناء الوصول " ³⁰¹. وبمفهوم المخالفة فإن الخطأ الجوهري الذي يرد على المستندات يجيز للبنك الخروج على مبدأ الاستقلال، حين يُفقد هذا الخطأ السند من قيمته ويخرجه عن الغرض الذي أعدّ له.

وعلى الرغم من ذلك فإن مفهوم التزوير لا زال مفهوماً حديثاً مقارنة بالغش، والذي بدأ طرحه خلال الثلاثين سنة الأخيرة في محاولات خجولة من قبل المحاكم التي تصدت لعددٍ من القضايا التي تتناول هذه المشكلة. وقد صاحب هذا الطرح فكرة أخرى وهي فكرة تهوّر البائع، والتي من الممكن مقاربتها بالخطأ الجسيم في الأعراف المدنية لدى دول الأنظمة اللاتينية. حيث وجدت بعض المحاكم

²⁹⁹ Beam Technology Pte Ltd v Standard Chartered Bank [2003]1 SLR 597.

³⁰⁰ (2001) December 20th, cited by Jason Chuah, supra note 118, p. 86.

³⁰¹ United City Merchant Ltd v Royal Bank of Canada, (1982) 3 WLR 1039. (1983) 1 AC 168.

أن فكرة بطلان المستندات لتزويرها لا تجد مقومات النهوض لتمثل استثناءً حقيقياً على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي، هذا فضلاً عن أن الإشارة إلى خطأ شخص ثالث إنما هو إقحام للغير في هذه العملية، واعتبرت أن تقديم المستندات المزورة يعتبر بمثابة خطأ من قبل المستفيد من قيمة الاعتماد، يجيز الخروج على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي، حيث يستلزم أن يقوم المستفيد بفحص هذه المستندات والتأكد من جدتها وجودتها قبل أن يقوم بتقديمها إلى البنك.^{٣٠٢}

ويبدو أن العديد من المحاكم لا زالت تعض بالنواجز على مبدأ نسبية أثر العقد على نحو يكاد يكون فجاً، لأن الغير عن العقد لن يكون معنياً بعملية الاعتماد على الرغم من الدفع بالتزوير الصادر عنه، في الوقت الذي يكون ذلك مسوغاً لاستناد المتعاقدين لهذا التزوير إن كان لهما أية مصلحة في ذلك. فلا يتصور أن تنتهي المحكمة إلى إلزام البنك بالدفع إلى المستفيد مع التزوير الحاصل في المستندات، وإن حدث ذلك فإنه الأمر قد يحمل تشجيعاً على الاستناد لمستندات مزورة يتضمن الأخذ بها إخلالاً للعدالة التعاقدية. وذهب البعض إلى أن البنك إنما يقوم بدفع مقابلاً للمستندات على اعتبار أنها تمثل قيمة معينة، وأن المستندات المزورة لا تساوي قيمة فعلية، وهو ما يهدد بدوره حق البنك في استرجاع هذه القيمة لاحقاً من عملية الأمر.^{٣٠٣}

المطلب الثاني

أثر الغبن على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي

يتناول الاستثناء الراهن الحالات التي يفنق فيها العقد إلى التوازن بين التزامات المستفيد ومقدم طلب الاعتماد على النحو الذي يبرر الخروج على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي. فإذا كان مبدأ حرية التعاقد من المبادئ الأساسية التي تحكم النظرية العامة للعقود، فإن القانون قد أجاز في الأحوال التي يفنق فيها العقد إلى العدالة أن يتدخل القضاء لتصحيحه، وفرض التوازن من جديد بين الالتزامات المتقابلة. فإذا زعم أن الإرادة قد قامت معيبة، وقع على المدعي عبء اثبات زعمه، وتظهر أهمية إثبات ذلك عند لجوء المتعاقد الذي لا يجد توازناً بين التزاماته والتزامات المتعاقد الآخر إلى القضاء طلباً للحماية، وبغية إعادة التوازن بين هذه الالتزامات.^{٣٠٤}

³⁰² See Chumah Amaefule, ibid, p. 147.

³⁰³ Richard Hooley, Fraud and Letters of Credit: is there a Nullity Exception? 61 CAMBRIDGE L.J. 279 (2002)

^{٣٠٤} راجع في هذا المعنى: عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ١٦٩ وما بعدها، و د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٢٣٧.

ويرتبط الغبن في هذا الفرض بسلوك المستفيد، على اعتبار أن القانون قد اعتد بالغبن الذي يقع نتيجة لغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال.^{٣٠٥} ولمعرفة وجود الغبن من عدمه، فإنه ينظر إلى التعادل بين التزامات الطرفين عند إبرام العقد، فإذا كان التعادل موجوداً في هذا الوقت، ثم اختل بعد ذلك فلا غبن. ويعدّ لذلك الغبن عيباً موضوعياً في العقد نفسه، وليس عيباً شخصياً يتعلق بالمتعاقد، ومن ثم لا يعدّ في ذاته عيباً في الرضا، فهو غبن يتجرد عن التدليس والاستغلال^{٣٠٦}. ويعرف فقهاء القانون المدني الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه، أو بأنه الضرر المادي الذي يقع على أحد المتعاقدين نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه وما يعطيه، وبذلك فلا يتصور الغبن إلا في عقود المعاوضة.^{٣٠٧}

ولقد اختلفت مواقف النظم القانونية وتبعتها في ذلك النظم القضائية من الغبن، وترتب على ذلك اختلافها في تحديد الأثر المتراب على مبدأ إستقلال الإعتمادات المستندية الأمر الذي سيبحث فب الفرعين القادمين.

الفرع الأول

الغبن في القوانين الدولية والمحلية

ولم يكن موقف التشريعات موحداً بالنسبة للغبن، حيث تقصر أغلب دول الأنظمة اللاتينية، على خلاف الدول الأنجلوأمريكية، فكرة الغبن على القاصر والجهات العامة والوقف، وذلك على اعتبار أن هذه الفئات إنما يتعاقد ممثلوها عنها، وذلك بخلاف الأصل في العقود، التي يتم إبرامها مباشرة بواسطة عاقيدها أو وكلائهم الذين يمثلون الإرادة المباشرة للأصيل. ولايشذ عنهم القانون البحريني الذي نص في المادة (٩٩) من القانون المدني على أنه :

"أ) إذا نتج عن العقد غبن فاحش للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، جاز للمغبون أن يطلب تعديل التزام الطرف الآخر، أو التزامه هو، بما يرفع عنه الفُحش في الغبن.

^{٣٠٥} وهذا مفاد نص المادة (٩٨) من القانون المدني البحريني التي نصت على أنه : " لا تأثير للغبن على العقد إلا إذا كان نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، كل ذلك مع مراعاة الأحوال الخاصة المنصوص عليها في القانون ، ومع مراعاة ما تقضي به المواد التالية".

^{٣٠٦} منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد - دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية و دار شتات للنشر والبرمجيات، جمهورية مصر العربية، سنة ٢٠١٠، ص ٢٩٧.

^{٣٠٧} د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٤٤٦.

(ب) ويسري الحكم المتقدم إذا نتج عن العقد غبن فاحش لعديمي الأهلية أو ناقصيها أو لجهة وقف.

(ج) ويعتبر الغبن فاحشاً إذا زاد عند إبرام العقد على الخمس.

(د) ولا يحول دون الطعن بالغبن أن يكون العقد قد أجري عن المغبون ممن ينوب عنه وفقاً للقانون، أو أذنت به المحكمة، أو مجلس الولاية على أموال القاصرين.

ثم عادت المحكمة الدستورية وأكدت على دستورية هذا النص وعدم انتفاع غير هؤلاء المنصوص عليهم من النص، وذلك بقولها: "إن أموال الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة جميعاً تصب في خزانة الدولة كأصل عام، ومن ثم تسهم في تسيير مرافق الدولة العامة، التي يستفيد منها كل أفراد المجتمع، وتلك كلها أسس موضوعية تبرر قصر حق طلب تعديل العقد في حالة الغبن الفاحش على هؤلاء الأشخاص وليس في ذلك افتتات على حق الملكية لغيرهم من الأفراد الطبيعيين الرشد أو الأشخاص الاعتبارية الخاص، إذ أن المصلحة الخاصة هي وراء كل عقد يبرمه هؤلاء الأشخاص، وتلك مصلحة مناطها الحيطة والحذر، يتسلحون بها عند التعاقد، ليصبح وقوعهم في غبن فاحش نادر الحدوث، والنادر لا حكم له. كما لا يؤثر ذلك على حقهم في التقاضي، لأن حق التقاضي إنما يحمي الحقوق التي يقررها القانون، وحيث أن النص الطعين لم يقرر حق طلب تعديل العقد للأفراد الطبيعيين الرشد والأشخاص الاعتبارية الخاصة في حالة الغبن الفاحش المجرد من عيوب الرضا، فلا مجال للقول بمنعهم من اللجوء إلى القضاء لاقتضاء حق ليس لهم".^{٣٠٨}

وإذا كان القانون البحريني قد قصر حق طلب تعديل العقد للغبن الواقع فيه على الجهات العامة والوقف والقاصر، فإن أحد هؤلاء المنصوص عليهم فيما لو أبرم عقد اعتماد مستندي، فتبين له في وقت لاحق بأن هنالك اختلالاً في الالتزامات التعاقدية، فإنه سيتمكن من طلب تعديل العقد، أو وقف صرف قيمة الاعتماد للمستفيد الذي لا يكون مستحقاً لهذه القيمة، فيما لو تمّ إعمال هذا الاستثناء.

وإذا كان القانون قد قصر تعديل ثمن المبيع على فئة دون غيرها، إذا نجم هذا الغبن عن عيب من عيوب الإرادة، إلا أنه قد أجاز من جهة أخرى تصحيح الثمن أو تكملته إذا جاء التنفيذ معيباً، كأن يتم توريد بضاعة معيبة أو يخفق البائع في توريد البضاعة بصورة متوافقة مع عقد البيع، وهذا ما نص عليه القانون المدني البحريني في المادة (٣٩٦) بقوله أنه :

^{٣٠٨} الدعوى الدستورية رقم (ح/٢/٢٠١٠) الصادر حكمها بتاريخ ٣٠/٥/٢٠١٢.

" إذا حدد في العقد مقدار المبيع، كان البائع ضامناً نقص هذا القدر بحسب ما يقضي به العرف، ما لم يتفق على غير ذلك، على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث أنه لو كان يعلمه لما أتم العقد".

ثم نص في المادة (٣٩٧) من ذات القانون على أن :

" أ) إذا تبين أن مقدار المبيع يزيد على ما حدد في العقد، وكان الثمن مقدراً بالوحدة، فإن كان المبيع قابلاً للتبعيض كانت الزيادة للبائع ما لم ير المشتري أخذها بما يقابلها من الثمن. وإن كان المبيع غير قابل للتبعيض، وجب على المشتري أن يدفع ثمن الزيادة ما لم تكن جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد.

ب) فإذا كان الثمن مقدراً جملة واحدة، تكون الزيادة للمشتري ما لم تكن من الجسامة بحيث لو كان يعلمها البائع لما أتم العقد. وفي هذه الحالة، يكون المشتري بالخيار بين زيادة الثمن بما يتناسب مع الزيادة في المبيع وبين فسخ البيع.

ج) كل ذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره. البضائع كاملة أو بشكل متطابق كلياً مع شروط العقد أمراً جوهرياً".

وهذا ما نصت عليه المادة (٤٠) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، والتي انضمت إليها البحرين بموجب المرسوم بقانون رقم (٩) لسنة ٢٠١٣ بقولها : " بالرغم من أحكام الفقرة (١) من المادة ٣٩ والفقرة (١) من المادة ٤٣، يجوز للمشتري أن يخفض الثمن وفقاً لأحكام المادة ٥٠ أو أن يطلب تعويضات إلا فيما يتعلق بالكسب الذي فاتته وذلك إذا كان لديه سبب معقول يبرر عدم قيامه بتوجيه الإخطار المطلوب ". ٣٠٩

^{٣٠٩} اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (اتفاقية البيع أو اتفاقية فيينا) : هي معاهدة بشأن قانون المبيعات الدولية الموحدة. حيث تم التصديق عليها في سبتمبر ٢٠١٤ من قبل ٨٣ دولة تمثل نسبة كبيرة من التجارة العالمية مما يجعلها واحدة من القوانين الموحدة الدولية الأكثر نجاحاً. وقد وضعت اتفاقية البيع من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وتم التوقيع عليها في فيينا في عام ١٩٨٠، ثم دخلت حيز التنفيذ كمعاهدة متعددة الأطراف في ١ يناير ١٩٨٨ بعد أن صدقت عليها ١١ دولة. وما لم تستبعد بعبارات صريحة فإن اتفاقية البيع تعتبر القانون المحلي المطبق بين الدول المتعاقدة المختلفة.

ثم نصت المادة (٥٠) من ذات الاتفاقية على أنه :

" في حالة عدم مطابقة البضائع للعقد، وسواء تم دفع الثمن أم لم يتم، يجوز للمشتري أن يخفض الثمن بمقدار الفرق بين قيمة البضائع التي تم تسليمها فعلاً وقت التسليم وقيمة البضائع المطابقة في ذلك الوقت. غير أنه إذا قام البائع بإصلاح الخلل في تنفيذ التزاماته وفقاً لأحكام المادة ٣٧ أو المادة ٤٨، أو إذا رفض المشتري أن يقوم البائع بالتنفيذ وفقاً للمادتين المذكورتين، فلا يجوز للمشتري أن يخفض الثمن".

ويقارب هذا النص ما ورد في القانون الاسترالي الذي أجاز في قانون التجارة لسنة ١٩٧٤ في المادة (٥١/أ) للمتعاقد حق اللجوء إلى القضاء طلباً لتعديل الالتزامات التعاقدية، بقولها أنه : " أ) إذا قام البائع بتسليم جزء من المبيع، أو كان جزءاً فقط من هذه البضائع متوافقاً مع شروط العقد فإن المادة ٤٦ والمادة ٥٠ ستطبقان فيما يتعلق بالجزء الناقص من البضائع أو المخالف لشروط العقد". ولذلك فإن المحاكم الاسترالية قد وجدت من هذا النص مدعاة للخروج على مبدأ الاستقلال عن طريق إصدار الأمر بوقف صرف قيمة الاعتماد تمهيداً لتعديل هذه القيمة فيما بعد.^{٣١٠}

أما القانون التجاري الأمريكي الموحد (U.C.C) فقد تناول هذا الاستثناء صراحة في المادة (٣٠٢) منه. حيث أشار إلى فكرة الغبن، بهدف رفع الإرهاق عن المتعاقد المغبون وتفادي النتائج غير المنصفة للعقد. ولم ترد هذه المادة لتنظيم عقود الاعتماد المستندي على وجه التحديد، بل بكافة العقود التجارية ومنها بطبيعة الحال عقود الاعتماد.^{٣١١} ولم يكن الأمر في القانون الأمريكي كما هو الحال في القانون البحريني، بقصر طلب تعديل العقد على فئة معينة دون أخرى بل إن الأمر كما أوردته المادة ٣٠٢ يشمل كافة الفئات المتعاقدة. إذ نصت المادة (٣٠٢) من القانون التجاري الأمريكي الموحد على هذا الاستثناء بقولها : " إذا تبين للمحكمة أن العقد أو أحد بنوده يتضمن غبناً وقت إبرامه، كان للمحكمة أن ترفض تنفيذ العقد، أو تأمر بتنفيذ العقد دون البند الذي يتضمن هذا الغبن، كما للمحكمة أن تقوم بمنع تنفيذ هذا الجزء من العقد تفادياً لوقوع غبن عند التنفيذ".^{٣١٢}

وفي الوقت الذي خلت الأعراف والقواعد الموحدة (UCP 600) من النص على هذا الاستثناء، أوردت اتفاقية الأمم المتحدة لخطابات الضمان والاعتمادات المستندية الضامنة في المادة (١٩/ب) منها، وتحت بند الاستثناء من التزام السداد، على جواز امتناع البنك عن سداد قيمة الاعتماد إذا تبين

³¹⁰ Chumah Amaefule, ibid, p. 190

³¹¹ Roberto Louis Frias, ibid, p. 90.

³¹² Chumah Amaefule, ibid, p. 167.

له بأن : " (ب) السداد لم يكن مستحقاً على الأساس الوارد في المطالبة والمستندات الداعمة لها". كما ينسحب هذا البند على الحالة التي يظهر فيها أن السداد ليس مستحقاً على الأساس الوارد في المطالبة ، نظراً لوجود غش في تنفيذ العقد، فإن هذا البند ينسحب كذلك على الحالة التي تختل فيها الالتزامات التعاقدية على نحو يفقد العقد توازنه الفعلي، على النحو الذي يجيز تدخل القاضي فيما بعد بغية تعديل قيمة الاعتماد قبل تمكن المستفيد من صرفه، بما يضمن إعادة التوازن مرة أخرى بين التزامات المتعاقدين.³¹³

الفرع الثاني

أثر الغبن على مبدأ الاستقلال في الاعتمادات المستندية

في السوابق القضائية

تناولت النظم القضائية المختلفة فكرة الغبن في مناسبات عديدة. فالفكرة من مقتضيات العدالة التي يملئها الفكر السليم، ولا يحيد عنها ذوي التفكير القويم، فعلى سبيل المثال انتهت المحاكم في سنغافورة إلى اعتبار الغبن استثناءً مستقلاً عن الغش وذلك في قضية GHL Pte Ltd ضد Unitrack Building Construction Pte Ltd بقولها أن : " الغبن يتضمن عدم الإنصاف، وهو أمر مغاير عن عدم الصدق أو الغش أو التصرف بسوء نية من قبل أحد المتعاقدين، وإن أية محكمة سوف تقوم بمنع المتعاقد أو ستمتنع عن مساعدته على أقل تقدير على الإفادة من عقد غير منصف لكلا طرفيه".³¹⁴

وفي وقتٍ لاحق - وتأسيساً على الحكم المتقدم - اعتبرت المحاكم السنغافورية أيضاً، في القضية التي وقعت بين Hiap Tian Soon Construction Pte Ltd ضد شركة Hola Development Pte أن تصرف المدعى عليها شركة Hola يتضمن غبناً للمدعية، حينما قامت بخفض قيمة الالتزام الأصلي، وهو الأمر الذي تبعه خفض في قيمة المستندات المطلوب تقديمها في خطاب ضمان،³¹⁵ ومن ثم تقييد وحجز قيمة هذا الخطاب لصالح المشتري المغبون.³¹⁶ وبعد التوطئة التي أسبغتها المحكمة في قضية GHL Pte Ltd ضد Unitrack Building Construction Pte

³¹³ Alphonse M. Squillante, Uconsionability: French, German, Anglo-American Application, 34 Albany Law Review 301 (1969-1970).

³¹⁴ (1999) 4 SLR 604.

³¹⁵ (2003) 1 SLR 667.

³¹⁶ Roberto Louis Frias, ibid, p. 90.

Ltd سابقة الذكر والتي ميزت الغبن عن الغش في عمليات الاعتماد المستندي، تواترت المحاكم السنغافورية على اعتبار الغبن استثناءً منفصلاً على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي، وانتهت في أحكام لاحقة إلى عدم استحقاق المبلغ الفائض على قيمة الالتزام الفعلية حين يتضمن العقد غبناً في مواجهة المشتري.^{٣١٧}

واتخذت المحاكم الاسترالية موقفاً مماثلاً، حيث قررت المحكمة الفكتورية العليا في استراليا في قضية Olex Focus Pty Ltd ضد Skodaexport Co Ltd والتي تتلخص وقائعها في أن شركة Olex كانت قد وافقت على إبرام عقد اعتماد مستندي لصالح شركة Skodaexport وذلك في سبيل تنفيذ عقد مقاوله. ، وظهر. في وقت لاحق . نزاع بين الطرفين نتيجة للتأخر في تنفيذ الأعمال، وبناء عليه قامت شركة Skodaexport بتهديد شركة Olex بسحب قيمة الاعتماد من البنك، ما لم تقم الشركة الأخيرة بإنقاص مجموع أعمال المقاوله الموكلة لها، وذلك تأسيساً على المادة (٥١/أ) سابقة الذكر. وفي وقت لاحق أيضاً، تقدمت شركة Olex بطلب مستعجل لمنع المستفيد من سحب قيمة الاعتماد من البنك، تأسيساً على وقوع غبن ظهر عند تنفيذ العقد، وهو الذي أجابته المحكمة تأسيساً على أن طلب أداء قيمة الاعتماد بكامله كان يتضمن غبناً في العقد.^{٣١٨}

ويتعلق السؤال الذي يثور الآن بمدى جواز تصدي البنك من تلقاء نفسه لمثل هذا الدفع؟ إن الإجابة على هذا السؤال لا بد أن تكون بالنفي، حيث لا يسوغ هذا الإستثناء للبنك التصدي من تلقاء نفسه للبت في المسائل المتعلقة بوجود غبن من عدمه، لأن تقرير تعيب الإرادة يخضع لسلطة القضاء التقديرية، والنظر في قابلية العقد للإبطال من عدمه، ويقع على مدعي الغبن عبء إثبات وقوعه.^{٣١٩} ويلاحظ أن الدفع بوجود الغبن، أو طلب تعديل الثمن ينسحب على العقد الأصلي دون عقد الاعتماد، الذي لا يظهر سبباً لتعديل الأداء المالي، حيث أن عمولة البنك غالباً ما تكون ذات قدر ثابت، وينسب فائدة محددة مسبقاً يتم الاتفاق عليها مع العميل.^{٣٢٠}

على أن الأثر الذي يرخي بظلاله على عقد الاعتماد يتعلق بوقف الصرف فقط، دون أن ينسحب على صحة الإرادة المتعاقدة بالنظر إلى العيب الذي ورد على العقد الأساس، وهو ما يثير في الأدهان السؤال المتعلق بمدى إمكانية الفصل بين هذه العقود. فمبدأ الاستقلال بين العقود في

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

³¹⁸ Olex Focus Pty Ltd Skodaexport Co Ltd (1996) VIC LEXIS 1245 p. 48.

^{٣١٩} عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ١٤٥.

^{٣٢٠} محيي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ١١٠٥.

عمليات الإعتماد المستندي ، وإن كان يهدف إلى حماية مصلحة مفردة لأحد أطراف عقد الاعتماد، إلا إن المعالجة القانونية التي تقدمها فكرة الغبن، وما ينجم عنها من تحقيق للعدالة واستقرار للمعاملات تقدّم على ذلك.

ويمكن أن تضاف هذه المعالجة القانونية التي تقدمها فكرة الغبن إلى كل الحلول التي تقدمها فكرة تصحيح العقد، والتي يجيز فيها القانون للقاضي تعديل الأداء المالي للعقد بطلب من أحد المتعاقدين، ومن ذلك نظرية الظروف الطارئة أو نظرية القوة القاهرة، أو فكرة الإذعان، أو تعديل الثمن لتعيب التنفيذ، حيث تجيز هذه الحلول الخروج على مبدأ العقد بكونه شريعة المتعاقدين، حين يتم مراجعة الالتزامات بعد إبرام العقد بما يضمن إعادة التوازن العقدي، وفي فرض تعديل مبلغ الاعتماد من قبل المحكمة، حتى مع الوعد غير المشروط الصادر عن البنك بأداء قيمة الاعتماد للمستفيد، متى قدّم هذا الأخير المستندات للمطابقة.

وإذا كان مبدأ الاستقلال على هذا النحو من النسبية في تطبيقه، فهل يمكن القول بعد الآن بعدم انتفاع أطراف العقود الأخرى بما يتصل بعقودهم. أو بمعنى آخر هل ينتفع الغير عن العقد في مجموعة الاعتماد المستندي بما أتيح من حيث الأصل لأصحاب العقد أنفسهم. ستكون الإجابة وفقاً للمفهوم التقليدي لمبدأ نسبية أثر العقد بأن من لم يشارك بإرادته في إنشاء العقد لا ينسحب له أية أثر عنه. لأن العقد يرتبط بالإرادة، وهذه الإرادة هي التي تتسبب في انتقال الأثر القانوني، طالما أنها لا تتعارض ونصوص قانونية ما.

إلا أن هذا الفصل قد كشف عن حالات متعددة لا يستوي القول فيها بالحد من أثر العقد الأصلي؛ لأن البنك لم يكن طرفاً فيه على سبيل المثال. أو عدم قدرة المشتري على وقف صرف قيمة الاعتماد؛ لأنه ليس طرفاً في خطاب الاعتماد. وسيورد الباب الثاني العديد من الدفوع التي تتاح للغير. أطراف العقد الأساس والبنك - نتيجة التشابك العقدي لمجموعة العقود في عملية الاعتماد المستندي. فما هي هذه الدفوع؟ وما الذي يترتب على إثارتها؟ وهل يصبح الغير طرفاً في هذه العقود بما ينقله من نوع مسؤولية إلى أخرى؟ وما هي النتيجة المترتبة على إثارة هذه المسؤولية؟ هذا ما سيجيب عنه الباب الثاني من هذه الدراسة.

الباب الثاني

الآثار القانونية لمبدأ الاستقلال
في عمليات الاعتماد المستندية

الباب الثاني

الآثار القانونية المترتبة على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد

المستندي

يظهر مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي بصورة تحكمية، فلا حاجة للنص عليه في عقد الاعتماد أو خطاب الاعتماد، ذلك أنه قد بات من المسلمات في القوانين والأعراف الدولية بكونه آلية عمل الاعتمادات المستندية. وعلى الرغم من هذا التسليم، إلا هذا المبدأ قد بات يرتب الكثير من المعوقات من الناحية العملية، فعقد الاعتماد قد يقضي لأحد الأطراف بعض من الدفوع التي لوحظ أنها تنسحب للغير نتيجة ارتباطه بعقد البيع الأصلي بين العميل الأمر والمستفيد.

ويتناول هذا الباب الآثار القانونية لمبدأ الاستقلال، حيث يعرض للمسائل المتعلقة بالدفوع المتاحة لأطراف المجموعة العقدية في عمليات الاعتماد المستندي، ومدى جواز تمسك كل طرف من أطراف هذه المجموعة بدفوع الآخر وذلك في الفصل الأول من هذا الباب، على أن يتناول الباب الثاني فكرة المسؤولية والمشكلة المتعلقة بازديادها نتيجة تشابك العلاقات التعاقدية في عملية الاعتماد المستندي.

الفصل الأول

استقلال الدفع الناشئة عن العقود في عملية الاعتماد المستندي

يعتمد طرفا عقد البيع . في سبيل تنفيذ عقد البيع الأصلي . إلى تنظيم الامور المتعلقة بسداد ثمن المبيع وتسليمه بواسطة مصرف يتفق عليه كلا الطرفين. وتقوم مسؤولية هذا المصرف بموجب عقد مستقل هو عقد الاعتماد الذي يبرمه مع المشتري. يقوم المصرف . في مرحلة لاحقة . بإرسال خطاب اعتماد للمستفيد، يتعهد من خلاله بأداء ثمن البضاعة بشكل غير مشروط، وذلك بمجرد تقديم المستفيد للمستندات، ومطابقة هذه المستندات بما اشترطه العميل في تعليماته للبنك وفي عقد الاعتماد. وحين يشرع البنك في مطابقة المستندات، فإنه في الحقيقة يقوم بتنفيذ عقد الاعتماد المبرم بينه وبين المشتري، وبذلك فإنه يكون مسؤولاً إزاء عميله الأمر، ولكن هل يعني ذلك ألا يكون البنك معنياً بعقد البيع المبرم بين البائع والمشتري؟ وهل يعني أن صفته كغير عن العقد، تجعل منه أجنبياً عنه بحيث أنه لا يكون حجة عليه بأي شكل من الأشكال؟ وإذا كانت مسؤولية المشتري تقوم على أساس مبدأ القوة الملزمة للعقد، ألا يمكن تأسيس مسؤولية البنك إزاء العقد الأصلي بموجب مبدأ الحجية، والذي يجعل من الفعل المادي الذي يعيق تنفيذ عقد ما - ودون حاجة لصدور خطأ - موجباً للمسؤولية ؟

إن الأسئلة المتقدمة تثور أيضاً حين يتبين أن المصرف قد وُضع في العديد من الحالات في مركز تعاقدى، وانتهى الحال به إلى الشروع في رخص أجازها المشرع من حيث الأصل للمتعاقد الأصلي الذي ساهم بإرادته في إبرام العقد. وعلى الرغم من أن العقد لا يرتب التزاماً في ذمة الغير، إلا أن هذا الغير قد يجد نفسه . عند ارتباط التزامه بالتزام آخر . في مركز قانوني أقرب ما يكون إلى مركز المتعاقد. وفي سبيل الوقوف على هذه المراكز، والإجابة عن السؤال المتمثل في مدى إمكانية أطراف العقود المكونة لمجموعة الاعتماد المستندي من التصدي للرخص والدفع التي أجازها المشرع لبعضهم، فإن هذا يستلزم تناول مجموعة من الدفع المقررة لكل طرف من أطراف هذه المجموعة، حيث يتناول المبحث الأول الدفع المقيضة لأطراف عقد البيع الأصلي، على أن يتناول المبحث الثاني الدفع المقيضة للبنك ومدى جواز تمتع أطراف العقد الأصلي بها.

المبحث الأول

مدى جواز تمسك البنك بالدفع المقررة لطرفي عقد البيع

يعدّ عقد البيع السبب المحرك لإبرام عقد الاعتماد المستندي بين العميل الأمر والبنك، إلا أنه على الرغم من ذلك لا يظهر البنك كعضو فاعل في العقد الأول. حيث أن الأعراف الدولية لا تنيط بالبنك دوراً في تنفيذ عقد البيع، بل يتم النظر إلى عقد الاعتماد باعتباره عملية مصرفية مستقلة. وتشجيعاً لذلك نصت الفقرة (د) من التعاريف والشروط العامة من الأصول والقواعد الموحدة لعمليات الاعتماد المستندي على أنه : " يجب أن تكون تفاصيل الاعتماد والاعتمادات نفسها كاملة ودقيقة. ولأجل تجنب الالتباس وسوء الفهم، يجب على المصارف الفاتحة ألا تشجع أية محاولة من قبل العميل طالب فتح الاعتماد لإدخال تفاصيل زائدة".

وخلق هذا الأمر العديد من الصعوبات على المستوى العملي. فدور المصرف يترتب عليه إلى حدّ كبير تنفيذ العقد الأساس، ومحاولة تقليص صلاحيات البنك لدى أدائه لهذا الدور يعني الحدّ من قدرته على تنفيذ هذا العقد على نحو سليم. ومن هذه الصعوبات اعتبار البنك غيراً عن عقد البيع الأصلي، على نحوٍ يحجب عنه القدرة على التصدي للدفع المقيضة لطرفي عقد البيع، وعلى الرغم من ذلك فقد انتهى الحال بالبنك إلى ممارسة هذه الدفع بطرق أخرى غير مباشرة .

ويعنى هذا المبحث بتناول الدفع المرتبطة بعقد البيع الأصلي بين البائع والمشتري والمقررة لطرفي عقد البيع، ومدى جواز انتفاع البنك منها، على أن يتناول العيوب المتعلقة بتنفيذ هذا العقد.

المطلب الأول

الدفع المرتبطة بعقد البيع الأصلي بين المشتري والبائع

غالباً ما يرتبط عقد الاعتماد المستندي بتنفيذ عقد بيع دولي. وهذا الطابع الدولي يجعل من المحتمل أن تنثور العديد من المسائل المتعلقة بصحة العقد. ويتناول هذا المطلب بعضاً من الدفع والدعاوى المرتبطة بعقد البيع الأصلي، والتي أجاز القانون إلى المشتري إثارتها في مواجهة البائع، ويجيب على التساؤل المتمثل في مدى قدرة البنك على التصدي لمثل هذه الدفع. حيث نعرض ابتداءً للدفع ببطلان عقد البيع الأصلي، ثم دعوى ضمان العيوب الخفية.

الفرع الأول

الدفع ببطلان عقد البيع الأصلي

يقوم كل عقد من العقود في عملية الاعتماد المستندي على أركانه الخاصة التي تعطيها الحق في الاعتبار والحجية القانونيين. فكل عقد محل وسبب وتراضٍ خاص بين طرفيه. وهو ما يعني أن أي خلل في أحد هذه الأركان يقيم الحق لأطرافه بطلب الإبطال. ويتناول الدفع محل الدراسة الرهنة البحث فيما إذا كان من المقيض للبنك الدفع ببطلان عقد البيع الأصلي في سبيل تقادى سداد قيمة الاعتماد. وقد سبق أن تم بحث المسائل المتعلقة بالبطلان باعتبارها استثناءً على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي، غير أن هذا الفرع يتناول البحث فيما إذا كان البنك يستطيع بداءة الإفادة من هذا الدفع وإعماله في مواجهة المستفيد دون طلب من عميله الأمر.

وتقسم النظرية التقليدية البطلان إلى مراتب: فهناك البطلان المطلق وهناك البطلان النسبي، ومرد هذا التقسيم هو وجود أركان للعقد لا بدّ من وجودها حتى يتكون. ولهذه الأركان شروط لا بدّ من توافرها حتى لا تختل. فركن الرضا لا بدّ أن يصدر من ذي أهلية كاملة وألا يكون مشوباً بعيب من عيوب الإرادة حتى يكون صحيحاً. وشروط المحل هو أن يكون ممكناً ومعيناً ومشروعاً. وشرط السبب هو أن يكون مشروعاً. وأخيراً شرط الشكل في العقود الشكلية. فإذا انعدم شرط من هذه الشروط، كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.^{٣٢١}

^{٣٢١} راجع في هذا المعنى : د. عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد - الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٦٤٦.

أما العقد الباطل بطلاناً نسبياً فهو يرتب جميع آثاره وذلك حتى يتقرر إبطاله فتزول هذه الآثار؛ ذلك أن العقد قد انعقد نتيجة توافر أركانه، ولكن وقع خلل في شرائط صحته فصار يهدده بالزوال بعد الإنعقاد وهذه الحالة كتعيب الرضا بأحد عيوب الإرادة مثلاً، فإذا لحق انعقاد العقد إجازة من صاحب الحق، زال ما كان يتهده من بطلان لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق.^{٣٢٢} وعليه فإن العقد الباطل بطلاناً نسبياً لا يعدو في مآله إلا أن يكون عقداً صحيحاً إذا لحقته الإجازة أو ورد عليه التقادم، أو عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا تقرر بطلانه ولم تلحقه أية إجازة.^{٣٢٣}

إن السؤال الذي يثور الآن يتمثل في مدى جواز خروج البنك على مبدأ الإستقلال والامتناع عن سداد قيمة الاعتماد للمستفيد حين يكون العقد الأساس باطلاً أو قابلاً للإبطال، على اعتبار أن خطاب الاعتماد قد فقد السبب الذي فتح من أجله. لا سيما إذا كان معلوماً أن فكرة البطلان ترتبط بفكرة أخرى مفادها إعادة المتعاقدين إلى الحال التي كانا عليها قبل التعاقد. وعليه فهل يتصور والحال كذلك أن يساهم البنك في تنفيذ عقد باطل لا سيما في الحالة التي يرتبط فيها هذا البطلان بالنظام العام، كأن يكون محل العقد أو سببه غير مشروعين؟

وقد تناول القانون المدني البحريني فكرة العود بالحال إلى ما كانت عليه في المادة (١١٩) منه بقوله : " إذا بطل العقد أو أبطل، يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، فإذا استحال ذلك على أحد المتعاقدين فإنه يجوز الحكم عليه بأداء معادل".^{٣٢٤}

والنص المتقدم يرتبط بفكرة المسؤولية والتي تتضمن إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل تعاقدتهما، وهذا يتضمن بالضرورة انقضاء الالتزامات، ورد كل متعاقد لما تسلمه من الآخر، فإن تعذر ذلك كان على المتعاقد بذل أداء معادل يضمن خلق حالة مقاربة لما كان عليه المتعاقد الآخر.^{٣٢٥} وعليه فإن إثارة دعوى المسؤولية تكون بخلاف دعوى الضمان. فإذا كان يترتب على دعوى المسؤولية إعادة المتعاقدين لما كانا عليه قبل العقد، فإن دعوى الضمان تثير مسألة التعويض وتضمن

^{٣٢٢} نصت المادة (١١٣) من القانون المدني البحريني على أن : " العقد القابل للإبطال ينتج آثاره ، ما لم يقض بإبطاله ، وإذا قضى بإبطاله، اعتبر كأن لم يكن أصلاً". راجع في هذا المعنى : د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٦٥٣.

^{٣٢٣} سليمان مرقس، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص ٤٦٨.

^{٣٢٤} راجع في شرح هذه المادة : سليمان مرقس، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص ٤٣٦.

^{٣٢٥} د. صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص ١٢٣.

وضع المتعاقدين في المركز الذي توقعوه لدى إبرامهم العقد، أي هي خطوة للأمام في سبيل تنفيذ العقد. ^{٣٢٦}

فإذا كان الأمر كذلك، فهل يجوز لغير المتعاقد إثارة فكرة المسؤولية؟

قبل أن تتم الإجابة على هذا السؤال، لابدّ من الإجابة على سؤال آخر، يتمثل في نوع المسؤولية التي يثيرها المتعاقد من حيث الأصل، وهل هي دعوى مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية؟ ذلك أن بطلان العقد يعني زوال كافة آثاره، وهذا يعني انقضاء العقد بوصفه قانوناً يحكم العلاقة بين طرفيه. ^{٣٢٧}

وتنص المادة (١١٨) من القانون المدني البحريني على أن : " العقد الباطل لا ينتج أي أثر ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة. ولا تسمع دعوى البطلان بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد". والنص المتقدم يعطي المصلحة لكل ذي شأن طلب هذا البطلان، طالما أن أنه يستند في هذا الطلب إلى حق يمكن أن يتأثر من عدم بطلان العقد، ومن أمثال أصحاب المصلحة الخلف العام أو الخاص. ^{٣٢٨}

وأكدت محكمة التمييز في حكم لها على ذلك بقولها بأن : " بطلان عقد البيع لا يقتصر على العلاقة فيما بين المتعاقدين، بل يجاوزها إلى الغير، فإن أبطل البيع كان للمشتري استرداد الثمن، وللبيع استرداد المبيع، فإن كان المشتري قد باع الشيء محل العقد لمشتري ثان، استرده البائع من ذلك المشتري، أو من تكون قد حازته من قبل المشتري الملزم بالرد. وكان الطاعن لم يطلب استرداد المتجر المبيع قضاءً، فليس له أن ينعى على الحكم قضاءه الصحيح بإلزامه برد ما عجل له من ثمن". ^{٣٢٩}

والحكم المتقدم، يورد فكرة في غاية الأهمية تتمثل في مسألة الاحتكام إلى قواعد المسؤولية التقصيرية لدى بطلان العقد، نظراً لزواله بكافة آثاره. وبذلك فإنه يتم إعمال هذه الأحكام حين يكون العقد باطلاً غير منتج لأية آثار. فالعقد الباطل لا ينشئ أي أثر. وهو ما معناه أن العقد الباطل ليس

^{٣٢٦} انظر في هذا المعنى:

Philip R. Wood, Comparative Law of Security Interests and Title Finance, (Volume 2), 2nd edition (2007), Sweet & Maxwell, London. p. 43-75

^{٣٢٧} راجع في هذا المعنى : د. صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ١٣٧.

^{٣٢٨} سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٤٣٠.

^{٣٢٩} الطعن رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٣، الصادر بجلسة ٢٠٠٤/١/١٩، مجموعة أحكام السنة الخامسة عشرة.

تصرفاً قانونياً، إذ هو كعقد لا وجود له، ولكنه يظلّ عملاً مادياً، أو واقعة قانونية، وهو بهذه المثابة قد ينتج أثراً قانونياً ليس هو الأثر الأصلي الذي يترتب على العمل القانوني باعتباره عقداً، بل هو أثر عرضي يترتب على العمل المادي باعتباره واقعة قانونية.^{٣٣٠}

ومن ناحية أخرى فقد يكون الغير في مركز عقدي، فيتأثر بالعقد نتيجة لارتباطه به وذلك بدخول عنصر من عناصر العقد إلى هذا المركز، وقد عبر عن هذا الارتباط بمفهوم المجموعة عقدية. وفي هذه الحالة لا يبطل العقد لأنه عقد مشروع، بل على العكس قد يبطل المركز القانوني الذي ينشأ بموجب عقد جديد إذا كان قانون العقد يحول دون إبرامه،^{٣٣١} ولذلك فإن اعتبارات العدالة واستقرار المعاملات قد تقتضي في بعض الأحيان انصراف العقد إلى الغير.^{٣٣٢}

ونجد تطبيقاً لذلك الحالة التي نظمها أغلب القوانين المدنية، ومنها القانون المدني البحريني الذي نص في المادة (٢٨٤) على أن : " يكون الالتزام غير قابل للإنقسام : أ) إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم. ب) إذا تبين من الغرض الذي رُمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك ".^{٣٣٣}

والمادة المتقدمة، تتناول الحالة التي يجد المدينون أنفسهم فيما يشبه التضامن، نظراً لتعذر قسمة المحل، وقد يرجع ذلك إلى طبيعة هذا المحل، أو أن هذا الالتزام لا يجوز تنفيذه مجزئاً، أو قد يأخذ صورة عرضية طارئة في الالتزام نظراً لاتفاق إرادة المتعاقدين، وهذه الإرادة إما أن تكون صريحة وإما أن تكون ضمنية. فالإرادة قد تكون صريحة إذا اشترط الدائن على المدين صراحة في العقد الذي أنشأ الالتزام ألا يجوز تنفيذه منقسماً بل يجب تنفيذه باعتباره كلاً غير قابل للتجزئة. وفي مثل هذا الالتزام

^{٣٣٠} للمزيد عن آثار العقد الباطل راجع : د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٦١٨. راجع أيضاً : د. عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ٢٨٩.

^{٣٣١} د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ١٣٧.

^{٣٣٢} د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٤٥١.

^{٣٣٣} وقد أفضى مثل هذا النص إلى فكرة أخرى هي فكرة الإنقضاء الحتمي للعقد، وهي من التطبيقات القضائية لعدم قابلية المحل للانقسام. فقد انتهت محكمة التمييز في أحد أحكامها إلى أن : " عقد الإيجار من الباطن إذ يرد على حق المستأجر الأصلي في الانتفاع بالعين المؤجرة، فإذا انعدم هذا الحق بانتهاء الإيجار الأصلي، فإن الإيجار من الباطن يفسخ من تلقاء نفسه لهلاك محله بما مؤداه أنه ينقضي حتماً بانقضاء عقد الإيجار الأصلي، ولو كان قائماً بحسب الشروط التي اشتمل عليها ". - الطعن رقم ٣٧١ لسنة ٢٠٠٣ - جلسة ٢٨/٦/٢٠٠٤، مجموعة أحكام السنة الخامسة عشر.

فإن الدائن يستطيع مطالبة المدين بكل الدين حتى لو لم يكن هنالك ثمة تضامن.^{٣٣٤} وعليه فقد نصت المادة (٢٨٥) من ذات القانون على أنه : "إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام، كان كل منهم ملزماً بوفاء الالتزام كاملاً، وللمدين الذي وفى حق الرجوع على الباقيين كل بقدر حصته، إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك".

وتثير هذه النصوص فكرة واحدة، تتمثل في أن كلاً من المدين والدائن يعود كلاهما على الآخر بدعوى عقدية، وهو ما سبق الإشارة إليه بأن الغير قد يجد نفسه في مركز تعاقدى لم يكن ليتوقاه، فيتأثر ويؤثر بالعقد وذلك لارتباطه بعنصر من عناصره، وقد يكون هذا العنصر هو اشتراكه في تنفيذ العقد مثلاً. كالحالة التي يشترك فيها المقاول من الباطن في تنفيذ العقد، وهذا الأمر دفع القضاء منذ زمنٍ طويل إلى الخروج على القواعد المنظمة لمبدأ نسبية أثر العقد، والسماح لرب العمل برفع دعوى مباشرة على المقاول من الباطن وعدّ هذه الدعوى عقدية وعدّ المقاول من الباطن خلفاً خاصاً للمقاول الأصلي.^{٣٣٥} كذلك الحال بالنسبة للبنك لدى تنفيذ عقد البيع الأصلي، فالبنك يكون في مركز قانوني يرتبط بهذا العقد، وهذا المركز يجعل من واجب البنك العمل على تنفيذ هذا العقد واحترام شروطه وقواعده، وبذلك فإن أي إخلال في تنفيذ العقد يؤدي إلى إثارة مسؤوليته.^{٣٣٦}

إن الرأي المتقدم يعيد إلى الأذهان فكرة الفقيه الفرنسي (ايكوني)، حين طرح نظريته المتعلقة بمبدأ نسبية أثر العقد، والتي انتهت فيها إلى أن هذا المبدأ لا يعني أن ينحصر أثر العقد فيما بين أطرافه فقط، بل إنه يتضمن مسؤولية على عاتق الغير بألا يساهم في الإخلال بأية التزامات تعاقدية لأيٍّ من المتعاقدين. ومتى ما أخل المدين بالتزامه عن قصد فإنه يرتكب جريمة مدنية، ومتى ساهم الغير في ارتكاب هذه الجريمة أو حث المتعاقد على ارتكابها فإنه لا يعتبر أجنبياً بالنسبة للعقد وإنما يوصف بأنه شريك في الإخلال بها.^{٣٣٧} ورغم أن على هذه النظرية ما عليها من نقد، إلا أنها تضي

^{٣٣٤} د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الثالث، الأوصاف - الحوالة - الانقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة ٢٠٠٤، ص ٣٣١.

^{٣٣٥} سليمان مرقس، الوافي في شرح الالتزامات - أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

^{٣٣٦} ولا يردّ هذا الالتزام إلى مبدأ حجية العقد فقط والتي يلزم فيها الغير باحترام عقد ليس طرفاً فيه، بل إلى الطبيعة المهنية التي يقدمها المصرف. "حيث درج القضاء على التشدد في مسؤولية البنك تجاه الغير، بالنظر إلى الإمكانات الضخمة وخطورة الوظيفة التي يتولاها في الاقتصاد القومي، وللنقطة التي ينظر بها الجمهور إلى البنوك وتجعله يطمئن إلى سلامة سلوكها وصدده ما يصدر عنها". د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المرجع السابق، ص ١٧.

^{٣٣٧} د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، ص ٢١٠.

تصوراً مقبولاً إلى حد ما لمسؤولية الغير عن العقد في احترام المراكز التي ينشؤها هذا العقد باعتباره قانوناً فيما بين طرفيه.

وعلى الرغم من ذلك، فإن استبعاد البنك كطرف من أطراف العقد الأصلي، يظل غير ذي أهمية؛ لأن المشتري يستند في كل الأحوال لدى إقامته دعوى البطلان إلى أحكام المسؤولية التقصيرية لا العقدية. فالعقد هنا لا يعدو عن كونه واقعة مادية.^{٣٣٨} ذلك أن المتعاقد يضمن تنفيذ الالتزام عيناً أو بمقابل، أما إذا صدر من المتعاقد فعلاً خارج نطاق الالتزام العقدي، فإن المتعاقد يسأل عنه مسؤولية تقصيرية دون حاجة لافتراض وجود هذا الفعل في إطار العقد، ومن ثم القول بوجود مسؤولية عقدية ينصرف التعويض فيها إلى الضرر غير المتوقع. وكذلك الأمر لو فسخ العقد، فمن البديهي القول بزوال الالتزام العقدي ومن ثم لا محل للتنفيذ بمقابل وحينئذ إذا كان ثمة ضرر فهو ضرر تقصيري، يعرض بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية.^{٣٣٩}

"وفي الحقيقة فإن مشاكل عديدة تنثور عندما يكون التصرف الخاطئ إخلالاً بالعقد، وحالة من حالات المسؤولية التقصيرية في آن واحد. إذ يوجد العديد من الافتراضات التي يلتزم الشخص فيها بإرادته في عقد وفي الوقت ذاته يلقي على عاتقه واجب معين مستقل عن أي عقد، فالإخلال بهذا العقد هو ضرر تقصيري أيضاً ما دامت المسؤولية ستوجد وإن لم يوجد الفعل. وهذا التوجه في بيان الخطأ، يثير فكرة تبدو على قدر كبير من الأهمية، ويمكن بواسطتها إعادة النظر في مسألة أقرها تيار في الفقه، وهي مسألة اعتبار الإخلال بالعقد حالة عقدية وتقصيرية في آن واحد، مما أدى إلى إثارة فكرة الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، والميل إلى عدم جواز الجمع بين المسؤوليتين، ومن ثم إلى عدم جواز الخيرة بينهما، والإبقاء على إعطاء المتعاقد الحق في إقامة دعوى المسؤولية العقدية لوحدها".^{٣٤٠}

^{٣٣٨} سليمان مرقس، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص ٤٣٦.

^{٣٣٩} وقد انتهت محكمة التمييز في مملكة البحرين إلى أن : " الحكم بالتعويض المترتب على فسخ العقد إنما يكون على أساس المسؤولية التقصيرية لزوال العقد، ومن عدم صلاحيته ليكون أساساً للتعويض، وكان الحكم المطعون فيه قد استظهر بأسباب كافية توافر أركان مسؤولية الطاعن من خطأ يتمثل في تقصيره عن تنفيذ التزامه بنقل ملكية العقار إلى المطعون ضدها، وما نتج عنه من ضرر بها يتمثل فيما فاتها من كسب، فإن النعي عليه يكون على غير أساس ". الطعن ٢٠٠٢/٢٤٩ الصادر بجلسة ٢٠٠٣/٤/٧ - مجموعة أحكام السنة الرابعة عشرة.

^{٣٤٠} د. صبري حمد خاطر، النظرية العامة في الالتزامات - مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٢٩٤.

وبالعودة إلى عقود الاعتماد المستندي، ومدى جواز الدفع ببطلان العقد الأصلي، يلاحظ أن القاضي Evans L.J قد انتهى في حكمه إلى تمكين البنك من إثارة هذا الدفع بقوله أنه : " لمن الضروري أن نقوم بالتمييز بين الحالات التي يتم فيها إثارة بطلان أو قابلية العقد الأساس للإبطال، والحالات الأخرى التي لا يتم فيها إثارة مثل هذا الدفع. وأنا مستعد لقبول فكرة الحجز من حيث المبدأ في الحالات التي يظهر فيها أن العقد قابلاً للإبطال، وأن مستقبله يبدو محدوداً ومهدداً".^{٣٤١}

وبالنظر للأهمية القانونية التي تثيرها فكرة البطلان، فقد عنيت بعض التشريعات بتنظيم بطلان عقد البيع الأصلي، بكونه استثناءً على التعهد غير المشروط الصادر من البنك بسداد قيمة الاعتماد متى ما قدمت المستندات المطابقة، ومن ذلك المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في البحرين، والتي تضمنت النص صراحةً على اعتبار بطلان عقد البيع استثناءً على مبدأ الإستقلال، وذلك في المادة ٤/٣/١ بقولها : "على المؤسسة أن تنفذ الاعتماد إذا كانت المستندات مطابقة للتعليمات إلا في حالة ثبوت التزوير أو الغش فلا تلزم بتنفيذه، أما إذا صدر حكم قضائي ببطلان عقد البيع السابق على فتح الاعتماد فلا ينفذ الاعتماد إلا باتفاق جديد".

والواقع أنه لا حاجة لحكم لتقرير البطلان المطلق، بخلاف الحال في البطلان النسبي، الذي يكون بحاجة لحكم قضائي. فالعقد الباطل ليس له وجود قانوناً، فلا حاجة إذن لصدر حكم بإبطاله، ولا ضرورة للحكم بالعدم على معدوم.^{٣٤٢} وإذا كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بمضي خمسة عشر سنة، إلا أن الدفع بهذا البطلان لا يسقط بالتقادم أبداً، ذلك أن العقد الباطل يظل معدوماً فلا ينقلب مع الزمن صحيحاً وإنما تتقادم الدعوى به فلا تسمع بعد مضي المدة، أما إثارة البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بناء على هذا العقد الباطل فلا تجوز مواجهته بالتقادم لأنه دفع والدفع لا تتقادم.^{٣٤٣}

وعليه فلا يتصور أن يكون البنك ملزماً بانتظار حكم قضائي ببطلان عقد البيع الأصلي الذي يكون ملزماً بتنفيذه، بل يجب أن يكون ذا سلطة تقديرية في البحث في مدى جدية هذا الدفع، ومن ثم تأجيل سداد قيمة الاعتماد لحين فصل القضاء في المسألة، وتسوية النزاع بين الأطراف. إن مثل هذا السلوك يجلب إلى الأذهان تصويرين يمكن تلخيصهما فيما يلي :

³⁴¹ (1984) 1 Lloyd's Rep 251 (CA) 393, This case was cited by Gaelle Eloy, Letter of Credit: Under Which Circumstances May Bank Withhold Payment? A Thesis for Master Degree at Gent University, 2012, p. 14.

^{٣٤٢} د. عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد - الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٦٤٦.

^{٣٤٣} د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٥٧، وسليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٤٣٣.

١. فإما أن يكون سلوك البنك في الامتناع عن تنفيذ العقد الأساس المبرم بين البائع والمشتري خطأ عقدياً، على اعتبار أنه اشترك في تنفيذ هذا العقد مع المشتري، وأن التزامه هذا لا يقبل الانقسام. فيكون بذلك في المركز القانوني الذي يخوله مكنة الدفع بالبطلان، وبالتالي رفض تنفيذ العقد باعتباره ذو مركز تعاقدية.

٢. أو أن يكون في مركز الغير الأجنبي عن العقد، والذي يقتضي معه عدم التمكن من إثارة مثل هذا الدفع، وبقاء التزامه بسداد قيمة الاعتماد الذي فتح لتنفيذ عقدٍ معدوم. والذي قد لا يتمكن البنك فيه من استحصال العمولة والفائدة، فضلاً عن قيمة الاعتماد.

