

ملخص البحث

يهدف البحث الى دراسة دور قانون الإرادة في عقد الإعتاد المستندي الدولي و أثره في حل اشكالية التنازع بين القوانين التي يتسبب هذا العقد بإثارته بسبب صفته الدولية وتعدد أطرافه وخضوع كل منهم الى قانون دولة يختلف عن الآخر .

وحيث إن ضابط الإرادة من ضوابط الاسناد التي نصت عليها قوانين معظم الدول يعمل على تطبيق القانون المختار على العقد الدولي دونما تهديد للأمان القانوني و بعيداً عن الجمود الذي تتسم به بعض المعايير الأخرى .

فان البحث و من خلال تقسيمه الى مبحثين يناقش في المبحث الأول تحليل عقد الإعتاد المستندي الدولي من خلال بيان ماهيته والوقوف على أهميته و أنواعه و آثاره و التكيف القانوني الذي قدم بشأنه على صعيد الفقه وبيان أهم النظريات التي تصدت لذلك ومن ثم بحث صفته الدولية و في المبحث الثاني قانون الإرادة من خلال التعرض لمفهومه و بيان النظريات التي وصفته و توضيح نطاقه و طرق إختياره و بيان ملائمة للإستخدام في عقد الإعتاد المستندي الدولي ومن ثم تم الوقوف على صعوبات تطبيقه في عقد الإعتاد المستندي وقد وجدنا إن هذه الصعوبات قد تتعلق بمنهجية معيار قانون الإرادة و منها ما يتعلق بخصوصية عقد الإعتاد المستندي الدولي .

وقد توصل البحث في الختام الى نتائج مهمة تلخصت بأن عقد الإعتاد المستندي من عقود التجارة الدولية المهمة و التي لم تحضى بإهتمام المشرع العراقي كونه لم ينظم أحكامها بشكل كافي كما أنه لم يتعرض لأهم الاعراف الدولية المنظمة لأحكامه ولم يبين موقفه من تطبيقها على عقد الإعتاد المستندي اسوة بالتشريعات الأخرى , كذلك فأن مسألة ملائمة قانون الإرادة لحكم عقد الإعتاد المستندي وجد إنه من الضوابط الملائمة من حيث المبدأ الا ان هذا الضابط وبسبب طبيعته وضرورة التصريح بالإختيار يرتب صعوبات متعددة يثيرها تخلف التصريح عن الإختيار كما إن خصوصية عقد الإعتاد المستندي تتسبب هي الأخرى بصعوبات إضافية على إستخدام قانون الإرادة , مما اقتضى التوصية بأهمية توفير العناية التشريعية الكافية لعقد الإعتاد المستندي و تطبيق احكام القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية على النحو الذي يؤدي الى توفير التنظيم القانوني الكافي لعقود الإعتمادات المستندية المبرمة كذلك ضرورة اهتمام اطراف التعاقد بتعيين القانون المختص على عقدهم بما لا يدع مجالاً للشك أو التوهم في هذا الإختيار قد يتسبب بتطبيق قانون آخر مخالف لتوقعاتهم و اهدافهم التعاقدية ويخل بالأمان القانوني لهم .

المقدمة

إن الأهمية البالغة التي تحتلها عقود الإعتمادات المستندية الدولية في ميدان التجارة الدولية لما تقوم به من دور في الضمان و السداد الدوليين لأطراف عملية التبادل التجاري في المعاملة الدولية قد جعلت منه الوسيلة الأهم و الأداة الأكثر إستخداماً لدى المتعاملين بالتجارة الدولية من بائعين ومشتريين و متعهدين .

كما إن الاختلاف الجغرافي لأطراف عقود التجارة الدولية وانتماء كل طرف من أطراف العقد لدولة مستقلة عن الأخرى أدى الى نشوء مشاكل تنازع القوانين و صعوبة تحديد القانون المختص بحكم العقد و بالتالي فإن مسألة العودة الى قواعد التنازع التي تقرها القوانين بخصوص علاقات عقود التجارة الدولية تجعلنا بمواجهة عدد من ضوابط الاسناد المختلفة كمعيار قانون الإرادة أو الموطن المشترك أو محل ابرام العقد أو الأداء المميز أو غيره من المعايير التي نصت عليها قوانين دول مختلفة .

فإن تطبيق اي قاعدة اسناد على عقد الإعتماد المستندي الدولي قد تكون ملائمة و منسجمة معه وقد تثير صعوبات في تطبيقها عليه احياناً وعلى الرغم من إعتبار معيار قانون الإرادة ضابط الإسناد الأكثر إستخداماً في ميدان عقود التجارة الدولية لما يتسم به من ميزات لا تتوفر بغيره من ضوابط الاسناد كونه معيار غير جامد و يحقق الأمان القانوني ويصون توقعات الاطراف المتعاقدة الا انه في الوقت نفسه يجد صعوبات في استخدامه في ميدان عقد الإعتماد المستندي الدولي وهذه الصعوبات يجب أن ينظر اليها من زاويتين الأولى تتعلق بخصائص قانون الإرادة وطبيعته والاخرى تتعلق بخصوصية عقد الإعتماد المستندي الدولي .

وبغية الوقوف على دور قانون الإرادة في عقد الإعتماد المستندي الدولي لابد من تحليل عقد الإعتماد المستندي وفهم احكامه القانونية وبعد ذلك فهم قانون الإرادة ومنهجه في التطبيق ومناقشة ملائمة هذا المعيار وبيان صعوبات تطبيقه على عقد الإعتماد المستندي الدولي من خلال تقسيم هذا البحث الى مبحثين نخصص الأول لبيان ماهية عقد الإعتماد المستندي الدولي والثاني في تطبيق قانون الإرادة على عقد الإعتماد المستندي الدولي .

دور قانون الإرادة في عقد الإعتماد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الإعتماد المستندي الدولي عندما يقوم الاطراف بإختيار هذا القانون صراحة أو ضمناً في عقدهم وتحديد مدى ملائمة هذا الإختيار لعقد الإعتماد المستندي بأعتبره من عقود التجارة الدولية وما هي نتائج هذا الإختيار في الظروف المختلفة التي قد يتعرض لها أطراف عقد الإعتماد المستندي و بيئتهم التعاقدية وظروف النزاع بينهم كما ان مشكلة البحث ايضاً تتعلق بتحديد دولية عقد الإعتماد المستندي وفقاً للمعايير و النظريات المطبقة في دراسات القانون الدولي الخاص .

منهج البحث

تم إعتداد منهج البحث التحليلي من خلال تحليل العلاقات القانونية في عقد الإعتماد المستندي و نصوص القانون الخاص بقاعدة الإسناد المقررة بشأنه كما تم إعتداد منهج البحث المقارن من خلال المقارنة مع مواقف التشريعات الأخرى .

تقسيم البحث

سيقسم هذا البحث بالإضافة الى هذه المقدمة ، الى مبحثين وخاتمة سوف تتضمن أهم النتائج التي تم التوصل اليها فضلاً عن أهم المقترحات التي يمكن تقديمها ، وكما يأتي :

المبحث الأول- ماهية عقد الإعتماد المستندي الدولي .

المبحث الثاني- تطبيق قانون الإرادة على عقد الإعتماد المستندي .

المبحث الأول

ماهية عقد الإعتاد المستندي الدولي

للقوف على دور قانون الإرادة في حكم عقد الإعتاد المستندي الدولي ومدى ملائمة ليكون القانون المختص و تحديد صعوبات تطبيقه في عقود الإعتمادات المستندية الدولية فإنه يتطلب منا تحليل عقد الإعتاد المستندي وبيان ماهيته وهذا ما يقتضي الخوض في مفهوم عقد الإعتاد المستندي الدولي من خلال الوقوف على تعريفه وتبيان خصائصه حيث يتميز عقد الإعتاد المستندي بخصائص تميزه عن غيره من عقود التجارة الدولية و العقود المصرفية الاخرى ومن ثم بيان أهم أنواعه وفقاً للأعراف الدولية والتشريعات التي تصدت لتنظيم أحكامه حيث توجد أنواع مختلفة من الإعتمادات المستندية عرفها العمل التجاري الدولي تختلف فيه احكام التزامات المصرف المرسل تبعا لنوع الإعتماد محل الاتفاق .

كذلك يتطلب منا البحث في الطبيعة القانونية للإعتاد المستندي وبحث دوليته ومن ثم بيان آثاره و أطرافه من خلال الوقوف على آثار الإعتماد المستندي .

ولذلك فان المبحث الأول سيقسم الى مطلبين الأول في مفهوم الإعتاد المستندي الدولي و الثاني في طبيعة عقد الإعتماد و آثاره القانونية .

المطلب الأول

مفهوم الإعتاد المستندي الدولي

سنتناول في هذا المطلب مفهوم الإعتاد المستندي الدولي في فرعين نخصص الأول لتعريف الإعتاد المستندي وبيان خصائصه ، والثاني لبيان أنواعه ، على النحو الآتي :

الفرع الأول

تعريف الإعتاد المستندي وخصائصه

سنقسم هذا الفرع الى مقصدين نتناول تعريف الإعتاد المستندي في الأول و خصائصه في الثاني:

المقصد الأول

تعريف الإعتاد المستندي الدولي

نظراً للأهمية البالغة التي يحتلها عقد الإعتاد المستندي الدولي في تنفيذ متطلبات التجارة الدولية كونه قد أصبح أداة ائتمانية لمواجهة المدفوعات الدولية ذات الآجال القصيرة والمتوسطة كذلك يوفر الضمان المناسب للبائع والمشتري إضافة الى دوره في توسيع امتدادات التجارة الدولية و يعد أحد العمليات المهمة في مجال التجارة الدولية^(١) , ولأنه من أهم وسائل السداد وأكثرها انتشاراً في عقود وعمليات التجارة الدولية^(٢) , فقد احيط بإهتمام فقهي وتشريعي بالغين , وبالنظر الى إختلاف اشكال وصور الإعتاد المستندي مما يعقد مهمة وضع تعريف دقيق وشامل لذلك وجدت محاولات عديدة لتعريف الإعتاد المستندي^(٣) .

وفي هذا المقصد سنستعرض أهم التعريفات التي قدمت بشأن الإعتاد المستندي الدولي و بالقدر الذي يتطلبه البحث لبيان الآراء التي تناولت الإعتاد المستندي وتعريفه .

فقد عرف الإعتاد المستندي بأنه : ((خطاب أو تعهد مكتوب في صيغة معينة من بنك يسمى المصرف المصدر يسلم هذا الخطاب الى البائع أو المستفيد بناءً على طلب المشتري مقدم الطلب أو الامر يهدف الى الوفاء نقداً أو بقبول كمبيالة في حدود مبلغ معين خلال فترة معينة مقابل تسليم مستندات معينة سبق ان نص عليها))^(٤) , و عرف الإعتاد المستندي ايضاً بأنه ((تصرف قانوني يتعهد المصرف المنشئ بمقتضاه بان يدفع لطرف ثالث يدعى المستفيد أو لأمره مبلغاً من المال وفقاً لتعليمات العميل الأمر))^(٥) .

كذلك عرف بأنه ((تعهد كتابي صادر من أحد المصارف بناءً على طلب مستورد البضائع (المشتري) لصالح مصدرها (البائع) يتعهد فيه المصرف بدفع أو قبول كمبيالات مسحوبة عليه في حدود مبلغ معين ولغاية أجل معين مقابل استلامه مستندات الشحن طبقاً لشروط الإعتاد و التي تظهر شحن بضاعة معينة بمواصفات و أسعار محددة))^(٦) .

كما عرفه الدكتور علي جمال الدين عوض بأنه ((الإعتاد الذي يفتحه المصرف بناءً على طلب شخص يسمى الأمر , أياً كانت طريقة تنفيذه , أي سواء كان بقبول كمبيالة أو خصمها أو بدفع مبلغ لصالح عميل لهذا الأمر , ومضمون بحيازة المستندات الممثلة لبضاعة في الطريق أو معدة للأرسال))^(٧) .

كذلك عرف بأنه ((عقد تلتزم بمقتضاه مؤسسة مصرفية إزاء أحد عملائها بفتح إعتاد معين تنفيذاً لأمره لمصلحة شخص ثالث يطلق عليه المستفيد مقابل ضمان للإعتاد يتمثل بمستندات أو وثائق معينة))^(٨) , أيضاً عرف بأنه ((الكتاب الذي يصدره المصرف استجابة لطلب (الأمر) بإنشاء إعتاد ويتضمن بيانات

دور قانون الإرادة وعقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

يُدرجها المصرف بناءً على طلب الأمر (طالب فتح الإعتاد) يوضح فيها تحديد مبلغ الإعتاد واسم المستفيد منه و نوع المستندات المطلوب تقديمها لقاء الدفع ومدة سريان الإعتاد واية شروط يمكن للمستفيد بموجبها الحصول على حقه ((^(٩)).

والى نفس المعنى ذهب بعض فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه ((عقد يتعهد المصرف بموجبه ويلتزم على عاتقه بدفع مبلغ البضاعة نقداً أو يقبل الشيكات عند تسليم المستندات الى المصدر بكامل شروطه المتفق عليها مسبقاً بموجب طلب فاتح الإعتاد (المستورد) لصالح المصدر في الخارج مقابل عمولة محددة)).^(١٠)

كذلك اعتبر ((تعهداً من قبل البنك للمستفيد (البائع) بناءً على طلب فاتح الإعتاد (المشتري) يقرر البنك فيه إنه قد اعتمد تحت تصرف المستفيد (البائع) مبلغاً من المال يدفع له مقابل مستندات محددة تبين شحن سلعة معينة خلال مدة معينة)).^(١١)

في حين ذهب جانب من الفقه الى ضرورة التمييز بين المفهوم القانوني العقدي للإعتاد المستندي و المفهوم الفني للإعتاد فيرى بأن التعريف القانوني للإعتاد المستندي ((عقد بين مصرف و عميل (الأمر) بمقتضاه يلتزم المصرف بأن يتعهد لشخص ثالث المستفيد بدفع المبلغ المبين في خطاب الإعتاد اليه أو قبول كمبيالة مسحوبة ويكون حق المصرف في الرجوع مضموناً عادة برهن حيازي أو بالمستندات التي تمثل البضاعة)).^(١٢)

كما ان القواعد والأعراف الموحدة للإعتادات المستندية رقم (٦٠٠) لسنة ٢٠٠٧ عرفت الإعتاد المستندي في المادة الثانية منها بأنه ((اي ترتيب مهما كانت تسميته أو وصفه ويكون غير قابل للنقض و يشكل تعهداً باتاً للمصرف المصدر لأداء ايفاء التقديم المستوفي)).

في حين عرفه قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ في المادة (٢٧٣) منه ((الإعتاد المستندي عقد يتعهد المصرف بمقتضاه بفتح إعتاد لصالح المستفيد بناءً على طلب الأمر بفتح الإعتاد بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل)).

على الرغم من إختلاف التعاريف السابقة في الصياغة الا ان مضمونها كان متقارباً من انه إلتزام أو تعهد مصرفي يتمثل باداء ثمن البضاعة محل عقد البيع الدولي الى المستفيد والذي يكون البائع الأجنبي (المصدر) لصالح العميل المستورد لقاء مستندات تمثل البضاعة المنقولة .

المقصد الثاني

خصائص عقد الإعتد المستندي

بعد ان تم تعريف عقد الإعتد المستندي تبين بأنه عقد مصرفي ثلاثي الأطراف يتضمن وسائل دفع وضمن لصالح المصدر بناءً على طلب الزبون المستورد , ويتميز هذا التعهد بخصائص تميزه عن غيره من العقود التجارية يمكن ذكر أهمها وكما يلي :-

اولاً :- عقد الإعتد المستندي من العقود الملزمة للجانبين :

تصنف العقود من حيث إلزام أطرافها إزاء بعضها بعضاً بأنها عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد فمتى ما انشأ العقد منذ إبرامه إلزام بذمة احد أطرافه اعتبر من العقود الملزمة لجانب واحد اما اذا انشأ إلزامات متقابلة في ذمة عاقيه فهو ملزم للجانبين ويسمى العقد التبادلي^(١٣) , وبذلك فإن عقد الإعتد المستندي يعتبر من العقود الملزمة للجانبين لكونه يربط إلزامات متقابلة بذمة أطرافه فالمصرف المصدر للإعتد يلزم بتسديد مبلغ الإعتد واستلام وثائق البضاعة ويلتزم الزبون بالإلزامات إزاء المصرف كتسديد مبلغ الإعتد والعمولات^(١٤) , كما ان أطرافاً اخرى يربط لهم عقد الإعتد حقوقاً و إلزامات .

كذلك تجد نظرية فسخ العقد مجالاً لها في الإعتد المستندي في حالة عدم تنفيذ أحد الأطراف لإلزامه وعدم إمكان جبره على التنفيذ من قبل الدائن فلأخير طلب فسخ العقد والتعويض عن الاضرار ان كان لها مسوغ ويلاحظ هنا انه من الممكن ان يكون الفسخ إتفاقياً عندما يتم الاتفاق عليه من قبل الأطراف أو قضائياً بمجرد تحقق شروطه ليؤدي الى زوال حكم العقد بأثر رجعي و يلزم الأطراف برد ما قبض قبل الفسخ^(١٥) .

ثانياً : عقد الإعتد المستندي يقوم على الإعتد الشخصي :

يرى الفقه بان علاقة المصرف بعميله تقوم على أساس الاعتراف الشخصي فقيام الأول بمنح الائتمان والتسهيلات المصرفية للعميل انما تدلل على منح ثقته بعميله لما وجد فيه من الامانة والسمعة التجارية و جدارته في العمل وسرعة تنفيذه لإلتزاماته الماليه و حسن ادراجه لاعماله التجارية وقدرته على سداد مبلغ الإعتد^(١٦) , و كل هذه المؤشرات تؤدي الى اتساع الثقة بالعميل لتجعله جديراً بالحصوله على الإعتد^(١٧) , ويترتب على هذه الخاصية لعقد الإعتد امكانية ابطاله اذا وقع المصرف في غلط بشخص العميل أو صفه جوهرية من صفاته وفقاً لبعض القوانين كما ينقضي بوفاة العميل ولا ينتقل الى ورثته^(١٨) .

دور قانون الإرادة وعقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

ثالثاً : عقد الإعتاد المستندي مستقل عن عقد البيع :

يعد عقد الإعتاد المستندي مستقلاً عن عقد البيع الذي إبرم عقد الإعتاد المستندي من اجله ويعتبر المصرف أجنبياً عن عقد البيع^(١٩) , ويكون إلتزامه في عقد الإعتاد المستندي مستقلاً عن كل الإلتزامات التعاقدية خارج نطاق عقد الإعتاد وهو مستقل عن علاقة المصرف فاتح الإعتاد بالمشترى ومستقل أيضاً عن علاقة البائع بالمشترى ولذلك فان اي بطلان أو فسخ يلحق باي من هذه العلاقات لا يؤثر في إلتزام المصرف فاتح الإعتاد إزاء أطراف عقد الإعتاد وبهذا الإلتجاه سار المشرع العراقي في المادة (٢٧٣) / ثانياً) من قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ حيث نصت على ((ثانياً : عقد الإعتاد المستندي مستقل عن العقد الذي فتح الإعتاد بسببه ويبقى المصرف أجنبياً عن هذا العقد)) .

ويلاحظ في هذا الشأن ان البائع لا يستفيد من هذه القاعده و تقرير مبدأ الاستقلال عندما ينطوي سلوكه على غش إزاء المشتري فإنه لا يستفيد من الحماية فالمشتري متى ما كان بيده دليل على سوء التنفيذ من قبل البائع امكنه ان يستعين بالمحكمة بأيقاع حجز لصالحه على حق البائع تحت يد المصرف احتياطياً حفظاً لحقوقه ضد البائع .^(٢٠)

رابعاً : عقد الإعتاد المستندي من العقود المستمرة :

يتميز عقد الإعتاد المستندي بأنه من العقود المستمرة كونه ليس فوري التنفيذ وانما يتطلب عنصر الزمن ويعتبر الزمن فيه عنصراً جوهرياً ويرتبط الزمن فيه بالوقت اللازم لتنفيذ البائع والمشتري إلتزاماتهم المقررة في عقد البيع الدولي الذي انشأ الإعتاد من اجله سواء أكان الإعتاد مفتوحاً لعمليات مختلفة أو عملية واحدة وينتج عن خاصية كونه من العقود المستمرة امكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة اذا ما توفرت شروطها القانونية .^(٢١)

خامساً : عقد الإعتاد المستندي من عقود التجارة الدولية :

تعد عقود التجارة الدولية من الركائز الأساسية لتسيير عملية الإقتصاد الدولي وتحتل أهمية بالغة وتشغل مساحة واسعة في ميدان التجارة والتبادل التجاري بين الشعوب وتتسم بتعدد أنواعها لسد إحتياجات التجارة الدولية لأطرافها كافة من دول ومؤسسات و أفراد .

