# ضوابط الإسناد على خطاب الضمان المصرفي الدولي

م. الهام فاهم نغيش
جامعة القادسية-كلية القانون

# Controls of attribution on the international bank guarantee letter

M. Elham Fahem Nagish
College of Law - Al-Qadisiyah University

**المستخلص:** خطاب الضمان المصرفي الدولي هو أحد الأدوات المالية المهمة في التجارة الدولية، كونه يقدم ضماناً من البنك لصالح طرف ثالث لتعزيز الثقة بين الأطراف المتعاقدة، ومع تعاظم دور التجارة الدولية تزداد أهمية وضع ضوابط قانونية واضحة تحكم إصدار وتنفيذ خطابات الضمان الدولية وتختلف ضوابط الإسناد لهذه الخطابات من دولة لأخرى متأثرة بعوامل قانونية عدة باعتبار خطابات الضمان عقود مستقلة بذاتها، بينما في دول أخرى يتم التعامل معها ضمن إطار عقود الضمان بشكل عام، وتتأثر ايضاً بالقوانين المصرفية السائدة وكيفية تنظيم عمل البنوك المحلية فيما يتعلق بإصدارها والتزامات الأطراف الأجنبية، أيضاً الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الخطابات المصرفية، التي تسعى لتوحيد القواعد الخاصة بها على المستوى الدولي، ولكن تظل القوانين الوطنية هي الحاكمة في حال عدم وجود اتفاقية دولية ملزمة.

**الكلمات المفتاحية:** ضوابط الاسناد، الضمان المصرفي، القانون الواجب التطبيق، المسؤولية، تنازع القوانين.

**Abstract:**The international bank guarantee letter is one of the important financial tools in international trade, as it provides a guarantee from the bank in favor of a third party, to enhance confidence between the contracting parties, and with the growing role of international trade, the importance of establishing clear legal controls governing the issuance

and implementation of international letters of guarantee increases. The controls for assigning these letters vary from one country to another, affected by legal factors, especially several commercial and legal factors, as letters of guarantee are an independent contract in themselves, while in other countries they are dealt with within the framework of guarantee contracts in general, and are also affected by the prevailing banking laws and how to organize the work of local banks in relation to their issuance and the obligations of foreign parties, as well as international agreements such as the United Nations Convention on Banking Letters, which seeks to unify its rules at the international level, but national laws remain the governing ones in the absence of a binding international agreement.**key words**: Attribution controls، bank guarantee، applicable law، liability، conflict of laws.

## المقدمة

### أولاً: موضوع البحث:

تعد خطابات الضمان المصرفية أحد الأدوات المالية الرئيسية المستخدمة في التجارة الدولية لضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ومع ذلك فإن تنوع الأنظمة القانونية بين الدول يثير تحديات قانونية وإجرائية في تنفيذ هذه الخطابات، ليظهر هنا دور الإسناد الوطني في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الخطابات، مما قد يؤثر على فعاليتها واستخدامها في الساحة الدولية، من ثم ان خطاب الضمان المصرفي هو أداة مالية حيوية تستخدم في التجارة الدولية والمحلية كضمان بين الأطراف المشاركة في عقد ما، يمثل هذا الخطاب تعهداً من قبل المصرف بدفع مبلغ معين إلى المستفيد في حال عدم وفاء العميل بالتزاماته التعاقدية، لضمان الحماية القانونية

ولتنظيم استخدام خطاب الضمان المصرفي الدولي، تم تطوير مجموعة من الضوابط والمعايير، والتي تختلف من دولة إلى أخرى بناءً على القوانين الوطنية الخاصة بها.

**ثانياً: أهمية البحث:**ان البحث في ضوابط الإسناد الوطنية على خطاب الضمان المصرفي الدولي يمثل أهمية كبيرة نظراً لتأثيره المباشر على العمليات التجارية الدولية والاستثمارات العابرة للحدود، وتتجلى هذه الأهمية من عدة جوانب لعل أولها حماية الحقوق وضمان النزاهة الامر الذي يضمن أن الأطراف المتعاقدة ملتزمة بمعايير عادلة تحمي حقوق الأطراف، كذلك من حيث تحقيق التوازن بين المصالح الامر الذي يوفر فهماً أعمق لكيفية تحقيق التوازن بين مصالح جميع الأطراف، فضلاً عن تقليل المخاطر القانونية المرتبطة بخطابات الضمان المصرفية إذ يمكن تجنب المشاكل التي قد تنشأ عن تباين القوانين أو تفسيرها المختلف بين الدول، كذلك تيسير التجارة الدولية فتأخذ في الاعتبار ضوابط الإسناد الوطنية، مما يسهل من عمليات التجارة الدولية، كذلك تعزيز الاستثمارات الأجنبية من خلال نظام قانوني موثوق ومفهوم لكل ما يخص خطابات الضمان المصرفية ويشجع المستثمرين الأجانب على الدخول إلى الأسواق الجديدة.

**ثالثاً: مشكلة البحث:**تتجلى مشكلة البحث من خلال التحديات المرتبطة بضوابط الإسناد الوطنية لاسيما تعدد الأنظمة القانونية المختلفة، مما قد ينتج تضارب في الأحكام وقرارات المحاكم ما يعيق تنفيذ خطاب الضمان، كذلك اختلاف الإجراءات مما يصعب التعامل مع خطاب الضمان المصرفي على المستوى الدولي، فبعض الدول قد تطبق قواعد صارمة بينما تكون الدول الأخرى أكثر تساهلًا، مما يخلق بيئة قانونية غير متجانسة، ولعل التحدي الأهم هو إشكالية الإسناد او التحديد الدقيق للقانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المصرفي في الأحوال التي تتداخل فيها القوانين التي لها علاقة بالضمان مثل دولة البنك المُصدر ودولة العميل ودولة المستفيد، مما يجعل تحديد القانون الواجب التطبيق مهمة معقدة، وأخيرا الاستقلالية مقابل التجاوز أي ان خطاب الضمان المصرفي عادة ما يعتبر وثيقة مستقلة عن العقد الأساسي بين العميل والمستفيد، إلا أن بعض الأنظمة القانونية الوطنية قد تفرض شروطًا

تسمح بالتدخل أو تجاوز استقلالية الضمان، مما قد يؤدي إلى تقويض ثقة الأطراف الدولية في استخدام هذه الآلية.

**رابعاً: أهداف البحث:** يهدف البحث الى:

١. بيان المقصود بخطاب الضمان المصرفي.

٢. البحث في معايير الصفة الدولية لخطاب الضمان المصرفي.

٣. مناقشة تطبيق ضوابط الإسناد الوطنية على خطاب الضمان المصرفي.

٤. بيان ضوابط الإسناد الأصلية وظروف الإسناد الاحتياطية وأثرها على خطاب الضمان المصرفي.

**خامساً: فرضية البحث:**فرضية البحث في دراسة ضوابط الإسناد الوطنية على خطاب الضمان المصرفي الدولي تتعلق بفهم كيف تؤثر القوانين والتشريعات الوطنية على فعالية وأداء خطابات الضمان المصرفية في السياق الدولي، تعتمد هذه الفرضية على تصور أن هناك تباينً في الإسناد القانوني والتنظيمي بين الدول المختلفة مما قد يؤثر على استخدام وإنفاذ خطابات الضمان المصرفية عبر الحدود، كون التشريعات الوطنية في بعض الدول قد تفرض ضوابط صارمة أو مرنة تؤثر على عمليات إصدار خطابات الضمان المصرفية واستقبالها، مما ينعكس على مدى قبول هذه الخطابات دولياً، كذلك تستكشف الفرضية ما إذا كانت هناك حاجة لتوحيد القوانين والإجراءات المتعلقة بخطابات الضمان المصرفية على المستوى الدولي، لتقليل التضارب في الإسناد الوطني وتسهيل المعاملات التجارية الدولية.

**سادساً: منهج البحث:** بغية دراسة موضوع البحث وتفصيل حيثياته سنحث الجهود لاعتماد المنهج الوصفي الاستقرائي، والمنهج التحليلي الاستنباطي القائم على استقراء النصوص ووصفها بالوصف الصحيح ومحاولة الخروج بالقواعد العامة في مجال الإسناد لخطاب الضمان

المصرفي، من ثم تحليل النصوص للوقوف على غاياتها والمراد من أحكامها، فضلاً عن المنهج المقارن من خلال المقارنة بموقف القانون المقارن حول موضوع البحث.

**سابعاً: خطة البحث:**انطلاقا من موضوع البحث وأهميته والسعي لمعالجة مشكلته سنحث الجهود الى تقسمه على مبحثين، الأول في تعريف خطاب الضمان المصرفي وصفته الدولية، والذي سيكون في مطلبين الأول في التعريف والثاني في مناقشة معايير الصفة الدولية لخطاب الضمان المصرفي، أما المبحث الثاني سيكون في تطبيق ضوابط الإسناد الوطنية على خطاب الضمان المصرفي، وسيتقاسمه مطلبين ايضاً، الأول في ضوابط الإسناد الأصلية، والثاني في ظروف الإسناد الاحتياطية، ثم ننتهي الى خاتمة نلخص فيها اهم ماتوصلنا اليه من استنتاجات وما نطرحه من مقترحات تُثري موضوع البحث.

**المبحث الأول: تعريف خطاب الضمان المصرفي وصفته الدولية:** بطبيعة الحال ان الفهم الجيد لضوابط الإسناد الوطنية لخطاب الضمان المصرفي يمكن أن يساعد في تقليل المخاطر القانونية المرتبطة بخطابات الضمان المصرفية، إذ يمكن تجنب المشاكل التي قد تنشأ عن تباين القوانين أو تفسيرها المختلف بين الدول، فضلاً عما يوفره ذلك من تيسير التجارة الدولية من خلال المعايير الواضحة ومتفق عليها دولياً تأخذ في الاعتبار ضوابط الإسناد الوطنية ليسهل ذلك من عمليات التجارة الدولية، الامر الذي يعزز الاستثمارات الأجنبية، لذلك كان لزاما بيان تعريف خطاب الضمان المصرفي بشكل عام ثم مناقشة معايير صفته الدولية.