ولقد بات واضحاً أن الطبيعة القانونية لعمليات الاعتماد المستندية تخلق ازدواجاً في وصف السلوك الواحد لأحد الأطراف داخل هذه المجموعة التعاقدية، فذات السلوك الصادر عن البنك قد يوصف بأنه خطأ عقدي أو خطأ تقصيري. في الوقت الذي لا يمكن الاستناد لقواعد المسؤولية العقدية في ظل وجود عقد باطل. ويفضي هذا الأمر في كل الأحوال إلى جعل البنك في خيرة بين نوعي المسؤولية التي يثيرها في مواجهة بقية أطراف المجموعة، وكما هو معلوم فإن الخيرة بين المسؤوليتين لا تكون للمركز العقدي الواحد وفقاً للقواعد المدنية.^{٣٤٤}

ويتمثل الأمر الآخر في آثار هذه المسؤولية؛ ذلك أن الاستناد إلى دعوى عقدية يعني أن التعويض سوف يكون محدوداً بالضرر الذي يتوقعه المتعاقدون، وهذا بخلاف ما يكون الحال عليه لدى إقامة دعوى تقصيرية عن الخطأ غير المشروع والذي يشمل ما كان متوقعاً وغير متوقع.^{٣٤٥}

وترتبط فكرة البطلان إذ هي على هذا النحو المتقدم بالنظام العام،^{٣٤٦} إلى الحد الذي يجيز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولو لم يطلبه الخصوم. وهذا ما نصت عليه المادة (١١٨) من القانون المدني البحريني بقولها أن: "العقد الباطل لا ينتج أي أثر ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة. ولا تسمع دعوى البطلان بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد".^{٣٤٧}

^{٣٤٤} راجع في هذا المعنى : د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

^{٣٤٥} د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٦١٨.

^{٣٤٦} وهذا الذي جعل من أثر البطلان منسحباً على الغير دون أن يقتصر على طرفي العقد. راجع في ذلك : د. عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد - الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٦٦١.

^{٣٤٧} انظر في شرح هذه المادة : سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٤٣٠.

وإذا كان الحال كذلك، فإنه يبدو من غير المعقول أن يقوم البنك بتنفيذ مثل هذا العقد الذي يعتبر هو والعدم سواء، لا سيما إذا كانت أسباب بطلان عقد البيع تتصل بالنظام العام. كأن يكون محل العقد غير مشروع، أو أن يكون سببه غير مشروع. ومن جانب آخر فإنه إذا تبين للبنك بطلان عقد البيع الأصلي، فإنه يضطر للبحث في هذا العقد من حيث الأصل، وهو الأمر الذي يعدّ تقويضاً لمبدأ الإستقلال الذي تقوم عليه عمليات الاعتماد المستندي.^{٣٤٨}

الفرع الثاني

دعوى ضمان العيوب الخفية

تظهر الحاجة للمصرف كوسيط يضمن تنفيذ عقود البيع الدولية، لكونه محلاً لثقة طرفي عقد البيع، فلا المشتري يضمن وصول البضائع، ولا البائع يضمن قبض الثمن. ولابد أن هذه الحاجة الآنية لطرفي العقد في تنفيذ عقدهم قد دفعت غالبية الفقه الحديث إلى قصر دور المصرف في هذه العملية التجارية على ضمان تنفيذ العقد الأصلي، عن طريق فحص المستندات الممثلة للبضائع محل عقد البيع الأصلي، ومن ثم تسليم الثمن كمقابل لهذه المستندات في حال استيفائها للشروط المنصوص عليها في عقد الاعتماد، دون أن يكون طرفاً حقيقياً في ذلك العقد. غير أنه قد يحق التساؤل في هذا المقام عما إذا كان دور المصرف إزاء العلاقة الأصلية والمستندات المتعلقة بها كافياً؟ ذلك أن المصرف يكتفي بفحص المستندات دون فحص البضاعة فعلياً. رغم أن حق المصرف على المستندات بوصفها رهناً تجارياً يخوله اتخاذ كافة إجراءات التنفيذ على البضائع التي تمثلها حال فشله في استحصال قيمة الاعتماد من العميل الأمر، فضلاً عن حقه في العمولة والفائدة. فبد المصرف في هذا المقام لا تكون يد مالك بقدر ما هي يد راهن على البضاعة التي لا يستطيع اقتضاء ثمنها قبل اتباع الإجراءات

^{٣٤٨} انظر في هذا المعنى:

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

القانونية التي رسمها المشرع، والتي تنتهي به إلى بيع البضاعة في المزاد العلني ليتمكن من اقتضاء عمولته.^{٣٤٩}

وهذا الأمر يفضي إلى تساؤل آخر يتعلق بمدى كفاية وجود حق الرهن على المستندات كضمان حقيقي للمصرف لحفظ حقه في مواجهة العميل. حيث عالج العديد من المشرعين - ومنهم المشرع البحريني - المسائل المتعلقة بصفة المصرف على هذه البضائع، وأقام حقاً له عليها باعتبارها مرهونة له رهنًا تجاريًا بموجب حيازته للمستندات، بما يقيم للبنك حق التنفيذ على البضاعة وفقاً للقواعد المنظمة للرهن التجاري. حيث نصت المادة (٣٢٦) من القانون التجاري البحريني على أنه : "إذا لم يدفع الأمر بفتح الاعتماد إلى البنك قيمة مستندات الشحن المطابقة لشروط فتح الاعتماد خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إخطاره بوصول تلك المستندات، فللمصرف بيع البضاعة باتباع طرق التنفيذ على الأشياء المرهونة رهنًا تجاريًا".^{٣٥٠}

ويبدو جلياً في هذا المقام الفرق بين ما يكون للمالك وما لدائنه المرتهن من حقوق على الشيء، ذلك أن قوام حق المالك هو حق عيني أصلي على البضاعة، أما حق الرهن الذي يقوم للمصرف على البضاعة فليس إلا حقاً عينياً تبعياً. ومنتهى هذا الفرق هو أن " الحقوق الأصلية قائمة بذاتها لا تحتاج في قيامها إلى شخص آخر تستند إليه، وهي حقوق يغلب فيها الدوام، بل إن حق الملكية وهو الحق الذي تنفرع عنه كل الحقوق الأصلية هو حق دائم لا يزول. أما الحقوق التبعية فلا تقوم بذاتها، بل تستند في قيامها إلى حق شخصي تضمن وفاءه، ومن أجل هذا دعت بالتأمينات العينية. وهي حقوق مؤقتة تزول بزوال الدين الذي تكفله، فالديون لا يجوز تأبيدها. وتتميز الحقوق التبعية أخيراً بأنها تخول صاحبها حق التقدم والتتبع، وهذان لا يظهران في الحقوق الأصلية بالوضوح الذي نراه في الحقوق التبعية".^{٣٥١} فيضمن المصرف بناءً على هذا الرهن استرداد حقوقه الناجمة عن عقد الاعتماد مع العميل الأمر بحيازة المستندات، التي تمثل رهنًا في هذه الحالة، فضلاً عن ضمانات أخرى قد يشترطها المصرف على عميله. فالبضاعة محل عقد البيع والثلث المقابل لها يمران عبر البنك كوسيط بين

^{٣٤٩} نجوى أبو الخير، البنك والمصالح المتعارضة في الاعتماد المستندي - دراسة للقضاء والفقه المقارن، القاهرة، سنة ١٩٩٣، ص ٣٨٠. انظر أيضاً : د. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المصرفية وضماناتها، دار النهضة العربية، جمهورية مصر العربية، سنة ١٩٩٤، ص ١٨٣ وما بعدها.

^{٣٥٠} د. محيي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ١١٠٥.

^{٣٥١} المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري. نقلاً عن د. عبدالرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، منشأة المعارف بالإسكندرية، الجزء الثامن ص ١٩٧-١٩٨.

طرفي العقد، فهو يدفع الثمن للمستفيد ويحوز البضاعة، ثم يقوم في مرحلة لاحقة باسترداد هذا الثمن من العميل الأمر نظير نقل حيازة البضاعة.

على أن البنك في عملية الاعتماد المستندي بموجب هذا الرهن يضحى خلفاً خاصاً للمشتري، فالمرتهن لدين خلف لصاحب هذا الدين الذي رهنه.^{٣٥٢} وهذا الاستخلاف الخاص الذي تواتر الفقه على اعتباره استثناءً أصيلاً على مبدأ نسبية أثر العقد، يجعل من انتقال ملكية الشيء للخلف مفضياً إلى أن تؤول له كافة الدفوع الناجمة عن عقد ما، والتي تكون من حيث الأصل لسلفه، على اعتبار أن انتقال الحق يتبعه انتقال ما لحق به وما كان من مستلزماته، ويبرر ذلك بأن الحقوق المكملّة للشيء إنما هي في الواقع من الأمر تعتبر من توابع الشيء، والتابع ينتقل مع الأصل.^{٣٥٣} ومن ذلك بطبيعة الحال الدعاوى التي تقوم للخلف في مواجهة البائع، حيث تعتبر تأميناً للشيء يحفظه ويقويه، ومثل هذه الدعاوى، دعوى ضمان الشيء وضمان استحقاقه أو ضمان أية عيب فيه. فالبائع للشيء ينقل مع الشيء إلى المشتري حقه في الضمان عليه.^{٣٥٤}

وتظهر الحاجة هنا لتبيين الحقوق والالتزامات التي تتولد عن عقد البيع الذي ينشأ بين العميل الأمر والمستفيد، ومن ذلك ما يتولد عن عقد البيع من التزام على عاتق المستفيد بنقل البضاعة، وضمان تسليمها وحيازتها هادئة للعميل، ومن ثم ضمان عدم التعرض له، وتمكينه من الإنتفاع بملكيتها واستعمالها على النحو الذي خصصت له، وأخيراً ضمان أية عيب خفي قد يظهر للمشتري بعد تمام عملية البيع.^{٣٥٥} إن هذه الالتزامات الناجمة عن العقد المبرم بين العميل الأمر بصفته مشترٍ وبين المستفيد بصفته بائعاً في هذا العقد، لا تخرج عن النظرية العامة المنظمة لعقود البيع بشكل عام وإن اتخذ مثل هذا العقد طابعاً دولياً.

وبطبيعة الحال فإن البنك لن يتخلى عن حيازة هذه البضاعة قبل تحصيل حقه كاملاً من العميل الأمر، بما في ذلك قيمة العمولة والفائدة المستحقة عنها. وعليه فإن المصرف لن يكتفي بمجرد الحق في حبس البضائع أو الدفع بعدم تنفيذ العقد على النحو الذي يقيم له القانون المدني الحق في ذلك،

^{٣٥٢} د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٤٤٤.

^{٣٥٣} د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٤٤٣ وما بعدها.

^{٣٥٤} د. عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد - الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٧٤٥ وما بعدها.

^{٣٥٥} انظر في هذا المعنى : خالد أحمد عبدالحميد، فسخ عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفني، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٢.

لأن مثل هذا الأمر قد لا يفضي إلى نتيجة مع عميل ليس في نيته الحصول على البضاعة، أو المضي في عقد البيع، لا سيما حين لا يجد أنه من الممكن الوقوف على حال البضائع وبحث جودتها.

ويلاحظ أن القانون البحريني لا يشترط الاتفاق المسبق على الرهن بين العميل الأمر والمصرف، وقد يكون ذلك إعمالاً للقواعد العامة المتعلقة بإثبات المعاملات التجارية وعدم اشتراط ورودها في صيغة مكتوبة، وذلك بخلاف رهن المنقول في المعاملات المدنية والذي يشترط لإثباته أن يكون بموجب ورقة ثابتة التاريخ.^{٣٥٦} ويظهر ذلك من نص المادة (١٣٩) من قانون التجارة البحريني التي لم تشترط لنفاذ الرهن التجاري أن يكون في صيغة مكتوبة، أو ضرورة وروده في ورقة ثابتة التاريخ، بل أجازت إثباته بكافة طرق الإثبات المقبولة في المواد التجارية غير أن هذا الأمر هو الآخر يثير العديد من الصعوبات في الواقع العملي منها أن عقد الاعتماد بين العميل الأمر والمصرف يتم إبرامه بناء على تقديم طلب غالباً ما يكون وفقاً لنموذج معد مسبقاً من قبل المصرف، ويتم في مرحلة لاحقة إضافة بيانات العميل والبيانات الأخرى المتعلقة بالبضاعة والعمولة المستحقة للمصرف في عقد يتم التوقيع عليه من قبلهما.^{٣٥٧}

وبطبيعة الحال فإن هذا الطلب أو العقد لا يعدو عن كونه محرراً عرفياً لا يمثل رهناً تجارياً قابلاً للتنفيذ الجبري مباشرة دون الحاجة لرفع دعوى قضائية مبتدأة لإثبات الحق أو وجود الرهن التجاري، بما يعني أن ضرورة إفراغ الرهن التجاري في صورة عقد رهن تجاري يعدّ أمراً لازماً للإفادة عملياً منه كسند تنفيذي،^{٣٥٨} كيما يتم تنفيذ هذا العقد مباشرة فيما بعد، وذلك بالاستناد لنص المادة (٢٤٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية التي تجيز تنفيذ المحررات الموثقة، والتي نصت على أن : " تختص محاكم التنفيذ بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ويجرى التنفيذ تحت إشراف قاضى محكمة التنفيذ ورقابته وذلك ما لم ينص القانون على غير

^{٣٥٦} مصطفى كمال طه، العقود التجارية، المرجع السابق، ص ٥١.

^{٣٥٧} علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية الدولية، المرجع السابق، ص ٥٩.

^{٣٥٨} " على الرغم من ذلك فإن اعتبار المحررات الموثقة سنداً تنفيذية تقبل التنفيذ بذاتها، لا يعني أن هذه السندات تكون بمنأى عن المنازعة. فالحجية لا تكون إلا للأحكام القضائية، ولذا يجوز للمدين أن يلجأ إلى القضاء ويطعن على المحرر الموثق بما يراه، كما يجوز للدائن الذي بيده محرر موثق أن يلجأ إلى القضاء ليستصدر حكماً بحقه الثابت بالمحرر"، د. يوسف الأكياي و د. طه عبدالمولى، سلسلة الدليل القضائي - الجزء الثامن، وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف ومعهد الدراسات القضائية والقانونية، مملكة البحرين، ٢٠٠٦، ص ١٦.

ذلك. ويجوز التنفيذ بموجب المحررات الموثقة ومحاضر الصلح التي تصدق عليها المحاكم والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة " ٣٥٩

ولكن يثور السؤال فيما إذا كان باستطاعة البنك أن يلجأ إلى إبرام عقد رهن موثق ومعطى للصيغة التنفيذية على البضائع مع البائع وذلك لتفادي إجراءات التنفيذ المتبعة. وهو الذي يترتب عليه اعتبار هذا الرهن سنداً تنفيذياً قابلاً للتنفيذ الجبري مباشرة، وبمجرد تخلف العميل الأمر عن الدفع، دون أن يضطر إلى إقامة دعوى قضائية لإثبات وجود الرهن، وقبل التمكن لاحقاً من التنفيذ على البضاعة، ولكن بموجب الحكم القضائي الصادر وليس بموجب عقد الرهن التجاري كسند تنفيذي قائم بذاته. وتتمثل حاجة البنك إلى الرهن التجاري على البضاعة في تقرير حصوله على الأولوية على ثمن البضائع دون مزاحمة الدائنين العاديين له أو الدائنين التاليين له في المرتبة وتتبع الشيء المرهون في أي يد يكون. ٣٦٠

فإذا كان معلوماً أن انتقال الملكية في المنقول يتم فور تمام العقد إذا كان المبيع معيناً بذاته، وبالإفراز إذا كان المبيع معيناً بنوعه. فعقد البيع الأصلي هو الذي ينقل الملكية في المبيع المعين بذاته، وذلك بخلاف المبيع المعين بنوعه والذي يجب أن يتم فرزه ليتعين بذاته بما ينقل ملكيته، ٣٦١ ولما كان رهن المال حياة هو بمثابة التصرف فيه، وكان لا بد أن يكون المتصرف مالكا للمال المتصرف فيه، فإن القول هو بأحقية البنك والعميل الأمر في إبرام عقد الرهن التجاري، والذي من الممكن أن يذيل بدوره بالصيغة التنفيذية التي يصبح معها سنداً تنفيذياً. ٣٦٢ على أن القانون البحريني يشترط آلية معينة لاستحصال الثمن في النصوص الخاصة بالرهن التجاري، حيث أن مقتضى نص

٣٥٩ انظر في شرح هذه المادة : د. محمد وليد المصري، أصول التنفيذ الجبري في التشريع البحريني، مطبعة جامعة البحرين، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٥، ص ٩٤.

٣٦٠ نصت المادة (٥/١٤٤) من قانون التجارة البحريني على أن : " ويستوفي الدائن المرتهن بطريق الامتياز دينه من أصل وفوائد ومصاريف من الثمن الناتج من البيع". والحق الممتاز يتقدم على غيره من الحقوق ولو نشأ في وقت لاحق على الحق غير الممتاز، وهذا الامتياز يلحق بالحق وليس الدائن، وذلك لأن الامتياز يرجع إلى طبيعة الحق. كما أن الحق الممتاز يختص بأنه حق عيني يجيز لصاحبه التتبع والتقدم. راجع في ذات المعنى : أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني - الجزء السادس، دار الكتب القانونية، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٧، ص ٨٥١.

٣٦١ راجع في ذلك د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - حق الملكية، منشأة المعارف بالاسكندرية، سنة ٢٠٠٤، ص ٣٢١ وما بعدها.

٣٦٢ د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف بالاسكندرية، سنة ٢٠٠٤، ص ٥٨٨.

المادة (١٤٤) من قانون التجارة البحريني هو أن البنك لن يتسنى له تملك البضاعة أو التنفيذ عليها مباشرة بموجب أية نص على رهن البضاعة ببند خاص في العقد المبرم بينه وبين العميل الأمر، إذ لا بدّ للبنك من إخطار العميل أولاً قبل مدة زمنية حددها بخمسة أيام يستطيع من بعدها الدائن المرتهن اللجوء إلى المحكمة الكبرى عن طريق تقديم عريضة طلباً لبيع البضاعة.^{٣٦٣} وهنا فإن تقرير الرهن لن يكون ذو فائدة عملية بالنسبة للبنك إلا فيما يتعلق بألوية الحصول على قيمة البضائع، دون أن ينسحب ذلك على الفائدة في التنفيذ المباشر وسرعة استحصال الثمن باللجوء إلى محاكم التنفيذ مباشرة.

على أن البعض من الفقه قد ذهب إلى جواز التنفيذ مباشرة على البضاعة من قبل البنك عند اتفاق كلا الطرفين على اعتبار الدين مستحقاً بتمام التنبيه أو عدم الدفع خلال مدة معينة والسماح للبنك عند تحقق ذلك باللجوء مباشرة إلى محاكم التنفيذ، ولكن بشرط إبرام عقد الرهن بصورة موثقة حتى يحوز الصيغة التنفيذية التي تتيح له اللجوء لمحاكم التنفيذ مباشرة.^{٣٦٤} وهذا الرأي محل نظر لأن نص المادة (١٤٤) قد جاء قاطعاً ببطلان كل اتفاق يعطي الدائن المرتهن الحق في تملك الشيء المرهون أو بيعه دون مراعاة الإجراءات المنصوص عليها قانوناً. وهذه الإجراءات إنما رسمها المشرع لضمان التوازن بين حقوق كل من الدائن المرتهن والمدين الراهن^{٣٦٥}.

وبخلاف القانون البحريني، فإن المشرع الفرنسي لا يفترض الرهن التجاري على البضائع محل عقد الاعتماد، بل استوجب الاتفاق المسبق بين العميل الأمر والبنك على مثل هذا الرهن، حتى وإن كان القضاء الفرنسي قد درج على تسهيل مهمة إثبات وجود مثل هذا الاتفاق كما هو الحال في القانون

^{٣٦٣} تنص المادة (١٤٤) من قانون التجارة البحريني على أنه : ١- إذا لم يدفع الدين المضمون بالرهن في ميعاد استحقاقه كان للدائن المرتهن بعد انقضاء خمسة أيام من تاريخ التنبيه على المدين بالوفاء أن يطلب بعريضة تقدم إلى رئيس المحكمة الكبرى المدنية أو من يندبه من وكلاء المحكمة لهذا الشأن الأمر ببيع الشيء المرهون كله أو بعضه.

٢- لا يجوز تنفيذ الأمر الصادر من رئيس المحكمة الكبرى المدنية أو من يندبه من وكلاء المحكمة لهذا الشأن ببيع الشيء المرهون إلا بعد انقضاء خمسة أيام من تاريخ إبلاغه إلى المدين أو الكفيل العيني إن وجد مع بيان المكان الذي يجري فيه البيع وتاريخه، وبشرط عدم تظلم من صدر ضده الأمر خلال الميعاد المذكور.

٣- يكون لمن صدر ضده الأمر التظلم منه خلال خمسة أيام من إعلانه به، ويكون الحكم الصادر في التظلم غير قابل لأي طعن.

٤- ويجري البيع في الزمان والمكان اللذين يعينهما رئيس المحكمة الكبرى المدنية أو من يندبه من وكلاء المحكمة لهذا الشأن وبالمزاد العلني وفقاً للإجراءات التي يعينها القاضي الأمر.

٥- ويستوفي الدائن المرتهن بطريق الامتياز دينه من أصل وفوائد ومصاريف من الثمن الناتج من البيع".

^{٣٦٤} د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٩١.

^{٣٦٥} مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٥٧.

البحريني، وأقام افتراضات كثيرة في سبيل ذلك، منها على سبيل المثال: اعتبار تظهير المستفيد لسند الشحن لصالح المصرف بمثابة رهن تجاري للأخير على المستندات، حيث اعتبرت المحاكم الفرنسية أن مثل هذا التظهير لا يفهم منه إرادة التملك؛ لأن المصرف لا يملك البضاعة، فهذا التظهير إنما كان المقصود منه تمكين المصرف من حيازة البضاعة وهي حيازة لا تكون إلا على سبيل الرهن.^{٣٦٦}

ويخالف الموقف المتقدم موقف المشرع البريطاني الذي استلزم أن يرد الاتفاق على الرهن صريحاً في عقد فتح الاعتماد المستندي، والذي ينشئ تأميناً عينياً لصالح المصرف على المستندات الممثلة للبضاعة.^{٣٦٧} ومثل هذا الرهن سيقم للمصرف في مرحلة لاحقة حقاً في حبس البضاعة، وبيعها استرداداً لما يكون قد وفاه من ثمن للمستفيد، فضلاً عما استحقه من عمولة وفائدة نظير هذه العملية التجارية.^{٣٦٨}

ويلاحظ أن القوانين المتقدمة وإن اختلفت في تنظيم فكرة الرهن على هذه المستندات والبضائع الممثلة لها، إلا أنها اتفقت في مسألة أخرى وهي المسألة المتعلقة بالحيازة. فحيازة الصك - وفي هذا الفرض سند الشحن وباقي المستندات الممثلة للبضاعة - تقيم الدليل على الحيازة المشروعة للبضائع. فنصت المادة (١٣٧) من القانون التجاري البحريني المنظم لقواعد الرهن التجاري على أنه :

"١- يشترط لنفاذ الرهن في حق الغير أن تنتقل حيازة المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى عدل يعينه المتعاقدان وأن يبقى المرهون في حيازة من تسلمه منهما حتى انقضاء الرهن.

٢- ويعتبر الدائن المرتهن أو العدل حائزاً للمرهون:

(أ) إذا وضع تحت تصرفه بكيفية تحمل الغير على الاعتقاد أن الشيء أصبح في حراسته.

(ب) إذا تسلم صكاً يمثل المرهون ويعطي حائزه دون غيره حق تسلمه".^{٣٦٩}

^{٣٦٦} هامل، محاضرات في القانون البحري، باريس ١٩٥٢، ص ٤٤٠، عن د. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية - دراسة قانونية للأعراف الدولية والقضاء المقارن، مكتبة النهضة العربي، سنة ١٩٨١، ص ٨٤.

^{٣٦٧} علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٨٤، ولم تتم الإشارة إلى المرجع المنقول عنه.

^{٣٦٨} د. عبدالحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ٢٣٦.

^{٣٦٩} انظر في ذلك : إبراهيم سيد أحمد ورائدا محمد جادو، الالتزامات والعقود التجارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠١٠، ص ٩٦.

و يظهر هنا أن البنك لا يحوز البضاعة التي تظل بحوزة الناقل، بل يحوز (الصكوك) الممثلة لها وهذه الحيابة لا تقوم للبنك بناء على كونه مالكا، بل بناء على كونه حائزاً شرعياً لها بطريق الرهن، حتى ولو ظلت البضاعة فعلياً في حيازة ناقلها. " ويلاحظ ابتداء أن حيازة البضاعة مسألة منفصلة عن ملكيتها، وأن أساسها هو التزام من يحوز البضاعة بردها إلى حائزها القانوني فيما بعد. فالمودع والمقرض والراهن إذا عهدوا بالشيء إلى شخص من الغير يعتبرون حائزين للشيء قانوناً ولهم المطالبة برده؛ لا لأنهم مالكوه، وإنما لأنهم دائنون للحائز المادي باسترداده، ويكون على الحائز المادي أن يرد الشيء إلى الحائز القانوني دون أن يناقشه في ملكيته للشيء".^{٣٧٠}

وهذه الحيازة هي التي تعطي للبنك صفته على المستندات، فإذا تخلى عنها فإن ذلك يحمل على نزوله عن حقه في ذمة العميل الأمر، ذلك أن المادة (٣/١٣٥) من قانون التجارة البحريني قد نصت على أن : " تنتقل حيازة الحقوق بتسليم الصكوك الثانية فيها، وإذا كان الصك مودعاً عند الغير اعتبر تسليم إيصال الإيداع بمثابة تسليم الصك ذاته بشرط أن يكون الصك معيناً في الإيصال تعييناً نافياً للجهالة وأن يرضى المودع عنده بحيازة الصك لحساب الدائن المرتهن. وفي هذه الحالة يعتبر المودع عنده أنه قد تخلى عن كل حق له في حبس الصك لحساب بسبب سابق على الرهن ما لم يكن قد احتفظ بهذا الحق عند قبوله حيازة الصك لحساب الدائن المرتهن".

ويلاحظ من النص المتقدم أن النظام المتعلق بحيازة البنك للمستندات يرتبط إلى حد بعيد بفكرة السيطرة المادية على الشيء، أو على الصكوك الممثلة له. وتقوم هذه السيطرة على أسباب لا بد أن تكون - بطبيعة الحال - قانونية كيما تؤدي أكلها بالنسبة للمرتهن؛ من باب أن القانون قد رخص للراهن مثل هذا الحق من حيث الأصل. وهنا فإن المصرف لا يملك البضاعة، بل يظل مرتهنأ لها، طالما أن الدين في ذمة عميله الأمر لم يتم سداؤه بعد. وهذا التأصيل المتقدم قد جعل دور البنك اللاحق على عقد البيع بين البائع والمشتري محدوداً إلى درجة اعتباره غيراً عنه، وهو بدوره ما دفع الكثير من الباحثين إلى القول بأنه لا يجوز للبنك أن يقيم دعوى أصلية بالضمان في مواجهة البائع، إذا ما اكتشف في مرحلة لاحقة من تسلم البضاعة أنها لم تكن بالجودة المتفق عليها، أو أنها كانت ناقصة على سبيل المثال، تأسيساً على أن البنك ليس في مركز المتعاقد أو الخلف الخاص لأحد المتعاقدين.^{٣٧١}

^{٣٧٠} علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٨٧.

^{٣٧١} منهم جورجيت صبحي، المرجع السابق ص ١٧٤.

ويظهر أن الحفاظ على حق المصرف في مواجهة عميله الأمر كان الدافع الأساس للمشرعين - ومنهم البحريني - لدى تنظيمهم لحق البنك في رهن البضائع، دون أن تتسحب تلك الحماية للعميل في مواجهة المستفيد؛ افتراضاً منهم بأن مثل هذا الحق إنما تنظمه التشريعات المدنية أو التجارية، نظراً لأن عقد البيع لا يمثل صورة خاصة من التعاقد في هذا الفرض، على الرغم من أن الفشل في تنفيذ العقد قد يرجع في بعض الأحيان لسلوك المستفيد وليس إلى العميل الأمر. فقد يرفض العميل الأمر تسلم البضاعة أو أداء ثمنها للبنك حين يكتشف أنها لم تكن بالجودة المتفق عليها مع المستفيد في عقد البيع الأصلي، أو أن يعترض العميل على طريقة مطابقة البنك للمستندات، لا سيما في ظل وجود مزاعم بوجود غش في تنفيذ العقد أو أحد الدفوع الأخرى التي سبق تناولها في المبحث الثاني من الفصل الأول.

ويبدو أن فكرة الرهن هنا قد ساهمت في الحدّ من دور المصرف بالنسبة لتحصيل ثمن البضاعة، لأنه لا يكون معنياً بتنفيذ عقد البيع على اعتبار أن الفكرة السائدة هي أن المصرف لا يعدّ طرفاً فيه كما سبق القول. وعليه فإن المصرف يسعى لتنفيذ عقد الاعتماد من أجل استرداد حقه في العمولة والفوائد فقط، واللذان تترصدان في ذمة العميل المشتري لا المستفيد البائع، على الرغم من أن الخلل في التنفيذ - كما سبق القول - قد يعود للمستفيد من عقد الاعتماد. فيجد البنك أن إقامة دعوى بالضمان لا تعنيه حتى مع مخالفة البضاعة للشروط الواردة في عقد البيع، طالما أن ثمنها على الحال التي هي عليه يغطي كافة حقوقه، وأن المستندات قد جاءت صحيحة ومطابقة، على الرغم من أن ذلك قد يوقع ضرراً بالعميل الأمر جراء التنفيذ على بضاعة مخالفة لشروط عقد البيع، وقد لا تساوي الثمن المتفق عليه.

ويظهر بذلك أن تأسيس سلطة المصرف على البضائع باعتباره دائناً مرتبهاً للمستندات الممثلة للبضائع، يحمل شيئاً من الإجحاف بحق المصرف هو الآخر؛ ذلك أن سلطة البنك على البضائع ليست مباشرة على الشيء، حيث أن حق البنك في التنفيذ لا بدّ أن يتم وفقاً للإجراءات المعتمدة في التنفيذ، فضلاً عن أن هذه الإجراءات سوف تتم في مواجهة العميل الأمر فقط دون أن تتسحب على المستفيد البائع. وقد يقال: بأن البائع إنما يستفيد من تعهد غير مشروط من قبل البنك بأداء قيمة معينة في حال تقديمه لمستندات محددة، ولكن هذا يعني أن حق البنك إزاء هذا المستفيد في ذات الوقت غير متصور فيما يلحق الرهن من حقوق، ومن ذلك الرخص التي يجيزها القانون في سبيل الحفاظ على الشيء المرهون، ومنها على سبيل المثال لا الحصر الحق في إقامة دعوى الضمان. إن الموقف

المتقدّم سينتهي بنا إلى رفض مثل هذه الرخص المقررة للبنك على الرغم من تقريرها قانوناً للدائن المرتهن بوصفه خلفاً خاصاً لمدينه.^{٣٧٢}

ذلك أن قانون التجارة البحريني في المادة (١٤٢) ولدى تنظيمه لقواعد الرهن التجاري قد أوجب على الدائن المرتهن أن يباشر الأعمال اللازمة للمحافظة على المرهون، وأن يستعمل لحساب الراهن جميع الحقوق المتعلقة بالشيء محل الرهن، بما في ذلك قبض قيمته وأرباحه وفوائده وغير ذلك من المبالغ الناتجة منه، على أن يستتزل ما قبضه من المصاريف ثم الفوائد ثم أصل الدين المضمون بالرهن، ما لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على غير ذلك.^{٣٧٣}

والواضح من نص المادة المشار لها بعاليه، أنها لم تضع الخيار بيد الراهن بالمحافظة على المرهون من عدمه، بل أوجبت عليه ذلك، إلى الحدّ الذي يحقّ القول: أن إخفاق البنك في المحافظة على البضائع أو اتخاذ ما يلزم لحفظ حق المشتري بقيّض للأخير مطالبة البنك بالتعويض عما يلحق به من خسارة أو ما يفوته من كسب.^{٣٧٤} وموقف المشرع قويمٌ إلى حدّ ما؛ لأن ترك الخيار للبنك بالمحافظة على الشيء من عدمه يحمل تقويضاً لحق العميل، الذي قد لا يسعه الحفاظ على البضاعة لعدم حيازته للمستندات أو البضاعة في ذاتها. وتشمل الحقوق المشار إليها في النص المتقدم بالضرورة الحق في إقامة الدعوى. ويشمل ذلك أية دعوى تحفظ حق الراهن أو المرتهن على الشيء المرهون، ومنها بطبيعة الحال الحق في إقامة دعوى ضمان للعيوب الخفية التي قد تظهر في الشيء محل الرهن، وفي هذا المقام البضائع محل عقد البيع.

ونصت على هذا الالتزام المادة (٣٥) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع بقولها: "١-يسأل البائع، وفقاً لشروط العقد وأحكام هذه الاتفاقية، عن كل عيب في المطابقة يوجد

^{٣٧٢} للمزيد عن واجبات الدائن المرتهن : مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٥٥.

^{٣٧٣} نصت المادة (١٤٢) من قانون التجارة البحريني على أن : " على الدائن المرتهن أن يباشر الأعمال اللازمة للمحافظة على المرهون وعليه أن يستعمل لحساب المدين جميع الحقوق المتعلقة بالمرهون وأن يقبض قيمته وأرباحه وفوائده وغير ذلك من المبالغ الناتجة منه على أن يستتزل ما قبضه من المصاريف ثم الفوائد ثم أصل الدين المضمون بالرهن ما لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على غير ذلك".

^{٣٧٤} ومردّ ذلك هو أن الدائن المرتهن يتعهد بالتزامات أربعة والتي تتمثل في المحافظة على الشيء المرهون واستثماره وإدارته وأخيراً رده إلى الراهن بعد استيفاء كامل حقه، فإذا أخفق في أحدها فإن ذلك يعتبر خطأ في تنفيذ التزاماته التعاقدية الناتجة عن ارتهاه الشيء، وبالتالي إثارة مسؤوليته المدنية، راجع في بحث هذه الالتزامات : د. عبدالرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص ٦٢٩ وما بعدها.

وقت انتقال التبعة إلى المشتري، وإن لم يظهر هذا العيب إلا في وقت لاحق. ٢- وكذلك يسأل البائع عن كل عيب في المطابقة يحدث بعد الوقت المشار إليه في الفقرة السابقة، وينسب إلى عدم تنفيذ أي من التزاماته، بما في ذلك الإخلال بأي ضمان يقضي ببقاء البضائع خلال مدة معينة صالحة للاستعمال العادي أو للاستعمال الخاص، أو محتفظة بصفاتها أو بخصائصها".^{٣٧٥}

ويقابلها نص المادة (٤١٥) من القانون المدني البحريني و التي تناولت حق المشتري في إقامة دعوى الضمان إذا كان بالمبيع وقت التسليم عيب ينقص من قيمته أو من نفعه، بحسب الغاية المقصودة منه وفقاً لما هو مبين في العقد، أو مما هو ظاهر من طبيعة المبيع، أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده.^{٣٧٦}

كما نصت المادة (٣٩) من ذات الاتفاقية المشار لها بعاليه على أن :

" ١- يفقد المشتري حق التمسك بالعيب في مطابقة البضائع إذا لم يخطر البائع محدداً طبيعة العيب خلال فترة معقولة من اللحظة التي اكتشف فيها العيب أو كان من واجبه اكتشافه. ٢- وفي جميع الأحوال، يفقد المشتري حق التمسك بالعيب في المطابقة إذا لم يخطر البائع بذلك خلال فترة أقصاها سنتان من تاريخ تسلم المشتري البضائع فعلاً، إلا إذا كانت هذه المدة لا تتفق مع مدة الضمان التي نص عليها العقد".

وهو ما نظمته المادة (٤٢٣) من القانون المدني البحريني بإيرادها مدة تقادم لدعوى الضمان وهي سنة من تسلم المبيع، حتى لو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد مضي السنة، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول، أو أن يثبت المشتري أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه.

وتثير النصوص المتقدمة أمرين في غاية الأهمية:

أولهما : أن القول بعدم جواز تمتع البنك بالدفوع المقررة لطرفي عقد البيع هو أمر لم يعد متصوراً؛ لأن الواضح من نصوص المواد المتقدمة أن المشرع لم يقر الحق للبنك بإقامة الدعوى فقط، بل أوجب عليه ذلك باعتباره خلفاً خاصاً للعميل الأمر، ومن باب حفظ الشيء المرهون لكلا طرفي عقد الرهن. فالحياة ليست بيد المدين، وكثيراً ما يكون عاجزاً عن حفظ البضاعة، وفي جعل الخيار للراهن في حفظها من عدمه قد يدفع الأخير للتراخي في اتخاذ ما يلزم من سبل المحافظة عليه، لا

^{٣٧٥} انظر في شرح هذه المادة : خالد أحمد عبد الحميد، المرجع السابق، ص ١٣٥.

^{٣٧٦} د. عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد - الجزء الثاني، المرجع السابق ، ص ٧٤٥ وما بعدها.

سيما في الحال التي يكون فيها ضامناً أن قيمة المرهون على الحال التي يكون عليه تغطي قيمة الدين المستحق في ذمة العميل.

أما الأمر الآخر فهو: أن المشرع حين نظم المسائل المتعلقة بضمان العيب في المبيع، قد جعل من هذا الحق مؤقتاً حتى لا يظل البائع مهدداً بمثل هذه الدعوى، وبما يجعل من المتعذر استقرار الحقوق والمراكز القانونية بالتبعية، وهذه المدة هي عامين من تاريخ التسليم وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولية، وسنة واحدة للعقود المحلية التي تخضع للقانون المدني، ولذلك فإن فوات المدة المنصوص عليها دون أن يقوم البنك بمثل هذا الإجراء باعتبار تمام التسليم له بكونه حائزاً شرعياً للبضائع عن طريق حيازة صكوكها، إنما يقيم الحق للعميل الأمر بمقاضاة البنك لفوات الفرصة بما يتضمنه ذلك من تعويض الخسارة وفوات الكسب. وإذا كانت محكمة التمييز بمملكة البحرين قد انتهت إلى أن: " العلم المسقط لضمان العيب هو العلم الحقيقي دون الافتراضي"،^{٣٧٧} فإن هذا الحق يسقط في كل الأحوال بمضي المدة المنصوص عليها في المواد المتقدمة.

وتظهر الفكرة القائلة بعدم جواز رفع البنك لدعوى قضائية ضماناً لعيوب خفية قد توجد في البضاعة محل عقد البيع الأصلي ارتباطاً بمبدأ نسبية أثر العقد إلى حد كبير. حيث تحدّ هذه النظرية من نفاذ أثر العقد إلى الغير، لكونها مرتبطة بفكرة الإرادة في تكوينه من حيث الأصل، وبالتالي فإن من لم يساهم بإرادته في تكوين ذلك العقد لن يستفيد تبعاً لذلك من الأثر القانوني الناجم عنه، والذي سيظل مقصوراً على أطراف هذا العقد، يفادون أو يضارون منه.^{٣٧٨}

وبذلك فإن القول بجواز تصدي المصرف لدعوى الضمان بصفته خلفاً خاصاً للعميل، يصطدم مع القواعد المدنية التي لا تجيز الخيرة بين المسؤوليتين؛ ذلك أن المصرف - في هذه الحالة - سيجد أنه على الخيار، فهو إما أن يلجأ لإقامة دعوى عقدية بكونه خلفاً خاصاً للمشتري بموجب الرهن وملزم بحفظ المرهون، فتنتقل إليه الدعوى بانتقال الحق أو الشيء، فيكون الحق في إقامة دعوى الضمان بكونها من ملحقات البضاعة المبيعة، أو أن يقوم بالرجوع على البائع بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية، باعتبار أن الإخلال بالعقد الذي يبرمه الراهن مع الغير يمثل خطأ تقصيرياً في ذات الوقت؛ نظراً لأن البنك لم يتعاقد مع الأخير، ولم يساهم بإرادته في إبرام عقد البيع الأصلي، بخلاف الحال مع

^{٣٧٧} الطعن رقم ٣٠٨ و ٣٠٩ لسنة ٢٠٠٦، جلسة ٢٠٠٧/٢/٥، مجموعة أحكام السنة الثامنة عشرة.

^{٣٧٨} عبدالمنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص ٦٧.

البائع والمشتري، وهذا يعني أن آثار عقد البيع لن تنصرف إليه.^{٣٧٩} ومعالجة الموقف القانوني المتقدم واضحة لدى العديد من الفقهاء، فمتى اجتمع ضرران، تقصيري وعقدي، فإن الدعوى العقدية تقدّم على التقصيرية. ولذلك فإن للمحكمة أن تتصدى من تلقاء نفسها لهذا الأمر، فتقوم بتغيير نوع المسؤولية دون أن يعتبر ذلك من قبيل تغيير سبب الدعوى.^{٣٨٠} وانتهى بذلك جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز الجميع بين المسؤوليتين على نحو يتيح تكرار التعويض أو تداخل قواعد كل من المسؤوليتين، فلا يجوز للمضروب أن يجمع بين قواعد المسؤوليتين، لخضوع كلاهما إلى تنظيم قانوني مستقل، فالمسؤولية العقدية تحكم علاقات المتعاقدين فيما بينهم، في الوقت الذي تحكم المسؤولية التقصيرية العلاقات بين الأغيار.^{٣٨١}

وتلقي هذه النزعة المدنية بظلالها على العلاقات التعاقدية في عملية الاعتماد المستندي، دون أن تتقهم الطابع التجاري الذي تقوم عليه هذه العقود، والذي يفرض نوعاً من التداخل فيما بينها. وهذا الطابع يتطلب بالضرورة أن تكون هذه العلاقات التجارية مدعاة لفرض نمط خاص من التعاقد، لا يتقيد بالضوابط المدنية التي تحد من آثار العقود بما لا يمكن للغير معه أن يتلقى أثراً أو يلزم بأثر.

ويمكن الإشارة في هذا السياق إلى التطور التاريخي الذي شهدته المحاكم الفرنسية فيما يتعلق بعلاقة المنتج والمستهلك على سبيل المثال، إذ تبين أن المحاكم الفرنسية ومنذ العام (١٩٧٣) قد نحت لاعتبار المستهلك خلفاً خاصاً لمشتري، وأن مسؤولية المنتج في مواجهة المستهلك هي بالضرورة مسؤولية عقدية. وفي ذلك الوقت كان هذا الاتجاه أمراً جديداً؛ إذ أن المحاكم درجت على اعتبار مسؤولية المنتج في مواجهة المستهلك بمثابة مسؤولية تقصيرية لانعدام العقد بينهما.^{٣٨٢}

^{٣٧٩} " لا شك في أنه لا يجوز للدائن أن يجمع بين المسؤوليتين ليحاسب المدين بكلتيهما وأن يحصل منه على تعويض الضرر الواحد مرتين لأن حكمة تشريع المسؤولية جبر الضرر فحسب، فلا يجوز للمضروب أن يثري على حساب المسؤول بأن يتقاضاه أكثر مما يلزم لجبر الضرر، ولا يصح إلزام المسؤول إلا بتعويض واحد يقدر بقدر الضرر الذي تسبب فيه". سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، معهد البحوث والدراسات العربية، سنة ١٩٧١، ص ٥٨.

^{٣٨٠} السيد عبدالوهاب عرفة، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه وقضاء النقض، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الجزء الثاني، ص ٢٩. وهذا ما انتهت له محكمة التمييز بمملكة البحرين بقولها: " أن تكليف الدعوى وإعطائها وصفها الحق. العبرة فيه بحقيقة المقصود من الطلبات لا بالألفاظ التي صيغت بها هذه الطلبات. عدم تقيد المحكمة في ذلك بتكليف الخصوم " الطعن رقم ١٥٧ لسنة ٢٠٠٢ - جلسة ٢٠٠٣/٣/١٠.

^{٣٨١} عز الدين الديناصورى وعبدالحاميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء - الجزء الأول، سنة ٢٠٠٤، منشأة المعارف بالاسكندرية، ص ٢٣.

^{٣٨٢} د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

وقد لاحظ بعض الفقه عند مراجعة القرارات القضائية، أن القضاء الفرنسي أعطى للمشتري الأخير في حالة تعدد البيوع دعوى مباشرة بالعيب الخفي في مواجهة البائع؛ وذلك على أساس أن هذه الدعوى هي من ملحقات الشيء فتنتقل بانتقاله، وفي الوقت ذاته يعتبر القضاء أن إخلال البائع الأصلي بضمان المبيع يمثل خطأ تقصيرياً في مواجهة المشتري الأخير، نظراً لعدم التعاقد بينهما من هنا يتمتع هذا المشتري بالخيار فله أن يقيم دعوى عقدية على البائع الأصلي باعتبارها من ملحقات المبيع، أو يقيم دعوى تقصيرية على اعتبار أنه من الغير.^{٣٨٣}

ويبدو أن المشرع المدني البحريني قد تأثر بموقف القضاء الفرنسي عند تنظيمه لفكرة الضمان في القانون المدني، أو جاء موقفه بشأنها مشابهاً له دون أن يكون متأثراً به، فيلاحظ أن المادة (٤١٥) مدني (بحريني) قد نصت على أن: " يكون البائع ملزماً بالضمان وفقاً لأحكام المادة (٤١١) إذا كان بالمبيع وقت التسليم عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة المبيع أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده". فالقانون البحريني لم يقصر حق إقامة دعوى الضمان على المشتري المباشر، كما أن الإحالة لنص المادة (٤١١) يتضمن إحالة للأحكام فقط، وهي في عمومها تتعلق بمقدار الخسارة والنزول عن الحق في الرجوع على البائع، وعليه فإن الحق في إقامة الدعوى من الممكن تطبيقه في البيوع المتتالية التي ترد على الشي الواحد، وبذلك يستطيع المشتري الأخير الرجوع في هذا الفرض على البائع الأول بدعوى ضمان مع الأخذ بالاعتبار مدد التقادم المنصوص عليها. وعليه فإن موقف القانون البحريني من إلزام الراهن باستخدام كافة الحقوق، وهي بطبيعة الحال تشمل الحق في إقامة دعوى الضمان، قد جاء متسقاً مع التنظيم المدني للعلاقات التعاقدية المتعددة.^{٣٨٤}

ويثور السؤال مرة أخرى عن طبيعة العلاقة بين البنك وباقي المتعاقدين، لا سيما فيما يتعلق بطبيعة صفته في الدعوى المرفوعة ضماناً للعيوب الخفية الموجودة في البضاعة محل عقد البيع، فهل يكون البنك بمثابة متعاقد ينصرف له أثر عقد البيع الأصلي، ويقيم له حقاً في إقامة دعوى الضمان جنباً إلى جنب مع المشتري؟ أم أن الأمر لا يعدو أن يكون رخصة قانونية نشأت للبنك باعتباره دائناً مرتهناً، كما هو شأن العديد من الرخص التي أجاز القانون للغير عن العقد الشروع فيها حفظاً لحقه،

^{٣٨٣} د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

^{٣٨٤} ومرد ذلك هو أن حق المشتري في إقامة دعوى الضمان ينتقل إلى خلفه الخاص، فيرجع المشتري الثاني على بائع سلفه الأول. انظر في هذا المعنى: د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة، منشأة المعارف بالاسكندرية، سنة ٢٠٠٤، ص ٦٣٩.

وليس باعتباره طرفاً في عقد ما، ومثال ذلك الدعوى غير المباشرة، والدعوى البوليصية، والتي أجاز المشرعون للدائن إقامتها لحساب مدينه المتراخي. غير أن هذا الفرض قد لا يكون بصدد مدين متراخ، بقدر ما هو عاجز عن فحص البضاعة، أو حساب كميتها، أو بحث جودتها، إلى غير ذلك من الأسباب التي تتصل بفكرة التسليم المادي للشيء.^{٣٨٥}

إن التوطئة المتقدمة فيما يتعلق بحق البنك بإقامة دعوى الضمان تفضي إلى مجموعة من التقارير والتي من الممكن تلخيصها فيما يلي:

١. إن الالتزام الذي يقع على عاتق البائع إزاء المشتري بضمان العيب الخفي يكون بالضرورة التزاماً عقدياً^{٣٨٦}، لأن هذا الضمان يكون نتيجة طبيعية للعقد الذي نقل ملكية الشيء المعيب. ويترتب عن ذلك أن يكون الخطأ الناجم عنه عقدياً، وبذلك فإن أية مسؤولية ستثور جراء هذا الخطأ، لا بدّ وأن تكون مسؤولية عقدية يلتزم بها البائع سواءً في مواجهة المشتري بموجب عقد البيع الأصلي، أو بالنسبة للبنك الذي آلت له كافة الحقوق نتيجة افتراض القانون بأن البضاعة محل العقد الأصلي المقدمة من المستفيد مرهونة رهناً تجارياً لصالح المصرف، بما تؤول معه كافة الحقوق على الشيء المرهون للراهن، ويكون المصرف في منزلة المتعاقد، بكونه خلفاً خاصاً، ويمكن من استعمال كافة الحقوق على الشيء، بما في ذلك الحق في إقامة دعوى الضمان.^{٣٨٧}

^{٣٨٥} للمزيد حول أسباب وشروط الدعوى المباشرة والدعوى البوليصية انظر : د. سليمان مرقس، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص ٢٧٧ وما بعدها.

^{٣٨٦} د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص ٦٣١.

^{٣٨٧} وفي ذلك انتهت محكمة النقض المصرية إلى أنه : "وإن كان القانون المدني القديم لم يورد نصاً عن واجبات الحابس في حفظ وصيانة الشيء المحبوس تحت يده إلا أنه يجب على الحابس أن يبذل في حفظه من العناية ما يبذله الرجل المعتاد ويكون مسئولاً عن هلاكه أو تلفه إلا إذا كان ذلك بسبب قهري قياساً على القاعدة المقررة في رهن الحيازة لاتحاد العلة في الحالتين، وهو ما صرح به القانون الجديد في المادة ٢/٢٤٧ من التزام الحابس بالمحافظة على الشيء المحبوس تحت يده وفقاً لأحكام رهن الحيازة المقررة في المادة والتي تقضي بإلزام المرتهن بأن يبذل في حفظ وصيانة الشيء المرهون ما يبذله الرجل المعتاد، وأنه مسئول عن هلاكه أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه ويكون القانون المدني الجديد إذ أورد نص المادة ٢٤٧ إنما قنن في خصوص التزامات الحابس أحكام القانون المدني القديم ولم يستحدث جديداً. وإذا فمتى كانت البضائع المحبوسة لدى مصلحة الجمارك وحتى وفاء الرسوم الجمركية قد فقدت بأنها تكون مسئولة عن فقدانها ما لم تثبت أن الفقد كان بسبب قهري".

نقض جلسة ١٨/١٢/١٩٥٥ س ٦ مج فني مدني ص ١٥٤٥.

٢. إن مؤدى نص المادة (٤١١) من القانون المدني البحريني هو أن يقوم لدائن البائع في دعوى ضمان العيوب الخفية الحق في إقامة دعوى مباشرة قوامها المطالبة بحق المشتري الأول، وهي دعوى لا يزاحمه فيها دائني المشتري الأول، فضلاً عن أن نص المادة لم يجعل هذه الدعوى حصراً على المشتري، فمتى نهض الحق لأي دائن في إقامتها، جاز له الشروع فيها.^{٣٨٨}

٣. من المعلوم كذلك بأن رهن المنقول التجاري هو عقد تابع، فهو يستلزم وجود التزام أصلي يضمنه، شأنه في ذلك شأن الكفالة والرهن الرسمي وحق الاختصاص، فإذا بطل الالتزام الأصلي أو كان قابلاً للإبطال أو انقضى فإن الرهن يتبعه في ذلك، فيكون باطلاً أو قابلاً للإبطال أو مقضياً،^{٣٨٩} وعليه فإن بطلان عقد البيع الأصلي لأي سبب من أسباب البطلان، يجعل من عقد الرهن المبرم لصالح البنك باطلاً هو الآخر، بما يجعل من غير المتصور أن ينسحب مثل هذا الأثر لعقد البيع على عقد الرهن دون الآثار الأخرى، أو الحد من قدرة البنك على حماية حقه في الشيء محل الرهن أو حقه في الرهن من حيث الأصل.

٤. ويتضح أخيراً في هذا المقام أن دعوى البنك هنا لا تقوم باعتباره صاحب صفة في هذه الدعوى فقط، بل بكونه صاحب مصلحة أيضاً في إقامة دعوى الضمان، باعتبار أن حقاً محتملاً في البضاعة محل المستندات يتطلب الذود عنه، والقانون يحمي المصلحة ولو كانت محتملة. وحق البنك هنا في ضمان البضاعة باعتبارها الملاذ الأخير في بعض الأحيان لتحصيل الثمن يعدّ أمراً مسوغاً ومقبولاً لأية محكمة، إذ أن المادة (٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني قد نصت على أنه : " لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه".^{٣٩٠}

على أن موقف الفقه والقضاء الدوليين لا زال محدوداً فيما يتعلق بدور البنك كشريك فعلي في تنفيذ العقد جنباً إلى جنب مع البائع والمشتري، على الرغم من أن القانون ينتهي في بعض الأحيان

^{٣٨٨} د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - العقود التي تقع على الملكية، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة ٢٠٠٤، ص ٦٣٩.

^{٣٨٩} راجع في ذلك د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص ٥٧٨.

^{٣٩٠} انظر في التعليق على شرط المصلحة : د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٢١٠.

إلى إلزام البنك بأن يتبوأ مركزاً تعاقدياً يلزمه باتخاذ إجراءات معينة لحفظ البضاعة، وهو الذي يجعل من تفريد العلاقات بين العقود في عملية الاعتماد المستندي مفضياً إلى إعطاء الطرف الواحد وصفاً مزدوجاً على نحو يؤدي إلى تضارب الأحكام المنظمة لهذه العقود. فنجد أن البنك يشرع في إقامة دعوى ذات طبيعة عقدية رغم عدم إسباغ مثل هذه الصفة عليه، بل وأنه يشرع في ذلك في مواجهة طرف يعد تعهده إزاءه تعهداً غير مشروط، وقد يلتزم إزاء عميله الأمر التزاماً آخر يتمثل في إخفاقه في إقامة هذه الدعوى ابتداءً نظراً لإلزاميته بها من قبل القواعد المنظمة لحقه في رهن البضائع واستخلاف المدين. وهو في كل الأحوال يفضي إلى القول بأن الأساس الصلب الذي تقوم عليه فكرة الإستقلال ليس على النحو الذي كان متصوراً، وأن الخروج عن هذا المبدأ قد يكون ضرورياً في بعض الأحيان وذلك تنفيذاً لقواعد قانونية أخرى آمرة تعلق على مبدأ الاستقلال.

