القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي

The law applicable to L / C

د.عطيه سليمان خليفه

Dr.atyah Suleiman khaleefa

مدرس القانون الخاص الجامعة التقنية الشماليه/المعهد التقني الحويجة

Lecturer of the private Law-Northern Technical University / Hawijah Technical Institute

atiasuleiman@yahoo.com

الملخص

سلطت الدراسة الضوء على اهم وسيلة يتم بها دفع المبالغ النقدية الى بائع البضاعة عن طريق وسيط يتمثل بالمصرف مصدر الاعتماد بناء على طلب الامر بفتح الاعتماد ، وعالجت الدراسة مشكلة القانون الواجب التطبيق عندما تتوزع عناصر العلاقة القانونية في اكثر من دولة ، حيث ان عقد الاعتماد غالبا ما تتوزع عناصره في اكثر من دولة واحده ، كما اوضحت الدراسة الخصوصية التي يتمتع بها عقد الاعتماد المستندي واثر تلك الخصوصية على القانون الواجب التطبيق ، حيث انه من ضمن العقود التي تمس اقتصاد الدولة لما له من اثر على السياسة النقدية داخل الدولة ، كما بينت الدراسة القانون الواجب التطبيق على مستندات الاعتماد المستندي ، وحالة تطبيق قاعدة الاسناد المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية في مجال الاعتماد المستندي في بعض الفروض اوضحتها الدراسة. وعلى هذا الاساس تم تقسيم البحث الى ثلاث مباحث تناول الاول ماهية عقد الاعتماد وضابط الاسناد فيه ، وتناول الثاني الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد المستندي ، وتناول الثالث القانون الواجب التطبيق على عقد الاعتماد المستندي ، وتم ختم الدراسة بخاتمة تضمنت اهم النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها.

الكلمات المفتاحية:- الاعتماد المستندي، مصدر الاعتماد ، الامر ، المسؤولية المدنية.

Abstract

The study shed light on the most important means by which cash payments to the seller of goods through the intermediary is represented by the bank source of credit at the request of the order to open the credit, and the study addressed the problem of law applicable when the elements of legal relationship are distributed in more than one country, where the contract of credit The study showed the privacy of the documentary credit contract and its impact on the applicable law, as it is one of the contracts that affect the economy of the state because of its impact on monetary policy within the state. Applicable to the letter of credit documents, and the status of attribution rule relating to tort liability in the field of documentary credit in some of the assumptions I've applied the study. On this basis, the research was divided into three sections, the first dealt with what is the accreditation contract and its support officer, the second dealt with the legal nature of the documentary credit contract, and the third dealt with the law applicable to the documentary credit contract.The study was concluded with a conclusion containing the most important findings and recommendations we have reached.

Keywords: - Documentary Credit, Source of Credit, Order, Civil Liability.

المقدمة

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده وبعد :

الاعتماد المستندي هو وسيلة لدفع مبلغ الاعتماد الى بائع البضاعة او المستفيد من قبل البنك المصدر للاعتماد استنادا الى طلب الامر بفتح الاعتماد . ان هذه العملية في اغلب الاحيان تضم في كنفها جملة من العناصر تتوزع في بلدان مختلفة تختلف في انظمتها القانونية ، وهنا تنشأ مشكلة عن القانون الذي يحكم هذا العقد وبالتالي يجب البحث عن الروابط ذات الصلة بالعلاقة لتحديد القانون الواجب التطبيق عليه مع مراعاة المصلحة العامة بهذا الشأن.

اولا-اسباب اختيار الموضوع

١- توضيح الاهمية القانونية لعقد الاعتماد المستندي واثره على السياسة النقدية للدولة.

٢- ان عقد الاعتماد المستندي عقد يؤثر على حجم العملة داخل الدولة وبالتالي على الاقتصاد المحلي وعليه يجب البحث عن قاعدة اسناد تتناسب مع اثر هذا العقد على الدولة .

٣- ان المشرع العراقي وضع قاعدة اسناد عامة لتطبق على جميع العقود على حد سواء ولم يستثني من العقود تلك التي تمس اقتصاداها بقواعد خاصة.

٤- ان عقد الاعتماد المستندي قد تسري عليه اكثر من قاعدة اسناد حيث انه يضم في كنفه جملة من المستمسكات كما قد تنشأ مسؤولية خارج النطاق العقدي في مجال الاعتماد المستندي.

ثانيا- نطاق البحث

يستهدف هذا البحث دراسة عقد الاعتماد المستندي وجميع ما يتفرع عنه من ناحية القانون الواجب التطبيق عليه وعلى المسائل الجارية خارج النطاق العقدي ، وسنذكر الخصوصية التي يتميز بها هذا العقد في كل مناسبة .

ثالثا - خطة البحث

سنقسم هذا البحث الى الاتي :

I. ماهية عقد الاعتماد المستندي وضوابط الاسناد فيه.

II. الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد المستندي(التكييف)

III. القانون الواجب التطبيق على عقد الاعتماد المستندي والمسائل المتعلقه به.

I.المبحث الاول

ماهية عقد الاعتماد المستندي وضابط الاسناد فيه

سوف نقسم هذا المبحث الى قسمين نتناول في الاول تعريف الاعتماد المستندي ونتناول في الثاني ضابط الاسناد فيه وعلى النحو الاتي:

I.أ.المطلب الاول

تعريف الاعتماد المستندي

لا يوجد هناك تعريف جامع مانع لعقد الاعتماد المستندي حيث اختلف الفقه وقوانين الدول المختلفة في هذا التعريف ، فعرفه جانب من الفقه بانه تعهد صادر من البنك بناء على طلب العميل لصالح المستفيد يلتزم البنك بمقتضاه بدفع او قبول كمبيالات مسحوبة عليه من هذا المستفيد ، وذلك بشروط معينة واردة في العقد ومضمون

برهن حيازي على المستندات الممثلة للبضاعة[١] . كما عرفه جانب اخر من الفقه بانه (الاعتماد الذي يفتحه البنك بناء على طلب شخص اخر يسمى الامر ايا كانت طريقة تنفيذه سواء كانت بقبول الكمبيالة او بخصمها او بدفع مبلغ لصالح عميل لهذا الامر ، ومضمون بحيازة المستندات الممثلة لبضاعة في الطريق او معدة للارسال)[٢] ، وجاء في تعريفه ايضا بانه (عقد بين البنك وعميله (الامر) يلزم البنك باصدار خطاب الى شخص ثالث (المستفيد) يلتزم فيه البنك التزاما مستقلا بأن يدفع او يقبل خلال اجل معين الشيكات او الكمبيالات التي يسحبها عليه المستفيد في حدود مبلغ معين مقترنه بمستندات تمثل بضاعة منقولة او معدة للنقل ، يحتفظ بحيازتها على سبيل الضمان)[٣].

كما عرفت التشريعات المختلفة عقد الاعتماد المستندي فقد عرفه المشرع العراقي في قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ في المادة ١/٢٧٣ بانه (عقد يتعهد المصرف بمقتضاه بفتح اعتماد لصالح المستفيد بناء على طلب الامر بفتح الاعتماد ، بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة او معدة للنقل) وعرفه قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ في المادة ١/٣٤١ على انه (عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب احد عملائه (ويسمى الامر) لصالح شخص اخر (ويسمى المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة او معدة للنقل) كما نص قانون المعاملات التجارية الاتحادي لدولة الامارات في المادة ٤٢٠ على انه (عقد يلتزم المصرف بمقتضاه بأن يضع تحت تصرف العميل مبلغا معينا من النقود يكون للعميل حق صرفه دفعة واحدة او على دفعات).

---

[١] علي البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجارية ،(الاسكندرية: منشأة المعارف ، ١٩٦٨)، ص٣٧٢.

[٢] علي جمال الدين عوض ، الاعتمادات المستندية (دراسة للقضاء والفقه المقارن وقواعده الدولية) ،(بيروت: دار النهضة العربية ، ١٩٩٣)، ص١٤.

[٣] جورجيت صبحي قليني ، مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي ،(القاهرة: دار النهظة العربية ، ١٩٩٢)، ص١٤-١٥.

ومما يلاحظ على ما اوردناه من تعاريف ساقها الفقه ومشرعوا الدول المختلفة انها جميعا تدور حول محور واحد وهو ان الاعتماد المستندي هو عقد يقوم بمقتضاه المصرف بفتح اعتماد لمصلحة المستفيد بناء على طلب الامر بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة او معدة للنقل .

I.ب . المطلب الثاني

ضابط الاسناد في الاعتماد المستندي

ضوابط الاسناد تعتمد على مدى تكييف عقد الاعتماد المستندي بكونه عقد كسائر العقود ، ام ان له خصوصية يختلف فيها عن سائر العقود ، فاذا تم تكييفه بانه عقد كسائر العقود ، معنى ذلك سريان قاعدة الاسناد المتعلقة بالعقود والواردة بنص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا ، فاذا اختلفا ، يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه) ، معنى ذلك ان المشرع العراقي قد وضع ضابطين اسناد اصليين وهما الارادة الصريحة والضمنية في اختيار القانون الواجب التطبيق ، كما وضع ضابطين احتياطيين للاسناد يتمثلان بقانون الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا وفي حالة اختلاف موطنهما فيسري قانون الدولة التي تم فيها العقد . جدير بالذكر انه لا تثير مسالة اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الاطراف بشكل صريح أي مشكلة حيث ان الاطراف اختاروا القانون الواجب التطبيق على عقدهم ليطبق القاضي هذا القانون [٤] ، الا ان المشكلة تثور في حالة الاختيار الضمني اذ يقع على القاضي استخلاص الارادة الضمنية من ظروف الحال

[٤] د.عكاشه محمد عبد العال ، قانون العمليات المصرفية ،(دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٤)، ص١١١ .جمال محمود كردي ،تنازع القوانين،(القاهرة: دار النهضه العربية ، ٢٠٠٥)،ص٤٩٠.

