الإصدار (17) 2025
العدد الخاص بالمؤتمر لطلبة الدراسات العليا
المنعقد بتاريخ 25 ـ 2025/2/26

مجلة رسالة الحقوق ISSN-2032-2075

مفهوم وطبيعة الأشتراط بفتح الاعتماد المستندي

The concept and nature of the requirement to open a documentary credit

بحث مقدم من قبل

م.م سيف منير عباس الخالدي
Saif Munir Abbas Al-Khalidi
طالب دكتوراه قانون خاص ـ التجاري
Email: Saifmoner4@gmail.com

أ.د. باسم علوان طعمة العقابي
Prof: Bassem Alwan Tohme Al-Aqabi
استاذ القانون التجاري في كلية القانون – جامعة كربلاء
Email : dr.Basim1976@gmail.com

الملخص :
ساهمت المؤسسات المصرفية العالمية بدور فعال وتأثير كبير في عمليات التبادل التجاري الدولي من خلال تقنيات مصرفية جديدة أستطاعت من خلالها وضع حد لعنصر غياب الثقة بين تجار من جنسيات واماكن مختلفة من العالم تفرق بينهم المسافة الجغرافية والحدود السياسية ، بالاضافة الى اختلاف اللغة والنظم القانونية والاقتصادية والسياسية ، الامر الذي يقتضي ان تكون هذه العوامل تجعل هذا النوع من العقود يتميز بارتفاع نسبة المخاطر سواء كانت تجارية او غير تجارية .
إذ ينظم عقد البيع العلاقة القانونية بين البائع والمشتري فيلتزم بموجبه المشتري بأن يقدم للبائع اعتماداً مستندياً يحدد الاشتراط نوعه ومدته ، فيطلق على عقد البيع في هذه الحالة العقد الاساس أو العلاقة الأساسية ، فهذا العقد تحكمه القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني التي تنظم عقد البيع ، لذلك نجد أن المتعاقدين يلتزمان بتنفيذ التزاماتهما التعاقدية لضمان انجاز العملية التجارية .
فهذا الاشتراط الخاص بعملية التسوية يفرض التزامات متبادلة على عاتق طرفي هذا العقد والذي يعتبر ابرام عقد الاعتماد المستندي أبرز اثاره ، فيقع على عاتق المشتري تنفيذه على وفق ما نص عليه العقد الاساس ، أي يتحدد التزام المشتري في ابرام الاعتماد من حيث مضمون هذا الالتزام وما ينطوي عليه اتفاق الطرفين .

الكلمات المفتاحية : مفهوم اشتراط التسوية ، خصائص الاشتراط ، طبيعته القانونية

Abstract :
The sales contract regulates the legal relationship between the seller and the buyer, whereby the buyer is obligated to provide the seller with a documentary credit that specifies the type and duration of the condition. In this case, the sales contract is called the basic contract or the basic relationship. This contract is governed by the general rules stipulated in the Civil Code that regulate the sales contract, so We find that the contractors are committed to implementing their contractual obligations to ensure the completion of the commercial process , This requirement for the settlement process imposes mutual obligations on the two parties to this contract, of which the conclusion of the documentary credit contract is considered the most prominent effect. It is the responsibility of the buyer to implement it in accordance with what was stipulated in the basic contract, meaning that the buyer's obligation to conclude the credit is determined in terms of the content of this obligation and what it entails. Agreement of both parties.

Key words : The concept , nature , the requirement , open a documentary, credit

موضوع البحث :

المقدمـــــة

اولاً : جوهر الموضوع

الاعتماد المستندي نشاط مصرفي لجأت اليه البنوك منذ زمن ليس باليسير كأداة فذة لتسوية المدفوعات الناشئة عن التجارة الدولية ، فهذه الاخيرة تتسم بالتباعد الجغرافي بين أطرافها (المُصدر والمستورد) كما اسلفنا انفاً ، ومن خلال الاعتماد المستندي يطمئن المُصدر من جهة بالنسبة لحصوله على مستحقاته عند تقديم المستندات التي تمثل البضاعة المصدرة ، كما يطمئن المستورد على تنفيذ المصدر لالتزاماته طبقاً للشروط المتفق عليها ، وبالمقابل يحصل المصرف نتيجة لقيامه بفتح الاعتماد على العمولة المحددة سلفاً .وتأسيساً على ذلك ونتيجة للمزايا التي يمتاز بها الاعتماد المستندي ، شاع اللجوء الى الاعتماد المستندي كوسيلة لتسوية الصفقات التجارية ، وذلك من خلال شرط يدرج غالباً في عقد الصفقة التجارية يقضي بلزوم تسديد دين هذه الصفقة بطريق الاعتماد المستندي ، لذلك يتحتم معرفة الطبيعة القانونية لهذا الشرط من خلال تكييفه وايضاح الآثار الناتجة عن تحققه او عدم تحققه .

ثانياً :أشكالية البحث

تتجلى الاشكالية الاساسية التي يثيرها موضوع البحث والتي نحاول عن طريقه معالجتها في تحديد الاساس والطبيعة القانونية لأشتراط فتح الاعتماد المستندي ، والتي اضحت من المشاكل القانونية التي تواجه المتخصصين . وعلى الرغم من الاهمية التي يمتاز بها اشتراط التسوية خصوصاً في ميدان التعاملات التجارية الدولية الا انه لم يحظى بتنظيم تشريعي يبين مفهومه وطبيعته القانونية والتي لها الدور الاساس في تنفيذ الاشتراط ، وعلى اساس ذلك يتحدد مصير العقد ومايترتب عليه نتيجة الاخلال في تنفيذ هذا الاشتراط من قبل اطراف العقد الاساس المبرم بين البائع والمشتري .

ثالثاً: منهجية البحث

سوف يتم اعتماد المنهج التحليلي المقارن كونه المنهج المعتمد في الدراسات القانونية ، وسنعتمد من خلاله الى تحليل الاراء الفقهية التي طرحت بصدد الموضوع وربطها بالجانب التشريعي المقارن .

رابعاً :خطة البحث

سوف نقسم هذه الدراسة الى مطلبين ، نتناول في المطلب الاول مفهوم الاشتراط بفتح الاعتماد المستندي ، اما في المطلب الثاني سوف نتناول تحديد الطبيعة القانونية للاشتراط من خلال استعراض الاراء الفقهية الخاصة بهذا الموضوع .

المطلب الاول : مفهوم الاشتراط بفتح الاعتماد المستندي

يعتبر عقد الاعتماد المستندي العملية المميزة للتجارة الخارجية والعامل الاساس في تمييزها عن التجارة الداخلية ، فضلاً عن إن الاعتماد يمثل اهم عمليات الائتمان المصرفي وله الاثر الواضح في الاقتصاد الوطني والتجارة بشكل عام وأداة هامة في تسوية البيوع الدولية . فقد يتفق المتعاقدان في ميدان عقود التجارة الدولية على ان يقوم المشتري بدفع ثمن المبيع عندما يتأكد بأن البضاعة قد شحنت اليه فعلاً ، ويكون الاستدلال على الشحن بوثائق ومستندات تمثل البضاعة المشحونة وتعتبر حيازتها بمثابة حيازة البضاعة نفسها . وهذه المستندات الغاية منها اثبات عملية شحن البضاعة المتعاقد عليها ، والتي تتمثل بشهادات المنشأ للبضاعة وسندات الشحن ، ومستندات التأمين عليها ، والفاتورة التجارية وغيرها من الوثائق التي تتطلبها المصارف او التي يتفق على ادراجها المتعاقدون .في الوقت الذي تعتمد فيه التجارة الدولية على تدفق البضاعة من البائع الى المشتري و دفع ثمن هذه البضاعة من قبل المشتري الى البائع ، لاسيما وان البائع يحتاج الى وسيلة تضمن له قبض ثمن هذه البضاعة وتنفيذ المشتري الترامه بصورة صحيحة بسبب التباعد المكاني بين طرفي عقد البيع هذا من جانب ، ومن جانب اخر عدم معرفة المركز المالي لبعضهما بشكل جيد ولعل هذه النقطة تعتبر العامل الاساس في اغلب التعاقدات التي تبرم بين الطرفين ، لذلك ينبغي وجود وسيلة تضمن للبائع حقه في قبض ثمن البضاعة ، وفي ذات الوقت للمشتري حقه في استلام هذه البضاعة وفقاً لما متفق عليه في العقد ، وهكذا يتضح لنا ان فكرة الاعتماد المستندي كوسيلة دفع مضمونة تحقق مطالب طرفي عقد البيع ، وفي ذات الوقت تحقق الكثير من المزايا للمصرف فاتح الاعتماد . واستخلاصاً لما سبق يتبين ان هذه العملية تبدأ من عقد البيع الاساس المبرم بين الطرفين حيث يشترط البائع ان يكون دفع الثمن بموجب اعتماد مستندي وبشروط معينة يتم الاتفاق عليها اما بموجب العقدالاساس او بموجب اتفاق لاحق وهذا مدار بحثنا .وعليه لابد لنا ان نسلط الضوء على اهمية الاشتراط بفتح الاعتماد المستندي من خلال تقسيم هذا المطلب الى فرعين ، سوف نتناول في الفرع الاول تعريف الاشتراط بفتح الاعتماد المستندي ، اما في الفرع الثاني سوف نتناول خصائص الاشتراط بفتح الاعتماد المستندي .

الفرع الاول / تعريف الاشتراط في سياق الاعتماد المستندي

تتأثر العقود والمعاملات التجارية وغير التجارية بالشروط التي تقترن بها ، فتأثيرها يبدو واضحاً وجلياً من حيث الصحة والبطلان على الرغم من أن اغلب القوانين الوضعية اجازت ان تتضمن هذه العقود شروطاً صحيحة يعتد بها ، وتكون كذلك ما دامت تؤكد او تلائم مقتضاها او مما قد جرت عليه الاعراف والعادات السارية في حينها . وعليه نجد راي من الفقه يذهب الى القول [1] بأن الوصف في العقد المشروط امر عارض يلحق به بعد تكامل جميع أركانه واتفاق اطرافه على المسائل الاساسية الجوهرية فيه ، وأن كان رأي اخر يذهب الى القول [2] بأن اغفال المتعاقدين الاتفاق على الشروط التفصيلية التي من شانها ان توقف التنفيذ يجعل العقد ناقصاً من حيث التنظيم مما

يستوجب تدخلهما او تدخل القاضي لاستكمالها طبقاً للقانون والعرف والعدالة وبحسب طبيعة الالتزام ، وبالنتيجة يمكننا القول بان الشرط وأن كان خارج عن تكوين العقد من الاساس مما يؤكد فكرة اعتباره امر طارئ على العقد الا انه وليد الارادة المشتركة للمتعاقدين وبالتالي يصبح واجب التنفيذ .وعلى المستوى النظري بخصوص تعريف اشتراط التسوية التجارية لابد لنا ان ننوه الى معلومة مهمة تبرر ركوننا الى اراء الفقه القانوني ، وهي أننا لم نجد له تعريفاً تشريعياً سواء في التشريع العراقي او المصري او الفرنسي مما يضطرنا الى اللجوء للاراء والطروحات الفقهية التي سيقت بشأن تعريفه وتحديد مضمونه ومعناه .وفي خضم الجدل الفقهي حول تعريف اشتراط التسوية التجارية نجد ان البعض قد عرفه بأنه: " عقد انشأ بموجب اتفاقية البيع الاساسية والمبرمة بين البائع والمشتري ، لغرض توفير ضمان للبائع ليحل محل ما تم تمثيله في مستندات الشحن من بضائع او سلع والتي يتنازل عنها مقابل الاعتماد " [3] . يظهر من التعريف اعلاه انه قد خلط بين شرط التسوية وعقد الاعتماد المستندي ، حيث أشار الى عقد الاعتماد المستندي بصورة عامة ولم يتناول تحديد مفهوم اشتراط التسوية التجارية ، بيد ان ما يلحظ على التعريف انه قد اشارَ الى نقطة مهمة وهي كيفية فتح الاعتماد وبين الغرض الاساسي منه وهو تسوية دين الصفقة التجارية وهذه الاشارة يمكن اعتبارها اساسه القانوني ، والتي من خلالها يستطيع اطراف العلاقة التعاقدية الاتفاق على ابرام عقد الاعتماد المستندي فيما بعد ، لذلك تمثل الاشارة العقدية في العقد الاساس نقطة البداية لابرام عقد الاعتماد المستندي . وعرف ايضاً بأنه : (شرط اساسي سابق لابرام عقد الاعتماد المستندي واجب الوفاء به من قبل المشتري قبل تنفيذ اي التزام عقدي اخر ، وبخلافه تتحقق مسؤوليته العقدية وبالمقابل يعفى البائع من اي التزام عقدي اخر) [4] .يتضح من خلال التعريف المتقدم انه قد وصف اشتراط التسوية بأنه شرط اساسي ، ولعلنا ان نستشف من خلاله انه اراد تقسيم الشروط العقدية ، الى شروط اساسية وشروط غير اساسية ولا نعلم ما هو الضابط في تحديد ما هو اساسي وغير اساسي من بين هذه الشروط ، وهل ان الضابط او المعيار شخصي او موضوعي من جهة ومن جهة اخرى ، هل من الممكن اعتبار ارادة الطرفين هي من تحدد اهمية هذه الشروط ام العرف ام ماذا ، وكل هذه التساؤلات يمكننا ان نناقشها وفقاً للاتي :-

1- اشار التعريف الى اعتبار كون اشتراط التسوية شرطاً اساسياً سابقاً ، ولانعلم ما هو سنده القانوني في اعتباره شرطاً اساسياً ، وفي ذات الوقت اشارت مبادئ اليونيدروا الخاصة بعقود التجارة الدولية ، بموجب المادة /4-4 منها بأنه لايوجد تدرج فيما بين بنود العقد والتي جاء فيها "لايوجد كمبدأ عام تدرج بين احكام العقد ، بمعنى ان كل حكم في العقد يتمتع بنفس الاهمية بغض النظر عن الترتيب الذي ورد فيه ...." ، اي مامعناه بأن الاصل ان تكون جميع بنود العقد على مرتبة واحدة .