المطلب الثاني

الدفع المتعلقة بتنفيذ عقد البيع الأصلي

يعتبر تقديم طلب اعتماد من قبل المشتري، الخطوة الأولى في سبيل تنفيذ عقد البيع الأصلي، إلا أن البنك على الرغم من ذلك يظل بمعزل عن العلاقة التعاقدية بين المستفيد والعميل الأمر. وهذا الأمر قد لا يكون في مصلحة البنك في العديد من الحالات التي تتطلب منه التدخل باسم المستفيد لحماية حقه في تحصيل قيمة الاعتماد. وفي سبيل تبيان ذلك، سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، يتعلق أولهما بالدفع بتنفيذ الالتزام عيناً ومدى إفادة البنك من مثل هذا الدفع، أما الدفع الآخر فيتمثل في استحالة التنفيذ، وذلك على النحو التالي:

الفرع الثاني

الدفع بتنفيذ الالتزام عيناً

يعتبر فتح الاعتماد من قبل المشتري الخطوة الأولى في سبيل التنفيذ العيني للالتزام الناشئ عن عقد البيع بينه وبين البائع المستفيد؛ ذلك أن الاتفاق على أداء الثمن عن طريق فتح اعتماد في بنك ما، لا بد أن يسبق هذا التنفيذ، على النحو الذي يكون معه إخفاق المشتري في فتح طلب اعتماد

لصالح البائع المستفيد إخلالاً بالتزامه التعاقدي ومتيحاً لحق البائع بفسخ العقد والتعويض إن كان له مقتضاً.^{٣٩١}

ويعني التنفيذ العيني أداء عين ما تمّ الالتزام به، ويشار إليه باسم الوفاء في أوقات كثيرة. ورغم أن الوفاء بالالتزام يكون عادةً بالتنفيذ المادي له، إلا أنه غالباً ما يلحق بالتصرفات القانونية بالنظر إلى أن الاتفاق على قضاء الالتزام يكون تصرفاً قانونياً يجري عليه ما يجري على سائر التصرفات القانونية من ضرورة التراضي على النحو المقرر قانوناً، والذي يجب أن يكون خالياً من عيوب الإرادة التي قد تداخله فتجعله قابلاً للإبطال، وضرورة وجود الأهلية التي تسبق هذا الرضا بين الموفي والموفى له، ثم ضرورة وجود محل وسبب لهذا الاتفاق.^{٣٩٢} ويغلب أن يكون التنفيذ المادي للالتزام نفسه تعبيراً عن هذه الإرادة، فتسليم الموفي لعين الشيء الذي التزم به هو إيجاب، وتسلم الموفى له لهذا الشيء على أنه وفاء للدين هو القبول.^{٣٩٣}

وينبغي قبل الشروع في تبيان الدفع محل الدراسة الراهنة، تبيان القاسم المشترك بين الاتفاق على الوفاء في العقود المكونة لعملية الاعتماد المستندي، فالوفاء في عقد البيع الأصلي بين البائع والمشتري، يكون محله أداء قيمة البضائع، وعقد الاعتماد الذي يبرم بين المشتري والبنك المصدر فإن محل الاتفاق على الوفاء فيه هو أداء ذات القيمة، وأخيراً فإن خطاب الاعتماد المرسل من البنك إلى البائع المستفيد يحمل ذات المحل، وهو تعهد البنك بإرادته المنفردة بأداء ثمن البضائع متى قدمت له المستندات المطابقة لما جاء في عقد فتح الاعتماد بينه وبين عميله الأمر، ولا يختلف الأمر بين هذه العقود إلا فيما يتعلق بآلية الوفاء. فآلية الوفاء في عقد البيع الأصلي تكون عن طريق فتح خطاب اعتماد لصالح البائع، أما في عقد الاعتماد فإن الوفاء يكون بإرسال خطاب اعتماد يتعهد من خلاله البنك بأداء قيمة الاعتماد لدى تقديم البائع للمستندات المنصوص عليها في خطاب الاعتماد. وأما في التعهد الأخير المرسل من البنك فإن الوفاء يتم مباشرة وفور تقديم المستندات المطابقة لتعليمات العميل الأمر.^{٣٩٤}

^{٣٩١} عبدالحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ٢٣٦.

^{٣٩٢} عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٣٥٠.

^{٣٩٣} سليمان مرقس، الوافي في الالتزامات - أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٤١.

^{٣٩٤} انظر في هذا الموضوع:

Brooke Wunnicke, Paul S. Turne, Standby and Commercial Letters of Credit, 3rd edition, (2016), Asphen Law & Business, walter clouwers, Ney York, p. 27.

ويلاحظ هنا أنه وإن اختلفت مصادر الالتزام والأطراف، إلا أن محل الوفاء فيها يظل واحداً، وهو أداء قيمة البضائع في عقد البيع الأصلي. كما يلاحظ أن سبب الوفاء في كافة هذه العقود هو قضاء الدين الناشئ عن عقد البيع الدولي، وهذا يعني بدوره أن انقضاء هذا الدين في أي واحدٍ منها لأي سبب من أسباب الانقضاء يثير تساؤلاً عن مدى بقاء الالتزام قائماً في ذمة أحد المدينين، البنك والمشتري. ذلك أنه وفقاً للقواعد المنظمة للوفاء، فإن المدين - وفي هذا الفرض البنك أو المشتري - إذا وفى الدين بحسن نية، معتقداً بوجوده على خلاف الحقيقة، فإنه يستطيع استرداد ما وفاه عن طريق إبطال هذا التصرف القانوني المشوب بالغلط وهو الوفاء، باعتبار أن هذا الوفاء قد كان غير مستحقاً. وكذلك الأمر لو أكره الموفي على وفاء دين انقضى، ثم وجد المخالصة التي تثبت وفاء هذا الدين، فإنه يستطيع أيضاً استرداد غير المستحق عن طريق إبطال الوفاء المشوب بالإكراه.^{٣٩٥}

ويظهر بذلك أن التزام البنك بالوفاء بقيمة الاعتماد يكون التزاماً مزدوجاً؛ فهو يقوم بهذا الالتزام بصفته مديناً للعميل الأمر بناءً على عقد الاعتماد، وفي ذات الوقت فإنه يكون ملزماً إزاء المستفيد بناءً على خطاب الاعتماد الذي تعهد فيه تعهداً غير مشروط بأداء قيمة المستندات. وعليه فإن إخفاق البنك في أداء هذه القيمة للمستفيد يقيم مسؤوليته عن هذا الالتزام، وذلك في مواجهة كل من عميله الأمر والمستفيد من خطاب الاعتماد سواء بسواء.^{٣٩٦}

وإذا تعدد الدائنون إزاء التزام البنك، فإنه يتعدد المدينون أيضاً إزاء الدين المتمثل في أداء قيمة الاعتماد، فالمحل واحد إلا أن مصادر هذا الالتزام مختلفة. فهل يعني ذلك أن هنالك نوع من التضامن بين التزامي البنك والمشتري عن سداد ثمن المبيع وذلك في مواجهة المستفيد؟^{٣٩٧} لا سيما أن الكثير من التشريعات قد نصت على أن التضامن لا يفترض بين المدينين ما لم ينص القانون على ذلك أو

^{٣٩٥} وهذا ما ذهب إليه محكمة النقض في مصر. انظر مجموعة المبادئ العامة التي قررتها محكمة النقض المصرية في خمس سنوات (يناير ١٩٧٥ - ديسمبر ١٩٨٠) نبوية محمد السيد خلف، محكمة النقض، الطعن ٢٨٣، السنة ٤١ ق، جلسة ١٩٧٧/٤/٢٥، محكمة النقض، سنة ٢٨، ص ١٠٣٢.

^{٣٩٦} انظر في هذا المعنى:

Agasha Mugasha, ibid, p. 136 et. Seq. James M. Klotz International Sales Agreements: An Annotated Drafting and Negotiating Guide, (2008), Kluwer Law International, Neatherlands, p. 128 et.seq.

^{٣٩٧} انظر في هذا المعنى:

Roeland I. V. F. Bertrams, Bank Guarantees in International Trade, (2004) Kluwer international, Neatherlands, p. 83 et seq.

يتفق الطرفان عليه. وفي ظل غياب نص تشريعي حاكم في المواد المتعلقة بنظام الاعتماد المستندي، فهل يمكن التسليم بهذه الفكرة؟

يلاحظ ابتداءً أن القضاء الفرنسي قد اعتبر أن التضامن مفترض في المسائل التجارية دون المسائل المدنية، وهذا هو الرأي الغالب أيضاً في الفقه الفرنسي، فإذا اشترى تاجران صفقة تجارية واحدة دون أن يشترط عليهما البائع أن يكونا متضامنين، فإنهما مع ذلك يكونان متضامنين في أداء الثمن للبائع، إلا إذا استبعدا التضامن بشرط خاص. فالأصل في فرنسا إذاً هو قيام التضامن في المسائل التجارية ما لم ينص المتعاقدان على استبعاده، ويبرر ذلك بأن التقاليد من عهد القانون الفرنسي القديم قد استقرت على افتراض التضامن في المسائل التجارية، نزولاً على مقتضيات الإلتئمان التجاري ما لم يستتبع ذلك من توفير أسباب الثقة بالتجار، فيحصلون من وراء الثقة على الضمان الكافي.^{٣٩٨}

وما تقدم يوافق ما جاء في قانون التجارة البحريني، فبالرغم من أن المادة (٢٦٣) من القانون المدني البحريني قد نصت صراحةً على أن : " التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون". وعليه فلا تضامن بلا اتفاق أو نص مقرر لهذا التضامن، وهو ما يعني في هذه الحالة أن التزام البنك والمشتري في هذه الحالة لا بدّ أن يسبقه اتفاق بين كلا المدينين على مثل هذا التضامن، إلا أن المادة (٧٣) من قانون التجارة البحريني قد نصت على أن:

"١- الملتزمون معا بدين تجاري يكونون متضامنين في هذا الدين ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك. ٢- ويسرى هذا الحكم في حالة تعدد الكفلاء في دين تجاري"، وهو ما يعني أن القانون البحريني قد جاء موافقاً لما ذهب اليه القضاء الفرنسي.^{٣٩٩}

وهذا الاتفاق المسبق بين البائع والمشتري يعني أن هنالك شرط على التضامن. وهذا الشرط قد يكون صريحاً أو ضمنياً. وفي كل الأحوال فإن مثل هذا الشرط يجب إثباته، ويقع عبء الإثبات على الدائن الذي يدعي تضامن مدينه، أو على من يدعي وجوده متى كانت له مصلحة في ذلك. ومن ذلك مثلاً المشتري الذي يقوم بإدخال البنك في الدعوى باعتباره مديناً متضامناً. ويمكن إثبات مثل هذا

^{٣٩٨} د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- أوصاف الالتزام، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

^{٣٩٩} انظر تعليقا مقتضبا على هذا النص في :

الشرط طبقاً للقواعد العامة المعمول بها في الإثبات. ولما كان الالتزام الناجم عن عقد الاعتماد وخطاب الاعتماد تجارياً، فإنه يمكن استخلاصه بأيسر مما يستخلص في المسائل المدنية، ومرد ذلك هو أن جميع طرق الإثبات تكون مفتوحة أمام مدعي وجود التضامن، من ذلك البيئة والقرائن ولو زادت قيمة هذا الدين عن خمسمائة دينار بحريني طبقاً لقواعد الإثبات الواردة في قانون الإثبات البحريني للمعاملات المدنية والتجارية^{٤٠٠}. ويعتبر الالتزام القائم بين التجار في مسألة تجارية من أهم القرائن التي من يمكن إقامتها، فإن هذا وحده يمكن اعتباره قرينة هامة، إذا عززتها قرائن أخرى، أمكن لقاضي الموضوع أن يستخلص قيام التضامن في المسائل التجارية في كثير من اليسر. وتتمثل الأهمية في بحث مثل هذا التضامن بين كل من دين البائع في أداء ثمن المبيع، وبين الدين المترتب في ذمة البنك نتيجة خطاب الاعتماد أو عقد الاعتماد بطبيعة الحال، لدى معرفة الأثر الذي يترتب عليه، حيث يترتب على مثل هذا التضامن الآثار التالية:

١. يكون البائع على الخيار بين الرجوع على البنك بقيمة المبيع، أو الرجوع على المشتري، أو الرجوع على كليهما في دعوى واحدة، حيث نصت المادة (٢٦٨) من القانون المدني على أنه : " أ) يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين ويراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين، وإذا طالب الدائن أحد المدينين ابتداء لم يمنعه ذلك من مطالبة الباقيين. ب) ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به، وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً " .^{٤٠١}

^{٤٠٠} نصت المادة (٦١) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الصادر بمرسوم بقانون رقم (١٤) لسنة ١٩٩٦ المعدلة بمرسوم بقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٩ على أن : "في غير المواد التجارية، إذا زادت قيمة التصرف القانوني على خمسمائة دينار أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه إلا بالكتابة ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. ويقدر الالتزام بإعتبار قيمته وقت صدور التصرف، ويجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا كانت زيادة الالتزام على خمسمائة دينار لم تأت إلا من ضم الملحقات إلى الأصل. وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة، جاز الإثبات بشهادة الشهود في كل طلب لا تزيد قيمته على خمسمائة دينار ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة وتكون العبرة في الوفاء إذا كان جزئياً بقيمة الالتزام الأصلي".

^{٤٠١} انظر في هذا المعنى:

٢. يترتب على مثل هذا الوفاء أن ينقضي كل الدين عن كافة المدينين متى ما أوفى أحد هؤلاء المدينين بالثمن، ونظمت المادة (٢٦٩) من ذات القانون هذا الأمر و نصت على أنه : " أ) يترتب على وفاء أحد المدينين المتضامنين بالدين عينا أو بمقابل براءة ذمته وبراءة ذمة باقي المدينين. ب) وإذا برئت ذمة أحد المدينين المتضامنين بطريق حوالة الدين فإنه تبرأ معه ذمة المدينين الآخرين إذا رضوا بالحوالة".

٣. ويترتب كذلك على وجود مثل هذا التضامن بين البنك والمشتري، أنه لا يجوز لأي من هؤلاء المدينين أن يأتي عملاً من شأنه أن يضر بباقي المدينين، ولكن إذا أتى عملاً من شأنه أن ينفعهم أفادوا منه، ومثال ذلك أن يقوم المشتري بالاتفاق على فوائد تأخيرية، قبالة أن يرضى البائع بتأجيل موعد استحقاق الدين.^{٤٠٢}

والسؤال الذي يثور مجدداً يتعلق بمدى وجود مثل هذا التضامن بين التزام المشتري بأداء قيمة المبيع، والتزام البنك بأداء هذه القيمة؟ ألا يعتبر عقد الاعتماد ضمناً لذمة المشتري للبنك في تحمل الالتزام بسداد الدين عن قيمة الاعتماد؟ وأن وجود مثل هذا العقد بين المشتري والبنك، ثم قبول البائع عن طريق تقديم المستندات للبنك وفقاً لخطاب الاعتماد الذي تم إرساله بناء على طلب الاعتماد، في دين يعد كافة أطرافه من التجار، ألا يعدّ ذلك قرينة على وجود شرط ضمني على مثل هذا التضامن. فالروابط هنا رغم تعددها إلا أن الدين واحد، والمحل واحد. ووحدة المحل هي التي تحتفظ للالتزام بوحدة على الرغم من تعدد المدينين، وإلا لانقسم الدين على هؤلاء المدينين ولكان التزاماً متعدداً.

إن الفكرة الأساسية في استبعاد مثل هذا التضامن، وبالتالي استبعاد فكرة الدفع بسبق التنفيذ العيني وانقضاء الدين من قبل أحد المدينين، منشؤها الفكرة التي تقول بأن البنك يعدّ غيراً عن الالتزام الأصلي الناشئ بين البائع والمشتري. ولذلك فإن الفكرة السائدة كانت هي أن وفاء أحدهما - البنك أو المشتري - لا يتضمن إبراءً لذمة الآخر، وهذا يعني أن المستفيد سيظل مع ذلك قادراً على الرجوع على البنك بقيمة الاعتماد، على الرغم من أداء المشتري لثمن المبيع بوسيلة أخرى غير عقد الاعتماد،

^{٤٠٢} انظر في هذا المعنى:

Alessandro Stasi, Elements of Thai Civil Law, (2015), Published by Brill Nijhoff, Lieden & Boston, p. 85 et seq.

وهذا غير مقبول، لأنه يعدّ إثراء بلا سبب. فأداء قيمة الاعتماد يجد سببه في أداء ثمن المبيع والذي سبق الاتفاق عليه في عقد البيع.^{٤٠٣}

إن الفرض المتقدم يجلب إلى الأذهان فكرة أخرى أيضاً، وهي ذات الفكرة التي يثيرها الوفاء باعتباره سبباً من أسباب انقضاء الالتزام، وهو مدى كون البنك نائباً عن المشتري عند أداء قيمة الاعتماد باعتباره ثمناً للمبيع من حيث الأصل.^{٤٠٤} فيكون الوفاء من النائب منهياً للالتزام الأصل، والعكس صحيح. حيث نصت المادة (٣١٤) من القانون المدني البحريني على أنه :

"يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء مع مراعاة ما جاء بالمادة (٢١٣) فقرة أولى. ويصح الوفاء أيضاً مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة في هذا الوفاء ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض".^{٤٠٥}

لقد عارض الكثيرون فكرة الإنابة في تكييف علاقة البنك بالمشتري، وذلك احتفاظاً بالطابع الخاص لعملية الاعتماد المستندي، والذي يتمثل في استقلال العلاقات الناشئة في ظله. وعليه، فقد استبعد الرأي السائد فكرة الإنابة بكونها تكييفاً لهذه العلاقة، ذلك أن فكرة الإنابة - على حد قولهم - "تستلزم وحدة دين الأمر المشتري قبل البائع ودين البنك قبل المستفيد".^{٤٠٦} وفي الوقت ذاته فقد اعتبر أن دين المشتري قبل البائع يمثل قيمة البضاعة، بينما يكون التزام البنك قبل المستفيد مضموناً بقيمة خطاب الاعتماد. لذلك فإنهم وجدوا أن الأخذ بنظرية الإنابة في تكييف علاقة البنك بالمشتري يقتضي منح البنك الحق في استخدام الدفع المقررة للمشتري ضد البائع، بينما لا يستطيع البنك في عملية الاعتماد المستندي التمسك بهذه الدفع الناشئة للمشتري قبل البائع، تأسيساً على أن مبدأ استقلال

^{٤٠٣} للمزيد عن نظرية السبب وأثر الباعث على المتعاقدين، راجع : سليمان مرقس، الوافي في الالتزامات - نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق ص ٢٩٩.

^{٤٠٤} أنظر في شرح هذه المواد: د. صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٢٦٨ وما بعدها.

^{٤٠٥} الأصل في الموفى أن يكون المدين ذاته إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار في الوفاء بالعقد، وهي ليست كذلك في عمليات الاعتماد المستندي، فغالباً ما تكون شخصية المدين محل اعتبار في العقود التي يترتب عليها التزام بأداء عمل، وفي غير ذلك فإنه يجوز أن يكون الوفاء من نائب المدين أو من له مصلحة فيه، لأن الوفاء تصرف قانوني ككل التصرفات القانونية الأخرى. - راجع في ذلك : د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٧٧.

^{٤٠٦} جورجيت صبحي، المرجع السابق، ص ١٧٣.

العلاقات الناشئة عن عملية الاعتماد المستندي إنما يحجب مثل هذه المكنة على حدّ زعمهم.^{٤٠٧} غير أن رفض فكرة الإنابة تقضي إلى بعض من القرارات المتناقضة، والتي من الممكن تلخيصها فيما يلي:

١. يبدو للوهلة الأولى، أن رفض فكرة الإنابة لمجرد الخشية من انسحاب دفع كل من الطرفين - النائب والمنيب - لآخر كان أمراً تحكيمياً، فقد تبين في الفرع السابق من هذا المبحث ولدى مناقشة فكرة الرهن التجاري الذي يقوم للبنك على البضاعة، أن كافة الدفع القانونية تؤول له باعتباره دائناً مرتبهاً لهذه البضاعة، فيقوم له ما يقوم للمشتري من حيث الأصل نتيجة لكونه خلفاً خاصاً له. وبذلك فإن هذه الدفع قد آلت للبنك بطريقة أو بأخرى، حتى مع رفض فكرة الإنابة.^{٤٠٨}

٢. كذلك فإن رفض فكرة الإنابة يعني إلزام البنك بالوفاء بقيمة الاعتماد، حتى مع الفرض القائل بإثبات المشتري أدائه لثمن البضاعة المبيعة بغير طريق الاعتماد، كالقيام بتحويل بنكي مثلاً. لا سيما أن محل الوفاء هنا يكون مبلغاً من النقود فيصح معه سداد قيمتها سواء بطريق الاعتماد، أو بأية طريقة أخرى.^{٤٠٩} وهذا الأمر منافٍ لقواعد العدالة، لأنه إثراء البائع بلا سبب ودفع لغير مستحق، بل وإثراء على حساب البنك الذي سيقوم بأداء قيمة المبيع مرة أخرى بعد أدائها من قبل المشتري، وعلى حساب المشتري الذي سيكون ملزماً بإزاء البنك بأداء قيمة الاعتماد التي تمثل ثمن البضاعة.

٣. إن مثل هذا الفرض التحكيمي لفكرة الإنابة يعني أيضاً حرمان البنك من رفع دعوى رد لغير المستحق، وذلك نتيجة للأخذ بفكرة الإستقلال. فالبنك ليس معنياً بأداء ثمن المبيع بقدر ما يكون معنياً بأداء قيمة الاعتماد. فلا يستطيع إقامة دعوى قضائية لمطالبة البائع برد قيمة الاعتماد، بالقول أن قيمة المبيع قد تم سدادها من قبل المشتري، وذلك فيما إذا أعملنا مبدأ الإستقلال، وهذا الأمر يحمل إضراراً بالمشتري. وفيما لو تحقق الفرض القائل بأداء

^{٤٠٧} جورجيت صبحي، المرجع السابق، ص ١٧٣ وما بعدها .

^{٤٠٨} راجع الفرع الأول من هذا المطلب.

^{٤٠٩} نصت المادة (١٠٧) من القانون المدني البحريني على أنه : " إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، التزم المدين بقدر عددها في العقد، دون أن يكون لإرتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر ، ولو اتفق على خلاف ذلك". انظر في هذا المعنى : عبدالمنعم فرج الصده، ص ١٢٤ .

التمن من قبل البنك بعد أداء ذات التمن من قبل المشتري، فإن هذا الأول لن يكون له استرداد مثل هذا الحق.^{٤١٠}

٤. إن السبب القانوني في رفض فكرة الإنابة كان الخلط بين مصدر الالتزام والالتزام في حد ذاته. فقد تختلف مصادر الالتزام باختلاف هذه العقود ولكن يظل محلها واحداً، وهذا المحل يتمثل في أداء قيمة البضاعة محل عقد البيع. فتعود هذه الفكرة لتصلطد بالقواعد المنظمة لفكرة التضامن السلبي بين المدينين. فمثل هذا التضامن يجعل من انقضاء هذا الدين عن ذمة أحدهم قاضياً للالتزام في ذمة الآخر. وإبراء أحدهم مبرراً للآخر. والصلح مع أحدهم يستفيد منه كافة المدينين. فإذا لم ينقضي الدين وفقاً لمفهوم الإنابة فإن فكرة التضامن تقوم بهذا الإنهاء، وذلك عند توافر شروطها بالطبع.^{٤١١}

٥. الأمر الآخر يتمثل فيما نصت عليه المادة (٣١٤) من القانون المدني البحريني المذكورة بعاليه، والتي نصت على جواز الوفاء ممن له مصلحة فيه. فإذا لم يكن المدين متعيناً بالذات، جاز الوفاء من صاحب المصلحة. ومن له مصلحة قد يكون المدين المتضامن مثلاً أو المرتتهن. وهؤلاء تقوم لهم المصلحة بالنظر إلى أنهم قد يكونون ملزمين مع المدين نفسه. وكما لا يجوز للدائن رفض مثل هذا الوفاء فإن ذلك يستتبع القبول بالآثار الناجمة عنه، وأهمها الأثر المتمثل في انقضاء الدين عن كافة المدينين.^{٤١٢}

ويلحق فكرة الوفاء من المدين المتضامن، فكرة الحلول. حيث يقوم الموفي بالحلول محل الدائن في مواجهة المدين الآخر. وهذا ما يكون الحال عليه في عملية الاعتماد المستندي. حيث يقوم البنك بالحلول محل المستفيد قبالة المشتري لدى أدائه قيمة الاعتماد، فيكون دائناً لهذا الأخير. وهنا يكون المشتري ملزماً بأداء قيمة هذه البضاعة للبنك وليس للبائع. حيث تنص المادة (٣١٥) من القانون المدني البحريني على أنه: "إذا قام الغير بوفاء الدين، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه.

^{٤١٠} ذلك أن الدين إذا كان مستحقاً ولكنه انقضى قبل الوفاء به جاز رفع دعوى غير المستحق لتوافر إحدى حالاتها. راجع في هذا

المعنى : د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٠٣.

^{٤١١} راجع في آثار التضامن : سليمان مرقس، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص ٥٦٥ وما بعدها.

^{٤١٢} انظر في هذا المعنى : د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ٢٠.

ومع ذلك يجوز للمدين الذي حصل الوفاء دون علمه أو رغم إرادته أن يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً، إذا أثبت أن له مصلحة في الاعتراض على الوفاء " .^{٤١٣}

ويلاحظ في هذا المقام وجود مدينين يلتزمان بأداء قيمة البضائع، أولهما المشتري باعتباره مديناً بموجب عقد البيع، وثانيهما البنك بموجب التعهد غير المشروط الصادر عنه في خطاب الاعتماد. وهذا يعني أنه إذا أخفق كلاهما في أداء قيمة البضائع، كلاً وفق التزامه فإنه يكون للبائع الخيار: إما بالرجوع على البائع بناء على عقد البيع، أو بالرجوع على البنك بناء على خطاب الاعتماد الذي تعهد فيه البنك بأداء قيمة معينة لدى تقديم المستندات للمطابقة.^{٤١٤}

وبالرجوع للنصوص المنظمة للوفاء في القانون المدني البحريني، يلاحظ أن المادة (٣١٧) في الفقرة (أ) قد نصت على أنه :

" إذا قام بالوفاء شخص غير مدين، حل الموفى محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية : أ) إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه".^{٤١٥}

ونصت المادة (٣٢٠) من ذات القانون على أنه :

" من حلّ قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفع، ويكون هذا الحل بقدْر ما أداه من حل محل الدائن".^{٤١٦}

ويستفاد من النص المتقدم مجموعة من الأمور يمكن تلخيصها فيما يلي:

١. إن تعدد المدينين لذات الدين لهو أمرٌ وارد، ويكون الموفى ملزماً بالدين مع المدين في هذه الحالة إذا كان مديناً متضامناً، وهو الأمر الذي سبقت الإشارة إليه. وسواء

^{٤١٣} راجع في التعليق على هذه المادة : سليمان مرقس، الوافي في شرح الالتزامات - أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٧٥٢ وما بعدها.

^{٤١٤} ومسؤولية المشتري/ العميل إزاء البائع واضحة إذ أن مردها هو عقد البيع المبرم بينهما، أما مسؤولية البنك إزاء العميل فمردّها للتعهد الصادر عن البنك بأداء قيمة هذا الاعتماد متى قدمت المستندات للمطابقة وكانت موافقة لما جاء في خطابه. للمزيد عن مسؤولية البنك إزاء العميل راجع : نجوى محمد كمال أبو الخير، المرجع السابق، ص ٣٩٥.

^{٤١٥} راجع في التعليق على هذه المادة : سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٧٥٢.

^{٤١٦} انظر في شرح دعوى الوفاء مع الحلول : سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٧٥٢ وما بعدها.

كان هذا الحل بالاتفاق أو بنص قانوني كما هو الحال عليه في التضامن بين المدينين الذي لا يكون إلا بالاتفاق أو بالنص القانوني، فإن الموفي يحل محل الدائن الأصلي الذي استوفى حقه من هذا الأول. وفي الفرض المائل فإن أداء البنك لمحل الالتزام المشترك بين عقد البيع الأصلي وعقد الاعتماد لا سيّما مع القول بقيام التضامن السلبي بين البنك والمشتري، يثور التساؤل عن مدى حلول البنك محل المستفيد وفقاً للقواعد المنظمة للحلول.

وقد انتهت محكمة استئناف اكس في فرنسا في حكم لها في سنة ١٩٥١ إلى هذا الأمر، حيث مكنت البنك من الرجوع على البائع، فقالت أن البنك يحل محل البائع في حقوقه ضد المشتري لأنه إذ يوفي البائع إنما يفي بدين ليس ملزماً به، لأنه دين الثمن فيكون له أن يحل محل الدائن البائع في حقه ضد المدين المشتري الذي وفاه الدين متمثلاً في الثمن.^{٤١٧}

٢. وحيث أنه يترتب على هذا الحل أن يكون للموفي حق الدائن بما له من خصائص، حيث يحل الموفي محل الدائن في نفس حقه، بما لهذا الحق من مقومات. فالحق ينتقل إلى من تم الحل له بما له من خصائص، كما لو كان تجارياً، أو كانت له مدد تقادم خاصة أو كان السند المثبت له واجب التنفيذ، إلى غير ذلك من خصائص.^{٤١٨}

كما تنتقل دفع الدائن إلى الموفي - فضلاً عن انتقال خصائص الدين - وذلك وفقاً لصريح نص المادة (٣٢٠) من القانون المدني البحريني. ومن ذلك - مثلاً - الدفع بالبطلان والانقضاء. فإذا كان الحق مصدره عقد باطل أو عقد قابل للإبطال، جاز للمدين أن يتمسك بهذا الدفع تجاه الموفي كما كان له ذلك على الدائن الأصلي. وإذا كان الحق قد انقضى بالوفاء أو بأي سبب آخر كالتجديد والمقاصة أو الإبراء أو التقادم، جاز للمدين أن يدفع بانقضاء الحق تجاه الموفي كما كان يجوز له ذلك تجاه الدائن الأصلي. وإذا كان الحق معلقاً على شرط واقف لم يتحقق، أو على شرط فاسخ تحقق، أو كان حقاً مؤجلاً ولم يحل الأجل، جاز للمدين أن يدفع بكل ذلك، ليس تجاه الدائن الأصلي فحسب بل أيضاً تجاه الموفي الذي حل محله.^{٤١٩} وهذا الأمر يعني أن المشتري سوف يكون له مكنة الدفع بانقضاء الدين عن

^{٤١٧} اكس ٨ فبراير ١٩٥١، نفلاً عن علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٢٨٣.

^{٤١٨} سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٧٦٥.

^{٤١٩} د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٣٥٥.

طريق التنفيذ العيني له - أي الوفاء - في مواجهة البنك، باعتبار أن البنك إنما يحل محل المدين في عقد البيع الأصلي لدى أدائه قيمة الاعتماد.

يلاحظ أيضاً أن البنك لن يستطيع الدفع بعدم حجبة الوفاء الصادر عن المشتري لأسباب أخرى غير فكرة الحلول. حيث أن سداد الثمن من قبل المشتري باعتباره المدين الأصلي لهذا الالتزام يجعل من ذلك واقعة قانونية تكون حجة على البنك، ويستطيع المشتري أن يثيرها لدى مطالبة البنك له بقيمة الاعتماد.

إن الفكرة القائلة بعدم انسحاب الأثر القانوني للوفاء على البنك، وعدم اعتباره سبباً معقياً للأخير من سداد قيمة الاعتماد للبائع، يعدّ هو الآخر تطرفاً في مبدأ نسبية أثر العقد، وكذلك في حجته. ذلك أن مبدأ الحجبة يخص الغير، فيكون بإمكان الغير التمسك به في مواجهة المتعاقدين،^{٤٢٠} فالعقد بين أطراف العلاقة يكون بمثابة القانون، أما خارج هذه العلاقة فإن هذا العقد يتحول إلى مجرد واقع قائم أو موجود أو مجرد واقعة اجتماعية.^{٤٢١} ورغم أن العقد يتميز بعنصر الإرادة التي تؤدي إلى نتائج تعاقدية، وتضفي له طابعاً موضوعياً، إلا أن الحجبة في حقيقة الأمر لا تستند إلى إرادة الطرفين كما هو الحال في القوة الملزمة، ولا إلى إرادة الغير.^{٤٢٢} وهكذا إذا كان الوفاء من قبل البنك تصرفاً قانونياً، فإن هذا الوفاء واقعة مادية بالنسبة للمشتري. والعكس صحيح أيضاً، بأن يكون وفاء المشتري بقيمة الاعتماد واقعة مادية بالنسبة للبنك يصح له الاحتجاج بها في مواجهة كل من المتعاقدين. وتعني هذه الحجبة أن العقد ينشئ مركزاً قانونياً يجب على المتعاقدين احترامه، ويقوم للغير حقاً بمواجهة المتعاقدين بهذا العقد بما يمكن إلزامهم به. وتستند الحجبة بهذه الصورة إلى نظرة واقعية لتشابك المصالح والعلاقات المختلفة في مجتمع ما، حيث أن العقد يغير من الأوضاع القائمة ومن الذم المالية، ويخلق حقوقاً عينية أو شخصية أو مراكز قانونية، ليس في مكنة الغير تجاهها في علاقته بأطراف العقد، ولا يمكن لهؤلاء أن يتصلوا من هذا الوضع تجاه الغير.^{٤٢٣}

^{٤٢٠} د. محمد إبراهيم دسوقي، التصرفات العقارية غير المسجلة في قانون الشهر العقاري والسجل العيني، ٢٠٠٩، ص ٣٥.

^{٤٢١} د. أيمن إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٠٧.

^{٤٢٢} انظر في هذا المعنى : علي فيصل، المرجع السابق، ص ٥١.

^{٤٢٣} انظر في اثر العقد على أطرافه والغير :

Richard Stone, The Modern Law of Contract, 6th edition (2005), Canandish Publicatios, London & Sedny. p. 134 et seq.

وتخلق الطبيعة القانونية للعقود الممثلة لعملية الاعتماد المستندي طابعاً خاصاً لصفة الأطراف الممثلة لها، فكل طرف من هؤلاء الأطراف يكون دائماً ومديناً في ذات الوقت، وهذا نتيجة لكون كافة هذه العقود من العقود الملزمة للجانبين، فالبنك يكون دائماً للعميل بالعمولة ومديناً له بإرسال خطاب اعتماد ثم أداء قيمة البضائع، وفي الوقت ذاته يكون المشتري دائماً للبائع بتسليم البضائع في الوقت الذي يكون مديناً وملزماً بموجب عقد البيع بأداء الثمن وذلك في صورة فتح طلب اعتماد لدى البنك المصدر. ^{٤٢٤}

وأخيراً، يجري على الوفاء - لكونه اتفاق - ما يجري على سائر الاتفاقات من ضرورة تنفيذها وفقاً لما يقتضيه مبدأ حسن النية وشرف التعامل. ويلحق بذلك الفكرة القائلة، باعتبار الغش سبباً معفياً للبنك من أداء قيمة الاعتماد. والغش المشار له هنا هو الغش في التنفيذ. حيث أن الغش إنما يقع بعد تكوين العقد، أو يقع خارجاً عن دائرة العقد". ^{٤٢٥} أفلا يكون طلب المستفيد للثمن مرة أخرى بعد سداد قيمة الاعتماد من قبل المشتري بوسيلة أخرى من قبيل الغش في تنفيذ العقد الأصلي؟ وهو الأمر الذي يخلق استثناء على مبدأ الإستقلال بين العلاقات المكونة لعملية الاعتماد المستندي، واستثناء على التعهد غير المشروط الصادر عن البنك للمستفيد في خطاب الاعتماد.

حيث أنه لا بدّ أن يتضمن الاتفاق على الوفاء الناشئ بين المشتري والبائع تنازلاً عن أي ثمن آخر لقيمة البضاعة غير هذا الوفاء. وبالتالي فإن استلام المستفيد لقيمة الاعتماد من قبل البنك مع سبق سداد ثمن المبيع يعدّ غشاً في تنفيذ العقد. ولما كان هذا الغش يفسد كلّ شيء، فإنه يقع على عاتق البنك التزاماً بالامتناع عن سداد قيمة الاعتماد للمستفيد. ^{٤٢٦}

وبالإضافة إلى ظهور الغش كسبب معفٍ للبنك، فإن سداد هذا الثمن يثري المستفيد على حساب أطراف باقي هذه المجموعة العقدية، وذلك بحصوله على الثمن مرتين، وهذا الأمر يتنافى مع قواعد العدالة. فينشأ والحال كذلك للبنك والمشتري سواء بسواء الحق في إقامة دعوى إثراء بلا سبب، فضلاً

^{٤٢٤} انظر في هذا المعنى :

Agasha Mugasha ibid, p. 200 et seq

^{٤٢٥} عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام ، المرجع السابق، ص ٢٦١.

^{٤٢٦} للتوسع في فكرة الغش انظر: جهاد محمد الجراح ، أثر الغش في العقد الاساسي على التزام البنك بوفاء قيمة الاعتماد المستندي، الجامعة الأردنية، ١٩٩٤. عبدالرزاق صالح سليمان، أثر الغش والتزير على الاعتماد المستندي (دراسة فقهية مقارنة) منشورات مكتب الغريب وشركاؤه للمحاماة، المغرب، ٢٠٠٩. كما يمكن الرجوع في فكرة الغش في العقود إلى : هادير أحمد أسعد، نظرية الغش في العقد، منشورات دارالثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، ٢٠١١.

عن نشوء الحق للبنك برفع دعوى قضائية طلباً لرد غير المستحق من قبل البائع، نظراً لأن المشتري في هذا الفرض يكون قد أدى الثمن قبل البنك فلا يحق له المطالبة برد الثمن إلا برفع دعوى الفسخ في سبيل إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، بما يتضمن رد الثمن المدفوع من قبله للبائع. ويكون في هذه الحالة الغش الصادر عن المستفيد سبباً جدياً للفسخ ستجيبه أية محكمة.^{٤٢٧}

فيظهر والحال كذلك أن تجريد كل متعاقد في هذه المجموعة من الدفع المتاحة للآخر، لم يفض إلى شيء أو إلى فك الارتباط بين العقود في عمليات الاعتماد المستندي، لأن الأساس القانوني الذي يقوم عليه وفاء البنك لقيمة الاعتماد لا زالت تتعارض وفكرة الإستقلال المسلم بها في تكييف علاقات الاعتماد المستندي. وهو ما يعيد إلى الأذهان مجدداً التساؤل عن مدى جدوى التسليم بهذا المبدأ؟ إذ لوحظ أن البنك قد استنقذ بطريقة أو بأخرى بالدفع المقيضة لأطراف عقد البيع الأصلي.

الفرع الثاني

الدفع باستحالة تنفيذ عقد البيع الأصلي

يشترط لإبرام العقد أن يكون محله ممكناً ومعيناً ومشروعاً. فمن شروط المحل أن يكون ممكناً إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل، وأن يكون موجوداً إذا كان عيناً معينة بالذات. وعليه فإن العقد يكون باطلاً إذا ما رتب التزاماً مستحيلاً، ومتى أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً، فإنه ينقضي لا محالة. وهذا هو ما تقتضيه طبائع الأشياء، إذ لا التزام بمستحيل. أما إذا طرأت من الحوادث ما يجعل تنفيذه مرهقاً، مع بقاءه ممكناً، فلا ينقضي الالتزام، وإنما يصار في هذه الحالة إلى تطبيق نظرية الحوادث الطارئة. وفي الحالة التي يكون فيها تنفيذ الالتزام منذ البداية مستحيلاً، فلا ينشأ الالتزام أصلاً، وما لم يوجد بحسب الأصل لا يمكن القول بانقضائه، كما أن من يتعهد بشيء غير ممكن لا يلزم به.^{٤٢٨}

ويختلف هذا الدفع عن الدفع ببطلان العقد، في أن هذا الدفع باستحالة تنفيذ العقد يكون نتيجة لتعذر المضي في التنفيذ دون أن يكون الوجود القانوني للعقد مهدداً كما يكون الحال عليه حين يكون

^{٤٢٧} وهذا ما انتهت له محكمة النقض الفرنسية التي انتهت إلى تعويض البنك عن الضرر الذي أصابه جراء تقديم المستفيد لمستندات غير صحيحة، فضلاً عن استرداد أصل المبلغ. نقض تجاري ٦ مايو ١٩٦٩، J.C.P، نقلاً عن علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٢٨٥.

^{٤٢٨} سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص ٢٥٣.

العقد باطلاً. وقد تناولت المادة (٣٦٤) من القانون المدني البحريني هذا الأمر بنصها على أنه : " ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه".

ويخلص من هذا النص أن هنالك شرطين حتى تتحقق استحالة التنفيذ التي ينقضي معها الالتزام، أولهما هو أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً، والآخر هو أن ترجع هذه الاستحالة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه. فأما الشرط الأول فهو موجب لأن يصبح تنفيذ الالتزام بعد نشوئه مستحيلاً استحالة فعلية أو استحالة قانونية^{٤٢٩}. وتعني الاستحالة الفعلية أن تكون الاستحالة راجعة لواقعة مادية تتعلق بوجود الشيء. وأما الاستحالة القانونية فإنها تكون نتيجة تدخل المشرع في سن القوانين، فيمنع تداول بضاعة معينة كانت محلاً للالتزام بين المتعاقدين^{٤٣٠}.

فيجب إذاً حتى ينقضي الالتزام، أن يطرأ ما يجعل من تنفيذ العقد مستحيلاً استحالة فعلية أو قانونية في الوقت الذي يجب فيه تنفيذه. فلو طرأ ما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مؤقتة ما بين وقت نشوئه ووقت التنفيذ، ثم زال هذا الطارئ عند حلول ميعاد التنفيذ فأصبح تنفيذ الالتزام ممكناً في هذا الوقت، فإن الاستحالة السالفة التي زالت لا أثر لها في الالتزام، بل يبقى الالتزام قائماً واجب التنفيذ. وحتى لو كان تنفيذ الالتزام مستحيلاً وقت حلول ميعاد التنفيذ، ولكن هذه الإستحالة ليست دائمة، وأمكن أن تزول في وقت يكون التنفيذ فيه لا يتعارض مع الغرض الذي وجد من أجله الالتزام، فإنه ليس من شأن الالتزام ان ينقضي بهذه الاستحالة المؤقتة . بل يقف إلى أن يصبح قابلاً للتنفيذ فينفذ.

ويتمثل الشرط الآخر في استحالة التنفيذ، في أن ترجع هذه الواقعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه. فإن كانت الإستحالة راجعة إلى خطأ المدين، لم ينقض الالتزام. لأنه إذا وصف الفعل بأنه خطأ، فإن الالتزام يظل قائماً ولكن بما أن المدين لا يستطيع أن ينفذه عينياً، فإن عليه أن ينفذه بواسطة التعويض^{٤٣١}.

" ذلك أنه إذا استحال تنفيذ الالتزام برمته فإنه ينقضي مع توافقه، إذ تنقضي منه التأمينات الشخصية والعينية التي تضمن الوفاء به كذلك. ومن ثم ليس للدائن أن يطالب المدين بالتنفيذ العيني

^{٤٢٩} د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- أوصاف الالتزام، المرجع السابق، ص ٨٧٦.

^{٤٣٠} د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٨٨٠.

^{٤٣١} د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

لِلإلتزام لأنه صار غير ممكن ولا أن يطالبه بالتعويض ما دام المدين لم يخطأ وكانت الإستحالة ناجمة عن واقعة أجنبية عنه " .^{٤٣٢}

وترتبط فكرة الاستحالة بفكرة أخرى، تتمثل في تبعة الهلاك، وتختلف تبعة الهلاك باختلاف اليد التي تقوم عليها، وفيما إذا كانت يد ضمان أو يد أمانة. " فإذا كانت رابطة الإلتزام أحادية، بأن يكون أحد طرفيها دائماً والآخر مديناً مثلما عليه الحال في رابطة الإلتزام إذا كان مصدرها عقداً ملزماً لجانب واحد، كالوديعة، والعارية، ثم هلك الشيء محل التزام المدين، فإن الدائن هو الذي يتحمل تبعة الهلاك. لأن الشيء يؤول إليه فإذا هلك هذا الشيء فإنه لن يحصل عليه. أما إذا كانت رابطة الإلتزام ملزمة للجانبين، كأن تنشأ عن عقد البيع. فإن المدين الذي يلزم بتسليم الشيء هو الذي يتحمل تبعة هلاك الشيء لأن الإلتزام المقابل للإلتزامه سينقضي أيضاً، فالبائع يلتزم بتسليم المبيع فإذا هلك المبيع فإن التزام المشتري بدفع الثمن سينقضي. ومن ثم يتحمل البائع بوصفه مديناً تبعة الهلاك. أما المشتري فلن يتعرض لتحمل تبعة الهلاك ما دام محل التزامه نقوداً إذ أن النقود لا تهلك. مع ذلك ففي عقد البيع استثناء على هذه القاعدة وهو أن البائع إذا أعذر المشتري كي يتسلم المبيع ولم يفعل فإن تبعة الهلاك تنتقل إليه أي سيدفع ثمن المبيع دون أن يحصل عليه".^{٤٣٣}

وقد تظهر تبعة الهلاك مرتبطة بفكرة الملكية في أحيان أخرى وليس بالإلتزام. فإذا انتقل الشيء إلى يد أخرى غير يد المالك ثم هلك بقوة قاهرة، فإن الحكم يختلف باختلاف نوع اليد على الشيء، فإذا كانت اليد يد أمانة فإن صاحب هذه اليد لا يتحمل تبعة الهلاك، وتكون اليد كذلك حين يكون صاحبها نائباً عن المالك دون قصد التملك، كالوديعة مثلاً. وتكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه، كالغاصب والحائز بقصد التملك، ومن أخذ الشيء على سوم الشراء ومقتضى هذه اليد أن يتحمل صاحبها تبعة الهلاك.^{٤٣٤}

ويثور السؤال الآن عن يد البنك على البضائع محل عقد البيع الأصلي، أ تكون يد ضمان أم يد أمانة؟ لا سيما إذا كان من المعلوم أن البنك لا يملك البضائع التي تكون محلاً لعقد البيع، وأن استحصال حقه من ريع بيعها بكونها ضماناً للإلتزام المشتري لا يكون بطريق مباشر، بل وفقاً لإجراءات

^{٤٣٢} د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ٣٠٥.

^{٤٣٣} د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ٣٠٦.

^{٤٣٤} د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - الملكية، المرجع السابق، ص ١٥٥.

معينة سبق تناولها لدى الحديث عن حق البنك في إقامة دعوى الضمان. فالبنك يكون في مقام الراهن، والراهن لا ينزل منزلة المالك في ملكه، وعليه فلا يكون له سلطة مباشرة على الشيء.^{٤٣٥}

وهذا الرأي المتقدم، يعضده أن حيابة البنك للبضاعة أو المستندات الممثلة لها، لا ينقل يده من حالة الأمانة لحالة الضمان، لأن هذه الحيابة لا تجعل منه مالكا، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن النصوص القانونية التي نظمت حق البنك على البضائع خلعت وصف الرهن على هذا الحق، والرهن بطبيعة الحال إنما يكون رهناً تجارياً على البضاعة باعتبار حيابته الشرعية للصكوك الممثلة لها، وفقاً لما نصت عليه المادة (١٣٧) من قانون التجارة البحريني.^{٤٣٦} في الوقت الذي نصت المادة (١٠٠٨) من القانون المدني البحريني لدى تنظيمه لقواعد الرهن الحيازي والتي تمثل القواعد العامة للرهن، بأن الدائن المرتهن إذا تسلم الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه.^{٤٣٧}

والنص المتقدم قد جاء متسقاً مع حكم المادة (١٤٢) من قانون التجارة البحريني والتي نظمت مسؤولية الدائن المرتهن على الشيء المرهون، حيث نصت على أنه: "على الدائن المرتهن أن يباشر الأعمال اللازمة للمحافظة على المرهون وعليه أن يستعمل لحساب المدين جميع الحقوق المتعلقة بالمرهون وأن يقبض قيمته وأرباحه وفوائده وغير ذلك من المبالغ الناتجة منه على أن يستنزل ما قبضه من المصاريف ثم الفوائد ثم أصل الدين المضمون بالرهن ما لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على غير ذلك".^{٤٣٨}

^{٤٣٥} انظر تساؤلاً مشابهاً لهذا التساؤل في:

Agasha Mugasha, The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees, op.cit, p. 108.

^{٤٣٦} نصت المادة (١٣٧) من قانون التجارة البحريني لدى تنظيمه لقواعد الرهن التجاري على أنه:

"١- يشترط لنفاذ الرهن في حق الغير أن تنتقل حيابة المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى عدل يعينه المتعاقدان و أن يبقى المرهون في حيابة من تسلمه منهما حتى انقضاء الرهن.

٢- ويعتبر الدائن المرتهن أو العدل حائزاً للمرهون:

(أ) إذا وضع تحت تصرفه بكيفية تحمل الغير على الاعتقاد أن الشيء أصبح في حراسته.

(ب) إذا تسلم سكا يمثل المرهون ويعطي حائزه دون غيره حق تسلمه".

^{٤٣٧} د. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المصرفية وضماناتها، المرجع السابق، ص ١٩٤.

^{٤٣٨} انظر في شرح هذه المادة: .

Dr. Hisham Baban, Principles of Commercial Law, 1st edition, (2015), University of Bahrain, College of Law, p. 420 et seq.

و يلاحظ أن النصوص القانونية المتقدمة، ولدى مقاربتها بالنصوص الأخرى المنظمة لعقود الاعتماد المستندي تشير العديد من التساؤلات التي لا بدّ من تبيانها قبل الشروع في الحديث عن الأثر القانوني للدفع محل الدراسة الرهنة؛ ذلك أن يد البنك حسب ما هو مقرر بنص المادة (١٠٠٨) من القانون المدني البحريني إنما تكون يد ضمان، وليست يد أمانة، وذلك في مواجهة كلا المتعاقدين. فهو يضمن حفظ الشيء المرهون في مواجهة المشتري باعتباره دائناً مرتبها له. ولما كان مقررراً له مثل هذه المسؤولية في مواجهة المشتري فإن ذات الأمر يلحق بنوع اليد في مواجهة البائع، باعتباره صاحب الحيازة الشرعية لهذه المستندات، فتتقضي بذلك تبعة الهلاك لدى تمام التسليم من قبل البائع. وهذا يعني أن البنك متى قبل المستندات بعد المطابقة، فإنه يصارُ إلى كونه حائزاً شرعياً للبضاعة، بما تقوم معه مسؤوليته عن هلاكها في مواجهة عميله الأمر.^{٤٣٩}

ويكشف هذا الأمر عبارات نص المادة (١٣٧) من قانون التجارة البحريني التي أناطت الحقوق المقيضة للمشتري بالبنك، فجعلت من اتخاذ ما يلزم في سبيل حفظ الشيء أمراً وجوبياً. وهو ما يعني أن البنك بهذه المثابة يكون في حكم المدين الذي يزود عن حقه الذي آل له بمقتضى عقد البيع. فكما يتضمن هذا الأمر حقاً بإقامة دعوى لضمان ما خفي من عيوب، فإنه يقيم له الحق أيضاً بالدفع باستحالة تنفيذ العقد لهلاك البضاعة على ضمان البائع. وهذا الرأي المتقدم، يعني أن البنك لن يكون مضطراً لسداد قيمة البضاعة بعد هلاكها متى كانت على ضمان البائع، وذلك بالطبع قبل تمام التسليم.

وهذا القول المتقدم يعني أن البنك يمارس دوراً تعاقدياً هنا، بغض النظر عن مصدر الحق الذي آل إليه. فكون البنك حائزاً شرعياً للبضاعة، يعني أنه صاحب الحق الوحيد في استلامها، إلى الدرجة التي تجعل من حيازة المشتري لهذه البضائع بغير رضا البنك حيازة غير شرعية، وهو بدوره ما يجعل من المشتري غاصباً لها. وذلك مفاد نص المادة (١٠٠٦) من القانون المدني البحريني التي أوجبت على الراهن بأن يضمن سلامة الرهن ونفاذه، فليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد، وأن للدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون. وهذا ما يحمل على القول

^{٤٣٩} انظر في هذا المعنى :

بأن حيابة الشيء من قبل الراهن على نحو يمس سلامة الرهن ونفاذه تجعل من المدين غاصباً بالضرورة.^{٤٤٠}

وإذا كانت القاعدة بأن المدين إذا لم يوف دأئنه، فإن الغير لا شأن له، فلا يكون الغير طرفاً في رابطة الالتزام أو طرفاً إلا بإرادته سواء عند نشوء رابطة الالتزام أو عند امتداد رابطة الالتزام إلى الغير ليصبح شخصاً ثالثاً بإرادته أيضاً. إلا أن الدور المتقدم للبنك تجعل منه في مركز قد يوصف بأنه استثناء على القواعد العامة المقررة لمبدأ الاستقلال، والتي تجد جذورها في مبدأ نسبية أثر العقد على عاقيده، فكما تقيم الدعوى المباشرة الحق لرب العمل بالرجوع على المقابل من الباطن، فإن مثل هذه العلاقة بين البنك والمستفيد - بصفته دائناً مرتهناً - تجعل من البائع المستفيد مسؤولاً في مواجهة البنك، على الرغم من أن خطاب الاعتماد لا يجعل من المستفيد مسؤولاً بأية شكل من الأشكال إزاء البنك.^{٤٤١}

وعند البحث عن تبعة هلاك البضاعة فإننا نكون أمام فرضين اثنين، أولهما أن يكون هلاك البضاعة قبل تمام تسليمها للبنك، فإن البائع في هذه الحالة يتحمل تبعة الهلاك في مواجهة المشتري. والآخر أن يكون هلاك البضاعة بعد تسليمها للبنك من قبل البائع، وقبل تمام تسليمها للمشتري من قبل البنك، وفي هذه الحالة يتحمل البنك تبعة الهلاك في مواجهة المشتري؛ لأنه يكون مسؤولاً عن حفظ البضاعة، وأن يبذل في سبيل ذلك عناية الشخص المعتاد وفقاً للقواعد المنظمة للرهن.^{٤٤٢}

ولابد أن ازدواج المركز القانوني للبنك إزاء مثل هذه المسؤولية يظهر الخلل الذي تواجهه فكرة الاستقلال في حد ذاتها، والتي ظهرت لحماية الطابع الخاص لعمليات الاعتماد المستندي، حيث تعجز هذه الفكرة عن تفسير المركز القانوني الذي يتحدد للبنك لدى قيام فكرة المسؤولية عن تبعة الهلاك. لأن القول بحيابة البنك الشرعية تعني أن يقوم للحائز الحق في الدفع باستحالة التنفيذ، وذلك في مواجهة المستفيد الذي يسعى للحصول على قيمة الاعتماد، لا سيما في الفرض الذي تكون فيه كافة المستندات صحيحة ومطابقة. فهل يمكن القول بانعدام مصلحة البنك أو حقه في مثل هذا الدفع؟ إن الجواب لا بد أن يكون بالنفي. لأن الدفع باستحالة تنفيذ العقد من قبل البنك باعتباره مديناً للمستفيد بقيمة الاعتماد

^{٤٤٠} إبراهيم سيد أحمد ورائدا محمد جادو، المرجع السابق، ص ٩٩.