**المطلب الأول: تعريف خطاب الضمان المصرفي:** إن فقهاء القانون ذكروا تعاريف عديدة لهذا المصطلح تتفق في تحديد معناه وإن جاءت بصيغ مختلفة الألفاظ، ومن هذه التعاريف ما ذكره البعض من فقهاء القانون التجاري فعرف بأنه (تعهد خطي صادر عن بنك بناء على طلب أحد العملاء يتضمن إلتزام البنك بدفع مبلغ معين خلال مدة محددة لشخص ثالث، هو المستفيد عند الطلب)[1]، ونلحظ على هذا التعريف أنه لم يشر الى ان المبلغ معين أو قابل للتعيين، فمحل

[1] د. بسام حمد الطراونة ود. باسم محمد ملحم، شرح القانون التجاري، (الأوراق التجارية والعمليات المصرفية)، ط١، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص٤٤٣.

الإلتزام ممكن أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين[١]، كما أن التعريف لم يتضمن الغرض الذي صدر من أجله خطاب الضمان، وهناك من عرفه بأنه (تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى الآمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون الإعتداد بأية معارضة)[٢].

إن هذا التعريف سليم من الملاحظة الأولى التي وردت على التعريف الأول لأنه تضمن عبارة (مبلغ معين أو قابل للتعيين)، ولكن ترد عليه الملاحظتين الثانية والثالثة لعدم تضمنه الغرض الذي من أجله صدر خطاب الضمان وإغفاله الطابع العقدي للعملية المصرفية، وظهر اتجاه في الفقه ركز على خطاب الضمان من الناحية الشكلية، فعرفه، بأنه (تعهد كتابي صادر من أحد البنوك بان يدفع إلى طرف ثالث مبلغاً لا يتجاوز قدراً معيناً، وذلك خلال فترة زمنية تحدد عادة في الخطاب).

وعند تأمل هذا التعريف نجد أنه يرد عليه الكثير من الملاحظات، إذ سقطت منه عبارة كان من المفروض إيرادها، هي (بناء على طلب العميل) هذا من جانب، من جانب آخر وردت فيه عبارة كان من المفروض إسقاطها، هي (لا يتجاوز قدراً معيناً)، فهي عبارة مبهمة وغير واضحة، فهو لم يحدد المبلغ فكان الأجدر أن يتركه بدون تحديد أو يحدده تحديداً واضحاً، كما إن المبلغ الذي يلتزم به المصرف ممكن أن يكون غير قابل للتعيين وهذا لم يذكره التعريف، بالإضافة إلى ذلك فالتعريف لم يتضمن الغرض الذي صدر من أجله خطاب الضمان كما أنه أغفل الطابع العقدي للعملية.

وعرفه آخرون بأنه، (تعهد خطي صادر من مصرف لغرض معين بالذات، بناء على طلب عميل له (الآمر بالإصدار) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص ثالث (المستفيد) دون قيد

[١] المادة (١/١٢٨) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ التي نصت على أنه (يلزم أن يكون محل الإلتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو بيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف).

[٢] د.عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية وعمليات البنوك)، ج٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص٤٤٦.

أو شرط بمجرد تقديمه طلباً إليه بذلك خلال المدة المعينة في الخطاب يبين فيه عادة مخالفة العميل الآمر لإلتزامه أو لإلتزاماته التي لضمان تنفيذها تم إصدار الخطاب)[١].

ومع متانة ووجاهة هذا التعريف قياساً للتعريفات السابقة، إلا إنه ليس سليماً من جميع الاتجاهات فيرد عليه أنه عرف خطاب الضمان المصرفي بأنه تعهد وليس عقد، كما أن هناك زيادة في التعريف لا ضرورة لذكرها، كذكر العبارة الأخيرة (يبين فيه عادة مخالفة العميل الآمر لإلتزامه أو لإلتزاماته التي لضمان تنفيذها تم إصدار الخطاب) إذ أن ذكر المحتويات ليس من مهمة التعريف. وعلى مستوى القوانين[٢]، فقد عرفه المشرع العراقي في قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ وذلك في المادة (٢٨٧) منه على أن خطاب الضمان (تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله). ويبدو من هذا النص أن التعريف لا يرد عليه الكثير من الملاحظات والانتقادات التي ذكرناها على ما سبق من تعريفات، إلا أنه لم يشير إلى الطابع العقدي للعملية، فقد ذكر أن خطاب الضمان المصرفي تعهد (إرادة منفردة) وليس عقد، في حين أنه يقوم على إيجاب من المصرف وقبول من المستفيد، ولاشك أن عبارة تعهد تشمل التعهد الصادر بإرادة منفردة وهذا لا يمكن قبوله فلا يمكن عده كذلك، لأنه يقوم على إرادتين إرادة المصرف وإرادة المستفيد، كما أن الإرادة المنفردة وفقاً لأحكام القانون لا تلزم صاحبها إلا في الأحوال التي نص عليها القانون، وخطاب الضمان المصرفي لا يدخل في هذه الأحوال.

[١] د. أكرم ياملكي، الأوراق التجارية وفقاً لإتفاقيات جنيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقاً للأعراف الدولية، ج٢، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٩، ص٣٤٥.

[٢] وعرفه المشرع المصري في المادة (١/٣٥٥) من قانون التجارة المصري (خطاب الضمان تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى الآمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون إعتداد بأية معارضة).

وتبعا لذلك يمكن أن نعرفه بأنه (عقد مكتوب من مصرف بناء على طلب عميله، بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) عند الطلب وخلال مدة محددة وغرض معين في الخطاب).

**المطلب الثاني: الصفة الدولية لخطاب الضمان المصرفي:** تشكل العلاقات الدولية الخاصة لاسيما العقود مجالاً خصباً لتنازع القوانين وتعدّ من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص وأدقها على الإطلاق، وذلك لأهمية التحديد المسبق للقانون الواجب التطبيق على هذه العقود، بوصفها الأداة التي تتم من خلالها معاملات التجارة الدولية بصفة خاصة، والتي تتزايد معدلات نموها وتتنوع صورها وأشكالها في الوقت الحاضر، الذي يشهد الآن تطوراً كبيراً في نظامها القانوني، ولعل من أبرز مظاهر هذا التطور هو الحرص على توفير الثقة والاطمئنان للمتعاملين في ميدان التجارة الدولية، وإضفاء الطابع الدولي على عقد من العقود أمر يخرجه من الميدان الداخلي الذي لا يثير التنازع بين القوانين ويدخله في الميدان الدولي الذي تتعدد فيه مجالات انطباق القوانين، وبالتالي يكون من حق الأطراف اختيار القانون الذي يحكم العقد[١]، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها قضى، بأنه (يكون كل عقد دولي مرتبطاً بالضرورة بقانون دولة معينة)[٢] وإزاء صعوبة تعريف العقد الدولي تعريفا جامعاً لكل العلاقات الخاصة الدولية للعقود، فقد ظهرت معايير لبيان متى يكون العقد داخلياً ومتى يكون دولياً، وأختلف الفقهاء في المعيار الجامع وأساس عدّ العلاقة دولية، فظهر المعيار القانوني، والاقتصادي، ثم المعيار المزدوج الذي يجمع بين المعيارين السابقين[٣].

**أولاً: المعيار القانوني:**لقد ركز المعيار القانوني في تحديده للصفة الدولية على العنصر الأجنبي، إذ أنه على وفق هذا المعيار يكون العقد دولياً إذا توافر العنصر الأجنبي فيه، سواء

---

[١] د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط٢، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٧- ٩.

[٢] قرار الغرفة المدنية الأولى لدى محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢١/ حزيران / يونيو / ١٩٥٠، دالوز , القانون المدني الفرنسي بالعربية , الطبعة الثامنة بعد المائة , ٢٠٠٩، ص٢٨.

[٣] د. حسن علي كاظم، الوسائل البديلة في حل نزاعات عقود التجارة الدولية، مجموعة محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، للعام الدراسي ٢٠١٢ - ٢٠١٣، ص٦ وما بعدها، غير منشورة.

تعلق هذا العنصر بمحل إبرامه أو مكان تنفيذه أو موطن الأطراف أو جنسيتهم، وبالتالي فأنه أعتمد في تحديده للصفة الدولية على ارتباط العقد بأكثر من نظام قانوني لدولة أو أكثر، ويكفي توافر عنصر أجنبي واحد في العقد كاختلاف الجنسية بالنسبة للمتعاقدين، ويعدّ المعيار القانوني المعيار الأصلي والتقليدي للعقد الدولي[١]، فهو المعيار الأول الذي سار عليه الفقه والقضاء و التشريع[٢]، وكل ما يتطلبه هذا المعيار أنه يجب إلا يكون إرتباط العقد بأكثر من نظام قانوني مصطنعاً أو من أجل التحايل على القانون للهروب من تطبيق قانون وطني، وذلك بإسباغه من قبل الأطراف بالصفة الدولية[٣]، ويمكن تعريف العقد الدولي على وفق هذا المعيار، بأنه (كل عقد يتضمن عنصراً أجنبياً). وعن موقف المشرع العراقي نجد أنه لم يضع تعريفا للعقد الدولي، كما أنه لم يتطرق إلى بيان المعيار الواجب إتباعه لتحديد الصفة الدولية لعقد خطاب الضمان المصرفي، إذ ترك هذه المهمة للفقه والقضاء، فعند الرجوع إلى المادة (١/٢٥) من القانون المدني نجد أنها نصت على أنه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا أختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه).

فالمادة أعلاه بينت القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في إطار تنازع القوانين من حيث المكان، إلا إن المشرع لم يوضح المقصود بالالتزامات التعاقدية ولا المعيار الذي يحدد الصفة الدولية في القانون المدني، إلا أنه قد عرف البيع الدولي في قانون التجارة العراقي التي تعدّ أحد أنواع العقود الدولية، فقد نصت المادة (٢٩٤) من هذا القانون على أنه (البيع الدولي هو بيع يكون محله بضاعة منقولة أو معدة للنقل بين دولتين أو أكثر)، يتضح من هذا النص أن المشرع العراقي قد أعتمد على المعيار الاقتصادي في تحديد الصفة الدولية للعقد.

---

[١] د.أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والإختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، ط١، مكتبة الجلاء الجديدة، ١٩٩٦، ص١٠٩.

[٢] د. نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص٥٠.

[٣] د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٥٢.

أما القضاء العراقي فإنه سلك اتجاهاً مغايراً لأنه أعتمد على العناصر القانونية لتحديد الصفة الدولية في العقد، كاختلاف جنسية أطراف العلاقة التعاقدية، أما العناصر الأخرى فعدّها ثانوية كمكان إبرام العقد ومكان تنفيذه[١].

