الغش وأثره على الإلتزام المصرفي المستقل في عقد الإعتماد المستندي في القانون الجزائري

الأستاذة : معزي صونية

أستاذ مساعدة " أ " بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة باتنة

ملخص:

الإعتماد المستندي مؤسسة قانونية تجارية أنشأت لضمان الوفاء بأثمان البيوع الدولية قوامها تعهد مستقل في طبيعته ومجرد عن سببه يكون صادرا عن مصرف، فلا تؤثر الوقائع الإستثنائية التي يحتمل مواكبتها لعقد البيع الدولي على إستقلالية الإلتزام البنكي.

وقد إتفقت المحاكم الدولية والإجتهادات الفقهية على أن الغش يعتبر الإستثناء الوحيد على مبدأ إستقلالية الإعتمادات المستندية، وهو ما تتناوله هذه الورقة البحثية، لاسيما في ظل عدم وجود معيار قانوني موحد يبين الغش المعتد به قانونا.

Résumé :

Le crédit documentaire occupe une place significative dans le commerce international par la sécurité plus grande qu’il confère à l’exportateur concernant l’exécution de cette obligation fondamentale de son cocontractant qu’est le paiement du prix. Dans les opérations de crédit documentaire, toutes les parties intéressées n’ont à considérer que les documents, à l’exécution des marchandises et des services auxquels les documents peuvent se rapporter. Le principe de la séparation du contrat de crédit et du contrat de vente, principe qui faisait toute la force du mécanisme dans le cadre de la protection des intérêts des parties, devient sa principale faiblesse dans la lutte contre la fraude La fraude constitue la seule et unique exception au principe de l’autonomie du crédit documentaire, la jurisprudence semble avoir trouvé une solution face à cet inextricable problème. C’est le développement du principe autonome d’illicéité intrinsèque des documents En synthèse, nous avons remarqué combien il était délicat de tracer une frontière entre la mauvaise ou l’absence d’exécution du contrat commercial et la constitution de fraude. C’est en finalité l’appréciation du juge qui tranche en la matière.

مقدمة:

تشكل الإعتمادات المستندية أحد الأعمدة القاعدية للتـجارة الخارجية، باعتبارها التقنيـة المصرفية الأكثر إستعمالا لهجرة رؤوس الأمـوال بين الـدول، والتي ترضي مستهلكيها تمويلا وضمانا، وتستجيب لدواعي الأمان المفتقد في البيوع الدولية.

فتباعد أطراف العقد الدولي مكانيا، وامتداد تنفيذ أداءاته زمنيا، وإختلاف اللغات والعملات النقدية والقوانين والأنظمة السياسية، إضافة إلى صعوبة تمكن البائع من الوقوف على المركز المالي الحقيقي للمشتري، كان دافعا قويا وراء اللجوء لوساطة البنوك في تنفيذ العقد الدولي إستكمالا للفراغ الخاص بالثقة بين المتعاملين الدوليين.

وبإعتبار الإعتماد المستندي إحدى العقود المرافقة لصفقات الإستيراد والتصدير، كان من المنطقي أن ينشأ في كنف جملة من المبادئ العالمية التي ترتقي بأطرافه إلى أعلى مراتب الحماية، أسست جميعها على مبدأ أسطوري سمي بمبدأ إستقلالية الإلتزام المصرفي، هذا المبدأ الذي يحصن البنك وعملائه من الوقائع الإستثنائية والظروف الطارئة التي قد تعترض عقد الإستيراد والتصدير الذي جاء الإعتماد المستندي تنفيذا له وذلك بحصر الإلتزام المصرفي في فحص رقابة تطابق مستندات العقد الدولي مع الشروط الواردة بالإعتماد المستندي دون التسرب إلى فحص تطابقها مع البضاعة أو العقود الأخرى المرتبطة بها.

ولئن كان تحديد الإلتزام المصرفي بفحص التطابق الظاهري للمستندات جاء تكريسا لمبدأ إستقلالية الإعتماد المستندي، إلا أن ذلك من شأنه أن يفتح الباب أمام أصحاب النفوس الضعيفة بإستسهال إستعمال الغش أو الوسائل الإحتيالية بغية الحصول على قيمة الإعتماد المستندي بغير وجه حق، وهو ما دفعنا إلى التساؤل: **هل يعد الغش سببا يوجب تعطيل مبدأ إستقلالية الإلتزام المصرفي في عقد الإعتماد المستندي في القانون الجزائري؟.**

وللإجابة على هذه الإشكالية سنحاول تحليل مضمون مبدأ إستقلالية الإلتزام المصرفي كدراسة أولية ضرورية قبل أن نلج إلى دراسة ماهية الغش كموجب لتعطيل مبدأ الإستقلال في الإعتمادات المستندية، وذلك ببيان الشروط الموضوعية والشكلية المشترطة لزوما للإعتداد بهذا الغش وترتيبه لأثاره القانونية في التشريع الجزائري.

المبحث الأول: إستقلالية الإلتزام المصرفي في عقد الإعتماد المستندي والنتائج المترتبة عنه

ببلوغ التبادل التجاري درجة هامة في الاقتصاد العالمي، أثمر ميلاد فكر مصرفي تجاوز صورته البدائية في قبض ودفع نقود معدنية أو ورقية أو منحها لطالبي الائتمان، بحيث أصبحت البنوك تصدر تعهدات بدفع قيمة الصفقات الدولية لمستحقيها تكون محصنة في تنفيذها عن أية دفوع تستهدف عرقله دفع قيمة الإعتماد، وهو ما يعرف بمبدأ إستقلالية الإلتزام المصرفي.

وحتى نتمكن من سبر أغوار هذا المبدأ السيادي إقتضى منا الأمر البحث عن المقصود بالإعتماد

المستندي بغية تحديد إستقلالية الإلتزام المصرفي في ظله.

المطلب الأول: الإعتماد المستندي وإستقلالية إلتزامات المصرف في ظله

أمام تزايد حركة الانتقال عبر الحدود في يسر وكثرة قصد التجارة، ظهرت الحاجة إلى تسديد فواتير السلع أو الخدمات بالإعتمادات المستندية، إلى أن بلغت درجة من الأهمية أصبحت فيه المحدد الاستراتيجي للنجاح في قطاع المال والأعمال[1]، فماذا يقصد بالإعتمادات المستندية، وفيما تظهر إستقلالية إلتزامات البنوك المنفذة لها؟.

الفرع الأول: مضمون الإعتمادات المستندية

أولا: تعريف الإعتماد المستندي:

الاعتماد أو" LE CREDIT " لفظ لاتيني الأصل مشتق من كلمة "CHEDRE" وتعني الثقة والاطمئنان والائتمان.

والمستندات"LES DOCUMENT" وثائق تثبت إرسال البائع للبضاعة أو إنجازه للخدمة، وهو ما يدل على أن الإئتمان والمستندات هما دعامتي فتح الإعتماد المستندي.