^{٤٤١} راجع في علاقة البنك بالمستفيد : علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٩٨.

^{٤٤٢} انظر : .

هو أمر ثابت له قانوناً. والمعلوم أن الدفع بالاستحالة يكون لأصحاب المراكز القانونية التعاقدية في عقودهم دون غيرهم، حيث يلتزم بإثباتها المدين بالتنفيذ،^{٤٤٣} وهو كما سبق القول من الدفع التي تؤول للراهن بموجب عقد الرهن باعتبارها من ملحقات الشيء واعتبارها أمراً لازماً نتيجة الالتزام بالمحافظة على المرهون.^{٤٤٤}

ويتضح جلياً أن التأثير السلبي لفكرة الإستقلال، ناهيك عن القول بعدم اعتبار البنك نائباً عن المتعاقد المشتري، قد جعل من مبدأ الاستقلال فكرة مطلقة ومجردة إلى الحد الذي لا يولي فيها البنك أية أهمية للمركز القانوني الذي يشغله المشتري، وهو أمرٌ منافٍ لقواعد العدالة. أي أن يقوم البنك بقبول مستندات يعلم بهلاك بضاعتها، لا سيما في الفرض الذي يكون هنالك تزوير في سند الشحن.

"فالأصل الطبيعي هو أنه إذا اشترط العميل في تعليماته، ومن بعده خطاب الاعتماد سند شحن، من ضمن المستندات التي ينبغي على المستفيد تقديمها للبنك للمطابقة، فإن ذلك يعني في الظروف المعتادة أن يكون سند الشحن نظيفاً؛ لأن التعهد بوفاء الثمن نظير سند شحن إنما يقصد به سند الشحن النظيف، بحيث لا يحتاج إلى ذكره". ويرى الشراح الثقات أن الأمر ليس صعباً بالنسبة للبنك، لأنه محترف، ولديه موظفون متخصصون في شؤون الاعتمادات المستندية يعلمون المألوف وغير المألوف، وما يجري به العمل وما يشذ عنه، ويقررون أن البنك يخطئ إذا قبل دون تصريح من عميله سند شحن قد يضر هذا العميل بما يجاوز المعتاد، أو يتضمن ملاحظة مصاغة يكون البنك في شك من أثرها القانوني على وجه التحديد، وبالتالي في شك من أن المشتري سيقبله بوصف أنه هو السند الذي اشترطه في تعليماته.^{٤٤٥} وهذا يعني أن على البنك حين يقوم بفحص المستندات ألا يبحث في مصلحته الخاصة دون مصلحة العميل الأمر.^{٤٤٦}

^{٤٤٣} سليمان مرقس، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٨٢٦.

^{٤٤٤} د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص ٦٣١.

^{٤٤٥} د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ١٨١.

^{٤٤٦} يظهر أن البنك حين يقوم بفحص المستندات فإنه يكون مدفوعاً بمصلحته الخاصة وكذلك مصلحة العميل المشتري، وهو ما يستلزم فحص المستندات بدقة وعناية. وتتمثل مصلحة العميل في تنفيذه لعقد البيع والتأكد من تمام دفع الثمن. أما مصلحة البنك فتتمثل في تمكنه من استرداد ما دفعه للبائع من عميله المشتري طالما قدم إليه المستندات بالمطابقة لتعليماته، فضلاً عن أن هذه المستندات تمثل حيازة البضاعة المباعة والحقوق الأخرى المتعلقة بها، وبحصول البنك على المستندات السليمة فإنه يكون واثقاً وضامناً من استرداد حقوقه من العميل. علي الأمير ابراهيم، المرجع السابق، ص ١٦١.

وعلى الرغم من ذلك، فإن المبدأ القائل بذاتية المستندات يعني أنه يتمتع على البنك الحائز للمستندات لدى فحصه لهذه المستندات أن يبحث فيما يكون خارجها.^{٤٤٧} فهو ينظر فيها وينظر في شروط الاعتماد المرسل إلى المستفيد، ويضاهي كلا منهما بالآخر، ويقرر بناء على ذلك ما إذا كانا متطابقين. وهذا ما يترتب عليه ألا يدخل في الاعتبار شروط عقد البيع، ولا شروط عقد الاعتماد، أي علاقة البنك بعميله المشتري، ولا عادات التجارة الخاصة بالبيع، ولا عادات أو عرف النقل البحري، ولا أوامر السلطة أو الحكومة، ولا ظروف البائع، ولا قوانين بلده، ولا شيء من ذلك يحول دون ضرورة أن تكون المستندات مطابقة تماماً لشروط الاعتماد.^{٤٤٨}

على أنه إذا كان المبدأ السائد هو ذاتية المستندات، بما يعني أن البنك لا يبحث فيما دون هذه المستندات، فإن القول بحقه في الدفع بهلاك البضاعة يعد غير جائز بالنسبة له.^{٤٤٩} فضلاً عن أن الوقوف على هلاكها يكون متعزراً بالنسبة له لا سيما إذا كانت في حالة لا تسمح بمعرفة هلاكها من عدمه. وقد يقال بأن سند الشحن لن يعطى للبائع دون أن يتم فحصه من قبل الناقل، والحال أن الناقل ليس من مصلحته أن يدفع بهلاك البضاعة أو أن يتمتع عن تسليم مثل هذا السند، لأن في ذلك إثارة لمسؤوليته. بالإضافة إلى أن الفحص لن يكون بالطريقة التي يتم اتباعها من قبل صاحب المصلحة أو الحق.

إن الفرض المتقدم يشتد خطورة مع القول بانعدام مسؤولية البنك لدى مطابقته المستندات المتفق عليها في عقد الاعتماد، حين تكون هذه المطابقة سليمة وحرفية، لأن ذلك يعني أن المشتري سيكون ملزم بسداد قيمة بضاعة لم يتفق عليها مع البائع، وقد يلزم بسداد قيمة بضاعة هلكت قبل مطابقة وقبول مستنداتها، وهذا منافٍ لقواعد العدالة. لا سيما إذا كان البائع لا يستطيع حيازة البضاعة بموجب قواعد الرهن التجاري المقرر للبنك، وهو ما يعني أنه لن يستطيع الوقوف على حالة البضائع إلا حين يقوم بسداد قيمة الاعتماد للبنك فضلاً عن العمولة والفوائد.^{٤٥٠}

وهكذا فإن استحالة التنفيذ لسبب أجنبي، تؤدي إلى انقضاء الالتزام وتوابعه. ويتحمل الدائن وحده تبعه الهلاك، فعليه الغرم دون المدين، ولكون عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين، فإن مؤدى هذه

^{٤٤٧} حسين شحادة الحسين، المرجع السابق، ص ١٨٧.

^{٤٤٨} د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ١٩١.

^{٤٤٩} علي الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ص ٦٦.

^{٤٥٠} راجع في ذلك : نجوى أبو الخير، المرجع السابق، ص ٤٤٦ وما بعدها.

الإستحالة هو أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه بمجرد تحقق هذه الإستحالة، إذ نصت المادة (١٤٥) في الفقرة (أ) من القانون المدني البحريني على أن:

" أ) في العقود الملزمة للجانبين، إذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد له فيه، انقضى هذا الالتزام، وانقضت معه الالتزامات المقابلة على الطرف الآخر، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه".

ومؤدى انقضاء الالتزام أن " تنقضي معه تأميناته العينية والشخصية " فإذا كان هنالك رهن أو حق امتياز يكفل الالتزام قبل استحالة تنفيذه، فإن هذه الحقوق العينية تنقضي بانقضاء الالتزام، ويجب على الدائن أن يقوم بالإجراءات الواجبة لشطب القيد الذي كان يشهر هذه التأمينات. وإذا كان للالتزام كفيل شخصي، ثم استحال تنفيذه بسبب أجنبي فانقضى، وبرئت ذمة المدين منه، فإن ذمة الكفيل تبرأ تبعاً لبراءة ذمة المدين".^{٤٥١}

فإذا كان مؤدى انقضاء العقد أن تنقضي معه تأميناته، فإن ذلك يعني انقضاء ما كان للبنك من رهن تجاري على البضاعة في مواجهة المشتري عند هلاكها، وهذا الحق كما سبق تبيانه إنما يقوم للبنك بموجب حقه في ثمن البضاعة. ولما كان ذلك يعني انقضاء الحق في الرهن فور انقضاء العقد بهلاك البضاعة، فإن البنك يفقد الحال كذلك صفته في الدفع باستحالة التنفيذ، وبالتالي حبس قيمة الاعتماد، وهو ما يحمل على القول بالزام البنك بأداء قيمة البضاعة عند مطابقة المستندات الصحيحة، وهذا يمثل إنكاراً صارخاً لقواعد العدالة.

ويظهر أن مبدأ الاستقلال بهذه المثابة، يثير مشكلات عملية تتعلق بتنفيذ العقود أكثر من تلك التي يقوم بمعالجتها على المستوى النظري؛ فالقول باستقلال المراكز القانونية لكل طرف من أطراف الاعتماد قد يبدو مقبولاً إلى حد ما، ولكن هذا الأمر يصطدم بالحالات التي يتطلب فيها الواقع العملي أن يُخلع على طرف من الأطراف وصف المتعاقد. ومنها على سبيل المثال الحالة محل الدراسة الرهنية. فوصف البنك بالغير عن عقد البيع الأصلي يعني أنه ليس معنياً بتنفيذ ذلك العقد، وبالرغم من ذلك فهو معني بالعقد التي أبرمت في سبيل تنفيذه، وملزم بمطابقة محلها ولو بصورة افتراضية ومن ثم أداء قيمتها. ويبدو أن هذا المبدأ لم يعد قادراً على مواجهة التطورات الحاصلة على صعيد العلاقات التجارية، فلم يعد المبدأ الحامي للمراكز القانونية على النحو المسلم به في كتب الفقه. فقد

^{٤٥١} د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٨٤٤.

ظهرت العديد من الصعوبات القانونية التي تواجه البنك في حماية البضاعة التي تمثل ضماناً لحقه إزاء المتعاقدين. في الوقت الذي يستثنى من الحماية العقدية المقررة للأطراف الأخرى. وتظهر المسؤولية التقصيرية صعوبة التطبيق في كثير من الأحيان لا سيما أن إقامة مثل هذه المسؤولية يستلزم إثبات الخطأ الصادر عن الغير، في الوقت الذي تقوم المسؤولية العقدية بمجرد انعدام التنفيذ أو تنفيذ العقد بشكل معيب، وهذا يتضمن بطبيعة الحال إضراراً بحق البنك، بل وإجحافاً بحق العميل، والذي يصعب عليه في كثير من الأحيان الوقوف على حال البضاعة جراء عجزه عن استلامها.

المبحث الثاني

مدى جواز تمسك طرفي عقد البيع بالدفع المقررة للبنك

تتمثل وظيفة البنك الأساسية في مساعدة طرفي عقد البيع الأصلي في تنفيذ عقدهم. إلا أن هذا الدور لم يعف البنك من المسؤولية في مواجهة طرفي العقد العميل والمستفيد، وذلك باعتباره طرفاً أصيلاً في عقد الاعتماد. فيظل البنك مسؤولاً عن كل خطأ في فحص المستندات من حيث شكلها الظاهر؛ لأن هذا هو جوهر التزامه في الفحص.^{٤٥٢}

والواضح من نصوص الأصول والقواعد الموحدة (UCP 600) أنها قد عالجت القواعد العامة دون التطرق للمشكلات العملية التي تطرأ لدى تنفيذ عقود الاعتماد، فتطرقت للحالات العامة التي تعفي من المسؤولية والتي لا يسأل معها البنك، على الرغم من أن هذه الحالات لا تخرج عن الصورة العامة للإعفاء من المسؤولية، والتي نظمها النصوص والقواعد المدنية، من ذلك مثلاً: دفع المسؤولية بخطأ الغير، أو القوة القاهرة، علاوة على فكرة التزوير التي باتت اليوم مقبولة إلى حد كبير دولياً بكونها استثناءً على مبدأ الاستقلال. وإذا كانت هذه الحالات تمثل إعفاءً للبنك من مسؤوليته، فهل يستفيد منها أطراف العقد الأصلي؟ وهل يمكن القول مثلاً بأن للمشتري الإحتجاج على الدفع أمام البنك بسبب حصول تزوير في المستندات، أو وجود خطأ الغير أو سوء نية المتعاقد الآخر، أو وجود قوة القاهرة يتعذر معها تنفيذ العقد؟ إن الإجابة على هذا السؤال تتطلب معالجة كل حالة من هذه الحالات على حدة، وردها لأصولها المدنية للوقوف على آثارها القانونية في مواجهة المتعاقدين والغير. وعليه

^{٤٥٢} - انظر:

Agasha Mugasha, The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees, op.cit, p. 195 Robin Burnett & Vivienne Bath. Law of International Business in Australasia, (2009), the Federation Press, Austrelia, p. 231 et seq.

سيتم تناول هذه الحالات في مطلبين يخصص الأول للدفع المتعلقة بالسبب الأجنبي متمثلين في القوة القاهرة وخطأ الغير، على أن يخصص المطلب الثاني لتناول الدفع المتعلقة بتنفيذ عقد الاعتماد، متمثلاً في سوء نية المتعاقد الآخر، والتزوير.

المطلب الأول

الدفع المتعلقة بالسبب الأجنبي

يتناول هذا المطلب الدفع التي يتيحها القانون المدني للمدين لدفع مسؤوليته المدنية، نتيجة لوجود سبب أجنبي، يؤدي إلى قطع العلاقة السببية بين خطأ المدين والضرر الذي أصاب الدائن. فلا يسأل المتعاقد عن هذا الخطأ، ومن ذلك القوة القاهرة وخطأ الغير. وعليه فإنه سيتم تناول هذين الدفعين على سبيل التمثيل لا الحصر لهذه الدفع.

الفرع الأول

الدفع بوجود قوة القاهرة

يشار إلى القوة القاهرة في التشريعات بكونها سبباً أجنبياً يؤدي إلى قطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر. والقوة القاهرة إذ هي على هذا النحو، فإنها تعرّف بكونها " حدث " يخرج عن نطاق إرادة الأشخاص، إذ هي حدث خارجي يتميز باستحالة الدفع والتوقع، فيكون هذا الحدث مصدراً للضرر على نحوٍ يقطع العلاقة السببية المفترضة بين الخطأ والضرر.^{٤٥٣} وتتناول كافة التشريعات القوة القاهرة في تنظيماتها المدنية باعتبارها سبباً مانعاً من قيام المسؤولية وذلك تحت مسمى السبب الأجنبي، والذي يمثل مفهوماً أشمل لما ينضوي تحته من حالات، منها الحادث الفجائي، والآفة السماوية، ومنها بطبيعة الحال القوة القاهرة. ولا يستثنى من ذلك المشرع البحريني الذي نص في قانونه المدني في المادة (٢١٦) بأنه : " إذا تعذر تنفيذ الالتزام عيناً أو تأخر المدين في التنفيذ، فعليه تعويض الضرر الذي لحق الدائن بسبب ذلك ما لم يثبت المدين أن عدم التنفيذ أو التأخير كان لسبب أجنبي لا يد له فيه". ونص في المادة (٢١٠) في الفقرة (ب) من ذات القانون على أنه : " ومع ذلك، لا يكون الهلاك

^{٤٥٣} د. صبري حمد خاطر، النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام ، المرجع السابق، ص ٣٥٨.

على المدين ولو أعذر، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك عند الدائن لو أنه سلم إليه، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعه القوة القاهرة أو الحادث الفجائي".^{٤٥٤}

ومفاد النصوص المتقدمة، هو قطع العلاقة السببية بين خطأ المدين وضرر الدائن في الحالة التي يقع فيها الضرر نتيجة لوجود قوة القاهرة أو حدث مفاجئ، أو غير ذلك من الأسباب الأجنبية عن سلوك المدين. وهذه النصوص المتقدمة قد جاءت متسقة مع نص المادة (١١) من الأصول والقواعد الموحدة (UCP 600) والتي نصت على أن:

"لا تتحمل البنوك أية مسؤولية نتيجة عدم قيامها بأعمالها بسبب القضاء والقدر والاضطرابات والحروب الأهلية والحروب، وكل ظروف أخرى تخرج عن إرادتها وكذلك نتيجة للاضطرابات أو إغلاق المصانع بإرادة أصحابها أو إضراب أصحاب الأعمال". ويتضمن هذا النص إعفاء للبنك من أية مسؤولية عن قوة القاهرة أو حادث فجائي قد يظهر أثناء تنفيذ العقد. وهذا الإعفاء يعني أن البنك لا يلزم بتعويض أطراف العقد عن الأضرار التي تحدث نتيجة لسلوكهم، وذلك كرفض مطابقة المستندات بعد المدة المحددة في خطاب الاعتماد والتي لربما تكون قد انقضت نتيجة لتوقف أعمال البنك لوجود قوة القاهرة. فسلوك البنك إذ هو على هذا النحو يتجرد من وصف الخطأ، والخطأ قوام المسؤولية التي تكون بدورها قوام التعويض.^{٤٥٥}

غير أن هذه الأسباب التي أوردتها الأصول والقواعد الموحدة (UCP 600) والمعفية للبنك من المسؤولية لم يكن هنالك ثمة من داعٍ لذكرها " إذ هي ترتب أثرها ولو لم يرد لها ذكر، فهي أسباب إلى جانب أسباب أخرى يجمع بينها أنها ليست باختيار البنك، ولا سيطرة لها عليها، وهي إما أسباب عامة كالحروب أو خاصة بالقطاع المصرفي كالإضراب والإغلاق، وترتب إعفاء للبنك ولو لم ترق إلى مستوى القوة القاهرة، وعليه فإنه يثبت نسبة الضرر المدعى به إلى ما ورد بالنص. ويكون الشرط في كل صور الإعفاء هذه: ألا يمثل سبب الإنقطاع خطأً من البنك وإلا انعقدت مسؤوليته، ولا يجديهِ التمسك بالنص في هذه الحالة".^{٤٥٦}

^{٤٥٤} انظر في شرح هذه المواد : عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ٥٤١، وسليمان مرقس، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص ٤٨٣.

^{٤٥٥} نجوى أبو الخير، المرجع السابق، ص ٣٧٣.

^{٤٥٦} علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٢٩٨.

وقد برر البعض مثل هذا الإعفاء بأن البنك يتقاضى مقابلاً محدوداً لقاء فتحه الاعتماد؛ ولذلك فإنه لا يمكن اعتباره ضامناً لنتائج هذه العملية.^{٤٥٧} وهو الأمر الذي كان دافعاً لبعض المحاكم في مرات عديدة إلى إعفاء البنك من المسؤولية الناجمة عن الأفعال والأخطاء التي تقع من موظفيه وهم بصدد تنفيذ الاعتماد.^{٤٥٨} وهذا الأمر مردودٌ عليه، بأن لجوء العميل الأمر والمستفيد، إلى البنك كوسيط لإتمام عملية البيع، يضع من شخصية البنك محل اعتبار، نظراً لما قد يتمتع به من سمعة تجارية وكفاءة، كما أن إعفاء البنك وتحميل العميل لتبعة إخفاق موظفي البنك إنما يؤدي إلى نتائج غير عادلة.^{٤٥٩}

ويثير مفهوم القوة القاهرة - على هذا النحو - تساؤلاً في غاية الأهمية، وهو مدى إمكانية إفادة باقي أطراف عملية الاعتماد المستندي من مثل هذا الدفع، وذلك بالاستناد للنصوص والقواعد المدنية التي أعطت لكافة المتعاقدين الحق في دفع المسؤولية عند وجود السبب الأجنبي، حيث يظهر من نص المادة (١١) من الأصول والقواعد الموحدة أنه لم يثر جديداً بشأن فكرة المسؤولية؛ لأن فكرة السبب الأجنبي هي فكرة أصيلة في القواعد والأعراف المدنية. وهذا الأمر يعني بالضرورة أن أيّاً من المتعاقدين لا يمنع من الإفادة من الدفع به عند وجوده. فلو تعذر على البائع مثلاً أن يقوم بتسليم البضاعة نتيجة لوجود قوة القاهرة تمنعه من ذلك، فلا يتصور إلزامه بالتعويض بناءً على دعوى المسؤولية. ويستطيع المتعاقد الآخر أن يطلب الفسخ الذي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، على اعتبار أن عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين، والتي تجيز طلب الفسخ في حالة تأخر التنفيذ.^{٤٦٠}

وقد سبق تناول أثر استحالة التنفيذ على العقد الأساس ومدى جواز دفع البنك أمام المستفيد بهذه الاستحالة، ومن حالات هذه الاستحالة القوة القاهرة والحادث الطارئ الذي لا قبل للمتعاقدين بدفعه، وتبين أن للبنك التمتع بمثل هذا الدفع في مواجهة المستفيد. ولا تتوافر الاستحالة إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالنوع إذ يمكن دائماً توفير بضاعة من نفس النوع الذي هلك. لكن إذا كانت هذه البضاعة غير موجودة في الأسواق، كما لو كان قد صدر قرار بحظر استيرادها فإن الاستحالة تتوافر كما تتوافر الاستحالة أيضاً إذا اشترط أن تكون البضاعة المعينة بالنوع من مصدر معين وتعذر بصورة مطلقة

^{٤٥٧} نجوى محمد كمال أبو الخير، المرجع السابق، ص ٣٧٣.

^{٤٥٨} Suisse Atlantique Societe D'Armement Maritime S.A.v.N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale (1967) A.C. 361.

^{٤٥٩} علي الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ١٠٩.

^{٤٦٠} عبدالمنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص ١١٨.

الحصول عليها من هذا المصدر.^{٤٦١} ومن ناحية أخرى، يلاحظ المتمعن في نصوص القواعد والأصول الموحدة، أن هذه الاتفاقية قد نظمت في الغالب أعمال المصارف وعلاقاتها بباقي أطراف عملية الاعتماد المستندي، أما علاقة المستفيد بالعمل الأمر والتي تظهر بموجب عقد البيع الأصلي المبرم بينهما، إنما تخضع في تنظيمها للقواعد العامة التي تضعها القوانين المحلية باعتبار أن العقد بهذه المثابة لا يخرج عن كونه عقداً مسمى. ولا يتصور والحال كذلك، أن يفهم من غياب مثل هذا النص مصادرة حق المستفيد والعمل الأمر في الدفع بوجود قوة القاهرة لدفع المسؤولية، وذلك بمفهوم المخالفة، كما انتهى إلى ذلك بعض الفقه.^{٤٦٢}

ولا يختلف الحال فيما لو كان مثل هذا الدفع في مواجهة البنك، أو في مواجهة المتعاقد الآخر، لأن الأثر القانوني للدفع بالقوة القاهرة هو نفي الخطأ عن سلوك المتعاقد، والذي يؤدي بدوره إلى توقي المسؤولية، وبالتالي عدم استحقاق المتعاقد الآخر للتعويض.^{٤٦٣} غير أن هذا الدفع وإن كان ثابتاً من حيث الأصل للمتعاقدين، إلا أن المستفيد والعمل الأمر قد لا يستفيدان منه من الناحية العملية. فالمستفيد لا يلتزم إزاء البنك فعلياً، لأن الأساس القانوني للعلاقة بين البنك والمستفيد هو التعهد غير المشروط من جانب البنك بأداء قيمة الاعتماد بموجب خطاب الاعتماد الصادر عنه للمستفيد والذي يكون من قبيل الإرادة المنفردة، وتقديم المستندات لا يكون التزاماً حقيقياً على عاتق المستفيد؛ لأنه يظل على الخيار بين تقديمها من عدمه.^{٤٦٤}

أما التزام العميل الأمر إزاء البنك فهو التزام بأداء مبلغ نقدي معين، وذلك بموجب عقد الاعتماد المبرم بينهما، والالتزام بسداد مبلغ من النقود لا يتعذر تنفيذه عيناً.^{٤٦٥} ولهذا فلا يتصور والحال كذلك أن يتم الدفع فيه بوجود القوة القاهرة والتي يتم معها دفع المسؤولية عن عاتق المشتري. غير أن القوة القاهرة لو وقعت ومنعت المشتري من أداء التزاماته، كأن يكون مثلاً ملزماً بأداء عمولة البنك في تاريخ معين، ثم حدثت القوة القاهرة وعجز معها المشتري عن تحويل المبلغ المالي المستحق للبنك، فهل يمنع

^{٤٦١} خالد أحمد عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٥٣.

^{٤٦٢} جورجيت صبحي، المرجع السابق، ص ١٧٦.

^{٤٦٣} عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ٥٤٢.

^{٤٦٤} علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ١٠٠.

^{٤٦٥} تنص المادة (١٠٧) من القانون المدني البحريني على أنه: "إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، التزم المدين بقدر عددها في العقد...". راجع في شرح ذلك: د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص ٣١٨.

المشتري من الدفع بها فتقوم مسؤوليته في مواجهة البنك في كل الأحوال؟ الجواب لا بد أن يكون بالنفي في هذا الفرض. ويكون ذلك بالطبع ما لم يتفق الطرفان على تحمل المشتري لتبعة القوة القاهرة حيث أجازت المادة (٢١٨) من القانون المدني البحريني على نقل تبعة الهلاك أو تحمل التبعة على اعتبار أن هذا الالتزام لا يعدو عن كونه التزاماً تعاقدياً، وذلك بنصها على أنه: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي". ومفاد هذا النص هو أن قواعد المسؤولية العقدية لا تتعلق بالنظام العام، ولذلك أجاز للمتعاقدین الاتفاق على خلافها. فلو تمّ الاتفاق بين العميل الأمر والبنك على تحمل البنك لتبعة القوة القاهرة فإن الأخير لا يستطيع دفع مسؤوليته في مواجهة عميله الأمر لوجود سبب أجنبي، ويلزم البنك بقبول المستندات من المستفيد لدى تقديمها للمطابقة، بل وبسداد قيمتها.^{٤٦٦}

وإذا كانت القوة القاهرة على النحو المبين أعلاه تؤدي إلى قطع العلاقة السببية بصورة كاملة إذا كانت السبب الوحيد في إحداث الضرر، وبذلك يعفى الشخص الذي افترض خطؤه سبباً للضرر من المسؤولية، إلا أنه بالمقابل، لا تكون المشاركة بصورة جزئية في ذلك الخطأ معفية للشخص من المسؤولية كلياً، فيكون ملزماً بالتعويض على القدر الذي أحدثه من الضرر^{٤٦٧}. فلو سلم المستفيد المستندات للبنك في آخر يوم من انتهاء مدة الاعتماد، فلم تتم المطابقة، ثم حدثت قوة القاهرة بما أدى إلى توقف أعمال البنك لمدة معينة أو هلاك هذه المستندات، فهل يكون ذلك دافعاً لمسؤوليته؟ ستكون الإجابة بالطبع بالنفي. ويكون البنك في هذه الحالة ملزماً بتعويض المستفيد، وكذلك العميل الأمر. ويوصف مثل هذا السلوك الصادر عن البنك بأنه خطأ، وهو موجب للمسؤولية على النحو الذي سبق الإشارة إليه؛ ذلك أن نص المادة (١١) يقرر إعفاء البنك من المسؤولية في حال تأخيره في تنفيذ الاعتماد إذا تقدم المستفيد بالمستندات فوجد البنك معطلاً عن العمل، أو أن تستطيل مدة التعطل فتتقضي وتتقضي معها مدة الاعتماد، وذلك بالطبع ما لم يكن البنك مفوضاً من قبل عميله الأمر بإجابة طلب المستفيد بعد مدة الاعتماد ولو كان ذلك مضراً بالبنك.^{٤٦٨}

^{٤٦٦} د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات الدول العربية - القسم الأول، معهد البحوث والدراسات العربية، سنة ١٩٧١، ص ١٩، راجع أيضاً: د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٦١٩.

^{٤٦٧} سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٩٦٤

^{٤٦٨} للمزيد عن التعويض عن الضرر راجع: نجوى أبو الخير، المرجع السابق، ص ٣٩٥.

الفرع الثاني

الدفع بوجود خطأ الغير كسببٍ معفي من المسؤولية المدنية

تنص المادة (٣٥) من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية (UCP 600) على:

" عدم المسؤولية عن الإرسال والترجمة فلا يتحمل المصرف أي التزام أو مسؤولية عن النتائج الناجمة عن التأخير أو فقدان خلال الإرسال أو التشويه أو أي أخطاء أخرى ناجمة عن إرسال أية رسائل أو تسليم أية رسائل أو مستندات، عندما تكون هذه الرسائل والمستندات قد تم إرسالها أو نقلها طبقاً لمتطلبات الاعتماد، أو عندما يكون المصرف قد بادر في اختيار طريقة الإرسال، في حال غياب مثل هذه التعليمات في الاعتماد. وإذا اعتبر المصرف المسمى أن التقديم مطابق، وقام بإرسال المستندات إلى المصرف المصدر أو المصرف المعزز، سواء قام المصرف المسمى بالوفاء أو بالتداول أم لا، فإنه على المصرف المصدر أو المصرف المعزز الوفاء أو التداول، أو تغطية ذلك المصرف المسمى حتى لو ضاعت المستندات وهي في طريقها من المصرف المسمى إلى المصرف المصدر أو المصرف المعزز، أو في طريقها بين المصرف المعزز والمصرف المصدر. ولا يتحمل المصرف أي التزام أو مسؤولية عن أخطاء الترجمة أو التفسير للمصطلحات الفنية، ويجوز له أن يعزز مصطلحات الاعتماد دون ترجمتها".

ويمكن - بالرجوع للنص المتقدم - وضع السبب الأجنبي في هذه الحالات التي أفردتها تحت عنوان واحد يتمثل في الخطأ الصادر عن الغير. وخطأ الغير بهذه المثابة يظهر كسببٍ معفي من المسؤولية، " فعندما تقام الدعوى تجاه شخص ثبت أنه ارتكب خطأ، فإن من الوسائل التي يستطيع بها هذا الشخص دفع المسؤولية عنه - وذلك بصورة جزئية أو كلية - هو أن يثبت أن الضرر لم ينجم عن خطئه، وإنما عن خطأ الغير أو خطأ المتضرر نفسه، على نحو يؤثر على العلاقة السببية، بين خطأ ذلك الشخص وبين الضرر".^{٤٦٩}

ويؤثر خطأ الغير بهذا النحو على افتراض العلاقة السببية بين خطأ الغير والضرر، غير أن هذا الأثر يختلف بحسب الصورة التي يظهر عليها، فهو إما أن يتقرد في إحداث الضرر، ليكون السبب الوحيد في إحداثه. وإما أن يساهم خطأ الشخص مع خطأ الغير فيكون الخطأ مشتركاً بينهما، وفي هذا الفرض فإن خطأ الغير لا يؤدي إلى قطع العلاقة السببية بصورة تامة، فيسألان على وجه التضامن

^{٤٦٩} د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ٣٥٥.

والتضام، ويكون للمتضرر أن يعود على كلاهما بالتعويض.^{٤٧٠} وهذه الأحكام المتقدمة تمثل المفهوم العام الذي تقوم عليه فكرة السبب الأجنبي، والتي ينضوي تحتها مفهومي القوة القاهرة وخطأ الغير، وقد نصت على ذلك المادة (١٦٥) من القانون المدني البحريني بقولها أنه : " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص بخلاف ذلك". ولذلك فإن خطأ الغير إذ هو على هذا النحو لا يحتاج إلى نص خاص على الإعفاء من المسؤولية الناجمة عنه ليستفيد منه البنك، وذلك من قبيل النص على عدم مسؤوليته عن فقدان المستندات أثناء الإرسال أو تأخر المستندات في الوصول، فلا جرم أنها ستكون مسؤولية الناقل لا البنك، فلا يحتاج ذلك إلى نص خاص بشأنها.

وبالرجوع إلى الحالات التي أوردها المادة (٣٥) من الأصول والأعراف الموحدة (UCP 600)، فإنه يلاحظ أن التطبيق العملي لهذه الأعراف قد يحمل تجاوزاً على القواعد العامة التي تنظمها الأعراف التجارية والقوانين المدنية، ويمكن تلخيص هذه الملاحظات فيما يلي :

١. إن النص على عدم مسؤولية البنك عن التأخر في المستندات قد يكون مقبولاً بشكلٍ أوليٍّ، إلا أن هذا الأمر قد يتعارض مع القواعد العامة التي تقيم المسؤولية المشتركة لدى مساهمة خطأ المضرور مع الغير.^{٤٧١} ففيما يتعلق بالإرسال فإن البنك يكون مسؤولاً مسؤولية المحترف في اختيار طريقة الإرسال السريعة والمضمونة، والتي تتفق مع طرق تنفيذ المعاملات التجارية التي تقوم على السرعة والاستقرار والطمأنينة.^{٤٧٢} فإذا ما قام بإرسال هذه المستندات لبنك معزز مثلاً عن طريق البريد العادي الذي يأخذ فترات قد تعدّ طويلة إلى حدٍّ ما، فلا يستقيم القول بعدم مسؤولية البنك في هذه الحالة. فالبنك بكونه محترفاً لا بدّ أن يختار الوسيلة الصحيحة لإرسال المستندات، والتي يلزم فيها بتقديم العناية الخاصة بالأظرف المرسلّة، فإذا قام باختيار الوسيلة الصحيحة للإرسال، أمكن القول بانعدام مسؤوليته.^{٤٧٣}

^{٤٧٠} سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٥٠٣، راجع أيضاً : د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء مصادر الالتزام، ص ٧٣٥ وما بعدها، و أنور العمروسي، الموسوعة المرجع السابق، ص ٥٧٢ وما بعدها.

^{٤٧١} سليمان مرقس، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص ٤٩.

^{٤٧٢} حسين شحادة الحسين، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

^{٤٧٣} أنظر في هذا المعنى : نجوي محمد كمال أبو الخير، المرجع السابق، ص ٢٩٤.

٢. إن إعفاء البنك من المسؤولية عن أخطاء الترجمة قد يعدّ أمراً مقبولاً هو الآخر، لا سيّما في الحالة التي يتم فيها تقديم هذه التراجم من المستفيد، غير أن هذا الإعفاء حين يتعلق بتفسير المصطلحات الفنية من قبل البنك، والتي يتصور منه أن يكون عالماً بها، فإن ذلك يشكل تجاوزاً في الحماية المقدمة للمصارف. فمسؤولية البنك في مواجهة العميل الأمر والمستفيد ترتبط بأمر واحد، وهو مدى تحريّ الدقة عند المطابقة.^{٤٧٤} وهذه المطابقة وإن توافقت الفقه على كونها المطابقة الحرفية، فإن معيارها هو مطابقة الحرفي الضليع في أمور المحاسبة والشحن، وإلا ما هي العبرة من اللجوء إلى المصرف من قبل طرفي عقد البيع من حيث الأصل.^{٤٧٥} فلو قدّم مستند كتب عليه Bill of Load وكانت الترجمة المرفقة هو أنه بوليصة تأمين، ألا يكون ذلك تجاوزاً في حمايته على حساب مصلحة العميل الأمر، وهذا إخلال بالمراكز التعاقدية وتكريساً لعقد الاعتماد بكونه عقداً من عقود الإذعان.

وإذ كان الحال على ما تقدّم، فهل يمكن القول بجواز دفع العميل الأمر أو المستفيد بخطأ الغير في مواجهة البنك؟ لا سيّما أن مصلحة البنك في هذه الحالة تقتضي تنفيذ الاعتماد، على أن يكون ذلك شريطة صحة مستنداته وعدم تزويرها، فهذا التزوير يثير مسؤولية المتسبب به، ولذلك فإن الإجابة على السؤال المتقدم لا بدّ أن تكون بالإيجاب. فللعامل الأمر أو المستفيد المصلحة في الدفع بخطأ الغير بالاستناد للنصوص والقواعد المدنية العامة. ففي الفرض الذي يسعى فيه البنك للتعويض جراء التزوير في المستندات أو الغش فيها، فليس هنالك ما يمنع المستفيد من الدفع بخطأ الغير كسبب معفي من المسؤولية، كأن يتم الدفع بأن هذه الترجمة صادرة عن الغير، وفي ذات الوقت فإن المشتري إقامة دعوى المسؤولية إزاء البنك عن الأخطاء التي يرتكبها عند مطابقته للمستندات دون المعيار المقرر قانوناً، والتي يتم ارتكابها من قبل الغير، فإخفاق البنك في الكشف عن الغش والتزوير صار مقبولاً كواجب مهني على عاتق البنك.^{٤٧٦}

ويخلص إلى القول بأن هذا الدفع ليس حكراً على البنك وحده، فلو احتج على المستفيد بالتزوير لأمكنه الدفع بوجود سبب أجنبي يتمثل في خطأ الغير، كما لو احتج على العميل الأمر بإخفاقه في أداء عمولة البنك أو فائدته في الوقت المقرر لها.

^{٤٧٤} نجوى محمد كمال أبو الخير، المرجع السابق، ص ٢٨١ وما بعدها.

^{٤٧٥} علي الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٠٩.

^{٤٧٦} نجوى أبو الخير، المرجع السابق، ص ٣٦٢ وما بعدها. أنظر أيضاً : علي الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٧٤.

المطلب الثاني

الدفع المرتبطة بتنفيذ عقد البيع الأصلي

تتعلق الدفع في هذا المطلب بما يثار لدى تنفيذ عقد الاعتماد من قبل المتعاقدين في عقد البيع الأصلي. فقاعدة تنفيذ العقود بحسن نية قاعدة متجذرة في القواعد والأعراف المدنية التي ألزمت المتعاقدين بتنفيذ عقودهم بحسن نية وبما يتفق مع شرف التعامل. ومن ذلك الامتناع عن وسائل وأساليب الغش التدليسي.

وفي هذا المطلب سيتم تناول دفعين هما سوء نية المتعاقد الآخر ومدى إلزام البنك بالتأكد من حسن نية هذا المتعاقد، أما الدفع الثاني فيتعلق بالتزوير الذي يرد على المستندات المقدمة من قبل البنك، ومدى قدرة هذا الأخير على التصدي لهذه المسألة.

الفرع الأول

الدفع بسوء نية المتعاقد الآخر

تعرف كافة الأنظمة القانونية مبدأ حسن النية في كافة مراحل العقد، النشأة والإبرام والتنفيذ. وحسن النية يستلزم صدق وصفاء الحالة التعاقدية لأطراف العقد لدى إبرامهم للعقد ولدى تنفيذهم له. ويميز الفقه بين نقيض حسن النية عند النشأة والإبرام وعند التنفيذ، فيسمى الأول بالتدليس ويسمى الآخر بالغش.^{٤٧٧}

وقد نصت المادة (١٢٧) من القانون المدني البحريني لدى تنظيمها للعقد وتحت عنوان مضمون العقد، على أنه : " لا يقتصر العقد على ما يرد فيه من شروط أو يسري عليه من أحكام القانون، وإنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته، وفقا لما تجري عليه العادة وما تمليه العدالة، ومع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل". كما نصت المادة (١٢٨) على أن : " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه، إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي به القانون". وأخيراً فقد نصت المادة (١٢٩) من ذات القانون على أنه : " يجب تنفيذ العقد طبقا لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل". وتخضع كافة العقود لمبدأ حسن النية، سواء كانت عقوداً تجارية أم عقوداً مدنية. وهذا الخضوع مبناه الفكرة الأساسية

^{٤٧٧} د. عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ١٥٥.

التي أوردها المادة (١٢٧) سألقة الذكر والتي تنتهي إلى أن حسن النية بين المتعاقدين وشرف التعامل يعتبر شرطاً مفترضاً في كافة العقود، دون الحاجة إلى ورود بند خاص أو اتفاق مسبق بين المتعاقدين.^{٤٧٨} وإذا كان الحال كذلك، فإن حسن النية لا يفترض في عقد البيع بين العميل الأمر والمستفيد فقط، بل ينسحب أيضاً إلى عقد الاعتماد، وإلى خطاب الاعتماد.^{٤٧٩}

ومؤدى ما تقدّم، هو أن تحري كافة أطراف هذه المجموعة العقدية من حسن نية الطرف الآخر، يعدّ أمراً لازماً. فللبنك تحري حسن نية العميل، كما أن للمستفيد لدى تقديمه للمستندات تحري حسن نية البنك لدى المطابقة. فللبنك على سبيل المثال الدفع بانعدام حسن النية في فروض كثيرة، كالحالة التي يقوم المستفيد فيها بتقديم مستندات مزورة عالمياً بما فيها من تزوير، والحالة التي يسعى فيها أحد طرفي عقد البيع إلى تنفيذ عقد بيع باطل أو غير مشروع لعدم مشروعية محله، إلى غير ذلك من الحالات التي يكون فيها ظاهراً للبنك انعدام حسن النية وتدليس أو غش الطرفين.

وبالرجوع لنصوص الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية (UCP 600) نجد أنها قد نصت في المادة (٣٤) على : " عدم المسؤولية عن فعالية المستندات، ولا يتحمل المصرف أي التزام أو مسؤولية عن الشكل أو الكفاية أو الدقة أو الصحة أو الزيف أو الأثر القانوني لأي مستند، أو عن الشروط العامة أو الخاصة المنصوص عليها في المستند أو المضافة إليه، كما لا يتحمل المصرف أي التزام أو مسؤولية عن الوصف أو الكمية أو الوزن أو النوعية أو الحالة أو التغليف أو التسليم أو القيمة أو وجود البضائع أو الخدمات أو أي أداء آخر يمثل أي مستند، أو عن حسن النية أو الأفعال أو الإغفالات أو الملاءة أو الأداء أو مكانة المرسل أو الناقل أو وسيط الشحن أو المرسل إليه أو مؤمن البضائع أو أي شخص آخر". ومفاد هذا النص هو إعفاء البنك من المسؤولية الناجمة عن سوء نية أحد المتعاقدين. وهذا أمر يتوافق مع مبدأ حسن النية بشكل عام، فلا يسأل إلا سيء النية دون أن يكون الغير مسؤولاً عنه، غير أن البنك بهذه المثابة ولدى تنفيذه لعقد الاعتماد يكون مسؤولاً عن تنفيذ عقد البيع الأصلي، وهذا التنفيذ يتطلب الوقوف على نية الغير حين ترتبط بتقديم المستندات التي قد يظهر منها أن المستفيد ليس بحسن النية لدى شروعه في تقديم المستندات للمطابقة.^{٤٨٠}

^{٤٧٨} انظر في هذا المعنى : وائل حمدي أحمد، ص ٢٢٣.

^{٤٧٩} يورد البعض تعريفاً لمبدأ حسن النية لدى تنفيذ العقود بأنه : " ضرورة مراعات الإخلاص والأمانة وتوخي القصد والاعتدال في تنفيذ العقد، حتى لا ينقلب هذا التنفيذ وبالأعلى على التعاقد الآخر "، سليمان مرقس، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص ٥٠٩، و عبدالمعزم فرج الصده، المرجع السابق، ص ٢٠.

^{٤٨٠} انظر في ذلك :

وبيان ذلك يتمثل في أن دور البنك في عمليات الاعتماد المستندي يتلخص في تنفيذ عقد الاعتماد عن طريق إرسال خطاب يتعهد فيه تعهداً غير مشروط بأداء قيمة معينة للمستفيد لدى تقديم المستندات للمطابقة. والبنك لدى تنفيذه لهذا العقد وما قبل التنفيذ فإنه يكون محكوماً بمبدأ حسن النية، فيكون مسؤولاً عن أداء التزاماته وفقاً لهذا المبدأ، على اعتبار أنه المبدأ الحاكم لكافة المعاملات المدنية والتجارية. فيلاحظ أن بعض القوانين ومنها القانون البحريني، قد استلزموا حسن نية الغير الذي يحمل الصك المسحوب لتنفيذ العقد، فنصّ في المادة (٣٢١) في الفقرة (١) من القانون التجاري على أن : "يكون التزام البنك في حالة الاعتماد المستندي البات قطعياً ومباشراً قبل المستفيد متى أخطر به وقبل كل حامل حسن النية للصك الذي سحب تنفيذاً للعقد". فهل يعني هذا النص عدم اشتراط حسن نية المستفيد؟ لا يتصور ذلك بالطبع، فالمشرع لم يثر مسألة حسن النية بالنسبة للمستفيد لأن هذا الأمر يتم الرجوع بشأنه إلى القواعد العامة باعتبار أن المستفيد هو أحد طرفي العقد، والذي سبق له افتراض وجود نص خاص في عقدهما يستلزم تنفيذه بحسن نية، بينما لا يكون الغير محكوماً بعقدٍ ما، وبالتالي فإن الحق الذي يترتب له لا بدّ أن يتم الاحتكام فيه للمبدأ الذي يؤطر كافة المعاملات بين الأفراد.

إن تنفيذ عقد الاعتماد في حدّ ذاته، يستلزم أن يقوم البنك بالتحقق من وجود هذا المبدأ من عدمه، ورغم عدم وجود معيار محدد يستند إليه البنك في مثل هذه الحالة، إلا أن الأمر في غالب الأحيان لا يكونُ عصياً على البنك، فتقديم سند شحن غير نظيف - لا يخفى على الشخص العادي - قد يكون دليلاً على سوء نية المستفيد، وكذلك الحال عند تقديم مستندات مزورة كما سيرد في البند اللاحق من هذا المبحث، وأخيراً الحالة التي يثبت للبنك فيها وجود غش من قبل المستفيد. ولا يستعصي على البنك الوقوف على سوء نية المستفيد في كل هذه الحالات، فهل يمكن القول مع ذلك بعدم مسؤولية البنك عن سوء نية المتعاقدين؟ إن الإجابة على هذا السؤال لا بدّ أن تكون بالنفي، لسبب جوهري هو أن حسن النية شرط مفترض في كافة العقود، والبنك لدى تنفيذه لعقد الاعتماد إنما يكون مقيداً بالشروط الواردة والشروط المفترضة، ومنها شرط حسن نية المتعاقدين لدى تنفيذهم لعقودهم. أفلا يكون البنك مخطئاً إذا أخفق في القيام بالمطابقة على النحو الصحيح؟^{٤٨١}

Husam M.S Botosh, Strikning the Balance Between the Considerations of Certainty and Fairness in the Law Governing Letter of Credit, Muta'a University, p. 67.

^{٤٨١} وهذا الأمر يتحقق منه القاضي الذي يبحث كل حالة حدة حيث لا ضابط محدد له ولا معيار دقيق لذلك، ولذلك فإن تقصي الأمر من قبل البنك يعدّ أمراً لازماً طالما أن المحكمة ستبحثه في مرحلة لاحقة. راجع في ذلك : سليمان مرقس، الوافي في الالتزامات - أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص ٤٢.

ومنتهى ما تقدّم هو أنه لا يجوز للبنك والحال كذلك أن يطلب الإعفاء من المسؤولية؛ لأنه غير معني بحسن نية الغير، فقد لا يكون البنك مسؤولاً عن حسن نية الغير أو سوء نيته، لكن لا جرم أنه يكون مسؤولاً عن بحث هذه النية والتأكد من حسننها، ومن تنفيذ العقد وفقاً لما يقتضيه مبدأ حسن النية وشرف التعامل، لا سيّما إذا كان ذلك ظاهراً في المستندات محل الفحص. وهذا الأمر ليس بعصي على البنك لأنه كما سبق وأن تمت الإشارة إليه، إنما يقوم بتنفيذ العقد وفقاً لمعيار المصرفي الذي يحيط علماً بالمعاملات التجارية، وليس الشخص العادي من الناس الذي لم يخبر شيئاً عن هذه المعاملات.^{٤٨٢} ويتم الإحتكام إلى هذا المعيار عند إثارة مسؤولية البنك من قبل أياً من المتعاقدين، وعليه فيحق للمشتري أن يقيم دعوى المسؤولية في مواجهة البنك لدى تقصيره في بحث نية المستفيد/ البائع التي قد تظهر أماراتها وشواهدا في مستندات الدعوى، كتقديم سند شحن غير نظيف على سبيل المثال.^{٤٨٣}

الفرع الثاني

الدفع بالتزوير

سبق الحديث عن التزوير باعتباره استثناءً على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي.^{٤٨٤} ويرتبط التزوير بالحالة التي تبطل فيها المستندات دون أن يصدر أي غشّ عن المستفيد. فيمكن الاختلاف بين التزوير إذ هو على هذا النحو وبين الغش في مسألة العلم، فإذا كان المستفيد عالماً ببطلان المستندات كان غشاً، وإذا لم يعلم فإنه يضحى تزويراً.^{٤٨٥}

^{٤٨٢} علي الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٠٩.

^{٤٨٣} إن تحديد مدى الالتزام وربطه بالرجل المعتاد أو الحريص أو غير ذلك من المعايير المعتمدة لا ينزع سلطة القضاء من حيث الأصل في بحث ظروف هذا الالتزام وما يرتبط بتنفيذه، لأن هذا المعيار لا يعدو عن كونه وسيلة قياس يعين به مدى تحقيق التزام فرضه القانون من عدمه، وهذا الالتزام ذو حدود متغيرة بحسب ظروف تنفيذه، فهي أداة لتعين القاضي في فهم سلوك المدين وتبين إخفاقه في الالتزام بما فرضه القانون أو العقد. ويلاحظ في مثل هذا الالتزام أن الأصول والأعراف الموحدة قد قامت بتحديد سلوك البنك سلوكاً نوعياً فوضعت الأطر العامة لهذا السلوك دون أن تقوم بتعيينه تعييناً دقيقاً، لأن ذلك بطبيعة الحال غير ممكن، والسبب في ذلك مرجعه إلى أن المستندات التي يطلبها العميل الأمر قد تختلف من عملية إلى أخرى. للمزيد عن معيار السلوك راجع : سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في التقنيات العربية - القسم الأول، معهد البحوث والدراسات العربية، سنة ١٩٧١، ص ١٩٧.

^{٤٨٤} الباب الأول، ص ٩٠.

⁴⁸⁵ Richard Hooley, Fraud and Letters of Credit: is there a Nullity Exception? 61 CAMBRIDGE L.J. 279 (2002)

ولا يوجد توافق دولي حتى اليوم على مدى اعتبار تزوير المستندات بمثابة استثناء على مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي، ففي الوقت الذي نصت المادة (١٩) في الفقرة (أ) من اتفاقية الأمم المتحدة للكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، وتحت بند الاستثناء من التزام السداد على جواز امتناع البنك عن سداد قيمة الاعتماد : "إذا تبين له أن المستند المقدم، مزور أو قد جرى تزيفه"، جاءت الأصول والقواعد الدولية الموحدة (UCP 600) خالية من أي استثناء على التعهد الصادر من البنك بسداد قيمة الاعتماد للمستفيد متى قَدّم المستندات للمطابقة. وأكثر من ذلك، هو أن الأصول والقواعد الموحدة قد نصت في المادة (٣٤) منها على أن : " لا تتحمل البنوك أية مسؤولية بشأن عيوب الشكل، ولا عدم كفاية المستندات، ولا عدم دقتها، ولا تزويرها، ولا تتحمل أية مسؤولية بشأن الشروط العامة ولا الخاصة المنصوص عليها في المستندات، ولا تسأل البنوك فيما يتعلق بوصف أو كمية أو وزن البضاعة، ونوع وحالة وتعبئة وتسليم وقيمة البضاعة المبينة بالمستندات. ولا تسأل البنوك عن سوء النية ولا الإخلال بالالتزامات ولا مدى يسار المتعاقدين، وكذلك الحال بالنسبة للناقلين البحريين وشركات التأمين التي أمنت على البضاعة".

وتتناول المادة (٣٤) مقدمة الذكر بشكلٍ صريح عدم جواز الدفع بتزوير المستندات في مواجهة البنك، والتزامه بالدفع في كل الأحوال. والموقف المتقدم للاتفاقية يثير تساؤلات عديدة بشأن فاعليتها في تنظيم العلاقات الدولية التي تنشأ نتيجة عقد بيع دولي على الصورة التي أصبحت عليها العقود الدولية اليوم، لا سيما مع القول بأن الدفع بالتزوير يعدّ صورة من صور بطلان المستندات التي أضحت مقبولة دولياً إلى حدّ كبير، فقد ينتهي هذا التزوير إلى أن يصبح غشاً وذلك في الحالة التي يتحقق فيها علم المستفيد ببطلان هذه المستندات، ومع ذلك فهو لا يمتنع عن تقديمها للبنك، ناهيك عن أن بعض الاتفاقيات الأخرى قد نصت على هذا الاستثناء كسبب معفٍ للبنك من أداء قيمة الاعتماد للمستفيد.^{٤٨٦} فهل يجوز للمشتري والحال كذلك أن يحتج بالتزوير لدى البنك، طلباً للامتناع عن سداد قيمة الاعتماد، أو في مرحلة لاحقة مطالبته بالتعويض عند إثباته وجود ثمة إضرار بتزوير المستندات، وإصرار البنك مع ذلك على سداد قيمة الاعتماد؟

^{٤٨٦} من ذلك المادة (١٩) من اتفاقية الأمم المتحدة للكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة.

