

الداخلة في: 2006/02/22

سلسلة متكاملة للدراسات القانونية والأبحاث القضائية

من السيد: يوسف بنباصر

نائب وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالداخلة
و المدير المسؤول عن الموسوعة القانونية

الى السيد الاستاذ: الحسن البوعيسي
المحامي بهيئة القنيطرة والمدير المسؤول عن مجلة القصر

الموضوع: حول دعوتكم الى المساهمة في مجلة القصر

سلام تام بوجود مولانا الامام، وبعد:

علاقة بالموضوع والمرجع المشار اليهما اعلاه، واستجابة لدعوتكم الكريمة بالمساهمة في مجلة القصر الصادرة

عنكم، يشرفني ان اخضع بين ايديكم دراستنا الجديدة تحت عنوان:

ماهية الغش في الاحتماد المستندي

تعليق على القرار الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء

عدد : 755 بتاريخ 10 يونيو 1999 (1)

وآمل من العلي القدير، ان يعطى هذا المجهود المتواضع، بكرمكم، ويعطى باستحسان قرائكم، والسلام.

امضاء نائبه وكيل الملك د/يوسف بنباصر

الموسوعة القانونية لصاحبها القاضي يوسف بنباصر ، سلسلة متكاملة تعنى بالبحث العلمي والقانوني وترصد مستجداته ،
وتتابع مسار وجديد العمل القضائي المغربي والمقارن ، وتتضمن الموسوعة الإصدارات التالية :

1- - سلسلة بنباصر للدراسات القانونية والأبحاث القضائية 2- سلسلة النورس للبحوث القانونية 3- مجلة الواحة القانونية

المحكمة الابتدائية بوادي الذهب -الداخلة -المملكة المغربية هاتف: 048.89.83.76-066.53.24.05-العنوان الالكتروني:

benbaceryoussef@menara.ma

ماهية العش في الاعتماد المستندي

تعليق على القرار الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء
عدد : 755 بتاريخ 10 يونيو 1999 (1)

الأستاذ : يوسف بن ناصر

نائب وكيل الملك

" ... حيث إن كنه النزاع يتخلص في كون شركة سينومار فتحت اعتمادا مستنديا لدى البنك الشعبي لفائدة البائعة شركة تيكنوماك وذلك من أجل شراء 13 آلة لصناعة الخشب حسب الفاتورة المؤرخة في 98/07/20 وأنه بعد وصول البضاعة استصدرت أمرا بتعيين الخبير السيد : هـ.س " أنجز تقريرا في الموضوع خلص فيه إلى أن الآلات المرسلة عددها 23 آلة وأنها قديمة ومستعملة وغير مطابقة للمواصفات المنصوص عليها في الفاتورة أعلاه بمقتضى الأمر الصادر بتاريخ : 98/01/07 .

وحيث إن البنك الشعبي تمسك في استئنافه برفع الحجز المذكور على أساس أن عقد الاعتماد المستندي مستقل عن عقد البيع ، وأنه أجنبي عن النزاع القائم بين البائع والمشتري ، وأنه ملزم بالوفاء بقيمة الاعتماد متى كانت المستندات المقدمة إليه من البائع مطابقة تماما لشروط الاعتماد ، فضلا عن عدم توفر شرط الدين الثابت لإيقاع حجز ما للمدين طبقا للفصل 488 من ق.م.م .

حيث ان الثابت من ظاهر الوثائق المدلى بها من قبل الطرفين وكذا تقرير الخبير السيد "هـ.ح" أن الآلات المرسلة من طرف البائعة المستفيدة من الاعتماد مخالفة تماما كما وكيفا عن البضاعة المتفق عليها ومخالفة أيضا لتلك المنصوص عليها في الوثائق المرسلة إلى البنك، وأن حالة الغش تكون واضحة من ظاهر هذه الوثائق .

وحيث إنه إذا كانت مقتضيات المادة 7 من القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية تنص على أن البنك المنشئ للاعتماد المستندي لا يتحمل أية مسؤولية عن العيوب التي تشوب البضاعة ، إذا كانت المستندات التي توصل بها مطابقة تماما للتعليمات الواردة في خطاب الاعتماد ، فإن ذلك رهين ألا تكون تلك العيوب قد نتجت بفعل غش البائع ، وأن البنك المعني بالأمر كان على علم بهذا الغش قبل دفعه قيمة الاعتماد (راجع في هذا الصدد كتاب العقود البنكية للدكتور محمد الفروحي صفحة 340) الأمر الذي هو متوفر في النازلة ويتعين معه بالتالي رد الدفع بكون البنك ملزم بالوفاء متى كانت المستندات المقدمة إلى البنك من البائع مطابقة لشروط الاعتماد .

وحيث إنه لا جدال في أنه يحق للمشتري الذي فتح اعتماد مستنديا قطعيا أن يجري حجزا على هذا الاعتماد عند إثباته عدم قيام البائع بتنفيذ التزاماته وفق الاتفاق المبرم بين الطرفين لأن من شأن تنفيذه لالتزامه والقيام بالوفاء للمستفيد من الاعتماد ، إلحاق الضرر بالمدين الذي هو

المشتري وتكون معه مقتضيات الفصل 488 من ق.م.م متوفرة في النازلة بسبب مديونية البائع لما ذكره أعلاه .

وحيث أنه بذلك يكون الأمر الاستعجالي فيما قضى به مصادف للصواب، مما يتعين تأييده بهذا الخصوص مع تحميل الصائر للطاعن .

وعملا بأحكام المواد : 5 و 10 و 18 من قانون احداث المحاكم التجارية :

لهذه الأسباب

فإن محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء ،وهي تبث انتهائيا عليا وحضوريا تصرح :

• في الشكل : قبول الاستئناف
في الجوهر : برده وتأيد الأمر الاستعجالي الصادر ... "

إن الحيثيات والمنطوق المعتمدين خلال هذا القرار ، تجعلنا في مواجهة مباشرة لأحد أبرز الإشكاليات القانونية المعقدة والمتشابهة في ميدان الاعتماد المستندي ، التي فرضت نفسها بقوة داخل المنظومة القضائية المحلية والمقارنة على حد سواء ، ويمكن صياغة محور مضمون هذه الإشكاليات في التساؤلات الواردة تبياتها أدناه :

ما هو الغش المعتد به قانونا وواقعا ، كموجب لتعطيل تنفيذ عملية الاعتماد المستندي ... ؟ وما هي الشروط الموضوعية والشكليات النظامية المشترطة لزوما للاعتداد بهذا الغش وترتيبه لأثاره القانونية ... ؟ وما هي المظاهر التطبيقية للغش في سياق الاعتماد المستندي وما هي أنواعه ... ؟ وما هي أبرز الإشكاليات المثارة بصدد ذات الموضوع ... ؟

بداية وقبل الغوص في تفاصيل هذه الإشكاليات ، ومحاولة مقاربة جوانبها ، نرتئي مقدما ، إعطاء لمحة ولو موجزة عن ماهية هذه التقنية البنكية.

يعرف الاعتماد المستندي بأنه : مؤسسة قانونية وتجارية للضمان والوفاء، قوامها تعهد مستقل في طبيعته ، ومجرد عن سببه ، يكون صادرا عن مؤسسة مصرفية بنكية تسمى : البنك الفاتح ... أو المنشئ ... أو المصدر للاعتماد Banque émettrice بالالتزام لحساب موكلها وعميلها المشتري المستورد l'acheteur et l'importateur ويسمى الأمر بفتح الاعتماد Donneur d'Ordre بأداء مبلغ مالي محدد في قيمته ، ونوعيته عملته ، يسمى مبلغ الاعتماد، لفائدة المفتوح لصالحه الاعتماد أو البائع المصدر le vendeur et l'exportateur ، ويسمى المستفيد le Bénéficiaire اما مباشرة أو غير مؤسسة بنكية مبلغة Banque notificatrice ، وذلك نظير وثائق معينة ومطابقة في شكليتها المستندية ، للوارد بخطاب الاعتماد ، ومسلمة داخل أمد زمني محدد يسمى مدة صلاحية الاعتماد ويكون المبلغ مضمونا بحيازة المستندات الممثلة لبضاعة أثناء نقلها أو المعدة للنقل ... " (2)

يمكن القول ولا حرج أن الاعتماد المستندي ، يعتبر التقنية الأولى وبامتياز في مجال تسوية وتصريف الصفقات التجارية عبر أرجاء المعمور ، فهو يتبوأ الصدارة فيما يخص الآليات البنكية والقانونية المعتمدة على الصعيد الدولي ، لتنشيط المبادلات التجارية وتوسيع رقعة نطاقها ، داخل منظومة دولية شاسعة ومترامية الأطراف ... هذه الأخيرة التي أضحت في الوقت الراهن قرية صغيرة ، بفعل الإفرازات المتسارعة ، لنظام العولمة وتحديات الألفية الثالثة ، بشكل أصبح معه واقع توسيع دائرة التجارة العالمية ، أمرا محتما ولا محيد عنه ولقد أسهم في تكريس هذا المعطى ، ظهور الحاجة إلى تجاوز المفهوم الكلاسيكي للحدود الجيو-سياسية ، إذ أصبحت التجارة الدولية في سياق هذا الواقع الحتمي ، نتجاوز محدودية دورها كمجرد أداة لتسوية المبادلات وتصفية الصفقات التجارية ... بل الأكثر من ذلك فقد لعبت دورا فاعلا بشكل أواخر ، في الإسهام في التعريف بالمجتمعات وتقريب سبل الحوار والتواصل الحضاري، الأمر الذي أدى في نهاية المطاف إلى استحداث منظومة اقتصادية متداخلة ومتشابكة المصالح