ويعرف الإعتماد المستندي في المادة الثانية من الأصول والقواعد الموحدة للإعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية(نشرة 600)[2] على أنه:

" أي ترتيب مهما كان إسمه أو وصفه، وبحيث يكون غير قابلا للنقض، ويشكل تعهد قطعي من البنك مصدر الاعتماد للوفاء بالتزامه مقابل تقديم متقيد".

كما يعرف الإعتماد المستندي في الجزائر على أنه: " العملية التي من خلالها يقوم البنك المصدر بناءا على طلب زبونه المستورد، بالتعهد مباشرة نحو البنك المراسل(بنك المصدر)، بالدفع لصالح المصدر، مقابل مستندات تثبت إرسال البضاعة أو إنجاز الخدمة تكون مطابقة للشروط الواردة في الإعتماد"[3].

فمن خلال التعريفين السابقين يتضح أن الإعتماد هو التعهد الذي يصدره مصرف المستورد بناء على طلب عميله ووفقا لتعليماته، ويتجسد التعهد المصرفي في إحدى الصور الآتية:

- أن يتعهد البنك بأن يدفع للبائع قيمة الصفقة عند الإطلاع على المستندات ;

- أن يتعهد البنك بأن يدفع للبائع قيمة الصفقة في تاريخ لاحق بعد تسلم المستندات إذا كان تاريخ الدفع مؤجلا ;

- أن يتعهد البنك بأن يقبل الكمبيالات المسحوبة من قبل البائع ودفع قيمتها في تاريخ إستحقاقها ;

- أن يتداول البنك لدى مصرف مسمى[4].

فإصدار البنوك لأحدى الصور الأربع للتعهد لا يكون إلا إذا قدم البائع المستندات المحددة في تعليمات المستورد التي تمثل البضاعة أو الخدمة المتفق عليها في العقد الأساس.

ثانيا: أطراف الإعتماد المستندي:

1 - العميل الآمر أو " طالب الإصدار": وهو المستورد الذي أصدر الاعتماد بناء على طلبه.

2 - المصرف المصدر"الفاتح للاعتماد": وهو المصرف الذي يصدر إعتمادا بناء عل طلب المستورد وتعليماته أو بالأصالة عن نفسه.

3 - المستفيد: وهو البائع الذي صدر الاعتماد لصالحه.

4 - المصرف المعزز (المؤكد): وهو المصرف الذي يضيف تعزيزه على الاعتماد بناء على طلب من المصرف المصدر، ويعتبر التعزيز تعهد قطعي لحماية حقوق المصدر.

وبذلك يمكن القول أن المصرف هو الذي يتحمل العبء الأكبر من العملية، فهو الذي يقبل الأمر بفتح الاعتماد الموجه له من المستورد، وهو الذي يقوم بفحص تطابق المستندات الممثلة للبضاعة أو الخدمة، وهو الذي يدفع ثمن الصفقة نيابة عن المستورد.

ثالثا: التنفيذ العملي للإعتمادات المستندية في الجزائر:

يمر تنفيذ الإعتمادات المستندي في الجزائر عبر عدة مراحل تكون بالترتيب الآتي:

1 - مرحلة العقد الأساس: غالبا ما يكون عقد الأساس هو عقد بيع دولي بين مستورد ومصدر، ويتم فيه الإتفاق على نوع البضاعة المبيعة أو الخدمة، وتحدد فيه كافة المستندات التي تثبت وجود البضاعة أو تأدية الخدمة، وتبين ثمنها وكيفية نقلها وتأمينها، ولا يتم دفع الثمن في هذه الصفقة الدولية بتقنية الإعتماد المستندي إلا إذا ورد في العقد الأساس إتفاق صريح بذلك.

ولئن كانت قواعد النشرة "600" ترجع إمكانية تطبيق الإعتمادات المستندية للإتفاقات الصريحة للأطراف العقد الدولي، فإن المشرع الجزائري قد خالف ذلك بتقييد حرية المستوردين المقيمين في الجزائر، وذلك بإجبارهم على تنفيذ صفقاتهم بتقنية الإعتماد المستندي كوسيلة وحيدة لتسوية وارداتهم، في مقابل ترك حرية الإختيار بين مختلف وسائل الدفع الدولية للمصدرين، وذلك تطبيقا للمادة 69 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009[5].

2- مرحلة التوطين المصرفي:

تعرف المادة 30 من نظام بنك الجزائر رقم07-01[6] التوطين المصرفي بأنه:

" إجراء يتمثل في فتح ملف يسمح بالحصول على رقم التوطين من الوسيط المعتمد الموطن للعملية التجارية، ويجب أن يتضمن الملف مجموع المستندات المتعلقة بالعملية التجارية، إذ يمسك شباك الوسيط المعتمد فهرس الملفات الموطنة، مرقما ومؤشرا عليه من طرف شخص مؤهل لهذا الغرض، ويضمن متابعتها المالية".

وإستنادا على نص المادة التي ورد ذكرها يفهم أن التوطين المصرفي هو إجراء إداري يسبق كل عملية تنفيذ مادي أو ترحيل مالي للعقد التجاري الدولي، يلزم المستوردين والمصدرين على القيام به أمام شبابيك البنوك التي منح لها إعتماد لتنفيذ عمليات التجارة الخارجية من الجزائر وإليها.

3 - مرحلة فتح الإعتماد: وهي المرحلة التي يقبل فيها البنك الوسيط المعتمد فتح إعتماد مستندي لصالح المستفيد، وذلك بناءا على تعليمات عميله الآمر(المستورد)، ولا يستجيب البنك لتعليمات هذا الأخير إلا بعد أن يطمئن لمركزه المالي وسمعته.

4 - مرحلة إصدار خطاب الإعتماد وتبليغه: خطاب الإعتماد هو الرسالة أو الصك التي تصدر عن البنك فاتح الاعتماد، والتي يبلغ "المستفيد" من خلالها بفتح إعتماد مستندي لصالحه، وتحدد فيه المستندات المطلوب إيفائها للبنك المستورد، وعادة ما يختار البنك المصدر تبليغ المستفيد عن طريق بنك يتواجد في بلد هذا الأخير، سواءا إقتصر دور هذا البنك على تبليغ المستفيد فقط أو كان بنكا معززا للإعتماد.

ويعتبر خطاب الإعتماد في الجزائر إحدى وسائل الدفع الخارجية المدونة بعملة صعبة، والتي لا يجوز للمقيمين بالجزائر إقتنائها أو تداولها أو إيداعها إلا لدى البنوك الوسيطة المعتمدة ، أنظر المادة 17 و 18 من نظام بنك الجزائر رقم 07-01.

5 - مرحلة تلقي المستندات وفحصها: بمجرد وصول خطاب الإعتماد للمستفيد تبدأ مرحلة تلقي المستندات، وهي المرحلة التي يتلقى فيها البنك المصدر من المستفيد المستندات المحددة في خطاب الإعتماد، ولا يمكن للبنوك الوسيطة المعتمدة المقيمة في الجزائر أن تنفذ عمليات تسديد أثمان السلع أو الخدمات المترتبة عن الصفقات الدولية إلا بعد أن تستلم الوثائق التي تثبت إرسال السلع بإتجاه الإقليم الجمركي الوطني والفواتير النهائية الخاصة بها حسب المادة 48 من نظام بنك الجزائر رقم 07-01.

