تنازع قوانين عقد الاعتماد المستندي

Conflict of Laws of the Documentary Credit Contract

م.د. صادق حمد خشوش
جامعة المثنى– كلية القانون

م. علي جواد جابر
جامعة المثنى– كلية القانون

تاريخ استلام البحث: ٢٠٢٥/٤/١٥ تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٥/٧/٢٣

الملخص:

نظرًا لأهمية عقد الإعتماد المستندي في تسهيل العمليات التجارية، والمصرفيه ونظرًا لما يترتب على أطراف عقد الإعتماد المستندي من مسؤولية تجاه الالتزامات المترتبة على كل منها لذا فان الدراسة تتمثل في معرفة ما يترتب على العلاقات التعاقدية فيما بين أطراف الإعتماد المستندي والالتزامات التي تترتب على كل منها وما هي الاثار المترتبة على تلك الالتزامات في حال مخالفة أي طرف لأي التزام من التزامات التي يوجبها عقد الإعتماد المستندي عليه. لذا نجد بأن هناك الكثير من التساؤلات التي تثار حول مسؤولية كل طرف من أطراف الإعتماد المستندي في حال مخالفته لأي التزام من التزامات عقد الإعتماد المستندي وموضوع العلاقة التعاقدية بين أطراف الإعتماد المستندي يطرح أيضًا ما يمكن أن يرتب عليها من نتائج في حال مخالفته أي من الأطراف لتلك الالتزامات. ويحدث تنازع القوانين عندما تكون هناك علاقة خاصة دولية ذات عنصر أجنبي، وهنا يكون الباب مفتوحًا أمام أكثر من قانون، وكل دولة تدعي أحقيتها بالحكم في النزاع، فيتم اللجوء إلى قواعد الإسناد الوطنية لفض مشكلة تنازع القوانين، وهنا تكون وظيفة قواعد الإسناد هي بيان القانون الواجب التطبيق على المنازعة التي فيها عنصر أجنبي، وتختلف قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص عن القانون الداخلي، وهناك عدة خصائص لقاعدة الإسناد، منها: وضعية، أي: أن المشرع الوطني هو من يضعها، وكذلك تعد إرشادية تقوم بالإرشاد إلى القانون الواجب التطبيق، وتعد مزدوجة، أي: من واجبها أن ترشد إلى القانون الأفضل، ليكون واجب التطبيق، ويحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي كل هذه الخصائص المهمة التي توجد في قواعد الإسناد.

الكلمات المفتاحية: تنازع القوانين، الاعتماد المستندي، قواعد الاسناد.

Abstract:

In view of the importance of the documentary credit contract in facilitating commercial and banking operations and in view of the responsibility of the parties to the documentary credit contract towards the obligations arising from each of them, the study is to know the consequences of the contractual relations between the parties to the documentary credit and the obligations that arise from each of them and what are the effects of those obligations in the event that any party violates any of the obligations imposed by the documentary credit contract on it. Therefore, we find that there are many questions that arise about the responsibility of each party to the

documentary credit in the event that it violates any of the obligations of the documentary credit contract and the subject of the contractual relationship between the parties to the documentary credit also raises the consequences that may result in the event that any of the parties violates those obligations. Conflict of laws occurs when there is a special international relationship with a foreign element, and here the door is open to more than one law, and each country claims its right to rule in the dispute, so national rules of attribution are resorted to to resolve the problem of conflict of laws, and here the function of the rules of attribution is to indicate the law applicable to the dispute in which there is a foreign element, and the rules of attribution differ in private international law from domestic law, There are several characteristics of the attribution rule, including: status, i.e.: that the national legislator is the one who sets it, as well as it is indicative that guides to the applicable law, and it is dual, i.e.: it is its duty to guide to the best law, to be applicable, and the legal relationship with a foreign element is governed by all these important characteristics that are found in the rules of attribution.

Keywords: Conflict of laws, documentary credit, attribution rules.