وفي خضم هذه الأجواء المفعمة بالتحويلات السريعة والمتلاحقة ، شهدت الأوساط المصرفية العالمية ميلاد تقنية بنكية فريدة في محتواها ... وفعالة على مستوى أدائها ... ورائدة في إقرار حماية متبادلة لأطراف الصفقة التجارية على المستوى العالمي ، ولا سيما في ظل وضع اقتصادي وتجاري دولي أصبحت سمته الرئيسية والبارزة انعدام الأمان وسيادة مظاهر الترقب والاحتياط ، هذه التقنية هي بطبيعة الحال آلية الاعتماد المستندي ، التي أضحت تشكل صمام أمان بالنسبة لأطراف البيوعات الدولية حيث لا تقف طلبات هؤلاء اتجاه المؤسسات المصرفية على مجرد التسوية أو التحويل المالي المتعلق بالمحل التعاقدى ، الذي على ضوءه سيتم تسوية الصفقة التجارية وتدويلها ... بل أصبحوا راغبين بتزامن مع ذلك ، في إيجاد آليات بنكية مضمونة تقوم ضابطا لالتزامات الأطراف المتعاقدة ، ومجبرة إياهم على احترام وحسن تنفيذ التزاماتهم التعاقدية حيث تجبر البائع المستفيد على تسليم وشحن البضاعة طبقا لقواعد حسن النية المعتمد في البيوعات ، كما تجبر بموازاة ذلك المشتري الأمر على تسديد قيمة الصفقة التجارية المنجزة لصالحه حسبما هو متفق عليه في عقد البيع الأصلي وذلك رغبة في تفادي كل أشكال النزاعات وجميع مظاهر الخصومات المحتملة ، مع ما قد يستتبعها من مساطر قانونية وإجراءات نظامية معقدة وخاصة إذا ما أخذنا بعين الاعتبار عامل بعد المسافة الجغرافية بين أطراف هذه البيوعات واختلاف الأنظمة القضائية والمقتضيات التشريعية المعتمد داخل ترابها المحلي .

من هذا المنطلق ، إذن تبرز أهمية تقنية الاعتماد المستندي ، كضمان قانوني كفيل بإجبار جميع أطراف التركيبة المؤسسية المتداخلة في هذه العملية على حسن تنفيذ التزاماتها مستفيدا كان ... أم مشتريا أمرا ... أو بنكا فاتحا أو مبلغا أو مؤكدا ... كما تبرز أهميتها أيضا كآلية بنكية فاعلة في مجال تسوية الصفقة التجارية وتمويلها ، فبالنسبة لوظيفة الضمان المقترنة بعملية المستندي ، فتبرز أساسا على محاور ثلاث رئيسية :

أولا : بالنسبة للمشتري الأمر :

تبدو الضمانات المقررة لفائدة المشتري الأمر بواسطة تقنية الاعتماد المستندي ، من خلال تقيد البائع المستفيد دون تغيير أو تعديل بالبيانات والشروط الواردة في طلب فتح الاعتماد ، وعدم إمكانية هذا الأخير لاستيفاء مبلغ الصفقة التجارية إلا عقب تقديمه للوثائق المثبتة لأسبقية وحسن تنفيذ التزاماته المقابلة ... كما تبدو هذه الضمانات جلية أيضا من خلال الالتزام الملقى على عاتق المؤسسة المصرفية مصدرة الاعتماد بصدد بسط رقابة ظاهرية شاملة ومتكاملة على الشكلية المستندية للوثائق المؤيدة للاعتماد المستندي، مع حرصها التام على أن لا تشوب التزامها هذا إخلال بين ، أو رعونة، و دون أن تتجاوز التزامها بالتفسير أو التأويل تحت طائلة قيام مسؤوليتها .

ثانيا : بالنسبة للبائع المستفيد :

يتحقق الضمان المقرر للبائع المستفيد ، إذا ما اختار تقنية الاعتماد المستندي كوسيلة لتصريف صفقته التجارية ، من خلال أحقيته التامة في استيفاء مبلغ الاعتماد ، بمجرد انتهاء المؤسسة المصرفية فاتحة هذا الاعتماد من عميله الفحص الظاهري للوثائق ، دون أن تتدرع هذه الأخيرة شأنها في ذلك شأن المشتري الأمر بأية مؤثرات استثنائية لتعطيل تنفيذ هذا الاعتماد سواء أكان مصدرها عقد البيع أو مصدر أجنبي آخر ، ما لم يتعلق الأمر بتصرف معيب من قبل البائع المستفيد ، على غرار الغش ... أو النصب ... أو التزوير ، أو إخلال واضح من قبل المؤسسة المصرفية في بسط رقابتها على مشروعية المستندات المثبتة للاعتماد من حيث سلامتها الشكلية .

ثالثا : بالنسبة للمؤسسة المصرفية فاتحة الاعتماد :

يجد الضمان الممنوح لهذه المؤسسة البنكية ، في الاستقلالية الممنوحة للالتزام البنك في خضم عملية الاعتماد المستندي ، وهي استقلالية تبدو معالمها على واجهتين ، فهو مستقل عن عقد الأساس محور عملية الاعتماد المستندي من جهة ، ومن جهة ثانية فهو مستقل عن الأطراف الأخرى المتعاقدة من مشتري أمر ، وبائع مستفيد .

فالبنك غير معني البتة بسلامة تطبيق عقد البيع أو التحقق من مراعاة شروطه الموضوعية منها أو النظامية ، وحسبه في ذلك مجرد فرض رقابة مقبولة على الشكلية المستندية للوثائق المؤيدة للاعتماد ... فمتى تحقق من سلامتها الظاهرية ، ومطابقتها مع المضمن بخطاب الاعتماد ، نوعا وصنفا وعددا، قبلت الوثائق المذكورة على حالتها والتزمت بتسديد قيمة الاعتماد للبائع عبر بنكه المبلغ أو المؤيد ... ولا عبرة ولا اعتداد باعتراض المشتري الأمر ، على صرف ذات القيمة ، أو حجز مبلغها بين يدي نفس البنك فاتح الاعتماد ، أو غيره مع مراعاة الاستثناءات المقررة بمقتضى تواتر الاجتهادات القضائية الصادرة في ميدان الاعتماد المستندي .

وتجد استقلالية التزام المؤسسة البنكية أساسها في سياق عملية الاعتماد ، في كون نهائية ذات الالتزام تقوم بمجرد استلام البائع المستفيد لخطاب الاعتماد وإبداء موافقته الإيجابية على مضمونه ، وعلى الشروط المسطرة في عريضته ، وتأسيسا على ما ذكر فإن الوقائع الاستثنائية والظروف الطارئة التي قد يحتمل مواكبتها لتنفيذ البيع ، تظل عديمة التأثير ، على استقلالية التزام المصرف البنكي منشئ الاعتماد ، والتي تستمد منطقتها وشرعيتها مما يصطلح على تسميته " بالحجة المطهرة " لخطاب الاعتماد ، والتي ترتقي بالتزام البنك إلى مرتبة متميزة ، تموقعه كطرف أجنبي عن العلاقة القائمة بين المستورد - المشتري الأمر - وبين المصدر - البائع المستفيد - حيث يكون البنك المذكور في حكم الجاهل لشروط الصفقة التجارية أو تفاصيل مقتضياتها وفي المقابل يلتزم المشتري الأمر بدفع قيمة الاعتماد للبنك بتزامن مع الموافقة الإيجابية لهذا الأخير على الشكلية المستندية للوثائق المؤيدة للاعتماد .

بيد أن حديثنا عن استقلالية التزام البنك في هذا الصدد ، لا يعني بالأساس إيماننا أو انتصارنا المطلق لهذه الاستقلالية ، وهو مبدأ تبرره مبادئ العدالة والإنصاف ، وتؤكدته التوجهات الحديثة المنادية بضبط حدود هذه الاستقلالية ، والإقرار بإمكانية خضوعها للمؤثرات الاستثنائية التي يحتمل أن تطرأ عليها ، فمما لا جدال فيه كون التوجه التقليدي المنادي بإضفاء الصبغة القاطعة على التزام البنك في عقد الاعتماد المستندي ، أضحي اليوم توجهها مهجورا أو متجاوزا ولا سيما إذا أخذنا بعين الاعتبار واقع عجزه عن إقرار صيغة توافقية في اكتساب الحقوق وتنفيذ الالتزامات بين الأطراف المتداخلة في تنفيذ عملية الاعتماد المستندي وخاصة البائع المستفيد والمشتري الأمر ...