**ثانياً: المعيار الاقتصادي:** طرح هذا المعيار للرد على المعيار القانوني، وركز المعيار الاقتصادي على تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية، وبعبارة أخرى يترتب على العقد انتقال السلع والبضائع عبر الحدود الدولية[٢]، ولا يقتصر أثره في السوق الوطنية أياً كانت جنسية أطرافه وأياً كان موطنهم، وعليه فإن عملية نقل القيم الاقتصادية عبر الحدود الدولية في عقد ما لا يخضع للقانون الوطني، وذلك لتعلقه بالمعاملات التجارية الدولية، الأمر الذي سيتفق مع التعامل التجاري الدولي في الوقت الحاضر[٣]. ويبدو إن الأخذ بالمعيار الاقتصادي في العقود الدولية ما هو إلا انعكاس لتزايد أهمية التجارة الدولية، وتبعاً لذلك يمكن تعريف العقد الدولي بأنه (العقد الذي يتعدى بأثره الاقتصاد الداخلي للدولة الواحدة).

إلا إن هذا المعيار لم يسلم من النقد الذي وجهه إليه معارضوه، إذ يقترح جانب من الفقه[٤]، أن يسمى هذا المعيار بالضابط الاقتصادي لأنه يصل إلى حد يعدّ فيه معياراً مستقلاً لإضفاء الصفة الدولية على العقد، بحيث يدخل في المعيار القانوني الذي يعدّ جامعاً ومانعاً لتحديد صفة الدولية للعقود، إذ إن اشتراط أنصار هذا المعيار تعلق العلاقة التعاقدية بمصالح التجارة الدولية من شأنه أن يؤدي إلى إخراج الكثير من العقود ذات الطابع الدولي من نطاق تنازع القوانين على الرغم من توافر العنصر الأجنبي، بحجة إنها لا تتصل بمصالح التجارة الدولية، لذلك يجب أن يتوافر العنصر الأجنبي في العلاقة العقدية إلى جانب عملية نقل الأموال والخدمات عبر الحدود الدولية.

---

[١] قرار محكمة التمييز العراقية رقم (٦٧٧) في ١٨/ ١٠/١٩٧٧، منشور في مجموعة الأحكام العراقية، العدد الثالث والرابع، السنة الثامنة، ١٩٧٧، ص٥٤.

[٢] د. حسن علي كاظم، المصدر السابق، ص١٣.

[٣] د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص١٠٠-١٠١.

[٤] د. نبيل زيد مقابلة، المصدر السابق، ص٥٦ – ٥٧.

**ثالثاً: المعيار المزدوج:** طرح هذا المعيار جانب من الفقه الفرنسي محاولة منه لتجنب العيوب والمحاذير التي رافقت فكرة وجود أكثر من معيار لتحديد الصفة الدولية للعقد، ويقوم المعيار المزدوج على الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي، إذ يرى جانب من الفقه[١]، بأن الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي، قد يحقق الطريقة الأفضل لإضفاء الصفة الدولية على العقد، فالعقد يكون دولياً على وفق هذا المعيار إذا أرتبط بأنظمة قانونية ترجع إلى دول مختلفة، و في نفس الوقت يهدف إلى تحقيق الربح أو نقل الأموال والخدمات عبر الحدود الدولية أو يكون محققاً لمصالح التجارة الدولية. وتبعاً لما تقدم يمكننا تعريف العقد الدولي على وفق هذا المعيار، بأنه (العقد الذي يرتبط بمصالح التجارة الدولية ويتضمن عنصراً أجنبياً مؤثراً).

ونعتقد إن هذا المعيار وإن سلم من الملاحظات التي وردت على المعايير السابقة إلا أن الملاحظة التي يمكن أن نردها عليه أنه أخذ بالمعيار القانوني بشكل عام من دون التمييز بين العناصر المؤثرة وغير المؤثرة في إسباغ الصفة الدولية على العقد.

**رابعاً: رأينا في الموضوع:** بناء على ما سبق قد يثار السؤال بشأن المعيار الواجب إعماله للتمييز بين عقد خطاب الضمان المصرفي الدولي وعقد خطاب الضمان الداخلي، فعقد خطاب الضمان شأنه في ذلك شأن أي عقد ينبغي أن تتوفر فيه خاصية معينة تكشف عن دوليته، وبعد استعراض المعايير السابقة التي قيلت بشأن دولية العقد فأن التساؤل يثار عن المعيار الذي يتلاءم مع تكييف عقد خطاب الضمان المصرفي من حيث كونه عقداً دولياً؟

ولو طبقنا المعيار الاقتصادي الذي يعدّ العقد دولياً، إذا ترتب عليه انتقال السلع والخدمات عبر الحدود الدولية، أو عندما تصل العقد بمصالح التجارة الدولية، فسنجد أن هذا المعيار كما ذكرنا قد يؤدي إلى إخراج الكثير من عقود خطاب الضمان المصرفي من صفتها الدولية، على الرغم من توفر العنصر الأجنبي المؤثر بحجة عدم اتصالها بمصالح التجارة الدولية، أما بالنسبة للمعيار القانوني الموسع فيجب عدم الأخذ به لتحديد الصفة الدولية في عقد خطاب الضمان،

[١] د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص١٨٠.

لأنه قد يؤدي إلى عدّه عقد دولي دون أن يكون بهذه الصفة، فعلى سبيل المثال لو أبرم عقد خطاب الضمان في العراق بين مستفيد فرنسي متوطن في العراق ومصرف عراقي، فهنا لو طبقنا المعيار القانوني الموسع على هذا المثال لكان العقد دولياً نظراً للجنسية الفرنسية للمستفيد، في حين أن هذا العقد ما هو إلا عقد وطني أبرمه الفرنسي في الدولة التي يتوطن فيها، لذلك فالجنسية الأجنبية وحدها لا تكفي لإضفاء الصفة الدولية على العقد، أي أن الجنسية تحتفظ بتأثير قوي في تدويل مسائل الأحوال الشخصية ويضعف تأثيرها في مسائل الأحوال العينية والمعاملات المالية.

أما بخصوص المعيار القانوني الضيق فهو أيضاً لا يمكن الاستناد إليه في تقرير الصفة الدولية لعقد خطاب الضمان على الرغم من عدم اكتفاءه بالصفة الأجنبية لأحد عناصر العقد، فقد تطلب هذا المعيار أن يكون العنصر مؤثراً، إلا إنه لا يمكن الاعتماد عليه وحده لإضفاء الصفة الدولية على عقد خطاب الضمان المصرفي، لأن العمليات المصرفية قد تؤدي إلى تبادل الأموال والخدمات عبر الحدود الدولية وتتصل بنفس الوقت بمصالح التجارة الدولية وبالأخص العمليات التي تتم بين مصرفين مختلفين في الموطن وتبعا لذلك نعتقد أن الجمع بين المعيارين القانوني الضيق والاقتصادي هو المعيار الأنسب لتحديد الصفة الدولية للعقد، خاصة وأن هذا المعيار هو ما إنتهى إليه الفقه في الوقت الحاضر، لإضفاء الصفة الدولية على أي عقد من العقود بغض النظر عن أنواعها.

وتبعاً لذلك نحن نميل إلى هذا المعيار لما يتسم به من مزايا يمكن الاعتماد عليها في تحديد دولية العقد، ومن هذه المزايا أنه أعتمد على العناصر المؤثرة في إضفاء الصفة الدولية على العقد، فاختلاف الجنسية لوحدها وكذلك اختلاف الموطن قد لا يؤثر في بعض الأحيان في إضفاء الصفة الدولية على عقد خطاب الضمان، بالإضافة إلى ذلك فإن هذا المعيار يشترط إلى جانب العناصر المؤثرة أن يرتبط العقد بمصالح التجارة الدولية.

**المبحث الثاني: تطبيق ضوابط الإسناد الوطنية على خطاب الضمان المصرفي:** لما كان خطاب الضمان المصرفي ذا طبيعة عقديةً فأنه يخضع من حيث القانون الواجب التطبيق عليه

إلى ما تخضع إليه سائر العقود الدولية، فطبيعته العقدية تجعله يخضع إلى القانون المختار (قانون الإرادة) الذي يختاره الأطراف بإرادتهم الصريحة والضمنية، وفي حال غياب الاختيار الصريح وصعوبة تحديد الاختيار الضمني عندها يصار إلى الحلول الاحتياطية التي وضعها المشرع من أجل تحديد هذا القانون، وهذه الحلول تشكل في مجملها حلولاً وطنية وضعها المشرع الوطني في كل دولة، وبغية تفصيل مسألة تطبيق ضوابط الإسناد الوطنية على خطاب الضمان المصرفي، سنقسم هذا المبحث على مطلبين، الأول في ضوابط الإسناد الأصلية، والثاني في ضوابط الإسناد الاحتياطية.

**المطلب الأول: ضوابط الإسناد الأصلية:** تتمثل ضوابط الإسناد الأصلية بقانون الإرادة، وتُعدّ قاعدة قانون الإرادة ضابط إسناد تهدف إلى تحديد القانون الواجب التطبيق في نطاق العقود الدولية، وهي قاعدة سائدة في القانون الدولي الخاص تقابل لما هو معروف في القوانين الداخلية "مبدأ سلطان الإرادة"[١]، ويراد بقانون الإرادة في مجال العقود الدولية هو ذلك القانون الذي يختاره المتعاقدان بصورة صريحة أو ضمنية وهذا الاختيار لا يكون إلا في نطاق العقود الدولية، إذ تخضع العقود المصرفية كغيرها من العقود الدولية لقانون الإرادة[٢]، فلا يمكن أن يحرم الأطراف من حقهم في اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم التعاقدية طالما كان هذا الاختيار لا يخالف النظام العام ولا يشوبه الغش نحو القانون، ولما كان خطاب الضمان المصرفي علاقة تعاقدية ذات طبيعة دولية يكون من حق الأطراف أن يختاروا بحرية القانون الذي يحكم هذه

[١] هذا المبدأ يعود إلى فلسفة القرن الثامن عشر والذي يعني أن الناس ولدوا أحراراً ومتساوين في الحقوق وهذه الحرية والمساواة تتطلب السماح لهم في إبرام ما يريدون من التصرفات بشرط عدم الإضرار بالغير، وبالتالي على وفق هذه لقاعدة يكون الأفراد أحراراً في إبرام العقود وشروطها ولا يجوز أن يفرض القانون قيوداً على هذه الحرية إلا إستثناءً لحماية النظام العام والآداب، كما لا يجوز للقاضي التدخل في العقد بالتعديل أو إيقاف تنفيذه، فإرادة الأطراف هي التي تسيطر على العقد منذ تكوينه وحتى تنفيذه، أما في الوقت الحالي فإن القانون وضع قيوداً على هذه الحرية كما هو الحال في حالة إختلال التوازن الأقتصادي للعقد بسبب الظروف الطارئة، إذ أجاز القانون للقاضي أن يتدخل في تعديل إلتزامات الطرفين المتعاقدين ورد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، كما يراعي القانون الطرف الضعيف في العقد كما هو الحال في عقد الإذعان، وعليه فالقانون يعترف بمبدأ سلطان الإرادة في الوقت الحاضر ولكن يحصره في دائرة معتدلة بالشكل الذي تتوازن فيه الإرادة مع العدالة والصالح العام.يراجع: د.عبد المجيد الحكيم ود.عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، ج١، ط٤، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١٠، ص٢٠ وما بعدها.