مقدمة

يعتبر القطاع التجاري أهم المقومات الرئيسية للاقتصاد الوطني، حيث يكون للتجارة الدور الأساسي في تسيير حركة البضائع من جانب والأموال من جانب آخر، نظرًا لسهولة التعامل ضمن هذا القطاع مقارنة مع غيره من القطاعات الاقتصادية. وعند حديثنا عن التجارة والقطاع التجاري لا نفرق بين التجارة الداخلية والتجارة الخارجية على الرغم من كثرة العقبات التي تحيط بالتجارة الخارجية بسبب الظروف السياسية التي يمر بها كل بلد ودولة، حيث تلعب هذه الظروف الدور الأساسي في عدم الاستقرار الاقتصادي بالإضافة إلى الاتفاقيات الثنائية الموقعة مع الجانب الاخر بخصوص التجارة بشكل عام والتجارة الخارجية بشكل خاص والتي أصبحت من أهم وسائل الضغط الاقتصادي، إلا أن هناك الكثير من العوامل التي كان لها الدور البارز في التأثير الإيجابي على قطاع التجارة الدولية والمساعدة في تيسير حركة التجارة الدولية. وما يهمنا في هذا الموضوع هو معرفة الطبيعة القانونية للعلاقة التعاقدية بين أطراف الإعتماد المستندي وما هي الاثار المترتبة على كل طرف وكيفية فض التنازعات في مثل هكذا حالات.

أهمية البحث: تبرز أهمية هذا البحث في تحديد العلاقة ما بين أطراف الإعتماد المستندي لا سيما أن أطراف عقد الإعتماد المستندي من جنسيات مختلفة ويخضعون لعدة قوانين وشرائع سواء أكانت خاصة بمكان المحاكمة أو بالموطن أو حتى بمكان التسليم، حيث ساعدت غرفة التجارة الدولية في تطوير التجارة على المستوى الدولي ولعبت دورًا أساسيًا من خلال النشرات الصادرة عنها لتقنين وتنظيم التجارة الدولية كما كان لها الدور الهام في تفسير التبادل التجاري الدولي فعلى سبيل المثال هناك إحدى النشرات الخاصة بالتجارة الدولية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية وتتضمن ما هو شامل للتجارة الدولية وما هو خاص بنوع معين أو بعقد معين من عقود التجارة الدولية مثل النشرة (٥٠٠) الخاصة بالاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية سنة ١٩٩٣ وتتضمن جل المبادىء الخاصة بالاعتمادات المستندية، وقد تم ادخال هذا النوع من الاعتمادات

المستندية إلى النشرة رقم ٥٠٠، لسنة ١٩٩٣، والنشرة رقم ٤٠٠ لسنة ١٩٨٣، وذلك بناء على طلب من البنوك الأمريكية لإضفاء صفة الشرعية على الاعتمادات بسبب منع السلطات الأمريكية إصدار خطاب الضمان.

مشكلة البحث: نتيجةً للعوامل السلبية التي قد تُؤثر على التجارة بشكل عام وعلى التجارة الدولية بشكل خاص فان هناك العديد من المشاكل التي نتجت عن هذه الأمور، حيث تأثرت البنوك بشكل خاص والاقتصاد الوطني بشكل عام مما ادى بالبعض من رجال الأعمال واصحاب الشركات والمشاريع إلى اعلان الافلاس اضافة إلى الركود الاقتصادي والبطالة، ومن أهم هذه العوامل عدم تنفيذ الجزاءات في حال عدم التزام أي طرف من الأطراف بعقد الإعتماد المستندي بأي التزام يفرض عليه. حيث جرت العادة لدى مختلف التشريعات في اللجوء إلى أسلوب فني، أو وسيلة فنية لحل تنازع القوانين، ويتمثل هذا الأسلوب في سن قواعد تسمى (قواعد الإسناد)، أو (قواعد تنازع القوانين)، توكل إليها مهمة حل مشكلة تنازع القوانين باختيار القانون الأفضل أو الأصلح سواءً أكان وطنيًا أم أجنبيا [١].

منهجية البحث: نتبع في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن، حيث نقوم بتحليل ومقارنة القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، مع القانون المدني المصري رقم (١٣١) لعام ١٩٤٨، بالإضافة الى الأعراف والقواعد التجارية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية في باريس وبعض الاتفاقيات الدولية.

خطة البحث

المطلب الأول: قواعد الإسناد التي تسري على عقد الاعتماد المستندي

الفرع الأول: تقسيمات قواعد الاسناد

الفرع الثاني: مشكلة تفسير قواعد الاسناد

المطلب الثاني: منهجية النظرية الموضوعية وكيفية تطبيقها في عقد الاعتماد المستندي

الفرع الأول: نظرية الاختيار التنازعي في عقد الاعتماد المستندي

الفرع الثاني: نظرية التركيز الموضوعي في عقد الاعتماد المستندي

المطلب الأول: قواعد الإسناد التي تسري على عقد الاعتماد المستندي

تمهيد وتقسيم: تختلف قواعد تنازع القوانين أو قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص عن قواعد تنازع القوانين في القانون الداخلي، حيث عرفها جانب من فقه القانون الدولي الخاص بأنها: "القواعد القانونية التي ترشد المحكمة الوطنية إلى القانون الواجب التطبيق" [٢]، وعرفها جانب آخر من الفقه بأنها: "القاعدة القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي"، والبعض الآخر من الفقهاء عرفها بأنها: "القاعدة التي ترمي إلى بيان حكم القانون الواجب التطبيق على علاقة أو مركز قانوني أو منازعة تشتمل على عنصر أجنبي" [٣].