تتميز بعض العقود التجارية الدولية باختلاف بلد الإبرام عن بلد التنفيذ حيث يوقع في بلد ما ويتم تنفيذه في بلد آخر , ولذلك يقرر الفقه بان عقد الإعتاد المستندي من عقود التجارة الدولية بل انه من أبرز وسائل

دور قانون الإرادة وعقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

تنفيذ هذه العقود , حيث تلعب الإعتادات المستندية دوراً أساسياً و فعالاً في توفير الضمان لأطراف البيوع الدولية الذين يفتقرون الى المعرفة والثقة المتبادلة فيما بينهم فيوفر الإعتاد الثقة و الاطمئنان في الحصول على البضائع و قبض الثمن و اعتبر الإعتاد بذلك اداة ضمان و ائتمان استلزماتها حاجة التجارة الدولية .^(٢٢)

كذلك ذهب البعض الى ان الإعتاد المستندي من اقدر الوسائل المعروفة في العصر الحديث معاونة على اتمام صفقات التجارة الدولية و يعد من أهم العمليات المصرفية على النطاق العالمي كذلك اصبح من أكثر ادوات الوفاء استخداماً في مجال التجارة الدولية وذلك لنجاحه كأداة سريعة وقليلة التكاليف .^(٢٣)

أما بخصوص الطبيعة التجارية للإعتاد المستندي فقد اختلف الفقه في تعميمها على أطرافه فذهب جانب الى إعتبار عقد الإعتاد المستندي تجارياً بالنسبة للمصرف الذي يمارس العمل المصرفي على وجه الإحتراف في حين لا يمكن ان يعتبر تجارياً بالنسبة للعميل مالم يكن الأخير يحترف العمل التجاري أيضاً^(٢٤) في حين يرى جانب آخر من الفقه وهذا ما نؤيده بان الإعتاد المستندي يعد عملاً تجارياً متى ما قام به المصرف على وجه الإحتراف وبقصد الربح تنفيذا لنظرية العمل التجاري التي اعتمدها المشرع التجاري العراقي حيث حدد القانون التجاري العراقي في المادة الخامسة منه العمليات المصرفية من الاعمال التجارية.^(٢٥)

الفرع الثاني

أنواع الإعتاد المستندي الدولي

ظهرت الإعتادات المستندية تلبية لإحتياجات التجارة الدولية وقد نشأت أحكامها بحكم الأعراف التجارية والتي عملت المنظمات الدولية المتخصصة على توحيدها و تنقيحها وتبين من هذه الأعراف بان الإعتادات المستندية على أنواع مختلفة ويمكن تصنيف هذه الأنواع وفقاً لأكثر من معيار حيث تقسم من حيث أطرافها الى إعتادات الاستيراد أو إعتادات التصدير ومن حيث مدى قوة إلتزام المصرف المصدر ينقسم الإعتاد الى قطعي وقابل للألغاء , كما يقسم من حيث قابليته للتحويل الى إعتاد قابل للتحويل و إعتاد غير قابل للتحويل ومن حيث قوته ينقسم الى إعتاد قطعي أو غير قطعي^(٢٦) , وهناك أنواع اخرى من الإعتادات كالإعتاد الدوار والإعتاد الاسمي و الإعتاد القابل للتحويل وإعتاد العبارة الحمراء وغيرها .^(٢٧)

دور قانون الإرادة وعقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

وحيث ان المجال لا يتسع لتبيان جميع أنواع الإعتمادات المستندية تفصيلاً و توضيحاً فاننا سنقوم بالوقوف على أهم هذه الأنواع بالتوضيح و البيان كالإعتمادات القابلة للإلغاء والإعتمادات القطعية و الإعتمادات القابلة للتحويل في المقصدين الآتيين :

المقصد الأول

الإعتمادات المستندية القطعية و القابلة للنقض

يقوم المصرف بناءً على طلب عميله المشتري بإصدار خطاب الإعتماد الموجه الى البائع يتضمن إلتزاماً منه بأداء مبلغ محدد من النقود لقاء سندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل خلال مدة محددة وهذا الإلتزام قد يكون مؤكداً وقد يكون عرضة للإلغاء أو التعديل وحسب إرادة المصرف واتفاقه مع عميله المشتري ومن هنا نكون أمام نوعين من الإعتمادات الأول يسمى بالإعتماد غير القابل للنقض (البات) والثاني هو الإعتماد القابل للنقض وحيث ان أنواع الإعتمادات المستندية تختلف باختلاف الشروط والإلتزامات والاصطلاحات الواردة في كل منها فقد ميزت اللائحة رقم ٥٠٠ الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بين نوعين من الإعتمادات حيث نصت على ما يأتي :

- أ- يكون الإعتماد أما قابلاً للنقض أو غير قابل للنقض .
 - ب- وعليه، يجب أن يبين الإعتماد بوضوح ما إذا كان قابلاً للنقض أو غير قابل للنقض.
 - ج- وفي حالة عدم بيان ذلك يعتبر الإعتماد غير قابل للنقض.
- كما نصت المادة (٢٧٥) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ بإنه (أولاً: يكون الإعتماد المستندي باتاً أو قابلاً للإلغاء) .
- وبذلك يتضح ان الإعتمادات المستندية تقسم الى نوعين وهما الإعتماد المستندي القابل للنقض و إعتماد غير قابل للنقض وهو ما يعرف بالإعتماد القطعي أو البات .
- ولذلك سنقوم بتوضيح كل نوع من هذه الأنواع في فقرة مستقلة :

أولاً : الإعتماد المستندي القطعي :

يعرف الإعتماد المستندي القطعي بإنه ((الإعتماد المستندي الذي يصدره المصرف بناءً على طلب عميله لمصلحة المستفيد ويتضمن تعهداً نهائياً من قبل المصرف لا رجعة فيه ولا يمكنه تعديله أو الغاءه))

(٢٨)

دور قانون الإرادة في عقد الإعتد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

و يعرف ايضاً بأنه ((الإعتد الذي يتضمن وعداً بالدفع للمستفيد من قبل المصرف المصدر للإعتد ويكون غير قابلاً للنقض لانه لا يمكن تغييره أو الغاءه الا بموافقة جميع الفرقاء المعنيين في الإعتد وهم البائع و المشتري والمصرف الذي اصدر الإعتد)) .^(٢٩)

ومن هنا يتبين بان الإعتد المستندي القطعي يشكل تعهداً قطعياً صادراً من المصرف المصدر الذي اصدر الإعتد الى المستفيد بشكل لا يسمح بالعدول عنه أو الرجوع فيه دونما موافقة من جميع أطراف الإعتد, كذلك لا يعتبر القبول الجزئي لتعديل الإعتد أو لبعض بنوده نافذاً بدون موافقة أطراف الإعتد جميعاً .^(٣٠)

الى ذلك ذهبت القواعد و الأعراف الموحدة للإعتدات المستندية رقم ٥٠٠ الصادرة عن غرفة التجارة الدولية لسنة ١٩٩٤ في المادة التاسعة حيث نصت على ان ((يشكل الإعتد غير القابل للنقض تعهداً قاطعاً على المصرف مصدر الإعتد (...)) .

وقد أكدت المبدأ ذاته المادة الثانية من القواعد و الأعراف الموحدة للإعتدات المستندية رقم ٦٠٠ لسنة ٢٠٠٧ حيث نصت على ان ((يقصد بالإعتد اي ترتيب اياً كانت تسميته أو وصفه ويكون غير قابل للنقض ويشكل بذلك تعهداً باتاً للمصرف المصدر)) .

كذلك نصت المادة (٢٧٧) فقرة أولاً من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ على انه (يكون إلتزام المصرف في حالة الإعتد المستندي غير القابل للغاء قطعياً ومباشراً إزاء المستفيد وكل حامل حسن النية للورقة التجارية المسحوبة تنفيذاً للعقد الذي فتح الإعتد المستندي بسببه) ويصطلح على الإعتد المستندي القطعي بالإعتد المستندي البات أو غير القابل للنقض .

ويتميز هذا النوع من الإعتدات المستندية بأنه لا يسمح للمصدر بحرية تعديله دون موافقة باقي أطرافه ولذلك فهو يوفر ضمانات لأطراف العلاقة في الإعتد المستندي , وهذه الميزة بحسب رأينا جعلته من أهم أنواع الإعتدات المستندية إستخداماً وشيوعاً .^(٣١)

ثانياً : الإعتد المستندي القابل للنقض :

يعرف الإعتد القابل للنقض ((بأنه الإعتد الذي يتيح للبنك مصدر الإعتد إجراء أي تعديل في الإعتد المستندي أو إغائه في أية لحظة ودون أشعار مسبق للمستفيد)) .^(٣٢)

دور قانون الإرادة وعقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

كما عرف بأنه ((الإعتاد الذي يحتفظ فيه المصرف بحق النقض للإعتاد أو تعديله في أي وقت دون أن تترتب أية مسؤولية إزاء عميله المستورد أو إزاء المستفيد المصدر ولو لم ينذر المستفيد بالإلغاء)).^(٣٣) ومن هذين التعريفين يتبين لنا بأن الإعتاد المستندي القابل للنقض هو إعتاد يكون فيه المصرف المصدر مالكاً لحرية الإلغاء والتعديل لإلتزاماته المقررة في اي وقت يشاء فيه طالما تضمن هذا الإعتاد بيانا يتضمن انه قابلاً للإلغاء وفقاً للأعراف الدولية حيث قررت القواعد والأعراف الموحدة للإعتادات المستندية رقم (٥٠٠) بان الإعتاد المستندي يكون قابلاً للنقض متى تضمن نصاً يفيد ذلك في حين يعتبر قطعي وغير قابل للنقض اذا لم يتضمن شرط قابلية النقض.^(٣٤) في حين اتجه القانون التجاري العراقي إتجاهاً مختلفاً إذ اعتبر الإعتاد قابلاً للإلغاء مالم ينص فيه على إنه قطعي.^(٣٥)

وبذلك يكون هذا النوع من الإعتادات ضعيفاً كونه لا يوفر حماية كافية لأطراف الإعتاد المستندي وهو بسبب هذه الطبيعة قليل الإستخدام حيث يرفض الكثير من البائعين قبوله لأنه لا يوفر الضمانة المطلوبة لهم في تأمين الحصول على مبلغ الإعتاد عند امتناع المصرف المصدر ولو بدون اشعار مسبق .

لذلك كان الأجدر بالمشرع العراقي ان يحذو حذو الأعراف الموحدة للإعتادات المستندية وإعتبار الأصل في الإعتادات المستندية هو الصفة القطعية لا قابلية الإلغاء وإعتبار الإعتاد المستندي قطعياً مالم يتضمن شرطاً صريحاً بكونه قابلاً للإلغاء لتوفير التشجيع لذلك النوع من الإعتادات ليحقق أهدافه المرجوة في توفير الضمان وتحقيق الحماية لأطراف العلاقة في الإعتاد المستندي .

المقصد الثاني

الإعتاد المستندي المعزز

يقصد بالإعتاد المستندي المعزز بأنه الإعتاد الذي يتعهد فيه مصرف آخر إضافة الى المصرف المصدر بإيفاء أو تسديد مبلغ الإعتاد الى المستفيد وفقاً لشروط الإعتاد ويكون تسديد هذا المصرف الذي يسمى في هذه الحالة (المصرف المعزز) قائم على اتفاق بينه وبين المصرف مصدر الإعتاد .

وقد اشارت المادة (٢٧٨) من قانون التجارة العراقي في فقرتها الأولى الى انه ((يجوز تثبيت الإعتاد البات من مصرف آخر يلتزم بدوره بصفة قطعية و مباشرة إزاء المستفيد)).

كما اشارت القواعد و الأعراف الموحدة للإعتادات المستندية (٦٠٠) الى هذا النوع من الإعتادات في المادة الثامنة منها،^(٣٦) وإن الإعتاد المعزز يوفر للمستفيد ضماناً إضافية تؤكد له على يقينية وفاء ثمن البضاعة مهما كانت الظروف التي ستواجه أطراف الإعتاد وخلال مدته.^(٣٧)

دور قانون الإرادة وعقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

ويجب ان تكون صيغة تأييد الإعتاد مثبتة بشكل صريح من قبل المصرف المعزز اذ لا يعتبر مجرد إخطار المستفيد من قبل المصرف الموجود في بلده تعزيزاً للإعتاد^(٣٨) , وان نشوء الإعتاد المعزز يكون نتيجة للاتفاق بين أطرافه والشروط التي يضعها المستفيد من الإعتاد و طلب الأمر بتوفير هذه الصيغة من الإعتاد والذي سيوفر بالنتيجة تعهدين صادرين من مصرفين مختلفين ليضيفا مزيداً من الاطمئنان الى البائع , كما ان المصرف المراسل لا يقوم بتقديم هذا التأييد أو قطع تعهده إزاء المستفيد مالم تتوفر لديه الثقة بالمصرف المصدر إضافة الى توافر ترتيبات مالية وفنية وتعاقدية بين المصرفين ليتم نتيجة لها اصدار هذا التعزيز لصالح المستفيد تنفيذاً للإعتاد الصادر من المصرف المصدر .

كذلك فإن تنفيذ التزام المصرف المعزز إزاء المستفيد في الإعتاد المعزز لا يتوقف على امكان رجوع المصرف المعزز على المصرف مصدر الإعتاد بل يمتد الى الزام المصرف المعزز أمام المستفيد وان تعذر رجوع المصرف المعزز على المصرف فاتح الإعتاد لاسباب مختلفة اقتصادية أو سياسية حيث يعتبر التزام المصرف المعزز إزاء المستفيد مباشراً ومستقلاً عن العلاقة بين المصرف فاتح الإعتاد و المصرف المصدر المعزز^(٣٩) , وفي هذا النوع من الإعتادات يصبح المصرف المعزز مديناً متضامناً مع المصرف المصدر إزاء المستفيد وبذلك يكون للأخير الحق بالرجوع على اي من المصرفين قبل الاخر , كما ان قيام احد المصرفين بالوفاء مبرراً للذمة بالنسبة للمصرف الاخر إزاء المستفيد و في هذه الحالة يكون للمصرف المعزز الحق بالرجوع على المصرف المصدر لو قام الأول بتسديد مبلغ الإعتاد في حين لا رجوع للمصرف المصدر على المصرف المعزز لأن حقه بالرجوع يتقرر على العميل الأمر^(٤٠).

وبذلك يلاحظ بان هذا النوع من الإعتادات من الأنواع المتميزة والمهمة والتي توفر للمستفيد ضمانات عالية وجيدة تساعد على تعزيز ادوات التجارة الدولية وتنشيطها ويعد من الأنواع الأكثر إستخداماً من بين أنواع الإعتاد المستندي في الوقت الحاضر .

إن عدم توسط المصرف المراسل بتعزيز الإعتاد المستندي و اعتباره غير معزز لا يعني عدم أهمية الإعتاد المستندي من الناحيتين القانونية والاقتصادية فهو من الأنواع المستعملة بشكل واسع في التعاملات التجارية الدولية في الوقت الحاضر ويلجأ اليه لأسباب اقتصادية غالباً كونه لا يرتب تكاليف إضافية نتيجة العمولات التي يضيفها المصرف المعزز لتأييد الإعتاد المعزز كما إن المصارف المراسلة لا تقدم استعدادها

دور قانون الإرادة وعقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

بتأييد الإعتمادات المستندية في جميع الظروف والاحوال حيث يتطلب التعزيز ترتيبات خاصة بين المصارف قد لا تتوفر دائماً. (٤١)

المطلب الثاني

طبيعة الإعتماد المستندي الدولي و آثاره القانونية

ناقشنا في المطلب السابق مفهوم عقد الإعتماد المستندي الدولي من خلال التعرض لتعريفه وأنواعه ففي هذا المبحث سنناقش طبيعة الإعتماد المستندي و آثاره القانونية في فرعين مستقلين نخصص الأول لبيان التكيف القانوني للإعتماد المستندي وصفته الدولية و الآخر في آثاره القانونية :

الفرع الأول

التكيف القانوني للإعتماد المستندي وصفته الدولية

يعد الإعتماد المستندي من أهم ادوات التجارة الدولية التي اوجدتها حاجات التعامل التجاري الدولي كما تبين لنا في خصائص الإعتماد المستندي التي أشرنا اليها سابقاً و من اجل تحليل الإعتماد المستندي والبحث في طبيعته يقتضي منا ان نبحث في الأساس القانوني له وبيان التكيف القانوني الذي يلائمه ومن ثم البحث في توفر الصفة الدولية ولهذا السبب سنقسم هذا الفرع الى مقصدين نخصص الأول لبيان التكيف القانوني للإعتماد المستندي والثاني لبحث الصفة الدولية للإعتماد المستندي و كما يأتي :

المقصد الأول

التكيف القانوني للإعتماد المستندي

لقد تعرض مفهوم الأساس القانوني للإعتماد المستندي الدولي بوصفه احد النظم القانونية التجارية الى الخلاف الفقهي بسبب حداثة نشوء هذا النوع من العقود التجارية و تطور صيغته القانونية عما هو معهود في العقود التجارية التقليدية كالبيع والايجار والرهن والكفالة وغيرها , لذلك عرضت بشأنه آراء و نظريات مختلفة و ذهب كل رأي منها في تكيف الأساس القانوني للإعتماد المستندي مذهباً مختلفاً وتشعبت هذه الإتجاهات في تفسير الإعتماد المستندي وارتبطت بعض محاولات تفسير الإعتماد المستندي بنظم القانون المدني التي تفترض وجود ثلاثة أطراف. (٤٢)

فقد ذهب البعض الى محاولة تفسير الإعتماد المستندي على أساس نظرية الإرادة المنفردة باعتباره عمل قانوني صادر من جانب واحد قادرة على احدث اثار قانونية , كما إن المصرف يتجه بإرادته المنفردة

دور قانون الإرادة وعقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

إزاء المستفيد باصدار خطاب الإعتاد المستندي ملتزماً بموجبه بشكل مباشر و مستقل بدفع مبلغ الإعتاد وفقاً للشروط المحددة فيه وان أساس إنترام المصرف هو إرادته المنفردة وهي سبب ومصدر نشوء حق المستفيد. (٤٣)

على الرغم من التشابه بين نظرية الإرادة المنفردة و مفهوم الإعتاد المستندي الا ان الخلافات بينهما كثيرة و لا يمكن قبول هذه النظرية لتفسير الإعتاد المستندي. (٤٤)

على خلاف نظرية الإرادة المنفردة ذهب جانب آخر الى محاولة تكييف الإعتاد المستندي على أساس نظرية الكفالة باعتبار المصرف المصدر كفيلاً ضامناً لإلتزامات المشتري أمام البائع وبالتالي ليس للمصرف الرجوع عن إلتزامه بحجة عدم استيفاء الإجماع من المشتري أو الإفلاس أو تخلفه عن القيام بأي من واجباته المقررة و يلتزم بتسديد مبلغ الخطاب الى المستفيد بمجرد تقديم المستندات وحيث ان الكفالة يمكن ان تكون مشروطة بتسليم المستندات التي تخول المصرف بالرجوع على المشتري لاستيفاء حقه منه , و لا يتقرر له حق الرجوع على المستفيد بعد تسديد مبلغ الخطاب لسبب عدم تسديد المشتري لأي سبب كان وانما يكون له حق الرجوع على العميل الأمر فقط كما ان الاخير اذا تنازل عن حقه لشخص آخر فانه يصبح غريباً عن المصرف وليس للمصرف الرجوع عليه بل يرجع على المشتري من الباطن. (٤٥)

ان محاولة انصار هذه النظرية في تفسير أساس الإعتاد المستندي في نظرية الكفالة لم تلقى قبولاً و واجهت إنتقادات شديدة بسبب الاختلافات الجوهرية بين عقدي الكفالة و الإعتاد المستندي. (٤٦)

كما اتضح سابقاً فأن المحاولات التي جرت في تفسير الطبيعة القانونية للإعتمادات المستندية من خلال اعطائها الوصف القانوني لاحد النظم القانونية المعروفة في القانون المدني كالإرادة المنفردة أو الكفالة أو غيرها من النظم القانونية لم تلقى قبولاً كونها لا تتفق مع الطبيعة القانونية للإعتمادات المستندية و تتعارض مع الأحكام التي اقرتها الأعراف الدولية و التشريعات المقررة بخصوص الإعتمادات المستندية وان تشابهت معها في بعض الجوانب وقد وجد انصار كل نظرية أنفسهم مضطرين لتعديل تلك الاحكام أو تأويلها من اجل ايجاد مخرجاً لمطابقة تلك النظم مع الإعتاد المستندي. (٤٧)

وان السبب في هذا التباين بين تلك النظريات مع احكام الإعتمادات المستندية يعود الى استقلالية الطبيعة القانونية الخاصة بالإعتمادات المستندية وخصوصيتها من حيث نشوءها و تطور احكامها التي اوجدتها حاجة و متطلبات التجارة الدولية و الأعراف التجارية ودور المصارف في نشرها و التعامل بها بشكل

دور قانون الإرادة وعقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية
العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مستقل باعتبارها نظاماً قانونياً متميزاً عن النظم القانونية الأخرى لتكون نظاماً قانونياً قائماً بذاته تحت مسمى عقد الإعتاد المستندي كونها من العقود المصرفية المسماة التي تكفل القانون ببيان شروطها واحكامها وقد أصبحت من المصطلحات المالية المعقدة التي تحكمها مجموعة متطورة من احكام غرفة التجارة الدولية وتخضع لقوانين بلدان كثيرة .^(٤٨)

وقد ذهب التشريعات المختلفة الى تسمية الإعتاد المستندي بالعقد كالقانون العراقي والمصري وغيرها حيث ان المشرع العراقي قد ادرج الإعتاد المستندي ضمن العقود المصرفية ونظم احكامه الخاصة بشكل مستقل .^(٤٩)

كما ذهب عدد من الفقهاء الى اعتبار الإعتاد المستندي عقد مصرفي مسمى وان هذا الإتجاه يجد له قبولاً واسعاً لدى الفقه .

المقصد الثاني

الصفة الدولية للإعتاد المستندي

ان تحديد الطبيعة القانونية للإعتاد المستندي واعتباره من العقود المصرفية المسماة لم تتضمن الاشارة الى صفته الدولية والتي تميزه عن غيره من العقود المصرفية المسماة الأخرى كالحساب الجاري و عقد الوديعة المصرفية وغيرها من العقود المصرفية الداخلية ، ذلك لان البحث في الطبيعة القانونية للإعتاد المستندي يستهدف بيان التكيف القانوني للإعتاد المستندي وتحديد النظام القانوني الذي يخضع له من بين نظم القانون المختلفة في حين ان تحديد الصفة الدولية للإعتاد المستندي تؤدي الى خضوعه لأحكام القانون الدولي الخاص .^(٥٠)

ومن اجل إعتبار الإعتاد المستندي عقداً دولياً من عدمه فإنه يتوجب علينا البحث في تعيين معيار الدولية و من ثم تحديد فيما اذا كان الإعتاد المستندي مستوفياً لمعيار الصفة الدولية من عدمه وهذا ما سنبحثه في الفقرات التالية :

أولاً : معيار الدولية :

لم يتفق الفقه بشأن وضع معيار معين لتحديد الصفة الدولية للعقد الدولي وبالتالي وجد أكثر من رأي وإتجاه بخصوص مفهوم العقد الدولي ادت الى انقسام الفقه بشأنها الى إتجاهات متعددة فذهب إتجاه الى وضع معيار عرف بالمعيار القانوني في حين ذهب إتجاه آخر الى تقديم معيار اقتصادي كما قرر إتجاه حديث الى إعتاد معيار

دور قانون الإرادة وعقد الإعتد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

جامع للمفهومين القانوني والاقتصادي،^(٥١) وسنقوم بتبيان الاسس التي تبناها كل إتجاه في صياغة المعيار الخاص بمفهوم العقد الدولي تباعاً :

١- المعيار القانوني :

اعتمد المذهب التقليدي في تحديد دولية العقد معياراً عرف بالمعيار القانوني وقد اعتبر العقد الدولي بموجبه العقد الذي يشتمل على عنصر أجنبي سواء كان العنصر شخصياً أو عنصر محل العقد أو الواقع المنشئة ، ووفقاً لهذا المعيار فإن إتصاف اي عنصر من عناصر العلاقة التعاقدية بالصفة الأجنبية يرتب الصفة الدولية على العقد فإذا ماكانت صفة عنصر من العناصر الشخصية للعلاقة التعاقدية كجنسية أحد الأطراف أجنبية فتكون صفة العقد دولية كما ان محل العقد اذا ما كان أجنبياً كبضائع العقد أجنبية أو مصنعة في بلد أجنبي وهكذا اذا كانت الواقعة المنشئة للعقد أجنبية فان العقد يعتبر دولياً ايضاً وفقاً لهذا المعيار .