[٢] يرى جانب من الفقه أن أول من أعتنق فكرة تطبيق قانون الإرادة على موضوع العقد وجعلها قاعدة إسناد خاصة بالعقود الدولية هو الفقيه الفرنسي ديمولان، للمزيد يراجع: د. بيار مايرفانسان هوزيه، ترجمة علي محمود مقلد، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨، ص٦٤١.

العلاقة[١]، أما إذا كان العقد وطنياً عندها ينعدم حق الأطراف في اختيار قانون ما لكي يحكم العقد المبرم بينهم، لأن العقود الوطنية تخضع في جميع الأحوال للقانون الوطني، ومسألة إخضاعها لإرادة الأطراف أمر يخالف النظام العام [٢].

والسؤال الذي يثار هل إن هذه الإرادة لها مطلق الحرية في اختيار القانون الذي يحكم عقد خطاب الضمان المصرفي، بحيث لا يستطيع القاضي أن يخضع هذا الاختيار لرقابته، أم أن هناك قيود تحددها وتفرض عليها اختيار قانون معين، بحيث يستطيع القاضي استخلاص النتيجة القانونية ليقرر ما هو القانون الواجب التطبيق بوصفه أنسب القوانين لحكم العلاقة التعاقدية، وبعبارة أخرى هل للمتعاقدين حرية مطلقة في اختيار أي قانون يحكم عقد خطاب الضمان حتى لو كان هذا القانون منقطع الصلة بالرابطة العقدية؟ أم يشترط وجود صلة حقيقية بين العقد والقانون المختار؟ للإجابة عن هذا التساؤل ظهرت نظريتان هما النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، نفصلهما تباعاً.

**أولاً: النظرية الشخصية:** تقوم هذه النظرية على أساس مبدأ سلطان الإرادة، الذي يرتكز على حرية أطراف العلاقة التعاقدية في تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على إتفاقهما، وتؤسس على قدرة كل طرف على تحديد احتياجاته والتزاماته بعيداً عن تدخل المشرع الذي يأتي دوره لسد النقص الذي قد يعتري هذا التنظيم التعاقدي[٣]، عليه فالإرادة العقدية على وفق هذه النظرية تكفي بذاتها بوصفها مصدر من مصادر الالتزام دون إلزام أطراف عقد خطاب الضمان المصرفي بإخضاع عقدهم لقانون آخر غير القانون الذي اختاروه فالمسألة إرادية صرفة والنصوص القانونية التي تختارها الإرادة تبقى هي ذاتها دون تعديل، إذ يندمج القانون المختار

---

[١] د.جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٤٨٨.

[٢] د. حسن علي كاظم، تطبيق المحكم للقواعد القانونية في حل النزاع، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، كلية القانون - جامعة كربلاء، للعام الدراسي ٢٠١٢-٢٠١٣، غير منشورة، ص٤.

[٣] د. محمود الفياض، مدى إلتزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون تصدر عن كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون العدد الرابع والخمسون، أبريل ٢٠١٣، ص٢٣١ – ٢٣٢.

بعقد خطاب الضمان بوصفه بند من بنوده، من ثم إن القانون الذي عينته إرادة المتعاقدين ليست له قوة الإلزام إلا في الحدود التي رسمتها له تلك الإرادة[١].

وأساس هذه النظرية هو إنه مادام العقد الدولي مرتبطاً بأكثر من قانون دولة واحدة، فأنه يتحرر من الخضوع لأي نظام قانوني محدد، إذ يكون للمتعاقدين مطلق الحرية في تنظيمه على وفق القواعد التي يرونها ملائمة عملاً بمبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود الدولية، وهذا الأمر يحقق نتيجة مهمة هي تحرر عقد خطاب الضمان المصرفي من الخضوع لقانون دولة معينة، إذ يبقى العقد طليقاً لا يخضع إلا لما يتضمنه من شروط تعاقدية أتفق عليها أطرافه، أو يخضع للعادات والأعراف التجارية الدولية السائدة بين المتعاملين استناداً لفكرة العقد الدولي الطليق[٢]، وتبعاً لذلك فأن تحديد القانون الذي يحكم عقد خطاب الضمان مقتصر على أطراف العلاقة العقدية وحدهم، ولا يجوز للقاضي الاعتراض على القانون المختار من قبلهم، مادام تم بحسن نية ولا يتعارض مع النظام العام[٣]، أما إذا لم يحدد المتعاقدان قانون العقد صراحة هنا يتعين على القاضي أن يتحرى هذا القانون عن طريق إرادتهم الضمنية من خلال الظروف والملابسات، فإن لم يستطع ذلك فإنه يلجأ إلى إرادتهم المفترضة في اختيار قانون العقد، ما لم يكن المشرع قد حدد بنفسه هذه الإرادة من خلال قرائن تختلف بحسب الأحوال[٤]، ويترتب على الأخذ بالنظرية الشخصية النتائج الآتية:

---

[١] د. سامي بديع منصور ود.عكاشة عبد العال، طرق حل المنازعات الدولية الخاصة والحلول الوضعية لتنازع القوانين، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٥، ص٣٦٠ - ٣٦١.

[٢] د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص٣٧٠ – ٣٧١.

[٣] د. صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات إيجار السفينة " دراسة مقارنة في القانون البحري "، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٠، ص٧٧.

[٤] د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية " دراسة تحليلية ومقارنة "، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٢٤.

١- إن عقد خطاب الضمان المصرفي لا يخضع إلى أي قانون إلا ما تشير إليه الإرادة، فالإرادة العقدية تكفي وحدها ويبقى لأطراف العقد الحق في اختيار القانون الذي يحكم العقد دون إلزامهم باختيار قانون معين[١].

٢- إن النصوص القانونية التي يختارها المتعاقدان لحكم عقد خطاب الضمان المصرفي، تبقى نفسها دون تعديل، والسبب في ذلك هو أن هذه النصوص قد أدمجت في العقد بوصفها بند من بنوده، فالنص القانوني في العقد هو ذلك النص الذي كان نافذاً لحظة اختيار الإرادة له [٢].

٣- لا يشترط وجود صلة بين عقد خطاب الضمان المصرفي والقانون المختار، لأن اشتراط ذلك قد يجعل العقد خاضعاً لنظام قانوني وطني لا يقر بصحة العقد نفسه[٣].

٤- إن إعطاء المتعاقدين الحرية المطلقة في اختيار القانون الذي يحكم عقد خطاب الضمان، يؤدي إلى دمج هذا القانون في العقد، الأمر الذي يؤدي إلى تجريده من قواعده الآمرة، وبالتالي تكون أحكام القانون المختار مجرد بنود في العقد وتعامل معاملة الوقائع أمام القضاء الوطني[٤].

٥- يستمد القانون المختار قوته الإلزامية من عقد خطاب الضمان، فالأخير هو ملزم لذاته ولا يأخذ الإلزام من القانون وإنما من إرادة المتعاقدين تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة[٥].

ولم تسلم هذه النظرية من النقد الذي وجه إليها، فقد ذهب جانب من الفقه[١]، إلى القول بأن العصر الذهبي لقانون الإرادة قد أخذ بالزوال، بسبب وجود النصوص التشريعية الآمرة في هذا

---

[١] د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الإهتمام بالبيوع الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٥، ص٤١٨.

[٢] د. سامي بديع منصور ود.عكاشة عبد العال، المصدر السابق، ص٣٦١.

[٣] د.محمود محمد ياقوت، المصدر السابق، ص٣٠.

[٤] د.حسن علي كاظم، تطبيق المحكم للقواعد القانونية في حل النزاع، المصدر السابق، ص٤.

[٥] د. أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة فقهية قضائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص٣٩.

المجال حيث ضيق النطاق على إرادة المتعاقدين، إذ لم تعد هذه الإرادة تتمتع بحرية كاملة وإنما يقيدها القانون فمنه تستمد سلطانها وتترتب آثارها، صحيح إن العقد شريعة المتعاقدين ولكن بقوة القانون وفي حدود نصوصه الآمرة[٢]، إذ تشكل هذه النصوص قيداً على حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، ذلك لأنها تتمتع بالصفة الملزمة ولا يجوز أن تفقد هذه الصفة الملزمة وتصبح اختيارية لأننا بصدد عقد دولي، والسبب هو صدارة القانون على إرادة أطراف العلاقة [٣]، فالحرية موجودة لكنها ليست مطلقة من القيود إذ يجب أن يقع هذا الاختيار على أحد القوانين المتصلة بالعلاقة العقدية، لأنها لم تنشأ من فراغ بل ترجع إلى القانون الذي منحها هذه السلطة، وعليه لا تستطيع الإرادة إخراج العلاقة العقدية من دائرة القانون الذي يخضع العقد لأحكامه[٤].

**ثانياً: النظرية الموضوعية:**

ترجع النظرية الموضوعية في أصولها الى تحليل العلاقات القانونية موضوع النزاع تحليلاً دقيقاً حتى يتم تركيزها في مكان معين، فإذا عرف هذا المركز يصبح بالإمكان إسنادها إلى القانون السائد في هذا المركز بوصفه أكثر القوانين المتنازعة ملائمة لحكمه[٥]، ويرى أنصار هذه النظرية بأن النظرية الشخصية قد بالغت في إطلاق دور الإرادة، من خلال عدم الإلزام باختيار قانون للعقد، فالمعروف إن الإرادة تستمد قوتها الملزمة من القانون وليس العكس، فدور الإرادة في تنازع القوانين ليس أكثر من ضابط إسناد في قاعدة التنازع يتعين على أساسه القانون الواجب التطبيق[٦]، وعليه فإن خطاب الضمان المصرفي على وفق هذه النظرية يخضع لحكم

---

[١] د.أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين " دراسة مقارنة "، مؤسسة شباب الجامعة، ٢٠٠٥، ص٥٨.