2- نص التعريف الى وجوب الوفاء بتنفيذه ولعل سند هذا الالزام هو مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) وكذلك مبدأ (القوة الملزمة للعقد) ، وبالنتيجة تعتبر الشروط التي اتفق عليها اطراف العقد هي الحاكمة فيما بينهم والتي تعتبر واجبة التنفيذ ، لأنها جاءت نتيجة اتفاق ارادتين وهي ارادة الموجب وارادة القابل وبعد اتفاقهما ظهر العقد الى حيز الوجود والذي يعتبر وليد ارادة المتعاقدين ، وهذا يؤدي الى اعتبار الشروط التي كانت نتاج هذا الاتفاق ملزمة لطرفي العقد ولايجوز ان ينقضها احد ، واذا تطلب الامر تعديلها او الغائها يقتضي الامر اتفاق ارادة الطرفين وفق المسار الذي اوجدها .

نخلص الى القول بان الشروط الارادية الاتفاقية هي شروط تنبثق بعد سلسلة مفاوضات ومداولات تتم بين الطرفين ويتم ادراجها بعد اتجاه ارادة المتعاقدين الى الاخذ بها وتضمينها في عقودهم حالها حال اي بند عقدي اخر .

3- اعتبر اخفاق المشتري في فتح الاعتماد مبرراً للبائع في اعفاء نفسه من اي التزام عقدي اخر ، في الواقع نجد ان هذا الاعفاء له اساس من القانون وليس ابلغ في الدلالة مما اشار اليه المشرع العراقي [5] والمصري [6] والمشرع الفرنسي ايضاً باعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه في حال الاتفاق عليه من قبل المتعاقدين من دون حاجة الى انذار او حكم قضائي .

بطبيعة الحال ان الاحكام التي اشرنا اليها في القوانين النافذة يمكن ان تطبق لو كانت العلاقة التعاقدية غير مشوبة بعنصر اجنبي ، الا ان من المؤكد في مثل هذه التعاقدات تكون بين اطراف عابرة للحدود الجغرافية وبالتالي لا يمكن ان تتحقق الا اذا اتفق على تطبيقها صراحة من قبل الاطراف او احالة اليها قواعد الاسناد في دولة القاضي المنظور امامه النزاع حال تحققه .

لذلك يذهب رأي من الفقه الى القول [7] بأن العقد الاساس اذا انعقد واصبح البائع والمشتري كل منهما عارفاً بحقوقه وواجباته وقد اطمأن الى قرينه ، بما اسند هذا القرين من ضمانات مصرفية تتمثل بالاعتماد المستندي بكونه طريقة للوفاء ويشترط فيه ان يكون غير قابلاً للالغاء ومحدد المدة من بدايته ونهايته ، اصبح اطراف العقد ملزمين بتنفيذ التزاماتهم المحددة في العقد .

بيد ان هذا الالتزام المتبادل لايتحقق عملياً الا بعد تنفيذ المشتري لالتزامه بفتح الاعتماد المستندي واشعار البائع به ، فيصار في هذه الحالة المباشرة بتنفيذ العقد الاساس من قبل البائع وشحن البضاعة على اعتبار ان الغاية الاساسية من الاشتراط قد تيقنت بتوفر عنصر الاطمئنان والثقة بين اطراف العلاقة التعاقدية ، مما يلاحظ بأن اشتراط التسوية في هذه الحالة يعد شرط متفوق على التزام البائع بتسليم البضاعة ، مما يعني ان المبادرة اصبحت واجبة على المشتري فيقوم بفتح الاعتماد المستندي ، وبخلافه تتحقق مسؤوليته العقدية ويصار الى فسخ العقد ولايبرئ المشتري من هذه المسؤولية الا اذا كان هذا الاخلال منسوباً الى قوة قاهرة حالت دون تنفيذ هذا الالتزام . وقد عرف ايضاً بأنه : " عبارة عن اتفاق بين المصدر والمستورد يجسد مضمون وخصائص الاعتماد المستندي المطلوب فتحه لتسوية دين العقد الاساس للصفقة التجارية كتحديد نوع الاعتماد ومدته واسم البنك الذي يجب فتح الاعتماد لديه" [8] . يتضح من التعريف المتقدم بأنه قد لخص جوهر الاتفاق الحاصل بموجب العقد الاساس بين البائع والمشتري والمنبثق عنه الزام الاخير بسداد ثمن البضاعة وفق الالية المتفق عليها والذي نتج عنه التزام المشتري بفتح الاعتماد المستندي كأثر من اثار عقد البيع الاساس ، لذلك يذهب رأي من الفقه القانوني الى القول [9] بوجوب

تقصي قصد الطرفين من هذا الاتفاق بدقة ، فأذا لم يتم تفصيل جوهر الاتفاق بصورة صريحة من قبل الطرفين ولم يتم التوصل اليه ، وجب افتراض ان البائع اراد من اشتراطه ان يحصل به على اقصى درجات الامان فضلاً عن اتخاذه وسيلة لتسوية الثمن .

وبناءً على ما تقدم بخصوص تعريف اشتراط التسوية التجارية يمكننا ان نقترح التعريف الاتي لاشتراط التسوية التجارية بأنه : التزام عقدي سابق لاداء جميع التزامات الطرفين يدرج في العقد الاساس فيفرض التزام على عاتق المشتري بفتح اعتماد مستندي لتسوية دين الصفقة التجارية ، ويكون سبباً لتنفيذ العقد الاساس وبخلافه تتحقق مسؤولية المشتري العقدية.

لايوجد ادنى شك بأن اي شرط او بند يدرج في العقد يمثل عبء والتزام على عاتق اطرافه ويصبح واجب التنفيذ ، وهذا التنفيذ في حد ذاته هو جوهر الالتزام ، حيث ان اشتراط التسوية بموجب الاعتماد المستندي لوحده يمثل التزام على عاتق المشتري من دفع عمولات.

الفرع الثاني /خصائص اشتراط فتح الاعتماد المستندي

تشير التطبيقات العملية في ميدان عقود التجارة الدولية الى اهمية اشتراط التسوية في العقود اليومية في حياة الناس والذي يمثل اهم اثار عقد البيع الاساس من حيث كونه يؤكد حق المشتري باستلام البضاعة المتفق عليها في الوقت المحدد والمكان المعين بالاضافة الى مطابقتها لما اتفق عليه مع البائع ، لاسيما وانه لن يجبر المشتري على ايفاء ثمنها الا بعد استلامه لكافة المستندات التي يتطلبها عقد الاعتماد المستندي فيما بعد ، وفي المقابل يتحقق الاطمئنان للبائع بعد تبليغه بفتح الاعتماد ، بأنه سيقبض ثمن بضاعته والنفقات التي يتكبدها كاملاً ، لان المصرف التزم اتجاهه التزام مباشر ومستقل عن عقد البيع الاساس .وتأسيساً على ما سبق وللاهمية التي يتصف بها الشرط وخاصة في التعاقدات اليومية بين افراد المجتمع فيما بينهم ، او بينهم وبين المؤسسات العامة او الخاصة ، او بين مؤسسات المجتمع العامة والخاصة فيما بينها ، لذلك يتوجب علينا التطرق لاهم الخصائص الواجب توفرها في الشرط من الناحية القانونية والتي بتوفرها يرتب القانون عليه اثاره القانونية وبخلاف ذلك لم تكن هنالك اثار قانونية نتيجة للالتزامات المشروطة .وعليه يقتضي البحث تقسيم هذا الفرع الى فقرتين ، سوف نتناول في الفقرة الاولى خصائص الاشتراط من حيث التكوين ، اما في الفقرة الثانية سوف نتناول فيه خصائص الاشتراط من حيث التنفيذ .

اولاً : خصائص الاشتراط من حيث التكوين ان اللجوء الى المرحلة التي تسبق التعاقد يرتكز على عدة اسباب ، ومن اهم هذه الاسباب ، هي اسباب اقتصادية تتمثل في الاهمية العملية للعقد المراد ابرامه سواء بالنسبة للبائع او المشتري ، واسباب قانونية ترجع الى صعوبة تركيبة العقود الدولية بما لايكفي معه الركون الى القواعد المكملة والتي تطبق عند عدم وجود اتفاق على خلافها . فقد كانت هناك عدة محاولات من جانب الفقه القانوني لتحديد مفهوم المرحلة السابقة على التعاقد ، والتي تتضمن دراسة ومناقشة شروط العقد المزمع ابرامه ابتداءً قبل الولوج في مرحلة التعاقد والتي تعتبر المرحلة اللاحقة لمرحلة التفاوض والتداول التي يجريها المتعاقدين .ثم تليها فيما بعد مرحلة ابرام العقد ، اي عقد فتح الاعتماد المستندي بما يتضمنه من شروط والتزامات متبادلة بين الطرفين والتي تعتبر تجسيداً لعقد البيع الدولي المبرم بين البائع والمشتري فيما يتعلق بطريقة باشتراط تسديد ثمن الصفقة التجارية مع عدم تصدع مبدأ استقلال العقدين من حيث كون عقد البيع مستقل عن عقد فتح الاعتماد المستندي .

فأذا استكمل الشرط مقوماته القانونية الاساسية فسيرتب اثراً قانونياً معيناً وهو وجوب الوفاء به والاخذ بمضمونه من قبل اطراف العلاقة التعاقدية ، وفي مقابل ذلك لا يثبت وصف الشرط اذا لم تتحقق المقومات الواجب توفرها فيه ، لذلك من ابرز خصائص الاشتراط من حيث التكوين هي :- .

1- اتفاق مبدئي

تسبق عملية فتح الاعتماد المستندي عادة مناقشات واتصالات عديدة تتم بين المشتري (المستورد) والبائع (المصدر) ، فينتج عن ذلك اتفاق مبدئي يذكر فيه نوعية البضاعة والاسعار وكيفية الشحن وتاريخ التسليم وألية تسديد الثمن ، فيأخذ المشتري نسخة من هذا الاتفاق ويأتي به الى المصرف لفتح اعتماد مستندي لتسوية ثمن البضاعة محل العقد الاساس [10] ، لذلك توصف المرحلة السابقة على التعاقد بأنها من اهم مراحل العقد واعقدها على الاطلاق كونها تتضمن اجراء التحاور والمراوغة فيعرض كل طرف فيها قدراته ومهاراته ، فيأخذ ويعطي لغرض تحسس المصلحة والوصول الى تحقيق الغاية الاساسية له وعدم الالتزام بالعقد الا في اللحظة التي يريدها .فيقصد بالاتفاق الاولي او المبدئي تلك المرحلة التي يتبادل فيها اشخاص العلاقة التعاقدية المستقبلية الاراء ووجهات النظر ويناقشون الاقتراحات التي يضعونها سوية رغبة منهم في الوصول الى ابرام العقد الاساس فمن خلال المفاوضات قد يتم الاتفاق على العقد بشكل كامل ، او قد يتم الاتفاق على مسائل معينة وتاخير الاتفاق على المسائل الاخرى ولكن بالنتيجة فأن الهدف الاساس من المفاوضة يتمثل باقتران الايجاب بالقبول والتعبير عن ارادتين متوافقتين ، وبالتالي احداث اثر قانوني معين ينتج عنه ابرام عقد الاعتماد المستندي. فقد عرف رأي من الفقه القانوني الاتفاق المبدئي بأنه (تلك العملية التي يتبادل فيها اطراف العلاقة التعاقدية الاقتراحات والتفاوض بشأنها بغية التعرف على المعاملة المزمع ابرامها وما سوف يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات على عاتق الطرفين من خلال سلوك افضل الوسائل القانونية التي تحقق مصلحتهما) [11] . حيث نصت المادة /91 الفقرة /1 من القانون المدني العراقي النافذ على الاتفاق الابتدائي والتي جاء فيها "الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بابرام عقد معين في المستقبل لايكون صحيحاً الا اذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ان يبرم فيها" . يتضح من النص المتقدم ان المشرع العراقي قد اطلق على المرحلة التي تمهد لابرام اي عقد او اتفاق مستقبلي بالاتفاق الابتدائي ، على عكس ما سار عليه المشرع المصري والذي لم يحدد مفهوم هذه المرحلة العقدية المهمة .فالتزام التفاوض واقعاً يشتمل على عنصرين اساسيين ، الاول مادي ، يتمثل بكافة الاعمال المادية التي تتطلبها عملية

التفاوض كالخطابات والمراسلات والاجتماعات بين الاطراف ، والثاني معنوي او نفسي ، يتجلى بالتحلي بحسن النية والامانة والنزاهة بغية الوصول الى العقد المزمع ابرامه . وتاسيساً على ما سبق يمكننا القول بان الاتفاق المبدئي يمثل جوهر فكرة اشتراط التسوية حيث تفترض عملية فتح الاعتماد المستندي وجود عقدين هما ، عقد بيع وعقد اعتماد مستندي ، ويعد كل منهما مستقلاً عن الاخر ، فالعقد الاول هو عقد البيع الاساس ينشأ قبل نشأة الاعتماد المستندي ويعتبر سبباً لنشأته والذي غالباً ما يكون عقداً دولياً يبرم بين طرفين مختلفين مكانياً محله بضائع منقولة ، تنتقل من دولة الى اخرى بعقد نقل بحري او جوي فيتم النقل عادة عن طريق سند شحن يصدر اما للآمر او لحامله فيكون تدخل المصرف عادة لتنفيذ هذا العقد عن طريق الاعتماد المستندي والذي يتم اشتراطه بموجب العقد الاساس [12].