وذلك بالاعتماد على القرائن للكشف عما توجهت اليه الارادة [٥] . اما في حالة انعدام الاختيار الصريح او الضمني فيتم تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين في حالة اتحادهما موطنا ، ويرجع القاضي في تحديد الموطن المشترك الى الوقت الذي تم فيه ابرام العقد وليس الى وقت تنفيذه او وقت المنازعة فيه [٦] ، اما في حالة انعدام الاتفاق الصريح او الضمني واختلاف اطراف العقد في الموطن فيطبق قانون محل ابرام العقد[٧].

الا ان تلك الضوابط حسب رؤيتنا لا يمكن الاخذ بها في مجال الاعتماد المستندي وذلك للخصوصية التي يتمتع بها هذا العقد ، حيث انه عقد يرتبط بمصالح الدولة الاقتصادية وتحديد سياستها النقدية وتحديد حجم العملة الاجنبية داخل الدولة ، وبالتالي فأن ضابط الاسناد الوحيد في مجال القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي هو موطن المصرف مصدر الاعتماد . اما اذا كان طرف العلاقة مصرف اجنبي وكان قانونه يتعارض مع النظام العام المصرفي لقانون القاضي المعروض عليه النزاع فيستبعد قانون المصرف الاجنبي ويطبق قانون القاضي.

II.المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد المستندي(التكييف)

ان التكييف هو وصف العلاقة القانونية وبالتالي معرفة القانون الواجب التطبيق عليها استنادا الى هذا الوصف ومن بين العقود التي اختلف الفقه القانوني في وصفها القانوني عقد الاعتماد المستندي ولقد اختلف الفقه في التكييف القانوني للاعتماد

---

[٥] د. احمد عبد الكريم سلامه ، القانون الدولي الخاص الاماراتي ، ط١،(مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة ، ٢٠٠٢)،ص٣٨٢.د.عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص المصري (تنازع القوانين)،(مكتبة النهضة المصرية)،ص٣٣١.

[٦] د.باسم سعيد يونس ،"القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي" ،(اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة الموصل ، ١٩٩٨)، ص١٩٦

[٧] ينظر حول نشأة قاعدة الاخذ بقانون محل الابرام ومبررات الاخذ بها د. منير عبد الحميد ، ص٩٢ و د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، ص٤١٩

المستندي ولما كان الاعتماد المستندي يحتوي على ثلاثة اشخاص وهم العميل الامر والمصرف والمستفيد ، لذا ذهب الفقه الى ارجاعه الى احدى النظمة القانونية التي تفترض وجود ثلاث اشخاص واهم ما قيل بهذا الصدد على النحو الاتي:-

اولا- نظرية الكفالة:- ذهب جانب من الفقه الى ان التزام المصرف تجاه المستفيد استنادا الى خطاب الاعتماد الصادر منه يجد اساسه في عقد الكفالة فالمصرف هنا يعتبر بمثابة الكفيل عن المشتري في التزامه تجاه البائع (المستفيد) ويقع عليه دفع الثمن ففي حالة قيام البائع بتقديم مستندات البضاعة مطابقة لما هو موجود في الاعتماد يقع على المصرف في هذه الحالة التزام دفع مبلغ الاعتماد وليس للمصرف ان يتنصل من التزامه تجاه البائع حتى وان لم يقم العميل الامر بالايفاء بالتزامه تجاه المصرف ، كما لا يستطيع المصرف بعد دفع قيمة الاعتماد الرجوع الى المستفيد باي حال من الاحوال حتى وان تعذر عليه تحصيل مبلغ الاعتماد بسبب افلاس المشتري او لاي سبب اخر [٨] ، الا ان هذه النظرية تعرضت للنقد اللاذع حيث ان هناك فرق شاسع بين عقد الكفالة والاعتماد المستندي ولا يمكن قياس هذا الاخير على عقد الكفالة بأي حال من الاحوال وعلى النحو الاتي:-

١- من حيث الاطراف :- فأطراف الكفالة هما الكفيل من جهه والدائن من جهه اخرى ، اما في الاعتماد المستندي فالاطراف هم المصرف والعميل الامر ، حيث عنطريق العقد المبرم بينهما ينشأ حق الدائن (البائع) ولا يعتبر هذا الاخير طرفا في عقد الاعتماد ، اما المدين في عقد الكفالة فقد يصير طرفا في العقد احيانا ، وعليه فان اطراف عقد الكفالة هما الكفيل والدائن اما الطراف الاعتماد المستندي فهما المصرف والمدين (العميل الامر)[٩] .

---

[٨] علي جمال الدين عوض ، (القاهرة : دار النهضة العربية ، ١٩٩٤)، ص٥٤٢.

[٩] بختيار صابر بايز حسن ،" مسؤولية المصرف في الاعتماد المستندي والمخاطر التي تواجهه (دراسة تحليلية)" ، (اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة الموصل ،١٩٩٧)،ص ٥٦

٢- من حيث الضمان :- لايمكن القول باي حال من الاحوال ان المصرف في الاعتماد المستندي كفيل ضامن عن المشتري (العميل الامر) حيث ان ذلك يتعارض مع مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي ، حيث ان المصرف ملتزم بشكل مباشر ومستقل تجاه المستفيد ، ولا يتوقف التزامه هذا على مدى تنفيذ المشتري لالتزامه تجاه المصرف من عدمه .

٣- من حيث حق التجريد :- حيث يستطيع الكفيل في عقد الكفالة وعند مطالبته بدفع الدين المكفول ب هان يطلب الرجوع على المدين الاصلي اولا قبل الرجوع عليه ، اما في الاعتماد المستندي فلا يستطيع المصرف ان يطلب من المستفيد عند رجوعه عليه بأن يرجع مسبقا الى العميل الامر لان ذلك يتعارض ومبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي .

٤- يلتزم الكفيل بضرورة توجيه اخطار الى المدين الاصلي قبل قيامه بالوفاء بدين الدائن [١٠]اما في الاعتماد المستندي فلا ضرورة لمثل هذا الاخطار ، فلا يقع على المصرف اخطار العميل الامر قبل الوفاء للمستفيد (البائع).

٥- ولكل ما تقدم لا يمكن القبول بنظرية الكفالة اساسا للأعتماد المستندي وبالتالي لتحديد القانون الواجب التطبيق عليه.

ثانيا – نظرية الاشتراط لمصلحة الغير :- ويذهب جانب اخر من الفقه الى ارجاع الاعتماد المستندي الى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، فلمصرف يقابل المتعهد في الاشتراط والمستفيد يقابل المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير. ، وهناك رابطة قانونية بين ثلاثة اشخاص هم المعهد(المصرف) والمنتفع (المستفيد – البائع) والامر (المشترط)ففي الاشتراط لمصلحة الغير يتعاقد المشترط مع المتعهد وينشأ عن هذا التعاقد حقا مباشرا للمنتفع في مواجهة المتعهد وأن لم يكن طرفا في عقد الاشتراط ، كما هو الحال في عقد الاعتماد المستندي حيث يتعاقد العميل الامر

[١٠] المادة ١٠٢٥من القانون المدني العراقي .

مع المصرف لينشأ حقا مباشرا للمستفيد في مواجهة المصرف مصدر الاعتماد ، فالحق الناشيء للمستفيد في الاعتماد والمنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير يكتسباه مباشرة من العقد المنشيء له دون المرور في ذمة العميل الامر والمشترط في عقد الاشتراط .

مع التأييد الكبير الذي نالته هذه النظرية الا انها تعرضت للنقد اللاذع من الجوانب الاتية :

١- من ناحية الدفوع :- يجوز للمتعهد ان يواجه المنتفع بجميع الدفوع التي كان يستطيع ان يواجه بها المشترط ، لفه الدفع بفسخ العقد او بطلانه وبذلك يتخلص من التزامه تجاه المنتفع ، ولا يجوز للمصرف في الاعتماد المستندي ان يدفع تجاه المستفيد بالدفوع التي كان له التمسك بها تجاه العميل الامر ، لان ذلك يتعارض مع مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي .

٢- من حيث نشوء الحق :- في الاعتماد المستندي ينشأ حق المستفيد من تاريخ تبلغه بخطاب الاعتماد وعدم اعتراضه عليه فأذا قبل الاشتراط فأن حقه يصبح باتا من تاريخ القبول.

٣- من حيث الالتزام :-لا توجد أي التزامات على المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير حيث انه ينشأ له حق مباشر قبل المشترط دون ان يقوم بأي التزامات ، اما في الاعتماد المستندي فأن المستفيد يلتزم بتقديم المستندات وان تكون مطابقة لشروط فتح الاعتماد.

٤- من حيث علاقة المديونية :- في الاشتراط لمصلحة الغير هناك علاقة مديونية بين المتعهد والمشترط وعلى اثر تلك العلاقة يلتزم المتعهد بتنفيذ بنود العقد المبرم لمصلحة المنتفع ، اما في الاعتماد المستندي فلا توجد علاقة مديونية بين العميل الامر والمصرف فاتح الاعتماد ، فلاعتماد هو احد التسهيلات

الائتمانية التي يقدمها المصرف لعملائه، وعليه فأن العميل الامر هو المدين للمصرف بما يدفعه للمستفيد من مبالغ .

٥- من حيث الاطراف :- من الواجب لنشوء الاعتماد ان يكون هناك اطراف ثلاثة عند ابرام العقد وهم العميل الامر والمصرف والمستفيد ، ولا وجود لهذا الشرط في الاشتراط لمصلحة الغير ، حيث لا يشترط وجود المنتفع عند ابرام عقد الاشتراط فقد يكون المنتفع شخصا مستقبلا.