بالتالي فهي تقوم بوظيفة مزدوجة، هي: بيان حالات تطبيق القانون الأجنبي والقانون الوطني، كما تختلف قواعد تنازع القوانين عن القواعد المادية أو الموضوعية التي تطبق على النزاع مباشرة بعكس قواعد تنازع القوانين التي يقتصر دورها على مجرد إرشاد القاضي إلى القاعدة الموضوعية الواجبة التطبيق،

والواقع أن قواعد الإسناد هي قواعد قانونية بالمعنى الصحيح، ويلتزم القاضي بتطبيقها، وإلا أمكن الطعن في الحكم الذي يصدره أمام محكمة النقض، وهي من قواعد القانون الداخلي، حيث يضع المشرع الوطني في كل دولة مجموعة من قواعد الإسناد، لكي تحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي، فإذا لم يعثر القاضي على قاعدة إسناد في التشريع الداخلي أو في المعاهدة فإن المشرع يلزمه بأن يطبق "المبادئ المسلم بها في القانون الدولي الخاص"، والتي تعد مصدرًا من مصادر قاعدة الإسناد، يستخلصها القاضي من أحكام القضاء، ومن دراسته للفقه الوطني والدولي[٤].

وهذا ما أكده المشرع المصري في المادة (٢٤) من القانون المدني التي تنص على أنه: "تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص" [٥]، وكذلك القانون المدني العراقي في المادة (٣٠) التي تنص على أنه: "يتبع في ما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعًا" [٦].

ولبيان ماهية قواعد الإسناد التي تسري على الاعتمادات المستندية سنتناول تقسيمات فقهاء القانون الدولي الخاص لقواعد الاسناد في الفرع الأول ومشكلة تفسيرها في الفرع الثاني وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تقسيمات قواعد الاسناد

الفرع الثاني: مشكلة تفسير قواعد الاسناد

الفرع الأول: تقسيمات قواعد الاسناد

يقسم فقه القانون الدولي الخاص ضوابط الإسناد إلى عدة تقسيمات استنادًا إلى معايير مختلفة، ومن أهم هذه التقسيمات: تقسيمها إلى ضوابط أصلية واحتياطية، وضوابط ثابتة ومتغيرة، وضوابط وقتية ومستمرة، وضوابط مادية ومعنوية، وضوابط قانونية وواقعية، وعلى الرغم من هذه التقسيمات المتنوعة إلا أننا سنركز على تقسيم ضوابط الإسناد إلى ضوابط ثابتة ومتغيرة لأهميتها ولكثرة الانتقادات الموجهة إلى التقسيمات الأخرى، إذ تتضمن الضوابط الثابتة التي لا تتغير مع مرور الوقت محل الإبرام ومحل حدوث الواقعة المنشئة للالتزام، والذي ينطوي على محل وقوع الفعل الضار والفعل النافع، فضلًا عن موقع العقار، أما ضوابط الإسناد المتغيرة فهي بعكس الأولى تكون قابلة للتغير مع مرور الوقت، وتشمل ضابطي (الجنسية والموطن)، فضلًا عن ضابط موقع المنقول، أما بالنسبة إلى الضابط الإرادي– أي: إرادة المتعاقدين– فقد انقسم الفقهاء إلى اتجاهين [٧].

الاتجاه الأول: يرى أنه ضابط ثابت لا يقبل التغيير، لأن تغييره يعني أننا سنكون أمام عقد جديد.

الاتجاه الثاني: أنه من الضوابط المتغيرة، وذلك لإمكانية تغيير القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره، ويعد ذلك تعديلًا للاختيار السابق، فالاتفاق على اختيار قانون العقد هو اتفاق مستقل عن العقد الأصلي، وعلى هذا الأساس يمكن أن يكون الاختيار لاحقًا على التعاقد، كما يمكن أن يقوم الأطراف بتعديل الاختيار، فالاختيار اللاحق لقانون العقد يتضمن بالضرورة تغيير القانون الذي كان مختصًا عند التعاقد، والجدير بالذكر أن أهمية هذا التقسيم تظهر في مجال التنازع المتحرك، إذ تثير الضوابط المتغيرة دون الثابتة مشكلة هذا النوع من التنازع.