وبمجرد تلقي البنوك للمستندات المطلوبة في تعليمات عملائها، ينشأ إلتزام جوهري على عاتقها يعتبر الفيصل في إتمام عملية الإعتماد المستندي، وهو فحص تطابق المستندات مع شروط الإعتماد.

ولئن كان تحديد المستندات المطلوبة في الإعتماد يرتد إلى الإتفاقات الحرة لأطراف العقد الدولي، فإن المشرع الجزائري قد تطلب بعض الوثائق التي لا يقبل تنفيذ عملية إستيراد البضائع من دونها وأهمها " شهادة مراقبة مطابقة المنتوجات المستوردة "، والتي يجب أن تكون محررة من طرف المنتج أو الممون أو هيئات أو مخابر مؤهلة بذلك طبقا للمادة 12 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 05-467 الذي يحدد شروط مراقبة مطابقة المنتوجات المستوردة عبر الحدود وكيفيات [7].

إضافة إلى شهادة " الأصل أو المنشأ " والتي تصدر عن الغرفة التجارية لبلد المستفيد (البائع) أو سلطة مختصة، وتحرر لمعرفة مكان إنتاج أو تصنيع البضاعة المستوردة.

6 - مرحلة دفع قيمة الإعتماد: ويقوم فيها البنك المصدر بدفع قيمة الإعتماد إلى المستفيد بعد التأكد

من التطابق الظاهري للمستندات مع شروط الإعتماد.

الفرع الثاني : مظاهر إستقلالية الإلتزام المصرفي في عقد الإعتماد المستندي

تنص المادة 04 فقرة " أ " من النشرة "600": " الاعتماد بطبيعته عملية مستقلة عن عقد البيع أو غيره من العقود التي قد يستند إليها، المصارف بأي حال غير معنية بمثل ذلك العقد حتى لو تضمن الاعتماد أي إشارة بأي شكل إلى ذلك العقد .....".

كما تنص المادة 05 من النشرة "600": " تتعامل المصارف بمستندات ولا تتعامل ببضائع أو خدمات أو الأداءات التي من الممكن أن تتعلق بها المستندات".

وبناءا على المادتين السالفتي الذكر تظهر إستقلالية الإلتزام المصرفي في عقد الإعتماد المستندي من خلال الصور الآتية:

أولا: إستقلالية إلتزام البنك بوفاء قيمة الإعتماد عن عقد البيع(العقد الأساسي):

يعتبر البنك المصدر للإعتماد المستندي أجنبيا عن عقد البيع، فهو غير مطالب أن يتحقق من أن البائع والمشتري قد نفذا الإلتزامات المترتبة عليهما بموجب العقد الأساسي، فهذا يخرج عن نطاق الوظيفة التي أسندت إليه، ذلك أن البنك مطالب بدفع قيمة الإعتماد للمستفيد إذا قدم هذا الأخير مستندات مطابقة لشروط الإعتماد، لذا لا يلزم المستفيد أن يثبت للبنك أنه نفذ عقد البيع(العقد الأساسي) كي يستحق مبلغ الإعتماد، وهو ما يثير التساؤل عن مدى تأثير بطلان أو فسخ العقد الأساسي على مصير الإعتماد المستندي؟.

يذهب غالبية الفقه والقضاء[8] إلى أن ذلك لا يؤثر على إستقلال إلتزام البنك نحو المستفيد، إذ يبقى المرجع بين طرفي هذه العلاقة هو خطاب الإعتماد، إذ أن عدم وجود عقد البيع أصلا أو عدم صحته أو بطلانه بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام، أو فسخه بأثر رجعي لا يؤثر على حق المستفيد في القيمة محل الإعتماد.

ثانيا: إستقلالية إلتزام البنك بوفاء قيمة الإعتماد عن عقد فتح الإعتماد:

إن عقد فتح الإعتماد هو العقد الذي يحكم علاقة العميل الآمر بالبنك المصدر، وفيه تتحدد حقوق وإلتزامات الطرفين، وعليه فإذا قام العميل الآمر بتوجيه أمر لبنكه بعدم الدفع للمستفيد لسبب ما، فإن ذلك لا يؤثر على إلتزام البنك نظرا لإستقلال إلتزامه في عقد فتح الإعتماد عن إلتزامه في خطاب الإعتماد الذي يحكم علاقة البنك بالمستفيد.

فتعهد المصرف بدفع قيمة الإعتماد ليس تابعا لإلتزام المشتري، بل هو تعهد أصلي مباشر، لا يمكن للبنك فيه أن يركن للأسباب التي تبرر إنهاء علاقته بعميله للتخلص من إلتزامه الثابت في خطاب الإعتماد.

ثالثا: إستقلالية العلاقات بين البنوك المنفذة للإعتمادات عن العلاقات التعاقدية الناشئة عن الإعتماد:

إستنادا للمادة 04 من "600" فإن المستفيد لا يحق له أن يقحم نفسه في العلاقات التعاقدية القائمة بين البنوك سواء كان البنك مصدرا أو مبلغا أو معززا للإعتماد، طالما أن مصدر حق المستفيد في القيمة محل الإعتماد هو خطاب الإعتماد، لذا لا شأن له بالعلاقات المتبادلة للمصارف، وهو ما أكدته أيضا المادة 07 و 08 من النشرة "600".

رابعا: إستقلالية الصحة الظاهرية للمستندات عن صحتها الواقعية:

تقتصر إلتزامات المصارف في عقد الإعتماد المستندي على فحص المستندات المقدمة من المستفيد وحدها لتحديد ما إذا كانت تشكل في ظاهرها مستندات مطابقة لشروط الإعتماد أم لا.

ويقصد بالصحة الظاهرية للمستندات أن يتحقق البنك من سلامة المستندات نوعا وصنفا وعددا، فلا مسؤولية على البنك إذا لم يتحقق من تطابق المستندات مع الواقع أي ما يعبر عنه بمضمون المستندات أو فعاليتها، فلا سلطة للبنك في التحقق من صدق المستند، بل يكفي أن يكون المستند صادقا في ظاهره كي يستحق المستفيد مبلغ الإعتماد وهو ما ذهبت إليه المادة 34 من النشرة "600"، وأكدته المادة 28 من نظام بنك الجزائر رقم 07-01 التي تلزم الوسيط المعتمد أن يتأكد من صحة الوثائق المقدمة والطابع القانوني للعقد التجاري وإنجازه.

وبناءا عليه تعفى المصارف بنص 34 من النشرة 600، من أي التزام أو مسؤولية عن حالة البضاعة أو عيوبها.

المطلب الثاني : النتائج المترتبة على إستقلالية الإلتزام المصرفي

إن التسليم بمبدأ إستقلالية الإلتزام المصرفي في عقد الإعتماد المستندي من شأنه أن يرتب نتائج هامة تعكس التكريس الفعلي لهذا المبدأ، وأهم هذه النتائج: دفع قيمة الإعتماد رغم المعارضة ومبدأ عدم الاحتجاج بالدفوع.