أي نعم أن القواعد والعادات الموحدة المنظمة للاعتمادات المستندية والمتميزة بوحدة سرريان مقتضياتها على المستوى الدولي ، تقر بشكل مبالغ فيه حتمية استقلالية البنك في هذا الخضم ... لكن ذلك لا يمنعنا بالتاكيد ، من إنكار الصفة القطعية الملزمة للالتزام البنك ، متى تخلل تنفيذ التزام البائع أو البنك ، تصرف معيب وجسيم ، ما دام أن هذا الإخلال يخل بشكل صارخ يميزان التوافق العادل في الالتزامات والحقوق المفروض إقرارها والاعتراف بها في العلاقة القائمة من جهة بين المشتري الأمر والبنك مصدر الاعتماد ، وبين ذات المشتري والبائع المستفيد من جهة ثانية .

إن منظومة تجارية عالمية محفوفة بالمخاطر وتلاشي أو اصر الثقة بين مجموع الفعاليات الاقتصادية ، عبر أرجاء المعمور أصبحت تفرض أكثر من أي وقت مضى ، تجاوز التفسير السنتاكي الجامد لقطعية استقلالية التزام البنك أثناء تنفيذ عمليات الاعتماد المستندي، ومحاولة استحداث رؤية جديدة ، وإقرار آليات قانونية وقضائية كفيلة بمعالجة مختلف الإخلالات المعيبة والمعتمدة ، التي قد تشوب تصرف المستفيد سيئ النية ، كالنصب والغش والتزوير أو تشوب التزام البنك الذي قد يرتكب إخلالات فادحة أو أخطاء جسيمة على مستوى بسط رقابة معقولة على شكلية وثائق الاعتماد . إذن وعلى ضوء هذه الحقائق التي يفرضها المنطق القانوني والواقع الموضوعي لا يعقل أن نسلم بوجود أعمال مقتضيات الاعتماد المستندي ، وعلى المتضرر اللجوء إلى القواعد العامة للدفاع عن مصلحة المشروعة ، لأن من شأن ذلك أن يعمق ضرر المتضرر ، وبالتالي يزعزع الثقة في الاعتماد المستندي ، حيث يزيغ عن خطة الرئيس كأداة لأجراء البيوعات الدولية ، ووسيلة لتوفير الثقة والأمان بين أطرافه ، ليتحول إلى أداة دولية للنصب ووسيلة لزعزعة الثقة والأمان .

وأمام هذا الوضع الحتمي وما واكبه من تنصيصات تشريعية صارمة ، تخدم بالدرجة الأولى مصالح المؤسسات المصرفية والباعة المصدرين ، وتهميش مصالح المستوردين ، أو على الأقل تمنحها حماية محدودة ومتواضعة، تدخلت الآلة القضائية عبر جميع أنظمة دول العالم ، فأقرت من خلال اجتهاداتها المتلاحقة ، آليات جديدة أسهمت إلى حد كبير في إعادة نوع من التوازن والتوافق في الالتزامات والمصالح بين مختلف أطراف عقد الاعتماد المستندي ، ويظل من أبرز هذه الآليات إكمانية المشتري الأمر المتضرر من سوء تنفيذ عقد البيع ، أن يتعرض بصفة مستعجلة ومؤقتة على صرف قيمة الاعتماد المستندي، إلى غاية بث قضاء الموضوع في دعوى البطلان أو الإبطال أو الفسخ المرفوعة من لدن المشتري المذكور .

بيد أن هذه الإكمانية ليست مطلقة، بل قيد اللجوء إليها بتوافر مجموعة من الشروط النظامية والموضوعية ، فبالنسبة للنوع الأول يستلزم وجوبا إضافة إلى توافر عنصر لاستعجال وعدم المساس بأصل الحق ، أن لا يكون البنك فاتح الاعتماد قد سدد فعلا قيمة هذا الاعتماد، وأن يقوم المشتري الأمر بتزامن مع رفع دعوى التعرض الصرفي ، بتقديم دعوى موازية أمام محكمة الموضوع تستهدف القول بعدم مشروعية عقد الأساس في حين أن الشروط الموضوعية تستلزم توافر التصرف المعيب في تنفيذ الالتزام من قبل البائع المستفيد كالغش مثلا .

فما هو الغش في الاعتماد المستندي وما هي آثاره في ظل الفقه والقضاء المغربي والمقارن ؟ وما هي مجالات تطبيقه في ضوء الفقه المغربي والمقارن ، وإلى أي مدى يمكن الاعتداء بهذا الغش لتعطيل تنفيذ عملية الاعتماد المستندي ؟ وما هي وسائل إثبات الغش في عملية الاعتماد ، ثم أخيرا ما هي أكثر أنواع الغش الملحوظة في ظل هذه العملية ...؟! .

لنرصد بداية الحثيات المعتمدة من طرف القرار القضائي ، موضوع التعليق ، ثم نستشف من خلاله الطريقة التي كيفت من خلالها محكمة الاستئناف ماهية الغش في الاعتماد المستندي ، بصدد النازلة المعروضة على أنظارها .

" ميثق إن الثابتة من ظاهر الوثائق المدلى بها من قبل الطرفين ، وكذا تقرير السيد (هـ) ان الآلات المرسله من طرفه البائعة المستفيدة من الاعتماد مخالفة كما وكيفا عن البضاعة المتفق عليها ، ومخالفة أيضا لتلك المنصوص عليها في الوثائق المرسله إلى البنك ، وأن حالة الغش تكون واضحة من ظاهرها هذه الوثائق "

فهل قيام الدليل بالخبرة القضائية ، على كون محل عقد الأساس في عملية الاعتماد المستندي مخالف كما وكيفا للوارد بخطاب الاعتماد كما هو الحال في هذه النازلة - كفيل للقول بوجود غش موجب لتعطيل تنفيذ الاعتماد المستندي؟

يجمع الفقهاء أو يكادون على أن الغش هو تصرف سلبي مصدره أحد الأطراف المتعاقدة بغية الاضرار مع سبقية الفصد والنية، بالتزامات وحقوق مفروض احترامها والعمل وفق مقتضاها ، وفي نفس السياق يندرج تعريف الأستاذ جيراركونو في مؤلفه " معجم المصطلحات القانونية " فيقول معرفا ماهية الغش :

" ... إنه محل يتم بقصد الأضرار بالمحقوق الواجبة احترامها ... "

وباعتماد عنصر التكيف والمطابقة بين ماهية التعريف وواقع عملية الاعتماد المستندي يمكن القول أن الغش في ظل الاعتماد المذكور إنما ينصرف نطاقه إلى التنفيذ المعيب بسوء نية والمعتمد لالتزام البائع المستفيد سالكا في ذلك مسلك الأضرار التعسفية والعمدية بحقوق ومصالح الطرف المقابل بكيفية غير مشروعة ، بعد التحلل من واجب حسن تنفيذ الالتزام .

أما الأستاذ جمال الدين عوض ، فيقول معرفا الغش في الاعتماد المستندي :

" ... ويقصد بالغش في هذا المعنى كل محل من جانب المستفيد يقصد به الحصول على مزية الاعتماد بطريق الغش ... ويجب أن يقتصر الغش في محل المستفيد نفسه ، فلا يشمل الغش الصادر من الغير إذ يعتبر المستفيد بريئا منه ... " .

والغش كاستثناء وارد على التزام البنك ومؤثر على استقلاليته وموجب قانوني لتعطيل عملية الاعتماد المستندي ، إنما يجد تبريره ويستشف شرعيته من كلاسيكية المبدأ القانوني الروماني ، الذي عرف ميلاده بتزامن من ظهور أولى بوادر المقتضيات المنظمة للعلاقات التعاقدية بين الأفراد ، وهو المبدأ القاضي في جوهره بأن " الغش سبب موجب لفساد كل شيء " .

وهو نفس الموقف المعبر عنه من طرف العديد من الفقهاء سواء من المدرسة اللاتينية أو نظريتها الأنجلوساكسونية فالفقيه " ليكسو " يرى أنه من الممكن أن يعتد بالغش كموجب لتعطيل عملية الاعتماد المستندي شريطة إثباته بشكل واضح وجلي ، ولا يمكن الدفع آنذاك باحتمال تعسف المشتري الأمر في استعمال هذا الحق ما دام أن ذلك سيؤثر لا محالة على سمعة من يلجأ إليه ، وذلك يكفي أن يصرف تفكير البائع عنه .

أما الأستاذ J. MATUOUT، فهو يرى أن الغش هو استثناء من أهم قواعد الاعتماد المستندي وعلى رأسها استقلالية عقد الأساس .