الفرع الثاني: مشكلة تفسير قاعدة الإسناد

لكي يتمكن القاضي من تطبيق قاعدة الإسناد فلابد له أن يكشف أولاً مضمونها، فتفسير قاعدة الإسناد يثير لدى فقهاء القانون الدولي عدة مشاكل، أهمها: مشكلة الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، فإذا تصدى القاضي لتطبيق قاعدة الإسناد الواردة في المادة (٢٠) من القانون المدني المصري، والتي تنص على أن: "العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضًا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك"، ويقابلها المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي، والتي تنص على أنه: "تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها." [٨]

وقد يكون القانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد هو قانون دولة تتعدد فيها شرائع، أي: القوانين، سواءً كان التعدد إقليميًّا بحيث تطبق كل شريعة في جزء من إقليم الدولة، كما هو الحال في الولايات المتحدة، أو كان التعدد شخصيًّا حيث تطبق كل شريعة على طائفة من الأشخاص، كما هو الحال في مصر وأكثر دول الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، وعندئذ لا يمكن معرفة القواعد القانونية التي تطبق على المسألة المعروضة إلا بعد تعيين شريعة من الشرائع السائدة داخل هذه الدولة، وقد واجه المشرع المصري هذا الموضوع أخذًا بما استقر عليه الرأي في الفقه والقضاء بوجه عام، فنصت المادة (٢٦) من القانون المدني المصري على: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها"، وكذلك الفقرة الثانية من المادة (٣١) من القانون المدني العراقي على أنه: "وإذا كان هذا القانون الأجنبي هو قانون دولة تتعهد فيها الشرائع فإن قانون هذه الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها"، وبذلك يكون المشرع قد ترك تعيين الشريعة الواجبة التطبيق إلى قواعد التنازع الداخلي في الدولة التي تقتضي قاعدة الإسناد بتطبيق قانونها، أو بتعبير آخر قد فوض القانون الأجنبي في أمر الفصل في التنازع الداخلي، لذا يطلق على هذه المسألة التفويض، والتفويض يختلف عن الإحالة والواقع أن الإحالة بمعناها العام تثبت فيها الولاية لقانون دولة معينة، ولكن هذا القانون يتخلى عن ولايته هذه لقانون آخر، أما الإحالة الداخلية فلا يتخلى فيها قانون الدولة عن ولايته، وإنما هذه الولاية تكون موزعة بين شرائع متعددة، ويكون من المتعين أن يرجع إلى القانون الداخلي في هذه الدولة لتعيين الشريعة الواجب تطبيقها من بين هذه الشرائع [٩].

المطلب الثاني: منهجية النظرية الموضوعية وكيفية تطبيقها في عقد الاعتماد المستندي

تمهيد وتقسيم: برزت النظرية الموضوعية من أجل أن تجعل الإرادة تتوجه نحو القانون وتخضع إليه، فقاعدة قانون الإرادة لا تستمد سلطانها من اختيار الأطراف واتفاقهم، وإنما من قاعدة الإسناد التي أقرت لهم هذا الحق، والذي ينص عليها قانون القاضي المعروض أمامه النزاع، فهي تستمد قوتها من القانون، وبذلك فإن الإرادة تكون مرشدًا للقانون الواجب التطبيق، ومن أفكار النظرية الموضوعية، وعليه فإن تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال هذه النظرية يكون للقاضي الذي يكون له الدور الأساسي

في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاعتماد المستندي الدولي، والإرادة الصريحة تكون أحد المكونات الرئيسة في توطين العقد، وليس العامل الرئيس في هذا التحديد وفي الوقت ذاته غير ملزمة للقاضي بصفة مطلقة، وعليه من خلال إخضاعها وفق نظرية الاختيار التنازعي ونظرية التركيز الموضوعي سنعرضها من خلال فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: نظرية الاختيار التنازعي في عقد الاعتماد المستندي