يضاف الى ما ذكرناه ان نظرية الاشتراط نفسها تحتاج الى اساس قانوني لحق المنتفع قبل المتعهد وهناك عدة مذاهب قيلت بهذا الصدد لسنا بصدد ذكرها في هذا المقام [١١].

ثالثا – نظرية الوكالة :- يذهب جانب من الفقه الى القول بنظرية الوكالة ، فالعميل الامر هو الموكل والمصرف هو الوكيل حيث ان العميل الامر يوكل المصرف في دفع ثمن البضاعة الى المستفيد . الا ان هذه النظرية تعرضت للنقد اللادع من الجوانب الاتية :-

١- عقد الوكالة يسمح للوكيل ان يتمسك تجاه المستفيد بالدفوع التي كان له ان يتمسك بها تجاه الموكل ، وهذا الامر يتعارض مع مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي كما اسلفنا .

٢- ان عقد الوكالة يقوم على الاعتبار الشخصي بين طرفي العقد الوكيل والموكل ، وبذلك فعقد الوكالة ينتهي بوفاة احد اطرافه او فقد اهليته ([١٢]) ، اما في الاعتماد المستندي فلا ينقضي التزام المصرف تجاه المستفيد بموت العميل او فقده للاهلية فهو التزام مستقل عن علاقة المصرف بالمستفيد.

---

[١١] لمعرفة تلك النظريات والترجيح ينظر :بدر محمد اكرم ، العقود التجارية في القانون المصري (تاصيل وتحليل) ،ط٢،(القاهرة: مكتبة النهضة العربية ، ١٩٩٥)،ص١٢٢.

[١٢] ينظر المادة ٩٤٦ من القانون المدني العراقي .

٣- في عقد الوكالة الوكيل يتصرف باسم الموكل ولحسابه الخاص الا ان الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد تذهب في ذمة الموكل مباشرة ، اما في الاعتماد المستندي فالمصرف يتعامل باسمه الخاص ويكون مسؤول بشكل مستقل .

٤- في عقد الوكالة يجوز للوكيل ان يفسخ العقد في حالة اخلال الموكل بالتزاماته ، وللموكل عزل الوكيل او انهاء الوكالة بارادته المنفردة ، اما في الاعتماد المستندي البات (غير القابل للألغاء) فلا يجوز للمصرف الغائه الا بموافقة جميع الاطراف والتزامه مستقل ومباشر تجاه المستفيد .

نخلص مما تقدم الى انه لا يمكن تأسيس عقد الاعتماد المستندي على نظرية الوكالة وبذلك لايمكن القول بسريان القانون الواجب التطبيق على عقد الوكالة على عقد الاعتماد المستندي .

رابعا- نظرية الانابة في الوفاء :- ذهب جانب رابع في الفقه الى تأسيس عقد الاعتماد المستندي على نظرية الانابة في الوفاء ، اذ ان العميل الامر ينيب المصرف بأن يدفع ثمن البضاعة للمناب لديه وهو المستفيد ، واستند اصحاب هذا الرأي انه في الاعتماد المستندي توجد علاقة سابقة على عقد الاعتماد وهو عقد البيع ، كما هو الحال في الانابة ، اذ توجد علاقة سابقة على الانابة بين المنيب والمناب لديه يضاف الى ذلك فأن الانابة الناقصة تتفق مع مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي فهي تفسر استقلالية التزام المصرف تجاه المستفيد أي ان العميل الامر يبقى مدينا بثمن البضاعة تجاه المستفيد (البائع)الى جانب التزام المصرف بدفع مبلغ الاعتماد تنفيذا لبنود عقد الاعتماد.

الا ان هذه النظرية تعرضت للنقد من عدة وجوه وعلى النحو الاتي:-

١- في الانابة الكاملة يتحلل المنيب من جميع التزاماته تجاه المناب لديه عند قبول الاخير له وعند تطبيق ذلك على الاعتماد المستندي ، بمعنى ان العميل الامر يتحلل من جميع التزاماته تجاه المستفيد بقبول الاخير لخطاب الاعتماد وهذا

لا يمكن القبول به حيث ان الفقه قد استقر على ان فتح الاعتماد لا يبرء ذمة العميل الامر من الدين الذي عليه للبائع حتى يستوفي هذا الاخير مبلغ الاعتماد من المصرف فاتح الاعتماد.

٢- حتى في الانابة الناقصة فأن نطاق التجريد من الدفوع يقتصر على عدم جواز تمسك المناب قبل المناب لديه بدفوع تتعلق بعلاقته بالمنيب ، اما بالنسبة للدفوع بين المناب لديه والمنيب فيجوز للمناب التمسك بها وهذا يتعارض مع مبدأ الاستقلال ف الاعتماد المستندي فلا يجوز للمصرف التمسك قبل المستفيد بدفوع سواء كانت تتعلق بعلاقات سابقة بالمصرف او بعلاقته بالعميل الامر .

٣- يشترط القبول من قبل المناب لديه لنفاذ الانابة ام في الاعتماد فلا يشترط قبول المستفيد لنافذيته ، وانما يعد نافذا من تاريخ وصوص خطاب الاعتماد اليه وهذا الامر يؤثر على تاريخ بدء الالتزام ففي الاعتماد يبدأ من وقت وصول خطاب الاعتماد الى المستفيد اما في الانابة فيبدأ من لحظة قبول المناب لديه لها.

٤- ان موضوع التزام المناب لديه على المناب هو التزام المناب لديه على المنيب ، بمعنى اخر ان نفس الدين هو التزام لجميع علاقات الانابة ، اما في الاعتماد المستندي فالتزام المصرف قبل المستفيد هو مبلغ الاعتماد ، وهو مختلف عن موضوع التزام العميل تجاه المستفيد والذي هو ثمن البضاعة استنادا الى مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي.

٥- ولكل ما تقدم نخلص الى انه لايمكن القول بنظرية الانابة اساسا للأعتماد المستندي وبالتالي لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذا الاساس.

خامسا- نظرية الارادة المنفردة :- ذهب جانب من الفقه الى تأسيس الاعتماد المستندي على نظرية الارادة المنفردة ، ويستند اصحاب هذا الاتجاه الى ان

الارادة المنفردة تعتبر مصدرا مستقلا من مصادر الالتزام وعلى هذا الاساس فأن المصرف يلتزم تجاه المستفيد بناء على ارادتهم المنفردة ، حيث ان توجيه المصرف لخطاب الاعتماد الى المستفيد يجعله يلتزم قبله مباشرة وبشكل مستقل بدفع مبلغ الاعتماد.

وذهب اخرون من انصار هذا الاتجاه الى اعتبار الاعتماد المستندي احدى تطبيقات الارادة المنفردة وهي الوعد بجعل ، حيث ان مركز المصرف في الاعتماد المستندي كمركز الواعد بجائزة يتعهد كلاهما بتعهد مستقل بأن يدفع مبلغا معينا لمن يعمل عملا معينا ، والعمل في الاعتماد المستندي هو تقديم المستندات المطلوبة في عقد الاعتماد[١٣] .

ورغم كل ما قيل فقد تعرضت النظرية السابقة لانتقادات لاذعه من عدة جوانب اهمها الاتي :-

١- ان الارادة المنفردة ليست مصدرا عاما للألتزام ، وانما هي تعد مصدرا في الحالات المنصوص عليها فقط ، وبذلك يكون القانون لا الارادة المنفردة هو مصدر الالتزام .

٢- ان نظرية الارادة المنفردة تتجاهل العلاقات الناشئة بموجب عقد الاعتماد المستندي ، فعلى الرغم من استقلالية عقد الاعتماد المستندي عن عقد البيع المبرم سابقا الا انه يوجد ارتباط سابق بينهما ، فعقد الاعتماد نشأ اساسا لتنفيذ بنود عقد البيع السابق له كما ان عقد الاعتماد يتضمن بنود اتفق عليها سابقا بموجب عقد البيع السابق له .

٣- ان انشاء الالتزام بموجب الارادة المنفردة ، يجوز لمن انشأ هذا الالتزام بارادته المنفردة الغائه بارادته المنفردة ايضا وهذا الامر يناقض مبدأ

[١٣] بختيار صابر بايز ، المصدر السابق ، ص٦٩

الاستقلال في الاعتماد المستندي ، فلا يجوز للمصرف بارادته المنفردة الغاء التزامه اذا كان الاعتماد غير قابلا للالغاء .

٤- انتقد ايضا القول القائل بكون الاعتماد المستندي ما هو الا صورة من صور الوعد بجائزة من جانب ان الوعد بجائزة يشترط فيه ان يوجه اعلان الى الجمهور بطريق علني ، اما اذا وجه الى شخص معين بالذات فان ذلك يعد ايجابا يحتاج الى قبول لانعقاد العقد وبالتالي نكون امام عقد وليس امام ارادة منفردة .

استنادا الى ما سبق لايمكن تاسيس الاعتماد المستندي على الارادة المنفردة لتحديد القانون الواجب التطبيق عليه.

سادسا – عقد مصرفي مسمى :- يذهب جانب من الفقه الى اعتبار عقد الاعتماد المستندي عقد مصرفي مسمى [١٤] ، وهو موقف القانون العراقي في قانون التجارة المرقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ حيث نظم احكام الاعتماد المستندي في الفصل الثاني منه في المادة ١/٢٧٣ حيث اعتبرت الاعتماد المستندي عقد مصرفي وعليه فانه يعد عقدا مستقلا عن بقية العقود في القانون المدني.