ويظهر الموقف واضحاً في الدول التي تنظم هذا الأمر في تشريعاتها^{٤٨٧} أو تبني قضاؤها مثل هذا الدفع،^{٤٨٨} فللمشتري إخطار البنك بوجود التزوير، وعلى البنك أن يتمتع في هذه الحالة عن أداء قيمة الاعتماد للمستفيد، متى ثبتت صحة هذا الدفع وجديته، بل ويجب على البنك أن يقوم بدوره لدى مطابقته لهذه المستندات أن يتأكد من خلوها من مظاهر التزوير .^{٤٨٩}

وانتهت محكمة النقض الفرنسية في ذلك بأن البائع الذي يقوم حقه في تنفيذ الاعتماد باستخدام مستندات غير صادقة - عن علم بذلك - إنما يرتكب عملاً من أعمال الغش، بما يفتح الباب للبنك بأن يسترد منه ما دفعه إليه ويرد له مستنداته، فضلاً عن حق البنك في التعويض عن أي ضرر نتج عن هذه التسوية. وقررت المحكمة بأنه: "متى قدم المستفيد إلى البنك عن علم - للإفادة من الاعتمادين - مستدين (شهادات رقابة) لا تحمل توقيعات الأشخاص المسؤولين مباشرة عن هذه الرقابة، وفواتير بها بيانات عن بضائع وكميات ليست هي التي شحنت إلى المشتريين الأمرين بفتح الاعتمادين، فإن هذا المستفيد يرتكب عملاً من أعمال الغش، وأنه طبقاً للقاعدة العامة فإن الغش يفسد كل شيء، وبهذا فإن المستفيد يلزم بتعويض الضرر الذي سببه للبنك بأن قدم إليه مستندات عديمة القيمة وذلك عن علم بتزويرها ويقصد بها إيهام البنك بطريق الغش أنها سليمة".^{٤٩٠}

وعلى الرغم من أن هذه القضية انتهت إلى تأسيس الغش كاستثناء على مبدأ الإستقلال، إلا أنها قد أسست في ذات الوقت لفكرة التزوير وربطتها بعلم المستفيد، فمتى علم المستفيد بتقديم مستندات لا تمثل حقيقة الواقع المرتبط بتنفيذ العقد فإنه يرتكب غشاً ويكون مسؤولاً في مواجهة البنك، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، فإن هذا التزوير يكون مسوغاً لرفض المستندات والامتناع عن سداد قيمة الاعتماد سواء علم المستفيد أم لم يعلم، لأن البنك غير معني بعلم المستفيد، ولا يهمله البحث في نيته، فهذا البحث المجرد في نية المستفيد قد لا يعني العميل في شيء إذا لم يفض إلى حمايته من أي ضرر مستقبلي نتيجة لما قد يرد من خلل على المستندات، وهذه الحماية القانونية المقررة بشأن نتائج

^{٤٨٧} ومنهم القانون الأمريكي الذي تناول هذا الدفع في المادة الخامسة، من القانون التجاري الموحد والمعايير الشرعية التي تخضع لها المصارف الإسلامية في مملكة البحرين.

^{٤٨٨} ومن ذلك المحاكم السنغافورية. ومن ذلك الحكم في قضية :

Beam Technologies v Standard Chartered Bank (2003) 1 SLR 597 at (36).

^{٤٨٩} د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٣٠٧.

^{٤٩٠} نقض تجاري ٦ مايو ١٩٦٩ J.C.P.، نقلاً عن : د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٢٨٥،

الغش والتزوير إنما ترتبط بالحقيقة الواقعة لا حقيقة الواقع، وهذا هو السبب المسوغ لأن يعود المشتري بدعاوى لتعويض عن الضرر الناجم عن إخفاق البنك في فحص المستندات، ذلك أن المعيار في هذه الحالة لا بد أن يكون معياراً موضوعياً يتمثل في وجود تزوير جدي بالمستندات أو عدم وجوده، وليس معياراً شخصياً يتعلق بالمستفيد ومدى علمه بهذا التزوير.

وهذا التزوير إذا كان يتيح للبنك حق الرجوع على المستفيد لرد ما لا يستحقه من قيمة الاعتماد، وتعويض البنك عن أية أضرار قد تصيبه إن كان لها مقتضاً، فإنه يقيم من باب أولى الحق للمشتري في إقامة دعوى التعويض في مواجهة البنك متى تبين أن فحص المستندات لم يكن بالدقة والعناية اللازمة التي يوليها المصرفي الحريص والدقيق، الذي يعلم في أمور الشحن و الحساب وغير ذلك مما يستلزمه تنفيذ عقد الاعتماد.^{٤٩١} و يقوم هذا الحق للمشتري على اعتبار أن قيمة الاعتماد وإن لم تكن خارجة من ذمته المالية مباشرة، إلا أنه سيكون ملزماً برد هذه القيمة للبنك خلال مدة معينة من سدادها للمستفيد،^{٤٩٢} ومتى قام الحق بالتعويض عن هذا الأمر للمشتري فإن الدفع بالتزوير يقوم له من حيث الأصل في مواجهة البنك.

ويتبين بالرجوع للتنظيم القانوني للمسائل المتعلقة بالتزوير، أن المشرع قد عالج هذه المسألة في شقين، جنائي ومدني، أما الجنائي فتناوله قانون العقوبات البحريني في المادة (٢٧٦)^{٤٩٣} والتي نصت على أن : "يعاقب بالعقوبة المقررة لجريمة التزوير، بحسب الأحوال، من يستعمل المحرر المزور مع علمه بتزويره. ويعاقب بالعقوبات ذاتها، بحسب الأحوال، من استعمل محرراً صحيحاً باسم شخص غيره أو انتفع به بغير حق".^{٤٩٤}

وإن انصرف نص المادة سائلة الذكر إلى العقاب على استعمال المحرر، إذا كان مستعمل المحرر عالماً بما به من تزوير، إلا أن مؤدى هذا النص هو جواز الطعن بالتزوير على أي محرر يحتج به على صاحبه سواء كان هذا المحرر خاصاً أو رسمياً، وهذا يشير إلى اتصال مثل هذا النص

^{٤٩١} راجع في هذا المعنى : نجوى أبو الخير، المرجع السابق، ص ١٠٣.

^{٤٩٢} تنص المادة (٣٢٦) من قانون التجارة البحريني على أنه : " إذا لم يدفع الأمر بفتح الاعتماد إلى البنك قيمة مستندات الشحن المطابقة لشروط فتح الاعتماد خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إخطاره بوصول تلك المستندات، فللبنك بيع البضاعة باتباع طرق التنفيذ على الأشياء المرهونة رهناً تجارياً".

^{٤٩٣} الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧٦، المنشور بالجريدة الرسمية رقم ١١٧٠ بتاريخ ١٩٧٦/٤/٨.

^{٤٩٤} راجع في شرح هذه المادة : د. هلاي عبدالله أحمد، شرح قانون العقوبات البحريني، مطبعة جامعة البحرين، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٧، ص ١٨٧.

بالمصلحة العامة والنظام العام، ويكشف عن رغبة المشرع في الذود عن هذه المصلحة عن طريق منع المساس باستقرار المعاملات عن طريق استعمال محررات لا تمتلك أية حجية أو قيمة قانونية، لا سيما أن قانون الإثبات قد أجاز هو الآخر للمحكمة أن تتصدي من تلقاء نفسها لإثبات ما يرد على على هذه المحررات من تزوير، وهذا هو الشق المدني الذي عالجته المادة (٢٩) من قانون الإثبات البحريني بقولها أن : "للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في المحرر من إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاصها. وإذا كانت صحة المحرر محل شك في نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذي صدر عنه أو الشخص الذي حرره ليبيدي ما يوضح حقيقة الأمر فيه".

وعليه فإن القيمة العملية لهذا الدفع لا ترتبط بمصلحة الأشخاص فقط، بل بالنظام العام الذي ابتغى المشرع أن يحميه، فيمنع كل ما يعرض لاستقرار المعاملات بسوء. على أنه يشترط في هذا الدفع أن يكون قبل أداء قيمة الاعتماد، فإذا قبل البنك المستندات فإنه لا يستطيع الرجوع في هذا القبول،^{٤٩٥} وصار أمامه اللجوء إلى القضاء لاسترداد ما دفعه. أما العميل الأمر فلن يكون أمامه إلا رفض المستندات وعدم الدفع مقابلها.^{٤٩٦}

الفصل الثاني

المسؤولية المدنية في عمليات الاعتماد المستندي وجزاؤها

تثور المسؤولية المدنية حين يكون التنفيذ العيني غير ممكن، وذلك كجزاء للقوة الملزمة للعقد. أما الغرض من المسؤولية فهو الرجوع بالمتعاقد إلى المكان الذي كان به قبل إبرام العقد، أي أن المسؤولية إذ هي على هذا النحو، إنما تمثل خطوة للوراء في سبيل إعادة المتعاقدين إلى الحال التي كانوا عليها قبل إبرام عقدهما.

ويتناول هذا الفصل في مبحثه الأول المسائل المتعلقة بازدواج المسؤولية المدنية لكل من المتعاقدين نتيجة لتشابك العلاقات في عملية الاعتماد المستندي. فالمستفيد والعميل يرتبطان بعقد أساسي منفصل عن باقي العقود. والعميل والبنك يرتبطان بعقد آخر. وأخيراً يرتبط المستفيد مع البنك

^{٤٩٥} د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٣٠٩.

^{٤٩٦} علي الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٥٩.

بموجب خطاب اعتماد، وهو الخطاب الصادر برادة البنك المنفردة، والذي تسري عليه قواعد المسؤولية العقدية. على أن يتناول في المبحث الثاني ما يترتب على إثارة هذه المسؤولية، ومدى جواز الرجوع بموجب دعوى للتعويض عن الضرر بالنسبة لكل طرف من أطراف هذه المجموعة التعاقدية.

المبحث الأول

إثارة المسؤولية المدنية وأثرها

يؤدي في بعض الأحيان فعلٌ واحد إلى تحقق شروط كلا المسؤوليتين، فيقع صاحب الحق في إقامتهما في خيرة بين أن يقيم دعوى قوامها المسؤولية التقصيرية أو دعوى أخرى قوامها المسؤولية العقدية، وهذا الأمر قد يفضي إلى نوع من التعارض مع المبادئ التي كرستها القواعد المدنية التي لا تجيز للمتضرر أن يحصل على التعويض مرتين عن ذات الخطأ. فلا يجوز للمضرور إقامة نوعي دعاوى المسؤولية معاً، أو أن يختار من كليهما ما يُفاد منه، على اعتبار أن هذا الجمع يخل بالموازنة بين مصلحة المتضرر ومصلحة المسؤول، حتى وإن كان الغرض منها واحداً وهو إزالة الضرر، ذلك أن فكرة المسؤولية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بفكرة التعويض.^{٤٩٧} أما إذا ارتكب المتعاقد غشاً أو خطأ جسيماً عند إخلاله بالالتزام العقدي فإنه يسأل عن تعويض الضرر غير المتوقع، على الرغم من أن تعويض هذا النوع من الضرر هو من خصائص المسؤولية التقصيرية، فالأصل هو ألا يسأل المتعاقد إلا وفق أحكام المسؤولية العقدية، لأن المتعاقد بارتكابه غشاً أو خطأ جسيماً يخل بالموازنة لصالح المتضرر، ومن القواعد الثابتة في فقه القانون أن الغش كالخطأ الجسيم يفسدان كل شي^{٤٩٨}، وفي هذا السلوك خروج عن المألوف بموجب العقد.

ويثير المبحث الراهن فكرة ازدواج في وصف الخطأ في سلوك المتعاقد، وما يترتب هذا الوصف من ازدواج في المسؤولية، بما يورد نوعين من المسؤولية على الفعل الواحد. وتبدو أهمية هذا الأمر في أن المبدأ المرتبط بموضوع الدراسة - مبدأ الإستقلال بين العقود في عمليات الاعتماد المستندي

^{٤٩٧} انظر في موضوع الخيرة بين المسؤوليتين : سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في التقنيات العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، سنة ١٩٧١، ص ١٠ وما بعدها، ود. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالاسكندرية، سنة ٢٠٠٤، ص ٦٢٥، وسناء السيد باقر مهدي، ازدواج المسؤولية المدنية : دراسة مقارنة، أطروحة ماجستير مقدمة لدى كلية الحقوق بجامعة البحرين، سنة ٢٠١٥، ص ٤٦ وما بعدها.

^{٤٩٨} - انظر في هذا المعنى : د. صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

- يصم أحد الأطراف بصفة الغير عن العقد الآخر، وإن ارتبط بوصفه هذا الغير بمجموع العقود الأخرى، وبما يتعذر معه إقامة دعوى ذات مسؤولية عقدية في مواجهة المتعاقد الآخر.

ولتبيان مشكلة الازدواج في الخطأ الواحد والتي ترد على العقود المكونة لعملية الاعتماد المستندي، سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين يتناول الأول ازدواج المسؤولية رغم وحدة الخطأ، أما الثاني فيتناول أثر التمييز بين هاتين المسؤوليتين.

المطلب الأول

ازدواج المسؤولية رغم وحدة الخطأ

يوصف الشخص تقليدياً بالغير حين لا يكون طرفاً في العقد، أو خلفاً لأحد أطرافه، فلا تحكم سلوكه موجبات العقد،^{٤٩٩} ويرجع في تكييف هذا السلوك إلى القواعد العامة التي تنظم سلوك الأفراد، والتي تُعنى بتوصيف الخطأ وتنظيم قواعد المسؤولية التقصيرية.^{٥٠٠} ويعني ذلك أيضاً أن الغير الذي لا يكون طرفاً في عقدٍ ما، لا يكون معنياً بتنفيذ هذا العقد، أو التصرف وفقاً لمبادئ حسن النية على النحو الذي يلزم به المتعاقد،^{٥٠١} وإن كان ملزماً باتباع جانب الحيطة ومراعاة الحقوق المحمية بموجب القانون.^{٥٠٢}

"غير أن ضعف المعيار المعتمد في تحديد نوع المسؤولية وفيما إذا كانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية، قد دفع القضاء في كثيرٍ من الأحيان إلى الافتراض كلما شعر بالحاجة إلى الإستفادة من

^{٤٩٩} يتناول الفقه الغير على أنه من يقع خارج شروط وحدود العقد، فلا يضار ولا ينتفع منه، وقد يكون هذا الغير من الخلف أو الدائنين ولكنه ينقلب غيراً بصفة استثنائية، وقد يكون هذا الغير أجنبي عن العقد بتاتاً. راجع في هذا المعنى : سليمان مرقس، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار شتات للكتب القانونية، الطبعة الرابعة، سنة ١٩٨٦، ص ٥٩٦ وما بعدها.

^{٥٠٠} راجع في ذلك : أنور طلبة، المسؤولية المدنية - الجزء الثالث (المسؤولية التقصيرية)، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٥.

^{٥٠١} ويتمثل هذا الالتزام في مراعاة تنفيذ العقد بحسن نية وفقاً للنصوص القانونية التي تستلزم ذلك، حيث نصت المادة (١٢٩) من القانون المدني البحريني بقولها : " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل". راجع في شرح هذه المادة : سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٥٠٩.

^{٥٠٢} ذلك أن عدم وجود عقد لا يعفي الشخص عن مراعاة الحيطة والحذر. حيث أن الأساس القانوني الذي تقوم عليه قواعد المسؤولية التقصيرية هو الالتزام القانوني الذي يكون دائماً التزاماً ببذل عناية، وتتمثل هذه العناية في سلوك الشخص المسلك اليقظ المتبصر الذي يقيه من الإضرار بالغير. فإذا هو انحرف عن هذا السلوك، كان هذا الانحراف موجباً لمسؤوليته المدنية، وهذا هو الرأي الذي أسس له الفقيه دوما، وديمولومب. انظر في هذا المعنى : د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالاسكندرية، سنة ٢٠٠٤، ص ٦٤٣ وما بعدها. انظر أيضاً : سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في التقنيات العربية، مركز البحوث والدراسات العربية، سنة ١٩٧١، ص ١٩١ وما بعدها.

مزايا المسؤولية العقدية وإلى استبعاد هذه المسؤولية كلما وجد أنها لا تتلاءم مع الحالة التي تعرض في القضية التي ينظرها.^{٥٠٣} فعلى سبيل المثال نجد أن القضاء الفرنسي قد حاول منذ العام ١٩٣٢ أن ينقل حقاً ناشئاً عن العقد إلى الغير ليفترض معه علاقة عقدية تؤدي في النهاية إلى تطبيق أحكام المسؤولية العقدية، مثلما حصل بمناسبة عقد النقل عندما افترض أن المسافر يشترط لمصلحة الغير وذلك لكي يستفيد الغير من تلك المسؤولية. ولكن عندما يلاحظ القضاء أن ذلك قد يضر بالغير لوجود شرط في العقد يعفي المتعاقد من المسؤولية، فإنه يتخلى عن فكرة المسؤولية العقدية ويطبق أحكام المسؤولية التقصيرية لتفادي تطبيق الشرط المذكور. من ذلك اعتبار أقرباء المتعاقد الذي يتوفى نتيجة تنفيذ عقد النقل من الغير، وأنهم يتعرضون لضرر شخصي هو الضرر المرتد، وبذلك لا ينصرف إليهم شرط الإغفاء من المسؤولية الوارد في عقد النقل^{٥٠٤}.

ويلاحظ بذلك أن تطبيق مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي يؤدي إلى نوع من الازدواجية في تكييف الخطأ الذي يقع من أحد أطراف هذه المجموعة التعاقدية، مع أن الخطأ يكون واحداً، والمسؤول عنه واحد. وقد يبرر ذلك بأن القواعد المنظمة للمسؤولية ليست مرتبطة بالنظام العام،^{٥٠٥} لذلك فإن للمتعاقد من حيث الأصل الحرية في نقل الالتزام من نوع إلى آخر؛ لأن مصدر الالتزام مرتبط بالإرادة، ولهذه للإرادة سلطانها في الإغفاء من الالتزام أو تعديل قواعد المسؤولية.^{٥٠٦} ويبدو على الرغم من ذلك أن الغاية من تحديد نطاق العقد في عقود الاعتماد مسألة تحكمية؛ لأن المشرع إذا كان قد أراد حماية العملية المصرفية من الصعوبات المتعلقة بالوفاء - لا سيما أن مبدأ الإستقلالية يكاد يكون مبدأ عاماً يحكم معظم أدوات التجارة الدولية - إلا أنه قد كان من الحال أن

^{٥٠٣} وقد انتهت محكمة النقض المصرية إلى أنه : " من المقرر أنه إذا طبقت محكمة الموضوع خطأ أحكام المسؤولية التقصيرية دون قواعد المسؤولية الواجبة التطبيق فإنها تكون قد خالفت القانون، إذ يتعين عليها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن تتقضى من تلقاء نفسها الحكم القانوني الصحيح المنطبق على العلاقة بين طرفي التعويض، وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها لأن تحديد طبيعة المسؤولية التي يتولد عنها حق الضرر في طلب التعويض يعتبر مطروحاً عليها" طعن رقم ٢٠٩١ جلسة ١٩٩١/١/٢، س ٥٧ ص.

^{٥٠٤} TUNC, La Responsabilité Civile, Paris, 1981, p. 36، نقلاً عن: د. صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية - دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، المرجع السابق ، ص ٨٧. انظر أيضاً :

Lionard Berkowitz, (editor), 1980, Advances in Experimental Social Psychology, Volume 13, Academic Press INC, New York & London, p.97.

^{٥٠٥} سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، معهد البحوث والدراسات العربية، سنة ١٩٧١، ص

٢٩.

^{٥٠٦} عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص ٥٥.

انتهى بأطراف مجموعة الاعتماد المستندي إلى الشروع في دعاوى أنيطت من حيث الأصل بالمتعاقدين دون غيرهم.

وفي سبيل تبيان الإزدواج الذي يصيب المسؤولية لدى وقوع الخطأ من أحد أطراف هذه المجموعة، فإن ذلك يقتضي الوقوف على سلوك كل متعاقد، ومعرفة نوع الخطأ الذي قد يصدر عنه، لدى تنفيذه لالتزاماته الناجمة عن العقود التي يبرمها، في إطار هذه المجموعة. فضلاً عن معرفة ما يحدثه هذا الخطأ من أثر قانوني، مما يستدعي الحديث عن الخطأ الصادر عن المصرف، الخطأ الصادر عن العميل، والخطأ الصادر من المستفيد، كل ذلك على النحو التالي :

أولاً: الخطأ الصادر عن المصرف :

يقوم المصرف بفحص المستندات مدفوعاً بمصلحته الخاصة، فضلاً عن مصلحة عميله الأمر.^{٥٠٧} وإذا كانت الأخيرة تتمثل في تنفيذ التزامات العميل الناشئة عن عقد البيع مع المستفيد، فإن مصلحة المصرف في هذا المقام تتمثل في أمرين. أولهما في أنها مناط استحقاقه لقيمة العمولة والفائدة جراء تنفيذ التزامه الناجم عن عقد الاعتماد. فالمصرف بهذه المثابة لا يستطيع مطالبة العميل بما دفعه إلى البائع إلا بتقديم المستندات المطابقة لتعليمات العميل، فإن لم تكن المستندات مطابقة تعذر عليه إلزام عميله بقبولها والمطالبة بما عجل في دفعه للمستفيد، ويفقد تبعاً لذلك حقه في العمولة، بل وقد يلزم بتعويض العميل حين يصيب هذا الخطأ الصادر عن المصرف ضرراً بالعميل.^{٥٠٨} وتتمثل المصلحة الأخرى في أن هذه المستندات، إذ تمثل حيازة البضاعة المباعة، فإنها تعتبر ضماناً للبنك قد يلجأ إليه حين يعجز عن تحصيل قيمة الاعتماد من المستفيد، وذلك عن طريق بيع هذه البضاعة في المزاد العلني بالإستناد للنصوص القانونية التي أقامت حق الرهن للبنك على البضاعة محل عقد البيع الأصلي.^{٥٠٩}

^{٥٠٧} نجوى محمد كمال أبو الخير، المرجع السابق، ص ٢٨٠.

^{٥٠٨} فإذا لاحظ البنك اختلافاً بين المستندات وبين نصوص الاعتماد كان عليه أن يرفض المستندات، وألا يحاول تفسير هذا الاختلاف على نحو يجعله مقبولاً، ولذلك فقد أطلق البعض على عقود الاعتمادات المستندية بأنها من عقود القانون الضيق. محيي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ١١٥٠.

^{٥٠٩} راجع في ذلك، د. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المصرفية وضماناتها، دار النهضة العربية، جمهورية مصر العربية، سنة ١٩٩٤، ص ٢٢٩، ونجوى أبو الخير، المرجع السابق، ص ٣٦٤.

ويقوم المصرف عند إرسال خطاب الاعتماد إلى المستفيد بأداء التزامين في وقت واحد. يتمثل أولهما في الالتزام الناجم عن عقد الاعتماد بدفع قيمته بعد المطابقة وذلك في سبيل تنفيذ عقد البيع الأصلي، أما الثاني فينشأ عن التعهد غير المشروط الصادر عن المصرف بدفع هذه القيمة، حين تكون المستندات المقدمة من المستفيد مطابقة فعلياً لتعليمات العميل ولعقد الاعتماد.^{٥١٠} وإذا كان الحال كذلك، فإن الإخفاق في أداء هذين الالتزامين يثير مسؤولية المصرف في مواجهة الطرفين. كما يختلف نوع الخطأ، بل وتختلف المسؤولية تبعاً لذلك، باختلاف نوع الالتزام، والطرف المواجه له.

ويظهر خطأ المصرف في صورتين، الأولى في عدم تنفيذ الالتزام كلياً، وذلك بعدم قبول المستندات أو رفض مطابقتها،^{٥١١} وهذا لا شك بأنه يثير مسؤولية المصرف في مواجهة العميل الأمر أو المستفيد.^{٥١٢} وتظهر الصورة الأخرى في إخفاقه في مطابقة المستندات وفقاً للأصول المتعارف عليها بشأن هذه المطابقة وهذه الصورة تثير مسؤوليته في مواجهة العميل الأمر فقط.^{٥١٣} ولكن السؤال الذي يثور الآن يتعلق بنوع الالتزام الذي يفرض على عاتق المصرف لدى مطابقة هذه المستندات، وفيما إذا كان التزاماً بتحقيق نتيجة أو التزاماً ببذل عناية؟ وقد تناولت المادة (٧) من الأصول والأعراف الموحدة لعمليات الاعتماد المستندي (UCP 600) عملية مطابقة المستندات بنصها على أنه : " يجب على المصارف أن تخلص كافة الوثائق بعناية معقولة للتأكد من أنها تبدو مطابقة في ظاهرها لشروط وتفاصيل الاعتماد. أما الوثائق التي تبدو في ظاهرها غير مطابقة لبعضها البعض فإنها تعتبر مناقضة لشروط الاعتماد " .

ويراد بالفحص هنا النظر الدقيق في التفاصيل، أي الفحص العميق الذي ينتظر من بنك محترف ومتخصص، ولذا يقول النص أن الفحص يكون بعناية للتأكد، فهدف الفحص هو اطمئنان

^{٥١٠} د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، جمهورية مصر العربية، سنة ١٩٨٨، ص ٣٤٤ وما بعدها.

^{٥١١} د. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية - دراسة للقضاء والفقه المقارن وقواعد سنة ١٩٨٣، دار النهضة العربية، جمهورية مصر العربية، ص ١٦٨.

^{٥١٢} راجع في ذلك : محيي الدين اسماعيل، ص ١١٥٤ وما بعدها، و علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية - دراسة للقضاء والفقه المقارن وقواعد سنة ١٩٨٣، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٩، ص ٣٣٥.

^{٥١٣} ولذلك فقد انتهت محكمة النقض التجارية بفرنسا إلى أن : " على البنك قبل أي دفع أن يتأكد من مطابقة المستندات المقدمة إليه مع تلك المحددة في الخطاب الصادر منه إلى البائع المستفيد مطابقة حرفية فإذا وجد بينها خلافاً وجب عليه رفضها، وليس له أن يفسر تعليمات المشتري الأمر بل عليه تنفيذها حرفياً طبقاً لما يقضي به عقد فتح الاعتماد، الذي يعتبر من القانون الضيق بين جميع ذوي الشأن، وإلا جاز للمشتري الأمر أن يرفض المستندات التي يقدمها له البنك بسبب عدم مطابقتها لتلك المطلوبة - نقض تجاري فرتسي ١٣ يوليو ١٩٥٤، نقلاً عن علي الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٥٣.

المصرف وتأكده أن المستندات مطابقة ولا يكون من شأن الفحص أن يؤدي إلى هذا التأكد إلا متى كان عميقاً، بحيث يطمئن المصرف إلى أن المستندات تطابق في ظاهرها الاعتماد. وعبرة في ظاهرها خاصة بالمستندات وليس بالفحص، ولذا يجب ألا يفهم أن الفحص يمكن أن يكون ظاهرياً فهذا الفهم غير مقبول وفقاً للنص.^{٥١٤}

ويشير هذا النص مع ذلك مجموعة من الملاحظات بشأن التزام المصرف فيما يتعلق بمطابقة المستندات، وهذه الملاحظات ترتبط بنوعية هذا الالتزام، وفيما إذا كان التزاماً ببذل العناية الكافية لدى مطابقة المستندات المقدمة من المستفيد، أو التزاماً بتحقيق نتيجة تتمثل في إتمام المطابقة فعلياً بعد تقديم المستندات. ذلك أن مفاد نص المادة (٧) المتقدم هو أن يلتزم المصرف ببذل عناية معقولة بما يتناسب والظروف الممكنة للبنك فضلاً عن الظروف الخاصة بالعملية. ويكون المصرف معفياً من المسؤولية إذا أثبت أنه قد بذل في فحص المستندات العناية اللازمة وفقاً للأصول والأعراف المتبعة في هذه المطابقة. ويحاسب بناءً عليه إذا لم يبذل القدر الكافي من هذه العناية، بما يستتبع ذلك من سلطة المحكمة التقديرية في بحث هذه العناية ومدى وجودها وملائمتها إلى غير ذلك من الأمارات.

٥١٥

ويبدو أن تأسيس مسؤولية المصرف بهذه المثابة ليس يسيراً كما يبدو، لا سيما في ظل غياب المعالجة القانونية لهذا الأمر من غرفة التجارة الدولية، حيث لم تتطرق إلى معيار العمل المصرفي الدولي، لا في المعالجة القديمة وفقاً للنشرة رقم (٥٠٠) لعام ١٩٩٣ ولا الجديدة التي صدرت تحت رقم (٦٠٠)، على الرغم من أن اللجنة المصرفية لغرفة التجارة الدولية قد ناقشت مسألة الإفتقار إلى روح الاعتماد، إلا أن ذلك لم يفض إلى أية تقارير تتعلق بهذا الموضوع.^{٥١٦} ويدفع غياب مثل هذا التحديد إلى التساؤل بشأن مجموعة من التناقضات والتي يمكن تلخيصها كما يلي:

١. المزوجة بين نوعي الالتزام :

فيبدو أن نص المادة (٧) من الأصول والأعراف الموحدة قد زواج بين نوعي الالتزام، فيكون الالتزام ببذل عناية معقولة لدى الشروع في هذه المطابقة، حيث أن المصرف لا يكون مسؤولاً عن

^{٥١٤} انظر في هذا المعنى : عوض جمال الدين، المرجع السابق، ص ١٩٤.

^{٥١٥} ومن أصحاب هذا الرأي : د . علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٢٦٦.

^{٥١٦} Reinhard langerich, the Refusal of Documents, p. 5، نقلاً عن: حسين شحادة الحسين، المرجع السابق، ص

تحقيق نتيجة مؤداها تسليم مستندات خالية من العيوب؛^{٥١٧} لأن المصرف غير مسؤول عن التزوير في حال كانت مطابقة في ظاهرها لشروط الاعتماد، غير أنه يكون مسؤولاً إذا كان التزوير واضح ويمكن اكتشافه عن طريق شخص عادي من دون الحاجة إلى خبرة في ذلك، وعليه فيكون المصرف قد أوفى بالتزامه متى بذل العناية اللازمة لدفع مسؤوليته.^{٥١٨} ويكون التزامه بتحقيق نتيجة وهو ضرورة القيام بالمطابقة من الناحية المادية، حيث يرى البعض أن التزام المصرف بفحص المستندات إنما يكون التزاماً بتحقيق نتيجة، مناطها شكلي للتحقق من المطابقة المادية بين المستندات المقدمة إليه، وشروط الاعتماد من دون أن تكون لديه أية سلطة في تقدير مضمون هذه المستندات، أو تفسير اصطلاحاتها، ويعتبر المصرف مخطئاً بقبوله لمستندات غير مطابقة، ولو كان قد بذل أقصى درجات العناية؛ لأن العميل يطلب تحقيق نتيجة معينة، هي قبول المستندات المطابقة لتعليماته.^{٥١٩}

٢. ازدواجية المعيار الواحد :

ويلحق مثل هذا الازدواج في نوع الالتزام، ازدواج في المعيار الواحد، فقد ذهب البعض إلى أن العناية المعقولة لا تتحقق دون أن يكون الفحص عميقاً، ولكي يتأكد المصرف ويطمئن بأن المستندات تطابق في ظاهرها شروط الاعتماد، لابد أن يكون الفحص عميقاً، وهو المتوقع من المصرف بكونه كيان تجاري محترف ومتخصص.^{٥٢٠} وهذا الأمر يعني أن المصرف ملزم بالفحص العميق والدقيق؛ باعتباره نتيجة مرجوة في سبيل تنفيذ عقد الاعتماد وخطاب الاعتماد الصادر عن المصرف. ويعني ذلك أيضاً أن الالتزام ببذل العناية بهذه المثابة قد تحول إلى التزام بتحقيق نتيجة

^{٥١٧} يلاحظ أن العديد من كتاب الفقه قد تناول نوع الالتزام على اعتبار أنه التزام ببذل عناية وذلك بالاستناد إلى نص المادة (٧) من الأصول والأعراف الموحدة، والتي قررت بأن نوع الالتزام هو التزام ببذل عناية، والالتزام المقصود في هذا المقام هو التزام مطابقة الاستناد فقط. فالبنيك يطابق ما ظهر له من أوراق ولا يلزم بالبحث فيما وراءها. فإذا اطمئن لما قدمه المستفيد وكان مطابقاً لتعليمات العميل وعقد الاعتماد دفع مقابلها وإلا امتنع. أما الالتزام الآخر فهو التزام تسليم العميل مستندات مطابقة، وهذا الالتزام لا يمكن إلا أن يكون التزاماً بتحقيق نتيجة، فلا يلزم العميل بتسليم مستندات مخالفة وغير صحيحة. انظر في هذا المعنى : علي الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٠٩.

^{٥١٨} عبد الرحمن السيد القرفان، الوجيز في الجوانب القانونية لعمليات البنوك، (دون ناشر)، ١٩٩٦/١٩٩٧، ص ٢٧.

^{٥١٩} السيد محمد اليماني، الاعتماد المستندي والطبيعة القانونية لالتزام البنك، أطروحة دكتوراة، جامعة القاهرة ١٩٧٤، ص ١٢٨.

^{٥٢٠} علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٢٦٦.

بالنسبة للمصرف. ^{٥٢١} وذلك فضلاً عن التزام المصرف بتقديم مستندات صحيحة للعميل، وهذا بدوره لا يكون إلا التزاماً بتحقيق نتيجة. ^{٥٢٢}

٣. عدم تناسب معيار المطابقة مع مفهوم الخطأ :

ويقبل هذا الازدواج في بعض الالتزامات بكونه ناشئاً عن إرادة الطرفين التي يكون لها أن تنظم عقودهم من حيث الأصل، غير أن هذا الأمر يتعارض مع مفهوم الخطأ في النظام العام، والذي تقوم عليه فكرة الالتزام في الاعتمادات المستندية. لأن معنى الخطأ يتمثل في الإخلال الذي يقع كنتيجة لسلوك المتعاقد. وهو متصور في الحالة التي يكون فيها الالتزام ببذل عناية، فيكون المتعاقد مخطئاً إذا لم يبذل العناية الكافية في تنفيذ العقد، أما في الحالة التي يكون فيها الالتزام بتحقيق نتيجة. فإن مثل هذا الالتزام لا يكون مرتبطاً بسلوك المتعاقد، لأنه لا ينظر لسلوكه وفيما إذا بذل عناية كافية في تنفيذ العقد أم لا، بل ينظر إلى النتيجة المرجوة، والمتفق عليها بين المتعاقدين، وفيما إذا كانت قد تحققت من الناحية المادية والفعالية أم لا. ^{٥٢٣} فهل يجدي أن يثبت بذله للقدر المعقول من العناية، طالما أنه سيكون مخالفاً بالتزامه حين لا تقع المطابقة من الناحية المادية كنتيجة مرجوة وبالتالي يخفق في تقديم المستندات الصحيحة لعميله الأمر؟ إن الجواب لا بد أن يكون بالنفي، ولا يعني في الإثبات لاحقاً إن كان البنك قد بذل القدر اللازم من العناية أم لم يبذل.

٤. صعوبة التأسيس للمسؤولية :

ويضاف إلى صعوبة البحث عن الخطأ كأحد عناصر المسؤولية، صعوبة أخرى تهص تباعاً لفكرة الخطأ، وتتمثل في القدرة على التأسيس للمسؤولية، لا سيما إذا كانت فكرة الخطأ من حيث الأصل غير منضبطة، وفقاً للمعيار المعتمد في تقدير سلوك المتعاقد بشكل عام، والمصرف على وجه الخصوص في هذا المقام، لدى تنفيذه لالتزاماته الناجمة عن عقد وخطاب الاعتماد.

^{٥٢١} حسين شحادة الحسين، المرجع السابق، ص ١٢١.

^{٥٢٢} وفي سبيل وضع نوع متوسط للالتزام، ذهب البعض إلى أن التزام المصرف هو التزام ببذل عناية قصوى لا معقولة، وذلك لأن العناية المطلوبة من البنك لا بد أن تكون على درجة عالية من الحيلة التي تظهر من الرجل الحريص، وهي الصورة التي تستوجبها الخبرة العملية للبنوك لدى أدائها عمليات الاعتماد المستندي، انظر : Eisemann & Bontoux. Le Credit

Documentaire, Paris, 1976, N. 141، نقلاً عن علي الأمير إبراهيم، ص ١٠٩.

^{٥٢٣} راجع في ذلك، د. صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية - دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني. دار شتات للنشر والتوزيع ودار الكتب القانونية، طبعة ٢٠١٠، ص ٦٥.

فهل يوصف سلوك المصرف بأنه خطأ مسبب للضرر وفقاً للمسؤولية العقدية، على اعتبار أن البحث في مقدار العناية ومعقوليتها لا يخرج عن إطار المسؤولية العقدية، فيكون المصرف قد أدى التزامه العقدي حين يبذل العناية المعقولة في المطابقة؟ أم يبحث في إطار المسؤولية التقصيرية إذا كان البحث في مسألة العناية يخرج عن إطار النتيجة المتفق عليها؟ وبيان ذلك هو أن الالتزام بنتيجة يكون فيه عدم تنفيذ الالتزام هو الخطأ العقدي بعينه، وغالباً ما يكون مفترضاً حتى لو لم يرتبط بسلوك المتعاقد^{٥٢٤}، أما في الالتزام ببذل عناية فإن المدين لا بد له من إثبات الانحراف عن السلوك المعتاد في سبيل إثبات الخطأ المؤدي إلى نشوء المسؤولية^{٥٢٥}. لا سيما أن تحديد نوع المسؤولية يؤثر في أمور عديدة سيرد بيانها لاحقاً في هذه الدراسة^{٥٢٦} منها: المسائل المتعلقة بالتعويض. فمتى نفى المصرف وصف الخطأ عن سلوكه، فليس للمتضرر - العميل الأمر أو المستفيد - المطالبة بالتعويض سواء من حيث الحق في التعويض، أو في تحديد مقدار هذا التعويض في مرحلة لاحقة.

٥. أثر تحديد نوع الالتزام على المسائل المتعلقة بالإثبات :

يتعلق الأثر الآخر في أهمية التمييز بين نوعي الالتزام المشار لهما، بالمسائل المتعلقة بالإثبات. فإذا تعلق الالتزام بالسلوك فإنه يفترض أن يكون المتعاقد قد بذل من العناية ما يكون لازماً في تنفيذ الالتزام الناجم عن العقد، ومن يدعى خلاف ذلك يقع عليه عبء الإثبات. فإذا أثبت ذلك كان هذا إثباتاً لخطأ عقدي، وما عليه إلا أن يثبت الضرر فيما بعد ليستحق التعويض، ما لم يثبت المصرف أن عدم تنفيذه أو قعوده عن بذل العناية المطلوبة إنما يرجع إلى سبب أجنبي، فتتعدم علاقة السببية ولا تنهض المسؤولية العقدية^{٥٢٧}. وهذا بخلاف ما يكون الحال عليه عند إثبات الخطأ في الالتزام الناشئ لتحقيق نتيجة معينة، حيث لا يستطيع المدين أن ينفي الخطأ لأنه يكون مفترضاً لمجرد عدم تحقق النتيجة^{٥٢٨}. أما القول بوجود التزام آخر في هذا المقام يعني الخروج على القواعد العامة والقول بالتزام جديد يقوم على التزام المصرف، يرتبط فيه التزامه ببذل

^{٥٢٤} سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، سنة ١٩٨٧، ص ٢٨.

^{٥٢٥} د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة ٢٠٠٤، ص ٥٤٠.

^{٥٢٦} - انظر المبحث الثاني من هذا الفصل.

^{٥٢٧} د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٤١.

^{٥٢٨} د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق ص ٥٤٠.

العناية، بالتزام ثانٍ محله تحقيق نتيجة تتمثل في تقديم مستندات خالية من العيوب، وهذه مسألة تحكمية تقوم دون مبررٍ مقنع، بل لا تتسق مع طبيعة الالتزام.^{٥٢٩}

وإذ يغيب التحديد المنضبط لمعيار الالتزام، وبالتالي تحديد نوع الإخلال، فإنه يرجع لسلطة القاضي الذي يقوم بتفسير ما انصرفت له إرادة المتعاقدين في ذلك، وهذا يعني أن القضاء سوف يتصدى لتحديد نوع المسؤولية، وفيما إذا كانت مسؤولية شخصية ترتبط بالسلوك أو مسؤولية موضوعية ترتبط بمضمون الالتزام في حد ذاته.^{٥٣٠} وهذا يعني هو الآخر ألا تخضع هذه الدعاوى لتكييف متسق، وأن ينتهي الحال بتحديد المعيار استناداً لما تطمئن له المحكمة وبتفريد كل قضية وفقاً لمجرياتها.

ويلاحظ أيضاً أن المبادئ المنظمة لعملية المطابقة لا تتسق والتكييف الفعلي لالتزام المصرف. من ذلك مثلاً مبدأ المطابقة الحرفية أو التطابق التام والذي يعني أن المصرف يجب أن ينفذ بدقة وحرفية الشروط المنصوص عليها في عقد الاعتماد دون أن يكون له الحق في تقدير أهمية هذه الشروط، فالتزامه بالتعليمات لا بد أن يكون حرفياً ويكون الدفع تبعاً لذلك مقابلاً للمستندات المطابقة في ظاهرها لشروط الاعتماد.^{٥٣١}

ويثير هذا الأمر التساؤلات حول ماهية المعيار الذي تؤسس له المادة (٧) من الأصول والأعراف الموحدة، لأن مفهوم التطابق الحرفي يعني أن المستندات لن تقبل حتى لو بذل المصرف في مطابقتها العناية المعقولة، ما دامت مخالفة لتعليمات العميل وعقد الاعتماد، حتى لو بذل المصرف في هذه المطابقة عناية أشد من العناية المعقولة. ومن القضايا البارزة في هذا الشأن قضية J.H Rayner & Co. v Hambros Bank LTD حيث تطلب الاعتماد تقديم سحوبات لدى الاطلاع مرفقة ببوليصة

^{٥٢٩} أورد البعض أن تفسير نص المادة المتقدمة فيما يتعلق بمعيار المطابقة، ومنذ التعديل الذي شهده العام ١٩٩٣، قد صار يتعلق بالممارسة المصرفية الدولية كمعيار للفحص، غير أن الحديث عن معيار المعقولة وبذل العناية التي يبذلها الرجل العادي من الناس لا ينطبق مع هذا التفسير، لا سيما أن الأصول والأعراف الموحدة قد تجاهلت في تعديلاتها المتتالية وضع حدٍ لهذا الخلاف، على الرغم من أن هذه المسألة قد ظلت من المسائل التي اختلف عليها الشراح اختلافاً شديداً. ويبدو أن مثل هذا النص قد حذا النصوص المدنية في وضع معيار الرجل العادي من الناس كوسيلة لقياس الخطأ وقيام المسؤولية، في الوقت الذي هو من الواضح الاختلاف الجذري بين الالتزام في المسائل المدنية، عن الالتزام في المسائل التجارية. فلماذا يلجأ كلاً من طرفي عقد البيع إلى مصرف يكون وسيطاً تجارياً ذو عمولة عالية، في وقتٍ يستطيع كلا الطرفين اللجوء لوسيط آخر ذو شخصية مدنية، كأن يكون وكيلاً تجارياً، أو محامٍ دولي أو شخصية اعتبارية أخرى. راجع في هذا المعنى : علي الأمير إبراهيم ، المرجع السابق، ص ٣٥٧.

^{٥٣٠} د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ٦٨.

^{٥٣١} د. حسين شحادة الحسين، المرجع السابق، ص ١٤٢.

الشحن لـ Coromandel Groundnuts فقدّم البائع بوليصة شحن machine shelled groundnut kernels وهذا المصطلح يماثل المصطلح السابق في العرف التجاري، وقد بين القاضي Mackinnon أن المصرف يجب أن يرفض السحب على أساس أن المستندات وبشكل خاص بوليصة الشحن لا تطابق بشكل تام شروط خطاب الاعتماد، لأن المصرف لا يتوقع منه أن يلم بالعادات والمصطلحات التجارية لكي يعرف أن machine shelled groundnut kernels هو Coromandel groundnut. وانتهى القاضي بأنه لا يتوقع من المصرفي الإلمام بالعادات والأعراف التجارية التي تقدر بالآلاف، بل وقد يكون للعميل سبباً خاصاً في اشتراط تقديم سند شحن يحمل الوصف Coromandel groundnut^{٥٣٢}.

ويواجه القول بقدرة الإرادة على تحديد نوع الالتزام الذي يقوم به المصرف لدى مطابقة المستندات المقدمة من المستفيد صعوبات جمة. فعقد الاعتماد ينشأ بموجب إرادتين هما إرادة المصرف وإرادة عميله الأمر، وهذه الإرادة تعطي التوصيف الأولي لنوع الالتزام الذي يرغبان بإنشائه، بكونه التزاماً ببذل عناية تتمثل في السعي المعقول لمطابقة المستندات، أو التزام بتحقيق نتيجة تتمثل في تقديم مستندات خالية من العيوب للمشتري.^{٥٣٣}

غير أن السؤال الذي يثور في هذا المقام يتمثل فيما إذا كانت هذه الإرادة تنسحب لتكييف نوع الالتزام الناشئ عن إرسال خطاب الاعتماد هو الآخر؟ فإذا كانت الإرادة الناشئة عن عقد الاعتماد غير معلومة، فهل من الممكن تحديد نوع الالتزام في خطاب الاعتماد؟ وهذا بالطبع إذا كان القول بانسحاب ذات الإرادة لخطاب الاعتماد باعتباره من ملحقات العقد، وأن التكييف الخارجي لظروف العقد وملازماته قد تشير إلى رغبة المتعاقدين في ضمان التنفيذ الحتمي لعقد البيع، وهو ما قد يؤخذ بكونه قرينة على كون التزام المصرف بالمطابقة، التزاماً بتحقيق نتيجة يريجوها كل من المستفيد والعميل

٥٣٢ 32. KING'S BENCH DIVISION. 73 LI.L.Rep. (1942) وردت هذه القضية في كتاب د. حسين شحادة

الحسين، المرجع السابق، ص ١٤٩.

٥٣٣ فالأصل هو أن تحدد شروط العقد نوع الالتزام، فإن جاء العقد خلو من التزام معين، وجب الرجوع في شأنه للنصوص القانونية المتعلقة بعقد البيع لبيان ما إذا كان أحد المتعاقدين قد قام بتنفيذ التزامه على النحو المتفق عليه أم لا. أنور طلبية، المسؤولية المدنية - الجزء الأول (المسؤولية العقد)، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٥، ص ٧٨.

الآمر. ومع هذا القول قد لا يستطيع المصرف توكي المسؤولية متى قدم مستندات بالمخالفة لما ورد في تعليمات العميل وعقد الاعتماد.^{٥٣٤}

وباعتماد الفرض القائل باختلاف هذين الالتزامين، فإن التزام المصرف إزاء العميل الأمر سيكون بلا شك التزاماً بتحقيق نتيجة، بكونه مقيداً بالتعليمات الصادرة عن هذا الأخير، حيث قضي في هذا الأمر بأنه: " لا مجال لمستندات مشابهة أو تؤدي الغرض نفسه. وأن المصرف لا يمكن أن يقرر من تلقاء نفسه ما يكون كافياً أو غير كافٍ، فإن قام بذلك ولم يحترم الشروط التي أعطيت له، فإنه يكون قد تصرف على مسؤوليته الخاصة".^{٥٣٥}

ويلتزم المصرف بناءً على ذلك بأن يقوم بتنفيذ تعليمات العميل الأمر التي صدرت إليه، بحيث تكون المستندات التي يقدمها المستفيد هي ما طلبه العميل، فإذا حصل اختلاف بين ما استلمه المصرف ودفع عنه قيمة الاعتماد وبين تعليمات العميل، فإن العميل لا يكون ملزماً بقبول هذه المستندات حتى لو لم يصبه ضرر جراء هذا الاختلاف.^{٥٣٦} أما في الفرض الذي يقوم المصرف فيه بتحرير خطاب اعتماد إلى المستفيد مغاير لما طلبه العميل، فإنه سيجد نفسه مضطراً لقبول هذه المستندات دون أن يستطيع إلزام العميل على قبولها.

وسبق عرض التجاوز الذي حملته المادة (٣٥) من الأصول والأعراف الموحدة (UCP 600)،^{٥٣٧} على القواعد العامة التي تنظمها الأعراف التجارية والقوانين المدنية، منها على سبيل المثال النص

^{٥٣٤} وقد تناول العديد من الشراح موقف العميل من المستندات المخالفة لما ورد في الاعتماد، وأقروا حق العميل الأمر بترك هذه المستندات في يد البنك، فضلاً عن حقه في تعويض ما يصيبه من ضرر. راجع في ذلك: محيي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ١١٥٥ وما بعدها، وعلي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٣٩٠.

^{٥٣٥} At DCI vol 4 NO. 1 winter 1998, p 23.

^{٥٣٦} علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٢٩٠.

^{٥٣٧} وهو ما ورد في المبحث الثاني من الفصل الأول فيما يتعلق بالدفع التي يتمكن كلا طرفي عقد البيع من الدفع بها في مواجهة البنك. وتنص المادة (٣٥) من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية (UCP 600) على: " عدم المسؤولية عن الإرسال والترجمة فلا يتحمل المصرف أي التزام أو مسؤولية عن النتائج الناجمة عن التأخير أو الفقدان خلال الإرسال أو التشويه أو أي أخطاء أخرى ناجمة عن إرسال أية رسائل أو تسليم أية رسائل أو مستندات عندما تكون هذه الرسائل والمستندات قد تم إرسالها أو نقلها طبقاً لمتطلبات الاعتماد، أو عندما يكون المصرف قد بادر في اختيار طريقة الإرسال في حال غياب مثل هذه التعليمات في الاعتماد. و إذا اعتبر المصرف المسمى أن التقديم مطابق وقام بإرسال المستندات إلى المصرف المصدر أو المصرف المعزز، سواء قام المصرف المسمى بالوفاء أو بالتداول أم لا، فإنه على المصرف المصدر أو المصرف المعزز الوفاء أو التداول أو تغطية ذلك المصرف المسمى حتى لو ضاعت المستندات وهي في طريقها من المصرف المسمى إلى المصرف المصدر أو المصرف المعزز أو في طريقها بين المصرف المعزز والمصرف المصدر. ولا يتحمل المصرف أي التزام أو مسؤولية

على عدم مسؤولية المصرف عن التأخر في المستندات، أو إعفائه من المسؤولية عن أخطاء الترجمة، أو التزوير. ومثل هذا الإعفاءات قد تؤدي إلى المساس بالتوازن العقدي الذي تقوم عليه العقود. وتكرس لمبدأ الاستقلال بكونه نتيجة لاعتبار عقد الاعتماد من عقود الإذعان، لا يملك فيها المشتري أية إرادة في تحديد نطاق المسؤولية الناجمة عن العقد.^{٥٣٨}

وتبدو الخطورة في ذلك، بكون مثل هذا النص يمثل إعفاءً من المسؤولية العقدية التي أجاز المشرع النزول عنها بشكل كلي أو جزئي من قبل المتعاقدين، لا سيما أن الأصول والأعراف الموحدة (UCP 600) غالباً ما تظهر بكونها القانون الذي يحكم العقد عند حدوث أية نزاع، وذلك باتفاق الطرفين أو باعتبارها عرفاً تجارياً. وبناء عليه فقد نصت المادة (٢١٩) من القانون المدني البحريني على أنه : "يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، أو على التأخير في تنفيذه إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم".^{٥٣٩}

ويبرر ذلك بأن جواز النزول عن المسؤولية إنما يكون نتيجة لارتباط المسؤولية بالعقد، والذي تلاقت الإرادات على إحداثه، وهذه الإرادات قادرة على توقع مصير العقد وما قد يطرأ عليه، بما يجوز لها معه الاتفاق على النزول عن الحق في المطالبة بأية تعويض عن الأضرار الناجمة عن تنفيذه. إلا أن هذا الأمر قد لا يبدو منطقياً لأن العميل الأمر قد لا يرغب بمثل هذا الإعفاء، كما أن هذا الأمر يستلزم البحث في إرادة المتعاقدين وتفسيرها، وينتهي هذا البحث في الغالب إلى تطبيق الأعراف الموحدة لا سيما إذا تضمن العقد قبول هذه المستندات باعتبارها القانون الحاكم لأي نزاع قد ينشأ عند تنفيذ أي

عن أخطاء الترجمة أو التفسير للمصطلحات الفنية، ويجوز له أن يعزز مصطلحات الاعتماد دون ترجمتها". راجع في شرح هذه المادة المبحث الثاني من الفصل الأول من هذا الباب.

^{٥٣٨} ويعضد ذلك أن عملية الاعتماد إنما تكون عن طريق مأل نموذج معد مسبقاً من قبل البنك، ويملاً فراغاته المشتري بالبيانات اللازمة والأساسية اللازمة لفتح عقد الاعتماد، كتعيين المستفيد ومدة صلاحية الاعتماد ومبلغه إلى غير ذلك من المعلومات. راجع في ذلك : د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٧٨.

^{٥٣٩} فما دام الالتزام الذي يؤدي الإخلال به إلى تقرير المسؤولية التعاقدية مصدره العقد، فهذا العقد نفسه هو الذي يحدد الالتزام، ومدى مسؤولية المدين عند إخلاله به، أي مدى التعويض... وذلك على خلاف المسؤولية التقصيرية التي لا يجوز الاتفاق فيها على الإعفاء من المسؤولية لأن القانون هو الذي قرر أحكام هذه المسؤولية. راجع في شرح هذه المادة : د. عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ٤٧٦. ود. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالاسكندرية، سنة ٢٠٠٤، ص ٦٢١.