الفرع الأول: إلتزام البنك بدفع قيمة الإعتماد رغم المعارضة

هل يجوز للبنك المصدر أن يمتنع عن الوفاء بقيمة الإعتماد للمستفيد إذا تبين له عدم أحقيته في قيمة الإعتماد؟.

تطبيقا لمبدأ إستقلالية إلتزام البنك في الإعتماد المستندي فإنه يمنع إيقاف دفع قيمة

الإعتماد على الرغم من المعارضة، فهذه الخاصية هي التي تجسد رغبة أطرافه بالتعامل به، إذ تطمئن خاصية " إستقلالية إلتزام البنك" المستفيد الذي ستدفع له قيمة خطاب الإعتماد حتى ولو عارض المستورد ذلك.

ويعتبر من قبيل المعارضة إجراء الحجز ما بين يدي البنك[9]، فهل يجوز إجراء حجز بين يدي البنك على قيمة الإعتماد لمنع الوفاء للمستفيد؟.

الأصل في توقيع الحجز أن يكون للدائن على الجانب الإيجابي للذمة المالية للمدين، فلا يمنح

الدائن حق الحجز إلا على أموال مملوكة للمدين تكون تحت يده ويمكنه التصرف فيها.

وتأسيسا على أن إلتزام البنك في الإعتماد المستندي هو إلتزام قطعي مباشر لا رجعة فيه، فإن هذا يمثل مديونية البنك المباشرة قبل المستفيد، ذلك أن البنك يوفي بمبلغ الإعتماد لدين شخصي عليه وليس لدين عميله الآمر، لذا لا يجوز لهذا الأخير إجراء حجز بين يدي البنوك على قيمة الإعتماد.

كما أن حق المستفيد لا يتأثر بأي حجز يقع على أموال الآمر من قبل دائنيه، لأن المصدر المنشأ لحق المستفيد في هذه الأموال هو خطاب الإعتماد وليس العقد الأساسي، وبمجرد إصدار خطاب الإعتماد لا يجوز لدائني الآمر الحجز على مبلغ الإعتماد، ذلك للأن مدينهم(الأمر) ليس طرفا أصليا في علاقة الدائنية المتولدة عن خطاب الإعتماد.

إضافة لذلك فإنه لا يجوز لدائني المستفيد توقيع حجز بين يدي البنك على مبلغ خطاب الإعتماد بمجرد تبليغ المستفيد بالخطاب الصادر لصالحة، لأن التبليغ بإصدار الخطاب لا ينقل مبلغ الصفقة لملكية المستفيد، وهو ما ذهبت إليه أيضا المادة: 636 الفقرة 05 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[10] التي تنص على أنه:" لا يجوز الحجز على أموال المدين التي يملكها ولا يجوز له التصرف فيها".

لذلك يحق للبنك أن يتجاهل الحجز الموقع تحت يده ويوفي للمستفيد عند المطالبة طالما أن المستندات المقدمة مطابقة لشروط الإعتماد المستندي، وهذا ما أكدته المادة 252 مكرر من القانون رقم 05-02[11] المعدل للقانون التجاري الجزائري التي تنص:" ....لا يمكن إبطال الدفع ... في إطار أنظمة الدفع ما بين البنوك إلى غاية نهاية اليوم الذي صدر فيه الحكم القاضي بالتسوية القضائية أو الإفلاس ضد بنك... حتى ولو تم التمسك بوجود هذا الحكم القضائي".

الفرع الثاني: مبدأ عدم الإحتجاج بالدفوع

يقصد بالدفوع مختلف الوسائل التي يلجأ إليها المدعى عليه للرد على مزاعم المدعي وتفادي صدور الحكم عليه في الدعوى.

ويحضر في الإعتماد المستندي الإحتجاج بالدفوع التالية:

أولا: عدم جواز تمسك البنك بالدفوع المقررة لكل من طرفي عقد البيع قبل الآخر:

تنص المادة 113 من القانون المدني الجزائري أن العقد لا يرتب إلتزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا، **فهل يجوز للبنك أن يتمسك بالدفوع التي تكون لطرفي العقد الأساسي بإعتباره من الغير الذي إكتسب حقوق ترتبت عن هذا العقد؟.**

1- الدفع بعدم التنفيذ أو ضمان العيوب الخفية: يقصد بعدم التنفيذ إمتناع المتعاقد عن تنفيذ إلتزامه نتيجة لعدم تنفيذ المتعاقد الآخر لإلتزامه، وإستنادا للمادة: 119 من القانون المدني الجزائري[12]، فهذا النوع من الدفوع خصصه المشرع لأطراف العلاقة الأصلية فقط، فلا يجوز للبنك الإنتفاع من العلاقة المتولدة عن العقد الأساسي لإثارة الدفع بعدم التنفيذ أو سوء التنفيذ أو

التأخر فيه، كما لا يجوز للبنك أيضا أن يتمسك بالعيوب الخفية للبضاعة بإعتباره أجنبيا عن العقد الأساسي وهذا ما أكدته المادة الثالثة من إتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الإعتماد الضامنة لسنة 1998[13].

2 - عدم جواز التمسك بالمقاصة:

تنص المادة 299 من القانون المدني الجزائري:" تقع المقاصة مهما إختلفت مصادر الديون فيما عدا الحالات التالية:...، إذا كان أحد الدينين حقا غير قابل للحجز".

وإستنادا لنص المادة الواردة الذكر فإنه يمنع على البنك التمسك بالمقاصة بين دين للعميل على المستفيد وبين قيمة خطاب الضمان، كما لا يجوز للبنك التمسك بالمقاصة بين دين للبنك في ذمة المستفيد وبين قيمة خطاب الضمان، فمبدأ إستقلال العلاقات القانونية يمنعه من التمسك بالمقاصة، كما أن المادة السالفة الذكر لا تجيز المقاصة في الديون غير القابلة للحجز، وسبق أن ذكرنا بأن قيمة خطاب الإعتماد غير قابلة للحجز.

4 - عدم جواز الدفع بشرط التحكيم: فقد يتضمن العقد الأساسي المبرم بين العميل الآمر والمستفيد شرطا ينص على حل النزاعات التي قد تنشأ عن هذا العقد بطريق التحكيم، ورغم ذلك أجمع الفقه والإجتهاد[14] على عدم جواز التمسك بشرط التحكيم الوارد في العقد الأساسي في مواجهة المستفيد، وهو ما أكده قرار محكمة الإستئناف الفرنسية الصادر بتاريخ 1987/09/14.

5 - عدم جواز الدفع بإفلاس العميل الآمر: حيث يحمي خطاب الإعتماد حق المستفيد ولو أفلس العميل الآمر، فلا يجوز للمصرف الإحتجاج بإفلاس العميل الآمر للتهرب من إلتزاماته تجاه المستفيد، ذلك أن المصرف لا يعتبر دائنا للعميل، فتعهد البنك تعهد شخصي ينبع من إرادته المنفردة .