الفرع الثاني: نظرية التركيز الموضوعي في عقد الاعتماد المستندي

الفرع الأول: نظرية الاختيار التنازعي في عقد الاعتماد المستندي

تقوم هذه النظرية على أن إرادة المتعاقدين تستطيع اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم الدولية، حيث إن قاعدة التنازع في قانون القاضي استخدمت إرادة المتعاقدين كضابط للإسناد، وتقوم نظرية الاختيار التنازعي على القانون الذي يخضع العقد الدولي لأحكامه، حيث إن إرادة الأطراف تمثل الضابط الذي يحدد القانون الواجب التطبيق، وهي قاعدة مادية، لأن هذا التحديد يتم في ضوء مصالح الأطراف بصورة مباشرة، وهو ما يسمى بالطابع النسبي للجانب المادي في قاعدة الإرادة، وإن سلطة الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق من أجل حكم العلاقة القانونية للعقد المبرم بينهما هي مستمدة من قاعدة الإسناد وعليه فإن اختيار هذا القانون يكون وفق ما رسمه المشرع.

ويرى جانب من الفقه أن الاستناد إلى مطلق الإرادة لتبرير حق المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق مرفوض، ويجب الاستناد في ذلك إلى قوة القانون الذي منح الإرادة القدرة على هذا الاختيار، وبناءً عليه فإن الإرادة في هذا الاتجاه تقوم على أساس ضابط الإسناد الذي أقرته قاعدة التنازع في دولة القاضي، والتي سمحت للمتعاقدين على هذا النحو باختيار القانون الواجب التطبيق في مجال العلاقات العقدية، إلا أن الفقهاء قد تناقضوا في شأن القانون الذي يتعين عليهما الرجوع إليه في شأن وجود الإرادة وصحتها، وبمعنى آخر القانون الذي يحكم اتفاق المتعاقدين على اختيار قانون العقد، حيث يرى جانب آخر من الفقه أن الاتفاق على القانون الواجب التطبيق عند إبرام العقد الأصلي يعد عقدًا داخل العقد الأصلي يخضع في تقرير صحته لنفس القانون الذي يحكم هذا الأخير لقانون الإرادة [١٠] .

أما موقف التشريعات من نظرية الاختيار التنازعي، فقد أخذ المشرع المصري المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري، حيث نصت على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، فإن اختلفا موطنًا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونًا آخر هو الذي يُراد تطبيقه"، وكذلك أخذ المشرع العراقي بهذه النظرية في المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي، فقد نصت على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونًا آخر يراد تطبيقه"، حيث إن الإرادة التي يعتد بها في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد هي تلك الإرادة التي يعلنها صراحة أو ضمنًا.

ومن النتائج المترتبة على نظرية الاختيار التنازعي في ظل الواقع الصرفي لعقد الاعتماد المستندي أنه على رغم إمكانية الأطراف المتعاقدين باختيار أكثر من قانون لحكم العلاقة التعاقدية الدولية، وخصوصًا عندما يشتمل العقد على أوجه مختلفة ذي طابع موضوعي منفصلة، فإن ذلك لا يمنع القاضي من تطبيق القواعد الآمرة.

كذلك أن التعديلات التشريعية الآمرة واجبة التطبيق في حال الأخذ بنظرية الاختيار التنازعي، أما التشريعات المكملة فلا يعتد بها في حال الاتفاق على استبعاده، رغم أن (اتفاقية روما) عارضت الاتجاه في التعديلات في القواعد الآمرة، أي: أنه في حال وجود شرط الرسوخ الزمني فإن القاضي لا يستطيع تطبيق القواعد الآمرة المعدلة.

كما أن القاضي عندما يطبق القانون المختار فإنه يطبق القواعد الموضوعية منه دون التي تتعلق بقواعد الإسناد الأجنبية لذلك القانون، مما يترتب عليه عدم الأخذ بالإحالة، بالإضافة الى أن فقدان القانون المختار خاصيته القانونية إذا لم يكن اختيار هذا القانون بناءً على صلة عقلانية أو الذهنية، وكانت تتركز عناصرها القانونية في نظام آخر غير القانون المختار، حيث إن العقود الدولية النسبية تنزل أحكام القانون المختار منزلة الشروط التعاقدية، شريطة عدم اختلافه أو تفاوته مع القواعد الآمرة في القانون الطبيعي هذا في حال تركيز العقد في دولة واحدة، أما في حال عدم التركيز العقد في دولة واحدة فإن القانون يبقى له صفته القانونية هذا في حال كانت هناك دولية مطلقة [١١].