وعلى الرغم من ان هذا المعيار لا يجد صعوبة في تحديد الصفة الدولية للعقد ويكتفي يبحث الصفة الأجنبية لأحد عناصره الا انه تعرض لإنتقادات فقهية حيث قيل بأنه يؤدي الى اضافة الصفة الدولية على عدد كبير من العقود في عصر تزايدت فيه العلاقات التجارية بين الدول وتطورت وسائل الإتصال بحيث اصبح الكثير من العقود يبرم يومياً بين أطراف ينتمون الى دول مختلفة من خلال أجهزة الإتصال الحديثة .^(٥٢)

كما وجه الفقيه الفرنسي (Q.Alfonsin) إنتقاده بخصوص هذا المعيار بأنه ((ليس حتما ان نكون بصدد عقد دولي لمجرد توافر عنصر أجنبي فيه لان هذا العنصر الأجنبي قد يكون سلبياً وغير مؤثر في تحديد طبيعة العقد بحيث يضل عقداً داخلياً رغم ذلك وقد يتوفر العنصر الايجابي المؤثر للتكييف حتى ولو لم يكن عنصراً مادياً فيكتسب العقد الصفة الدولية)) .^(٥٣)

لذلك ومن اجل تحرير هذا المعيار من الإنتقادات التي تعرض لها كوصفه بالجمود وعدم الكفاية وانه لا يحقق الامان القانوني أو العدالة حين يكون امراً عارضاً لا صلة له بالتجارة الدولية فقد اشترط البعض في عنصر العلاقة القانونية الأجنبي ان يكون مؤثراً وفاعلاً في العقد التجاري ليتسم العقد بالدولية ولا يكفي مجرد إتصال الصفة الأجنبية باحد عناصر العلاقة غير المهمة أو المحايدة حيث ذهب الفقه وبعض الاتفاقيات الدولية بان الجنسية لا تعد عنصراً فاعلاً في العلاقة القانونية للعقود المالية والتجارية وبالتالي مجرد اختلاف جنسية أطراف العلاقة أو بعضهم عن قانون القاضي أو بلد الإبرام لا يكون سبباً كافياً لاكتساب الصفة الدولية للعقد التجاري

(٥٤)

دور قانون الإرادة وعقد الإعتد المستدي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلل للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

٢- المعيار الاقتصادي :

نتيجة للإنتقادات التي تعرض لها المعيار القانوني لدولية العقد بالصيغة التي تبناها الإتجاه القديم للفقهاء ومدى الجمود الذي اتسم به هذا المعيار والعمومية فقد رفض القضاء الفرنسي هذا التصور لدولية العقد وإعتد المعيار القانوني بصيغته الواسعة فقد حدد القضاء الفرنسي في مطلع القرن العشرين معياراً جديداً للعقد الدولي عرف بالمعيار الاقتصادي وعرف العقد الدولي بأنه العقد الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية. (٥٥)

ويفهم من هذا المدلول ان العقد يعد دولياً عندما يكون منشأ البضاعة المستوردة أجنبياً بالنسبة للمصدر و تنتقل عبر الحدود بغض النظر عن جنسية أطرافه أو موطنهما ويكون مبدأ نقل القيم الاقتصادية عبر الحدود وارتباطه بالمعاملات التجارية الدولية سبباً لأكتساب الصفة الدولية وبالتالي لا يقيم هذا المعيار وزناً لأي اعتبار قانوني كالجنسية أو مكان الإبرام أو مكان التنفيذ وان عناصر العلاقة العقدية لا تؤدي وان اتصفت بالصفة الأجنبية الى اكتساب العقد الصفة الدولية أما اذا كان أطراف العقد من الوطنيين وكان محل الإبرام والتنفيذ في بلد واحد ولكن العقد يتضمن نقلاً لبضائع عبر الحدود فان العقد يعتبر دولياً وفقاً للمعيار الاقتصادي. (٥٦)

على الرغم من محاولة هذا المعيار من التصدي لما حمله المعيار القانوني التقليدي من ملاحظات و إنتقادات الا انه أيضاً واجه إنتقادات فقهية حيث عابه بعض الشراح بالغموض وعدم الدقة أو التحديد واعتبروه اقرب ما يكون مؤشراً للدولية منه معياراً لتعريفها وانه يتسبب بفقد الصفة الدولية للكثير من العقود الدولية بسبب عدم إتصالها بمصالح التجارة الدولية على النحو الذي يقرره انصار هذا المعيار. (٥٧)

كما ان عدم الأتفاق على مفهوم موحد للتجارة الدولية قد أثر على قبول هذا المعيار كذلك تكمن صعوبة هذا المعيار في تحديد الحد الفاصل بين الإقتصاد الوطني والإقتصاد الدولي في عالم تشابكت فيه المصالح الإقتصادية و تعقدت و باتت مسألة الحدود بين المفاهيم في غاية الصعوبة. (٥٨)

٣- المعيار الجامع (المزدوج) :

بسبب الملاحظات التي تعرض لها المعياران السابقان فقد ظهر المعيار الجامع والذي يقوم على الجمع بين المعيارين السابقين ويقرر جانب من الفقه الى إن تظافر المعيارين القانوني والاقتصادي قد يحقق الطريقة الأفضل لتحديد الصفة الدولية للعقود ويعتبر العقد الدولي وفقاً لهذا المعيار بأنه العقد الذي يرتبط بأنظمة قانونية لدول مختلفة ويهدف الى الربح أو نقل الخدمات عبر الحدود أو تحقيق مصالح التجارة الدولية. (٥٩)

دور قانون الإرادة وعقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

وبذلك لا يعد المعيار الجامع بمجرد وجود العنصر الأجنبي في العلاقة التعاقدية لتقرير دوليتها بل تطلب إضافة الى ذلك ان يكون العنصر الأجنبي مؤثراً في العلاقة التعاقدية على نحو يكون فيه متصلاً بمصالح التجارة الدولية ويعتبر كذلك في عقود التجارة الدولية اذا ادى الى إنتقال الأموال أو البضائع عبر الحدود^(٦٠)، وبالتالي فان هذا المعيار قد ضيق كثيراً من دولية العقود التجارية فهو لا يكتفي بمجرد توفر العنصر الأجنبي للعلاقة التعاقدية وانما يتطلب ان يتصل بمصالح التجارة الدولية ويعتبر هذا الإتصال تعبيراً على فعالية العنصر الأجنبي المرتبط بالعلاقة التعاقدية وسبب تأثيره في العلاقة التعاقدية والتي تتسم من خلاله بالصفة الدولية.^(٦١)

على الرغم من ان هذا المعيار قد وجد له تطبيقاً في القضاء الا ان الفقه قد وجد في هذا المعيار انه لا يقدم نتائج تختلف عن النتائج التي يقدمها المعيار القانوني في صيغته الحديثة والتي نادى انصارها بان يكون عنصر الرابطة التعاقدية الأجنبي مؤثراً فيها كشرط لتوفر الصفة الدولية بالعقد حيث يؤدي استخدام المعيار الاقتصادي مع المعيار القانوني تحقيق الصفة المؤثرة و الفاعلة للعنصر الأجنبي الذي حددده المعيار القانوني.^(٦٢)

٤- الإتجاه الراجح :

يميل جانب من الفقه الحديث الى الإعتاد على المعيار القانوني الحديث في تعريف دولية العقد التجاري والذي يشترط ان يكون العنصر الأجنبي مؤثراً وفاعلاً في العلاقة التعاقدية لا ان يكون محايداً وعلى النحو الذي استعرضناه سابقاً اذ يكفي لاعتبار عقد ما دولياً ان تتصل الصفة الأجنبية باحد عناصره المؤثرة حيث يرى هذا الإتجاه ان المعيار الاقتصادي لا ينهض معياراً مقبولاً فيما لو تم اعماله بشكل منفرد ذلك لانه يؤدي الى التضييق على العقود الدولية التي يتسم أحد عناصرها عناصرها المؤثرة بالصفة الأجنبية وانكار دوليتها طالما لم تتصل بمصالح التجارة الدولية على النحو الذي اورده انصار المعيار الاقتصادي وبالنتيجة قرروا عدم كفاية المعيار الاقتصادي في تحديد دولية العقود ومن ثم اذا ما تم إعمال المعيار الجامع فان دور المعيار الاقتصادي مع المعيار القانوني سيكون مجرد اكساب العنصر الأجنبي للعلاقة التعاقدية الصفة المؤثرة أو فاعليتها.^(٦٣)

ومن هنا يرى هذا الإتجاه ان المعيار القانوني المضيق هو المعيار الذي يتعين الاعتماد به واتخاذهُ للتمييز بين العقود الدولية والداخلية على أساس إحتوائها لأحد العناصر الأجنبية الفاعلة كما ويشدد على إن هذا المعيار قادر وبسبب الطبيعة المرنة والنسبية التي يتصف بها على مواجهة الأنواع المختلفة للعقود سواء العقود المالية وغيرها كما انه و بسبب المرونة التي يتسم بها هذا المعيار فهو يوفر للقاضي حرية تقديرية

دور قانون الإرادة وعقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

واسعة لتقرير دولية العقد في كل حالة على حدة والتي تكون خاضعة لرقابة محكمة النقض أو التمييز كذلك يتسم هذا الإتجاه بالتأييد في الفقه والقضاء ويتضمن حلولاً للملاحظات السلبية التي اتسمت بها الإتجاهات الأخرى. (٦٤)

وبهذا الإتجاه سنعمل بإعتاد المعيار القانوني الجديد في تقرير دولية العقود في العلاقات المالية والتجارية ومن خلاله سنحاول ان نبحت في دولية عقد الإعتاد المستندي في المقصد التالي .

ثانياً : دولية الإعتاد المستندي :

بعد ان بحثنا في الإتجاهات المختلفة لتعريف العقد الدولي و المعيار المستخدم لتقرير العقد الدولي وما وجدناه في الإتجاه الراجح من إعتاد المعيار القانوني الذي يستلزم توفر الصفة الأجنبية في احد عناصر العلاقة التعاقدية الفاعلة .

وبالرجوع الى الإعتاد المستندي فاننا ومن خلال البحث في الإتجاهات التشريعية والفقهية تبين لنا انه يعد من العقود الدولية وقد استقر الفقه على اعتباره عقداً دولياً , كما ان التشريعات المختلفة قد اعترفت بذلك كذلك ومن جهة اخرى فان الإعتاد المستندي قد نظم باتفاقية دولية عرفت بقواعد العادات والأعراف الموحدة للإعتادات المستندية كمحاولة لتوحيد احكامه وحل مسائل التنازع التي تثار عند التعامل به . (٦٥)

وبدراسة تحليلية للإعتاد المستندي نجده يعتبر دولياً وفقاً لمعايير العقد الدولي جميعاً فهو يعتبر دولياً وفقاً للمعيار القانوني التقليدي وذلك لانه يتسم بتوافر الصفة الأجنبية لعناصر متعددة في روابطه حيث يكون احد أطرافه أجنبياً بالنسبة للآخرين وهذا هو الغالب عندما يكون المستفيد أجنبياً بالنسبة لفاتح الإعتاد والمصرف وهذه السمة تميز الإعتاد المستندي الدولي عن الإعتاد المحلي . (٦٦)

كذلك فهو من العقود التي يكون فيها مكان الإبرام مختلف عن مكان التنفيذ و يتطلب ان يقوم المصرف فاتح الإعتاد باتخاذ مصرفاً محلياً بالنسبة للمستفيد لتبليغ الإعتاد أو تنفيذه وهذا يعتبر أجنبياً.

كذلك فان الإعتاد المستندي الدولي يعد من العقود الأكثر أهمية في ميدان التجارة الدولية و التي تقوم بدور مهم في عمليات الائتمان و الوفاء الدوليين الذي لا يمكن للتجارة الدولية ان تتخلى عنهما ولذلك فان الإعتاد المستندي يعتبر احد أهم ادوات التجارة الدولية كونه يتضمن إنتقالاً للنقود عبر الدول المختلفة ومن خلال المصارف يعد وسيلة نموذجية لتسوية عمليات التجارة الدولية . (٦٧)

دور قانون الإرادة في عقد الإعتدالمستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

فهو بذلك يعد من العقود المتصلة بمصالح التجارة الدولية و الذي اصبح في الوقت الحاضر من بين أكثر العقود التجارية الدولية إستعمالاً و أوسعها انتشاراً وطبقاً لهذه الخاصية فانه يعتبر من العقود الدولية وفقاً للمعيار الاقتصادي أيضاً , وبناءً عليه يعد العقد دولياً وفق المعيار الجامع أيضاً.

الا ان ما يهمننا في هذه المسألة ان نبين تطابق صفة الإعتدالمستندي الدولية وفقاً للمعيار الراجح في الفقه ولا بد من التذكير بأن عقد الإعتدالمستندي من العقود التي اوجدتها الأعراف التجارية الدولية تلبية لمتطلبات التجارة الدولية باعتباره وسيلة نموذجية و جيدة في تسوية العمليات التجارية الدولية كونه من أهم وسائل الائتمان والوفاء فيها كما ان عناصر عقد الإعتدالمستندي تتسم بعنصر أجنبي وكما لاحظنا في الفقرة أولاً من هذا المقصد .

من خلال البحث في هذه العناصر وجدنا ان هذه العناصر الأجنبية فاعلة و مؤثرة في عقد الإعتدالمستندي حيث لا يكون للإعتدالمستندي الأهمية و الدور الذي خص به لولا دوره في نقل الأموال من دولة الى أخرى تسديداً لعمليات تجارية دولية .

كما ان اختلاف موقع أطرافه ومراكزهم التجارية بين الدول وتوطن كلاً منهم في بلد مختلف عن الآخر يعد من العناصر الفاعلة أيضاً في هذا النوع من العقود ولتوافر جميع هذه الخصائص فيه فيعتبر عقداً دولياً وفقاً للمعيار القانوني (المضيق) .

ويترتب على ثبوت الصفة الدولية لعقد الإعتدالمستندي ان نكون إزاء حالة تنازع القوانين مما يؤدي الى وجوب البحث عن القانون المختص على أحكام الإعتدالمستندي وفقاً لمناهج التنازع المقررة و قواعد الإسناد و الأحكام القانونية المرعية .^(٦٨)

الفرع الثاني

الآثار القانونية للإعتدالمستندي الدولي

يرتب عقد الإعتدالمستندي الدولي آثاراً قانونية بين أطرافه وحيث ان أطراف الإعتدالمستندي هم كلاً من الآمــــر (المستورد) و المصرف مصدر الإعتدالمستندي (البائع) فإن هذه العلاقة الثلاثية تتضمن إلتزامات متبادلة بين أطرافها و تبعاً لذلك فإن الإلتزامات التي ينشئها الإعتدالمستندي الدولي تكون بذمة كلاً من المصرف فاتح الإعتدالمستندي و الزبون الأمر و المستفيد .^(٦٩)

دور قانون الإرادة وعقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

كما ان الإعتمادات المستندية الدولية تنشئ علاقة اضافية بسبب تدخل المصارف الوسيطة والتي تعرف بالمصرف المراسل والتي يرتب تدخله في الإعتماد المستندي الدولي ان تتقرر بذمته إلتزامات متعددة (٧٠). ويمكن توضيح هذه الإلتزامات بالمقاصد الآتية :

المقصد الأول

إلتزامات المصرف المصدر

يرتب عقد الإعتماد المستندي الدولي بذمة المصرف المصدر (فاتح الإعتماد) مجموعة من الإلتزامات يمكن تقسيمها حسب علاقة المصرف بأطراف الإعتماد المستندي والتي تكون إلتزامات إزاء العميل الأمر وإلتزامات إزاء المستفيد والتي سنوضح كلاً منها في الفقرات الآتية :

أولاً : إلتزامات المصرف إزاء الأمر :

يقرر عقد الإعتماد المستندي الدولي على عاتق المصرف المصدر إزاء عميله الأمر عدد من الإلتزامات والتي تشكل بمجموعها حقوقاً للعميل باعتبار الحق الشخصي والإلتزام وجهان لعملة واحدة اذا ما نظر اليهما من وجهتين مختلفتين باختلاف أطراف الرابطة العقدية^(٧١)، واهم هذه الإلتزامات قيام المصرف بإصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد بناءً على طلب الأمر من خلال القيام بمجموعة من الاجراءات الفنية والقانونية ينتج عنها صدور خطاب الإعتماد المستندي متضمناً شروط الإعتماد المتفق عليها ويقوم بتوجيهه الى المصرف المراسل ليتم تنفيذه من قبل الاخير على الوجه المقرر من خلال احد وسائل الإتصال المعتمدة ويجب ان يكون خالياً من الاخطاء التي تجعله غير مقبول (٧٢).

ويذهب الفقه الى ان إلتزام المصرف المصدر بإصدار خطاب الإعتماد للمستفيد ليس نتيجة لحق المستفيد تجاهه وانما تنفيذاً لإلتزامه إزاء العميل الأمر دون المستفيد و بالتالي ليس للأخير مطالبة المصرف عند عدم قيامه بإصدار الإعتماد في موعده المحدد بل يكون له حق مطالبة العميل (الأمر)،^(٧٣) كذلك على المصرف فاتح الإعتماد المستندي الدولي القيام بفحص المستندات وتدقيقها للتأكد من صحتها ومطابقتها لتعليمات المشتري الذي أمر بفتح الإعتماد المستندي و خلال مدة سريان الإعتماد المستندي ويخضع إلتزام المصرف في تدقيق المستندات وفحصها الى المعايير الدولية التي تشترط ان يتم التعامل بين المصارف بالوثائق وليس بالبضائع اي ان المصرف غير مسؤول عن مطابقة البضاعة للمواصفات التي يشير اليها عقد البيع أو عقد الإعتماد المستندي وان مهمته بالفحص تتقرر بشأن مطابقة الوثائق لشروط الإعتماد المتفق عليها،^(٧٤) وعلى المصرف ان يتقيد عند قيامه بالفحص بالتنفيذ الحرفي لما ورد في عقد الإعتماد المستندي و يكون مسؤولاً في حالة انعدام التطابق

دور قانون الإرادة وعقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

بين المستندات و الشروط المقررة في عقد الإعتاد المستندي فإن تضمنت الوثائق لبيانات مخالفة أو متناقضة للشروط المدرجة في عقد الإعتاد المستندي وجب عليه رفض تلك الوثائق , كما تقرر المعايير الدولية إلتزاماً على المصارف ان تقوم بالفحص خلال مدة معقولة وان لا تزيد مدة الفحص على سبعة ايام وان يتوخى المصرف الدقة عند قيامه بالفحص وان هذا الإلتزام لا يمتد الى تحميله المسؤولية في حالة التزوير المتقن .^(٧٥)

إضافة الى ذلك يجب على المصرف المصدر ان يقوم بتسليم المستندات الى عميله الأمر وبذلك يكون المصرف قد نقل الى العميل الحق في استلام البضاعة و عباً مسؤولية تلف المستندات من خلال تسليم الوثائق و اكمال إلتزاماته إزاء العميل , وفي حال عدم قيام الأمر باستلام الوثائق دون مبرر فللمصرف الحق بحبس البضاعة لحين استحصال حقوقه .^(٧٦)

ثانياً : إلتزامات المصرف إزاء المستفيد :

بموجب عقد الإعتاد المستندي فان المصرف يكون ملتزماً إزاء المستفيد بدفع مبلغ خطاب الضمان الذي اصدره بناءً على طلب العميل ويمكن القول ان هذا الإلتزام من أهم إلتزامات التي يقرها عقد الإعتاد المستندي والذي اصبح حلاً لمشكلة الثقة بين المستورد والمصدر في عالم التجارة الدولية وبسبب هذا الإلتزام إتسع نطاق استخدام الإعتاد المستندي حيث يرتب إلتزام المصرف بدفع مبلغ الإعتاد الضمانة الحقيقية للمستفيد عندما يقوم بإرسال بضاعته الى المشتري , ويتقرر هذا الإلتزام بذمة المصرف المصدر بمجرد قيام المستفيد بتقديم المستندات المطابقة لشروط الإعتاد الى المصرف المصدر,^(٧٧) ويرى البعض في ان إلتزام المصرف إزاء المستفيد لا يتحقق الا في الإعتاد المستندي القطعي حيث انه في الإعتاد المستندي القابل للإلغاء فان المصرف لا يقوم سوى بتنفيذ تعليمات العميل الامر وبالتالي عليه رفض تسديد مبلغ خطاب الإعتاد اذا صدرت تعليمات الأمر بذلك وان قدمت المستندات من المستفيد مطابقة للشروط خلال مدة سريان الإعتاد .^(٧٨)

المقصد الثاني

إلتزامات الأمر

يرتب عقد الإعتاد المستندي إلتزامات على عاتق الأمر والذي يرتبط بالمصرف بموجب علاقة مصرفية مردها عقد الإعتاد كما يرتبط بالمستفيد بعلاقة سابقة على عقد الإعتاد المستندي والتي فتح الإعتاد من اجلها وهي عقد الشراء ذلك لانه لجأ الى المصرف لتسديد مبلغ البيع بصيغة الإعتاد المستندي , ومن هنا فإن إلتزامات الأمر في عقد الإعتاد المستندي تتقرر إزاء المصرف الذي اصدر الإعتاد المستندي وايضاً إزاء المستفيد .^(٧٩)

دور قانون الإرادة وعقد الإعتامد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

لذلك سنناقش أهم التزامات الأمر ضمن عقد الإعتامد المستندي والتي ستكون إلتزامات إزاء المصرف واخرى إزاء المستفيد في الفقرتين الآتيتين :

أولاً : إلتزامات الأمر — إزاء المصرف :

تحدد العلاقة بين المصرف و الأمر بموجب عقد الإعتامد المستندي ومن خلاله تنشأ إلتزامات الأمر و التي تتضمن إلتزامه بتسلم المستندات ومن ثم تسديد مبلغ الإعتامد ومصاريفه اذ على العميل الامر ان يقوم برد مبلغ الإعتامد الذ قام المصرف بدفعه الى المستفيد وفقاً للشروط التي نص عليها عقد الإعتامد المستندي المبرم بينهما مقداراً وموعداً و بالعملة التي فتح بها الإعتامد أو العملة التي سدد بها المصرف وفقاً للإتفاق^(٨٠)، وان خلا عقد الإعتامد من بيان الموعد وجب تسديد المبلغ عند استلام الأمر للمستندات بعد فحصها والتأكد من مطابقتها للمواصفات^(٨١).

كما ان على المستفيد ان يقوم بتسديد قيمة المصاريف التي انفقها المصرف المصدر اثناء اجراءات تنفيذ الإعتامد المستندي كالرسوم ومصاريف المراسلات والبرقيات والإتصالات وغيرها مما يتطلبه تنفيذ الإعتامد والتي ابداهها المصرف لتسهيل تنفيذ الإعتامد^(٨٢).

كما على الأمر ان يقوم بتسديد العمولات التي تتقرر للمصرف نظير خدماته الناشئة عن فتح الإعتامد المستندي وتبليغه والقيام باجراءات التي يتطلبها , وعادة ما يقوم المصرف باصدار جدول اسعىار العمولات عن الخدمات التي يقدمها وتعدد العمولات في هذا الصدد لأكثر من نوع كعمولة اصدار الإعتامد وعمولة تأييد الإعتامد وعمولة تعديل الإعتامد و عمولة تحويل الإعتامد و هكذا , على الأمر ان يقوم بدفع هذه العمولات مقدماً عندما طلب الخدمة من المصرف , وليس له طلب استرجاعها و لو بسبب عدم استعمال الإعتامد^(٨٣).

كما ان على الأمر ان يقوم بأستلام الإعتامد المستندي من المصرف المصدر عندما يكون مطابقاً لشروط الإعتامد المستندي على النحو الذي سبق وان تم بيانه انفاً .