III.المبحث الثالث

القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي وعلى المسائل المتعلقة به

نتناول في هذا المبحث ثلاث اقسام نقدم في الاول منهما الى القانون الواجب التطبيق على عقد الاعتماد المستندي ونتناول في الثاني القانون الواجب التطبيق على المسؤولية الناتجة عن الاعتماد المستندي ونتناول في الثالث القانون الواجب التطبيق على المستندات الخاصة بالاعتماد المستندي وعلى النحو الاتي:-

[١٤] د. محمد السيد الفقي ،المصدر السابق ، ص٧٢ .

III. أ. المطلب الاول

القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي

اذا كان الاعتماد المستندي يغلب عليه الطابع العقدي فان الحديث عن مشكلة تنازع القوانين المنظمة لهذ العقد يقودنا بدأ الى ضرورة تحديد فكرة العقد الدولي لكي نصل الى ضبط مفهوم العقد الدولي في اطار القانون الدولي الخاص ، حيث ان امكانية اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل اطراف العقد استنادا الى مبدأ سلطان الارادة باعتباره القانون الواجب التطبيق وهذا الامر يقودنا الى القول بان العقد دوليا ، وما هو مستقر عليه ان المعيار الاقتصادي هو المعيار الراجح لاضفاء الصفة الدولية على العقد وهو يستند الى طبيعة العقد والنتائج المترتبة عليه والمتمثلة (بحركة الاموال او الخدمات عبر الدول) [١٥] ، الا ان ما يلاحظ ويثير الاستغراب ان قضاء كثير من الدول قد استند في تحديد القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي الى المذهب التقليدي أي الاستناد الى مبدأ سلطان الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق عليه وبغض النظر عن الشكل الذي تفرغ فيه هذه الارادة في تعبيرها عن اختيار قانون معين أي سواء كان ذلك بطريقة صريحة او ضمنية[١٦] ، وهذا ما ذهبت اليه احد المحاكم البرطانية في لندن ، حيث ذهبت الى تطبيق القانون الانكليزي على الاعتماد المستندي المتنازع فيه اذ جاء في قرار لها انه ((يجب البحث عن قانون الارادة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي وبما ان الاتفاق

---

[١٥] واختلف الفقه في معيار العقد الدولي حيث ذهب جانب من الفقه الى الاخذ بالمعيار الاقتصادي وفيه يكون العقد دوليا كل عقد يستتبع حركة مد وجزر للبضائع ورؤوس الاموال عبر حدود دولتين او اكثر ، وذهب جانب اخر الى الاخذ بالمعيار القانوني وبمقتضاه يعتبر دوليا كل عقد اشتمل على عنصر اجنبي سواء اتصل هذا العنصر بالاعمال المتعلقة بابرامه اوتنفيذه او بجنسية اطرافه وهو الاتجاه الراجح واخذ به المشرع العراقي في المادة ٢٥ من القانون المدني . ينظر في هذا الخلاف والترجيح وموقف القوانين والاتفاقيات الدولية منه : زينة حازم خلف ،" القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين ((دراسة مقارنة))"(، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق – جامعة الموصل – ٢٠٠٦)، ص٣٩-٥٩.

[١٦] نقلا عن : فلاح حسن السيد ، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، ط١ ،(الاسكندرية: المطبعة الاهلية ، ٢٠١٠)،ص٥٣.

تم على تطبيق القانون الانكليزي وان العقد تم ابرامه في برطانيا ، لذا يجب تطبيق القانون الانكليزي ، كما يجب تطبيق ها القانون على تنفيذه ، كما ان اشتراط الافراد الوفاء بالعملة البرطانية يفيد ضمنا ان ارادة اطراف العقد قد اتجهت الى تطبيق هذا القانون على العقد))[١٧] ، وذهبت الى ذلك احدى المحاكم الفرنسية حيث جاء في قرار لمحكمة باريس الى انه ((يتعين على القاضي البحث عما اتجهت اليه ارادة الاطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي وان اشتراط الوفاء في فرنسا وبالعملة الفرنسية قرينة على اتجاه ارادة الاشخاص الى اخضاع عقدهم للقانون الفرنسي والتي تعد في المقام الاول من قوانين النظام العام))

[١٨]. وهذا ما ذهبت اليه احدى المحاكم النمساوية حيث ذهبت الى انه ((ان اشتراط اطراف العقد تنفيذ عقدهم في المانيا تدل على اتجاه ارادتهم الى تطبيق القانون الالماني ، ويدل على ذلك كذلك اشتراط الوفاء برأس المال والفوائد في المانيا وفي العملة الالمانية))[١٩] ، ومع ما قيل حول ترجيح قانون الارادة الا ان الخصوصية التي يتمتع بها عقد الاعتماد المستندي دفعت الفقه الى الشقاق فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق عليه وضهرت عدة اراء بهذا الخصوص نبينها على النحو الاتي :-

اولا – قانون ابرام العقد:- ذهب جانب من الفقه[٢٠] الى انه يشترط تطبيق مكان تكوين العقد على الاعتماد المستندي الا انه في هذه الحالة تثور مسألة تحديد مكان ابرام العقد في العقود التي تتم عبر المراسلة ، اذ ان المسألة تتعلق هنا بالتعاقد بين

---

(17) Dave(c): principles Droit international prive , oxford clarendon,2004,p.67.

(18) Dictionaire Permanent Construction,Cass Civ, 30 Nov, 1998 Bull. Civ 111-n. 172, P.89. Dictionaire Permanent Construction,n,102.1995.p.56.

(19) e Corp. V. Republic of Brazil 353 F. Supp.65, 1990 AMC 1219 (E.D.La.1990) See William Tetley, CHAPTER 2, CHAPTER 27 DISCHARGE PROPERLY AND CAREFULLY, P, 17& p,45

(20)Foyer(c) :Droit international prive , 1999,paris ,ed2.p.56 .

اطراف لا يجتمعان في مجلس واحد ، حيث ان التعاقد يتم هنا بين غائبين [٢١] ، اذ لا يكون اطراف العقد هنا حاضرين بشكل مادي وقت نشوء العقد ، وتحديد مكان انعقاد العقد له فعله الفعال في تحديد القانون الواجب التطبيق[٢٢] ، خاصة اذا علمنا ان المشرع العراقي اعتمد على محل ابرام العقد احد ضوابط الاسناد عند تحديد القانون الواجب التطبيق ، يضاف الى ذلك الرأي القائل بوجوب تطبيق قانون محل ابرام العقد وعدم الاستعانة اصلا كضابط اسناد في مجال الاعتماد المستندي ، هذا وان زمان انعقاد العقد هو الذي يحدد مكانه الا انه قد يختلف زمان انعقاد العقد عن مكانه كما هو الحال في في التعاقد عبر التلفون او عبر الانترنيت فمن ناحية الزمن يكون تعاقد بين حاضرين ومن ناحية المكان تعاقد بين غائبين فما هي لحظة انعقاد العقد وما هو مكانه ؟

بموجب القانون المدني العراقي تنص المادة (٨٧) على أن (١- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك ٢- ويكون مفروضا أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما)٠

يتبين من هذا النص إن المشرع العراقي اعتمد على نظرية العلم بالقبول فالعقد لا ينعقد إلا إذا علم الموجب بالقبول، وهذا النص لا يتعلق بالنظام العام فيجوز الاعتماد على نظرية أخرى غير نظرية العلم بالقبول باتفا[٢٣]ق الطرفين[٢٣]، والحل

---

[٢١] د. جاسم العبودي ، "حول التعاقد بالمراسلة والاختلاف فيه (دراسة مقارنة)" ، مجلة القانون المقارن ، العدد التاسع والعشرون ، (٢٠٠١): ص٥١.

[٢٢] طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنيت، دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقات الدولية،(بيروت: ٢٠٠١)، ص٢٧٢-٢٧٣.

[٢٣]) د٠ عبد المجيد الحكيم واخرون، المصدر السابق، ص٤٨. لقد قيلت أربع نظريات بشان تحديد لحظة انعقاد العقد وهي نظرية إعلان القبول ونظرية تصدير القبول ونظرية وصول القبول ونظرية العلم بالقبول كالمادة (٢/١٩٨٥) والمادة (٢/١١٢١) مدني فرنسي إذ تبنت هاتان المادتان نظرية تصدير القبول في عقد الوكالة، والمادة (٢/٩٣٢) التي تبنت نظرية وصول القبول في عقد الهبة، ينظر في موقف الفقه والقضاء الفرنسي من هذه النظريات د٠ احمد حسن السيد، العقود المدنية دراسة مقارنة معزز بموقف الفقه والقضاء الفرنسي ، حلوان: مطبعة عبير، ١٩٩٥)، ص٥٥-٥٦.

ذاته اعتمده المشرع المصري في المادتين (٩١ و ٩٧) من القانون المدني المصري، ولكن المشرع الاردني اعتمد على نظرية تصدير القبول إذ يعد العقد قد تم بمجرد تصدير القبول[٢٤]، وهي وجهة نظر سايرت الآراء الفقهية التي ترى الأخذ بمذهب تصدير القبول في التجارة الإلكترونية لان المرسل إليه يفقد كل سيطرة عليه بإيداعه جهاز الكومبيوتر أو شبكة الحاسوب[٢٥].

الا انه ومن وجهة نظرنا لايتصور التعاقد بين غائبين في مجال الاعتماد المستندي ، حيث ان جميع المصارف تعتمد على عقود نموذجية توجب حضور الشخص نفسه الى المصرف والتوقيع على العقد امام الموظف المختص ، وكذلك من المفترض ان يكون الشخص عميلا للمصرف ومحل للثقة والائتمان ، وغالبا ما ينتمي الى جنسية الدولة التي يتواجد فيها المصرف ، وعليه فانه لا يتصور قيام حالة التعاقد بين غائبين في مجال الاعتماد المستندي ، هذا بالنسبة لعلاقة المصرف بالعميل اما بالنسبة لعلاقة المصرف الصدر بالمستفيد او علاقة المصرف المرسل بالمستفيد فغالبا ما يتم خطاب الاعتماد بالبريد العادي او الالكتروني وتنشأ التزامات متبادلة بين طرفي خطاب الاعتماد حيث يقع على البائع تقديم مستندات مطابقة لشروط فتح الاعتماد ويقع على المصرف دفع مبلغ الاعتماد الى المستفيد ، وهذا الامر لايثير صعوبة في تحديد مكان انعقاد العقد حيث ان قبول المستفيد يكون في مكان اقامته وبالتالي فأن التعاقد يتم في ذلك المكان لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد .

لم يسلم الاتجاه السابق من الانتقادات من جانب انه يعدد القوانين الواجبة التطبيق على عقد الاعتماد حيث انه يتم تطبيق قانون معين على علاقة الامر بالمصرف

---

[٢٤] المادة (١٠١) من القانون المدني الاردني رقم ٤٣لسنة ١٩٧٦ المعدل.

[٢٥] د. سمير برهان، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية،(القاهرة: المجلس الأعلى للثقافة ، لجنة القانون مجموعة باحثين،٢٠٠٣)،ص١١٧

وقانو ناخر على علاقة المصرف بالمستفيد ، كما انه يعتبر العلاقة بين المصرف والمستفيد عقد مستقل عن عقد الاعتماد بين العميل والمصرف وهذا ما لا يمكن القبول به اذ ان عقد الاعتماد هو عقد واحد.

ثانيا- مكان الدفع:- ذهب جانب من الفقه الى ان القانون الواجب التطبيق على عقد الاعتماد هو قانون المكان الذي يتم فيه دفع مبلغ الاعتماد للمستفيد ، وذلك لان الغرض الرئيسي من الاعتماد هو توفير طريقه دفع امنه للمستفيد ، وعليه يعتبر مكان الدفع علاقة قوية لتحديد القانون الذي يحكم العقد ، الا ان هذا الرأي تعرض للنقد وذلك لكونه لا يحدد القانون الواجب التطبيق بشكل دقيق بسبب اختلاف اماكن الدفع في عقد الاعتماد ، حيث يتم دفع مبلغ الاعتماد ، ويتم الرجوع بهذا المبلغ الى البنك المصدر لتجري عملية دفع اخرى ، ويقوم العميل بسداد المبلغ الى البنك المصدر لتجري عملية دفع ثالثة ، ومن النادر جدا ان يتم الدفع مباشرة عن طريق البنك المصدر الى المستفيد.

ثالثا- مكان فحص المستندات :- يذهب جانب ثالث من الفقه الى وجوب تطبيق قانون المكان الذي يتم فيه فحص المستندات ، حيث ان فرارات التزام الدفع بين الطرفين تتم بعد فحص المستندات ، وبذلك يكون فحص المستندات ذا اهمية لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ، الا ان هذا الرأي تعرض للنقد من جانب ان فحص المستندات يتم اكثر من مرة في اماكن مختلفة وهذا الامر يقود الى اختلاف الحلول بالنسبة للقانون الواجب التطبيق ، اذ يقع على البنك المعزز فحص المستندات عند تقديمها اليه من قبل المستفيد ، ويتم فحصها مرة ثانية من قبل البنك المصدر ، ويتم فحصها مرة ثالثة من قبل العميل مقدم الطلب عند تقديمها اليه من قبل البنك المصدر ، هذا من جهة ، ومن جهة ثانية انه لايجوز اعطاء موقع فحص المستندات الكثير من الوزن وانما تعطى الوزن المعقول الذي لا يصل الى تحديد القانون الذي يحكم العقد.

رابعا – مكان تكوين الاطراف اعمالهم الابتدائية :- ذهب جانب من الفقه الى وجوب تطبيق قانون المكان الذي يكون الاطراف فيه اعمالهم الابتدائية ، واعتبر هذا الجانب الفقهي ان موطن الاطراف او جنسيتهم هو المكان الواجب التطبيق على عقد الاعتماد المستندي ، حيث ان هذا المكان يشكل عاملا اساسيا في التحقق من القانون الذي يحكم المسائل المتصلة بالشؤون الداخلية للشركة او للشخص الطبيعي ، الا ان هذا الرأي منتقد من جانب انه قد يكون الاطراف اعمالا اكثر اهمية من المكان الذي ينتمي اليه بجنسيته او بموطنه ولهذا لا يمكن التعويل على هذا المكان لتحديد القانون الواجب التطبيق.

خامسا – اللغة او العملة المستخدمة:- يذهب جانب من الفقه الى وجوب تطبيق قانون الدولة التي يتم صياغة العقد بلغتها ويتم الدفع بعملتها باعتبارها عوامل هامة لتحديد القانون الواجب التطبيق ، فاذا صدر خطاب من قبل البنك الياباني لمصلحة مستفيد انكليزي ويتم الدفع من احد البنوك الانكليزية بالدولار الامريكي ، وان صياغة العقد تمت بالغة الانكليزية فهذه تعتبر عوامل قوية لتطبيق القانون الانكليزي بدلا من القانون الياباني ، الا ان هذا الرأي منتقد من جانب انه من المعمول به دوليا بالنسبة لشروط واوضاع الاعتمادات والضمانات ان تصاغ باللغة الانكليزية وان يتم الدفع بالدولار الامريكي ، كون اللغة الانكليزية هي لغة عالمية ومقبولة دوليا ، ويستخدم عادة الدولار الامريكي في التجارة الدولية ، لذا لا يمكن اعتماد العملة او اللغة كضابط اسناد في مجال الاعتماد المستندي.

من خلال ما تقدم يثور السؤال الاتي:-

هل ان عقد الاعتماد يطبق عليه قانون الارادة اسوة بباقي العقود ام ان الاتجاه الى تطبيق قاعدة اسناد اخرى استنادا الى الخصوصية التي يتمتع بها عقد الاعتماد المستندي؟

ان نظرة متفحصة الى الاحكام الصادرة بصدد القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي يوصلنا الى القول بان اغلب الاحكام تتجه الى تطبيق قانون الارادة حتى الاحكام التي انتهجت نهجا موضوعيا فهي تشير الى اتجاه ارادة الاطراف بشكل ضمني الى الخضوع لاحكام هذا القانون ، الا انه ومن الملاحظ من جهة ثانية ان عقد الاعتماد المستندي من العقود المتصلة بقتصاد الدولة حيث ان المصرف هو احد اطرافه وعلى هذا الاساس فان هناك تدخلا واسعا من قبل الدولة في ارادة الاطراف في الوقت الحاضر في هذا العقد ، وذلك لان المحافظة على المركز النقدي هو جزء من الاجراءات التحفظية التي تقوم بها الدولة وهذه طريقة من الطرق المعتمدة لهذا الغرض.كا ان المصارف في تعاملاتها تخضع لقواعد قانونية صارمة وهذا ما دفع البعض من الفقه الى القول بان المصرف مرفق عام وبالتالي فأن المعاملات الجارية من قبله ا وان يكون طرفا فيها تخضع لقواعد القانون العام([٢٦]).

في الحقيقة ان الفعل الفعال الذي تقوم به المصارف في مجال المعاملات التجارية ، وتوفير النقود والائتمان والاستثمار وتقديم الخدمات المصرفية المتنوعة ، هذا الامر دفع الدول الى التدخل المستمر في عمل المصارف هذى الامر نتج عنه وجود نظام قانوني مستقل لتلك المصارف اطلق عليه جانب من الفقه النظام العام المصرفي ، وهو ما لايمكن الخروج عن احكامه باي حال من الاحوال ويستبعد اي قانون يخالف النظام المعمول به [٢٧] ، وفي مجال الاعتماد المستندي فهو وسيلة من الوسائل التي تقوم بها المصارف لغرض خلق النقود ، وان دفع المصرف لقيمة الاعتماد بعملة اجنبية واستيفاء هذا المبلغ من العميل بالعملة الوطنية من شانه ان يقلل حجم احتياطي الدولة من النقد الاجنبي ، وهذا يعني ان اثار عقد الاعتماد المستندي لا تقتصر اثاره على اطرافه وانما تتعدى اثاره لتشمل اقتصاد الدولة وسياستها النقدية خصوصا ،

(26) RODiere(R) 8 Lange(J.L):Droit Boncaire , 3e ed , Dalloz , 1989 , n . 4 .p44

(27) Fritz Schrend : Le divorce en droit international prive,vol,1995, Recueil de

وهو ما يدعمى القول القائل انه ليس مجرد عقد كسائر العقود بمعنى انه ليس مجرد اتفاق بين اطرافه [٢٨] ، وعليه فان البحث عن تركيز العلاقة القانونية لا يجب ان يكون من خلال البحث عن ارادة الاطراف الصريحة او الضمنية ، وانما يجب ان يكون من خلال الطبيعة الخاصة لهذا العقد حتى نتمكن من اسناده لقانون الوسط الذي يباشر فيه وظيفته الاساسية ، ويؤخذ بنظر الاعتبار المصالح الاقتصادية للافراد والدولة في وقت واحد .

استنادا الى ما تقدم فان قانون المصرف هو الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي ، وذلك لان تطبيق هذا القانون يفسح المجال لتطبيق قوانين البوليس المصرفية المطبقة في الدولة ، الا اذا كان المصرف طرف العلاقة مصرفا اجنبيا وكانت قوانينه تخالف قوانين البوليس المصرفية المعمول بها في الدولة ففي هذه الحالة يستبعد قانون المصرف الاجنبي ويتم تطبيق قانون البوليس المصرفية المعمول بها في داخل الدولة وذلك حفاظا على سياسة الدولة النقدية وحرص قوانينها على الاقتصاد الداخلي حيث ا ي مصرف اجنبي يعمل في دولة معينة يؤثر في اقتصاد الدولة اسوة بالمصارف المحلية[٢٩]، اما اذا كان النزاع بين مصرفين اجنبيين مارسا نشاطا خارج حدود الدولة فالراجح انه يطبق قانون المصرف صاحب الاداء الاكثر تمييزا للعلاقة القانونية المصرفية[٣٠].