عقد من عقود المجموعة المستندية، أو تطبيقها كعرف تجاري دولي مستقر لمعاملات الاعتماد المستندي.^{٥٤٠}

وينتهي الحال بالمتعاقد إلى أن يكون في مركز قانوني ما كان ليتوقعه أو ليتوقاه، وهذا بطبيعة الحال يظهر باعتبار أن عقد الاعتماد صار من صور الإذعان، التي تكرر التفاوت بين مراكز المتعاقدين في سبيل حماية مبادئ تجارية لا تؤدي في الغالب الغرض الذي وضعت من أجله.^{٥٤١}

ثانياً : الخطأ الصادر عن العميل الأمر :

يكون المشتري مسؤولاً عن تنفيذ عقد البيع الأصلي، ويتعين عليه القيام بالخطوة الأولى في سبيل ذلك، وهي فتح خطاب اعتماد لصالح البائع. ويلزم أن يكون هذا الخطاب متوافقاً مع الشروط الواردة في عقد البيع، فلا يلزم البائع بقبول خطاب اعتماد لا يتوافق مع العقد الأساس. وإذا صدر خطاب الاعتماد مخالفاً لعقد البيع فليس للبائع أن يطالب المصرف بإصدار الخطاب أو بتعديل شروطه؛ لأن الملمزم بذلك أمام البائع هو المشتري. وإذا صدر الخطاب مخالفاً لشروط البيع، وتلقاه البائع وسكت، أو من باب أولى بدأ في تنفيذ التزاماته بالمطابقة لما ورد بالخطاب، فليس له أن يعترض بعد ذلك على المشتري.^{٥٤٢}

ويستتبع ذلك أن المشتري إذا لم يشرع في تنفيذ عقد البيع عن طريق فتح طلب اعتماد، كان للبائع أن يدفع بعدم التنفيذ، فيمتنع عن إرسال شحنة البضائع إلى ميناء الوصول، وذلك بالإستناد إلى القواعد العامة التي تتيح للمتعاقد الإمتناع عن التنفيذ حين يمتنع المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزاماته.^{٥٤٣} وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأنه : " لا يحل للمشتري أن يمتنع عن فتح الاعتماد بالثمن تأسيساً على أن تقديم مستندات الشحن شرط جوهري لاقتضاء الثمن، لما في ذلك من مغالطة ظاهرة وملموسة. حيث أن مجرد فتح الاعتماد ليس معناه أن المبلغ المعتمد أصبح ملكاً حلالاً

^{٥٤٠} " لا تنطبق القواعد الدولية تلقائياً إذا لم يفصح أصحاب الشأن عن رغبتهم في ذلك، لأن هذه القواعد ليست صادرة عن المشرع فليست لها قوة القواعد الآمرة ولا القواعد التشريعية المكملة لإرادة الطرفين، وإن أمكن النظر إليها على سبيل الإستثناس بوصفها الحلول التي يوصل تطبيقها إلى تحقيق أهداف نظام الاعتماد المستندي كوسيلة للضمان وتسوية البيوع الدولية." علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٤٦.

^{٥٤١} د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص ١٥.

^{٥٤٢} علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٤٩.

^{٥٤٣} راجع في ذلك: د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٦٠٠ وما بعدها.

أو حقاً خالصاً للبائع يصرفه بغير قيد ولا شرط. وإنما القصد منه إيجاد الطمأنينة في نفس البائع على بضاعته فيعمل على شحنها. ومن المسلم به أن صرف الثمن لن يتم إلا إذا تم الشحن وتقدمت أوراقه للمصرف المتفق عليه وفحصها وكان الأمر خالياً من كل مخالفة هنا فقط تزول حقوق المشتري عن المبلغ المودع".^{٥٤٤}

ويبدو من هذا الحكم، أنه وإن كان الدفع للمستفيد بموجب خطاب الاعتماد مستقلاً من الناحية النظرية عن عقد البيع، إلا أن قيمة الاعتماد لا تكون حقاً للمستفيد قبل أن يتم تسليم البضاعة فعلياً، وذلك بموجب عقد البيع الأصلي وتسليم الصكوك الممثلة لهذه البضائع، ويتم التأكد من هذا التسليم عن طريق المصرف، الذي يضطلع بدور الوسيط، فيقوم بالاطلاع على مستندات الشحن، ومطابقتها بالتعليمات الصادرة عن العميل الأمر، والتأكد من خلوها من أية غش أو تزوير من قبل المستفيد أو غيره. ويلاحظ هنا أن التزام المشتري بفتح طلب اعتماد لصالح البائع، إنما يكون تنفيذاً لالتزام محله القيام بعمل، وهذا النوع من الالتزام يبدو أنه أقرب إلى أن يكون التزاماً بتحقيق نتيجة مفادها فتح طلب اعتماد لصالح البائع تمهيداً لسداد الثمن وتسليم البضائع. ذلك أن الالتزام إذا كان يؤدي مباشرة إلى النتيجة فإن الالتزام لابد أن يكون التزاماً بتحقيق نتيجة وإلا فيكون التزاماً ببذل عناية.^{٥٤٥}

ويبدو أيضاً أن فتح طلب الاعتماد لصالح البائع، يمثل صورة خاصة للوفاء. حيث أن مجرد فتح طلب الاعتماد لصالح البائع، لا يؤدي إلى براءة ذمة المشتري كأثر مباشر للوفاء بالدين، بما يستتبع ذلك من انقضاء المديونية والمسؤولية الناجمة عنها في ذمة المدين وكفيله إن وجد، وانقضاء كافة التأمينات العينية التي قدمت كضمان لتنفيذ العقد. كما لا تبرأ ذمة المستفيد بمجرد قبول المستندات من قبل المصرف، إذ تظل محل نظر من قبل المشتري الذي له الرجوع مرة أخرى على البائع بموجب الدعاوى التي تحفظ حقه على البضائع، كدعوى ضمان العيوب الخفية مثلاً.^{٥٤٦}

ويكون المشتري والحال كما تقدّم، مخلاً إذا تأخر أو امتنع عن فتح الاعتماد في الوقت المحدد، ويغدو مسؤولاً إزاء البائع نتيجة لإخلاله بالتزاماته.^{٥٤٧} غير أن القواعد والأعراف الدولية الموحدة لم تعالج هذه المسألة فيقتضي - والحال كذلك - أن يتم العودة للقواعد العامة التي تحكم العقود، على

^{٥٤٤} استئناف القاهرة ١٦ فبراير ١٩٥٤ موسوعة جمعة ص ٥٣ رقم ١٤٠.

^{٥٤٥} سليمان مرقس، المرجع السابق، ص

^{٥٤٦} د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٦٨ وما بعدها.

^{٥٤٧} مازن عبدالعزيز فاعور، الاعتماد المستندي والتجارة الإلكترونية في ظل القواعد والأعراف الدولية والتشريع الداخلي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٦، ص ١٢٩.

اعتبار أن عقد البيع الأصلي لا يمثل صورة خاصة للتعاقد. ويلاحظ عند الرجوع للقواعد العامة المنظمة للعقود، أن معالجة الإخلال الواقع من المتعاقد، تتم بواسطة طريقتين تناولتهما المادة (١٤٠) من القانون المدني البحريني بنصها على أنه:

"أ) في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه عند حلول أجله، وبعد إعداره، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضي تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض، وذلك ما لم يكن طالب الفسخ مقصراً بدوره في الوفاء بالتزاماته.

ب) ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفه المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى التزاماته في جملتها".

ويتبين من النص المتقدم أن المعالجة القضائية المطروحة لمشكلة الإخلال الواقع من المتعاقد وفي هذا الفرض المشتري، هما التنفيذ الجبري، والتعويض، وهو ما سيرد بيانه في المبحث الثاني من هذا الفصل. أما التنفيذ الجبري فقد ميّز العديد من الفقهاء، بين الحالة التي تكون فيها شخصية المدين محل اعتبار وبين الحالة التي لا يكون فيها كذلك، وذهبوا إلى أن الالتزام بإنجاز العمل إذا لم تكن شخصية المدين فيه محل اعتبار ولم يقدّم المدين بالعمل المطلوب إنجازه، جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام إذا كان هذا التنفيذ ممكناً، ويجوز له في حالة الاستعجال أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء،^{٥٤٨} وفي ذلك نصت المادة (٢١١) من القانون المدني البحريني على أنه: "أ) في الالتزام بعمل، إذا لم يقدّم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن، أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً. ب) ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين، دون ترخيص من القضاء".

ويظهر أن الأمر ليس سهلاً كما يبدو عليه، حيث أنه غالباً ما يمتنع القيام بالعمل في الحالات التي لا يمكن فيها تنفيذ الالتزام بعمل لكونه يتطلب تدخلاً شخصياً من جانب المدين، وفي هذا الفرض فإن فتح الاعتماد يتطلب تدخلاً شخصياً من المشتري؛ حيث أنه يستلزم التعاقد مع المصرف، وما يستتبع هذا الأمر من اعتبارات شخصية في التعاقد، نظراً لكون عقد الاعتماد من عقود التجارة التي تقوم على الثقة والإئتمان، لا سيما أن المشتري يقوم بفتح الاعتماد في بلده في الوقت الذي يكون فيه

^{٥٤٨} سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ١١١ وما بعدها، و د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ٧٢، د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٧٣٩.

البائع طرفاً دولياً خارج ذلك الإقليم.^{٥٤٩} وقد يرفض المشتري القيام بهذا الالتزام، في الوقت الذي لا يتصور عملاً أن يقوم الدائن وهو البائع في هذا المقام بالاتفاق مع مصرفٍ ما على فتح خطاب اعتماد على حساب المدين، ولمصلحته هو شخصياً. لأنه من الصعب على أي مصرف، وفي ظل هذه الظروف أن يقوم بفتح الاعتماد المطلوب لصالح المستفيد، وإن فعل فبشروط قد لا تحقق للدائن أهدافه. كما أنه من الصعب طلب المعونة القضائية لإلزام البنك بالشروع في مثل هذه العملية التي تتطلب القيام بعمل تكون شخصية المدين فيه محل اعتبار، وقد لا يكون أمام القاضي لمعالجة مثل هذا الأمر سوى وسيلة التهديد بالغرامة المالية.^{٥٥٠}

وتعتبر الغرامة المالية أو التهديدية إحدى وسائل التنفيذ العيني الجبري، حيث نظمت أحكامها نص المادة (٢١٣) من القانون المدني البحريني بقولها أنه :

" أ) في الالتزام بعمل إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين، كما يجوز له أن يطلب الحكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك.

ب) وإذا رأت المحكمة أن مقدار الغرامة المحكوم بها غير كاف لحمل المدين على التنفيذ، جاز لها أن تزيد في الغرامة كلما رأت داعياً للزيادة.

ج) إذا تم التنفيذ العيني، أو أصر المدين على عدم التنفيذ، حددت المحكمة مقدار التعويض الذي يلزم به المدين عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه، مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين ".^{٥٥١}

ويظل للمستفيد في كل الأحوال الخيار في إقامة دعوى طلباً للتنفيذ الجبري، أو استخدام حقه في طلب الفسخ والتعويض إن كان له مقتضى. أما طلب فسخ عقد البيع فتحكمه القواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين. ولا تثور مشكلة خاصة إلا بالنسبة للإعذار الذي يلزم عموماً قبل رفع دعاوى الفسخ. فإذا اتفق المتعاقدان على مدة محددة أو تاريخ أقصى دون أن يتم مثل هذا الأمر، فلا يلتزم البائع في هذا الفرض بإعذار المشتري قبل مطالبته بالفسخ؛ لأن الإعذار مقصود به تنبيه المدين للقيام

^{٥٤٩} " يعتبر عقد الاعتماد بالنسبة للعميل مدنياً إلا إذا أمكن اعتباره تجارياً بالتطبيق لنظرية العميل التجاري بالتبعية، أي إذا كان العميل تاجراً وفتح الاعتماد بمناسبة تجارته" علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، جمهورية مصر العربية، ص ٢٣٦.

^{٥٥٠} علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٥١.

^{٥٥١} انظر في شرح هذه المادة : أنور طلبة، المرجع السابق، ص ١٣٤، وسليمان مرقس، المرجع السابق، ص ١٢٤.

بالتنفيذ، وإلا فإن العقد سيكون عرضة للفسخ، وفي هذا الفرض لا يكون للإعذار فائدة لانقضاء مدة الاعتماد، ولم يعد دفع المشتري إلى تنفيذ العقد مقصوداً.^{٥٥٢} وفي ذلك نصت المادة (٢٢٢) من القانون المدني البحريني في الفقرة (ب) على أنه : "لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية : ... (ب) إذا أصبح تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين". أما إذا كانت المدة المقررة لفتح الاعتماد لا تزال مفتوحة، فمعناها أن المشتري يمكنه فتح الاعتماد بشكل منتج ، فيلزم إعذاره قبل رفع دعوى الفسخ عليه. وإذا لم تكن المدة المحددة في البيع واردة بشكل حاسم فإن المرجع يكون للقاضي، فهو يقدر ما إذا كان الإعذار واجباً أم لا. وقد تستنتج المحكمة من شروط البيع وظروفه إعفاء البائع من واجب الإعذار، فلا ترفض الدعوى لعدم حصوله، إلا إذا كان قد نزل عنه.^{٥٥٣}

فإذا لم يرد بالبيع بيان لمدة يفتح خلالها الاعتماد، أو تم النص على تحديد مدة معقولة لفتح الاعتماد، انطبقت القواعد العامة، ولزم على البائع إعذار المشتري قبل رفعه لدعوى الفسخ. نظراً لأن المدة لا تزال مفتوحة، و لا يزال في وسع المشتري المبادرة بالتنفيذ.^{٥٥٤} ويكون للبائع توجيه الإعذار ابتداء من الوقت الذي كان يجب فيه فتح الاعتماد، لو كان المشتري قد اتخذ ما يلزم لذلك، وتصرف بشكل معقول بالنظر إلى عقد البيع وظروف تنفيذه.

وتواجه البائع - في هذا المقام - مشكلة عملية، تتمثل في مدى توافر شروط دعوى الفسخ قبل التمكن من رفعها في مواجهة المشتري، وتتمثل هذه المشكلة في الشرط الذي يتطلب من رافع دعوى الفسخ أن يكون قد شرع فعلياً في التنفيذ بما يكون معه المتعاقد الآخر مخالفاً بالتزاماته لعدم تنفيذه للعقد.^{٥٥٥} فمن الناحية العملية، لن يقوم البائع بشحن أية بضاعة قبل أن يتسلم ضماناً حقيقياً على أن الطرف الآخر مستعد فعلياً لتنفيذ العقد. ويفترض في مثل هذه العقود الصفة الدولية، وهو ما يقل معه مقدار الثقة والإثتمان بين طرفي العقد. فلا يريد البائع تسليم البضاعة قبل قبض الثمن، وبالمثل فلا قبض للثمن قبل التحقق من شحن البضاعة ووصولها فعلياً إلى ميناء الوصول.^{٥٥٦}

^{٥٥٢} مازن عبدالعزيز فاعور، المرجع السابق، ص ١٣١.

^{٥٥٣} علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٥١.

^{٥٥٤} مازن عبدالعزيز فاعور، المرجع السابق، ص ١٣١.

^{٥٥٥} راجع في ذلك، د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٧٤.

^{٥٥٦} يسوغ طلب الفسخ أن يقع الإخلال من أحد المتعاقدين، وهذا ما تضمنته كافة القواعد القانونية التي نظمت البيوع الدولية ومنها اتفاقية لاهي لسنة ١٩٦٤ واتفاقية فيينا لسنة ١٩٨٠، حيث نصت على المخالفة الجوهرية للعقد كشرط من شروط طلب الفسخ. للمزيد عن ذلك راجع : وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص ٦٤٩.

ولا ينفي هذا الأمر أن يكون للقاضي سلطته التقديرية في تقدير هذه المسألة، إلا إذا اتفق المتعاقدان على أن يكون العقد منفسخاً من تلقاء نفسه متى أخفق أي من الطرفين في المبادرة إلى تنفيذ العقد، ويظل الفسخ بحاجة للمراجعة القضائية، حتى مع القول بوجود مثل هذا الشرط، غير أن المحكمة لا تملك في الكشف عنه أية سلطة تقديرية، ويكون حكمها في ذلك حكماً كاشفاً لهذا الفسخ وليس مقررأ له.^{٥٥٧} وهو ما نصت عليه المادة (١٤١) من القانون المدني البحريني بقولها أنه :

"أ) لا يعمل بشرط اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حكم المحكمة، أو بالشرط القاضي بتقييد سلطة المحكمة إزاء فسخ العقد، ما لم يتضح أن إرادة المتعاقدين كليهما قد انصرفت إليه صراحة، وعلى بينة من حقيقة أثره.

ب) والشرط القاضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه، عند عدم الوفاء بالالتزام، لا يعني في غير المواد التجارية من الإعذار، ولو اتفق على الإعفاء منه " .

ويبدو مع غياب التنظيم القانوني لمثل هذا الأمر، أن القول بتعاقب الالتزامين هو الأسلم. حيث أن من شروط الدفع بعدم التنفيذ هو ألا يكون المتمسك بالدفع ملزماً بأداء التزاماته التعاقدية أولاً، فيتعاقب هذان الالتزامان، بحيث ينبغي أن يؤدي أحدهما لتأدية الآخر.^{٥٥٨} وبغياب هذا التنظيم لا بد أن التكييف الذي تُخلع عليه هذه الالتزامات سيكون غير منضبط، على نحو يجعل من التسليم بمثل هذا القول أمراً صعباً.

ويثور التساؤل حول مدى اعتبار إخفاق المصرف في إرسال خطاب اعتماد إلى البائع بناءً على التعليمات الصادرة عن المشتري، أو الإخفاق في مطابقة المستندات وفقاً لهذه التعليمات بمثابة إخلال صادر عن المشتري، على اعتبار أن فتح خطاب الاعتماد لا يمثل إلا الخطوة الأولى في سبيل تنفيذ عقد البيع، وأن مجرد فتح اعتماد لصالح البائع لا يستتبعه براءة ذمة المشتري من ثمن المبيع.^{٥٥٩} والإخلال في هذا المقام يعتبر مرادفاً لوصف الخطأ والذي يرتبط بالسلوك؛ حيث يظهر بكونه انحرافاً

^{٥٥٧} راجع في شرح هذه المادة : عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ٤٣٣ وما بعدها، وسليمان مرقس، الوافي في الالتزامات - نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص ٦٥٥ وما بعدها.

^{٥٥٨} راجع في ذات المعنى : د. محمد المنجي، دعوى فسخ العقود - بسبب إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه، منشأة المعارف بالاسكندرية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٨، ص ٢٧٥.

^{٥٥٩} علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٧٤.

عن السلوك المعتاد. ومن الصعب - في هذه الحالة - القول بوجود خطأ صادر عن المشتري، ما لم يكن هذا الإخلال قد جاء نتيجة لسلوكه.^{٥٦٠}

يتعلق الأمر الآخر بنهوض الالتزام الملقى على عاتق المشتري بوصفه التزاماً بتحقيق نتيجة، تتمثل في أداء ثمن المبيع بالطريقة المتفق عليها في عقد البيع، ولكن تنفيذ الالتزام على هذا النحو يظل معلقاً حتى إتمام عملية المطابقة من قبل المصرف، وأداء قيمة الاعتماد للبائع. وهذا يعني أنه حين يخفق المشتري في أداء الثمن بواسطة عملية الاعتماد، فإنه يكون مخلاً بالتزاماته التعاقدية، على الرغم من أن هذا الإخلال لا يكون راجعاً لسلوكه. ولا يكون الأمر بأفضل حالاً من الفرض المتقدم، حين يكون الالتزام الملقى على عاتق المشتري التزاماً ببذل عناية، فهذا يعني أن المشتري لا يكون مخلاً في تنفيذ الالتزام حين يخفق في فتح خطاب اعتماد لصالح البائع، إذا أثبت أنه بذل العناية المعقولة في سبيل تحقيق التزامه، فلا يكون مسؤولاً عن تحقق النتيجة المتمثلة في دفع الثمن بموجب خطاب الاعتماد.

وتبدو الأهمية العملية في معرفة الخطأ الصادر عن المشتري، فيما يلحق ذلك من تأسيس لأركان المسؤولية، فلا مسؤولية بلا خطأ، ولا تعويض بلا مسؤولية، وينتهي الحال بالبائع إلى طلب فسخ عقد البيع المبرم بينه وبين المشتري، دون الحق في طلب التعويض لعدم وجود مقتضى لذلك.^{٥٦١} بل وسيضطر البائع إلى الاستناد إلى أحكام المسؤولية التقصيرية لا العقدية عند إقامته لدعوى الفسخ.^{٥٦٢} فالعقد هنا لا يعدو عن كونه واقعة قانونية. فمن البديهي عند القول بزوال الالتزام العقدي، أن يكيف أي ضرر بأنه ضرر تقصيري، يتم التعويض عنه بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية وفي

^{٥٦٠} يفرق البعض بين الخطأ التقصيري والخطأ العقدي، بأن الأول هو إخلال بالتزام قانوني عام فينحرف المسؤول عن السلوك الواجب أو عن السلوك المألوف للشخص العادي. أما الخطأ العقدي فيتحقق بمجرد عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه سواء كان هذا عن عمد أو عن إهمال وسواء كان حسن النية أو سيئها. وقد أورد هذا التعريف : د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٣٦، وأنور طلبية، المرجع السابق، ص ٩٣. غير أن هذا التعريف الأخير فيما يتعلق بالخطأ العقدي إنما ينطبق على الحالة التي لا يكون فيها التزام المتعاقد، التزاماً بتحقيق نتيجة، فيتحقق الخطأ العقدي بعدم تحقق النتيجة. وهذه النتيجة تقضي إلى الفكرة القائلة بأن مفهوم الخطأ لا يتوافق مع فكرة الإخلال المتعارف عليها في عمليات الاعتماد المستندي.

^{٥٦١} تتناول أغلب الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية لاهاي واتفاقية فيينا وصف الخطأ تحت مسمى آخر هو المخالفة الجوهرية للعقد، وتتضمن هذه المخالفة عناصر ثلاثة هي الإخلال بالعقد والضرر والعلم بهذه المخالفة، وهي الصورة التي تتفق مع فكرة الخطأ في القواعد والأعراف المدنية. فإذا لم يصدر خلل عن المتعاقد الآخر أي الخطأ فلا مسؤولية. راجع في ذات المعنى : خالد أحمد عبدالحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، مكتبة الإشعاع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، ص ٥٥ وما بعدها.

^{٥٦٢} راجع في إعمال المسؤولية التقصيرية دون العقدية : أنور طلبية، المرجع السابق، ص ١١.

ذلك انتهت محكمة التمييز بمملكة البحرين إلى أن : " الحكم بالتعويض المترتب على فسخ العقد إنما يكون على أساس المسؤولية التقصيرية لزوال العقد، ومن عدم صلاحيته ليكون أساساً للتعويض، وكان الحكم المطعون فيه قد استظهر بأسباب كافية توافر أركان مسؤولية الطاعن من خطأ يتمثل في تقصيره عن تنفيذ التزامه بنقل ملكية العقار إلى المطعون ضدها، وما نتج عنه من ضرر بها يتمثل فيما فاتها من كسب، فإن النعي عليه يكون على غير أساس " .^{٥٦٣}

ويتضمن هذا الحكم أمراً في غاية الأهمية؛ يتمثل في نقل طرفي العلاقة إلى نوع آخر من المسؤولية لم يتوقياه قبل إبرامهما للعقد، فبعد الاحتكام للعقد باعتباره قانوناً بينهما، يفاجئان بالاحتكام لقواعد أخرى تنظمها فكرة العمل غير المشروع؛ وذلك بما يستتبعه من مسائل تتعلق بالإثبات والتعويض والتقادم، وهو ما سيتم بحثه في المبحث الثاني من هذا الفصل. ولئن كان يفسر مثل هذا الانتقال بفاعلية الإرادة ودورها في إنشائه من حيث الأصل، فإن الأمر قد لا يبدو منطقياً حين يرتبط بذلك حق للغير، فعقد البيع يؤثر في التزامات طرف أجنبي آخر هو المصرف، والذي يجد في مثل هذا العقد سبباً دافعاً لإبرام عقد الاعتماد، وبدون هذا العقد فإن المصرف سينتهي إلى أداء التزام قد انقضى سببه الأصلي، وهو ما يثير بدوره فكرة بطلان عقد الاعتماد لانعدام سببه الباعث على التعاقد.

ويرتب عقد الاعتماد - فضلاً عما تقدّم - حقوقاً للمصرف في مواجهة العميل الأمر، بعضها ينشأ ويستحق فور فتح الاعتماد، وبعضها يستحق عقب تنفيذه، وله ضمانات لاستيفاء هذه الحقوق.^{٥٦٤} أما ما يستحق فور فتح الاعتماد فيتمثل في حق المصرف في العمولة، حيث أن المصرف يؤجر عن قيامه بفتح الاعتماد، أو عن تأييده لفتح الاعتماد، ويراعى في هذه العمولة قدر المخاطر التي قد يتعرض لها جراء فتحه الاعتماد وتنفيذه، ومقدار الاعتماد، ومدى مسؤوليته عن تنفيذه. وتختلف هذه العمولة عن الفائدة، التي تستحق عما يعجله المصرف إلى العميل.^{٥٦٥} وغالباً لا يشرع المصرف في إرسال خطاب اعتماد قبل أن يدفع العميل الأمر قيمة العمولة.^{٥٦٦} ويلحق خطاب الاعتماد ما يستحق

^{٥٦٣} الطعن رقم ٢٠٠٢/٢٤٩ الصادر بجلسة ٢٠٠٣/٤/٧، مجموعة أحكام السنة الرابعة عشر.

^{٥٦٤} انظر في هذا المعنى : علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٨٢.

^{٥٦٥} محيي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ١١٠٥.

^{٥٦٦} علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، جمهورية مصر العربية، سنة ١٩٨٨،

ص ٣٤٨.

للمصرف من فائدة عن هذه العملية التجارية.^{٥٦٧} فضلاً عما يستحق للمصرف من رهن تجاري على الصكوك الممثلة للبضاعة.^{٥٦٨}

غير أنه إذا كان حق المصرف في العمولة مضموناً لأنه لا يشرع في إرسال الخطاب إلا عند الحصول على هذه العمولة، فإن حقه في استرجاع قيمة الاعتماد فضلاً عن الفائدة قد لا يتيسر في بعض الأحوال. لا سيما في الأحوال التي يظهر فيها أن قيمة البضاعة أقل من قيمة الاعتماد. ذلك أن الملاذ الوحيد للمصرف في الحالة التي يتمتع فيها المشتري عن أداء التزاماته المالية للمصرف، هو أن يقوم ببيع البضاعة واستحصال قيمة الاعتماد والفائدة مما يتحصل من هذا البيع.^{٥٦٩}

ويبدو أن مثل هذه الإجراءات قد لا تسعف المصرف في كثير من الأحوال. فإذا كان للمصرف حق امتياز على قيمة البضاعة باعتباره دائناً مرتبهاً لها بموجب ما قرره القانون التجاري،^{٥٧٠} إلا أن إجراءات بيع هذه البضاعة قد يطول أمدها قبل صدور حكم قضائي من المحكمة ببيعها في المزاد العلني، والذي قد ينتهي إلى عدم بيع البضاعة محل عقد البيع الأصلي، وفقاً لقيمتها السوقية. ويتضح أن السبب الرئيس في ذلك هو أن المصرف - في هذا المقام - لا يعد نائباً في الوفاء عن المشتري، وبالتالي فإنه لا يستطيع الرجوع على المستفيد بصورة مباشرة بكونه دائناً له. وإن جاز له الرجوع على المستفيد بموجب أحكام الدعوى البوليصية التي تجيز للدائن الرجوع على مدين المدين.^{٥٧١}

ثالثاً : الخطأ الصادر عن المستفيد :

تمثل الالتزامات المتقابلة بين المستفيد والمصرف حالة خاصة من حالات الالتزام في عملية الاعتماد المستندي، حيث ينهض إخلال المستفيد بتقديم المستندات للمطابقة و شحن البضائع بمسؤوليته إزاء المشتري، دون أن ينسحب ذلك على المصرف. وإن التزم المستفيد بطبيعة الحال، بتقديم مستندات

^{٥٦٧} محيي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ١١٠٦.

^{٥٦٨} نجوى محمد كمال أبو الخير، المرجع السابق، ص ٣٨٠.

^{٥٦٩} نجوى محمد كمال أبو الخير، المرجع السابق، ص ٣٨٤.

^{٥٧٠} حيث نصت المادة (٣٢٦) من قانون التجارة البحريني على أن : " إذا لم يدفع الأمر بفتح الاعتماد إلى البنك قيمة مستندات الشحن المطابقة لشروط فتح الاعتماد خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إخطاره بوصول تلك المستندات، ف للبنك بيع البضاعة باتباع طرق التنفيذ على الأشياء المرهونة رهناً تجارياً".

^{٥٧١} ويلاحظ أن شروط هذه الدعوى قد لا تتحقق، فالدعوى البوليصية تشترط أن أمرين أولهما أن يكون التصرف صوري وغير حقيقي، والآخر هو أن يكون صادراً بسوء نية وبغرض الإضرار بمجموع الدائنين الذي يكون لهم المطالبة باعتبارهم من الغير بالنسبة إلى هذه التصرفات حتى لا يضاروا بها وبأن تعتبر هذه التصرفات غير نافذة في حقهم كل ذلك عن طريق رفع الدعوى البوليصية، وهو الامر الذي قد لا تتحقق شروطه. راجع في ذات المعنى: سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٣٠٦ وما بعدها.

صحيحة بموجب مبدأ حسن النية الذي يحكم كافة المعاملات المدنية والتجارية، بما فيها البيوع الدولية. وتتمثل مسؤولية المستفيد هنا بوصفه بائعاً بضرورة السعي لتنفيذ عقد البيع الأصلي الذي أبرمه مع المشتري، وإلا عدّ ذلك إخلالاً منه بالتزاماته الناجمة عن عقد البيع.^{٥٧٢} ويرجع للقواعد العامة التي تنظم عقود البيع بوصفه عقداً مسمى، وذلك عند البحث عن طبيعة التزام المتعاقدين، وكيفية تحقق الإخلال عند الإخفاق في تنفيذ هذا الالتزام، باعتبار أن عقد البيع الدولي لا يمثل صورة خاصة للتعاقد. وعلى الرغم من ذلك، فإن مفهوم الإخلال الصادر عن المستفيد إذ على هذا النحو يثير مجموعة من التساؤلات، والتي يمكن تلخيصها فيما يلي:

١. أثر الإخلال على المشتري :

يتضمن مفهوم الإخلال فكرة الخطأ، فإخلال المستفيد بالتزامه يعني أن يتسم سلوكه عند تنفيذ هذا العقد بالإنحراف عن سلوك الشخص المعتاد. وفي هذا الفرض فإن إخلال المستفيد قد يتمثل في مجموعة من الصور، منها على سبيل المثال: شحن بضاعة لم يتم الإتفاق عليها، ومن ثم تقديم مستندات لا تمثل طبيعة هذه البضاعة أو حقيقتها، وهو ما قد يمثل غشاً من قبله. وعلى الرغم من أن النتيجة الطبيعية لفكرة استقلال العقود في عمليات الاعتماد المستندي هي ألا يكون العميل الأمر طرفاً في خطاب الاعتماد، إلا أنه لا يمكن القول في ذات الوقت أن العميل أجنبي تماماً عن العقد، حيث أن المصرف يكون ملزم بأخذ جانب من الحيطة المعقولة لتفادي وقوع غش عند فحصه للمستندات، وهذا مؤداه أن العميل الأمر يظهر صاحب حق أصيل بطلب التعويض عند وقوع أي غش، سواء من المستفيد أو من المصرف باعتباره مؤسسة احترافية متخصصة، لها مكنة الكشف عن مثل هذا الغش ودرءه قبل الشروع في أداء قيمة الاعتماد.^{٥٧٣}

^{٥٧٢} يذكر البعض بأن مركز المستفيد من خطاب الاعتماد مستقل عن كونه بائعاً في عقد البيع الدولي، وذلك على زعم بأنه لو ركزنا النظر على مركزه كبائع لكان معنى ذلك ألا يكون له طلب قيمة الاعتماد إلا متى أثبت أنه دائن للمشتري بالبضائع وأن دينه مستحق الثمن، فضلاً عن أن ربط المستندات بشروط عقد البيع يفتح الباب للتأخير والمنازعات، وهذا الرأي أورده علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية - دراسة للقضاء والفقه المقارن وقواعد سنة ١٨٣ الدولية، ص ١٥٩. وهذا الرأي محل نظر، حيث يورد البعض الآخر بأن عقد الاعتماد لا يختلفاً و يتمايز في حقيقته عن خطاب الاعتماد، إذ هي عملية واحدة، فالبنك لا يقوم بإخطار المشتري بإرساله لخطاب الاعتماد للبائع. محيي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ١٠٥٢.

^{٥٧٣} علي الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٠٩.

٢. عدم دقة وصف الخطأ لسلوك المستفيد:

وإذ يكتف التزم المستفيد بأنه التزم بإعطاء،^{٥٧٤} وهو التزم ينشأ عندما يؤدي العقد إلى نقل حق عيني من أحد المتعاقدين إلى آخر، وهو التزم لا يعدو في طبيعته إلا أن يكون التزاماً بتحقيق نتيجة، وعليه فإن البائع يتعهد بتحقيق نتيجة معينة هي سبب إبرام العقد بينه وبين العميل الأمر، وقد سبق القول بأن الالتزام بتحقيق نتيجة لا يثير مفهوم الخطأ لكونه غير مرتبط بسلوك المتعاقد فهو لا يمثل انحرافاً عن الحالة الطبيعية للمتعاقد، بما يستتبعه ذلك من نفي وصف الخطأ عن سلوكه.^{٥٧٥} وإذا استبعد الخطأ استبعد الضرر لكونه نتيجة طبيعية لذلك الخطأ.^{٥٧٦}

٣. ازدواج المركز القانوني لأطراف عملية الاعتماد :

يضاف إلى ذلك، أن مفهوم الغيرية فيما يتعلق بتوصيف العلاقات في إطار عملية الاعتماد المستندي، يعني أن العميل الأمر بصفته من الغير بالنسبة لخطاب الاعتماد سوف يضطر إلى رفع دعوى قوامها المسؤولية التقصيرية، لأنه في هذا المقام إنما يبحث في تنفيذ التزم متعاقد - المستفيد - إزاء متعاقد آخر - المصرف - ، كالحالة التي يرفض فيها

^{٥٧٤} والمقصود هو التزم المستفيد بصفته بائعاً في مواجهة المشتري/ العميل الأمر، ذلك أن المستفيد بصفته هذه، لا يتحمل أي التزم من الاعتماد، فلا يلزم بإجابة الخطاب الصادر عن البنك، وليس للبنوك حق دائنية في مواجهة المستفيد أو مكنة إرغامه على الاستجابة للخطاب. راجع في ذلك : علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ١٥٨.

^{٥٧٥} انظر في شرح ذلك : د. صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية - دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، جمهورية مصر العربية، سنة ٢٠١٠، ص ٦٦.

^{٥٧٦} ويضاف إلى ذلك، أن إثبات الخطأ العقدي إذا كان الالتزام بتحقيق غاية ولم تتحقق، فإنه الدائن لا يلزم بالتحقق من سلوك المدين أو البحث في سلوكه، إذ يقوم افتراض توافر الخطأ الذي أفضى إلى عدم تحقق الغاية المرجوة من العقد، ففي عقد البيع مثلاً يكفي الدائن إثبات أن المشتري لم ينقل الملكية إليه فتكون النتيجة غير متحققة. راجع في ذلك : أنور طلبية، المرجع السابق، ص ٩٠ وما بعدها. وهذه القواعد القانونية قد لا تتعارض مع آلية العمل في عقود الاعتماد المستندي، ولكنها قد تقضي إلى تحميل المستفيد عبئاً بخلاف إرادته، كالحالة التي يتم فيها إعفاء المصرف من المسؤولية لتحقق إحدى الحالات التي أوردتها المادة (١٣) من الأصول والقواعد الموحدة، بما يفضي إلى رفض المستندات المقدمة من قبل المستفيد، فهل يمكن والحال كذلك أن يتم وصف السلوك الصادر عن المستفيد بالخطأ؟ وبصيغة أخرى هل يعود إعفاء المصرف من الأعباء الناجمة عن العقد مسوغاً ؟

^{٥٧٧} وتظهر الأهمية في التمييز بين المركز القانوني للمشتري إزاء عقد البيع بكونه تصرفاً قانونياً، وبين مركزه القانوني إزاء خطاب الاعتماد بكونه واقعة مادية فقط فيما ينال التعويض من أثر، حيث يتم التعويض عن الخطأ العقدي في نطاق ما توقعه أطراف العقد وذلك بخلاف الخطأ التقصيري الذي يستند إليه الغير عن العقد. راجع في كون العقد واقعة مادية : علي فيصل، المرجع السابق، ص ٤٥.

المستفيد تقديم المستندات للمطابقة. هذا فضلاً عن حق المشتري الأصيل في اللجوء إلى قواعد المسؤولية العقدية؛ وذلك بالإستناد إلى عقد البيع المبرم بينه وبين المستفيد. وهذا يعني أن المشتري سيكون له الخيار، إما باللجوء إلى قواعد المسؤولية العقدية وإما باللجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، كل ذلك نتيجة لازدواج المركز القانوني الذي يرد على أطراف عملية الاعتماد.^{٥٧٨}

٤. ازدواج وصف الخطأ الواحد :

ويلاحظ أنه على الرغم من وحدة الخطأ ووحدة المتسبب به إلا أن المسؤولية في هذه الحالة تكون مزدوجة، وهذا الأمر نتيجة طبيعية لفرض فكرة الفصل بين عقود تجارية تقوم أساساً على فكرة التضامن بين المدينين. ولا بدّ أن اعتبار مسؤولية المتعاقد مسؤولية تقصيرية بالرغم من أنه لم يصدر عنه إلا إخلال بالعقد لا يبدو مقنعاً تماماً، خاصة إذا كان الغير الذي يطالبه بالتعويض هو طرف في عقد أيضاً.^{٥٧٩} وهذا بما يستتبع التمييز بين نوعي المسؤولية بما يتبعه ذلك من أثر على التعويض والتقادم ووسائل الإثبات التي تتاح للطرفين.

ومن الصعب - والحال كما تقدّم - القول: بأن للمشتري طلب التنفيذ الجبري لعقد البيع، وبما يتضمن إلزامه بالإستجابة لخطاب الاعتماد، وتقديم المستندات كيما يستطيع استلام البضاعة في وقت لاحق. لأن مثل هذا الالتزام يتضمن القيام بعمل يتطلب تدخل المستفيد شخصياً بما يملكه من مستندات، حتى لو لم تكن شخصية المستفيد محل اعتبار. وعليه فلا يكون للمشتري إلا طلب الفسخ والتعويض إن كان له مقتضى.^{٥٨٠}

وعلى الرغم من أن خطاب الاعتماد لا يتضمن إلزاماً للمستفيد إزاء البنك،^{٥٨١} إلا إن الأمر لا يخلو من مسؤولية المستفيد في مواجهة المصرف بتقديم مستندات صحيحة وسليمة خالية من أي غش أو تزوير، وبأن يكون هذا التقديم متوافقاً وحسن النية وشرف التعامل باعتباره المبدأ الحامي لكافة

^{٥٧٨} إن الرأي القانوني إزاء هذه الحالة قد بات واضحاً، فمتى ارتكبت المدين فعلاً واحداً تتوافر به شروط المسؤولية المدنية قدمت المسؤولية العقدية على الأخرى، وليس للمضرور أن يجمع كما ليس له أن يتخير من كل مسؤولية ما يناسبه من أحكام. أنور طلبية، المرجع السابق، ص ١٤.

^{٥٧٩} د.صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ٤٧.

^{٥٨٠} راجع في ذلك : خالد أحمد عبدالحميد، المرجع السابق، ص ٩٤.

^{٥٨١} علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ١٣٨ وما بعدها.

المعاملات المدنية والتجارية،^{٥٨٢} ويعني ذلك ألا يتحمل المستفيد أي التزام من الاعتماد فيما عدا ذلك، فلا يلزم من حيث الأصل بموجب الخطاب الصادر عن المصرف، باستخدام الاعتماد فلا يكون للمصرف الفاتح ولا المصارف المتدخلة حق دائنية قبل البائع، وليس لهم وسيلة لإرغامه على الإفادة منه، فإذا ترك البائع المدة المقررة لصلاحيته تمر، ولم يتم بتقديم المستندات، فإن كل ما يترتب على ذلك هو انقضاء حقه في الاعتماد، دون أن يستطيع المصرف التدخل لإلزامه بالقيام بما اتفق عليه مع عميله الأمر.^{٥٨٣}

فالمستفيد ملزم بإرسال المستندات إلى المصرف خلال المدة المحددة في خطاب الاعتماد، والذي يجب أن يحتوي بالضرورة على تاريخ انتهاء الصلاحية. وهذا ما نصت عليه المادة (٣٧) من الأصول والقواعد الموحدة لعمليات الاعتماد المستندية (UCP 600) التي نصت على أنه: "ينبغي أن يذكر في كافة الاعتمادات سواء القابلة للنقض أو غير القابلة للنقض، تاريخ انتهاء صلاحية سريان مفعوله بالنسبة لتقديم المستندات لغرض الدفع أو القبول أو الشراء بغض النظر عن النص الخاص بآخر تاريخ للشحن". فيجب على المستفيد والحال كذلك أن يبادر بتقديم المستندات خلال المهلة المحددة، وفي حال لم يحدد خطاب الاعتماد تاريخ بدء سريان المهلة، فإن تاريخ إصدار الاعتماد من قبل المصرف يعتبر هو اليوم الأول لبدء سريان المدة المذكورة إذا كانت محددة بمهلة شهر أو ستة أشهر مثلاً أو ما شابه ذلك.^{٥٨٤}

ويجد المصرف في بعض الحالات أن المخالفات التي تحتويها المستندات طفيفة وبسيطة، بما لا يستحق الامتناع معها عن الدفع، لذلك فإنه يقوم بدفع قيمة الاعتماد للمستفيد مع شرط تحفظ متمثل بموافقة المشتري. ويعني هذا الأمر أنه في الحالة التي يرفض فيها المشتري تلك المستندات، فإن من حق المصرف الرجوع على المستفيد لاسترداد ما يكون قد دفعه إذا كان هذا الدفع قد تم مع التحفظ.^{٥٨٥} ويتعلق السؤال الذي يطرح الآن بمدى قدرة المصرف على الرجوع على المستفيد بما يكون قد أداه من قيمة اعتماد دون تحفظ من قبله؟

ويبدو أن الإجابة عن هذا السؤال لم يكن متفقاً عليها، حيث وجد البعض بأنه يكون للمصرف الحق في الرجوع على المستفيد رغم عدم تحفظه؛ ذلك أن دعوى رجوع المصرف على المستفيد جائزة

^{٥٨٢} وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص ٢٠٧.

^{٥٨٣} علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ١١٤.

^{٥٨٤} مازن عبدالعزيز فاعور، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

^{٥٨٥} مازن عبدالعزيز فاعور، المرجع السابق، ص ٢٠٤.

ومفتوحة، وإن ارتكب المصرف إهمالاً في مجال التحقق من مطابقة المستندات لتعليمات عميله الأمر، والواردة في كتاب الاعتماد.^{٥٨٦} وهذا الأمر يبدو أكثر اتساقاً مع القواعد العامة المتعلقة بالإسترداد، والتي تعتبر تطبيقاً لقواعد الإثراء بلا سبب.^{٥٨٧} حيث نصت المادة (١٨٤) من القانون المدني البحريني على أن : " كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له التزم برده. على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه، إلا أن يكون ناقص الأهلية، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء". فإذا ظن البنك بوجود استحقاق أو دين ولا دين، أو أن هناك سبباً يحلّ معه الالتزام إزاء المستفيد، فإن هذا يستلزم بالتبعية القول بحقه في إقامة دعوى الإسترداد متى تبين أن لا حق للمستفيد في قيمة الاعتماد.^{٥٨٨}

وذهب رأي إلى أن المصرف لا يلزم بتنفيذ الاعتماد إلا على أساس سلامة وكمال المستندات التي يقدمها المستفيد في فترة صلاحية الاعتماد، وعليه فإنه يجوز إعادة النظر في هذا التنفيذ كلما أثبت البنك عيباً في المستندات أو خللاً في تقديمها، ويفترض وجود هذا العيب إذا كان البنك قد تحفظ عند إجراء التسوية وهو يقبل المستندات، فإن لم يتحفظ فلا يتغير الحكم، وكل ما هنالك أن الدليل يجب ان يقدمه البنك على عدم أحقية المستفيد في التنفيذ الذي حصل، وقد فصلت محكمة استئناف إكس بفرنسا هذا النظر فقالت : " أن لكل التزام سبب، والسبب هنا مختلف، حيث أن تنفيذ التزام البنك سببه تنفيذ البائع التزامه، وكذلك بفكرة الغلط، ذلك أن البنك قبل تنفيذ التزامه كان يتصرف بناء على سبب غير موجود، فيكون المبرر الذي دفعه إلى الوفاء، ويبرر الاسترداد، هو ظنه غلطاً أنه ملزم بالوفاء في حين أنه لم يكن ملزماً به، لأن المستندات لم تكن سليمة، فأساس التزامه بالتنفيذ هو تقديم مستندات سليمة، فإذا اتضح إنها لم تكن كذلك لم يترتب عليه التزام، وما حصل يكون على أساس الغلط فيجب تصحيحه".^{٥٨٩}

ولا يثير الموقف المتقدم تعارضاً مع المفهوم العام والأحكام المنظمة لعمليات الاعتماد المستندية؛ لأن فكرة رد غير المستحق لا تتعلق بالمسؤولية، على الرغم من أن أحكام رد غير المستحق في القوانين المدنية قد عالجت فكرة التعويض بإلزام المستفيد برد الثمرات، حيث نصت المادة (١٨٨) من

^{٥٨٦} منهم محمد ديب، الاعتماد المستندي - وثيقة الشحن - وثيقة الضمان - عقد النقل البحري، دار الشمال للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٨٠، ص ٢٨٨.

^{٥٨٧} د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠١٠.

^{٥٨٨} نجوى أبو الخير، المرجع السابق، ص ٣٥٧.

^{٥٨٩} استئناف اكس - ٨ فبراير ١٩٥١، وردت هذه القضية في كتاب علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٢٨٠.

القانون المدني البحريني على أنه: " إذا كان من تسلّم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلّم. أما إذا كان سيئ النية فإنه يلتزم أن يرد أيضا الثمرات التي جناها أو التي قصر في جنيها من الشيء الذي تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية. وعلى أي حال يلتزم من تسلّم غير المستحق برد الثمرات من يوم رفع الدعوى عليه برده ".^{٥٩٠}

ويجد هذا النص شبيهاً له في قانون التجارة لدى تنظيمه للمسائل المتعلقة بعمليات الاعتماد المستندي، حيث نصت المادة (٣٢١) بأن : " يكون التزام البنك في حالة الاعتماد المستندي البات قطعياً ومباشراً قبل المستفيد متى أخطر به وقبل كل حامل حسن النية للصك الذي سحب تنفيذا للعقد". وقد يظهر للوهلة الأولى، أن القانون أجاز رجوع المصرف على الحامل سيئ النية دون غيره، وهذا الأمر لا يبدو صحيحاً. فالسبب الذي جعل المشرع يمتنع عن إضافة شرط حسن النية بالنسبة للمتعاقد هو أن حسن النية لدى هذا الأخير أمرٌ مفترض، فلا يحتاج أن يؤكد المشرع في كل فرض بأن على المتعاقد أن يتعامل وفقاً لمبادئ حسن النية وشرف التعامل.^{٥٩٠}

وتخضع كافة العقود لمبدأ حسن النية، سواء كانت عقوداً تجارية أم مدنية. وهذا الخضوع مرده الفكرة الأساسية التي أوردتها المادة (١٢٧) من القانون المدني البحريني والتي تنتهي إلى أن حسن النية بين المتعاقدين وشرف التعامل يعتبر شرطاً مفترضاً في كافة العقود، دون الحاجة إلى ورود بند خاص أو اتفاق مسبق بين المتعاقدين.^{٥٩١} وإذا كان الحال كذلك، فإن حسن النية لا يفترض في عقد البيع بين العميل الأمر والمستفيد فقط، بل ينسحب أيضاً إلى عقد الاعتماد بين العميل والبنك، بل وإلى خطاب الاعتماد الذي يتلقى المستفيد عنه حقاً.^{٥٩٢}

^{٥٩٠} راجع في ذلك : سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٤٢.

^{٥٩١} نصت المادة (١٢٧) من القانون المدني البحريني على أن : " لا يقتصر العقد على ما يرد فيه من شروط أو يسري عليه من أحكام القانون ، وإنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته ، وفقاً لما تجري عليه العادة وما تمليه العدالة ، ومع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل ". ومستلزمات العقد تدخل في نطاق العقد، وهذه المستلزمات تحدد في ضوء طبيعة الالتزام والقانون والعرف والعدالة. انظر في هذا المعنى : عبدالمنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص ١٨.

^{٥٩٢} فإذا كان التكييف القانوني الذي أسبغ على خطاب الاعتماد هو التزام صادر بإرادة المصرف المنفردة، فإن هذه الإرادة يسري عليها القواعد الخاصة بالعقد وذلك استناداً لنص المادة (١٥١) من القانون المدني البحريني والتي تنص على أن : " أ) التصرف القانوني الصادر بالإرادة المنفردة لا ينشئ التزاماً ولا يعدل في التزام قائم ولا ينهي ، إلا في الأحوال الخاصة التي ينص عليها القانون. ب) فإذا قضى القانون بنشوء الالتزام أو بتعديله أو بإنقضائه بمقتضى التصرف الصادر بالإرادة المنفردة ، سرى على هذا التصرف ما يسري على العقد بوجه عام من أحكام القانون، إلا ما كان منها متعارضاً مع قيام التصرف على الإرادة الواحدة، وعلى الأخص ما تعلق بتوافق إرادتي طرفي العقد". راجع في ذلك : سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني – نظرية العقد في الإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص ٦٨٤ وما بعدها.

ويظهر جلياً عدم قيام فكرة المسؤولية العقدية عند دفع المصرف لقيمة الاعتماد غير المستحقة للمستفيد، واكتفائه برفع دعوى رد لغير المستحق، إلا أن ذلك لا يعني عدم إمكانية الرجوع على المستفيد كلياً بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية، وذلك في الحالات التي يرتكب فيها المستفيد غشاً أو تزويراً.^{٥٩٣} ويعني ذلك أنه يكون للمصرف في هذا المقام الحق في إقامة دعويين، الأولى لرد غير المستحق باعتبار أن ما أوفى به للمستفيد لم يكن حقاً له بعد، والآخرى تتمثل في طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء هذا السلوك الصادر عن المستفيد.^{٥٩٤}

ويثور التساؤل عن الضرر الذي يمكن أن يصيب المصرف من قبوله مستندات غير سليمة؟ أو بعبارة أخرى ما هي مصلحته في الرجوع على المستفيد الذي نفذ له الاعتماد على هذا النحو؟ أجاب البعض بأنه لا ضرر على المصرف إطلاقاً لأن المستندات حتى ولو كان بها عيب اكتشف فيما بعد فإن المشتري ملزم بالوفاء بما يستحقه المصرف جراء هذه العملية؛ لأن المصرف قد نفذ ما عليه من مهمة فحص المستندات وبذل في ذلك العناية المطلوبة، لا سيما أن المادة (٩) من الأصول والأعراف الدولية تعفي المصرف من مسؤولية تزوير المستندات، وهو ما يجعل من حق المصرف أن يلزم المشتري الأمر بقبولها فلا ضرر عليه.^{٥٩٥}

والرأي المتقدم محل نظر، لأنه يتضمن دعوة لحماية مرتكب الغش،^{٥٩٦} ودعوة أخرى للمصرف للمشاركة في حماية الغش بالسكوت عليه بعد اكتشافه، وهو كذلك قول مبالغ فيه لأن المصرف لا بد أن يصيبه ضرر خاص به ينصب على الضمان الذي يطمئن إليه، فإذا كان الغش في المستندات وارداً على وجود البضاعة أو كميتها أو نوعيتها أو قيمتها فإنه يؤثر في محل الرهن الذي تخوله هذه المستندات للمصرف، وإذا لم يستوف من الأمر حقوقه لسبب ما، فإن له أن ينفذ على البضاعة على أساس المستندات التي بيده، فعندئذ يفاجأ بأن ضمانه غير موجود إطلاقاً، أو أقل قيمة مما هو مبين

^{٥٩٣} على الرغم من أن المسؤولية التي يرتبط بها البنك والمستفيد هي مسؤولية عقدية، إلا أن وجود الغش في هذا الفرض يسوغ القول بالرجوع إلى قواعد المسؤولية التقصيرية دون إعمال العقد أو نصوص الإرادة المنفردة بوصفها قانوناً حاكماً.

^{٥٩٤} علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٢٨٣.

^{٥٩٥} علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٣٨٥.

^{٥٩٦} وقد انتهت محكمة التمييز في مملكة البحرين إلى أن: "قاعدة الغش يبطل التصرفات هي قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجز بها نص خاص في القانون، وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في التصرفات والإجراءات عموماً صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات" - الطعن رقم ٩٢ لسنة ٢٠٠٢، جلسة ٢٠٠٣/٣/٣، مجموعة أحكام السنة الرابعة عشر.