وإذا كان ما سبق بيانه أنفا يجسد منظور الفقه لماهية الغش في عملية الاعتماد المستندي ...
فما هي يا ترى الميكانيزمات المعتمدة من طرف القضاء المغربي في تحديد ماهية الغش ... ؟

في هذا الإطار نشير أن العمل القضائي المغربي وعلى غرار نظيره المقارن لم يستقر على معيار موحد ومعتد به قانونا لتحديد ماهية الغش ، وهي حقيقة تجد ترجمتها في تراوح الأحكام القضائية بين قائل بأن هذا الغش لا يتحقق إلا إذا كان جليا لدرجة الثبوت القطعي ، كما هو الشأن بالنسبة للأمر الاستعجالي الصادر عن السيد رئيس المحكمة الابتدائية عيد السبع الحي المحمدي بتاريخ : 3 دجنبر 1997 في الملف الاستعجالي عدد : 97/1127 ، والذي جاء فيه :

" ... وحيث استقر الاجتهاد القضائي عالميا على أن العلاقة المصرفية التي تنشأ بين البنك الضامن والمستفيد من الاعتماد مستقلة تماما عن المعاملة الرابطة بين البائع والمشتري، واحتمل الاعتماد القطعي أمانا مطلقا للبائع، لا يجوز الرجوع فيه، لأي سبب كان بحالة الغش الضامن الصادر فيه، والثابت ثبوتها قطعا، كما هو الشأن للتعاقد على بيع الساعات مثلا في حين يتوصل المشتري بدلها بالعجالة .

وحيث أنه في واقعتنا هذه ، فإن الخطأ في البضاعة المتفق بشأنها ليس من نوع الغش الذي يفق العين والذي يبرر هذا الاستثناء ... "

ويجدر بنا القول أن المعيار المحدد من طرف الأمر الاستعجالي في تعريف الغش ، إذا كان يستمد مصدره من العبارة الشهيرة ل VASSEUR " الوضع الظاهر لدرجة فقا العين ... " فإن ذلك لا يمنعنا من التصريح أن هذا المعيار يكتسي طابعا شاذا ينصح بعدم تعميمه أو السير على خطاه، فهو معيار صارم إن لم نقل مبالغ فيه ، ذلك أن تقييد الغش بمظاهر خارجية تفقا العين ، وحصرها استثناء في هذا النطاق ، يتنافى والمفهوم العام لماهية الغش في عملية الاعتماد المستندي

إذا لا يعقل أن ننتظر تصرفات احتيالية من جانب البائع على غرار وجود حجارة في حين أن محل التعاقد ساعات ، حتى نقر ونجزم بواقعة الغش .
ونحن نحتج في تأكيد تحفظنا بهذا الصدد، بالتذكير بتواجد حالات غش يتعذر كشفها إلا بالاستعانة بذوي الخبرة والمعرفة ، كما أن الغش نفسه كمفهوم متطور يخضع لواقع التحولات السوسيو-اقتصادية السائدة ، فلا مجال إذن لتحديد إطاره من خلال نموذج تطبيقي مقيد وجامد .

وبموازاة هذا التصور اعتبرت أحكام قضائية مغربية أخرى أن مجرد عدم المطابقة بين البضاعة المتفق عليها والبضاعة الواردة من طرف البائع المستفيد لفائدة المشتري الأمر تقوم أيضا مقام الغش الكفيل بالحد من استقلالية البنك المنشئ للاعتماد والموجب لتعطيل تنفيذ عملية الاعتماد المستندي ، وإلى ذلك ذهب الأمر الاستعجالي الصادر عن السيد رئيس المحكمة التجارية بالبيضاء عدد : 2000/3268 بتاريخ 18 دجنبر 2000 (غير منشور) :

" ... وحيث أن البنك وإن كان أجنبيا عن العملية التي تمتع بين زبونه الأمر والغير المستفيد من الاعتماد المستندي ويكون ملزما بالأداء بمجرد تقديم الوثائق المطابقة لشروط الاعتماد ، فإن هذه القائمة يستثنى منها إذا كان هناك تحش من طرف البائع حيث يحق للبنك أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إلى أن يفصل في النزاع وذلك بمجرد إشعاره بالغش من طرف زبونه الأمر

وحيث أن ظاهر المستندات المدلى بها تفيد عدم المطابقة بين البضاعة المتفق عليها والبضاعة المسلمة إلى المدعية وأن من شأن تنفيذ البنك للالتزام والقيام بالوفاء للمستفيد أن يلحق ضررا بالمدعية ، يتعذر تلافيه بدون مشقة مما يكون معه قاضي المستعجلات مقتضا للأمر بالإجراء المطلوب مادام لا يمس جوهر النزاع واقتضته حالة الاستعجال لدرء الضرر المعقد بالمدعية ... "

وفي قرار آخر غير منشور صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بتاريخ : 29 أكتوبر 1998 :

" ... حيث أنه بتعمسنا ظاهريا للمستندات المدرجة بالملف تبين للمحكمة من خلال الخبرة المنجزة من طرف السيد (ق.ض) أن البضاعة المرسلة من طرف شركة (م.ب) إلى المستأنفة عليها (غ) لا علاقة لها بطلب هذه الأخيرة وتغير مطابقة المواصفات المتفق عليها كما وكيفا

حيث أنه لا جدال أنه يحدق للبنك أن يتمتع من تنفيذ التزامه في حالة ما إذا كان هناك غش من طرف البائع إلى أن يفصل في النزاع وذلك بمجرد إشعاره بالغش من طرف زبونه الأمر ... "

وفي قرار ثالث صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء ، غير منشور بتاريخ 22 شتنبر 1994 ، الغرفة التجارية قرار عدد : 2505 أقرت المحكمة أنه :

" ... حيث إن كان الفقه قد ذهب إلى اعتبار الاعتماد المستندي ومحدد البيع مستقلين من بعضهما وأن عدم أحدهما لا يؤثر على العقد الآخر ، فقد نص على استثناء لهذه القاعدة وهي حالة احتشاضه غش أو تدليس من طرف البائع ... "

وبخصوص الأحكام القضائية الأخيرة نشير أن عنصر عدم المطابقة والاختلاف في المواصفات يجب أن لا ينهض مجردا ، كسبب أو بالأحرى كموجب قانوني لتأجيل سداد قيمة الاعتماد لغاية انتهاء الخصومة المعروضة على أنظار قاضي الموضوع ، إلا إذا كان مقرونا بواقعة الغش ، لذلك يتعين على السيد قاضي الأمور المستعجلة وهو بصدد الاستقراء الظاهري لوثائق النازلة في دعوى التعرض الصرفي لقيمة الاعتماد أن لا يكتفي في معرض تعليقه للحكم على كون البضاعة غير مطابقة للمواصفات فيتخذ هذه الواقعة كموجب كاف للتصريح وفق طلب المشتري الأمر ، بل يتعين عليه لزوما مراعاة مدى توافر عنصرين ضروريين ، أولهما : أن يكون مصدر عدم المطابقة أو الاختلاف في المواصفات غش أو تدليس من طرف البائع ، وثانيهما : سبقية علم البنك بواقعة الغش والتدليس ، وإلى ذلك ذهب قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ : 02 دجنبر 1974 :

" ... البنك لا يسأل عن تنفيذ الاعتماد ولو اتضح أن البضاعة غير مطابقة للمستندات الواردة بالخطاب ، إلا إذا كان هناك غش من البائع وكان البنك يعلمه ... "

وتأسيسا على التحفظ الوارد أعلاه ، يمكن الجزم أنه متى لم يكن للمستفيد البائع أي دور سلبي في وجود واقعة عدم المطابقة في البضاعة أو الاختلاف في المواصفات ، كان تكون واقعة الاختلال ناتجة عن الغموض الذي اكتنف تعليمات المشتري الأمر في خطاب الاعتماد أو ناتجة مثلا عن عناصر خارجية، كمخاطر النقل البحري ، أو الجوي أو ظروف شحن البضاعة ... فإن ذلك يجب أن لا ينهض بأي حال من الأحوال كمبرر قانوني لصحة التعرض على الاعتماد.

ومتى سلمنا بحقيقة وحتمية آثار الغش من طرف المستفيد البائع ، كموجب معتد به قانونيا يخول للمشتري الأمر إمكانية التعرض على صرف قيمة الاعتماد بعد تحقق شروط هذا الغش الموضوعية منها والشكلية وذلك في انتظار محكمة الموضوع في دعوى فسخ أو إبطال عقد الأساس ... فإن ذلك يجب أن لا يحجب عن أنظارنا حقيقة تواجد مجموعة من الإشكاليات بصدد ذات الموضوع والتي لم يستطع لحد الآن الفقه والقضاء ، سواء المغربي منه أو المقارن ، أن يقرر معيارا موحدًا في معالجتها ، أو أن المعيار المعتمد في ظل هذه المعالجة لم تستقر الدراسات أو الأحكام اللاحقة على وجوب الأخذ بما استقرت عليه .

وسنقتصر في هذا الإطار على استعراض أبرز الإشكاليات المرصودة في هذا الشأن وإلى ذلك البيان الآتي :

I - الإشكالية الأولى : ما مدى إمكانية المتاحة للبنك الفاتح في سبيل التعرض التلقائي على صرف قيمة الاعتماد بمجرد إشعار صادر عن المشتري الأمر بوجود حالة غش مرتكب من طرف البائع المستفيد...؟

إن معالم هذه الإشكالية تثور عندما يكتشف المشتري الأمر سوء تنفيذ عقد الأساس في عملية الاعتماد المستندي من طرف البائع الذي شاب تنفيذ التزامه بهذا الصدد غش، أو احتيال ، أو أي تصرف سلبي ، وبسوء نية صادر منه ، فيبادر المشتري الأمر بالنظر لمجموعة من الاعتبارات - كضيق الأمد الزمني و قرب انتهاء المدة المحددة لتسديد قيمة الاعتماد - إلى اللجوء المباشر إلى مؤسسته البنكية طالبا منها التعرض على صرف هذه القيمة ، لارتكاب غش من طرف البائع على أساس أن الغش كمبدأ عام لا يمكن أن يرتب حقا أو يحمي ادعاء ، فهل البنك ملزم بالاستجابة لطلب عمليه بصفة تلقائية نظرا لوجود حالة الغش الفاضح ... أم أنه محظور عليه ذلك في غياب حكم قضائي يلزمه بالإقدام على هذه الخطوة ، و إن كان التزامه التزاما مستقلا في سياق عملية الاعتماد المستندي ، فإن الموقف الذي قد يتخذه في هذا الشأن سيؤثر إيجابا أو سلبا في طبيعة هذا الالتزام و في مكانته داخل المنظومة المصرفية الدولية ...