ثانياً : إلتزامات الأمر — إزاء المستفيد :

ان إلتزامات المشتري إزاء البائع في عقد البيع يحكمها عقد البيع نفسه وفقاً للقانون الذي يحكمه ومن أهم هذه الإلتزامات تسديد الثمن و لأسباب الخوف و الخشية من عدم تنفيذ إلتزامات الأطراف المتقابلة يلجأ الطرف الى ان يكون التسديد بموجب الإعتامد المستندي و هنا يكون إلتزام المشتري إزاء البائع بفتح الإعتامد

دور قانون الإرادة وعقد الإعتدالمستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

المستندي لمصلحة الاخير ليكون المستفيد من هذا الإعتدالم. ويعد إلتزام المشتري بفتح الإعتدالم المستندي الإلتزام الوحيد إزاء المستفيد في نطاق الإعتدالم المستندي و يكون احد إلتزامات عقد البيع كما أسلفنا. (٨٤)

ان إلتزام الامر بفتح الإعتدالم المستندي يتضمن قيامه بمراجعة أحد المصارف المعتمدة و القدرة على تغطية الإعتدالم المستندي لصالح المستفيد من خلال توفر المصارف المراسلة القادرة على الإلتصال بالمستفيد و تبليغه بالإعتدالم وتاكيدده ان تطلب الامر ذلك وفقاً لشروط الإعتدالم وجدير بالذكر ان إلتزام المشتري بفتح الإعتدالم يجب ان يتم أولاً خلال المدة المحددة وبعد ذلك يقوم المستفيد بتنفيذ إلتزاماته المتقابلة كتلسم المستندات وغيرها و عند عدم قيام الامر بفتح الإعتدالم المستندي يترتب للمستفيد الحق بفسخ العقد و المطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى وفقاً للقواعد العامة. (٨٥)

المقصد الثالث

إلتزامات المستفيد

ان علاقة المستفيد بالإعتدالم المستندي اثار ت جدلاً واسعاً لدى الفقه حيث اتجه فريق الى عدم اعتبار المستفيد طرفاً في عقد الإعتدالم المستندي الأمر الذي حدا بالفريق الآخر الى الإعتراض عما أورده الفريق الأول وكانت أهم نقاط الإعتراض ان عقد الإعتدالم المستندي يترتب إلتزامات بذمة المستفيد مما يؤكد علاقته بهذا العقد، (٨٦) اذ تكون إلتزامات المستفيد في عقد الإعتدالم المستندي إزاء المصرف والأمر واللتان سنناقشهما تباعاً في الفقرتين الآتيتين :

أولاً: إلتزامات المستفيد إزاء المصرف :

أن علاقة المصرف بالمستفيد يحكمها عقد الإعتدالم المستندي ويحدد من خلالها إلتزام المستفيد ويتمثل إلتزام المستفيد بتقديم المستندات الى المصرف خلال مدة سريان الإعتدالم المستندي وان إلتزام المصرف في تقديم المستندات يخضع الى أحكام الأعراف المتبعة في الإعتدالمات المستندية والتي سبق ان اشرنا اليها في مقصد سابق ولذلك سنحيل تفصيل ذلك الى ما عرضناه بصدده سابقاً .

ثانياً : إلتزامات المستفيد إزاء الأمر :

ان إلتزامات المستفيد إزاء الأمر يحكمها عقد البيع والتي تتمثل بتجهيز المبيع و تسليمه و تتحدد هذه الإلتزامات بحسب نوع البيع الدولي أو العلاقة المتفق عليها بينهما , اما بخصوص إلتزامات المستفيد إزاء الامر في عقد الإعتدالم المستندي فهي تتمثل بتسليم المستندات الى المصرف كما بينها سابقاً ذلك ان إلتزامات

دور قانون الإرادة وعقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

المستفيد في عقد الإعتاد المستندي تكون للمصرف لحساب الأمر لان الأمر انما قام بفتح الإعتاد المستندي بغية الحصول على البضاعة والتي تمثلها المستندات وتوفر له الحق باستلامها. (٨٧)

المبحث الثاني

تطبيق قانون الإرادة على عقد الإعتاد المستندي

وجه الفقه سهام النقد وتشخيص الملاحظات السلبية بخصوص قاعدة الإسناد المزدوجة التي قد تشير الى تطبيق قانون وطني أو أجنبي بخصوص العلاقة القانونية محل النزاع ومن أهم تلك الملاحظات هو وصف الجمود الذي يؤدي الى عدم تحقيق عدالة الحلول وثانيهما ما تؤديه حيادية هذه القواعد من التسبب بعدم تحقيق الامان القانوني لعدم مقدرة الأطراف على معرفة النظام القانوني الذي يحكم عقدهم بشكل مسبق ولتلافي ذلك وايجاد قواعد موضوعية مناسبة لحكم العلاقة القانونية فقد تم اللجوء الى وسائل تهدف الى استبعاد تلك النتائج وتحقيق عنصر الأمان القانوني وتوفير عدالة الحلول وتمكين الأطراف من معرفة النظام القانوني الذي سيطبق على علاقاتهم التعاقدية مسبقاً ومن أهم تلك الوسائل هو حرية إختيار القانون المطبق بما يعرف بقانون الإرادة. (٨٨)

ومن اجل توضيح قانون الإرادة باعتباره ضابطاً من ضوابط الإسناد وبيان ملائمة هذا الضابط في ليحكم عقود الإعتمادات المستندية الدولية فان ذلك يستلزم القيام ببيان مفهوم قانون الإرادة وتوضيحه ومن ثم تقييم ملائمته لعقد الإعتاد المستندي وهذا ماسيتم بحثه في المطلبين الآتيين :

المطلب الأول

ماهية قانون الإرادة

للقوف على ماهية قانون الإرادة نرى ضرورة البحث في تاريخ نشوءه و إستعراض التطور التاريخي له ومن ثم بيان مفهومه كضابط إسناد وبعد ذلك تحديد نطاقه و وسائل إختياره من خلال الفروع الثلاثة الآتية :

الفرع الأول

التطور التاريخي لمفهوم قانون الإرادة

لايعتبر قانون الإرادة وكما يتصور البعض من المبادئ الحديثة، (٨٩) إذ يرى البعض إن مبدأ قانون الإرادة وحرية المتعاقدين في إختيار القانون الواجب التطبيق يعود الى مدرسة الأحوال الإبطالية إذ اعتمدت

دور قانون الإرادة في عقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

تطبيق قانون بلد الإبرام على العلاقات التعاقدية على أساس من تطبيق مبدأ اقليمية القوانين والذي كان سائداً آنذاك فانها واجهت تفسيراً آخر في القرن السادس عشر والذي يعتبر التاريخ الأول لأستخدام مفهوم قانون الإرادة في نطاق تنازع القوانين حيث ذهب الفقيه الايطالي Curtius الى اعتبار أساس خضوع العقد الى قانون بلد الإبرام يعود الى الإرادة الضمنية للمتعاقدين التي اتجهت الى ذلك عندما قرر أطراف العلاقة التعاقدية إبرام عقد ما في بلد معين فانهم قد قرروا وقبلوا ضمناً الخضوع لأحكام هذا العقد , وقد استقر هذا المفهوم واستمر لغاية القرن السادس عشر على يد الفقيه ديمولان الذي اعترف للإرادة بالقدرة على تجاوز الحدود الإقليمية و نطاق السيادة الإقليمية لبلد ما الى بلد آخر حيث اعتبر إن ارتباط العقد بقاعدة بلد الإبرام تجعل من تطبيقه قاصراً على الحدود الإقليمية للبلد الذي ابرم فيه وفاقداً لأثره في البلاد الأخرى و بالتالي ليس لشيء أن يجعل من تنفيذه في بلد غير بلد الإبرام ممكناً سوى إرادة الأطراف المتعاقدة, و اعتبر إن لهذه الإرادة إن تختار القانون الذي يحكم العقد سواء كانت صريحة أو ضمنية وعند خلو العقد من هاتين الإرادتين فيجب الاعتداد بالإرادة المشابهة والتي سميت بالإرادة المفترضة.^(٩٠)

وقد كتب لهذه القاعدة الرواج في القرنين التاسع عشر والعشرين نتيجة لظهور الدعوات التي نادى بمبدأ سلطان الإرادة من قبل الكثير من فقهاء القانون الدولي الخاص كالفقيه البلجيكي ((لوران)) الذي استخدم هذا الاصطلاح عام ١٨٨٣ في مؤلفه (دروس في القانون الدولي الخاص) و من هنا انتقل هذا الاصطلاح الى فقه القانون المدني والقانون الدولي الخاص كذلك ساهم في نشر هذا الاصطلاح الفقيه فايس عام ١٨٨٦,^(٩١) بعد ذلك استقر مبدأ سلطان الإرادة في دراسات القانون الدولي الخاص واصبح أحد الضوابط المعتمدة في حل التنازع في نطاق التصرفات التعاقدية من حيث الموضوع لا الشكل.^(٩٢)

على الرغم من استقرار هذا المبدأ الا انه تعرض الى انتقادات كثيرة نتج عنها إنقسام الفقه الى فريقين عرف الأول بانصار النظرية الشخصية و الآخر انصار النظرية الموضوعية حدد كلا منهما حدوداً لمبدأ قانون الإرادة .

الفرع الثاني

مفهوم قانون الإرادة

على الرغم من إتفاق الفقه في إعتاد القانون المختار كضابط إسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات التعاقدية الدولية واستقرار هذا المبدأ على مستوى التشريعات المختلفة كما نص على ذلك

دور قانون الإرادة في عقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

القانون العراقي والمصري و تشريعات اخرى الا ان الفقه وكما بينا سابقاً انقسم بخصوص تحديد مفهوم القانون المختار الى مذهبين عرف الأول أصحاب النظرية الشخصية والآخر أصحاب النظرية الموضوعية كما وجد فريق ثالث عرف بالإتجاه التوفيقى و من اجل توضيح مذهب اليه كل فريق منهم سنقسم هذا الفرع الى ثلاثة مقاصد :

المقصد الأول

مذهب النظرية الشخصية

أسست النظرية الشخصية مبانيها وفقاً لمبادئ الفكر الفردي الفلسفية والذي قام على تقديس حقوق الفرد وحرية بإعتباره الغاية التي وجدت الجماعة من اجلها والجماعة وفقاً لهذه الفلسفة لم توجد الا من اجل الفرد و ليس العكس ويذهب الفكر الفردي الى إعتبار الفرد هو اعلى ما في التنظيم القانوني لتكون الجماعة مسخرة لتحقيق مصالح الفرد. (٩٣)

كما يرفض المذهب الفردي أن يلزم الانسان بإرادة غيره وان كان الغير هم الجماعة لأنه كائن ذو إرادة حرة وهو لا يلزم الا بإرادته، (٩٤) وبهذه الفلسفة استقر مبدأ عرف بمبدأ سلطان الإرادة في العلاقات التعاقدية ترتب عليه اطلاق حرية الأطراف في التعاقد وإختيار الشروط التي يضمنونها اتفاقهم دون قيد يحد من حريتهما وبموجبه يعتبر العقد شريعة المتعاقدين، (٩٥) على الرغم من المحاولات التي عملت على التخفيف من مغالاة هذه التوجهات وتقييدها بسيادة القانون والقواعد الآمرة في القانون الداخلى واعتبار القانون الأساس الذي يمكن لافراد أن يقرروا شروطهم بموجبه وان ارادتهم تسير بما لا يخالفه فالإرادة وان كانت حرة الا ان القانون هو الذي يعترف لها بالآثر القانوني. (٩٦)

لم تسهم تلك التعديلات في تغيير منطلقات انصار النظرية الشخصية اذ وجدوا في العقود الدولية مناخاً وامتساعاً آخر لتطبيق المبدأ وذلك لأنهم اعتبروا ان العقد الدولي لا يخضع لنطاق القانون لأنه ينتمي لأكثر من نظام قانوني تتنازع فيما بينها لحكم العلاقة العقدية وان أياً من هذه الأنظمة لا يدعي خضوع العقد لسلطانه وبذلك فان العقد الدولي يفلت من الخضوع لحكم القانون و يعود لحكم إرادة المتعاقدين وعليه يكون من حق المتعاقدين إختيار قانون اي دولة ليطبق على عقدهم شأنه في ذلك شأن الشروط التي يتفقان عليها وان إختيار هذا القانون لم يتقرر بناءً على قاعدة الإسناد و إنما استناداً الى إختيار الإرادة ليكون القانون المختار جزءاً من العقد ومندمجاً فيه وان هذا الاندماج لا بد أن يكون نتاج الإرادة الصريحة أو المستخلصة بشكل قاطع

دور قانون الإرادة وعقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

و بخلافها يجب العمل بقواعد الإسناد وإختيار القانون الواجب التطبيق وفقاً لما تشير إليها أو ما يحدده القاضي عند عدم الوقوف على إختيار الإرادة الصريح .^(٩٧)

وان من آثار فكرة الاندماج اعتبار نصوص القانون الاجنبي شروطاً تعاقدية , كما يكون لإرادة المتعاقدين إن تختار بعضاً من نصوص القانون المختار أو استبعاد بعض نصوصه وان كانت أمرة كما يجوز للمتعاقدين وفقاً لهذه النظرية إختيار أكثر من قانون ليحكم كلا منهما جزءاً من العقد كما للأطراف إختيار ما شأوا من نصوص القانون الأجنبي وان لم يكن ذي صلة بالعلاقة العقدية كما لهم أن يضعوا من الشروط ما يتعارض مع القانون المختار .^(٩٨)

ان ما قرره انصار النظرية الشخصية ادى الى نتائج غير مقبولة تتمثل بافلات العقد الدولي من نطاق القانون وهذا الإفلات من حكم القانون يرتب نتائج غير منطقية تؤدي الى حلقة مفرغة من كون العقد يحكمه القانون المختار وان القانون المختار يستمد قوته الملزمة من الإرادة كما إن هذا الإتجاه قد قلل من أهمية القانون و دور قاعدة التنازع الوطنية .

المقصد الثاني

مذهب النظرية الموضوعية

بعد إن بينا ما توصلت اليه النظرية الشخصية من افلات العقد الدولي من حكم القانون لعدم خضوعه لأي قانون من القوانين المتنازعة وكيفية الاستعاضة بدلاً عن ذلك بدور الإرادة في تحديد القانون المختص لتكون احكام هذا القانون بمنزلة الشروط العقدية وما ترتب على إعطاء الإرادة سلطة تحديد القانون توازي سلطة المشرع وما ذهب اليه البعض من اعتبار ذلك غلواً في تقديس الحرية الفردية وتعظيم لدور الإرادة وانكار سلطة القانون والقواعد الآمرة التي يقرها المشرع لضمان السيادة والدفاع عن الحقوق و المباديء العليا للمجتمع , كذلك فان هذه المغالاة تخرج الفكر الفردي من نزعتة الأخلاقية المبنية على قواعد الاخلاق و مفهوم القانون الطبيعي وتحوّله الى متطلبات غائية لا تهدف سوى تحقيق اهداف شخصية من خلال تبرير حقوق المتعاقدين بسلطان مطلق للإرادة على حساب النواحي الأخرى وسلطة المشرع الذي يمثل المجتمع .

لذلك فقد حاولت النظرية الموضوعية إن تعالج مفهوم الإرادة على نحو يتسع لمتطلبات القانون الثابتة وقوته الملزمة ويتلائم مع الحلول المقبولة لقواعد القانون الدولي الخاص المتمثلة بالبحث عن القانون الأكثر قبولاً لحكم العقد الدولي فوجد الفقه المؤيد للنظرية الموضوعية في منهج سافيني الذي عمد الى تحليل

دور قانون الإرادة وعقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

العلاقات القانونية محل نزاع تحليلاً دقيقاً ليركزها في مركز قانوني معين ومن ثم يتم إسنادها الى القانون الملائم. (٩٩)

ان مذهب النظرية الموضوعية قد أكد خضوع العقد الدولي للقانون من خلال إختيار القانون الملائم وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية وهنا يكون الإختيار للقانون ليس مادياً كما ذهب اليه انصار النظرية الشخصية و إنما إختياراً تنازعيّاً لا يمكن للمتعاقدين فيه مخالفة قواعد الأمره. (١٠٠)

بمعنى إن النظرية الموضوعية تقرر إن أساس إختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق ليس استناداً الى مطلق سلطان الإرادة و إنما أساسه قاعدة الإسناد التي سمحت للمتعاقدين إختياره ولولا نص القانون لما تمكن الأفراد من إختيار القانون الأجنبي المختار ليحـكم علاقتهـم التعاقدية الدولية وبالتالي يرى أنصار النظرية الموضوعية إن دور الإرادة يكمن في تركيز العقد في مكان محدد , أي تحديد مقر العقد وفقاً للعناصر الواقعية المرتبطة به ارتباطاً وثيقاً من اجل حماية المصالح الإقتصادية والإجتماعية للأطراف المتعاقدة , وبحسب نظرية التركيز الموضوعي فان إرادة الأطراف يجب إن تعبر عن مركز ثقل العلاقة الدولية فإذا انصرفت إلى قانون بعيد عن مركز الثقل في العلاقة ولا يتصل بها فانها (الإرادة) لا تكون قد حققت الهدف المقصود من عملية الإختيار وعند ذلك يستطيع القاضي أن يرد هذه العلاقة إلى مقرها الصحيح عن طريق تحديد المكان الذي يتحقق فيه المضمون المميز للإلتزام التعاقدية, دون الاعتداد بإرادة الأطراف و إختيارها, (١٠١) وبذلك فان ما توصل اليه انصار النظرية الموضوعية يخالف النتائج التي توصل اليها انصار النظرية الشخصية والتي يمكن تلخيصها بالنقاط الآتية :

١ - عدم قبول فكرة اندماج القانون بالعقد الدولي وبالتالي يقرر انصار النظرية الموضوعية بان القانون المختار يحتفظ بصفته القانونية ويخضع العقد المبرم بين الطرفين لأحكامه الأمره وإذا ماخالف تلك الأحكام فلا يمنع من تطبيق احكام البطلان على العقد لمخالفته احكام القانون المختار. (١٠٢)

٢ - ان حق الأطراف في إختيار القانون الأجنبي لا يستمد من سلطان الإرادة المطلق و إنما يستند الى نص القانون فقاعدة الإسناد هي التي منحت الإرادة القدرة على الإختيار من بين القوانين المتنازعة وبذلك اعتبر القانون المختار افضل القوانين ملائمة وان الإختيار لا يمثل سوى تركيز للعقد في مكان معين وبالتالي لا مساغ للقول بقـدرة الأطـراف على إختيار أكثر من قانـون لحكم العقد الدولي. (١٠٣)

دور قانون الإرادة في عقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

٣ - اذا درج المتعاقدان في عقدهم شرط الثبات الزمني لمنع سريان التعديلات التشريعية التي قد تطرأ على القانون المختار على عقدهم اذا ما كان من العقود الممتدة أو المستمرة فان مذهب النظرية الموضوعية قد استقر على عدم قدرة الإرادة بتعطيل سريان القواعد الآمرة في التعديلات التشريعية على عقدهم , أما بخصوص القواعد المفسرة فقد انقسم الرأي بشأنه ما بين مؤيد و معارض .^(١٠٤)

على الرغم من أهمية النتائج التي توصلت اليها النظرية الموضوعية حيث جعلت إختيار القانون من قبل الإرادة مرتبطاً بالقانون الوطني حسب مفهوم التركيز الموضوعي للعقد الدولي وما تؤدي اليه هذه النظرية من عدم إفلات العقد الدولي من حكم القانون الا إنها تعرضت للنقد حيث ذهب جانب من الفقه الى اعتبار نظرية التركيز الموضوعي تهدر قيمة حق الأطراف في إختيار القانون اذا _____ وجد القاضي عدم صلة بين القانون المعين و عناصر العقد (مركز النقل) وبالتالي لا تعتبر الإرادة الا عنصر من عناصر التركيز لا ترتب إلزاماً على القاضي كونها مسألة واقع .^(١٠٥)

المقصد الثالث

المذهب التوفيقي

نتيجة للملاحظات السلبية التي اتسمت بها النظريات السابقة وعدم إعطاء الإرادة الوصف المناسب لها في ميدان إختيار القانون بين قائل بسمو الإرادة على القانون واطلاق حريتها يوحى من المدرسة الفردية و آخر لا يجعل لهذه الإرادة الا نصيب قليل من الدور في ميدان الإختيار وتحت رقابة القضاء المطلقة وبغية التوفيق بين هذين الإتجاهين فقد ذهب جانب من الفقه الى تقديم نظرية توفيقية تقوم على إعتبار من تقييم مناسب لقانون الإرادة و القول بان الإرادة وحرية المتعاقدين ليست مطلقة في الإختيار كما يعتقد أصحاب الفريق الأول وكذلك ليست مقيدة بالوصف الذي يذهب اليه الفريق الثاني و بذلك فهي لا ترى بضرورة أن يتصل القانون بالعقد أو احد عناصره كشرط التركيز الذي ذهب اليه أنصار النظرية الموضوعية وتكتفي بأن يكون القانون متصل بالعقد من خلال حاجة المعاملات الدولية الخاصة كما لو اتفق الأطراف على إختيار عقداً نموذجياً ففروا تطبيق القانون الذي يحكم العقد النموذجي دون أن تكون هنالك صلة بين هذا القانون وعناصر العقد الدولي .^(١٠٦)

الفرع الثالث

نطاق قانون الإرادة وطرق تحديده

بعد توضيح مفهوم قانون الإرادة والخلاف الفقهي بشأنه لابد من تحديد نطاقه وكذلك الوقوف على طبيعة القانون المختار فيما اذا اشترط إختيار قانون ام انه بالامكان إختيار نظام قانوني واخيراً معرفة الوسائل التي يمكن من خلالها أن يهتدي القاضي الى رغبة المتعاقدين في إختياره وبحث ذلك في المقصدين الآتيين :

المقصد الأول

نطاق قانون الإرادة وطبيعته

سنوضح في هذا المقصد نطاق قانون الإرادة و طبيعته من خلال الفقرتين الآتيتين :

أولاً : نطاق قانون الإرادة :

يقصد بنطاق قانون الإرادة الموضوعات التي يطبق بشأنها قانون الإرادة ولا تخضع لنطاق قانون آخر بموجب قواعد الإسناد ويمكن القول بأن الفقه استقر على إخضاع أحكام التراضي و وجود الرضا و عيوبه و شروط كل عيب و وسائل التعبير عن الرضا من كونه صريحاً أو ضمنياً و تطابق الإرادتين و حكم مجلس العقد وما الى ذلك ضمن نطاق قانون الإرادة،^(١٠٧) اما بخصوص الأهلية فهي تخضع لقانون الجنسية اذ نصت المادة (١٨) من القانون المدني العراقي على إن ((١- الأهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته)) كذلك يخضع أثر العقد بالنسبة للأشخاص وللغير كالخلف العام ويستثنى من ذلك ما يتعلق بأحكام الميراث ، كذلك يخضع لقانون العقد ما يترتب من أثر بالنسبة للمستفيد من الإشتراط ، كما يخضع لقانون العقد الآثار المتعلقة بموضوع العقد كتحديد موضوع العقد وتفسيره و أوصاف الإلتزام وعناصر قيام المسؤولية العقدية وتحققها وتنفيذ العقد وانقضاءه،^(١٠٨) في حين يخرج من نطاق قانون الإرادة بعض العقود بسبب طبيعتها الخاصة كعقد الزواج و العقود المتعلقة بالأحوال الشخصية أو العقود التي نظمها المشرع تنظيماً خاصاً لاسباب سياسية أو اقتصادية أو إجتماعية كعقد العمل والعقود التي تتعلق بالعقار فإنها تخضع لقانون موقع العقار كما بيناه انفاً.^(١٠٩)

دور قانون الإرادة في عقد الإعتد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

كذلك لا تخضع المسائل المتعلقة بالشكلية والاحكام الاجرائية الى قانون الإرادة بل يحكمها قانون محل الإبرام كما إن محل العقد سواء كان من الاموال المنقولة أو العقارية فإنه يخضع الى قانون البلد الذي يوجد فيه. (١١٠)

ثانياً : طبيعة قانون الإرادة :

ان تحديد طبيعة قانون الإرادة و معرفة مدى قدرة الأطراف المتعاقدة في الإختيار من بين الأنواع المطبقة من القواعد أو النظم القانونية على المستويين الوطني والدولي أو المهني و التشريعي يعد من المواضيع المهمة والتي لا غنى عنها في إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق و تحديده في العلاقات الدولية الخاصة وما يرتبه من آثار مهمة بالنسبة للعقد الدولي اذ ان على أطراف العلاقة التأكد من قدرتهم في إختيار القواعد التي يجدها أكثر مناسبة لعقدهم الدولي .