ثانيا: عدم جواز تمسك طرفي العقد الأساسي بالدفوع المقررة للبنك قبل كل منهما:

نتيجة لإستقلال المركز القانوني لأطراف عقد الإعتماد المستندي فإنه يمنع على الآمر التمسك بما للبنك من حقوق أو دفوع لمنع البنك من تنفيذ إلتزامه، ولا يجوز له الإستفادة منها، كالتمسك بحالات إعفاء البنك من المسؤولية تجاه العميل عن صحة المستندات وصدقها أو عيوب البضاعة، أو حالات إعفاء البنك عند تحقق القوة القاهرة.

ثالثا: عدم جواز تمسك البنك بالدفوع المستمدة من عقد الإعتماد:

فلا يجوز للبنك أن يتمسك بفسخ عقد الإعتماد أو بطلانه أو سحبه أو تعديله، ذلك أن الطارئ السياسي أو الإقتصادي لا يؤثر على إلتزام البنك، لأن الإعتماد المستندي يحميه من آثاره، كما أن قوة تعهد البنك تظهر بسبب أن البنك لا يجوز له سحب أو تعديل الإعتماد، فلا يقبل رجوعه فيه ولو إستحال عليه أن يسترد من الآمر ما يدفعه للمستفيد.

المبحث الثاني: أثر الغش على إستقلالية الإلتزام المصرفي في عقد الإعتماد المستندي والآليات القضائية الحد منه:

مما لا جدال فيه أن التوجه الكلاسيكي المنادي بإضفاء الصبغة المستقلة على إلتزام البنك في الإعتماد المستندي، أصبح اليوم توجها مهجورا أو متجاوزا لا سيما إذا أخذنا بعين الإعتبار قصوره على إيجاد صيغة توافقية في إكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات بين الأطراف المتدخلة في تنفيذ عملية الإعتماد المستندي.

لذا فإن تلاشي أواصر الثقة بين أطراف الإعتمادات المستندية تطلب تجاوز التفسير الجامد لمبدأ إستقلالية الإلتزام المصرفي، وإقرار إمكانية خضوعه لمؤثرات إستثنائية.

المطلب الأول: ماهية الغش المؤثر على مبدأ إستقلالية الإعتماد المستندي والآثار المترتبة على تحققه

أمام غياب النصوص التشريعية الداخلية التي تعالج الغش المانع من الوفاء بقيمة الإعتماد للمستفيد كان على الفقه والقضاء معالجة هذا النقص بفتح بابا الإجتهاد لتحديد مفهوم الغش في الإعتمادات المستندية.

الفرع الأول: ماهية الغش المؤثر على مبدأ إستقلالية الإعتماد المستندي

على الرغم من أن إلتزام البنك في عقد الإعتماد المستندي إلتزام نهائي ومجرد، إلا أن الإتجاه الفقهي الحديث قد أقر ضرورة إمتناع البنك عن دفع قيمة الإعتماد في حالة صدور غش، فما المقصود بالغش الموجب لتعطيل مبدأ إستقلالية الإعتمادات المستندية.

أولا: مفهوم الغش الموجب لتعطيل مبدأ إستقلالية الإعتمادات المستندية :

1-تعريف الغش الموجب لتعطيل الإستقلالية الإعتماد في القانون الجزائري:

بالرجوع لنص المادة 430 قانون العقوبات الجزائري[15] يمكن القول بأنه يعتبر غشا في التشريع الجزائري كل خداع يتم فيه إستعمال وسائل إحتيالية ترمي إلى تغليط عمليات التحليل أو المقدار أو الوزن أو الكيل أو التغيير أو التكيب أو وزن أو حجم السلع أو المنتجات، كما يعتبر غشا أيضا البيانات الكاذبة التي ترمي إلى الإعتقاد بوجود عملية سابقة وصحيحة أو إلى مراقبة رسمية لم توجد.

وإستنادا إلى نص المادتين 86-87 من القانون المدني يعرف التدليس في التشريع الجزائري بأنه:" إيهام شخص شخصا آخر بأمر مخالف للحقيقة بقصد دفعه إلى التعاقد".

وبناءا على ما سبق يتضح أن الغش يختلف عن التدليس من حيث فترة وقوعهما، إلا أنهما يتحدان في إستعمال وسائل إحتيالية قصد إخفاء حقيقة الأمر عن المتعاقد الآخر، فإذا كان التدليس خديعة تصاحب تكوين العقد، فإن الغش خديعة تقع عند تنفيذ العقد.

وبالرجوع إلى واقع الغش المعتاد توافره في الإعتمادات المستندية يمكن القول بأن الغش في هذا العقد هو إستعمال طرق ووسائل إحتيالية عند تنفيذ الإعتماد بغية الحصول على قيمة الإعتماد، سواء إستعملت الوسائل الإحتيالية من المتعاقدين أو من الغير، لذا فإن معنى التدليس الوارد في القانون المدني الجزائري لا يصلح للتطبيق على الغش في الإعتمادات المستندية لأنه يقع لدى تكوين العقد وليس تنفيذه، كما أنه يحدث من أحد المتعاقدين، إضافة إلى إشتراط إثارته من أطراف

العلاقة الأصلية فقط.

ولم تتناول الأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية مسألة الغش الموجب لتعطيل دفع قيمة الإعتمادات المستندية وإنما ذكرت حالات من الغش التي تعفي البنك من المسؤولية إذا ثبت فيها غش المستفيد في المستندات ولم يكتشفه البنك، كما أن إتفاقية الأمم المتحدة بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الإعتماد الضامنة لسنة 1998 إكتفت في مادتها (1/1.05/c) بإحالة هذا الموضوع إلى القانون الواجب التطبيق بقولها:

" القواعد الخاصة بالغش وإساءة الإستعمال أو أي أمر مماثل غير خاضعة لأحكام الإتفاقية ويترك أمر تنظيمها إلى القانون الواجب التطبيق".

لذا فإن ندرة النصوص التشريعية الجزائرية أو الدولية المجيبة على هذه التساؤلات فتح الباب للإجتهاد الفقهي والقضائي الدولي والذي إنقسم بدوره بين متبن لمفهوم واسع للغش المانع في الإعتمادات المستندية ، وبين مؤيد للمفهوم الضيق له.

أ – الإتجاه الموسع لتعريف الغش المانع لوفاء قيمة الإعتماد المستندي:

وفقا لهذا الإتجاه فإن مفهوم الغش المانع من الوفاء للمستفيد لا يقتصر على مجرد إستعمال وسائل إحتيالية، بل يمتد ليشمل كل مطالبة من المستفيد للحصول على قيمة الإعتماد بسوء نية، ومن المطالبات التي تبنتها العديد من الدول كصور للغش الموجب لإيقاف دفع قيمة الإعتماد، التعسف في إستعمال الحق و الخطأ الجسيم.