و يقينا فإن الحسم في هذه الإشكالية يبدو متعذرا في ظل خضوعها لمبدأين متناقضين :

- المبدأ الأول :

إن البنك الفاتح بعد تنفيذ الاعتماد ، وموافقته على المستندات المحالة من طرف البائع المستفيد ، تجعله في موقف الملتزم المباشر و الأول إزاء هذا البائع فيما يخص تسديد قيمة الاعتماد و سبيله في ذلك احترام نصية القواعد و العادات الموحدة و تحقيق ماهية الاعتماد المستندي .

- المبدأ الثاني :

إن القواعد العامة تفيد أن الغش موجب لتعطيل محل الالتزام ، و بالتالي فهو لا يرتب أي حقوق للطرف الملتزم الصادر عنه هذا الالتزام ، كما لا يمكن أن يولد أي التزام في حق الطرف المقابل و بإعمال آثار الحكم في حالة الغش الصادر من طرف البائع المستفيد في الاعتماد المستندي أمكن القول أن المشتري الأمر بإمكانه اللجوء إلى جميع الإجراءات التي من شأنها تعطيل عملية الاعتماد المستندي لعل الغش المذكور .

- على أن الإقرار وفتح الباب على مصراعيه أمام كل مشتري أمر للقول و الاحتجاج بواقعة الغش و اتخاذها كمطية لتعطيل تنفيذ عملية الاعتماد ، يتضمن الكثير من المجازفة و المبالغة ، و هو الأمر الذي مهد الأرضية لتضارب الآراء و الأحكام القضائية فيما يتعلق بمدى مشروعية أحقية المشتري الأمر التقدم دونما حاجة للجوء إلى القضاء ، بطلب مباشر إلى بنك الفاتح، موضوعه التعرض على صرف قيمة الاعتماد .

الاتجاه المؤيد :

يرى هذا الاتجاه أن المشتري الأمر الذي يكتشف غشا في البضاعة موضوع الاعتماد المستندي يمكنه أن يلجأ مباشرة إلى بنكه الفاتح طالبا منه الإحجام والامتناع عن تسديد قيمة الاعتماد لفائدة البائع المستفيد دون حاجة لاستصدار حكم أو أمر قضائي يجبر البنك على الاستجابة لطلبه الرامي للتعرض الصرفي ، وعلته في ذلك أن هذا الغش يشكل سببا لتعطيل حق هذا البائع في طلب تنفيذ الاعتماد ، وهي قاعدة عامة يمكن الاحتجاج بآثارها دون حاجة لاستصدار حكم قضائي يؤيد ذلك .

والملاحظ أن القضاء المغربي كان يتخذ موقفا إيجابيا ومساندا لهذا الطرح ويبدو ذلك من خلال الاستقراء الضمني للعديد من حيثياته المضمنة في اجتهاداته القضائية ، ففي قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ : 21 أكتوبر 1978 م عدد : 1527 تم التنصيص صراحة على هذا الموقف إذ تم التأكيد على أن :

" ... وأجاز القضاء للمشتري أن يجري العجز على حق البائع المستفيد من الاعتماد بين يدي البنك فاتح الاعتماد متى في الحالة التي يكون فيها الاعتماد مقرونا بشرط لا رجوع فيه ، وذلك إذا استطاع المشتري أن يبرز أمام القضاء أن له الحق في التعويض إزاء البائع وتحققته المحكمة من وجود مبدأ الحق في بعض التعويض، إما بسبب وجود عيب في المبيع، أو لاي سبب آخر له ارتباط بعملية الاستيراد ... بل إن القضاء المغربي ذهب أبعد من هذا وأجاز لفائدة المشتري دعوى لكل مسؤولية إزاء هذا الأخيرة أن يتمتع من أداء مبلغ الاعتماد إذا تبين له أن البضاعة غير مطابقة للمواصفات المتفق عليها

ونفس الموقف تبناه الحكم الصادر عن المحكمة التجارية بالبيضاء بتاريخ : 17 شتنبر 1997 تحت عدد : 92/469

" ... وحيث يتجلى مما ذكر أنه إذا كان البنك معفا في الامتناع عن تنفيذ التزامه إزاء المستفيد إن تبين له حصول خسر من طرفه زبونه الأمر ، فإنه يكون معفا في ذلك إذا صدر له أمر قضائي بذلك

أما القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ : 22 شتنبر 1994 ملف تجاري عدد : 94/998 - غير منشور - ، فقد أكد بصورة جلية إمكانية الامتناع التلقائي للبنك الفاتح عن تسديد قيمة الاعتماد المستندي لفائدة البائع، بمجرد إشعار صادر عن المشتري الأمر بوجود حالة غش، دونما حاجة لاستصدار أمر قضائي بذلك ، وإلى ذلك ذهبت حيثيات القرار الاستئنافي فأقرت أنه :

" ... حيث إن البنك المذكور إذا كان من محقه أن يتمتع بصفة تلقائية من أداء ثمن البضاعة عند حدوثه تدليس أو خسر ويتعذر بالتالي من أي التزام نتج عن الاعتماد المستندي والبائع فأولى وأمرى إذا بلغ إلى محله عن طريق أمر قضائي بالامتناع من الأداء لاكتشافه عيبه ففي

البضاعة ... "

ويبدو أن العمل القضائي المغربي يكون بموقفه هذا قد تأثر ببعض الاجتهادات القضائية المقارنة ، كما هو الشأن بالنسبة للقرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ : 4 مارس 1953 الطي

أكدت من خلاله أنه إذا كان الاعتماد المستندي وعقد البيع مستقلين عن بعضهما وينشئ كل منهما التزامات مختلفة ، وإن عدم تنفيذ أحدهما لا يؤثر على العقد الآخر ، فإن الأمر يختلف في حالة الغش ، وأنه بإمكان المشتري الأمر التعرض مباشرة لدى بنكه الفاتح والحيلولة دون صرف قيمة الاعتماد دونما حاجة لاستصدار حكم أو أمر قضائي بذلك ، وهو نفس الموقف المعبر عنه من طرف الفقيه J. P. MATTOU. إذ صرح قائلا:

" ... والبنك الذي يثبت له الغش يجب أن يمتنع عن الدفع دونما حاجة إلى منح قضائي رغم أن هذا المنع قد يجعله في وضع أكثر راحة ... "

على أن وجهة نظرنا الشخصية بصدد هذا الاتجاه تنحو في منحنى معاكس لما سار عليه ... ذلك أنه إذا كنا لا نشكك ولا نقدح في حقيقة اعتبار الغش كسبب مقيد لاستقلالية التزام البنك الفاتح وموجب قانوني للتعرض على صرف قيمة الاعتماد ، فإن ذلك لا يمنعنا من جهة موازية من التأكيد على أن إظفاء المشروعية على إمكانية البنك في اللجوء إلى التعرض التلقائي على صرف قيمة الاعتماد بمجرد صدور إشعار من طرف المشتري الأمر يتضمن كثيرا من المجازفة والمبالغة بل الأكثر من ذلك سيفتح المجال يقينا ولا ريب أمام المشتري الأمر سيئ النية قد يختلق واقعة غش مصطنعة للتحلل من تنفيذ التزامه في سياق عملية الاعتماد المستندي ... وبيان ذلك أن القضاء هو من له الصلاحية دون غيره للإقرار بوجود الغش من عدمه ... فليس كل ادعاء للإقرار بوجود واقعة الغش هو ادعاء صحيح ومرتب لآثاره القانونية ، كما أن تقدير البنك الفاتح لحقيقة وجود الغش المحتج به ، هو تقدير لا يرقى إلى درجة الاطمئنان إلى صحته ومصداقيته ، ولا سيما متى كانت له نفسه مصلحة في التعرض ، كما هو الشأن بالنسبة للحالة التي سبق له وأن ضرب خلالها رهنا على مجموع البضاعة موضوع عملية الاعتماد ... فقد يعتبر المشتري الأمر أن مجرد وجود خلاف ليس بالأهمية بمكان في المواصفات بين البضاعة الواردة ونظيرتها المتفق عليها بخطاب الاعتماد، بمثابة غش ... في حين أن الأمر عكس ذلك ، ونفس الأمر في حالة الاحتجاج مثلا بالخلاف حول جودة البضاعة المستوردة ، أو على أضرار تسببت فيها ظروف شحنها أو وسيلة نقلها ، خاصة وكما أسلفنا فإن الفقه والقضاء متفقان على أن الغش المعتد به قانونا كمبرر للتعرض على صرف قيمة الاعتماد هو الغش الفاضح والثابت ثبوتا قطعيا

حجتنا في منظورنا هذا - فضلا عما سبق ذكره - ينصرف إلى محاولة تفادي المس بالمكانة المصرفية للبنك الفاتح داخل الأوساط المالية، وعلّة ذلك أن صدور أمر قضائي يقضي بصحة التعرض وإن كان لا يبرر كليا موقف البنك المذكور لدى المؤسسات المصرفية الأجنبية ، فهو على الأقل يلف منه ، انسجاما وتجاوبا مع إجبارية احترام الأحكام القضائية التي تجسد في حد ذاتها تمظهورا دستوريا لصور السيادة المحلية ... وهو تبرير يفقد أساسه في حالة ما إذا أقدمت المؤسسة البنكية فاتحة الاعتماد على التعرض تلقائيا على صرف قيمة الاعتماد المستندي ، ولو بعد إشعارها بوجود حالة غش من طرف المشتري الأمر .

الإشكالية الثانية :

هل صفة المرتكب للغش في عملية الاعتماد المستندي تشترط حصرا على البائع المستفيد للقول بإمكانية ترتيب هذا الغش لنتائجه وآثاره القانونية فيما يخص تعطيل تنفيذ الاعتماد المستندي ... أم يكفي أن تقترن عملية الاعتماد بغش ما دون البحث عن مصدر أو صفة مرتكبه ... ؟

وجب البيان ونحن بصدد دراسة هذا الإشكالية أن الآراء ووجهات النظر التي تناولت بالدارسة والتحليل مضمونها تراوحت في معالجتها لها بين قائل بتعذر إمكانية الاعتداد بالغش إلا عندما يكون ناتجا عن فعل المستفيد ، وبين قائل بإمكانية صرف النظر عن مصدر الغش والاعتداد بوجوده متى تحقق ، ولو كان صادرا عن الغير ، ليرتب آثاره القانونية في مسار تنفيذ عملية الاعتماد المستندي وإلى ذلك نميز بين اتجاهين اثنين :

الاتجاه الأول :

يؤسس هذا الاتجاه رؤيته على المعيار الشخصي للاعتداد بواقعة الغش، فيجعلها مقتصرة حصرا على فعل البائع المستفيد وهو الأمر الذي يفيد في منطوقه المعاكس أنه متى ارتكب هذا الغش بمعزل عن إرادة نفس المستفيد فلا عبرة ولا اعتداد بوجوده ، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يرقى إلى درجة الموجب القانوني لتعطيل تنفيذ عملية الاعتماد المستندي .

ويساند هذا الرأي مجموعة من الفقهاء ومهتمي الشأن القانوني كما هو الشأن بالنسبة ل : J. MATTOU و STOUFFELET كما أنه يجد صدى له في العديد من الاجتهادات القضائية ولا سيما المقارنة منها ، ففي قرار صادر عن مجلس اللوردات البريطاني بتاريخ 20 ماي 1982 تم التأكيد على أن الغش لا يكون مانعا من الوفاء إلا إذا كان المستفيد مسؤولا عنه ، وهو نفس الموقف الذي استقرت على وجوب الأخذ به محكمة الاستئناف البلجيكية – انفير ANVERS فقالت :

" ... حيث أنه لا يوجد شيء يفيد أن الغش ارتكبه البائعه ... كما أن لا شيء يفيد أن المستندات تم تزويرها لصالح هؤلاء ... "

أما بالنسبة للقضاء المغربي ، فهو وإن لم يتطرق بالحسم لهذه الإشكالية باجتهادات قضائية صريحة ... فإن الحيثيات والعلل المعتمدة في أغلب الأحكام القضائية المغربية الصادرة في ميدان الاعتماد المستندي تسير بصفة ضمنية منظور هذا الاتجاه .

وصفوة القول ، ان أنصار هذا الاتجاه إنما يحاولون من خلال تقييد مصدر واقعة الغش بمعيار شخصي لا يتجاوز إطار البائع المستفيد ، حماية تقنية الاعتماد المستندي والحفاظ على مصداقيتها وتضييق الخناق على جميع العناصر الخارجية التي من شأنها أن تؤثر على تنفيذ عملية الاعتماد المستندي .

الاتجاه الثاني :

يتخذ هذا الاتجاه من المعيار الموضوعي أساس تصوره ومرتكز منظوره، لذلك فهو يوظف الغش كقاعدة عامة و كمسألة موضوعية من شأنها ترتيب آثارها القانونية وتعطيل تنفيذ الاعتماد المستندي ولو ارتكب هذا الغش من طرف الأغيار .

ويرى بعض المهتمين ، أنه وانطلاقا من كون الغش سبب موجب لإفساد كل شيء ، فإنه لا فائدة في البحث عن مرتكبيه وعليه فتى ثبت الغش بدرجة كافية تعين على البنك حظر تنفيذ الاعتماد .

ويؤكد هذا التصور كون الأثر المقابل لواقعة الغش بالنسبة للمشتري الأمر يظل واحدا سواء كان مصدرها البائع المستفيد أو الأغيار – ولا سيما المتعاملين معه أو لفائدته – ذلك أن البائع المذكور ولو لم يرتكب غشا فهو " ... مجبر على تحمل مسؤولية اختيار الأشخاص الذين تعامل معهم ، لا أن يلقي العبء على المشتري ... " .

على أننا نستعيد – كموقف شخصي – منظور الاتجاه الذي يجعل واقعة الغش مسألة موضوعية يمكن الاعتداد بها بصرف النظر عما إذا كانت بفعل المستفيد البائع أم الغير، كما ندحض العلل والحجج المعتمدة من قبله لتبرير موقفه ... وغايتنا في ذلك تضييق مجال الاحتجاج بالغش كموجب قانوني لتعطيل تنفيذ عملية الاعتماد ... والحفاظ على مكانة الاعتماد المستندي كأحد أبرز

تقنيات التبادل التجاري الدولي ... فأقرارنا بالزامية الاعتراف بواقعة الغش كمبرر قانوني للحد من استقلالية البنك الفاتح ... وتقييد الحقوق المخولة للبائع المستفيد ... والتجاوز الاستثنائي لنصية القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية ... لا يعني بتاتا التسليم بهذا الإقرار في غياب ضوابط ومعايير محددة لان من شأنه أن يطلق العنان لمسلسل الاحتجاجات المجانية من طرف المشتريين ذوي النية السيئة كما سيفتح المجال أمام فقدان تقنية الاعتماد المستندي لصفحتها الامتيازية التي تجعلها في موقع الريادة في سلم تقنيات التبادل التجاري الدولي .

الإشكالية الثالثة :

هل يحتفظ البنك المنشئ للاعتماد بحقه في الرجوع على المستفيد متى دفع له دون تحفظ رغم سببية ارتكاب هذا الأخير لغش في تنفيذ التزامه ... أم أن البنك المذكور يفقد حقه في هذا الرجوع استنادا إلى طبيعة التزامه الذي يجعله مستقلا عن التزامات الأطراف المتداخلة في عملية الاعتماد المستندي وكذا عن عقد الأساس ... (عقد البيع) ... "

تثار هذه الإشكالية عندما يعمد البنك الفاتح إلى قبول المستندات المرسله من طرف البائع المستفيد عبر البنك المراسل أو المؤيد بعد سببية تفحصها ظاهريا ، فيحدث أن تكون المستندات المذكورة - وإن كانت سليمة ظاهريا - فهي معيبة أو لا تتطابق مع البضاعة موضوع الاعتماد المستندي كمية أو عددا أو صنفا أو جودة ... فهل يستطيع البائع المستفيد عند مخاصمته قضائيا من طرف المشتري الأمر أن يتمسك بسقوط حق البنك الفاتح في الرجوع عليه بالأداء والتعويض . ان التصرف السلبي للبائع في تنفيذ التزامه لا يحرره من قيام مسؤوليته اتجاه البنك الفاتح ، ولو بعد قبول المستندات إذ يجعل ذمته المالية هذه مدينة للبنك الذي لا يفقد بأي حال من الأحوال أحقيته في الرجوع إليه بما دفعه له من مبلغ مالي ممثل لقيمة الاعتماد ، فضلا عما يستتبع ذلك من صوائر وتعويضات لجبر الأضرار اللاحقة به ماديا ومعنويا ، ويجد هذا الرأي سنده قضائيا في القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2 دجنبر 1974 والذي جاء فيه :

" ... يرتكب خطأ المستفيد الذي يقده إلى البنك شهادات مراقبة لا تحمل توقيع الأشخاص المختصين بتنفيذ هذه الرقابة ، وهواتير خدوت بضاعة وكمية مخالفة للمشعور حقيقة للمشتريين الأمريين ، ولا يستطيع المستفيد أن يدعي على البنك أنه ارتكب بدوره خطأ لكونه لم يراقب صحة توقيعات المستندات وإن البنك لذلك تنازل عن حقه في الرجوع عليه متى دفع له بدون تحفظ ... "

أما الاتجاه الثاني فهو يعتبر أنه لا رجوع للبنك فاتح الاعتماد على البائع المستفيد بما دفعه له ، ولو في حالة افتراض افتتان تنفيذ عملية الاعتماد المستندي بتصرف سلبي معيب من قبل هذا الأخير كالغش والنصب والاحتيال ، ما دام أنه قبل المستندات بعد تفحصها ظاهريا ، وتأكد من صحتها وسلامتها باذلا في ذلك العناية المعقولة والاحتياط المقبول والجاري بهما العمل في ظل العمل المصرفي .

ويستمد أنصار هذا الاتجاه مشروعية منظورهم هذا من استقلالية التزام البنك الفاتح في إطار عملية الاعتماد المستندي إذ لا يعقل أن يحتج بحدود هذه الاستقلالية وآثارها لدفع كل أشكال المسؤولية في مواجهة البنك المنشئ للاعتماد في حالة قيام غش من طرف البائع ثم يعود البنك المذكور للمطالبة بحفظ حقه في الرجوع على البائع بما دفعه له .

وحسبنا في هذا المقام أن نضم صوتنا إلى الرأي المناهض لأحقية البنك المنشئ للاعتماد في الرجوع على البائع المستفيد بعد تنفيذ الاعتماد فالبنك الفاتح عند عرض المستندات عليه المفترض عدم سلامتها أو صحتها يكون بصدد موقفين رئيسيين مختلفين : إما أن يكتشف غش المستفيد ولا إشكال في

ذلك ، حيث يعتمد على التصدي لها بالرفض ، وإما يتعذر عليه كشف معالم الغش المباشر من طرف البائع المستفيد ، رغم تزامن مراقبته الظاهرية للمستندات بتبصر كافي وعناية معقولة مبدولة، حيث يفقد ومن منطلق استقلالية التزامه وتجرده من كل أحقية في الرجوع على البائع فاتحا المجال أمام المشتري الأمر لمباشرة ذلك ، ولا سيما أن البنك يظل دائما ما عدا في حالات استثنائية غريبا وأجنبيا عن علاقة البيع موضوع عقد الأساس في الاعتماد المستندي .

وسندنا في موقفنا هذا غياب تنصيب صريح في ظل القواعد العادات الموحدة للاعتمادات المستندية تسمح بإمكانية رجوع البنك الفاتح على البائع المستفيد بما دفعه ولو في حالة احتمال ظهور واقعة غش من لدن البائع المذكور بعد تنفيذ الاعتماد .

وسائل إثبات الغش في عملية الاعتماد المستندي :

إن ادعاء الغش والاحتجاج به كمبرر قانوني لتعطيل تنفيذ عملية الاعتماد المستندي لا يمكن الاعتداد به وإعمال آثاره إلا بعد إقامة الدليل القاطع على حقيقة وجوده تفاديا لأي مطالبات احتيالية من لدن بعض المشتريين الأمرين سيئ النية ، أو محاولة منهم التحلل دون موجب من تنفيذ التزاماتهم ، وعليه فإنه لا يكف العميل الأمر بالادعاء بوجود الغش بل يجب أن يثبت الغش بدليل لا يرقى إليه الشك ، مثلا أن يقوم المحضر بإثبات عدم صدق المستند، أو يثبت الغش من مقارنة المستندات ببعضها ، ويجب أن يقوم هنا الدليل قبل تنفيذ الاعتماد ، أي قبل تاريخ استحقاق مبلغ الاعتماد ، وقبل الدفع أو قبل المرحلة النهائية لتنفيذ الاعتماد إذا نفذ على مراحل

فبخصوص الغش في المستندات يتعين على المشتري الأمر أن يثبته من خلال مثلا محضر إثبات حال أو معاينة، أو خبرة عدم صدق المستند وعدم صحته ... غير أنه يتعين القيام بهذا الإثبات قبل تنفيذ الاعتماد وحلول موعد استحقاق سداد قيمته ، أما بخصوص الغش في البضاعة بعد وصولها ، فيمكن إثباته بواسطة خبرة قضائية تواجيهية ، واستثناءا بواسطة خبرة عادية في إطار الاوامرالمبنيّة على طلب، يلجأ إليها المشتري الأمر لظروف معينة كالاستعجال وقرب حلول موعد تسديد مبلغ الاعتماد ، وهو الموقف الذي سار عليه العمل القضائي في أغلب أحكامه القضائية .

طبيعة الغش في الاعتماد المستندي وأنواعه :

إذا كانت مختلف التصورات الفقهية والاجتهادات القضائية قد استقرت في مجموعها على وجوب الاعتداد بواقعة الغش كمبرر قانوني لتعطيل تنفيذ عملية الاعتماد المستندي ، وكموجب يفتح للمشتري الأمر إمكانية اللجوء لدعوى التعرض على صرف قيمة الاعتماد ، فإن الخلاف ظل قائما ولم يحسم في محتواه بخصوص طبيعة الغش المعتمد بها قانونا لتبرير تعطيل عملية الاعتماد المستندي ، والمجال أو بالأحرى المحل الذي يجب أن تنصب عليها واقعة الغش، وإلى ذلك البيان الآتي :

كما أسلفنا في معرض حديثنا عن ماهية الغش في الاعتماد المستندي فإن هذا الأخير من منطلق طبيعته كإخلال تعاقدي غير مشروع بحقوق أطراف مقررّة قانونا ، تضاربت الآراء حول الدرجة الواقعية التي بدونها لا يمكن أن يرقى هذا الغش إلى السبب المشروع والمبرر القانوني الكفيل بتعطيل تنفيذ عملية الاعتماد المستندي ، والحد من إطلاقية استقلال التزام المؤسسة البنكية فاتحة الاعتماد... . فقبل أن الغش لا يعدو أن يكون مجرد استثناء وارد على الضوابط القانونية المنظمة لعلاقة أطراف التركيبة الثلاثية في عملية الاعتماد المستندي (مشتري أمر ، بائع مستفيد ، بنك فاتح) وهي تركيبة تقضي في جوهرها باستقلال التزام البنك عن عقد البيع وعن التزامات باقي الأطراف فتم الاستقرار على وجوب عدم الاعتداد بواقعة الغش في الاعتماد المستندي إلا إذا كان ثابتا قطعا وبإدعية معالمه للعيان

بشكل لا غموض فيه ، وهو الأمر الذي مهد لإقرار بعض الباحثين -VASSEUR- بأن الغش لا يمكنه أن يرتب أية آثار قانونية ما لم يبلغ حداً يفقأ العين إذ يستوجب حتماً أن تكون مظاهر الغش المعتمج به ثابتة بشكل جلي ولا غموض فيها .

والموقف السابق بصرف النظر عن تقدير مدى صحته أخذ به وتبناه القضاء المغربي في بعض المناسبات ولو بشكل محتشم ، كما هو الشأن بالنسبة للأمر الاستعجالي الصادر عن السيد رئيس المحكمة الابتدائية بعين السبع الحي المحمدي بتاريخ : 13 دجنبر 1997 المشار إليه سابقا، والذي أكد صراحة تشبهُه بمعيار الغش - فاقى العين - لإمكانية الحديث عن تعطيل تنفيذ عملية الائتماد المستندي..... ثم القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بطنجة بتاريخ : 19 فبراير 1980 الذي أكد أنه

" ... وجود غش في البطاقة لا يخلل البنك من التزامه نحو البائع ... "

ويعتقد رواد هذا الاتجاه أنه إذا كان من المقبول تجاوز تقييد استقلالية البنك حيال عقد الأساس متى ظهر اخلال واضح من جانب البائع المستفيد عن طريق إيجاد وإحداث تقنيات قانونية وآليات قضائية من شأنها التعطيل المؤقت لتنفيذ عملية الائتماد المستندي ... فإنه يتعين بموازاة ذلك إقرار هذه الصلاحية في إطار استثنائي محدود، تكريسا من جهة لمصادقية وحياد عملية الائتماد المستندي كتقنية متميزة للتبادل التجاري الدولي عبر أرجاء المعمور، ومن جهة ثانية تفادي خضوع البائع المستفيد لتعسف المشتري الأمر والبنك الفاتح ... خاصة وأنه يرى في الائتماد المستندي وسيلة ضمان غير قابلة للمناقشة .

غير أن تقييد طبيعة الغش الواجب الاعتراف بواقعه كموجب لتعطيل تنفيذ عملية الائتماد المستندي وحصره في تصور موحد في - الغش الذي يفقأ العين - أصبح منظورا متجاوزا استنادا لاعتبارين رئيسيين أولهما : اعتبار عام يتجلى في خصوصية الغش كمبدأ ، وآثاره التي تظل موحدة سواء أكان فاقى العين وظاهرا للعيان أم مجرد غش خفي إذ أن القاعدة القانونية المتعارف عليها كلاسيكيا كون الغش متى تحقق يظل غشا منتجا لآثاره ومفسدا لمحل العقد ايا كانت طبيعته او درجته... وإلى ذلك ذهب القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإنجليزية سنة 1979 فقال :

" إن البنك لا يهتم إلا بواقعة معينة هي حالة الغش وهي أن المستندات مدمية القيمة لهذا فحالة

المستند وليس مصدره هي التي يجب أن تهتم في قرار البنك

أما الاعتبار الثاني الخاص فيمكن في الطبيعة المتطورة لماهية الغش نفسها والتي أثبت الواقع العملي تكيفها ومواكبتها في تواجدها مع الظروف السوسيو-اقتصادية المستجدة ولا سيما أمام اقتحام المعلومات والانترنت مجال التبادل التجاري .

وتماشيا مع التوجه المرن لهذا الاتجاه فقد تم التأكيد على أن الغش يمكن إثباته وإعمال آثاره بمجرد إثارته بصفة جدية ونظامية من قبيل المشتري الأمر على غرار تقديم الاحتجاج مباشرة إلى مصدر الائتماد أو تقديم شكاية موضوعها النصب والاحتيال لدى مصالح النيابة العامة للقول بتحقيق الموجب القانوني لتعطيل تنفيذ الائتماد مؤقتا ولا سيما بعد تحريك المتابعة في حق البائع المستفيد وتسطير صك الاتهام في حقه دونما حاجة إلى انتظار صدور حكم نهائي قاضي بالإدانة .

وبالنسبة للقضاء المغربي فإن المتتبع لمختلف الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم المغربية بمختلف مستوياتها سيقف على حقيقة ميدانية مفادها أن هذا القضاء كان دائما - اللهم في حالات استثنائية نادرة - يتبنى موقف الاتجاه المرن لتكثيف ماهية الغش في الاعتماد المستندي ، فاعتبر مثلا أن مجرد مراسلات متبادلة بين المشتري الأمر والبائع المستفيد عبر رسائل وفكسات تنفيذ وجود محسوب فادحة بالثبوت موضوع الاعتماد المستندي يشكل تحشا يبرر تعطيل تنفيذ صراحة الاعتماد لهذا البائع إلى غاية مسو قضاء الموضوع في طلب الخصومة ، كما هو الشأن بالنسبة للأمر الاستعجالي - غير منشور - الصادر عن السيد رئيس المحكمة الابتدائية بأنفا البيضاء بتاريخ : 10 فبراير 1994 ملف استعجالي 34/5/21، كما اعتبر من جهة موازية أن وجود اختلافة وعدم مطابقة بين البضاعة المتفق عليها والبضاعة المرسله إلى المشتري الأمر تشكل تحشا موجبا لتعطيل تنفيذ الاعتماد ... ولا مجال للاحتجاج بالدفع بحون التنفيذ وإن شابه تحش من لدن المستفيد في تنفيذ التزامه فهو غير فاقه العين .

غير أن الليونة المعتمدة من طرف القضاء المغربي في تكثيف طبيعة الغش وترتيب آثارها، وإن كان يشفع له رغبته في خلق مجال حمائي للمشتريين المغاربة الأمرين بفتح اعتمادات مستندية لتصرف وتسوية صفقاتهم التجارية وتحسين المقاولات الاقتصادية المحلية ، ولا سيما الصغيرة منها والمتوسطة والمحافظة على قدرتها التنافسية ... فإن ما يؤخذ على بعض الأحكام الصادرة عنه كونها تبالغ أو بالأحرى تتساهل في الاعتراف بطبيعة الغش الواجب توافره لتعطيل تنفيذ الاعتماد وهي حقيقة تجد ترجمتها من خلال عنصرين رئيسيين

العنصر الأول : اعتداد أغلب الأحكام القضائية بواقعة الغش دون تكثيف نفسها البحث عن مصدرها ونسبتها للبائع المستفيد .

العنصر الثاني : الاعتداد بوقائع لا ترقى في كثير من الأحيان لدرجة الغش الواجب اعتباره لتعطيل تنفيذ الاعتماد حسبما هو عليه فقها وقانونا وقضاء لدى الغالبية العظمى من النظم القضائية و التشريعات المقارنة كمجرد تباين بسيط بين مواصفات البضاعة موضوع الاعتماد المستندي أو أن الاختلاف المحتج به لا يعدو أن يكون مجرد اختلاف في جودة البضاعة ليس إلا ... إلى غير ذلك من الحالات التي لا يرقى خلالها إخلال التنفيذ المواكب لتسوية الصفقة التجارية بواسطة الاعتماد المستندي لمرتبة الغش المعتد به لتعطيل تنفيذ عملية الاعتماد أو أن يكون الإخلال المحتج به كغش مصدره عامل أجنبي عن فعل البائع المستفيد.

الفقرة الثانية : أنواع الغش في الاعتماد المستندي :

جرت العادة في أغلب الأحيان على أن المظهر الأكثر شيوعا بخصوص الغش المعتد به في مجال الاعتماد المستندي هو الذي ينصب على البضاعة موضوع عملية الاعتماد المستندي حيث يجد المشتري الأمر حجارة عوضا عن ساعات أو يكشف هذا المشتري أن البضاعة غير مطابقة لتلك المطلوبة والمتفق عليها في خطاب الاعتماد ... غير أن ذلك لا يمنع من وجود حالات أخرى للغش تقتبس نفس المركز القانوني، وتنتج نفس آثار نظيرتها السابقة، فكما هناك غش متعلق بموضوع عقد الأساس ،هناك أيضا ما يصطلح على تسميته بالغش المستندي وهو نوع له أهميته ومميزاته ،بل الأكثر من ذلك هناك من يعتقد أن الغش المعتد به ، لتعطيل تنفيذ عملية الاعتماد المستندي هو المتعلق بالمستندات لا بالبضاعة محل عقد الأساس .

وعلى أي حال فإن الغش في المستندات الوارد التعامل بها أثناء تنفيذ الاعتماد يرتب هو الآخر آثاره القانونية ويحد من سرعان هذا التنفيذ ، ففي قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ : 6

ماي 1969 تم التأكيد على أنه : " يرتكبه خطأ المستفيد الذي يقدم للبنك شهادات مراقبة لا تحمل توقيع الأشخاص المتخصصين بتنفيذ هذا الرقابة وفواتير ذكرت بظلمة وكتمية مخالفة للمشهور " وإلى ذلك أيضا ذهب القرار الصادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 15 أبريل 1954 الذي جاء فيه :

" البائع خالفه شروط الائتماد بأن شعبن البضامة فهي ميناء تحير الميناء المنصوص عليه في تلك الشروط . وكان الشرط الذي يحدد ميناء الشحن هو من الشروط التي يجب مراعاتها " .
وخلاصة القول أن الغش في الائتماد المستندي سواء أكان عالقا بمحور عقد الأساس أو المستندات المتعلقة به ، يرتب آثاره طبقا للقانون متى تحققت وتوافرت شروطه موضوعا وشكلا ، فيعطل تنفيذ عملية الائتماد المستندي ، ويحد مؤقتا من استقلالية التزام المؤسسة البنكية فاتحة الائتماد .

وبناء على ما تم استعراضه أعلاه ، يتضح لنا أن القرار الاستئنافي حسب وجهة نظرنا الشخصي ، ودون إجهاز على الرأي الآخر أو المضاد لم يخطب ود الصواب ولم يجعل لما قضى به أساس صحيحا من القانون .. وخاصة متى استحضارنا بعض النقط العالقة ، التي كان من الواجب أن تجد لها مرتعا ضمن حيثيات القرار ، ويبقى أهمها أن القرار لم يبرز مصدر عدم المطابقة أو الاختلاف ، الذي على ضوءه تم استنتاج واقعة الغش ... كما لم يبرز سببية علم البنك بواقعة هذا الغش ، وهو الأمر الذي سبق وأن أقرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ : دجنبر 1974 ، المشار إليه سابقا ، حيث تم التأكيد على أن البنك لا يسأل عن تنفيذ الائتماد ولو اتضع أن البضامة تحير مطابقة للمستندات ، ما دامته المستندات مطابقة للتعليمات الواردة بالخطاب ، إلا إذا كان هناك غش من طرفه البائع وكان البنك يعلمه

...

ومن جهة ثانية فإن نفس القرار - وهذه نقطة مهمة على ما نعتقد - لم يتحقق من نسبة العيب حصرا للبائع المستفيد ، ما دام أن المعيار الواجب الاعتداد به للقول باعمال الغش كموجب لتعطيل الاعتماد المستندي هو معيار شخصي لدرجة، أنه إذا ارتكب الغش المذكور بمعزل عن فعل المستفيد ، لم يكن ثمة مجال للحديث عن تعطيل أو إيقاف تنفيذ الاعتماد .

انتمى محمد الله

د/يوسف بنباصر

نائب وكيل الملك

benbaceryoussef@menara.ma

المصادر :

1) قرار غير منشور صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء عدد : 755 / 99 صادر بتاريخ 10 يونيو 1999 رقم الملف بالمحكمة التجارية 1/99/241 رقمه بمحكمة الاستئناف التجارية : 4/99/432 .

2- انظر الأستاذ يوسف بنباصر " الاعتماد المستندي في القضاء والممارسة البنكية " مؤلف من 600 صفحة - إنجاز سلسلة بنباصر للدراسات القانونية والأبحاث القضائية، مطبعة دار القلم - الرباط - الطبعة الأولى 2002 .