لذلك يناقش الفقه مسألة طبيعة القواعد التي يسمح للأطراف إختيارها كقواعد مختصة لحكم وتنظيم عقدهم الدولي من بين القواعد القانونية الوطنية وتلك القواعد التي تشكل أنظمة قانونية لم تنشأ عبر المؤسسات التشريعية الوطنية .

واذ يعرف النظام القانوني بأنه ((التنظيم البناء الذي يوجه المجتمع الذي يسري فيه ويشكل به وحدة أو كيان قائم بذاته)) وانه يتكون من ركنين الأول موضوعي عبارة عن وجود التنظيم لوحدة اجتماعية معينة والثاني عبارة عن القواعد القانونية , و يعتبر الركن الأول هو الاسبق وجوداً من الثاني ولذلك يكون النظام القانوني متواجداً في كل جماعة منظمة بصورة كافية وتملك أجهزة للقيام بممارسة سلطات معينة على اعضائها وان لم تتمتع بوصف الدولة. (١١١)

وبذلك فقد نكون ازاء انظمة قانونية تصدر عن هيئات وطنية غير تشريعية أو دولية تعمل بشكل موازي ومجاور للنظام القانوني للدولة نفسها وهذه النظم القانونية قد تضطلع بتنظيم العلاقات المهنية لشرائح مهنية معينة كالاعراف الموحدة للإعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية فانها تشكل نظاماً قانونياً واضحاً يستهدف تنظيم احكام الإعتمادات المستندية للمشتغلين بالتجارة الدولية قامت غرفة التجارة الدولية باصدارها .

ومن هنا يطرح السؤال المتعلق بقدرة الأطراف على إختيار قواعد قانونية صادرة عن منظمات لا تتصف بوصف الدولة باعتبارها نظم قانونية مهنية كقواعد الأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية الصادرة

دور قانون الإرادة وعقد الإعتد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلل للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

من غرفة التجارة الدولية وغيرها من النظم القانونية الأخرى المماثلة ام انه يشترط إختيار قانون دولة صادر وفقاً للصيغ الدستورية عن جهات تملك سلطة التشريع فقط ؟

يذهب جانب من الفقه الى ان القانون المختار لابد ان تكون قواعده تتمتع بالصفة القانونية وفقاً للمبادئ الدستورية المقررة في الدولة التي صدرت فيها بغض النظر عن مصدر هذه القواعد التشريعية كانت أو عرفية أي انها لابد ان تكون صادرة عن دولة ذات سيادة ومستقلة وفقاً للقانون الدولي ويذهب البعض الى ضرورة ان تتصف هذه الدولة بالاعتراف الدولي ليكون قانونها مقبولاً , وبالتالي فان النظم القانونية ان لم تصدر عن وحدات تتصف بالصفة الدولية فانه لا يمكن الاعتراف بهذه النظم في علاقات القانون الدولي الخاص ,^(١١٢) وإلى ذلك ذهب أيضاً اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية اذ قررت ان الإختيار يجب ان يتضمن أحد قوانين الدول المختلفة .^(١١٣)

في حين ذهب الرأي الآخر الى اعتبار العقد الدولي الذي يرتبط بأكثر من قانون دولة غير خاضع لقانون أي دولة مما يسمح لأطرافه إختيار القواعد أو النظام القانوني الذي يريدون .^(١١٤)

الا إن الإتجاه الراجح قد أقر إختيار النظام القانوني وان كان صادراً عن هيئة لا تتصف بصفة الدولة وذلك لأعتبارات عدة أهمها ان الفقه الحديث قد سلم بعدم احتكار الدولة لصناعة القانون وانه توجد الى جانب النظم القانونية الوطنية التي تصدر عن الدولة نظم أخرى تعرف بالنظم القانونية المجاورة تعمل على ادراك مهمة تنظيم تلك الجوانب التي أهملت تنظيمها التشريعات الوطنية كالموضوعات المتعلقة بالتجارة الدولية وعقودها وهي تجد شرعيتها من خلال عدم تعارضها مع النظم القانونية الوطنية وتعد بذلك مباحة .^(١١٥)

كما ان الواقع العملي قد بين اعتياد المتعاملين بالتجارة الدولية تضمين الأطراف عقدهم الدولي شرطاً يقضي بتطبيق نظاماً قانونياً معيناً على عقدهم الدولي ليكون هذا النظام هو المطبق على عقدهم الدولي كالمصارف التي ضمنت عقود الإعتد المستندي شرطاً يقضي بوجوب تطبيق القواعد و الأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية في باريس لتكون هذه القواعد هي القانون المختص على عقد الإعتد المستندي الذي اصدره المصرف ولم يرد بشأنه نص في العقد ,^(١١٦) ويذهب البعض الى ان القضاء الفرنسي الزم تطبيق أعراف التجارة الدولية عندما ينص العقد عليها صراحة وبالتالي يتقرر صحة إختيار هذه القواعد والنظم بإعتبارها قانون أجنبي يندرج ضمن القواعد القانونية وفق المنظور الواسع لمفهوم القانون .^(١١٧)

المقصد الثاني

وسائل إختيار قانون الإرادة

بيننا إن قانون الإرادة هو القانون الذي يختاره أطراف العقد الدولي ليكون هو القانون المختص بحكم عقدهم الدولي وفقاً لنطاقه المبين سابقاً لذلك يناقش الفقه كيفية الوقوف على قانون الإرادة في الاحوال المختلفة لصيغ العقود الدولية ذلك إن إختيار الافراد قد يكون واضحاً في نص العقد أو بصيغة ملحقة به وقد يكون غير منصوص عليه في بنود العقد بشكل واضح فما هو موقف القاضي من هاتين الحالتين ؟

ان الوسائل التي يمكن من خلالها تحديد قانون الإرادة ومعرفته قد تكون بالأختيار الصريح له وقد تكون بالأختيار الضمني،^(١١٨) لقد عالجت التشريعات المختلفة و تعرض فقه القانون الدولي الخاص لهذه المسألة من خلال التعرض لهاتين الوسيلتين وبيان اثرهما في تحديد قانون الإرادة ولذلك سنقوم بمناقشة كل منهما في الفقرتين الآتيتين :

أولاً : الإختيار الصريح :

تستلزم العقود الدولية إن يتم صياغتها بشكل واضح ودقيق وأن يقوم الأطراف وهم بصدد علاقة مالية دولية على أن يعبروا عن جميع الشروط المتعلقة بعلاقتهم التعاقدية بشكل واضح و دقيق و صريح وان يستوعب جميع الملاحظات القانونية أو الفنية ومن بين هذه الشروط الواجب توضيحها في العقد الدولي تحديد واختيار القانون الذي يسري على عقدهم كقانون واجب التطبيق ويتم تحديد القانون المختار من خلال ايراد شرط في العقد يحدد القانون الواجب التطبيق بأي صيغة توضح هذا الإختيار كأن يذكر القانون المدني المصري أو قانون بيع المنقولات الانكليزي كما يمكن أن يتم إختيار القانون الواجب التطبيق في عقد آخر يلحق بعقدهم ينص على هذا الإختيار أو يختص بهذا الإختيار وهو مايسمى بعقد الإختيار.^(١١٩)

ان الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق يمثل الصيغة الصحيحة والسليمة للمتعاقدين لتجسيد رغبتهم في خضوع عقدهم الدولي لقانون معين بشكل سهل ويعتبر دليل غير قابل للنس أو النقاش في توضيح القانون المختار وهو يمثل ضمانة لهم في أن يقوم القاضي بالبحث في القانون المحدد دون غيره وبالتالي عــــدم تعرض الأحكام المختارة الى خطر الاختلاف أو البطلان اذا ما طبق القاضي قانون آخر.^(١٢٠)

دور قانون الإرادة وعقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

إن أهمية الإختيار الصريح لقانون الإرادة تكمن في تسهيل مهمة القاضي اثناء نظر النزاع في معرفته والوقوف عليه بشكل واضح و جلي دون الخوض في الافتراضات الأخرى أو البحث عن الإختيار الضمني للأطراف وما قد يؤديه هذا البحث في الوصول الى قانون خاطيء لم ترتضيه إرادة المتعاقدين وبالتالي يرتب آثاراً مخالفة لتوقعاتهم و لا تحقق الأهداف التي يرجونها. (١٢١)

كما إن القوانين ومن بينها القانون المدني العراقي لم يحدد كيفية خاصة لتحديد قانون الإرادة اذ نصت المادة (٢٥) منه ((يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف إن قانونا آخر يراد تطبيقه)) الا إن القضاء قد يقرر ملاحظات على تثبيت شرط إختيار القانون المختار من حيث الوضوح فقد جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق عام ١٩٧٧ مايتضمن أن يكون شرط الإختيار مطبوعاً بشكل بارز ويسترعي الانتباه وكما يلي((..... وبما إن عقد النقل المحفوظ مع أوراق الدعوى محرر بشكل نموذج مطبوع ولم يكن القانون الانكليزي مكتوباً بشكل بارز يسترعي الانتباه لذا فان هذا الشرط يجب أهمله)) (١٢٢) ويلاحظ على القرار المذكور انه قد غالى بشأن توضيح شرط الإختيار ومارتبه من اثر بشانه الا انه في النتيجة أكد على أهمية توضيح الأطراف لشرط الإختيار و كتابته بصورة بارزة ليتمكن جميع الأطراف والمحكمة المختصة بنظر النزاع من الوقوف عليه والتأكد من رغبة الأطراف في إختيار قانون معين لحكم العقد .

من جانب آخر فإن تحديد قانون الإرادة بشكل صريح يوفر للقضاء الفرصة الكافية لتقرير صحة هذا الإختيار أو بطلانه عندما يكون القانون المختار ليس ذي صلة بعناصر العلاقة التعاقدية وبما لايسمح به قانون القاضي أو بسبب حالات الغش نحو القانون الذي يستبعد بسببها القانون المختار أو في الاحوال التي يقضي فيها القانون المختار بما يتنافى مع قواعد النظام العام بالنسبة لقانون القاضي. (١٢٣)

ولأهمية إختيار قانون الإرادة بصورة صريحة فان عدد من المؤسسات المصرفية تعمل على تحديد نص في استمارة العقود المصرفية المحددة للزبائن تحدد فيه القانون المختار وغالباً ما يكون قانون المصرف وتؤدي هذه الصيغة الى حسم موضوع القانون الواجب التطبيق بين أطراف العلاقة بما تضمنه هذا البيان الواضح ويرى الفقه بان هذه الصيغة تكفي بمجرد توقيع الزبون في الاستمارة المخصصة لطلب الخدمة على الرغم من عدم اشتراكه في صياغتها أو مناقشتها لان العبرة في ذلك قبوله ومعرفته بها. (١٢٤)

دور قانون الإرادة في عقد الإعتد المستدي الدولي (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

كما ان اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية قد أكدت في المادة الثالثة منها على أهمية الإختيار الصريح و وجوب ان يكون اختيار القانون الواجب التطبيق صريحاً. (١٢٥)

كذلك فقد عمدت بعض الجمعيات المختصة الى ايراد هذا الشرط في العقود النموذجية المعدة من قبلها كاتحاد المطاط و جمعية تجارة الحبوب في لندن و قواعد الأعراف الموحدة للإلتزامات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية لتيسير الحلول القانونية بين المتعاقدين عند صياغة وإبرام عقد تجاري دولي. (١٢٦)

وبالرجوع الى القانون المدني العراقي وموقفه من إختيار القانون الصريح يمكن القول بأنه قد ذهب الى إعتد الإختيار الصريح من خلال نص المادة (٢٥) التي استوعبت وسيلتي الإختيار الصريح والإختيار الضمني لقانون الإرادة ومن خلال هذه المادة يمكن القول إن القضاء العراقي ملزم بتطبيق القانون المختار متى ما نص العقد التجاري الدولي بشكل صريح على إختيار قانون ما ليكون هو قانون العقد وان خلو العقد من هذا الإختيار وعدم التوصل الى الإختيار الضمني فان القاضي يلجأ الى البحث عن قواعد الإسناد الاحتياطية التي نص عليها القانون .

ثانياً : الإختيار الضمني :

بعد إن تبين لنا إعتد أطراف العلاقة العقدية الدولية الى تثبيت اختيارهم للقانون الواجب التطبيق في متن عقدهم الدولي أو ملحقه وما يمثله هذا التحديد الصريح من أهمية وضمن لهم في توضيح القانون الواجب التطبيق وتسهيل مهمة القضاء في تطبيق القانون المختص على النزاع بخصوص العقد المبرم بينهم , فان الملاحظ على إن الأطراف لا يلجأون دوما الى تعيين إختيارهم للقانون الواجب التطبيق وذلك بسبب ما يراه البعض من إن أطراف عقود التجارة الدولية وخصوصاً في نطاق العمليات المصرفية الدولية غالباً ما يكونوا من رجال الاعمال والذي لا يقومون بمناقشة الامور القانونية بدقة واهتمام لان جل ما يشغلهم هو السرعة في إبرام الصفقة دون الإهتمام بامور الخلافات والنزاع وعدم التصدي لها بشكل كافي. (١٢٧)

ازاء خلو العقد الدولي من بيان صريح لتحديد لقانون الإرادة يجدر بنا إن نتساءل عن موقف القضاء في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد ؟

بالرجوع الى نص القانون العراقي والقوانين المقارنة كالقانون المصري نرى انهما قد الزما القضاء بالإلتزام القانون الذي اراده الأطراف من خلال التصريح أو البحث في مضامين العقد والاستدلال بما تبينه

دور قانون الإرادة وعقد الإعتد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

الظروف المحيطة بالعقد والاهتداء الى القانون الذي اختاره المتعاقدان حيث جاء في نص المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي ((...أو يتبين من الظروف ...)) وهو ما يعبر عنه الفقه بالإختيار الضمني لقانون الإرادة .

لذلك يكون على القضاء أن يلجأ الى التحري والبحث عن الإرادة الضمنية من بين نصوص العقد و فقراته عند خلوا العقد من نص صريح يتضمن تحديداً لقانون الإرادة فان تعذر ذلك استلزم اللجوء الى المؤشرات والدلائل التي تربط العقد بمكان ما يكون قانونه الأنسب لحكم النزاع بحيث يمكن للقاضي أن يفترض رغبة المتعاقدين لو عرضت عليهم المسألة فاتهم كانا سيختاران هذا القانون كونه القانون الأكثر إرتباطاً بالعقد .^(١٢٨)

كما إن هذه الظروف والمؤشرات التي يقوم القاضي بالتحري عنها والبحث فيها تعد قرائن قضائية يمكن الإعتماد عليها للكشف عن إرادة المتعاقدين وقيامه بذلك يعني قيامه بإستخدام سلطته التقديرية في تفسير العقد كما للقاضي أن يكشف عن إرادة المتعاقدين من خلال اللغة التي كتب بها العقد .^(١٢٩)

ويذهب جانب من الفقه الى إن إختيار أطراف العقد لبعض الشروط كشرط التوطين أو شرط الخضوع لقضاء دولة معينة أو التحكيم فيها عند النزاع أو وتوفر اشارات معينة لقانون ما أو دولة ما كاستخدام لغتها أو عملتها يمكن إن تعتبر قرائن دالة لرغبة الأطراف في تحديد قانون تلك الدولة كقانون مختص لعقدهم متى ما روعي في تحديده الظروف السائدة وقت تكوين العقد لا بالظروف اللاحقة لذلك التكوين في ظل غياب التحديد الصريح لقانون الإرادة .^(١٣٠)

على الرغم من إن الإختيار الضمني لقانون الإرادة قد استوعبته نصوص تشريعات عديدة و قد نادى به فقهاء القانون بل إن الصور الأولى لتفسير قانون الإرادة في قانون محل الإبرام باعتباره إختياراً ضمناً كما بينا سابقاً فان جانب من الفقه قد أورد اعتراضاً على الإختيار الضمني لقانون الإرادة وذلك لانهم يرون في قانون الإرادة انه القانون الذي يتم إختياره صراحة وبدون هذا الإختيار الصريح فان السكوت لا يعني الا انهم لم ينتهوا لهذه المسألة أو انهم لم يتفقوا بشأنها منذ البداية أو إن مشكلة التنازع لم تكن ظاهرة ابتداءً و في جميع هذه الفروض يصعب افتراض وجود إرادة ضمنية تمثل بشكل جازم و مؤكد الإرادة الكامنة في النفس وتعتبر بالتالي مجرد افتراضات قد لا توافق الواقع تؤدي بالنتيجة حسب ما ذهب اليه هذا الإتجاه الى تحكم القضاء و خضوع العلاقة التعاقدية الى حرية القاضي في تحديد قانون قد لا يكون متصلاً برغبة أطرافها وتطبيق قانون قد يخل بتوقعات الأطراف و يهدد الأمان القانون المنشود لعلاقتهم التعاقدية

دور قانون الإرادة وعقد الإعتد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلل للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

(١٣١) وهذا ما خالفه مؤيدي الإختيار الضمني من انه يتعين التمييز بين الإختيار الحقيقي لقانون الإرادة وعدم الاتفاق على هذا القانون فانه بين هاتين الحالتين يوجد حالة إختيار حقيقي لقانون الإرادة الا إن الأطراف لم يعبرا عنها لأسباب مختلفة فعلى القاضي أن يبحث في هذه الإرادة بالوسائل القرائن الحقيقية للوصول الى حقيقة الإرادة التي لم يعبر عنها صراحة في العقد وهو ما يعبر عنه بالإختيار البين لقانون الإرادة. (١٣٢)

كما ان اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية اشارت الى الإختيار الضمني لقانون العقد واشترطت ان يكون الكشف عن هذا القانون و طريقة الكشف عنه مؤكدة يتــــم استخلاصها من نصوص العقد أو ظروفه وذلك بموجب نص المادة الثالثة الفقرة (١) منها الذي جاء فيه ((يحكم العقد بالقانون الذي اختاره الأطراف , وهذا الإختيار يجب ان يكون صريحاً أو يستخلص بصورة اكيدة من نصوص العقد أو ظروف القضية)) , كما ان القضاء الانكليزي قد اخذ بالإختيار الضمني لقانون واهمية استخلاص ذلك من خلال معرفة النية الحقيقية للأطراف المتعاقدة وقت انعقاد العقد في تحديد القانون الذي يختص لحكم العقد حيث جاء في قرار لمحكمة استئناف إنكلترا ((طالما لم يصرح الأطراف بأختيار قانون , فان الصحيح هو التحقق من جميع الظروف المعاصرة التي تشمل) ولكن ليس على سبيل الحصر) ماقاله الأطراف في حينه و ماهي النية التي يجب ان تعزى اليهم عند انعقاد العقد (((١٣٣) لذلك فان عدم توفر إختيار صريح لقانون الإرادة ولا قرائن صالحة للاستدلال من خلالها على إرادة حقيقية تمكن القاضي من استنباط قانون الإرادة بشكل ضمني فان على القاضي أن يقرر عدم إتفاق الأطراف على تحديد قانون معين ليحكم عقدهم الدولي وبالتالي لا بد من اللجوء الى ضوابط الإسناد الاحتياطية (١٣٤).

المطلب الثاني

ملائمة قانون الإرادة مع عقد الإعتد المستندي

بيننا سابقاً ماهية قانون الإرادة و النظريات التي ناقشت مفهومه وبحثنا نطاقه ووسائل إختياره و بقي لنا إن نتأكد من مدى انطباقه على موضوع عقد الإعتد المستندي الدولي وهذا ما يهمننا في هذا البحث من خلال بحث امكانية خضوع عقد الإعتد المستندي لقانون الإرادة وبيان صعوبات تطبيقه على الإعتمادات المستندية من خلال الفرعين الآتيين :

دور قانون الإرادة وعقد الإعتد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

الفرع الأول

تطبيق قانون الإرادة على عقود الإعتمادات المستندية

لتقرير ارتباط علاقة قانونية معينة بقاعدة الإسناد المقررة لابد من فهم وتحليل هذه العلاقة وردها الى النظام القانوني الذي تنتمي اليه وحيث تم في المبحث السابق مناقشة التكييف القانوني لعقد الإعتماد المستندي الدولي وتبين انه من العقود التجارية الدولية المسماة التي اوجدتها أعراف التجارة الدولية لدوره الهام في تلبية متطلبات التبادل التجاري الدولي بين التجار و المؤسسات التجارية عبر الدول وهذا ما ادى الى اتساع استعماله و اهتمام المؤسسات التجارية على تنقيح أعرافه و توحيدها ونشرها , وحيث ان عقد الإعتماد المستندي يعد واحد من أهم الإلتزامات التعاقدية التي تخضع من حيث المبدأ لما تقرره قواعد القانون الدولي الخاص بشأن قاعدة الإسناد على الإلتزامات التعاقدية و حيث اتفق الفقه والتشريعات التي نصت على إعتد الإرادة كقاعدة إسناد لحل مسائل النزاع في ميدان العقود الدولية وبالخصوص عقود التجارة الدولية فان عقد الإعتماد المستندي يخضع لقانون الإرادة الذي يعينه الأطراف المتعاقدة بشكل صريح أو ضمنى .^(١٣٥)

على الرغم من ان المبدأ في خضوع عقد الإعتماد المستندي باعتباره من الإلتزامات التعاقدية وكما بينا سابقاً لقانون الإرادة فإنه لا بد من الوقوف على موقف القانون العراقي و التشريعات المقارنة من هذه الصلة و استعراض موقف اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية و من ثم التعرف على الملاحظات الفقهية في هذا الخصوص من خلال المقاصد الثلاثة الآتية :

المقصد الأول

موقف التشريعات

لبحث موقف التشريعات من علاقة قانون الإرادة بعقد الإعتماد المستندي لابد من توضيح موقف القانون العراقي أولاً وبعد ذلك موقف التشريعات المقارنة وكما يأتي :

أولاً : موقف القانون العراقي :

لم يتبنى القانون العراقي موقفاً صريحاً بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد الإعتماد المستندي الا انه يمكن الاستدلال على موقف القانون العراقي من خلال بحث عقد الإعتماد المستندي وتحليله ومن ثم إخضاعه لقاعدة الإسناد المقررة وان ذلك يتطلب العروج على موقف قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل حيث نصت المواد (٢٧٣-٢٨٢) على عقد الإعتماد المستندي والتي أوردت تعريفه فيها بأنه ((عقد يتعهد المصرف بمقتضاه بفتح إعتد لصالح المستفيد بناء على طلب الأمر بفتح الإعتماد، بضمان

دور قانون الإرادة في عقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل ((وانه جاء في الفرع الخامس من الفصل الثاني من الباب الرابع من القانون المذكور المخصص للعقود التجارية والعمليات المصرفية , وحيث إن قانون التجارة لم يتعرض لأحكام التنازع الخاص بعقد الإعتاد المستندي الدولي ولانه قد ترك تنظيم المسائل التي لم يرد بشأنها نص فيه لأحكام القانون المدني حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الرابعة منه على ((ثانياً : يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو أي قانون خاص آخر))

وهذا ما يجعل القاضي ملزماً بالرجوع الى احكام القانون المدني في مالم يرد بشأنه نص , (١٣٦) كالأمر المتعلقة بتنازع القوانين ولذلك تحل احكام المادة (٢٥) من القانون المدني بخصوص القانون الواجب التطبيق على الإعتاد المستندي والتي نصت على تطبيق القانون الذي يختاره أطراف العلاقة العقدية الدولية.