III. ب . المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على المسؤولية في الاعتماد المستندي

في حالة مخالفة البنود المنصوص عليها في عقد الاعتماد فأن المسؤولية المترتبة على هذه المخالفة هي مسؤولية عقدية ، اما اذا لم يكن هناك عقد مسبق وترتبت مسؤوليه على المصرف فأن الحكم يكون طبقا لاحكام المسؤولية التقصيرية ويتصور

---

(28) RHGraversom – conflict of laws – London – 1995,p.78

(٢٩) فلاح حسن السيد، المصدر السابق ، ص٨٩.

(٣٠) فلاح حسن السيد ، المصدر السابق ،ص٨٩.

هذا الامر في بعض الفروض كما في حالة رفض الاعتماد من قبل المصرف بالرغم من كون المركز المالي للعميل سليما ، وكان حجم الاعتماد متناسبا مع جدارة العميل وملائمته وكان العميل قد قدم ضمانات كافية لفتح الاعتماد هنا يكون المصرف متعسفا في استعمال حقه ، وهو صورة من صور المسؤولية التقصيرية وبالتالي تسري احكامها عليه ، فلو ادى هذا التعسف الى تفويت الفرصة على العميل في اتمام صفقته وبالتالي تعرض لخسارة نتيجة لعدم تمكنه من فتح الاعتماد لدى مصرف اخر لفوات الوقت يكون المصرف مسؤولا هنا استنادا الى احكام المسؤولية التقصيرية ، وكذلك قد تثور المسؤلية التقصيرية في حالة المسؤولية بين المصارف عند فتح الاعتماد وبالاخص في حالة الاعتماد المعزز ففي حالة طلب المصرف الاول أي مصرف العميل من مصرف اخر ان يقوم بتعزيز الاعتماد وكان هذا الاخير غير مستعد لذلك فيجب عليه ان يخبر المصرف المصدر بذلك ودون تأخير [٣١] ، وفي حالة اخلاله بذلك يكون مسؤولا قبل المصرف فاتح الاعتماد والمسؤولية هنا تقصيرية حيث انه لا يوجد بينهما أي علاقة عقدية فأذا تحققت اركان المسؤولية التقصيرية بثبوت خطأ المصرف المطلوب منه التعزيز نتيجة لتأخره في اخبار المصرف المعزز بعدم استعداده لتعزيز الاعتماد ، وترتب على ذلك الحاق ضرر بالمصرف المصدر فاذا توافرت العلاقة السببية بين الخطأ والضرر فهنا يسأل المصرف المطلوب منه التعزيز عن التعويض على اساس المسؤولية التقصيرية[٣٢].السؤال المطروح هنا ما هو القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية؟

يسري القانون المحلي أي قانون الدولة التي وقع فيها الفعل المنشيء للالتزام بالتعويض ، وهو ما اخذ به المشرع العراقي في المادة (٢٧)(نص المادة) كما اخذ

---

[٣١] المادة (٨/د) من القواعد والاعراف الدولية الموحدة الخاصة بالاعتمادات المستندية الصادرة من غرفة التجارة الدولية النشرة رقم ٥٠٠ لسنة ١٩٩٣

[٣٢] بختيار صابر بايز ، المصدر السابق ، ص١٥٢

به المشرع المصري في المادة (٢١) منه وذلك لاعتبار ان هذا القانون يشكل مركز الثقل في خصوص المسؤولية عن الفعل الضار ، كما ان للدولة التي وقع فيها الفعل الضار مصلحة في تطبيق قانونها على اعتبار ان قواعد المسؤولية من قوانين البوليس والامن [٣٣]. الا ان هناك مشكلة تثور تتعلق بفرض تفرق عناصر المسؤولية بين عدة دول ، كما في حالة اختلاف دولة موقع الخطأ عن الدولة التي وقع فيها الضرر ، حيث ثار الشقاق بين الفقهاء بهذا الخصوص فذهب جانب منهم الى تطبيق مكان الخطأ وذلك لاعتباره عماد المسئولية والاساس الذي تقوم عليه ، كما ان الاخذ به ينسجم مع توقعات الافراد[٣٤] ، وذهب جانب اخر من الفقه الى الاخذ بقانون الدولة التي وقع فيها الضرر ، وذلك لان الهدف الاساس الذي تقوم عليه قواعد المسؤولية هي اصلاح الضرر [٣٥] ، كما ان دعوى المسؤولية تبدأ من وقت تحقق الضرر[٣٦]، ويزداد الامر تعقيدا في فرض تعدد الاخطاء او تعدد الاضرار ، فقد ينشئ الضرر عن اخطاء متعددة تقع في اكثر من دولة فالراجح ان المقصود بالقانون المحلي هنا هو قانون اخر واقعة فعل تعدي نتج عنها ضرر[٣٧].او ان ينشئ عن الخطأ الواحد اضرار متعدد والراجح ان العبره بمكان الضرر الاصلي او المباشر ويذهب جانب من الفقه الى وجوب الاخذ بقانون دولة المضرور لتحديد وجود الضرر من عدمه باعتبارها الدولة التي يتركز فيها الضرر الاساس على الشخص ماديا ومعنويا [٣٨].

---

(٣٣) ينظر :د. جمال محمود الكردي ، تنازع القوانين بشأن المسؤولية عن سوء استخدام الانترنيت ، ط١ ، (القاهرة:دار النهضة العربية ، ٢٠٠٧)، ص٩٩-١٠٠.
(٣٤) فلاح حسن السيد ، المصدر السابق ١٨٩.
(٣٥)فلاح حسن السيد ، المصدر السابق ١٩٠
(٣٦)فلاح حسن السيد ، المصدر السابق ١٩٠
(٣٧) حسن فر حان ناصر ، المصدر السابق ،ص٧٧.
(٣٨) د. جمال محمود كردي ، المصدر السابق ، ص١٠٨-١٠٩.

III. ج .المطلب الثالث

القانون الواجب التطبيق على المستندات في الاعتماد المستندي

يتضمن خطاب الاعتماد الصادر من قبل المصرف([٣٩]) جملة من المستندات يشترط توافرها لمنح مبلغ الاعتماد ، ولكن اهم المستندات التي لا يكاد يخلو خطاب اعتماد من وجودها هي سند الشحن ، ووثيقة التأمين والقائمة التجارية ، ولقد ثار شقاق على صعيد الفقه والقضاء في القانون الواجب التطبيق على كل منها وعليه سنتناولها في الفروع الاتية:-

III.ج .١ الفرع الاول

القانون الواجب التطبيق على سند الشحن

سند الشحن هو وثيقة تثبت عقد النقل البحري وتثبت استلام الناقل للبضاعة محل النقل تخول حاملها الشرعي الحق باستلام البضاعة في ميناء الوصول على ان تتضمن توقيع الناقل او من يقوم مقامه والشروط الكاملة لعقد النقل واوصاف البضاعة المشحونة او التي سيتم شحنها [٤٠] .

اطلق قانون النقل العراقي على سند الشحن تسمية وثيقة النقل وعرفها بانها ((....مستند يثبت عقد النقل ويعتبر قرينة على تسلم الناقل للشيء محل النقل بالحالة التي ذكرت فيه ، ويعطي حامله المخول قانونا الحق بتسلم الشيء)) [٤١].

مما سبق يتبين بأن سند الشحن هو وسيلة لأثبات عقد النقل وليس العقد ذاته الا انه يقوم مقام عقد النقل باعتباره المضهر المادي له وبالتالي تسري عليه قاعدة الاسناد ذاتها التي تسري على عقد النقل أي انه أي انه يخرج من نطاق القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي ، وعليه اذا ما اتفق المتعاقدان بصورة صريحة او

([٣٩]) خطاب الاعتماد هو وثيقة يصدرها المصرف يبلغ فيها المستفيد بأنه فتح اعتمادا مستنديا لمصلحته بناءا على طلب العميل الامر

([٤٠]) فرحان حسن ناصر ، المصدر السابق ،ص٨٧.

([٤١]) المادة ١/١٤٢ من قانون النقل العراقي.

ضمنية على تطبيق قانون معين فهذا القانون هو الذي يسري لحكم هذه العلاقة التعاقدية [٤٢] ، حتى وان كان يخالف القانون الواجب التطبيق على عقد الاعتماد المستندي ، اذ ان سند الشحن هو وسيلة لاثبات عقد النقل وبالتالي يكونتابع في حكمه لعقد النقل.

الاصل ان يطبق على سند الشحن قانون الارادة باعتباره وسيلة لاثبات عقد النقل البحري ، والمقصود بقانون الارادة بهذا المضمار هو القانون المختار من قبل اطراف العقد بصورة صريحة او ضمنية ، أي تطبيق قانون الارادة لاطراف العلاقة التعاقدية [٤٣] ، الا ان هذا الاصل يرد عليه استثناء يتمثل بالاتي :-

١- – صفة الاذعان في العقد :- ان ما يتصف به العقد من عدم التوازن العقدي بين اطرافه له الاثر الفعال على القانون الواجب التطبيق ، اذ يذهب جانب من الفقه الى ان صفة الاذعان في سند الشحن لها الفعل الفعال في استبعاد القانون الاجنبي بالاستناد الى نصوص المواد ١٦٧ من القانون المدني العراقي والمادة ١٤٩ من القانون المدني المصري وهذا ماذهب اليه القضاء العراقي في جانب من قراراته ففي قرار يتعلق بشحنة من المواد الطبية من لندن إلى بغداد على ظهر الباخرة الإنكليزية اتفق اطراف العقد على تطبيق القانون الإنكليزي كما ورد في سند الشحن، ذهبت المحكمة إلى القول، ان ما ورد في البند ١٣ من بوليصة الشحن حول الاتفاق على تطبيق القانون الإنكليزي قد اشترط عندما تقام الدعوى في إنكلترا، وان معناه تحديد مسؤولية الناقل وان تحديد مسؤولية الناقل لا تكون ملزمة للمرسل إليه إلا إذا كانت قد ثبتت على وجه بوليصة الشحن وبحروف ظاهرة عملا بإحكام الفقرة (٢) من المادة (١٦٧) من القانون المدني، لأنها من عقود الإذعان التي تجعل كل شرط

([٤٢]) نص المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي .

([٤٣]) د.ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفقا للقانونين العراقي والمقارن ،(بغداد: دار الحرية للطباعة ، مطبعة الحكومة ، ١٩٧٣)،ص ٣٢١ . د.هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، ط٣، (الاسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٧٤)، ص٦٤٧.

تعسفي لم يبرز بشكل ظاهر باطلا، وبما أن البند ١٣ المذكور مدون على ظهر البوليصة وبحروف غير ظاهرة تختلف عن صحيح الحروف المطبوعة على وجهها، فيصبح الشرط المذكور لهذا السبب غير ملزم للمرسل إليه، وتطبيقا لحكم المادة (٢٩) من القانون المدني يستبعد تطبيق القانون الأجنبي لتعارضه مع قانون التجارة العراقي لأنه قانون خاص، فكان على محكمة الاستئناف أن تستبعد تطبيق القانون الإنكليزي وتجنح إلى تطبيق القانون العراقي على واقعة الدعوى [٤٤].

ويذهب جانب من الكتاب الى ان صفة الاذعان في العقد لاتؤدي الى استبعاد المحكمة للقانون الواجب التطبيق على سند الشحن استنادا الى نص المادة ١٦٧ من القانون المدني العراقي ، اذ ان المشرع بمقتضى هذه المادة اعطى للقاضي السلطة لتفسير العقد لمصلحة الطرف المذعن ، الا ان الامر لا يصل الى استبعاد القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الاسناد الوطنية ، وبالتالي تبقى المسألة محكومة بالقانون المختار من قبل اطراف النزاع لتحدد على ضوءه المسائل الاخرى المتعلقة بوقائع الدعوى[٤٥] ، الا ان الاتجاه الراجح انه اذا كان القانون المختار من قبل اطراف النزاع قد تم اختياره بطريقة تعسفية فانه يجوز للقاضي النظر في استبعاد هذا القانون واحلال قانون اخر محله استنادا الى نصوص المواد (١٦٧ من القانون المدني العراقي و ١٤٩ من القانون المدني المصري)[٤٦].

٢ – القوانين ذات التطبيق المباشر:- اذ ان القوانين ذات التطبيق المباشر تمثل قيد على حق المتعاقد في اختيار القانون الذي يحكم سندات الشحن البحري اذ ان هذه

([٤٤]) قرارا محكمة التمييز المرقم ١٦٧ و ١٧٥/هيئة عامة أولى/١٩٧٧ في ١٩٧٧/٧/٣٠، مجموعة الأحكام العدلية، العددان الثالث والرابع، السنة الثامنة، ١٩٧٧، ص١١٦. ونص المادة (٢٩) من القانون المدني الواردة في القرار تنص على أن (لا تطبق أحكام المواد السابقة إذا وجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في العراق) والمواد السابقة المقصودة في هذه المادة هي مواد في تنازع القوانين

([٤٥]) فلاح حسن السيد ،المصدر السابق ، ص٤٠.

([٤٦]) د. صلاح محمد المقدم ، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات ايجار السفينة (دراسة مقارنة في القانون البحري) ،(بيروت: الدار الجامعية)، ص١٨٨.

القوانين يتم تطبيقها على النزاع مباشرة أي انها تخرج من دائرة التنازع اصلا [٤٧] ، ومن تلك القوانين المعاهدات المصادق عليها من قبل الدولة اذ ان الدولة تطبقها بمثابة تشريع وطني ، لان المشرع اصدرها بقانون وجعل نصوصها امرة وواجبة التطبيق [٤٨] ، ومن المعاهدات الصادرة لتنظيم المسائل المتعلقة بسند الشحن معاهدتي بروكسل وهامبورغ [٤٩].

III.ج .٢ الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على وثيقة التامين

يعرف عقد التامين بانه (عقد به يلتزم المؤمن ان يؤدي الى المؤمن له ا والى المستفيد مبلغا من المال او ايراد مرتبا او أي عوض مالي اخر ، في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده ، وذلك في مقابل اقساط او أي دفعة مالية اخرى يؤديها المؤمن)[٥٠]. اما بالنسبه للقانون الواجب التطبيق على هذا العقد فانه لا يختلف كثيرا عن سابقه فله قاعدة اسناد تقليدية تحكمه كسائر العقود وله قاعده استثنائية تحكمه بوصفه عقد اذعان او انه محكوم بالقواعد ذات التطبيق الضروري او القواعد الموضوعية كالقواعد المحددة في اتفاقية روما والتوجيه الاوربي وعلى النحو الاتي:-

مدى تطبيق قاعدة الاسناد التقليدية في مجال عقد التامين:- ان قاعدة الاسناد التقليدية تتمثل بقانون الارادة ، حيث ان لارادة الافراد اختيار القانون الذي يحكم عقدهم[٥١] ،

([٤٧]) ينظر القواعد ذات التطبيق المباشر

([٤٨]) تنص المادة ٢٩ من القانون المدني العراقي ((لا تطبق احكام المواد السابقة اذا وجد نص على خلافها في قانون خاص او معاهدة دولية نافذه في العراق)) وينظر في تفصيل ذلك د.ابراهيم مكي ، الوسيط في القانون البحري الكويتي ، الجزء الثاني، عقد النقل البحري للبضائع بموجب سند شحن، من دون مكان طبع، ١٩٧٥.ص٦٦

([٤٩]) ينظر فرحان ناصر حسن ،المصدر السابق ،ص٨٩.

([٥٠]) نص المادة ١/٩٨٣ من القانون المدني العراقي

([٥١]) ولقد اختلف الفقه في اساس هذا المبدأ فذهب جانب منهم الى اعتناق النظرية الشخصية القائلة بان للاطراف اختيار القانون الواجب التطبيق ولهم الحرية المطلقة في ذلك الاختيار ، حتى وان لم يكن هذا القانون ذو صلة

وبهذا اذا تم الاتفاق على تطبيق قانون معين فان القاضي الوطني سيحكم وفقا لهذا الاتفاق ، اما اذا انعدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق فيقع على القاضي استخلاص هذه الارادة الضمنية للاطراف من الضروف كالاتفاق مثلا على جعل المنازعات المتعلقة بالعقد من اختصاص محاكم دولة معينة ، فهذا الاتفاق يدل ضمنيا على انصراف ارادة الافراد لتطبيق قانون هذه الدولة[٥٢] ، وفي حالة عدم وجود الاتفاق صريحا كان ام ضمنيا فقد افترض القانون ان المتعاقدين ارادا تطبيق قانون موطنهما المشترك ، اذا اتحدا موطنا اما اذا اختلفا فيطبق قانون الدولة التي ابرم فيها العقد[٥٣]

ثانيا- القواعد الاستثنائية في مجال القانون الواجب التطبيق على غقد التامين:- يرد على قاعدة الاسناد التقليدية استثنائين فيما يتعلق بعقد التامين وهما على النحو الاتي :-

أ- نص المادة ٢٩ من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (لاتنطبق احكام المواد السابقة اذا وجد نص على خلافها في قانون خاص او معاهدة دولية نافذة في العراق) وعقد التامين من العقود المنظمة بقوانين خاصة ومنها قانون تنظيم اعمال التامين رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥ وقانون التامين الالزامي من المسؤولية الناشئة عن حوادث السيارات العراقي رقم ٥٢ لسنة ١٩٨٠ المعدل

بالعقد ، وعليه فان احكام هذا القانون تندمج بالعقد لتصبح شروطا مكملة لشروط العقد يستطيع الافراد الاتفاق على ما يخالفها . ينظر د.محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار العقد الدولي الخاص ،(الاسكندرية: منشأة المعارف ، ٢٠٠٠)، ص٧٩-٨٠. وذهب جانب اخر من الفقه الى اعتناق نظرية تركيز العقد ، حيث ان ارادة الاطراف حسب قول هذا الجانب الفقهي ليس هي من تقوم باختيار القانون ، وانما يقتصر دورها في تركيز العلاق١ة في دولة معينة ، وبالتالي يصبح قانون هذه الدولة هو الواجب التطبيق . ينظر : د. عوض الله شيبة الحمد السيد ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، دار النهظة العربية ، ١٩٩٧ ، ص٥٠٦. أي ان اصحاب هذه النظرية يشترطون ان يكون اختيار الافراد منصبا على قانون ذو صلة بالعقد ، فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد ، ص٣٨٧ تاكد وهذا الاخير هو الاتجاه الراجح في مجال عقد التامين وهو ما اخذ به المشرع العراقي في المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي.

(٥٢) د.حسن الهداوي ، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، ط٢،(بغداد: مطبعة الارشاد ، ١٩٧٢)،ص٢٠٥ . د. عبد الحميد عمر وشاحي ، القانون الدولي الخاص العراقي ، ج١، (بغداد: مطبعة التفيض الاهلية ، ١٩٤١)، ص٣٣٣.

(٥٣) نص المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي.

، وعلى هذا الاساس فالقاضي العراقي ملزم بتطبيق ما هو ضروري وامر من القواعد المتعلقة بعقد التامين في قانونه الوطني ويستبعد تطبيق القانون الاجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الاسناد الوطنية.

ب-المادة ٢/١٦٧ والتي تنص على انه (اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط او تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) فاذا كان القانون المتفق عليه بين الاطراف قد تم اختياره بطريقة تعسفية فانه يجوز للقاضي استبعاد هذا القانون وان يطبق قانون اخر مكانه يكون ذو صلة بالعقد ([٥٤]).

III. ج .٣ . الفرع الثالث

القانون الواجب التطبيق على القائمة التجارية

تعرف القائمة التجارية بانها محرر صادر من المستفيد (البائع) من عقد الاعتماد المستندي ، تدون فيها جميع التفاصيل المتعلقة بالبضاعة كنوعها ، ومواصفاتها وكميتها ، والعلامة والاسم التجاري او الشركة التي انتجتها [٥٥].

ثار الشقاق على صعيد الفقه في مسئلة القانون الواجب التطبيق على القائمة التجارية في اتجاهين وعلى النحو الاتي :-

الاتجاه الاول :- يذهب جانب من الفقه الى انه يطبق على القائمة التجارية ذات القانون الواجب التطبيق

على عقد البيع ، وذلك لانها تتعلق بالبضاعة موضوع العقد ، كما انها صادرة من طرف واحد وهو البائع وبالتالي فانها لا تعبر دائما عن صحة ما ورد فيها من

([٥٤]) ينظر فلاح حسن السيد ،المصدر السابق ،ص١١٣

([٥٥]) د. محمود سمير الشرقاوي ، القانون التجاري ، ج٢ ،(القاهرة: دار النهضة العربية ، ١٩٨١)، ص٥٥٨.

مواصفات للبضاعة محل العقد ، لهذا لا يكون لها الاثر الفعال في مجال الاعتماد المستندي وتكون بذلك اقرب الى عقد البيع منها الى الاعتماد المستندي[٥٦].

الاتجاه الثاني:- ويذهب جانب اخر من الفقه الى انه يسري على القائمة التجارية القانون الواجب التطبيق على الاتعماد المستندي باعتبارها احدى المستندات الرئيسية فهي تحتوي على مواصفات البضاعة الداخلية ولا يوجد مستند اخر يفيد في معرفة مواصفاتها وان ما يوجد في سند الشحن هو الملاحظات الخارجية للبضاعة كالتغليف والحالة الضاهرية فقط اما الوصف الداخلي للبضاعة فتحتويها القائمة التجارية وعليه فهي تتيح للمصرف التحقق من ذاتية البضاعة واوصافها ومدى تطابقها مع باقي المستندات الاخرى ، ولاهميتها السابقة بالنسبة للمصرف يرى هذا الجانب الفقهي وجوب تطبيق قانون المصرف عليها اسوة بالاعتماد المستندي .

ونحن نميل الى ترجيح الرأي الاخير وذلك لسلامة الحجة التي يستند عليها.

الخاتمة

في خاتمة هذا البحث توصلنا الى العديد من النتائج والتوصيات وعلى النحو الاتي:-

اولا – النتائج :-

١- الاعتماد المستندي عقد يقوم بمقتضاه المصرف بفتح الاعتماد لمصلحة المستفيد بناء على طلب الامر بضمان مواد منقول او معدة للنقل.

٢- ضابط الاسناد المعتمد في مجال القنون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي هوموطن المصرف مصدر الاعتماد.

٣- ان طبيعة عقد الاعتماد المستندي انه عقد مستقل عن بقية العقود في القانون المدني وهو عقد مصرفي مسمى ولا يمكن الى أي نظام قانوني اخر.

---

(٥٦) فلاح حسن السيد ،المصدر السابق ،ص١١٣

٤- يجب اسناد العلاقة المتعلقة بالاعتماد المستندي الى قانون المصرف مصدر الاعتماد وذلك لان تطبيق هذا القانون يفسح المجال لتطبيق قوانين البوليس المصرفية المطبقة في الدولة.

٥- تتعدد القوانين التي تحكم المستندات في الاعتماد المستندي بتعدد هذه المستندات واهمها سند الشحن البحري ووثيقة التامين والقائم التجارية.

ثانيا- التوصيات :- في خاتمة هذا البحث نوصي باضافة فقرة الى المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي تبرز الاستقلالية التي يتمتع بها عقد الاعتماد المستندي فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق وعلى النحو الاتي(يسري على الاعتماد المستندي قانون المصرف مصدر الاعتماد مع عدم الاخلال بقواعد النظام المصرفي المعمول بها داخل الدولة).

المصادر

اولا- الكتب

١. ابراهيم احمد ابراهيم . القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) . القاهرة : ١٩٩٧ م.

٢. احمد شرف الدين . نظرية الالتزام . مصادر الالتزام . ج٢ . القاهرة : ٢٠٠٣ .

٣. احمد عبد الكريم سلامة .القانون الدولي الخاص الاماراتي . ط١ . جامعة حلوان.٢٠٠٢.

٤.انور سلطان . العقود المسماة – شرح عقدي البيع والمقايضة - . دار النهضة العربية ، ١٩٨٠.

٥. بيار ماير – فانسان هوزيه – القانون الدولي الخاص – ترجمة:علي محمود مقلد. ط١. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع .١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.

٦.جمال محمود الكردي . تنازع القوانين .القاهرة: دار النهضة العربية ، ٢٠٠٥.

٧.حامد زكي . اصول القانون الدولي الخاص المصري . ط٣ .القاهرة: مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، ١٣٦٣هـ - ١٩٤٤م.

٨. خالد ابراهيم التلاحمة . التشريعات المالية والمصرفية من الوجهتين النظرية والعملية . ط١ .عمان: دار الاسراء للنشر والتوزيع .

٩. رجب كريم عبد الاله .التفاوض على العقد .مصر: دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠م

١٠. سعيد جبر . الوعد بالتفضيل . دار النهضة العربية ، ١٩٩٣.

١١.سميحة القليوبي . شرح قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م – العقود التجارية وعمليات البنوك - .ط٣ ، القاهرة ، ٢٠٠٠م.

١٢.صفوت ناجي بهنساوي . عقود التوزيع الانتقائي .القاهرة: دار النهضة العربية ، ١٩٩٥م.

١٣.عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري . نظرية الالتزام – مصادر الالتزام – ١٩٨٠.

١٤.عز الدين عبدالله . القانون الدولي الخاص المصري (الجزء الثاني) تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين) .القاهرة: مكتبة النهضة العربية .

١٥.فؤاد ديب . تنازع القوانين .حلب- سورية: منشورات جامعة حلب ، ١٩٩٢.

١٦.فؤاد عبد المنعم رياض و د.محمد خالد الترجمان. القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الاجنبية .القاهرة: دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ – ٢٠٠٣ م.

١٧. محمد ابراهيم دسوقي . الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وابرام العقود . معهد الادارة العامة . السعودية – الرياض ، ١٩٩٥ م.

١٨. محمد علي مصطفى . الخصم في قانون التجارة الجديد . ط٢ .الجزائر: دار المعرفة ، ٢٠٠٥.

١٩.محمد كمال فهمي . اصول القانون الدولي الخاص . ط٢ .الاسكندرية: مؤسسة الثقافة الجامعية ، ١٩٧٨.

٢٠. محمد محسن النجار . عقد الامتياز التجارية – دراسة في نقل المعرفة الفنية .الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠١.

٢١. محمد محمد ابو زيد . المفاوضات في الاطار التعاقدي صورها واحكامها .القاهرة: دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ م.

٢٢. مصطفى محمد جمال . السعي الى التعاقد في القانون المقارن .الطبعة الاولى .بيروت -لبنان :٢٠٠٢م .

٢٣.هشام علي صادق . دروس في القانون الدولي الخاص .بيروت –لبنان: الدار الجامعية للطباعة والنشر .

ثانيا – المجلات العلمية.

١. جعفر الفضلي . "عقود الاطر المنظمة للبيوع ". مجلة الرافدين للحقوق . كلية القانون ، العدد ١٢ (٢٠٠٢م) .

٢. منصور مختار رشدي : العقود المركبة والموقف القضائي منها . بحث منشور على الانترنيت.

ثالثا- الرسائل والاطاريح الجامعية.

١. احمد محمود حمدان الفضلي ."القانون الواجب التطبيق على الزواج واثاره (دراسة مقارنة) " .اطروحة دكتوراه . جامعة الموصل – كلية الحقوق . ١٩٩٩م.

٢. زينة حازم خلف ." القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين ((دراسة مقارنة))".رسالة ماجستير . كلية الحقوق – جامعة الموصل – ٢٠٠٦.

٣. يونس صلاح الدين محمد علي . "العقود التمهيدية" . اطروحة دكتوراه . جامعة الموصل – كلية الحقوق .٢٠٠٩ م.

رابعا ـ القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٢. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

٣. قانون المعاملات المدنية الاماراتي لعام ١٩٨٥

٤. قانون العلاقات الاجنبية الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١.

٥. قانون المعاملات المدنية السوداني لعام ١٩٨٤

خامسا ـ المصادر الاجنبية

1. Jackson (E.) :The conflict of laws . London . stevens .sons . 2nd ed . 2005
2. N.DAVID:les clauses de stabilite dans les contrats petroliers,questions un praticien clunet 1998.
3. P.R Jonne .Applicable law to the contract . London . 2nd ed . 2003.
4. U.E Cross : Question in private international law . Oxford . carendon press . 2009 5-(F): Morris : The conflict of laws London , sweet (8), 7th , ed , 1999 .

5. F.S. Manwill . private international law . 2th ed . London .2001 .

ثامنا- مواقع الانترنيت

1. http://arabadvocates.4t.com

2.www.werthsout.t4.su.h&b555.