[٢] د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص١٢٦ – ١٢٧.

[٣] د. محمد حمدي بهنسي، دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية " دراسة تحليلية تأصيلية في مجال القانون الدولي الخاص "، من دون مكان وسنة طبع، ص١٤١.

[٤] د. أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص١٦٠–١٦١.

[٥] د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص٣٧٤، والهامش رقم (٧).

[٦] د. سامي بديع منصور ود.عكاشة محمد عبد العال، المصدر السابق، ص٣٦٢.

القانون الذي يختاره الاطراف ولا تستطيع الإرادة الإفلات من أحكامه الآمرة[١]، و تشترط هذه النظرية وجود صلة بين عقد خطاب الضمان المصرفي والقانون الذي تختاره إرادة الأطراف المتعاقدة، فاختيارهم المشروع لقانون له صلة بالعقد، هو الذي ينفي نية الغش[٢]، فحق الأطراف يقتصر على تحديد عناصر العقد كافة، فيحررانه في أي مكان، ولهم الحق في اختيار مكان التنفيذ الذي يناسبهما[٣]، وعلى القاضي في حالة قيام المتعاقدان باختيار القانون الواجب التطبيق على عقد خطاب الضمان أن يتحقق من أن هذا القانون له علاقة بعناصر تركيز العقد، فإن لم يكن كذلك أستبعده وعين هو بنفسه القانون الذي يتفق مع تركيز العقد تركيزاً حقيقياً[٤]، لذلك على وفق هذه النظرية إرادة المصرف والمستفيد لا تكون معتبرة، إلا إذا اتجهت إلى اختيار قانون له صلة بالعلاقة العقدية، لما تقدم يترتب على النظرية الموضوعية النتائج الآتية:

١- إن اختيار أطراف عقد خطاب الضمان المصرفي لقانون دولة معينة لكي يطبق على النزاع لا يكون ملزماً للقاضي، إذ تبقى له السلطة في استنتاج مركز الثقل في العلاقة العقدية من خلال الظروف المحيطة بالعقد، والتي قد تشير إلى القاضي بتطبيق قانون آخر غير الذي حددته إرادة الأطراف[٥].

٢- يشترط وجود صلة بين عقد خطاب الضمان المصرفي والقانون المختار، وبالتالي فهذه النظرية تقيد حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

---

[١] د. صلاح علي حسين، المصدر السابق، ص٤٦١.

[٢] د. أحمد مهدي صالح، القانون الواجب التطبيق على القروض الدولية، بحث منشور ضمن وقائع المؤتمر القانوني الوطني العاشر، تصدر عن مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون – جامعة كربلاء، ٢٠١٣، ص١٧٥.

[٤] د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧، ص٣٥٣، ود. زياد محمد فالح بشاشة ود.أحمد الحراكي ود.عماد قطان، دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقاً للقانون الأردني " دراسة مقارنة "، بحث منشور في مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، ج١، العدد الثلاثون، حزيران ٢٠١٣، ص٣٦٢.

[٥] د. محمود محمد ياقوت، المصدر السابق، ص٥٥.

٣- على وفق هذه النظرية تعدّ قاعدة قانون الإرادة قاعدة إسناد خاصة بالعقود الدولية، ولا ترجع إلى مبدأ سلطان الإرادة [١].

٤- إن القانون المختار كقانون يحكم عقد خطاب الضمان، لا يندمج في العقد لأن العقد هو الذي يخضع له، وبالشكل نفسه الذي يخضع به العقد الداخلي للقانون الوطني [٢].

والذي يتضح من التصور المتقدم ذكره إن هذه النظرية تؤدي إلى الحد من مبدأ سلطان الإرادة، إذ أنها تشترط وجود صلة بين عقد خطاب الضمان المصرفي والقانون المختار، فهي لا تعترف بفكرة العقد الدولي الطليق لأنها تنظر إلى الإرادة بوصفها مجرد عنصر من عناصر التركيز، وإن كانت تساهم بشكل فعال إلا إنها غير ملزمة لقاضي الموضوع الذي قد يختار قانوناً آخر غير القانون الذي اختاره الأطراف، كما إن هذه النظرية لا تعترف بفكرة دمج قواعد القانون المختار في بنود العقد، فالقانون يفقد إلزاميته إذا ما تعدى النطاق الإقليمي لدولة القاضي ولا يلزم بتطبيقه.

وفي ضوء ما تم عرضه من أفكار لهاتين النظريتين والنقد الذي وجه لهما، نعتقد إن التصور الذي يتلاءم مع العقود الدولية بصورة عامة وعقد خطاب الضمان المصرفي الدولي بصورة خاصة، يكمن من خلال استخلاص ما نراه مفيداً في كلا النظريتين، فنرجح حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد دون اشتراط الصلة بين العقد والقانون المختار، وهذا يتفق مع النظرية الشخصية، ولكن هذه الحرية في الاختيار تبقى تحت مراقبة القانون في عدم مخالفة هذا الاختيار لنصوصه الآمرة أو للنظام العام والآداب، وهذا ما يتفق مع النظرية الموضوعية.

[١] د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الأستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص١٣٤.

[٢] د. بيار ماير فانسان هوزيه، المصدر السابق، ص٦٥٨.

**المطلب الثاني: ظروف الإسناد الاحتياطية:** عند عدم الاتفاق صراحةً أو ضمناً في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد خطاب الضمان المصرفي ذي الطبيعة الدولية، ففي هذه الحالة لابد من تركيز العلاقة العقدية في مكان ما لتحديد القانون الذي يحكم العقد، وفي الوقت الحاضر يوجد اتجاهان في تركيز العقد، الأول يسمى الاتجاه الجامد، والثاني يسمى الاتجاه المرن، سنحث الجهود على بحثهما تباعاً.

**أولاً: الإسناد التقليدي الجامد:** يوصف هذا الإسناد بالجمود لأن عملية التركيز الموضوعي تشير إلى أن مركز الثقل واحد في جميع العقود، وهو الموطن المشترك للمتعاقدين أو مكان أبرام العقد، بحيث يحدد المشرع بصفة آمرة ومسبقة مركز الثقل من دون النظر إلى طبيعة كل عقد على حدة [١]، ويتفق جانب من الفقه [٢] مع هذا الاتجاه من حيث المبدأ حيث يرى ضرورة إعطاء الاختصاص لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو مكان أبرام العقد إذا لم توجد إرادة صريحة أو ضمنية.

ولا ينكر ما للموطن من أهمية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، فيعطى الاختصاص له بعدّه قانون البلد الذي توطن فيه المتعاقد أوعدّ أنه متوطن فيه حتى لو لم يقم فيه بصورة فعلية[٣]، ويأخذ القاضي بهذين الضابطين على سبيل الاحتياط التشريعي إذا خلا عقد خطاب الضمان المصرفي من نص صريح يحدد القانون الواجب التطبيق عليه، أو عدم استطاعة القاضي الوصول للإرادة الضمنية لأطرافه' وهذا الأمر يحقق ميزة للمصرف والمستفيد، وهي العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق

---

[١] د. إيناس محمد البهجي ود. يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص, ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٣ ، ص٦٨.

[٢] د.عادل محمود حوتة، عقود المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٩١، نقلاً عن د.جلال حسين عنز، عقود الأستثمار والقانون الواجب التطبيق عليها، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية جامعة نوروز، من دون سنة نشر، ص١٠١.

[٣] د. غالب علي الداودي ود.حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي، ج١، ط٣، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٢٢٣.

على عقدهما ويجنبهم ما قد يثيره السكوت من مشاكل فيما لو سكتوا عن اختيار القانون الذي يحكم عقد خطاب الضمان[١].

ولكن في الوقت نفسه لا يخلو من العيوب لأنه يفترض مسبقاً أن مركز الثقل في العلاقة العقدية هو بالضرورة الموطن المشترك للمتعاقدين أو دولة إبرام العقد، في حين إن تحديد هذا المركز أمر يختلف بحسب الطبيعة الخاصة لكل عقد، فهو يأخذ بقاعدة إسناد عامة وكثيراً ما لا يعبر عن مركز الثقل في العلاقة التعاقدية[٢]، ويرى جانب من الفقه الفرنسي إلى ضرورة مواجهة لكل حالة على حدة من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، عند انعدام الإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدين وذلك تحت غطاء الإرادة المفترضة، وهذا الأمر يعترض عليه جانب آخر من الفقهاء، لأن الإرادة أما أن تكون صريحة أو ضمنية ذات صلة جدية بموضوع العقد، من خلال كونه قانون جنسية أحد المتعاقدين أو قانون موطنه أو محل أبرام العقد أو محل التنفيذ، أما الإرادة المفترضة فهي مجرد وهم وتصور مجازي يتعارض مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين[٣].

وإنتهى القضاء الفرنسي إلى الأخذ بإرادة أطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق على نحو صريح أو ضمني [٤]، أما إذا أنعدم هذا الاختيار فالقاضي الفرنسي يتصدى بنفسه لمسألة

---

[١] د. أحمد مهدي صالح، المصدر السابق، المصدر السابق، ص١٧٥.

[٢] د. جلال حسين عنز، المصدر السابق، ص١٠١.

[٣] د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،٢٠١٢، ص١١٩.

[٤] كان القضاء الفرنسي سابقاً يأخذ بنظرية (باتيفول) بشأن التركيز الموضوعي للعقد، إلا أنه لم يأخذ بهذه النظرية على أطلاقها، وإنما يتمسك بها في حالة سكوت المتعاقدين عن إختيار القانون الواجب التطبيق، أما إذا وجدت إرادة صريحة أو ضمنية فعلى القاضي الإعتراف بها، وهذا الأمر لم يعترف به باتيفول لأنه يرى بأن الإرادة ليس لها أي دور مباشر في اختيار قانون العقد، وإنما هي مجرد ضابط للإسناد في قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي، يقتصر دوره على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في أطار نظام قانوني معين، فإذا ما تم هذا التركيز قام القاضي بتطبيق القانون السائد في المكان الذي اختاره المتعاقدين مقراً للرابطة العقدية الذي يعدّه أوثق صلة بها وبكل مركز الثقل فيها، يراجع: عوني محمد فخري، أتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، بغداد، ٢٠٠٧، ص٤٠- ٤١.