ومن هنا نرى إن القانون العراقي وان لم ينص صراحة على خضوع عقد الإعتاد المستندي الى قانون الإرادة أو اي قانون آخر فانه من حيث المبدأ لا يرفض هذا الإختصاص لقانون الإرادة , هذا من جهة ومن جهة اخرى فان القانون العراقي وفي المادة الخامسة والعشرون من القانون المدني لم يحدد شروطاً للقانون المختار كأن يكون ذي صلة معينة بالعقد الدولي كالإعتاد المستندي أو غيره وبذلك يمكن القول إن قانون الإرادة لا يتعارض مع موقف القانون العراقي لحكم عقد الإعتاد المستندي فيما لو اختار أطراف العلاقة التعاقدية المستندية قانوناً ما لحكم الإعتاد المستندي على إن كون الاختيار صريحاً أو ضمناً يتوصل اليه القاضي من الفرائن الدالة اليه في عقد الإعتاد المستندي . (١٣٧)

ثانياً : موقف التشريعات المقارنة :

تتباين مواقف التشريعات المقارنة بشأن إعتاد قانون الإرادة كقانون مختص لحكم العلاقات التعاقدية الدولية ليطبق على احكام الإعتمادات المستندية فالمشرع المصري قد اعتمد القانون المختار كضابط إسناد لحكم العلاقة التعاقدية الدولية حيث نصت المادة (١٩) الفقرة (١) من القانون المدني المصري على انه ((يسرى على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً فان اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف إن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه)) , من هذا النص يتبين إن المشرع المصري قرر إعتاد قانون الإرادة على العقد الدولي و في حال عدم الإختيار فان القاضي يلجأ الى ضوابط الإسناد الاحتياطية كقانون الموطن المشترك أو محل إبرام العقد وفي هذا الخصوص ويرى البعض إن صياغة المشرع المصري لنص المادة التاسعة عشر من القانون المدني تتصف بالعمومية والتجريد بمعنى إن القانون المختار يسري على جميع

دور قانون الإرادة وعقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

العقود الدولية وملزم للقاضي بما لا يسمح من إستبعاده وتطبيق قانون آخر متى ما تم تحديده بشكل صريح أو ضمني مؤكد. (١٣٨)

وحيث إن النص اعلاه مشابه لنص المادة الخامسة والعشرون من القانون المدني العراقي بخصوص قانون الإرادة الا إن تعميم الإستنتاج الذي ذهبنا اليه بشأن موقف القانون العراقي بخصوص استيعاب قانون الإرادة لأحكام عقد الإعتاد المستندي يقف أمام نص المادة (٣٤١) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حيث أوردت الفقرة الثالثة منها على ((تسري فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا الفرع القواعد الواردة بالأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية الصادرة من غرفة التجارة الدولية)) , وبذلك فاننا نرى إن المشرع المصري قد اخرج الإعتمادات المستندية من نطاق العقود الدولية التي تخضع لأحكام القانون المختار وذلك لإتبه قرر إعتاد أحكام الأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية , بإستثناء المسائل التي لم تتعرض لها قواعد الأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية فان قانون الإرادة هو القانون المطبق بشأنها, ونرى إن موقف المشرع التجاري المصري في إعتاد الأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية خطوة جيدة تساهم في تعميم الأعراف الدولية و توحيد الحلول المتبعة في احكام الإعتمادات المستندية الدولية كان على المشرع العراقي أن يحذو حذوها.

اما المشرع الاماراتي فقد اعتمد قانون الإرادة كضابط إسناد للعلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي حيث نص قانون المعاملات المدنية رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ في المادة ١٩/١ منه على ((يسري على الإلتزامات التعاقدية شكلاً وموضوعاً قانون الدولة التي مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف إن قانونا آخر هو المراد تطبيقه)) , إن المادة أعلاه جاءت مشابهة من حيث الصياغة ومطابقة من حيث المضمون لنص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي والتي نصت على إعتاد قانون الإرادة كقانون مختص لحكم العلاقة التعاقدية الدولية .

وان المشرع التجاري الاماراتي لم يضع نصاً خاصاً في التشريع التجاري يقيد المادة ١٩ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي وانه على العكس من ذلك قد نص على الرجوع الى احكام القانون الاخير فيما لم يرد به نص أو عرف تجاري ,^(١٣٩) لذلك لا بد من تقرير التماثل في إتجاهي القانونين العراقي والاماراتي في خضوع احكام عقد الإعتاد المستندي الدولي الى قانون الإرادة عندما يتفق أطراف العلاقة على تحديد قانون معين ليحكم العقد بشكل صريح أو ضمني من حيث المبدأ شأنها في ذلك شأن العقود الدولية الأخرى .

دور قانون الإرادة وعقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

أما المشرع الجزائري فقد اعتمد معيار قانون الإرادة على عقود التجارة الدولية والإلتزامات التعاقدية بشكل عام الا انه قد قيد قانون الإرادة بشرط إن تكون له صلة بالمتعاقدين أو العقد وفي خلاف ذلك فان قانون الإرادة يكون مستبعداً من حكم العقد الدولي،^(١٤٠) كما إن قانون التجارة الجزائري المرقم (٧٥-٥٩) لسنة ١٩٧٥ احوال تطبيق احكام التنازع القانوني الى احكام القانون المدني حيث نصت المادة الأولى مكرر منه على ((يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار وفي حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني و أعراف المهنة عند الاقتضاء)) لذلك نرى إن المشرع التجاري قرر خضوع قانون الإرادة على المعاملات التجارية والإعتمادات المستندية إن كان القانون المختار له صلة بأطراف العقد الدولي كأن يكون قانون بلد المصرف المصدر أو الأمر أو المستفيد أو المصرف المراسل .

اما القانون المدني الأردني فقد ذهب الى موقف مشابه لما قرره القانون العراقي في إعتاد قانون الإرادة كضابط إسناد أساسي لحكم العقد الدولي و الإلتزامات التعاقدية المشوبة بعنصر اجنبي،^(١٤١) والذي يشمل العلاقات التجارية و علاقات عقد الإعتاد المستندي وفقاً لما قرره الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون التجاري الاردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ والتي نصت على ((١- اذا انتفى النص في هذا القانون فتطبق على المواد التجارية أحكام القانون المدني)).

وكل هذه النصوص تؤكد ملائمة قانون الإرادة للتطبيق على عقد الإعتاد المستندي .

المقصد الثاني

اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠

ان اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية والتي حدد نطاقها المادة الأولى منها والتي قررت تطبيق الاتفاقية على الإلتزامات التعاقدية في الاحوال التي تستلزم اختبار قانون من بين قوانين بلدان متعددة كما انها في المادة الثانية لم تمنع تطبيق قانون دولة غير متعاقدة اذا ما تضمنه العقد الدولي المعروف للنزاع أمام إحدى محاكم الدول الأعضاء في الاتفاقية لم تستثنى عقود الإعتمادات المستندية الدولية من بين الاحوال المستثناة بموجب الفقرة الثانية من المادة الأولى منها , وانها اقرت تطبيق القانون الذي يختاره الأطراف لحكم عقدهم الدولي بصورة صريحة أو ضمنية مؤكدة تستخلص من نصوص العقد أو ظروف القضية ليطبق هذا القانون على جميع العقد أو جزء منه.^(١٤٢)

دور قانون الإرادة وعقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني/السنة التاسعة ٢٠١٧

ومن ذلك يبدو واضحاً أن عقد الإعتاد المستندي الدولي يجد له تطبيقاً في اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ والتي تقرر انطباق قانون الإرادة عليهما كقانون واجب التطبيق وان إرادة أطراف عقد الإعتاد المستندي الدولي تعد ضابط الإسناد في تحديد القانون المختص وانهما غير مستثنيان من أحكام الاتفاقية وبالتالي يكون لإرادة أطراف عقد الإعتاد المستندي الدولي أن تختار قانوناً من بين قوانين البلدان المختلفة وان لم يتصل بعقدهم الدولي بصلة فعلية،^(١٤٣) وان على القضاة ان يلتزم اختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق إذا ما تضمنه عقد صراحة سواء اثناء إبرامه أو بعد ذلك أو بموجب اختيار جديد بديل عن الاختيار السابق، أو مما يستخلصه القاضي من نصوص العقد بصورة مؤكدة ولا يمنع من تطبيقه مانع سوى مخالفته لقواعد النظام العام لدولة القاضي.^(١٤٤)

اما بخصوص طبيعة القانون المختار فقد ذهب البعض الى ان اتفاقية روما اشترطت ان يتم اختيار قانون دولة معينة ولا تعترف باختيار النظم أو القواعد القانونية غير الوطنية ويعتبر هذا الاختيار كأن لم يكن وعلى القاضي عدم الاعتداد به على الإطلاق.^(١٤٥)

المقصود الثالث

موقف الفقه

تعرض موضوع خضوع عقد الإعتاد المستندي الدولي لقانون الإرادة لتباين آراء الفقه واختلافه حيث اقر جانب من الفقه مسألة إخضاعه الى قانون الإرادة واعتبار القانون الذي يختاره أطراف عقد الإعتاد المستندي بشكل صريح أو ضمني هو القانون المختار في حين يكون على القاضي البحث عن القانون المفترض من خلال تحديد قانون مكان الاداء المميز لعقد الإعتاد المستندي.^(١٤٦)

في حين يذهب اتجاه آخر الى رأي مخالف للإتجاه الأول إذ يقرر خضوع كل جانب من عقد الإعتاد المستندي لقانون ما فيخضع لإتزام المصرف المصدر أو الأمر في عقد الإعتاد المستندي ومرحلة فتح الإعتاد المستندي لقانون مختلف للقانون الذي يخضع له المصرف والمراسل ويبرر هذا الإتجاه هذه التعددية في القوانين المطبقة على عقد الإعتاد المستندي الواحد بسبب تنوع العلاقات القانونية في عقد الإعتاد المستندي وان عمليات الإعتاد المستندي والعمليات المصرفية الأخرى لا تعتبر من العمليات العادية أو البسيطة كغيرها من العقود والذي لا يتناسب معها إخضاع جميع هذه العلاقات لقانون الإرادة إذ إن احكامها يجب إن تخضع لتنظيم خاص تقوم به المصارف ليؤدي عقد الإعتاد المستندي و العقود المصرفية الأخرى

دور قانون الإرادة وعقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

وظائفها الاقتصادية والاجتماعية،^(١٤٧) كما إن الرأي الغالب في الفقه يذهب لخضوع احكام الإعتاد المستندي المختلفة لقانون الإرادة الصريح أو الضمني عندما لا يخالف الشروط التي حددها قانون القاضي بشأن قانون الإرادة ومن هنا نجد إن الفقه يرى في قانون الإرادة ملائمة لحكم عقد الإعتاد المستندي من حيث المبدأ باعتباره من الإلتزامات التعاقدية الدولية التي لا تتنافى مع نطاق قانون الإرادة.^(١٤٨)

ويذهب البعض الى إن قانون المكان الذي يقوم فيه كلاً من المصارف المصدرة أو المراسلة بممارسة إلتزاماتها و اعمالها المصرفية يعتبر هو القانون المختص على تلك الإلتزامات عندما لا ينص العقد على القانون المختص صراحة ليكون قانون المكان هو الإختيار الضمني لرغبة الأطراف المتعاقدة لإن فـي هـذا المكان تتجسد الصفة الجوهرية لإرادة الأطراف المتعاقدة لأنه المكان الذي تتركز فيه العملية المصرفية للمصرف القائم بالعملية والتي لا يمكن له أن يقوم بالخضوع لقانون آخر.^(١٤٩)

والى ذلك اتجه قضاء محكمة النقض المصرية حيث جاء في قرار لها عام ١٩٤٥ ما نصه ((حيث نص القانون على اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوي التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن في مصر اذا كانت الدعوى ... او كانت ناشئة عن عقد ابرم أو نفذ أو بسبب واقعة حدثت في مصر , وكان البنك الطاعن قد عزز الإعتاد المستندي الذي فتح لصالح الشركة المطعون ضدها الأولى وأخطرها بذلك عن طريق مراسله المحدد في خطاب الإعتاد المستندي الذي فوضه دون غيره في القيام بكل ما يتعلق بالإعتاد وهو بنك مصر فرع بورسعيد فان هذا البنك الاخير يعتبر الموطن المختار المعين لتنفيذ الإعتاد و كل ما يتعلق به فتكون المحكمة المصرية هي المختصة بنظر النزاع الذي ينشأ عنه تنفيذه كما ويكون القانون المصري هو الواجب التطبيق على النزاع كونه قانون محل التنفيذ الذي يحكم العقد ويكون صحيحاً إعلان الطاعن بالحجز في موطن هذا المراسل بإعتباره موطناً مختاراً)) .^(١٥٠)

كما إن القضاء الامريكي قد أخذ بقانون محل التنفيذ عندما لم يحدد أطراف العلاقة العقدية قانوناً على نحو معين باعتبار قانون محل التنفيذ هو الاختيار الضمني لأطراف العلاقة التعاقدية لانه القانون الذي يحمي توقعاتهم .^(١٥١)

ان قانون الإرادة وان كان ملائماً لعقد الإعتاد المستندي الدولي باعتباره عقداً من عقود التجارة الدولية ولا يتعارض مع نطاقه , الا إن هذا المبدأ لا يعني عدم وجود ملاحظات على الاسجام بين هذه الإلتزامات وقانون الإرادة أو صعوبات في تطبيقه على عقد الإعتاد المستندي الدولي .^(١٥٢)

الفرع الثاني

صعوبات تطبيق قانون الإرادة على عقد الإعتاد المستندي

على الرغم من الملائمة الواضحة بين قانون الإرادة و عقد الإعتاد المستندي الدولي باعتباره من الإلتزامات التعاقدية الدولية يكون قانون الإرادة هو قاعدة الإسناد المقررة فيها وكما ذهبت اليه تشريعات عديدة اشرنا اليها سابقاً , الا انه توجد صعوبات قانونية و عملية تعيق هذا التلازم و الملائمة ما بين الاثنتين وان هذه الصعوبات قد ترجع بعضها الى طبيعة قانون الإرادة وشروطه وقد تكون طبيعة عقد الإعتاد المستندي هي مصدر الصعوبات وللإحاطة بهذه الصعوبات لا بد من مناقشتها من زاويتين الأولى في الصعوبات الناشئة بسبب خصائص قانون الإرادة أو شروطه القانونية و الثانية في الصعوبات الناشئة بسبب طبيعة عقد الإعتاد المستندي من خلال المقصدين الآتيين :

المقصد الأول

شروط قانون الإرادة

إن الإرادة باعتبارها ضابط إسناد في العقود الدولية يلجأ اليها أطراف العلاقة التعاقدية عندما تكون مسألة الأمان القانوني من المسائل الأساسية لبيئتهم التعاقدية تتميز بانها ضابط قانوني غير واقعي يتدخل المشرع بتحديد مفهومه وبيان آثاره^(١٥٣) , وان اختلاف القوانين في رسم مفهوم هذا الضابط بحسب الفلسفة التي يتبناها المشرع والتي تتدرج بين مفهومي النظريتين الشخصية والموضوعية بشكل ينعكس اثره على إختيارات الأطراف المتعاقدة ويخلق صعوبات في تطبيقه في فروض مختلفة وبالتالي فان المتعاقدين اذا ما اتجهت ارادتهما الى إختيار قانون معين ليحكم إلتزاماتهم التعاقدية فقد يتعرض هذا الإختيار الى اعتراض القضاء لمخالفة هذا القانون الشروط المنصوص عليها في قانون القاضي كما إنه في فرض آخر فان اغفال الأطراف المتعاقده عن إختيار قانون معين يؤدي الى البحث عن ضابط إسناد آخر كما إن عدم وضوح الإختيار الضمني في العقد الدولي يجعل القاضي أمام مشكلة في تطبيق هذا المعيار قد تنعكس على رغبة الأطراف المختلفة , ان الملاحظات المتصلة بطبيعة قانون الإرادة تؤدي الى صعوبات في تطبيقه ليست قليلة وسنحاول إن نثير أهم فروضها :

دور قانون الإرادة وعقد الإعتماد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

أولاً : انعدام الإختيار :

ان قانون الإرادة من ضوابط الإسناد التي منح المشرع الوطني لرغبة الأطراف المتعاقدة في تحديدها على النحو الذي ذهب اليه الإتجاه التوفيقي الذي نؤيده في إن المشرع ارتضى إختيار الأطراف لحاجة المعاملات الدولية وان رغبتهما غير مطلقة ولا مقيدة و إنما قد استمدت قدرتها من نص القانون (قاعدة الإسناد) الذي يسمو على هذه الإرادة ويرتب الاثر بتطبيق احكام القانون المختار على العقد الدولي لتكون أمام إختيار تنازعي لقانون العقد تتجه اليه رغبة المتعاقدين وتتعقد عنده ارادتهما في أن يكون قانون العقد. (١٥٤)

وازاء هذا التفسير لهذه العلاقة بين الإرادة والقانون فما هو الحكم لو إن إرادة المتعاقدين لم تتجه الى تحديد قانون ما ليكون هو القانون المختص لحكم العلاقة التعاقدية بشكل صريح أو ضمنى فيما لو أهملوا ذلك بسبب اهتمامهم بالسرعة والامور الفنية كما هي عادة التجار ورجال الاعمال الذين لا يعطون للامور الصياغية لعقودهم القدر اللازم من الاهتمام و الرعاية أو في حالة إعتماد المتعاقدين على توفر مبدأ الكفاية الذاتية^(١٥٥) للعقد وتبين فيما بعد إن العقد لم تتوفر فيه هذه الكفاية في بعض جوانبه أو لعدم اتفاق المتعاقدين على إختيار قانون أو لأي سبب آخر ينعدم تحديد القانون المختار , لقد وجدنا إن نشير هذه الحالة من بين الاحوال التي تعتبر من صعوبات تطبيق قانون الإرادة وان كان البعض يرى في انعدام الإختيار تخلف موضوع قانون الإرادة ونكون ازاء ضابط إسناد آخر الا إن الحديث عن قانون الإرادة في موضوع عقد الإعتماد المستندي الدولي يقتضى منا إن نعلم الى هذا الفرض ومناقشة حالة اغفال إختيار قانون معين في عقد الإعتماد المستندي الدولي يجعل من قانون الإرادة مستبعد وانه يكون على الأطراف المتعاقدة إن تتلافى هذا النقص من خلال توضيح قانون الإرادة بشكل صريح ليتسنى للقضاء الوقوف عليه و تطبيق احكامه على العقد الدولي. (١٥٦)

لذلك نرى في انعدام إختيار الأطراف لقانون ما ليكون هو القانون المختص في حكم عقدهم الدولي لاي سبب كان فان ذلك يؤدي الى استبعاد هذا الضابط ويستدعي ايجاد احد قواعد الإسناد الاحتياطية التي نص عليها القانون .

ثانياً : عدم وضوح قانون الإرادة :

دور قانون الإرادة وعقد الإعتماد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

ناقشنا في الفقرة السابقة عدم اتفاق الأطراف المتعاقدة على إختيار قانون الإرادة الصريح أو الضمني وما يؤديه ذلك الى استبعاد ضابط إسناد قانون الإرادة والبحث عن ضابط إسناد بديل ولكن في هذا الفرض فان الأطراف لديهم رغبة في أن يخضع عقدهم الدولي لقانون ما ولكن هذه الرغبة لم تحدد بشكل صريح وغير واضحة المعالم ولا توفر الاستدلال الكافي لإختيارهم , فان الحل الذي ذهب اليه الفقه في البحث عن الإختيار الضمني للوصول الى الإختيار المؤكد أو المفترض وما الى ذلك فانه قد يتعرض الى مشاكل في قدرة القاضي على استخلاص القانون المختار وتفسير الإرادة الضمنية لإختيار الطرفين وتحديد لقانون العقد وما يمكن أن يؤديه اختلاف استنتاج القاضي وتقريره للقانون المفترض عما كان يرمي اليه المتعاقدين فعلاً من اثار وخيمة على المتعاقدين وتهديد للامان القانون المنشود بل ويعرض عقدهم الى اختلاف الاحكام المرجوة وهذا ما يهدد الحقوق التي يجب إن تصان ،^(١٥٧) لذلك تعتبر هذه الاشكالية من أهم صعوبات تطبيق قانون الإرادة مما دعا جانب من الفقه الى رفض الإختيار الضمني واعتبار نتائج البحث عنه و استنتاجه غير واقعي يتسبب فيه القاضي بإفترض قانون وهمي لم تتجه إرادة الأطراف الى إختياره .^(١٥٨)

ثالثاً : رفض قانون القاضي للقانون المختار :

يؤدي إختيار الأطراف لقانون ما ليكون هو القانون المختص في حكم علاقتهم التعاقدية الدولية بشكل مخالف لما هو محدد من نطاق لقانون الإرادة في قانون القاضي الى رفض الاخير لهذا الإختيار وما يعبر عنه ببطلان إختيار القانون (قانون الإرادة) ولا يعني هذا بطلان القانون المختار نفسه أو بطلان قاعدة الإسناد و إنما بطلان الإختيار بسبب مخالفته لنطاق قانون الإرادة المحدد في قانون القاضي في هذه الحالة يقوم القاضي بالبحث عن القانون بديل بموجب قاعدة الإسناد البديلة (الاحتياطية) رفضاً منه للقانون المختار ويتأكد هذا الفرض عندما تشترط قواعد الإسناد توافر صلة الجنسية بين القانون المختار واحدى عناصر العلاقة التعاقدية فعندما لا يكون القانون الذي اختاره الطرفين قانون جنسية أحد عناصر العلاقة العقدية فان ذلك يؤدي الى رفض القاضي لهذا الاختيار على الرغم من انصار النظرية الشخصية لا يرون في هذه الصلة شرطاً لصحة الإختيار .^(١٥٩)

وقد ذهب الفقه الى ضرورة أن يكون الارتباط بين القانون المختار والعلاقة التعاقدية الدولية بموجب صلة جدية بينهما وهذه الصلة قد تستمد من عناصر الرابطة العقدية الشخصية أو الموضوعية ولا يهم إن كانت ذات طابع مكاني أو زماني كما يمكن إن تكون هنالك صلة ذهنية تربط العقد الدولي بنظام قانوني معين

دور قانون الإرادة وعقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

وحيث إن الفقه اختلف في هذه المسألة فيما يتعلق برفض القانون المنقطع الصلة بعناصر العقد أو قبوله وما يترتب على إستبعاد هذا القانون من أثر على توقعات الأفراد وحماية أهدافهم التعاقدية فإن الرأي الراجح يذهب الى إن حماية توقعات الأطراف التعاقدية وامانها القانوني لا يمكن أن يتم على حساب اهداف القانون الدولي الخاص .^(١٦٠)

كذلك تتعرض بعض القوانين المختارة الى عدم قبول القضاء فيما اذا كانت تتضمن من الأحكام ما يخالف النظام العام في قانون القاضي ذلك لان القاضي لا يمكن له أن يقوم بتطبيق نص من نصوص القانون الأجنبي وان نصت عليه قاعدة الإسناد الوطنية اذا كان يخالف القواعد و المصالح العليا للمجتمع أو يتعارض مع الأسس الجوهرية وما تعتبر في مجموعها من احكام ومفاهيم تكون فكرة النظام العام لقانون القاضي وان هذا التعارض ما بين احكام القانون المختار و مبادئ النظام العام لدولة القاضي يترتب أثرين الأول سلبي يؤدي الى إستبعاد القانون المختار كلاً أو جزءاً و الآخر إيجابي يتمثل بتطبيق قانون القاضي .^(١٦١)

كما إن القانون المختار قد لا يجد له تطبيقاً اذا ما اعتبر القاضي إن إختيار المتعاقدين كان ينطوي على تحايل على القانون من خلال تغيير الظروف المحيطة بهم من اجل توفير سبباً قانونياً ليجعل إختيار قانون معين مشروعاً لم يكن هذا الإختيار ممكناً لولا تغيير تلك الظروف المحيطة وهذا الفرض يجد له واقعاً عندما يشترط قانون القاضي وجود صلة ما بين عناصر العقد الدولي والقانون المختار فعندما لا تتحقق هذه الصلة و يعمل الأطراف على تغيير هذه الظروف لتحقيق تلك الصلة , ففي هذه الحالة فان للقاضي أن يمتنع عن تطبيق القانون الأجنبي و تطبيق القانون الوطني الذي حاول الأطراف استبعاده .^(١٦٢)

كما إن الفروض التي يستبعد معها تطبيق القانون المختار بالنسبة لقانون القاضي تختلف من قانون لآخر وحسب منهج النزاع الذي يتبناه القانون واسس قاعدة الإسناد و نطاق قانون الإرادة وبالتالي فان عدم مراعاتها يؤدي الى إستبعاد قانون الإرادة .