الفرع الثاني: نظرية التركيز الموضوعي في عقد الاعتماد المستندي

ترتكز هذه النظرية على ملاحظة العقد والظروف التي تصاحبه، ليتم تخصيص مكان ويعود الفضل في ظهور هذه النظرية للفقيه الفرنسي (باتيفول) حيث ظهرت في أفكار نظرية التركيز الموضوعي. ومن أنواعها نظرية الأداء المميز التي تعمل على إسناد كل طائفة من العقود ذات الطبيعة الواحدة للقانون المناسب لطبيعتها، وهو القانون السائد في حال الأداء المميز، حيث إنه عند انتفاء الإرادة يكون على القاضي تحديد القانون الذي يحكم العقد، وأن يعتمد على عنصر واحد للإسناد، عنصر يكشف عن أوثق القواعد صلة بالعقد، وعنصر يتغير من عقد لآخر حسب طبيعة كل عقد، وعليه فإن مضمون هذه النظرية يختلف عن التركيز لدى (باتيفول)، أضف إلى ذلك أن مضمون فكرة الأداء المميز في كل عقد ينفرد بأداء يميزه ويحدد خصائصه، ويتحدد هذا الأداء بمقتضى عملية التركيز الموضوعي حيث لا مكان فيه لأي عنصر شخصي.

ولقد أعمل القضاء الإنجليزي هذه النظرية حيث توصل إلى أن التركيز لا ينصب فقط على الرابطة العقدية كما هو الحال في نظرية الأداء المميز، والتي يكون فيها التركيز ذاتيًا، أي: مراعيًا طبيعة العقد والأداء الجوهري فيه، وإنما يتم التركيز الموضوعي للعلاقة العقدية بمراعاة ظروف التعاقد وملابساته بطبيعة كل حالة على حدة، أي: بمراعاة عناصر واقعية خارجة عن طبيعة العقد وذاتيته، وهو ما يتصور معه اختلاف القانون الواجب التطبيق من عقد لآخر رغم وحدة طبيعة كل من العقدين وانتمائهما لطائفة واحدة من العقود، ولقد جاءت (اتفاقية روما) تكريسًا لنظرية الأداء المميز كقاعدة عامة لمبادئ استقلالية

الإرادة، ويخضع العقد لقانون البلد الذي تربطه أوثق الصلات عند غياب العلاقة الصريحة أو الناتج على نحو مؤكد من القضية أو ظروف العقد، وإن مفهوم خصائص الأداء المميز يربط بين البيئة الاجتماعية والبيئة الاقتصادية التي تشكل جزءًا أو طرفًا، أضف إلى اعتبار مكان الأداء أحد روابط العقد في البيئة الاقتصادية والاجتماعية الذي هو جزء منها، وأن عملية تحديد المقصود بالأداء المميز لا تثير صعوبة في حال تم تحديد الأداء المميز وفقًا لكل طائفة من العقود، وأخذ طبيعتها الخاصة حيث يعد المحل الرئيس محل الإقامة المعتاد، أو التي فيها مركز الإدارة بالنسبة للشخص المميز، فيعد قرينة قوية على أن الدولة التي يكون لعقد رابطة قوية معه لأن قانونها هو الواجب التطبيق، هذا في العقود الملزمة لجانب واحد، أما العقود الملزمة للجانبين فيكون المقصود هو التزام تقديم خدمة أو تسليم بضاعة [١٢] .

ومن تطبيقات نظرية الأداء المميز على عقود الاعتمادات المستندية: –

بصورة عامة يلاحظ بالنسبة للعمليات المصرفية الدولية، وخصوصًا في عقود الاعتمادات المستندية – أن الاتجاه الغالب في تحديد القانون الأوثق صلة وارتباطًا بها باعتبارها القانون الواجب التطبيق هو قانون البنك أو قانون الأداء الأكثر تمييزًا بالعقد، وهو مكان التنفيذ الرئيسي للعقد– فإذا كان قانون البنك هو قانون مكان التنفيذ، أيضا لا تثار أي مشكلة في ترجيح أي منها على الآخر، ولكن إذا اختلفا بحيث يكون التنفيذ يتم في دولة غير دولة البنك فإن الاتجاه الغالب فقهًا وقضاءً، وإن تحديد القانون المختص وفق نظرية الأداء المميز يتم تطبيقه من خلال إحدى الحالات الآتية:

الحالة الأولى: الحالة التي ينفذ فيها الاعتماد المستندي بواسطة بنك واحد، حيث تظهر هذه العملية من خلال صورتين، الصورة الأولى: يقوم البنك بتوجيه خطاب الاعتماد إلى العميل الذي يقوم بنقله إلى المستفيد، وهنا يظهر وجود بنك واحد في هذه العملية، وهو البنك المصدر والمرسل والبنك المنفذ في الوقت ذاته، وإن ما يقوم به البنك من عمليات متعددة بين إصدار خطاب الاعتماد وتسليمه وتنفيذه يشكل الأداء المميز، هذا في حالة لم يكن هناك اتفاق صريح بين أطراف علاقة الاعتماد المستندي، أما الحالة الثانية: ينفذ الاعتماد المستندي بنك واحد هو البنك المصدر للاعتماد، ولكن يشترط في هذه العملية بنك وسيط حيث يمكن أن يكون بنكًا وسيطًا فرعًا للبنك المصدر أو المرسل، ويقتصر دوره على التبليغ، وفحص سلامة المستندات من الناحية الظاهرية، ومن ثم فإنه يكون غير ملزم بشيء من الاعتماد أو فحص سلامة الاعتماد، وعليه فإن مركز الأداء المميز يكون قانون دولة البنك المصدر بطبيعة المعاملات المصرفية بسبب القيام بالتنفيذ المستندي، حيث يكون البنك المصدر مختلفًا عن البنك المنفذ.

ولكن في حال قيام أكثر من بنك بتنفيذ الاعتماد، فالبنك المنفذ في هذه الحالة هو "البنك الوسيط" سواء بوصفه وكيلًا عن البنك المصدر في دفع قيمة الاعتماد أو قيمة الكمبيالة التي يسحبها عليه المستفيد، أو بوصفه متعهدًا تعهدًا شخصيًّا ومستقلًا ونهائيًّا بمقتضى تنفيذ الاعتماد وتعهده، هنا يضاف إلى تعهد البنك المصدر حيث يكون للبائع حقًا مباشرًا في مواجهة كلا البنكين.

أما في حالة الاعتماد المؤيد فيحكمه قانون بنك المستفيد الذي يقوم بتنفيذ الاعتماد، وذلك لعدة أسباب، من أهمها: أن المستفيد قد يجهل البنك المصدر، مما يضعه تحت رحمة المشتري في تقدير مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق، كما أن المستفيد يتعرض أكثر من غيره من الأطراف للمخاطرة، وخاصة إذا لم تكن المستندات مطابقة للاعتماد، حيث يكون المستفيد على علم بهذا القانون أكثر من غيره، ومن ثم فإنه في حال عدم الاختيار الصريح يكون قيام المستفيد بتحديد بنك معين كأنما أراد تطبيق قانون دولة ذلك البنك، كما أن مكان التنفيذ يحقق نظرية الأداء المميز، ولذلك فإن بعض المحاكم – ومنها القضاء الإنجليزي – قد جعل مكان التنفيذ أكثر اتصالًا بعقود الاعتمادات المستندية، وخصوصًا علاقة البنك مصدر الاعتماد بالمستفيد، وبناءً عليه فإن المحاكم الإنجليزية قد جعلت قانون مكان التنفيذ هو القانون الواجب التطبيق على خطاب الاعتماد [١٣].

الخاتمة

النتائج

١. عقد الإعتماد المستندي من العقود المسماة في القانون المدني وعملية ائتمانية قصيرة الأجل من عمليات البنوك، حيث أصبح يلعب دورا بارزا في التجارة الدولية وازدهارها، وتعاظمت أهميته بازدياد الحركة التجارية الخارجية التي أصبحت تتم بين تجار من جنسيات مختلفة ومن أماكن مختلفة من العالم، ولبعد المسافة بينهما فقد ظهرت أهميته كأداة مصرفية لتسهيل حركة التجارة خاصة أن عملية التبادل التجاري أصبحت لا تتم ماديا مباشرة وإنما بواسطة المستندات الممثلة للبضاعة.

٢. لاحظنا أنه على الرغم الأهمية المتزايدة لتنازع القوانين في الاعتمادات المستندية، إلا أنها لم تحظ بالتنظيم القانوني الوافي من قبل المشرع العراقي، بعكس ما هو معمول به في النطاق الدولي، فقد تم تعديل القواعد والأعراف الدولية الموحدة المتعلقة بالاعتمادات المستندية مرتين من قبل غرفة التجارة الدولية، في حين أن النصوص المعالجة لموضوع الاعتماد المستندي ظلت في قانون التجارة العراقي النافذ على حاله دون أي تعديل أو إضافة.