البحث عن القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية المطروحة بحسب طبيعة العقد ووفقاً لظروف التعاقد وملابساته [١].

وعن موقف المشرع العراقي فقد ذهب في المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي[٢]، تحديد ضوابط الإسناد الاحتياطية في حالة انعدام الإرادة الصريحة، والضمنية في اختيار القانون وهما الموطن المشترك ومكان أبرام العقد، أي أن المشرع العراقي حدد بنفسه عملية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في حالة غياب الإرادة ويلتزم القاضي العراقي بهذه الضوابط الجامدة التي حددها له المشرع ولا مجال للاجتهاد فيها، ففي حالة غياب الاختيار فأنه يتعين على القاضي العراقي أن يعتمد قانون الموطن المشترك لأطراف عقد خطاب الضمان، أما إذا اختلف موطنهما، يصار عنها إلى الخيار الأخير وهو قانون محل الإبرام[٣]، إلا إن موقف القضاء العراقي كان متضارباً في تطبيق قانون مكان الإبرام، ففي قرار صادر من محكمة التمييز العراقية جاء فيه (إن الأساس الذي تقوم عليه لائحة الوكيل المميز هو هل نطبق على واقعة ضياع صندوق الأدوية المرسل إلى الشركة العامة لاستيراد وتوزيع الأدوية والمواد الكيمياوية ببغداد الاتفاقية المعقودة بين الناقل والشاحن اللذين هما في إنكلترا القانون الإنجليزي بكونه قانون محل العقد أم نطبق القانون العراقي في نصوصه؟ ولدى الرجوع إلى وقائع الدعوى أتضح بأن عقد النقل بموجب القانون المدني العراقي يكون قد تم في إنكلترا لأن طرفي عقد النقل هما فيها، ولقد نصت المادة (٢٥) مدني عراقي على أن (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً وإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه)، ونصت المادة (٢٦) من القانون المدني على خضوع العقود في شكلها لقانون الدولة

---

[١] د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، المصدر السابق، ص١٩١.

[٢] أخذ المشرع المصري بضوابط الإسناد الاحتياطية أيضاً ففي حالة عدم وجود الإرادة الصريحة والضمنية، ففي هذه الحالة أراد المشرع المصري أن يعفي القاضي من مشقة البحث عن الإرادة المفترضة لذلك نص صراحة على تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون محل الإبرام، وذلك في المادة (١٩) من تقنينه المدني.

[٣] قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١٠٤٥ ح/١٩٥٨ منشور في مجلة القضاء، ١٩٥٨، ص٤١٣ –٤١٤.

التي تمت فيها العقود، وعليه ليس في موضوع الدعوى ما يتعارض مع سيادة الدولة، ولما كان المتعاقدان في إنكلترا، فأن العقد يكون قد تم بينهما بصفتهما الأصلية وليس بصفتهما وكلاء، ولما كان النص القانوني في المادة (٢٥) من القانون المدني أوجب تطبيق القانون الإنجليزي على هذه الدعوى، فإن الأخير يطبق طالما أنه لا يتعارض مع نص من النصوص الخاصة بالنظام العام[١]، وفي قرار آخر لهذه المحكمة طبقت فيه قانون محل الإبرام قضت بأنه (لدى الرجوع إلى وقائع الدعوى تبين أن مصلحة الكهرباء الوطنية استوردت خمسة صناديق من المواد الكهربائية من ليفربول من المملكة المتحدة إلى البصرة على الباخرة بلوجستان وقد وجد أن قسماً من البضاعة متضرر، ونظراً لأن العقد حصل في إنكلترا لذا فأن المرسل والشاحن هما في إنكلترا ينطبق على العقد القانون الإنجليزي طبقاً للمادة (٢٥) من القانون المدني العراقي، ولما كان العقد قد تم في إنكلترا فإن القانون الإنجليزي يطبق على الدعوى طالما لا يخالف النظام العام في العراق)[٢].

نخلص مما تقدم أن المشرع العراقي في وضعه ضابطي الموطن المشترك ومكان إبرام العقد كان يقصد أمرين، الأول هو تقييد سلطة القاضي في اختيار القانون، فالقضاء جهة تطبيقية للقانون لا تشريعية، فتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في حال انعدام الإرادة يقع على عاتق المشرع وحده، أما الأمر الثاني فأراد منه المشرع العراقي التخفيف عن كاهل القضاء في البحث عن إرادة مفترضة لا وجود لها أصلاً في توقعات المتعاقدين، فضلاً عن ذلك فإن الإسناد الجامد يوفر للمتعاقدين ميزة العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق.

**ثانياً: الإسناد الحديث المرن:**

[١] قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٢٣/أ/١٩٦٩ في ١٩٦٩/٩/٢٩، منشور في مجلة القضاء، العدد الرابع، ١٩٦٩، ص٣٢٣.

[٢] قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١١٣ / أستئنافية / ١٩٦٩ في ٢١/ ١٢/ ١٩٦٩ قضاء محكمة التمييز، منشور في مجلة القضاء، العدد الرابع، ١٩٦٩، ص٤٤٨.

إن القوانين والاتجاهات القضائية التي هجرت فكرة الإسناد المسبق للعقود لا تخلو أيضاً من المثالب، لأنها قد تأتي على حساب توقعات أطراف عقد خطاب الضمان المصرفي، لذلك فضلت القوانين الحديثة اتخاذ موقف وسط يحقق العدالة دون الإخلال بتوقعات المتعاقدين، وذلك عن طريق تجزئة الإسناد بحيث يكون كل طائفة من العقود ضابط إسناد يتلاءم مع طبيعتها، ويكون محدد سلفاً من خلال قواعد التنازع لذلك ظهر هذا الإسناد المرن، ففي هذا الاتجاه يقوم المشرع بإسناد كل طائفة من العقود ذات الطبيعة الواحدة للقانون المناسب لطبيعتها، حيث يرتبط العقد بالقانون الأوثق صلة به، وهذا ما يسمى بمعيار الأداء المميز[١].

وفكرة الأداء المميز في العقد تقوم على تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد من خلال الأخذ بنظر الاعتبار الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء الضروري في العقد، ومكان الوفاء به أو تقديمه وبما أن هذا الأداء يختلف من عقد لآخر بالتالي سيؤدي إلى اختلاف القانون الذي يحكمه في كل عقد [٢]، وقد أخذت بهذا المعيار اتفاقية روما لعام ١٩٨٠، الذي قوامه تركيز العقد في الدولة التي يتصل بها بالروابط الأكثر وثوقاً، إذ نصت المادة (٢/٤) منها على إنه (يفترض إن للعقد الصلات الأكثر وثوقاً مع الدولة التي يوجد لشخص المدين بالأداء المميز في العقد، لحظة إبرامه العقد محل إقامته المعتادة)[٣].

ومعيار الأداء المميز لا يتم اللجوء إليه إلا في أحوال انعدام الإرادة الصريحة والضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد خطاب الضمان المصرفي، ونظرية الأداء المميز هي صورة من صور التركيز الموضوعي للعلاقة العقدية، لكنها تختلف عن نظرية التركيز التي إتخذها القضاء الفرنسي، فالتركيز على وفق هذا القضاء يراعي ظروف التعاقد وملابساته بصفة خاصة على وفق كل حالة على حدة، أي عناصر خارجة عن طبيعة العقد وذاتيته، وهذا ما يؤدي إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق من عقد لآخر رغم وحدة طبيعة كل من العقدين

[١] د.إيناس محمد البهجي ود.يوسف المصري، المصدر السابق، ص٧٠.

[٢] د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص١٩٩.

[٣] د. حفيظة السيد الحداد، المصدر السابق، ص٤٢٥.

وانتمائهما لطائفة واحدة من العقود، كما يؤدي إلى الإخلال بتوقعات المتعاقدين المشروعة[١]، بخلاف نظرية الأداء المميز التي تفرق في الإسناد بين طوائف العقود ذات الطبيعة المتنوعة، ولا تخل بتوقعات المتعاقدين حيث يمكنهم العلم المسبق بقاعدة الإسناد التي تحدد مسبقاً القانون الواجب التطبيق على عقدهما، وبعد نفاذ اتفاقية روما في كل من فرنسا وانكلترا عام ١٩٩١، أصبح القضاء في هاتين الدولتين يتقيد بضوابط الإسناد الواردة في هذه الاتفاقية وقد نصت المادة (١/٤) منها بأن (العقد بجب أن يكون محكوماً بقانون البلد الذي له أوثق صلة بذلك العقد)، أما الفقرة الثانية من المادة نفسها فقد أوجدت قرينة تقضي بأن أوثق القوانين صلة بالعقد تتحقق في الدولة التي يوجد فيها وقت أبرام العقد محل الإقامة العادية للطرف الذي يلتزم بالأداء المميز في العملية [٢]، أما المادة (٢/٤) من الإتفاقية المذكورة فقد نصت على، أنه (ومع ذلك إذا كان العقد داخلاً في ممارسة النشاط المهني لهذا الطرف، فأن هذه الدولة التي على إتصال بالعقد بمقتضى الروابط الأكثر شدة تكون هي تلك التي يوجد بها مقر المنشأة الأساسية، وإذا كان الأداء المميز واجباً تقديمه بمقتضى العقد من مؤسسة أخرى وثانوياً مثلاً كالفرع، غير المنشأة الرئيسية فان الدولة المعنية تكون هي تلك التي يوجد بها المؤسسة الأخرى).

وإلى هذا التصور انتهت محكمة النقض الفرنسية في أحد القرارات الصادرة عنها الذي قضى، بأنه (في حالة عدم اختيار قانون معين يتم البحث عن الخدمة المميزة للعقد والبلد الذي تتوافر فيه الروابط الأكثر ملائمة) [٣].

وليس هناك أدنى شك بأن الطرف الذي يوصف بالأداء المميز في عقد خطاب الضمان المصرفي هو المصرف[٤]، لأنه من الصعب جداً أن تلحق هذه الصفة بالعميل، وهذا ما أخذ به

---

[١] د. صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات إيجار السفينة " دراسة مقارنة في القانون البحري "، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٠، ص١٩٨.

[٢] د. إيناس محمد البهجي، ود.يوسف المصري، المصدر السابق، ص٧١ – ٧٢.