بالمستندات. هذه المصلحة للمصرف في عدد ونوعية وبيانات المستندات جديرة بحماية خاصة، وكل غش فيها من جانب المستفيد يعد موجهاً إلى هذه المصلحة.^{٥٩٧}

ويثير هذا القول أمراً آخر، يتعلق بقدرة المصرف فيما بعد على الرجوع بقيمة ما أداه من اعتماد على المشتري؛ ذلك أنه قد صار أقرب إلى القبول والاستقرار دولياً، بأن الغش يعدّ استثناءً أصيلاً على التعهد غير المشروط الصادر عن المصرف بأداء قيمة الاعتماد متى قدمت المستندات الصحيحة للمطابقة من قبل المستفيد. ولا بدّ أن العميل الأمر سيمتنع عن أداء هذه القيمة، إذا وجد أن ذلك التقديم قد تضمن غشاً أخفق المصرف في الكشف عنه، وهو المؤسسة التجارية المحترفة التي لجأ إليها العميل الأمر لفتح طلب اعتماده. ويعني ذلك أن المصرف سيتعذر عليه تحصيل قيمة الاعتماد والفائدة من العميل مباشرة، وقد يطول أجل سداده لحين الفصل في مسألة الغش أمام المحكمة التي قد تعفي المستفيد من هذا الأداء إذا ما وجدت أن المصرف قد أخفق في القيام بالتزامه وفقاً للأعراف المتفق عليها دولياً.^{٥٩٨}

ويرجح القول والحال على ما تقدّم، أن مسؤولية المستفيد تنهض إزاء المصرف وإن كانت تقتصر على حسن النية لدى تقديمه للمستندات؛ وذلك وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية التي تقتضي احترام الحقوق والمراكز القانونية التي تتطلب التصرف وفق التصور الذي وضعه المشرع،^{٥٩٩} إلا أن مسؤوليته التعاقدية تظل قائمة في مواجهة العميل الأمر، الذي قد لا يتسنى اعتباره من الغير عن خطاب الاعتماد، على اعتبار أن المستفيد لم يصدر عنه إلا إخلالاً بالعقد المبرم بينهما، وهو عقد البيع الأصلي الذي أرسل خطاب الاعتماد في سبيل تنفيذه.

^{٥٩٧} علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٢٨٦.

^{٥٩٨} ومردّ ذلك هو أن العميل الأمر سيكون له ترك المستندات ورفض استلامها من البنك بسبب التزوير أو الغش، أو ما قد يوجد بها من مخالفة لتعليماته. راجع في هذا المعنى: علي الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٥٩.

^{٥٩٩} ذلك أن قوام الخطأ التقصيري هو : " إخلال بالتزام قانوني عام بأن ينحرف المسؤول عن السلوك الواجب أو عن السلوك المألوف للشخص العادي". أنور طلبه، المرجع السابق، ص ٩٣، انظر أيضاً : د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٦٤٣.

المطلب الثاني

أثر التمييز بين المسؤوليتين على التعويض

تكمن أهمية التمييز بين المسؤوليتين - التقصيرية والعقدية - فيما يرتبانه لاحقاً من أثر بالنسبة للتعويض، على اعتبار أن التعويض هو الطريقة المفترضة قانوناً لإزالة الضرر.^{٦٠٠} وعلى الرغم من أن أثر هذا التمييز ينسحب على الأهلية والإثبات، إلا أنه سيتم تناول المسائل المتعلقة بالتعويض فقط، على اعتبار أنها الأكثر اتصالاً بموضوع الدراسة. ويلاحظ ابتداءً - وقبل الشروع في تبيان المسائل المتعلقة بالتعويض - أن الازدواج الحاصل في تكييف العلاقات الناشئة عن عملية الاعتماد المستندي، يجعل من الصعوبة بمكان تحديد طبيعة العلاقة بين الغير والعقود الأخرى بالنظر إلى تشابك العلاقات داخل هذه المجموعة التعاقدية المفترضة، وهو الأمر الذي بدوره يجعل من المتعذر تحديد أثر كل عقد نسبة إلى غيره من العقود.

فيلاحظ في نطاق المسؤولية العقدية أنه لا يتم التعويض إلا عن المتوقع من الضرر.^{٦٠١} أما المسؤولية التقصيرية فيعوض عن نوعي الضرر المتوقع منه وغير المتوقع.^{٦٠٢} ويرجع ذلك إلى فاعلية الإرادة في الالتزامات الناشئة عن العقود، وهذه الإرادة تجعل من السهولة توقع الحال المستقبلية التي ستظهر نتيجة لإبرام العقد، وعليه فعلى المتعاقدين تبين مآربهما من العقد قبل إبرامه، ومن ثم محاولة تحديد أضراره قبل أن تقع، ما لم يكن هذا الضرر نتيجة لغش المتعاقد الآخر أو خطئه الجسيم، حيث يخرج مثل هذا السلوك عن توقع المتعاقد المضرور، وبالتالي يستحق التعويض عنه، وفي هذه الحالة تستقل المحكمة بتقدير التعويض المستحق دون التقيد بالنظام المتبع مدنياً.^{٦٠٣} ولذلك فقد نصت المادة (٢١٩) من القانون المدني البحريني على أنه: "يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، أو على التأخير في تنفيذه إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم".^{٦٠٤}

^{٦٠٠} راجع في هذا المعنى : سليمان مرقس، الوافي في الالتزامات - أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ١٣٩ وما بعدها، و د.

عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - آثار الالتزام، المرجع السابق، ص ٧٧٠.

^{٦٠١} د. عبدالمنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص ٦١، و أنور طلبه، المرجع السابق، ص ٩٤.

^{٦٠٢} د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٦١٨ وما بعدها.

^{٦٠٣} د. عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص ٥٦.

^{٦٠٤} راجع في ذلك : د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق ص ٥٦٠، أنور طلبه، المرجع السابق، ص ٩٤، وسليمان مرقس،

المرجع السابق، ص ٥٥٤.

ويختلف الحال عما هو عليه عند التعويض عن الضرر بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية؛ ذلك أنه عند وقوع الفعل الضار الذي يرتب المسؤولية التقصيرية، فإن الأمر لا يكون متوقفاً للشخص العادي، فيشمل التعويض بناءً على ذلك ما كان متوقعاً من ضرر وما لم يكن كذلك لعدم فاعلية الإرادة في تحديد إطار هذه المسؤولية.^{٦٠٥}

وتثير طبيعة العلاقات المختلفة التي تنشأ عن عمليات الاعتماد المستندي، إشكالية تتعلق بنوع المسؤولية التي تظهر عند حدوث الخطأ. حيث تم ملاحظة ازدواج المسؤولية التي ترد على الخطأ الواحد. ويعني ذلك أن يكون لأحد المتعاقدين الخيار في تحديد نوع المسؤولية التي يعود بها على المتعاقد الآخر. وبالتالي تحديد مقدار التعويض المقيض له.

ويبدو أن مثل هذا الأمر قد جاء كنتيجة طبيعية للتداخل بين العقود في هذه المعاملة التجارية بما يجعل من الإخلال بأحدها مفضياً إلى الإخلال بالعقود الأخرى التي ترتبط بها، أو أن يؤدي في - أفضل الأحوال - إلى إعاقة تنفيذها، وهذا يحصل - في الغالب - حين يكون المدين طرفاً في عقد ملحق بعقد آخر سبق، ويمكن تفصيل ذلك على النحو التالي :

١. بالنسبة للعميل الأمر :

يكون للعميل الأمر الحق بمطالبة المصرف عن الضرر المتوقع وغير المتوقع، على اعتبار أن الخطأ قد يعدّ خطأً تقصيرياً بصفته غيراً عن خطاب الاعتماد،^{٦٠٦} في الوقت الذي يكون له الحق في مطالبته عن ذات الخطأ باعتباره خطأً عقدياً، وذلك بالاستناد لعقد الاعتماد الذي يتضمن تعليمات محددة إلى المصرف يحتم عليه اتباعها.^{٦٠٧} وينسحب ذات الأمر عند مطالبة المستفيد عما ينجم عن غشه على سبيل المثال باعتباره خطأً عقدياً وذلك بالاستناد

^{٦٠٥} راجع في ذلك د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ٩٣ وما بعدها، د. خالد جمال، المرجع السابق، ص ٢٢٤.

^{٦٠٦} ويقوم هذا الفرض باعتبار العميل / المشتري دائنًا للمستفيد من فتح الاعتماد. راجع في ذلك : عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ٥٦٥.

^{٦٠٧} انظر في مسؤولية البنك : د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المرجع السابق، ص ٤٤٧.

إلى عقد البيع،^{٦٠٨} أو باعتبار مثل هذا الخطأ خطأ تقصيرياً بالاستناد إلى خطاب الاعتماد المرسل للمستفيد من قبل المصرف.^{٦٠٩}

٢. بالنسبة للمصرف :

ويكون للمصرف مطالبة العميل الأمر عن الضرر المتوقع باعتباره ناجماً عن عقد الاعتماد الذي يلتزم العميل بموجبه بأداء عمولة المصرف فضلاً عن قيمة الاعتماد والفائدة، أو عن الضرر المتوقع وغير المتوقع حين تكون مثل هذه المطالبة مستندة إلى عقد البيع المبرم بين المشتري والبائع إذ هو واقعة مادية بالنسبة له.^{٦١٠} ويستند المصرف في العديد من الحالات إلى عقد البيع باعتباره واقعة مادية كالحالة التي يرفض فيها أداء قيمة الاعتماد للمستفيد لبطلان عقد الأساس. كما يكون للمصرف المطالبة بالمتوقع من الضرر الناجم عن خطاب الاعتماد مع المستفيد، على اعتبار أن التصرفات الناجمة عن الإرادة المنفردة تسري عليها القواعد والأحكام المنظمة للعقد،^{٦١١} في الوقت الذي ينشأ له الحق في المطالبة بالمتوقع وغير المتوقع من الضرر على اعتبار أن الخطأ الصادر عن المستفيد يمثل خطأ تقصيرياً يثير قواعد المسؤولية التقصيرية، ذلك أن المصرف بهذه المثابة يعد من الغير بالنسبة لعقد

^{٦٠٨} الجدير بالذكر أن الاستناد في هذه الحالة يكون لقواعد المسؤولية التقصيرية، فإذا وجدَ شرط جزائي انقضى هذا الشرط، وصار للمشتري المطالبة بالضرر المتوقع والغير متوقع. وهذا هو مقتضى نص المادة (٢١٩) من القانون المدني البحريني والتي نصت على أنه : " يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى ، أو على التأخير في تنفيذه إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم".

^{٦٠٩} يلاحظ أن المطالبة بالضرر الناجم عن الغش، سوف تقضي إلى تطبيق القواعد المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية، لأن مثل هذا السلوك لم يكن ليتوقع المتعاقد صدوره من المتعاقد الآخر. وفي ظل غياب القانون الحاكم للإرادة وهو العقد، فإنه يصار إلى تطبيق القواعد العامة التي تتناول وصف الخطأ وتقرر التعويض عن كل ضرر ناجم عنه، سواء كان هذا الضرر متوقعاً أم لم يكن متوقعاً، وهذا النظام ينسحب على الحالة التي يزول فيها العقد لأسباب أخرى كالفسخ أو البطلان. راجع في ذلك : أنور طلبة، المرجع السابق، ص ١١.

^{٦١٠} علي فيصل، المرجع السابق، ص ٤٤.

^{٦١١} سليمان مرقس، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص ٦٨٤ وما بعدها، عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ص

البيع الأصلي وعقد الاعتماد، إذ أن هذا هو مقتضى مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي، حيث يعد كل طرف غيراً عن العقد الآخر.^{٦١٢}

٣. بالنسبة للمستفيد :

ويكون للمستفيد الحق في مطالبة العميل الأمر عن الضرر المتوقع باعتباره خطأ عقدياً ناجماً عن عقد البيع، في الوقت الذي يكون له مطالبة بالضرر المتوقع وغير المتوقع باعتباره خطأ ناجماً عن خطاب الاعتماد.^{٦١٣} ويكون للمستفيد كذلك مطالبة المصرف بالمتوقع من الضرر بالاستناد إلى خطاب الاعتماد،^{٦١٤} كما يكون له مطالبة بالخطأ التقصيري بموجب عقد الاعتماد بينه وبين المشتري، باعتبار أن العقود تكون حجة على الكافة.^{٦١٥}

أما الأثر الآخر المترتب على التمييز بين نوعي المسؤولية فيتمثل في المسائل المتعلقة بالتضامن؛ حيث أن تعدد المسؤولين عن الضرر في نطاق المسؤولية التقصيرية ينتهي بالحال إلى أن يسأل جميع المدينين على وجه التضامن، فيرجع المتضرر على أي منهم، وهو خلاف ما يكون الحال عليه في المسؤولية العقدية؛ حيث أن التضامن بين المدينين لا يفترض في الديون المدنية إلا بنص أو باتفاق،^{٦١٦} وهذا يعد من المبادئ الأساسية التي تحكم المعاملات المدنية، فيسأل كل مدين بنسبة حصته من الدين.^{٦١٧}

و يخضع الاعتماد المستندي إلى أحكام القانون التجاري نظراً لطبيعته التجارية،^{٦١٨} ومن المعلوم أن افتراض التضامن بين الدائنين والمدينين ما لم يقض النص أو الاتفاق على خلاف ذلك، من

^{٦١٢} يلاحظ أيضاً أن استرداد البنك لقيمة الاعتماد، تتم على اعتبار أن واقعة السداد إنما تكون واقعة مادية، وليس تصرف قانوني. حيث انتهت محكمة التمييز بمملكة البحرين إلى أن : محكمة التمييز بمملكة البحرين بأن : " عدم إنكار المطعون ضدها واقعة تحويل الطاعنين مبالغ مالية لها. منازعتها حول سبب هذا التحويل ومدى صلاحيته لإلزامها برده. حسم محكمة التمييز هذه المسألة القانونية باعتبار التحويل واقعة مادية وليست قانونية تنشئ بذاتها التزاماً على المطعون ضدها برد المبلغ. اتباع محكمة الإحالة الحكم الناقض في هذه المسألة. صحيح. أثر عبء إثبات السبب القانوني لتسليم المال للمطعون ضدها فيلزمها برده". الطعن رقم ١٨٧ لسنة ٢٠٠٢ - جلسة ٢٨/٤/٢٠٠٣، مجموعة أحكام السنة الثالثة عشر.

^{٦١٣} عبدالرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، ص ٤٢١.

^{٦١٤} المرجع السابق، ص ٤٤٢.

^{٦١٥} علي فيصل، المرجع السابق، ص ٦٦.

^{٦١٦} تنص المادة (٢٦٣) من القانون المدني البحريني على أن : " التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون " .

^{٦١٧} راجع في ذلك د. صبري حمد خاطر، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٢١٢.

^{٦١٨} عبدالرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، ص ٣٩٨.

الخصائص المسلم بها في المعاملات التجارية في أغلب النظم القانونية المعاصرة، ودرجت عليه أحكام القضاء في هذه النظم، ومن ذلك ما جاء في قانون التجارة البحريني؛ حيث نصت المادة (٧٣) في فقرتها الأولى على أن : "الملتزمون معا بدين تجاري يكونون متضامنين في هذا الدين ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك". فإذا اشترى تاجران صفقة تجارية واحدة دون أن يشترط عليهما البائع أن يكونا متضامنين، فإنهما مع ذلك يكونان متضامنين في أداء الثمن للبائع، إلا إذا استبعدا التضامن بشرط خاص. فالأصل إذاً هو قيام التضامن في المسائل التجارية ما لم ينص المتعاقدان على استبعاده.^{٦١٩}

وبالرغم من التشابه بين المسؤوليتين فيما يتعلق بالتضامن حين يكون الالتزام تجارياً، إلا أن هذا الأمر هو الآخر يثير المسألة المتعلقة بالارتباط بين العقود المكونة لعملية الاعتماد المستندي على النحو الذي يمكن اعتبار التزام المدينين التزاماً تضامنياً، فهل يفترض والحال كذلك ثمة تضامن يربط الذمم المالية بعضها ببعض ويلزمها بضمان التعويض؟ لا سيّما وأن كافة الالتزامات التي تنشأ جراء عملية الاعتماد المستندي، تعرفُ ازدواجاً في مصدرها. من ذلك مثلاً التزام المصرف بالوفاء بقيمة الاعتماد والذي ينهض بصفته مديناً للعميل الأمر بموجب عقد الاعتماد، وفي ذات الوقت فإنه يكون ملزماً إزاء المستفيد بناءً على خطاب الاعتماد الذي تعهد فيه تعهداً غير مشروط بأداء قيمة البضائع ممثلة في قيمة الاعتماد. وعليه فإن إخفاق المصرف في أداء هذه القيمة للمستفيد يقيم مسؤوليته عن هذا الالتزام وذلك في مواجهة كل من عميله الأمر والمستفيد من خطاب الاعتماد سواء بسواء، ويخلع على الالتزامين الطابع العقدي الصرف.^{٦٢٠}

وتثير فكرة التضامن - هي الأخرى - المسألة المتعلقة بالإعفاء من المسؤولية، حيث لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية ولا تخفيفها، بينما يجوز الإتفاق على تشديدها فقط، في الوقت الذي يجوز فيه الإعفاء من المسؤولية العقدية، مثلما يجوز تخفيفها وتشديدها.^{٦٢١} ومرجع ذلك

^{٦١٩} د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - أوصاف الالتزام، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

^{٦٢٠} عبدالرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، ص ٤٣٠ و ٤٤٢.

^{٦٢١} يلاحظ أن الإعفاء المقصود هو الإعفاء السابق على وقوع الضرر وليس اللاحق، لأن الإعفاء اللاحق يكون بمثابة صلح، والصلح جائز فيما هو ليس من النظام العام. فللمضمر أن يعفي المسؤول من التعويض، ويكون بذلك قد نزل عن حقه، ويصح أيضاً أن يتفق المضمر مع المسؤول عن الضرر بأن يتقاضى تعويضاً أقل مما يستحق فيعفيه مما يستحق عن بعض الضرر. راجع في ذلك د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الأول - نظرية الالتزام بوجه عام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٨٢٧ وما بعدها.

هو فاعلية الإرادة، ودورها في نشأة الالتزام العقدي، بخلاف الالتزام التقصيري، حيث لا تظهر الإرادة بصفاتها المنشئ لهذا الالتزام. وهذا الأمر يثير مجموعة من التناقضات يمكن تلخيصها فيما يلي:

١. إن ظهور أحد أطراف هذه المجموعة بصفته مدينًا متضامناً قد يحدّ من دور الإرادة في الإغفاء من المسؤولية، فحين يتفق المصرف والمشتري مثلاً على الإغفاء من خطأ الأول الذي ينجم عن المطابقة غير الحرفية، فإن ذلك قد لا يحرم المشتري من الرجوع على المصرف باعتبار أن مثل هذا الفعل قد يعدّ خطأً تقصيرياً، يجعل من حق المشتري المطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عنه، وذلك بما للغير من حق في الاحتجاج بالعقد الذي يكون أجنبياً عنه تماماً، باعتباره واقعة مادية قد تسبب ضرراً له، فيستحق معه التعويض عنه لإعادة حاله لما كان عليه.^{٦٢٢}

ويلاحظ في ذلك أن القضاء الفرنسي يضيق من أثر شرط الإغفاء، فعنده أن المسؤولية التقصيرية تجتمع مع المسؤولية العقدية، وعلى الدائن أن يثبت خطأ المدين حتى يطالبه بالتعويض، لا على أساس المسؤولية العقدية وقد أعفي منها، ولكن على أساس المسؤولية التقصيرية والتي لا يتناولها شرط الإغفاء. بل إنه لا يجوز لمثل هذا الاشتراط أن يتناولها على اعتبار أنه يتعارض مع النظام العام. فكأن شرط الإغفاء من المسؤولية العقدية لم يفعل إلا أنه نقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن.^{٦٢٣}

٢. ويترتب على وجود التضامن بين المدينين في عمليات الاعتماد المستندي، أنه لا يجوز لأي منهم أن يأتي عملاً من شأنه أن يضر بباقي المدينين، ولكنه إذا أتى عملاً من شأنه أن ينفعهم أفادوا منه جميعاً،^{٦٢٤} وفكرة الإستقلال تتعارض مع هذا التضامن، لأن سلوك المشتري الذي يتفق على تقرير فوائد تأخيرية مع البائع على سبيل المثال، ثم يعمد لزيادة قيمة الاعتماد، قد لا يجد المصرف فيه أية مصلحة له في بعض الأحيان.

ويظهر أن الالتزامات والآثار الناجمة عنها وإن كانت لا تنتقل إلا لمن يكون طرفاً فيها، إلا أن ذلك لا يمنع من أن تكون العلاقة بين الغير والمتعاقد علاقة مسؤولية، فالترابط بين العقود يقتصر على نظام المسؤولية، وليس على أثر العقد من المتعاقد إلى الغير.^{٦٢٥} وهذا يعني أن تحديد نوع المسؤولية

^{٦٢٢} علي فيصل، المرجع السابق، ص ٤٤.

^{٦٢٣} د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني - مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٥٥٥.

^{٦٢٤} سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٥٨١.

^{٦٢٥} راجع في ذلك، د. صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص ٥٣.

بوصف الغير متعاقداً أم لا، لن يفضي إلى أي أثر في وجود فكرة المسؤولية المدنية من حيث الأصل، ما دام الضرر قد وقع على أحد أطراف المجموعة العقدية، وما دام دائراً بين هذه العقود.^{٦٢٦}

وينعدم الأثر المتعلق بالتعويض كذلك، بالرجوع إلى التكييف الذي يُخلع على العقود المكونة لمجموعة الاعتماد المستندية؛ ذلك أن كافة هذه العقود تعدّ عقوداً تجارية، وفي ذلك نصت المادة (٨١) من قانون التجارة البحريني والمعدلة بمرسوم بقانون رقم (٤) لسنة ١٩٩٢ على أنه :

"١- تستحق الفوائد عن التأخير في الوفاء بالديون التجارية بمجرد استحقاقها ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك.

٢- ولا يجوز في أي حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من مبلغ الدين الذي حُسِبَت عليه الفوائد، وذلك في حالات الديون التي لا تتجاوز فترة سدادها سبع سنوات. وكل اتفاق على خلاف ذلك يعد باطلاً.

٣- ولا يسرى حكم الفقرة (٢) على فوائد الديون التي تُستحق عن المعاملات التي تعقد بالعملة الأجنبية.

٤- وللدائن حق المطالبة بتعويض تكميلي يضاف إلى فوائد التأخير دون حاجة إلى إثبات أن الضرر الذي يجاوز هذه الفوائد قد تسبّب فيه المدين بغش أو خطأ جسيم".

ويستفاد من المادة السابقة أن عقد الاعتماد يستطيع المطالبة بالتعويض عما يلحق به من ضرر دون أن يكون مقيداً بالنصوص المدنية، التي تجعل من التعويض حصراً على ما تم توقعه من ضرر بين المتعاقدين ما لم يرتكب المتعاقد غشاً أو خطأ جسيماً، نظراً للطبيعة التجارية التي تُخلع على هذه العقود. فيستطيع المشتري على سبيل المثال أن يطلب التعويض من المصرف بما يجاوز الضرر المتوقع، فينسحب هذا التعويض على التعويض عن الضرر غير المتوقع إلى جانب المتوقع منه.

وإذا تم الاتفاق على مقدار التعويض، فإنه لا يتم تعديل هذا الاتفاق إلا عن طريق المحكمة التي تقوم بجبر الضرر وتلافي الفرق بين المقدارين، دون أن تنقيد بنص المادة (٢٢٣) من القانون

^{٦٢٦} د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - آثار الالتزام، المرجع السابق، ص ٧٧٠.

المدني البحريني والتي نصت على أنه : " إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".^{٦٢٧}

وعليه فإن التمييز بين المسؤوليتين في إطار عمليات الاعتماد المستندية قد لا يكون بذى أثر نظراً للطبيعة التجارية لهذه العقود، وهو ما يشير إلى أن القواعد المدنية التي أسست عليها فكرة الاستقلال بين العقود في عمليات الاعتماد المستندي، لا تقضي إلى نتیجتها المرجوة، وهي حماية المتعاقدين وضمان قيمة الاعتماد، فضلاً عن المواءمة مع النسق العام الذي تقوم عليه أدوات التجارة، والتي أسست على مبادئ الاستقلال الصرفي، بما يدفع لضرورة التأسيس لمبادئ جديدة تحفظ حقوق المتعاقدين، وتتفق مع الطبيعة التجارية لعقودهم.

المبحث الثاني

الجزء المترتب على إثارة المسؤولية

تهدف المسؤولية إلى جبر الضرر الناجم عن الإخلال بالعقد، أو الخطأ المتمثل في القيام بسلوك بخلاف المتفق عليه بين المتعاقدين، وبحيث يمس هذا السلوك بحق يحميه القانون.^{٦٢٨} وعليه فإن الغرض الأساس من المسؤولية هو إزالة الضرر بعنصريه، فوات الكسب والتعويض عن الخسارة الناجمة عن الإخلال، وهو ما يعني وضع المتعاقد في المركز القانوني الذي كان فيه قبل إبرام العقد. وعليه فإن من يرتكب الخطأ يلزم بالتعويض، بصرف النظر عن مدى إمكانية وصف الخطأ بالإخلال، ذلك أن الالتزام حين يكون بتحقيق نتيجة، فإنه من الصعب وصف الإخلال بأنه خطأ، لأن المتعاقد قد لا يخطيء في سلوكه وبالرغم من ذلك فإنه يلتزم بالتعويض، لأن تخلف النتيجة في ذاته موجب للمسؤولية بغض النظر عن سلوكه.^{٦٢٩}

وتتمثل الطريقة المتبعة في معالجة الإخلال بالالتزام تعاقدية في عقود الاعتماد المستندي، في طريقتين : تتمثل الأولى في الدفع بعدم التنفيذ، والثانية هي الطريقة القانونية المتبعة لجبر الضرر والمتمثلة في التعويض. وعلى الرغم من أن الطريقة الأولى، لا تتضمن إنهاءً للمسؤولية أو إعادة

^{٦٢٧} راجع في شرح هذه المادة : سليمان مرقس، الوافي بالالتزامات - نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص ٦٤٩ وما بعدها، و عبدالمعظم فرج الصده، المرجع السابق، ص ١٢٢.

^{٦٢٨} د. أنور طلبية، المرجع السابق، ص ٧.

^{٦٢٩} د. صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص ٦٠.

للمتعاقدين لما كانا عليه من حال قبل التعاقد، إلا أنها تعتبر وسيلة قانونية تمنع استئناف السير في تنفيذ العقد نظراً لإخفاق المتعاقد الآخر في الوفاء بالتزاماته التعاقدية.

وعلى الرغم من أن الطريقة الأولى قد تعتبر من قبيل المعالجة القانونية، إلا أنها لا تعدو عن كونها وسيلة لدفع الإخلال وليس لمعالجته، فلا يكون أمام المتعاقد - والحال كذلك - إلا اللجوء إلى الطريقة الأخرى المتمثلة في طلب التعويض باعتباره الحل الوحيد لجبر الضرر. ولإحاطة بالجزاء المترتب عن إثارة المسؤولية فإنه سيتم بحث الموضوع من خلال تقسيمه إلى مطلبين، الأول يتعلق بترك المستندات أو حبسها كجزاء للمسؤولية، أما الثاني فيتناول دعوى التعويض في مواجهة طرف من أطراف المجموعة.

المطلب الأول

ترك المستندات أو حبسها كجزاء للمسؤولية

يلتزم المصرف إزاء عميله الأمر بفحص المستندات المقدمة إليه من قبل المستفيد، فحسباً يبذل فيه عناية خاصة، وفي الوقت ذاته فإنه يقع على عاتقه تعهداً بتحقيق نتيجة، هي تقديم مستندات مطابقة للتعليمات، وهو ما يتفق مع الصفة الحرفية والصارمة لعملية فحص المستندات، والتي تركزها الأعراف الدولية المعمول بها في مجال الاعتماد المستندي.^{٦٣٠} فإذا لم تكن المستندات مطابقة للتعليمات، أو نفذ الاعتماد بعد انقضاء صلاحيته، أو تأخرت المستندات تأخراً فاحشاً، وكان المصرف مسؤولاً عن هذا التأخير، كان للعميل أن يرفض قبولها، ولو لم يصبه من عدم سلامة المستندات أي ضرر بل إن مسألة الضرر لا تناقش، إذ يكفي العميل ألا يقبل المستندات فتبقى حيث هي، أي في يد المصرف، وينطبق الحكم نفسه ولو كان العيب في مستند واحد لأن المستندات مجموع لا يتجزأ، ولعل ذلك يرجح من كون التزام المصرف التزاماً بتحقيق نتيجة، وهو التزام لا يرتبط بسلوك المتعاقد، فلا ينظر لسلوك المتعاقد، وفيما إذا بذل عناية كافية في تنفيذ العقد أم لا، بل ينظر إلى النتيجة المرجوة والمتفق عليها بين المتعاقدين، وفيما إذا كانت قد تحققت من الناحية المادية والفعلية أم لا.^{٦٣١} وتظهر فكرة ترك المستندات على هذا النحو بالاستناد إلى كون العقد من العقود الملزمة للجانبين، وعليه فلا

^{٦٣٠} عبدالرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، ص ٤٣٢، و علي الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٠١.

^{٦٣١} د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٢٩٠.

^{٦٣٢} د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٥٥٥.

يكون للمصرف المطالبة بحقوقه إلا بتنفيذ ما يقع على عاتقه من التزامات، وذلك بأن يقوم بتقديم مستندات مطابقة لتعليمات عميله الأمر.

ويتطلب هذا الحل - كما هو بين - موقفاً سلبياً من العميل الأمر إزاء المصرف، وذلك بألا يقوم بأي فعل يتضمن قبولاً ضمنياً للمستندات بعد استلام المصرف لها من المستفيد،^{٦٣٣} مما يضطر معه المصرف إلى تسلم البضاعة التي تمثلها هذه المستندات، فيتسلمها من الناقل، أو يقبض تعويض التأمين عنها. وهذه صورة للتملك الجبري لها مثل في البيع البحري، حيث يقرر القضاء رخصة للمشتري في رفض المستندات إن لم تطابق شروط البيع، وكذلك في عقد النقل حيث تترك البضاعة التالفة نظير الأجرة.^{٦٣٤}

وتأكيداً لهذا الحق، قررت محكمة استئناف بيروت المدنية في حكم لها بأن : " عقد فتح الاعتماد المستندي ينشئ على عاتق المصرف موجباً أساسياً بالتقيد بالضبط بتعليمات المشتري المفتوح بناء على طلبه الاعتماد المستندي، ورفض كل مستند لا ينطبق على المستندات المفروضة بموجب العقد دون أن يكون له أي حق في التقدير. وأية مخالفة يرتكبها المصرف في عملية تطبيق المستندات المتعلقة بالبضاعة تعطي المشتري حق رفض الإرسالية على مسؤولية المصرف دون حاجة لإصدار أو تحقق ضرر".^{٦٣٥}

ويثور السؤال - الآن - حول الطبيعة القانونية لهذا الترك، والتي اختلف الفقهاء في تكييفها، فمنهم من اعتبر أن ترك المستندات يعدّ فسخاً للعقد بين العميل الأمر والمصرف.^{٦٣٦} غير أن هذا الأمر غير متصور، لأن مجرد ترك المستندات لا يعدّ فسخاً لعقد الاعتماد مع المصرف، لا سيما في الحالة التي لا يتضمن فيها عقد الاعتماد أي بند على الحق في الفسخ التلقائي، وعليه فإن المشتري لا يستطيع تقرير الفسخ بإرادته المنفردة، بل يكون لزاماً عليه - والحال كذلك - أن يلجأ إلى القضاء طالباً إيقاع الفسخ، ويكون الحكم في هذه الحالة مقررّاً للفسخ وليس كاشفاً عنه. إذ نصت المادة (١٤١) من القانون المدني البحريني لدى تنظيمه للفسخ على أن : " أ) لا يعمل بشرط اعتبار العقد مفسوخاً من

^{٦٣٣} علي الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٥٩ وما بعدها.

^{٦٣٤} علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٢٩١.

^{٦٣٥} محكمة استئناف بيروت المدنية، قرار رقم ١٦٨٩ تاريخ ١٢/٥/٦٥، وردت في كتاب مازن عبدالعزيز فاعور، المرجع السابق، ص ١٧٥.

^{٦٣٦} موريل، القانون الخاص الفرنسي في القرن العشرين، باريس، ١٩٥٢، ج ٢، ص ١١٨، نقلاً عن علي الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٦٤.

تلقاء نفسه دون حكم المحكمة، أو بالشرط القاضي بتقييد سلطة المحكمة إزاء فسخ العقد، ما لم يتضح أن إرادة المتعاقدين كليهما قد انصرفت إليه صراحة، وعلى بينة من حقيقة أثره. ب) والشرط القاضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه، عند عدم الوفاء بالالتزام، لا يعفي في غير المواد التجارية من الإعذار، ولو اتفق على الإعفاء منه ". كما نصت المادة (١٤٢) من ذات القانون على أنه : " أ) إذا فسخ العقد، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، وذلك مع مراعاة أحكام المادتين التاليتين...".^{٦٣٧}

ويظهر - والحال كذلك - أن مكنة ترك المستندات على النحو التي هي عليه لا تستقيم مع القول بالفسخ؛ لأن مجرد الترك لا يعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، بل يلزم اتباع الإجراءات التي ينظمها القانون قبل إعمال الفسخ، ومنها على سبيل المثال إعذار المصروف بذلك الفسخ على اعتبار أن عقد الاعتماد من العقود الملزمة للجانبين، التي نص القانون على ضرورة الإعذار فيها قبل طلب الفسخ. حيث نصت المادة (١٥٠) من القانون المدني البحريني على أنه : " في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، ما لم يتفق على خلافه، أو يقضي العرف بغيره ".^{٦٣٨}

ويذهب رأي آخر إلى أن ترك المستندات من قبل العميل الأمر لا يعدو عن كونه دعاً بعدم التنفيذ؛ ذلك أن مقتضى القول بأن ترك المستندات يعدّ فسخاً يعني امتناع القول باعتبار العقد منفسخاً لأن الدفع بعدم التنفيذ يعتبر من موانع الفسخ فيجب كل دفع بالآخر،^{٦٣٨} على الرغم من أن الفكرة التي يبنى عليها الدفع بعدم التنفيذ، هي ذات الفكرة التي يقوم عليها الفسخ، وهي فكرة الارتباط القائم بين الالتزامات المتبادلة في العقود الملزمة للجانبين. وهذا الارتباط في الالتزامات يؤدي إلى ارتباط التنفيذ. وتقول محكمة النقض في هذا الصدد أن : "الدفع بعدم التنفيذ. مقصور على ما تقابل من التزامات طرفي الاتفاق، ولمحكمة الموضوع استظهار إرادتها في هذا الخصوص".^{٦٣٩}

ويظهر الدفع بعدم التنفيذ في صورتين، فهو إما أن يكون دعاً بحبس الشيء، وإما أن يكون دعاً بسيطاً لا يتبعه حبس. ويظهر الحبس إذا كان المدين ملزماً بتسليم شيء فإن دفعه يكون الامتناع

^{٦٣٧} انظر في شرح هذه المادة : عبدالمنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص ١٢٧.

^{٦٣٨} د. محمد المنجي، دعوى فسخ العقود بسبب إخلال المتعاقدين بالتزامه، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى ٢٠٠٨، ص ٢٤٧.

^{٦٣٩} نقض مدني ١٩٧٧/٢/٢٢ مجموعة محكمة النقض ٢٨-١-٥٠٥-٩٦.

عن هذا التسليم وهذا يستلزم أن يحبس الشيء، وحينئذ يوصف بأنه حابس.^{٦٤٠} ويكون الدفع بسيطاً إذا كان يكفي مجرد الدفع، دون أن تلقى على عاتق المدين واجبات معينة، كما لو كان دينه مبلغاً من النقود أو مالاً مثلياً لم يجز فرزه أو كان قياماً بعمل كالمقاول الذي يلتزم بالقيام بعمل دون أن يكون تحت يده ما يحبسه أو امتناعاً عن عمل كما لو كان الجار ملتزماً بالألا يمنع جاره من المرور في أرضه.^{٦٤١}

ويجد مثل هذا الدفع مصدره في التشريعات المدنية والتي تناولت فكرة الحبس باعتبارها حقاً للدائن، ومنها القانون المدني البحريني الذي نص في المادة (٢٤٠) في الفقرة (أ) منه على أن : " لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام عليه مستحق الأداء، ومرتبب بالتزام المدين، أو ما دام الدائن لم يقدم تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه". ولم يتناول القانون التجاري البحريني صراحة عند تنظيم الأحكام الخاصة بالاعتماد المستندي فكرة ترك المستندات من قبل العميل الأمر باعتبارها دفعاً بعدم التنفيذ، ولكنه تناول فكرة حبس المصرف للمستندات باعتبارها تطبيقاً لذات الدفع، وهذا ما يفهم ضمناً من متن المادة (٣٢٦) من قانون التجارة البحريني والتي نصت على أنه : " إذا لم يدفع الأمر بفتح الاعتماد إلى البنك قيمة مستندات الشحن المطابقة لشروط فتح الاعتماد خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إخطاره بوصول تلك المستندات، فللبank بيع البضاعة باتباع طرق التنفيذ على الأشياء المرهونة رهناً تجارياً ". ويظهر الحبس على هذا النحو باعتباره الوجه الآخر لهذا الجزاء.^{٦٤٢}

ويشير النص المتقدم - في الحقيقة - مجموعة من الملاحظات، ذلك أن القانون البحريني قد تناول حق المصرف في حبس المستندات وبيعها بالاستناد لما له من حق في الرهن التجاري على الصكوك الممثلة للبضائع، دون إيراد أي نص يذكر حق المشتري في حبس الثمن. والحال أن ذلك لا يخرج عن افتراضين : فإما أن يكون الأمر قصوراً تشريعياً وقع فيه القانون البحريني، فلم يتناول حق المشتري في حبس الثمن حين لا يجد أن البضائع أو المستندات الممثلة لها مطابقة للتعليمات الصادرة عنه.

أما الفرض الآخر فهو أن يكون المشرع البحريني قد تعمد حصر مكنة الحبس والدفع بعدم التنفيذ على المصرف، وذلك على افتراض أن المشتري هو الملزم أولاً بالدفع. فإذا كان الشرط الأول من شروط الدفع بعدم التنفيذ قد تحقق، وكان عقد الاعتماد من العقود المتقابلة، فإن ذلك ليس بالشرط

^{٦٤٠} سليمان مرقس، الوافي في الالتزامات - أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٤٢٤.

^{٦٤١} د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ٥٢ وما بعدها.

^{٦٤٢} راجع في هذا المعنى : د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ٥٢.

الوحيد. فالشرط الآخر هو ألا يكون المتمسك بالدفع ملزماً بالوفاء أولاً. وهو ما يترتب عليه أن يلتزم المشتري بالوفاء بالثمن قبل المصرف؛ لأن التزامه يقع أولاً من حيث المدة الزمنية. وتقول محكمة النقض المصرية في ذلك بأنه : " ليس للمتعاقد المكلف بالبداء في التنفيذ، أن يدفع بعدم التنفيذ " .^{٦٤٣}

غير أنه من الناحية العملية، فإن تقرير مثل هذا الحق للمشتري ليس بذى أهمية، لأن المعتصم بالحق أو الدفع بعدم التنفيذ ليس في حاجة إلى دعوى يرفعها على المتعاقد الآخر، ويكون له الامتناع عن أداء الالتزامات فقط دون أن يكون المشتري مكلفاً بالقيام بعمل ما. ^{٦٤٤} كما أن المصرف قد لا يلجأ إلى مطالبة عميله الأمر مباشرة بقيمة الاعتماد، ويفضل أن يقوم ببيع البضاعة المرهونة له تجارياً، واستيفاء قيمة الاعتماد منها. ولكن هل يكون له الحق في الدفع بمثل هذا الدفع إذا ما قام البنك برفع دعوى قضائية للمطالبة بتنفيذ التزاماته؟

في الحقيقة إن هذا الدفع لا يخرج عن دائرة المبادئ التي يدور حولها الاعتماد المستندي، فمتى أخفق المصرف في المطابقة الحرفية أو المطابقة كلياً فليس له الحق بمطالبة المشتري بقيمة الاعتماد حتى لو قام بأداء قيمة الاعتماد إلى المستفيد، ^{٦٤٥} لأن ذلك يخرج عن تعليمات المشتري / عميله الأمر. ويعني معيار التوافق التام أو المطابقة الحرفية بأن المصرف يجب أن ينفذ بدقة وحرفية الشروط المنصوص عليها في الاعتماد، دون أن يكون له الحق في تقدير أهمية هذه الشروط. فالتزامه بالتعليمات يكون حرفياً، والدفع يكون لقاء المستندات المطابقة في ظاهرها لشروط الاعتماد. وهذه المطابقة الدقيقة تكون في علاقة المستفيد مع البنك المعزز، والبنك المعزز مع مصدر الاعتماد، ومصدر الاعتماد مع العميل. ^{٦٤٦}

وإذا كان الاعتماد غير قابل للإلغاء أو للرجوع، فإن العميل يكون ملزماً بعدم إصدار تعليمات إلى المصرف من شأنها تعديل شروط الاعتماد، أو الطلب من المصرف عدم تنفيذ الاعتماد بحجة أن هناك خلافاً قد نشب بينه وبين البائع. فإذا أصدر العميل مثل هذه التعليمات توجب على المصرف عدم التقيد بها، وإلا كان مسؤولاً تجاه البائع، لأن التزام المصرف تجاه المستفيد هو التزام مباشر ونهائي. ^{٦٤٧}

^{٦٤٣} نقض مدني ١٩٦٦/٥/٣١، مجموعة محكمة النقض ١٧-٣-١٢٧٩-١٧٥.

^{٦٤٤} عبدالمنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص ١٣٨.

^{٦٤٥} علي الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٦٥.

^{٦٤٦} حسين شحادة الحسين، المرجع السابق، ص ١٤٢.

^{٦٤٧} مازن عبدالعزيز فاعور، المرجع السابق، ص ١٨٨.

ولكن في الواقع العملي، لن يجدي ترك المستندات المشتري شيئاً، طالما أن الصكوك الممثلة للبضاعة تظل بحوزة المصرف، ويستطيع هذا الأخير استحصال ثمنها بزعم أنه قد قام بالمطابقة الظاهرة وفقاً للأصول المتعارف عليها، لا سيما في الفرض الذي لا تكون فيه المخالفة ظاهرة.^{٦٤٨} حيث نصت المادة (٣٢٤) من قانون التجارة البحريني على أن : " ١ - لا يسأل البنك إذا كانت المستندات مطابقة في ظاهرها للتعليمات التي تلقاها من الأمر. ٢ - كما لا يتحمل البنك أية مسؤولية فيما يتعلق بتعيين البضاعة التي فتح بسببها الاعتماد أو بكميتها أو وزنها أو حالتها الخارجية أو تغليفها أو قيمتها ولا فيما يتعلق بتنفيذ المرسلين أو المؤمنين للالتزاماتهم".

والفرض المتقدم يشير إلى نوع من انعدام التوازن العقدي في تقرير حقوق والتزامات أطراف عقد الاعتماد - المشتري والمصرف - و نزعة المشرعين إلى الخروج عن المبادئ العامة في سبيل فرض قيمة معنوية لمبدأ الإستقلال، ومن منطلق حماية الثقة والإلتئمان المكرسين في المبادئ التجارية. ويظل السبيل الوحيد للعميل الأمر بناء على ما تقدم، هو أن يقوم برفع دعوى التعويض، والتي لن يطالب فيها بطبيعة الحال بالبضاعة أو بقيمتها، لأنها لم ترد وفقاً للمواصفات والشروط المتفق عليها مع البائع في عقد البيع الأصلي. بل سيضطر - والحال كذلك - إلى رفع دعويين، الأولى في مواجهة المصرف لمخالفته عقد الاعتماد والتعليمات الصادرة عن العميل، والثانية في مواجهة المستفيد، أي البائع في عقد البيع الأصلي، والذي قام باستحصال الثمن دون أن يقوم بتوريد البضاعة المتفق عليها.^{٦٤٩}

ويبدو جلياً أن هذه النتيجة التي انتهى إليها المشتري، إنما جاءت لسبب بسيط وهو تقديم مصالح المصرف على حق المشتري، وطغيان مبدأ الإستقلال بين العقود في عمليات الاعتماد المستندي، في الوقت الذي يحتاج فيه المشتري إلى الحماية القانونية المقررة التي لا يكون المرجع فيها لسلطة القضاء التقديرية، والذي يقدر مدى حدوث المطابقة أم لا، وإن حدثت فوق المعايير المعتمدة أم لا، ومن ثم البحث مرة أخرى في كون هذا الالتزام الملقى على عاتق المصرف، التزاماً بتحقيق نتيجة أو التزاماً ببذل عناية، وهكذا دواليك، فلا يحقق مبدأ الإستقلال النتيجة المرجوة منه قانوناً، وهو حماية مصالح كل طرف إزاء ما يطرأ عند تنفيذ العقود الأخرى.

يضاف إلى ذلك أن تسلم البائع لقيمة المبيع عن طريق المصرف، لا يعني تمام تنفيذ العقد طالما أن المشتري ليس راضياً عن هذا التسليم. ويبدو هذا الأمر غريباً إلى حد ما؛ لأن عقد الاعتماد

^{٦٤٨} نجوى أبو الخير، المرجع السابق، ص ٤٥٨.

^{٦٤٩} راجع في هذا المعنى : علي الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٦٤، و د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص

سيظهر بصفته واقعة مادية بالنسبة للمشتري نفسه، وذلك حيث يقوم بالمطالبة بالتعويض عما حدث له من ضرر جراء المطابقة غير الدقيقة من المصرف.^{٦٥٠} ورغم تولي المصرف لمهام التنفيذ، إلا أن الفقه قد رفض اعتبار المصرف وكيلاً عن المشتري عند أدائه لقيمة الاعتماد باعتباره ثمناً للمبيع المتفق عليه في العقد الأصلي بين المتعاقدين. وينتهي الحال بالمشتري إلى إثبات خطأ المصرف بمخالفته للتعليمات كما يتمكن من إثبات خطأ البائع المفضي إلى إثارة المسؤولية العقدية.^{٦٥١}

ذلك أن القوة الملزمة للعقد لا تلزم إلا المتعاقدين في عقد واحد، إذ أن مبدأ نسبية أثر العقد يحول دون امتداد هذه القوة إلى عقد آخر.^{٦٥٢} وهكذا فإن المشتري حين يقوم بالاستناد إلى عقد أبرمه مع الغير فإنه سيقوم بتقديم هذا العقد بكونه واقعة مادية، تكون حجة على الغير يلتزم بإثباتها وفقاً للقواعد المقررة للإثبات، ويكون للقضاء حرية تقدير الاستناد إليها من عدمه وتقديرها التقدير الذي ليس عليها فيه معقب. " إذ تظل فكرة أثر العقد في مواجهة الغير قائمة، ولكن فاعلية العقد لا تكفي للحكم بين مصالح الغير ومصالح المتعاقدين، لأن الفصل بين هذه المصالح يكون عندما يراد فرض أثر على الغير".^{٦٥٣}

ويبدو أخيراً أن الفائدة العملية لهذا الدفع معدومة القيمة بالنسبة للمشتري. ذلك أن الأثر القانوني المترتب على التمسك بالدفع بعدم التنفيذ هو أن يظل حق الدائن في الامتناع قائماً وبالتالي لا يمكن إجباره على تنفيذ الالتزام، فيظل هذا الالتزام موقوفاً دون أن يزول.^{٦٥٤} ومثل هذا الامتناع لن يثمر شيئاً بالنسبة للمشتري، لأن المصرف لا يستطيع تلافي المطاعن التي يثيرها هذا الأخير في المستندات، فلا يستطيع إلزام المستفيد بتقديم مستندات أخرى بعد قبول المستندات السابقة، والتي استحق عنها المستفيد قيمة الاعتماد،^{٦٥٥} ولا يستطيع إصلاح هذه المستندات بدورها، أو تلافي العيوب الموجودة في البضاعة؛ لأنه لا يستطيع التحكم في البضاعة أو المستندات الممثلة لها، ولن يكون أمام البنك إلا الرجوع على المستفيد بموجب دعوى الاسترداد.^{٦٥٦} لذلك فإن الطريق الوحيدة التي تظل في يد المشتري

^{٦٥٠} راجع في تفصيل ذلك : علي فيصل، المرجع السابق، ص ٤٤.

^{٦٥١} علي الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٦٥.

^{٦٥٢} عبدالمنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

^{٦٥٣} علي فيصل، المرجع السابق، ص ٥٣ وما بعدها.

^{٦٥٤} د. محمد المنجي، المرجع السابق، ص ٢٧٧، وعبدالمنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص ١٣٩.

^{٦٥٥} د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص

^{٦٥٦} د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٢٧٧.

هو أن يقوم برفع دعوى التعويض في مواجهة كل من المصرف والمستفيد بكونه بائعاً في عقد البيع الأصلي.

المطلب الثاني

دعوى التعويض في مواجهة أطراف المجموعة

خلت القواعد والأعراف الدولية من أية تنظيم للمسائل المتعلقة بالتعويض، مما يقتضي الرجوع الى القواعد العامة المنظمة لفكرة التعويض كبديل للتنفيذ العيني. ويبدو أن التنفيذ العيني من قبل المصرف في الحالة التي يكون فيها قد قبل المستندات فعلاً من المستفيد يغدو أمراً متعذراً. ذلك أن المصرف لن يستطيع بعد قبول المستندات غير السليمة الدفع بالتنفيذ العيني، وإلزام العميل الأمر على قبول هذه المستندات، لأن العميل لا يلزم بقبول مستندات غير التي ضمنها في خطاب التعليمات الصادر عنه إلى المصرف.^{٦٥٧}

ويصار بناءً عليه إلى التنفيذ بطريق التعويض، إذ يصبح تنفيذ عين الالتزام مستحيلًا.^{٦٥٨} وفي الفرض المائل، فإن قبول مستندات غير سليمة من قبل المصرف يجعل من المتعذر معه رجوع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل أداء قيمة الاعتماد، بما يؤدي إلى تدارك الخطأ؛ ذلك أن المصرف لن يستطيع رد ما يكون قد عجل من دفعه إلى المستفيد بطريقة مباشرة،^{٦٥٩} وإن كان له مكنة اللجوء إلى القضاء عن طريق دعوى الاسترداد.^{٦٦٠} وبالتالي فإن تمام تنفيذ خطاب الاعتماد بأداء قيمته للمستفيد، يترتب عليه تعذر القيام بتنفيذ العقد مرة أخرى وفقاً للطريقة التي اشترطها العميل الأمر، وبذلك يتعذر تدارك الخطأ بطريقة مباشرة؛ لأن التعهد الصادر عن المصرف وفقاً لخطاب الاعتماد يكون مشروطاً بأداء قيمة الاعتماد متى ما قدمت المستندات الصحيحة إلى المصرف. فيضمن هذا التعويض، الخطأ الصادر عن المتعاقدين بنوعيه: التعويض عن عدم التنفيذ، والتعويض عن التأخر

^{٦٥٧} علي الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٥٩.

^{٦٥٨} ذلك أن تنفيذ عين الالتزام لم يعد ممكناً، وعليه فيصار إلى التنفيذ بمقابل (التنفيذ بطريق التعويض). للمزيد عن ذلك : د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - آثار الالتزام، المرجع السابق، ص ٧١٠، وسليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٨٩.

^{٦٥٩} ومرد ذلك هو نهائية تنفيذ الاعتماد، فمتى قام البنك بتنفيذ ما ورد في خطاب الاعتماد، فإنه يولي وجهه شطر العميل الأمر مقدماً له المستندات التي نص عليها خطاب تعليماته. راجع في ذلك : نجوى أبو الخير، المرجع السابق، ص ٣٤٩.

^{٦٦٠} المرجع السابق، ص ٣٥٧.

في التنفيذ. ويحلّ هذا التعويض محل التنفيذ العيني، ولكنه لا يجتمع معه. أما التعويض عن التأخر في التنفيذ فإنه تارة يجتمع مع التنفيذ العيني إذ ما نفذ المدين التزامه متأخراً، فيجتمع عليه إلى جانب هذا التنفيذ العيني التعويض عن التأخر فيه، وطوراً يجتمع التعويض عن عدم التنفيذ وتعويض عن التأخر في التنفيذ.^{٦٦١} ويجدر قبل الحديث عن نوع الخطأ، التأسيس لنوع المسؤولية التي يقوم عليها ذلك الخطأ، ذلك أن تحديد المسؤولية يحدد بدوره مقدار التعويض، فالتعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية لا يكون إلا عن الضرر المباشر متوقع الحصول، أما في المسؤولية التقصيرية فيكون بالتعويض عن أية ضرر مباشر أو غير مباشر، وسواء كان متوقعاً أو غير متوقع.^{٦٦٢}

وينبغي إذا كان الحديث عن مسؤولية عقدية، وقبل أن ينهض أية حق في المطالبة بالتعويض، التأكد من وجود عقد سابق صحيح يتضمن التزامات محددة وملزمة لأطرافه. على أن هذا العقد قد يتضمن إعفاء كلياً أو جزئياً من المسؤولية، ذلك أنه يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التعاقدية، وقد يزول هذا الشرط حين يكون العقد باطلاً، وفي هذا الفرض عقد البيع الأصلي أو عقد الاعتماد، لأن بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي والذي يتضمن النص على مقدار التعويض، فالشرط يتبع العقد الأصلي وجوداً وعدماً.^{٦٦٣} ولا يصح بناء على هذا الشرط، الجمع بين المطالبة بالشرط الجزائي وطلب فسخ العقد، لزوال العقد بالفسخ، وإن حدث ضرر، يصار إلى الأصل في الرجوع إلى سلطة المحكمة التقديرية بتقدير الضرر، وذلك بناءً على قواعد المسؤولية التقصيرية وليس العقدية.^{٦٦٤}

ولا يتم الخروج عن مقدار التعويض الوارد في الشرط الجزائي إلا في الحالة التي يرتكب فيها أحد المتعاقدين خطأ جسيماً أو غشاً، وذلك بالاستناد إلى القواعد المدنية والتي تم الإنتهاء إلى أنها قد لا تتفق والطبيعة التجارية لعقود الاعتماد.^{٦٦٥}

^{٦٦١} د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٧٧٠.

^{٦٦٢} د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٦١٩.

^{٦٦٣} عبدالمنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص ٥٥.