2- ممهد لابرام عقد اخر

تسبق مرحلة فتح الاعتماد المستندي مرحلة اساسية وهي مرحلة ابرام عقد البيع الدولي المبرم بين البائع والمشتري والذي بموجبه يتم الاتفاق على وسيلة الدفع لتسديد ثمن البضاعة عن طريق الاعتماد المستندي بموجب بند عقدي يسمى بأشتراط التسوية ، والذي يتضمن اتفاق الطرفين على مدة الاعتماد ومبلغه وتاريخ فتح الاعتماد المستندي ، وكذلك المستندات الواجب تقديمها من قبل البائع [13] .واستناداً لما سبق يمكننا القول ان العملية تبدأ من عقد البيع والذي يشترط فيه البائع ان يكون الثمن نظير تقديم المستندات المنصوص عليها في عقد الاعتماد المستندي ، وعلى الرغم من انطلاق عملية فتح الاعتماد المستندي من صلب العقد الاساس .

3- محدد المدة

تؤدي المدة دوراً فعالاً لا يمكن انكاره في اشتراط التسوية ، سواء كان هذا الدور في مرحلة تكوين الاشتراط ام في مرحلة تنفيذه ، لذلك فان تحديد مدة العقد متى يبدأ ومتى ينتهي امر مهم جداً لا بالنسبة للعقود المستمرة التنفيذ فحسب ، وانما بالنسبة للاصناف والعقود والاشتراطات الاخرى جميعاً لاسيما وان العقد يعتبر وسيلة قانونية لتبادل الاموال والخدمات [14]، لذلك فقد نصت المادة /1210 من القانون المدني الفرنسي الجديد على ضرورة تحديد مدة العقد وعدم جعل المدة مؤبدة اطلاقاً والتي جاء فيها "تحظر الالتزامات المؤبدة ويجوز لكل متعاقد ان ينهي هذه الالتزامات طبقاً للشروط المنصوص عليها بشأن العقود غير محددة المدة " .

فقد اشار المشرع الفرنسي الى وجوب تحديد مدة العقد وبخلافه اعطى الحق للمتعاقدين او لاحدهما ان ينهي هذه الالتزامات ، بيد اننا لم نجد ان المشرع قد نص على ضرورة توجيه انذار رسمي او ما شابه ذلك قبل اللجوء الى انهاء العقد او فسخه ، لذلك لا نجد ان الامر يستقيم في مجال عقود التجارة الدولية ، اذ لابد من اتباع الاجراءات التي تشير اليها القواعد العامة ، الامر الذي يقتضي ضرورة تحديد المدة التي يجب ان يتم فتح الاعتماد المستندي خلالها . لذلك نجد ان عقد البيع ينص بموجب اشتراط التسوية على اقصى تاريخ لفتح الاعتماد المستندي ، او يفتح خلال مدة معينة ، او انه يفتح خلال مدة من تاريخ معين وهنا يعتبر تاريخ فتح الاعتماد محدد ومعلوم [15] .

4- قائم على حق مالي

تشترط عقود التجارة الدولية في اغلب الاحيان دفع ثمن البضاعة المتفق عليه في العقد الاساس بموجب الاعتماد المستندي ولاطراف العقد مطلق الحرية فيما يخص تنظيم وتحديد شروط الدفع ، لذلك نجد ان اطراف العلاقة التعاقدية يحرصون خلال مرحلة التفاوض على مناقشة وتحديد هذه الشروط والتي يجب ان ينعقد عليها الاتفاق بين البائع والمشتري على اعتبار ان تسليم البضاعة ودفع الثمن يمثلان الالتزامات الرئيسية والاساسية في العقد الاساس المبرم بينهم [16] .

نخلص الى القول بان محل هذا الاشتراط قائم على حق مالي يتمثل بثمن الصفقة التجارية ويعتبر حق خالص للبائع ، اي حق استئثاري للبائع لا يجوز لاحد غيره ان يستغله او يستأثر به الا بعد الحصول على موافقته او من يخلفه فيما بعد .

5- سابق على التزامات البائع

جرت العادة في ميدان عقود التجارة الدولية على قيام المشتري بتنفيذ التزامه التعاقدي الوارد في عقد البيع الاساس والذي يترجمه كأثر من اثار هذا العقد هو اشتراط التسوية قبل تنفيذ اي التزام تعاقدي اخر ، لذلك نجد ان المشتري بعد ابرامه العقد الدولي يتقدم الى احد المصارف طالباً منها فتح اعتماد مستندي بغية الوفاء بثمن الصفقة التجارية [17] ، فتكون زمام المبادرة بيد المشتري ابتداءً ومن ثم يصار الى تنفيذ البائع لالتزامه بشحن البضاعة .

ثانياً : خصائص الاشتراط من حيث التنفيذ

يتحدد التزام المشتري في تنفيذ عملية فتح الاعتماد المستندي من حيث مضمون هذا الالتزام باتفاق الطرفين ، فأن لم يفصلا قصدهما وجب في هذه الحالة افتراض ان البائع اراد من اشتراطه ان يحصل على اقصى درجات الامان ، فضلاً عن اتخاذه وسيلة لتسوية الثمن . بيد ان ما تجدر الاشارة اليه بأن عدم صدور خطاب الاعتماد او اذا صدر مخالفاً لعقد البيع فليس للبائع ان يناقش المصرف او يطالبه باصدار خطاب اعتماد جديد ولا تعديل شروطه ، لان الملتزم بذلك اتجاه البائع هو المشتري ، وفي ذات الوقت لايجبر البائع على التنفيذ وله ان يظل ممتنعاً عن ذلك وأذا طلب منه التنفيذ كان له ان يدفع طلب المشتري بعدم تنفيذ هذا الاخير التزامه بفتح الاعتماد المستندي تطبيقاً لقواعد العدالة ، فضلاً عن ذلك فأن القواعد العامة ونصوص القانون المدني العراقي النافذ (م /177) تعطي الحق في ان يطالب الطرف الذي اخل بالتنفيذ ان ينفذ التزامه التعاقدي او يتم فسخ العقد ، وقد يكون بالبيع شرط فاسخ صريح يوقع الفسخ دون ادنى سلطة في التقدير للمحكمة ، كما يحق له ان يطالب بتعويض ما اصابه من ضرر بسبب تخلف الطرف الاخر ، وان كان الراي الغالب في اعتبار شرط التسوية في عقد البيع يعتبر عنصراً جوهرياً فيه ، لذلك يمكن تحديد خصائص الاشتراط من حيث التنفيذ بالاتي :-

1- فوري التنفيذ

ان الاصل في اشتراط التسوية بانه ينفذ بصورة فورية حتى ولو تم تنفيذه بعد اجل معين لان الزمن كما اسلفنا لايعد عنصراً جوهرياً فيه ولا يدخل كذلك في قياس الالتزام ، وبالتالي نجد ان التزام المشتري بموجب هذا الاشتراط في العقد الاساس يقوم على مرتكز اساسي وهو فتح الاعتماد المستندي ، لذلك لانجد للمدة دور في هذا الالتزام ، و ان حدد الطرفان في بعض الاحيان مدة معينة يتم خلالها فتح الاعتماد او تتم الاشارة الى فتح الاعتماد الا انه لم تحدد مدة لاتمام هذه العملية المصرفية والتي استقر رأي الفقه القانوني [18] على وجوب فتح الاعتماد خلال مدة معقولة والمقصود من ذلك ان يصبح بمقدور البائع سحب مبلغ الاعتماد او جزء منه منذ تاريخ بدأ عملية الشحن وحتى انتهاؤها بالكامل ، بغية اطمئنان البائع واستيثاقه من حصوله على ثمن البضاعة التي سوف يشرع بتصنيعها او شراؤها وارسالها الى المشتري ، فهذه المدة لا تعتبر مدة تنفيذ للعقد وانما مدة سريان يستدعي امتدادها على التوازي مع مدة العقد الاساس .

2- أحادي الجانب من حيث التنفيذ

يعتبر التزام المشتري المنصوص عليه في اشتراط التسوية بتقديم اعتماد مستندي لوفاء دين الثمن سبباً او التزاماً متقابلاً لالتزام البائع بتسليم البضاعة ، فأذا امتنع المشتري او اعلن عدم امكانه بتقديم هذا الاعتماد ، أصبح للبائع الحق في طلب فسخ العقد مع المطالبة بالتعويض اذا كان له مقتضى [19]قد اعتبر اشتراط فتح الاعتماد المستندي التزاماً اساسياً يدخل في تنفيذ عقد الصفقة الاساس بالاستناد الى دوره في الوفاء وما يترتب على ذلك من امن وطمأنينة للبائع والمشتري في أن واحد لاسيما وان المشتري يعتبر العنصر الفعال والرئيسي في هذه العملية فيلتزم المصرف بالتقيد بكل ما يصدر عنه فيما يخص الصفقة التجارية واتباع تعليماته في صدد قبول المستندات واطلاق مستحقات البائع في حال تقديمها مطابقة لشروط الصفقة التجارية .

وهذا يقودنا الى القول بان اشتراط التسوية التجارية ما هو الا نتاج عقد ملزم للجانبين وهو عقد البيع الاساس من حيث النشوء ، بيد ان مرحلة التنفيذ تكون على عاتق المشتري فقط دون البائع .

3- انه اتفاق يحدد ألية التسوية

الاصل ان يتفق البائع والمشتري في عقد البيع الاساس المبرم بينهما على كيفية تسوية الثمن وكذلك الكيفية التي ينفذ فيها المصرف التزامه اتجاه المستفيد فتكون على شكل اعتماد مقدم او معجل [20] ، حيث يصدر هذا الاعتماد متضمناً قيام المشتري بتقديم دفعة مقدمة الى البائع قبل تنفيذ اي التزام من قبل هذا الاخير او عن طريق الاعتماد المستندي المعروف والشائع استعماله في ميدان عقود التجارة الدولية سواء كان قطعي ام غير قطعي والذي مر بنا ذكره .

الا انه وعلى الرغم من ذلك هنالك العديد من البدائل امام المتعاقدين يمكن ان يتفقا عليها لتسوية الثمن ومنها [21] :-

1- بالامكان ان يتفق طرفا عقد البيع على قيام المشتري بدفع الثمن مقدماً قبل قيام البائع بشحن البضاعة وارسالها الى المشتري ، فيتم اللجوء الى هذا الاجراء عندما يتمتع المشتري بجدارة مالية عالية ، بالاضافة الى ذلك يجب ان تكون لديه ثقة عالية بالبائع.

الا ان ما يؤخذ على هذا الاجراء بانه ناظر الى مصلحة البائع فقط وعلى حساب مصلحة المشتري ، وهذا لا يحقق العدالة العقدية والتي تقوم على اساس التساوي فيما لكل فرد من حق ، ويتمثل هذا العدل بصورة خاصة في عقود المعاوضة ، حيث يرضى الطرفان بتبادل اداءات مختلفة ويستطيع كل منهما الزام الاخر بما تعهد به ، فالعدل هنا بأن ينال كل طرف حقه لاسيما وان العدل في هذه الحالة هو عدل حسابي لايعتد فيه بصفات الاشخاص وشخصياتهم .

2- وقد يتفق الطرفان على ان يقوم المشتري باستلام البضاعة اولاً ومن ثم يقوم بدفع ثمنها فيما بعد ، فهذه الحالة تتيح للمشتري التاكد من اوصاف البضاعة ومطابقتها للشروط المتفق عليها .

ولعل ذلك يتيح للمشتري الحق في تصريف البضاعة المستلمة لو اتيحت له الفرصة ، والبائع ينتظر مدة من الزمن لكي يتمكن من قبض الثمن بدون اي ضمانات يستطيع من خلالها الاطمئنان في الحصول على ثمن البضاعة المرسلة للمشتري .

3- او تكون ألية التسديد عن طريق قيام المشتري بدفع ثمن المبيع عندما يتأكد بأن البضاعة قد شحنت فعلاً من قبل البائع ويكون الاستدلال على شحنها من خلال وثائق تمثل البضاعة المرسلة فتعتبر حيازتها بمثابة حيازة للبضاعة نفسها .

مما يلاحظ ان هذا الاجراء هو الشائع حالياً في ميدان عقود التجارة الدولية كونه يحقق مصلحة طرفي العقد وكذلك يؤكد التوازن العقدي بينهما ، فالبائع مطمئن بانه سوف يقبض ثمن البضاعة المرسلة ، والمشتري سوف يستلم بضاعة مطابقة للشروط المتفق عليها والتي تلبي حاجاته الخاصة [22] .

4- انه اتفاق يحدد صيغة الاعتماد المستندي

يتضمن اشتراط التسوية الوارد بموجب عقد البيع الاساس عادة تحديد طبيعة ونوع الاعتماد المستندي المطلوب ابرامه ، من حيث كونه اعتماد غير قابل للالغاء (قطعي) [23] ، او قابلاً للالغاء (غير قطعي) [24] ، لاسيما وان ألية عمل كل من الاعتماد القطعي وغير القطعي واحدة بيد ان الاختلاف يكمن في امكانية تعديل او الغاء الاعتماد غير القطعي من قبل المصرف بدون موافقة المستفيد (البائع) .

مما يتوجب النص صراحة بموجب اشتراط التسوية على نوع الاعتماد سواء كان قطعي ام غير قطعي وفي حالة غياب النص على ذلك يعتبر الاعتماد في هذه الحالة اعتماد قابل للالغاء ، ولعلنا نستشف من ذلك بأنه يبغي التخفيف عن كاهل المشتري وتقليل مصروفاته كون ان الاعتماد القطعي يتطلب رسوم ومبالغ اكبر من الرسوم التي يتطلبها الاعتماد العادي او غير القطعي ، وكذلك تحديد قيمة الاعتماد ومدة صلاحيته والعملة التي يفتح فيها الاعتماد والمصرف الذي يفتح لديه الاعتماد ، وغير ذلك من الشروط التي يتفق عليها المتعاقدان ، وهذا يرجع في الاساس الى قاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين .

المطلب الثاني/ الطبيعة القانونية للاشتراط بفتح الاعتماد المستندي

أبتكرت المجتمعات والاوساط التجارية ما يعرف بالاعتماد المستندي والذي اصبح احد العقود المرافقة لصفقات الاستيراد والتصدير فيتفق اطراف عقد البيع (الإساس) على تسوية الثمن للصفقة التجارية بواسطته من خلال شرط يدرج في هذا العقد يدعى بشرط التسوية والذي يوفر الحل الملائم لمشكلة الوفاء والائتمان وبنفس الوقت يقلل من المخاطر التي يتعرض لها اطراف العلاقة التعاقدية الى حد يجعله متميزاً عن غيره من العمليات المصرفية والوسائل الاخرى المعمول بها في ميدان التجارة الدولية بالاخص ، فهو يوفر قدراً كبيراً من الاطمئنان للمشتري والبائع على حدٍ سواء . بيد إن هذا الاشتراط والذي على اساسه يبرم عقد الاعتماد المستندي و رغم اهميته اثار جدلاً فقهياً وقانونياً واسعاً فيما يتعلق بتحديد طبيعته القانونية ، وذلك لما لهذا التحديد من اهمية كبيره خاصة فيما يتعلق بالاجابة على التساؤلات او المشكلات التي قد تثور في حال اخلال احد اطراف العلاقة التعاقدية في تنفيذه او الامتناع عن هذا التنفيذ من اساسه ، فما هو مصير العقد الاساس في هذه الحالة ، وكذلك تحديد طبيعة هذا الشرط هل يعد شرطاً مقترناً بالعقد الاساس ام ركناً فيه ، وكذلك ما يترتب على كل منهما نتيجة للفرق الجوهري بين الركن والشرط وما يترتب عليه من حكم في حال تخلفه او انعدامه على ذلك العقد .واستخلاصاً لما سبق وللاهمية القانونية والدور الواضح لاشتراط التسوية لابد لنا ان نسلط الضوء من خلال هذا المطلب على الطبيعة القانونية لاشتراط التسوية من خلال تقسيمه الى فرعين ، سوف نتناول في الفرع الاول تحديد الطبيعة القانونية للاشتراط وفقاً للقواعد العامة ، اما الفرع الثاني سيتضمن تحديد الطبيعة القانونية وفقاً للعقد الاساس .

الفرع الاول / تحديد الطبيعة القانونية للاشتراط وفقاً للقواعد العامة

المراد بالطبيعة القانونية تعني الطريق الذي رسمه القانون في اخضاع موضوع ما لقانون معين ، فالطبيعة القانونية معلومة وتنحصر معرفتها في حقيقة ذهنية رسخها القانون تتعلق بأدراج هذا الموضوع ضمن مجموعة معينة من القواعد القانونية الاساسية المشرعة لتحكم جانباً معيناً من جوانب الحياة . لذلك تكمن الغاية الاساسية في تحديد الطبيعة القانونية لاشتراط التسوية وفقاً للقواعد العامة والتي تختص بالتعاقد في تحديد النظام القانوني الذي يخضع له ، فنجد ان معرفتها وتحديدها للاشتراط بالنسبة للعقد الاساس تبلغ من الاهمية ذروتها سواء لدى المتعاقدين او لدى الغير ، فتضع القواعد العامة الاطار القانوني الذي يفرض النظام في المجتمع فتعمل على تنظيم التعاملات بين الافراد وتحدد الحقوق والواجبات لكل الاطراف المعنية من خلال ما تسعى اليه من وضع اسس تمنع حدوث الخلافات وتوفر الطرق المناسبة لحلها وتسويتها . بطبيعة الحال تقتصر دراسة الطبيعة القانونية لاشتراط التسوية وفقاً للقواعد العامة في هذا البحث على اعتباره وعد بالتعاقد ، بيد ان ما تجدر الاشارة اليه بان هذا الوعد يتخذ عدة صور ابرزها ، الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين او الاتفاق الابتدائي ، والوعد الملزم لجانب واحد سواء للبائع او للمشتري . فقد تعددت الاراء الفقهية في تحديدها مما يقتضي التطرق لاستعراض هذه الاراء وترجيح اي منها لتحديد هذه الطبيعة . ومن هذا المنطلق اقتضت الضرورة البحثية تقسيم هذا الفرع الى فقرتين سنتناول في الفقرة الاولى منه الاتجاه القائل بان الاشتراط كاتفاق ابتدائي ، أما الفقرة الثانية سوف نتناول فيها الاتجاه القائل بان الاشتراط كوعد ملزم لجانب واحد .

اولاً: الاتجاه القائل بان الاشتراط أتفاق ابتدائي

عرف المشرع العراقي الاتفاق الابتدائي [25] بأنه "الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بابرام عقد معين في المستقبل ،لايكون صحيحاً الا اذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ان يبرم فيها" .وقد عرفه المشرع المصري ايضاً بانه "الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بأبرام عقد معين في المستقبل لاينعقد الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ابرامه فيها" . بطبيعة الحال نجد ان عقود التجارة الدولية لها اكثر من اسلوب لابرامها كما هو الشأن في العقود الداخلية ، فيوجد الاتصال المباشر مع الطرف الاخر سواء تم هذا الاتصال عبر المراسلات ام عبر الاتصالات وبواسطة اجهزة الفاكس اوالتلكس اوالكمبيوتر وما تبعه من اجهزة متطورة اخرى ، والى جانب ذلك يمكن العمل باسلوب التفاوض سواء كان هذا الاسلوب مكملاً لأي أسلوب آخر أو يكون بمفرده ، وهذا الاسلوب هو الشائع في ميدان عقود التجارة الدولية والذي غالباً ما تلجأ إليه الدولة ومؤسساتها الحكومية بالنسبة للعقود التي تبرمها والتي توصف في الغالب بالعقود الإستراتيجية ، بيد إن هذا الاسلوب لايقتصر على اشخاص القانون العام ، أذ نجد ان هذا الاسلوب التعاقدي (التفاوض) يتبع من قبل اشخاص القانون الخاص أيضاً لا سيما بين الافراد والشركات العالمية واصحاب المشاريع الكبيرة ، فأذا ما أحسن العمل به تمكن الطرف المفاوض من تحقيق مبتغاه على أتم وجه وهذا ما يطلق عليه بمرحلة التفاوض او الاتفاق المبدئي الممهد للعقد النهائي [26] . ومن هذا المنطلق فقد قضت محكمة باريس بأن الاتفاق المبدئي هو " العقد الذي يلتزم أطرافه بمقتضاه بالبدء أو الاستمرار في التفاوض بحسن نية بشأن شروط عقد مستقبلي" [27] .

واستناداً على ما سبق نجد أن البعض [28] يؤسس موضوع اشتراط التسوية على أساس فكرة الاتفاق الابتدائي ، على اعتبار إن هذا الاتفاق وألذي أدرج في عقد البيع يمهد إلى إلتزام عقدي أساسي يتمثل بدفع ثمن الصفقة التجارية بموجب إعتماد مستندي يحدد (نوعه و مدته و تاريخ تنفيذه) في العقد الاساس ، فتمثل هذه الصفات النقاط الجوهرية التي اشار إليها المشرع العراقي والمصري انفاً للعقد المزمع ابرامه في المستقبل فيتعهد المشتري بتنفيذه من خلال ابرام عقد فتح الاعتماد المستندي مع أحد المصارف المعتمدة لصالح المستفيد (البائع) وفق الشروط التي نص عليها العقد الاساس ، وبخلاف ذلك تتحقق معه المسؤولية العقدية اتجاه المشتري (الواعد) ، وليس أبلغ في الدلالة مما أشارت إليه محكمة النقض الفرنسية والتي قضت بادانة المشتري لعدم قيامه بدفع المبلغ اللازم لثمن الصفقة التجارية ، بل ذهبت إلى الأكثر من ذلك وهو عدم تنفيذه التزامه التعاقدي بفتح الاعتماد المستندي الواجب من ابرام الصفقة والمطالب به في المرتين واللتين يمكن اعتبارهما انذارين بالتسديد طبقاً لشروط الصفقة وبالتالي يكون الحكم بالغاء الصفقة صحيحاً ضده نتيجة عدم تنفيذه لهذا الالتزام .

وإستخلاصاً لما سبق حرياً بنا التطرق لمناقشة حجج انصار هذا الاتجاه على النحو الاتي:-
1- من خلال استعراض التعريفات التي سيقت بشأن ايضاح مفهوم الاتفاق الابتدائي إذ نجد البعض يذهب إلى القول بانه عقد ابتدائي ، والبعض الاخر لا يفرق بين الاتفاق الابتدائي والوعد بالتعاقد الملزم للجانبين كونه يعد أحد صوره الاساسية ولعل ذلك هو الأقرب للصواب من حيث كونه يؤسس أو يمهد لابرام عقد مستقبلي ، وبالتالي فإن يتناغم مع ما نبغي الوصول إليه على اعتبار أن اشتراط التسوية قد احال موضوع فتح الاعتماد المستندي إلى اتفاق اخر وعقد مستقل عن عقد البيع الأساس وهذا ما اكدته المادة /296 من قانون التجارة العراقي (29).
2- أن الأصل في الاتفاق الابتدائي لايعتبر ملزماً إلا إذا إتجهت نية الاطراف إلى ذلك وهذا ما اكدته المادة /78 من القانون المدني العراقي ، وفي مقابل ذلك ليس بالضرورة أن ينشأ التزام بات بابرام العقد النهائي ، ومن ثم إذا بقي اتفاق مبدئي فقط دون ان تعقبه تكملة لهذا الإتفاق فلا يكون كافياً للقول بقيام العقد النهائي ، بمعنى ان صفة الالزام تتحقق في هذه الحالة استثناءً وهذا لا ينسجم مع اشتراط التسوية والذي يعد التزاماً عقدياً واجب النفاذ من قبل أطراف العقد الاساس .
3- يهدف الاتفاق الابتدائي إلى تحديد المسائل الجوهرية للعقد المزمع ابرامه في المستقبل ، ويعد هذا شرطاً أساسياً فيه وهذا يقودنا إلى القول :-
أ - ان مسألة تحديد الالتزامات الجوهرية والمسائل الثانوية تثير بعض الاشكالات في تحديدها ومن أبرزها عدم وجود معيار ثابت ومحدد يحكم تحديدها ، فهذا الامر يترائى للوهلة الأولى بالأمر اليسير ، فمدى أهمية الشئ تختلف من شخص لاخر فهو آمر شخصي ومسألة نسبية ، فما يكون مهماً بالنسبة لشخص معين لا يكون كذلك بالنسبة لآخر فهذه المسالة تعود للتقدير الشخصي للفرد ، لذلك يذهب رأي من الفقه القانوني إلى القول (30) بأن تحديد جوهرية شروط العقد مسألة يعود تقديرها لأطراف العقد بالذات فيتحقق ذلك من خلال قيامهما بمناقشة بعض الشروط مسبقاً وقبل ابرام العقد ، فان هذه الشروط باعتقادهم تعد شروط جوهرية لمدى الالتزام الذي يترتب على كل منهما نتيجة لابرام العقد المقترح ، وفي المقابل نجد ان الشروط التي يتم تاجيل مناقشتها الى ما بعد ابرام العقد دليل على انها شروط ثانوية ، فمن خلال هذا الإستدلال يتم ألتعرف على نوع ألشرط سواء كان جوهرياً أو غير جوهري .
ب- إن موضوع تحديد المسائل الجوهرية لايعد عنصراً أساسياً في اشتراط التسوية ، إذ ان ما يمكن أن يتضمنه هذا الاشتراط ما هو الإ إشارة إلى عملية ابرام عقد الاعتماد المستندي دون الغوص في تفاصيل هذا التعاقد الأخير من أساسه ، وفي بعض الأحيان يتم تحديد نوع الإعتماد ومدته إلا إن ذلك لا يعد شرطاً إلزامياً .
4- في الاتفاق الابتدائي لايصل الجزاء المترتب نتيجة مخالفته إلى مرحلة الزام الطرف الذي اخل بتنفيذه على التنفيذ العيني وابرام العقد النهائي رغماً عنه ، بل يقتصر الجزاء في هذه الحالة على مطالبته بالتعويض ، لذلك يذهب رأي من الفقه القانوني إلى القول (31) بوجوب تناسب قيمة التعويض مع حجم الضرر أي يجب أن تزداد قيمته كلما زادت فرص ابرام العقد النهائي ، على العكس من اشتراط التسوية والذي يؤدي الاخلال بتنفيذه إلى فسخ عقد البيع الاساس مع عدم الاخلال بحق المتضرر في المطالبة بالتعويض .
نخلص إلى القول بان الاتفاق الابتدائي لايرقى إلى مرحلة العقد التام وبالتالي ينشأ التزامات باتة في ذمة أطرافه بحيث تتحقق المسؤولية العقدية في حال الاخلال في تنفيذه ، وهذا لا يتناسب مع فكرة اشتراط التسوية والتي تشترط تحقيق الغاية الاساسية وهي ابرام عقد الاعتماد المستندي بغية تسوية ثمن الصفقة التجارية ، وبخلاف ذلك تتحقق المسؤولية العقدية بحق الطرف الذي أخل بتنفيذ هذا الالتزام .
ثانياً: الاتجاه القائل بان الاشتراط وعد ملزم لجانب واحد
يحرص اطراف التعاقد في أغلب التعاقدات اليومية وبالخصوص عقود التجارة الدولية على تنظيم اتفاقات معينة تهدف إلى ابرام العقود النهائية المزمع ابرامها في المستقبل بعد أن يكون كل منهما على دراية تامة بظروف الطرف الاخر اولاً ومن ثم تحديد النقاط الاساسية والجوهرية لهذا التعاقد ، وهذا ما يحدث بالفعل في عقد البيع الدولي والذي يضع حجر الاساس لعقد الاعتماد المستندي .لذلك يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول (32) بان الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد بمعناه القانوني السليم والمستكمل لاركانه الاساسية و المطلوبة قانوناً لا يمكن أن يكون الا إنفرادياً يلتزم به طرف واحد هو الواعد فقط لمصلحة الطرف الاخر (الموعود له) .فتنطوي وجهة النظر القانونية بالاستناد الى القول بأن واجب فتح الاعتماد المستندي بحسب ما نص عليه العقد الأساس إبرام عقد الإعتماد يعد إلتزام يقع على عاتق المشتري تنفيذه فيقوم بتقديم طلب فتح الاعتماد إلى المصرف بالاضافة الى قيامه برد قيمة المدفوعات التي تتم بموجب الاعتماد الى المصرف بغية ايصال ثمن البضاعة للبائع الذي يكون في الغالب من دولة أخرى وفقاً للقواعد والاعراف الدولية المعمول بها في ميدان التجارة الدولية ، بمعنى أنه يقوم بفتح الاعتماد المستندي لكي يتم الوفاء بالالتزامات المترتبة على الآمر مستنداً في ذلك إلى الأساس القانوني الذي نصت عليه المادة /273 – أولاً من قانون التجارة العراقي النافذ والتي جاء فيها "الاعتماد المستندي عقد يتعهد المصرف بمقتضاه بفتح اعتماد لصالح المستفيد بناء على طلب الآمر بفتح الاعتماد" .وهكذا يتبين بأن التزام المشتري بفتح الاعتماد لوفاء دين الثمن سبباً مقابلاً لتنفيذ البائع التزامه بتسليم البضاعة وبنفس الوقت سابق لالتزامات البائع على إعتبار إن هذا الإلتزام هو التزام أولي أو التزام ابتدائي مقدم على الالتزامات العقدية الاخرى جميعها .
نخلص إلى القول بان اشتراط التسوية لا يمكن تكييفه كوعد ملزم لجانب واحد للأسباب الأتية:-
1- يتم الوعد الملزم لجانب واحد بإرادة واحدة من حيث التكوين ، بيد إن اشتراط التسوية وليد ارادتين هما إرادة البائع وإرادة المشتري والتي إنبثق عنها العقد الأساس والذي يعد هذا الاشتراط أحد بنوده الأساسية .