ورد في نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري ذكر حالات محددة إعتبرها المشرع الجزائري تعسفا في إستعمال الحق، غير أنه لم يورد أي تعريف لمعنى التعسف في إستعمال الحق، لذا كان لزاما علينا الرجوع إلى القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية[16] الذي عرف الشرط التعسفي في مادته الثالثة على أنه: " كل بند أو شرط مع واحد أو مشترك مع بند أو مع عدة بنود أخرى أو شروط أخرى من شانه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد".

لذا يمكن القول بأن التعسف في إستعمال الحق هو كل فعل تمارس فيه الحقوق الشرعية بطريقة تظهر مفرطة ومخالفة للقانون ومن شأنه الإخلال بالتوازن العقدي، وقد إعتبرت محكمة النقض الفرنسية[17] أن مجرد التعسف في إستعمال الحق يشكل غشا بالمعنى العام ويوجب وقف دفع قيمة الإعتماد، وساندها في ذلك بعض الفقه الفرنسي، وذهبت إليه المادة 19 من إتفاقية الكفالات المستقلة وخطابات الإعتماد الضامنة لسنة 1998.

ولا يوجد في التشريع الجزائري ما يوضح ما إذا كانت القوانين الجزائرية تسوي بين الغش والتعسف في إستعمال الحق كسبب يوجب وقف صرف قيمة الإعتماد المستندي.

وقد ذهب إتجاه آخر من الدول إلى التسوية بين الغش والخطأ الجسيم، فإذا كان الغش يتطلب القصد والتعمد وسوء النية، فإن الخطأ الجسيم لا يتطلب ذلك بل يكفي فقط أن يكون خطأ لا

يرتكبه أكثر الناس إهمالا.

ويقر الفقه والقضاء الأمريكيين إضافة إلى الفقه الإنجليزي بأن الخطأ الجسيم إحدى صور الغش الموجب لتعطيل تنفيذ قيمة الإعتمادات المستندي، حيث يعتبرون أن الوصف الخاطئ للبضاعة في المستندات يعتبر خطأ جسيما يصل إلى درجة الغش.

وقصد البحث عن موقف المشرع الجزائري في هذا المجال تبين لنا من خلال إستقراء نص المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 13-84 المؤرخ في 6 فبراير 2013 الذي يحدد كيفيات تنظيم وتسيير البطاقية الوطنية لمرتكبي أعمال الغش[18] بأن المشرع الجزائري يسوي بين الغش والخطأ الجسيم، إذ تنص المادة السالفة الذكر:" تعد مخالفات خطيرة يترتب عنها تسجيل مرتكبيها في البطاقية الوطنية لمرتكبي أعمال الغش، المخالفات المتعلقة على الخصوص بما يأتي:...المناورات التدليسية والتصريحات في المجال الجبائي والجمركي وكذا التجاري،....العمليات البنكية والمالية....."

ب – الإتجاه المضيق لتعريف الغش المانع لوفاء قيمة الإعتماد المستندي:

ويتبنى هذا الإتجاه المفهوم الكلاسيكي للغش في الإعتماد المستندي، أي إستعمال وسائل إحتيالية دون أن يشمل الطلب التعسفي أو الخطأ الجسيم.

وقد إستند هذا الرأي على حجة منطقية وهي أن التسليم بالمفهوم الواسع للغش المانع في الإعتماد يؤدي إلى وجوب النظر في العقد الأساس، ويترتب على ذلك ضرورة الربط بين العقد الأساسي وعقد الإعتماد من أجل البحث في مدى أحقية المستفيد في طلبه من عدمه، وهو ما يؤدي إلى الإطاحة بمبدأ إستقلال إلتزام البنك، وهذا يعني تحول الإعتماد إلى كفالة عادية، يتبع إلتزام البنك فيها إلتزام العميل، وقد ساند هذا الرأي محكمة النقض الفرنسية في حكم صدر عنها في 21-5-1985.

2- نطاق الغش الموجب لتعطيل مبدأ إستقلالية الإعتماد المستندي ومعياره:

أ- نطاق الغش الموجب لتعطيل مبدأ إستقلالية الإعتماد المستندي:

إن الإعتراف الدولي بالغش سواء بمعناه التقليدي أو الحديث كإستثناءا وارد على مبدأ الإستقلالية، لم يكن على إطلاقه بل إجتهدت المحاكم الدولية في وضع شروط لإعماله وساندها في ذلك العديد من الفقهاء.

1/أ- نطاق الغش الموجب لتعطيل مبدأ إستقلالية الإعتماد من حيث الموضوع:

هل الغش الموجب لتعطيل دفع قيمة الإعتماد المستندي يجب أن يكون في عقد الإعتماد المستندي أو في العقد الأساس ؟.

يقصد بالغش في الإعتمادات المستندية هو تقديم مستندات مزورة أو إحتيالية[19]، ويقصد بالمستند المزور المستند الذي يعده المستفيد بنفسه، أو يعد بعلمه، دون أن يكون صادر عن الشخص المخول بإعداده، كأن يقوم المستفيد بتعبئة نموذج سند الشحن بنفسه ويوقع عليه بدلا من ربان السفينة.

ويقصد بالمستند الإحتيالي المستند الذي يعده الشخص المختص بذلك ولكنه يحتوي على بيانات خلافا للحقيقة والواقع، كأن يشحن المستفيد البضاعة بتاريخ 2 جانفي غير أنه يتفق مع ربان السفينة أن يدون في سند الشحن أنه تم الشحن بتاريخ 1 جانفي حتى لا يفقد المستفيد حقه في مبلغ الإعتماد.

ويعتبر غشا في العقد الأساسي الغش المادي، أي وجود وقائع ثابتة تدل على مخالفة المستفيد لبنود العقد الأساسي ولجوئه إلى وسائل غير مشروعة في تغطيتها، كأن يتفق العميل الآمر مع البائع المستفيد أن يورد له كمية من الورق ويتبين بعد الشحن أن البضاعة عبارة عن قمامة ومواد لا فائدة منها.

لذا فقد إعتبر القضاء الأمريكي والبريطاني أن الغش الواقع في العقد الأساس أو الواقع في الإعتماد هي أسباب توجب توقف المصرف عن دفع قيمة الإعتماد، وهو إتجاه أغلبية الدول ومن بينهم المشرع الجزائري في نص المادة 430 قانون عقوبات التي تعتبر الغش خديعة سواء ورد الخداع في البضاعة أو في الوثائق الممثلة لها.

2/أ- نطاق الغش الموجب لتعطيل مبدأ إستقلالية الإعتماد من حيث شخص مرتكبه:

يثور التساؤل عما إذا كان يمكن وقوع الغش فقط عندما يكون بفعل المستفيد، أم يجوز أن يقع من الغير شرط أن يكون بتحريض من المستفيد أو على الأقل بعلم منه؟.

ذهب البعض في الإجابة عن هذا التساؤل إلى أن مفهوم الغش لا يتصور إلا إذا كان بفعل المستفيد، فلا يشمل الغش الصادر من الغير، إذ يعتبر المستفيد بريئا منه[20].