المقترحات

١. نقترح على المشرع العراقي تنظيم موضوع تنازع القوانين في عقد الاعتماد المستندي؛ بصورة أكثر تفصيلًا ضمن قانون التجارة، لأن ذلك سيكفل بالتصدي للكثير من المشكلات القانونية التي يمكن أن تواجه عقود الاعتمادات المستندية في مجال القانون الدولي الخاص.

٢. نهيب بالمشرع العراقي ضرورة تعديل قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (٣٠) لسنة ١٩٢٨م؛ من حيث تبسيط وتحديث الإجراءات القانونية لتنفيذ الأحكام الأجنبية بشرط عدم تعارضها مع النظام العام في العراق، مما يسهل على الأطراف ذات العلاقة انجاز معاملاتهم القضائية بكفاءة وفعالية ومواءمة القانون العراقي مع التطورات القانونية الحديثة في مجال التجارة الدولية مع الأخذ بنظر الاعتبار الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ذات الصلة

٣. نهيب بالمشرع العراقي تنظيم موضوع التحكيم بتشريع قانون مستقل خصوصًا في مجال التجارة الدولية، وعدم الاكتفاء ببعض النصوص الواردة في قانون المرافعات التي لا تعالج أكثر مواضيع التحكيم.

الهوامش:

(١) د. علي البارودي: العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف للنشر، ١٩٧٨

(٢) د. خالد إبراهيم: الوجيز في القانون التجاري، ط ١، دار معتز للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢

(٣) محمد حسن: العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، عمادة شؤون المكتبات، جامعة الملك سعود، ١٩٨٤

(٤) د. غريب الجمال: المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الشروق للنشر والتوزيع، القاهرة.

(٥) جمال جويدان: تشريعات مالية ومصرفية، ط ١، دار صفاء للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٣.

(٦) د. ممدوح عبد الكريم: القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن، ط٢، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧.

(٧) د.عبد الحميد عبد المطلب: البنوك الشاملة عملياتها وإدارتها، الدار الجامعية، الاسكندية، ٢٠٠٠.

(٨) حسن أحمد حمود، تطوير الأعمال المصرفية كما يتفق والشريعة الإسلامية، ط ٢ مطبعة الشرق، عمان، الأردن، ١٩٨٣.

(٩) د. أحمد محمود قضاء النقض التجاري، منشأة المعارف بالاسكندرية، القاهرة، ٢٠٠٠

(١٠) د. عصام الدين القصبي، النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية، دار النهضة العربية. القاهرة،١٩٩٣

(١١) د، سميحة القيلوبي: الأسس القانونية لعمليات البنوك، مكتبة عين شمس، القاهرة، ١٩٩٧

(١٢) د.عبد الفتاح مراد، شرح قانون التجارة الجديد، الاسكندرية، ١٩٩٩

(١٣) أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، ج ٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن .١٩٩٩

قائمة المصادر

١) أحمد محمود: قضاء النقض التجاري، منشأة المعارف بالاسكندرية، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٠.

٢) أكرم باملكي: الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، ج ٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن .١٩٩٩

٣) جمال جويدان الجمل: تشريعات مالية ومصرفية، ط ١، دار صفاء للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٣.

٤) حسن أحمد حمود، سامي: تطوير الأعمال المصرفية كما يتفق والشريعة الإسلامية، ط ٢ مطبعة الشرق، عمان ١٩٨٢

٥) خالد إبراهيم التلاحمة، الوجيز في القانون التجاري، ط ١، دار معتز للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢

٦) سميحة القليوبي: الأسس القانونية لعمليات البنوك، مكتبة عين شمس، القاهرة، ١٩٩٧

٧) عبد الحميد عبد المطلب: البنوك الشاملة عملياتها وإدارتها، الدار الجامعية، الأسكندرية،٢٠٠٠.

٨) عصام الدين القصبي: النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٣

٩) علي البارودي: العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف للنشر، ١٩٧٨

١٠) غريب الجمال: المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الشروق للنشر والتوزيع، القاهرة، جمهورية مصر العربية.

١١) محمد حسن الجبر: العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، عمادة شؤون المكتبات، جامعة الملك سعود، ١٩٨٤

١٢) مراد، عبد الفتاح: شرح قانون التجارة الجديد، الاسكندرية، ١٩٩٩

١٣) ممدوح عبد الكريم: القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن، ط٢، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧.