ذاتية التزام المصرف تجاه طالب منح الاعتماد المستندي.

Self-obligation of the bank towards the applicant for granting a documentary credit.

بحث مشترك مقدم من قبل
الاستاذ الدكتور باسم علوان طعمة العقابي
الباحثة وداد وهيب لهمود الركابي
جامعة كربلاء/ كلية القانون

الخلاصـــة.

أن التزام المصرف تجاه طالب الاعتماد المستندي ينشأ في المرحلة السابقة على إبرام عقد الاعتماد المستندي لذا كان من الضرورة تحديد الأساس القانوني له فالفقه القانوني أختلفَ في هذا الالتزام لعدم ذكرة في التشريعات التجارية كما أنّ قواعد الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية (UCP/URR) لم تبينه لذلك ظهر إتجاهان:إتجاه يؤكد وجود التزام قانوني في ذمة المصرف المُستلم لطلب منح الإعتماد،وإتجاه آخر ينفي الوجود القانوني له،ولكن يَوصي بَتكريسه تَشريعيًّا وبَحدود معينِة. وأيضاً أختلفَ الفقه في التوصيف القانوني له فاتجاه يرى إنهُ التزام ذو طبيعة عَقدية وأخَر يَراه بأنّهُ التزام ذو طبيعة قانونية وتوصلنا إلى أنّهُ التزام قانوني ويعد التزاماً ببذل عناية لأن بعض المعلومات يكون مصدرها طالب الاعتماد المستندي وهذا الأخير قد يكون سَيئ النية فيلزم جانب الكِتمان حفاظاً على معلوماتهِ.كما أنْ من المبررات اللازمة لهذا الالتزام وجود اختلال في المراكز القانونية ما بين طرفي عقد الإعتماد،ويرجع هذا عموماً وفي المدة التي تسبق التعاقد خصوصا إلى عدم التكافؤ بين المصرف وطالب منح الإعتماد المستندي، وعلى ذلك يتَطلبْ في التزام المصرف عِدة شُروط هي أولاً: عِلم المصرف بالمعلومات المستندية وبتأثرها على رضا طالب منح الإعتماد المستندي.وثانياً:جهل طالب منح الإعتماد المستندي بها جِهلاً مُبرراً.

الكلمات المفتاحية : المصرف ، طالب الاعتماد المستندي ، الأساس ، التزام قانوني ، التزام عقدي.

Abstract.

The bank's obligation towards the documentary credit applicant arises in the stage prior to the conclusion of the documentary credit contract, so it was necessary to determine the legal basis for it. Recognizing it, therefore, two directions appeared: one that affirms the existence of a legal obligation in the possession of the bank receiving the request to grant credit, and another that denies its legal existence, but recommends that it be enshrined legislatively and within certain limits. Also, jurisprudence differed in its legal description, one direction sees that it is a commitment of a contractual nature, and another sees it as an obligation of a legal nature, and we concluded that it is a legal obligation and is an obligation to exert care, because some information is the source of the applicant for documentary credit, and the latter may be in bad faith, so the side of confidentiality is required In order to preserve his information. Also, one of the necessary justifications for this commitment is the existence of an imbalance in the legal positions between the two parties to the contract of credit, and this is due in general and in the period preceding the contract in particular, to the inequality between the bank and the applicant for granting the documentary credit, and accordingly, several conditions are required in the bank's commitment It is first: the bank's knowledge of the documentary information and its effect on the satisfaction of the applicant for granting the documentary credit. Second: the justifiable ignorance of the applicant for granting the documentary credit.

Keywords: - the bank, the documentary credit applicant, the basis, legal obligation, contractual obligation.

المُقدمة.

أولاً/ فكرة البحث.

أنّ المصرف إنْ علم من خلال علاقتهُ بطالب منح الإعتماد المستندي أنّ الأخير مُقدم على تمويلِ نشاط مُعين أو يقوم بتوسعته وتكون لدى المصرف معلومات بأنْ هذا الأمر لا تسعهُ حالة السوق أو وجود مخاطر متعلقه بهِ،أو يعلم المصرف أنْ طالب منح الإعتماد مُقدم على عمل بِشروط مجحفة فهل أنْ المصرف يتحرر من التزامهِ حتى لو كانت لديهِ معلومات تخص الإعتماد المستندي؟ وهو يعلم أن طالب منح الإعتماد المستندي لو أُحيط علماً لتغير موقفهُ وقرارهِ على صعيد التعاملات التجارية وهل أنْ المصرف يلزم الصمتَ، وهو يرى أنّ مصالح طالب منح الإعتماد المستندي مُهددة ؟ بحجة أن طالب منح الإعتماد لم يطلب منهُ المعلومات الخاصة بالعملية المستندي، فهل أنَّ طلب طالب منح الإعتماد المستندي يرتب التزام في ذمتهِ يمنعهُ من الصمتَ ويجبرهُ على رعاية مصالح طالب منح الإعتماد ؟ كالتزام المصرف بإعلام طالب منح الإعتماد بمخاطر الطلب وتحذيرهُ وتقديم النصيحة المناسبة له ؟ وهل يتفق صمت المصرف مع التزامه الأمانة وحسن النّية في المعاملات؟

هذا السؤال المطروح حديثًا لا يجد جواباً في التشريعات التجارية المقارنة، كما لا يجد لهُ جواباً في قواعد الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية (UCP/ URR) لهذا ظهر إتجاهان بهذا الصدد: إتجاه يؤكد وجود التزامات قانونية في ذمة المصرف المستلم لطلب منح الاعتماد، واتجاه آخر ينفي الوجود القانوني لهذه الإلتزامات،ولكن يوصي بتكريسها تَشريعيًّا وبحدود معينة. ونظرًا لأهمية السؤال المطروح، سَنحاول فيما يأتي الكشف عن الأساس القانوني لالتزام المصرف تجاه طالب منح الاعتماد المستندي لقد اختلفت إتجاهاتِ الفقهِ والقضاء في بيانِ مدى التزام المصرف وهذا ما سَنتطرق إليهِ عن طريق بيان الاتجاه المؤيد لوجود التزام في ذمة المصرف تجاه طالب منح الإعتماد المستندي أما الاتجاه الآخر سَنبحث فيهِ الاتجاه الذي ينكر بوجود التزام في ذمةِ المصرف، كما ان الخلاف ثار حول التوصيف القانوني لالتزام المصرف قبل التعاقد لطالب منح الإعتماد المستندي ويرجع هذا الخلاف حول المصدر الذي ينشأ عنهُ هذا الإلتزام،فمن رأى أنّ هذا الالتزام يستمد وجودهُ من مصادر أُخرى غير العقد كالمبادئ العامة للقانون أو في نصوص القانون نفسهُ فأنهُ ينظر إليهِ حينئذ بوصفهِ التزاماً قانونياً غير تعاقدي ومن ينظر إليهِ على أنهُ يستمد وجودهُ من العقد اللاحق عليه نظر إليهِ على أنهُ ذو طبيعة عقدية.

كما إنّ من أبرز الضرورات التي أدتْ إلى تقرير التزام المصرف تجاه طالب منح الإعتماد المستندي كالتزام قانوني هو وجود اختلال في المراكز القانونية ما بين الطرفين عموماً وفي المرحلة التي تسبق منح الإعتماد المستندي خصوصا ويرجع هذا الاختلال عادةً إلى عدم التكافؤ بين طالب منح الإعتماد المستندي والمصرف من حيث مستوى العلم والدراية بالمعلوماتْ والبيانات الجوهرية حيث غالباً ما يحوز المصرف معلومات وبياناتْ ذات تأثير كبير على إرادة طالب منح الإعتماد المستندي في حين يجهلها الأخير .

ثانياً/ أهمية البحث.

تتمحور الأهمية ان البحث يتناول جانبا مهماً من جوانب العملية المصرفية في علاقة المصرف بطالب الاعتماد المستندي والتي تتمثل في تحديد الاساس القانوني والتوصيف فضلاً عن الشروط القانونية اللازمة لهذا الالتزام فهذهِ المواضيع لم يتطرق لها القانون التجاري ولا القانون المصرفي بصورة صريحة وواضحة ومحددة فكان اختيارنا لهذا الموضوع يهدف الى تبيان الأساس والتوصيف والشروط اللازمة لنشوء التزام المصرف تجاه طالب الإعتماد المستندي ، من خلالها يمكن ان نوفر حماية قانونية لطالب الاعتماد المستندي لكونه الطرف الضعيف في العملية المستندية.

ثالثاً/ أسباب البحث.

يمكن إجمال اسباب البحث وذلك من أجل الإجابة على الإسئلة التالية :-

1- تحديد الاساس القانوني لالتزام المصرف تجاه طالب الاعتماد المستندي .
2- تحديد التوصيف القانوني لالتزام المصرف وفيما اذا كان التزاماً قانونياً ام التزام عقدي.
3- معرفة الشروط الواجب توفرها في علاقة المصرف مع طالب الإعتماد المستندي .

رابعاً/ منهجية البحث .

أن دراستنا لموضوع التزام المصرف تجاه طالب الاعتماد المستندي ستتخذ المنهج الوصفي المقارن سبيلاً لمعالجة موضوع البحث ، فنعقد المقارنة بين القانون العراقي والقانون المصري فضلاً عن القانون الفرنسي من القوانين الاجنبية .

خامساً/ خطة البحث.

سنقسم هذا البحث إلى مطلبين نخصص المطلب الأول الى الأساس والتوصيف القانوني لالتزام المصرف تجاه طالب منح الإعتماد المستندي، اما المطلب الثاني فيكون للشروط القانونية للالتزام.

المطلب الأول/ التأصيل القانوني لالتزام المصرف.

سنبحث في هذا المطلب الأساس القانوني والتوصيف القانوني لإلتزام المصرف تجاه طالب منح الإعتماد المستندي وذلك على النحو الآتي:-

الفرع الأول/ الأساس القانوني لالتزام المصرف.

للبحث في الاساس القانوني للالتزام المصرف لابد من عرض الآراء الفقهية التي قيلت بصدد تحديد الاساس القانوني ولبيانها سنبحثها في فقرات وعلى النحو الآتي:.

أولا: الاتجاه المؤيد لفكرة وجود التزامات على المصرف تجاه طالب منح الإعتماد

يؤيد البعض وجود التزامات في ذمة المصرف تجاه طالب منح الإعتماد المستندي مستندين إلى حُجج خاصة نعرضها أولاً ثم نُقيمها قانونياً ثانياً وذلك في فقرتين وعلى النحو الآتي:-

1-حجج الاتجاه المؤيد .

يؤيد هذا الاتجاه وجود التزام في ذمة المصرف ويستنُد بالقول إلى سلامة الآراء التي قِيلت بخصوص التزام المصرف تجاه طالب منح الإعتماد المستندي فلا يوجد ما يمنع من وجود التزام يقع على المصرف يُرتبط أساساً بالواجب المفروضِ على الكافة بالتزامِ الحرص لتفادي الإضرار بالغير وهو واجب لهُ طابع التشدد بالمصرف خاصة ما يقوم بهِ في نطاق الائتمان العام. فالاختلاف بشأنْ وجودِ التزام للمصرف تجاه طالب منح الاعتماد المستندي لا يصلح مانعًا قانونيًّا يسوغ إنكار وجود التزامات على عاتق المصرف بل إنها مُسوغ ضروري للبحث من أجل الكشف عن الحكم القانوني الواجب التطبيق طبقًا لمصادر القاعدة القانونية التي تنص صراحة بلزوم تطبيق القواعد العامة في القانون في حالة غياب النص التشريعي الخاص[1]. نلاحظ من جهة أخرى عدم جواز الادعاء بعدم كفاية الدليل دون بيان المبرر خاصة أنّ مبدأ حسن النّية في الاتفاقات[2]،يعد -طبقًا للقواعد العامة في القانون- أساسًا قانونيًّا كافيًا للالتزام المصرف بواجباتٍ لرعاية مصالح طالب منح الاعتماد المستندي. ولا يردُ على هذا بغياب الاتفاق بين الطرفين المذكورين، لأنْ ثِمة اتفاقا أوليًّا حصل بينهما للعمل على إيجاد علاقة تعاقدية للاعتماد المستندي؛ فتقديم الطلب لمنح الاعتماد يجسد الإيجاب من جهة الطالب واستلام الطلب من جهة المصرف يُمثل القبول لهذا الاتفاق التمهيدي، الأمرُ الذي يرتب نشوء الالتزام بعمل في ذمة الطرفين على الاستمرار بالعلاقة لإيجاد عقد الاعتماد المستندي طبقًا للمُستلزمات القانونية؛فطالبُ منح الاعتماد مُلزم بالاستجابة لمستلزمات المصرف القانونية للتعاقد كما أنْ المصرف مُلزم بتوجيه طالب الاعتماد بمشكلاتِ الطلبْ وبيانِ معوقاتهِ وإيضاح نصائحه وكل ذلك تحت طائلة إبرام عقد الاعتماد المستندي. وهذا التحليل يجد له سندًا في القضاء والفقه. فالاتجاه السائد في فرنسا يرى أنهُ بالرغم من عدم وجود نص قانوني،إلاّ أنْ القضاء الفرنسي أقرَ بوجود التزام عام بالمصارحة والشفافية في المرحلة السابقة على التعاقد إذ يتعين على كل متعاقد أنْ يعلم المتعاقد الآخر بكل شيء(Tout reveler)،بأسلوب مستقيم(Loyal)،وصريح (Franche)،وبريء(Candide)،بما يصاحب العقد من ظروف وملابسات واقعية وقانونية. وقد أيدهُ في ذلك الفقه الفرنسي الحديث الذي خَلص إلى أنْ المصرف يلتزم بإعلام أو بإخبار طالب الإعتماد،بحقيقة المعلومات المتعلقة بعقد الاعتمادي المستندي والتي يستحيل على هذا الأخير تحصيلها بوسائلهُ الخاصة[3]،وتأسيساً على ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية[4]-بوضوح- بتأسيسِ التزامِ المصرف بالنصيحةَ على حكم نص المادة (1135) من القانون المدني الفرنسي التي تقرر بأنْ الاتفاقات لا تقتصر التزامها بما هو معبر عنهُ فيها فقط،بل – أيضًا- بجميع النتائج التي تقرها العدالة والاستخدام (العرف)

والتشريع للالتزام حسب طَبيعتهُ[5].وفي قرار آخر قضت محكمة النقض الفرنسية بأنْ المصرف مُلزم بتوجيهِ التَحذير والنَصيحة إلى عميلهُ في ميدان الاعتماد المستندي متى كان هذا العميل جَاهلًا بالتعليماتِ المناسبة[6].ولئن كان هذا القرار الأخير يتعلقَ بحالة وجود عقد الإعتماد المستندي فإن حكمهُ يسري – أيضًا- على حالة طلب منح الإعتماد المستندي لأن هذهِ الحالة تقوم هي الأخرى على وجود إتفاق تمهيدي لإيجاد الإعتماد المستندي كما أسلفنا. ومن الحري أنْ نشير إلى أنّ الأحكام القضائية المذكورة تطبق ما جرت عليهِ محكمة النقض الفرنسية من فرض التزامات على المصارف ووجوب مُراعاتها حين منحِ الإعتماد[7] وبالتحديد في ميدان منحِ القَروض[8]الذي يشبهَ حالة منح الإعتماد المستندي نوعاً ما،إنْ لم يكن هذا الأخير من تطبيقات القرض؛ فقد عُرضت على القضاء الفرنسي دعاوى متعددةٌ ضد المصرف بسبب منحهُ مؤسساتٍ مُتعثرةً قروضًا أو لمنحهُ قروضًا زادت عبء المؤسسة في رد مبالغ مفرطة[9].وبمناسبة هذهِ الدعاوى كرست محكمة النقض الإشارة صراحة إلى اليقظة(Lavigilanec) التي يجب على المصرف المُقرِض مراعاتها عند منحِ الإعتماد. كما أكدت هذهِ المحكمة أهمية التزام المصرف المقرض بقواعد اليقظة والحذر في منحهِ الإعتماد بمناسبة دعاوى أُخرى قام المعترضونْ بتحريكها ضد المصرف المَقرض[10]. وقد حظي هذا الاتجاه بتأييدِ الفقه الذي أكدَ –أيضًا- التزام المصرف بمنح الإعتماد بموجب تصرف يقظ وحذر يُجنب أنْ يكون منح الإعتماد مصدرًا للإضرار وبخلافه يكون المصرف مسؤولًا عن الضرر الذي سببهُ الإعتماد[11]،خاصة أنْ هذهِ المسؤولية تُعد جزءًا من التزامٍ مهني يرتبَ عليهِ واجبين تجاه طالب الإعتماد هما: الواجب بالمعلومات، والواجب بالتحذير.

تقييم الاتجاه المؤيد:-

بالرغم مما قيل بشأن وجود التزام على المصرف في المرحلة التي تسبق إبرام العقد المستندي الا أنهُ رد الفقه على هذا الاتجاه بما يلي:-

1-أنْ وجود التزام للمصرف تجاه طالب الإعتماد المستندي يؤدي إلى تدخل المصرف في إدارة المشروع أو في شؤون طالب الإعتماد،فلا يمكن للمصرف أنْ يتدخل لمنع طالب الإعتماد من القيام بعمليات غير قانونية أو رفض تنفيذ التعليمات التي قدمها إليه طالب الإعتماد على أساس إنها غير مناسبة والراجح لدى الفقه أنهُ لا يوجد مثل هذا الواجب على عاتق المصرف لأنهُ ليس موجه للوعي الاقتصادي للعميل طالب الإعتماد[12]"وهو لا يحلُ محلهُ في إدارة النشاط وإتخاذ القرارات خاصة وأنْ عملاء المصارف يكونون عادةً من ذوي الخبرة والدراية القادرين على تدبير وحزم أمورهم،هذا علاوة على إستقرار الأعراف التجارية على مبدأ عدم تدخل المصرف في شؤون العُملاء، وهو أمر يحضىَ بتأييدِ الفقه ويحترمهُ القضاء ويزيد من خطورة موقف المصرف إذا الزمناهُ بمتابعة نشاط العميل إمكانية انتهاكه لحضر التدخل في الإدارة وإحتمال اعتباره مديراً فعليا قد يتعرض لإمكان الزامهِ بكل أو بعض خصوم المشروع في حالة تصفية الأموال[13]. وهذا المبدأ مُقرر لمصلحة المصرف فيحميهِ من دعاوي المسؤولية التي ترفع ضدهُ في الحالة التي تترتب فيها العمليات التي تتم بواسطة ضرر لطالب الإعتماد أو الغير[14]،وهو من المبادئ القانونية المُستقرة والتي أخذتْ بها أحكام الغرفة التجارية لمحكمة النقض لنفي خطأ المصرف خاصة عند الرجوع عليهِ تأسيساً على عدم مُلائمة الائتمان لحالتهِ المالية أو على تقصيرهُ في واجب الحيطة والحذر فقررت عدم مسؤولية المصرف لأنه غير مسؤول لأنهُ العميل هو من تقدم للحصول على الائتمان وأنْ المصرف لا يتدخل في إدارة أعمال طالب الإعتماد[15].

2-أن المصرف يجهل البيانات المالية المتعلقة بحالة طالب الإعتماد،فوفقاً لقضاء محكمة النقض فأنهُ من غير المتصور قيام مسؤولية المصرف عن منح إعتماد طالما كان غير عالم بالبيانات المُتعلقة بحالتهِ المالية، حيث ترى الغرفة التجارية لمحكمة النقض أنّ قاضي الموضوع الذي يأخذ بمسؤولية المصرف دون البحثِ عما إذا كان لدى المصرف معلومات يجُهلها طالب الإعتماد تتعلق بحالتهِ المالية ينتهك نص المادة (1147) من القانون المدني،فالأمر الوحيد الذي يمكن من خلالهِ إثارة والتمسك بمسؤولية المصرف،هو عدم التماثل بمقدار المعلومات التي يمتلكها أطراف الإلتزام،فعندما يكون لدى المصرف معلومات تبين له عدم قدرة طالب الإعتماد على الوفاء بالتزاماتهِ المالية ، يكون تصرف المصرف في هذهِ

الحالة مكوناً خطأ يؤدي إلى قيام مسؤولية المصرف عن تلك العمليةِ المصرفيةِ، فيما عدا ذلك تستبعد مسؤولية المصرف[16].

3-كذلك أنهُ لا يوجد التزام على المصرف بإعلام أو بنصيحة طالب الإعتماد،فالإلتزام بالإعلام يقضي ضرورة تزويد طالب الإعتماد بالبيانات المُتعلقة بمحل العقد من خلال وسائل معينة فالإلتزام بالإعلام يتناول بشكل عام الشروط العقدية وما يرد عليهِ العقد المبرم وبالمقابل الالتزام بالنصيحة له أكثر من معنى فقد يكون إيجابياً بمعنى التوجيه الإيجابي لطالب الإعتماد في القرار الذي يتخذهُ كَحثهُ على إبرام العقد من عدمه وقد يكون سَلبياً بمعنىَ النصيحة بعدم القيام بعمل مصحوبة ببيان المخاطر أو وجود عوائق معينة عند عدم إتباع تلك النصيحة . كما أنْ التوجه القضائي بعدم التزام المصرف بواجب الإعلام والنصيحة في مواجهة العميل قد يرجع إلى نظرة واقعية ومتوازنة في العلاقات لعمليات الإعتماد؛فمن جهة يعد هذا التوجه مُنسجماً مع مبدأ عدم التدخل في إدارة شؤون العميل ، ومن جهة أُخرى فأنْ عدم الأخذ بمسؤولية المصرف في هذا الجانب يؤدي إلى تحاشي أو عرقلة المُنازعات التي قد تنشأ– عند الأخذ بتلك المسؤولية –من أجل المُماطلة فقط لتأخير الدعاوى القضائيةِ المُرتبطة بالمُستحقات المالية خاصة عند عدم الوفاءِ بها

4-أنْ التزام المصرف تجاه طالب الإعتماد لا يتضمن إتفاقاً على العقد المستندي ولا يرتب عنه مسؤولية عقدية في حال عدم توصل طالب الإعتماد مع المصرف إلى إبرام العقد المستندي وبالتالي لا يتضمن تقييداً لحرية التعاقد ورفض التعاقد ولا يمثل أكثر من تأكيد للالتزام العام الذي يفرضهُ القانون،ولا يشكل بحد ذاتهِ التزاما ومن ثم الإخلال بهذا الواجب تحكمهُ قواعد المسؤولية التقصيريةِ بصفة خاصة[17].

ثانياً: الاتجاه المنكر لفكرة وجود التزام على المصرف تجاه طالب منح الإعتماد

أنكرَ هذا الاتجاه وجودِ التزام في ذمة المصرف تجاه طالب منحِ الإعتماد المستندي واستندوا إلى حُجج خَاصة نَعرضها أولاً ثم نُقيمها ثانياً.

1-حجج الاتجاه .

ينكَر هذا الاتجاه وجود إلتزام في ذمة المصرف تجاه طالب منح الإعتماد المستندي ففي بحث مفصل ، كتب الدكتور (Jamel BACCAR)[18] أنَّ من غير المُحق الاعتراف قانوناً بوجود التزام خاص في ذمة المصرف تجاه طالب منح الإعتماد المستندي، وذلك أنْ علاقة المصرف بطالب منح الإعتماد المستندي تستند إلى الثقة المتبادلة وبموجب هذهِ الثقة لا يحتاج المصرف أن يبحث عن مقومات العملية المستندية ، فالمصرف ليس مُوجه للنشاط الاقتصادي لطالب منح الإعتماد المستندي ولا يحلُ محلهِ في إدارته لنشاطهِ، خاصة وأنّ أغلب العملاء هم من ذوي الخَبرة والدراية القادرين على حزمِ وتَدبير أُمُورهم هذهِ من جهة،ومن جهة أخرى فأنْ ذلك يبطئ من هَمتهُ ويضعف ويعيق العمليةِ المستنديةِ القائمة على السرعة في إنجاز العلميات المصرفية[19]. وإذا كان المصرف يَهتم بالتَحري عن طالب منح الإعتماد المستندي للتأكد من مركزهُ المالي والغرض من منح الإئتمان،وتناسبهُ لطالب منح الإعتماد المستندي فإن ذلك لا يعني وجود التزام على عاتقهِ ، لانْ ما يمارسهُ المصرف بهذا الشأن هو لصالحه تحسباً لما قد ينجم من طالب الإعتماد من إساءة في استخدام الإعتماد[20]ويضيف أنصار هذا الاتجاه :-

1-لا وجود لنص في الأصول والأعراف الموحدة يتضمن الاعتراف الصريح بوجود التزام في ذمة المصرف تجاه طالب منح الإعتماد المستندي ، الأمر الذي دَعا البعض للجوء إلى البحث عن ذلك من خلال التفسير الاحتمالي للنصوص .

2-لما كان الإيجاب أول مكوناتْ العقد المزمع إبرامه فأنّ ما يسبقه مُجرد مفاوضاتْ وأنّ القانون لا يُرتب على هذهِ المفاوضات أثراً قانونياً ، بالتالي التوقيع على العقد يلغي كل قيمة لهذهِ الأعمال السابقة وتعتبر لاغيةِ ولا قيمة لها،ولا يعتد الإ بما ورد في العقد في حالة إذا ما وجد تعارض بينهما وبين ما ورد في العقد[21]. وقد حاول البعض الاستناد إلى نص المادة (13-a) من قواعد الأصول والأعراف الموحدة لعام (1993م). ولكنْ، يقول (Baccar) إنّ هذا التأسيس خاطئ، لأنْ المادة (13-a) تتعلق بتنفيذ خطاب الإعتماد المستندي، بمعنى أنها بعيدة عن علاقة المصرف بشأنْ التعليمات السابقة على إنعقاد الإعتماد المستندي، أي مدة طلب الإعتماد،والبعض الآخر يدعو إلى الاستناد على المادة (1-2-3) من قواعد (RRU) لعام (1993م) التي حذفت بموجب التعديل لعام (2007م). وبهذا الصدد يشير الدكتور

(Buccar) إلى أن النَص المذكور يفرض على المصرف عدم تشجيع طالب الاعتماد على بيان تعليماته، وهو نص حَصري ومُحدود المَدى ولا يصلح –بالتالي- أنْ يكون ذا صلة بالتزام المصرف بتقديم المعلومات لطالب فتح الاعتماد المستندي وأقترح فريق ثالث تأسيس الالتزام المذكور على القواعد العامة في القانون، ولكن هذهِ المحاولة –حسب قول (Baccar)- لا تُعدُّ كافية. صفوة الملاحظة، يؤكد (Baccar)،أنّ جميع هذهِ المحاولات لا تعد كافيةِ، فالاعتراف بالالتزام المذكور لا يجد لهُ سندًا صريحًا أو ضمنياً في نصوص الأصول والأعراف الموحدة (RRU)(المصطلح عليها UCP بالإنجليزية أو URR بالفرنسية). ويؤكد هذا الاتجاه بالقول أنْ كون المصرف تاجراً للنقود ولا يُعتبر مدير أعمال تقع على عاتقه التزامات اقتصادية نحو عملائه لأنه لا يملك التدخل في شؤونهم كما إنْ القاعدة القانونية الحالية في القانون الفرنسي لا تفرض على المصرف مثل هذا الالتزام حيث لا يتصور أنْ يقوم المصرف بإجراء دراسات اقتصادية تخص مَشروعات العملاء دون طلبهم[22]،ويضيف أصحاب هذا الإتجاه،إذا كان المصرف يَهتم بالتّحري عن المركز المالي لطالب منح الإعتماد المستندي والغرض من منح الإعتماد المستندي ويراقب سير العملية المستندية،فأنْ ذلك لا يعني وجود التزام يقع على المصرف مصدر الإعتماد المستندي سواء في عالم التجارة أو تجاه الغير لأن هذا الالتزام الذي يقع على المصرف هو لحمايتهِ ومن مصلحته فمن مصلحة المصرف أنّ يبقى يقضاً من منطق حماية الائتمان ضد المخاطر التي قد تنجم عن سوء استخدام طالب منح الإعتماد ومنعاً من صدور مُمارسات غير مشروعة من قبل طالب منح الإعتماد المستندي[23]. والقاعدة بهذا الشأنْ أنّ المصرف لا يلتزم إلاّ بما طلب منه أو وعد بكونه ليس بخبير محاسب وتطبيقا لذلك نجد في احد قرارات محكمة باريس في 2/ فبراير 1979 لقضية تتخلص وقائعها أن مصرفين تَدخلا لدى زبونهما المورد بشأنْ طريقة سداد أثمان البضائع التي يوردها والتي لم تكن تُناسب الظروف فأدعى المورد إخلال المصرفين بالتزاماتهم بالتحقق من المعلومات والتدخل لتقديم المشورة ،إذ قررت المحكمة أنهُ:((بافتراض ثبوت حقيقة التدخل الأولي،فإنّهُ كان على المورد أنْ يتحقق من مَلاءة زبونهِ المعتاد ومن أنْ تسليم الطلبات مساوٍ للتأمين وأنه ليس من اختصاص المصرف أنْ يتحول إلى خبير محاسب دائم))[24]. ويفهم من هذا القرار أنّ هذا الاتجاه ينكر كل قيمة قانونية لكل عمل يسبق التعاقد- في عقد الإعتماد- ،ذلك أنّ التوقيع على العقد سَيلغي كل قيمة لهذهِ الأعمال السابقة ومنها التزام المصرف فتعتبر هذهِ الأعمال لا غية ولا قيمة لها،ولا يعتد إلاّ بما ورد في العقد في حالة ما إذا وجد تعارض بينها وبين ما ورد في العقد[25]. من ذلك نستخلص ان المشرع العراقي لم يشر الى هذا الالتزام و أنْ هذا الاتجاه[26]ينكر وجود التزام للمصرف تجاه طالب منح الإعتماد ذلك أنْ المصرف ليس مُلزم إتجاه طالب منح الإعتماد والتحقق من مُلائمة الإعتماد للمركز المالي أو ملائمتهُ لهُ،ولا بتقديم النَصح والإرشاد وبشأنْ متعلقات العملية المستندية.