بينما ذهب البعض الآخر إلى القول بأنه يجب أن يتم إقترافه من المستفيد، ويلحق بصدور الغش من المستفيد علمه به، فإذا كان هناك غش من قبل سمسار الشحن الذي قام بإعداد سند الشحن بالإتفاق مع الناقل وعلم المستفيد به وسكت عنه فإنه يعتبر وكأنه قد صدر عنه [21]، وهو ما أيده المشرع الجزائري في المادة 219 والمادة 221 من قانون العقوبات التي تعاقب الشخص الذي قام بالتزوير المحررات التجارية والمصرفية أو الشخص الذي إستعمل المزور مع علمه بتزويره.

3/أ- نطاق الغش الموجب لتعطيل مبدأ إستقلالية الإعتماد من حيث الزمان:

إن وجوب قيام الدليل على وجود غش في العقد الأساس أو غش في المستندات يتطلب التدليل على وقوعه قبل تنفيذ الإعتماد المستندي، أي قبل دفع قيمة الإعتماد، فإذا ما نمى إلى علم البنك بأي شكل أن ثمة غش أو تزوير متعمد من قبل المستفيد أو على الأقل بعلمه من أجل الحصول على قيمة الإعتماد بالغش، فإن البنك هنا يوقف الدفع.

3- معيار الغش الموجب لتعطيل مبدأ إستقلالية الإعتماد المستندي:

يثور التساؤل في هذا المجال حول ما هو مستوى الغش المطلوب توافره للخروج على مبدأ إستقلال الإعتماد المستندي، هل هو الغش البسيط أو الغش الصارخ؟.

إن المعيار المعتمد في الكثير من دول العالم هو الغش الصارخ، ويعرف الغش الصارخ أنه: "إنتهاك أثيم لحقوق المشتري في ظل خطاب الإعتماد"، أو" أن المعاملة كلها كانت مشوبة بالغش" ، أو أنه: " سلوك معين يصدم ضمير المحكمة[22].

فالغش لا يفترض حتى ولو كان الشك في وجوده قائما على قرائن قوية، إذ يجب أن يتم إثباته بأدلة دامغة، وهو ما أكدته المحكمة العليا بالجزائر من خلال المبدأ الذي كرسته في القرار رقم: 233625 بتاريخ: 2001/01/17 الذي جاء فيه أنه""يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

الفرع الثاني: وقف صرف قيمة الإعتماد المستندي كأثر مترتب عن الغش

تأسيسا على قاعدة " الغش يفسد كل شيء" إعتبر الغش إستثناء يوجب وقف صرف قيمة الإعتماد بإعتبار أن المستفيد قد خرج عن مبدأ حسن النية، فإنهيار مبدأ حسن النية في العقود إستتبع إنهيار مبدأ الإستقلالية، ذلك أن إستعمال مستندات مزورة أو إحتيالية بقصد الحصول على قيمة الإعتماد بطريقة غير شرعية يوجب توقف المصرف عن الدفع.

وبإعتبار القضاء الأمريكي هو أول من قضى بإمكانية وقف صرف قيمة الإعتماد المستندي عند توافر حالة الغش، فقد ذهب القاضي الأمريكي (DENNING) إلى القول: " يجب أن تكون المستندات المقدمة إلى المصرف صحيحة وإذا لم تحترم هذا الأمر وكانت مستندات مزورة أو مستندات إحتيالية فإن هناك مبرر قانوني قوي يمنع المصرف من الوفاء بقيمة الإعتماد"[23].

المطلب الثاني : الآليات القضائية للحد من الغش في الإعتمادات المستندية

تدخلت الآلة القضائية عبر جميع أنظمة دول العالم، فأقرت من خلال إجتهاداتها المتلاحقة، آليات جديدة أسهمت في إعادة نوع من التوازن في الإلتزامات والمصالح بين أطراف الإعتمادات المستندية، وذلك لسد كل ثغرة أمام أعمال الغش على أساس أن محكمة العدالة لا يمكن أن تسمح بحصول إثراء غير عادل لطرف مرتكب للغش، فما هي الآليات القضائية المتاحة لعملاء البنوك لوقف صرف الدفع بسبب الغش؟.

الفرع الأول: مدى جواز الحصول على أمر قضائي لمنع دفع قيمة الإعتماد المستندي:

بينت المادة: (5/114) من القانون التجاري الأمريكي الموحد بأنه يحق للعميل الآمر الحصول على أمر قضائي يعارض فيه تنفيذ الإعتماد متى كان هناك غش ظاهرا لعيان، سواء وقع الغش في العقد الأساس أو في مستندات الإعتماد، شريطة إمكانية إثباته.

ولا يوجد ما يمنع في القانون الجزائري من الحصول على أمر عدم الدفع، سواءا لجأ صاحب المصلحة إلى القضاء العادي أو القضاء الإستعجالي، إستنادا إلى نص المادة: 303 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

الفرع الثاني : مدى جواز إجراء الحجز على قيمة الإعتماد بشبب الغش:

وفرت الجهات القضائية في الدول المقارنة آلية يمكن من خلالها إيقاف صرف قيمة الإعتمادات المستندية غير الشرعية وهي ما يسمى بالتجميد القانوني أو الحجز التوقيفي للاعتماد المستندي " LA SAISIE – ARRET " ويعرف على أنه: " إجراء يخول الدائن منع الغير من أن يدفع لمدينه الثمن محل الدين عند حلول أجل استحقاقه"[24].

وإستنادا للنصوص القانونية السارية المفعول في التشريع الجزائري لا يوجد نص قانوني أو مبدأ قضائي أو تنظيم ما يمنع المشتري من اللجوء إلى المحكمة وطلب إجراء حجز توقيفي لقيمة الاعتماد بين يدي البنوك بسبب الغش، ولم يرد في القواعد والأعراف الموحدة لغرفة التجارة الدولية ما يمنع ذلك، فهناك العديد من الدول تسمح للمشتري بإجراء الحجز التوقيفي إلى يومنا هذا مثل المغرب.

خاتمة:

بإعتبار الإعتماد المستندي أحد أدوات منح الإئتمان المصرفي، كان من البديهي أن يؤسس على مبدأ إستقلالية الإلتزام المصرفي لكونه أحد الركائز التي تجسد ثقة المصدر في هذا العقد، وتصون سمعة الإعتماد المستندي ليبقى العمود الفقري للتجارة الخارجية.

غير أن تحقيق إعتبارات العدالة التي تدور حولها كل النظريات القانونية وتهدف إلى تحقيقها توجبت عدم المغالاة في تطبيق هذا المبدأ.

فالبحث في وقائع خارجة عن عقد الإعتماد وإن كان فيه هجر لمبدأ الإستقلال، فإن ذلك يبرره عدم إستعمال هذا المبدأ مطية لحماية البائع الذي باشر غشا عمديا.

ولئن كانت معظم دول العالم ومن بينها الجزائر تستند في تنظيم تقنية الإعتماد المستندي إلى الأصول والقواعد الموحدة للإعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، فإن تجاهل هذه القواعد لمسألة الغش كان دافعا قويا وراء البحث في نصوص القانون الجزائري عما يمكن أن يلائم هذه الآداة المصرفية الدولية.