[٣] قرار الغرفة المدنية الأولى لدى محكمة النقض، بتاريخ /١٨ / تموز / يوليو / ٢٠٠٠، أشار إليه دالوز , القانون المدني الفرنسي بالعربية , الطبعة الثامنة بعد المائة , ٢٠٠٩، ص٢٨.

[٤] لقد حدد القانون الدولي الخاص السويسري الجديد لعام ١٩٨٧ المسائل التي تعدّ أداءً مميزاً في العقد، إذ نصت المادة(٢/١١٧) على انه (يعتبر على وجه الخصوص أداءً مميزاً للعقد: أ-أداء ناقل الملكية في عقد نقل الملكية.ب –أداء

القضاء الإنجليزي في قضية Bank Baroda وهي قضية تتعلق بخطاب ضمان مصرفي دولي وتتضمن في ثناياها سلسلة من العقود، إلا أن هذه القضية يجب أن يحكمها قانون واحد وإلا سيؤدي الأمر إلى وضع يختلف فيه القانون الواجب التطبيق حيث طبقت المحكمة الإنجليزية الفقرة (٢) من المادة (٤) من اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، إذ قررت المحكمة، بأن (يكون القانون الإنجليزي هو الواجب التطبيق باعتبار أن المصرف الذي صادق على الخطاب هو مصرف مقره في إنكلترا)[١].

وفكرة الأداء المميز لا تتقيد بإسناد عام يحدد القانون الواجب التطبيق على العقود بصورة مسبقة وإنما هي فكرة لها إسناد وصفي، بتعبير آخر إنها تربط العقد بالنظام العام الذي يحقق له الوظيفة الاقتصادية، فهو إسناد ينظر إلى جوهر العقد وموضوعه من أجل استخلاص الأداء الذي يميزه[٢]، ويجب الإشارة إلى إن المادة (٢٧) من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس الخاصة بخطابات الضمان قد تناولت فكرة الأداء المميز حيث نصت على إنه (ما دام لا يوجد نص مخالف في الضمان، فإن القانون الذي يحكم الضمان هو قانون الدولة التي يقع فيها مقر عمل الضامن وإذا كان للضامن أكثر من مكان يطبق قانون الدولة التي يقع فيها الفرع الذي أصدر الضمان)، ومن أمثلة الأداء المميز أداء المتصرف في عقود التصرف وأداء المودع لديه في عقد الإيداع وما يؤديه الكفيل في عقد الكفالة.

أما موقف المشرع العراقي، في حالة عدم وجود الإرادة الصريحة ويتعذر على القاضي الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف، فهنا المشرع العراقي حاول أن يجنب القاضي مشقة البحث عن الإرادة المفترضة أو مسألة تركيز العقد، لذلك فقد نص صراحة على تطبيق قانون الموطن

---

المعير في عقود عارية الإستعمال التي تقع على شيء أو حق. ج- أداء الخدمة في عقد الوكالة أو عقد المقاولة أو أية عقود أخرى موضوعها أداء خدمة. د- أداء المودع لديه في عقد الوديعة. هـ- أداء الضامن دور الكفيل في عقود الكفالة والضمان).

[١] قضية LLayd"s ٢-V١٩٩٤. Ref.87- Bank of Barmode Vysya Bank، نقلاً عن عوني محمد فخري، إتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، المصدر السابق، ص٤٥.

[٢] بيار ماير فانسان هوزيه، المصدر السابق، ص٦٦٩ –٦٧٠.

المشترك للمتعاقدين أو قانون محل إبرام العقد، فهل هذا الحل قابل للتطبيق على عقد خطاب الضمان المصرفي ذي الطبيعة الدولية؟

من جانبنا نعتقد بأن ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين وضابط محل إبرام العقد وإن حققا ميزة العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق، إلا أنها ضوابط جامدة لا تتلاءم مع التطور الحاصل في التجارة الدولية وبالأخص أعمال المصارف، فالمشرع العراقي أفترض مسبقاً أن مركز الثقل في العلاقة العقدية هو الموطن المشترك للمتعاقدين أو دولة محل إبرام العقد، في حين إن تحديد مركز الثقل في العلاقة العقدية يختلف بحسب طبيعة العقد، ففيما يتعلق بقانون الموطن المشترك فأنه لم يساير الاتجاهات الحديثة التي تكاد أن تكون قد هجرته ولم ترجع إليه إلا في مجالات محدودة، لأنه من النادر أن يتحد موطن أطراف العلاقة العقدية على صعيد التجارة الدولية، ولاسيما إذا أخذنا بنظر الاعتبار التطور التقني في وسائل الاتصال الحديثة، كما إن هذا الاتجاه قد ترك نهائياً على وفق أحدث الاتفاقيات الدولية، فضلاً عن ذلك فإن تحديد الموطن المشترك للمتعاقدين يتعلق بالتكييف الخاص بتنازع القوانين والذي يكون من اختصاص القاضي الذي ينظر في النزاع[١]، وفي حال اختلاف الموطن يطبق القاضي العراقي قانون البلد الذي أنعقد فيه العقد، استناداً إلى نص المادة (٢٥/ ١)من القانون المدني وقد يكون وجود المتعاقدين في هذا البلد عرضياً وليد الصدفة ولا علاقة له بالعقد[٢]، كأن يكون هذا الوجود لأغراض سياحية أو لإنجاز بعض الأعمال التي لا علاقة لها بالعقد كما قد لا يكون لمحل العقد من حيث الوجود أو التنفيذ أي ارتباط ببلد الانعقاد، كذلك قد لا يعبر عن الصلة القوية التي تربط العقد بالقانون الواجب التطبيق عليه لكونه لا يعبر عن المصالح الجوهرية التي تقوم عليها العملية العقدية، سواء كانت مصلحة المتعاقدين أو الغير، التي تتجسد في بضائع واجبة

[١] المادة (١/١٧) من القانون المدني العراقي التي نصت على، أنه (القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها)، ويقابل ذلك المادة (١٠) من القانون المدني المصري التي نصت على، أنه (القانون المصري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقة في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها)، لا يوجد نص يقابلها في القانون الفرنسي فالقضاء الفرنسي أخذ بها إعتماداً على إستقرار كتابات الفقهاء، يراجع د.أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والإختيار بين الشرائع، المصدر السابق، ص٣٨٨.

التسليم أو أعمال واجبة التنفيذ أو مبالغ واجبة السداد أو إجراءات واجبة الأتباع، وهذه الأمور لا تتركز في الغالب في مكان الإبرام ولا صلة لها به، خصوصاً إذا بني تحديد هذا المكان على محض الصدفة[١]، كذلك أصبح هذا الضابط في الوقت الحاضر غير صالح في ظل وجود وسائل الاتصال الحديثة، فقانون بلد الإبرام لم يعد ملائماً لمواكبة التطور الحاصل على مستوى التجارة الدولية وبالأخص العمليات المصرفية، إذ تعددت وتنوعت صور التعاقد بين غائبين نتيجة تطور وسائل الاتصال، إذ يمكن إبرام العقود عن طريق الإنترنت من دون حاجة إلى أن يلتقي المتعاقدون في مكان محدد[٢]، وهذا الأمر كثير التحقق بالنسبة إلى عقد خطاب الضمان المصرفي، ففي بعض الأحيان يطلب المستفيد من العميل أن يصدر الضمان من مصرف موجود في بلده، فيطلب العميل من مصرفه بأن يصدر الضمان من مصرف موجود في دولة المستفيد، لذا فالعملية بين المصرفين تتم من خلال الهاتف أو الرسائل الإلكترونية وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة. وتأسيساً على ما تقدم نصل إلى نتيجة مفادها أن ضوابط الإسناد الاحتياطية ضوابط جامدة لا تلائم عقود التجارة الدولية بصفة عامة، وبصفة خاصة عقد خطاب الضمان المصرفي، لأن العمليات المصرفية لها طبيعة خاصة بها تعمل بموجب آليات معينة، فخطاب الضمان علاقة ثلاثية الأطراف كل علاقة منها لها استقلاليتهاء

**الخاتـمة:** ختاماً لبحثنا نعرض اهم ما توصلنا اليه من استنتاجات فضلا عن مانراه ضروريا من مقترحات تثري موضوع البحث وتعالج مشكلته.

**أولاً: الاستنتاجات:**

[١] د.منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٢، ص٩٤.

[٢] المادة (١/٨٧) مدني عراقي والتي نصت على أنه (يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذان يعلن فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد أتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك)، وما= =يقابل ذلك المادة (١/٧٩) من القانون المدني المصري التي نصت على، أنه (يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد إتفاق أو نص صريح قانوني يقضي بغير ذلك).

١. اجتهد الفقه في ايراد تعاريف عديدة (لخطاب الضمان المصرفي) تتفق في تحديد معناه ولكن جاءت بصيغ مختلفة، لعل من ابرزها بأنه (تعهد خطي صادر من مصرف لغرض معين بالذات، بناء على طلب عميل له (الآمر بالإصدار) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص ثالث (المستفيد) دون قيد أو شرط بمجرد تقديمه طلباً إليه بذلك خلال المدة المعينة في الخطاب يبين فيه عادة مخالفة العميل الآمر لالتزامه أو لالتزاماته التي ولضمان تنفيذها تم إصدار الخطاب).

٢. إزاء صعوبة تعريف العقد الدولي تعريفا جامعاً لكل العلاقات الخاصة الدولية للعقود، فقد ظهرت معايير لبيان متى يكون العقد داخلياً ومتى يكون دولياً، وأختلف الفقهاء في المعيار الجامع وأساس عدّ العلاقة دولية، فظهر المعيار القانوني، والاقتصادي، ثم المعيار المزدوج الذي يجمع بين المعيارين السابقين.

٣. لأهمية التحديد المسبق للقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، بوصفها الأداة التي تتم من خلالها معاملات التجارة الدولية بصفة خاصة، والتي تتزايد معدلات نموها وتتنوع صورها وأشكالها في الوقت الحاضر، الذي يشهد الآن تطوراً كبيراً في نظامها القانوني، ولعل من أبرز مظاهر هذا التطور هو الحرص على توفير الثقة والاطمئنان للمتعاملين في ميدان التجارة الدولية، وإضفاء الطابع الدولي على عقد من العقود أمر يخرجه من الميدان الداخلي الذي لا يثير التنازع بين القوانين ويدخله في الميدان الدولي الذي تتعدد فيه مجالات انطباق القوانين، وبالتالي يكون من حق الأطراف اختيار القانون الذي يحكم العقد.