المقصد الثاني

طبيعة عقد الإعتاد المستندي

بينا في المقصد السابق قيود و صعوبات تطبيق قانون الإرادة المتعلقة بشروط وطبيعة قانون الإرادة والتي تتصل بفلسفة قواعد القانون الخاص و منهج النزاع الذي يتبناه قانون القاضي بخصوص مفهوم ونطاق قانون الإرادة أو بسبب عدم إتجاه إرادة الأطراف الى إختيار قانون ليكون إختيارهم هو الإختيار

دور قانون الإرادة وعقد الإعتامد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

التنازعي للقانون الواجب التطبيق فيما اذا كنا نتحدث عن مفهوم النظرية الموضوعية لقانون الإرادة , أما في هذا المطلب فاننا نواجه صعوبات تتصل بطبيعة الإعتامد المستندي و نظامه القانوني , وان كنا نرى انه لا مانع من خضوعه لقانون الإرادة من حيث المبدأ لانطباق هذا الضابط على عقود التجارة الدولية ومن بينها الإعتامدات المستندية الا إن الامر يتطلب وقوفاً على اتجاهات الفقه في هذا الخصوص وبيان الملاحظات الواردة في صعوبات تطبيق قانون الإرادة بشأنه والتي سنناقش أهمها وكما يلي :

أولاً : خصوصية عقد الإعتامد المستندي :

يذهب جانب من الفقه الى إن الإعتامد المستندي وان كان يخضع لأحكام قانون الإرادة فان الاخير لا يمكن أن يطبق على جميع علاقات الإعتامد المستندي ويرى هذا الإتجاه بان تعدد العلاقات في عقد الإعتامد المستندي الدولي التي تنشأ نتيجة تدخل مصارف متعددة الى جانب المصرف المصدر و أطراف عقد البيع الدولي الذين فتح الإعتامد المستندي الدولي تنفيذاً لتسوية المبادلات المالية بينهم يؤدي الى صعوبة ان تخضع جميع هذه العلاقات لقانون واحد ولذلك تتجه المحاكم الى تطبيق أكثر من قانون بحسب الرابطة التي اثير النزاع بصدها . (١٦٣)

ثانياً : صفة الإذعان في عقد الإعتامد المستندي :

ان عقود الإذعان من العقود التي يخضع فيها احد الأطراف الى شروط الطرف الآخر دون مناقشة أو اعتراض للحاجة الاقتصادية ويمكن إن نورد ما أورده الدكتور عبدالرزاق السنهوري حول مفهوم عقد الإذعان ((ففي دائرة عقود الإذعان يكون القبول مجــــرد اذعان لما يمليه الموجب فالقابل للعقد لم يصدر قبله بعــــد مفاوضة أو مناقشة فهو في موقفه من الموجب لا يملك الا أن يأخذ أو يدع , فرضائه موجود ولكنه مفروض عليه)) والى ذلك ذهب المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

ويذهب جانب من الفقه الى اعتبار العقود المصرفية ومن بينها عقود الإعتامدات المستندية نوعاً من عقود الإذعان لا يملك الزبون فيها مناقشة الشروط أو التفاصيل بسبب اختلاف المراكز المالية بين الأطراف فان احدهم يقوم بإملاء الشروط دون مناقشة الآخر وان المصارف إنما تقوم بوضع الشروط و بنود العقد بموجب استمارات مطبوعة سلفاً لا تسمح للزبون بالمناقشة أو الاعتراض سوى التعبير عن رضاه بموجب توقيع الاستمارة و تقديم الوثائق و المعلومات المطلوبة . (١٦٤)

دور قانون الإرادة وعقد الإعتد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

لذلك يرى جانب من الفقه ان شروط العقد يجب الا تكون خاضعة للمفاوضات الفردية وما يترتب عن ذلك من عدم توازن أو تكافؤ بين الحقوق والإلتزامات الناشئة عن العلاقة التعاقدية في الأحوال التي يكون الشرط مكتوباً بصفة مسبقة دون أن يكون للمستهلك أي تأثير في محتوى العقد. (١٦٥)

ويذهب البعض الآخر الى إن الإتجاه المعاصر استقر على بطلان كل الشروط التعسفية التي يقع فرضها على المستهلكين من قبل المنتجين أو الموزعين والموردين لان من شأنها خلق نوع من عدم التوازن العقدي بين حقوق وإلتزامات الأطراف المتعاقدة وينطبق ذلك على كافة العقود النموذجية أو تلك التي تبرم بين المحترف وغير المحترف ولا شك أن ذلك ينطبق على جانب كبير من المعاملات الدولية. (١٦٦)

الخاتمة

بعد الانتهاء من بحث موضوع دور قانون الإرادة في عقد الإعتد المستندي الدولي (دراسة مقارنة) و الخوض في حيثيات هذا الموضوع تم التوصل الى عدد من النتائج و التوصيات سنعرض لأهمها فيما يلي :

أولاً : النتائج :

١- ثبت لنا ان عقد الإعتد المستندي من العقود الأكثر أهمية في ميدان التجارة الدولية لما يقوم به من دور في توفير متطلبات التعامل التجاري في السداد و الوفاء بين المتعاملين في التجارة الدولية كما انه دوره كأداة ضمان يوفر حلاً في غاية الأهمية بين التجار الذي يكون كلاً منهم في دولة تختلف عن الأخرى.

٢- بسبب الأهمية التي لعبها نظام الإعتمادات المستندية في ميدان التجارة الدولية فقد كرس له مجتمع التجارة الدولية جهوداً مضمناً في سبيل جمع قواعده العرفية وتنقيحها على مدى سنوات طوال بدأت قبل عام ١٩٣١ م ولم تنتهي لغاية ٢٠٠٧ م التي تم فيها اصدار التنقيح الاخير للقواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية (٦٠٠).

٣- على الرغم من الأهمية و الدور الذي يضطلع به عقد الإعتد المستندي الا ان التشريعات الداخلية ومن بينها المشرع العراقي لم تنظم احكامه بالمستوى الذي يتلائم مع هذه الاحكام الا ان بعض هذه التشريعات

دور قانون الإرادة وعقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

الحديثة قامت بإعتاد القواعد والأعراف الموحدة للإعتادات المستندية باعتباره تنظيمًا خاص بعقود التجارة الدولية يفى بمتطلباتها و يلتم احتياجاتها التنظيمية .

٤- اتصف عقد الإعتاد المستندي بالصفة الدولية و على الرغم من إن الفقه قد اختلف في معايير الدولية وانقسم فيها الى معيار اقتصادي ومعيار قانوني وثالث مختلط فان الإعتاد المستندي يجد صفته الدولية من خلال جميع المعايير التي استخدمها الفقه , وحيث قررنا إعتاد المعيار الثالث باعتباره من أهم المعايير استخداماً في فقه القانون الدولي الخاص قررنا تطبيقه على عقد الإعتاد المستندي لنصل الى حقيقة اعتباره من العقود الدولية .

٥- توصل البحث الى ان ضابط الاسناد الذي نص عليه المشرع العراقي و تشريعات دول اخرى والذي يقوم على اختيار الأطراف لقانون العقد يمثل اسناد ملائم لعقد الإعتاد المستندي الدولي ويوفر لاطرافه الأمان القانوني بعيداً عن الجمود الذي تتسم به معايير اخرى , وفي الوقت نفسه لا يخلوا معيار قانون الإرادة من الإشكاليات أو الصعوبات بخصوص هذا العقد و التي من قد تتعلق بطبيعة قانون الإرادة و القيود التي يقرها المشرع الوطني بشأن هذا المعيار ومنها ما يتعلق بخصوصية عقد الإعتاد المستندي الدولي .

٦- تبين لنا ونتيجة للبحث إنعدام الاهتمام القانوني لكثير من المتعاقدين بمسائل الصياغة و إحاطة عقدهم الدولي بالتنظيم الكافي و الإتفاق على قانون العقد بشكل واضح بما لا يثير لبساً أو غموضاً مما يدفع القضاء للبحث عن القانون المختار والتوسل بالقرائن و الدلائل التي قد لا تكون صالحة و تؤدي الى التوصل الى قانون مفترض قد لا يعبر عن إرادة الاطراف الحقيقية و بالتالي يرتب تهديداً لإلتزاماتهم التعاقدية نتيجة إختلاف الاحكام القانونية التي يرتبها القانون الآخر .

ثانياً: التوصيات :

١- ان يقوم المشرع العراقي بتوفير الأحاطة التشريعية الكافية لعقد الإعتاد المستندي و اطرافه على النحو الذي يكفل تنظيم العلاقات القانونية الناشئة عن عقد الإعتاد المستندي بصورة متوازنة و واضحة و كافية من خلال النصوص الكافية في قانون التجارة العراقي أو من خلال الاعتراف بتطبيق القواعد و الأعراف الموحدة للإعتادات المستندية اسوة بالتشريعات الاخرى التي نصت على ذلك في نصوص قوانينها و اخص بالذكر المشرع التجاري السوري .

دور قانون الإرادة وعقد الإعتد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلل للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

٢- ندعو المشرع العراقي ايضاً الى تعديل المادة (٢٥) من القانون المدني على النحو الذي يؤدي الى تبني معايير مرنة في الاسناد الأحتياطي و النص على ضابط الأداء المميز بدلاً من قانون الموطن المشترك أو محل الابرام اذا لم يلجأ المتعاقدون الى اختيار قانون معين صراحة أو ضمناً إستناداً الى نص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي و التي تشير الى إمكانية الإختيار الضمني اذ تضمنت ((... أو يتبين من الظروف إن قانوناً آخر يراد تطبيقه ...)) وهذا ينصرف الى الاختيار الضمني لقانون العقد , في حين إن أهمية اعمال ضابط الاداء المميز تبرز في حالة غياب الإختيار .

٣- ان يعتمد القضاء العراقي المعيار المزدوج الخاص بالعقود الدولية وعدم التمسك بالمعيار القانوني , ذلك ان تحقق الدولية بمجرد اتصاف احد عناصر العقد بالصفة الاجنبية وان لم يكن مؤثراً في العلاقة القانونية أو ان العقد لم يكن معني بمصالح التجارة الدولية امر غير مناسب أو معقول , ذلك ان الجنسية لم تعد مبرراً كافياً في تطبيق القانون الاجنبي في العقود الدولية عندما تكون ظروف العقد الاخرى وطنية .

٤- تكريس الجهود العلمية لمناقشة واقع الإعتد المستندي و اطرافه وتاصيلها وفقاً لطبيعة هذه العقود التي انشنتها الأعراف الدولية والبحث في اسس علاقات الإعتد المستندي بعيداً عن التكيف التقليدي و الخروج بمعالجات اكثر حداثة وملائمة للتطور الذي تشهده علاقات القانون الخاص .

٥- أهتمام اطراف الرابطة التعاقدية الدولية بمسألة الصياغة القانونية لعقودهم و توضيح القانون المختار بشكل صريح على أن يكون من القوانين التي تتصل بعقدهم الدولي وغير منبئة الصلة عنه , و إعتد تطبيق القواعد والاعراف الموحدة للإعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية لما تتضمنه من تنظيم مناسب لأحكام الإعتمادات المستندية توفر الضمانة الكافية لأطراف العقد .

دور قانون الإرادة في عقد الإعتد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

الهوامش

- (١) د. عبد جمعة موسى الربيعي , الاحكام القانونية للإعتمادات المستندية و الكفالات المصرفية , مطبعة الزمان , بغداد , ٢٠٠٨ , ص ٢٨ .
- (٢) د. راشد الشمري , الصناعة المصرفية الإسلامية , دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع , عمان , ٢٠١٤ , ص ٣٣٠ .
- (٣) د. صالح بن عبدالله بن عطف العوفي , المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية , معهد الادارة العامة , الرياض , ١٩٩٨ , ص ٢٥٣ .
- (٤) نفس المصدر و الصفحة .
- (٥) د. حسن دياب , الإعتمادات المستندية التجارية , المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع , بيروت , ١٩٩٩ , ص ١٣ .
- (٦) د. عبد جمعة موسى الربيعي , مصدر سابق , ص ٢٩ .
- (٧) د. علي جمال الدين عوض , الإعتمادات المستندية , دراسة للقضاء والفقهاء المقارن , القاهرة , ١٩٨١ , ف ٥ , ص ١٢ .
- (٨) د. باسم محمد صالح , القانون التجاري , القسم الأول , بيروت , ٢٠١٢ , ص ٣٢٤ .
- (٩) حسن النجفي , معجم المصطلحات التجارية والمصرفية , دار الحرية للطباعة , بغداد , ١٩٧٦ , ص ٢٤٧ .
- (١٠) الشيخ اسحاق الفياض , البنوك (من وجهة النظر الاسلامية) , النجف الاشرف , بدون سنة طبع , ص ١٥٧ .
- (١١) السيد محمد باقر الصدر , البنك اللاربيوي في الإسلام , دار التعارف للمطبوعات , دمشق , ١٩٩٤ , ص ١٣١ .
- (١٢) د. صليب بطرس و المستشار ياقوت العشموي , الإعتماد المستندي من المنظور العملي والمنظور القانوني , المركز العربي للصحافة , القاهرة , ١٩٨٤ , ص ١١٤ .
- (١٣) د. باسم محمد صالح , مصدر سابق , ص ٢٤ .
- (١٤) قسوري فهيمه , النظام القانوني للإلتزامات في الإعتماد المستندي , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة قاصدي مرباح ورقلة , الجزائر , ٢٠٠٦ , ص ١٤ .
- (١٥) د. عبدالمجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير , الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون العراقي , الجزء الأول , مطابع وزارة التعليم العالي و البحث العلمي , جمهورية العراق , بغداد , ١٩٨٠ , ص ١٨٣ .
- (١٦) د. عصام حنفي محمود , قانون التجارة الدولي , ص ١٢٢ . نقلاً عن شبكة الانترنت بتاريخ ٢٠١٤/٥/١٤ الموقع التالي : www.olc.bu.edu.eg
- (١٧) د. علي جمال الدين عوض , مصدر سابق , ص ٢٤ .
- (١٨) قسوري فهيمه , مصدر سابق , ص ١٥ .
- (١٩) د. عصام حنفي محمود , مصدر سابق , ص ١٢١ .
- (٢٠) قسوري فهيمه , مصدر سابق , ص ١٤ .
- (٢١) المصدر نفسه , ص ١٥ .
- (٢٢) د. صالح بن عبدالله بن عطف العوفي , مصدر سابق , ص ٢٤٨ .

دور قانون الإرادة في عقد الإعتدالمستندي الدولي (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلم للعلوم القانونية والسياسية

- (٢٣) د.بختيار صابر بايز حسين ,مسؤولية المصرف في الإعتدالمستندي والمخاطر التي تواجهه , دار الكتب القانونية , القاهرة , ٢٠١٠ , ص ١٩ .
- (٢٤) د.عصام حنفي محمود , مصدر سابق, ص ١٢٢ . كذلك قسوري فهيمة , مصدر سابق , ص ١٦ .
- (٢٥) د.عصام حنفي محمود , نفس المصدر والصفحة .
- (٢٦) د.بختيار صابر بايز حسين , مصدر سابق , ص ٦٥ .
- (٢٧) حسن النجفي , شرح الإعتدالمستندية , المعرفة للنشر والتوزيع , بغداد . ١٩٩٠ , ص ٩٣ .
- (٢٨) د. بختيار صابر بايز حسين , مصدر سابق , ص ٧٣ .
- (٢٩) حسن النجفي , شرح الإعتدالمستندية , مصدر سابق , ص ٥٩ .
- (٣٠) د.عبد جمعة موسى الربيعي , مصدر سابق , ص ٦٤ .
- (٣١) يعقوب الياس السفري , النظرية والتطبيق في احكام الأعراف ٦٠٠, UCP600 , اتحاد المصارف العربية , ٢٠٠٧ , ص ٣١٧ .
- (٣٢) يعقوب الياس السفري , مصدر سابق , ص ٢٥٨ .
- (٣٣) سماح يوسف اسماعيل السعيد , العلاقة التعاقدية بين اطراف عقد الإعتدالمستندي , رسالة ماجستير , جامعة النجاح الوطنية ,كلية الدراسات العليا , نابلس , فلسطين , ٢٠٠٧ , ص ١٩ .
- (٣٤) المادة(٨-أ) من قواعد الاعراف الموحدة للإعتدالمستندية ٥٠٠ الصادرة عن غرفة التجارة الدولية عام ١٩٩٦ . كذلك راجع المادة الثانية من القواعد الموحدة ٦٠٠ .
- (٣٥) المادة ٢٧٥ فقرة ثانياً من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ .
- (٣٦) يعقوب الياس السفري , مصدر سابق , ص ٨٤ .
- (٣٧) د.عبد جمعة موسى الربيعي , مصدر سابق , ص ٦٩ .
- (٣٨) د.عصام حنفي محمود , مصدر سابق , ص ١٢٩ .
- (٣٩) د.علي جمال الدين عوض , مصدر سابق , ص ٢٣ . كذلك انظر د. سميحة القليوبي , المنظمات الدولية , الطبعة الأولى , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٢ , ص ١٩٨ .
- (٤٠) د.بختيار صابر بايز حسين , مصدر سابق , ص ٨٥ .
- (٤١) نفس المصدر , ص ٨٠ .
- (٤٢) نفس المصدر , ص ٨٥ .
- (٤٣) د.علي جمال الدين عوض , مصدر سابق , ص ٤٥٢ . كذلك د.علي البارودي ,العقود و عمليات البنوك التجارية , منشأة المعارف , الاسكندرية . ١٩٦٨ , ص ٣٧٨ .
- (٤٤) انظر في ذلك حسن النجفي , شرح الإعتدالمستندية , مصدر سابق , ص ٥٩ .
- (٤٥) د.علي جمال الدين عوض , مصدر سابق , ص ٤٥٠ .
- (٤٦) سماح يوسف اسماعيل السعيد , مصدر سابق , ص ٦٢ .
- (٤٧) د. بختيار صابر بايز حسين , مصدر سابق , ص ١١٩ .
- (٤٨) يعقوب الياس السفري , مصدر سابق , ص ٤٥ .

دور قانون الإرادة في عقد الإعتد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

- (٤٩) المواد (٤٢٨) من القانون التجاري الاماراتي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣. و (٣٦٧) من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠.
- (٥٠) د. محمود الكيلاني, عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا , مطبعة عبير, حلوان , ١٩٨٨, ص ١٧٠.
- (٥١) عوني محمد الفخري , اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية , توزيع مكتبة صباح , بغداد , ٢٠٠٧ , ص ١٦ .
- (٥٢) د.سلطان عبد الله محمود الجوارى , القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والإعتد والمستندي (دراسة مقارنة) , الطبعة الأولى , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , ٢٠١٠, ص ١٨ .
- (٥٣) عوني محمد الفخري , مصدر سابق , ص ١٦ .
- (٥٤) د.هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , دار الفكر الجامعي , الاسكندرية , ٢٠٠١, ص ٧٥ .
- (٥٥) عوني محمد الفخري , مصدر سابق , ص ٢٤ .
- (٥٦) د.سامية راشد , التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة , الكتاب الأول , اتفاق التحكيم , القاهرة , ١٩٨٤ , ص ٩١.
- (٥٧) د.هشام علي صادق , مصدر سابق , ص ١١٢ .
- (٥٨) خليل إبراهيم محمد خليل , القانون الواجب التطبيق على سندات الشحن البحرية - دراسة مقارنة , رسالة ماجستير , كلية القانون , جامعة الموصل , ٢٠٠٥ , ص ٧٣ .
- (٥٩) د.محمد وليد المصري , الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص , دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي , الطبعة الأولى , دار مكتبة الحامد للنشر والتوزيع , ٢٠٠٢ , ص ١٩٤ .
- (٦٠) د. سلطان عبد الله محمود الجوارى , المصدر السابق , ص ٢٢ .
- (٦١) د. محمد يوسف علوان , القانون الدولي للعقود , مجلة الحقوق والشريعة , السنة الرابعة , العدد الثاني , جامعة الكويت , ١٩٨٠ , ص ١٤٠ . نقلاً عن شبكة الانترنت بتاريخ ٢٢/١٠/٢٠١٥ من الموقع التالي :
www.pubcouncil.kuniv.edu.kw
- (٦٢) د.هشام علي صادق , مصدر سابق , ص ١١٩ .
- (٦٣) د.هشام خالد , ماهية العقد الدولي , منشأة المعارف , الاسكندرية , ٢٠٠٧, ص ٢٩١ .
- (٦٤) د.هشام علي صادق , مصدر سابق , ص ١٢٠ .
- (٦٥) د.عصام حنفي محمود , مصدر سابق , ص ١٢١ .
- (٦٦) حسن النجفي , الإعتمادات المستندية بين النظرية والتطبيق , مصدر سابق , ص ٢٨ .
- (٦٧) د.عكاشة محمد عبدالعال , قانون العمليات المصرفية الدولية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية) , الدار الجامعية , بيروت , ١٩٩٣ , ص ٣٦٣ .
- (٦٨) د.هشام خالد , مصدر سابق , ص ٢٨٢ .
- (٦٩) د.صليب بطرس و المستشار ياقوت عشموي , مصدر سابق , ص ١١٦ .
- (٧٠) د.علي جمال الدين عوض , مصدر سابق , ص ٥٧ .
- (٧١) د.عبدالمجيد الحكيم و عبدالباقي البكري و محمد طه البشير , مصدر سابق , ص ٣ .
- (٧٢) د. صليب بطرس و المستشار ياقوت عشموي , مصدر سابق , ص ١٤٠ .