^{٦٦٤} د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - آثار الالتزام، المرجع السابق، ص ٨٠٤، وسليمان مرقس، المرجع السابق، ص ١٨١.

^{٦٦٥} وفي ذلك نصت المادة (٢٢٣) : " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. ومع ذلك إذا كان الالتزام

وتتهض المسؤولية باعتبارها الجزاء القانوني المترتب على التقصير في تنفيذ العقد وذلك عند توافر أركانها. وأول هذه الأركان هو ضرورة حدوث خطأ. ويتمثل هذا الخطأ في نتيجة مغايرة لما توقعه واتفق عليه المتعاقدان في قانونهما التعاقدى باعتباره شريعة لهما، ويظهر هذا الخطأ بالتنفيذ السيء للالتزام أو عدم التنفيذ كلياً له.^{٦٦٦} ويعدّ هذا التخلف عن تنفيذ الالتزامات خطأً حتى لو كان عدم التنفيذ راجعاً لسبب أجنبي لا يد للمتعاقد فيه، فيُخلع وصفُ الخطأ على السلوك، حتى لو أدى وجود مثل هذا السبب إلى حجب المسؤولية عن المتعاقد المخطئ. وتكييف الخطأ يختلف بحسب طبيعة الالتزام. فمن الالتزامات ما يكون بذلاً لعناية، ومنها ما يكون تحقيقاً لنتيجة. وتكييف نوع الالتزام قد لا يؤثر في نوع المسؤولية، ولكنه يسدل بظلاله على المسائل المتعلقة بإثبات الضرر، وبالتالي استحقاق التعويض من عدمه. فحين يكون الالتزام ناشئاً لتحقيق نتيجة، فإن المتعاقد المدين لا يستطيع أن ينفي الخطأ لأنه يكون مفترضاً لمجرد عدم تحقق النتيجة المرجوة،^{٦٦٧} وذلك بخلاف الحال حين يكون الالتزام بذلاً لعناية حيث يستطيع المتعاقد المدين أن يدفع مسؤوليته بإثبات بذله للعناية المعقولة في تنفيذ الالتزام، وهذا هو الركن الثاني في المسؤولية.^{٦٦٨}

ويتمثل هذا الركن في ضرورة حصول ضرر، فلا بدّ من وجود هذا الضرر حتى تترتب المسؤولية في ذمة المدين. ويتحمل الدائن عبء إثبات الضرر لأنه هو من يدعيه. وعلى الرغم من أنه لا يفترض وجود الضرر، لمجرد أن المدين لم يقدّم بتنفيذ التزامه العقدي، فقد لا ينفذ المدين التزامه ومع ذلك فإن الدائن قد لا يصيبه ضرراً من ذلك،^{٦٦٩} إلا أن هذا الأمر قد لا يتسق والطبيعة الخاصة التي تقوم عليها العقود في عمليات الاعتماد المستندي. فحين يكون الالتزام بتحقيق نتيجة، فإن عدم تحقق النتيجة يحمل ضرراً مفترضاً، وبذلك يعتبر الخطأ ثابتاً دون حاجة لإثبات الضرر. وهذا بخلاف الحال حين يكون الالتزام بذلاً لعناية، إذ يجب على الدائن إثبات الضرر الناجم عن الخطأ كيما تنهض أركان المسؤولية المؤدية للتعويض.

ويتعارض هذا الأمر مع مفهوم الخطأ الذي تقوم عليه فكرة الالتزام في الاعتمادات المستندية. لأن معنى الخطأ يتمثل في الإخلال الذي يقع كنتيجة لسلوك المتعاقد. وهو متصور في الحالة التي

مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.

^{٦٦٦} عبدالمنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ٤٣ وما بعدها.

^{٦٦٧} د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٤٠.

^{٦٦٨} المرجع السابق، ص ٧٣٠.

^{٦٦٩} د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٥٦ وما بعدها.

يكون فيها الالتزام ببذل عناية، فيكون المتعاقد مخطئاً إذا لم يبذل العناية الكافية في تنفيذ العقد، أما في الحالة التي يكون فيها الالتزام بتحقيق نتيجة، فإن مثل هذا الالتزام لا يكون مرتبطاً بالسلوك، فلا ينظر فيه لسلوك المتعاقد وفيما إذا بذل عناية كافية في تنفيذ العقد أم لا، بل ينظر إلى النتيجة المرجوة والمتفق عليها بين المتعاقدين، وفيما إذا كانت قد تحققت من الناحية المادية والفعلية أم لا. ^{٦٧٠} فقد يقوم البنك ببذل عناية أشد من المعقولة إلا أن النتيجة لا تتحقق فيعدّ مخطئاً، ولا يستطيع دفع مسؤوليته بادعاء أنه قد بذل عناية فائقة في تنفيذ العقد ومطابقة المستندات. ^{٦٧١}

كذلك حين يخفق المشتري في فتح خطاب اعتماد لصالح المستفيد، فإنه لن يستطيع الزعم بأنه قد بذل قصارى جهده في تنفيذ الخطوة الأولى من تنفيذ عقد البيع الأصلي، وأنه مستعدّ لتنفيذ العقد بوسيلة أخرى غير التي تضمنها عقد الاعتماد. ^{٦٧٢}

وهذا القول المتقدم يخالف طبيعة الضرر التي كرسها النصوص القانونية والأحكام القضائية، حيث نصت المادة (٢٢٦) من القانون المدني البحريني على أنه: " لا يكون التعويض المتفق عليه مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر. ويجوز للمحكمة أن تخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين".

ويتمثل الركن الأخير من المسؤولية، في العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فلا بدّ أن يكون هذا الضرر ناجماً عن ذلك الخطأ، إذ لا بدّ من وجود علاقة سببية تربط بين كل من الخطأ والضرر. ويفترض أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر قائمة، فلا يكلف الدائن بإثباتها. بل إن المدين هو الذي يكلف بنفي هذه العلاقة إذا ادعى أنها غير موجودة. فعلى الإثبات يقع عليه لا على الدائن. ولا يستطيع المدين نفي علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي، وذلك بأن يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي، أو يرجع إلى خطأ الدائن، أو إلى فعل الغير. ^{٦٧٣}

ويلحظ أن الالتزام أياً كان مصدره يجوز تنفيذه بطريق التعويض، فالالتزام العقدي يكون تنفيذه بطريق التعويض حين يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً، أو مرهقاً بالنسبة للمدين. والالتزامات التي لا يكون مصدرها العقد يغلب أن يكون تنفيذه بطريق التعويض، فالالتزام التقصيري ليس إلا نتيجة

^{٦٧٠} راجع في هذا المعنى : د. صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص ٦٥.

^{٦٧١} راجع في هذا المعنى : علي الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٠٩.

^{٦٧٢} د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٥٩.

^{٦٧٣} د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٥٦٤.

للإخلال بالتزام قانوني، هو أن يتخذ الشخص الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بغيره، وجزاء هذا الإخلال هو التعويض، وهذه هي المسؤولية التقصيرية.^{٦٧٤} ويغلب أن يقع الضرر الذي يصيب الدائن بسبب عدم تنفيذ العقد، فإذا كان الضرر قد حدث عن عمل لا يعتبر عدم تنفيذ للعقد، فإن المسؤولية العقدية لا تتحقق، بل تتحقق المسؤولية التقصيرية، وذلك في الفرض الذي يتم فيه طلب الفسخ من قبل أحد المتعاقدين.^{٦٧٥} ويبدو أن توحيد المواد الخاصة بالتعويض بين المسئوليتين، يعود إلى أن الضرر الذي يتبع عدم تنفيذ العقد، إنما يتم وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية أصلاً، ما دام أن تنفيذ العقد لا يزيل الضرر.^{٦٧٦} ويؤدي الإخلال العقدي إلى رجوع المتعاقدين إلى الحالة الأصلية التي كانا عليها - وإن كان ذلك بحكم قضائي - وهي حالة التنظيم القانوني الذي يحكم سلوك الأفراد والتي ينشئ عن مخالفتها مسؤولية تقصيرية.^{٦٧٧}

ويبدو أن الإخلال الذي يقع من جانب المصرف، لا يتصور أن يكون في صورة تنفيذ معيب، لأن المستندات لا تجزئ، فإما أن تكون سليمة في جملتها وإما لا تكون.^{٦٧٨} وينسحب هذا الأمر على الحالة التي يجد فيها المصرف مصدر الاعتماد أن المستندات المقدمة من قبل المصرف المراسل الذي يقوم باستلام المستندات من قبل المستفيد ومطابقتها، قد جاءت مخالفة لخطاب الاعتماد، وذلك بخطأ من المصرف المراسل. حيث يحق لهذا الأخير أن يرفض استلام المستندات إذا وجدها غير مطابقة لشروط خطاب الاعتماد، كما يستطيع رفضها إذا وجدها غير متسقة مع خطاب التعليمات المرسل من قبل عميل البنك المصدر.^{٦٧٩}

وفي هذا المقام فإن المشتري أو المصرف - بحسب الأحوال - لا يلزمان بإعذار المصرف قبل طلب التعويض القضائي. وذلك لتعذر تدارك الخطأ من قبل المصرف. حيث نصت المادة (٢٢٠) من القانون المدني البحريني على أنه: "لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، ما لم يقض الاتفاق أو ينص القانون على غير ذلك". ثم عاد ذات القانون ونص في المادة (٢٢٢) في الفقرة (ب) منه على أنه: "لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية: ب) إذا أصبح تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن

^{٦٧٤} د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٧٧٢.

^{٦٧٥} د. خالد جمال، المرجع السابق، ص ٢١٤.

^{٦٧٦} د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - آثار الالتزام، المرجع السابق، ص ٧٧٠.

^{٦٧٧} د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ١٠٩ وما بعدها.

^{٦٧٨} علي الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٧٢.

^{٦٧٩} مازن فاعور، المرجع السابق، ص ١٥٦.

أو غير مجد بفعل المدين".^{٦٨٠} ففي الحالة التي يكون فيها المصرف قد قبل المستندات فعلاً من قبل المستفيد، فإنه لا يستطيع الرجوع في قبوله.^{٦٨١}

ويقتصر حقهما على رفع دعوى بطلب التعويض حين يقبلان المستندات غير المطابقة، صراحة أو ضمناً عن علم بما فيها من مخالفة للتعليمات، ويعدّ قبول المشتري أو المصرف للمستندات في هذه الحالة نزولاً عن حقهما في ترك المستندات.^{٦٨٢} إلا أن سند الشحن قد يكون في بعض الحالات باسم المشتري، فيتعذر على المصرف استلام البضاعة، وفي هذه الحالة لا بدّ للمشتري من التصدي لمهمة استلام هذه البضائع وإن كان للمصرف رهناً تجارياً على الصكوك الممثلة لها، إلا أن بقاء البضاعة في مكان تفرغها لتعذر استلامها من قبل المصرف، يعرض الأخير إلى تحمل مصروفات باهظة قد تستغرق في بعض الأحيان قيمة البضاعة، لا سيّما إذا تركت لفترات طويلة ريثما يقوم بالإجراءات القانونية للإفادة من حقه في الرهن التجاري، وما يتبعه ذلك من حق امتياز عليها. وظهور هذا الأمر قد يرد إلى السبب المتمثل في أن صفة المصرف في هذا المقام لا تجعل منه نائباً عن المشتري ولا عاملاً لحسابه، وهذا يعني أن يتحمل المصرف تبعة هذه الخسائر على الرغم من أن المشتري قد يترك هذه المستندات المستلمة من قبل المصرف والمقدمة من قبل المستفيد وذلك لعدم مطابقتها، بل ربما يقوم بصرف النظر كلياً عنها.

وإذا كان القضاء هو المتحكم بمقدار التعويض، وإذا كان المشتري ملزماً بإثبات المخالفة، فهل يكون التعويض بمقدار المخالفة؟ أم أن المستندات تعتبر كلاً واحداً فلا يمكن تجزئتها؟ ولا يمكن إلزام المستفيد على قبولها مع تحقق المخالفة؟ لا سيّما أن التزام المصرف إنما يكون بمطابقة مستندات تكون في جملتها سليمة، فلا يقبل تلك المستندات في جملتها إذا كان منها السليم ومنها ما هو دون ذلك.

إن الحكم على المصرف في هذه الحالة يكون بتعويض الضرر الذي يثبت المشتري حصوله ونسبته إلى مخالفة المستندات لتعليماته، فإن لم يحصل هذا الإثبات فلا تعويض.^{٦٨٣} ومثال حالات التعويض أن يكون بسند الشحن تحفظ خاص بحالة البضاعة وتغليفها بما يجعله غير نظيف، ومع ذلك يقبله المشتري، ويقاضي المصرف عن التلف الحاصل للبضاعة بسبب سوء التغليف، أو قبول وثيقة تأمين لا تغطي مخاطر طلب المشتري الأمر أن يغطيها التأمين، وكذلك عن خطأ المصرف في

^{٦٨٠} راجع في شرح هذه المادة : سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٨٩.

^{٦٨١} محيي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ١١١١.

^{٦٨٢} نجوى أبو الخير، المرجع السابق، ص ٣٥٢.

^{٦٨٣} د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٣٩٢.

نقل المستندات إلى الأمر مما تسبب في تحمله مصاريف تخزين لعدم تمكنه من تسلم البضاعة فور وصولها.^{٦٨٤}

وقد يفاجئ المصرف عند قبوله للمستندات برفضها فيما بعد من قبل المشتري، وهذا الأمر يؤدي إلى تعذر رجوع المصرف على المستفيد، نظراً لطبيعة الالتزام فيما بينه وبين هذا الأخير.^{٦٨٥} وقد يكتفي المشتري بترك المستندات دون أن تكون له نية حقيقية في رفع دعوى التعويض، وذلك لعدم رغبته في الشروع بإجراءات تقاضي قد يطول أمدّها، فيتنازل عما يكون قد دفعه للمصرف من رسوم طلب الاعتماد. وهو الأمر الذي يترك المصرف دون حل فعلي في الرجوع على طرفي البيع : المشتري بما أداه عنه من ثمن المبيع لمخالفة المستندات لتعليماته، والمستفيد بما عجله من قيمة اعتماد نظراً لأن التعهد الصادر عن المصرف في مواجهته قد ورد في صيغة غير مشروطة ولا يكون للمصرف حينها إلا الرجوع عن طريق دعوى رد غير المستحق على المستفيد، دون أن يكون له الحق في مطالبة التعويض،^{٦٨٦} بل يجوز له المطالبة وفقاً للمادة (١٨٨) من القانون المدني البحريني بالثمار، حيث نصت على أنه : " إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم. أما إذا كان سيئ النية فإنه يلتزم أن يرد أيضا الثمرات التي جناها أو التي قصر في جنيها من الشيء الذي تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية. وعلى أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الثمرات من يوم رفع الدعوى عليه برد".^{٦٨٧} ويستدعي ذلك بطبيعة الحال استحضار سلطة القاضي التقديرية، للوقوف على حسن نية المدين من عدمه.

ويثور السؤال الآن عن مدى جواز الاتفاق على شرط جزائي بين المصرف والعميل الأمر يتم فيه تقدير التعويض الناجم عن الضرر الحاصل جراء قبول مستندات غير سليمة، حيث أن الأصل هو قدرة المتعاقدين على تحديد مقدار التعويض في عقودهم. وعلى الرغم من ذلك فقد وضعت المادة (٢٢٥) من القانون المدني البحريني استثناء، وذلك بنصها على أنه : " إذا لم يكن محل الالتزام مبلغاً من النقود، يجوز للمتعاقدين أن يقدرا مقدماً التعويض في العقد أو في اتفاق لاحق " .

^{٦٨٤} علي الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٦٦.

^{٦٨٥} عبدالرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، ص ٤٤٢.

^{٦٨٦} انظر في ذلك : د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٣٩٢، نجوى أبو الخير، المرجع السابق، ص ٣٥٧.

^{٦٨٧} انظر في شرح هذه المادة : د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ١٠١٦.

ويبدو أن المشرع قد توحى فكرة عالجها النظام المدني، وتتمثل في اعتبار أن مبلغ التعويض في العقد إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود من قبيل الفائدة، والفائدة في المعاملات المدنية غير جائزة، وذلك بخلاف ما هو الحال عليه في المعاملات التجارية.^{٦٨٨} وبالتالي لا يمكن القول بعدم جواز وجود شرط اتفاقي بين المصرف والمشتري على تحديد مبلغ التعويض، على الرغم من أن محل الالتزام هو مبلغ من النقود، على اعتبار أن هذه المعاملة هي من قبيل المعاملات التجارية المصرفية. حيث نصت المادة (٨١) من قانون التجارة البحريني والمعدلة بمرسوم بقانون رقم (٤) لسنة ١٩٩٢ على أنه :

"١- تستحق الفوائد عن التأخير في الوفاء بالديون التجارية بمجرد استحقاقها ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك.

٢- ولا يجوز في أي حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من مبلغ الدين الذي حُصبت عليه الفوائد، وذلك في حالات الديون التي لا تتجاوز فترة سدادها سبع سنوات. وكل اتفاق على خلاف ذلك يعد باطلاً.

٣- ولا يسرى حكم الفقرة (٢) على فوائد الديون التي تُستحق عن المعاملات التي تعقد بالعملة الأجنبية.

٤- وللدائن حق المطالبة بتعويض تكميلي يضاف إلى فوائد التأخير دون حاجة إلى إثبات أن الضرر الذي يجاوز هذه الفوائد قد تسبب فيه المدين بغش أو خطأ جسيم .

ويستفاد من المادة متقدمة الذكر أن الطرف في عقد الاعتماد يستطيع المطالبة بالتعويض عما يلحق به من ضرر دون أن يكون مقيداً بالنصوص المدنية، التي تجعل من التعويض حصراً على ما تم توقعه من ضرر بين المتعاقدين ما لم يرتكب المتعاقد غشاً أو خطأ جسيماً، نظراً للطبيعة التجارية التي تُخلع على هذه العقود.

وتكمن المشكلة الحقيقية في الازدواج الذي ينسحب على صفة المتعاقدين في مجموعة العقود المكونة لعمليات الاعتماد المستندي، حيث أن كثيراً ما يظهر الطرف الواحد ذو حق مزدوج في إقامة دعاوى قضائية قد ينسحب عليها نوعا المسؤولية، على الرغم مما تمّ الانتهاء إليه من أن التعويض في

^{٦٨٨} نصت المادة (٢٢٨/أ) من القانون المدني البحريني على أن : " يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به".

هذا النوع من العقود سوف يشمل المتوقع وغير المتوقع من الضرر. ويمكن السبب الحقيقي وراء هذا الازدواج في طبيعة وتكييف العقد بين المصرف والعميل الأمر، والذي يمكن تلخيصه فيما يلي :

١. إن المصرف عند المطالبة بقيمة ما أداه من قيمة اعتماد، فإنه يستطيع الرجوع بدعوى مسؤولية عقدية في مواجهة المتعاقد إن توافرت شروطها، بينما يقوم بالمطالبة بذات القيمة بموجب دعوى من نوع آخر قد تكون دعوى رد غير المستحق، أو دعوى مسؤولية تقصيرية إن تحققت شروطها، وذلك حين يرتكب المستفيد غشاً أو تزويراً لدى تقديمه المستندات للمصرف.^{٦٨٩}

٢. يرتبط المشتري بدعوى مسؤولية عقدية في مواجهة كل طرف من أطراف هذه المجموعة، وذلك على الرغم من أنه ليس طرفاً في خطاب الاعتماد الموجه من قبل المصرف إلى المستفيد. وقد يفسر مثل هذا الارتباط بأنه نتيجة طبيعية للتضامن بين التجار وفقاً للقواعد التجارية، أو لكون طبيعة هذا الالتزام لا يقبل التجزئة نظراً لعدم قابلية الدين للانقسام وفقاً لقواعد الالتزام المدنية.^{٦٩٠}

٣. ويقوم للمستفيد الحق بالرجوع على كل من المصرف بموجب التعهد غير المشروط الصادر عنه، في الوقت الذي يكون له الحق بالرجوع على المشتري بموجب عقد البيع، لا سيما في الفرض الذي يعتذر فيه التنفيذ عن طريق الاعتماد المستندي. وذلك للتضامن بين كل من المصرف والمشتري بموجب القواعد التجارية، حيث يعدّ كلا منهما مديناً بثن المبيع، بما يجعل من انقضاء التزام أحدهما مفضياً إلى انقضاء التزام الآخر.^{٦٩١}

وينتهي الحال بأن يكون لكل من المتعاقدين الحق في إقامة دعوى قضائية، يكون له الخيار فيها في تحديد نوع المسؤولية التي يؤسس لها عند المطالبة بالتعويض. ورغم القول بأن وجود العقد يحجب المسؤولية التقصيرية، إلا أن هذا الأمر يعني حرمان المتعاقد من التعويض الذي يشمل الضرر غير المتوقع فيما لو كان النص في القانون التجاري لا يشمل مثل هذا التعويض. وعلى الرغم من ذلك، فقد يختلف في تفسير نص المادة (٨١) المشار لها بعاليه. ذلك أن المادة قد تضمنت الحديث

^{٦٨٩} نجوى أبو الخير، المرجع السابق، ص ٣٥٧.

^{٦٩٠} حيث نصت المادة (٧٣) من قانون التجارة البحريني على أن : " الملتمون معا بدين تجاري يكونون متضامين في هذا الدين ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك ".

^{٦٩١} انظر في ذلك :

عن التعويض عن ضرر تكميلي بما يربو على قيمة التعويض الأصلي، فهل يعني أن التعويض عن الضرر الأصلي سوف يكون مقيداً بالقواعد المدنية؟ ويبدو أن الجواب لابد أن يكون بالنفي، لأن التعويض التكميلي ملحق بالأصل الذي يتبعه، وهو ما يترتب عليه أن يكون التعويض الأصلي شاملاً لنوعي الضرر المباشر : المتوقع وغير المتوقع.^{٦٩٢}

ويظهر بذلك أنه من الصعب الفصل بين هذه العقود في هذه المجموعة التعاقدية لا سيما في المسائل المتعلقة بالتعويض؛ بكونه وسيلة الترضية القضائية المقدمة للطرف المضرور. وعلى الرغم من أن البعض قد اعتبر أن الإخلال بالالتزام لا يتعلق بالإرادة كما هو الحال عليه حين تتصرف الإرادة إلى إنشاء الالتزام، لأن الإخلال بالعقد يثير فكرة التعويض،^{٦٩٣} إلا أن دور المسؤولية لا زال فاعلاً لدى تدخل القضاء لجبر الضرر.

ويحدّ دور المصرف على النحو المعترف به اليوم من قدرته على معالجة الكثير من المعوقات العملية والنظرية التي سبق التطرق لها. ذلك أن مبدأ الاستقلال يجعل من المصرف مهتماً بالحصول على قيمة العمولة والفائدة، وهذا قد يكون مقبولاً إلى حدّ ما، إلا أن تكريس مثل هذا الوصف يزيد من صعوبة تدخل المصرف في كثير من الحالات التي تتطلب تدخل المشتري في تنفيذ الالتزام شخصياً، دون أن يقوم بذلك، كالحالة التي سبق ذكرها حين ترد شحنة البضائع باسم المشتري، ويرفض هذا الأخير استلام الشحنة من ميناء التفريغ. فإذا أخطأ المصرف في مطابقة المستندات، فإن المتصور هو عدم إلزام المشتري بقبولها، وعدم إمكانية الرجوع عليه بقيمة الاعتماد، ويظل الحل الوحيد أمام المصرف هو بالرجوع على المستفيد برد ما لم يستحقه من ثمن البضائع.^{٦٩٤}

^{٦٩٢} د. محمد وليد هاشم المصري، المرجع السابق، ص ١٤٥.

^{٦٩٣} د. صبري حمد خاطري، المرجع السابق، ص ٥١.

^{٦٩٤} نجوى أبو الخير، المرجع السابق، ص ٣٥٧.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة لا بد من بيان النتائج الأساسية التي توصلت لها الدراسة، والتوصيات التي انتهت إليها، وذلك وفقاً لما يلي :

أولاً : النتائج :

- يرتبط ظهور مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي بالأعراف المدنية الصارمة التي لا تجيز للغير أن يفاد أو يضار من العقد. وعلى الرغم من أن مبدأ الاستقلال يرقى عملية الاعتماد المستندي، وذلك عن طريق الحدّ من تدخل أي طرف من أطراف هذه العملية في العقود الأخرى التي لا يكون طرفاً فيها، إلا أن هذه الأعراف المدنية لا تتفهم في الغالب الطبيعة التجارية للعقود، والتي قد تتداخل فيما بينها لتمثل مجموعة عقدية يرتبط فيها العقد الواحد ببقية العقود نتيجة لوحدة المحل أو السبب.

- ساهمت الطبيعة الدولية لعمليات الاعتماد المستندي في تكريس دور المصرف بكونه ضامناً لتمام العملية دون أن يكون طرفاً فيها. غير أن الدور المحدود الذي أنيط به لدى شروعه في تنفيذ عقود الاعتماد، بات يمثل تهديداً حقيقياً لفاعلية هذه العملية، لا سيما في ظل غياب الصلاحيات التي أتيحت من حيث الأصل للمشتري بكونه طرفاً في عقد البيع الأصلي.

- إن كافة العقود التي تنشأ عن عملية الاعتماد المستندية، إنما تنشأ بغرض تنفيذ العقد الأصلي، وتكريساً للالتزامات المتقابلة بين البائع والمشتري. وقد ترتبط هذه العقود على أساس السبب إذا ما تخلص عن المفهوم التقليدي لهذا العنصر. وباتباع النظرية القضائية في تحديد السبب بأنه الباعث الرئيسي إلى التعاقد، يسهل الاعتراف بوجود عنصر نفسي يمكن أن يكشف من خلال الوقائع القانونية في عملية الاعتماد المستندي. فلم تعد فكرة السبب مقتصرة على الغرض من التعاقد، بل إن السبب يتجاوز نطاق العقد إلى الرغبة في تنفيذه.

- إن ارتباط عقود الاعتماد المستندي نتيجة ارتباط السبب أو المحل، قد يلاءم القول بوجود تجمع عقدي، وهي الفكرة التي طرحها الفقه الفرنسي كتصور افتراضي للحالة التي ينصرف فيها أثر العقد إلى غير نتيجة ذلك الارتباط.

- إن أي عقد من عقود عملية الاعتماد المستندي، يضحى بمثابة واقعة مادية بالنسبة لباقي أطراف المجموعة. وقد يفاجأ المشتري الذي يبرم عقداً مع كلٍّ من المصرف والبائع، بأن ليس له أن يستند إلى دعوى عقدية حين يتعلق الأمر بخطاب الاعتماد بين المصرف والمستفيد، كما أنه لن يتمكن من الدفع بأي من الدفع المقيضة للبائع في مواجهة المصرف، وسيضطر للاستناد إلى دعوى تقصيرية قد لا تكون محققة القبول بالنظر إلى أنه سيتحمل فيها عبء إثبات الخطأ والضرر، لأنه ليس طرفاً في ذلك العقد.

- إن الممارسة القضائية قد بدأت تسوق مجموعة من الاستثناءات وبشكلٍ مطرد على نحوٍ يؤدي إلى التشكك في فاعلية مبدأ الاستقلال وقدرته على مواكبة التطور الحاصل في العقود التجارية. وبالرغم من معالجة مبدأ الاستقلال فقهيًا وقضائياً إلا أن المعايير التي وُضعت حتى اليوم لم تتمكن من معالجة فكرة الغش بشكلٍ واضح، لذلك فقد ظلت البنوك باعتبارها وسيطاً موثقاً، عاجزة عن تقديم الحماية الكافية للمتعاقدین. ذلك أن هذا المبدأ قد تجاهل الوضع الحقيقي للبيع الدولية، وكان مؤدى ذلك استمرار تدخل المحاكم في تكييف مبدأ الاستقلال.

- لوحظ أن الارتباط بين العقود قد أفضى إلى أن يستفيد الغير من الدفع المقررة للمتعاقدین من حيث الأصل. من ذلك انتفاع البنك من الدفع ببطلان العقد الأساس أو فسخه، أو الشروع في دعوى قضائية لضمان العيوب الخفية. فضلاً عن انتفاع طرفي العقد الأساس بالدفع المقررة للبنك المتمثلة بسوء نية الغير أو التزوير الحاصل في المستندات.

- إن التمييز بين المسؤوليتين في إطار عمليات الاعتماد المستندية قد لا يكون بذى أثر نظراً للطبيعة التجارية لهذه العقود، وهو ما يشير إلى أن القواعد المدنية التي أسست عليها فكرة الاستقلال بين العقود في عمليات الاعتماد المستندي، لا تفضي إلى نتیجتها المرجوة، وهي حماية المتعاقدين وضمان قيمة الاعتماد، فضلاً عن المواءمة مع النسق العام الذي تقوم عليه أدوات التجارة، والتي أسست بدورها على مبادئ الاستقلال الصرفي.

- تتمثل الطريقة المتبعة في معالجة الإخلال بالتزام تعاقدی في عقود الاعتماد المستندي، في طريقتين. تتمثل الأولى في الدفع بعدم التنفيذ، والأخرى هي الطريقة القانونية المتبعة لجبر الضرر والمتمثلة في التعويض. وعلى الرغم من أن الطريقة الأولى، لا تتضمن إنهاءً للمسؤولية أو إعادة للمتعاقدین لما كانا عليه من حال قبل التعاقد، إلا أنها تعتبر وسيلة قانونية تمنع استئناف السير في تنفيذ العقد نظراً لإخفاق المتعاقد الآخر في الوفاء بالتزاماته التعاقدية.

- لوحظ في مواضع عدة، انعدام التوازن العقدي لدى مراجعة حقوق والتزامات أطراف عقد الاعتماد - المشتري والمصرف - و نزعة المشرعين إلى الخروج عن المبادئ العامة في سبيل فرض قيمة معنوية لمبدأ الإستقلال، ومن منطلق حماية الثقة والإئتمان المكرسين في المبادئ التجارية. ويظل السبيل الوحيد للعميل الأمر، أن يقوم برفع دعوى التعويض، والتي لن يطالب فيها بالبضاعة أو بقيمتها، لأنها لم ترد وفقاً للمواصفات والشروط المتفق عليها مع البائع في عقد البيع الأصلي. بل سيضطر إلى رفع دعويين، الأولى في مواجهة المصرف لمخالفته عقد الاعتماد والتعليمات الصادرة عن العميل، والثانية في مواجهة المستفيد، أي البائع في عقد البيع الأصلي، والذي قام باستحصال الثمن دون أن يقوم بتوريد البضاعة المتفق عليها.

ثانياً : التوصيات :

١. إضافة مادة جديدة في قانون التجارة البحريني برقم (٣١٧ مكرر) ويكون نصها كالاتي: "يستثنى من هذا الاستقلال الحالة التي يثبت فيها وقوع تزوير أو غش، ولا يلزم البنك بأداء قيمة الاعتماد إذا أبطل عقد البيع السابق على فتح الاعتماد أو قضي بفسخه، ولا ينفذ الاعتماد إلا باتفاق جديد".

٢. إضافة مادة جديدة جديدة إلى قانون التجارة البحريني برقم (٣١٨ مكرر) ويكون نصها كالاتي: "ويعتبر البنك مسؤولاً أمام عميله الأمر عن تنفيذ عقد الاعتماد باعتباره نائباً في الوفاء بثمر البضاعة، ويلزم البنك بأداء نيابته عن العميل بمقتضى مبادئ حسن النية وشرف التعامل".

٣. إضافة مادة جديدة في قانون التجارة البحريني برقم (٣٢٧) ويكون نصها كالاتي : " لا يلزم العميل الأمر بأداء قيمة الاعتماد إذا تبين أن المستندات غير مطابقة لما جاء في عقد الاعتماد وخطاب تعليماته".

المراجع

أولاً : المراجع العربية :

١. إبراهيم سيد أحمد ورائدا محمد جادو، الالتزامات والعقود التجارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١٠.
٢. إبراهيم سيد أحمد، العقود والشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة الأولى، ١٩٩٩.
٣. أكرم ياملكي، الأوراق التجارية وفقاً لاتفاقيات جنيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقاً للأعراف الدولية، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للتوزيع للنشر، ١٩٩٨.
٤. إلياس حداد، الأوراق التجارية في النظام السعودي، معهد الإدارة العامة، ١٩٩٠.
٥. أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، دار العدالة، ٢٠٠٦.
٦. أنور طلبه، المسؤولية المدنية - الجزء الأول (المسؤولية العقدية)، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
٧. أنور طلبه، المسؤولية المدنية - الجزء الثالث (المسؤولية التقصيرية)، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
٨. أنور طلبه، الوسيط في القانون المدني - الجزء السادس، دار الكتب القانونية، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٦.
٩. أيمن ابراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
١٠. جورجيت صبحي، مبدأ الاستقلال في عمليات الاعتماد المستندي، دار النهضة العربية، جمهورية مصر العربية، ١٩٩٢.
١١. حاتم محمد عبدالرحمن، العمليات المصرفية المستقلة والمشكلات المرتبطة بتنفيذها: دراسة في أثر الغش على استقلال الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٣.

١٢. حسن كيره، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف بالاسكندرية، الطبعة الرابعة، دون تاريخ نشر.
١٣. حسين شحادة الحسين، موقف البنك من المستندات المخالفة في الاعتماد المستندي، الطبعة الأولى، جامعة حلب، ٢٠٠١.
١٤. حسين محمد بيومي علي الشيخ، التكييف الفقهي والقانوني للإعتمادات المستندية - دراسة مقارنة في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٧.
١٥. خالد إبراهيم التلاحمة، الوجيز في القانون التجاري، دار معتز للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن - عمان، ٢٠٠٢.
١٦. خالد أحمد عبدالحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، مكتبة الإشعاع، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٢.
١٧. خالد جمال، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني البحريني - مصادر الإلتزام: دراسة مقارنة، مطبعة جامعة البحرين، الطبعة الثانية، ٢٠٠٢.
١٨. د. صبري حمد خاطر، النظرية العامة للإلتزام - أحكام الإلتزام - دراسة مقارنة في القانون المدني البحريني، مطبعة جامعة البحرين، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦.
١٩. د. صبري حمد خاطري، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية - دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب القانونية و دار شتات للنشر والبرمجيات، ٢٠١٠.
٢٠. د. صبري خاطر، الغير عن العقد - دراسة في النظرية العامة للإلتزامات، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠١.
٢١. د. صبري خاطر، النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام، مطبعة جامعة البحرين، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩.
٢٢. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - حق الملكية، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٤.

٢٣. د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤.
٢٤. د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - العقود التي تقع على الملكية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤.
٢٥. د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤.
٢٦. د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، - الجزء الثالث، الأوصاف - الحوالة - الانقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤.
٢٧. د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤.
٢٨. د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - انقضاء الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة ٢٠٠٤.
٢٩. د. عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد (الجزء الأول)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨.
٣٠. د. عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد (الجزء الثاني)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨.
٣١. د. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية - دراسة للقضاء والفقه المقارن وقواعد ١٩٨٣ الدولية، دار النهضة العربية، جمهورية مصر العربية، ١٩٨٩.
٣٢. د. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المصرفية وضماناتها، دار النهضة العربية، جمهورية مصر العربية، ١٩٩٤.
٣٣. د. علي جمال الدين عوض، الأوراق التجارية - السند الإذني - الكمبيالة - الشيك، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٥.
٣٤. د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، جمهورية مصر العربية، ١٩٨٨.

٣٥. سالم محمد سالم الكواري، قضاء الأمور المستعجلة في ضوء التشريع البحريني، مؤسسة الأيام للصحافة والطباعة والنشر، الطبعة الأولى، مملكة البحرين، ١٩٩٥.
٣٦. سعيد أحمد شعله، قضاء النقض في المواد التجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤.
٣٧. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، معهد البحوث والدراسات العربية، جمهورية مصر العربية، ١٩٧١.
٣٨. سليمان مرقس، الوافي في الالتزامات - أحكام الالتزام، دار الكتب القانونية، ودار المنشورات الحقوقية، الطبعة الثانية، بيروت - لبنان، ١٩٩٢.
٣٩. سليمان مرقس، الوافي في الالتزامات - نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية شتات، الطبعة الرابعة، جمهورية مصر العربية، ١٩٨٧.
٤٠. سمير عبدالله تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٩.
٤١. السيد عبدالوهاب عرفة، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه وقضاء النقض، المكتب الفني للموسوعات القانوني، الجزء الثاني.
٤٢. السيد محمد اليماني، الاعتماد المستندي والطبيعة القانونية للالتزام البنك، أطروحة دكتوراة، جامعة القاهرة، ١٩٧٤.
٤٣. عبدالحميد الشواربي، الأوراق التجارية - المشكلات العملية والدعاوى والدفع، شركة باس للطباعة، ٢٠١٥.
٤٤. عبدالحميد الشواربي، عمليات البنوك في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٦.
٤٥. عبدالرحمن السيد قرمان، عمليات البنوك، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٠.
٤٦. عبدالرزاق صالح سليمان، أثر الغش والتزير على الاعتماد المستندي (دراسة فقهية مقارنة) منشورات مكتب الغريب وشركاؤه للمحاماة، المغرب، ٢٠٠٩.

٤٧. عبدالله بن محمد بن حسن السعيدى، الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة، دار طيبة للنشر والتوزيع، دون سنة نشر.
٤٨. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي: الجزء الأول في مصادر الالتزام - مع المقارنة والموازنة بين الفقه الغربي والفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٩.
٤٩. عبدالمنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية - الجزء الثاني، معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٥٩.
٥٠. عز الدين الديناصورى وعبدالحاميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء - الجزء الأول، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٤.
٥١. عصام حنفي محمود، الأوراق التجارية - الكمبيالة، سند الأمر، الشيك، نسخة إلكترونية، دون سنة نشر.
٥٢. علي الأمير إبراهيم، التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتمادات المستندية في عقود التجارة الدولية ومسؤوليته، دار النهضة العربية، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٤.
٥٣. علي البارودي، العقود التجارية وعمليات البنوك التجارية، بدون ناشر، ١٩٦٨.
٥٤. علي فيصل، مبدأ حجية العقد - دراسة مقارنة، الخليج العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مملكة البحرين، ٢٠١٣.
٥٥. مازن عبدالعزيز فاعور، الاعتماد المستندي والتجارة الإلكترونية في ظل القواعد والأعراف الدولية والتشريع الداخلي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، ٢٠٠٦.
٥٦. محمد ابراهيم دسوقي، التصرفات العقارية غير المسجلة في قانون الشهر العقاري والسجل العيني، ٢٠٠٩.
٥٧. محمد المنجي، دعوى فسخ العقود بسبب إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه، منشأة المعارف بالاسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨.

٥٨. محمد حسين عبدالعال، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير في إطار المجموعات العقدية (دراسة تحليلية في القانون الفرنسي على ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء) ، دار النهضة العربية، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٦.
٥٩. محمد ديب، الاعتماد المستندي - وثيقة الشحن - وثيقة الضمان - عقد النقل البحري، دار الشمال للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٨٠.
٦٠. محمد فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ١٩٩٨.
٦١. محمد وليد المصري، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني، مطبعة جامعة البحرين، الطبعة الاولى، ٢٠٠٦.
٦٢. محمد وليد هاشم المصري، أصول التنفيذ الجبري في التشريع البحريني، مطبعة جامعة البحرين، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥.
٦٣. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨.
٦٤. محيي الدين اسماعيل، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، النسر الذهبي للطباعة، دون سنة نشر.
٦٥. مصطفى كمال طه و وائل أنور بندق، الأوراق التجارية و وسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
٦٦. مصطفى كمال طه، العقود التجارية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
٦٧. مصطفى كمال طه، عمليات البنوك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
٦٨. مصطفى مجدي هرجة، الأوامر على عرائض، دار محمود للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٧.
٦٩. منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد - دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية و دار شتات للنشر والبرمجيات، جمهورية مصر العربية، ٢٠١٠.

٧٠. نجوى أبو الخير، البنك والمصالح المتعارضة في الاعتماد المستندي - دراسة للقضاء والفقهاء المقارن، القاهرة، سنة ١٩٩٣.
٧١. هادير أحمد أسعد، نظرية الغش في العقد، منشورات دارالثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، ٢٠١١.
٧٢. هلالى عبداللاه أحمد، شرح قانون العقوبات البحريني، مطبعة جامعة البحرين، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.
٧٣. وائل حمدي أحمد، حسن النية في البيوع الدولية، دار الفكر والقانون، جمهورية مصر العربية، ٢٠١٠.
٧٤. يوسف الأكيايى و د. طه عبدالمولى، سلسلة الدليل القضائي - الجزء الثامن، وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف ومعهد الدراسات القضائية والقانونية، ٢٠١٢.

ثانياً : المقالات والأبحاث والدوريات :

١. جعفر محمد جواد الفضلي، عقد الإطار - دراسة تحليلية، مقال منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مجلد ٨ ، العدد ٢٨، سنة ٢٠٠٦.
٢. جهاد محمد الجراح ، أثر الغش في العقد الاساسي على التزام البنك بوفاء قيمة الاعتماد المستندي، الجامعة الأردنية، ١٩٩٤.

٣. حمدي محمد مصطفى، الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥: دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد ٥٠، سنة ٢٠١٢.
٤. صالح خليل العقدة، دلال خليل الكخن، عماد زياد رمضان، بحث بعنوان : مخاطر الاعتمادات المستندية على البنوك وأثر تطبيق النشرة ٦٠٠ من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات على تخفيضها ، عن مجلة بحوث جامعة حلب ، العدد لعام ٢٠١٠.
٥. عطية سليمان خليفة و عباس موسى إلياس، عقد الإطار والقانون الواجب التطبيق عليه، مجلة الكوفة للعلوم القانونية، العدد ١٦، سنة ٢٠١٣.
٦. محمد العبابنة، معيار المطابقة الظاهرية لوثائق الاعتماد المستندي على ضوء نشرة الأعراف الموحدة UCP600، مجلة الحقوق - جامعة البحرين، العدد ١٨٤
٧. محمد حسين عبدالعال ، إبرام العقد تطبيقاً لعقد آخر في ظل فكرة اتفاق الإطار، بحث منشور بمجلة كلية الحقوق ، مطبعة جامعة البحرين، المجلد الثالث - الجزء الأول ، ٢٠٠٦.

ثالثاً : الرسائل العلمية :

١. دقايشية إكرام، الرجوع الصرفي في السفتجة، رسالة ماجستير لدى جامعة الجزائر، سنة ٢٠١٢.
٢. سماح يوسف إسماعيل السعيد، العلاقة التعاقدية بين أطراف عقد الاعتماد، رسالة ماجستير مقدمة لدى جامعة النجاح الوطنية ، سنة ٢٠٠٧ .
٣. سناء السيد باقر مهدي، ازدواج المسؤولية المدنية : دراسة مقارنة، أطروحة ماجستير مقدمة لدى كلية الحقوق بجامعة البحرين، ٢٠١٥.
٤. عركات يسمينة لعريبي، النظام القانوني لعقد الوكالة بالعمولة، رسالة ماجستير مقدمة لدى جامعة أكلي محند أولحاج - البويرة، سنة ٢٠١٥.
٥. ليلي بعتاش ، أثر الغش في عقد الأساس على تنفيذ الاعتماد المستندي ، رسالة دكتوراة لدى جامعة الحاج لخضر - الجزائر ٢٠١٤.

رابعاً : القوانين والتشريعات :

١. قانون الإثبات البحريني (١٤ لسنة ١٩٩٦).
٢. قانون التجارة البحريني (١٧ لسنة ١٩٨٧).
٣. قانون التحكيم البحريني (٩ لسنة ٢٠١٥).
٤. قانون العقوبات البحريني (١٥ لسنة ١٩٧٦).
٥. قانون المدني البحريني (١٩ لسنة ٢٠٠١).
٦. القانون المدني المصري (١٣١ لسنة ١٩٤٨).
٧. قانون المرافعات البحريني (١٢ لسنة ١٩٧١).
٨. قانون الوكالات التجارية البحريني (٢٣ لسنة ١٩٧٥).

خامساً : الأحكام القضائية :

١. مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز البحرينية، ١٩٩٨، السنة (٩).
٢. مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز البحرينية، ٢٠٠٢، السنة (١٣).
٣. مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز البحرينية، ٢٠٠٣، السنة (١٤).
٤. مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز البحرينية، ٢٠٠٤، السنة (١٥).
٥. مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز البحرينية، ٢٠٠٦، السنة (١٧).
٦. مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز البحرينية، ٢٠٠٧، السنة (١٨).
٧. حكم صادر عن غرفة البحرين لتسوية المنازعات التجارية، في الدعوى رقم ٢٠١٠/١٢، غير منشور.
٨. حكم صادر في الدعوى رقم ٢٧٩ لسنة ٢٠١٤ والصادر بجلسة ٢٠١٧/٢/٦، غير منشور.
٩. الدعوى الدستورية رقم (ح/٢/٢٠١٠) الصادر حكمها بتاريخ ٢٠١٢/٥/٣٠.
١٠. وزارة العدل المصرية، قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية

WW.ARABLEGALPORTAL.ORG

سادساً : المراجع الأجنبية:

1. Agasha Mugasha, The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees, Federation Press, 2003.
2. Akhileshwar Patak, (2013) Legal Aspects of Business (5th edition), McGraw Hill Education, India.
3. Alessandro Stasi, Elements of Thai Civil Law, (2015), Published by Brill Nijhoff, Lieden & Boston.
4. Alphonse M. Squillante, Unconsionability: French, German, Anglo-American Application, 34 Albany Law Review 301 (1969-1970).
5. Brooke Wunnicke, Paul S. Turne, Standby and Commercial Letters of Credit, 3rd edition, (2016), Aspen Law & Business, Walter Clowers, New York
6. Charles Mitchell, Paul Mitchell, (2008), Landmark Cases in the Law of Contract, published by Hart Publishing, Oxford & Portland
7. Chumah Amaefule, the Exception of the Principle of Autonomy of Documentary Credit, A thesis at University of Birmingham for the degree of a doctor of philosophy
8. Chung-Hish Hsu, the independence of demand guarantees performance bonds and standby letters of credit, Published Article - without resource.
9. Clarke. M. A., A. Hooley. R. J, Munday. R. J. C, Tettenborn. A. M, Sealy L. S, & Turner P.G. (2016), Commercial Law: Text, Cases, and Materials Oxford University Press, UK.
10. Clive M. Schmitthoff, the Transferable Credit, JOURNAL OF BUSINESS LAW, 1988.
11. Clive Maximilian Schmitthoff, Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law, edited by Chia-Jui Cheng, (1988), published by Martinus Nijhoff (Dordrecht-The Neatherland) and Graham & Trtnam, (London- Uk).
12. Cornelio (Onnie) A. Sumangil Keys to Understanding Documentary Letters of Credit, (2014), Lulu publication service
13. David Warne & Nicholas Elliott (editors), (2005), Banking Litigation, published by Thomsom (Sweet & Maxwell), London.
14. Dixon William, As good as cash? The diminution of the Autonomy Principle, AUSTRALIA BUSINESS LAW REVIEW (32).
15. Dixon Williams M, As good as cash? The diminution of the autonomy principle, Australian Business Law Review.

16. Eric Baskind, Greg Osborne & Lee Roach, (2013), Commercial Law, Oxford University Pressm UK,
17. Eric Baskind, Greg Osborne& Lee Roach, (2016), Commercial Law, (2nd edition). Oxford University Press, UK.
18. Flip De LY, The UN Convention on Independent Guarantees and Standby Letter of Credit and Demand Guaranty, 26 Dickinson Law Review 26 (2001-2002).
19. Gaelle Eloy, Letter of Credit: Under Which Circumstances May Bank Withhold Payment? A Thesis for Master Degree at Gent University, 2012.
20. Hisham Baban, Principles of Commercial Law, 1st edition, (2015), University of Bahrain, College of Law,
21. Husam M.S Botosh, Strikning the Balance Between the Considerations of Certanity and Fairness in the Law Governing Letter of Credit, Muta'a University.
22. J. White & R. Summers, Uniform Commercial Code 19-1 (3d ed. 1988).
23. James E. Byrne, Contracting out of Revised UCC Article 5 (Letters of Credit), 40 Loy. L.A. L. Rev. 297 (2006).
24. James M. Klotz International Sales Agreements: An Annotated Drafting and Negotiating Guide, (2008), Klouwer Law International, Neatherlands.
25. James White, Robert Summer (2000,) White and Summers' Uniform Commercial Code, 6th edition, (Hornbook Series), published by West Thomson business, USA.
26. Joseph Nowbiki, Mareva Injunction as a Toll for Debt Recovery, online research.
27. Julian Cooke, Tim Young, Michael Ashcroft, Andrew Taylor, John Kimball, David Martowski, LeRoy Lambert & Michael Sturley, (2014), 4th edition, Voyage Charters, Informal law from Routledge New York.
28. Kameran Al- Salihi, Commercial Law of Bahrain (2006), University of Bahrain.
29. Kim Sindber, (2016), From A to UCP: Key Documentary Credit concepts explained, published by Books in Demand, GMBH, Copenhagen –Denmark & Norderstedt- Germany.
30. Lionard Berkowitz, (editor), 1980, Advances in Experimental Social Psychology, Volume 13, Acadmic Press INC, New York & London.

31. Lu Lu, The Exeptions in Documentary Credit in English Law, A thesis submittd to the University of Plymouth in partial fulfillment for the degree of Doctor of Philosophy, January 2011.
32. M. Kurkela, The Liability of Banks Under Letters of Credit, The Union of Finnish Lawyers Publishing Company Ltd; Finland: 1982.
33. Matthias Herdegen, (2013), Principles of International Economic Law, Oxford University Press, UK.
34. McLaughlin, GeraldT., Letters of Credit and Illegal Contract: The Limits of Independence Principle, Ohio State Law Journal, vol. 49, no. 5 (1989).
35. Mclaughlin, Recent Developments in Standby Letters of Credit, in Legal Issues in Bank Ledding, November 16-17, 1987.
36. Michael Joachim Bonell, Olaf Meyer, (editor), The Impact of Corruption on International Commercial Contracts, (2015), Springer publications, Switzerland.
37. Nevin Meral, The Fraud Exeption in Documentary Credits: a global analysis, Ankara Bar Review (2012).
38. Nicholas Kouladis, (2006), Principles of Law Relating to International Trade, published by Springer, USA.
39. Olex Focus Pty Ltd Skodaexport Co Ltd (1996) VIC LEXIS 1245.
40. Peter Moles & Nicholas Terr, (2002), The Handbook of International Financial Terms, Oxford University Press, Oxford, UK.
41. Philip R. Wood, Comparative Law of Security Interests and Title Finance, (Volume 2), 2nd edition (2007), Sweet & Maxwell, London.
42. Philippe De Smedit, First Demand Guarantees in Belgian Law, 2 International Financial Law Review 20 (1983).
43. Richard Hooley, Fraud and Letters of Credit: is there a Nullity Exception? 61 CAMBRIDGE L.J. 279 (2002).
44. Richard Stone, The Modern Law of Contract, 6th edition (2005), Canandish Publicatios, London & Sedny.
45. Roberto Luis, The Autonomy Principle of Letters of Credit, an Article published in the Mexican Review Law Magazine.
46. Robin Burnett & Vivienne Bath. Law of International Business in Australasia, (2009), the Federation Press, Austrelia.
47. Roeland I. V. F. Bertrams, (2004), Bank Guarantees in International Trade, published by Kluwer International, Netherlands.

48. Ross P. Buckley and Xiang Gao, The Development of the Fraud Rule in Letter of Credit Law: The Journey So Far and the Road Ahead, An Article Published online.
49. Schmittoff, The Concept of Economic Law in England, Journal of Business Law (1966) 309
50. Stephano Ferrero, Some Consideration on the Doctrine of Strict Compliance and the Autonomy Principle in Documentary Credit, an article published in Business Jus Magazine, Cambia.
51. Suisse Atlantique Societe D'Armement Maritime S.A.v.N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale (1967) A.C. 361.
52. Xiang Gao, (2002,) The Fraud Rule in the Law of Letters of Credit: A Comparative Study, published by Kluwer International, Hague, London & New York.
53. Yan Hao, Risks Analysis of Letter of Credit - Based on Principle of Independence and Strict Compliance, an article published in International Journal of Business and Social Science.
54. Zhixiong Liao, The Illegality Exception Reconsidered, For the Conference on International Trade and Business Law, Faculty of Law - University of Waikato, New Zealand.

Abstract

The subject of this thesis examines the autonomy principle in a letter of credit transaction and clarify whether the party may benefit from other contracts in this transaction, due to the fact that the autonomy principle has been probably derived from the principle of relativity of the contract which does not fit the commercial contracts.

The purpose of the thesis is to understand the legal effects of the autonomy principle in letter of credit. Thus, it was divided into two chapters. The first chapter clarifies the autonomy principle, in which it elaborates the group of contracts in this transaction and distinguish the principle from other similar principles, as well as, presenting the importance of it and the difficulties thereof. The first chapter further tackles the exceptions that have been established by wide range of Courts and legislators.

The second chapter in this thesis dealt with the legal effects of the autonomy principle, in which the researcher observed the duplication in the parties' responsibilities, due to the multiplicity in the relationships in this transaction. The second part in this chapter examined the legal bases to compensate the damages caused by one party to another.

It is to be noted that this thesis presents the autonomy principle and the relationship between the parties of a letter of credit transaction from new perspective, as it concentrates on the practical issues in this transaction more than the theoretical side of it.

University of Bahrain

Collage of Law

Private Law Department



**The Extent of the Interconnection Between Contracts in Letter
of Credit Transactions**

(A Comparative Study in Bahraini and Comparative Law)

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Master
Degree in Private Law**

Submitted by

Noor Abbas Al Rayes

20062625

Supervised by

Dr. Salem Ghomaidh

May 2017

University of Bahrain

Collage of Law



Private Law Department

**The Extent of the Interconnection Between Contracts in Letter
of Credit Transactions**

(A Comparative Study in Bahraini and Comparative Law)

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Master
Degree in Private Law**

Submitted by

Noor Abbas Al Rayes

20062625

Supervised by

Dr. Salem Ghomaidh

May 2017