وبإستقراء النصوص القانونية الوطنية تبين عدم وجود نظرية للغش المصاحب أو المنصب على الإعتماد المستندي، وما هو متاح من بدائل في القواعد العامة قد لا تراعي خصوصية عقد الإعتماد الذي يعتبر عقدا من نوع خاص ولا يمكن رده إلى إحدى النظريات العقدية الواردة بالقانون المدني الجزائري.

فعدم وجود إجماع على النقاط الجوهرية والأساسية في الغش وتعدد الاجتهادات القضائية الدولية يؤدي لا محالة إلى إصدار أحكام متنوعة ومختلفة، إضافة إلى أن تعريف الغش ومصادره متعددة ويمكن أن تختلف من دولة لأخرى، كما أنه لا يوجد إجماع حول معيار الغش المعتد به لوقف صرف قيمة الإعتماد، ذلك أن جل المحاكم تقبل إثبات قطعي لا يقبل الدحض، والبعض الآخر يجيز الإثبات بقرائن بسيطة.

وفي ظل هذا الزخم القانوني والقضائي الذي قد يهدم المسعى الذي جاءت الإعتمادات المستندية

لتحقيقه، أصبح من الضروري أن يؤسس المشرع الجزائري نظرية للغش في الإعتمادات المستندية يمكن أن تطبق بالتوازي مع الأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية، وذلك قصد تحصين وتكريس مبدأ حسن النية في العقود بإعتباره الأصل الذي تبنى عليه المعاملات سواءا على المستوى المحلي أو على المستوى الدولي.

الهوامش:

(1)- تشير الإحصائيات إلى أن ما بين 70 - 80 % من التجارة الخارجية تطبق تقنية الإعتماد المستندي، أنظر: مقال نشر بجريدة الشعب بالجزائر بعنوان " رهان على الاعتماد المستندي لتطهير التجارة من الطفيليين " ، للناشر: " سهام بوعموشة"، تاريخ النشر " 27/10/2009.

(2) – وهي قواعد إجتهدت غرفة التجارة الدولية في جمعها إستنادا إلى الممارسات البنكية السائدة ، وتأخذ الجزائر بهذه القواعد في تسوية ديون التجارة الخارجية حسب المادة 32 من نظام الصرف رقم 95-07، وهو ما أكدته أيضا المادة 28 و 46 من نظام بنك الجزائر رقم 07- 01 .

(3) - Voir: Banque Nationale d'Algérie , « LES CREDIT DOCUMENTAIRES - Import– Export » (Guide utilisateur), janvier, 2007,p 02.

(4) – يقصد ب" التداول " الشراء من قبل المصرف المسمى لكمبيالات مسحوبة على مصرف غير المصرف المسمى و /أو مستندات ، وذلك إما بدفع قيمتها مقدماً أو الموافقة على دفع قيمتها مقدماً إلى المستفيد في أو قبل اليوم المصرفي الذي تكون فيه التغطية قد استحقت للمصرف المسمى، أنظر المادة 02 من النشرة 600.

(5) - الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 2009/07/28 المتضمن لقانون المالية التكميلي لسنة 2009، جريدة الجزائر الرسمية، عدد 44 لسنة 2009.

(6) – نظام بنك الجزائر رقم 07-01 المؤرخ في 3 فبراير 2007 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، المنشور في جريدة الجزائر الرسمية، عدد 31 لسنة 2007.

(7) –القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المنشور بجريدة الجزائر الرسمية عدد 15 لسنة 2009 ، وأنظر كذلك المرسوم التنفيذي رقم 05 – 467 المؤرخ في 10 ديسمبر2005 الذي يحدد شروط مراقبة مطابقة المنتوجات المستوردة عبر الحدود وكيفيات ذلك المنشور في جريدة الجزائر الرسمية، عدد 80 لسنة 2005.

(8)-أنظر: علي جمال الدين عوض،" الإعتمادات المستندية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 155.

(9) _ القانون 05-02 المؤرخ في 6 فبراير 2005 المعدل للقانون التجاري الجزائري، المنشور في جريدة الجزائر الرسمية، عدد 11 لسنة 2005.

(10) – أنظر: عصام حنفي محمود،" إستقلال ونهائية خطاب الضمان في ضوء قواعد التجارة الدولية الموحدة

مجلة جامعة الملك سعود، المجلد الثالث والعشرون(الأنظمة والعلوم السياسية) ، يناير 2011 ، ص 40.

(11) - القانون رقم: 08- 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة الجزائر الرسمية ، عدد 21 لسنة 2008.

(12) – القانون رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، المنشور في جريدة الجزائر الرسمية، عدد 78 لسنة 1975.

(13) – وقد أعدت هذه الإتفاقية " الأونسيترال" وهي هيئة تقنية دولية حكومية تابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة تتولى إعداد الصكوك الدولية في ميدان القانون التجاري الدولي.

(14) - أنظر: بسام عاطف المهتار ومايا سليت مشرفية، " الضمانة غب الطلب (آلية دفعها- تعطيل الآلية- مسؤولية المصارف)، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت لبنان، الطبعة الأولى ، 2009، ص 57 و 58.

(15) – الأمر رقم 66- 156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، المنشور بجريدة الجزائر الرسمية عدد 49 لسنة 1966.

(16) – القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المنشور بجريدة الجزائر الرسمية، عدد 52 لسنة 2004.

(17) - أنظر: حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية، نقض تجاري، صدر في 20 يناير 1987 ، منشور في مجلة دالوز لسنة 1991.

(18) - المرسوم التنفيذي رقم 13- 84 المؤرخ في6 فبراير 2013 المحدد لكيفيات تنظيم وتسيير البطاقية الوطنية لمرتكبي أعمال الغش، المنشور بجريدة الجزائر الرسمية عدد 9 لسنة 2013.

(19) - أنظر: أكرم إبراهيم حمدان الزغبي، " مسؤولية المصرف المصدر في الإعتماد المستندي"، دار وائل للطباعة والنشر، الأردن ، دون طبعة ودون سنة نشر، ص 153.

(20) - أنظر: علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، بند 250، ص 311.

(21) - VOIR: SYMONS, “LETTERS OF CREDIT : FRAUD, GOOD FAITH AND THE BASIS TO INJUNCTIVE RELIEF ”,1980, TULAINE L R, P 338-348.

(22) - VOIR: SYMONS, “LETTERS OF CREDIT”, OP.CIT P358.

(23) - – VOIR: JOSEPH O. BACKER, STANDBY LETTERS OF CREDIT AND THE IRANIAN CACES, UNIFORM COMMERCIAL CODE LAW JOURNAL, USA, 1981.

(24) - VOIR : TRARI TANI MOSTEPHA - PISSOORT WILLIAM ET SAERENS PATRICK, « DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL» (CONFORME AUX CONVENTION INTERNATIONALES RATIFIEES PAR L’ALGERIE), BERTI EDITIONS, ALGER, 2007, P 199.