دور قانون الإرادة في عقد الإعتد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

- (٧٣) نفس المصدر , ص ١٣٨ .
- (٧٤) يعقوب الياس السفري , مصدر سابق , ص ٩٧ .
- (٧٥) حسن النجفي , الإعتمادات المستندية بين النظرية والتطبيق , مصدر سابق , ص ١٧١ .
- (٧٦) منير محمد الجنبهي وممدوح محمد الجنبهي , أعمال البنوك , دار الفكر الجامعي , الاسكندرية , ٢٠٠٠ , ص ١٧٩ .
- (٧٧) د. صليب بطرس والمستشار ياقوت العشماوي , مصدر سابق , ص ١٦٤ .
- (٧٨) قسوري فهيمة , مصدر سابق , ص ١٢٤ . كذلك الياس ناصيف , الكامل في قانون التجارة وعمليات المصارف , الجزء الثالث , ط ١ , منشورات عويدان والبحر المتوسط , لبنان , ١٩٨٣ , ص ٤٦٤ .
- (٧٩) د. باسم محمد صالح , مصدر سابق , ص ٣٢٨ .
- (٨٠) د. عصام حنفي محمود , مصدر سابق , ص ١٣٦ .
- (٨١) د. محي الدين اسماعيل علم الدين , الإعتمادات المستندي , الطبعة الأولى , المعهد العالمي للفكر الاسلامي , القاهرة , ١٩٩٦ , ص ٣٨ .
- (٨٢) د. باسم محمد صالح , مصدر سابق , ص ٣٢٨ .
- (٨٣) المصدر السابق , ص ٣٢٩ . كذلك د. صليب بطرس والمستشار ياقوت العشماوي , مصدر سابق , ص ١٥٦ .
- (٨٤) د. سلطان عبد الله محمود الجوارى , مصدر سابق , ص ١٢٨ .
- (٨٥) د. باسم محمد صالح , مصدر سابق , ص ٣٢٨ .
- (٨٦) يعقوب الياس السفري , مصدر سابق , ص ٩٧ .
- (٨٧) د. لطيف جبر كومانى , مسؤولية البائع في البيوع البحرية , مطبعة مؤسسة الثقافة العمالية , بغداد , ١٩٨٢ , ص ٥٥ .
- (٨٨) د. اشرف وفا محمد , استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الأطراف , ط ١ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٥ , ص ٦ .
- (٨٩) د. عز الدين عبدالله , القانون الدولي الخاص المصري , الجزء الثاني , ط ٣ . مكتبة النهضة المصرية , القاهرة , ١٩٥٨ , ص ٣٦٧ .
- (٩٠) د. عكاشة محمد عبدالعال , مصدر سابق , ص ١٨ .
- (٩١) د. عز الدين عبدالله , مصدر سابق , ص ٣٦٩ .
- (٩٢) د. هشام علي صادق , مصدر سابق , ص ٢٨ .
- (٩٣) د. شمس الدين الوكيل , النظرية العامة للقانون , الاسكندرية , ١٩٦٣ , ص ٥٠ .
- (٩٤) د. منذر الفضل , النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني , ط ١ , دار الكتب والوثائق , بغداد , ١٩٩١ , ص ٤٠ .
- (٩٥) د. عبدالباقي البكري و د. زهير البشير , المدخل لدراسة القانون , شركة العائك لصناعة الكتب , القاهرة , ٢٠١١ , ص ١٦٦ .

دور قانون الإرادة في عقد الإعتد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

- (٩٦) د. حفيفة السيد حداد ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٢ ، ص ٤١١ .
- (٩٧) د. هشام علي صادق ، مصدر سابق ، ص ١٣٢ .
- (٩٨) د. عز الدين عبدالله ، مصدر سابق ، ص ٣٧٠ . كذلك انظر د. جابر جاد عبدالرحمن ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، مطبعة الهلال ، بغداد ، ١٩٧١ ، ص ٢٢٠ .
- (٩٩) د. سلطان عبدالله الجوارى ، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص ١١٢ .
- (١٠٠) د. هشام علي صادق ، دروس في القانون الدولي الخاص ، مطبعة الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٦ ، ص ٢٥٨ .
- (١٠١) د. غالب علي الداودي و د. حسين محمد الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، سنة الطبع غير معروفة ، ص ١٤٩ .
- (١٠٢) د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص ١٤٣ .
- (١٠٣) د. سلطان عبدالله الجوارى ، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق ، مصدر سابق ، ص ١٢٣ .
- (١٠٤) د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص ٣٥١ .
- (١٠٥) د. عكاشة محمد عبدالعال ، مصدر سابق ، ص ١٨ .
- (١٠٦) د. عباس العبودي ، تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٥ ، ص ١٨٠ .
- (١٠٧) د. عبدالرسول عبدالرضا الاسدي ، القانون الدولي الخاص ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٥ ، ص ٢٩٦ .
- (١٠٨) د. جابر جاد عبدالرحمن ، مصدر سابق ، ص ٢٢١ .
- (١٠٩) د. عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص ١٨٣ .
- (١١٠) د. عز الدين عبدالله ، مصدر سابق ، ص ٢١٤ .
- (١١١) د. احمد عبدالكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة الطبع غير معروفة ، ص ٣١٣ وما بعدها .
- (١١٢) د. سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٥٦٨ .
- (١١٣) المادة الأولى فقرة (١) من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية .
- (١١٤) د. عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص ١٨٠ .
- (١١٥) د. احمد عبدالكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص ٣١٦ .
- (١١٦) مثال على ذلك نموذج عقد الإعتد المستندي المعتمد لدى المصرف العراقي للتجارة الفقرات ١٥ و ١٩ و ١٠ .
- (١١٧) د. نرجس البكوري ، تطبيق العادات والأعراف أمام المحكم في المنازعات التجارية الدولية ، مقال منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية ، على موقع الفيس بوك ، بتاريخ ٢١/شباط/٢٠١٥ .
- (١١٨) انظر نص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي و المادة (١٩) من القانون المدني المصري .
- (١١٩) د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص ٣٩٧ .

دور قانون الإرادة في عهد الإعتدال المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

العدد الثاني/ السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

- (١٢٠) د. خليل إبراهيم محمد خليل , مصدر سابق , ص ٩٢ .
- (١٢١) د. عكاشة محمد عبدالعال , الوجيز في تنازع القوانين , دار المعرفة الجامعية , القاهرة , ٢٠٠٥ , ص ٣٨٨ .
- (١٢٢) قرار محكمة التمييز المرقم ٨٣٤/مدنية أولى/١٩٧٧ في ١٩٧٨/٦/٦ المنشور في مجلة الأحكام العدلية , العدد الثاني , السنة التاسعة , ١٩٧٨ , ص ١٠٠ .
- (١٢٣) د. عز الدين عبدالله , مصدر سابق , ص ٣٨٥ ومابعدھا .
- (١٢٤) د. عكاشة محمد عبدالعال , قانون العمليات المصرفية الدولية , مصدر سابق ص ١١٣ .
- (١٢٥) عوني محمد الفخري , مصدر سابق , ص ٢٩ .
- (١٢٦) د. سلطان عبدالله محمود الجواري , عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق , مصدر سابق , ص ١٠١ .
- (١٢٧) د. عكاشة محمد عبدالعال , قانون العمليات المصرفية الدولية , مصدر سابق , ص ١١٣ .
- (١٢٨) د. سلطان عبدالله الجواري , عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق , مصدر سابق , ص ١٠٤ .
- (١٢٩) د. عباس العبودي , مصدر سابق , ص ١٨٤ .
- (١٣٠) د. سلطان عبدالله الجواري , عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق , مصدر سابق , ص ١٠٥ .
- (١٣١) - Deby Gerard , Le role de la regle de conflit dans le reglement des rapports internationaux , these , Paris, 1973, p242 . نقلا عن د. هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , مصدر سابق , ص ٤٢٨ .
- (١٣٢) د. هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , مصدر سابق , ص ٤٣٠ .
- (١٣٣) القرار المرقم ٥٨٣ لسنة ١٩٧٠ محكمة استئناف انكلترا . نقلاً عن د. عوني محمد الفخري , مصدر سابق , ص ٣٧ .
- (١٣٤) د. غالب علي الداودي و د. حسين محمد الهداوي , مصدر سابق , ص ١٥٣ .
- (١٣٥) د. سلطان عبدالله الجواري , القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري و الإعتدال المستندي , مصدر سابق , ص ١٦٠ .
- (١٣٦) د. باسم محمد صالح , مصدر سابق , ص ٢٢ .
- (١٣٧) د. سلطان عبدالله الجواري , القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري و الإعتدال المستندي , مصدر سابق , ص ٥١ .
- (١٣٨) د. عكاشة محمد عبدالعال . الوجيز في تنازع القوانين , مصدر سابق , ص ٣٨٩ .
- (١٣٩) انظر المادة (٢) من قانون المعاملات التجارية الاماراتي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ .
- (١٤٠) المادة ١٨ من القانون المدني الجزائري رقم (٥٨-٧٥) لسنة ١٩٧٤ .
- (١٤١) انظر المادة ٢٠ فقرة ١ من القانون المدني الاردني لسنة ١٩٧٦ .
- (١٤٢) الفقرة الأولى من المادة الثالثة من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية .
- (١٤٣) عوني محمد الفخري , مصدر سابق , ص ٣٠ .

دور قانون الإرادة في عقد الإعتد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

- (١٤٤) نفس المصدر , ص ٣٤ .
- (١٤٥) د. طرح البحور علي حسن فرج , تدويل العقد , منشأة المعارف , الاسكندرية , ٢٠٠٠ , ص ٣٤ .
- (١٤٦) د.عوني محمد الفخري , مصدر سابق , ص ٤٥ .
- (١٤٧) د.سلطان عبدالله الجواري , القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والإعتد المستندي , مصدر سابق , ص ٤٨ .
- (١٤٨) د.عكاشة محمد عبدالعال , قانون العمليات المصرفية الدولية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية) , مصدر سابق , ص ١٢١ .
- (١٤٩) د.علي جمال الدين عوض , مصدر سابق , ص ٥٤ . كذلك انظر د.صليب بطرس و ياقوت العشماوي , مصدر سابق , ص ١٩٠ .
- (١٥٠) قرار محكمة الطعن المرقم ٤٤٣ لسنة ٤٥ ق , نقلاً عن د.علي جمال الدين عوض , مصدر سابق , ص ٥٤ .
- (١٥١) سماح يوسف السعيد , مصدر سابق , ص ١٤٧ .
- (١٥٢) د.عكاشة محمد عبدالعال , قانون العمليات المصرفية الدولية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية) , مصدر سابق , ص ١١١ .
- (١٥٣) د.احمد عبدالكريم سلامة , مصدر سابق , ص ١٧٢ .
- (١٥٤) د.هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , مصدر سابق , ص ٣٧٩ .
- (١٥٥) يقصد بمبدأ الكفاية الذاتية ان يتم صياغة العقد و تضمينه من الشروط التي تستلزمها علاقة أطرافه من خلال تحريره بدقة وتفصيل تغني القضاء عن الاستعانة باي قانون لتفسيره . لتفاصيل أكثر يرجع د. احمد عبدالكريم سلامة , مصدر سابق , ص ٤٤ .
- (١٥٦) د.سلطان عبدالله الجواري , عقود التجارة الألكترونية والقانون الواجب التطبيق , مصدر سابق , ص ١٠٠ .
- (١٥٧) د.عكاشة محمد عبدالعال , تنازع القوانين , مصدر سابق , ص ٣٨٩ .
- (١٥٨) د.هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , مصدر سابق , ص ٤٢٦ .
- (١٥٩) د.سلطان عبدالله الجواري , عقود التجارة الألكترونية والقانون الواجب التطبيق , مصدر سابق , ص ١٢٤ .
- (١٦٠) د.هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , مصدر سابق , ص ٤٦٦ .
- (١٦١) د.هشام علي صادق , دروس في القانون الدولي الخاص , مصدر سابق , ص ١٥٠ .
- (١٦٢) د.عبدالحميد عمر وشاحي , القانون الدولي الخاص , الجزء الأول , مطبعة التقيض الأهلية , بغداد , ١٩٤١ , ص ١٨٧ .
- (١٦٣) د.عكاشة محمد عبدالعال , قانون العمليات المصرفية الدولية , مصدر سابق , ص ١١٨ .
- (١٦٤) حسن النجفي , شرح الإعتمادات المستندية , مصدر سابق , ص ٤٧ .
- (١٦٥) د.عبد الفتاح عبد الباقي , موسوعة القانون المدني , نظرية العقد والإرادة المنفردة , القاهرة , ١٩٨٤ , ص ٢١٣ .
- (١٦٦) خوله كاظم محمد راضي , الإيجاب في عقد الأذعان , مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية , العدد الأول / السنة السادسة , ص ٣٨٨ . نقلاً من شبكة الانترنت بتاريخ ٢٠١٥/٦/٢١ الموقع التالي :

www.uobabylon.edu.iq/publications/law_edition9/article_ed9_3.doc

دور قانون الإرادة في عقد الإعتاد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

١٦. د.سلطان عبد الله محمود الجواري , القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والإعتاد والمستندي (دراسة مقارنة) , الطبعة الاولى , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , ٢٠١٠ .
١٧. د.سلطان عبدالله الجواري , عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق , ط ١ , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , ٢٠١٠ .
١٨. سماح يوسف اسماعيل السعيد , العلاقة التعاقدية بين اطراف عقد الإعتاد المستندي , رسالة ماجستير , جامعة النجاح الوطنية , كلية الدراسات العليا , نابلس , فلسطين , ٢٠٠٧ .
١٩. د. سميحة القليوبي , المنظمات الدولية , الطبعة الأولى , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٢ .
٢٠. د.شمس الدين الوكيل , النظرية العامة للقانون , الاسكندرية , ١٩٦٣ .
٢١. د.صالح بن عبدالله بن عطف العوفي , المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية , معهد الادارة العامة , الرياض , ١٩٩٨ .
٢٢. د.صليب بطرس و المستشار ياقوت العشاوي , الإعتاد المستندي من المنظور العملي والمنظور القانوني , المركز العربي للصحافة , القاهرة , ١٩٨٤ .
٢٣. د.طرح البحور علي حسن فرج , تدويل العقد , منشأة المعارف , الاسكندرية , ٢٠٠٠ .
٢٤. د.عباس العبودي , تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية , مكتبة السنهوري , بغداد , ٢٠١٥ .
٢٥. د.عبد جمعة موسى الربيعي , الاحكام القانونية للإعتمادات المستندية و الكفالات المصرفية , مطبعة الزمان , بغداد , ٢٠٠٨ .
٢٦. د.عبد الباقي البكري و د. زهير البشير , المدخل لدراسة القانون , شركة العاتك لصناعة الكتب , القاهرة , ٢٠١١ .
٢٧. د. عبد الحميد عمر وشاحي , القانون الدولي الخاص , الجزء الأول , مطبعة التفيض الأهلية , بغداد , ١٩٤١ .
٢٨. د.عبد الرسول عبد الرضا الاسدي , القانون الدولي الخاص , مكتبة السنهوري , بيروت , ٢٠١٥ .
٢٩. د.عبد الفتاح عبد الباقي , موسوعة القانون المدني , نظرية العقد والإرادة المنفردة , القاهرة , ١٩٨٤ .
٣٠. د.عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير , الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون العراقي , الجزء الاول , مطابع وزارة التعليم العالي و البحث العلمي , جمهورية العراق , بغداد , ١٩٨٠ .
٣١. د.عز الدين عبدالله , القانون الدولي الخاص المصري , الجزء الثاني , ط ٣ , مكتبة النهضة المصرية , القاهرة , ١٩٥٨ .
٣٢. د.عكاشة محمد عبدالعال , الوجيز في تنازع القوانين , دار المعرفة الجامعية , القاهرة , ٢٠٠٥ .

دور قانون الإرادة في عقد الإعتد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

٣٣. د. عكاشة محمد عبدالعال , قانون العمليات المصرفية الدولية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية) , الدار الجامعية , بيروت , ١٩٩٣ .
٣٤. د. علي البارودي , العقود و عمليات البنوك التجارية , منشأة المعارف , الاسكندرية , ١٩٦٨ .
٣٥. د. علي جمال الدين عوض , الإعتمادات المستندية, دراسة للقضاء والفقهاء المقارن , القاهرة , ١٩٨١ .
٣٦. عوني محمد الفخري , اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية , توزيع مكتبة صباح , بغداد , ٢٠٠٧ .
٣٧. د. غالب علي الداودي و د. حسين محمد الهداوي , القانون الدولي الخاص , الجزء الثاني , العاتك لصناعة الكتاب , القاهرة , سنة الطبع غير معروفة .
٣٨. قسوري فهيمة , النظام القانوني للإلتزامات في الإعتماد المستندي , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة قاصدي مرباح ورقلة , الجزائر , ٢٠٠٦ .
٣٩. د. لطيف جبر كوماتي , مسؤولية البائع في البيوع البحرية , مطبعة مؤسسة الثقافة العمالية , بغداد , ١٩٨٢ .
٤٠. السيد محمد باقر الصدر , البنك اللاربوي في الإسلام , دار التعارف للمطبوعات , دمشق , ١٩٩٤ .
٤١. د. محمد وليد المصري , الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص , دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي , الطبعة الأولى , دار مكتبة الحامد للنشر والتوزيع , ٢٠٠٢ .
٤٢. د. محمود الكيلاني , عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا , مطبعة عبير , حلوان , ١٩٨٨ .
٤٣. د. محي الدين اسماعيل علم الدين , الإعتمادات المستندي , الطبعة الأولى , المعهد العالمي للفكر الاسلامي , القاهرة , ١٩٩٦ .
٤٤. د. منذر الفضل , النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني , ط ١ , دار الكتب والوثائق , بغداد , ١٩٩١ .
٤٥. منير محمد الجنبهي وممدوح محمد الجنبهي , أعمال البنوك , دار الفكر الجامعي , الاسكندرية , ٢٠٠٠ .
٤٦. د. هشام خالد , ماهية العقد الدولي , منشأة المعارف , الاسكندرية , ٢٠٠٧ .
٤٧. د. هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , دار الفكر الجامعي , الاسكندرية , ٢٠٠١ .
٤٨. د. هشام علي صادق , دروس في القانون الدولي الخاص , مطبعة الدار الجامعية , بيروت , ١٩٨٦ .

دور قانون الإرادة في عقد الإعتد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

٤٩. يعقوب الياس السفري , النظرية والتطبيق في احكام الأعراف ٦٠٠ , UCP600 , اتحاد المصارف العربية , ٢٠٠٧ .

= Deby Gerard , Le role de la regle de conflit dans le- reglement des rapports internationaux , these , Paris , 1973 .

ثانياً : الإصدارات الدورية والمصادر الالكترونية :

١. مجلة الأحكام العدلية ، العدد الثاني، السنة التاسعة ، ١٩٧٨ .
٢. خوله كاظم محمد راضي ، الإيجاب في عقد الأذعان ، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الأول/ السنة السادسة . نقلاً من شبكة الانترنت بتاريخ ٢٠١٥/٦/٢١ الموقع التالي:

٣. www.uobabylon.edu.iq/publications/law_edition9/article_ed9_3.doc

٤. د. عصام حنفي محمود ، قانون التجارة الدولية . نقلاً عن شبكة الانترنت بتاريخ ٢٠١٤/٥/١٤ الموقع التالي :

www.olc.bu.edu.eg

٥. د. محمد يوسف علوان ، القانون الدولي للعقود ، مجلة الحقوق والشرعية ، السنة الرابعة ، العدد الثاني ، جامعة الكويت ، ١٩٨٠ . نقلاً عن شبكة الانترنت بتاريخ ٢٠١٥/١٠/٢٢ من الموقع التالي :

www.pubcouncil.kuniv.edu.kw

٦. د. نرجس البكوري ، تطبيق العادات والأعراف أمام المحكم في المنازعات التجارية الدولية ، مقال منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية ، على موقع الفيس بوك ، بتاريخ ٢٠١٥/شباط/٢١ .

ثالثاً : القوانين و الاتفاقيات الدولية :

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .
٢. القانون المدني المصري رقم (٣١) لسنة ١٩٤٨ .
٣. القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ .
٤. قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ .
٥. قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المعدل .
٦. قانون التجارة القطري رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٦ .
٧. قانون التجارة السوري رقم (٣٣) لسنة ٢٠٠٧ .

دور قانون الإرادة في عقد الإعتماد المستندي الدولي (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

٨. قانون التجارة الاردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦ .
٩. قانون المعاملات التجارية الاماراتي رقم (١٨) لسنة ١٩٩٣ .
١٠. القانون المدني الجزائري رقم (٧٥-٥٨) لسنة ١٩٧٤ .
١١. قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ .
١٢. قانون التجارة البحريني رقم (٧) لسنة ١٩٨٧ .
١٣. قانون التجارة الكويتي رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠ .
١٤. قانون التجارة اليمني رقم (٣٢) لسنة ١٩٩١ .
١٥. القانون الدولي الخاص الالمانى لسنة ١٩٨٦ .
١٦. قانون التجارة السويسري لسنة ١٩٨٧ .
١٧. قانون التجارة النمساوي لسنة ١٩٧٨ .
١٨. اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية .
١٩. القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية رقم (٦٠٠) الصادرة عن غرفة التجارة الدولية .
٢٠. القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية رقم (٥٠٠) الصادرة عن غرفة التجارة الدولية .

Abstract

The research aims to discussion the role of the chosen law in international documentary credit contract and its impact in solving the problematic conflict between the laws that cause this decade by raising them because of international called and multiple limbs and undergo all of them to a state of law differs from the other .

As the officer will attribution of controls stipulated by the laws of most states is working on the application of the chosen on the International Decade of the law without the threat of legal safety and away from the inertia that characterizes some other standards .

The research and by dividing it into two sections we dealt with in the first part, the analysis of holding the international documentary credit through the statement of what it is and stand on its importance and the types and effects and legal qualification who made about it in terms of Fiqh and the statement of the most important theories that responded to it and then discuss international described and in the second topic will law by exposure to the concept and the statement of the theories that she called and clarify the scope and methods of his choice and a statement suitability for use in holding the international documentary credit and then was standing on the difficulties of application in the contract letter of credit and we have found that these difficulties may be related to the methodology of the standard will law and those related to the privacy of contract Accreditation international documentary .

The role of the chosen law in contract of international documentary credit

A.P.D. Firas Kereem AL-Bedhani

Ali Abdulhusein Alyasiri