٤. تتمثل ضوابط الإسناد الأصلية بقانون الإرادة، وتُعدّ قاعدة قانون الإرادة ضابط إسناد تهدف إلى تحديد القانون الواجب التطبيق في نطاق العقود الدولية، وهي قاعدة سائدة في القانون الدولي الخاص تقابل لما هو معروف في القوانين الداخلية "مبدأ سلطان الإرادة.

٥. وعن التساؤل هل للمتعاقدين حرية مطلقة في اختيار أي قانون يحكم عقد خطاب الضمان حتى لو كان هذا القانون منقطع الصلة بالرابطة العقدية، أم يشترط وجود صلة حقيقية بين العقد والقانون المختار، للإجابة عن هذا التساؤل برزت نظريتان هما النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، نعتقد إن التصور الذي يتلاءم مع العقود الدولية بصورة عامة وعقد خطاب الضمان المصرفي الدولي بصورة خاصة، يكمن من خلال استخلاص ما نراه مفيداً في كلا النظريتين، فنرجح حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد دون اشتراط الصلة بين العقد والقانون المختار، وهذا يتفق مع النظرية الشخصية، ولكن هذه الحرية في الاختيار تبقى تحت مراقبة القانون في عدم مخالفة هذا الاختيار لنصوصه الآمرة أو للنظام العام والآداب، وهذا ما يتفق مع النظرية الموضوعية.

٦. إن عقد خطاب الضمان المصرفي كغيره من العقود يخضع لقانون الإرادة فلا يجوز أن يحرم الأطراف من حقهم في اختيار القانون الذي يحكم العقد، فأطراف عقد خطاب الضمان لهم الحق في اختيار أي قانون لحكم العقد، بشرط أن لا يخالف النظام العام أو الآداب، أو يكون هناك غش نحو القانون، وهذا الاختيار أما أن صريحاً أو ضمنياً يستخلصه القاضي من الظروف والملابسات المحيطة بالعقد.

٧. عند عدم الاتفاق صراحةً أو ضمناً في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد خطاب الضمان المصرفي ذي الطبيعة الدولية، ففي هذه الحالة لابد من تركيز العلاقة العقدية في مكان ما لتحديد القانون الذي يحكم العقد، وفي الوقت الحاضر يوجد اتجاهان في تركيز العقد، الأول يسمى الاتجاه الجامد، والثاني يسمى الاتجاه المرن.

٨. يوصف الإسناد التقليدي بالجمود لأن عملية التركيز الموضوعي تشير إلى أن مركز الثقل واحد في جميع العقود، وهو الموطن المشترك للمتعاقدين أو مكان أبرام العقد، بحيث يحدد المشرع بصفة آمرة ومسبقة مركز الثقل من دون النظر إلى طبيعة كل عقد على حدة.

٩. فضلت القوانين الحديثة إتخاذ موقف وسط يحقق العدالة دون الإخلال بتوقعات المتعاقدين، وذلك عن طريق تجزئة الإسناد بحيث يكون كل طائفة من العقود ضابط إسناد يتلاءم مع طبيعتها، ويكون محدد سلفاً من خلال قواعد التنازع لذلك ظهر الإسناد المرن، ففي هذا الاتجاه يقوم المشرع بإسناد كل طائفة من العقود ذات الطبيعة الواحدة للقانون المناسب لطبيعتها حيث يرتبط العقد بالقانون الأوثق صلة به وهذا ما يسمى بمعيار الأداء.

١٠. نعتقد أن ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين وضابط محل إبرام العقد وإن حققا ميزة العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق، إلا أنها ضوابط جامدة لا تتلاءم مع التطور الحاصل في التجارة الدولية وبالأخص أعمال المصارف، فالمشرع العراقي أفترض مسبقاً أن مركز الثقل في العلاقة العقدية هو الموطن المشترك للمتعاقدين أو دولة محل إبرام العقد، في حين إن تحديد مركز الثقل في العلاقة العقدية يختلف بحسب طبيعة العقد المميز.

١١. تبين لنا أن ضوابط الإسناد الاحتياطية ضوابط جامدة لا تلائم عقود التجارة الدولية بصفة عامة، وبصفة خاصة عقد خطاب الضمان المصرفي، لأن العمليات المصرفية لها طبيعة خاصة بها تعمل بموجب آليات معينة، فخطاب الضمان علاقة ثلاثية الأطراف كل علاقة منها لها استقلاليتها.

**ثانيا: المقترحات:**

١. ندعو المشرع العراقي إلى تعديل المادة ( ٢٥ /١)، لأنها لا تناسب العقود الدولية بصورة عامة وليس فقط عقد خطاب الضمان المصرفي، ونقترح أن يكون التعديل في الضوابط الاحتياطية لها، بحيث يتم إبدالها بفكرة الأداء المميز، ونقترح أن تكون بالنحو الآتي (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يتم فيها الأداء المميز

في العملية التعاقدية، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه).

٢. نأمل من القضاء العراقي إلى قول كلمته في هذا الشأن وعدم تمسكه بالمعيار القانوني للقول بالصفة الدولية للعقد وهذا ما لاحظناه من بعض القرارات القضائية، بل لابد من أن ينحى أتجاه القضاء الفرنسي في هذا الجانب من خلال تبني المعيار المزدوج للقول بدولية العقد، فمن غير المنطقي كما أنتهى البحث عدّ العقد دولياً لمجرد وجود اختلاف في جنسية الأطراف المتعاقدة، مع أن العلاقة العقدية هي وطنية بجميع عناصرها الأخرى من تكوين وتنفيذ.

٣. نأمل من المشرع العراقي أن يأخذ العمليات المصرفية بنظر الإعتبار وبالأخص خطاب الضمان المصرفي، لكثرة التعامل به على صعيد التجارة الدولية، من خلال وضع قواعد إسناد خاصة تشير إلى القانون الواجب التطبيق عليه، لأن المادة (١/٢٥) لم تعد كافية لحكم هذا النوع من العقود، كما إنها غير ملائمة في ضوابطها الاحتياطية للأسباب التي ذكرناها.

**قائمة المصادر والمراجع:**

**اولاً: الكتب:**


١. د. أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

٢. د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

٣. د. أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣.

٤. د. أكرم ياملكي، الأوراق التجارية وفقاً لإتفاقيات جنيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقاً للأعراف الدولية، ج٢، ط١، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان – الأردن، ١٩٩٩.

٥. د. بسام حمد الطراونة ود. باسم محمد ملحم، شرح القانون التجاري، (الأوراق التجارية والعمليات المصرفية)، ط١، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.

٦. د. بيار ماير فانسان هوزيه، ترجمة علي محمود مقلد، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨.

٧. د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الإهتمام بالبيوع الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٥.

٨. د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥

٩. د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

١٠. د.إيناس محمد البهجي ود. يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص, ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٣.

١١. د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الأستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

١٢. د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢.

١٣. د. صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات إيجار السفينة " دراسة مقارنة في القانون البحري "، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٠

١٤. د. عوني محمد فخري , أتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، بغداد، ٢٠٠٧.

١٥. د. غالب علي الداودي ود.حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي، ج١، ط٣، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩.

١٦. د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.

١٧. د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧

١٨. د. محمد حمدي بهنسي، دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية، من دون مكان وسنة طبع.

١٩. د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١

٢٠. د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية " دراسة تحليلية ومقارنة "، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

٢١. د. نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.

٢٢. د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط٢، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١.

٢٣. د.أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، ٢٠٠٥

٢٤. د.أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، ط١، مكتبة الجلاء الجديدة، ١٩٩٦.

٢٥. د.جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

٢٦. د.سامي بديع منصور ود.عكاشة عبد العال، طرق حل المنازعات الدولية الخاصة والحلول الوضعية لتنازع القوانين، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٥.

٢٧. د.صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات إيجار السفينة " دراسة مقارنة في القانون البحري "، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٠.

٢٨. د.عادل محمود حوتة، عقود المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

٢٩. د.عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،٢٠١٢.

٣٠. د.عبد المجيد الحكيم ود.عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، ج١، ط٤، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١٠.

٣١. د.عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية وعمليات البنوك)، ج٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.

٣٢. د.منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٢.

**ثانياً: البحوث العلمية:**

١. د. أحمد مهدي صالح، القانون الواجب التطبيق على القروض الدولية، بحث منشور ضمن وقائع المؤتمر القانوني الوطني العاشر، تصدر عن مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون – جامعة كربلاء، ٢٠١٣

٢. د. جلال حسين عنز، عقود الأستثمار والقانون الواجب التطبيق عليها، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية جامعة نوروز، من دون سنة نشر.

٣. د. حسن علي كاظم، الوسائل البديلة في حل نزاعات عقود التجارة الدولية، مجموعة محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، للعام الدراسي ٢٠١٢ – ٢٠١٣.

٤. د. حسن علي كاظم، تطبيق المحكم للقواعد القانونية في حل النزاع، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، كلية القانون - جامعة كربلاء، للعام الدراسي ٢٠١٢-٢٠١٣، غير منشورة.

٥. د. زياد محمد فالح بشاشة ود.أحمد الحراكي ود.عماد قطان، دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقاً للقانون الأردني " دراسة مقارنة "، بحث منشور في مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، ج١، العدد الثلاثون، حزيران ٢٠١٣.

٦. د. محمود الفياض، مدى إلتزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون تصدر عن كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون العدد الرابع والخمسون، أبريل ٢٠١٣.

**ثالثاً: القرارات والمجاميع القضائية:**

١. قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١٠٤٥ ح/١٩٥٨ منشور في مجلة القضاء، ١٩٥٨.

قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٢٣/أ/١٩٦٩ في ١٩٦٩/٩/٢٩، منشور في مجلة القضاء، العدد الرابع، ١٩٦٩

٢. قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١١٣ / أستئنافية / ١٩٦٩ في ٢١/ ١٢/ ١٩٦٩ قضاء محكمة التمييز.
٣. مجلة القضاء، العدد الرابع، ١٩٦٩.
٤. قرار الغرفة المدنية الأولى لدى محكمة النقض، بتاريخ /١٨ / تموز / يوليو / ٢٠٠٠،
٥. قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢١/ حزيران / يونيو / ١٩٥٠
٦. قرار محكمة التمييز العراقية رقم (٦٧٧) في ١٨/ ١٠/١٩٧٧
٧. مجموعة الأحكام العراقية، العدد الثالث والرابع، السنة الثامنة، ١٩٧٧.