2- ينشأ الوعد بالتعاقد من لحظة إبداء الموعود له رغبته في قبول الوعد ، بيد إن إشتراط التسوية ينشأ من لحظة انعقاد عقد البيع الاساس .
3- من حيث الأصل تعد عملية فتح الاعتماد المستندي التزاماً يقع على عاتق المشتري تنفيذه ، إلا إن ما يمكن قوله في هذا الصدد بان هذا الالتزام هو التزام تبادلي ، فالغاية الاساسية من فتح الاعتماد هي تسوية ثمن العقد وبالتالي لا يعد فتح الاعتماد تسوية للثمن ما لم يتم ايداع الثمن فعلاً لدى المصرف الفاتح للاعتماد وفي مقابل ذلك ياتي دور البائع في تنفيذ التزامه التعاقدي من خلال قيامه بارسال المستندات التي تثبت شحن البضاعة وارسالها إلى المشتري والمطابقة لشروط العقد ووفقاً لما نص عليه ، فأذا لم ينفذ البائع هذا الالتزام لا يستحق الثمن في هذه الحالة .

وعليه يمكننا القول بان اشتراط التسوية يعتبر وليد الارادة المشتركة للعاقدين هذا من جانب ، ومن جانب اخر يعد التزاماً تبادلياً يقع تنفيذه على عاتق الطرفين ، فمن جانب المشتري يتوجب عليه القيام بفتح الاعتماد ، وعلى البائع ارسال المستندات المطلوبة بموجب العقد الاساس ، لذلك لانجده يتلائم مع فكرة الوعد الملزم لجانب واحد .

الفرع الثاني / تحديد الطبيعة القانونية للاشتراط وفقاً للعقد الاساس

تكمن الغاية الاساسية في تحديد الطبيعة القانونية لاشتراط التسوية في تحديد النظام القانوني الذي يخضع له ، فالطبيعة القانونية تعني الطريق الذي رسمه القانون في اخضاع الواقعة أو الفعل لقانون معين .لذلك نجد إن معرفة هذه الطبيعة للأشتراط في العقد الاساس تبلغ من الاهمية ذروتها سواء بالنسبة للمتعاقدين او للغير ، وعليه نجد أن الأراء ألفقهية تعددت بصدد تحديد هذه الطبيعة فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بان هذا الاشتراط يعد ركناً في عقد البيع الاساس المبرم بين الطرفين ، وفي مقابل ذلك يذهب رأي آخر إلى القول بان الاشتراط يعد شرطاً في العقد الاساس ، وفي خضم هذا الجدل الفقهي يتوجب علينا تقسيم هذا الفرع الى فقرتين ، سنتناول في الفقرة الاول الاتجاه القائل بان الاشتراط ركن في العقد الاساس ، أما في الفقرة الثانية سوف نتناول الاتجاه الفقهي القائل بان الاشتراط يعد شرطاً في العقد الاساس .

اولاً : الاتجاه الفقهي القائل بان الاشتراط ركن في العقد الاساس

يجيز مبدأ سلطان الإرادة للأطراف تحديد مضمون العقد برضاهم ما دام غير مخالف للنظام والاداب العامة ، وهذا ما يعرف بمبدأ حرية التعاقد الذي يجعل أنواع العقود التي يمكن ابرامها لا حصر لها وهي ما تعرف بالعقود غير المسماة ، لذلك فللعقد نظرية عامة في القانون المدني تنضوي تحتها الأحكام ألأساسية التي تحكم جميع العقود ومن هذه الأحكام أركانه الرئيسة التي نص عليها القانون وهي الرضا والمحل والسبب . فللعقد أركان وشروط ، فقد عرف الركن إصطلاحاً بأنه [33] " مايكون به قوام الشئ ووجوده بحيث يعد جزءً من ماهيته وبذلك يعتبر قوام الشيء بركنه لا من القيام ذاته" [34] بينما ذهب رأي اخر إلى القول [35] بأن الركن في العقد هو :ما يتوقف على تحققه العقد وكان جزءً من مفهومه الاساس مثل التراضي ، أي اتفاق ارادتي العاقدين المعبر عنهما بالايجاب والقبول ، وعليه فان كل ارادة من تلك الارادتين يتوقف وجود العقد على تحققها وبالنتيجة يعد كل منهما جزء من مفهومه ، وبالتالي فكل منهما إذاً ركن للعقد .يتضح من خلال التعريفات التي طرحت بصدد إيضاح مفهوم الركن بأنها اتفقت على فكرة واحدة تشير الى كونه عاملاً أساساً يتحقق بوجوده وجود الشيء ويلزم من عدمه العدم ، وهذا ما يشترك به أيضاً مع مفهوم الشرط ، بيد إن الاختلاف بينهما يتحقق من خلال كون الركن يمثل جزء من ماهية الشيء ، وبالمقابل نجد إن الشرط يعد خارج نطاق الماهية وبالنتيجة لا يؤدي عدم تحققه الى بطلان العقد ، وإنما من الممكن أن يعطي الحق للمتعاقد في طلب الفسخ إذا تحققت شروطه . وفي خضم الجدل القانوني حول تحديد طبيعة الاشتراط ، نجد أن القانون المدني العراقي النافذ لم ينص على تحديد هذه الطبيعة في العقد الاساس وبغية سد الفراغ الذي يعتري النصوص التي تنظم احكام الاعتماد المستندي فقد برز دور الفقه القانوني في هذا الجانب ، إلا أن ما نجده في دورهم هذا ما هي الا اشارات متناثرة لا تتصف بشيء من التفصيل والدقة. بادئ ذي بدء يرتكز العقد في القوانين اللاتينية وعلى رأسها القانون المدني الفرنسي قبل التعديل والقوانين التي تأثرت به منها القانون المدني العراقي النافذ والقانون المدني المصري على ثلاثة اركان اساسية وهي (الرضا ، المحل ، السبب) ، بخلاف نهج القانون الانكليزي العرفي والذي يعتمد على السوابق القضائية والذي يرتكز العقد الرضائي فيه على ثلاثة أركان أيضاً وهي التراضي ، والنية التعاقدية لانشاء العقد ، والعوض اي ثمن العقد [36]، فهذه الاركان لاتختلف كثيراً عن الاركان التي نادت بها المدرسة اللاتينية القديمة ، فالتراضي والسبب يشتركان بتنظيمها ، بيد ان المشرع الانكليزي قد إنفرد بموضوع العوض إذ عدٌ إن مقابل الإلتزام ركن في العقد ولم يشر إلى المحل على إعتبار إن المحل ركن في الالتزام لا في العقد المبرم بين الطرفين .وفي واقع الأمر نجد أن الموقف قد تغير بعد قيام المشرع الفرنسي باصدار المرسوم الجمهوري بالعدد (131-2016) والمؤرخ في 10 فبراير 2016 ، والذي تخلى بموجبه المشرع الفرنسي عن أهم ركنين من اركان العقد وهما (المحل والسبب) واللذان يعتبران من ثوابت نظرية العقد [37] ، وقد استعاض عنهما بركن جديد وهو (مضمون العقد) والذي استحدثه بموجب تعديل نص المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي .

فالسؤال المطروح في هذا الصدد هل بالامكان الاستفادة من هذا الركن الذي استحدثه المشرع الفرنسي في تحديد طبيعة اشتراط التسوية بالنسبة لعقد البيع الاساس ؟ .

إبتداءً وقبل الاجابة على هذا التساؤل نود الايضاح بإنه يوجد خلاف فقهي بصدد استخدام المصطلح ، فقد استخدم هذا المصطلح للاشارة إلى نطاق العقد وهناك من استخدم مضمون العقد فلا مشاحة في الاصطلاح فالنتيجة واحدة وتشير إلى ذات المعنى ، فالمضمون ينصرف إلى معنى المحتوى أو الوعاء العقدي الذي تندرج فيه الحقوق والالتزامات العقدية المترتبة على اطرافه ، بينما يشير معنى النطاق إلى حدود تلك الالتزامات والحقوق أي الوعاء والوعاء هنا يتمثل بالعقد نفسه ، لذلك يمكننا القول بان مصطلح (مضمون العقد) أقرب للصواب

كونه يجمع المعنين في آن واحد .وقد عرف رأي من الفقه القانوني مضمون العقد بأنه [38] "مجموعة من الالتزامات التي تمكن طرفي التعاقد من تحقيق هدف التعاقد وفي ضوئه يتم تحديد النتيجة التي يتعين تحقيقها ومدى الوسائل التي يستعان بها لتحقيق تلك النتيجة " .يمكننا القول بأن فكرة مضمون العقد تشير الى كونه التزاماً جوهرياً واجب النفاذ على أطراف العلاقة التعاقدية من خلال ما ينصرف إليه من قواعد امرة توجب على الاطراف اتباعها والدليل أن التعريف الاخير قد ربط بينه وبين موضوع النظام والأداب العامة وبخلافه يصار إلى بطلان العقد على اعتبار انه تخلف فيه ركن من أركان العقد الاساسية لذلك يرى أنصار هذا الاتجاه [39] بإن الإشتراط يعد إشتراطاً لعنصر جوهري في العقد ألأساس بحيث إذا أشير إليه في مفاوضات إبرام العقد فلا يعتبر العقد قد أبرم إلا إذا تم التراضي على جميع عناصر هذا ألإلتزام ولو أتفق على العناصر الأخرى كافة لأنه شرط جوهري في العقد .ومما يلاحظ بإن هذا الإتجاه قد أسس رأيه على فكرة الالتزام الجوهري على اعتبار أن الالتزام الجوهري يمثل العمود الفقري الذي على اساسه تحدد وتكيف العلاقة العقدية ، لذلك ينبغي التطرق إلى مفهوم الالتزام الجوهري للوقوف على معناه الدقيق .فقد عرف الالتزام الجوهري بانه [40] "ذلك الالتزام الذي لايتصور وجود للعقد من دونه ، وهو الذي يعبر عن طبيعته وبتخلفه قد يبطل العقد او قد يدخله في نطاق عقد اخر" .

ويشير هذا التعريف إلى اعتبار هذا الالتزام عنصراً اساسياً في تكوين ونشأة العقد وبهذا يتشابه دوره مع دور الأركان الاساسية التي يرتكز عليها العقد . خلاصة القول ومن خلال الطروحات التي قدمها انصار هذا الاتجاه باعتبار ان الاشتراط ركن من اركان العقد الاساس والادلة التي سيقت انفاً يمكننا مناقشتها على النحو المتقدم :-

1- ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى اعتبار الاشتراط ركناً من اركان العقد الاساس على وفق ما ذكر اعلاه ، بيد أن ما يمكن ملاحظته أن النتيجة المترتبة عن اخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه بفتح الاعتماد المستندي هي فسخ العقد ، فهذه النتيجة تتحقق عند الاخلال بتنفيذ التزام تعاقدي أو الاخفاق في تنفيذ أحد بنوده بعكس اختلال احد الاركان والذي يؤدي بالنتيجة إلى انعدام العقد من أساسه وبطلانه .

2- من ألثابت بإن عقد البيع من العقود المسماة والتي تولى المشرع تنظيم احكامها وأركانها وأثارها مما يقودنا إلى القول بانه لا يمكن أضافة أو الغاء أحد أركانه أو تعديل أحكامه من دون تدخل تشريعي بهذا الخصوص .

3- إن هذا الاتجاه أكثر انسجاماً مع أحكام القانون الانكليزي ، والقانون الفرنسي بعد التعديل الاخير الذي طال اركان العقد الاساسية ، بينما لا نجده يتلائم مع أحكام ونصوص القانون المدني العراقي و المصري النافذ .

4- طرح أنصار هذا الاتجاه رأيهم وأسسوا فكرتهم على اعتبار أن اشتراط التسوية يعتبر التزاماً جوهرياً،بيد اننا لم نجد معياراً ثابتاً لتحديد ما يعتبر التزاماً جوهرياً او التزاماً ثانوياً ، والدليل وجدنا أن هذه المسألة هي محل خلاف بين الفقهاء بصدد تحديدها

وبالنتيجة يمكننا القول بأننا لا نؤيد هذا الاتجاه في ما ذهبوا إليه من اعتبار أن الاشتراط ركن من أركان العقد الأساس على وفق ما ذكر اعلاه من جانب ، ومن حيث كونه لا يتلائم مع احكام النصوص التشريعية النافذة من جانب اخر .

ثانياً : الاتجاه الفقهي القائل بان الاشتراط شرط في العقد الاساس

يعد عقد الاعتماد المستندي أحد اثار عقد البيع (الاساس) وإن كان مستقلاً عنه ، إلا أن عقد الاعتماد يتم بمناسبة عقد البيع الدولي فلا يتم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد البيع إلا إذا ضمن كل من أطرافه الوسيلة الملائمة لتنفيذ الطرف الاخر لالتزامه ، ومن هنا ظهرت أهمية الاعتماد المستندي في تنفيذ عقد البيع الدولي على اعتبار أنه يمثل أحد بنوده الاساسية وشروطه الحاكمة في تنفيذ ما جاء فيه .بيد أن ما نود الإشارة إليه بان هذا الاشتراط الوارد في عقد البيع للتسوية بموجب عقد الاعتماد المستندي والذي يذهب أنصار هذا الاتجاه الى اعتباره شرطاً مقترناً بالعقد ، ولرب سائلاً يسأل عن خصوصية اعتباره شرطاً مقترناً بالعقد وليس شرطاً تعليقياً ، فهذا ما سوف يتم التطرق إليه في هذه الدراسة .بطبيعة الحال لا يقتصر دور الارادة في انشاء وابرام التعاقدات بين الاطراف بل تتعدى ذلك إلى تنظيم الشروط والالتزامات التي تتضمنها هذه العقود مادامت ضمن نطاق الاداب والنظام العام وتحقق مصلحة الاطراف ، وأبرز هذه الشروط هو الشرط المقترن بالعقد .فقد عرف الشرط المقترن بالعقد بأنه [41] التزام يضاف الى صلب العقد عند انشائه بحيث يصبح جزءً من اجزاءه التي تم التراضي على أساسها .

من خلال التعريف المتقدم يتضح أن الشرط المقترن بالعقد يضاف إلى صلب العقد الاساس سواء كانت هذه الاضافة سابقة على التعاقد أم لاحقة له ، فلا يؤثر ذلك في تكوين العقد كون ان العقد قد انعقد ابتداءً ، بيد ان ما تجدر الاشارة إليه أن حكم هذا الشرط لايؤثر على نشوء العقد بل يؤثر على تنفيذه .بيد أن البعض الاخرقد عرفه بأنه [42] "التزام أمر مستقبل ممكن ومشروع يضيفه المتعاقدان إلى العقد المبرم بينهما بحيث يتقيد به اثر العقد تغييراً أو تعديلاً أو اضافة" . اشار التعريف المتقدم الى ان الشرط الذي اتفق عليه المتعاقدان يحدث اثراً في العقد وهذا الاثر يمكن أن يكون تغييراً او تعديلاً أو اضافة لأحكام العقد الاساسية وهذه الاضافة التي انبثقت عن الارادة المشتركة للمتعاقدين والتي صيغت كشرط اضيف للعقد ، أصبحت جزء لا يتجزء منه وتمثل أحد بنوده الاساسية لاسيما وان هذه هي الغاية الاساسية التي يهدف الشرط المقترن بالعقد الوصول اليها وبالوقت نفسه لا تؤثر على نشأة العقد وتكوينه ، وانما يظهر اثره في تنفيذ العقد ولربما يؤدي الاخلال في تنفيذه إلى فسخ العقد والمطالبة بالتعويض اذا كان له مقتضى ما لم يكن هذا الاخلال راجعاً إلى تاثير السبب الاجنبي .وليس أبلغ في الدلالة ممّا نصت عليه المادة /211 مدني عراقي [43] والتي جاء فيها "إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لايد له فيه كأفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك" .

ولعلّنا نتسائل في هذا الصدد عن وقت تحقق المسؤولية التعاقدية نتيجة الاخلال بتنفيذ اشتراط التسوية ولا سيما وأن التزام المتعاقد بموجب هذا الاشتراط هو التزام بتحقيق غاية وليس ببذل عناية ، فهل يكون باثر رجعي ليشمل العقد الاساس أو من لحظة نشوء السبب الأجنبي؟
إذ إنّ الثابت بأن الالتزام الذي يكون طبيعته تحقيق غاية ، يكون في هذه الحالة افتراض مسبق على الشخص المكلف بالقيام به وملزم بتحقيق النتيجة المرجوة منه وبعكسه تتحقق مسؤوليته العقدية اتجاه الطرف الاخر ، لذلك فأن خطأه مفترض مسبقاً وليس مطلوب منه نفي الخطا حتى تنتفي عنه هذه المسؤولية ، بل عليه ان يثبت السبب الاجنبي والذي ينفي بدوره تحقق اثر هذه المسؤولية .أما بصدد وقت تحقق الشرط وقيام المسؤولية فنجد أن المادة /290 2/ مدني عراقي قد نصت على "... لايكون للشرط اثر رجعي إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن بسبب اجنبي لايد للمدين فيه" .يتضح مما سبق بان تحقق المسؤولية من تاريخ حدوث السبب الاجنبي وليس له اثر رجعي ، لذلك يمكننا القول بان اخفاق المتعاقد في تنفيذ اشتراط التسوية يؤدي بالنتيجة الى الفسخ ، بيد ان المتعاقد (المشتري) لاتتحقق مسؤوليته بوجود السبب الاجنبي [44] ، ولعل هذا السبب وغيره هو من رجح كفة التكييف القانوني للاشتراط كشرط وليس كركن في العقد الاساس ، فالنتيجة المتحققة كما سيمر بنا لاحقاً في الغالب تؤدي الى الفسخ وليس إلى البطلان .نخلص الى القول بان الشرط المقترن بالعقد في مفهومه واثاره وأحكامه يختلف عن الشرط كوصف من اوصاف الالتزام من عدة نواحي ولعل من أبرزها ، بأنه يكون مقتصراً على مضمون الارادة التعاقدية المشتركة للاطراف ، وعلى العكس من الشرط الاخير والذي يتصف بكونه عارضاً لهذه الارادة اذ لا يمثل الارادة ذاتها .
وبالتالي فقد ذهب رأي من الفقه القانوني الى القول [45] بان الشرط يصبح عارضاً عندما يكون وسيلة يتم اللجوء إليها عند استكمال الحق لجميع عناصره إذ يعمل الشرط العارض في هذه الحالة على اضفاء صفة معينة لا ترتب اضافتها حكماً قانونياً ، أي بمعنى أن عدم وجود الشرط العرضي في الالتزام لايمكنه ان يؤثر على صحة العقد وتمامه .وهكذا يتبين بإن الشرط المقترن بالعقد يعتبر من مضمون الإرادة لا بل الإرادة ذاتها وليس عملاً من اعمالها كما عبر عنها البعض ، فالارادة هي صاحبة السيادة والسلطان في تحديد وقت تحقق الشرط ، وبالتالي لا نكون أمام أمر مستقبل محتمل الوقوع بل بصدد التزام يتحتم الوفاء به من قبل المدين ، وإلا كان مخلاً بالتزامه ما لم يحول دون ذلك تحقق السبب الاجنبي وعندها يحق للدائن المطالبة بالتنفيذ العيني أو الفسخ .لذلك يذهب انصار هذا الاتجاه إلى القول [46] بان الاشتراط ينشأ نتيجة شرط اقترن بالعقد الاساس ، يقضي بتسوية دين الصفقة التجارية عن طريق الاعتماد المستندي فقد يندر أن لا ينص عليه في هذا العقد ، بيد أن ذلك لا يعني أنه شرط مفترض بل يجب أن تتجه إليه الارادة المشتركة للعاقدين صراحة أو ضمناً .وهذا يقودنا الى التساؤل بأن الاشتراط في هذه الحالة هل يعتبر شرطاً جارياً به العرف أو جرت به العادة في ميدان التعامل التجاري ؟ .
قبل الاجابة على هذا التساؤل لابد لنا من التعرف على مفهوم كل نوع من هذه الشروط ، فقد عرف الشرط الجار به العرف [47] بأنه (شرط جرى العرف على ادراجه في العقود من دون الحاجة إلى إعادة النص عليه صراحة لاستقرار العمل به وجريان عرف التعامل على ذلك) . يتضح من التعريف المتقدم بأن الشرط الجار به العرف يجري ادراجه في العقود دون الحاجة إلى النص عليه وهذا يثير لنا نقطة خلاف تتلخص في كون أن اطراد ادراج الشرط العرفي يولد الشعور لدى المتعاقدين والغير بالزاميته وعدم جواز الحيود عنه [48] .على عكس اشتراط التسوية والذي يتوجب أن تتجه إليه الارادة المشتركة للاطراف ليتم ادراجه في العقد الاساس لا كما يتم في النوع الاول . أما الشرط الذي جرت به العادة فهو "الشرط الذي جرت العادة على ادراجه في العقود حتى صار يؤخذ به وأن لم يدرج فيها واصبح هذا الشرط لكثرة استعماله يعد حكماً وارداً في فئات معينة من العقود وهو شرط أكثر تحديداً من العرف " [49] فالعادة هي عرف لم يكتمل أو بالاحرى هي الأمر الذي يتقرر في النفوس ويكون مقبولاً عند ذوي الطباع السليمة بتكراره مرة بعد أخرى [50] . إذ يشير التعريف المتقدم للشرط الذي جرت به العادة بانه يؤخذ به وأن لم ينص عليه العقد نتيجة الاطراد على ادراجه وأن كان يفتقر الى عنصر الالزام ، فهذا أيضاً لا ينطبق على فكرة ومفهوم اشتراط التسوية للاسباب السالف ذكرها ، بيد أن هذا لا يعني أن الشرط المقترن بالعقد ينحصر نطاقه في هذين المعنيين ، فقد نصت المادة / 131 على القول بانه "كما يجوز ان يقترن بشرط نفع لاحد العاقدين او للغير اذا لم يكن ممنوع قانوناً ...." .
لذلك يتضح بان الشرط المقترن بالعقد هو ذلك الشرط الذي يتم ادراجه من قبل العاقدين في عقدهما لغرض تحقيق غايات اقتصادية أواجتماعية أومالية أوغيرها خارجة عن مقتضى العقد في بعض الاحيان فيضيفا بموجبه أو يزيدا في الالتزامات الواردة في العقد وهذه الالتزامات تدعى بالشروط المقترنة بالعقد لأنها تلحق بالعقد فيقترن بها فتكون بمثابة الأحكام التي اتفق عليها المتعاقدان بنية تنظيم وتنفيذ عقدهما ضمن اطارها الخاص. واستناداً لمّا سبق ذكره نجد أن أنصار هذا الاتجاه يعززون رأيهم بأعتبار الاشتراط كشرط مقترن بالعقد ببعض الاسانيد يمكن أن نوجزها بالاتي :-
1- إن استدلال أنصار هذا الاتجاه باعتبار الاشتراط شرطاً مقترناً بعقد البيع الأساس يأتي من كون عقد البيع يعد من العقود المسماة والتي تولى المشرع تنظيم أحكامها وحدد شروطها وأركانها طبقاً للقواعد العامة ، وهكذا يتبين بان اركان هذا العقد محددة ومعينة وبالتالي لا يمكن اضافة أو تعديل ركن من هذه الأركان الأساسية دون تدخل تشريعي .
2- اشتراط التسوية يتم تنظيمه وادراجه في العقد الأساس ابتداءً من قبل أطراف التعاقد ، أي وقت الابرام فأقترن بالعقد الاساس وأصبح جزء لا يتجزء منه ، وبالتالي يعد من مضمون الإرادة أو بالأحرى الارادة ذاتها ، وليس أمراً عارضاً لها .
3- يتحقق نتيجة الاخلال بتنفيذ الاشتراط بفتح الاعتماد المستندي فسخ العقد الاساس والمطالبة بالتعويض وهي ذات النتيجة المتحققة عن الاخلال بالشرط المقترن بالعقد ، بخلاف اعتباره كركن والذي ينتج عنه ابطال العقد [51] على اعتبار الاخلال به يعتبر فقدان لاحد الاركان الاساسية ، فهذا لايؤدي بالنتيجة الى استقرار المعاملات وتبسيط الاجراءات التي تسعى إلى تحقيقها البيئة التجارية .

4- يرتكز الشرط المقترن بالعقد على عوامل عديدة من اهمها تحقيق المصلحة لاطراف التعاقد وليس أبلغ في الدلالة مما يهدف إليه اشتراط التسوية والذي يحقق مصلحة أطرافه ، فبالنسبة للبائع فيحقق له الاطمئنان التعاقدي والذي يتحقق بفتح الاعتمادي المستندي وصلاحيته قبل أن يبدأ بالتنفيذ من جانبه ، وللمشتري بأنه سوف يحصل على البضاعة المطلوبة على وفق المواصفات المثبتة بالعقد الاساس [52] . نخلص إلى القول وبعد استعراض أدلة القائلين بان الاشتراط يعد شرطاً في العقد الاساس ، وهذا الشرط هو كشرط مقترن بالعقد أي شرط تقييدي وعلى الرغم من بيان الارآء السابقه ، نرى إن هذا الإتجاه أقرب للصواب لأن حقيقة الاشتراط تتناسب مع فكرة الشرط المقترن بالعقد للاسانيد التي ذكرت انفاً ، بالاضافة الى أن ما ذهب إليه أنصار الاتجاه القائل بانه ركن لايسلم من الانتقاد ، فلا يمكن هدم العقد الاساس وابطاله لمجرد الاخلال في تنفيذ اشتراط التسوية في الوقت الذي تتصف فيه هذه العقود بالضخامة والاهمية الكبيرة من حيث دعمها للمشاريع الكبيرة والعملاقة ، لاسيما وأن الأطراف يمكنهم الحيود عن تنفيذ هذا الاشتراط في حال الاخلال بتنفيذه واللجوء إلى أحد أساليب الدفع الشائعة على المستوى الدولي [53] . وبالتالي نرجح كون الاشتراط كشرط في العقد الاساس وليس ركناً فيه للفارق الجوهري بين الركن والشرط في العقد ، فانعدام الركن ينتج عنه بطلان العقد في الوقت الذي نسعى فيه إلى ضمان استقرار المعاملات في نطاق البيئة التجارية وتقليل حالات البطلان التي تؤدي الى عرقلة سير عملية التطور والسرعة في هذا المجال هذا من جانب ، ولكون أن عقد البيع من العقود المسماة التي تولى المشرع تنظيمها وتحديد أركانها من جانب أخر .لذلك لانجد أن الاشتراط يرقى إلى مستوى الركن في العقد الأساس وفي ذات الوقت لا يمكن تعديل او اضافة ركن جديد من دون وجود ارادة تشريعية تتولى تنفيذ هذا الإجراء .

الخاتمـــــة

بعد ان انتهينا من دراسة موضوع مفهوم وطبيعة اشتراط الاعتماد المستندي للتسوية التجارية وها قد حان الان ان نقطف ثمار هذا الجهد المتواضع والذي لا ندعي فيه الكمال فالعمل الانساني مهما وصل من الرفعة والعلو يبقى عملاً يشوبه النقص والعيوب فالكمال لله وحده ، لذلك توصلنا الى الاتي :-

اولاً :- الاستنتاجات

1- لم ينظم المشرع العراقي وحتى المصري والفرنسي احكام اشتراط الاعتماد المستندي ، وبالتالي لم يضع تعريف معين يحدد مفهومه ومضمونه ومحتواه ، وبالتالي توصلنا الى تعريفه بأنه التزام عقدي سابق لاداء جميع التزامات الطرفين يدرج عادة في العقد الاساس فيفرض التزام على عاتق المشتري بفتح اعتماد مستندي لتسوية دين الصفقة التجارية ويكون سبب لتنفيذ العقد الاساس وبخلافه تتحقق مسؤولية المشتري العقدي .

2- يمثل اشتراط التسوية التزام عقدي سابق لالتزامات الطرفين ، يقع تنفيذه على عاتق المشتري لذلك اعتبر هذا الالتزام احادي التنفيذ من حيث الاثر لا من حيث التكوين فيكون سبباً لتنفيذ البائع لالتزامه التعاقدي بتنفيذ العقد وارسال المستندات التي تمثل البضاعة محل العقد الاساس .

3- لم تحدد الطبيعة القانوني لاشتراط التسوية مما حدى بالفقه القانوني الى طرح عدة اراء بصدد تحديدها ، حيث ذهب الاتجاه الاول الى القول بانها اتفاق ملزم لجانب واحد ، بينما ذهب اتجاه اخر الى اعتبارها اتفاق ملزم للجانبين ، والبعض الاخر بانها ركن في العقد ، وان كان هذا الاخير لاينسجم من احكام القانون المدني العراقي بيد انه اقرب الى احكام القانون الفرنسي والانكليزي ، لذلك كان الاتجاه الاقرب الى الصواب بأنه شرط مقترن بالعقد الاساس .

4- لايعتبر تنفيذ المشتري لالتزامه التعاقدي بفتح الاعتماد المستندي وفاء للدين وابراء لذمته تجاه البائع بسداد الثمن ، الا اذا اتفقا على خلاف ذلك ووفق شروط خاصة بهذا الشأن .

5- اذا تضمن الاعتماد المستندي شروطاً غير واضحة او يكتنفها الغموض وكان المصرف ليس لديه الوقت الكافي لاستيضاح الغموض او جلائه ، يمكنه في هذه الحالة المضي بهذا الاجراء على ان يكون تصرفه معقولاً ، وله الحق بعد ذلك بالتعويض على الطرف الذي تصرف لحسابه .

ثانياً :- التوصيـــات

1- نوصي المشرع العراقي الى ضرورة تبني فكرة التنظيم القانوني لاشتراط التسوية التجارية من خلال تحديد مفهومه واثاره وطبيعته القانونية ،وذلك لاهميته في حياة العقد من جانب ، وتحديد الاثار المناسبة للعقد الاساس في حال الاخفاق في تنفيذه من جانب اخر .

2- ضرورة تقنين احكام اشتراط التسوية وتحديد طبيعته القانونية بغية معرفة اطراف التعاقد بالمسؤولية الناتجة عن الاخلال بتنفيذ هذا الاشتراط .

3- ضرورة تنظيم احكام التزام البائع بأرسال المستندات خاصة في التنفيذ الجزئي للعقد والذي يتطلب تنفيذه وفق جدول زمني محدد بموجب العقد الاساس وذلك لاهمية هذه الجزئية كونها تتعلق بتسداد الثمن .

4- ضرورة تنظيم احكام التزام المصرف في المدة التي يلتزم فيها تجاه المستفيد لاهيمتها في خلق جو من الثقة والاطمئنان الملائم لتنفيذ العقد الاساس .

5- يعتبر اخلال المشتري بتنفيذ التزامه بفتح الاعتماد المستندي أخلال فعلي مسبق في تنفيذ العقد الاساس على اعتبار ان الاشتراط يعد أهم بنوده الاساسية

الهوامش

[1] ـ د. حسنة مهاوش ، الشرط كوصف من اوصاف الالتزام في القانون المغربي ، مجلة الباحث للدراسات والابحاث القانونية والقضائية ، العدد السادس والاربعين ، 2022م ، ص 62 .

[2] ـ خالد عبد حسين الحديثي ، تكميل العقد – دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية للنشر ، لبنان – بيروت ، 2012م ، ص51.

[3-] Benjamin's sale of Goods , fifth edition .(edited by A.G Gvest) sweet & max well , london , 1997) n 15 at 23-064 p. 1684.seealsoo tiplady,D, introduction to the law of international trade(london,1989) p. 176.

[4-] Trans Trust S.P.R.L.V . Danubian Trading co. L td (1952) 2Q . B. 297 .

[5] ـ نصت المادة /178 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل على " يجوز الاتفاق على ان العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لايعفي من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته " .

[6] ـ نصت المادة / 158 من القانون المدني المصري النافذ على أنه "يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لايعفي من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه " .

[7] ـ د.محمد جاسم محمد ، الجوانب القانونية لتصدع مبدأ الاستقلالية في الاعتماد المستندي ، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية ، العدد الثاني والعشرون ، 2021م ، ص44 .

[8] ـ د. فائق محمود الشماع ، الاعتماد المستندي – دراسة قانونية مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن – عمان ،2023م ، ص30 .

[9] ـ د. محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية – عمليات البنوك ، المجلد الرابع ، دار الثقافة للنشر ، الاردن – عمان ، 2009م ، ص167 .

[10] ـ احمد معوج ، النظام القانوني للاعتماد المستندي ، رسالة ماجستير ، جامعة العربي بن مهيدي – ام البواقي – كلية الحقوق ، 2016م ، ص18 .

[11] ـ د. محمد ابراهيم الدسوقي ، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وابرام العقود ، معهد الادارة العامة ، الرياض – السعودية ، 1415هـ ، ص24 .

[12] ـ فيصل محمود مصطفى النعيمات ، مسؤولية البنك في قبول المستندات في نظام الاعتماد المستندي ، الطبعة الاولى ، دار وائل للنشر ، الاردن – عمان ، 2005م ، ص 18 .

[13] ـ د. عصام صبرينة ، الاعتماد المستندي ألية جديدة للرقابة على التجارة الخارجية في التشريع الجزائري ، بحث منشور في مجلة افاق للعلوم ، المجلد الخامس ، العدد الثالث ، 2020م ، ص317 .

[14] ـ د. حسن علي الذنون ، دور المدة في العقود المستمرة ، مطبعة وزارة التعليم العالي – جامعة بغداد ، العراق – بغداد ، 1988م ، ص6 .

[15] ـ د. الياس ناصيف ، العقود المصرفية – الاعتماد المستندي ، المجلد الثالث ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 2014م ، ص130 .

[16] ـ د. عبد جمعة موسى الربيعي ، المتطلبات القانونية لابرام العقود التجارية الوطنية والدولية للبضائع ، مكتبة صباح للنشر والتوزيع ، العراق – بغداد ، 2009م ، ص211 .

[17] ـ احمد سحنون ، دور الاعتماد المستندي في تمويل التجارة الحارجية بالجزائر ، اطروحة دكتوراه جامعة منتوري – قسنطينة ، 1999م ، ص36 .

[18] ـ د. اكرم ابراهيم حمدان الزغبي ، مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندي – دراسة مقارنة وفقاً لاحكام النشرة 500 ، دار وائل للطباعة والنشر ، الاردن – عمان ، 2000م ، ص47 .

[19] ـ د. علي جمال الدين عوض ، الاعتمادات المستندية دراسة للقضاء والفقه المقارن وفق قواعد سنة 1983 الدولية ، دار النهضة العربية ، مصر – القاهرة ، 1989م ، ص 61 .

[20] ـ حفيظة زقاي ، اهمية الاعتماد المستندي في تمويل التجارة الخارجية ، مجلة ابحاث قانونية وسياسية ، العدد السابع ، 2018م ، ص124 .

[21] - د. حسن النجفي ، شرح الاعتمادات المستندية ، شركة المعرفة للنشر والتوزيع المحدودة ، العراق – بغداد ، بدون سنة نشر، ص23 وما بعدها .

[22] - بن عزوز ربيعة ، التسوية المشروطة ودورها في تنفيذ الاعتماد المستندي ، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل ، العدد السادس ، ص27 .

[23] - الاعتماد القطعي : هو اعتماد بات وقطعي ونهائي غير قابل للرجوع فيه من قبل المصرف المصدر للاعتماد او من قبل اطرافه ، يرتب في ذمة المصرف التزاماً اصلياً لارجعة فيه فيكون التزام المصرف مستقلاً وغير مرتبط بأي من العقود والعلاقات الاخرى السابقة او اللاحقة التي يرتبط بها اطراف العلاقة العلاقة التعاقدية فيما بينهم او بينهم وبين الغير ، لذلك يعتبر هذا النوع من الاعتمادات هو الاكثر شيوعاً واستعمالاً في ميدان التجارة الدولية لما يوفره من ثقة وامان للبائع والمشتري على حد سواء ، للمزيد ينظر د. هاني دويدار ، العقود التجارية والعمليات المصرفية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر – الاسكندرية ، 2015م ، ص286 ، عمر محمد شبيب وائلي ، الاعتمادات المستندية في القانون الدولي الخاص – دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، مصر – الاسكندرية ، 2021م ، ص42 .

[24] - الاعتماد غير القطعي : هو اعتماد غير نهائي وممكن الرجوع فيه من قبل اطرافه فيجوز للمصرف تعديله او الغائه من تلقاء نفسه او بناء على طلب الامر ولايرتب اي التزام على المصرف اتجاه المستفيد ، للمزيد ينظر نص المادة /276 – اولاً من قانون التجارة العراقي النافذ رقم 30 لسنة 1984 .

[25] - نصت عليه المادة /91 الفقرة /1 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل .

[26] - د. طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، الطبعة الاولى ، الاصدار السادس ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن – عمان ، 2008م ، ص107 .

27- Paris , 19 mai 1992 , cité par Ghestin ,p 317 , not 134 .

[28] - د. طالب حسن موسى ، مصدر سابق ، ص107 .

[29] - نصت المادة /296 من قانون التجارة النافذ على الاتي "يكون عقد البيع الذي يبرم وفق احكام هذا الباب مستقلاً ولايؤثر على العلاقات التي تنشأ بين كل من البائع او المشتري والناقل في عقد النقل ، او بين المشتري والمصرف في عقد الاعتماد المستندي" .

[30] - يزيد انيس نصير ، مرحلة ما قبل ابرام العقد – دراسة مقارنة ، مجلة المنارة للبحوث والدراسات ، المجلد التاسع ، العدد الثالث ، 2003م ، ص112 .

[31] - د. محمد حسين عبد العال ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر – القاهرة ، 1998م ، ص49 .

[32] - عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والارادة المنفردة – دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامي ، الكتاب الاول ، عالم الكتب للنشر ، مصر ، 1984م ، ص 173 ، سماح يوسف اسماعيل ، العلاقة التعاقدية بين اطراف عقد الاعتماد المستندي ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية – كلية الدراسات العليا ، بدون سنة نشر، ص38 ، عبد المطلب عبد الحميد ، البنوك الشاملة عملياتها وادارتها ، الدار الجامعية للنشر ، مصر – الاسكندرية ، 2000م ، ص 249 .

[33] - الركن عرف لغة بأنه : "جانب الشئ الذي يستند اليه ويقوم به" ، وهو يأوي الى ركن شديد اي عزة وصفة ، وعرف ايضاً بأنه "احد الجوانب التي يستند اليها ويقوم بها ، و ركن الشئ جانبه الاقوى ، وقيل ايضاً ما يتقوى به من ملك وقوم وسند" ، للمزيد ينظر ابي الحسن بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، الجزء الثاني ، مادة ركن ، دار الفكر العربي ، مصر ، بدون سنة نشر ، ص430 ، عبد الكريم بن علي بن محمد ، المهذب في علم اصول الفقه المقارن ، الجزء الخامس ، الطبعة الاولى ، مكتبة الرشد ، الرياض ، 1963م ، ص19 ، ابراهيم انيس ، المعجم الوسيط ، الطبعة الرابعة ، مكتبة الشروق الدولية للنشر ، مصر – القاهرة ، 2004م ، ص395 .