ثانياً: تقييم الاتجاه .

وعلى الرغم مما قيل بخصوص التزام المصرف تجاه طالب منح الإعتماد المستندي ووجود الاتجاه المنكر ولكننا نجد أنَّ الحاجة إلى خبرة المصرف لتقديم النصيحة في هذا المضمار تتَسع مع تطور واتساع النشاطات المصرفية بحيث أصبحت لا تكتفي بمنح الإئتمان،وإنما توسعتْ ليتشمل نِطاقها كافة الخدمات المقدمة مما دفعَ بعض من المصارف لأنشاء وحدات خاصة تسمى الهندسة المالية من خلال القيام بتقييم شامل لكل نشاطاتهم ومُساعدتهم على اتخاذ القرار[27]. كذلك إذا نظرنا إلى الموقف التشريعي نجد أنَّ المشرع العراقي لم يتطرق إلى هذا الالتزام في نصوص القانون إلا أنَّ هناك إعتبارات تشير إلى ضرورة التزام المصرف تجاه طالب منح الإعتماد منها:-

1-أنَّ العمليات المصرفية بالإضافة إلى ما تمثله من سِلسلة من الإجراءات العملية المُتفق عليها بين الطرفين فهي بالوقت نفسهُ ذات طابع فني تنتج اختلال بالمعرفة بين مهني مُتمرس متمثل بالمصرف وطالب منح الإعتماد قليل الخبرة ، وإنْ كانت لديهِ خبرة في مجال أنشطتهِ إلاّ إنها لا تَرقى إلى مرتبة المصرف مما يتطلب تدخل الأخير لتبصير طالب منح الإعتماد وإبداء النصيحة له حول طبيعة وآثار حصولهِ على الإئتمانات وأي أمر آخر متعلق بالعملية المصرفية.

2- وعلى الرغم من سَلامة النظر إلى مبدأ عدم التدخل في شؤون طالب الاعتمادات تغيرات جدت في موقف القضاء تشكك في إطراد الحجج آنفه الذكر فقد أتجه القضاء في الزام المصارف في مُتابعة قرار العميل "طالب الإعتماد" حتى دون وجود أي التزام مكرس في إتفاق فتح الإعتماد،كما نَجد أحكاماً تساءل المصرف عن عدم تناسب حجم الإعتماد مع حجم المشروع وإمكانياتهِ[28]. اما الاستناد إلى مبدأ خطر تدخل المصرف في الإدارة فأنْ القضاء لم يرَ مبرراً لتدخل المصرف بإخضاع فتح الإعتماد لإجراء تعديلات في إدارة المشروع أو التوصية بإسنادها إلى أشخاص معينين أو حضور ممثليهِ لجلسات مجلس إدارة المشروع المستفيد من فتح الإعتماد ويعني هذا أنّ الزام المصرف في التدخل لا يعرضهُ لخطر تحولهُ إلى مدير فعلي،هذا علاوة على ما يعنيهِ موقف القضاء من تحبيذ لقيام المصرف بدور إيجابي مما يسقط التحصن خلف مبدأ عدم التدخل في الإدارة،ولايصح في هذا المقام نسيان أنّ المصرف وأنْ كان لا يعتبر مرفقاً عاماً في بعض الاحيان الا أنّهُ أصبحَ مُلزماً بأنْ يدخل في اعتباره مصالح العميل والغير عند اتخاذ قراراتهُ بصدد طلبات فتح الإعتماد،وإذا أمكن الاحتجاج بعدم تدخلهُ في الإدارة بالنسبة للعميل فأنّ مثل هذه الحجة لا تستقيم في مواجهة الغير يضاف إلى ذلك أنْ العملياتِ المصرفية لها طابع فني لا يفترض علم العملاء حتى لو كانوا من ذوى الخبرة في مجال أنشطتهم لذا فهم في حاجة دائماً إلى تدخل المصرف لتبصيرهم بطبيعة وأثار حصولهم على الائتمان في الشكل الذي تقدموا بطلبه وهو ما ينبئ عن بزوغ واجب جديد ،وهو واجب النصح والمشورة الذي لم يعد نفى وجوده أمر مستقر في ظل الاتجاهات الحديثة للقضاء بصدد مسؤولية المصرف على الأساس التقصيري[29].

3- أنْ القول بأن المصرف ليس ممثلاً للوعي الاقتصادي للمشروع قول يصلح لنفي وجود التزام على المصرف ولكنهُ لا يصلح لجحد وجود واجب مهني تقتضيهِ خبرة المصرف الفنية ، وتضلعهُ في شؤون الائتمان المصرفي ، ولا يصح أنْ يغيب عن الذهن أنّ المصرف لم يعد يباشر واجباته المهنية لحماية مصالحهِ فقط، وإنما ايضاً لمصلحة الغير ومُراعاة المصلحة الاقتصادية العامة وذلك نظرا لخطورة نشاطه من الناحية الاقتصادية والاجتماعية ،تلك الخطورة التي أدت كما رأينا الى المناداة بالنظر الى المصارف بوصفها مرافق عامة[30].

4-أنْ دعم ثقة التعامل وتطهير النشاط المصرفي من صور الإساءة المُختلفة التي تلحق العملية المستندية تَفرض على المصرف أنْ يقوم بدور إيجابي بتقديم المعلومات والنصحية في كل عملية لا تتوافق مع رؤى وتوجهات المُشرع والعُرف المصرفي.

الإ أنّهُ بالرغم مما قيلَ من حجج لإنكار وجودِ التزام على المصرف تجاه طالب الإعتماد المستندي الإ أننا من جانبا نُؤيد وجودِ الالتزام المذكور وعلى الرغم من عدم وجود النصوص الصريحة الإ أنهُ نستنتج ذلك من نصوص القانون ويمكن أنْ نرجعه إلى ما يأتي :-

1- أحكام العلم الكافي بمحل العقد بالتبصير بكافة البيانات الضرورية والمعلوماتْ اللازمة لتكوين علمه الكافي بمحل العقد كما يَستند ذلك إلى نظرية عيوب الإرادة ولا سيما الكتمان التدليسي[31]،والذي يكون من شأنّه الإخلال بالالتزام أذا كتمَ أحد المتعاقدين عند إبرام العقد المعلومات المتعلقة بالعقد بالإضافة إلى هذا فأنْ أساسهُ القانوني يرتبط بالالتزام بالضمان بحيث أنَ الإدلاء بالبيانات العقدية اللازمة يعتبر أول خطوات تنفيذ الإلتزام،إنطلاقاً من مبدأ حسن الّنية والثقة المشروعة في الروابط العقدية.

2-كما ويمكن رده إلى مستلزمات العقد وذلك أنَ المشرع وضع جملة من القواعد والتي تؤكد أنّ العقد لا يخضع للمتعاقدين فقط وإنما يخضع لمستلزمات أخرى ومنها مبدأ حسن الّنية والذي يفرض على المتعاقد القوي في العلاقة والمُتمثل في المصرف تنفيذ التزامه بِحسن نية التصرف تجاه المتعاقد الضعيف(طالب منح الإعتماد المستندي)بصورة نزيهة وسلوك نزيه مجرد من المكر الخبث ، الحيلة ،إضافة إلى ذلك أنّ عدم التكافؤ وتفاوت المصالح بين المصرف وطالب منح الإعتماد المستندي ، أصبح من الضروري معالجة هذا الاختلال والأخذ بعين الاعتبار الضعف من حيث الدراية والخبرة والذي يلقي على عاتق صاحبها إعطاء المعلومة هامة للمتعاقد الأخر المتمثل في طالب منح الإعتماد المستندي إذ أنْ عدم تزويدهُ بها يؤدي إلى اختلال في توازن العلاقة المستندية ، وبذلك يصبح رضا طالب منح الإعتماد المستندي معيب.

3-ويؤسس التزام المصرف على قواعد الأخلاق(Morals rules)[32]والتي تقتضي بإحاطة طالب منح الإعتماد بكُل تَفصيلات العقد المراد إبرامهُ ذلك أنّ العقد يفترض فيهِ تعارض في مصالح الأطراف وهذا يؤدي إلى الصراع بين إرادتين تسعى كُل منهما إلى الحصول على القدر الأكبر من المزايا والتضحية بأقل ما يمكن وهذا الصراع وأنْ كان مفيداً كونهُ يدفع إلى إذكاء النشاط في المجتمع غير إنّهُ مقيد لا يتجاوز دائرة قواعد الأخلاق بأن لا يكتم عن الأخر ما يعلمهُ من أمور لها أهميتها في الإقدام على التعاقد أو الإحجام عنه وبذلك يكون التزام المصرف مظهراً من مظاهر حماية قواعد الأخلاق في نطاق عقد الإعتماد المستندي ، قبل أنْ يكون مظهراً لحماية الإرادة من التدليس[33]. ولكن يلاحظ أنهُ ليس كل ما تأمر بهِ الاخلاق يأمر بهِ القانون. حقاً أنهُ لأمر محمود أنْ يتحلى كل متعاقد بقدر من الأخلاق في تعاملهُ مع الآخرين ولكن هذا الأمر ليس أكثر من تأكيد مجاني يمكنْ الدعوة إليهِ دون أنْ يترتب أي جزاء على مخالفته. ولهذا فأنْ تأسيس التزام قانوني ما على قواعد الأخلاق ليس بالأمر الصحيح ، وإذا ما فرض المشرع التزاما ما استنادا إلى قواعد الأخلاق فإننا نكون قد غادرنا مجال الأخلاق لندخل في مجال القانون،وعندئذ نبحث في هذا المجال عن أساس الالتزام. الإ أنّ القاعدة الأخلاقية تتَحكم إلى حدٍ بعيدَ بالنصوص القانونية[34]،مما يَسمح بالقول بأنْ للقاعدة القانونية بُعداً أخلاقيا يلمسهُ الباحث والمُحلل في كل زاوية من زوايا القانون،إبتداء من ولادة القاعدة القانونية مرورا بتطبيقها وتفسيرها وصولا إلى التعليق عليهِ[35].عليهِ نَرى، بأنّهُ التزام قانوني وهو التزام بالمعنى الضيق وليس مجرد واجب عام فهو التزام حقيقي له دائن ومدين كما وأنهُ يقابلهُ حق شخصي من الجانب الآخر وله عناصرهُ المحددة.

4-وقد يؤسس التزام المصرف على مبدأ الثقة العقدية ذلك أنْ الثقة أصلاً في القانون والقضاء والفقه. ففي نطاق القانون لها جذور في القانون الروماني الذي كان يطلق عليها تعبير(Fides)فالثقة هي أساس احترام الوعد وكل ضمان يكون لا طائل منه بدونها. كما إنها ليست غريبة عن قانوننا الوضعي الحديث فلها صدى في كثير من نصوصهُ فقد أخذ القانون الوضعي بمبادئ القسم واليمين والشهادة وفي نطاق الفقه يرى جانب منهُ أنْ القوة الإلزامية للالتزام تكمنْ في الثقة من جانب طالب الاعتماد المستفيد بالالتزام الذي يثق في نزاهة مركز المصرف أما القضاء الفرنسي الحديث فلم يغفل الكشف عن وجود التزامات تستمد وجودها من الثقة المتبادلة أياً كانت تسمية هذهِ الالتزامات سواء سميت تحذيراً أو نصيحة. فعند التفاوض على إبرام عقد بين طرفين غير متساويين في القُدرة على المُنافسة والحصول على المعلوماتْ الدَقيقة والحقيقية فإنه بحكم الضرورة يضع الطرف الأقل قدرة ثقتهِ في الطرف الآخر ويأتمنهُ ويعتمد عليه عندئذ للمحكمة أنْ تفرض التزاما أشد على الطرف الأكفأ فنياً بإيضاح كل المعلومات المتصلة بمحل العقد وخاصة تلك التي لا يتاح العلم بها للمتعاقد الآخر والتي بدونها يكون هذا الأخير عاجزاً عن أن يحدد بقدراته وامكانياتهِ الخاصة عناصر التعاقد التي يهمهُ معرفتها بالرغم مما يؤُخذ على هذا أنْ الثقة التعاقدية إنما تكون بعد إبرام عقد الاعتماد المستندي،ولايوجد هنالك أي التزام قبل إبرام العقد وذلك لعدم وجود العقد الذي يؤسس تجاههُ على اساس الثقة التعاقدية.

5-وقد يؤُسس التزام المصرف بإحاطة طالب منح الاعتماد المستندي عِلماً بكل تفصيلات العقد المراد إبرامه على قصور -نظرية عيوب الإرادة-عن تحقيق هدفها فهذه النظرية لا تتدخل الإ إذا كان المتعاقد يشكو من غلط أو إكراه تَسبب فيه الطرف الآخر أو كان على علم بهِ أو بإمكانهِ العلم بهِ،بينما مجرد السُكوت أو الكتمان الذي لا يؤثر الإ في اقتصاديات العقد دون قرار التعاقد ذاته ، لا يَسمح للمتعاقد بطلب إبطال العقد أو التعويض .

الفرع الثاني/ التوصيف القانوني للالتزام المصرف تجاه طالب منح الإعتماد المستندي.

أنْ دراسة وصف التزام المصرف تجاه طالب منح الإعتماد المستندي يرتبط بتحديد المصدر الذي يستند إليهِ هذا الالتزام سواء كان هذا المصدر قانونياً أو تعاقديا وإذا كان ذا طبيعة عقدية هل هو التزام بتحقيق نتيجة أم التزام ببذل عناية هذا ما يتم بحثهُ في فقرتين متعاقبتين نبحث أولاً التزام المصرف تجاه طالب منح الإعتماد المستندي بوصفه التزام قانوني وسيكون الثاني معقوداً لإيضاح هذا الالتزام بوصفهُ التزاماً عقدياً وكما يلي :-

أولاً: التزام المصرف تجاه طالب منح الإعتماد المستندي بوصفه التزاماً قانونياً.

يعد التزام المصرف تجاه طالب منح الإعتماد المستندي مُستقل عن عقد الإعتماد المستندي بمعنى أنهُ التزام قانوني،ويتَعين الوفاء بهِ في مرحلة طلب منح الإعتماد،وهو يقوم على مبدأ حسن النية ويكون محلهُ في قيام المصرف بإحاطة طالب منح الإعتماد بالبيانات المتعلقة بعقد الإعتماد المستندي ، سواء من ناحية شروطهِ أو أوصافهُ وهذهِ المعلومات التي يُحاط بها طالب منح الإعتماد تبدو لازمة لإيجاد رضا حر وسليم لديهِ: وهو يعد التزاماً قانونياً لأنّهُ:-

1- الاعتراف باستقلالية هذا الالتزام يؤدي إلى امتداد مبدأ حسن النّية من مجال تنفيذ العقد إلى مجال إبرامه بحيث يمكن أنْ تترتب مسؤولية المصرف عند الإخلال به وبذلك يصبح وسيلة لحماية الإرادة بجانب نظرية عيوب الإرادة ويكمل كل نقص وعدم فاعلية لهذهِ النظرية.

2-في العقود التي تُبرم بين المحترفين والمستهلكين فأنْ المحترف مُنتج السلعة أو الخدمة وهو أول المدينين بهذا الإلتزام،وأول شخص يكون وحدهُ القادر على ذلك حيث يعلم بمكونات واستعمالات وخطورة العملية الجارية وبالمحصلة يتّوجب على المصرف الوفاء بالتزامهِ إفصاحاً ونُصحاً وتَحذيراً.

3-أنْ خطورة العمل المصرفي والاعتماد المستندي على وجه الخصوص قد تكون من أسباب قيام التزام المصرف نحو طالب منح الإعتماد المستندي فالعلم بمخاطر العمل وكيفية استخدامه يعد ضرورياً لإيجاد الرضا الحر السليم لدى طالب منح الإعتماد فضلاً عن ما قام بهِ المصرف من تبصير يتعين عليهِ أيضاً قبل ابرام عقد الإعتماد المستندي بل احياناً يتطلب الأمر تدخل المصرف لتوجيه طالب منح الإعتماد نحو اختيار الشيء الأكثر ملائمة لحاجاتهُ وإشباعاً لرغباتهِ. واستنادا الى ما تم ذكرهُ ،وما أشارت إليهِ نصوص القانون المدني فأنه يمكن القول بأنْ المصرف يكون ملزماً تجاه طالب منح الإعتماد المستندي في حالة وجود نص قانوني يحدد ذلك وكذلك في حالة عدم وجود نص قانوني،وذلك استنادا الى نص المادة (150) من القانون المدني العراقي والتي يمكن من خلالها الزام المصرف بذلك بوصفهُ من مستلزمات العقد على أنْ يتم هذا الأمر وفقاً للقانون وبحسب ما تقتضيهِ قواعد العدالة وحسن النّية والأعرف التجارية السائدة وبحسب طبيعة الإلتزام[36].

ثانياً: التزام المصرف تجاه طلب منح الإعتماد المستندي بوصفه التزاماً عقدياً.

يمكنْ النظر إلى أنْ التزام المصرف هو التزام عقدي وذلك بافتراض وجود عقد سابق على العقد الأصلي وهو عبارة عن عقد ضمان مفترض لكل متعاقد بما فيها طالب منح الإعتماد المستندي. فالتزام المصرف بإحاطة طالب منح الإعتماد علماً بجميع تفصيلات عقد الإعتماد المُراد إبرامهُ ليس إلاّ التزاماً تعاقدياً يقوم استنادا إلى مبدأ وجوب تنفيذ العقد بحسن نية حتى لو كان الوفاء به في المرحلة السابقة على إبرام عقد الإعتماد المستندي أو أثناء إبرامه وذلك لأنّهُ:-

1-عندما يقوم طالب منح الإعتماد المستندي بالدخول في العملية التعاقدية بغية الحصول على هدفهِ من إبرام عقد الاعتماد المستندي فأنه ينتظر من المصرف البيانات والنصائح اللازمة عن هذا الشيء ومَدى ملائمتهِ للإشباع رغباتهُ وتحقيق احتياجاته ومن ثم تندمج هذهِ البيانات أو النصائح في العلاقة العقدية وأي خطأ فيها لا يمكن فَصلهُ عن العقد ومن ثم لا يكون إلاّ عقدياً.

2- جميع البيانات المتعلقة بمحل عقد الإعتماد المستندي هي من طبيعة عقدية ولا يوجد بيانات سَابقة ولاحَقة لصعوبة التمييز بينهما من الناحية الموضوعية والعملية .

3-في العقود التي تُبرم بين المحترف والمستهلك يجبْ على المحترف أنْ يقدم للطرف الآخر البيانات والنصائح اللازمة لعقد الاعتماد المستندي خاصة وأنّ الخطأ الذي يقع في تقديم هذهِ البيانات والنصائح يتم اكتشافه غالباً بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه.

4-وفقاً للمادة(2/150)من القانون المدني العراقي التي تنص على أنهُ:((لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيهِ،ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماتهِ وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام))[37]،ومن ثم العقود ومنها عقد الإعتماد المستندي لا تلزم عاقديها بما ورد فيها حسب بل بما يعد من مستلزماتها وتشمل ذلك المرحلة السابقة على العقد أيضاً.

ولذلك فأنّ التزام المصرف بتقديم المعلومات لطالب منح الإعتماد المستندي يمكنْ أنْ يتخذ صفة تعاقديةٍ تَظهر فيها إرادة أطراف العلاقة القانونية بصورة واضحة وذلك في حالة ما إذا نشأ هذا الالتزام بصورة تبعية لالتزامه الأصلي إذ يلتزم المصرف بتنفيذ التزامه العقدي الأصلي ابتداء ومن ثم بصورة تبعية الالتزام بتقديم المعلومات المرتبطة بالعملية المُستندية،إلى جانب ذلك فإنْ القواعد القانونية للوفاء تقضي بالزام المدين بالتحقق من تنفيذ الالتزام لتجنب الخطأ في الوفاء بدينهِ، وإلاّ عدَ مسؤولاً عن هذا الخطأ مالم ينسب ذلك لفعل الدائن[38]. ونحن من وجهة نظرنا نؤيد أنّ التزام المصرف تجاه طالب الإعتماد،هو التزام قانوني تَفرضهُ على المصرف طبيعة العمليات المصرفية والاعتماد المستندي على وجه الدقة وذلك لدعم الثقة المتبادلة بين المصرف وطالب منح الاعتماد المستندي فضلا عن أنّ قواعد العرف تَقضي بذلك وهو التزام يثقل كاهل المصرف ويحملهُ أعباء إضافية من خلال التشديد عليهِ في بعض التشريعات وكذلك النصوص القانونية التي تلزم المصرف بتقديم المعلوماتْ والنصح والتحذير بمخاطر العملية المستندية،سواء النصوص الخاصة بهذا الشأن أو بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني أو الأعراف التجارية لكونهما من مصادر القانون التجاري.

لكن السؤال الذي يطرح بصدد ذلك هو ، ماهي طبيعة هذا الالتزام؟

خاصة وأنْ تحديد هذهِ الطبيعة له أهمية بالغة في تحديد معيار الخطأ المصرفي ومن ثم مسؤولية المصرف وذلك أنّ الالتزام حسب الغاية المرجوة منهُ ينقسم إلى التزام بتحقيق غاية والتزام ببذل عناية[39]. وللإجابة على التساؤل أعلاه نرى أنّ القول بالتزام المصرف تجاه طالب منح الاعتماد المستندي هو التزام بتحقيق غاية وليس ببذل عناية معنى ذلك أنّ المصرف الذي يقوم بتقديم المعلومة لطالب منح الإعتماد يكون مُلزماً بضمان صحة المعلومات المقدمة فأن التزام المصرف هذا من شأنهُ أنْ يجعله على دراية تامة بظروف طالب منح الاعتماد المستندي وهو ما يعني افتراض علم المصرف بشخصيتهِ ومؤدى ذلك أنْ المصرف كان يعلم أو كان يجب أنْ يعلم أو لا يمكنهُ أنْ يجهل بوضع وشخصية طالب منح الإعتماد المستندي، وذلك هو أساس مسؤولية المصرف عند منح الإعتماد[40]. ومن نظر إلى أنْ التزام المصرف بتقديم المعلومة لطالب منح الإعتماد هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيقِ نتيجة بشرط عدم الإضرار بالغير وإذا ما ثبت لأنّ المصرف بذل العناية المناسبة بالتزامه فأنه يكون قد أدى هذا الإلتزام،ولا يغير من ذلك أنْ يكون المركز المالي الحقيقي لطالب منح الإعتماد مخالفاً لما ظهر به أمام المصرف ونحن نؤيد ذلك لأن المعلومات التي يحصل عليها المصرف يكون مصدرها طالب منح الإعتماد وهذا الأخير قد يكون سيء النّية فيلزم جانب الكِتمان حفاظاً على سريةِ أعماله بل وفي بعض الأحيان قد ينجح في خداع المصرف بأن يقدم له معلومات غير صادقة أو مستندات مزورة فيكون المصرف أول ضحية في خداع طالب منح الاعتماد المستندي فإن على طالب منح الإعتماد المستندي بوصفهُ طرفاً في الالتزام مع المصرف أن يكون حسن النّية،وأنْ يقوم بواجبه مع المصرف من خلال تقديم كل المعلومات الضرورية لتكوين عقيدتهُ. فالملتزم بتحقيق نتيجة لا يتحمل التزامهُ الزيادة أو النقصان فالعمل الذي يتعهد به أما أنْ يقود إلى تحقيق النتيجة أو لا تتحقق هذهِ النتيجة،اما المدين ببذل عناية فيوجد على النقيض –مجال لأن تزيد درجة التزامهُ أو تنتقص على حسب درجة العناية المتفق عليها مع الدائن وعندئذ يعد المدين مُخطأ ، وبعبارة أُخرى لا وجود للخطأ في جانب المصرف الإ إذا تصرف بطريقة مُختلفة وتُغاير الطريقة التي كان واجباً عليهِ أنْ يتصرف بمقتضاها كمدين طبيعي[41]. **لكن يثار التساؤل عن مقدار العناية المطلوبة ؟**

أنْ التزام المصرف هنا هو التزام ببذل عناية[42]،فالمصرف لا يستطيع ضَمان النتيجة في الوقت الذي تكون هذهِ النتيجة بوسع طالب منح الاعتماد إستبعادها،لذا تَتوقف درجة العناية على الظروف المحيطة ، وعلى العمولة التي يتلقاها المصرف. لكن الحقيقة أنْ المصرف باعتبارهُ مُتخصص فأنْ عليهِ أنْ يدرك ويتوقع العناصر المستقبلية ويترك للقاضي تقدير كل ذلك ، فهناك خيارات مُتعددة أمام صاحب الشأن فعلى المصرف أنْ يرشدهُ إلى أقلها تَكلفة ومُوضحاً في نفس الوقت الاحتياطات المطلوبة كذلك على المصرف أنْ يعطي لطالب منح الإعتماد النصيحة محذراً إياهُ من المخاطر المتعلقة بالنشاط ، وإذا كانت ثمة علاقات عقدية دائمة بين الطرفين ، فأنّ على المصرف أنْ يعطي نصائحهُ وفقاً للأحداث السابقة

المعروفة لديهِ. وبالنظر إلى موقف المشرع العراقي فإنّهُ يمكن اعتبار التزام المصرف تجاه طالب الإعتماد،التزاماً ببذل عناية وليس بتحقيق غاية ، وذلك من خلال الرجوع إلى القانون المدني الذي حدد في المادة (251) منه الحالات التي تكون فيها طبيعة التزام المدين هي التزام ببذل عناية والتي نصت على إنّهُ:((1- في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو يقوم بإدارته أو كان مطلوباً منه أنْ يتوخى الحيطة في تنفذ التزامه فأن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذلَ في تنفيذه من العناية ، ما يبذلهُ الشخص المعتاد ، حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود .2- ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام اذا هو بذل في تنفيذهِ من العناية مااعتاده في شؤونه الخاصة متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قصداً ذلك)). اما في مصر فأنْ التزام المصرف تجاه طالب منح الإعتماد المستندي يكون في الأصل التزاماً ببذل عناية أما تحقيق الغاية فهو استثناء على هذا الأصل لأنْ تحقيقها لا يعتمد فقط على مهارة وحماس المصرف وإنما على الظروف الخارجية وعوامل أُخرى يعد فعل المدين واحد منها.

ويمكن استخلاص ذلك من خلال الرجوع إلى القواعد العامة في نص المادة (211) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1984،إذا نصت على أنّهُ:((في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء ، أو أن يقوم بإدارته ، أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه ، فأن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، هذا مالم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك))،وفي ضوء أحكام القانون التجاري المصري رقم (17) لسنة 1999 ، فأنْ المصرف الذي يحصل على أجر يلتزم ببذل عناية الشخص المعتاد أي تلك التي يبذلها مصرف محترف[43] .

المطلب الثاني / الشروط القانونية لالتزام المصرف تجاه طالب منح الاعتماد المستندي.

ونظراً لعدم وجود نصوص خاصة في القوانين تبين شروط التزام المصرف لذلك فأنْ وجودهُا يتْطلب توافر أولاً: علم المصرف بهذهِ المعلومات المستندي وبتأثرها على رضا طالب منح الاعتماد المستندي.وثانياً:جهل طالب منح الاعتماد المستندي بهذهِ المعلومات جِهلاً مُبرراً ، لذا سيكون بحثنا هذا المطلب في فرعيين وعلى النحو الآتي:-

الفرع الأول/ علم المصرف بمعلومات العملية المستندية وبتأثيرها على إرادة طالب الإعتماد.

إنْ هذا الأمر يعد مَنطقياً يقتضيهِ الهدف من وراء تقرير هذا الإلتزام،والذي يتمثل في التقليص أو الحد من عدم التوازن في العلم والمعرفة قبل التعاقد ما بين المصرف وطالب منح الاعتماد المستندي لذا سنبحث في هذا الفرع العلم ومَدى تأثير عدم علم طالب منح الإعتماد المستندي وذلك في فقرتين مستقلتين:-

أولاً: علم المصرف بمعلومات العملية المستندي والمؤثرة على إرادة طالب الإعتماد .

إن استلزام هذا الأمر يعد منطقيا إذ لا يعقل إلزام المصرف بالإدلاء ببيانات ومعلومات لا يعلمها،وليس في إمكانهُ العلم بها، ويجب أنْ يتحقق العلم في الوقت الذي يجب عليهِ الإفضاء بتلك البيانات والمعلومات وهي مرحلة طلب الاعتماد المستندي ويقع عبء إثبات علم المصرف بالبيانات محل الإفضاء أو أنّهُ كان بإمكانهُ العلم بها إذا بذل العناية اللازمة على عاتق طالب الإعتماد المستندي[44]،وتعد صفة الاحتراف للمصرف من أهم القرائن التي يُستفاد منها علمهِ بالبيانات والمعلومات اللازمة لتنوير رضا طالب منح الاعتماد المستندي وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في عديد من الأحكام الصادرة منها ومن بينها حكمها الصادر في 27 / 11/ 1972 بقولها:((إنْ صفة الاحتراف في أحد المتعاقدين من أهمِ القرائن التي يُستفاد منها علمهِ بالمعلوماتْ التي تَتطلب تكوين رضاء مُستنير للطرف الأخر في العقد))[45]. وتأسيساً على ذلك أنْ مُستلزمات حماية طالب منح الاعتماد المستندي تقتضي أنْ لا يقبل من المصرف الادعاء بجهلهِ بالبيانات والمعلوماتْ في مُواجهة طالب منح الإعتماد المستندي، فعلمِ المصرف بالمعلوماتْ المتعلقة بالعقد المستندي هو علم مفترض وذلك بسبب المعرفة والخبرة التي أكتسبها المصرف في ميدان عمله ومع أنّ هذا الافتراض قابل لأثبات العكسِ من قبل المصرف الا أنّهُ يُسهل مُهمة الإثبات على عاتق طالب منح الإعتماد،فإذا كان المصرف يجهل البيانات والمعلومات التي يَتعين عليهِ تقديمها لطالب منح الاعتماد المستندي فعليه أنْ يقوم بالتَحري والاستعلام عنها فلا يكفي المصرف لدفع مسؤوليتِه أنّ يدعي جهله بالبيانات والمعلومات التي تُمثل رضاء طالب منح الاعتماد رضاء مستنيرا بل يجب عليهِ أنْ يثبت

أنهُ قام بالاستعلام والتحري من أجل الحصول على هذهِ البيانات والمعلومات[46]. لذلك يقع على المصرف التزام بتزويد طالب منح الإعتماد وتوجيهه إلى مقدار التناسب في العملية المستندية مع موارده وكذلك بيان المصاعب والمعوقات المستندية وكذلك تحديد مقدار الصفقة التي يَروم التعاقد عليها والمدة القانونية فالأصل في الالتزام قبل التعاقدي أنْ يقوم المحترف بإخطار المتعاقد الأخر غير المحترف بكافة البيانات والمعلومات اللازمة لا برام العقد والتي من شأنها الإسهام في تكوين رضاه بحيث يستطيع أنْ يسير في إتمام العقد بُمجرد التعرف على هذهِ البيانات والمعلومات ويعتبر هذا الالتزام من الوسائل القانونية التي تمنح للمتعاقد غير المحترف بقصد تحقيق التوازن العقدي لإبرام العقد [47]،لذا كان لأبد من السَعي لتحقيق التوازن العقدي بينهما اذا ما أدت شروط التعاقد الى اختلال هذا التوازن[48]،ويُستمد هذا الالتزام وجودهُ من المبادئ العامة للقانون كمبدأ حسن النّية قبل التعاقدي[49]. وفي ضوءِ ذلك يُفترض في هذا الالتزام أنْ يكون المصرف حَائزاً للمعلوماتْ المُستندية الجوهرية والمُهمة المُرتبطة بعقد الإعتماد المستندي بالتالي فأنْ عدم الإفصاح بها يُجافي العدالة خاصة أنْ عقد الإعتماد المُستندي عقد يرد على أمورٍ فنية ومُتنوعة وسِلع وخدماتْ تكون خارج حدودِ الدولة وما تحتويه من مُخاطرة في إبرام العقد وغالباً لا يمتلكْ طالب منح الإعتماد معلومات كافية عنها.

ثانياً: أثر المعلومات على إرادة طالب منح الإعتماد المستندي .

تُفسر ضَرورة المعلومات بالنسبة لصدور رضا مُستنير باعتبار أنّ طالب منح الإعتماد المستندي لو كان يعلم بهذهِ المعلومات لما أبرمَ العقد أو أنّهُ أبرمهُ لكن بشروط تناسبهُ أو تختلف عن الشروط التي على ضوئها أبرمه،وبيان ذلك أنْ البيانات غير الجوهرية،والتي لا تأثير لها على القرار التعاقدي لطالب منح الإعتماد المستندي لايلزم الإدلاء بها ، ويمكن إستنباط أهمية البيانات وتأثيرها على رضا طالب منح الإعتماد من عِدة قرائن منها حرص طالب منح الإعتماد والإستفسار بشأنها،وتقدير تلك البيانات يعد مسألة واقع تدخل في تقدير قاضي الموضوع[50]. وتأسيساً على ذلك يشترط أنْ تكون المعلومات التي يلتزم بها المصرف على درجة من الأهمية بالنسبة لطالب منح الإعتماد المستندي،بحيث أن عدم علمهِ بها بشكل واضح يؤثر في رضاه في أبرام عقد الإعتماد المستندي،ومن ثم يتحقق إخلال المصرف بالتزامه ، أما لو كانت تلك المعلومات غير المعلن عنها ثانوية وغير مُهمة في نظر طالب منح الإعتماد المستندي،فلا يمكن القول أنْ هنالك التزام على المصرف بالإفصاح عنها لطالب منح الإعتماد المستندي[51]. لذا من الضروري أنْ يكون المصرف على علمٍ بأهمية المعلومات الجوهرية وتأثيرها في تكوين رضا صحيح ومُتنور لدى طالب منح الإعتماد المستندي،وعلى الرغم من عدم وجود تحديد حقيقي لمفهوم البيان الجوهري،الإ أنّ كل معلومة أو بيان لا يعتبر جوهرياً،الإ إذا أعتبرهُ الشخص الحريص جوهرياً،ويكون كذلك إذا أثرَ بشأن قبول التعاقد من عدمهِ، بل وتعتبر البيانات جوهرية أيضاً إذا قصد المصرف في بيانتهُ خداع طالب منح الإعتماد المستندي ،حتى ولو لم يكُن البيان في ذاتهِ جوهرياً وعلّة إعتباره كذلك مردهُ سوء نية المصرف. غير أنْ التساؤل الذي يتبادر إلى الذهن هو عما إذا كان من اللأزم ،إلى جانب معرفة المصرف بالمعلومات الجوهرية،أنْ يكون أيضاً على علم ودراية بأهميتها وتأثيرها على طالب منح الإعتماد كما هو الحال في القوعد العامة للالتزام -حيث يلزم إلى جانب معرفة المدين بالمعلومات أنْ يكون على علم ومعرفة بمدى أهميتها بالنسبة للدائن -؟ أم يكفي مجرد علم المصرف بهذهِ المعلومات للقول بمسؤوليته عن عدم إعلامها لطالب منح الإعتماد الذي يجهلها[52]. للإجابة عن كل ذلك إنّهُ لا يكفي لالتزام المصرف بتقديم المعلومات أنْ يكون على علم ومعرفة بهذهِ المعلومات،بل ينبغي إلى جانب ذلك أنْ يكون على علم بأهمية هذهِ المعلومات لطالبها،فمن غير المعقول أنْ نلزم المصرف بأنْ يقدم لطالب منح الإعتماد قائمة أو كشفاً يحصر فيهِ جميع المعلومات التي يحوزها ويعرفها بغض النظر عن حاجة طالب منح الإعتماد المستندي لها أو عدم حاجتهِ. لذلك كان من مُقتضى قواعد العدالة لكي يلقى على عاتق المصرف التزاماً بتقديم المعلومات لطالب منح الإعتماد المستندي أنْ يشترط إلى جانب معرفته بها أنْ يكون عالماً بأهميتها لطالب منح الإعتماد المستندي. ونتيجة لذلك فقد أستقرَ الرأي على ضرورة تحقق علم المصرف بأهمية المعلومات بالنسبة لطالب منح الإعتماد إلى جانب معرفتهِ لهذهِ المعلومات كَشرط لازمْ من شروط التزامهِ تجاه طالب الإعتماد.حيث عبر الفقيه (Chestin) على ضرورة توافر معرفة المدين

بالمعلومات فضلاً عن معرفتهِ لأهمية هذهِ المعلومات بالنسبة لدائنهِ بقولهُ أنْ الالتزام بتقديم المعلومات يُفترض أنّ أحد الطرفين ليس فقط يعلم المعلومات،ولكنهُ يعرف أيضاً تأثير هذهِ المعلومات على رضاء الطرف الأخر ومعرفة المصرف بمدى أهمية المعلومات بالنسبة لطالبها،وأنها ذات أثر حَاسم في إتخاذ القرار في مثل هذهِ الحالات يجب على المصرف أنْ يبذل عناية أكبر وأنْ يعمل تحرياتْ وإستقصاءاتْ أعمق للوصول إلى تلك المعلومات الصحيحة. فلا يكفي للمدين بهذا الإلتزام،أنْ يدعي عدم علمهِ بالمعلومات بل يجب أنْ يثبت أنهُ قام بالتزامهِ بالتّحري والإستعلام عن المعلومات، ليدفع المسؤولية عنهُ، وأنهُ قد بذل العناية اللازمة في ذلك. ولابد من الإشارة إلى أنّهُ غالباً ما يفرض الإلتزام بتقديم المعلومات على عاتق المهنيين في علاقاتهم بالأشخاص العاديين.وذلك لأنهم على دراية دائمة بالمعلومات المتعلقة بنطاق إختصاصهم ، فهم يتوفر لدَيهم الكثير من المعارف الفنية وتقنيات هامة مما يوجب عليهم تزويد عملائهم بها. وبما أنْ المصرف يعتبر مَهنياً مُحترفاً،أصبح مديناً بهذا الالتزام أكثر من غيرهِ . بل أصبح من الواجب عليهِ كذلك الإستمرار في مواكبة التطورات التقنية والقانونية الحاصلة في مجال تخصصهِ، لكي يكون بإستطاعته أعلام من يتعاقد معهُ بشكل سليم . فالتخصص التقني للمصرف يمكنهُ من توفير معلومات هامة متعلقة بمجال مهنتهِ.ويعرف مخاطرها ومزاياها ويكتسب خبرة من خلال النشاط الذي يقوم به. ولقد أضاف التقدم العلمي الذي لحقَ جوانب الحياة لأصحاب المراكز الإقتصادية ، قوة جديدة إلى جوار قوتهم الإقتصادية،إلا وهي المقدرة العلمية التي تكفل لهم الإلمام الشامل والدراية الكافية بكل ما يتصل بموضوعات العقود التي يبرمونها من معلومات. ومع ذلك فالمصرف لا يمكنهُ أنْ يعلم بكل شيء ذلك أن جهلهِ يمكن أنْ يصبح مشروعاً أذا تعلق بمعلوماتْ لا علاقة لها بتخصصهِ أو لا تدخل في أنشطتهِ أو لا يمكنهُ العلم بها. يتضح مما سبق أنّ التزام المصرف تجاه طالب الإعتماد يجب أنْ لا ينصب إلا على المعلوماتْ والوقائع التي يعلمها المصرف ، ولكن يجب أنْ يعلم من ناحية ثانية أنّ هذهِ المعلوماتْ مُهمة ومُنتجة لطالب منح الإعتماد المستندي[53].

الفرع الثاني/ جهل طالب منح الإعتماد المستندي بالمعلومات المتصلة بالعقد جهلاً مشروعاً.

أنّ المبالغة في محاباة طالب منح الإعتماد المستندي من شأنها الإخلال بالتوازن العقدي المَنشود وإهدار لمبدأ حُسن النّية في العقود ، لإنْ فرض التزام على عاتق المصرف بشكل مطلق ودونِ أدنى واجب على طالب منح الإعتماد المستندي من شأنه أنْ يدفعه للتكاسل في إبرام التصرفات القانونية ،دون أدنى بذل للعناية اللازمة خاصة إذا كان طرفا عقد الإعتماد المستندي من المَهنيين، فلا ضرورة تدعو إلى فرض هذا الإلتزام ،وتبعاً لذلك يَرى البعض أنْ الجَهل الذي يمكنْ قبولهُ من جانب طالب منح الإعتماد المستندي هو الجَهل المشروع أو المُبرر فجهل طالب منح الإعتماد المستندي قد يرجع إلى أسباب موضوعية،وذلك متى كانت المعلومات ترتبط بالوضع القانوني للشيء محل التعاقد أو بوصفه المادي أو بطرق إستخدامه وقد يرجع جهل طالب منح الإعتماد المستندي لأسباب شَخصية كضعف معرفتهُ التي تسلتزم تدخل المصرف لتنوير إرادة وتعويض نقص خبرتهِ[54]. لذا لا يكفي لقيام التزام المصرف تجاه طالب منح الإعتماد المستندي علمهِ بالبيانات الخاصة بالإعتماد المستندي والتي تُؤثر على رضاء المتعاقد الجاهل ، بل يجب أنْ يكون طالب منح الإعتماد جَاهلاً بالمعلوماتْ جِهلاً مشروعاً وهذا ما نوضحة في فقرتين:-

أولاً: الجهل المُستند الى إستحالة العلم .

تَتعدد أسباب عجز طالب منح الإعتماد المستندي في حُصولهِ على المعلوماتْ الخاصة بعقد الإعتماد المستندي واللأزمة لتنويرهِ وجعلهُ يتعاقد عن بَينهِ من أمرهِ ،غيرأنّهُ يمكنْ حصر هذهِ الأسباب في نقطتين:-

1- الإستحالة الموضوعية .

ويُقصد بها إستحالة العلم بالبياناتْ والمعلومات المتعلقة بالشيء محل العقد المراد إبرامهِ سواء كانت هذهِ المعلومات والبيانات تَتعلق بوضع الشيء القَانوني أو المَادي ،أو بطرق إستخدامهِ.وبما أنّ التزام المصرف تجاه طالب منح الإعتماد هو إعطاء معلوماتْ والتي يَستحيل على طالب منح الإعتماد في بعضْ الإحيان إستحالة موضوعية الإستعلام عنها عن طريق وسائلهُ الخاصة لذلك فأنّهُ يلجأ إلى المصرف الذي يلزم بتقديم تلك المعلومات[55]. وبالنظرِ إلى ثقافة طالب منح الإعتماد المستندي البسيطة،قد يصَطدم طالب منح الإعتماد المستندي في كثير من الإحيان بإستحالة مِعرفة محل التعاقد والمعلوماتْ التي تخصُ عقد

الإعتماد المُستندي،ويعود ذلك لصعوبة الإلمام بمكونات عقد الإعتماد المستندي،فليس لكل من يقدم على إبرام عقد إعتماد مستندي يمكنهُ أنْ يحصل من تلقاء نفسهُ على المعلومات الجوهرية للإبرام عقد الإعتماد المستندي.

2- الإستحالة الشخصية .

ويقصد بها إستحالة العلم بالبيانات محل إبرام عقد الإعتماد المستندي لأسبابْ تتعلقْ بطالب منح الإعتماد المستندي الذي ينشأ لهُ حق يقابلهُ التزام المصرف بأمدادهُ بتلك البيانات قبل إبرام عقد الإعتماد المستندي وبعد إبرامهُ، وتجد هذهِ الإستحالة خيرُ تطبيقً لها عندما يكون المقدم على إبرام عقد الإعتماد المستندي قليلْ الدراية أو الخِبرة إلى الحد الذي لايمكنهُ الإحاطة بالمعلوماتْ أو إستيعاب مَضمونها بمفردهُ.

فطالب منح الإعتماد قد يكون شخص بسيط لايمكنهُ الإلمام بجميع البيانات والمعلومات الجوهرية في العقد الذي يبرمهُ،خاصة ماتعلق بالبيانات الدقيقة فالإستحالة الشخصية تكمنْ أساساً في الأخذ بالمعيار الذاتي فتتعلق ببساطة الخبرة والعلم والدراية لدى الجاهل بها[56]. فالإستحالة الشخصية أو الذاتية تكون نتيجة لضعف أو قلة التَجربة والدراية من قبل طالب المعلومة ذاتهِ،حيث أنْ ضعف مستوى العلم والدراية لدى الشخص البسيط قليل الخبرة الذي حرمته قدراتهُ الضعيفة وخبراته البسيطة عن الإحاطة بالأمور المتصلة بعقد الإعتماد المستندي يمثل أحد الضرورات العملية التي أملتْ ضرورة الإعتراف بالإلتزام بتقديم المعلوماتْ كالتزام قانوني يلقي على عاتق الشخص المهني أو غيرهُ من الاشخاص اللذين يحوزون بحكم خبرتهم وإختصاصهم المعلومات المتصلة بالعقود لصالح الاشخاص البسطاء قليلي الخِبرة، فطالب منح الإعتماد هو عادة شخص لا تتوافر لديهِ مقوماتْ الخبرة والدراية اللأزمتين للعلم والإحاطة بالمعلومات،كما أنّهُ يُفتقر إلى الوسائل اللازمة للإستعلام عن مثل هذهِ المعلومات[57].

والسؤال الذي يفرض نفسه هنا هل إنّ خطأ طالب منح الإعتماد في الحصول على المعلومات يمكن التسامح فيه أم لا؟

يميل رأي الى السَن والمهنة والخبرة لطالب منح الإعتماد المستندي،على سبيل المثال إنّ عدم تخصصهِ قد تجعل من المستحيل عليهِ إنّ يبحث عن المعلومات الضرورية اللازمة للإقدام على التعاقد ، فحين يقدم شخص غير مُختص على إبرام عقد إذعان مُعقد فَنياً وقد تضمنْ هذا العقد قدراً من الشروط غير المألوفة والمُخالفة للقواعد العامة والتي يتبين أنها مكتوبة بلغة فنية معقدة وغير مفهومة وصَعبة القراءة بالنسبة لغير المختص فأنْ هذا الشخص لا يمكنْ أنْ يحصل على المعلومات الضرورية من صيغة العقد وهناك من يذهب إلى عكس ذلك بالقول بعدم ترتب أي مسؤولية على عاتق الطرف الآخر ويبقى على عاتق المتضرر(طالب الإعتماد) أنْ يتحمل تَبعه إهماله وعدم سعيهِ للوصول إلى المعلومات الواضحة والمُستنيرة وهذا ما يؤكدهُ جانب من القضاء الفرنسي " حيث رفض الإلتزام بالإفضاء بالمعلومات للمتعاقد الآخر عند التعاقد معهُ بسبب سهولة علمهِ بالمعلومات المطلوبة أو أنهُ لم تكن هناك صعوبة في سبيل علمهِ بها" أما بشأنْ تحديدِ طبيعة المَعيار الذي يُعتمد في تقرير هذهِ الظروف والأسباب التي قد تقوم من جانب طالب الإعتماد وتحول دونهُ ودون الإستعلام فقد أختلفَ الفقه إلى أتجاهين:

ذهب جانب من الفقه إلى الأخذ بمعيار ذاتي (شخصي) في تقرير وجود الإستحالة الشَخصية من عَدمها،وهو يعتد بالوضع الخاص بطالب منح الإعتماد وعدم خبرتهِ أو كفاءتهِ ودرايتهُ بالشيء وتدخل في الإعتبار كافة ظروفِ طالب الإعتماد الشخصية دون قياسها بَمسلك الشخص المُعتاد . في حين ذهبَ الجانب الآخر من الفقه إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي الذي يستَند إلى معيار الشخص المعتاد في قياس مشروعيه جهل طالب منح الإعتماد في تقدير الظروف التي حالت دون إستعلامهِ بحيث لا يعد جهلهُ مشروعاً إلاّ إذا أثبت أنهُ بذل عناية الشخص المعتاد من أجلِ الإستعلام عن هذهِ المعلوماتْ ثم أستحالَ عليهَ العلمِ بها رغم ذلك . مما تقدم نرجح الأخذ بمعيار مزدوج مختلف يجمع بين المعيارين الشخصي والموضوعي مع تغليب الجانب الشخصي على الجانب الموضوعي من خلال تقدير أسباب وظروف طالب منح الإعتماد المستندي الشخصية. وعلى أية حال،فأنْ معيار الرجل المعتاد يعد هو المُعول عليهِ في قياس مَدى مشروعية جهل طالب الإعتماد،فضلاً عن ظروف التَعاقد كافةً لا سِيما مهنتهِ ومِدى إنتشار المعلوماتْ،ومِدى كونها معلومات عامة مُتاحة للكل أو غير ذلك ،فالجهل قد يكون مشروعاً بالنسبة لطالب

إعتماد معين ومبرراً للإلقاء هذا الإلتزام على المصرف ،بينما لا يمكنْ أعتبارهُ كذلك لدى طالب إعتماد ثان بسبب إختلاف الظروف المحيطِة بإبرام العقد المستندي[58].

ثانياً: الجهل المُستند إلى إعتبارات الثقة المشروعة.

قد توجد إعتبارات خاصة لدى طالب منح الإعتماد المستندي تصرفهُ عن القيام بواجب الإستعلام عن المعلوماتْ والبيانات اللازمة لإبرام عقد الإعتماد المستندي وإن لم يستحيل عليهِ ذلك بسبب ماتولد لديهِ من ثقة ، مقتضاها قيام المصرف من تلقاء نفسهِ باداء التزامه أداءاً واضح وكاملاً وقد أطلق على هذهِ اعتبارات الثقة المشروعة،وأنْ هذا النوع من أنواع الثقة يختلف عن إعتبارات حسن النّية التي يجب أنْ تسود المُعاملاتْ في مُختلف مراحلها فالمقصود بالثقة التي تحدث هذا الاثر ليس مجرد واجب حسن النّية في صورتهِ البسيطة،وإنما هي ثقة خاصة تقود صاحبها إلى عدم الشَك في سلامة موقف قرينهُ وتقوم إعتبارات هذهِ الثقة المشروعة.منها صفة الإحتراف في تبرير مشروعية جهل طالب منح الإعتماد المستندي عندما يتعاقد مع المصرف بإعتباره صاحب مهنة ، فطالب منح الإعتماد المستندي إزاء ضعفهُ وقلة خبرته على النحو الذي أشرنا إليه لا يملك الإ أنْ يركنْ إلى ثقة المصرف ، وأنْ ينظر منهُ أقصى درجة من درجات الأمانة والتعاون في تعريفهُ بكافة الأمور اللأزمة لتنوير وسَلامة رضائهُ دون أنْ يكون من حق هذا الأخير الإحتجاج عليهِ بأنّهُ كان قادر على تلك المعرفة بوسائلهِ الخاصة . وبالنسبة لتقدير مدى كفاية عنصر الثقة في القيام بهذا الدور،فتلك مسألة موضعية أُمرها بيد قاضي الموضوع الذي يجبْ أنْ يأخذ في إعتباره بجانب الظروف الخاصة للمصرف الأعراف السائدة.

الخاتمة.

أولاً/ الإستنتاجات.

توصلنا من خلال هذا البحث إلى جملة من النتائج أهمها ما يأتي:-

1-ذهب اتجاه الى وجود التزام في ذمة المصرف لأنْ هنالك ثِمة إتفاقًا أوليًّا حصل بينهما للعمل على إيجاد علاقة تعاقدية للإعتماد المستندي؛ فتقديم طلب الإعتماد يجسد الإيجاب من جهة الطالب وإستلامُ الطلب من جهة المصرف يُمثل القبول لهذا الإتفاق التمهيدي، الأمرُ الذي يرتب نشوء الإلتزام بعمل في ذمة الطرفين على الإستمرار بالعلاقة لإيجاد عقد الإعتماد المستندي طبقًا للمُستلزمات القانونية.

2-ينكَر البعض وجود إلتزام في ذمة المصرف تجاه طالب منح الإعتماد المستندي وذلك أنْ علاقة المصرف بطالب منح الإعتماد المستندي تستند إلى الثقة المتبادلة ، وبموجب هذهِ الثقة لا يحتاج المصرف أن يبحث عن مقومات العملية المستندية ، فالمصرف ليس مُوجه للنشاط الإقتصادي لطالب منح الإعتماد المستندي ، ولا يحلُ محلهِ في إدارته لنشاطهِ، خاصة وأنّ أغلب العملاء هم من ذوي الخَبرة والدراية القادرين على حزمِ وتَدبير أُمورهم هذهِ من جهة ، ومن جهة أخرى فأنْ ذلك يبطئ من هَمتهُ ويضعف ويعيق العمليةِ المستنديةِ القائمة على السرعة في إنجاز العلميات المصرفيةِ.

3-إذا نظرنا إلى الموقف التشريعي نجد أنَّ المشرع العراقي لم يتطرق إلى هذا التزام المصرف في نصوص القانون إلا أنَّ هناك بعض الإعتبارات تشير إلى ضرورة إلتزام المصرف تجاه طالب منح الإعتماد .

4-يمكنْ النظر إلى أنْ التزام المصرف هو التزام عقدي وذلك بإفتراض وجود عقد سابق على العقد الأصلي،وهو عبارة عن عقد ضمان مفترض لكل متعاقد بما فيها طالب منح الإعتماد المستندي.

8-أستنتجنا أنّ التزام المصرف تجاه طالب الإعتماد،هو التزام قانوني تَفرضهُ على المصرف طبيعة العمليات المصرفية والإعتماد المستندي على وجه الدقة وذلك لدعم الثقة المتبادلة بين المصرف وطالب منح الإعتماد المستندي،فضلاً عن أنّ قواعد العرف تَقضي بذلك،وهو التزام يثقل كاهل المصرف ويحملهُ أعباء إضافية من خلال التشديد عليهِ في بعض التشريعات،وكذلك النصوص القانونية التي تلزم المصرف بتقديم المعلوماتْ والنصح والتحذير بمخاطر العملية المستندية،سواء النصوص الخاصة بهذا الشأنْ،أو بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني أو الأعراف التجارية لكونهما من مصادر القانون التجاري.

9-نرى أنّ القول بالتزام المصرف تجاه طالب منح الإعتماد المستندي،هو التزام بتحقيق غاية وليس ببذل عناية،معنى ذلك أنّ المصرف الذي يقوم بتقديم المعلومة لطالب منح الإعتماد يكون مُلزماً بضمان صحة المعلومات المقدمة،فأنْ التزام المصرف هذا من شأنهُ أنْ يجعله على دراية تامة بظروف طالب منح الإعتماد المستندي،وهو ما يعني إفتراض علم المصرف بشخصيتهِ ومؤدى ذلك أنْ المصرف كان يعلم أو كان يجب أنْ يعلم أو لا يمكنهُ أنْ يجهل بوضع وشخصية طالب منح الإعتماد المستندي، وذلك هو أساس مسؤولية المصرف عند منح الإعتماد.

10-بالنظر إلى موقف المشرع العراقي فإنّهُ يمكن اعتبار التزام المصرف تجاه طالب الإعتماد،التزاماً ببذل عناية وليس بتحقيق غاية ، وذلك من خلال الرجوع إلى القانون المدني الذي حدد في المادة (251) منه الحالات التي تكون فيها طبيعة التزام المدين هي التزام ببذل عناية.

11-يشترط في التزام المصرف أولاً:علم المصرف بهذهِ المعلومات المستندية وبتأثرها على رضا طالب منح الإعتماد المستندي.وثانياً:جهل طالب منح الإعتماد المستندي بهذهِ المعلومات جِهلاً مُبرراً.

ثانياً/ المُقترحات.

وقد تمخض البحث عن جملة من المقترحات أهمها ما يأتي:-

1- نظراً لعدم وجود نصٍ تَشريعي خَاص بالعِناية الواجبة على المصرف عند تنفيذهُ لإلتزاماتهِ وبما أنّ مسؤولية المصرف لها طابع مهني،مَما يفرض على المصرف أنْ تكون درجة عنايتهِ عالية المُستوى،وهذهِ العناية العالية يمكنْ تفسيرها بانها عناية الشخص الحريص،لذلك نُوصي المُشرع أنْ يضمنْ نصاً عاماً في قانون التجارة يشير إلى أنّ العناية المَفروضة على المصرف عند تنفيذ التزاماتهِ هي عناية الشخص الحريص وأن لا يتم الإتفاق على خلافِ ذلك .

2-نوصي المشرع العراقي بوضع تنظيم قانوني مُتكامل يَحكم عَملية منح الإعتماد قبل إبرام عقد الإعتماد المستندي من ناحية وضع ضَوابط وقواعد تُساعد المصارف على إتخاذ القرار الإئتماني وتَوضيح الإلتزامات التي تَترتب على عاتق المصارف في أطار منح الإعتماد المُستندي، وكذلك توضيح الأحكام المُنظمة للمَسؤولية الناشئة عن مَنحها من حيث أساسها القانوني وأثارها ومُوانعها .

3-أنّ القانون العراقي قد خَلا من أيْ نص قانوني يُحدد مَدى التزام المصرف تجاه طالب منح الإعتماد المُستندي،ولذلك وفي ظل هذا الوضع فأنّهُ يتم النظر إلى التزام المصرف على أنّهُ مُجرد عمل مَادي لذلك على المُشرع أنْ يُورد تَنظيماً قانونياً.

الهوامش.

(1) لاحظ نص المواد التالية من التشريعات التجارية: م /4 ف2 عراقي، م/2 أردني، م/2 كويتي.

(2) فالعقود التي تتضمن الثقة والإئتمان كعقد الإعتماد المستندي يقوم على علاقة خاصة ، وتتطلب منتهى حسن النّية ، فالمصرف بمثابة الوكيل عن طالب منح الإعتماد المستندي ،وأن مقتضى الوكالة أن يلزم الوكيل بالافضاء بكافة المعلومات لموكله ، كما يلزم بالافصاح الكامل، والامتناع عن الادلاء بأية معلومات أو ذكر اية بيانات غير حقيقية . د. سعد بن سعيد الذيابي ، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والانظمة المقارنة ، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الاسلامية ، العدد (23) ربيع الاخر 1435هـ فبراير ،2014م، ص 28.

(3) Cf. (M) de Juglart. L'Obligation de renseignement dans les contrats, R.T.D.civ, 1945p.12 ; (J) Ghestin.L'obligation pré-contractuelle de renseignement, L.G.D.J , Paris, 1987 ; (M) Faber-Magnan. L'obligation d'information, L.G.D.J ,Paris, 1992, (L) Boyer.L'obligation de renseignement, Thèse, Aix, 1977 ; (R) Savatier. Le contrat de conseil, D.1972, p10 ; (ph) Le Tourneau. L'Obligation de renseignement ou conseil,D.1987, chron, .107 ; (V) Haim. L'information du patient, D.1997, chron. P125.

Cf. Terré (F), Simler (ph) et Lequette (Y). Les Obligations, éd.Dalloz, 2002, p83 ets

أشار إليه بلحاج العربي ، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري "دراسة مقارنة " ، دار وائل للنشر ، 2010، ص 78 ،77.

(4) راجع: Rapp. p. 131 Cass. Com. 14 déc 1982, 81 – 16. 122: D. 1983, inf.
(5) راجع: Cass. Com. 4 Juill, 2006: D. 2006, AJ, p. 2309, obs. X. Delpech. ، أشار اليهِ د. فائق محمود الشماع، المصر السابق ، ص 6.
(6) لاحظ الترجمة العربية للقانون المدني الفرنسي الصادرة عن كلية الحقوق- الجامعة اليسوعية في لبنان.
(7) D. Legeais: "Les nouvelles obligations du banquier" Rev. dr. boncaire et financier, 5 Sp. 2011, dossier 29.
(8) للزيادة في التفصيل راجع: د. فائق محمود الشماع، "واجبات البنك تجاه طالب القرض دراسة قانونية مقارنة"، المجلة القانونية والقضائية، دولة قطر، 2016م، ص41، وكذلك: د. خالد عطشان الضفيري: "المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات القروض الاستهلاكية تجاه العميل المقترض "مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 29، يناير 2012، ص 407.
(9) لاحظ مثلًا بشأن مسؤولية البنك عن منح قرض تعسفي لمشروع متعثر ماليًّا:
Cass. com. 11 mai 1999 n. 96 – 16 – 088: Bull. Civ. II. N. 95 p. 78; Rev. Lamy, Droit des Affaire, 2000, n. 24, 02 – 2000 Chronique commentaire
(10) لاحظ بوجه خاص القرارات الأربعة الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية الآتية:
Cass. ler. civ. 12 juill. 2005: Juris Data, 02005 – 029447; JCP. E. 2005, 1339, obs. D.L.; JCP. G. 2005; II, 1014, note Gourio;
(11) D. R. Martin: "De la causalité dans la reponsabilité civile de préteur", Banque et Droit, n. 68, déc. 1993,3
F. Grua: "Responsabilité civile du banquier en matièr de crédit" 1989, Juris Classeur (Banque et crédit) Fasc. 151
VAZIAN: "Responsabilité du banquier en droit privé français" 3 éd. 1977; n. 176 p. 153
Michel STORCK: "L'obligation d'information, de conseil, de mise en garde de disponsateur de crédit "Rev. Lamy, Droit des affaires, 2008, n. 31 – 10, 2008
(12) لأن أمر مُلائمة الإعتماد المستندي يستقل طالب فتح الإعتماد بتقديرهُ أولاً وإخيراً.
(13) د. محمود مختار أحمد بريبري ،المسؤولية التقصيرية للمصرف عند طلب فتح الاعتمادات ، دار الفكر العربي ،القاهرة ،1986،ص79-80.
(14) زرواق عائشة ، المصدر السابق ، ص 331.
(15) Cass. com., 11 mai 1999, préc.; 27 févr. 2001, préc.; 26 mars 2002, préc.; 24 sept. 2003, préc.
أشار إليه د. خالد عطشان الضفيري ، المصدر السابق، ص 422.
(16) د. خالد عطشان الضفيري ، المصدر نفسه، ص421.
(17) د. مصطفى محمد الجمال ، السعي الى التعاقد في القانون المقارن ،ط1،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت ، 2002، ص239.
(18) Jamel BACCAR: "Crédit documentaire et l'obligation bancaire d'information du donneur d'order" Rev. De Droit bancaire et financier. n. . Janv. 2008, dossier 4
(19) د. فائق محمود الشماع ، الحساب المصرفي :دراسة قانونية مقارنة ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر،ط1، 2003، ص 62.
(20) د. فائق محمود الشماع ،الايداع المصرفي ،ج1،ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2009،ص 15.
(21) د. أحمد السيد البهي الشوبري ، التفاوض التعاقدي ، اطاره القانوني واثره في الالتزام ، مجلة كلية الدراسات الاسلامية والعربية للبنات ، بدمنهور العدد الرابع ، ج1، 2019، ص 1404 ومابعدها.
(22) حمدية عبود كاظم الاسدي ، المصدر السابق ، ص .
(23) د. علي جمال الدين عوض ، المصدر السابق ، ص 66.
C. A. Paris 2 Fevrier 1979 ، D.، 1980 ، somm. p10
(24) مشار إليه لدى د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد ،دور البنك في خدمة تقديم المعلومات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008. ص 118.
(25) د. احمد السيد البهي الشوبري ، التفاوض التعاقدي ، إطاره القانوني وأثره في الالتزام ، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الاسلامية والعربية للبنات ، بدمنهور ، العدد الرابع ،ج1، 2019، ص 1204-1205.

(26) والمصرف بناءاً على هذا الإتجاه وسيلة لتقديم الخدمات المصرفية عن طريق تحويل خطاب الإعتماد المستندي،دون أن يكون ملتزماً،ولكن المصرف مسؤول عن عدم توخي الحذر المعقول في اصدار خطاب الإعتماد المستندي للمزيد ينظر:.

SUSMIT HA P MALLAYA, op ,p72.

(27) عبد الخالق غالي مهدي الجاروش ،الاحكام القانونية للتدقيق المصرفي (دراسة مقارنة)،مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع ، السنة الثامنة ، 2016، ص353.

(28)ينظر نقض تجاري 2 مايو 1983 – دالوز -1984 –ملاحظات فاسير – وينظر الحكم نفسه تعليق كابرياك وتبيسي – مضلية القانون التجاري 1984-ص319 حيث ورد في التعليق انه يمكن مساءلة المصرفي اذا ثبت وجود عدم تناسب بين حجم الاعتماد واموال ومستقبل المشروع

وينظر Cour de paris 4 fevrier 1982-Gaz – pol.1982 25 -27- avril

حيث أخذ على المصرف عدم تحققه المسبق من ربحية استخدام ما يمنحه من التسهيلات.

(29) د. محمود مختار أحمد بريبري ،المصدر السابق،ص79-80.

(30) د. محمود مختار أحمد بريبري ،المصدر السابق، ص70.

(31) أن امتناع المصرف عن الادلاء بالمعلومات المستندية يمثل كِتمان وموقف سَلبي محظ ، وما يكون له تأثير على إردة طالب منح الإعتماد المستندي ، وقد نص القانون المدني العراقي على الكتمان التدلسيي بقوله في المادة (121) من القانون المدني التي نصت " 2- يعتبر تغريراً عدم البيان في عقود الامانة التي يجب التحرز فيها عن الشبة بالبيان كالخيانة في المرابحة والتولية والاشتراك والوضعية "، وأن هذه المادة قيدت الكتمان في عقود الأمانة التي تكون محكومة بالثقة المشروعة بين المتعاقدين واعتمادهما على ضمير المتعاقدين ونزاهتمهما ، وقد عد المشرع حظر الكتمان في بعض العقود وعدم تعميمة على بقية العقود وذلك لانقياد النصوص في التشريع العراقي إلى مبدأ سلطان الارادة والحرية التعاقدية ،التي تمنع من جبر الاشخاص على الادلاء بالمعلومات التعاقدية ، وأعتبر الكتمان عن أمر ، من مظاهر مبدأ الحرية التعاقدية إذا لم يوجب القانون أو الاتفاق إدلاءه ، والمقصود من الكتمان هو الامتناع عن البيان ،أي لايجوز كتمان المعلومات الصحيحة عن التعاقد ، وبهذا يمكن ان نتصور هذا الشق واعتباره مكملً للشق الايجابي – الادلاء وعدم تناقضه معه ، والشق السلبي هو الامتناع عن بيان المعلومات الصحيحة ،لان المدين بهذا الالتزام قد يدلي بالمعلومات الإ انها غير صحيحة والحظر هنا ينصب على منع كتمان المعلومات الصحيحة .ينظر : د.منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات(دراسة مقارنة بين الفقة الاسلامي والقوانين المدنية الوضعية)، ج1، لا يوجد عدد الطبعة ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1996، ص 266. أما بالنسبة للقانون المصري ، فقد قضت المادة (125) بأنه :"1- يعتبر تدليساً، السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة ، إذا ثبت إن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

إن النص أعلاه ، يدل دلالة واضحة على رغبة المشرع المصري في بسط حكم الامتناع عن السكوت على كل العقود.لكن يلاحظ عليهِ إستخدامه لفظ السكوت دون الكتمان ، والسكوت هو الصمت وعدم الكلام – أي اتخاذ حالة سلبية لا يرافقها لفظ أو قول أو كتابة أو إشارة أو عمل قد يحمل معنى التعبير عن الإرادة.ينظر د. عادل جبرى محمد حبيب ، قيمة السكوت في الإعلان عن الإرادة –دراسة مقارنة ، ط1، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، سنة 2003 ص31.

وكذلك التشريع الفرنسي ، هو الأخر نص عليهِ، فقد قضت المادة (113-5) من مدونة قانون الاستهلاك الفرنسي المتعلقة بعقد الاستهلاك ، بإبطال العقد جراء كتمان المهني للبيانات الضرورية التي تحدد التزامات المستهلك.

Article L113-5=

= " Le numéro de téléphone destiné à recueillir l'appel d'un consommateur en vue d'obtenir la bonne exécution d'un contrat conclu avec un professionnel ou le traitement d'une reclamation ne peut pa être surtaxé. Il est indiqué dans le contrat et la correspondan"

الموقع على الانترنت http://www.legifrance.gouv.fr

(32) يقصد بالاخلاق مجموعة المبادئ والافكار التي تستقر في ضمير الجماعة كحصيلة لتراثها وتاريخها ومعتقداتها الدينية وما ينطوي عليه من افكار سياسية واجتماعية واقتصادية ، وهي قواعد سلوك إجتماعي ترمي الى تنظيم علاقات الانسان والارتقاء به نحو الخير والمثل العليا،وأنْ مصدر القاعدة الاخلاقية يكمن في عناصر متعددة منها تراث المجتمع وتاريخه ومعتقداته الدينية وافكاره السياسية والاقتصادية والاجتماعية ودرجة تقدمه الحضاري والثقافي والاقتصادي في الوقت الحالي ،كل هذه العوامل تتعاون في تحديد مفاهيم القيم التي يتكون منها الاطار الاخلاقي للجماعة ،ويتأثر القانون في كثير من الحالات بالاخلاق حيث تعتبر المنبع الذي يشتق منه الكثير من القواعد القانونية الرامية الى تحقيق العدل،وكلما تقدم المجتمع فإن تاثر القانون بالاخلاق يزداد اتساعاً حيث يتبنى المشرع العديد من قواعد الاخلاق رغبة منه في الرقي بالجماعة نحو الكمال، فهناك الكثير من قواعد القانون ذات طابع أخلاقي ، وينبغي ملاحظته أن الاخلاق وإن كانت دائمة التأثير في القانون بغية تحقيق العدالة، الإ إنه يجب عدم المبالغة في فهم هذا التأثر لأنّ القانون له غايات أخرى أكثر واقعية ، ومن ثم هنالك عوامل إضافية غير الاخلاق تدخل في تكوينه مثل الفلسفة السياسية والاجتماعية والظروف الاقتصادية المهيمنه على

الجماعة ، واعتبارات الامن والاستقرار ، فاختلاف الغاية بين القانون والاخلاق يؤدي الى تفاوت النطاق والاسلوب بينهما في كثير من الحالات..ينظر: د. صلاح الناهي ،د. محمد صبحي نجم د. نائل عبد الرحمن ، القانون في حياتنا ،دار الثقافة للنشر ،عمان ،2007، ص 32، و ينظر:د. رمضان محمد ابو السعود .د.محمد حسين منصور ،المدخل الى القانون الكتاب الاول القاعدة القانونية الكتاب الثاني نظرية الحق ،منشورت الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ص 29، 31 ، 32.

(33) De Juglaart (M), L'obligation de renseignements dans les contrats, Rev. Trim. Dr. Civ, 195 p.1 et s.

(34) فالقواعد القانونية لا تستقل في تنظيم سلوك الافراد في المجتمع، بل يشاركها في ذلك العديد من القواعد الاجتماعية الاخرى شأن المجاملات والتقاليد والاخلاق والدين ،الإ أن القانون يختلف لأنهُ لا يتدخل الإ في الامور التي يقدر أنها تمس القيم الاجتماعية الاساسية في المجتمع في وقت معين تاركا امر تنظيم الامور الاقل اهمية في سلم القيم الاجتماعية للقواعد الاجتماعية الاخرى .ينظر:د. رمضان محمد أبو السعود ،د. همام محمد محمود زهران، مبادئ القانون (المدخل للقانون والالتزامات) ،دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية ، 1998، ص26.

(35) د. شيراز عزيز سليمان ،حسن النية في ابرام العقود ،ط1،دار دجلة،عمان، 2008، ص169.

(36) د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري وأ. محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مصادر الالتزام ،ج1، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، 1980 ، ص 19.

(37) تطابق كل من المادة 148 /2 مدني مصري والمادة 3/1134 مدني فرنسي .

(38) ينظر نص المادة (173) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 2004.

(39) النوع الأول يقتضي من الملتزم المصرف ان يصل الى نتيجة معينة من خلال تنفيذه للعقد ولو بذل الملتزم كل جهده ، اما الملتزم ببذل عناية فإن عدم التنفيذ أو الخطأ يتمثل في عدم بذل الجهد أو عدم العناية المطلوبة والحيطة في القيام بالعمل المتفق عليه بالقدر الذي يقتضيه القانون ، ووفقاً لظروف التعامل ، فاذا بذل الملتزم الجهد الذي يجب عليه بذله في اداء العمل المطلوب ، لم يكن مخطأ ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوه للتفصيل في ذلك ينظر:د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج1، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004، ص 737.

(40) كما أنهُ على إعتبار الالتزام بنتيجة (determinee) في حالة المخالفة للالتزام يجب على طالب الإعتماد اثبات عدم التنفيذ من قبل المصرف لالتزامه حتى تتقرر مسؤوليته،ويترتب على إعتبار طالب منح الإعتماد المستندي هو الطرف الضعيف في العلاقة المصرفية أن يكون الالتزام تجاهه التزام بتحقيق نتيجة ، وذلك تخفيفاً لعب الاثبات الملقى على عاتقه وذلك لمواجهة المتدخل (المصرف الذي له نفوذ إقتصادي كبير ، وما على طالب منح الإعتماد إلاّ أن يثبت عدم تنفيذ المصرف للالتزام ولا يستطيع الأخير الإ أن يثبت السبب الأجنبي، كما هو مقر في القواعد العامة للإثبات).

(41) د. اسامة احمد بدر ،الشخصية والموضوعية دراسة تحليلية قضائية في القانون الفرنسي والمصري –الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة بين المسؤوليتين، دار الجامعة الجديدة ،مصر ،2011، ص 48.

(42) ذلك أن الالتزام اذا كان غاية ما يرجوه الدائن كان الالتزام التزاماً بتحقيق نتيجة أو بتحقيق غاية ، ولكن في حالات اخرى يلتزم المدين ببذل الجهد المعقول لتحقيق غرض الدائن دون أن يضمن تتحقق النتيجة وهذا هو الالتزام ببذل عناية او بوسيلة ، وهذا التقسيم يتعلق فقط بالالتزام بعمل ،اما الالتزام بالاعطاء والالتزام بالامتناع عن عمل فهما يتضمنان دائماً الالتزام بتحقيق نتيجة ، هذا الالتزم له اهمية كبيرة فيما يتعلق بالاثبات ففي الالتزام بتحقيق نتيجة يكفي الدائن أن يثبت أن النتيجة لم تحقق ،فيكون المدين مسؤلاً عن عدم التنفيذ مالم يثبت السبب الاجنبي ، اما في الالتزام ببذل عناية فلا يكفي الدائن أن النتيجة لم تتحقق ،بل يجب عليه تقديم الدليل على أن المدين لم يبذل من الجهد والعنايةما يبذله الشخص العادي، وليس من السهل تحديد نية المتعاقدين لمعرفة هل ارادا تحقيق غاية أم بذل عناية ، الا أنه يوجد ضابط يستعين به القاضي، وهو معيار الاحتمال ، فاذا كانت النتيجة المرجوه من التعاقد قريبة المنال سهلة التحقيق كان الالتزم تحقيق نتيجة ، اما اذا بدت لهما احتمالية تحقق الغاية المرجوه بعيدة وصعبة المنال فان الالتزم يكون ببذل عناية ، اما اذا كان مصدر الالتزام هو نص القانون فيجب الرجوع الى هذا النص للتعرف على قصد المشرع باعمال قواعد التفسير المعروفة :للتفصيل حول ذلك ينظر :محمد علي البدوى الزهرى ، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام- ،ج1، ص 16 -17.

(43) ينظر نص المادة (311) من قانون التجارة المصري والتي نصت:((على البنك أن يبذل في المحافظة على الصكوك المودعة عناية المودع لديه بأجر ، ولا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك)).

(44) د. حجازي محمد ،الالتزام بالاعلام قبل التعاقد وتطبيقاته على العقود الالكترونية –نطاقة وضمانات المستهلك الالكتروني- مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ،العدد الثامن ،ص 49ومابعدها.

(45) Cass، civ ، 27 Nov . 1972 .

(46) د.علي صاحب عبد الصاحب ، حسين عبد الرضا ، الحماية المدنية للمستهلك في المرحلة السابقة على التعاقد الالكتروني ، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية –العدد التاسع- - المجلد الاول-السنة (2018) ، ص 110.

(47) وواقع الحال في العصر الحديث ،يكشف عن وجود حالات لا حصر لها ، تكون ارادة أحد طرفي العقد غير متكافئة مع الإرادة الأخرى ، بسبب الجهل أو عدم العلم أو النقص في المعلومات . ومن ثم يصبح العقد في هذه الحالة عقداً يفتقر الى

التوازن بسبب الإختلال المعرفي والفني بين طرفيه .وقد يكون إسلوب التعاقد عن طريق شروط مطبوعة سلفاً كما في المتاجر الكبيرة يقتصر دور المتعاقد على وضع إمضائه دون أن تتاح لـه فرصة مناقشة هذه الشروط فيختل توازن العقد في غير صالحه ولا تسعفه فكرة الإذعان لعدم توافر شروطها .

(48) د. جمال زكي إسماعيل الجريدلي ، حماية المستهلك في عقود الاذعان ،دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والبحريني والنظام السعودي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية،المجلد(8 0)العدد: (1) السنة 2019،ص 37.

(49) غسق خليل ابراهيم ، المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بعقد المعلوماتية الإطاري،ط1،المركز العربي ، 2019، ص 92.

(50) د. حجازي محمد ، المصدر السابق ، ص 250.

(51) د. عقيل فاضل حمد الدهان ،د. غني ريسان جادر الساعدي،الالتزام بالاعلام في العقد الالكتروني، مجلة أهل البيت ،العدد الخامس ، ص209.

(52) أما عن عدم التكافؤ في العلم بين المتعاقدين فيمكن القول بأن عدم المساواة الفعلية في المعلومات التعاقدية بين الأطراف عن ما يتعاقد عليه ، لذلك نجد على الرغم من عدم إعطاء القوانين تعريفاً لعدم التكافؤ في العلم ، لكنها أشارت إليه،وهذا ما يرى من الأسباب الموجبة لسن قانون حماية المستهلك العراقي ، حيث جاء في الأسباب الموجبة لتشريع هذا القانون "هو لإقرار العدل والمساواة بين المنتجين و المستهلكين في إبرامهم للعقود").

وبمفهوم موافقة منطوق النص أعلاه ، نجد أن قانون حماية المستهلك العراقي قد نص بصورة صريحة و مطلقة على وجود عدم المساواة التي من ضمنها عدم المساواة في العلم بين المتعاقدين ، لأن هذا القانون نظم حالة اختلاف المراكز التعاقدية بين أطراف عقود الاستهلاك و ابرز مظاهر هذا الاختلاف هو اختلال التوازن في العلم، فضلا عن أن اغلب نصوص هذا القانون تهدف إلى تحقيق التكافؤ في المعلومات والبيانات بين ألمتعاقدين.. للتفصيل ينظر المادة (6 ، فق أولا) و المادة (7 ، ف ق أولا و خامساً) من قانون حماية المستهلك العراقي ، و المادة (2 ، ف ق ب و ها) و المادة (5) من قانون حماية المستهلك المصري ، و المادة (113 و ما بعدها) من قانون الاستهلاك الفرنسي.

(53) حمدية عبود كاظم الاسدي ، المصدر السابق، ص.

(54) د.حجازي محمد ، المصدر السابق، ص250.

(55) حمدية عبود كاظم الاسدي ، المصدر السابق،ص

(56) بن سالم المختار ، الالتزام بالاعلام كآلية لحماية المستهلك ،اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة ابي بكر بلقائد ،2018، ص 41ومابعدها.

(57) حمدية عبود كاظم الاسدي ،المصدر السابق،ص

(58) د.حامد شاكر محمود الطائي،المصدر السابق، ص 149.

المصادر.

أولاً/ الكتب القانونية.

1- د. اسامة احمد بدر ،الشخصية والموضوعية دراسة تحليلية قضائية في القانون الفرنسي والمصري –الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة بين المسؤوليتين، دار الجامعة الجديدة ،مصر ،2011.

2- بلحاج العربي ، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري "دراسة مقارنة " ، دار وائل للنشر ، 2010.

3- د. رمضان محمد ابو السعود .د.محمد حسين منصور ،المدخل الى القانون الكتاب الاول القاعدة القانونية الكتاب الثاني نظرية الحق ،منشورت الحلبي الحقوقية ، بيروت

4- د. رمضان محمد أبو السعود ،د. همام محمد محمود زهران، مبادئ القانون (المدخل للقانون والالتزامات) ،دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية ، 1998،

5- د. شيراز عزيز سليمان ،حسن النية في ابرام العقود ،ط1،دار دجلة،عمان، 2008، ص169.

6- د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد ،دور البنك في خدمة تقديم المعلومات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008

7- د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري وأ. محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مصادر الالتزام ،ج1، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، 1980

8- عادل جبرى محمد حبيب ، قيمة السكوت في الإعلان عن الإرادة –دراسة مقارنة ، ط1، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، سنة 2003

9- د. فائق محمود الشماع ،الايداع المصرفي ،ج1،،ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2009

10- ــــــــــــــ ، الحساب المصرفي :دراسة قانونية مقارنة ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر،ط1، 2003

11- د. محمود مختار أحمد بريبري ،المسؤولية التقصيرية للمصرف عند طلب فتح الاعتمادات ، دار الفكر العربي ،القاهرة ،1986

12- د. مصطفى محمد الجمال ، السعي الى التعاقد في القانون المقارن ،ط1،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت ، 2002،
13- د.منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات(دراسة مقارنة بين الفقة الاسلامي والقوانين المدنية الوضعية)، ج1، لا يوجد عدد الطبعة ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1996
14- غسق خليل ابراهيم ، المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بعقد المعلوماتية الإطاري،ط1،المركز العربي ، 2019.
15- محمد علي البدوى الزهرى ، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام- ،ج1.
16- د. حامد شاكر محمود الطائي، المفاوضات السابقة على التعاقد دراسة قانونية مقارنة،ط1، المنشورات الحقوقية،بيروت، 2016.

ثانياً/ الرسائل والاطاريح الجامعية .

1- حمدية عبود كاظم الاسدي،التزام المصرف بتقديم معلومات الائتمان المالي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون -جامعة كربلاء، 2013.
2- بن سالم المختار ، الالتزام بالاعلام كآلية لحماية المستهلك ،اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة ابي بكر بلقائد ،2018.

ثالثاً/ البحوث القانونية .

1- . احمد السيد البهي الشوبري ، التفاوض التعاقدي ، إطاره القانوني وأثره في الالتزام ، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الاسلامية والعربية للبنات ، بدمنهور ، العدد الرابع ،ج1، 2019.
2- . أحمد السيد البهي الشوبري ، التفاوض التعاقدي ، اطاره القانوني واثره في الالتزام ، مجلة كلية الدراسات الاسلامية والعربية للبنات ، بدمنهور العدد الرابع ، ج1، 2019.
3- . فائق محمود الشماع، "واجبات البنك تجاه طالب القرض دراسة قانونية مقارنة"، المجلة القانونية والقضائية، دولة قطر، 2016م، ص41، وكذلك: د. خالد عطشان الضفيري: "المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات القروض الاستهلاكية تجاه العميل المقترض "مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 29، يناير 2012،
4- .علي صاحب عبد الصاحب ، حسين عبد الرضا ، الحماية المدنية للمستهلك في المرحلة السابقة على التعاقد الالكتروني ، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية –العدد التاسع- - المجلد الاول-السنة (2018).
5- د. جمال زكي إسماعيل الجريدلي ، حماية المستهلك في عقود الاذعان ،دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والبحريني والنظام السعودي ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، المجلد (8 0)العدد: (1) السنة 2019.
6- د. حجازي محمد ،الالتزام بالاعلام قبل التعاقد وتطبيقاته على العقود الالكترونية –نطاقة وضمانات المستهلك الالكتروني- مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ،العدد الثامن
7- د. سعد بن سعيد الذيابي ، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والانظمة المقارنة ، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الاسلامية ، العدد (23) ربيع الاخر 1435هـ فبراير ،2014
8- د. عقيل فاضل حمد الدهان ،د. غني ريسان جادر الساعدي،الالتزام بالاعلام في العقد الالكتروني، مجلة أهل البيت ،العدد الخامس.
9- عبد الخالق غالي مهدي الجاروش ،الاحكام القانونية للتدقيق المصرفي (دراسة مقارنة)،مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع ، السنة الثامنة ، 2016.

رابعاً / القوانين.

1- - قانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .
2- قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984.
3- قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة 2004.
4- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
5- قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949 لسنة 1993 وتعديلاته.
6- القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر سنة 2016.

خامساً/ المصادر الاجنبية.

1- Cf. (M) de Juglart. L'Obligation de renseignement dans les contrats, R.T.D.civ, 1945p.12 ; (J) Ghestin.L'obligation pré-contractuelle de renseignement, L.G.D.J , Paris, 1987 ; (M) Faber-Magnan. L'obligation d'information, L.G.D.J ,Paris, 1992, (L) Boyer.L'obligation de renseignement, Thèse, Aix, 1977 ; (R) Savatier. Le contrat de conseil, D.1972, p10 ; (ph) Le Tourneau. L'Obligation de renseignement ou conseil,D.1987, chron, .107 ; (V) Haim. L'information du patient, D.1997, chron. P125
2- Jamel BACCAR: "Crédit documentaire et l'obligation bancaire d'information du donneur d'order" Rev. De Droit bancaire et financier. n. . Janv. 2008,
3- De Juglaart (M), L'obligation de renseignements dans les contrats, Rev. Trim.