[34] - ينظر محمد بن حمزة بن محمد شمس الدين ، تحقيق محمد حسين محمد حسن اسماعيل ، فصول البدائع في اصول الشرائع ، الجزء الاول ، دار الكتب العلمية ، لبنان – بيروت ، 2006م ، ص239 ، علي ابن محمد الجرجاني ، معجم التعريفات ، دار الفضيلة للنشر ، السعودية – الرياض ، بدون سنة نشر ، ص97 .

[35] - سه ركه وت سليمان عمر ، تقويم الصياغة التشريعية لنظرية العقد – دراسة تحليلية مقارنة ، اطروحة دكتوراه – جامعة الموصل ، كلية الحقوق ، 2016م ، ص123 .

[36] - د. يونس صلاح الدين علي ، مضمون العقد كركن جديد من اركان العقد المدني الفرنسي – دراسة تحليلية مقارنة بالقانون الانكليزي والعراقي ، مجلة الرافدين للحقوق ، العدد الثامن والستون ، المجلد التاسع عشر ، السنة 2021م ، ص2 .

[37] - د. عمر عمور ، جوهر العقد – دراسة مقارنة على ضوء الفقه والقضاء الفرنسي ، مجلة الدراسات القانونية المقارنة ، المجلد السابع ، العدد الاول ، 2021 ، ص 1157 .

[38] - علي فيصل الصديقي ، مضمون العقد بين الشرعية الشخصية والموضوعية – دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان- بيروت ، 2019م ، ص33 .

[39] - د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص61 ، د. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص40.

39 - Ch. Deslauriers-Goulet, l'obligation essentielle dans le contrat, les cahiers de droit. Vol.55.n 4,2014, p927 .

[41] - د. محمد عثمان شبير ، الشروط المقترنة بالعقد واثرها فيه في الفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى ، مطبعة جامعة قطر ، الدوحة ، 2004م ، ص61 .
[42] - المصدر والصفحة نفسهما .
[43] - وكذلك نص المادة /1218 من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها "تتحقق القوة القاهرة في المسائل التعاقدية عندما يمتنع على المدين تنفيذ التزامه نتيجة حادث خارج عن سيطرته ولم يكن بالامكان على نحو معقول توقعه عند ابرام العقد ولم يكن من الممكن تجنب اثاره باتخاذ التدابير المناسبة ، اذا كان المانع مؤقتاً يوقف تنفيذ العقد ما لم يكن التاخير الناجم عنه مبررا لفسخ العقد ، واذا كان المانع نهائياً يعتبر العقد مفسوخاً بقوة القانون ويبرأ الاطراف من التزاماتهم طبقاً للشروط المنصوص عليها في المواد 1351 و 1351-1" ، فمن خلال النص المتقدم نجد ان المشرع الفرنسي قد ميز بين نوعين من الاسباب ، وهي الاسباب النهائية والاسباب المؤقتة وقد جعل فسخ العقد في الاولى بقوة القانون اما في الثانية فأعطى الحق في ايقاف العقد لحين وزال السبب المانع من تنفيذه .
[44] - ابراهيم الدسوقي ، الاعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1975م ، ص160.
[45] - د. ايمان طارق الشكري ، د. منصور حاتم الفتلاوي ، التمييز بين شرطي التعليق والتقييد ، بدون مكان طبع ، بدون سنة نشر ، ص 21 .
[46] - طارق علي الماغوط ، الاعتماد المستندي – دراسة مقارنة ، مكتب الدراسات الطلابية ، بدون مكان نشر ، 1998م ، ص13 وما بعدها ، حفيظة زقاي ، اهمية الاعتماد المستندي في تمويل التجارة الخارجية ، مجلة ابحاث قانونية وسياسية ، العدد السابع ، 2018م ، ص124 ، الياس بو زيدي ، الاعتماد المستندي بين مبدئي استقلالية الالتزام المصرفي والمطابقة الظاهرية للمستندات ، مجلة القانون للبحوث والدراسات القانونية ، العدد الخامس ، 2015م ، ص134 .
[47] - سهير حسن هادي ، الشرط المألوف في العقد – دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة بابل – كلية القانون ، 2008م ، ص 5 ، نقلاً عن د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في القانون المدني – مصادر الالتزام دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، الطبعة الثانية ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، العراق – بغداد ، 1963م ، ص336 ، د.عبد الحكم فودة ، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن ، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف ، مصر ، 1985م ، ص 107 .
[48] - د. رياض القيسي ، علم اصول القانون ، الطبعة الاولى ، مطبعة الفرات ، العراق – بغداد ، 2002م ، ص145 .
[49] - سهير حسن هادي ، مصدر سابق ، ص 6 ، نقلاً عن د. محمد شريف احمد ، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ، الطبعة الاولى ، مكتبة دار الثقافة للنشر ، الاردن ، 1999م ، ص142 .
[50] - د. علي بدير ، المدخل لدراسة القانون ، دار الطباعة الحديثة ، العراق – البصرة ، 1970م ، ص178 .
[51] - د. اسماعيل غانم ، مذكرات في العقود المسماة – عقد البيع ، مطابع دار الكتاب العربي ، مصر ، 1958م ، ص54 .
[52] - د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص64 .
[53] - تتعدد طرق الدفع على المستوى الدولي ولاسيما في ميدان عقود التجارة الدولية الى طرق متعددة من اهمها :
أ- الاعتماد المستندي
ب- التحصيل المستندي
جـ - خطابات الضمان الخارجية
د- التحويلات المباشرة ، للمزيد ينظر د. احمد غنيم ، الاعتمادات المستندية المشكلات العملية والجوانب التطبيقية ، الطبعة الاولى ، مطبعة كلية الحقوق – جامعة القاهرة ، 2000 م ، ص5 .

المصادر

القرآن الكريم

اولاً / الكتب

1- د.ابراهيم الدسوقي ، الاعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1975م .
2- د.ابراهيم انيس ، المعجم الوسيط ، الطبعة الرابعة ، مكتبة الشروق الدولية للنشر ، مصر – القاهرة ، 2004م .
3- ابي الحسن بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، الجزء الثاني ، مادة ركن ، دار الفكر العربي ، مصر ، بدون سنة نشر
4- د.احمد غنيم ، الاعتمادات المستندية المشكلات العملية والجوانب التطبيقية ، الطبعة الاولى ، مطبعة كلية الحقوق – جامعة القاهرة ، 2000 م .
5- د.اسماعيل غانم ، مذكرات في العقود المسماة – عقد البيع ، مطابع دار الكتاب العربي ، مصر ، 1958م .
6- د.اكرم ابراهيم حمدان الزغبي ، مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندي – دراسة مقارنة وفقاً لاحكام النشرة 500 ، دار وائل للطباعة والنشر ، الاردن – عمان ، 2000م .
7- د. ايمان طارق الشكري ، د. منصور حاتم الفتلاوي ، التمييز بين شرطي التعليق والتقييد ، بدون مكان طبع ، بدون سنة نشر .

8- د. حسن النجفي ، شرح الاعتمادات المستندية ، شركة المعرفة للنشر والتوزيع المحدودة ، العراق – بغداد ، بدون سنة نشر.
9- د. حسن علي الذنون ، دور المدة في العقود المستمرة ، مطبعة وزارة التعليم العالي – جامعة بغداد ، العراق – بغداد ، 1988م
10- خالد عبد حسين الحديثي ، تكميل العقد – دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية للنشر ، لبنان – بيروت ، 2012م .
11- د. رياض القيسي ، علم اصول القانون ، الطبعة الاولى ، مطبعة الفرات ، العراق – بغداد ، 2002م .
12- د. طارق علي الماغوط ، الاعتماد المستندي – دراسة مقارنة ، مكتب الدراسات الطلابية ، بدون مكان نشر ، 1998م .
13- د. طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، الطبعة الاولى ، الاصدار السادس ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن – عمان ، 2008م .
14- د. عبد الحكم فودة ، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن ، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف ، مصر ، 1985م .
15- د. عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والارادة المنفردة – دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامي ، الكتاب الاول ، عالم الكتب للنشر ، مصر ، 1984م .
16- د. عبد الكريم بن علي بن محمد ، المهذب في علم اصول الفقه المقارن ، الجزء الخامس ، الطبعة الاولى ، مكتبة الرشد ، الرياض ، 1963م .
17- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في القانون المدني – مصادر الالتزام دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، الطبعة الثانية ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، العراق – بغداد ، 1963م .
18- د. عبد المطلب عبد الحميد ، البنوك الشاملة عملياتها وادارتها ، الدار الجامعية للنشر ، مصر – الاسكندرية ، 2000م .
19- د. عبد جمعة موسى الربيعي ، المتطلبات القانونية لابرام العقود التجارية الوطنية والدولية للبضائع ، مكتبة صباح للنشر والتوزيع ، العراق – بغداد ، 2009م .
20- علي ابن محمد الجرجاني ، معجم التعريفات ، دار الفضيلة للنشر ، السعودية – الرياض ، بدون سنة نشر.
21- د. علي بدير ، المدخل لدراسة القانون ، دار الطباعة الحديثة ، العراق – البصرة ، 1970م .
22- د. علي جمال الدين عوض ، الاعتمادات المستندية دراسة للقضاء والفقه المقارن وفق قواعد سنة 1983 الدولية ، دار النهضة العربية ، مصر – القاهرة ، 1989م .
23- علي فيصل الصديقي ، مضمون العقد بين الشرعية الشخصية والموضوعية – دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان- بيروت ، 2019م .
24- عمر محمد شبيب وائلي ، الاعتمادات المستندية في القانون الدولي الخاص – دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، مصر – الاسكندرية ، 2021م .
25- د. فائق محمود الشماع ، الاعتماد المستندي – دراسة قانونية مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن – عمان ،2023م .
26- د. فيصل محمود مصطفى النعيمات ، مسؤولية البنك في قبول المستندات في نظام الاعتماد المستندي ، الطبعة الاولى ، دار وائل للنشر ، الاردن – عمان ، 2005م .
27- د. محمد ابراهيم الدسوقي ، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وابرام العقود ، معهد الادارة العامة ، الرياض – السعودية ، 1415هـ .
28- محمد بن حمزة بن محمد شمس الدين ، تحقيق محمد حسين محمد حسن اسماعيل ، فصول البدائع في اصول الشرائع ، الجزء الاول ، دار الكتب العلمية ، لبنان – بيروت ، 2006م .
29- محمد حسين عبد العال ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر – القاهرة ، 1998م .
30- محمد شريف احمد ، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ، الطبعة الاولى ، مكتبة دار الثقافة للنشر ، الاردن ، 1999م .
31- محمد عثمان شبير ، الشروط المقترنة بالعقد واثرها فيه في الفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى ، مطبعة جامعة قطر ، الدوحة ، 2004م .
32- محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية – عمليات البنوك ، المجلد الرابع ، دار الثقافة للنشر ، الاردن – عمان ، 2009م .
33- د.هاني دويدار ، العقود التجارية والعمليات المصرفية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر – الاسكندرية ، 2015م .
34- د. الياس ناصيف ، العقود المصرفية – الاعتماد المستندي ، المجلد الثالث ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان – بيروت ، 2014م .

ثانياً / الرسائل والاطاريح

35- احمد معوج ، النظام القانوني للاعتماد المستندي ، رسالة ماجستير ، جامعة العربي بن مهيدي – ام البواقي – كلية الحقوق ، 2016م

36- احمد سحنون ، دور الاعتماد المستندي في تمويل التجارة الحارجية بالجزائر ، اطروحة دكتوراه جامعة منتوري – قسنطينة ، 1999م .
37- سماح يوسف اسماعيل ، العلاقة التعاقدية بين اطراف عقد الاعتماد المستندي ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية – كلية الدراسات العليا .
38- سه ركه وت سليمان عمر ، تقويم الصياغة التشريعية لنظرية العقد – دراسة تحليلية مقارنة ، اطروحة دكتوراه – جامعة الموصل ، كلية الحقوق ، 2016م .
39- سهير حسن هادي ، الشرط المألوف في العقد – دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة بابل – كلية القانون ، 2008م .

ثالثاً / البحوث والدراسات

40- بن عزوز ربيعة ، التسوية المشروطة ودورها في تنفيذ الاعتماد المستندي ، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل ، العدد السادس
41- حسنة مهاوش ، الشرط كوصف من اوصاف الالتزام في القانون المغربي ، مجلة الباحث للدراسات والابحاث القانونية والقضائية ، العدد السادس والاربعين ، 2022م .
42- حفيظة زقاي ، اهمية الاعتماد المستندي في تمويل التجارة الخارجية ، مجلة ابحاث قانونية وسياسية ، العدد السابع ، 2018م .
43- عصام صبرينة ، الاعتماد المستندي ألية جديدة للرقابة على التجارة الخارجية في التشريع الجزائري ، بحث منشور في مجلة افاق للعلوم ، المجلد الخامس ، العدد الثالث ، 2020م .
44- عمر عمور ، جوهر العقد – دراسة مقارنة على ضوء الفقه والقضاء الفرنسي ، مجلة الدراسات القانونية المقارنة ، المجلد السابع ، العدد الاول ، 2021 .
45- محمد جاسم محمد ، الجوانب القانونية لتصدع مبدأ الاستقلالية في الاعتماد المستندي ، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية ، العدد الثاني والعشرون ، 2021م .
46- الياس بو زيدي ، الاعتماد المستندي بين مبدئي استقلالية الالتزام المصرفي والمطابقة الظاهرية للمستندات ، مجلة القانون للبحوث والدراسات القانونية ، العدد الخامس ، 2015م .
47- يونس صلاح الدين علي ، مضمون العقد كركن جديد من اركان العقد المدني الفرنسي – دراسة تحليلية مقارنة بالقانون الانكليزي والعراقي ، مجلة الرافدين للحقوق ، العدد الثامن والستون ، المجلد التاسع عشر ، السنة 2021م .

رابعاً / القوانين واللوائح

48- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل .
49- قانون التجارة العراقي النافذ رقم 30 لسنة 1984 .